

ЛИСТОК С. А ВОЗВРАТА

КНИГА ДОЛЖНА БЫТЬ
ВОЗВРАЩЕНА НЕ ПОЗЖЕ
УКАЗАННОГО ЗДЕСЬ СРОКА

Кол.ч. пред. выдач

Воскр. типог. Т. 200000 З. 1194—65

44108

80144
44108

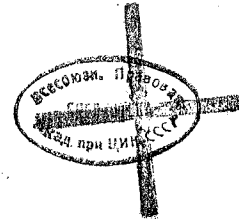
ВЛІЯНІЄ МОМЕНТА БЕЗВОЗМЕЗДНОСТІ

ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ.

Ф. В.



КАЗАНЬ.
Типо-литографія Императорскаго Университета
1916.



1930/19

К

Службено урочное
Вилморю Николаеву
Мрешеру
Баронъ А. А. СИМОЛИНЪ отъ авиатора
Профессоръ Императорскаго Казанскаго Университета.

7ГП6
С-37

З. 4. 45 : 347. 2

C - 375

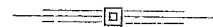
ПК

Печатано по опредѣленію Юридическаго факультета Императорскаго Казанскаго Университета.

Деканъ А. Шонгверетій.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	<i>Стр.</i>
Введеніе	I—IV.
Глава I. Понятіе безвозмездности	3—48.
Глава II. Общіе правила о вліянніи момента безвозмездности въ современныхъ гражданскихъ кодексахъ	49—87.
Глава III. Вліяніе момента безвозмездности въ договорахъ, направленныхъ на предоставленіе вещи въ собственность	88—185.
Глава IV. Вліяніе момента безвозмездности въ договорахъ, направленныхъ на предоставленіе вещи въ пользованіе	186—272.
Глава V. Вліяніе момента безвозмездности въ договорѣ довѣренности	273—280.
Глава VI. Вліяніе момента безвозмездности въ договорѣ поклажи	281—287.
Глава VII. Взаимное соотношеніе договоровъ даренія, ссуды, довѣренности и поклажи	288—324.
Глава VIII. Вліяніе момента безвозмездности въ договорахъ нерегулированныхъ	325—340.
Глава IX. Вліяніе момента безвозмездности съ точки зрѣнія политики права. Созданіе общей регламентаціи вліянія момента безвозмездности въ гражданскомъ правѣ	341—365.



ВВЕДЕНИЕ.

Нѣсколько лѣтъ тому назадъ работая надъ договоромъ промышленнаго ученичества и неразрывно связанной съ нимъ проблемой о конструкціи такъ называемыхъ смѣшанныхъ договоровъ, я пришелъ къ выводу о неправильности подведенія такихъ договоровъ цѣликомъ подъ одинъ какой нибудь изъ признанныхъ законодательствами типовъ договоровъ и о необходимости двусторонней, а въ извѣстныхъ случаяхъ даже многосторонней, конструкціи ихъ. Логическимъ выводомъ изъ этого положенія, обоснованнымъ мной въ статьѣ „Смѣшанные договоры и ученія объ отдѣльныхъ обязанностяхъ“ (Право, 1911 г. № 47), явилось признаніе необходимости изученія отдѣльныхъ обязанностей, какъ простѣйшихъ основныхъ элементовъ отдѣльныхъ договоровъ. Дальнѣйшей моей задачей было попытаться осуществить этотъ выводъ, установленный чисто дедуктивнымъ путемъ, осуществить посредствомъ фактической разработки отдѣльныхъ обязанностей. Попыткой такой разработки и явилась моя статья „О возмездномъ отчужденіи и приобрѣтеніи вещей въ собственность“, напечатанная въ Сборникѣ статей по гражданскому и торговому праву, посвященномъ памяти Г. Ф. Шершеневича, изд. 1915 г.. Эта работа не только укрѣпила во мнѣ убѣжденіе въ правильности сдѣланнаго мной ранѣе вывода, но вмѣстѣ съ тѣмъ обнаружила для меня огромную важность изученія отдѣльныхъ элементовъ юридическихъ институтовъ во всей ея широтѣ. Для меня стало ясно, что какъ химикъ только тогда можетъ считать себя изучившимъ извѣстное вещество, когда разложить его на основные элементы и

установить, что эти элементы въ себя представляют, такъ и знаніе юриста догматика будетъ научнымъ только тогда, когда онъ разложитъ каждый юридическій институтъ на его основныя элементы и будетъ знать юридическое значеніе важнаго изъ этихъ элементовъ въ отдѣльности. Безъ такого изученія отдѣльныхъ элементовъ догматическій анализъ институтовъ почти всегда будетъ неточенъ, многие существенныя вопросы останутся незамѣченными и неразрѣшенными, а законодательная регламентація—случайной, противорѣчивой и казуистичной. вмѣстѣ съ тѣмъ только изученіе отдѣльныхъ элементовъ дастъ дорогу для широкыхъ обобщеній, для установленія общихъ положеній, а не является ли всякое знаніе научнымъ только тогда, когда оно будетъ обобщеннымъ? Все это вмѣстѣ взятое и побудило меня попытаться въ сравнительно болѣе широкомъ масштабѣ разработать указанную проблему, и результатомъ этой работы является настоящая книга.

Здѣсь я долженъ сдѣлать нѣкій рядъ оговорокъ. Прежде всего, я долженъ сказать, что, признавая огромную важность за изученіемъ отдѣльныхъ элементовъ юридическихъ отношеній, я совершенно далекъ отъ самообольщенія, что, выпуская эту книгу, я данную проблему осуществилъ. Юридическихъ институтовъ очень много, а отдѣльныхъ элементовъ, изъ которыхъ они состоятъ, пожалуй, еще больше, между тѣмъ какъ я пытался изучить только одинъ элементъ—безвозмездность. Очевидно, сдѣланное мной является лишь ничтожной частицей того, что еще предстоитъ сдѣлать. Поэтому, главная цѣль, которую я въ данномъ случаѣ имѣлъ въ виду—это цѣль методологическая, состоящая въ томъ, чтобы доказать, что можно изучать отдѣльные элементы, какъ это можно дѣлать, и что дастъ намъ такое изученіе, какъ для догматики, такъ и политики права. Путь, которымъ я шелъ, въ общихъ чертахъ слѣдующій: опредѣливъ понятіе безвозмездности, я бралъ отдѣльные безвозмездные договоры (дареніе, ссуду, поклажу, довѣренность) и сопоставлялъ регламентацію этихъ договоровъ съ регламентаціей договоровъ, отличающихся отъ нихъ исключительно моментомъ возмездности. Изъ такого сопоставленія по методу различія у меня получилось, что нѣкоторыя нормы

необходимо признать вызванными исключительно влияніемъ момента безвозмездности. Эти нормы я подвергъ дальнѣйшему анализу, состоящему въ выясненіи, находятся ли онѣ въ какой-нибудь зависимости отъ содержанія того договора, для котораго онѣ установлены, или же никакой подобной связи (въ смыслѣ *ratio legis*) не существуетъ, и нормы эти логически должны относиться ко всѣмъ безвозмезднымъ договорамъ, какого-бы содержанія они ни были. Такъ какъ у меня получилось, что большинство анализируемыхъ нормъ является именно нормами послѣдней категоріи, то отсюда уже съ очевидностью вытекалъ выводъ, что законодательства поступаютъ глубоко неправильно, приурочивая эти нормы къ тому или иному отдѣльному договору вмѣсто того, чтобы придать этимъ нормамъ характеръ общихъ правилъ о влияніи момента безвозмездности въ гражданскомъ правѣ. Попытку формулировать эти общія правила я и сдѣлалъ въ послѣдней главѣ данной книги.

Такова общая схема работы. При такой постановкѣ вопроса, я считалъ излишнимъ загромождать работу изслѣдованіемъ момента безвозмездности во всѣхъ важнѣйшихъ иностранныхъ законодательствахъ, а, кромѣ русскаго права, велъ анализъ, главнымъ образомъ, на матеріалѣ германскаго права, приводя французское и швейцарское законодательства лишь для освѣщенія тѣхъ вопросовъ, которые возникли при изслѣдованіи законодательствъ германскаго и русскаго. Выборъ свой я остановилъ на германскомъ правѣ потому, что, благодаря своей устарѣлости, одинъ нашъ томъ десятый давалъ очень скудный матеріалъ, а изъ другихъ законодательствъ германское является однимъ изъ наиболее новыхъ и разработанныхъ практикой и литературой, а эта его новизна и разработанность особенно рельефно подчеркивали, насколько оно въ то же самое время является неудовлетворительнымъ именно вслѣдствіе отсутствія надлежащаго изученія отдѣльныхъ элементовъ юридическихъ отношеній.

Далѣе, долженъ я заранѣе предупредить читателя также о томъ, что заглавіе данной книги не совсѣмъ адекватно ея содержанію, т. е. оно не охватываетъ всего влиянія момента безвозмездности въ гражданскомъ правѣ, а ограничивается лишь

областью, гдѣ моментъ безвозмездности играетъ наиболѣе важную роль—именно областью договорныхъ отношеній. Думаю, все-же, что этотъ недостатокъ не особенно существененъ, т. к. всякій изслѣдователь легко можетъ предѣлать остающуюся работу путемъ выясненія, какія изъ установленныхъ мной общихъ положеній о вліяніи момента безвозмездности находятся въ зависимости отъ договорнаго характера безвозмезднаго отношенія, и какія не находятся, расширять-же свое изслѣдованіе я не считалъ необходимымъ, въ виду его, главнымъ образомъ, методологическаго характера.

Наконецъ, послѣдняя оговорка—это нѣкоторая неполнота литературы, происшедшая вслѣдствіе того, что съ іюля 1914-го года, благодаря войнѣ, мнѣ пришлось довольствоваться тѣмъ матеріаломъ, который былъ собранъ мной во время послѣдней заграничной командировки, и тѣмъ, который имѣлся въ библиотекѣ Казанскаго Университета. Думаю, однако, что этотъ недостатокъ не могъ существенно отразиться на работѣ въ виду ея своеобразнаго характера.

г. Казань, 18 марта 1916 г.

Глава первая.

Понятіе безвозмездности.

Прежде чѣмъ приступить къ изученію вліянія момента безвозмездности въ современномъ гражданскомъ правѣ намъ нужно сперва попытаться установить самое понятіе безвозмездности. Ни одно законодательство опредѣленія этого понятія не даетъ, предоставляя это науцѣ. И на первый взглядъ задача эта можетъ показаться нетрудной. Если спросить любое лицо, не получившее юридическаго образованія, оно, не задумавшись скажетъ, что безвозмезднымъ будетъ такое дѣйствіе, когда кто либо что нибудь дастъ другому или окажетъ к. я. услугу, а самъ за это ничего не получитъ. Однако, подобнаго рода опредѣленія, встрѣчавшіяся ранѣе даже въ трудахъ юристовъ, въ дѣйствительности съ точки зрѣнія юридической являются несостоятельными, т. к. основываясь на нихъ пришлось-бы относить къ безвозмезднымъ сдѣлкамъ такія, которыя и законодательствами и общественнымъ правосознаніемъ считаются возмездными, и наоборотъ. На самомъ дѣлѣ оказывается, что вопросъ объ опредѣленіи понятія безвозмездности является однимъ изъ труднѣйшихъ вопросовъ въ гражданскомъ правѣ, относительно котораго въ литературѣ до сихъ поръ еще господствуетъ разногласіе. Посмотримъ, въ чемъ-же заключаются эти затрудненія, и какія поправки слѣдуетъ сдѣлать къ вышеприведенному нами житейскому опредѣленію безвозмездности, чтобы оно хотя-бы до извѣстной степени удовлетворяло потребностямъ юриспруденціи.

Прежде всего, это житейское опредѣленіе исходить изъ наиболѣе распространеннаго въ жизни случая возмездной сдѣлки,

въ которомъ два лица взаимно исполняютъ другъ другу условленныя дѣйствія, между тѣмъ возможны и такіе случаи, гдѣ лицо, сдѣлавшее что либо другому, само за это ничего не получаетъ, а выговариваетъ, чтобы контрагентъ исполнилъ известное дѣйствіе какому-нибудь постороннему, третьему лицу. Спрашивается, будетъ-ли такой договоръ, известный подъ именемъ договора въ пользу третьяго лица, возмезднымъ или безвозмезднымъ для заключившихъ его лицъ? Литература и практика безъ колебаній высказываются въ пользу признанія такого договора возмезднымъ, т. е. здѣсь хотя одинъ изъ контрагентовъ непосредственно и ничего не получаетъ, но исполненіе другимъ контрагентомъ въ пользу третьяго лица есть исполненіе обязанности по отношенію къ первому контрагенту, т. что является эквивалентомъ по отношенію къ дѣйствію этого послѣдняго, только что эквивалентъ этотъ уплачивается ему не непосредственно, а косвенно, посредствомъ исполненія третьему лицу.

Но возможно, что, согласно договору, одинъ изъ контрагентовъ исполняетъ свое дѣйствіе третьему лицу такъ, какъ если-бы между этимъ дѣйствіемъ и договоромъ, по которому онъ обязался его исполнить, нѣтъ никакой юридической-связи, исполняетъ, какъ актъ своей доброй воли, а не какъ исполненіе обязанности передъ кѣмъ-либо—напримѣръ поклонникъ одной дамы даетъ купцу известную сумму денегъ съ тѣмъ, чтобы онъ продалъ этой дамѣ опредѣленную шаль за соотвѣтственно уменьшенную цѣну, не говоря ей ничего объ ихъ сдѣлкѣ¹⁾. Относительно подобныхъ договоровъ профессоромъ *Cosack*'омъ было высказано мнѣніе, что здѣсь „въ большинствѣ случаевъ“ (?) договоръ не можетъ признаваться возмезднымъ; т. е. исполненіе въ пользу третьяго лица не является вознагражденіемъ для перваго контрагента, имѣя для него только моральное значеніе²⁾. Такимъ образомъ исполненіе въ пользу

¹⁾ *Ihering*, „Zivilrechtsfälle“ 11 Aufl. № 47.

²⁾ *Cosack* „Die Anfechtung der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht“ 1884 s. 134 ff.

третьяго лица, по мнѣнію *Cosack*'а, только тогда можетъ считаться эквивалентомъ для дѣйствія одного изъ контрагентовъ, когда это исполненіе прямо или косвенно (путемъ напримѣръ погашенія долга третьему лицу) поступаетъ въ его пользу. Но этотъ взглядъ не встрѣтилъ сочувствія въ литературѣ, которая справедливо указывала, что второй контрагентъ, исполняя въ пользу третьяго лица, исполняетъ свою обязанность по отношенію къ первому контрагенту и этимъ погашаетъ его право требованія, т. что нивоемъ образомъ нельзя считать, что онъ не далъ никакого эквивалента за то, что онъ получилъ отъ перваго контрагента; признаніе въ вышеприведенномъ нами примѣрѣ купца одареннымъ со стороны поклонника дамы противорѣчило бы и народному правосознанію и справедливости, *т. е. давало-бы, напримѣръ, кредиторамъ поклонника, при наличности известныхъ обстоятельствъ, право стобрать какъ даръ у купца переданную ему поклонникомъ дамы сумму¹⁾. Такимъ образомъ надо притти къ заключенію, что сдѣлка будетъ возмездной и въ томъ случаѣ, когда одинъ изъ контрагентовъ исполняетъ условленное дѣйствіе третьему лицу, и исполненіе это ни непосредственно ни косвенно не поступаетъ другому контрагенту. Но сказанное относится лишь къ отношеніямъ между контрагентами; что-же касается до третьяго лица, то по отношенію къ нему сдѣлка можетъ быть и безвозмездной со стороны того контрагента, который обязалъ другого уплатить третьему лицу—здѣсь все зависитъ отъ тѣхъ отношеній, которыя существовали между первымъ контрагентомъ и третьимъ лицомъ.

Обращаясь къ дальнѣйшему анализу понятія безвозмездности, мнѣ должны остановиться на случаѣ, когда одно лицо совершаетъ известное дѣйствіе въ пользу другого, не получая за это отъ него ничего, но совершеніе этого дѣйствія было съ его стороны лишь исполненіемъ лежавшей на немъ обязан-

¹⁾ *P. Oertmann* „Entgeltliche Geschäfte“, 1912 s. 70—76; *P. Gärtner*, „Die Unentgeltlichen Geschäfte nach dem B. G. B.“, Diss. Rostock 1913 s. 14.

ности. Господствующее в литературѣ мнѣніе считаетъ такое исполненіе всегда дѣйствіемъ возмезднымъ и видитъ вознагражденіе въ освобожденіи даннаго лица отъ лежавшей на немъ обязанности¹⁾. Но въ литературѣ встрѣчаются и иные взгляды на вопросъ о возмездности или безвозмездности исполненія. Такъ *Haymann* полагаетъ, что понятіе безвозмездности или возмездности къ дѣйствію, являющемуся исполненіемъ обязанности, вовсе не относится, такъ какъ оно само по себѣ въ экономическомъ положеніи сторонъ никакого измѣненія не производитъ, а даетъ контрагенту лишь то, что уже принадлежало ему; такимъ образомъ такое дѣйствіе не является ни возмезднымъ ни безвозмезднымъ²⁾. Къ такому-же выводу пришелъ и *Simson*³⁾.

Нѣсколько иной взглядъ на природу исполненія высказанъ былъ *prof. Stampe* въ его весьма интересной работѣ „Das Causa-Problem des Civilrechts“ 1904 г.. Въ ней авторъ останавливается на вопросѣ о природѣ *datio in solutum*. Какъ извѣстно, еще между римскими юристами шелъ споръ, какъ обсуждать случай, когда вещь, данная въ качествѣ *datio in solutum*, окажется эвиктированной, при чемъ одни юристы полагали, что кредитору должно быть дано *actio empti utilis*, а другіе считали, что въ данномъ случаѣ прежнее обязательство, въ погашеніе котораго было произведено *datio in solutum*, должно считаться непогашеннымъ. Чтобы устранить недоумѣніе, германское гражданское уложеніе прямо постановило, что въ данномъ случаѣ должникъ отвѣчаетъ за эвикцію по пра-

¹⁾ *Gürtner*, op. cit. s. 12; *Noell* „Das Verhältnis zwischen Schenkungen und unentgeltlichen Zuwendungen insbesondere im Sinne der Gläubigeranfechtung“ Diss. Erlangen 1912 s. 13; *Lenel*, Arch. f. civ. Praxis. B. 74 s. 133; *Mallinckrodt* „Ueber Unentgeltlichkeit“ Diss. Leipzig 1905 s. 9. и др. перечисленные у *Jaeger* „Kommentar zur Konkursordnung“ Aufl. 3. zu § 31 anm. 21 und zu § 32 anm. 4; на этой-же точкѣ зрѣнія стоить и герм. суд. практика—см. R. G. E. 15 mai 1891 (Jur. Woch. 1891 s. 354), R. G. E. 1902. B. 51. № 16.

²⁾ *Haymann*, „Die Schenkung unter einer Auflage“ 1905 s. 7—8.

³⁾ *Simson* „Der Begriff des Entgeltes“ Diss. Halle 1909 s. 51 ff.

виламъ купли¹⁾. Это постановленіе дало основаніе большинству нѣмецкихъ юристовъ конструировать *datio in solutum* какъ особый возмездный договоръ, въ которомъ вознагражденіемъ за *datio* со стороны должника являлся отказъ кредитора отъ его права требованія по прежнему обязательству²⁾. Такъ какъ § 365 B. G. B. говоритъ вообще о *datio in solutum*, не различая характера сдѣлки, въ исполненіе которой это *datio* совершается, то юристы эту конструкцію распространили и на *datio in solutum* по обязательству безвозмездному—напр. обшанно-подарить³⁾. И дѣйствительно если эквивалентомъ считать отказъ кредитора отъ права требованія по прежнему обязательству, то этотъ эквивалентъ будетъ на лицо при всякомъ *datio in solutum*, т. что послѣднее всегда будетъ сдѣлкой возмездной. Вотъ противъ этой то конструкціи и возсталъ *Stampe*. По его мнѣнію она есть продуктъ логически—дедуктивнаго метода, а не результатъ глубокаго изслѣдованія интересовъ сторонъ („Interessenwägung“). Ошибка здѣсь въ томъ, что не принято во вниманіе назначеніе института *datio in solutum*, состоящее въ томъ, чтобы быть „solutorisches Hülfgeschäft“, употребляемой для реализаціи самыхъ разнообразныхъ *causae* или иначе основныхъ сдѣлокъ (купли, даренія, выдѣла и т. п.). Всякая же вспомогательная сдѣлка, по мнѣнію *Stampe*, должна обсуждаться по тѣмъ основнымъ правиламъ, которыя существуютъ для той основной сдѣлки, которой

¹⁾ B. G. B. § 365.

²⁾ *P. van Koolwijk* „Hingabe an Erfüllungsstatt nach d. B. G. B.“ Diss. Leipzig 1902 s. 12; *Berndorff* „Die Annahme an Erfüllungsstatt“ Diss. Berlin 1904 s. 8, 39; *Simon* „Die Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte und wegen eines Mangels der Sache im Falle der Leistung an Erfüllungsstatt nach gem. Rechte und dem Rechte des Bürgerl. Gesetzbuches f. d. D. Reich“ Diss. Greifswald 1899 s. 49; *Emmegerus* „Lehrbuch d. Bürg. Rechts“ 6/8 Aufl. I 2 s. 173; *Staudinger* „Kommentar zum B. G. B.“ 5/6 Aufl. B. II 1910 § 365; *Planck* „Bürgerliches Gesetzbuch“ 3 Aufl. B. II 1907 zu § 365 bem. 1.

³⁾ *K. Arendt* „Die Rechte des Gläubigers welchem die an Erfüllungsstatt gegebene Sache evincirt werden ist“ Diss. Erlangen 1898 s. 45—46.

данная вспомогательная сдѣлка служить — вѣдь нѣтъ, напримѣръ, никакого внутренняго основанія обсуждать поручителя за дарителя строже, чѣмъ самого дарителя. Старое дѣленіе на *causa credendi, solvendi, donandi* уже потому неправильно, что нельзя *solvendi* ставить на ряду съ *credendi* и *donandi*, т. к. оно есть вспомогательная сдѣлка, исполненіе *credere* и *donare* ¹⁾.

Мы съ своей стороны полагаемъ, что проф. *Stampe* глубоко правъ. Признаніе *datio in solutum* обѣщанія подарить возмездной сдѣлкой ведетъ въ явнымъ несообразностямъ. Такъ напримѣръ получится, что пока *datio in solutum* не обусловлено, даритель можетъ на основаніи § 519 B. G. B. отказаться исполнить свое обѣщаніе въ случаѣ ухудшенія своего матеріальнаго положенія, но стоило ему обѣцаться вмѣсто условленной вещи подарить другую, какъ онъ сразу лишается льготы, предоставленной § 519, т. к. онъ уже теперь не даритель, а возмездный отчуждатель вещи. Еще курьезнѣе можетъ получиться результатъ съ формой сдѣлки. Представимъ себѣ, что нѣкто въ порывѣ необдуманной щедрости обѣщаетъ устно другому подарить дорогую лошадь; такое обѣщаніе, какъ необлеченное въ форму, предписанную B. G. B., силы не имѣетъ, но контрагентъ, прошедшій юридическую школу и опасаящійся, что жена не позволитъ дарителю исполнить свое необдуманное обѣщаніе, проситъ дарителя вмѣсто обѣщанной лошади подарить другую, хотя бы менѣе цѣнную; тотъ, конечно, соглашается съ радостью и попадаетъ на удочку, т. к. теперь сдѣлка стала дѣйствительной и безъ соблюденія формы § 518-го, т. к. соглашеніе о *datio in solutum* равносильно исполненію, т. что прежнее обѣщаніе подарить путемъ исполненія приобрѣло юридическую силу, а *datio in solutum*, какъ возмездная сдѣлка, формальностямъ § 518-го не подлежитъ. Мы глубоко увѣрены, что если подобные казусы рассказать человѣку, не искушенному въ тонкостяхъ юридиче-

¹⁾ *Stampe* „Das Causa-Problem des Civilrechts“ 1904 s. 15, 20, 32 и др.

скихъ конструкцій, то онъ глубоко изумится и придетъ къ заключенію, что юриспруденція есть какая то игра опасная и вредная, т. к. для каждаго ясно, что если я обѣщаль подарить лошадь, а вмѣсто лошади дарю корову, то я все же корову дарю, а не продаю и не мѣняю. Такимъ образомъ ясно, что и логика и простая справедливость требуютъ, чтобы *datio in solutum* обѣщанія подарить подлежало дѣйствію нормъ даренія, а не купли. Благодаря вліянію книги *Stampe* это положеніе начинаетъ признаваться въ нѣмецкой литературѣ: такъ, напримѣръ, *prof. Oertmann* въ своемъ новомъ изслѣдованіи „*Entgeltliche Geschäfte*“ прямо признаетъ важную заслугу *Stampe* въ выясненіи природы *datio in solutum* и полагаетъ, что его точка зрѣнія приемлема и для дѣйствующаго германскаго права, т. к. § 365 есть норма общаго характера, примѣненіе которой исключается нормами специальными, какими являются нормы о дареніи ¹⁾.

Взглядъ *Stampe* на юридическую природу *datio in solutum* легко и просто разрѣшаетъ всѣ тѣ затрудненія, которыя возникаютъ и при примѣненіи нормъ купли къ *datio in solutum* возмезднаго обязательства. Если встать на господствующую точку зрѣнія и видѣть при *datio in solutum* эквивалентъ въ освобожденіи отъ прежняго обязательства, то примѣненіе нормъ купли въ случаѣ евикціи, какъ этого требуетъ § 365 B. G. B., наталкивается на серьезныя препятствія. При евикціи, какъ извѣстно, долженъ примѣняться въ извѣстныхъ случаяхъ § 323 B. G. B., предусматривающій возвращеніе должникомъ обратно полученнаго вознагражденія, но какъ былъ здѣсь, когда вознагражденіе состояло въ освобожденіи отъ прежняго обязательства? Мотивы къ B. G. B. говорятъ ²⁾,

¹⁾ *Oertmann* „*Entgeltliche Geschäfte*“ 1912 s. 96—97; *Planck* (B. II zu § 365 bem. 6) соглашаясь съ правильностью взгляда *Stampe* считаетъ однако его *de lege lata* непримѣнимымъ въ виду текста § 365-го, а также заявленія Мотивовъ къ герм. уложению, что § 365 устраняетъ примѣненіе болѣе мягкихъ правилъ объ ответственности дарителя (*Motive* B. II s. 83).

²⁾ *Motive* B. II s. 83.

что въ этомъ случаѣ должникъ остается обязаннымъ, какъ если-бы никакого *datio in solutum* вовсе не было, но это рѣшеніе явно неправильно, т. к. прежнее обязательство уже погашено и воскреснуть не можетъ. Поэтому большинство юристовъ полагаетъ, что понимать это надо въ томъ смыслѣ, что кредиторъ получаетъ право требовать возстановленія прежняго обязательства¹⁾. Но какъ это осуществить? *Berndorff*²⁾ справедливо замѣчаетъ, что требовать заключенія новаго договора купли, займа или установленія новаго обязательства изъ правонарушенія является безмысленнымъ. Очевидно, это надо понимать въ смыслѣ установленія абстрактнаго обязательства, но и это мало улучшаетъ положеніе вещей. *Schollmeyer*³⁾ а за нимъ и *Berndorff* указываютъ, какія невѣроятныя затрудненія и неудобства представляетъ подобный путь: сперва кредиторъ долженъ будетъ искать судомъ съ должника установленія абстрактнаго обязательства, вслѣдствіе судебного рѣшенія обязательство будетъ считаться возникшимъ, затѣмъ уже путемъ новаго процесса кредиторъ долженъ будетъ искать исполненія по этому абстрактному обязательству—можно ли представить себѣ болѣе неудобную волокиту! А положеніе еще болѣе затрудняется, если старое обязательство было обезпечено залогомъ или поручительствомъ. Между тѣмъ съ точки зрѣнія *Stampe* если при *datio in solutum* безвозмезднаго обязательства освобожденіе отъ стараго обязательства не является эквивалентомъ, то не является оно эквивалентомъ и при *datio in solutum* возмезднаго обязательства, а эквивалентомъ здѣсь является то самое дѣйствіе, которое обязавъ былъ исполнить контрагентъ по первоначальному обязательству, а при такой конструкціи всѣ вышеуказанныя затрудненія падаютъ.

¹⁾ *Enneccerus* s. 174; v. *Koolwyk* op. cit. s. 31; *Kisch*, Grünhut. Z. B. 29 s. 538; *Planck* B. II zu § 365 bem. 1; *Staudinger* B. II zu § 365; *Dernburg* „Das bürgerliche Recht des D. Reichs u. Preussens“ 4-e Aufl. B. II, I, 1909 § 120 anm 9; *Neumann* „Handausgabe des bürgerl. Gesetzbuches“ 5. Aufl. 1909 zu § 365 bem. 2; *Simon* op. cit. s. 50.

²⁾ *Berndorff* op. cit. s. 89.

³⁾ *Schollmeyer* „Recht d. Schuldverhältnisse“ 1900 zu § 365 bem. 2.

Все сказанное относительно *datio in solutum* несомнѣнно относится и къ простому исполненію, только здѣсь несостоятельность господствующаго мнѣнія проявляется еще ярче. Если одинъ контрагентъ обязался дать другому теленка, а тотъ за это обязался ему дать жеребенка, то для каждаго здравомыслящаго человѣка передача теленка является эквивалентомъ за жеребенка, а по ученію хитроумныхъ юристовъ получается, что эквивалентомъ за передачу жеребенка является освобожденіе отъ обязанности дать жеребенка, а эквивалентомъ за передачу теленка является освобожденіе отъ обязанности дать теленка. Поэтому примѣнная къ такому договору порядокъ, который нѣмецкіе юристы придумали на случай примѣненія § 323 B. G. B. къ *datio in solutum*, получилось-бы, что каждый контрагентъ будетъ сперва требовать установленія судомъ абстрактнаго обязательства дать теленка или жеребенка, затѣмъ долженъ будетъ вторично предъявлять искъ объ исполненіи этого абстрактнаго обязательства. Примѣровъ подобныхъ несообразностей, къ которымъ на практикѣ приведетъ господствующая въ нѣмецкой литературѣ точка зрѣнія на возмездный характеръ исполненія, можно привести не мало. Такъ *Oertmann* справедливо указываетъ, что тогда обѣщаніе подарить должно опредѣлять, какъ договоръ, направленный на возмездное отчужденіе вещи, и подчинять его §§ 445 и 493 B. G. B., и что къ исполненію такого обѣщанія не должны примѣняться §§ 521, 523, 524, что не только явно несообразно, но и противно самому закону (§ 523 abs. 2 и § 524 abs. 2)¹⁾.

Такимъ образомъ господствующее въ нѣмецкой литературѣ мнѣніе о томъ, что всякое исполненіе обязанности есть дѣйствіе возмездное надо признать неправильнымъ. Но также неправильнымъ будетъ и мнѣніе *Haymann*'а, признающаго исполненіе ни возмезднымъ ни безвозмезднымъ дѣйствіемъ: такое рѣшеніе, какъ замѣчаетъ *Oertmann*²⁾, повело бы къ тому,

¹⁾ *Oertmann*, op. cit. s. 90; также *Simson* „Begriff des Entgelts“ Diss. Halle 1909 s. 61--62.

²⁾ *Oertmann* loc. cit.

что данное въ качествѣ исполненія не могло бы быть вытребовано обратно ни на основаніи § 32 ни на основаніи § 31 abs. 1 К. О.—результатъ явно неудовлетворительный; точно также рѣшеніе *Haymann*'а не даетъ отвѣта, какія нормы надо примѣнять въ случаѣ евикціи—нормы-ли купли или нормы даренія. Поэтому мы лично всецѣло примыкаемъ къ мнѣнію *Stampe*, что исполненіе и др. вспомогательныя дѣйствія должны признаваться возмездными или безвозмездными смотря по тому, возмездно или безвозмездно было обязательство, исполненіемъ котораго данное дѣйствіе служить.

При этомъ слово „обязательство“, по нашему мнѣнію необходимо понимать въ смыслѣ юридическаго отношенія, а не въ смыслѣ только юридической сдѣлки. Въ этомъ мы опять таки рѣзко расходимся съ господствующимъ мнѣніемъ. Последнее говоритъ только о безвозмездныхъ или возмездныхъ юридическихъ сдѣлкахъ, совершенно не задаваясь вопросомъ о возмездности или безвозмездности юридическихъ отношеній, имѣющихъ основаніемъ какой-нибудь другой юридическій фактъ. Между тѣмъ такая постановка вопроса является теоретически совершенно неправильной: возмездность или безвозмездность зависятъ исключительно отъ того, находится ли дѣйствіе одного лица въ известной юридической зависимости отъ дѣйствія другого лица или не находится, но нисколько не зависятъ отъ того, какой юридическій фактъ являлся основаніемъ для возникновенія обязанности одного или нѣсколькихъ лицъ совершить въ пользу другихъ известныя дѣйствія. Какъ изъ сдѣлки можетъ возникнуть и обязательство только одного лица сдѣлать что-нибудь для другого и обязательство двухъ лицъ исполнить известныя дѣйствія въ пользу другъ друга, такъ и съ какимъ-нибудь юридическимъ событіемъ законъ могъ связать обязанность или только одного лица или взаимныя обязанности двухъ лицъ. Отсюда вполне понятно, что суженіе вопроса о возмездности или безвозмездности дѣйствій областью однихъ только юридическихъ сдѣлокъ должно повлечь за собой то, что цѣлый рядъ юридическихъ отношеній во многихъ случаяхъ оказался бы вне регламентаціи. Это обстоятельство наглядно сказалось, на-

примѣръ, на вопросѣ о регламентаціи „Aussteuer“ въ германскомъ правѣ. Какъ известно, по германскому праву родители при известныхъ обстоятельствахъ обязаны дать выходящей замужъ дочери приданое („Aussteuer“). Спрашивается, по какимъ правиламъ родители должны нести ответственность, въ случаѣ если вещи, данныя ими въ приданое, окажутся въ недостаткахъ или будутъ евиктированы—по правиламъ ли, установленныхъ для возмездныхъ сдѣлокъ, т. е. §§ 443 и 493¹⁾, или по правиламъ даренія? Многие юристы, исходя изъ ученія, что исполненіе юридической обязанности является всегда дѣйствіемъ возмезднымъ, высказались за рѣшеніе данного вопроса въ первомъ смыслѣ²⁾. Но ученіе это предполагаетъ, что эквивалентомъ въ данномъ случаѣ является освобожденіе обязаннаго лица отъ лежащей на немъ обязанности, между тѣмъ какъ это мнѣніе, какъ мы выше установили, надо признать совершенно неправильнымъ. Если-же мы отбросимъ эту конструкцію эквивалента, то у насъ послѣдняго вовсе не окажется, т. е. дочь въ пользу родителей въ вознагражденіе за приданое никакого дѣйствія совершать не обязана, а тогда значительная часть нормъ объ ответственности за недостатки вещи и въ правѣ окажется фактически абсолютно непримѣнимыми—напр. *Wandelung*, *Minderung*, § 440 abs. 1 B. G. B.—т. е. все эти нормы именно предполагаютъ наличие эквивалента. Это обстоятельство не укрылось отъ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ юристовъ, которые пришли къ заключенію, что обя-

¹⁾ Надо замѣтить, что здѣсь опять ярко сказалась теоретическая неправильность современныхъ законодательствъ, трактующихъ объ ответственности за недостатки вещи только при обязанности передать вещь въ собственность, основанной на договорѣ, тогда какъ нормы эти должны относиться ко всемъ случаямъ, гдѣ возникаетъ данная обязанность безразлично возникаетъ-ли она изъ договора или изъ другого юридическаго факта.

²⁾ *W. Zimmermann* „Die Aussteuer und die Ausstattung nach d. B. G. B. für d. D. Reich“ Diss. Leipzig 1905 s. 2—3; *Staudinger* Kommentar 7/8 Aufl. B. IV 1913 Anm. V zu § 1620; *Crome* „System des Deutschen Bürgerl. Rechts“ B. IV 1908 § 605 Anm. 47.

занность родителей дать приданое есть односторонняя, безвозмездная обязанность¹⁾. Но дальше и эти юристы разошлись во взглядах: одни, как например *Planck*, высказались за применение къ приданному въ данномъ случаѣ правилъ о дареніи, тогда какъ другіе признавали это невозможнымъ, т. к. обязанность дать приданое не основана на договорѣ, каковой дареніе всегда предполагаетъ, а является исполненіемъ юридической обязанности, почему здѣсь болѣе правильнымъ являлось бы применять по аналогіи нормы объ ответственности лица, обремененнаго завѣщательнымъ отказомъ—т. е. §§ 2182 abs. 1 и 2183²⁾. Которое изъ этихъ двухъ мнѣній является болѣе правильнымъ—для насъ въ данномъ случаѣ не имѣетъ значенія, т. к. вполнѣ возможно, что регламентація безвозмездныхъ обязанностей, основанныхъ не на сдѣлкѣ, должна представлять нѣкоторыя особенности по сравненію съ регламентаціей безвозмездныхъ сдѣлокъ—для насъ здѣсь важно констатировать тотъ фактъ, что какъ только юристамъ вплотную пришлось подойти къ вопросу о применении нормъ, предполагающихъ наличие эквивалента, къ дѣйствіямъ, представляющимъ собой исполненіе юридической обязанности, основанной не на сдѣлкѣ, такъ сразу обнаружилось, что применять эти нормы во многихъ случаяхъ фактически невозможно, т. к. эквивалента здѣсь можетъ и не быть, почему юристамъ и пришлось признать такіа юридическія отношенія безвозмездными.

Установленное нами положеніе, что вопросъ о возмездности или безвозмездности извѣстнаго дѣйствія надо разрѣшать смотря по природѣ того юридическаго отношенія, исполненіемъ обязанности изъ коего является данное дѣйствіе, должно быть

¹⁾ *Planck* op. cit. ann. 10 zu § 1620; *Starke* „Die Behandlung der Aussteuer und des Aussteueranspruchs“ Diss. Leipzig 1905 s. 94; *Knitschky* „Das Rechtsverhältniss zwischen Eltern und Kindern nach d. B. G. B.“ 1899 s. 95—96; *K. v. Zimmermann* Der gesetzliche Aussteueranspruch nach d. B. G. B.“ Diss. Leipzig 1905, s. 73—74.

²⁾ *Knitschky*, *Starke*, также и *K. v. Zimmermann* хотя съ нѣкоторыми оговорками.

примѣнено и къ такъ называемымъ натуральнымъ обязательствамъ, вопреки господствующему мнѣнію, твердо держащемуся взгляда, что исполненіе натурального обязательства является всегда дѣйствіемъ возмезднымъ¹⁾. Неправильность этого послѣдняго взгляда вытекаетъ уже изъ всего того, что было нами сказано выше относительно исполненія юридическихъ обязанностей, т. е. натуральныхъ обязательства суть настоящія юридическія обязательства и отличаются отъ обыкновенныхъ лишь тѣмъ, что обязанность должника исполнить не можетъ быть вынуждена судебнымъ порядкомъ („nicht erzwingbar“)²⁾. Поэтому какъ обыкновенныя обязательства могутъ быть и возмездными и безвозмездными, такъ и натуральныя, при чемъ если исполненіе обыкновеннаго безвозмезднаго обязательства будетъ дѣйствіемъ безвозмезднымъ, точно также будетъ безвозмезднымъ и исполненіе безвозмезднаго натурального обязательства. Въ противномъ случаѣ мы пришли-бы къ нелѣпому выводу, что исполненіе погашеннаго давностью обѣщанія подарить будетъ дѣйствіемъ возмезднымъ.

Если одинъ тотъ фактъ, что дѣйствіе является исполненіемъ юридической обязанности, самъ по себѣ не придаетъ данному дѣйствію свойства возмездности, то тѣмъ болѣе, конечно, не можетъ быть признано извѣстное дѣйствіе возмезднымъ только потому, что оно является исполненіемъ нравственной обязанности. Между тѣмъ этотъ глубоко ошибочный, по нашему мнѣнію, взглядъ довольно распространенъ въ литературѣ и даже имѣетъ извѣстную опору въ законодательныхъ постановленіяхъ. Такъ нѣкоторые нѣмецкіе юристы³⁾, придержи-

¹⁾ *Jaeger* op. cit. ann. 4 zu § 32; *Klingmüller* „Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten“ 1905 s. 228; *Gürtner* op. cit. s. 12; *Noell* op. cit. s. 13; *Richrath* „Wesen u. Inhalt des schenkungsbegriffes nach d. bürgerl. Recht“ Diss. Erlangen 1913 s. 129; *Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch* hrg. von *Egger, Escher, Oser, Reichel u. Wieland* B. V. l.ief. 5 s. 532; *Ungnad* „Der Schenkungsbegriff“ Diss. Borna-Leipzig 1906 s. 32 ff.

²⁾ *Klingmüller*, op. cit. s. 272.

³⁾ См. *Jaeger* „Kommentar zur Konkursordnung“ 3/4. Aufl. Lief. 2. 1908, Ann. 5 zu § 32.

вающіеся этого взгляда, опираются на § 1624 В. Г. В., гласящій, что если родители дадут своимъ дѣтямъ по случаю вступленія ихъ въ бракъ или достиженія ими самостоятельнаго положенія въ жизни для основанія или поддержанія самостоятельнаго хозяйства или положенія въ жизни, извѣстное имущество, то такой выдѣлъ („Ausstattung“) лишь постольку считается дареніемъ, поскольку онъ превышаетъ по своимъ размѣрамъ то, что родители должны были бы дать сообразно съ обстоятельствами, а главнымъ образомъ съ имущественнымъ положеніемъ родителей, при чемъ въ мотивахъ къ В. Г. В. это постановленіе объясняется тѣмъ, что предоставленіе такого „Ausstattung“ является со стороны родителей исполненіемъ ихъ нравственнаго долга по отношенію къ дѣтямъ¹⁾. Но несмотря на такое указаніе въ мотивахъ, изъ § 1624 все-же нельзя заключить, что по германскому праву исполненіе нравственной обязанности всегда надо считать дѣйствіемъ возмезднымъ. Прежде всего, такой выводъ противорѣчилъ бы прямому указанію закона, который въ § 534 В. Г. В. говоритъ, что „Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, unterliegen nicht der Rückforderung und dem Widerruf“: здѣсь законодатель прямо называетъ дѣйствія, являющіяся исполненіемъ нравственной обязанности дареніями, т. е. безвозмезд-

¹⁾ *Mugdan* В. IV s. 380; некоторые юристы (см. *Sjöberg* „Rechtliche Natur und rechtliche Behandlung der Anstands- und Pflichtschenkungen“ Diss. Leipzig 1907. s. 16—17) правда объясняютъ это постановленіе иначе — именно тѣмъ, что въ Ausstattung отсутствуетъ animus donandi въ смыслѣ намѣренія обогатить, т. к. родители даютъ Ausstattung совсѣмъ не съ этимъ намѣреніемъ, а съ цѣлью создать извѣстное экономическое положеніе своимъ дѣтямъ, которыя до этого находились на ихъ иждивеніи, но это объясненіе не только противорѣчитъ мотивамъ, но и закону, т. к. германское уложеніе сознательно устранило animus donandi изъ опредѣленія даренія, и хотя некоторые юристы (*Neumann* Gruch. Beitr. В. 45 s. 508; *Klein*, Jur. Woch. XXXV s. 100; *Mattias* „Lehrbuch d. b. Rechts 2-e Aufl. В. I s. 471) продолжаютъ считать его подразумевающимся, но взглядъ этотъ рѣшительно отвергается господствующимъ мнѣніемъ.

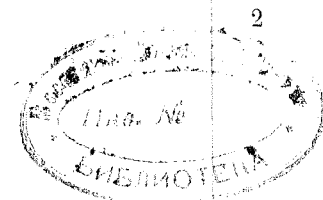
12836
12837
12838
12839
12840

ными сдѣлками, и подчиняетъ ихъ всѣмъ нормамъ даренія, за исключеніемъ нормъ объ отобраніи дара. Это общее правило § 534, относящееся ко всѣмъ дареніямъ, сдѣланнымъ во исполненіе нравственной обязанности, само собой не можетъ быть аннулировано § 1624-ымъ, относящимся только къ одному частному случаю подобныхъ дареній. Если же фактъ исполненія нравственной обязанности по общему правилу не устраняетъ наличности даренія, то и Ausstattung, вопреки буквальному тексту § 1624, все-же должна быть признана дареніемъ, т. к. законодатель властенъ изъ тѣхъ или иныхъ соображеній изъять извѣстную юридическую сдѣлку изъ дѣйствія нормъ о дареніи, но онъ не можетъ заставить не признавать дареніемъ такую сдѣлку, которая имѣетъ всѣ существенные признаки даренія, признанные самимъ же законодателемъ. Поэтому § 1624 надо понимать только въ томъ смыслѣ, что къ Ausstattung въ извѣстныхъ случаяхъ непримѣнимы нормы даренія, за исключеніемъ въ которыхъ специально оговоренныхъ закономъ. Всякое другое толкованіе неминуемо ведетъ къ противорѣчивымъ выводамъ. Въ качествѣ примѣра можно привести хотя-бы мнѣніе *Horn'a*¹⁾ и *Neubecker'a*²⁾, что и выдѣлъ, сдѣланный въ размѣрахъ, превышающихъ то, что родители морально должны были дать дѣтямъ, въ большинствѣ случаевъ дареніемъ не будетъ. Мотивируется это тѣмъ, что § 516 В. Г. В. для признанія наличности даренія требуетъ согласенія сторонъ о безвозмездности, а т. к. по § 1624 признакомъ даренія является отсутствіе моральной обязанности, то слѣдовательно для признанія Ausstattung дареніемъ недостаточно одного факта, что родители дали больше, чѣмъ слѣдовало, а нужно еще, чтобы между родителями, дающимъ Ausstattung, и получающимъ его ребенкомъ было на лицо согласеніе о томъ, что Ausstattung дѣлается въ размѣрахъ, выходящихъ за нормальные предѣлы. Между тѣмъ такого согласенія въ громадномъ большинствѣ

12834
12835
12836
12837
12838
12839
12840

¹⁾ *Horn* „Begriff und rechtliche Natur der Schenkung nach В. Г. В.“ Diss. Erlangen 1899 s. 91.

²⁾ *Neubecker* „Die Mitgift in rechtsvergleichender Darstellung“ 1907 s. 213—215.



случаевъ не бываетъ, т. к. дѣти не могутъ точно знать денежныхъ дѣлъ родителей, и лишь въ очень рѣдкихъ случаяхъ Ausstattung дается и принимается, какъ чрезмѣрная. Съ нашей точки зрѣнія такое толкованіе безусловно надо признать неправильнымъ, какъ противорѣчащее общему правилу § 534, ясно указывающему, что исполненіе моральной обязанности не исключаетъ наличности даренія, и что отсутствіе такой обязанности никоимъ образомъ не является существеннымъ признакомъ безвозмездности, но тѣмъ не менѣе толкованіе это весьма наглядно показываетъ, къ какимъ недоразумѣніямъ ведетъ неудачная формулировка § 1624 го, объявляющая, что Ausstattung не есть дареніе, вмѣсто того чтобы сказать, что къ Ausstattung въ извѣстныхъ случаяхъ непримѣнны нормы даренія, каковой смыслъ только и можетъ имѣть § 1624.

Что выдѣлъ, сдѣланный въ размѣрахъ не превышающихъ то, что должны были дать родители, не является сдѣлкой возмездной видно и изъ того, что самъ законодатель не ещетъ возможнымъ обсуждать случаи недостатка въ правѣ или въ самой вещи по правиламъ купли, а прямо предписалъ примѣнять здѣсь нормы даренія. Постановленіе это особенно характерно потому, что хотя всѣ нормы даренія въ сущности вызваны вліяніемъ момента безвозмездности, но эта связь ихъ съ этимъ моментомъ можетъ быть различной: такъ напримѣръ законодатель вполне свободно могъ подчинить форму заключенія безвозмездныхъ обязательствъ тѣмъ же правиламъ, какія установлены имъ для возмездныхъ сдѣлокъ, но онъ не могъ подчинить безвозмездную передачу вещи въ собственность правиламъ объ отвѣтственности продавца за недостатки вещи и въ правѣ, т. к. правила эти предполагаютъ непременно наличность эквивалента. Поэтому abs. 2 § 1624 B. G. B. есть вынужденное признаніе законодателя, что въ выдѣлѣ эквивалента нѣтъ, т. е. что онъ сдѣлка безвозмездная. Взглядъ германскаго законодателя на выдѣлъ, какъ на безвозмездную сдѣлку, ясно выражается также въ §§ 1521 и 1551 B. G. B., въ которыхъ онъ отнесенъ къ „eingebrachtes Gut“ на ряду съ имуществомъ, полученнымъ по наследованію и даренію. Наконецъ, если признать выдѣлъ возмездной сдѣлкой, то надо изъять

его и отъ дѣйствія § 32 Kon. Ordn.¹⁾, къ какому выводу и приходять нѣкоторые юристы²⁾, между тѣмъ какъ это въ корень подрывало бы значеніе § 32 K. O., заключающееся въ огражденіи кредиторовъ отъ раздачи имущества должникомъ безъ всякаго имущественнаго эквивалента. Правда, если Ausstattung нарушаетъ интересы кредиторовъ, они могутъ доказывать, что она не соответствовала имущественному положенію должника—родителя и потому, какъ дареніе, „anfechtbar“ по § 32, но все это легко обойти: дѣти, напримѣръ, должника могутъ предъявить требованія объ исполненіи словесно заключенныхъ Ausstattungsversprechen, относящихся яко бы къ тому моменту, когда размѣры Ausstattung соответствовали имущественному положенію родителей; такіа словесныя обѣщанія дѣйствительны и должны разсматриваться, какъ возмездныя сдѣлки, согласно оспариваемому нами мнѣнію; благодаря такимъ сдѣлкамъ значительная часть имущества ускользаетъ отъ кредиторовъ, а какъ они докажутъ, что всѣ эти обѣщанія въ дѣйствительности фиктивны, или моментъ заключенія ихъ фиктивно отнесенъ къ болѣе раннему сроку? Поэтому многие нѣмецкіе юристы упорно отстаиваютъ примѣнимость § 32 K. O. къ выдѣламъ, независимо отъ размѣровъ послѣднихъ³⁾. Все это наглядно доказываетъ несостоятельность взгляда, что германскій законодатель призналъ исполненіе нравственной обязанности сдѣлкой возмездной.

Гораздо болѣшую опору этотъ взглядъ о возмездности исполненія нравственной обязанности нашелъ въ новомъ швейцарскомъ гражданскомъ уложеніи. Здѣсь въ art. 239 уже прямо

¹⁾ § 32 K. Or.: „Anfechtbar sind: 1) die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten; u. s. w.“

²⁾ Jaeger op. cit. s. 409, Staudinger-Engelmann zu § 1624 и нѣкоторые др.

³⁾ См. особенно у Neubecker'a (op. cit. s. 220—224); также Planck B. IV 1906 zu § 1624 bem. 5, Neumann „Handausgabe des B. G. B.“ 6-е Aufl. Bd. II 1912 § 1624 ann. 3 и нѣкоторые др.

указывается, что „die Erfüllung einer sittlichen Pflicht wird nicht als Schenkung behandelt“¹⁾. Основанием этого постановления является взгляд, что такіа дѣйствія не являются безвозмездными²⁾. Но, какъ мы выше уже указывали, взглядъ этотъ является глубоко ошибочнымъ теоретически. Вѣдь если такіа дѣйствія не безвозмездны, то значить они возмездны, а возмездность предполагаетъ наличность эквивалента—но въ чемъ же здѣсь этотъ послѣдній состоитъ? Когда у насъ шла рѣчь о дѣйствіяхъ, являющихся исполненіемъ юридической обязанности, то, какъ мы видѣли, господствующее мнѣніе эквивалентомъ здѣсь считало освобожденіе должника отъ лежащей на немъ обязанности. Теоретически это, конечно, неправильно, но все-же гораздо болѣе допустимо, чѣмъ признаніе эквивалентомъ освобожденіе должника отъ нравственной обязанности. Такъ, напримѣръ, если въ случаѣ евипціи даннаго во исполненіе юридической обязанности еще можно, хоть и съ большой натяжкой и съ большими затрудненіями, говорить, что кредиторъ здѣсь получаетъ право требовать возстановленія прежняго обязательства³⁾, то примѣнять эту теорію здѣсь явно уже бессмысленно—какой интересъ для кредитора просить судъ о возстановленіи нравственной обязанности, и развѣ можетъ судъ вынести такое рѣшеніе? Призывать-же дѣйствія, являющіяся исполненіемъ нравственной обязанности не безвозмездными и въ то-же самое время отрицать здѣсь наличность эквивалента, какъ это дѣлаетъ *Fick*⁴⁾, значить впадать въ непримиримое противорѣчіе, изъ котораго мы никакого выхода не видимъ.

¹⁾ Хотя законъ говоритъ только объ исполненіи „einer sittlichen Pflicht“, умалчивая объ исполненіи „einer Anstandspflicht“, каковую германское уложеніе въ § 534 ставитъ наравнѣ съ первой, но швейцарскіе юристы держатся взгляда, что art. 239 abs. 3 обнимаетъ собой и исполненіе Anstandspflicht (см. *Fick* „Das Schweizerische Obligationenrecht“ 4-e lief. 1912 s. 430, *Eggers Kommentar* bem. zu art. 239—хотя въ объясненіяхъ къ art. 63 имъ-же высказывается противоположный взглядъ).

²⁾ *Fick* „Das Schweiz. Obligationenrecht“ s. 429, *Eggers Kommentar* s. 551—553.

³⁾ См. выше стр. 7.

⁴⁾ *Fick*, op cit. ann. 49 vor art. 239 и ann. 16 zu art. 239.

Все это ясно доказываетъ, къ какому невозможному слѣдствіямъ ведетъ постановленіе швейцарскаго уложенія, благодаря которому дѣйствія, являющіяся исполненіемъ нравственной обязанности, оказываются какъ-бы висющими въ воздухѣ: примѣнять къ нимъ нормы о безвозмездныхъ дѣйствіяхъ запрещаетъ законъ, а примѣнять къ нимъ нормы о возмездныхъ дѣйствіяхъ нельзя фактически за отсутствіемъ эквивалента.

Обращаясь теперь къ законодательствамъ Франціи и Россіи мы здѣсь не находимъ уже препятствій для признанія анализируемыхъ дѣйствій безвозмездными, каковыми они и являются по своей природѣ. Законодательство французское не содержитъ такого общаго указанія, какъ art. 239 Schw. Z. G. B. и § 534 B. G. B., а трактуетъ только о нѣкоторыхъ отдѣльных видахъ добрыхъ дѣлокъ. Но изъ отдѣльныхъ казуистическихъ указаній Code Civil можно притти къ выводу, что и законодательство французское держится взгляда, что исполненіе нравственной обязанности не исключаетъ понятія безвозмездности, хотя въ литературѣ также встрѣчаются противоположныя мнѣнія, основанныя главнымъ образомъ на смѣшеніи obligations morales et obligations naturelles¹⁾. Прежде всего законодатель въ нѣсколькихъ статьяхъ даетъ постановленія о т. наз. donations rémunératoires. Такъ въ art. 909 Cod. Civ. указывается, что недѣйствительность дареній въ пользу врачей, фельдшеровъ и аптекарей со стороны ихъ пациентовъ, сдѣланныхъ во время болѣзни, окончившейся смертельнымъ исходомъ, не относится къ „dispositions rémunératoires faites à titre particulier, en égard aux facultés du disposant et aux services rendus“. Въ art. 960 C. Civ. говорится, что ревокаціи по причинѣ рожденія ребенка подлежатъ всякіа даренія, каковы бы они ни были, и въ прилагаемомъ перечнѣ этихъ дареній указываются и donations rémunératoires. Наконецъ въ art. 1083 законъ трактуетъ о дареніяхъ par contrat de mariage съ тѣмъ, чтобы эти даренія поступили къ одаренному лишь послѣ смерти дарителя—подареннымъ имуществомъ даритель уже не можетъ

¹⁾ *Demolombe* „Traité des donations entre vifs et des testaments“ t. III № 38, *Troplong* „Droit civil expliqué. Commentaire du titre des donations et testaments“ 3-e ed. 1872 t. II № 1075.

распоряжаться по безвозмезднымъ сдѣлкамъ, исключая „*sommes modiques à titre de récompense ou autrement*“. Изъ всѣхъ указанныхъ статей ясно видно, что „*donations rémunératoires*“, какъ это показывается уже самый терминъ „*donations*“, признаются дареніями, т. е. сдѣлками безвозмездными, а между тѣмъ подобныя даренія въ большинствѣ случаевъ являются не чѣмъ инымъ, какъ исполненіемъ обязанности, налагаемой нравственностью или приличіемъ. Правда, французскіе юристы ¹⁾ и практика ²⁾ держатся взгляда, что только тѣ „*donations rémunératoires*“ являются дареніями, которыя сдѣланы въ благодарность за услугу, которая на деньги не можетъ быть оценена, если-же услуга на деньги оценивается, то данное въ отплату за нее будетъ дареніемъ лишь постольку, поскольку стоимость даннаго превышаетъ стоимость оказанной услуги, но взглядъ этотъ, основанный на неправильномъ, какъ мы увидимъ ниже, пониманіи понятія эквивалента, въ то же самое время прямо призываетъ, что само по себѣ исполненіе нравственной обязанности не исключаетъ наличности безвозмездности.

Нѣкоторыя особенности, по сравненію съ обычными дареніями, имѣютъ во Франціи т. наз. „*donations en faveur de mariage*“. Понятіе этихъ послѣднихъ съ одной стороны шире понятія германской *Ausstattung*, съ другой стороны уже шире потому, что *Ausstattung* можетъ быть дана не только по случаю брака дѣтей, но и вообще по случаю приобрѣтенія ими самостоятельнаго общественнаго положенія; уже потому, что *Ausstattung* дается только родителями, а *donations en faveur de mariage* и посторонними лицами. Особенности этихъ *donations* состоятъ въ томъ что онѣ подлежатъ довольно многочисленнымъ исключеніямъ изъ правилъ о дареніи ³⁾, если только

¹⁾ *Laurent* „*Principes de droit civil français*“ т. XII н. 333—334; *Baudry-Lacantinerie et Colin* „*Traité théorique et pratique de droit civil. Des donations entre vifs et des testaments*“ 3-е ed. 1905 т. I р. 515; *Planiol* „*Traité élémentaire de droit civil*“ 6-е ed. т. III р. 597.

²⁾ *Cass.* 3 fevr. 1846 S. 46, 1. 502; D. 46, 1. 159; 7 janvier 1862 S. 62, 1. 599; D. 62, 1. 188.

³⁾ См. art. 947, 959, 1086, 1087 Code Civil.

такія *donations en faveur de mariage* сдѣланы въ самомъ брачномъ договорѣ („*par contrat de mariage*“). Что эти особенности никоимъ образомъ не вызваны тѣмъ, что такія даренія являются исполненіемъ нравственной обязанности, съ неопровержимой очевидностью вытекаетъ, во первыхъ, изъ того, что они распространяются и на даренія со стороны постороннихъ лицъ, которыя нравственно вовсе могутъ быть не обязаны помогать молодоженамъ устроиться, а во вторыхъ изъ того, что они примѣняются только къ дареніямъ, совершеннымъ „*par contrat de mariage*“, такъ что если дареніе совершенно инымъ путемъ, то хотя-бы оно исходило отъ родителей, нравственно обязанныхъ дать что-нибудь своимъ дѣтямъ вступающимъ въ бракъ, все равно такое дареніе обсуждается по общимъ правиламъ о дареніяхъ и вышеуказанныя особенности къ нему непримѣнимы. Изъ послѣдняго положенія исключеніе сдѣлано для приданнаго: оно, будучи установлено даже не „*par contrat de mariage*“ подлежитъ нѣкоторымъ особымъ правиламъ, частью освобождающимъ его отъ излишнихъ формальностей, установленныхъ для обыкновенныхъ дареній, частью ставящимъ лицо получившее приданое въ болѣе благоприятное положеніе по сравненію съ одареннымъ ¹⁾. Но всѣ эти особенности опять таки не стоятъ ни въ какой зависимости отъ того, что приданое является исполненіемъ нравственной обязанности, такъ какъ онѣ относятся ко всякому приданому, безразлично, дано-ли оно родителями или посторонними лицами.

Все это ясно указываетъ, что французское законодательство и литература не признаютъ исполненіе нравственной обя-

¹⁾ См. art. 959, 1440, 1547, 1548 Code Civil; изъ нихъ хотя art. 1440 и 1547 и возлагаютъ на давшего приданое отвѣтственность за евикцію, что старой судебной практикой (*Cass.* 22 nivose an X S. chr. I, 1. 577; *Rouan* 3 juill. 1828 S. chr. 9. 2. 110) объяснялось возмездностью приданнаго, но эта точка зрѣнія теперь рѣшительно оставлена, и отвѣтственность эта сводится лишь къ обязанности возмѣщать стоимость евиктированной вещи, а art. 1681 непримѣнимъ (*Planiol* III р. 45).

занности моментомъ исключаящимъ наличность безвозмездности¹⁾.

На вопросъ о безвозмездности или возмездности исполненія нравственной обязанности по русскому праву съ нѣкоторой подробностью изъ русскихъ юристовъ остановился одинъ Умовъ²⁾. Но соображенія его на этотъ счетъ нельзя признать ни достаточно опредѣленными ни обоснованными. Признавъ, что наше законодательство не даетъ никакихъ указаній на то, что исполненіе нравственной обязанности вообще, а въ частности установленіе приданого со стороны родственниковъ, надо разсматривать, какъ сдѣлки возмездныя, онъ въ то-же время приходитъ къ заключенію, что и у насъ исполненіе нравственной обязанности (въ томъ числѣ и установленіе приданого со стороны родственниковъ) дареніемъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ (?) не должно считаться. Въстѣ съ тѣмъ Умовъ считаетъ, что т. наз. ремуераторныя даренія будутъ дареніями въ подлинномъ смыслѣ этого слова, т. е. чувство благодарности обязываетъ насъ только къ личному уваженію, а не къ имущественнымъ жертвамъ, т. что исполненія нравственной обязанности здѣсь нѣтъ. Мы, однако, полагаемъ, что русское право не даетъ рѣшительно никакихъ основаній для отрицанія за исполненіемъ нравственной обязанности характера безвозмездности. Нашъ т.

¹⁾ Тѣмъ болѣе страннымъ является, что нѣкоторые французскіе юристы (*Planiol*, т. III р. 654, т. I р. 586; *Bonniard* „De la revocation des donations pour cause d'ingratitude“ These Paris 1906 р. 63) отвергаютъ характеръ дареній за т. наз. „*présents d'usage*“, которые признаются дареніями даже тѣми нѣмецкими юристами, которые исполненіе нравственной обязанности считаютъ сдѣлкой возмездной (см. *Jaeger*, *op. cit.* s. 412—413). Впрочемъ этотъ взглядъ французскихъ юристовъ, основанный на томъ, что art. 852 освобождаетъ такіе подарки отъ *rapport*, встрѣтилъ справедливый протестъ со стороны *Baudry-Lacantinerie*, (*op. cit.* р. 513), *Cardon* („*Les dons manuels*“ 1902 р. 108) и практики (*Cass.* 6 juin 1884, S. 35, 1, 58), считающихъ, что освобожденіе этихъ дареній отъ *rapport* именно подчеркиваетъ ихъ безвозмездный характеръ, т. е. *rapport* относится только къ *libéralités*.

²⁾ Умовъ „Дареніе, его понятіе, характеристическія черты и мѣсто въ системѣ права“ 1876 стр. 110—116.

Х ч. 1. не только ни однимъ словомъ не указываетъ на возможность подобнаго заключенія, но наоборотъ даетъ существенное основаніе для противоположнаго рѣшенія, относя выдѣлъ и приданое на ряду съ дареніемъ къ „дарственному или безвозмездному приобрѣтенію правъ на имущество“, тогда какъ у насъ выдѣлъ и приданое должны исходить отъ родителей и родственниковъ и такимъ образомъ въ большинствѣ случаевъ являются исполненіемъ нравственной обязанности. И если между русскими юристами существуетъ разногласіе по вопросу о томъ, примѣнимы ли къ выдѣлу и приданому нормы даренія или непримѣнимы, то сторонники послѣдняго взгляда исходятъ изъ того, что выдѣлъ и приданое являются предвареннымъ наслѣдованіемъ, т. что подходятъ къ наслѣдованію по закону¹⁾, а вовсе не изъ того, что выдѣлъ и приданое, какъ исполненіе нравственной обязанности, лишены характера безвозмездности, каковой характеръ этихъ институтовъ не вызываетъ ни у кого, кромѣ развѣ Умова, даже сомнѣнія.

Итакъ для рѣшенія вопроса о возмездности или безвозмездности извѣстнаго дѣйствія надо основываться на природѣ того юридическаго отношенія, изъ котораго данное дѣйствіе вытекаетъ. Простѣйшимъ типомъ возмезднаго юридическаго отношенія будетъ то, изъ коего вытекаютъ взаимныя дѣйствія обоихъ контрагентовъ, а простѣйшимъ типомъ безвозмезднаго отношенія будетъ то, изъ котораго вытекаетъ дѣйствіе только одного контрагента. Но было-бы ошибочнымъ, исходя изъ этихъ простѣйшихъ типовъ, опредѣлять возмездное юридическое отношеніе, какъ такое, изъ котораго вытекаетъ двустороннее обязательство, а безвозмездное — какъ одностороннее. Взглядъ этотъ нѣкогда довольно распространенный въ литературѣ и теперь еще имѣющій сторонниковъ²⁾, въ настоящее время все-же

¹⁾ См. *Любавскій* „Юрид. монографіи и изслѣдованія“ т. IV стр. 29—32; *Анненковъ* т. IV стр. 113 и нѣкоторые др. Наоборотъ признаютъ выдѣлъ и приданое дареніемъ: *Шершеневичъ* „Учебникъ русск. гражд. права“ 10-е изд. 1912 стр. 750—753, *Мейеръ* „Русское гражданское право“ изд. 8-ое 1902 стр. 207—208; *Побѣдоносцевъ* „Курсъ гражданского права“ т. II стр. 401, 404; см. также Сен. р. 1867 № 279.

²⁾ См. напр. *W. Simson* *op. cit.* s. 48. u. ff.

можно считать окончательно опровергнутым. Больше тщательное исследование вопроса о возмездности обнаружило, что как односторонние обязательства могут быть возмездными, так и двусторонние в известных случаях признаются безвозмездными. Къ числу односторонних, но въ то-же самое время возмездныхъ обязательствъ относятся такія, гдѣ обязанность лежитъ только на одной сторонѣ, но эта обязанность поставлена въ условную зависимость отъ дѣйствія другой стороны. Напримеръ А. обязуется уплатить Б. 200 р., если Б. передастъ А. въ собственность лошадь. Здѣсь только А. является обязаннымъ, а дѣйствіе Б. находится лишь *in condicione*, но не *in obligatione*, почему юристы, послѣдовательно проводящіе взглядъ, что возмездность предполагаетъ всегда двустороннее обязательство, признаютъ такую сдѣлку безвозмездной. Къ такому заключенію и пришелъ Simson, признавъ подобный договоръ чистымъ дареніемъ, даже безъ Auflage, т. е. исполненія условия нельзя¹⁾. Но взглядъ этотъ является столь ошибочнымъ, что даже не нуждается въ опроверженіи. Для каждаго ясно, что А. здѣсь вовсе не даритъ Б. 200 р., а платить ихъ за лошадь, почему признаніе такого договора безвозмезднымъ противорѣчило бы и здравому смыслу и привело-бы къ явно нецѣлесообразнымъ результатамъ, т. е. здѣсь нѣтъ рѣшительно никакихъ разумныхъ основаній относиться къ А. какъ къ дарителю и давать ему разныя льготы въ отличіе отъ обыкновенныхъ покупателей. И въ настоящее время большинство юристовъ признаютъ подобныя сдѣлки возмездными²⁾.

Весьма близкими по своей природѣ къ вышерассмотрѣннымъ юр. отношеніямъ являются такія, гдѣ обязанность одного

¹⁾ Simson *op. cit.* s. 48—49.

²⁾ Cosack „Lehrbuch d. bürgerl. Rechts“ B. I 5-e Aufl. 1900 s. 161; Leonhard „Der Allgemeine Teil des Bürgerl. Gesetzbuchs“ 1900 s. 266; Stampe, Arch. ziv. Praxis B. 108 s. 60; особенно Oertmann *op. cit.* s. s. 10—11, 16 ff; Richrath „Wesen und Inhalt des Schenkungsbegriffes nach d. bürgerl. Recht“ Diss. Borna-Leipzig 1913 s. 128.

лица совершить для другого известное дѣйствіе находится въ каузальной зависимости отъ дѣйствія другого контрагента. Возьмемъ для примѣра реальный процентный заемъ. Здѣсь также мы имѣемъ обязанность только одного лица возвратить занятую сумму денегъ съ процентами, на кредиторѣ никакой обязанности не лежитъ, но обязанность должника находится въ каузальной зависимости отъ уже совершеннаго при самомъ установленіи юридическаго отношенія дѣйствія кредитора, выразившагося въ предоставленіи должнику денежной суммы въ собственность. Ясно, что признавать должника дарителемъ процентовъ кредитору совершенно невозможно, т. е. нѣтъ рѣшительно никакого основанія признавать дѣйствіе одного контрагента безвозмезднымъ только потому, что другой контрагентъ не взялъ на себя обязанности исполнить свое дѣйствіе, а уже исполнилъ его при самомъ совершеніи сдѣлки и тѣмъ самымъ создалъ для другого контрагента обязанность исполнить известное дѣйствіе¹⁾. Поэтому большинство юристовъ единодушно признаютъ процентный заемъ сдѣлкой возмездной, т. е. подчинять его нормамъ, установленнымъ для безвозмездныхъ сдѣлокъ, хотя бы на примѣръ правиламъ объ облегченномъ опроверженіи въ случаѣ конкурса, было-бы явно недопустимымъ.

Итакъ для рѣшенія вопроса о возмездности или безвозмездности известнаго дѣйствія недостаточно принимать во вниманіе дѣйствія, вытекающія изъ даннаго юридическаго отношенія, а нужно считаться и съ дѣйствіемъ служившимъ основаніемъ для даннаго юридическаго отношенія. Но здѣсь возникаетъ любопытный вопросъ, возмездны или безвозмездны будутъ односторонніе абстрактныя обязательства, т. е. такія обязательства, которыя являются какъ-бы оторванными отъ своего основанія. Такимъ абстрактнымъ обязательствомъ является во многихъ странахъ вексель, а на примѣръ германское законодательство признаетъ дѣйствительными вообще абстрактныя „Schuldversprechen и Schuldanerkenntniss“, которыя могутъ имѣть содержаніемъ всякія дѣйствія. Какъ надо обсуждать такія обязательства, какъ возмездныя или без-

¹⁾ Oertmann *op. cit.* s. 15—16.

возмездныя — законодательства не даютъ указаній. И литература также обходила этотъ вопросъ молчаніемъ. Краткое разъясненіе по этому поводу мы находимъ у *Cosack'a* ¹⁾, но ясно и опредѣленно поставленъ и рассмотрѣнъ данный вопросъ только *Hoeniger'омъ* ²⁾ со свойственной данному автору талантливостью. *Hoeniger* справедливо указываетъ, что считать такія обязательства ни возмездными ни безвозмездными нельзя. Напримѣръ лицо по абстрактному обязательству должно передать другому въ собственность лошадь — спрашивается, въ случаѣ евикціи или обнаруженія у лошади послѣ передачи существенныхъ пороковъ какъ будетъ отвѣчать лицо передавшее лошадь — по правиламъ-ли даренія или по правиламъ о возмездной передачѣ вещи въ собственность, т. е. никакого третьяго исхода законодатель не даетъ? И для рѣшенія этого вопроса *Hoeniger*, какъ и *Cosack*, единственный исходъ видитъ въ принятіи во вниманіе основанія даннаго обязательства. Но рѣшеніе это, по нашему мнѣнію, нуждается въ нѣкоторомъ дополненіи. Конечно, для примѣненія въ данномъ случаѣ, напримѣръ, „Wandlung“ необходимо узнать, въ чемъ состоятъ эквивалентъ, а т. е. абстрактныя обязательства односторонни, то опредѣлить эквивалентъ невозможно безъ принятія во вниманіе основанія даннаго обязательства, но нельзя упускать изъ вида, что принятіе во вниманіе основанія противорѣчитъ самой природѣ, самому понятію абстрактнаго обязательства, которое признается законодателемъ именно оторваннымъ отъ своего основанія. Въ нашу задачу не входитъ изслѣдовать сложный вопросъ о томъ, въ какихъ случаяхъ и въ какихъ предѣлахъ дѣйствующія законодательства допускаютъ возможность принимать во вниманіе основаніе абстрактныхъ обязательствъ, но во всякомъ случаѣ теоретически возможно предположить, что законодательства принципа абстрактности будутъ проводить до конца послѣдовательно, а тогда рѣшеніе предлагаемое *Hoeniger'омъ* и *Co-*

¹⁾ *Cosack* „Lehrbuch d. Deutsch. bürgerl. Rechts“ 2-e Aufl. B. I 1899 § 162 IV 3 c.

²⁾ *Hoeniger* „Die gemischten Verträge in ihren Grundformen“ 1910 s. 20—23.

sack'омъ окажется непригоднымъ. Возможно также, что контрагентъ просто окажется не въ состояніи доказать основаніе абстрактнаго обязательства. И вотъ въ такихъ случаяхъ, по нашему мнѣнію, ничего другого не остается, какъ признать такое обязательство безвозмезднымъ, т. е. эквивалента здѣсь не имѣется. Конечно такого рода безвозмездныя обязательства представлять будутъ извѣстныя особенности, т. е. здѣсь безвозмездность является какъ-бы искусственной, происходящей отъ того, что законодатель запрещаетъ принимать во вниманіе основаніе обязательства, которое, возможно, дало-бы указанія на то, что обязательство по существу является возмезднымъ, но особенность эта можетъ повести лишь къ тому, что законодатель дастъ для нихъ особыя правила, отличныя отъ регламентаціи обыкновенныхъ безвозмездныхъ обязательствъ, но никоимъ образомъ не можетъ побудить признавать такія обязательства возмездными. Въ виду всего этого рѣшеніе, предложенное *Hoeniger'омъ* и *Cosack'омъ*, надо измѣнить слѣдующимъ образомъ: для рѣшенія вопроса о возмездности или безвозмездности абстрактныхъ одностороннихъ обязательствъ надо принимать во вниманіе основанія этихъ обязательствъ, поскольку это допускается законодательствомъ, если-же это недопустимо, то такія обязательства должны признаваться безвозмездными.

Итакъ для признанія юридическаго отношенія возмезднымъ нужно, чтобы дѣйствіе одного лица, вытекающее изъ даннаго отношенія, находилось въ синаллагматической, условной или каузальной зависимости отъ дѣйствія другого контрагента. Но есть юриссты, которые даютъ понятію возмездности еще болѣе широкій характеръ и считаютъ, что для признанія возмездности вовсе не требуется, чтобы между взаимными дѣйствіями двухъ лицъ была какая нибудь юридическая связь — достаточно, чтобы взаимныя дѣйствія этихъ лицъ ими самими считались вознагражденіемъ одно за другое. Съ этой точки зрѣнія если, напримѣръ, кто-нибудь сдѣлаетъ что-либо для другого, а этотъ послѣдній заплатитъ ему за это извѣстную сумму денегъ, не будучи совершенно юридически къ этому обязанъ, то съ его стороны нѣтъ даренія, и дѣйствія обоихъ являются возмездными.

Точно также согласно съ данной теоріей, т. наз. взаимное (ремуераторное) дареніе, когда одно лицо дѣлаетъ другому подарокъ, а этотъ послѣдній въ свою очередь его отдариваетъ, будетъ не дареніемъ, а возмездной сдѣлкой. Такой широкой взглядъ на понятіе возмездности мы находимъ у *Hölder'a*¹⁾, *v. Seeler'a*²⁾, *Schreiber'a*³⁾ и нѣк. др. писателей; весьма распространенъ онъ, какъ мы уже видѣли и во французской литературѣ и практикѣ, но признать это мнѣніе правильнымъ мы не можемъ. Прежде всего оно не соотвѣтствуетъ дѣйствующему праву. Какъ справедливо указалъ *v. Eynern*⁴⁾, а затѣмъ и *Oertmann*⁵⁾, германское гражданское уложеніе исполненіе нравственной обязанности или приличія считаетъ дареніемъ, а къ такого рода дареніямъ безусловно относятся въ большинствѣ случаевъ и ремуераторныя даренія; что-же касается до ремуераторныхъ дареній, не вызванныхъ ни требованіями нравственности ни правилами приличія, то они, конечно, и подавно должны быть отнесены къ безвозмезднымъ сдѣлкамъ, т. к. здѣсь будетъ актъ чистой щедрости, совершить который даритель не былъ даже нравственно обязанъ. Что касается до швейцарскаго права, то по нему, наоборотъ, большинство ремуераторныхъ дареній должны дѣйствительно призваться возмездными сдѣлками, но это происходитъ вовсе не потому, чтобы швейцарскій законодатель принялъ апализируемую нами теорію о широкомъ понятіи возмездности, а потому, что оно считаетъ возмезднымъ исполненіе нравственной обязанности. Поэтому если ремуераторное дареніе не является исполненіемъ нравственной обязанности (напрямѣръ не имѣющій средствъ пациентъ дѣлаетъ врачу въ знакъ благодарности подарокъ, который онъ, принимая во вниманіе его скудное матеріальное

¹⁾ *Hölder* „Pandekten“ S. 290 § 55 Anm. 3, 1;

²⁾ *v. Seeler* „Glossen zur Praxis des Reichsgerichts“ 1908 s. 61—64.

³⁾ *Schreiber*, *Iher. Jahrb.* V. 60 s. 178 ff.

⁴⁾ *O. v. Eynern* „Remuneratorische Schenkung“ Diss. Heidelberg 1908 s. 35.

⁵⁾ *Oertmann* op. cit. s. 40 ff.

положеніе, нравственно вовсе не обязанъ былъ дѣлать), то оно и по швейцарскому праву будетъ дареніемъ¹⁾, между тѣмъ какъ съ точки зрѣнія вышеназванной теоріи оно должно бы разсматриваться, какъ возмездная сдѣлка. Но кромѣ несоотвѣтствія съ положительнымъ правомъ теорія эта, по нашему мнѣнію, содержитъ въ себѣ и внутреннее противорѣчіе, заключающееся уже въ самомъ положеніи, что взаимныя дѣйствія двухъ лицъ, не находяціяся между собой ни въ какой юридической связи, считаются взаимно эквивалентами въ юридическомъ смыслѣ, т. е. признаются находящимися между собой въ юридической зависимости. Естественно, что результаты такого положенія будутъ неудовлетворительны. Въ самомъ дѣлѣ, возмемъ случай, гдѣ А. даритъ Б. золотыя часы, а Б. чтобы отблагодарить его за подарокъ, даритъ А. ружье; при заключеніи перваго договора даренія стороны отнюдь не устанавливали обязанности Б. сдѣлать въ свою очередь подарокъ, А. не могъ разсчитывать на это съ его стороны и не только не могъ требовать отъ Б. подарка, но даже не могъ отобрать свой подарокъ въ случаѣ, если-бы Б. ему ничего не подарилъ, но вотъ Б. не будучи обязаннымъ, тѣмъ не менѣе даритъ А. ружье, и тогда А., не имѣвшій права отобрать свой даръ, если Б. ему ничего-бы не подарилъ, теперь можетъ отобрать, если окажется въ ружьѣ к. в. фактической недостатокъ или недостатокъ въ правѣ, т. к. здѣсь должны примѣняться §§ 445 и 493 В. Г. В. Оправдать такое положеніе вещей мнѣ кажется нельзя никакими соображеніями. Въ виду этого, т. к. русское право не даетъ на этотъ счетъ никакихъ обратныхъ указаній, надо признать, что и по нему для понятія возмездности требуется известная юридическая зависимость между взаимными дѣйствіями двухъ лицъ.

Но есть случаи, когда вышеуказанная юридическая зависимость между взаимными дѣйствіями двухъ лицъ существуетъ, а между тѣмъ относительно возмездности даннаго юридическаго отношенія возникаютъ сомнѣнія, и въ известныхъ случаяхъ

¹⁾ См. *Fick* ann. 57 vor art. 239; *Eggers Kommentar* s. 552.

законодательства даже прямо называют его безвозмездным, как например *donatio sub modo*. Отсюда вытекало, что не всякое дѣйствіе одного из контрагентов можно считать эквивалентомъ дѣйствію другого контрагента, и что для понятія эквивалента нужно найти еще какой-нибудь признакъ. Попытокъ найти этотъ признакъ, съ помощью котораго можно было бы разграничить эквивалентъ отъ дѣйствій, не являющихся эквивалентомъ, и въ частности отъ т. наз. „modus“, въ литературѣ было сдѣлано не мало, но, къ сожалѣнію, до сихъ поръ попытки эти не увѣнчались окончательнымъ разрѣшеніемъ даннаго вопроса, и понятія какъ эквивалента, такъ и *modus'a* до сихъ поръ остаются въ достаточной степени спорными и неясными. Изъ этихъ попытокъ прежде всего надо указать на т. наз. теорію объективной эквивалентности, учившую, что договоръ тогда только долженъ считаться возмезднымъ, когда взаимныя дѣйствія контрагентовъ объективно эквивалентны, т. е. равноцѣнны. Теорія эта прежде была широко распространена въ литературѣ. Логическимъ слѣдствіемъ изъ нея былъ взглядъ, что если стоимость исполненія *modus'a* въ дареніи будетъ равна стоимости дара, то это будетъ не дареніе, а возмездная сдѣлка; если же стоимость дара превышаетъ стоимость *modus'a*, то получится *negotium mixtum cum donatione*, которое сохраняетъ характеръ даренія лишь въ той части, которая останется за вычетомъ стоимости *modus'a* изъ стоимости дара¹⁾. Точно также эта теорія лежитъ въ основаніи взгляда французской литературы и практики, что только тѣ remunerаторныя даренія будутъ дареніями въ истинномъ смыслѣ этого слова; которыя сдѣланы въ благодарность за услугу, которая на деньги не можетъ быть оцѣнена, если же услуга на деньги оцѣнивается, то данное въ оплату за нее будетъ дареніемъ лишь постольку, поскольку стоимость даннаго превышаетъ стоимость оказанной услуги²⁾. Но въ настоящее

¹⁾ *Savigny* „System des heutigen Röm. Rechts“ B. IV § 154 s. 103 ff. § 170 s. 280 ff.; *Laurent* „Principes de droit civil français“ t. XII 1874 n. 339—340.

²⁾ См. выше стр. 22 прим. 1-ое и 2-ое.

время эта теорія объективной эквивалентности является оставленной большинствомъ юристовъ. Неудовлетворительность ея явно вытекаетъ изъ того, что ни одно законодательство въ настоящее время не требуетъ, чтобы, напримеръ, въ куплѣ—продажѣ *pretium* было *verum*, иначе пришлось бы чуть не всѣ сдѣлки купли признавать за *negotia mixta cum donatione*, т. к. въ жизни почти никогда не случается, чтобы покупная цѣна и дѣйствительная стоимость вещи были объективно эквивалентны. Поэтому теперь господствующее мнѣніе понимаетъ эквивалентность не въ объективномъ, а въ субъективномъ смыслѣ, признавая возмездной такую сдѣлку, гдѣ контрагенты полагаютъ, что получаемое ими равноцѣнно тому, что они даютъ, хотя бы въ дѣйствительности такой равноцѣнности и не было. При этомъ со времени *Terima*¹⁾ теорія эта видоизмѣнилась въ томъ смыслѣ, что въ возмездной сдѣлкѣ каждая сторона полагаетъ, что получаетъ не равноцѣнность, а больше, чѣмъ сама даетъ. Насколько теорія эта является распространенной, видно изъ того, что изъ нѣмецкихъ юристовъ ея придерживаются: *Lammfromm*²⁾, *Jaeger*³⁾, *Cosack*⁴⁾, *Haymann*⁵⁾, *Kirschenbauer*⁶⁾, *Mallinckrodt*⁷⁾, *Matthes*⁸⁾, *Richrath*⁹⁾, *Gärtner*¹⁰⁾. Однако и эта теорія въ настоящее время встрѣчаетъ серьезныя возраженія въ литературѣ¹¹⁾. Противъ нея замѣчаютъ, что нельзя строить

¹⁾ *Thering* „Der Zweck im Recht“ 2-e Aufl. Bd. 1 s. 121—122.

²⁾ *Lammfromm* „Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag“ 1897 s. 64—65.

³⁾ *Jaeger* op. cit. s. 405.

⁴⁾ *Cosack* „Die Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses nach d. Reichsrecht“ 1884 s. 134 ff., также въ *Lehrbuch d. Bürg. Récht.*

⁵⁾ *Haymann* „Die Schenkung unter einer Auflage“ 1905 s. 13.

⁶⁾ *Kirschenbauer* „Das negotium mixtum cum donatione nach d. B. G. B.“ Diss. Leipzig 1905 s. 26.

⁷⁾ *Mallinckrodt* „Ueber Unentgeltlichkeit“ Diss. Leipzig 1905 s. 7—8.

⁸⁾ *Matthes* „Die gemischte Schenkung nach neuem Recht“ Diss. Rostock 1904 s. 10—11.

⁹⁾ *Richrath* op. cit. s. 125—127.

¹⁰⁾ *Gärtner* op. cit. s. 9—10.

¹¹⁾ *Hoeniger* op. cit. s. 218; *Oertmann* op. cit. s. 48—49.

юридическое отличие между возмездными и безвозмездными сделками на столь случайномъ и неподдающемся проверкѣ признакѣ, какъ характеръ субъективныхъ побуждений, которыми руководствовались стороны при заключеніи сделки. Кромѣ того, если принять эту теорію, то придется считать безвозмездными громадное количество сделокъ, которыя несомнѣнно должны признаваться возмездными: напримѣръ, одно лицо продаетъ другому завѣдомо за половинную цѣну свой домъ или имѣнье потому, что, по его расчетамъ, на вырученныя отъ продажи деньги онъ посредствомъ имѣющейся въ виду другой сделки наживетъ въ пять разъ больше, чѣмъ онъ потерялъ на продажѣ дома или имѣнья—развѣ возможно эту продажу считать *donatio sub modo* или *negotium mixtum cum donatione*? Все это, по нашему мнѣнію, ясно указываетъ, что и теорія субъективной эквивалентности также неудовлетворительна. Тѣ юристы, которые пришли къ такому выводу, естественно, должны были поэтому искать какой-нибудь другой выходъ для разрѣшенія вопроса о понятіи возмездности. И вотъ мы видимъ, что *Simson* выставляетъ новую теорію, по которой дѣйствія будутъ взаимно эквивалентными тогда, когда они имѣютъ равное логическое значеніе, когда они одинаково существенны для даннаго обязательства¹⁾. Но, какъ справедливо указываетъ *Oertmann*²⁾, этотъ критерій существенности и несущественности является столь неопредѣленнымъ и столь доступнымъ для разворѣчивыхъ рѣшеній сообразно съ различіемъ въ воззрѣніяхъ рѣшающаго лица, что на немъ совершенно невозможно строить имѣющее столь важное юридическое значеніе различіе между возмездностью и безвозмездностью.

Своеобразное рѣшеніе предлагаетъ *Hoeniger*. Для понятія возмездности въ широкомъ смыслѣ онъ выставляетъ слѣдующія требованія: 1) чтобы каждый изъ контрагентовъ обязанъ былъ исполнять изв. дѣйствіе, 2) чтобы каждый изъ нихъ, или вмѣсто нихъ обозначенныя въ договорѣ опредѣленныя третьи

¹⁾ *Simson* „Begriff des Entgelts“ s. 17 ff., 28 ff.

²⁾ *Oertmann* op. cit. s. 49—50.

лица, получали изв. дѣйствіе, 3) чтобы обязанность совершить дѣйствіе каждаго контрагента находилась въ зависимости отъ исполненія дѣйствія другимъ контрагентомъ (т. наз. имѣ „*wechselseitige Modalitätsbedingung*“). Въ противоположность этому для понятія безвозмездности въ узкомъ смыслѣ (безвозмездность въ широкомъ смыслѣ обнимаетъ по его мнѣнію и безвозмездныя товарищества) требуется отсутствіе всѣхъ вышеуказанныхъ трехъ моментовъ¹⁾. Но т. к. всѣ эти моменты будутъ на лицо и въ *donatio sub modo*, то *Hoeniger* получившееся противорѣчіе устраняетъ посредствомъ рѣшительнаго разрѣзанія Гордиева узла—онъ всѣ случаи *donatio sub modo* просто напросто признаетъ возмездными сделками, за исключеніемъ только того случая, когда *modus* состоитъ въ исполненіи извѣстнаго дѣйствія въ пользу неопредѣленныхъ индивидуально третьихъ лицъ или даже вообще не въ пользу какихъ либо лицъ, какъ напримѣръ раздать извѣстную сумму бѣднымъ или кормить зимой птицъ; только въ этомъ случаѣ, по мнѣнію *Hoeniger*'а, мы имѣемъ на лицо *donatio sub modo*, которое, отличаясь отъ возмездной сделки отсутствіемъ второго изъ вышеуказанныхъ признаковъ, представляетъ собой своеобразную сделку, близко, однако, приближающуюся по своей природѣ къ возмезднымъ сделкамъ²⁾. Но и эту попытку согласовать понятіе возмездности съ существованіемъ *donatio sub modo* приходится рѣшительно отвергнуть. Прежде всего эта теорія *Hoeniger*'а, несмотря на свою кажущуюся оригинальность и своеобразность, въ сущности является нашимъ старымъ знакомымъ—именно видоизмѣненіемъ сданной уже въ архивъ теоріи объективной эквивалентности. Установивъ своеобразное понятіе *modus*'а, *Hoeniger* все-же не рѣшился пойти такъ далеко, чтобы признавать возмездной сделкой всякое дареніе, соединенное съ возложеніемъ на одареннаго обязанности исполнить какое-нибудь дѣйствіе въ пользу дарителя или опредѣленнаго третьяго лица—вѣдь нельзя-же, въ самомъ дѣлѣ, дареніе

¹⁾ *Hoeniger* op. cit. s. 242—243.

²⁾ *Hoeniger* op. cit. s. 253—267.

громднаго имѣнія съ обязанностью одареннаго предоставить старому слугѣ дарителя прожить до смерти въ занимаемомъ этимъ слугою флигелькѣ признать возмездной сдѣлкой—это не только противорѣчило-бы общественному правосознанію, но и, какъ справедливо указываетъ *Oertmann*, дало-бы легкій способъ уклоняться отъ установленнаго для безвозмездныхъ сдѣлокъ болѣе легкаго порядка оспариванья со стороны кредиторовъ дарителя, т. е. стоило обусловить к. н. незначительный *modus*, и сдѣлка становилась возмездной ¹⁾. Поэтому *Hoeninger* въ данномъ случаѣ снова выдвигаетъ старую теорію, согласно которой сдѣлка будетъ возмездной, когда стоимость исполненія *modus'a* равна стоимости дара, а когда стоимость дара превышаетъ стоимость *modus'a*, то это будетъ *negotium mixtum cum donatione*, а это будетъ не что иное, какъ теорія объективной эквивалентности, о неудовлетворительности которой мы уже выше говорили.

Но еще болѣе неудачной надо признать попытку *Hoeninger'a* видѣть *modus* только въ томъ случаѣ, когда онъ обусловленъ не въ пользу дарителя или опредѣленнаго третьяго лица, а въ пользу неопредѣленныхъ индивидуально лицъ, или вообще не въ пользу опредѣленнаго субъекта правъ. Мы думаемъ, что здѣсь *Hoeninger* выдвигаетъ въ качествѣ признака *modus'a* моментъ, не имѣющій никакого юридическаго значенія.—Для права совершенно безразлично, кто фактически получаетъ выгоды отъ исполненія липомъ какого-нибудь дѣйствія, для него существенно только то, кто имѣетъ право требовать исполненія даннаго дѣйствія, а требовать исполненія *modus'a* всегда можетъ только одинъ или нѣсколько точно опредѣленныхъ субъектовъ права, почему юридически *modus* всегда считается исполненнымъ именно этимъ лицамъ, обусловленнымъ именно въ интересахъ этихъ лицъ, а не тѣхъ, кто фактически получалъ выгоды отъ этого исполненія. Поэтому, хотя бы *modus* состоялъ въ обязанности кормить птицъ зимой, юридически онъ испол-

¹⁾ *Oertmann* op. cit. s. 58.

няется не въ пользу птицъ и не въ ихъ интересахъ, а въ пользу и въ интересахъ того, кто имѣетъ право требовать исполненія *modus'a*: вѣдь стоитъ этому лицу дать обязанному лицу расписку въ томъ, что онъ признаетъ *modus* исполненнымъ, и обязанное лицо считается исполнившимъ свою обязанность, хотя-бы фактически ни одной воробей не былъ имъ накормленъ. Кроме того хотя-бы дѣйствіе было исполнено и не непосредственно кредитору, въ громадномъ большинствѣ случаевъ оно фактически все-же поступаетъ въ его пользу, удовлетворяя к. н. его матеріальные или моральные интересы, почему различіе кредитора отъ лица фактически получившаго исполненіе на практикѣ очень часто повлекло бы непреодолимые затрудненія. Наконецъ самый фактъ исполненія обязанности неопредѣленному индивидуально лицу и съ юридической и съ житейской точекъ зрѣнія столь несуществененъ, что невозможно привести достаточныхъ основаній, чтобы подобныя сдѣлки выдѣлить въ особую категорію и устанавливать для нихъ особую регламентацію: вѣдь для должника здѣсь совершенно безразлично обязанъ-ли онъ платить, положимъ, извѣстную сумму денегъ опредѣленному лицу или раздать ее бѣднымъ, въ обоихъ случаяхъ онъ платитъ столько-же, исполняетъ то-же самое дѣйствіе—почему-же въ одномъ случаѣ сдѣлка должна считаться возмездной, а въ другомъ случаѣ не совѣтъ возмездной? Все это ясно, по нашему мнѣнію, доказываетъ, что теорія *Hoeninger'a* является не чѣмъ инымъ, какъ чисто логической игрой опредѣленіями, лишенной всякаго и юридическаго и жизненнаго основанія.

Неудовлетворительность всѣхъ вышеперасмотрѣнныхъ теорій заставила, наконецъ, *Oertmann'a* вовсе отказаться отъ попытки дать болѣе точное опредѣленіе понятія эквивалента. По его словамъ рѣшеніе вопроса, является-ли извѣстное дѣйствіе эквивалентомъ или не является, можно дать только на основаніи изслѣдованія каждаго отдѣльнаго случая, опираясь при этомъ, во первыхъ, на то, какъ сами стороны обозначали сдѣлку (напр. куплей, наймомъ или дареніемъ), во вторыхъ на то, является-ли данное дѣйствіе главной или второстепенной цѣлью сдѣлки, и въ третьихъ, наконецъ, на поста-

повлени закона, который, напримѣръ, объявляетъ, что *modus* не устраняетъ наличности безвозмездности¹⁾. Но ясно, что такимъ рѣшеніемъ наука не можетъ удовлетвориться. Вѣдь не имѣя опредѣленнаго критерія нельзя рѣшать вопроса о возмездности или безвозмездности и отдѣльнаго случая, а самъ же *Oertmann* сознается, что предлагаемыя имъ средства для рѣшенія сами по себѣ по отдѣльности критеріемъ служить не могутъ; вмѣстѣ съ тѣмъ онъ не даетъ точныхъ указаній, какимъ образомъ эти средства въ соединеніи другъ съ другомъ могутъ дать опредѣленный и ясный критерій. Такимъ образомъ получается, что въ сущности *Oertmann* не пытается разрѣшить данный вопросъ, а просто сознается въ безсиліи дать его разрѣшеніе. Мы лично полагаемъ однако, что для такого пессимистическаго вывода нѣтъ достаточныхъ основаній. Какъ ни труденъ изслѣдуемый вопросъ, все-же онъ не неразрѣшимъ, и къ разрѣшенію его уже весьма многое сдѣлано въ работахъ, посвященныхъ анализу понятія *donatio sub modo*, главнымъ образомъ въ цитированной нами выше работѣ *Haumann'a*, выводы котораго въ общемъ принимаются и самъ *Oertmann* и большинство современныхъ нѣмецкихъ юристовъ. Выводы эти мы также считаемъ въ общемъ правильными, и если несмотря на это данный вопросъ все-же до сихъ поръ остается не окончательно выясненнымъ, то причина этого лежитъ въ томъ, что и *Haumann* и его послѣдователи рѣшали вопросъ о различіи эквивалента отъ *modus'a* чисто апіорнымъ путемъ, не опираясь на какія либо данныя, а пытаясь посредствомъ гипотезы дать опредѣленіе понятію *modus'a*, каковое понятіе законодательства оставили безъ всякихъ указаній на то, что оно означаетъ и чѣмъ отличается отъ эквивалента. Благодаря этому, естественно, получилось, что конечные выводы оказались какъ-бы лишенными прочнаго фундамента. Между тѣмъ мы думаемъ, что такой фундаментъ подвести можно. Для этого надо только вмѣсто того, чтобы пытаться угадать, что такое *modus* въ одномъ только дареніи, обратиться къ указаніямъ законодательства относительно другихъ безвозмездныхъ институтовъ и посмотреть, не лежатъ

¹⁾ *Oertmann* op. cit. s. 50—51.

ли и здѣсь на безвозмездно получившемъ что-либо какія-нибудь обязанности, которыя, однако, законодатель не признаетъ лишающими сдѣлку характера безвозмездности. Если наличность подобныхъ, признанныхъ законодательствомъ, обязанностей будетъ установлена, то путемъ изученія ихъ природы можно будетъ уже не апіорно, а опираясь на законодательный матеріалъ, попытаться дать понятіе эквивалента и вмѣстѣ съ тѣмъ посредствомъ добытыхъ такимъ образомъ данныхъ выяснитъ, что такое *modus* вообще въ безвозмездныхъ сдѣлкахъ.

И вотъ обращаясь къ другимъ безвозмезднымъ сдѣлкамъ мы видимъ, что обязанности вышеуказаннаго характера дѣйствительно существуютъ. Такъ если взять договоръ ссуды, то мы найдемъ здѣсь, во первыхъ, обязанность ссудоприемателя возвратить по истеченіи извѣстнаго времени полученную имъ въ пользованіе вещь обратно ссудодателю. Такъ какъ ссуда считается договоромъ безвозмезднымъ, то значитъ возвращеніе обратно полученной отъ контрагента вещи не является эквивалентомъ. Далѣе, т. е. господствовавшая некогда теорія, учившая, что въ займѣ уплата долга является эквивалентомъ за занятый капиталъ, въ настоящее время можетъ считаться окончательно оставленной, почему безпроцентный заемъ въ современной литературѣ признается договоромъ безвозмезднымъ¹⁾, то отсюда вытекаетъ, что и возвращеніе того-же количества и качества замѣнимыхъ вещей также не превращаетъ само по себѣ договоръ изъ безвозмезднаго въ возмездный.

Обращаясь снова къ ссудѣ мы находимъ, что она предполагаетъ только пользованіе вещью безъ права ссудоприемателя удержать въ свою пользу принесенныя вещью плоды, почему если вещь принесетъ плоды—напримѣръ лошадь, предоставленная въ пользованіе, ожеребится,—то они должны быть возвращены собственнику вещи. Поэтому и обязанность возвращенія плодовъ вещи также не можетъ считаться эквивалентомъ за предоставленіе пользованія вещью.

Если возвращеніе вещи съ принесенными ею плодами не

¹⁾ Объ этомъ см. ниже.

превращает договоръ въ возмездный, то тѣмъ болѣе, конечно, то же самое будетъ имѣть мѣсто, если возвращается часть вещи или часть плодовъ.

Но кромѣ возвращенія вещи на ссудоприимателѣ лежатъ еще другія обязанности—онъ обязанъ беречь вещь (например кормить лошадь, данную ему въ пользованіе) и пользоваться ей только обусловленнымъ образомъ (например ему можетъ быть предоставлено право только верхомъ ѣздить на лошади, а не заврять ее въ экипажъ). Слѣдовательно и обязанность сохраненія полученной вещи и обязанность воздерживаться отъ извѣстныхъ дѣйствій по отношенію къ ней также не будутъ эквивалентами за пользованіе вещью.

Наконецъ, ссудодатель, предоставляя вещь въ пользованіе, положимъ, на годъ, могъ выговорить, чтобы вещь была ему возвращена въ срединѣ этого срока на извѣстное время, по прошествіи котораго онъ снова обязуется передать ее ссудоприимателю: такое условіе также не превращаетъ сдѣлку въ возмездную, не лишаетъ ее характера ссуды.

Само собой понятно, всѣ эти обязанности не являются въ указанныхъ случаяхъ эквивалентомъ и тогда, когда онѣ выговорены не въ пользу ссудодателя, а въ пользу третьяго лица.

Такимъ образомъ, мы имѣемъ цѣлый рядъ случаевъ, гдѣ существованіе обязанностей на сторонахъ обонхъ контрагентовъ не превращаетъ сдѣлку въ возмездную, какъ это безъ колебаній признается литературой и практикой всѣхъ современныхъ государствъ. И если мы теперь обратимся къ *donatio sub modo*, то мы увидимъ, что громадное большинство обязанностей, присоединяемыхъ къ *donatio* и признаваемыхъ за *modus*¹⁾, имѣютъ совершенно тождественный характеръ съ вышепересмотрѣнными обязанностями. Вотъ, напримеръ, дарится имѣніе съ тѣмъ, чтобы одаренный предоставлялъ семьѣ дарителя пользоваться садомъ при этомъ имѣніи; дарится капиталъ съ тѣмъ, чтобы половина процентовъ съ него пожизненно выплачивалась дарителю; дарится верховая лошадь съ тѣмъ, чтобы ее не употребляли на работу въ упряжи; дарится семейная драгоценность съ тѣмъ, чтобы она не отчуждалась постороннему

лицу; дарится паркъ съ тѣмъ, чтобы онъ не застраивался; дарится вещь съ тѣмъ, чтобы она по истеченіи нѣкотораго времени была возвращена дарителю или третьему лицу; крестьянинъ при жизни отдаетъ сыну все хозяйство и землю съ тѣмъ, чтобы сынъ предоставилъ отцу извѣстное помѣщеніе для житія и отдавалъ ему часть доходовъ съ земли; дарится капиталъ съ тѣмъ, чтобы онъ былъ данъ дарителю займа на извѣстный срокъ; дарится рабыня съ тѣмъ, чтобы не заставляла ее заниматься проституціей; дарится имѣніе съ тѣмъ, чтобы одаренный сохранялъ въ неприкосновенности семейный склепъ дарителя; дарится картинная галлерей съ тѣмъ, чтобы она не разрывалась, а сохранялась цѣликомъ; позволяется безвозмездно изъ участка добывать изв. ископаемая съ тѣмъ, чтобы участокъ послѣ извлеченія ихъ былъ приведенъ въ прежній видъ¹⁾. Нетрудно замѣтить, что во всѣхъ этихъ случаяхъ обязанности, возложенныя на одареннаго заключались или въ возвращеніи полученнаго цѣликомъ или въ части по прошествіи извѣстнаго срока, или въ возвращеніи цѣликомъ или частью плодовъ съ подаренной вещи, или въ предоставленіи дарителю извѣстныхъ правъ на подаренную вещь, или въ совершеніи одареннымъ какихъ либо дѣйствій или въ воздержаніи отъ совершенія извѣстныхъ дѣйствій относительно подаренной вещи. Однимъ словомъ всѣ эти обязанности могутъ, какъ мы видѣли, существовать и при ссудѣ, не превращая этого договора въ возмездный, а если обязанности эти не могутъ считаться эквивалентомъ за предоставленіе въ пользованіе вещи, то тѣмъ болѣе онѣ не будутъ эквивалентомъ и за предоставленіе этой вещи въ собственность, почему во всѣхъ приведенныхъ нами примѣрахъ сдѣлка безспорно остается безвозмездной, именно *donatio sub modo*.

Но здѣсь возникаетъ дальнѣйшій вопросъ—въ чемъ состоитъ характерная особенность указанныхъ выше обязанностей, которая отличаетъ ихъ отъ другихъ обязанностей, признаваемыхъ эквивалентами? На этотъ вопросъ въ литературѣ мы находимъ слѣдующій отвѣтъ: *modus* является уменьшеніемъ,

¹⁾ Всѣ эти примѣры взяты у *Наутманна* (op. cit. s. 57 ff).

ограниченіем того, что далъ другой контрагентъ, онъ долженъ исполняться единственно и исключительно изъ того, что онъ далъ, и никоимъ образомъ не можетъ состоять въ какихъ-нибудь дѣйствіяхъ, которыя бы не зависѣли отъ даннаго контрагента¹⁾. Это опредѣленіе *modus'a*, установленное чисто апіорнымъ путемъ, въ общемъ соответствуетъ и добытымъ нами даннымъ, правильно улавливая ту главную особенность вышеуказанныхъ обязанностей, которая состоитъ въ тѣсной связи дѣйствій, являющихся объектами этихъ обязанностей, съ дѣйствіемъ другого контрагента, связи, заключающейся въ томъ, что объектомъ этихъ взаимныхъ дѣйствій является одна и та-же вещь. Въ самомъ дѣлѣ, если-бы лицо обязалось вернуть не ту-же самую индивидуальную вещь, а другую, то у насъ вмѣсто безвозмездной ссуды получилась-бы мѣна; если-бы вмѣсто уплаты полученной суммы денегъ лицо обязалось-бы доставить изв. количество муки, то вмѣсто безпроцентнаго займа у насъ-получилась бы купля—продажа; точно также у насъ получились-бы, безспорно, возмездные договоры, если-бы за предоставленіе пользованія вещью лицо обязалось-бы предоставить въ свою очередь свою вещь въ пользованіе или доставить плоды съ своей вещи или хранить к. н. другую вещь контрагента.

Но одного обстоятельства, что объектомъ дѣйствій обоихъ контрагентовъ является одна и та-же вещь, еще недостаточно для призванія ихъ не эквивалентами другъ другу: если я предоставлю свои луга кому-либо въ пользованіе съ тѣмъ, чтобы контрагентъ за это выкорчевалъ на нихъ пни или осушилъ болота, то такого рода обязанность явно не подойдетъ подъ вышеперечисленные случаи, и договоръ нельзя будетъ признать безвозмезднымъ. Такимъ образомъ кромѣ тождественности объекта дѣйствій для признанія сдѣлки безвозмездной нужно еще, чтобы между самими дѣйствіями была извѣстная связь. Эта связь, однако, вовсе не состоитъ въ томъ, что *modus* долженъ былъ исполненъ единственно и исключительно изъ того,

¹⁾ *Oertmann* op. cit. s. 52—53; *Haymann* op. cit. s. 57—59; *Richrath* op. cit. s. 137.

что далъ другой контрагентъ, какъ утверждаютъ нѣкоторые юристы¹⁾, такъ какъ на примѣръ сдѣлка, по которой взявшій лошадь въ пользованіе обязался кормить ее, будетъ безвозмездной, хотя расходы по прокорму лошади исполняются вовсе не изъ того, что далъ собственникъ лошади или изъ доходовъ, принесенныхъ пользованіемъ ей. Если сопоставить случаи, признанные нами за *modus*, съ вышеприведеннымъ примѣромъ о выкорчеваніи пней на лугахъ, то различіе между ними можно усмотрѣть въ томъ, что выкорчеваніе пней является дѣйствіемъ не находящимся ни въ какой связи съ пользованіемъ лугами, тогда какъ дѣйствія признанныя за *modus'y* въ сущности по содержанию своему находятся въ тѣсной зависимости отъ содержания дѣйствія другого контрагента, какъ-бы опредѣляя или ограничивая объемъ права предоставленнаго этимъ другимъ контрагентомъ лицу обязанному *modus'омъ*: лицо обязано возвратить вещь потому, что она дана въ пользованіе на извѣстный срокъ, оно обязано кормить лошадь потому, что лошадь дана не въ собственность, а въ пользованіе и должна быть возвращена въ такомъ-же видѣ, въ какомъ получена; обязанность воздерживаться отъ извѣстныхъ дѣйствій относительно данной вещи также есть не что иное, какъ опредѣленіе объема правъ предоставленныхъ лицомъ давшимъ вещь своему контрагенту. Такимъ образомъ ту формулировку, которая видится въ *modus'b* ограниченіе того, что было дано однимъ контрагентомъ, мы считаемъ въ общемъ довольно правильно выражающей основныя отличительныя черты обязанностей, не превращающихъ сдѣлки въ возмездныя.

Но признавая въ общемъ вышеуказанное опредѣленіе *modus'a* правильнымъ, мы въ то-же самое время не можемъ согласиться съ тѣмъ, какъ понимаютъ это опредѣленіе многие нѣмецкіе юристы. Исходя изъ того, что *modus* есть ограниченіе, уменьшеніе дара, юристы эти пришли къ заключенію, что расходы по исполненію *modus'a* не должны превышать стоимости дара. При этомъ одни изъ этихъ юристовъ при опредѣленіи соответствія стоимостей *modus'a* и дара предла-

¹⁾ См. выше стр. 42.

гаютъ руководствоваться субъективнымъ критеріемъ—т. е. для наличности *modus'a* требуютъ, чтобы стороны при заключеніи сдѣлки считали, что стоимость дара превышаетъ расходы по исполненію *modus'a* ¹⁾, тогда какъ другіе выдвигаютъ объективный критерій, требуя, чтобы вообще стоимость дара была выше стоимости *modus'a* ²⁾. Точно также юристы расходятся между собой въ опредѣленіи тѣхъ послѣдствій, которыя должны имѣть мѣсто въ случаѣ, если расходы по исполненію *modus'a* превысятъ стоимость дара: одни предлагаютъ всю сдѣлку разсматривать какъ возмездную ³⁾, другіе считаютъ обязательство исполнить *modus* недействительнымъ въ предѣлахъ превышающихъ стоимость дара ⁴⁾, трети высказываются за первое рѣшеніе въ случаѣ, когда контрагенты знали о томъ, что *modus* стоитъ дороже дара, и за предоставленіе одаренному права отказаться отъ исполненія *modus'a* впредь до уплаты ему недостающей суммы въ случаѣ, когда вопреки представленію контрагентовъ расходы по исполненію *modus'a* окажутся превышающими стоимость дара ⁵⁾. Это мнѣніе, что расходы по исполненію *modus'a* не должны превышать стоимости дара, являлось-бы правильнымъ относительно *modus'a* при дареніи въ тѣхъ законодательствахъ, которыя необходимымъ признакомъ понятія даренія считаютъ обогащеніе одареннаго на счетъ дарителя, но и тутъ нужно замѣтить, что *modus* не является исключительно собственнымъ одному только даренію—это есть вообще возложеніе на одного изъ контрагентовъ такой обязанности, которая не считается эквивалентомъ обязанности другого контрагента и потому не превращаетъ сдѣлку въ возмездную. Въ этомъ широкомъ смыслѣ *modus* можетъ имѣть мѣсто при всякихъ безвозмездныхъ сдѣлкахъ ⁶⁾, и для понятія его вовсе не требуется,

¹⁾ *Haymann* op. cit. s. 117; *Lammfromm* op. cit. s. 131, 153—155.

²⁾ По видимому *Oertmann*, op. cit. s. 59—60.

³⁾ *Kipp* zu *Windscheid* „Lehrbuch des Pandektenrechts“ 8-e Aufl. V. II 1900. Anm. zu § 368.

⁴⁾ *Endemann* Lehrbuch I § 164 Anm. 29.

⁵⁾ *Oertmann* loc. cit.

⁶⁾ А также, какъ мы увидимъ ниже, и при возмездныхъ сдѣлкахъ.

чтобы расходы по исполненію его не превышали стоимости дѣйствія другого контрагента, т. е. съ одной стороны отнюдь не всякая безвозмездная сдѣлка предполагаетъ обогащеніе одного контрагента на счетъ другого, а съ другой стороны распространеніе мнѣнія юристовъ относительно стоимости *modus'a* при дареніи на *modus* въ широкомъ смыслѣ привело бы насъ неизбѣжно къ теоріямъ объективной или субъективной эквивалентности, каковыя теоріи, какъ мы выше видѣли, являются неприемлемыми. Поэтому мы лично полагаемъ, что опредѣляя *modus*, какъ ограниченіе даннаго другимъ контрагентомъ, это ограниченіе надо понимать не въ смыслѣ уменьшенія денежной стоимости, а въ смыслѣ ограниченія предоставленнаго однимъ контрагентомъ другому по самому содержанию. Что *modus* есть ограниченіе именно по содержанію, независимо отъ вопроса о соотношеніи денежныхъ расходовъ, понесенныхъ обоими контрагентами, въ этомъ легко убѣдиться, обратившись опять таки къ другимъ безвозмезднымъ договорамъ. Такъ, если я даю, напримѣръ, въ августѣ 100 пудовъ муки взаймы до мая мѣсяца безъ процентовъ, то такой заемъ, какъ безпроцентный, долженъ считаться безвозмездной сдѣлкой, хотя-бы стороны при заключеніи сдѣлки отлично знали, что въ маѣ мука будетъ чуть не вдвое дороже, чѣмъ въ августѣ, но стоитъ вмѣсто 100 пудовъ выговорить возвращеніе 102-хъ пудовъ, и заемъ сразу, какъ процентный, долженъ признаваться возмезднымъ, хотя-бы, наоборотъ, стороны при заключеніи займа знали, что въ моментъ платежа мука будетъ стоить вдвое дешевле, чѣмъ въ моментъ заключенія займа. Точно также если предоставляется въ пользованіе лошадь на мѣсяцъ съ тѣмъ, чтобы пользующійся ее кормилъ въ теченіе этого времени, то сдѣлка будетъ ссудой, т. е. безвозмезднымъ договоромъ, хотя-бы стороны знали, что расходы по содержанію лошади будутъ значительно выше стоимости пользованія лошадыю; но стоитъ выговорить хотя-бы самую ничтожную денежную плату за пользованіе лошадыю, и сдѣлка становится наймомъ, хотя-бы въ данномъ случаѣ стоимость пользованія лошадыю значительно превышала расходы по проворму лошади вмѣстѣ съ обусловленной денежной платой. Поэтому сдѣлка о предоставленіи поль-

зованія лугами съ обязательствомъ осушить на лугахъ болота или выкорчевать пни безъ всякаго сомнѣнія будетъ сдѣлкой возмездной, хотя-бы расходы по осушѣ болотъ или по выкорчеванію пней были значительно ниже стоимости пользованія лугами, т. к. обязательства эти не находятся по своему содержанию ни въ какой связи съ предоставленіемъ пользованія лугами и не ограничиваютъ это право пользованія.

Итакъ, мы пришли къ заключенію, что опредѣленіе *modus'a*, данное *Haumann'*омъ и его послѣдователями, въ общемъ соответствуетъ дѣйствительности, будучи подрѣшено данными, полученными отъ изученія другихъ безвозмездныхъ договоровъ. Благодаря этимъ даннымъ опредѣленіе *modus'a* приобретаетъ прочный фундаментъ, и легко устраняются тѣ недоразумѣнія, которыя допускались юристами именно вслѣдствіе того, что априорное рѣшеніе вопроса о природѣ *modus'a* лишено было надлежащей опредѣленности. Къ такимъ недоразумѣніямъ относится мнѣніе, что *modus* можетъ состоять въ денежномъ платежѣ, хотя-бы дѣйствіе другого контрагента заключалось въ передачѣ опредѣленнаго замѣнимаго или незамѣнимаго предмета. Мнѣніе это *Oertmann* оправдываетъ тѣмъ, что въ современномъ экономическомъ оборотѣ каждый предметъ имѣетъ опредѣленную мѣновую цѣнность, выражающуюся въ деньгахъ, такъ что передачу изв. предмета можно разсматривать, какъ передачу опредѣленной абстрактной (денежной) цѣнности, и если передача эта будетъ соединена съ обязательствомъ для получившаго извѣстнымъ образомъ истратить часть этой денежной стоимости, то это есть также уменьшеніе, ограниченіе даннаго контрагентомъ, т. е. *modus*. Подтверженіе этого взгляда *Oertmann* видитъ и въ германскомъ законодательствѣ говорящемъ въ § 526 В. Г. В. объ „*erforderliche Aufwendungen*“ на исполненіе *modus'a*¹⁾. Мнѣніе это мы, однако, считаемъ совершенно неправильнымъ. Прежде всего нельзя отождествлять расходы на исполненіе *modus'a* („*erforderliche Aufwendungen*“, какъ говоритъ германскій законодатель) съ обязательствомъ уплатить извѣстную денежную сумму. Безъ всякаго сомнѣнія исполненіе

¹⁾ *Oertmann* op. cit. 54—55.

modus'a очень часто требуетъ денежныхъ затратъ—и для того чтобы прокормить взятую въ пользованіе лошадь, и для сохраненія фамильнаго склепа въ порядкѣ, и для возвращенія занятой муки нужно затратить деньги, а между тѣмъ эти обязанности вовсе не состоятъ въ платежѣ денежной суммы и сохраняютъ основной характеръ *modus'a*, имѣя своимъ объектомъ ту самую вещь, которая была дава другимъ контрагентомъ. Поэтому видѣть въ § 526 В. Г. В. указаніе на то, что *modus* можетъ состоять въ платежѣ извѣстной суммы денегъ, никоимъ образомъ нельзя. И если опять обратиться къ аналогіи съ другими безвозмездными договорами, то неправильность вышеуказаннаго мнѣнія будетъ очевидна: предоставленіе лошади въ пользованіе съ обязательствомъ кормить ее въ теченіе этого времени будетъ безспорно ссуда, а предоставленіе извѣстнаго количества муки въ собственность съ обязательствомъ возвратить черезъ мѣсяцъ точно такое-же количество муки—безпроцентный заемъ; но стоитъ вмѣсто кормленія лошади и возвращенія муки подставить обязательства уплатить извѣстную сумму денегъ, и у васъ получится вмѣсто ссуды наемъ и вмѣсто безпроцентнаго займа—купля продажа, или чтобы продолжать признавать эти сдѣлки безвозмездными придется обратиться къ признаннымъ самимъ же *Oertmann'*омъ неправильными теоріямъ объективной или субъективной эквивалентности. Такимъ образомъ вмѣсто расширенія понятія *modus'a* оспариваемое нами мнѣніе въ сущности въ корень уничтожаетъ всякую опредѣленность этого понятія.

Мы полагаемъ, что все вышеизложенное достаточно выясняетъ понятія возмездности и безвозмездности. Результаты нашего изслѣдованія сводятся къ установленію, во первыхъ, того обстоятельства, что вопросъ о возмездности или безвозмездности долженъ ставиться не только относительно юридическихъ сдѣлокъ или обязательствъ изъ юридическихъ сдѣлокъ, а относительно всякихъ юридическихъ отношеній. При этомъ для признанія юридическаго отношенія возмезднымъ необходимо, чтобы оно состояло изъ взаимныхъ обязанностей обоихъ субъектовъ исполнить другъ въ пользу друга (или вмѣсто нихъ въ пользу опредѣленныхъ третьихъ лицъ) извѣстныя дѣйствія или изъ

обязанности только одного субъекта, но находящейся въ условной или каузальной зависимости отъ дѣйствія другого контрагента. Наоборотъ, безвозмезднымъ будетъ такое юридическое отношеніе, которое состоитъ изъ обязанности только одного субъекта, не находящейся ни въ условной ни въ каузальной зависимости отъ дѣйствія другого контрагента, или хотя изъ обязанностей обѣихъ сторонъ, но если обязанность одной стороны является по своему содержанію лишь опредѣляющей или ограничивающей обязанность противной стороны.

—ooo□ooo—

Глава вторая.

Общія правила о вліяніи момента безвозмездности въ современныхъ гражданскихъ кодексахъ.

Различіе между возмездными и безвозмездными юридическими отношеніями столь существенно и въ моральномъ и въ экономическомъ отношеніяхъ, что гражданское право не могло не учесть этого обстоятельства и не могло подвергать всегда одной и той-же регламентаціи однородныя отношенія, не считаясь съ тѣмъ, что въ одномъ случаѣ отношеніе было возмезднымъ, а въ другомъ безвозмезднымъ. Эти особенности въ правовой регламентаціи, вызванныя вліяніемъ момента безвозмездности, имѣютъ различное значеніе—въ однихъ случаяхъ законодатель устанавливаетъ правила, относящіяся къ цѣлому ряду юридическихъ безвозмездныхъ отношеній, а въ другихъ случаяхъ опредѣляетъ вліяніе момента безвозмездности въ к. и. одномъ опредѣленномъ юридическомъ отношеніи. Въ данной главѣ мы остановимся на правилахъ первой категоріи, т. е. ихъ сравнительно немного.

I. Прежде всего законодательства устанавливаютъ для безвозмездныхъ сдѣлокъ несостоятельнаго должника особыя правила опроверженія ихъ кредиторами, отличныя отъ правилъ опроверженія возмездныхъ сдѣлокъ. Такъ по германскому праву конкурсные кредиторы по общему правилу могутъ опровергнуть дѣйствія должника только въ томъ случаѣ, когда дѣйствія эти

были имъ предприняты съ намѣреніемъ причинить ущербъ кредиторамъ, если при этомъ данное намѣреніе было извѣстно его контрагенту; если возмездная сдѣлка была заключена должникомъ съ супругомъ или ближайшимъ родственникомъ не далѣе одного года до открытія конкурса, то кредиторы могутъ ее опровергнуть даже не доказывая, что намѣреніе должника причинить ущербъ кредиторамъ было извѣстно контрагенту—уже дѣло послѣдняго отстаивать сдѣлку, доказавъ, что вышеуказанное намѣреніе было ему неизвѣстно¹⁾. Безвозмездную же сдѣлку опровергнуть гораздо легче: если она была заключена не далѣе одного года, а если съ супругомъ, то не далѣе 2-хъ лѣтъ до открытія конкурса, и если она не представляла собой „gebräuchliche Gelegenheitsgeschenk“, то для опроверженія ей не требуется наличности намѣренія должника причинить ущербъ кредиторамъ. Аналогичныя правила опроверженія сдѣлокъ устанавливаются и Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens vom 21 juli 1879²⁾. Область примѣненія этихъ правилъ весьма широка—законъ говоритъ объ „unentgeltliche Verfügungen“, т. е. о всякихъ юридическихъ дѣйствіяхъ должника, касающихся его имущества и причиняющихъ ущербъ кредиторамъ; нѣмецкіе юристы это понятіе считаютъ шире понятія юридической сдѣлки, относя къ „Verfügungen“ всякія дѣйствія, съ которыми законъ связываетъ юридическія послѣдствія, какъ напримѣръ непредъявленіе возраженія на требованіе платежа, непрерываніе давности, уничтоженіе документа, необходимаго для осуществленія права и т. п. дѣйствія, которыя нѣмецкіе юристы обычно не считаютъ юридическими сдѣлками³⁾. Но само собою понятно вышеприведенныя правила объ опроверженіи юридическихъ дѣйствій не относятся къ дѣйствіямъ mortis causa. Итакъ вліяніе момента безвозмездности связывается въ томъ, что для

¹⁾ К. О. § 31.

²⁾ См. § 3 abs. 3—4.

³⁾ *Iüger* op. cit. § 20 ann. 30, § 32 ann. 2; *Noell* op. cit. s. 69—70; *Enneccerus* „Lehrbuch d. bürgerl. Rechts“ B. I 1. 1911 s. 341.

опроверженія кредиторами несостоятельнаго должника безвозмезднаго распоряженія совершеннаго за 1—2 года до наступленія несостоятельности не требуется доказывать наличность дѣйствительнаго animi fraudandi: этотъ animus fraudandi предполагается, при чемъ предположеніе это есть praesumptio juris et de jure, т. е. опроверженію не подлежитъ. Предположеніе это установлено на томъ основаніи, что „жизненный опытъ указываетъ, что часто безмездная сдѣлка совершается не просто; часто именно имѣетъ мѣсто animus fraudandi; тѣ-же случаи, когда это предположеніе не оправдывается, въ соображеніе принимаемы быть не должны,—не допускать опроверженія акта невозможно; голосъ кредиторовъ вопіетъ!... они имѣютъ на имущество, какъ на объектъ взысканія, лучшее право, чѣмъ одаренный: долгъ важнѣе дара; одаренный менѣе обяженъ отобраніемъ дара, чѣмъ кредиторъ оставленіемъ его въ рукахъ одареннаго“¹⁾.

Обращаясь къ русскому праву мы находимъ здѣсь прежде всего ст. 1529 т. X ч. I, гласящую, что „договоръ не дѣйствителенъ и обязательство ничтожно, если побудительная причина къ заключенію онаго есть достиженіе цѣли, законами запрещенной, какъ то, когда договоръ клонится: 1).....; 2) къ подложному переукрѣпленію имѣнія во избѣжаніе платежа долговъ“. Но статья эта, дающая право кредиторамъ оспорить сдѣлки не только тогда, когда должникъ объявленъ несостоятельнымъ въ установленномъ порядкѣ, но и когда онъ просто фактически является несостоятельнымъ, не проводитъ различія между возмездными сдѣлками и безмездными: и литература и практика подъ словомъ „подложное переукрѣпленіе“ понимаютъ исключительно намѣреніе обѣихъ сторонъ лишить кредиторовъ возможности получить удовлетвореніе ихъ законныхъ претензій, такъ что договоръ можетъ быть признанъ недѣй-

¹⁾ *Гольмстенъ* „Ученіе о правѣ кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ, въ современной цивилистической литературѣ“ (Юридическія изслѣдованія и статьи, т. II 1913 стр. 95—96).

ствительнымъ и тогда, когда стороны *действительно* согласились на переукрѣпленіе имѣнія и совершили такое не безвозмездно, но именно съ упомянутой цѣлью¹⁾.

Но кромѣ общаго правила статьи 1529 т. X ч. I, наше законодательство даетъ въ Уставѣ Судопр. Торг. (ст. 460—462) правила объ оспариваніи кредиторами сдѣлокъ при торговой несостоятельности. Характерной чертой этихъ правилъ является прежде всего то, что законъ предусматриваетъ возможность оспариванія только сдѣлокъ, заключенныхъ должникомъ въ пользу своего супруга, дѣтей и родственниковъ²⁾. Затѣмъ законъ рѣзко различаетъ оспариваніе сдѣлокъ, заключенныхъ въ пользу супруга, отъ оспариванія сдѣлокъ въ пользу дѣтей и родственниковъ, обставляя послѣднее болѣе стѣснительными условіями, исходя, очевидно, изъ того соображенія, что переукрѣпленіе имущества въ ущербъ кредиторамъ гораздо чаще и удобнѣе совершается именно посредствомъ сдѣлокъ съ супругомъ, а не съ дѣтьми и родственниками. Поэтому если для оспариванія сдѣлки, заключенной съ супругомъ, достаточно: 1) чтобы сдѣлка была учинена въ продолженіе послѣднихъ 10 лѣтъ передъ открытіемъ конкурса, и 2) чтобы прочаго имущества несостоятельнаго было недостаточно на уплату долговъ— для оспариванія сдѣлки, заключенной въ пользу дѣтей или родственниковъ, кромѣ перваго условія, нужно еще: 1) чтобы несостоятельность была торговой³⁾, 2) чтобы въ моментъ совершения сдѣлки долги несостоятельнаго превышали уже въ половину его имущество⁴⁾.

¹⁾ В. Л. и В. В. Исаченко „Обязательства по договорамъ“ т. I, 1914 стр. 222; Сен. р. 91 № 62.

²⁾ Шершеневичъ „Курсъ торговаго права“ т. IV 1912 г. стр. 381; инаго мнѣнія Васковскій „Учебникъ гражданскаго процесса“ 1914 г. стр. 544, Исаченко „Русское гражданское судопроизводство“ т. II 1902 г. стр. 428, но сенатская практика твердо держится перваго взгляда, опираясь на то, что ст. 460 ссылается на ст. 461, трактующую только о родственникахъ и супругѣ (см. с. р. 76/581 и др.).

³⁾ См. Уст. гражд. судопр. прилож. III къ ст. 1400 ст. 30.

⁴⁾ Ст. 460 Уст. Суд. Тор.; Шершеневичъ (ор. cit. стр. 381) полагаетъ, что оспариваніе сдѣлокъ заключенныхъ въ пользу дѣтей и род-

При наличности указанныхъ условій имущество считается безденежно отчужденнымъ и въ качествѣ такового присоединяется къ составу имущества несостоятельнаго. Но спрашивается, можетъ-ли это предположеніе безденежности быть опровергнуто, можетъ-ли супругъ или родственникъ доказать, что онъ приобрѣлъ имущество возмездно, и если можетъ, то что имѣетъ мѣсто въ данномъ случаѣ? На этотъ вопросъ законодатель даетъ указаніе только относительно продажи, совершенной съ супругомъ, предоставляя послѣднему въ п. 2-мъ ст. 461 право опровергать предположеніе безденежности. Изъ этого обстоятельства проф. Шершеневичъ заключаетъ, что предположеніе фиктивности возмездныхъ отчужденій въ пользу супруга есть *praesumptio juris*, а такое-же предположеніе относительно возмездныхъ отчужденій въ пользу дѣтей и родственниковъ есть *praesumptio juris et de jure*, т. е. возраженіямъ не подлежитъ¹⁾. Однако другіе юристы, какъ напримѣръ Васковскій²⁾ и Исаченко³⁾, а также сенатская практика⁴⁾ держатся взгляда, что предположеніе безденежности можетъ быть опровергнуто и со стороны дѣтей и родственниковъ. И это послѣднее мнѣніе мы лично считаемъ болѣе правильнымъ. Не подлежащее опроверженію предположеніе безвозмездности сдѣлокъ съ дѣтьми, а особенно родственниками, въ какой-бы отдаленной степени родства они ни состояли съ несостоятельнымъ, было-бы невѣроятной суровостью по отношенію къ дѣтямъ и родственникамъ и суровостью при томъ находящейся въ противорѣчій съ принципомъ принятымъ самимъ русскимъ законодателемъ, который обособилъ сдѣлки съ супругомъ, какъ представляющіяся несравненно болѣе подозрительными, чѣмъ сдѣлки съ дѣтьми и родственниками, и, какъ мы видѣли, оспариваніе сдѣлокъ первой

ственниковъ относится только къ недвижимостямъ, но сенатская практика распространяетъ оспариваніе въ данномъ случаѣ и на движимости (С. р. 83/105).

¹⁾ Шершеневичъ ор. cit. стр. 383.

²⁾ Васковскій ор. cit. стр. 544.

³⁾ Исаченко „Обязательства по договорамъ“ т. I 1914 г. стр. 219.

⁴⁾ Сен. р. 90/117.

категоріи значительно облегчил по сравненію съ сдѣлками съ родственниками, между тѣмъ какъ принятіе мнѣнія *Шершеневича* означало-бы какъ разъ наоборотъ установленіе для оспариванія сдѣлокъ съ дѣтьми и родственниками несравненно болѣе легкаго порядка, чѣмъ сдѣлокъ съ супругомъ. И изъ того обстоятельства, что законъ говоритъ только объ опроверженіи предположенія безденежности со стороны супруга, еще нельзя заключить, что дѣти и родственники лишены совсѣмъ этого права опроверженія: о такомъ лишеніи въ законѣ нѣтъ никакихъ указаній, а изъ текста пункта 2-го ст. 461 ой Уст. Суд. Торг. видно, что это не особая льгота, данная супругу въ отличіе отъ дѣтей и родственниковъ, а наоборотъ опять таки проявленіе подозрительности законодателя по отношенію къ сдѣлкамъ съ супругомъ, который чтобы опровергнуть предположеніе безвозмездности долженъ не только доказать, что сдѣлка была возмездна, но и что имущество приобретено на капиталы, дошедшіе къ супругу—покупателю не отъ несостоятельнаго супруга, тогда какъ отъ дѣтей и родственниковъ доказывать это послѣднее обстоятельство законъ не требуетъ. Толкуя такъ п. 2 ст. 461 мы, такимъ образомъ, становимся въ полное соотвѣтствіе съ ясно выраженнымъ нашимъ законодателемъ принципомъ обсуждать сдѣлки съ супругомъ болѣе строго, чѣмъ сдѣлки съ дѣтьми и родственниками.

Но если предположеніе безвозмездности будетъ опровергнуто, то это еще не значитъ, что теперь уже сдѣлка сохраняетъ свою силу—нѣтъ, это имѣетъ лишь то значеніе, что она уже не можетъ быть оспорена по ст. 460—461 Уст. Торг. Суд., а кредиторы должны теперь оспаривать ее уже по ст. 1529 т. X г. I, т. е. доказывать наличность *animi fraudandi* и *conscientiae animi fraudandi*.

Такимъ образомъ въ основныхъ чертахъ порядокъ оспариванія сдѣлокъ несостоятельнаго должника по русскому праву сходенъ съ порядкомъ, установленнымъ германскимъ законодательствомъ. У насъ точно также по общему правилу ст. 1529-й требуется доказать *animus* и *conscientiam animi fraudandi*, а для безвозмездныхъ сдѣлокъ, совершенныхъ съ супругомъ, дѣтьми или родственниками, въ теченіе извѣстнаго срока

до объявленія несостоятельности, такого доказательства не требуется (ст. 460—461 Уст. Торг. Суд.), при чемъ, возмездныя сдѣлки, заключенныя съ супругомъ, дѣтьми и родственниками при извѣстныхъ условіяхъ предполагаются безмездными, пока не доказано противное. Но сходство это, конечно, только въ основныхъ пунктахъ, т. к. въ частности, какъ мы видѣли, различій не мало. Различія эти относятся и къ степени вліянія, признаваемого указанными законодательствами за моментомъ безвозмездности. Такъ, въ то время какъ въ Германіи облегченіе оспариванія безмездныхъ распоряженій имѣетъ мѣсто, какъ въ случаѣ объявленія конкурса, такъ и безъ такового объявленія, у насъ это облегченіе установлено только на случай объявленія должника несостоятельнымъ; если-же должникъ только фактически несостоятеленъ, то примѣняется ст. 1529 п. 2 т. X ч. I, по которой, хотя-бы безмездная сдѣлка была совершена въ пользу супруга, для того чтобы оспорить ее кредиторы должны доказать наличность *animi fraudandi* на сторонѣ должника и *conscientiae fraudis* на сторонѣ контрагента. Далѣе, въ Германіи облегченіе оспариванія безмездныхъ распоряженій распространяется на всѣ такія распоряженія, независимо отъ того, въ пользу кого они сдѣланы—у насъ облегченіе оспариванія, обусловленное моментомъ безвозмездности, относится только къ сдѣлкамъ, совершеннымъ въ пользу супруга, дѣтей и родственниковъ, т. что если несостоятельный должникъ подарить свое имущество постороннему лицу, то чтобы оспорить его кредиторы должны исполнить опять таки общія требованія ст. 1529 т. X ч. I. Наконецъ, въ то время какъ въ Германіи право кредиторомъ оспаривать распространяется на всякія безвозмездныя юридическія дѣйствія должника,—наше законодательство въ ст. 460—461 говоритъ только о нѣкоторыхъ сдѣлкахъ, изъ чего можно заключить, что всѣ остальные возмездныя и безвозмездныя сдѣлки можно оспаривать лишь по ст. 1529 т. X ч. I.

Въ нашу задачу не входитъ изслѣдовать, насколько пѣлособразны тѣ различія, которыя то или иное законодательство устанавливаетъ между оспариваніемъ кредиторами возмездныхъ

и безвозмездных сделок несостоятельного должника—наш здесь интересуется только вопросом, являются ли эти различия следствиями вообще момента безвозмездности или они установлены только относительно тех или иных безвозмездных сделок, и—в последнем случае—является ли это ограничение вызванным какими нибудь серьезными основаниями. И вот с этой точки зрения нельзя не признать наше русское право положительным не выдерживающим критики по своей казуистичности и нелогичности. В самом деле, относительно оспаривания сделок в пользу супруга закон наш в ст. 461-ой У. Т. Суд. говорит только о дарении и купле. Таким образом получается, что для оспаривания дарения в пользу супруга кредиторы имеют два пути—оспаривать дарение 1) по ст. 461 Уст. Торг. Суд. и 2) по ст. 1529 т. X ч. I.: первый путь для кредиторов несравненно удобнее, т. к. здесь не нужно доказывать ни *animus fraudandi* на стороне несостоятельного ни *conscientiam animi fraudandi* на стороне его супруга. Но первый путь возможен не всегда, а лишь при условии, во первых, чтобы должник был объявлен несостоятельным, и, во вторых, чтобы сделка была совершена в последние 10 лет перед объявлением несостоятельности. Таким образом, если дарение было сделано ранее 10 лет или если должник пока еще только фактически несостоятелен, то кредиторам ничего другого не остается, как опираться на ст. 1529. В зависимости от наличия или отсутствия указанных условий кредиторы могут оспаривать и продажу супругу или по ст. 461 Уст. Торг. Суд. или по ст. 1529 т. X ч. I, при чем опять таки первый путь для них гораздо более удобен: здесь сделка предполагается безвозмездной, и кредитор не обязан доказывать ни *animus fraudandi* ни *conscientiam animi fraudandi*, как этого требует ст. 1529, пока супруг не докажет возмездность сделки и факт приобретения имущества не на капиталы, полученные от несостоятельного супруга. Таким образом при оспаривании дарения и продажи, совершенных несостоятельным должником, законодательство наше считается с тем, объявлен ли должник

несостоятельным и когда совершена была оспариваемая сделка, при чем наличие объявления несостоятельности вместе с фактом совершения сделки в течение последних 10 лет перед объявлением несостоятельности влечет за собой более легкий порядок оспаривания сделки. Против признания за этими фактами значения, облегчающего положение кредиторов и отягчающего положение контрагентов несостоятельного, мы ничего не имеем возразить, но совершенно отказываемся понять, почему наше законодательство ограничило влияние этих фактов только оспариванием дарения и продажи, оставив для оспаривания всех остальных возмездных и безвозмездных сделок один только затруднительный для кредиторов путь, указанный в ст. 1529 т. X ч. I. Если понимать дарение в смысле только безвозмездной передачи вещи, как это, по видимому, и имеет в виду наш законодатель в ст. 461-ой Уст. Торг. Суд. ¹⁾, то у нас получится, что если несостоятельный должник в течение последних 10 лет до открытия конкурса, откажется безвозмездно от принадлежащего ему права требования с своего супруга или безвозмездно обременит в его пользу свое имение пожизненным владением, то кредиторы чтобы оспорить сделку должны доказать наличие *animi fraudandi* на стороне должника и *conscientiae animi fraudandi* на стороне супруга, тогда как если бы должник что нибудь продал за это время своему супругу, то кредиторы могут оспорить сделку хотя бы и не могли доказать *animus fraudandi* и *conscientiam animi fraudandi*, если только супруг—покупатель не докажет, что купил вещь на капиталы, дошедшие к нему не от несостоятельного супруга. Таким образом получается, что возмездную сделку легче оспорить, чем безвозмездную, тогда как это и несправедливо и нелогично: во первых, безвозмездные сделки гораздо более вредны для кредиторов, чем возмездные, так как благодаря им имущество должника лишается известной ценности решительно без всякого эквивалента, а во вторых

¹⁾ Шершеневич ор. cit. стр. 382.

оспариваніе возмездной сдѣлки болѣе тяжело для контрагента, чѣмъ оспариваніе безвозмездной, т. к. въ первомъ случаѣ онъ лишается не только купленной вещи, но и собственныхъ денегъ, заплаченныхъ за нее, а во второмъ случаѣ его положеніе остается такимъ-же, какимъ было до совершенія сдѣлки, убытка онъ, собственно говоря, не несетъ. То обстоятельство, что безвозмездная сдѣлка не являлась дареніемъ, здѣсь не можетъ имѣть значенія, т. к. посредствомъ безвозмезднаго отказа отъ права требованія или установленія сервитута интересы кредиторовъ могутъ иной разъ гораздо болѣе пострадать, чѣмъ отъ даренія какаго-нибудь не особенно цѣннаго имущества.

Точно также несправедливо и нелогично обособленіе въ данномъ случаѣ купли-продажи отъ другихъ возмездныхъ сдѣлокъ. Это облегчаетъ несостоятельному должнику возможность переукрѣпить свое имущество въ ущербъ кредиторамъ—такъ если у его супруга нѣтъ собственныхъ капиталовъ, то фиктивная продажа легко можетъ быть кредиторами оспорена по ст. 461 Уст. Торг. Суд., но стоять супругу дать на имѣніе закладную, равную почти стоимости имѣнія, и кредиторы чтобы оспорить сдѣлку должны доказывать *animus fraudandi* и *conscientiam animi fraudandi*, а это уже представляетъ значительныя трудности. Особенно странное впечатлѣніе производятъ то, что по ст. 460—461 изъ сдѣлокъ, заключенныхъ несостоятельнымъ съ своимъ супругомъ, можно оспорить только дареніе и куплю продажу, а изъ сдѣлокъ, заключенныхъ въ пользу дѣтей и родственниковъ, почему-то не только куплю—продажу и дареніе, но и рядную, раздѣльную запись, залогъ и другіе акты; благодаря этому получается, что, напримѣръ, залогъ недвижимости въ пользу родственника кредиторамъ легче въ известномъ случаѣ оспорить, чѣмъ залогъ въ пользу супруга, т. к. въ первомъ случаѣ при торговой несостоятельности, если въ моментъ заключенія сдѣлки долги превышали уже въ половину имущество должника, кредиторамъ не нужно доказывать *animus* и *conscientiam animi fraudandi*, а во второмъ случаѣ нужно, между тѣмъ, какъ мы выше указывали, наше законодательство смотреть на сдѣлки съ супругомъ, какъ на болѣе

опасныя для кредиторовъ и подозрительныя со стороны должника, чѣмъ на сдѣлки съ дѣтьми и родственниками.

Сказаннаго, мнѣ кажется, достаточно, чтобы убѣдиться, сколько противорѣчій получилось благодаря казуистичности нашего законодательства въ вопросѣ объ оспариваніи кредиторами сдѣлокъ несостоятельнаго должника, выразившейся въ томъ, что вмѣсто противоположенія всѣхъ возмездныхъ актовъ безвозмезднымъ, какъ это дѣлаютъ западныя законодательства, у насъ получилось, когда дѣло идетъ о сдѣлкахъ въ пользу супруга, противоположеніе только даренія купль-продажѣ, между тѣмъ какъ нѣтъ сомнѣнія, что въ вопросѣ о защитѣ интересовъ кредиторовъ отъ переукрѣпленія имущества нѣтъ никакого рѣшительно основанія обособлять дареніе отъ другихъ безмездныхъ, а куплю—продажу отъ другихъ возмездныхъ актовъ. Поэтому неудивительно, что наша сенатская практика распространяетъ и на сдѣлки съ супругомъ ст. 460, считая возможнымъ оспаривать по правиламъ Уст. Торг. Суд. и закладныя, установленныя несостоятельнымъ въ пользу супруга¹⁾, что логически должно привести и къ распространенію этихъ правилъ не только на даренія, но и на другія безвозмездныя акты. Такое толкованіе мы считаемъ вполне приемлемымъ, какъ вызываемое требованіями логики, и догматически возможное, въ виду того, что ст. 460 не говоритъ о дѣтяхъ и родственникахъ и находится въ связи съ статьей 461-ой, но юристы наши тѣмъ не менѣе упорно держатся за букввальное ограниченное толкованіе ст. 461-й²⁾. Въ этомъ отношеніи, наоборотъ, французская литература идетъ по правильному пути. Хотя французскій законодатель устанавливая полную недействительность для наиболѣе подозрительныхъ актовъ, совершенныхъ въ періодъ считая отъ прекращенія платежей или за 10 дней отъ прекращенія платежей и до объявленія несостоятельнымъ должника, въ числѣ этихъ актовъ указалъ не всѣ безвозмездныя акты, а лишь „tous actes translatifs de proprie-

¹⁾ Сен. р. 75/724 и 79/122.

²⁾ Шершеневичъ оп. cit. стр. 384; Васильковскій оп. cit. стр. 544.

tés mobilières ou immobilières à titre gratuit¹⁾, но тѣмъ не менѣ французскіе юристы относятъ сюда и обязательства, совершенныя несостоятельнымъ, и отказъ его отъ личныхъ правъ, и прощеніе долговъ, и вообще всякіе акты, коими несостоятельный безвозмездно предоставилъ кому-нибудь выгоду²⁾. И такое толкованіе находитъ себѣ полную опору не только въ требованіяхъ логики, но и въ самомъ законѣ, который въ art. 447 C. de Comm. указываетъ акты, которые въ противоположность актамъ признаваемымъ прямо недѣйствительными, могутъ быть оспорены, лишь когда контрагентъ несостоятельнаго зналъ о прекращеніи послѣднимъ платежей, говоритъ „tous autres actes à titre onéreux“, чѣмъ ясно подчеркивается, что безвозмездные акты сюда не подойдутъ. Поэтому заявленіе проф. *Шершеневича*, что подъ ст. 447 подойдутъ и акты безвозмезднаго характера, не являющіеся дареніемъ³⁾, не соответствуетъ ни закону ни господствующему во французской литературѣ мнѣнію.

Итакъ мы пришли къ заключенію, что въ вопросѣ объ оспариваніи распоряженій несостоятельнаго должника облегченный порядокъ оспариванія долженъ быть распространенъ на всѣ безвозмездныя распоряженія, какъ это имѣетъ мѣсто въ Германіи. Вліяніе момента безвозмездности на облегченіе оспариванія кредиторами сдѣлокъ несостоятельнаго должника признается нѣкоторыми западными законодательствами и по отношенію къ третьимъ лицамъ, приобрѣвшимъ имущество несостоятельнаго должника не непосредственно отъ него самого, а отъ его контрагента: напримѣръ должникъ продалъ вещь лицу А, а этотъ послѣдній продалъ или подарилъ ее лицу Б. Такъ, по германскому праву если сдѣлка между должникомъ и А. была заключена при условіяхъ, которыя давали кредиторамъ возможность ее оспорить, то это право кредиторы сохраняютъ и по отношенію къ лицу Б. и могутъ отобрать отъ него вещь.

¹⁾ Art. 446 Code de Comm.

²⁾ *Lyon-Caen et Renault* „Manuel de droit commercial“ 1904 стр. 747.

³⁾ *Шершеневичъ* op. cit. стр. 369.

Но здѣсь опять сказывается различіе между возмездностью и безвозмездностью: если сдѣлка между А. и Б. была возмездной, то кредиторы могутъ оспорить эту сдѣлку, если докажутъ, что Б. при заключеніи сдѣлки зналъ, что сдѣлка между должникомъ и А. относительно имущества, которое онъ потомъ приобрѣлъ отъ А, заключена при обстоятельствахъ, влекущихъ за собой ея опровержимость со стороны кредиторовъ, а если сдѣлка между А. и Б. была безвозмездной, то кредиторы могутъ опровергнуть ее, хотя-бы Б. въ данномъ случаѣ дѣйствовалъ вполне добросовѣстно, т. е. не зная, что приобретенное имъ имущество дошло къ его правопреемнику по опровержимой сдѣлкѣ¹⁾. Такимъ образомъ оспариваемость является одинаковой, приобрѣло-ли лицо имущество безвозмездно непосредственно отъ несостоятельнаго должника или отъ его правопреемника — въ обоихъ случаяхъ отсутствіе animi fraudandi и conscientiae animi fraudandi не спасаетъ сдѣлку отъ оспариванія²⁾. Мотивируютъ это тѣмъ, что между обоими приобретателями нѣтъ разницы, разъ оба они безвозмездно приобрѣли имущество, послѣдствіемъ чего былъ ущербъ кредитора, и тѣмъ, что чувство справедливости не можетъ быть удовлетворено при видѣ кредитора, которому при непосредственномъ безмездномъ переходѣ имущества къ третьему лицу позволяется обратитъ взысканіе на это имущество, а при посредственномъ безмездномъ переходѣ къ другому лицу — не позволяется³⁾.

Въ русскомъ правѣ вопросъ этотъ рѣшается, однако, иначе. Статья 462-ая Уст. Суд. Торг. гласитъ, что въ случаѣ опроверженія судомъ сдѣлки по просьбѣ кредиторовъ „акты дарственные, рядные, отдѣльные и раздѣльные, также купчія и закладныя крѣпости считаются ничтожными, и имѣніе, если

¹⁾ К. О. § 40.

²⁾ Французская литература и практика полагаютъ также, что по отношенію къ правопреемнику сдѣлка оспариваема на тѣхъ-же началахъ, какъ и по отношенію къ первому приобретателю (см. *Lyon-Caen et Renault* op. cit. p. 757.

³⁾ См. у *Гольмстена* op. cit. стр. 140.

состоит на лицо, обращается въ массу; но если между тѣмъ оно продано другому, то продажа остается въ своей силѣ безповоротно; если-же имѣніе только перезаложено, а не продано, то Конкурсному Управленію предоставляется право выкупа, съ полнымъ платежемъ долговой по залогу суммы“. Статья эта, какъ и вышерассмотрѣнная статьи Уст. Торг. Судопр., представляется весьма неясно изложенной. Прежде всего возникаетъ вопросъ, всегда-ли возмездная сдѣлка съ правопреемникомъ контрагента должника не подлежитъ оспариванію или-же только при наличности добросовѣстности со стороны этого правопреемника? Хотя законъ, не различая добросовѣстности и недобросовѣстности, говоритъ, что „продажа остается въ своей силѣ безповоротно“, и что Конкурсное Управленіе можетъ выкупить заложенное имѣніе „съ полнымъ платежемъ долговой суммы“, но мы думаемъ все-же, что по отношенію къ недобросовѣстному правопреемнику сдѣлка можетъ быть оспорена, т. что въ данной статьѣ законъ имѣлъ въ виду лишь добросовѣстныхъ правопреемниковъ. Противуположное толкованіе вело бы къ очевидной несправедливости; если законодатель можетъ жертвовать справедливыми интересами кредиторовъ ради охраны столь-же справедливыхъ интересовъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей имущества, охраны необходимой для поддержания прочности гражданскаго оборота, то было бы явной несправедливостью приносить законные интересы кредиторовъ въ жертву недобросовѣстнымъ махинаціямъ. Принятіе подобной точки зрѣнія въ корень уничтожило-бы все право оспариванія сдѣлокъ кредиторами, т. к. недобросовѣстные должники всегда находили-бы двухъ подставныхъ лицъ и посредствомъ двухъ подложныхъ переукрѣпленій легко скрывали бы свое имущество отъ взысканій¹⁾. Далѣе, если основываться на буквальномъ

¹⁾ Въ литературѣ и въ практикѣ этотъ вопросъ не затрагивался, но изъ сдѣланнаго Шершеневичемъ мимоходомъ замѣчанія, что постановленіемъ о безповоротности купли охраняются законные интересы третьихъ лицъ, добросовѣстно пріобрѣтающихъ права на имущества, можно заключить, что и онъ эту безповоротность относилъ только къ добросовѣстнымъ третьимъ лицамъ (см. Шершеневичъ *op. cit.* стр. 394).

текстѣ ст. 462-ой, говорящей о безповоротности только купли и залога, то пожалуй можно заключить, что неоспоримость сдѣлокъ по отношенію къ правопреемникамъ не относится къ безмезднымъ актамъ, т. что послѣдніе можно оспорить, но выводъ этотъ былъ-бы неправиленъ въ виду примѣчанія къ этой-же статьѣ, гласящаго, что когда имѣніе подаренное или инымъ образомъ безмездно переданное несостоятельнымъ супругомъ другому въ теченіе послѣднихъ передъ стѣпленіемъ его несостоятельности десяти лѣтъ, подарено симъ послѣднимъ, или-же продано, или заложено кому либо другому, то акты эти остаются ненарушимыми, но съ супруга при извѣстныхъ условіяхъ кредиторы могутъ взыскать цѣну отчужденнаго имѣнія. Изъ этого ясно видно, что русское право, въ противуположность германскому, при оспариваніи сдѣлокъ по отношенію къ правопреемникамъ контрагента должника не проводитъ различія между возмездными и безвозмездными актами—такіе акты остаются ненарушимыми, если только, какъ мы выше указывали, кредиторы не докажутъ недобросовѣстность правопреемника.

Логическимъ слѣдствіемъ особаго облегченнаго порядка оспариванія кредиторами безвозмездныхъ сдѣлокъ несостоятельнаго должника явился и иной объемъ ответственности лица, пріобрѣтшаго имущество по безмездной сдѣлкѣ, по сравненію съ лицомъ, пріобрѣтшимъ его возмездно. Такъ, по германскому праву, такъ какъ для оспариванія возмездной сдѣлки требуется по общему правилу *conscientia animi fraudandi* со стороны пріобрѣтателя имущества, то онъ и обязанъ возратить послѣднее, какъ недобросовѣстный владѣлецъ съ тѣмъ лишь ограниченіемъ, что онъ обязанъ возратить все, что ушло изъ имущества должника посредствомъ оспореннаго акта, но не больше¹⁾. Поэтому, напримѣръ, пріобрѣтатель обязанъ возратить полную стоимость вещи отчужденной имъ или уничтоженной или даже случайно погибшей, если не докажетъ, что вещь

¹⁾ § 37 K. O., §§ 7 и 9 *Anfecht. Ges.*

невозбъжно погибла бы отъ данной случайности и оставаясь въ составѣ имущества должника. Но для оспариванія безвозмездной сдѣлки должника законъ, какъ мы видѣли, не требуетъ наличности *conscientiae animi fraudandi* у контрагента, почему легко возможно, что контрагентъ, обязанный вернуть приобретенную имъ безвозмездно вещь, докажетъ, что приобрѣталъ ее вполне добросовѣстно. При такихъ обстоятельствахъ возлагать на него отвѣтственность въ томъ-же объемѣ, какъ и на недобросовѣстнаго приобретателя, казалось и неограниченнымъ и несправедливымъ, вслѣдствіе чего еще римское право учило, что одаренный отвѣчаетъ „*quatenus locupletiores facti sunt, non ultra*“. Это положеніе приняла современная доктрина и многія законодательства, въ томъ числѣ и германское ¹⁾.

Въ нашемъ русскомъ правѣ этотъ вопросъ является неяснымъ, т. к. законъ не даетъ никакихъ указаній, въ какомъ объемѣ и по какимъ правиламъ отвѣчаетъ лицо, приобрѣвшее вещь по оспоренной сдѣлкѣ. Мы полагаемъ, однако, что это отсутствіе указаній даетъ полное основаніе въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ приобретатель дѣйствовалъ *cum conscientia fraudis*, разсматривать его, какъ недобросовѣстнаго владѣльца, а гдѣ онъ докажетъ свою добросовѣстность—то какъ добросовѣстнаго владѣльца ²⁾. Послѣдній случай возможенъ у насъ однако только тогда, когда сдѣлка совершена въ пользу супруга, дѣтей или родственниковъ несостоятельнаго, такъ какъ по отношенію къ приобретателю постороннему лицу сдѣлка можетъ быть оспорена лишь по ст. 1529 т. X ч. I, т. е. при доказанной *conscientiae fraudis* приобретателя.

Въ то время какъ большинство законодательствъ, въ томъ числѣ и наше русское, ограничиваются установленіемъ болѣе легкаго порядка оспариванія безвозмездныхъ сдѣлокъ несостоятельнаго должника, германское право идетъ дальше и объявляетъ, что въ конкурсномъ производствѣ не подлежатъ удовле-

¹⁾ § 37 abs. 2 К. О.

²⁾ Также думаетъ, повидимому, и *Исаиченко* (op. cit. стр. 243—247, коммент. къ статьѣ 1529).

творенію „*Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners*“ ¹⁾. Благодаря этому правилу всякое неисполненное еще безвозмездное обязательство несостоятельнаго должника, хотя-бы оно не удовлетворяло требованіямъ необходимымъ для возможности его оспорить, не удовлетворяется въ числѣ другихъ конкурсныхъ требованій изъ конкурсной массы. Вслѣдствіе такого правила если-бы даже безвозмездное обязательство и могло быть оспорено, но пока исполненія по нему должникомъ еще не произведено, кредиторамъ нѣтъ никакого интереса его оспаривать, т. к. все равно оно удовлетворенія изъ конкурсной массы получить не можетъ. Мотивируется это постановленіемъ, что безвозмездныя обязательства по самой природѣ своей должны отступать передъ возмездными при удовлетвореніи—*nemo liberalis nisi liberatus* ²⁾. Хотя законодатель употребляетъ здѣсь своеобразный терминъ—„*Forderungen aus einer Freigebigkeit*“, но въ сущности мы здѣсь опять таки имѣемъ дѣло съ безвозмездными обязательствами, какого-бы рода они ни были (включая даже „*gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke*“) ³⁾.

II. Вліянію момента безвозмездности германское право придаетъ значеніе и въ искахъ изъ неосновательнаго обогащенія. Объ этомъ трактуютъ §§ 816 и 822 В. Г. В. Первый изъ нихъ устанавливаетъ, что если лицо не управомоченное распорядится к. н. предметомъ такъ, что распоряженіе это будетъ имѣть силу и по отношенію къ лицу управомоченному, то распорядившійся обязанъ ему выдать все полученное вслѣдствіе этого распоряженія; если-же онъ распорядился безвозмездно, то эта обязанность падаетъ на того, кто благодаря распоряженію получилъ непосредственно выгоду. Второй параграфъ устанавливаетъ, что если получившій что-либо безъ достаточнаго юридическаго основанія, передать полученное без-

¹⁾ § 63 abs. 4 К. О. Статья указываетъ далѣе и „*Forderungen von Todes wegen*“, но это включеніе не имѣетъ никакого практическаго значенія—см. *Jaeger* op. cit. Anm. 7 zu § 63.

²⁾ *Jaeger* op. cit. § 63 Einleitung.

³⁾ *Jaeger* op. cit. Anm. 6 zu § 63.

возмездно третьему лицу, то если благодаря этому отпадет обязанность первого къ возвращенію обогащенія, то обязано къ возвращенію это третье лицо, какъ если-бы оно получило обогащеніе безъ достаточнаго юридическаго основанія отъ самого потерпѣвшаго. Значеніе обонхъ постановленій заключается въ томъ, что въ то время какъ третьи лица не обязаны къ возвращенію обогащенія, т. к. приобрѣтеніе съ ихъ стороны имѣетъ достаточное юридическое основаніе въ сдѣлкѣ съ лицомъ первоначально обогатившимся или распорядившимся предметомъ, при безвозмездномъ приобрѣтеніи отвѣчаютъ и эти третьи лица. Постановленіямъ этимъ германская литература придаетъ весьма большое практическое значенія, т. к. благодаря имъ нѣсколько смягчается суровость правила о защитѣ добросовѣстныхъ владѣльцевъ тамъ, гдѣ это правило угрожаетъ справедливымъ интересамъ собственника¹⁾. Различіе между этими обонми весьма близкими по характеру постановленіями заключается въ томъ, что § 816 рассматриваетъ безвозмезднаго приобрѣтателя какъ первоначально непосредственно обогатившагося и трактуетъ только о немъ, тогда какъ § 822 относится ко всѣмъ послѣдующимъ безвозмезднымъ приобрѣтателямъ и рассматриваетъ ихъ какъ преемниковъ первоначально обогатившагося²⁾. Для насъ здѣсь важно, однако, не это различіе, а то, что, судя по тексту статей, отношеніе ихъ къ моменту безвозмездности не совсѣмъ одинаковое: въ § 816 законъ говоритъ объ „*unentgeltliche Verfügung*“, а въ § 822 объ „*unentgeltliche Zuwendung*“, изъ чего можно заключить, что въ обонхъ случаяхъ область примѣненія не одна и та-же. И вопросъ о соотношеніи этихъ двухъ терминовъ не мало занималъ и занимаетъ нѣмецкихъ юристовъ, при чемъ нельзя сказать, чтобы въ результатѣ имъ удалось ясно и точно отграничить эти понятія. Не входя въ детали мелочныхъ изысканій нѣмецкихъ юристовъ въ этой области, мы здѣсь приведемъ лишь такъ

¹⁾ *Enneccerus* I 1. s. 611; *Staudinger* 5/6 Aufl. II 2 Anm. 2 zu §. 816.

²⁾ v. *Mayr* „Der Bereicherungsanspruch des d. b. Rechts 1903 s. 328

сказать итоги этихъ изысканій. Прежде всего мы выше уже встрѣчались съ терминомъ „*unentgeltliche Verfügung*“, когда рассматривали нормы конкурснаго права, и указывали, что здѣсь подъ словомъ „*Verfügung*“ понимаются не только юридическія сдѣлки, но вообще всякія дѣйствія, съ которыми связаны юридическія послѣдствія—въ этомъ смыслѣ подъ понятіемъ „*Verfügung*“ подойдутъ и различныя процессуальныя дѣйствія (напримѣръ признаніе) и отказъ отъ права или отъ приобрѣтенія права, и т. п. Но нѣмецкіе юристы единодушно утверждаютъ, что въ этомъ широкомъ смыслѣ терминъ „*Verfügung*“ употребляется только въ конкурсномъ правѣ¹⁾, а въ гражданскомъ уложеніи онъ имѣетъ иное, менѣе широкое значеніе. Подъ „*Verfügung*“ въ гражданскомъ уложеніи господствующее мнѣніе понимаетъ только т. наз. вещныя юридическія сдѣлки („*dingliche Rechtsgeschäfte*“), т. е. такія, посредствомъ которыхъ уже существующее право измѣняется, обременяется, передается или уничтожается, въ противоположность простымъ обязательственнымъ сдѣлкамъ, создающимъ лишь обязанность къ совершенію подобныхъ „*Verfügungen*“²⁾. Что касается до „*Zuwendung*“, то это есть также юридическая сдѣлка, но имѣющая своимъ содержаніемъ предоставленіе другому лицу к. н. имущественной выгоды³⁾. Съ этой точки зрѣнія не всякое „*Verfügung*“ есть „*Zuwendung*“, и наоборотъ: такъ уничтоженіе права путемъ *derelictio* есть „*Verfügung*“, но не „*Zuwendung*“, а установленіе въ пользу кого-либо обязательственнаго права требованія есть „*Zuwendung*“, но не „*Verfügung*“. Наконецъ, терминъ „*Zuwendung*“ употребляютъ въ еще болѣе широкомъ смыслѣ, понимая подъ нимъ всякое дозволенное дѣйствіе, направленное на предоставленіе кому либо имущест-

¹⁾ См. напр. *Enneccerus* op. cit. B. I 1 s. 341 ann. 2.; *Noell* op. cit. s. 68; *Oertmann* op. cit. s. 106—107.

²⁾ *Enneccerus* B. I 1. s. 341; *Noell* op. cit. s. 17; v. *Mayr* op. cit. s. 283 и мн. др.

³⁾ *Enneccerus* B. I 1. s. 357; *Noell* op. cit. s. 18; *Cosack*. op. cit. 5-e Aufl. § 52 I 3 a.

венной выгоды, хотя бы это действие и не было юридической сделкой—напрямёр сообщение деловой тайны или идеи нового промышленного изобретения¹⁾. Из этих определений, вряд ли нужно доказывать, последнее никоим образом неприемлемо для гражданского уложения, почему всё юристы понимают под „Zuwendung“ именно юридическую сделку в вышеуказанном смысле. Но если сопоставить между собой это узкое понятие „Zuwendung“ с понятием „privatrechtliche Verfügung“, как „dingliche Rechtsgeschäft“ и приложить эти оба понятия к тем нормам В. Г. В., в которых эти термины встречаются, в частности и к §§ 816 и 822, то придется прийти к тому же выводу, к какому пришел Noell—именно что нельзя точно установить принцип, руководствуясь которым законодатель употреблял то тот, то другой термин. Это точное разграничение здесь невозможно, и различия по существу между этими понятиями не существует²⁾. В самом деле, хотя § 816 говорит об „unentgeltliche Verfügung“, но в то-же самое время имеет в виду здесь такое „Verfügung“, посредством которого другое лицо получило юридическую выгоду, обогатилось, т. е. в сущности „Verfügung“, являющаяся в то-же самое время и „Zuwendung“. С другой стороны юристы должны были признать, что как в § 816, так и в некоторых других, понятие „Verfügung“ обнимает собой не только „dingliche Rechtsgeschäft“, но и сделки, устанавливающие обязательственные права³⁾. И этот вывод безусловно вполне правилен, так как невозможно допустить, чтобы § 816 не распространялся на те сделки, на которые распространяется § 822. Таким образом надо прийти к выводу, что как § 816 так и § 822 В. Г. В. одинаково распространяются на всё безвозмездные сделки, несмотря на

¹⁾ Planck bem. 2 zu 516; Noell op. cit. s. 19; Bekker „System des heutigen Pandektenrechts“ В. II s. 145 ff.

²⁾ Noell op. cit. s. 21.

³⁾ Noell loc. cit.

различие в терминологии¹⁾. Ни швейцарское ни французское законодательства не устанавливают подобного усиления защиты потерпевшего против третьего лица, хотя и добросовестно, но безвозмездно приобретшего вещь от непосредственно неосновательно обогатившегося на счет потерпевшего²⁾.

Что касается нашего русского права, то в нем, конечно, нельзя найти постановлений, подобных §§ 816 и 822 В. Г. В., так как самый институт неосновательного обогащения у нас совершенно не регламентирован и создан в сущности сенатской практикой. Да и самый вопрос о защите добросовестного владельца в нашем праве далеко не разрешен ясно и определенно, и в то время как сенатская практика и одна часть юристов, опираясь на ст. 569 Уст. Суд. Торг., высказывалась за защиту добросовестного владельца, другая часть юристов столь-же энергично отстаивала принцип строгой виндикации, опираясь главным образом на ст. 609 и 691 т. X ч. I, а с этой последней точки зрения постановления, подобные §§ 816 и 822 В. Г. В., являлись-бы совершенно ненужными, т. к. потерпевший имѣл-бы против третьего лица, приобретшего вещь безвозмездно, болѣе радикальное средство для отобрания вещи, чѣм обязательственные иски из неосновательного обогащения,—а именно мог-бы вещь просто на просто виндигировать. Но за последнее время сторонники защиты добросовестного владельца получили новую и довольно прочную опору для отстаиваемого ими взгляда в ст. 1527³⁾ т. X ч. I. Статья эта гласит, что до полной уплаты цены, проданного в рассрочку имущества, покупатель под опасением ответственности по законам уголовным не в

¹⁾ В немецкой литературе многими была высказана мысль, что §§ 816 и 822 следовало-бы распространить на всякое безвозмездное приобретение, хотя-бы оно произошло и не по юрид. сделке, но это лишь политико-правовое пожелание, т. к. закон говорит лишь о „Zuwendung“, т. е. о предоставлении имущества непосредственно обогатившимся третьему лицу (см. v. Mayr op. cit. s. 333).

²⁾ Eggers Kommentar В. V s. 253; Planiol „Traité élémentaire de droit civil“ 6-me éd. t. II p. 272.

правъ закладывать, продавать или инымъ способомъ отчуждать это имущество.....: совершенные вопреки упомянутому воспрещенію отчужденіе или закладъ признаются недействительными, кромѣ того случая, когда купившій или принявшій въ закладъ не зналъ, что имущество не могло быть отчуждаемо или закладываемо“. Въ литературѣ статья эта породила цѣлый рядъ разногласій относительно ея пониманія. Главный споръ идетъ о томъ, какъ конструировать права покупателя и продавца на вещь, проданную въ рассрочку, до окончательной выплаты всей цѣны: одни, какъ напримѣръ *Ельяшевичъ*¹⁾ и *Левитскій*²⁾, полагаютъ, что право собственности на вещь остается за продавцомъ, тогда какъ другіе, какъ напримѣръ *Элиасбергъ*³⁾, *Ал. Винаверъ*⁴⁾ и нашъ Сенатъ⁵⁾, утверждаютъ, что собственникомъ становится покупатель. Принятіе той или иной точки зрѣнія имѣетъ существенное значеніе и влечетъ различныя юридическія послѣдствія, но въ одномъ пунктѣ результаты получаются одинаковыя—именно въ томъ, что статья 1527³ устанавливаетъ защиту добросовѣстнаго владѣльца—отъ виндикаціи, такъ какъ приобрѣтена ли вещь не отъ собственника или отъ собственника, но лишеннаго права вещь продавать, въ обоихъ случаяхъ приобрѣтатель получаетъ вещь отъ лица, не имѣющаго права передавать права собственности⁶⁾, и по общему правилу такая сдѣлка недействительна, между тѣмъ какъ для добросовѣстнаго приобрѣтателя законъ сохраняетъ за ней силу, т. е. признаетъ за нимъ право собствен-

¹⁾ *Ельяшевичъ* Вѣстн. гражд. права 1913 № 1.

²⁾ *Левитскій* Вѣстн. пр. и нотар. 1911. стр. 1276—1281.

³⁾ *Элиасбергъ* В. пр. и нот. 1912 № 16.

⁴⁾ *Ал. Винаверъ* В. пр. и нот. 1913 №№ 2—3.

⁵⁾ С. р. 1910 № 13.

⁶⁾ Швейцарское уложеніе ясно подчеркиваетъ что вопросъ о защитѣ добросовѣстнаго владѣльца относится не только къ случаю приобрѣтенія вещи не отъ собственника, но вообще отъ лица не имѣющаго правъ на отчужденіе „*Wenn der Veräußerer zur Eigentumsübertragung nicht befähigt ist*“ (art. 714 Schw. Z. G. C.).

ности и, какъ слѣдствіе изъ него, право защиты отъ виндикаціонныхъ исковъ со стороны третьихъ лицъ.

Итакъ статья 1527³ должна быть признана сильнымъ подтвержденіемъ правильности того взгляда, который признаетъ существованіе защиты добросовѣстнаго владѣльца въ нашемъ правѣ. Но при установленіи этой защиты вышеуказанная статья представляетъ одну, весьма интересную для насъ, особенность, которая, сколько намъ извѣстно, до сихъ поръ не обращала на себя вниманія нашихъ юристовъ—именно, если внимательно вчитаться въ текстъ данной статьи, то можно замѣтить, что въ то время какъ законъ запрещаетъ покупщику не только закладывать и продавать, но и отчуждать всякимъ „инымъ способомъ“,—въ послѣднемъ абзацѣ статьи говорится о защитѣ только добросовѣстнаго покупщика и закладоприемателя, но не вообще всякаго приобрѣтшаго вещь какимъ-бы то ни было способомъ. Такая формулировка возможно, конечно, произошла и чисто случайно, но вмѣстѣ съ тѣмъ она даетъ основаніе толковать статью въ томъ смыслѣ, что законодатель указывая въ данномъ случаѣ только на куплю, въ лицѣ этой наиболѣе типичной и распространенной изъ возмездныхъ сдѣлокъ, направленныхъ на приобрѣтеніе вещи въ собственность, имѣлъ въ виду защитить только тѣхъ добросовѣстныхъ владѣльцевъ, которые приобрѣли вещь возмездно, тогда какъ безвозмездное отчужденіе остается всегда недействительнымъ по первому абзацу статьи 1527³, независимо отъ добросовѣстности или недобросовѣстности приобрѣтателя. Если принять это толкованіе, догматически, по нашему мнѣнію, вполне возможное, то получится, что въ дѣлѣ защиты добросовѣстнаго приобрѣтателя наше русское право придаетъ моменту безвозмездности гораздо болѣе важное значеніе, чѣмъ западныя законодательства, изъ которыхъ многія вовсе не считаются съ этимъ моментомъ въ данномъ вопросѣ (законодательства французское и швейцарское), а германское хотя и признаетъ необходимымъ нѣсколько улучшить положеніе потерпѣвшаго по отношенію къ добросовѣстному безвозмездному приобрѣтателю, но ограничивается представленіемъ потерпѣвшему только иска изъ неосновательнаго

обогащения, иска личного¹⁾, а не вещного, тогда какъ по русскому праву добросовѣстный безвозмездный приобретатель въ отличіе отъ возмезднаго вовсе лишень защиты отъ виндикаціоннаго иска. И такое рѣшеніе русскаго права съ точки зрѣнія политики права можно было-бы только привѣтствовать, т. е. давно уже многими юристами справедливо указывалось, что нѣтъ основанія защищать добросовѣстнаго владѣльца, приобретшаго вещь безвозмездно: устраненіе виндикаціи противъ добросовѣстнаго владѣльца оправдывается требованіями народно-хозяйственнаго оборота, а послѣдній выражается не въ безвозмездныхъ сдѣлкахъ, а въ возмездныхъ, почему распространеніе защиты и на безмездныя сдѣлки является, по словамъ проф. *Петражицкаго*, „доказательствомъ отсутствія сознательнаго цивилильно-политическаго отношенія къ дѣлу, отсутствія цивилильно-политическаго знанія и пониманія смысла подобныхъ мѣръ и вообще политики обращенія въ гражданскомъ правѣ“²⁾.

III. Если въ договорѣ обусловлено, что дѣйствіе должно быть исполнено въ пользу третьяго лица, то по германскому праву это третье лицо получаетъ право само требовать исполненія этого дѣйствія только въ томъ случаѣ, когда стороны прямо предоставили ему это право въ своемъ договорѣ или когда таковое намѣреніе ихъ ясно вытекаетъ изъ всей совокупности обстоятельствъ, главнымъ же образомъ изъ цѣли договора³⁾. Такимъ образомъ предоставленіе или непредоставленіе третьему лицу непосредственнаго права требованія зависитъ отъ толкованія договора. Но германскій законодатель на этомъ не остановился, а относительно нѣкоторыхъ договоровъ прямо указалъ, (§ 330 B. G. B.) что здѣсь въ случаѣ сомнѣ-

¹⁾ См. г. *Mayr* op. cit. s. 328, 385.

²⁾ *Петражицкій*, „Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы“ изд. 2-ое 1902 г. стр. 303—304; см. также проф. *Треплицынъ*, „Приобрѣтеніе движимости въ собственность отъ лицъ, не имѣющихъ права на ихъ отчужденіе“ 1907 стр. 526; взглядъ этотъ имѣетъ и др. сторонниковъ въ русской и нѣмецкой литературѣ (см. у *Треплицына* loc. cit. прим. 8-ое).

³⁾ § 328 B. G. B.

нія надо считать, что третьему лицу предоставлено право непосредственно требовать исполненія въ свою пользу. Къ такимъ договорамъ § 330 B. G. B. относитъ между прочимъ и „*unentgeltliche Zuwendung*“, когда съ нимъ соединена обязанность исполнить что либо въ пользу третьяго лица. Постановленіе это внесено въ гражданское уложеніе второй комиссіей и мотивировалось тѣмъ, что въ указанныхъ случаяхъ и прежняя практика признавала право третьяго лица¹⁾. Но спрашивается, какая-же причина побуждаетъ при безвозмездномъ договорѣ устанавливать въ пользу третьяго лица такое предположеніе, какое значеніе имѣетъ для такого предположенія именно безвозмездность договора? Въ литературѣ этотъ вопросъ былъ уже поставленъ профессоромъ *Гельвигомъ* въ его замѣчательномъ изслѣдованіи „*Die Verträge auf Leistung an Dritte*“ 1899 г. и разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что безвозмездность договора тутъ рѣшительно не при чемъ. Этотъ взглядъ *Гельвигомъ* высказываетъ даже не съ политико-правной, а съ догматической точки зрѣнія, ссылаясь на то, что въ числѣ случаевъ, для которыхъ законъ устанавливаетъ вышеуказанное предположеніе относительно права третьяго лица, кромѣ безвозмездныхъ договоровъ находится и „*Vermögens—oder Gutsübernahme*“, каковой договоръ можетъ быть и возмезднымъ, изъ чего слѣдуетъ, что безвозмездность или возмездность договора сама по себѣ не имѣетъ значенія. По мнѣнію *Гельвина* законъ здѣсь имѣетъ въ виду не безвозмездность самого договора между контрагентами, а безвозмездность предоставленія третьему лицу права требованія изъ этого договора. Поэтому если главный договоръ будетъ дареніемъ, но обязанность установленная имъ для одареннаго въ пользу третьяго лица будетъ представлять собой уплату долга дарителя своему кредитору, то по отношенію къ этому кредитору—третьему лицу предположеніе § 330 непримѣнимо: доказательствомъ является прямое указаніе § 329 B. G. B.. Подтвержденіе своего взгляда, что дѣло въ данномъ случаѣ не въ безвозмездности самаго договора, а въ безвоз-

¹⁾ Protok. B. I s. 755.

безвозмездности предоставления в пользу третьего лица, *Гельвиц* видит и в последнем абзаце § 330-го, где под „Abfindungen“ при „Gutsübernahme“, как это видно и из протоколов, имелись в виду „Abfindungen“ не от кредиторов, а от родственников, по отношению к которым они имеют характер безвозмездного акта со стороны лица, передавшего свое имущество, и в § 331-омъ, также трактуемом о безвозмездных действиях в пользу третьего лица. Исходя из взгляда, что предположение, установленное § 330-ымъ имеет в виду не безвозмездность главного договора, а безвозмездность предоставления третьему лицу, *Гельвиц* отсюда сдѣлалъ дальѣйшій выводъ в томъ смыслѣ, что вышеуказанное предположение должно примѣняться ко всемъ договорамъ, какъ возмезднымъ, такъ и безвозмезднымъ, въ которыхъ обусловлено предоставление чего-либо в пользу третьего лица безвозмездно: такъ какъ законъ предоставляетъ въ качествѣ общаго правила суду рѣшать вопросъ о правѣ третьего лица, основываясь на обстоятельствахъ дѣла и цѣли договора, то *Гельвиц* не сомнѣвается, что судебная практика, опирающаяся не только на буквальный текстъ статей закона, и воспользуется предоставленнымъ ей правомъ толкованія въ вышеуказанномъ смыслѣ¹⁾. Мнѣнiе *Гельвица* нашло въ литературѣ поддержку, но далеко не во всей полнотѣ: многіе юристы²⁾ признали, что предположеніе § 330-го дѣйствительно относится только къ тѣмъ случаямъ, когда третье лицо получаетъ безвозмездно, но все-же при условіи, чтобы и главный договоръ былъ безвозмездный. Что касается до насъ лично, то и мы не можемъ признать взглядъ *Гельвица* приемлемымъ. Прежде всего онъ явно противорѣчитъ тексту закона, который отчетливо говоритъ въ § 330-мъ о безвозмездныхъ главныхъ договорахъ, а § 330 по самому назначенію своему не можетъ подлежать распространительному толкованію. Во вторыхъ мы рѣшительно не можемъ найти какое-либо основаніе, опираясь на которое законодатель могъ-бы пожелать

¹⁾ *K. Hellwig* „Die Verträge auf Leistung an Dritte“ 1899 s. 155—158.

²⁾ *Enneccerus*, op. cit. s. 93; также *Dernburg*, *Planck*, и нек. др.

установить данное предположеніе для третьего лица, получающаго условленное дѣйствіе именно безвозмездно, а самъ *Гельвиц* не объясняетъ намъ почему это нужно было сдѣлать. Мы лично думаемъ, что такого основанія нѣтъ и не можетъ быть, т. е. вставъ на точку зрѣнiя *Гельвица* получилось бы, что третье лицо, получающее безвозмездно, поставлено будетъ въ привилегированное положеніе по сравненію съ третьимъ лицомъ, получающимъ извѣстное дѣйствіе возмездно. Наоборотъ, установленіе предположенія в пользу третьего лица в томъ случаѣ, когда главный договоръ безвозмезденъ, вполне объяснимо. Признаніе за третьимъ лицомъ права непосредственнаго требованія возникло послѣ долгой борьбы съ древнимъ принципомъ „*nemo alteri stipulari potest*“, почему современныя законодательства до сихъ поръ еще довольно осторожны въ дарованіи третьему лицу этого права. Поэтому и германское законодательство предлагаетъ рѣшать этотъ вопросъ въ случаѣ сомнѣнiя въ пользу третьего лица только въ тѣхъ договорахъ, въ которыхъ такое право третьимъ лицамъ обычно предоставлялось, и нѣтъ ничего удивительнаго, что къ числу этихъ договоровъ оно отнесло всѣ безвозмездныя сдѣлки, т. е. еще въ римскомъ правѣ при *donatio sub modo* лицу, в пользу котораго былъ установленъ *modus*, давалось право непосредственнаго требованія. Это подтверждается и французскимъ правомъ, которое въ art. 1121 также при дареніи даетъ третьему лицу непосредственное право требованія, и швейцарской практикой и литературой, которая также признаютъ при безвозмездной сдѣлкѣ непосредственное право требованія третьего лица, какъ основанное на обычаѣ¹⁾. Но, конечно, это только объясненіе, но не оправданіе т. е. въ сущности, какъ справедливо замѣчаетъ *Planiol*, въ данномъ отношеніи нѣтъ никакого основанія проводить различіе между возмездными и безвозмездными сдѣлками и въ послѣднихъ въ случаѣ сомнѣнiя признавать непосредственное право требованія третьего лица, а въ первыхъ не признавать. Въ этомъ отно-

¹⁾ *Eggers Kommentar* Bd. V s. 346—348.

шеніи *Гельмгольц*, конечно, правъ съ точки зрѣнія политики права.

Таково вліяніе момента безвозмездности въ германскомъ правѣ въ области договоровъ въ пользу третьихъ лицъ, вліяніе въ сущности не имѣющее за собой никакого основанія, а являющееся слѣдствіемъ чисто казуистическаго законодательнаго творчества, яркимъ примѣромъ котораго является § 330 В. Г. В. Что касается до области распространенія этого вліянія, то въ этомъ отношеніи § 330 формулированъ весьма широко: онъ говоритъ не только о дареніяхъ, какъ это дѣлаетъ art. 1121 Cod. Civil, а вообще объ „*unentgeltliche Zuwendung*“, подъ которыми нѣмецкіе юристы понимаютъ не только даренія, но вообще всякія безвозмездныя сдѣлки, включая сюда даже сдѣлки *mortis causa*. Но, конечно, нужно, чтобы было на лицо „*Zuwendung*“ т. е. передача к. л. права изъ имущества одного лица въ имущество другого ¹⁾.

Въ русскомъ правѣ, совершенно не дающемъ общей регламентации договоровъ въ пользу третьихъ лицъ, само собой понятно, постановленія, подобнаго § 330 В. Г. В., не имѣется.

IV. Въ тѣсную связь съ признаніемъ вліянія момента безвозмездности въ вопросѣ о защитѣ добросовѣстнаго владѣльца отъ виндикаціоннаго иска собственника (см. § 816 В. Г. В.) германское право поставило и различіе между добросовѣстнымъ владѣльцемъ, приобрѣвшимъ владѣніе безвозмездно, и такимъ-же владѣльцемъ, приобрѣвшимъ вещь по возмездной сдѣлкѣ, въ вопросѣ объ отвѣтственности ихъ передъ лицомъ управомоченнымъ за плоды вещи, бывшей въ ихъ владѣніи. Различіе это состоитъ въ томъ, что въ то время какъ добросовѣстный владѣлецъ по общему правилу можетъ удержать въ свою пользу всѣ плоды вещи, полученные имъ до начала процесса, какъ собранные, такъ и уже потребленные, добросовѣстный владѣлецъ, приобрѣвшій владѣніе вещью безвозмездно, обязанъ возратить доходы за время до начала процесса по правиламъ о выдачѣ

¹⁾ См. *Staudinger* В. II 5/6 Anfl. anm. II 3 zu § 330.

неосновательнаго обогащенія ¹⁾. Такимъ образомъ онъ возвращаетъ не только т. наз. *fructus extantes*, но и то, насколько онъ обогатился отъ потребленныхъ имъ уже плодовъ. Это усиленіе отвѣтственности добросовѣстнаго владѣльца, введенное комиссіей для втораго чтенія, разсматривалось послѣдней, какъ логическое слѣдствіе принципа „*Hand wahre Hand*“: именно добросовѣстный владѣлецъ по общему правилу приобретаетъ плоды на основаніи принципа „*Hand wahre Hand*“, а т. е. по этому принципу безвозмездно приобрѣвшій вещь обязанъ выдать свое обогащеніе дѣйствительно управомоченному, то такое-же ограниченіе должно примѣняться и въ области приобретенія плодовъ. Это положеніе однако вызвало рѣшительныя возраженія со стороны проф. *Петражицкаго*, который убѣдительно доказалъ, что теоретически приобретеніе добросовѣстнымъ владѣльцемъ плодовъ никоимъ образомъ не вытекаетъ изъ принципа „*Hand wahre Hand*“: этотъ принципъ предполагаетъ полученіе движимой вещи путемъ договора и передачи, между тѣмъ какъ при приобретеніи плодовъ ни того ни другого нѣтъ, т. е. здѣсь рѣчь идетъ о приобретеніи плодовъ, какъ особаго, самостоятельнаго объекта, и въ качествѣ такового они приобретаются добросовѣстнымъ владѣльцемъ не по договору, и безъ передачи, а съ момента отдѣленія ихъ ²⁾. Поэтому если бы германскій законодатель прямо постановилъ, что добросовѣстный владѣлецъ, приобрѣвшій вещь безвозмездно, не защищается принципомъ „*Hand wahre Hand*“ то теоретически это висколько не препятствовало бы законодателю предоставить такому владѣльцу право на удержаніе въ свою пользу всѣхъ плодовъ. И подобное рѣшеніе вполне соответствовало-бы различію цивильно-политическихъ функцій, которыя должны исполнять оба вышеназванные института: какъ справедливо указываетъ проф. *Петражицкій* ³⁾, функція защиты добросовѣстнаго владѣльца

¹⁾ § 988 В. Г. В.

²⁾ *Л. Петражицкій* „Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы“, изд. 2-ое 1902 г. стр. 327—328.

³⁾ *Л. Петражицкій* *op. cit.* стр. 150 и сл., 306.

движимости отъ виндикаціи заключается въ облегченіи и ускореніи движенія полезностей и дѣнностей, въ облегченіи сбыта и приобрѣтенія движимыхъ вещей, устраняя на сторонѣ спроса сомнѣнія относительно юридическаго успѣха сдѣлокъ, а функція предоставленія добросовѣстному владѣльцу недвижимости собранныхъ плодовъ заключается въ обезпеченіи хозяйствъ противъ неожиданныхъ потрясеній и разрушенія въ случаѣ добросовѣстнаго владѣнія, т. е. подобный владѣлецъ обыкновенно издерживаетъ полученные доходы, которые онъ считалъ безусловно своими, на жизнь, на расширеніе своего хозяйства, на новыя предпріятія, и неожиданное требованіе возвращенія полученнаго очень и очень часто дѣйствовало-бы разрушительно на все его хозяйство, могло-бы создать острый кризисъ, который можетъ отразиться и на хозяйствахъ другихъ лицъ, что было-бы вредно и съ точки зрѣнія всего народнаго хозяйства. Если задаться вопросомъ, въ какомъ отношеніи паходятся обѣ вышеуказанныя функціи къ моменту безвозмездности, то, по нашему мнѣнію, отвѣтъ будетъ не одинаковъ. Въ то время какъ въ литературѣ справедливо указывается многими, что примѣненіе принципа „Hand wahre Hand“ слѣдовало-бы ограничить областью возмездныхъ сдѣлокъ, т. е. безвозмездныя сдѣлки не входятъ въ кругъ торговаго оборота, обезпеченіе коего и составляетъ функцію вышеназваннаго принципа¹⁾, лишеніе лица, добросовѣстно и безвозмездно приобрѣвшаго владѣніе, плодовъ, по нашему мнѣнію, совершенно не можетъ быть оправдано. Неожиданное требованіе возвращенія потребленныхъ²⁾ плодовъ, хотя-бы въ предѣлахъ обогащенія, такъ же разрушительно можетъ отозваться на хозяйствѣ такого владѣльца, какъ и на хозяйствѣ лица, приобрѣвшаго владѣніе возмездно, а безвозмездность приобрѣтенія, безъ сомнѣнія, не можетъ служить

¹⁾ См. выше стр. 72.

²⁾ Что касается до fructus extantes, то по справедливому мнѣнію проф. *Петражицкаго* съ точки зрѣнія политики права они должны возвращаться лицу управомоченному, безразлично, приобрѣлъ ли владѣлецъ вещь возмездно или безвозмездно.

оправданіемъ для такого раззоренія: вѣдь нельзя же требовать, чтобы всякій, кто получилъ вещь безвозмездно, до истеченія давности ни въ коемъ случаѣ не считалъ приобрѣтенную вещь своей, хотя-бы у него не было ни малѣйшаго сомнѣнія въ законной силѣ своего приобрѣтенія, и не затрачивалъ бы производительно доходы съ нея, а или оставлялъ бы ихъ безъ всякаго употребленія, чтобы быть готовымъ въ любой моментъ ихъ выплатить, или-бы растрчивалъ ихъ такъ, чтобы не оставалось никакого обогащенія. Мнѣ кажется, не можетъ быть сомнѣнія, что указывать безвозмезднымъ приобрѣтателямъ подобныя способы дѣйствій подъ угрозой возможнаго раззоренія совершенно не соответствовало-бы требованіемъ разумной политики права, такъ какъ противорѣчило-бы справедливости и приносило-бы серьезный вредъ и частному и всему народному хозяйству. Правда, по словамъ *Петражицкаго*¹⁾, случаи безвозмезднаго приобрѣтенія добросовѣстнаго владѣнія не играютъ большой роли въ народномъ хозяйствѣ, а потому вредъ отъ анализируемаго нами постановленія германскаго права сравнительно невеликъ, но это, съ нашей точки зрѣнія, конечно не можетъ служить оправданіемъ, такъ какъ сравнительная рѣдкость безвозмездныхъ сдѣлокъ въ жизни не даетъ законодателю основанія регламентировать эти сдѣлки явно неудовлетворительно. Такимъ образомъ то вліяніе момента безвозмездности, которое германское право признало въ области ответственности добросовѣстнаго владѣльца за плоды, надо признать и теоретически ошибочно обоснованнымъ и нецѣлесообразнымъ. Въ законодательствахъ французскомъ, швейцарскомъ и русскомъ мы подобнаго вліянія момента безвозмездности не находимъ.

V. Въ области семейнаго права относительно вліянія момента безвозмездности мы находимъ указаніе въ § 1369 B. G. B.. Согласно этому параграфу къ „Vorbehaltsgut“ замужней женщины, т. е. къ имуществу, которымъ мужъ не можетъ ни управлять ни пользоваться, относится все то, что жена получить по наслѣдству или по безвозмездному „Zuwendung“ со

¹⁾ *Петражицкій* op. cit. стр. 331.

стороны третьего лица, если наследодатель или это третье лицо при предоставлении имущества женѣ опредѣлили, что имущество это должно быть отнесено къ „Vorbehaltsgut“. Постановленіе это мотивировалось заботой объ интересахъ жены: въ жизни нерѣдко бываетъ, что третьи лица хотятъ завѣщать ей что-нибудь или дать при жизни, но вмѣстѣ съ тѣмъ, въ слѣдствіе существующихъ между супругами отношеній, этимъ третьимъ лицамъ представляется въ высшей степени желательнымъ въ интересахъ жены и ея наследниковъ устранить всякое вмѣшательство мужа въ это имущество¹⁾. Ограниченіе же этого правила только тѣмъ, что женѣ предоставлено безвозмездно, является естественнымъ слѣдствіемъ того основного положенія, что замужняя женщина не можетъ безъ согласія мужа что-либо изъ принадлежащаго ей имущества отнести къ „Vorbehaltsgut“, т. е. иначе она посредствомъ возмездныхъ операцій все свое имущество могла-бы изъять изъ управленія мужа, и такимъ образомъ была-бы фактически уничтожена установленная закономъ система имущественныхъ отношеній между супругами. Статья эта говоритъ объ „unentgeltlichen Zuwendungen“, т. е. относится ко всякимъ безвозмезднымъ сдѣлкамъ, посредствомъ которыхъ третье лицо предоставляетъ к. н. имущество замужней женщинѣ, а не только къ дареніямъ²⁾. Аналогичное поставленіе германскій законодатель даетъ и относительно „Vorbehaltsgut“ супруговъ при системѣ общности имущества, и относительно „Vorbehaltsgut“ жены при системѣ общности приобрѣтеній, и относительно „eingebrachte Gut“ при системѣ общности движимостей³⁾.

Во французскомъ правѣ мы находимъ аналогичныя правила съ нѣкоторымъ, однако, различіемъ между движимыми вещами и недвижимыми: въ то время какъ движимости, подаренныя или завѣщанныя женѣ, при системѣ общности

¹⁾ Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B., Bd. IV s. 168—169.

²⁾ *Staudingers Kommentar* 5/6 Aufl. B. IV, Teil I bem. 2 b zu § 1369.

³⁾ §§ 1440, 1486, 1526 и 1553 B. G. B.

имущество, не входятъ въ составъ общаго имущества только тогда, когда даритель или завѣщатель это оговорили, недвижимости въ подобномъ случаѣ не входятъ въ общую массу, даже когда даритель или завѣщатель никакого указанія на этотъ счетъ не далъ—онѣ входятъ въ общую массу только тогда, когда это было указано дарителемъ и завѣщателемъ¹⁾. Значеніе этихъ правилъ о вліяніи момента безвозмездности, конечно, то-же, что и въ Германіи. Только формулированы эти правила во французскомъ правѣ менѣе широко—они говорятъ только о „donations“, а не вообще о безвозмездныхъ сдѣлкахъ, какъ это дѣлаетъ германское право, но т. к. ограничивать область примѣненія этихъ правилъ однимъ дареніемъ было-бы противно цѣли и смыслу закона, то французскіе юристы предлагаютъ понимать въ данномъ случаѣ „donations“ въ смыслѣ всякихъ „liberalités entre vifs ou testamentaires“²⁾.

Швейцарское уложеніе также относитъ къ т. наз. „Sondergut“ супруговъ (то-же, что „Vorbehaltsgut“ въ германскомъ правѣ) и приобрѣтенное черезъ „Zuwendungen“ со стороны третьихъ лицъ³⁾, при чемъ здѣсь подразумѣваются именно безвозмездныя „Zuwendungen“⁴⁾. Что касается нашего русскаго права, то при существующей въ немъ имущественной раздѣльности между супругами о вліяніи момента безвозмездности въ вышеуказанномъ смыслѣ, само собой, не можетъ быть и рѣчи.

VI. Тѣ самыя соображенія, которыя побудили германскаго законодателя постановить правило § 1369 относительно „Vorbehaltsgut“ замужней женщины, легли въ основаніе и §§ 1638, 1639, 1651, 1803 и 1909, согласно которымъ отецъ или опекунъ обязанъ управлять имуществомъ, даннымъ его ребенку или подопечному со стороны третьихъ лицъ, согласно съ указаніями, сдѣланными этими третьими лицами при предоставленіи этого имущества, если только эти третьи лица не изъяли

¹⁾ Code Civil art. 1401 et 1405.

²⁾ *Planiol op. cit.* t. III p. 73.

³⁾ Art. 190 Schw. Z. G. B.

⁴⁾ См. *Eggers Kommentar* B. II s. 221.

совершенно данное имущество изъ управления или пользованія со стороны отца: третьи лица могутъ недовѣрять отцу или опекуну¹⁾, и сознание, что имущество попадетъ въ его управленіе или пользованіе, можетъ побудить ихъ воздержаться отъ предоставленія извѣстнаго имущества опекаемому, вслѣдствіе чего, конечно, интересы этого послѣдняго могутъ пострадать. Въ виду такой цѣли указанныхъ правилъ исполнѣ естественно, что они относятся только къ безвозмезднымъ „Zuwendungen“ со стороны третьихъ лицъ. Аналогичныя соображенія побудили и законодательства Франціи и Швейцаріи дать возможность лицамъ, предоставляющимъ безвозмездно несовершеннолѣтнему извѣстное имущество, изъять это послѣднее изъ принадлежащаго родителямъ несовершеннолѣтняго права пользоваться и управлять его имуществомъ²⁾. Швейцарское законодательство, подобно германскому, даетъ возможность третьему лицу изъять это имущество не только изъ управленія родителей, но и изъ управленія опекуна³⁾, назначеннаго надъ имуществомъ несовершеннолѣтняго, тогда какъ французское законодательство говоритъ только объ изъятія изъ управленія родителей, а т. к. право управленія родителей построено совсѣмъ на иныхъ началахъ, чѣмъ управленіе опекуна⁴⁾, то мы сомнѣваемся, чтобы art. 389 Code Civil могъ быть распространенъ и на опекуновъ. Но швейцарское и французское законодательства сходятся въ томъ, что предусматриваютъ только возможность полного изъятія имущества изъ пользованія и управленія вышеназванныхъ лицъ, но не даютъ никакихъ указаній относительно возможности обязать родителей или опекуновъ управлять имуществомъ, предоставленнымъ безвозмездно несовершеннолѣтнему, согласно съ указаніями, сдѣланными лицомъ, предоставившимъ это имущество, при самомъ совершеніи акта. Конечно, это лицо можетъ, предоставляя имущество несовершеннолѣтнему, посредствомъ

¹⁾ *Motive* Bd. IV s. 759—760, 1104—1105.

²⁾ Code Civil art. 387 et 389; Schw. Z. G. B. art. 294.

³⁾ Schw. Z. G. B. art. 414.

⁴⁾ См. *Planiol* t. I p. 532.

modus'a указать способъ управленія этимъ имуществомъ. но такой modus обязываетъ только самого несовершеннолѣтняго, тогда какъ германское право говоритъ объ указаніяхъ третьихъ лицъ, обязывающихъ родителей и опекуновъ передъ несовершеннолѣтнимъ, т. е. относящихся къ публично-правовой сторонѣ опеки, почему безъ прямого указанія закона подобныя распоряженія третьихъ лицъ не могутъ имѣть для родителей и опекуновъ обязательнаго значенія¹⁾.

Что касается до дѣйствующаго русскаго права, то оно существенно отличается отъ западныхъ законодательствъ тѣмъ, что не признаетъ за родителями основаннаго на принадлежащей имъ родительской власти права пользованія и распоряженія имуществомъ ихъ дѣтей; если родители и управляютъ ихъ имуществомъ, то только какъ опекуны, при чемъ отличіе ихъ отъ опекуновъ—постороннихъ лицъ сказывается только въ томъ, что они по закону должны быть назначены опекунами, и опекунское установленіе не можетъ лишить ихъ опеки. Поэтому у насъ рѣчь можетъ идти только о томъ—можетъ-ли лицо, предоставляющее безвозмездно имущество лицу, состоящему подъ опекой, назначить надъ этимъ имуществомъ опекуна по своему усмотрѣнію или не можетъ. Въ литературѣ русской этотъ вопросъ ставился только относительно назначенія опекуна въ завѣщаніи и разрѣшался юристами весьма различно²⁾. Одни юристы, опираясь на буквальный текстъ статьи 227 т. X ч. I, полагаютъ, что право назначать опекуновъ въ завѣщаніи принадлежитъ только родителямъ, при чемъ если одинъ изъ родителей назначитъ опекуномъ постороннее лицо, то такое назначеніе все равно не можетъ отнять у оставшагося въ живыхъ родителя принадлежащей ему по закону опеки и надъ завѣщаннымъ имуществомъ. Другіе юристы, сопоставляя ст. 227 со ст. 229 т. X ч. I, признаютъ право назначенія опекуновъ въ завѣщаніи и за посторонними лицами, но если имѣются лица, долженствующія быть назначенными опекунами по закону,

¹⁾ *Motive* Bd. IV s. 1104.

²⁾ См. у *Анненкова* т. V стр. 286—287.

то подобное распоряженіе завѣщателя не имѣетъ силы—оно имѣетъ силу въ данномъ случаѣ, только когда завѣщателемъ былъ одинъ изъ родителей. Наконецъ третья группа юристовъ, къ которой примкнулъ и нашъ Сенатъ, полагаетъ, что назначеніе опекуна надъ завѣщаннымъ имуществомъ имѣетъ обязательное значеніе, безразлично, исходило-ли завѣщаніе отъ одного изъ родителей или отъ посторонняго лица, и имѣлись ли въ данномъ случаѣ лица, имѣвшія право на опеку по закону, или не имѣлись; мотивируется это рѣшеніе принципомъ свободы завѣщательныхъ распоряженій собственника о своемъ имуществѣ (ст. 1010 и 1011 т. X ч. I)¹⁾. О возможности для третьяго лица назначить по своему усмотрѣнію опекуна подъ имуществомъ, предоставляемымъ безвозмездно лицу, находящемуся подъ опекой, не по завѣщанію, а по сдѣлкѣ между живыми, юристы наши не даютъ никакихъ указаній, но если выводить вышеуказанную возможность для завѣщаній изъ принципа свободы завѣщательныхъ распоряженій, то, по нашему мнѣнію, нѣтъ причины не предоставить этого права третьимъ лицамъ и въ сдѣлкахъ между живыми, т. е. путемъ послѣднихъ граждане не могутъ свободно могутъ распоряжаться своимъ имуществомъ, чѣмъ по завѣщаніямъ. И такое рѣшеніе съ точки зрѣнія политики права было-бы весьма желательнымъ, т. е. если вообще признавать заслуживающимъ вниманія и имѣющимъ серьезное значеніе для огражденія интересовъ лица подопечнаго желаніе третьяго лица изъять предоставляемое имъ безвозмездно подопечному имущество изъ управленія даннаго опекуна, то нѣтъ никакого основанія считатьъ съ этимъ моментомъ, когда имущество передается по завѣщанію, и не считаться, когда оно передается *inter vivos*. Такимъ образомъ въ данномъ случаѣ мы считаемъ возможнымъ признать такое влияніе момента безвозмездности и въ русскомъ правѣ. Но что касается до права третьяго лица дѣлать обязательныя для опекуна указанія относительно порядка управленія предоставленнымъ безвозмездно подопечному имуществомъ, то

¹⁾ Гуляевъ „Русское гражд. право“ изд. 2-ое 1911 г. стр. 408; Загоровскій „Курсъ семейнаго права“ 1909. стр. 527; Сен. рѣш. 90/29.

вопросъ этотъ, за отсутствіемъ прямого указанія въ законѣ, долженъ быть для русскаго права рѣшенъ отрицательно по тѣмъ-же основаніямъ, которыя мы указывали при разборѣ законодательствъ французскаго и швейцарскаго.

VII. Въ наследственномъ правѣ съ влияніемъ момента безвозмездности мы встрѣчаемся прежде всего въ § 2113 abs. 2 B. G. B.. Статья эта устанавливаетъ ограниченія для т. наз. „Vorerbe“ въ правѣ распоряженія имъ вещами, входящими въ составъ наследственной массы, признавая недѣйствительными безвозмездныя „Verfügungen“ съ его стороны этими вещами, за исключеніемъ дареній, сдѣланныхъ во исполненіе нравственной обязанности или приличія. Правило это является естественнымъ слѣдствіемъ принятаго германскимъ правомъ „Surrogationsprinzip“ для отвѣтственности перваго наследника („Vorerbe“) передъ вторымъ („Nacherbe“): согласно этому принципу первый наследникъ можетъ распоряжаться вещами, входящими въ составъ наследства, какъ собственникъ, и обязанъ сдать второму наследнику все то, что онъ приобрѣтетъ въ качествѣ вознагражденія, полученнаго за отчужденныя имъ предметы, входившіе въ составъ наследства, а при такой системѣ отвѣтственности, конечно, нельзя было позволить ему отчуждать эти предметы безвозмездно, т. е. за нихъ никакого вознагражденія онъ не получилъ, и если-бы такія распоряженія его были дѣйствительны, то второй наследникъ въ большинствѣ случаевъ оказался-бы лишеннымъ завѣщаннаго ему имущества, чѣмъ самый институтъ назначенія втораго наследника былъ-бы аннулированъ. Такъ какъ швейцарское право исходитъ въ данномъ случаѣ не изъ Surrogationsprinzip'a, а изъ признанія права перваго наследника состоящимъ подъ резолютивнымъ условіемъ, почему второй наследникъ можетъ вѣндицировать наследственные предметы, отчужденныя первымъ наследникомъ третьимъ лицамъ, то оно, естественно, не проводитъ разницы между возмездными и безвозмездными распоряженіями перваго наследника. Въ русскомъ правѣ, не знаящемъ подобнаго рода субституцій, о подобнаго рода влияніи момента безвозмездности не можетъ быть и рѣчи.

VIII. Различіе между возмездными и безвозмездными „Verfügungen“ германское законодательство проводит также въ § 2205 B. G. B.: предоставляя душеприказчику свободно распоряжаться наследственнымъ имуществомъ, законодатель объявляетъ его неуправомоченнымъ къ безвозмезднымъ распоряженіямъ этимъ имуществомъ, за исключеніемъ опять таки тѣхъ случаевъ, когда подобное распоряженіе является исполненіемъ нравственной обязанности или приличія (конечно не его лично, а наследодателя). Постановленіе это врядь-ли нуждается въ обоснованіи — душеприказчикъ получаетъ наследственное имущество не въ собственность, а только въ управление для исполненія распоряженій завѣщателя и распредѣленія наследственной массы между наследниками, такъ что безвозмездная раздача этого имущества постороннимъ лицамъ по произвольному усмотрѣнію душеприказчика находилась-бы въ рѣзкомъ противорѣчій съ самымъ назначеніемъ института душеприказчества. Поэтому за душеприказчикомъ не признается права на совершеніе безвозмездныхъ распоряженій даже тамъ, гдѣ законодатель прямого указанія на этотъ счетъ не даетъ¹⁾. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что нельзя признать за душеприказчикомъ подобнаго права и у насъ въ Россіи²⁾.

Мы рассмотрѣли цѣлый рядъ случаевъ признанія германскимъ правомъ вліянія за моментомъ безвозмездности, не приуроченнаго къ тому или иному отдѣльному договору. При ближайшемъ рассмотрѣніи, однако, оказалось, что одинъ изъ этихъ случаевъ въ сущности имѣетъ частное значеніе — именно

¹⁾ См. *Eggers* Kommentar „Das Erbrecht“ s. 110; *Planiol* t. III p. 709 относительно ограничительнаго толкованія art. 1031, разрѣшающаго душеприказчику продавать наследственную движимость, если наличныхъ денегъ не хватить на выплату легатовъ.

²⁾ Какъ ни существенны разногласія между русскими юристами относительно возможности душеприказчику распоряжаться наследственнымъ имуществомъ (см. сводку мнѣній у *Анненкова* т. VI стр. 215—219), но относительно отсутствія права у него безвозмездно распоряжаться этимъ имуществомъ по своему усмотрѣнію ни у кого не возникало сомнѣній.

правило объ отвѣтственности за плоды лица, безвозмездно приобрѣтшаго владѣніе вещью. Что-же касается другихъ семи случаевъ, то общій характеръ ихъ несомнѣненъ. Правда область примѣненія ихъ неодинакова, что вызывается самымъ характеромъ того или иного правила (такъ нормы объ оспариваніи сдѣлокъ несостоятельнаго должника говорятъ о всякихъ безвозмездныхъ распоряженіяхъ, даже не являющихся сдѣлками, нормы о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ имѣютъ въ виду только безвозмездные договоры, а въ остальныхъ случаяхъ рѣчь идетъ о безвозмездныхъ распоряженіяхъ имуществомъ или безвозмездномъ приобрѣтеніи имущества посредствомъ юрид. сдѣлокъ), но тѣмъ не менѣе всѣ они не приурочены къ одному тому или иному безвозмездному договору, или къ одной опредѣленной сдѣлкѣ, а распространяются на цѣлый рядъ безвозмездныхъ договоровъ или сдѣлокъ между живыми, объединенныхъ широкимъ общимъ признакомъ „распоряженія имуществомъ“ или „приобрѣтенія имущества“. Что касается нашего русскаго права, то такихъ общихъ правилъ въ немъ, по сравненію съ германскимъ законодательствомъ, оказалось весьма немного. Къ такимъ общимъ правиламъ могутъ быть отнесены лишь правила объ оспариваніи сдѣлокъ несостоятельнаго должника, да и то лишь благодаря распространительному толкованію этихъ правилъ Сенатомъ. Правда, кромѣ того, мы признали и для русскаго права положенія, что третье лицо, безвозмездно предоставляющее изв. имущество лицу, находящемуся подъ опекой, можетъ назначить опекуна надъ этимъ имуществомъ, и что душеприказчикъ не можетъ распоряжаться наследственнымъ имуществомъ по безвозмезднымъ сдѣлкамъ, но положенія эти прямо русскимъ законодателемъ не установлены.

Глава третья.

Вліяніе момента безвозмездности въ договорахъ, направленныхъ на предоставленіе вещи въ собственность.

Терингъ въ „Zweck im Recht“ ¹⁾ высказываетъ положеніе, что размѣры юридической области благоволенія таковы-же, какъ и размѣры области эгонзма, потому что схема безвозмездныхъ сдѣлокъ совершенно совпадаетъ съ схемой сдѣлокъ возмездныхъ такъ, что каждой дѣловой сдѣлкѣ соответствуетъ сдѣлка, основанная на безвозмездной услугѣ. Получается слѣдующая схема:

возмездно:	безвозмездно:
1) вещь=купля, мѣна=	дареніе;
2) пользованіе: вещью,=аренда, наемъ=	коммодать, прекаріумъ;
капиталомъ=процентный заемъ=	безпроцентный заемъ
3) услуга=личный наемъ=	мандатъ, depositum, веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія.

Схема эта, конечно, является не совсѣмъ точной. Достаточно указать хотя-бы на то, что области купли и даренія не покрываютъ другъ друга, т. е. предметомъ купли можетъ быть только вещь, между тѣмъ какъ по господствующему въ

¹⁾ *Thering* „Zweck im Recht“ 1889 s. 101.

настоящее время взгляду, предметомъ даренія могутъ быть и не вещи въ матеріальномъ смыслѣ слова, вслѣдствіе чего не всякая сдѣлка, признаваемая дареніемъ, превратившись въ возмездную, станетъ куплей-продажей. Но если сопоставленіе купли и даренія ограничить случаями, гдѣ дѣло идетъ о предоставленіи вещи въ собственность, то схему *Теринга* надо признать правильной, т. е. всякая сдѣлка, признававшаяся куплей, лишившись момента возмездности, можетъ быть признана дареніемъ. Въ этомъ смыслѣ можно говорить, что дареніе отличается отъ купли только моментомъ безвозмездности. А такъ какъ въ жизни наиболѣе распространеннымъ случаемъ даренія является дареніе вещи въ собственность, вслѣдствіе чего и законодательства, регламентируя дареніе, имѣютъ въ виду главнымъ образомъ, если не исключительно, этотъ видъ даренія, то и мы здѣсь можемъ разсматривать регламентацію даренія какъ результатъ вліянія момента безвозмездности въ договорахъ, направленныхъ на безвозмездное предоставленіе вещи въ собственность, и выяснять характеръ этого вліянія путемъ сопоставленія регламентаціи купли съ регламентаціей даренія, какъ договоровъ, отличающихся другъ отъ друга только однимъ моментомъ—возмездностью или безвозмездностью ¹⁾.

Обращаясь къ разсмотрѣнію даренія по германскому праву, мы оставимъ пока въ сторонѣ §§ 516 abs. 1 и § 517, трактующіе о томъ, что такое дареніе, и обратимся къ нормамъ, дающимъ самую регламентацію этого договора. Первой изъ такихъ нормъ является § 516 abs. 2.. Она предусматриваетъ тотъ случай, когда даритель предоставитъ имущество одаряемому помимо воли послѣдняго (напримѣръ безъ вѣдома и просьбы должника заплатить извѣстную сумму его кредитору) ²⁾,

¹⁾ Этимъ можно объяснить взглядъ нѣкоторыхъ юристовъ, что купля и дареніе вполнѣ соответствуютъ другъ другу, отличаясь только моментомъ безвозмездности—см. *Eckstein* „Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur „Realschenkung“ (Arch. f. die civ. Praxis B. 107 s. 400)

²⁾ Большинство нѣмецкихъ юристовъ распространяютъ это правило и на тѣ случаи, когда одаряемый принял имущество, не зная съ какой

и даетъ дарителю право назначить одаряемому соотвѣтствующій срокъ для изъявленія согласія принять даръ; по прошествіи этого срока законъ признаетъ даръ принятымъ, если одаряемый до этого не заявилъ о своемъ отказѣ; въ случаѣ отказа законъ предоставляетъ дарителю право вытребовать данное имъ обратно, какъ неосновательное обогащеніе. Случай, предусмотрѣнный данной статьей, по своей природѣ есть не что иное, какъ своеобразный видъ предложенія вступить въ договоръ между отсутствующими контрагентами, почему для выясненія значенія данной нормы и установленія характера вліянія момента безвозмездности надо сопоставить это правило съ общими правилами о заключеніи договоровъ между отсутствующими контрагентами. И изъ сопоставленія § 516 abs. 2 съ §§ 147—151 у насъ получается слѣдующее различіе: если лицо, сдѣлавшее предложеніе вступить въ договоръ, назначило срокъ для дачи ему отвѣта, и если этотъ срокъ пройдетъ безъ всякаго отвѣта со стороны контрагента, то по общимъ правиламъ считается, что принятія не послѣдовало, и договоръ не состоялся, между тѣмъ какъ въ дареніи молчаніе одаряемаго равносильно принятію дара, и договоръ считается состоявшимся. Такимъ образомъ назначеніе срока, о которомъ говоритъ § 516 abs. 2, имѣетъ то значеніе, что если онъ пройдетъ безъ отказа со стороны одаряемаго, то дареніе считается принятымъ, изъ чего слѣдуетъ, что если срокъ не былъ указанъ, то презумпція принятія дара мѣста не имѣетъ¹⁾, и положеніе остается неопредѣленнымъ, пока одаряемый не откажется или не приметъ дара непосредственно или косвенно между тѣмъ какъ по общимъ правиламъ о сдѣлкахъ между отсутствующими контрагентами лицо сдѣ-

целью оно ему предоставляется, т. е. когда состоялось принятіе, но не составлялось соглашенія о causa—напр. В посылаетъ X книгу по почтѣ, и X принимаетъ ее не зная, прислана-ли она ему для покупки или въ даръ (см. *Oertmann* „Recht d. Schuldverhältnisse“ s. 508; *F. Haymann*, *Iber*, *Jahrb.* B. 56 1910 s. 112—113; противоположнаго взгляда держится *Richrath* (op. cit. s. 115), утверждающій, что къ такого рода случаямъ § 516 abs. 2. не относится).

¹⁾ *Richrath* op. cit. s. 120.

лавшее предложеніе и не назначившее срока обязано ждать отвѣта только въ теченіе времени необходимаго по обстоятельствамъ дѣла для полученія отвѣта¹⁾.

Установленіе вышеуказанной особенности для принятія дара мотивировалось тѣмъ, что въ то время какъ предложенія заключить возмездныя сдѣлки въ жизни по меньшей мѣрѣ столь-же часто отклоняются какъ и принимаются, отъ принятія дара рѣдко кто отказывается, почему молчаніе одаряемаго правильно признавать за принятіе дара²⁾. Слѣдствіемъ этой презумпціи получило съ одной стороны, что принятіе дара совершается проще и легче, чѣмъ принятіе въ возмездныхъ сдѣлкахъ, а съ другой стороны, что сдѣлавшій предложеніе дара путемъ предоставленія имущества въ пользу одаряемаго, прочтѣ связанъ своимъ предложеніемъ, чѣмъ сдѣлавшій въ такой-же формѣ предложеніе заключить возмездную сдѣлку. То обстоятельство, что эта презумпція имѣетъ мѣсто не при всякомъ предложеніи дара, а лишь при предложеніи, выразившемся въ предоставленіи имущества, объясняется тѣмъ, что, согласно § 518 B. G. B., простое словесное предложеніе не имѣетъ никакой обязательной силы для предложившаго, тогда какъ abs. 2 § 516 имѣетъ въ виду именно устранить связывающую предложившаго неопредѣленность. А т. к. связываетъ дарителя не только фактическое предоставленіе имущества, а и обязательство за-свидѣтельствованное судебнымъ или нотаріальнымъ порядкомъ, то мы думаемъ, что терминъ „erfolgte Zuwendung“ въ abs. 2 § 516 обнимаетъ собой и такого рода предложенія. Любопытно, что въ другихъ западныхъ законодательствахъ мы подобнаго правила не находимъ: швейцарское право предложеніе даренія, сдѣланное въ формѣ указанной въ § 516 abs. 2 B. G. B., прямо подчиняетъ общимъ правиламъ о заключеніи сдѣлокъ между отсутствующими контрагентами³⁾, являющимся въ общемъ аналогичными съ §§ 148 ff. B. G. B., а

¹⁾ § 147 abs. 2 B. G. B.

²⁾ *Protokolle* B. II s. 1620.

³⁾ Art. 244 Schw. Z. G. B.

французское законодательство, въ прямую противоположность германскому праву, къ принятію дара предъявляетъ гораздо болѣе суровыя требованія, чѣмъ къ принятію въ возмездныхъ сдѣлахъ—такъ оно требуетъ, чтобы принятіе дара было сдѣлано „en termes exprés“, облечено въ нотаріальную форму, и чтобы актъ принятія былъ „notifié“ дарителю¹⁾, такъ что не только молчаніе одаряемаго, но даже принятіе путемъ различныхъ дѣйствій, свидѣтельствующихъ о согласіи одаряемаго, не дѣлаютъ дареніе заключеннымъ и не лишаютъ дарителя возможности взять свое предложеніе обратно.

Обращаясь къ русскому праву мы находимъ здѣсь статью 973 т. X ч. I., гласящую, что „даръ почитается недѣйствительнымъ, когда отъ него отречется тотъ, кому онъ назначенъ“. Статья эта дала основаніе нѣкоторымъ юристамъ утверждать, что дареніе по нашему закону является односторонней сдѣлкой, для возникновенія которой нѣтъ необходимости въ соглашеніи сторонъ²⁾. Нѣкоторую опору этотъ взглядъ имѣетъ и въ томъ, что законодательство наше трактуетъ о дареніи не въ 4-ой книгѣ т. X ч. I., а въ самомъ началѣ 3-ей книги, содержащей нормы „о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущество въ особенности“, но подавляющее большинство нашихъ юристовъ, а также и Сенатъ, считаютъ дареніе договоромъ, опираясь на ясныя указанія нашего закона, что для дѣйствительности даренія необходимо принятіе дара со стороны одаряемаго (ст. 974, а также ст. 981—985 т. X ч. I.)³⁾. Вставъ на эту точку зрѣнія приходится притти къ выводу, что ст. 973-ья

¹⁾ Code Civil art. 982.

²⁾ Буцковскій „Очерки судебн. порядк.“ стр. 94—цит. у Анненкови т. IV стр. 301. См. также Кавелинъ „Права и обязанности“ стр. 172—173.

³⁾ С. р. 1871 № 928; Умовъ ор. cit. стр. 125—127; Шершеневичъ ор. cit. стр. 554—555; Анненковъ т. IV стр. 304; Полетаевъ „О дареніи“ Вѣстн. пр. 1899 г. № 5 стр. 72—76; Мейеръ (ор. cit. стр. 206) и Побѣдоносцевъ (ор. cit. т. I стр. 277, 279) хотя и помѣщаютъ ученіе о дареніи не среди договоровъ и говорятъ, что оно можетъ и не быть договоромъ, но тѣмъ не менѣе и они для дѣйствительности даренія считаютъ необходимымъ принятіе дара, т. е. въ сущности признаютъ его договоромъ.

говорить о дарѣ еще не принятою, т. е. имѣеть въ виду тотъ самый случай, что и § 516 abs. 2 B. G. B., а выраженія „даръ“, „отречется“ показываютъ лишь, что у насъ, какъ и въ Германіи, рѣчь идетъ не о простомъ предложеніи, а о предложеніи, выразившемся въ „Zuwendung“, т. е. въ фактическомъ предоставленіи имущества въ пользу одаряемаго. Нельзя не замѣтить, что если въ Германіи такое ограниченіе можетъ имѣть нѣкоторое объясненіе, то у насъ, гдѣ, какъ мы увидимъ ниже, и простое словесное соглашеніе является дареніемъ, это ограниченіе не можетъ быть оправдано—вѣдь если правило это основано на предположеніи, что даренія обычно принимаются, то почему эта презумпція не относится къ предложеніямъ безъ одновременнаго предоставленія имущества, остается непонятнымъ. И разрѣшаетъ наше право этотъ случай весьма сходно съ правомъ германскимъ—именно оно признаетъ такой даръ недѣйствительнымъ лишь въ томъ случаѣ, когда одаряемый отречется, слѣдовательно пока онъ не отречется, молчать, даръ недѣйствительнымъ не признается, т. е. даритель не можетъ взять его обратно. Въ нашей литературѣ, однако, этой статьѣ придается не совсемъ правильное значеніе: такъ составители проекта нашего гражданскаго уложенія¹⁾, Мейеръ²⁾ и Полетаевъ³⁾ говорятъ, что принятіе дара просто подразумевается и безъ прямого выраженія одареннымъ согласія на принятіе до тѣхъ поръ, пока одаряемый не отречется. Это мнѣніе мы считаемъ безусловно ошибочнымъ, такъ какъ если-бы согласіе одареннаго предполагалось съ самого начала, то значить договоръ даренія признавался-бы состоявшимся, а допустить отреченіе отъ состоявшагося уже договора въ любой моментъ, хотя-бы спустя долгое время послѣ совершенія дара, лишало-бы дареніе значенія договора въ смыслѣ юридическомъ, ставило-бы дарителя часто въ невозможное положеніе и, наконецъ, противорѣчило бы постановленію нашего закона о

¹⁾ Проектъ кн. V т. I 1899 г. стр. 576.

²⁾ Мейеръ. ор. cit. стр. 206.

³⁾ Полетаевъ ор. cit. стр. 73.

томъ, что „даръ, принятый тѣмъ, кому онъ назначенъ, къ дарителю не возвращается“ ¹⁾ кромѣ случаевъ специально указанныхъ въ законѣ. Вслѣдствіе всего этого мы полагаемъ, что статью 973-ью надо понимать въ томъ-же смыслѣ, въ какомъ нѣмецкіе юристы толкуютъ § 516 abs. 2 B. G. B. въ случаѣ, если даритель срока одаряемому не установилъ—т. е. молчаніе не признается за принятіе, но и не признается за отказъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ возмездныхъ сдѣлкахъ между отсутствующими контрагентами ²⁾, а положеніе остается неопредѣленнымъ до тѣхъ поръ, пока одаряемый не отречется или не приметъ дара непосредственно или косвенно, при чемъ въ теченіе всего этого неопредѣленнаго положенія даритель является связаннымъ, не имѣя права вытребовать данное имъ обратно. Такимъ образомъ получается, что ст. 973-ья въ сущности устанавливаетъ то-же положеніе, что и § 516 abs. 2 B. G. B., съ тѣмъ лишь отличіемъ, что ставитъ дарителя въ гораздо болѣе невыгодное положеніе, не давая ему возможности устранить неопредѣленность посредствомъ назначенія одаряемому срока для заявленія отказа. Въ остальномъ положеніе вещей будетъ одинаковымъ: 1) такъ, хотя статья 973-ья и не говоритъ, что даръ въ данномъ случаѣ долженъ быть сдѣланъ помимо воли (вѣрнѣе „безъ вѣдома“) одаряемаго, но нѣтъ сомнѣнія, что она имѣетъ въ виду именно этотъ случай, т. к. если-бы даръ дѣлался съ вѣдома одаряемаго, то даръ этотъ былъ бы или принятъ или не принятъ, а въ томъ и другомъ случаѣ отреченію уже мѣста нѣтъ; 2) точно также если одаряемый отречется, то и по русскому праву даръ возвращается къ дарителю, какъ неосновательное обогащеніе.

Слѣдующимъ постановленіемъ является § 518 B. G. B., требующій для обѣщанія подарить, даже въ томъ случаѣ когда

¹⁾ Ст. 974 т. X. ч. 1.

²⁾ Въ нашемъ законѣ нѣтъ нормъ о заключеніи сдѣлокъ между отсутствующими контрагентами, но вышеуказанное положеніе признается литературой (см. напр. *Шершеневичъ* „Курсъ торговаго права“ т. II 1908 стр. 132).

оно представляетъ по своей формѣ абстрактное обѣщаніе или признаніе долга, судебного или нотаріальнаго засвидѣтельствованія; но обѣщаніе подарить, совершенное безъ соблюденія данной формы, приобретаетъ законную силу, если обѣщанное дѣйствіе будетъ исполнено, т. е. такое исполненіе должно разсматриваться, какъ исполненіе вполнѣ дѣйствительнаго обязательства; такъ какъ законъ требуетъ вышеуказанной формы только для дарственнаго обѣщанія, то принятіе этого обѣщанія одаряемымъ можетъ быть совершено и безъ нотаріальнаго или судебного засвидѣтельствованія. Требованіе такой строгой формы въ данномъ случаѣ мотивы къ 1-ому проекту объясняютъ желаніемъ оградить дарителя отъ легкомысленныхъ, черезчуръ поспѣшныхъ обѣщаній, устранить возможные во многихъ случаяхъ сомнѣнія, имѣется-ли въ данномъ конкретномъ случаѣ настоящее дарственное обѣщаніе или лишь изъясненіе намѣренія подарить въ будущемъ, воспрепятствовать обходить правила о формѣ завѣщаній и дареній на случай смерти и, наконецъ, устранить споры о дарственныхъ обѣщаніяхъ, могущіе перѣдко имѣть мѣсто въ случаѣ смерти дарителя до исполненія своего обѣщанія ¹⁾. Изъ этихъ доводовъ, несомнѣнно, наиболѣе существеннымъ являлся первый. Такимъ образомъ вліяніе момента безвозмездности имѣетъ здѣсь то значеніе, что для обѣщанія передать вещь въ собственность безвозмездно требуется соблюденіе довольно сложныхъ формальностей, каковыя не требуются въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ о возмездной передачѣ вещи въ собственность.

Но статья 518-ая B. G. B. представляетъ немаловажный интересъ и для конструкціи договора даренія. Интересъ этотъ вызывается тѣмъ, что она употребляетъ терминъ „Schenkungsversprechen“, т. е. обѣщаніе подарить, а не „Schenkungsvertrag“, изъ чего можно заключить, что законодатель здѣсь имѣлъ въ виду не самый договоръ даренія, а предварительный договоръ о совершеніи въ будущемъ договора даренія. А такъ какъ изъ тѣхъ мотивовъ, которыми вызвано было это постановленіе

¹⁾ *Motive* B. II. s. 293.

никоимъ образомъ нельзя заключить, что законодатель имѣлъ въ виду установить болѣе сложную форму заключенія только для предварительнаго договора, а самый договоръ даренія, хотя-бы и не сопровождаемый немедленной передачей вещи, могъ быть совершенъ и безъ соблюденія формальностей § 518-го, то остается признать, что по германскому праву само дареніе есть всегда реальный договоръ въ томъ смыслѣ, что совершается всегда посредствомъ соглашенія сторонъ, сопровождаемого одновременной передачей вещи (*Handschenkung, don manuel*). Это воззрѣніе на „*Schenkungsversprechen*“ какъ на предварительный договоръ о совершеніи договора даренія и высказывалось нѣкоторыми нѣмецкими юристами¹⁾. Но большинство юристовъ встало на ту точку зрѣнія, что исполненіе обѣщанія подарить, о коемъ говоритъ § 518, есть не самый договоръ даренія, а исполненіе уже заключеннаго договора даренія, т. е. „*Schenkungsversprechen*“ есть не предварительный договоръ о дареніи, а самый договоръ даренія, только консенсуальный, а не реальный²⁾. Надо замѣтить, однако, что сторонники какъ того, такъ и другого взгляда, обычно ограничивались простымъ утвержденіемъ своей точки зрѣнія, не подвергая данный вопросъ болѣе тщательному изслѣдованію. Эту задачу исполнилъ только сравнительно недавно *Экштейнъ*³⁾, который весьма убѣдительно, по нашему мнѣнію, доказалъ, что „*Schenkungsversprechen*“ никоимъ образомъ нельзя считать за предварительный договоръ о заключеніи договора даренія. Не имѣя возможности привести здѣсь всѣ доводы, выставяемые *Экштейномъ* въ пользу отстаиваемаго имъ взгляда, т. е. это значило бы перепечатать почти всю его статью, мы здѣсь ограничимся указаніемъ только нѣкоторыхъ, наиболѣе существенныхъ на нашъ взглядъ. Сюда

¹⁾ См. напр. *Ortloff* Arch. f. B. R., B. 21 s. 311.

²⁾ *Oertmann* „Recht d. Schuldverhältnisse“ 3/4 Aufl. 1910 Vorbem. 3 vor § 516; *Merzbach* „Begriff und rechtliche Natur d. Schenkung nach B. G. B.“ Diss. Greifswald 1904 s. 44; *Oppenheim* „Das Schenkungsversprechen des B. G. B.“ Diss. Heidelberg 1906 s. 23; *Ungnad* „Der Schenkungsbegriff des B. G. B.“ Diss. Rostock s. 67.

³⁾ *E. Eckstein*, Arch. civil. Praxis B. 107 s. 384—426.

относится прежде всего то, что если терминологія § 518-аго и нѣкоторыхъ другихъ статей B. G. B. даетъ основаніе считать „*Schenkungsversprechen*“ за предварительный договоръ, то гораздо большее количество статей говорятъ въ пользу противуположнаго взгляда: въ статьяхъ этихъ лицо обѣщавшее подарить называется дарителемъ¹⁾, объектъ обѣщанный подарить признается подареннымъ²⁾, называется дареніемъ договоръ до передачи вещи³⁾ и т. п.. Самъ § 518 даетъ доводъ въ пользу взгляда *Экштейна*, т. е. онъ говоритъ, что несоблюденіе установленной формы черезъ совершеніе обѣщаннаго дѣйствія „*wird geheilt*“, между тѣмъ какъ если-бы это совершеніе было дареніемъ, главнымъ договоромъ, а обѣщаніе — договоромъ предварительнымъ, то ни о какомъ возстановленіи дѣйствительности этого, предварительнаго договора путемъ заключенія даренія не могло быть и рѣчи. Весьма остроумнымъ мы считаемъ также замѣчаніе *Экштейна*, что § 518 и по своему содержанию и по исторіи своего возникновенія вовсе не имѣлъ цѣлью установить, что кромѣ нормальнаго даренія въ видѣ „*Realschenkung*“ — законъ допускаетъ и обѣщаніе подарить, совершенное только въ особо предписанной формѣ — цѣль и назначеніе его заключались просто въ томъ, чтобы установить особую форму для консенсуальнаго даренія, каковой договоръ безъ § 518 предполагался возможнымъ и дѣйствительнымъ и былъ-бы дареніемъ въ собственномъ смыслѣ этого слова, т. е. въ другихъ нормахъ о дареніи вѣтъ никакихъ указаній на то, что дареніе есть реальный договоръ. Наконецъ *Экштейнъ* путемъ разсмотрѣнія другихъ нормъ о дареніи доказываетъ, что примѣненіе ихъ къ „*Schenkungsversprechen*“, какъ къ даренію, не вызываетъ никакихъ затрудненій и является вполне цѣлесообразнымъ. Къ аргументаціи *Экштейна* цѣлкомъ примыкаетъ и *Рихратъ*⁴⁾. Признавая этотъ взглядъ безусловно вполне

¹⁾ §§ 519, 520, 523 и 524.

²⁾ § 529.

³⁾ §§ 525 и 528.

⁴⁾ *Richrath* „Wesen und Inhalt des Schenkungsbegriffes“, 1913 s. 151 ff.

правильнымъ, мы съ своей стороны въ его пользу считаемъ возможнымъ привести также слѣдующіе доводы: 1) то обстоятельство, что законодатель въ § 518 употребляетъ терминъ „Schenkungsversprechen“, а не „Schenkungsvertrag“, обстоятельство, признаваемое *Экштейномъ* сильнѣйшимъ доводомъ въ пользу взгляда, что въ § 518 рѣчь идетъ не о дареніи, а о предварительномъ договорѣ, легко можетъ быть объяснено тѣмъ, что германскій законодатель судебную или нотаріальную форму требуетъ только для волеизъявленія дарителя, допуская выраженіе принятія дара со стороны одареннаго въ любой формѣ, почему здѣсь и нельзя было употребить терминъ „Schenkungsvertrag“, т. е. договоръ состоитъ изъ волеизъявленій обоихъ контрагентовъ; 2) признаніе даренія реальнымъ договоромъ въ вышеуказанномъ смыслѣ противорѣчило-бы всей исторіи даннаго института, который первоначально дѣйствительно былъ реальнымъ такъ-же, какъ купля-продажа и мѣна, но уже въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ утратилъ этотъ характеръ¹⁾, такъ что знаменитый *Савини* прямо заявлялъ, что дареніе obligando (Schenkungsversprechen) есть настоящее дареніе, и исполненіе этого обязательства есть исполненіе договора даренія, а не само дареніе²⁾—въ виду этого трудно предположить, чтобы составители германскаго уложенія имѣли въ виду вернуться къ давно уже оставленной точкѣ зрѣнія и порвать съ прочно установившимся въ наукѣ взглядомъ на дареніе, тѣмъ болѣе что въ мотивахъ къ проекту уложенія нѣтъ никакихъ указаній на намѣреніе составителей произвести подобную реформу. Для надлежащаго освѣщенія вопроса о реальности даренія и природѣ „Schenkungsversprechen“ не лишнее указать, что швейцарское уложеніе также употребляетъ терминъ „Schenkungsversprechen“ и требуетъ для него письменной формы въ отличіе отъ даренія „von Hand zu Hand“, но комментаторы уложенія не колеблясь заявляютъ, что „Schenkungs-

¹⁾ См. весьма интересныя объясненія этой эволюціи даренія у *H. Burckhard* „Zum Begriff der Schenkung“ 1899. s. 52 ff.

²⁾ *Savigny* „System des heutigen Röm. Rechts“ B. IV 1841 s. 119.

versprechen“ есть просто договоръ даренія, а дареніе „von Hand zu Hand“ есть договоръ даренія, соединенный съ одновременнымъ исполненіемъ этого договора¹⁾. Что касается до французскаго права, то въ немъ, признающемъ нотаріальное засвидѣтельство нормальнымъ способомъ заключенія договора даренія²⁾, изъ котораго только практика и литература дѣлаютъ исключеніе для „dons manuels“ (Code Civil о нихъ ничего не говоритъ), само собой понятно вопросъ о реальности вообще даренія и не могъ возникнуть.

Обратимся теперь въ русскому праву. Въ то время какъ западная законодательства въ интересахъ огражденія гражданъ отъ установленія поспѣшныхъ и легкомысленныхъ дарственныхъ обязательствъ требуютъ для дѣйствительности подобныхъ обязательствъ, не сопровождаемыхъ немедленнымъ исполненіемъ, соблюденія особыхъ формальностей, въ нашемъ русскомъ правѣ ничего подобнаго мы не находимъ: дарственные на недвижимости въ общемъ совершаются тѣмъ-же порядкомъ, что и купчія крѣпости, а относительно даренія движимыхъ вещей законодатель нашъ даетъ постановленіе совершенно тождественное съ правиломъ о куплѣ—статья 993 т. X ч. I, гласящая, что „передача подареннаго движимаго имущества совершается врученіемъ даримой вещи тому, кому она назначается, и поступленіемъ въ его распоряженіе“ является дословно воспроизведенной въ ст. 1510 т. X ч. I, только что вмѣсто слова „подареннаго“ поставлено слово „проданнаго“. Изъ этого казалось бы могъ быть сдѣланъ только тотъ выводъ, что у насъ дареніе должно быть совершаемо такъ-же, какъ и купля-продажа, т. е. если дарится движимая вещь, то для заключенія договора даренія достаточно одного словеснаго соглашенія сторонъ. Однако это положеніе далеко не является общепризнаннымъ. Такъ Сенатъ нашъ еще въ 1870-омъ году разъяснилъ, что дареніе движимаго имущества можетъ совершаться только двумя способами: или по словеснымъ договорамъ и соглаше-

¹⁾ *Oser* въ *Eggers Kommentar* B. V. s. 553.

²⁾ Code Civil art. 931.

нимъ и, вслѣдствіе того, передачей вещи, кому она назначается, и поступленіемъ въ его распоряженіе, или, если почему либо въ моментъ даренія фактическая передача даримаго имущества невозможна, то составленіемъ и совершеніемъ письменнаго договора и обязательства¹⁾. Этотъ взглядъ свой на форму договора даренія движимыхъ вещей Сенатъ упорно повторяетъ и въ рядѣ послѣдующихъ рѣшеній²⁾. Такимъ образомъ Сенатъ нашъ принялъ въ сущности порядокъ, установленный законодательствами западными съ ихъ различіемъ „Handschenkung“ и „Schenkungsversprechen“ и требованіемъ письменной формы для совершенія послѣдняго. Еще дальше пошелъ *Анненковъ*, который для заключенія даренія требуетъ всегда передачи вещи, признавая даже письменный актъ безъ самой передачи подареннаго имущества не имѣющимъ никакого значенія, въ виду невозможности требовать отъ дарителя исполненія его принудительнымъ способомъ посредствомъ суда, какъ реальнаго договора³⁾.

Оба эти взгляда мы считаемъ совершенно неправильными. Въ законѣ нѣтъ рѣшительно никакихъ указаній на то, что дареніе есть реальный договоръ. *Анненковъ* самъ сознается въ этомъ и основываетъ свой взглядъ на нѣкоторыхъ источникахъ статей о дареніи. Въ качествѣ такихъ источниковъ онъ приводитъ: 1) Боярскій приговоръ отъ 14-го февраля 1679 г., говорящій, что кто отдаетъ вотчину кому либо безденежно и крѣпость на ту вотчину даетъ, то она укрѣпляется за нимъ безповоротно, и 2) Манифестъ 1-го сентября 1763-го года „Объ учрежденіи въ Москвѣ воспитательнаго дома“, гдѣ относительно поднесеній, приносимыхъ имуществами движимыми, сказано, что они поступаютъ въ пользу воспитательнаго дома по принятіи ихъ и по запискѣ въ окладныя книги“. Мы однако и въ этихъ источникахъ не находимъ подтвержденія взгляда *Анненкова*—изъ Боярскаго приговора можно вывести

¹⁾ Сен. р. 1870 № 397.

²⁾ Сен. р. 71/928, 73/1263, 74/370, 76/554, 82/12.

³⁾ *Анненковъ*, т. IV стр. 305, 333—334.

только, что право собственности на недвижимость приобретается дачей крѣпости, а въ Манифестѣ 1763-го года можно видѣть скорѣе указаніе на приобрѣтеніе движимыхъ вещей съ момента передачи, но о томъ, что воспитательные дома не могутъ требовать передачи пожертвованныхъ имъ, но еще не переданныхъ вещей, въ Манифестѣ нѣтъ даже намека. *Анненковъ*, впрочемъ, и самъ себѣ противорѣчитъ, допуская возможность и по русскому праву совершенія даренія *obligando*, т. е. установленіемъ дарителемъ въ пользу одареннаго какого-либо права требованія или права обязательственнаго¹⁾, что совершенно уже не мирится съ признаніемъ даренія договоромъ реальнымъ. Что же касается до грамматическаго толкованія статьи 993 т. X ч. I, то она своей противорѣчивой терминологіей даетъ одинаковыя основанія какъ въ пользу реальности, такъ и въ пользу консенсуальности даренія: говоря, что передача подареннаго движимаго имущества совершается врученіемъ даримой вещи и т. д., законъ съ одной стороны какъ-бы говоритъ, что вещь дарится только при передачѣ ея, но вмѣстѣ съ тѣмъ терминъ „передача подареннаго“ даетъ основаніе думать, что вещь считается уже подаренной до совершенія передачи ея. Ясно, что при рѣшеніи вопроса о реальности или консенсуальности даренія по русскому праву никоимъ образомъ нельзя основываться на томъ или иномъ употребленномъ въ ст. 993-ей выраженіи,—выраженія эти своей противорѣчивостью другъ друга исключаютъ, т. е. нѣтъ критерія, съ помощью котораго можно было бы рѣшить, которое изъ этихъ выраженій соотвѣтствуетъ принятому законодателемъ взгляду на природу даренія, и которое попало въ статью по недоразумѣнію.

Точно также совершенно неоснователенъ взглядъ Сената на форму совершенія договора даренія, и только вслѣдствіе полнаго игнорированія русской литературой даннаго института впервые этотъ вопросъ былъ поставленъ лишь въ 1912-омъ году *М. А. Левитскимъ*²⁾, который вполне правильно при-

¹⁾ *Анненковъ* *op. cit.* стр. 315.

²⁾ *М. А. Левитскій* „Къ вопросу о дареніи“ *Вѣсти. пр. и нот.* 1912 г. № 11.

знать, что требованіе письменной формы для даренія движимыхъ вещей безъ немедленной передачи ихъ не имѣетъ рѣшительно никакой, даже косвенной, опоры въ законѣ, и что полное тождество статей о формѣ купли и даренія ясно указываетъ, что требовать для послѣдняго письменной формы, а для первой-устной является совершенно неправильнымъ.

Такимъ образомъ надо признать, что дареніе по русскому праву есть договоръ консенсуальный, и что, въ отличіе отъ западныхъ законодательствъ, наше право не требуетъ никакихъ особыхъ формальностей для „Schenkungsvergehen“.

Но въ русскомъ правѣ обязанность возмездно передать вещь въ собственность составляетъ содержаніе не одного только договора купли-продажи, какъ это имѣетъ мѣсто на западѣ, но дѣльныхъ трехъ договоровъ—купи-продажи, поставки и запродажи. Поэтому естественно возникаетъ вопросъ, въ какомъ взаимномъ соотношеніи находятся между собой договоръ даренія съ одной стороны и договоры поставки и запродажи съ другой, т. е. будетъ-ли дареніемъ договоръ, фактический составъ котораго совершенно тождествененъ съ фактическимъ составомъ поставки или запродажи за исключеніемъ только одного момента возмездности. Вопросъ этотъ мы считаемъ нужнымъ рассмотретьъ здѣсь потому, что онъ тѣсно связанъ съ вопросомъ о формѣ даренія.

Остановимся сперва на договорѣ поставки. По господствующему въ наукѣ воззрѣнію онъ отличается отъ купли-продажи тѣмъ, что послѣдняя имѣетъ содержаніемъ отчужденіе вещей индивидуально определенныхъ, а поставка—вещей, определенныхъ не индивидуально, а родовыми признаками. Значеніе обособленія этихъ двухъ договоровъ является различнымъ, смотря по тому, признать-ли, что по русскому праву право собственности переходитъ къ приобретателю съ момента соглашения, или встать на ту точку зрѣнія, что моментомъ—приобрѣтенія права собственности является моментъ передачи вещи. Съ послѣдней точки зрѣнія, принятой довольно многими русскими юристами, между куплей-продажей и поставкой нѣтъ

существеннаго различія¹⁾, т. что выдѣленіе ихъ въ отдѣльные самостоятельные договоры не имѣетъ подъ собою серьезнаго юридическаго основанія, тогда какъ съ точки зрѣнія сторонниковъ системы соглашенія различіе между вышеуказанными договорами весьма существенное, т. к. купля-продажа влечетъ за собой немедленный переходъ права собственности, а поставка создаетъ лишь обязанность для одного лица передать другому право собственности. Соответственно съ этимъ у сторонниковъ системы традиціи не является сомнѣній, что дареніе обнимаетъ собой, если можно такъ выразиться, не только безвозмездную куплю, но и безвозмездную поставку, т. е. что объектомъ даренія могутъ быть и индивидуальные вещи и вещи, определяемыя родовыми признаками, тогда какъ среди сторонниковъ системы соглашенія встрѣчаются юристы, которые утверждаютъ, что дареніе соответствуетъ только куплѣ, что немедленный переходъ права собственности къ одаряемому есть существенный признакъ даренія, почему дарить вещи определяемыя родовыми признаками нельзя. Этотъ послѣдній взглядъ мы встрѣчаемъ у *Умова*²⁾ и *Трепичина*³⁾. Въ нашу задачу не входитъ разсмотрѣніе вопроса, переходить-ли по русскому праву право собственности съ момента передачи или съ момента соглашения, но мы думаемъ, что принятіе послѣдней изъ этихъ двухъ точекъ зрѣнія отнюдь не исключаетъ возможности даренія вещей, определяемыхъ родовыми признаками. Въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ договоръ, по которому А. обязуется безвозмездно дать Б. десять пудовъ муки—будетъ-ли этотъ договоръ имѣющимъ юридическую силу? *Умовъ* полагаетъ, что здѣсь мы имѣемъ благодѣяніе, добровольное дѣйствіе, гдѣ не можетъ имѣть мѣста принужденіе какого-бы то ни было рода, ни прямое, ни косвенное, а потому А. не можетъ быть вынужденъ ни къ совершенію обѣщаннаго ни къ уплатѣ убытковъ,

¹⁾ См. напр. *Щершеневичъ* op. cit. стр. 540; *Синайскій* op. cit. т. I стр. 255.

²⁾ *Умовъ* „Дареніе“ 1876 г. стр. 140, 190, 196.

³⁾ *Трепичинъ* „Переходъ права собственности на движимыя имущества посредствомъ передачи и соглашенія“ 1903 г. стр. 389—390.

такъ что вышеуказанный договоръ юридической силы имѣть не можетъ¹⁾. Но это разсужденіе Умова въ сущности на законѣ не основано. Въ законѣ нѣтъ никакихъ прямыхъ указаній на то, что нельзя судебнымъ порядкомъ требовать исполненія безвозмездныхъ обязательствъ, нѣтъ въ немъ и запрещенія давать такія обязательства, такъ что противозаконнымъ такой договоръ признанъ быть не можетъ. Поэтому остается признавать его недѣйствительнымъ, какъ договоръ безнравственный. Но и съ этимъ, по нашему мнѣнію, нельзя согласиться. Обѣщаніе дать безвозмездно что либо есть дѣяніе не только не безнравственное, но, наоборотъ, въ высшей степени похвальное съ точки зрѣнія морали. Нѣтъ ничего безнравственнаго и въ требованіи, чтобы обѣщанное было исполнено. Нравственность требуетъ, чтобы каждый гражданинъ честно держалъ свое слово—это положеніе подтверждается массой народныхъ пословицъ чуть не на всѣхъ языкахъ земного шара—укажемъ хотя-бы на русскую „Не давши слова крѣпись, а давши держись“ или на нѣмецкую „ein Mann, ein Wort“. Конечно, къ обѣщавшему что-либо безвозмездно нельзя относиться такъ-же строго, какъ къ обязавшемуся по возмездной сдѣлкѣ, но во всякомъ случаѣ если въ первомъ случаѣ обѣщавшій наотрѣзъ откажется исполнить обѣщанное безъ всякихъ уважительныхъ причинъ, то такое лицо въ обществѣ будетъ считаться обманщикомъ, поступокъ его встрѣтитъ осужденіе, почему лишеніе контрагента возможности судебнымъ путемъ требовать исполненія обѣщаннаго значило-бы покровительствовать недобросовѣстности, нечестности. Что въ требованіи исполненія обѣщаннаго безвозмездно нѣтъ ничего недопустимаго съ точки зрѣнія морали, видно и изъ того, что западные законодательства безъ всякихъ колебаній признаютъ такія требованія имѣющими юридическую защиту („Schenkungsversprechen“ по германскому и швейцарскому законодательствамъ), а возрѣнія на то, что нравственно и что безнравственно, у современныхъ европейскихъ народовъ не могутъ столь рѣзко различаться. Не считаетъ

¹⁾ Умовъ *op. cit.* стр. 200.

безнравственными такія безвозмездныя обязательства и наша сенатская практика—укажемъ въ доказательство хотя-бы на рѣшеніе Сената 1910 г. № 91, въ которомъ обязательство крестьянъ платить опредѣленное жалованье церковному причту признано обязательствомъ, устанавливающимъ долговое отношеніе, въ силу коего причтъ имѣетъ право требовать исполненія. Итакъ обязательство безвозмездно передать въ собственность другому лицу 10 пудовъ муки надо признавать имѣющимъ юридическую силу. Но можетъ быть оно все-же не будетъ дареніемъ, т. е. обязательства, влекуція за собой немедленный переходъ права собственности, и обязательства, создающія только обязанность передать право собственности, являются по своей природѣ столь различными, что подведеніе и тѣхъ и другихъ подъ одинъ институтъ является невозможнымъ, а такъ какъ безвозмездныя обязательства первой категоріи несомнѣнно будутъ дареніемъ, то значить обязательства второй категоріи сюда-же отнесены быть не могутъ? Но и это соображеніе нельзя признать правильнымъ. Пусть въ одномъ случаѣ право собственности переходитъ къ контрагенту съ момента самаго соглашенія, а въ другомъ не переходитъ, все-же обѣ категоріи договоровъ имѣютъ одну общую черту—обѣ являются соглашениями, направленными на передачу права собственности; эта общая черта ихъ объединяетъ въ столь существенномъ отношеніи, что подведеніе ихъ подъ одинъ типъ договоровъ не представляетъ ничего невозможнаго или неестественнаго. Прямымъ доказательствомъ этого является французское право, которое признаетъ, что право собственности переходитъ съ момента соглашенія, и въ то-же время не выдѣляетъ договоры о возмездномъ отчужденіи вещей, опредѣляемыхъ родовыми признаками, въ особую сдѣлку, а относитъ ихъ къ куплѣ-продажѣ наравнѣ съ договорами, влекущими переходъ права собственности съ момента соглашенія. И новѣйшая французская литература не встрѣчаетъ препятствій признавать дареніями и безвозмездныя сдѣлки, не влекуція за собой немедленный переходъ права собственности къ одаряемому—какъ напиримѣръ обязательство уплатить одаряемому въ извѣстный срокъ опре-

дѣленную сумму денег¹⁾. Правда русское законодательство обособляетъ куплю-продажу отъ поставки, но въ области безвозмездныхъ сдѣлокъ такого обособленія нѣтъ, а предполагать его существованіе мы не имѣемъ основаній, т. е. въ законѣ не только нѣтъ на этотъ счетъ какихъ-либо указаній, но наоборотъ имѣется указаніе противоположнаго характера. Такимъ указаніемъ, по нашему мнѣнію, является то, что законодатель нашъ не даетъ относительно даренія постановленія аналогичнаго ст. 1389 т. X ч. I, являющейся одной изъ главныхъ опоръ сторонниковъ системы соглашенія—именно дозволенія дарить только то имѣніе, которое состоитъ въ дѣйствительномъ владѣніи, или на которое даритель имѣетъ право собственности.

Итакъ мы пришли къ заключенію, что дарить можно не только вещи индивидуально опредѣленныя, но и вещи, опредѣляемыя родовыми признаками, такъ что дареніе соотвѣтствуетъ не только куплѣ продажѣ, но и поставкѣ. Но этотъ выводъ заставляетъ насъ снова вернуться къ вопросу о формѣ даренія, именно даренія вещей опредѣляемыхъ родовыми признаками. Выше мы говорили, что дареніе движимыхъ вещей можетъ быть заключено и словесно, но для заключенія договора поставки законъ нашъ, какъ извѣстно, требуетъ письменной формы, а т. е. дареніе вещей, опредѣляемыхъ родовыми признаками, отличается отъ поставки исключительно однимъ моментомъ безвозмездности, то въ результатъ получается, что влияние момента безвозмездности проявляется въ данномъ случаѣ въ устраненіи формальностей, требуемыхъ для заключенія аналогичной возмездной сдѣлки. Результатъ этотъ явно несообразенъ, такъ какъ для такого устраненія формальностей нѣтъ никакихъ основаній—вопросъ можетъ идти объ установленіи для даренія болѣе сложной формы заключенія, чѣмъ для купли, какъ это имѣетъ мѣсто въ большинствѣ западныхъ законодательствъ, но никакъ не наоборотъ. Устранить эту несообразность, казалось, можно было-бы, распространивъ на дареніе не индивидуальныхъ вещей требованіе письменной формы

¹⁾ См. *Planiol* т. III р. 596.

по аналогіи съ договоромъ поставки, но мы считаемъ такой исходъ безусловно невозможнымъ, т. е. установленное закономъ требованіе письменной формы по аналогіи распространяемо на другія сдѣлки быть не можетъ и по самому юридическому характеру такого требованія и въ силу примѣчанія къ ст. 571 т. X ч. I, гласящаго, что „какіе именно договоры не могутъ быть составляемы иначе, какъ на письмѣ, сіе означено въ книгѣ IV при каждомъ родѣ оныхъ въ особенности“. Поэтому ничего другого не остается, какъ мириться съ этой несообразностью, довольствуясь утѣшеніемъ, довольно плохимъ конечно, — что регламентація нашимъ законодательствомъ договора поставки влечетъ къ такимъ несообразностямъ не только при сопоставленіи даренія и поставки, но и при сопоставленіи поставки съ другими возмездными договорами, направленными на отчужденіе не индивидуальныхъ вещей, напримѣръ мѣной, гдѣ форма заключенія словесная—на это мы уже указывали въ своей статьѣ „О возмездномъ отчужденіи и приобрѣтеніи вещи въ собственность“¹⁾.

Запродажу у насъ обычно опредѣляютъ какъ договоръ о заключеніи въ будущемъ договора купли-продажи—спрашивается возможенъ-ли аналогичный договоръ о заключеніи въ будущемъ договора даренія? Вопросъ этотъ и въ русской литературѣ и въ иностранной является спорнымъ. Изъ русскихъ юристовъ *Умовъ*²⁾, *Анненковъ*³⁾ и *Аманьевъ*⁴⁾ категорически отрицаютъ возможность подобнаго договора, и ихъ мнѣніе раздѣляетъ и сенатская практика⁵⁾, а *Третицынъ*⁶⁾ и *Киссо*⁷⁾ наоборотъ признаютъ подобный договоръ имѣющимъ юридическую силу. Изъ нѣмецкихъ юристовъ на первой точкѣ зрѣнія стоитъ

¹⁾ „Памяти профессора Г. Ф. Шершеневича“, Сборникъ статей по гражданскому и торговому праву, 1915 г. стр. 207.

²⁾ *Умовъ*, *op. cit.* стр. 200—201.

³⁾ *Анненковъ* т. IV стр. 308.

⁴⁾ *Аманьевъ* Ж. М. Ю. 1912 г. № 5, стр. 176—184.

⁵⁾ С. р. 69/451, 82/12, 71/928.

⁶⁾ *Третицынъ* *op. cit.* стр. 390—391.

⁷⁾ *Киссо* Ж. М. Ю. стр. 157.

Schlossmann ¹⁾, на второй *Bülau* ²⁾. Невозможность подобных предварительных договоров о дарении мотивируется тѣмъ, что дарение есть изъявление свободной непринужденной воли, въ каковому изъявлению даритель не можетъ быть принуждаемъ судебной властью ни прямо ни косвенно. Но это основание вполне логично и послѣдовательно со стороны тѣхъ юристовъ, которые, какъ напримѣръ *Умовъ*, держатся взгляда, что недѣйствительно вообще дарение *obligando*, если же признать что подобное дарение имѣетъ юридическую силу, какъ это дѣлаютъ *Анненковъ* и Сенатъ, и что мы лично считаемъ вполне правильнымъ, то вышеуказанное основание падаетъ: если я могу судебнымъ порядкомъ требовать исполненія принятой на себя контрагентомъ безвозмездно обязанности, то нѣтъ причины считать невозможнымъ требовать такого исполненія, когда обязанность состояла въ заключеніи безвозмезднаго договора. Вышеуказанное основание признанія невозможности предварительнаго договора о дареніи можно, однако, понимать не въ томъ смыслѣ, что нельзя требовать судебнымъ порядкомъ заключенія договора даренія, а въ томъ смыслѣ, что разъ заключеніе такого договора является исполненіемъ юридической обязанности, то оно уже дареніемъ считаться не можетъ, т. к. оно совершается не *causa donandi*, а *causa solvendi*, каковая исключаетъ наличность даренія. Такой взглядъ и высказалъ былъ *К. Адлеромъ*, пришедшимъ къ заключенію, что предварительный договоръ о дареніи есть выраженіе ошибочное, даже безсмысленное, т. к. даренія, являющагося исполненіемъ обязанности, быть не можетъ ³⁾. Но и съ этимъ взглядомъ мы не можемъ согласиться. Прежде всего онъ неправиленъ потому, что въ основѣ его лежитъ несомнѣнно разсмотрѣнное нами въ первой главѣ положеніе, что исполненіе юридической обязанности исключаетъ моментъ безвозмездности,—положеніе, ошибочность котораго мы выше доказали. Во вторыхъ, взглядъ этотъ въ сущности

¹⁾ *Schlossmann* Jher. Jahrb. B. 45. s. 78.

²⁾ *Bülau* „Der Realvertrag“ Diss. Rostock, 1906 s. 24.

³⁾ *K. Adler* Jher. Jahrb. B. 31 1892 s. 224—226.

имѣетъ часто конструктивный характеръ, онъ не говоритъ, что подобный договоръ будетъ недѣйствителенъ, а утверждаетъ лишь, что договоръ, заключенный во исполненіе такого предварительнаго договора, не будетъ дареніемъ—дареніемъ здѣсь, по мнѣнію *Адлера*, будетъ самъ предварительный договоръ, а договоръ, заключенный во исполненіе этого договора, будетъ не дареніе, а „*Ausführungsvertrag*“. Но и конструкція эта очевидно неправильна—если такой договоръ не будетъ дареніемъ, то надо его конструировать, опредѣлить, что онъ изъ себя представляетъ, а не ограничиваться ничемъ не объясняющимъ терминомъ „*Ausführungsvertrag*“. Кромѣ того признавать дареніемъ самый предварительный договоръ можно было-бы лишь въ томъ случаѣ, если-бы заключеніе этого договора давало право непосредственно требовать исполненія того, что лицо обѣщало подарить, иными словами если-бы заключеніе „*Ausführungsvertrags*“ было излишне, между тѣмъ *К. Адлеръ* не считаетъ возможнымъ вовсе устранить послѣдній, а тогда у насъ этотъ предварительный договоръ будетъ своеобразнымъ видомъ даренія—дареніемъ *contrahendo*, т. е. все-же предварительнымъ договоромъ о заключеніи другого безвозмезднаго договора. Итакъ надо, повидимому, притти къ выводу, что безвозмездность договора сама по себѣ не устраняетъ возможности заключенія о немъ предварительнаго договора. Швейцарское уложеніе это прямо признало, установивъ въ общей части обязательственнаго права положеніе, что „путемъ договора можно установить обязательство о заключеніи въ будущемъ договора“, не дѣлая никакихъ оговорокъ относительно договоровъ безвозмездныхъ ¹⁾.

Итакъ предварительный договоръ о дареніи у насъ возможенъ, при чемъ значеніе его въ жизни въ сущности будетъ аналогично значенію запродажи. Запродажа недвижимости составляетъ у насъ одну изъ самыхъ общезвѣстныхъ и употребительныхъ сдѣлокъ въ нашемъ быту. Объясняется это тѣмъ, что наша сенатская практика вплоть до 1886-го года дер-

¹⁾ Sch. Z. G. B. art. 22.

жалась взгляда, что форма купли-продажи недвижимости представляет собой у нас одно целое, что купчая крѣпость, составленная младшимъ нотаріусомъ, до утверждения ея старшимъ нотаріусомъ считается лишь проектомъ акта, не создающимъ между сторонами никакого юридическаго отношенія, вслѣдствіе чего каждый изъ контрагентовъ въ промежутокъ между совершеніемъ этого проекта и утвержденіемъ его старшимъ нотаріусомъ могъ свободно отказаться отъ совершенія сдѣлки. Между тѣмъ контрагентамъ очень часто съ одной стороны нельзя было совершить окончательно актъ о продажѣ (напр. имѣніе было подъ запрещеніемъ), а съ другой стороны представлялось необходимымъ гарантировать себя, что другой контрагентъ не откажется отъ совершенія акта впоследствии, чтобы всѣ хлопоты и издержки, связанные съ подготовленіемъ къ сдачѣ недвижимости новому собственнику, не пропали безъ результата—удобнымъ средствомъ для установленія подобной гарантіи и являлась запродажа, какъ договоръ, порождающій для сторонъ юридическую обязанность совершить въ опредѣленный срокъ договоръ купли-продажи. Но этотъ взглядъ Сената на купчую крѣпость, какъ на проектъ акта, въ 1886-омъ году¹⁾, какъ утверждаютъ подъ вліяніемъ статьи *Барковского*²⁾, рѣзко измѣнился—Сенатъ призналъ, что нотаріальный актъ о продажѣ недвижимости устанавливаетъ договорное отношеніе между сторонами, а утвержденіе акта старшимъ нотаріусомъ производитъ переходъ права собственности къ покупщику, т. е. что даже послѣ совершенія только нотаріальнаго акта стороны уже не могутъ произвольно отступить отъ продажи. Это рѣшеніе должно было отнять практическое значеніе у запродажи, т. е. теперь ея функція отлично могъ бы исполнить нотаріальный договоръ купли-продажи, при совершеніи котораго не требуется ни немедленной уплаты денегъ ни снятія запрещенія,³⁾ но въ дѣйствительности этого не произошло. Причина

¹⁾ С. р. 86/96.

²⁾ *Барковский Жур. гр. и уг. права* 1886 № 1.

³⁾ *Кассо* ор. cit. стр. 161; *И. Вольманъ*, *Право* 1908 г. стр. 742—хотя мы лично, однако, полагаемъ, что если признать актъ у младшаго

лежала въ томъ, что Сенатъ придавалъ нотаріальному акту значеніе большее, чѣмъ договору, неисполненіе котораго влечетъ за собой возмѣщеніе ущерба,—именно онъ призналъ, что тотъ изъ контрагентовъ, у котораго въ рукахъ нотаріальная выпись, всегда можетъ представить ее на утвержденіе старшему нотаріусу, даже если другая сторона явно выразитъ нежеланіе передать право собственности, между тѣмъ какъ стороны перрѣдко имѣютъ въ виду установить чисто обязательственное отношеніе. Благодаря этому запродажа недвижимости отличается отъ нотаріальной купчей не только теоретически, но и по своему практическому значенію, почему, какъ утверждаетъ *Кассо*, она не можетъ считаться вполне замѣвннпой тѣмъ значеніемъ, которое въ настоящее время придается нотаріальному договору купли-продажи¹⁾. А такъ какъ порядокъ совершенія даренія недвижимаго имѣнія совершенно одинаковъ съ установленнымъ для купли-продажи порядкомъ²⁾, то все сказанное относительно запродажи въ полной мѣрѣ относится и къ предварительному договору о совершеніи даренія недвижимости—здѣсь также даритель, желая обязаться подарить недвижимость, въ то-же самое время можетъ по тѣмъ или инымъ соображеніямъ не желать или не имѣть возможности совершить нотаріальную дарственную съ выдачей выписи одаренному, могущей повлечь за собой переходъ права собственности къ послѣднему уже помимо воли дарителя.

Но если предварительный договоръ о дареніи недвижимости возможенъ, то спрашивается въ какой формѣ онъ долженъ быть совершенъ? Обращаясь опять къ сопоставленію такого договора съ запродажей, мы находимъ относительно формы послѣдней слѣдующія указанія въ законѣ: 1) „на запродажу недвижимаго имущества должна быть совершена запродажная запись“ (ст. 1680 т. X ч. I) и 2) „запродажная

нотаріуса договоромъ купли-продажи, то при совершеніи ея нужно, чтобы вещь была свободна отъ запрещеній и принадлежала продавцу на правѣ собственности.

¹⁾ *Кассо*, ор. cit. стр. 163.

²⁾ См. С. р. 87/80.

запись пишется без взыскания крѣпостныхъ пошлинъ, и можетъ быть предъявлена для засвидѣтельствованія по правиламъ, изложеннымъ въ Положеніи о Нотаріальной части“ (ст. 1683 т. X ч. I). Изъ этихъ статей ясно, что для совершенія запродажи недвижимости требуется письменная форма. Между юристами идетъ разногласіе только о томъ, достаточно-ли, если договоръ совершенъ домашнимъ порядкомъ, или непременно требуется нотаріальное засвидѣтельство акта. *Побѣдоносцевъ*¹⁾ и *Мейеръ*²⁾ держатся послѣдняго взгляда, но большинство юристовъ³⁾ полагаютъ, что запродажная запись можетъ совершаться и домашнимъ порядкомъ. На эту-же точку зрѣнія сталъ и Сенатъ, исходя изъ того, что со введеніемъ нотаріальнаго положенія правило о явкѣ запродажныхъ записей утратило силу⁴⁾. Вслѣдствіе того, что въ изд. 1887-го года и сама статья 1683 изложена въ новой редакціи, это послѣднее мнѣніе и слѣдуетъ признать правильнымъ, тѣмъ болѣе что разница между запродажной записью и задаточной роспиской теперь окончательно стерлась и въ жизни и въ судебной практикѣ и въ литературѣ и даже въ законодательныхъ учрежденіяхъ⁵⁾, а устанавливать различныя формы для одной и той-же по своему существу сдѣлки было бы явно нецѣлесообразно и целогично.

Итакъ предварительный договоръ о совершеніи купли-продажи недвижимости долженъ быть совершенъ въ письменной формѣ, хотя-бы домашней. Относительно предварительнаго договора о совершеніи даренія недвижимости подобнаго постановленія въ русскомъ правѣ не имѣется, что и исполнѣ понятно въ виду полнаго игнорированія нашимъ правомъ самаго подоб-

¹⁾ *Побѣдоносцевъ* т. III стр. 319—320.

²⁾ *Мейеръ* *op. cit.* стр. 478.

³⁾ *Шершеневичъ* *op. cit.* стр. 538; *Анненковъ* т. IV стр. 410; *Ильченко* *op. cit.* стр. 68; *Кассо* *op. cit.* стр. 177; *В. Л. Исаченко и В. В. Исаченко* „Обязательства по договорамъ“ т. II 1914 г. стр. 268; *Синайскій* „Русское гражданское право“ вып. II 1915 г. стр. 108.

⁴⁾ С. р. 73/1376, 74/44, 76/362.

⁵⁾ *Кассо* *op. cit.* стр. 176—177.

наго договора. Никакихъ указаній на этотъ счетъ мы не находимъ и въ литературѣ русской и сенатской практикѣ, т. е. немногіе юристы, признающіе возможность подобнаго договора, ограничиваются краткимъ упоминаніемъ о немъ въ двухъ-трехъ строкахъ, а остальные юристы или совсѣмъ отрицаютъ его дѣйствительность, какъ это дѣлаетъ и Сенатъ, или обходятъ его полнымъ молчаніемъ. Въ виду отсутствія такого постановленія специально относительно формы предварительнаго договора о дареніи приходится обратиться къ вопросу, нѣтъ-ли какихъ-нибудь правилъ относительно формы предварительныхъ договоровъ вообще. Хотя и на этотъ вопросъ какъ русское, такъ и большинство западныхъ законодательствъ, не даютъ прямого отвѣта, но въ литературѣ этотъ вопросъ обсуждался довольно оживленно. Еще *Виндшейдомъ* высказано было положеніе, что для дѣйствительности предварительнаго договора необходимо соблюденіе всѣхъ формальностей, установленныхъ закономъ для дѣйствительности главнаго договора. Взглядъ этотъ, правда, вызвалъ энергичныя возраженія со стороны нѣкоторыхъ юристовъ¹⁾, но тѣмъ не менѣе онъ и теперь, хотя въ нѣсколько смягченномъ видѣ, имѣетъ много сторонниковъ²⁾, которые учатъ, что хотя не всѣ, но нѣкоторые изъ формальностей главнаго договора распространяются и на предварительный договоръ. Какія формальности относятся къ первой категоріи, какія ко второй—юристы опредѣляютъ различно: одни полагаютъ, что на предварительный договоръ распространяются формальности, установленныя съ цѣлью затруднить совершеніе сдѣлки ради огражденія интересовъ самихъ контрагентовъ, другіе противуполагаютъ формальности, установленныя съ цѣлью воздѣйствовать на волю сторонъ, формальностямъ, имѣющимъ задачей точно констатировать уже выраженную волю и т. п.. Первую

¹⁾ См. *Degenkolb* Arch. civ. Praxis. B. 71 1887 s. 35 ff; *K. Adler* *op. cit.* s. 222—235.

²⁾ *Regelsberger* „Civilist. Erörterungen“ I s. 139 ff; *Gerber* „System des Deutschen Privatrechts“ § 164; *Schlossmann* Jher. Jahrb. B. 45 1903 s. 93 ann. 1; *Stintzing* „Die Vorverpflichtung im Gebiet d. Schuldverhältnisse“ 1903 s. 45—46; изъ русскихъ юристовъ *Анненковъ* т. IV стр. 400.

изъ этихъ формулировокъ приняло и новое швейцарское гражданское уложение ¹⁾—одно изъ немногихъ законодательствъ, нашедшихъ необходимымъ установить общее правило о формѣ предварительныхъ договоровъ.

Но если мы и признаемъ эту теорію правильной и приемлемой для русскаго законодательства, то и тогда отвѣта на вопросъ о формѣ предварительнаго договора о дареніи недвижимости мы не получимъ, т. е. даже съ точки зрѣнія вышеуказанной теоріи распространять на этотъ договоръ форму, установленную для самого даренія недвижимостей, нѣтъ основанія. Въ самомъ дѣлѣ теорія подчиненія предварительнаго договора нѣкоторымъ формальностямъ главнаго договора исходить изъ того положенія, что въ противномъ случаѣ путемъ предварительнаго договора стороны достигали-бы того-же результата, обходя установленныя закономъ для главнаго договора формальности. Такой обходъ возможенъ, однако, въ дѣйствительности при наличности одного изъ двухъ условій: 1) когда неисполненіе принятой по предв. договору обязанности влечетъ за собой присужденіе заключить главный договоръ, при чемъ по вступленіи такого рѣшенія суда въ силу договоръ считается какъ-бы заключеннымъ, и 2) когда послѣдствія неисполненія обязанности хотя состоятъ и не въ признаніи судомъ главнаго договора какъ-бы заключеннымъ, а въ возмѣщеніи, убытковъ, причиненныхъ незаключеніемъ главнаго договора, но послѣдствія эти являются тождественными съ послѣдствіями неисполненія главнаго договора. Возьмемъ сперва первый случай: положимъ законъ для совершенія договора даренія требуетъ письменнаго нотаріально-засвидѣтельствованнаго акта; стороны совершаютъ устно предварительный договоръ о дареніи; если-бы такой договоръ имѣлъ силу, то по швейцарскому, напримѣръ, праву въ случаѣ отказа дарителя совершить главный договоръ, таковой договоръ считался-бы заключеннымъ въ силу судебного рѣшенія, и требованіе закона о заключеніи договора даренія въ письменной формѣ, установленное для огражденія гражданъ

¹⁾ Schw. Z. G. B. Obligationenrecht art. 22.

отъ необдуманныхъ актовъ щедрости, было-бы обойдено—результатъ явно недопустимый. То-же самое во второмъ случаѣ: положимъ законодательство для заключенія договора, по которому одно лицо обязуется передать другому вещь въ собственность за извѣстную плату, требуетъ письменной формы; стороны устно заключаютъ предварительный договоръ, при чемъ одна изъ сторонъ отказывается впоследствии заключить главный договоръ; судъ присуждаетъ ее уплатить убытки, которые будутъ заключаться, естественно, въ убыткахъ, происшедшихъ отъ неполученія другимъ контрагентомъ вещи въ собственность; но если данное законодательство держится системы традиціи, то точно такіе-же убытки лицо должно было-бы возмѣстить, если-бы оно заключило главный договоръ, но все-же вещи бы не перешло—при такихъ обстоятельствахъ ясно, допустить устное заключеніе предварительнаго договора значило-бы позволить обходъ закона, требующаго для достиженія изв. результатовъ заключенія письменнаго акта. Но при предварительномъ договорѣ о дареніи недвижимости обоимъ вышеуказаннымъ условіямъ по русскому праву на лицо не будетъ. Правда, наша дореформенная практика держалась взгляда, что лицо, приобрѣвшее притязаніе изъ запродажи, имѣетъ право требовать не только возмѣщенія убытковъ, но прежде всего право требовать совершенія общаго акта, при чемъ отказъ отвѣтника имѣлъ послѣдствіемъ выдачу судомъ данной, которая замѣняла для покупателя купчую крѣпость ¹⁾, но нашъ Кассационный Департаментъ рѣшительно отвергъ подобное принудительное исполненіе обязательства, признавъ, что санкціей въ данномъ случаѣ можетъ быть только искъ объ убыткахъ ²⁾. Такимъ образомъ совершеніе предварительнаго договора о дареніи не влечетъ за собой помимо воли дарителя перехода права собственности на недвижимость. Съ другой стороны послѣдствія совершенія

¹⁾ Сборникъ рѣшеній Правительствующаго Сената, составленный по Высочайшему повелѣнію, т. II, рѣшенія Общаго Собранія Четвертаго, Пятаго и Межевого департаментовъ № 713.

²⁾ С. р. 67/72, 68/883, 69/462, 71/378.

самого договора о дарении идут, как мы выше указывали, гораздо дальше послѣдствій предварительнаго договора: послѣдствія послѣдняго заключаются только въ возмѣщеніи ущерба при неисполненіи, а заключеніе нотаріальнаго акта дарения даетъ право лицу, получившему выписъ, представить ее на утвержденіе старшему нотаріусу и приобрести право собственности, хотя-бы даритель не желалъ совершить передачу послѣдней или даже уже не былъ въ это время въ живыхъ. Изъ этого видно, что значеніе предварительнаго договора у насъ иное, чѣмъ значеніе самаго договора дарения недвижимости, т. е. что разрѣшеніе совершенія перваго договора безъ соблюденія формальностей, установленныхъ для втораго, не даетъ возможности обходить законъ, требующій совершенія дарения недвижимости въ особой формѣ. Поэтому нельзя утверждать, что у насъ предварительный договоръ о дарении недвижимости долженъ быть совершаемъ, ради избѣжанія возможности обхода закона, въ той же формѣ, какъ и самый договоръ дарения.

Но въ какой-же формѣ этотъ предварительный договоръ долженъ быть совершаемъ? Логически казалось-бы правильнымъ требовать, чтобы этотъ договоръ, по аналогіи съ договоромъ запродажи, совершался въ письменной формѣ. За такое рѣшеніе говорить то, что запродажа отличается отъ предварительнаго договора о дарении только безвозмездностью главнаго договора, и если для запродажи нашъ законъ требуетъ письменной формы, то тѣмъ болѣе эта форма должна требоваться относительно аналогичнаго безвозмезднаго договора, т. е. безвозмездное предоставленіе чего-либо всегда является извѣстной жертвой, а здѣсь больше необходимости ограждать дарителя отъ черезчуръ поспѣшныхъ и необдуманнхъ словесныхъ обѣщаній, чѣмъ при заключеніи возмездныхъ сдѣлокъ, почему западныя законодательства и требуютъ для сдѣлокъ первой категории соблюденія болѣе строгихъ формальностей. Но какъ ни справедливъ этотъ доводъ, онъ относится къ вопросу *de lege ferenda*, а *de lege lata* мы наталкиваемся на вышеуказанное нами положеніе, что письменная форма заключенія сдѣлокъ у насъ можетъ требоваться исключительно въ случаяхъ прямо указанныхъ въ законѣ, аналогія и распространительному толко-

ванію здѣсь не должно быть мѣста, а потому у насъ не остается другого выхода, какъ признать, что предварительный договоръ о дарении недвижимости у насъ можетъ быть совершенъ и словесно.

Запродажа движимостей на практикѣ, по отзывамъ лицъ судебного вѣдомства¹⁾, встрѣчается крайне рѣдко. Главное практическое значеніе ея заключается въ томъ, что посредствомъ ея совершались договоры о продажѣ вещей, не принадлежащихъ продавцу въ моментъ заключенія сдѣлки на правѣ собственности²⁾, а также вещей находящихся подъ запрещеніемъ. Поэтому и практическое значеніе предварительнаго договора о дарении будетъ зависѣть отъ того, распространяется-ли на дареніе, установленное закономъ только относительно купли-продажи запрещеніе отчуждать вещи чужія и находящіяся подъ запрещеніемъ или не распространяется, т. е. является-ли отсутствіе подобныхъ запрещеній относительно даренія слѣдствіемъ момента безвозмездности, или-же здѣсь мы имѣемъ дѣло съ неполнотою закона, которая должна быть восполнена въ смыслѣ распространенія вышеуказанныхъ запрещеній на дареніе по аналогіи? Въ статьѣ „О возмездномъ отчужденіи и приобретеніи вещей въ собственность“³⁾ мы пришли къ заключенію, что статьи эти не могутъ считаться находящимися въ зависимости отъ денежнаго характера эквивалента, а потому онѣ должны относиться не только къ куплѣ, но и ко всѣмъ другимъ сдѣлкамъ, имѣющимъ содержаніемъ возмездную передачу вещей въ

¹⁾ *Проектъ гражд. Улож.* Кн. V т. I 1899 г. стр. 513; *contra Псаиченко* *op. cit.* стр. 263—264.

²⁾ *Кассо* *op. cit.* стр. 165; *Проектъ гражд. Улож.* *loc. cit.* Правила въ нашей литературѣ *Змировымъ* былъ высказанъ взглядъ, что и запродавать можно только свое имущество (*Жур. гр. и уг. пр.* 1882 г. № 3 стр. 57), но мнѣніе это основанное на томъ, что ст. 1682 т. X ч. I употребляетъ выраженіе „свое имущество“, въ литературѣ сочувствія не встрѣтило (см. *Ильиненко* *Ж. гр. и уг. пр.* 1889 г. № 5 стр. 42, *Шершеневичъ* стр. 337, *Анненковъ* т. IV стр. 408, *Трепичинъ*, *op. cit.* стр. 372—373 *Псаиченко* *op. cit.* стр. 269).

³⁾ Сборникъ въ память проф. *Шершеневича* стр. 209—210.

собственность. Нетрудно однако убедиться в томъ, что статьи эти не только не вызваны характеромъ эквивалента, но и что вообще наличие или отсутствие эквивалента здѣсь совершенно не при чемъ. Если взять, напримѣръ, запрещеніе отчуждать вещи, находящіяся подъ запрещеніемъ или арестомъ, то вѣдь „запрещенія“, какъ говоритъ Сенатъ¹⁾, „для того и налагаются, чтобы воспрепятствовать передачѣ этихъ вещей въ другія руки во вредъ лицу, по просьбѣ или претензіи котораго запрещеніе наложено“, а вредъ для этого лица будетъ совершенно одинаковъ, отчуждена ли вещь въ другія руки возмездно или безвозмездно. Такимъ образомъ получается, что правила эти должны относиться къ договорамъ, направленнымъ какъ къ возмездной, такъ и къ безвозмездной передачѣ вещи въ собственность. въ томъ числѣ, значитъ, и къ даренію²⁾. Однако это будетъ не совсѣмъ такъ. Несмотря на правильность вышеуказаннаго обобщенія, мы все-же полагаемъ, что къ даренію въ его цѣломъ оно не относится. Если моментъ безвозмездности или возмездности самъ по себѣ для анализируемыхъ правилъ значенія не имѣетъ, то есть другой моментъ, съ которымъ эти правила

¹⁾ С. р. 73/768.

²⁾ Въ русской литературѣ, однако, этотъ вопросъ нѣкоторыми юристами разрѣшался и въ отрицательномъ смыслѣ. Такого мнѣнія держался *Любавскій*, опиравшійся на то, что законъ запрещаетъ только продавать имѣніе, находящееся подъ запрещеніемъ, но о дареніи ничего не говоритъ, а „in dubiis causis pro libertate respondendum est“. *Любавскій* считаетъ это и рациональнымъ, т. к. купчая крѣпость есть актъ окончательный, устанавливающий безвозвратно переходъ права собственности отъ продавца къ покупщику, а дарственная запись вовсе не есть актъ окончательный: одаренный можетъ не принять дара или же сопроводить дареніе условіями, приостанавливающими его исполненіе (Судебный Вѣстникъ 1869 г. № 185). Этотъ взглядъ разделяетъ и *Устиновскій* на томъ основаніи, что нашъ законъ допускаетъ даренія условныя (см. у *Анненкова* т. IV стр. 309). Но это мнѣніе встрѣтило возраженія со стороны *Оршанскаго* (Жур. гр. и уг. пр. 1873 № 2 стр. 51) и *Анненкова* (т. IV стр. 312), указавшихъ вполнѣ резонно, что иначе запрещенія не имѣли-бы никакой силы, и что дареніе, какъ актъ распоряженія имуществомъ посредствомъ его отчужденія, совершенно одинаково по своему значенію съ куплей.

связаны неразрывно, а моментъ этотъ въ дареніи отсутствуетъ. Законъ нашъ вовсе не признаетъ недѣйствительными договоры, по которымъ одно лицо обязывается передать другому возмездно вещь въ данный моментъ чужую или состоящую подъ запрещеніемъ—онъ признаетъ недѣйствительной только куплю-продажу такихъ вещей, что можетъ имѣть разумное объясненіе только съ той точки зрѣнія, которая отстаиваетъ переходъ права собственности при куплѣ съ момента согласенія. Поэтому и вышеуказанное обобщеніе должно относиться только къ договорамъ, влекущимъ за собой передачу права собственности съ момента согласенія. Между тѣмъ, какъ мы выше установили, дареніе, въ отличіе отъ купли, не раздѣляется на договоры аналогичные куплѣ-продажѣ въ тѣсномъ смыслѣ и поставкѣ и можетъ имѣть своимъ содержаніемъ безвозмездную передачу въ собственность и вещей индивидуальных и вещей, опредѣляемыхъ родовыми признаками, вслѣдствіе чего вышеуказанное правило и можетъ относиться только къ даренію вещей первой категоріи. Этѣмъ, возможно, и объясняется, что законодатель нашъ не считъ возможнымъ, давая регламентацію даренія общаго характера, устанавливать относительно его запрещенія дарить вещи чужія или находящіяся подъ запрещеніемъ.

Если принять теорію традиціи, то запрещеніе продавать вещи чужія и находящіяся подъ запрещеніемъ является, какъ это сознаютъ и сами сторонники этой теоріи, трудно объяснимымъ. Но, несомнѣнно, было-бы еще болѣе страннымъ, если-бы это запрещеніе относилось только къ куплѣ или даже только къ возмезднымъ договорамъ о приобрѣтеніи вещей въ собственность. Поэтому и принявъ теорію традиціи приходится притти къ тому-же выводу, какъ и при теоріи согласенія, т. е. что запрещеніе отчуждать вещи чужія и находящіяся подъ запрещеніемъ относится и къ даренію, но только индивидуальных вещей, но не опредѣляемыхъ родовыми признаками.

Итакъ предварительный договоръ о дареніи движимости имѣетъ то-же практическое значеніе, какъ и запродажа движимости: такъ если продажа будущаго урожая должна быть конструирована какъ запродажа, то аналогичный безвозмездный

договоръ о будущемъ урожаѣ будетъ предварительнымъ договоромъ о дареніи.

Въ результатъ сопоставленія договоровъ купли-продажи и даренія, у насъ получились, такимъ образомъ, слѣдующія различія между ними: 1) дареніе въ области безвозмездныхъ сдѣлокъ обнимаетъ собой то, что въ области возмездныхъ сдѣлокъ отнесено не только къ куплѣ-продажѣ, но и поставкѣ; 2) что какъ запродажа является предварительнымъ договоромъ о заключеніи купли-продажи, такъ и относительно даренія возможенъ аналогичный предварительный договоръ; 3) что въ то время какъ договоръ о возмездной передачѣ въ собственность вещей, опредѣляемыхъ родовыми признаками, такъ-же какъ и предварительный договоръ о совершеніи купли-продажи, по нашему праву должны совершаться въ письменной формѣ,— дареніе вышеуказанныхъ вещей и предварительный договоръ о дареніи могутъ быть заключены и словесно.

Въ то время какъ наше законодательство не препятствуетъ продавать родовыя имѣнія, предоставляя родственникамъ лишь право выкупа,—дарить родовыя имѣнія оно запрещаетъ, за исключеніемъ дареній въ пользу ближайшихъ родственниковъ¹⁾. Здѣсь мы имѣемъ существенное влияніе момента безвозмездности, объясняемое, несомнѣнно, тѣмъ, что въ исторіи борьбы началъ индивидуальной собственности съ правами рода первыя ранѣе всего восторжествовали въ области сдѣлокъ между живыми, тогда какъ въ области распоряженій имуществомъ на случай смерти права рода долго сохраняли свое значеніе, а такъ какъ посредствомъ дареній легко можно было-бы обходить запрещеніе распоряжаться имѣніемъ на случай смерти помимо родственниковъ, то на ряду съ запрещеніемъ завѣщать сохранилось и запрещеніе дарить эти имѣнія²⁾. Разсмотрѣніе во-

¹⁾ Ст. 967 т. X ч. I.

²⁾ Съ этой близостью дареній съ завѣщательными распоряженіями однако не всегда считались—такъ напримѣръ во Франціи дарить родовыя имѣнія было можно, точно также и у насъ въ Черниговской и Подгавской губерніяхъ.

проса, насколько дѣлесообразно это запрещеніе въ нашу задачу не входитъ. Наоборотъ въ статьѣ 969 т. X ч. I, запрещающей безвозмездное отчужденіе имѣній заповѣдныхъ, наследственныхъ, временно-заповѣдныхъ и пожалованныхъ на правѣ майоратовъ въ Западныхъ губерніяхъ никакого влияния момента безвозмездности нѣтъ, такъ какъ имѣнія эти запрещается отчуждать и по возмезднымъ сдѣлкамъ¹⁾.

Въ германскомъ правѣ имѣется особое постановленіе относительно дареній заключающихся въ обязательствѣ дарителя выплачивать одаренному періодически опредѣленныя суммы, или опредѣленное количество родовыхъ вещей (муки, сѣна, дровъ)—законодатель устанавливаетъ, что такое обязательство дарителя прекращается съ его смертью, если противное не было такъ или иначе обусловлено²⁾. Въ сущности законодатель предусматриваетъ здѣсь довольно рѣдкій случай, когда подобнаго рода обязательство дѣлается безъ указанія срока, т. е. если даритель обязывается уплачивать ренту, напримѣръ, до совершеннолѣтія одаряемаго, до бракосочетанія, до окончанія университета, до достиженія извѣстнаго возраста, или просто въ теченіе извѣстнаго срока и т. п., то несомнѣнно къ такимъ случаямъ предположеніе § 520 не относится, т. е. здѣсь именно „aus dem Versprechen sich ein anderes ergibt“. Вышеуказанное постановленіе есть просто правило толкованія и является слѣдствіемъ общаго принципа, хотя и не выраженнаго въ законѣ прямо, но тѣмъ не менѣе общепризнаннаго, что содержаніе договора даренія въ случаѣ сомнѣнія должно толковаться въ пользу дарителя³⁾. Въ нашемъ русскомъ правѣ такого постановленія не имѣется, хотя возможность подобнаго рода дареній, состоящихъ въ обязательствѣ періодическихъ взносовъ, безъ колебаній признается Сенатомъ⁴⁾, и мы полагаемъ, что и безъ постановленія, подобнаго § 520 В. Г. В.

¹⁾ Ст. 485, 493²⁾, 509 т. X ч. I.

²⁾ § 520 В. Г. В. Аналогичное правило даетъ и швейцарское уложеніе—art. 252.

³⁾ См. *Eggers Kommentar* В. V s. 549.

⁴⁾ С. р. 1910 № 91.

или art 252 Schw. Z. G. B., такого рода договоры должны толковаться и у насъ въ этомъ-же смыслѣ: прочную опору для такого вывода даетъ, по нашему мнѣнію, общее правило о толкованіи въ пользу должника, выраженное въ ст. 1539 п. 5 т. X. ч. I.

Весьма существенныя особенности по сравненію съ возмездными сдѣлками представляетъ регламентация западными законодательствами вопроса объ отвѣтственности дарителя за исполненіе принятыхъ имъ на себя по договору обязанностей. Въ германскомъ правѣ мы находимъ здѣсь прежде всего правило, что даритель отвѣчаетъ лишь за умыселъ и грубую неосторожность¹⁾. На основаніи этого правила при дарственномъ обѣщаніи даритель не будетъ считаться въ просрочкѣ при наличности съ его стороны только легкой небрежности, а передавшій уже даръ не будетъ отвѣчать за вредъ, причиненный по его легкой небрежности свойствами подаренной вещи имуществу одареннаго (напримѣръ подаренная лошадь оказалась больна заразительной болѣзью, которая перешла и на другихъ лошадей одареннаго). Подобное смягченіе отвѣтственности дарителя объясняется вполне естественнымъ и справедливымъ соображеніемъ, что къ лицу, дающему что-нибудь безвозмездно, обычно изъ великодушія и щедрости, нельзя примѣнять такую-же строгую мѣрку, какъ къ лицу, исполняющему обязанность, принятую на себя изъ соображенія собственныхъ выгодъ, за какое-либо вознагражденіе. Поэтому такое смягченіе отвѣтственности дарителя мы находимъ и въ другихъ законодательствахъ, — такъ напр. по швейцарскому праву вообще отвѣтственность должника смягчается, когда сдѣлка не имѣла цѣлью принести ему к. н. выгоды²⁾, а за ущербъ, понесенный одареннымъ вслѣдствіе полученія дара, даритель отвѣчаетъ лишь при наличности съ его стороны умысла или грубой неосторожности³⁾. Но наше русское право, къ сожалѣнію, не даетъ на

¹⁾ § 521 B. G. B.

²⁾ Schw. Z. G. B. art. 99 abs. 2.

³⁾ Schw. Z. G. B. art. 248 abs. I.

этотъ счетъ никакихъ указаній. Это обстоятельство не помѣшало, однако, нѣкоторымъ русскимъ юристамъ обсуждать отвѣтственность дарителя такъ-же, какъ и въ вышеуказанныхъ западныхъ законодательствахъ. Такъ *Анненковъ* утверждаетъ, что на дарителя должна лежать обязанность отвѣчать передъ одареннымъ въ случаѣ понесенія послѣднимъ какихъ-либо убытковъ отъ недостатковъ или пороковъ, бывшихъ присущими подаренной вещи, какъ напримѣръ въ случаѣ полученія имъ въ подарокъ какого-либо животнаго съ заразительной болѣзью, даритель долженъ возмѣстить издержки на лѣченіе этого животнаго и другихъ, заразившихся отъ него, и стоимость животныхъ отъ этой болѣзни пропавшихъ, если, разумѣется, только даритель зналъ о такихъ недостаткахъ подаренной вещи и скрылъ ихъ отъ одареннаго, или-же долженъ былъ о нихъ знать и не заявилъ ему о нихъ по грубой небрежности¹⁾. *Шершеневичъ* предусматриваетъ другой случай — невозможность исполненія дарителемъ обязательства передать опредѣленную вещь вслѣдствіе ея гибели. По мнѣнію *Шершеневича* отвѣтственность для дарителя здѣсь можетъ возникнуть только въ случаѣ злого умысла или грубой неосторожности, близкой къ первому. Мотивируетъ покойный профессоръ свое рѣшеніе тѣмъ, что „хотя отъ воли самого дарителя зависѣло установить обязательственное отношеніе, но если оно установлено, оно должно быть выполнено, тѣмъ болѣе, что одаренный, въ виду своего права, могъ сдѣлать соответствующія распоряженія и вступить въ сдѣлки; но, съ другой стороны, отвѣтственность его и не можетъ быть чрезмѣрной, въ виду безмезднаго характера сдѣлки, въ виду оказываемаго имъ благодаренія“²⁾.

Такимъ образомъ *Анненковъ* и *Шершеневичъ* полагаютъ, что у насъ даритель отвѣчаетъ лишь за умыселъ и грубую неосторожность. Но взгляды этотъ въ сущности является совершенно необоснованнымъ. Что въ виду безмезднаго характера

¹⁾ *Анненковъ* т. IV стр. 323.

²⁾ *Шершеневичъ* оп. cit. стр. 558.

сдѣлки, справедливо было бы возлагать на дарителя менѣе суровую отвѣтственность, чѣмъ на другихъ должниковъ, — съ этимъ мы безусловно согласны, но это соображеніе относится къ вопросу de lege ferenda, но не de lege lata. Смягченная отвѣтственность дарителя есть исключеніе изъ общаго правила объ отвѣтственности должниковъ, а такія исключенія могутъ быть признаваемы лишь при наличности прямого предписанія закона. Выводить же смягченіе отвѣтственности изъ чувства справедливости уже по тому одному нельзя, что если даже допустить существованіе принципа необходимости смягченія отвѣтственности должниковъ въ безвозмездныхъ обязательствахъ, то самыя предѣлы этого смягченія останутся совершенно произвольными — почему, въ самомъ дѣлѣ, такой должникъ будетъ отвѣчать за умыселъ и грубую неосторожность, а не за одинъ только умыселъ, почему, наконецъ, эту смягченную отвѣтственность не признавать въ формѣ отвѣтственности quam suis rebus, благо относительно безвозмездной поклажи такая отвѣтственность признается? Въ виду этихъ соображеній мы лично полагаемъ, что, въ отличіе отъ указанныхъ иностранныхъ законодательствъ, наше дѣйствующее русское право не придаетъ моменту безвозмездности вліянія смягчающаго отвѣтственность дарителя, какъ это признаетъ и *проф. Синайскій* ¹⁾.

Смягченіе отвѣтственности дарителя въ германскомъ правѣ выражается не только въ томъ, что даритель не считается влѣпшимъ въ просрочку въ нѣкоторыхъ случаяхъ, въ которыхъ всякій другой должникъ считается въ просрочкѣ, но и въ томъ, что самыя невыгодныя послѣдствія просрочки для дарителя нѣсколько смягчены — именно, согласно § 522 В. Г. В., прѣрочившій даритель освобождается отъ уплаты „Verzugszinsen“ ²⁾. Наше русское право и въ этомъ отношеніи никакого снисхожденія дарителю не дѣлаетъ.

¹⁾ *Синайскій* вып. II стр. 94.

²⁾ Подобную льготу для дарителя устанавливаетъ и швейцарское право — Schw. Z. G. B. art. 105.

Серьезное вниманіе обращаетъ германское право и на отвѣтственность дарителя за фактическіе недостатки и недостатки въ правѣ на подаренную вещь. Въ послѣднемъ случаѣ законодатель различаетъ отвѣтственность дарителя въ томъ случаѣ, когда онъ подарилъ или обязался передать въ видѣ дара вещь, принадлежавшую ему въ моментъ совершенія сдѣлки на правѣ собственности, отъ случая когда даритель обязался передать въ видѣ дара вещь, которой онъ въ этотъ моментъ еще не имѣлъ и которую онъ долженъ былъ сперва еще самъ приобрести. Въ первомъ случаѣ при обнаружившемся недостаткѣ въ правѣ на подаренную вещь даритель отвѣчаетъ лишь въ томъ случаѣ, когда онъ при заключеніи даренія звалъ объ этомъ недостаткѣ, но не сообщилъ о немъ одаряемому, намѣренно оставляя его въ заблужденіи; но и при этихъ условіяхъ даритель не обязанъ возмѣстить одаряемому весь ущербъ, причиненный потерей вещи или уменьшеніемъ ея цѣнности вслѣдствіе обнаружившихся на нее правъ третьихъ лицъ, а отвѣчаетъ лишь за такъ называемый „negative Vertragsinteresse“, т. е. за тотъ ущербъ, который одаряемый понесъ именно вслѣдствіе того, что считалъ вещь, не имѣющей недостатка въ правѣ — напримѣръ издержки на веденіе процесса съ лицомъ, предъявившимъ права на вещь, дорого стоющія затраты на улучшенія вещи, оставшіяся невозмѣщенными и т. п. Но если дѣло шло о вещи, которую даритель самъ сперва обязанъ былъ приобрести, то онъ отвѣчаетъ, какъ и продавецъ, за полный ущербъ; понесенный одареннымъ отъ евикціи, если только даритель при приобретеніи вещи звалъ о недостаткѣ въ правѣ или не узналъ о немъ вслѣдствіе собственной грубой небрежности ¹⁾. Такого рода смягченіе отвѣтственности дарителя является со стороны германскаго законодателя нововведеніемъ. Правда, и старая романистическая литература смягчала отвѣтственность дарителя за евикцію, но строила это смягченіе на иныхъ началахъ. На этотъ счетъ существовали три точки зрѣнія: одни признавали дарителя отвѣтственнымъ при дареніи

¹⁾ § 523 В. Г. В.

obligando въ полной мѣрѣ, а при дареніи dando лишь при наличности со стороны дарителя злого умысла; другіе учили, что даритель при всякомъ дареніи отвѣчаетъ только за dolus: трети, наконецъ, различали дареніе родовыхъ вещей отъ даренія вещей индивидуальныхъ, признавая дарителя въ первомъ случаѣ отвѣтственнымъ за эвикцію въ полной мѣрѣ, а во второмъ случаѣ, безразлично совершалось ли дареніе dando или obligando, даритель отвѣчалъ только за dolus¹⁾. Эта послѣдняя точка зрѣнія, выставленная *Koch*омъ²⁾, была господствующей, и на ней стоялъ первый проектъ германскаго гражданскаго уложенія. Выдвинувъ новый моментъ—различіе между дареніемъ вещей, принадлежащихъ дарителю, и дареніемъ вещей, которыхъ даритель еще долженъ самъ приобрести,—германское уложеніе въ первомъ случаѣ освобождаетъ дарителя отъ отвѣтственности за эвикцію, устанавливая предположеніе, что даритель здѣсь вовсе не имѣетъ въ виду предоставить одаряемому опредѣленное право, а желаетъ просто предоставить известный предметъ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ самъ его имѣетъ³⁾; что касается до сравнительно болѣе тяжелой отвѣтственности дарителя при дареніи вещей, не принадлежавшихъ ему въ моментъ заключенія сдѣлки на правѣ собственности, то относительно конструкции этой отвѣтственности нѣмецкіе юристы расходятся во взглядахъ—одни считаютъ, что приобретение дарителемъ вещи, которую онъ обѣщалъ подарить, является исполненіемъ принятой имъ на себя по договору даренія обязанности, а при исполненіи такихъ обязанностей даритель, согласно § 521, отвѣчаетъ за умыселъ и грубую неосторожность⁴⁾, другіе по-

¹⁾ См. *R. Metz* „Haftung für Eviktion bei Schenkung u. Vermächtnis“. Diss. Erlangen 1895 г. s. 11—13.

²⁾ *Koch* „Commentatio juridica de evictione in donatione non indistincte praestanda“. Giessen 1774 г.

³⁾ Protokoll. B. II s. 26; *Oertmann* zu § 523 anm. 1; *Planck* zu § 523 anm. 1 a.

⁴⁾ *Planck* zu § 523 anm. 1 b; къ нему примыкаютъ: *Schmidt* „Die Haftung des Schenkers für Mängel im Recht und für Mängel der verschenkten Sache“ Diss. Greifswald 1902, s. 47; *Fabian* „Die Gewährleis-

лагаютъ, что здѣсь законодатель призналъ за дарителемъ „Ver-schaffungspflicht“, т. е. обязанность предоставить одаряемому опредѣленное право на даримую вещь¹⁾²⁾.

Швейцарское право также смягчаетъ отвѣтственность дарителя за эвикцію: Art. 248 abs. 2. гласитъ „Er (der Schenker) hat ihm für die geschenkte Sache oder die abgetretene Forderung nur die Gewähr zu leisten, die er ihm versprochen hat“. Это постановленіе швейцарскіе юристы объясняютъ слѣдующимъ образомъ: отвѣтственность за недостатокъ въ правѣ не вытекаетъ изъ понятія даренія, т. е. нормально даритель желаетъ предоставить одаряемому не больше права, чѣмъ самъ имѣетъ; если же изъ обстоятельствъ дѣла обнаруживается, что даритель дарилъ опредѣленное право, то за исполненіе принятой имъ на себя обязанности онъ отвѣчаетъ по общему правилу art. 248 abs. 1, т. е. лишь въ случаѣ умысла и грубой неосторожности, и только если даритель прямо принялъ на себя по договору отвѣтственность за право, онъ отвѣчаетъ по тѣмъ же правиламъ, что и продавецъ³⁾.

Любопытно, что хотя въ Code Civil и не имѣется правль относительно отвѣтственности дарителя за эвикцію, но

tungspflicht des Schenkers“ Diss. Erlangen 1899 s. 40, *Cohn* „Die Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung wegen Mangels im Rechte nach Gem. Recht u. B. G. B.“ Diss. Marburg 1903 s. 56—59; *Frauen* „Haftung des Schenkers einer Forderung“ Diss. Erlangen 1909 s. 44.

¹⁾ *Oertmann* zu § 523 anm. 2 c; къ нему примыкаетъ *Staudinger* zu § 523 anm. 2 b., *Bendix* (Arch. B. R. V. 32 s. 340).

²⁾ Надо замѣтить, что съ точки зрѣнія политики права постановленія герм. уложенія относительно отвѣтственности дарителя за эвикцію встрѣтили въ литературѣ нападку; большинство юристовъ считаетъ рѣшеніе господствовавшее въ романистической литературѣ болѣе правильнымъ: если даже конструировать отвѣтственность дарителя какъ слѣдствіе § 521, то и здѣсь надо признавать дарителя отвѣтственнымъ, когда онъ даритъ родовыя вещи хотя-бы принадлежащія ему, т. к. здѣсь на лицо обязанность дарителя выбрать вещи, принадлежавшія ему на правѣ собственности (см. *Fabian*, s. 46—47, *Metz* s. 62, *Cohn* s. 64, *Schollmeyer* s. 28).

³⁾ *Oser* въ *Eggers Kommentar* B. V art. 248 anm. 4 a.

французские юристы в данном вопросе в общем стоят на той же точке зрения, что и законодательства германское и швейцарское—т. е. что даритель за эвекцию не отвечает, т. е. предполагается, что он дарил вещь в том состоянии, в каком он сам имел ее, т. е. с риском эвекции. Отвѣчает даритель за эвекцию по исключению лишь в том случае, если он принял на себя такую ответственность по договору, а также если дар был сдѣланъ в качестве приданого¹⁾.

Положение данного вопроса в русском правѣ нѣсколько сходно съ тѣмъ, что имѣет мѣсто во Франціи—законодатель не даетъ никакихъ указаній относительно ответственности дарителя за недостатки вѣщъ, а юристы полагаютъ, что такой ответственности даритель не подлежитъ, при чемъ однако *Анненковъ* оговаривается, что на основаніи 684 ст. т. X ч. I даритель отвѣчаетъ за тѣ издержки, которыя одаренный понесетъ на улучшеніе и поддержаніе въ должномъ состояніи эвектированнаго имущества, а также за издержки, понесенныя по веденію процесса, если даритель скрылъ недостатки вѣщъ или же долженъ былъ о немъ знать и не заявилъ о немъ по грубой небрежности. При этомъ юристы, высказывающіе подобный взглядъ, или вовсе не обосновываютъ его²⁾, или ограничиваются краткимъ замѣчаніемъ, что это свойство дара, какъ безмезднаго способа пріобрѣтенія—по словицѣ „даровому коню въ зубы не смотрять“³⁾. Между тѣмъ дѣло обстоитъ въ дѣйствительности далеко не такъ просто. Характерной особенностью русскаго права является не только то, что оно молчитъ объ очисткѣ при дареніи, но и то, что оно не регламентируетъ обязанности оцѣтки и въ куплѣ продажѣ за исключеніемъ статьи 1427-ой т. X ч. I-ой, относящей условіе объ очисткѣ къ числу условій произвольныхъ, т. е. возлагающей на продавца ответственность за эвекцию только

¹⁾ Art. 1440 et 1547 Code Civil.

²⁾ *Анненковъ*, т. III стр. 159 и 168; *Товстольскъ* „Дареніе по дѣйствующему праву“ Ж. М. Ю. 1906, № 8 стр. 20.

³⁾ *Побѣдоносцевъ* т. I стр. 283.

въ томъ случаѣ; если онъ прямо принял эту ответственность на себя по договору. Если основываться на этой статьѣ, то, конечно, надо призвать и дарителя свободнымъ отъ ответственности за эвекцию, но, какъ извѣстно, и литература¹⁾ и судебная практика²⁾, вопреки буквальному смыслу статьи 1427-ой, признаютъ продавца ответственнымъ за эвекцию и тогда, когда въ договорѣ на этотъ счетъ не было никакихъ указаній. И рѣшеніе это мы считаемъ безусловно правильнымъ. Продавецъ по договору обязывается передать вещь въ собственность, почему если вещь у покупателя эвектируется, то значить продавецъ своей обязанности не исполнилъ и долженъ нести ответственность по правиламъ о неисполненіи должникомъ своихъ обязанностей, т. е. иначе у купли-продажи будетъ отнято все ея юридическое значеніе. То-же самое получается и при такъ называемой частичной эвекціи—напримѣръ когда обнаруживаются различныя другія права третьихъ лицъ на проданную вещь: право собственности по природѣ своей неограничено, почему если продавецъ обязался передать вещь въ собственность, то надо предполагать, что онъ обязанъ передать вещь свободной отъ всякихъ правъ на нее со стороны постороннихъ лицъ, и если окажется, что вещь обременена такими правами, то продавецъ долженъ отвѣчать за неисполненіе принятой на себя по договору обязанности. Такимъ образомъ ответственность за эвекцию въ куплѣ-продажѣ есть логическое слѣдствіе того, что продавецъ обязанъ передать вещь въ собственность покупателю. Но и дареніе есть договоръ, по которому даритель обязывается передать вещь въ собственность, съ той лишь разницей отъ купли, что здѣсь нѣтъ вознагражденія—на какомъ-же основаніи даритель, въ отличіе отъ продавца, за эвекцию не отвѣчаетъ, какимъ образомъ это послѣднее обстоятельство можетъ быть вызвано моментомъ безвозмездности? Отвѣтъ на этотъ вопросъ легко можетъ быть данъ съ точки зрѣнія тѣхъ юристовъ, которые полагаютъ,

¹⁾ См. *Шершеневичъ* стр. 582—583; *Анненковъ* т. III стр. 155—159.

²⁾ С. р. 71/1121, 92/61 и др.

что дареніе obligando не имѣетъ обязательной силы—подарилъ—хорошо, а обмануль даритель, также ничего не подѣлаешь, его на то добрая воля,—но эта точка зрѣнія, какъ мы выше доказывали, должна быть признана безусловно неправильной. Другое объясненіе, наиболѣе распространенное въ литературѣ, заключается въ томъ, что даритель въ рѣдкихъ случаяхъ даритъ точно опредѣленное право на вещь, а въ большинствѣ случаевъ онъ даритъ только то право, какое самъ имѣетъ на даримую вещь¹⁾. Но какъ-же это понимать? Неужели въ томъ смыслѣ, что когда, напримѣръ, дарится имѣніе, то дарится не право собственности на него и не какое-либо другое опредѣленное право, а то право, которое имѣлъ на имѣніе даритель—если имѣніе было его собственностью, то собственность, а не то такъ пользовладѣніе или, можетъ быть, ровно ничего—все выяснится впоследствии, смотря по тому, заявятъ на имѣніе свои права третьи лица или не заявятъ? Мы думаемъ, однако, что такое толкованіе явно невозможно и совершенно не соответствуетъ дѣйствительности, т. к. подобнаго рода сдѣлку фактически и нельзя совершить—въ частности ни одинъ нотаріусъ не утвердитъ подобнаго даренія недвижимости, когда неизвѣстно, какого рода право дарится. Поэтому остается понимать вышеуказанное объясненіе въ томъ смыслѣ, что дарится опредѣленное право, но всегда предполагается намѣреніе контрагентовъ устранить отвѣтственность за эвикцію, и это предположеніе логически вытекаетъ изъ природы безвозмездности. Но и это объясненіе мы считаемъ неприемлемымъ: отвѣтственность за эвикцію есть логическое слѣдствіе отвѣтственности за исполненіе принятаго на себя обязательства, а т. к. въ дареніи даритель принимаетъ на себя обязанность передать вещь въ собственность, и т. к. безвозмездность по общему правилу не устраняетъ отвѣтственности за исполненіе принятаго на себя безвозмездно обязательства, то логически даритель долженъ отвѣчать и за эвикцію—это есть дѣйствительно логически неизбежный выводъ изъ природы даренія и изъ общаго правила объ

¹⁾ См. Oser въ *Eggers Kommentar* стр. 563.

отвѣтственности за неисполненіе обязательствъ. Если законодатель можетъ сдѣлать для даренія въ данномъ случаѣ тѣ или иные отступленія отъ общаго правила, то предполагать такіа отступленія мы не имѣемъ никакого права. Что это дѣйствительно такъ, въ этомъ легко убѣдиться, обратившись къ правиламъ, устанавливаемымъ западными законодательствами относительно отвѣтственности дарителя за эвикцію: если бы освобожденіе дарителя отъ отвѣтственности за эвикцію вытекало изъ самой природы даренія, то несомнѣнно правила эти были бы одинаковы, между тѣмъ какъ въ дѣйствительности они далеко не одинаковы—какія-же изъ нихъ, спрашивается, соответствуютъ природѣ даренія и какія не соответствуютъ, и въ какихъ размѣрахъ и при какихъ условіяхъ надо освобождать дарителя отъ отвѣтственности за эвикцію, чтобы это было согласно съ природой даренія? Ясно, что на эти вопросы отвѣтить нельзя. Отсюда, мнѣ кажется, съ достаточной очевидностью вытекаетъ, что связь между освобожденіемъ отъ отвѣтственности за эвикцію и моментомъ безвозмездности имѣетъ исключительно политико-правовой характеръ и состоитъ въ томъ, что если человекъ даетъ другому вещь въ собственность безвозмездно, то кажется несправедливымъ возлагать на него отвѣтственность за эвикцію въ тѣхъ же размѣрахъ, какъ и на продавца, вслѣдствіе чего желательно установить для дарителя въ этомъ случаѣ отступленіе отъ общихъ правилъ объ отвѣтственности должниковъ за неисполненіе обязанностей, но это лишь политико-правное пожеланіе, обращенное къ законодателю, но не имѣющее значенія *de lege lata*, т. к. соображенія о справедливости и несправедливости не могутъ сами по себѣ отмѣнить и измѣнять общія правила объ отвѣтственности должниковъ за неисполненіе ихъ обязанностей. Вслѣдствіе всего сказаннаго мы приходимъ, въ противоположность къ принятому въ литературѣ взгляду, къ выводу, что *de lege lata* даритель отвѣчаетъ по русскому праву за эвикцію въ тѣхъ-же точно размѣрахъ, какъ и продавецъ, т. к. русское законодательство не даетъ и правила, что даритель отвѣчаетъ лишь за умыселъ и грубую не-

осторожность ¹⁾. Благодаря этому получается существенное отличие русского права от западных законодательств, признающих за моментом безвозмездности влияние, смягчающее ответственность за евикцію. Въ этомъ отношеніи наше законодательство отличается даже отъ французскаго права, гдѣ хотя также въ законѣ нѣтъ указаній на освобожденіе дарителя отъ ответственности за евикцію, но это освобожденіе можетъ быть до нѣкоторой степени обосновано тѣмъ, что Code Civil, регламентируя ответственность продавца за евикцію, объ ответственности дарителя молчитъ, чѣмъ даетъ указаніе на то, что нормы объ евикціи къ даренію непримѣнимы. Но высказываясь за ответственность дарителя за евикцію по русскому праву de lege lata, мы, конечно, далеко не склонны защищать такое положеніе вещей de lege ferenda.

Нѣкоторыя и довольно существенныя особенности установлены германскимъ закономъ и для ответственности дарителя за недостатки въ подаренной вещи. Wandlung и Minderung, сама собой понятна, здѣсь непримѣнимы. Остается возможность взыскивать вознагражденіе за ущербъ при „arglistige Verschweigen“. Но здѣсь законъ ²⁾ смягчаетъ ответственность, требуя вознагражденія лишь за negative Interesse. Кромѣ того, какъ и въ вопросѣ объ ответственности за недостатки въ правѣ, законъ различаетъ, подарена-ли была вещь собственная или такая, которую даритель обязался сперва приобрести, и въ послѣднемъ случаѣ, если общана была родовая вещь, и она оказалась съ недостаткомъ, то одаренный можетъ требовать предоставленія ему другой вещи безъ недостатка, если только при приобретеніи вещи даритель зналъ или не узналъ о недостаткѣ по своей грубой небрежности; если въ этомъ послѣднемъ случаѣ на сторонѣ дарителя было arglistige Verschweigen то, вмѣсто доставки новой вещи, одаренный можетъ требовать возмѣщенія всего ущерба за неисполненіе полностью. Законъ ничего не говоритъ

¹⁾ Такъ-же рѣшаетъ этотъ вопросъ *Синайскій* („Русское гражданское право“ вып. II 1915 г. стр. 94).

²⁾ § 524 B. G. B.

объ ответственности дарителя за отсутствіе въ вещи свойствъ прямо обѣщанныхъ или за наличность недостатковъ, отсутствіе которыхъ онъ обѣщаль дарителю, но надо полагать, что въ этомъ случаѣ онъ отвѣчаетъ по общему правилу объ ответственности дарителя за неисполненіе принятыхъ на себя обязанностей, т. е. лишь при наличности умысла или грубой неосторожности ¹⁾. Швейцарское право обсуждаетъ ответственность дарителя за фактическіе недостатки вещи по тѣмъ-же правиламъ, какъ и ответственность дарителя за недостатки въ правѣ ²⁾. Русское право и относительно ответственности дарителя за недостатки вещи не даетъ никакихъ указаній, а изъ юристовъ касается даннаго вопроса одинъ только *Анненковъ*, который рассматриваетъ его совершенно такъ же, какъ и вопросъ объ ответственности дарителя за недостатокъ въ правѣ, именно даритель не отвѣчаетъ за недостатки вещи, но если одаренный понесъ убытки отъ недостатковъ или пороковъ, бывшихъ присущими подаренной ему вещи, какъ напримѣръ, въ случаѣ полученія имъ въ подарокъ какого либо животнаго съ заразной болѣзью издержки на его лѣченіе, а также и на лѣченіе и другихъ его животныхъ, отъ него заразившихся, и убытки отъ животныхъ погибшихъ вслѣдствіе заразы, то даритель за эти убытки отвѣчаетъ на основаніи ст. 684 т. X ч. I, если даритель зналъ о такихъ недостаткахъ подаренной вещи и скрылъ ихъ отъ одареннаго, или-же долженъ былъ о нихъ знать и не заявилъ ему о нихъ по грубой небрежности ³⁾. Такъ какъ мы, въ противоположность *Анненкову*, признали дарителя ответственнымъ за евикцію въ полной мѣрѣ, то казалось-бы, что и за фактическіе недостатки даритель долженъ былъ-бы отвѣчать такъ же, какъ и продавецъ. Но этотъ выводъ въ качествѣ предпосылки предполагаетъ признаніе ответственности за недостатки вещи по природѣ своей аналогичной съ ответственностью за недостатки въ правѣ, т. е. ответвен-

¹⁾ *Fabian*, op. cit. s. 72.

²⁾ Art. 248 Schw. Z. G. B.

³⁾ *Анненковъ* т. IV стр. 323, т. III стр. 168.

ностью за неисполнение принятой на себя продавцом или дарителем по договору обязанности. И действительно такая конструкция ответственности за недостатки вещи широко распространена в немецкой литературе: *Dernburg*¹⁾, *Kisch*²⁾, *Tietze*³⁾, *Endemann*⁴⁾, *Schöller*⁵⁾, *Knott*⁶⁾ и нѣк. другіе юристы полагаютъ, что продавецъ обязанъ доставить вещь безъ недостатковъ, это „Erfüllungspflicht“ или иначе „Leistungspflicht“ такъ-же, какъ и обязанность передать право собственности на проданную вещь. Но эта точка зрѣнія встрѣтила возраженія со стороны *Schollmeyer*⁷⁾, который убѣдительно, на нашъ взглядъ, доказалъ, что изъ договора купли-продажи вовсе не вытекаетъ его ipso обязанность продавца доставить вещь безъ недостатковъ, и если законъ возлагаетъ на него въ извѣстныхъ случаяхъ ответственность за недостатки вещи, то это есть особая установленная закономъ „Gewährleistungspflicht“. И действительно нельзя не признать, что между ответственностью за евицію и ответственностью за недостатки вещи лежатъ существенная разница: купля-продажа предполагаетъ обязанность продавца передать покупателю право собственности на вещь, безъ этой обязанности нѣтъ и купли-продажи, между тѣмъ какъ купля-продажа вовсе не предполагаетъ передачу вещи абсолютно безъ недостатковъ. Достоинство и недостатокъ вещи понятія относительныя—что въ одномъ случаѣ разсматривается, какъ недостатокъ, въ другомъ случаѣ будетъ счи-

¹⁾ *Dernburg* „Das bürgerliche Recht“ B. II Aufl. 3 1905—1906 § 185.

²⁾ *Kisch* „Unmöglichkeit d. Erfüllung“ 1900 s. 193 ff.

³⁾ *Tietze* „D. Unmöglichkeit d. Leistung“ 1900 s. 274.

⁴⁾ *Endemann* „Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts“ B. I Aufl. 8. § 161 Anm. 31.

⁵⁾ *Schöller*, Gruch. Beitr. B. 46 s. 19 ff.

⁶⁾ *Knott* „Die Bestimmungen des B. G. B. über die Haftung des Verkäufers für Mängel d. verkauften Sachen, verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit d. Leistung“. Diss. Halle 1903 s. 16.

⁷⁾ *Schollmeyer* „Erfüllungspflicht u. Gewährleistung für Fehler beim Kauf“ (Iher. Jahrb. B. 49, 1905).

таться достоинствомъ, это простыя свойства вещи, качества ея, и нѣтъ никакого основанія предполагать, что обязанность передать вещь въ собственность другому необходимо требуетъ передачи вещи, обладающей именно такими то свойствами. И купля-продажа и дареніе, какъ и всякія другія обязательства, требуютъ лишь, чтобы предметъ обязательства былъ такъ или иначе опредѣленъ (нельзя продать или подарить вообще вещь, муку, землю, а можно продать или подарить эту вещь, столько то пудовъ муки, такой то участокъ земли), почему продавецъ или даритель должны считаться исполнившими свою обязанность, если передали право собственности на вещь, соответствующую данному опредѣленію. Но вещь продаваемая или даримая можетъ быть опредѣлена различными признаками. Если она опредѣляется индивидуальными признаками—напр. лошадь „Вѣтерокъ“, это охотничье ружье,—то разъ продавецъ передалъ именно это ружье или эту лошадь, то онъ исполнилъ свою обязанность, хотя-бы лошадь оказалась старой, а ружье съ раковинами въ обоихъ стволахъ, т. е. продавецъ обязался передать именно эту лошадь или это ружье, т. е. со всѣми ихъ индивидуальными качествами, свойственными въ моментъ заключенія сдѣлки, хороши они или плохи—безразлично. Къ такому выводу и пришелъ *Schollmeyer*, а также *Crome*¹⁾, *M. Wolff*²⁾, *Staudinger*³⁾, *Oertmann*⁴⁾ *Friedberg*⁵⁾ и нѣк. др. Правда, продавецъ могъ присовокупить при заключеніи сдѣлки, что лошадь „Вѣтерокъ“ молода, или что продаваемое ружье раковинъ не имѣетъ, но и въ этомъ случаѣ, если вещи по передачѣ окажутся не имѣющими обѣщанныхъ свойствъ, продавецъ долженъ считаться исполнившимъ свою обязанность, т. е. онъ не могъ же передать молодую лошадь „Вѣтерокъ“,

¹⁾ *Crome* „System d. deutschen bürgerlichen Rechts“ B. II.

²⁾ *M. Wolff* „Sachmängel beim Kauf“ (Iher. Jahrb. B. 56 1909).

³⁾ *Staudinger* Vorbemerkungen zu § 459.

⁴⁾ *Oertmann*, zu § 483.

⁵⁾ *Friedberg* „Verhältniss d. Mängelhaftung zur Erfüllung“ 1907. Diss. Rostock.

когда она была старой, и если онъ отвѣчаетъ передъ покупателемъ, то не за неисполненіе обязательства, а на основаніи принятаго имъ на себя ручательства, что вещь обладаетъ известными свойствами („Garantiepflicht“)¹⁾. Иное дѣло, если должникъ обязался передать право собственности на вещи, опредѣленные родовыми признаками, напримѣръ 10 пудовъ муки: когда рѣчь шла объ индивидуальной вещи, то индивидуальность ея опредѣляла заранѣе ея свойства, должникъ долженъ былъ доставить лошадь „Вѣтерокъ“ такой, какой она есть, но когда онъ обязался доставить 10 пудовъ муки, то онъ можетъ доставить муку и очень хорошую и никуда негодную, почему если для устраненія неопредѣленности стороны сами обуславливаютъ, какаго качества должна быть мука, или самъ законодатель въ качествѣ нормы восполнительной устанавливаетъ, что въ такихъ обязательствахъ должникъ долженъ доставить вещи средняго качества²⁾, то такого рода указанія опредѣляютъ, что долженъ исполнить должникъ, и если вещи окажутся не соответствующими требуемымъ качествамъ, то должникъ отвѣчаетъ за неисполненіе обязательства. Правда *Schollmeyer* считаетъ и здѣсь должника неисполнившимъ свою обязанность только тогда, когда вещи окажутся ниже средняго качества, а отвѣтственность его за другіе недостатки конструируетъ какъ „Gewährleistungspflicht“³⁾, но большинство изъ юристовъ, въ общемъ принявшихъ его точку зрѣнія, все-же разницу между родовыми и индивидуальными вещами проводятъ⁴⁾. Что точка зрѣнія *Schollmeyer*'а въ данномъ случаѣ является неправильной, видно изъ того, что, требуя передачи вещей

¹⁾ *Schollmeyer* loc. cit.; *Oertmann* loc. cit.; *Staudinger* loc. cit.; *Nowicki* „Wievweit ist der Verkäufer verpflichtet dem Käufer die Kaufsache frei von Mängeln und Fehlern zu liefern“? Diss. Erlangen 1907 s. 27; *Friedberg*, op. cit. s. 26—29; *M. Wolff* op. cit. s. 44.

²⁾ См. § 243 B. G. B.; Art. 71 Schw. Z. G. B.

³⁾ *Schollmeyer* op. cit. s. 97—102.

⁴⁾ Такъ напримѣръ *Oertmann* loc. cit., *M. Wolff* op. cit. s. 67, *Friedberg* op. cit. s. 35—36. *Nowicki* op. cit. s. 34 и ины. др.

средняго качества, законъ лишь восполняетъ отсутствіе соглашенія сторонъ, почему явно неправильно доставку вещи средняго качества относить къ „Erfüllungspflicht“, а доставку вещи условеннаго качества—къ „Gewährleistungspflicht“; точно также очевидно различіе между природой общаго и личности известныхъ свойствъ у индивидуальной вещи и такимъ-же общаіемъ относительно родовыхъ вещей—въ первомъ случаѣ должникъ лишь ручается, что данная вещь обладаетъ такими свойствами, но не въ силахъ доставить вещь съ такими свойствами, если она фактически ихъ лишена, а во второмъ случаѣ онъ принимаетъ на себя обязанность доставить именно вещь, обладающую такими качествами, а не какую-нибудь другую, и можетъ это исполнить

Въ результатѣ всего сказаннаго, если взять для примѣра германское право, у насъ получается слѣдующее положеніе вещей: по общимъ правиламъ объ исполненіи обязательствъ должникъ обязанъ передать общанную индивидуальную вещь съ такими свойствами, какія она имѣла въ моментъ заключенія сдѣлки, а родовыя вещи такого качества, какъ было условлено, или за отсутствіемъ такого условія, средняго качества; въ случаѣ если вещь не будетъ имѣть такихъ свойствъ, должникъ отвѣчаетъ за неисполненіе обязательства; относительно договора купли-продажи, а также и другихъ договоровъ, направленныхъ на возмездное отчужденіе вещей въ собственность, законъ повышаетъ требованія, предъявляемія къ должнику, считая его неисполнившимъ обязательство надлежащимъ образомъ, когда онъ передастъ родовыя вещи хотя и средняго качества, но съ недостатками, понижающими значительно ихъ стоимость или ихъ пригодность къ обычному или предполагаемому договоромъ употребленію; сверхъ того относительно возмезднаго отчужденія индивидуальныхъ вещей законъ возлагаетъ на должника особую отвѣтственность („Gewährleistungspflicht“), въ случаѣ если вещь окажется съ недостатками вышеуказаннаго характера. Отвѣтственность дарителя германскій законодатель въ § 524 нѣсколько смягчаетъ по сравненію съ отвѣтственностью продавца. Но это смягченіе относится лишь къ отвѣтственности за тѣ недостатки, о которыхъ говорить

§ 459 В. Г. В. ¹⁾). Отсюда слѣдуетъ, что даритель по общимъ правиламъ объ исполненіи обязательствъ обязанъ передать подаренную индивидуальную вещь съ такими свойствами, какія она имѣла въ моментъ заключенія сдѣлки, а родовыя вещи— такого качества, какъ было условлено, и за отсутствіемъ такого условія—средняго качества; въ случаѣ неисполненія этихъ условій даритель отвѣчаетъ однако не за всякую вину, а по § 521 лишь за умыселъ и грубую неосторожность. Но если подарены были вещи, опредѣляемыя родовыми признаками, и притомъ такія, которыя даритель сперва долженъ былъ самъ приобрести, то требованія, предъявляемыя къ дарителю усиливаются—онъ, какъ и продавецъ, обязанъ доставить вещи не только условленнаго или средняго качества, но и безъ недостатковъ, понижающихъ значительно ихъ стоимость или ихъ пригодность къ обычному или предполагаемому договоромъ употребленію ²⁾: въ случаѣ обнаруженія подобныхъ недостатковъ даритель считается неисполнившимъ свою обязанность и долженъ доставить другія вещи безъ недостатковъ, если онъ при приобретеніи вещей зналъ объ этихъ недостаткахъ или не зналъ по своей грубой небрежности, а если онъ зналъ о нихъ и „arglistig“ скрылъ ихъ отъ одареннаго, то можетъ быть присужденъ къ возмѣщенію одаренному полного ущерба отъ неисполненія обязательства. Кромѣ всего этого законъ возлагаетъ на дарителя, съ намѣреніемъ скрывшаго отъ одареннаго недостатка вещи, обязанность возмѣстить ущербъ, понесенный одареннымъ отъ этихъ недостатковъ. Это постановленіе, однако, имѣетъ своеобразное юридическое значеніе. По нему даритель отвѣчаетъ лишь за т. наз. negative Interesse—напр. подаренное животное заразило другой скотъ одареннаго и т. п.. Но отвѣтственность за такой ущербъ не стоитъ ни въ какой зависимости отъ надлежащаго исполненія обязанности

¹⁾ Planck § 524 ann. 1; Staudinger § 524 ann. 1 a.

²⁾ Что вещь можетъ быть средняго качества и въ то-же время обладать такими недостатками, наглядно доказываетъ примѣрамъ Scholmeyer (op. cit. стр. 100).

передать вещь извѣстнаго качества—животное можетъ исполнить удовлетворить обусловленнымъ въ договорѣ качествамъ и въ то-же время быть больнымъ заразительной болѣзью ¹⁾). Поэтому отвѣтственность за ущербъ здѣсь вытекаетъ не изъ ненадлежащаго исполненія обязательства, а изъ такъ называемаго положительнаго нарушенія договора, ученіе о которомъ впервые въ литературѣ разработано Staub'омъ ²⁾ и теперь является въ основныхъ чертахъ общепринятымъ въ нѣмецкой литературѣ и практикѣ ³⁾. Такимъ образомъ abs. I. § 524 В. Г. В., по сравненію съ остальными правилами этого параграфа, имѣетъ дѣйствительно особое значеніе—цѣль его смягчить отвѣтственность дарителя за положительныя нарушенія имъ договора. Смягченіе это выражается въ томъ, что въ то время какъ всякій должникъ, въ томъ числѣ и продавецъ, отвѣчаетъ за положительныя нарушенія договора при наличности всякой вины съ своей стороны,—даритель отвѣчаетъ лишь за „arglistige Verschweigen“, т. е. когда даритель зналъ о недостаткѣ и умолчалъ о немъ, зная, что одаренному недостатокъ неизвѣстенъ, и онъ можетъ потерпѣть ущербъ, иными словами даритель отвѣчаетъ только при наличности своеобразнаго умысла съ его стороны, но не за неосторожность ⁴⁾.

Такова въ общихъ чертахъ схема отвѣтственности продавца и дарителя за недостатки вещи по германскому праву. Говоримъ „въ общихъ чертахъ“ потому, что этотъ вопросъ въ германскомъ законодательствѣ и литературѣ до невѣроятности запутанъ, и мы не считали необходимымъ разбирать его во всѣхъ многочисленныхъ деталяхъ, а ограничились лишь общими сравненіемъ отвѣтственности продавца съ отвѣтственностью дарителя и выясненіемъ юридической природы этой

¹⁾ Oser въ Eggers' Kommentar B. V s. 314—315.

²⁾ Staub „Die positive Vertragsverletzungen“ 1904 г.

³⁾ См. хотя-бы Ennecerus op. cit. B. I Abt. 2. s. 150 ff.; также Oser loc. cit.

⁴⁾ Понятіе „arglistige Verschweigen“ и разграниченіе его отъ dolus и culpa довольно спорно—см. объ этомъ хотя-бы у Oertmann'a (op. cit. § 443 ann. 2) и у Staudinger'a (op. cit. § 460 ann. 3 a).

ответственности, что для насъ было необходимо для правильного разрѣшенія даннаго вопроса относительно русскаго права.

Въ русскомъ правѣ нѣтъ опредѣленныхъ указаній на ответственность продавца за недостатки вещи, но юристы наши признаютъ ее существующей приблизительно въ тѣхъ же размѣрахъ, какъ и на Западѣ. Но признаніе это обычно не является теоретически обоснованнымъ, а подтверждается ссылками на то, что это необходимый логически выводъ изъ обязанности контрагентовъ во всякомъ договорѣ исполнить его согласно условіямъ¹⁾. Мы видѣли, однако, при ближайшемъ разсмотрѣніи вопроса, что изъ этого общаго основанія вытекаетъ обязанность продавца лишь передать индивидуальную вещь въ томъ видѣ, въ какомъ она была въ моментъ заключенія договора, а вещи опредѣляемыя родовыми признаками—средняго качества²⁾ или такого, какъ было условлено контрагентами. Если вещь удовлетворяетъ этимъ требованіямъ, то продавецъ долженъ считаться исполнившимъ свою обязанность. Германское право, какъ мы видѣли, специальнымъ постановленіемъ повышаетъ эти требованія, возлагая на продавца особую *Garantiepflicht* за то, что продаваемая индивидуальная вещь не имѣетъ недостатковъ, понижающихъ значительно ея пригодность къ обычному или предполагаемому договоромъ употребленію, а относительно родовыхъ вещей счята продавца исполнившимъ обязанность лишь тогда, когда вещь не имѣетъ вышеуказанныхъ недостатковъ, но въ нашемъ правѣ такого спеціальнаго постановленія нѣтъ, а потому, вопреки мнѣнію нашихъ юристовъ, и нельзя считать продавца обязаннымъ доставить вещь, которая-бы соответствовала цѣли, для которой приобрѣталась³⁾, т. е. это было-бы уже отклоненіемъ отъ общихъ правилъ объ исполненіи обязательствъ, которое пред-

¹⁾ См. *Шершеневичъ* *op. cit.* стр. 534—535.

²⁾ Хотя въ законѣ на этотъ счетъ также нѣтъ указанія, но это требованіе единодушно признается нашими юристами—см. *Мейеръ* стр. 375, *Анненковъ* т. III стр. 81, *Шершеневичъ* стр. 584.

³⁾ См. *Шершеневичъ* ст. 534; *Анненковъ* т. III стр. 169.

полагаться не можетъ, особенно когда оно направлено къ отягощенію должника. Правда, статьи 1516 и 1518 т. X ч. I требуютъ, чтобы проданное движимое имущество было передано той самой доброты, какой оно должно быть на основаніи условія или предварительно по обоюдному согласію утвержденныхъ образцовъ, но если эти статьи относить и къ индивидуальнымъ вещамъ, то будетъ ясно, что они предусматриваютъ лишь случай, когда продавецъ далъ гарантію въ томъ, что проданная индивидуальная вещь дѣйствительно обладаетъ извѣстными качествами, и такимъ образомъ являются регламентирующими ответственность продавца за неисполненіе принятой имъ на себя добровольно „*Garantiepflicht*“—однимъ словомъ здѣсь мы имѣемъ дѣло съ ответственностью продавца изъ присоединеннаго къ договору купли особаго общанія, которое германскій законодатель также предусматриваетъ (т. наз. „*Zusicherung*“ опредѣленныхъ качествъ у вещи). Наконецъ, несомнѣнно, продавецъ и по русскому праву отвѣчаетъ за т. наз. положительныя нарушенія договора на основаніи общаго правила ст. 684 т. X ч. I. Такимъ образомъ въ результатъ получается, что никакой особой „*Gewährleistungspflicht*“ для продавца наше право не устанавливаетъ—онъ отвѣчаетъ за недостатки вещи, какъ и всякій другой должникъ по общимъ правиламъ объ исполненіи обязательствъ и объ ответственности за положительныя нарушенія договора, а сверхъ того лишь въ случаѣ представленія особаго ручательства за свойства вещи. Такова ответственность продавца, а такъ какъ нашъ законъ не даетъ никакихъ правилъ относительно смягченія ответственности дарителя, то надо признать, что и онъ отвѣчаетъ совершенно въ томъ-же объемѣ. Такимъ образомъ относительно ответственности дарителя за недостатки вещи мы пришли почти къ тому-же выводу, что и *Анненковъ*¹⁾, но только на основаніи иныхъ теоретическихъ соображеній—*Анненковъ* освобождаетъ дарителя отъ ответственности за

¹⁾ См. выше стр. 133.

недостатки, видя въ этомъ вызванное моментомъ безвозмездности отличіе отъ купли, а мы видимъ въ этомъ слѣдствіе того, что нашъ законъ такой особой отвѣтственности не устанавливаетъ не только для даренія, но и для купли, а изъ общихъ правилъ объ исполненіи обязательствъ эта отвѣтственность не вытекаетъ. Но, въ отличіе отъ *Анненкова*, мы подчеркиваемъ: 1) что освобожденіе дарителя отъ отвѣтственности за недостатки не устраняетъ отвѣтственности дарителя за неисполненіе обязательствъ, почему онъ отвѣчаетъ, если передастъ индивидуальную вещь не въ томъ видѣ, въ какомъ она была въ моментъ заключенія договора даренія, а родовыя вещи—ниже средняго качества или не обладающими тѣми свойствами, какъ это было условлено; 2) что за убытки понесенные одареннымъ отъ пороковъ или недостатковъ вещи (положительное нарушеніе договора) даритель отвѣчаетъ при наличности всякой вины съ своей стороны, а не только умысла или грубой небрежности, какъ это думаетъ *Анненковъ*, т. е. въ нашемъ правѣ нѣтъ указаній на смягченіе отвѣтственности дарителя въ этомъ отношеніи.

Весьма интересной особенностью даренія въ германскомъ правѣ, вызванной дѣйствительно вліяніемъ момента безвозмездности, является то, что здѣсь законодатель считается съ ухудшеніемъ матеріальнаго положенія дарителя. Онъ считаетъ противнымъ *Treu und Glauben*, когда одаренный требуетъ исполненія обѣщанія подарить въ то время, какъ это исполненіе ставитъ дарителя въ затруднительное положеніе. Въ силу этого дарителю предоставляется право отказаться исполнить свое обязательство, если, принимая во вниманіе другіе его долги, это исполненіе угрожаетъ ему невозможностью поддерживать свое существованіе согласно своему положенію или исполнить законную обязанность по содержанію своихъ близкихъ¹⁾. Если дареніе уже было исполнено, то наступленіе вышеуказанныхъ экономическихъ затрудненій даетъ право дарителю вытребовать свой даръ обратно, какъ неосновательное обогащеніе; одарен-

¹⁾ § 519 B. G. B.

ный, впрочемъ, можетъ отказаться отъ возвращенія, обязавшись вмѣсто этого выплачивать дарителю на содержаніе денежную ренту¹⁾. Возвращеніе дара не имѣетъ мѣста, если даритель умышленно или своей грубой неосторожностью создалъ себѣ стѣсненное матеріальное положеніе, или если со времени совершенія дара прошло 10 лѣтъ, или если возвращеніе дара грозитъ самому одаренному лишиться средствъ для существованія или возможности исполнить возложенную на него закономъ обязанность содержать своихъ близкихъ²⁾. Швейцарское право не допускаетъ возможности при наличности вышеуказанныхъ обстоятельствъ отобрать даръ, уже находящійся въ рукахъ одареннаго, но пока даръ еще не переданъ, а имѣется на лицо лишь одно обязательство подарить (*Schenkungsversprechen*), то законодатель также даетъ дарителю право отказаться отъ исполненія этого обязательства, если имущественное положеніе дарителя за это время такъ измѣнилось, что исполненіе даннаго обѣщанія для дарителя стало необычайно тяжелымъ³⁾. Въ связи съ этимъ постановленіемъ, аналогичнымъ по цѣли съ вышеуказанными правилами германскаго законодательства, швейцарское право даетъ дарителю, еще не исполнившему своего обѣщанія, право отказаться отъ исполненія, если послѣ заключенія договора возникли юридическія обязанности (конечно, имущественнаго характера) дарителя по отношенію къ его семейнымъ, каковыя обязанности ранѣе или вовсе не существовали или существовали въ значительно меньшемъ объемѣ⁴⁾. Хотя швейцарскіе юристы видятъ въ этомъ правилѣ проявленіе той же самой основной идеи, какъ и въ правилѣ art. 250 abs. 2—тамъ уменьшаются средства дарителя здѣсь увеличиваются потребности, что ведетъ къ однимъ и тѣмъ же результатамъ⁵⁾—но съ этимъ безусловно нельзя согласиться: у дари-

¹⁾ § 528 B. G. B.

²⁾ § 529 B. G. B.

³⁾ Art. 250 abs. 2 Schw. Z. G. B.

⁴⁾ Art. 250 abs. 3 Schw. Z. G. B.

⁵⁾ Oser въ Eggers Kommentar s. 566.

теля могут возникнуть новые обязанности семейно-правового характера, но это обстоятельство может и не создать для него затруднений относительно исполнения дарственного обещания, т. е. эти новые обязанности могут быть не особенно значительными по сравнению с его состоянием, или одновременно с возникновением этих обязанностей могут увеличиться и его средства. Отсюда ясно, что постановление это вовсе не является вытекающим из мысли, что несправедливо требовать исполнения дарственного обещания, когда, вследствие изменившихся обстоятельств, это исполнение для дарителя стало затруднительным, а есть скорее в несколько видоизмененном виде заимствование существующего в Code Civil правила римского происхождения об отобрании дара вследствие рождения у дарителя ребенка¹⁾. Еще при обсуждении Code Civil в Assemblée General du Conseil d'Etat это постановление встретило энергичные возражения, а в настоящее время французские юристы сами замечают, что мотивы его неясны²⁾, т. что вряд ли можно поставить в актив швейцарскому законодателю заимствование этого правила, да еще в более широком виде, чем во Францию.

В русском праве нет решительно никаких постановлений, которые бы давали дарителю право отобрать дар или не передавать его вследствие ухудшившегося имущественного положения или возникновения новых имущественных обязанностей семейно-правового характера.

За то общим для всех законодательств правилом является предоставление дарителю права отобрать дар обратно или не исполнить дарственного обязательства в случае проявления со стороны одаренного грубой неблагодарности по отношению к дарителю. Мотив этого постановления ясен — всякий дар есть до известной степени благодарение со стороны дарителя, а когда лицо облагодетельствованное платит за добро зломъ, наше нравственное чувство резко возмущается

¹⁾ l. 8 C. de revoc. donat. VIII 56; Code Civil art. 960—966.

²⁾ Baudry-Lacantinerie op. cit. s. 742—743; Planiol t. III p. 653.

и не может мириться с тем, чтобы неблагодарный одаренный продолжал спокойно пользоваться полученным благодеянием, в то же самое время грубо оскорбляя своего благодетеля или его близких. В германском праве этот вопрос регламентирован следующим образом: даритель может отобрать дар, если одаренный своим тяжким „Verfehlung“ по отношению к дарителю или его близким родственникам оказался виновным в грубой неблагодарности; наследники дарителя могут потребовать возврата дара, если одаренный умышленно и противозаконно убил дарителя или воспрепятствовал отобрать дар; отобрание дара происходит посредством заявления дарителя одаренному; возвращается дар, как неосновательное обогащение; отобрать дар нельзя, если даритель простил одаренного, или если прошел год с того времени, как даритель узнал об обстоятельствах, дающих право отобрать дар; после смерти одаренного отобрать дар уже нельзя; от права отобрать дар можно отказаться лишь после того, как неблагодарность стала известной одаренному¹⁾. Наше русское право не дает столь детальной регламентации, а ограничивается одним заявлением, что „если принявший дар учинить покушение на жизнь дарителя, причинять ему побои или угрозы, оклеветать его в каком либо преступлении, или вообще оказать ему явное непочтение, то даритель имеет право требовать возвращения подаренного“²⁾. Благодаря такой скудости регламентации неудивительно, что вопрос об отобрании дара по причине неблагодарности у нас порождает достаточное количество недоумительных вопросов. Прежде всего, наше право отличается от германского тем, что вместо общей формулы дает как бы перечисление случаев неблагодарности, вследствие чего естественно возникнет вопрос, является ли это перечисление исчерпывающим, или дар может быть отобран и при других проявлениях гру-

¹⁾ B. G. B. §§ 530—533. Швейцарское право посвящает этому вопросу art. 249, 250 abs. 1, 251; Code Civil—art. 955—958.

²⁾ Ст. 974 т. X ч. I.

бой неблагодарности, хотя бы непоименованныхъ въ ст. 974 т. X ч. I? Аналогичный вопросъ, возникшій во Франціи, гдѣ статья 955-ая также имѣетъ характеръ перечисленія, французскими юристами разрѣшается въ первомъ смыслѣ на томъ основаніи, что отобраніе дара по неблагодарности имѣетъ характеръ наказанія одареннаго, а такого рода мѣры должны всегда толковаться ограничительно¹⁾. И такое рѣшеніе имѣетъ прочную опору и въ самомъ текстѣ французскаго закона, прямо говорящаго въ началѣ статьи 955-ой „La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants“. Но въ русскомъ правѣ не только нѣтъ подобной фразы, но, наоборотъ, перечисленіе случаевъ грубой неблагодарности въ статьѣ 974-ой оканчивается обобщающей фразой „или вообще оказать ему явное непочтеніе“, изъ чего ясно вытекаетъ, что предшествующее перечисленіе имѣетъ характеръ только примѣровъ. Къ такому выводу и пришли нѣкоторые русскіе юристы²⁾, къ которымъ примынула и сенатская практика³⁾.

Какъ германское право, такъ и русское, говорятъ объ отобраніи дара по причинѣ неблагодарности, но не говорятъ о томъ, что если даръ не былъ еще переданъ, а было одно только обязательство, то въ случаѣ грубой неблагодарности даритель можетъ не исполнить своего обѣщанія. Швейцарское право этотъ случай, наоборотъ, прямо предусматриваетъ⁴⁾. Несмотря на молчаніе закона германскіе юристы распространяютъ, однако, это право отобрать даръ и на „Schenkungsverprechen“⁵⁾. Изъ русскихъ юристовъ къ такому-же выводу, безспорно вполнѣ правильно, пришелъ *Анненковъ*⁶⁾.

¹⁾ *Baudry-Lacantinerie* op. cit. p. 696; *Laurent* t. XIII n. 1; *Planiol* t. III p. 649.

²⁾ *Периеневичъ* стр. 560, *Анненковъ* т. IV стр. 326; за ограничительное толкованіе *Мейеръ* стр. 212, *Полатевъ* op. cit. стр. 86.

³⁾ С. р. 79/193

⁴⁾ Art. 250 abs. 1 Schw. Z. G. B.

⁵⁾ *Oertmann*, ann. 2 zu § 530, *Staudinger* ann. I zu § 530, *Planck* ann. 4 zu § 530, *Orloff* op. cit. s. 301.

⁶⁾ *Анненковъ* т. IV стр. 326—327.

По германскому праву даръ можетъ быть отобранъ и тогда, когда одаренный нанесъ тяжкое оскорбленіе не самому дарителю, а кому нибудь изъ его близкихъ семейныхъ, но нашъ законъ, какъ и французскій, говоритъ только объ оскорбленіи дарителя, вслѣдствіе чего возникаетъ сомнѣніе, можно-ли отобрать даръ, если одаренный оклеветалъ или оскорбилъ, напримѣръ, жену, мать, дѣтей дарителя? И этотъ вопросъ мы лично рѣшили-бы въ отрицательномъ смыслѣ. Конечно, съ точки зрѣнія политики права можно отстаивать противоположное рѣшеніе, но de lege lata нужно имѣть въ виду, что отобраніе дара по существу своему есть мѣра карательная и въ качествѣ таковой должна всегда толковаться ограничительно. Правда, выше мы только что высказались за распространеніе правила объ отобраніи дара на такъ наз. дарственные обязательства, но это было не распространительное толкованіе, а лишь логическій выводъ изъ самаго закона, такъ какъ 1) дарственное обязательство есть также даръ, 2) если отбирается уже переданный даръ, то тѣмъ болѣе должно терять силу дарственное обѣщаніе, потому что для одареннаго меньшимъ наказаніемъ является неполученіе обѣщаннаго, чѣмъ отобраніе уже прибрѣтеннаго въ собственность, а для дарителя, наоборотъ, гораздо тяжелѣе въ моральномъ отношеніи исполнять обѣщанное благодѣяніе лицу, его оскорбившему, чѣмъ примириться съ тѣмъ, что у оскорбителя остается имущество, нѣкогда имъ подаренное. Наоборотъ, изъ установленія закономъ карательной мѣры за оскорбленіе дарителя отнюдь не вытекаетъ логически необходимость примѣненія этой мѣры въ случаѣ оскорбленія кого-либо изъ близкихъ дарителя, такъ какъ это значило-бы дѣйствительно расширять требованія, предъявляемыя къ одаренному—можно глубоко уважать дарителя, быть съ нимъ въ самыхъ дружескихъ отношеніяхъ и въ то-же время находиться въ ссорѣ съ его женой, отцомъ или сыномъ, отъ которыхъ одаренный и не принялъ-бы вовсе подарка; въ жизни подобныя отношенія далеко не рѣдко встрѣчаются, не говоря уже о случаяхъ, когда самъ даритель находится въ ссорѣ съ своими близкими.

Въ отличіе отъ германскаго права нашъ законъ ничего не говоритъ ни о значеніи прощенія дарителемъ одареннаго, ни о срокѣ, въ теченіе котораго даръ можетъ быть вытребованъ. Отсюда слѣдуетъ, что право это у насъ подлежитъ общему давностному сроку. Но прощеніе, по нашему мнѣнію, и у насъ лишаетъ дарителя права вытребовать даръ, такъ какъ оно въ данномъ случаѣ есть не что иное, какъ отказъ отъ права вытребовать даръ, а такой отказъ отъ права нѣтъ основанія признавать не имѣющимъ силы.

Французское¹⁾ и германское²⁾ законодательства прямо устанавливають, что право отобрать даръ принадлежитъ дарителю только противъ самого одареннаго, но не его наследниковъ. То-же самое признается юристами и относительно швейцарскаго права³⁾. Наше законодательство содержитъ на этотъ счетъ слѣд. постановленіе: „по смерти принявшаго даръ, онъ переходитъ на законномъ основаніи къ его наследникамъ; даритель не можетъ отъ нихъ требовать возвращенія подареннаго, если только о томъ между дарителемъ и принявшимъ даръ, на основаніи статьи 975, не было положено особаго условія“. Изъ сопоставленія этой статьи со статьей 974-ой ясно видно, что и наше право держится такого-же взгляда, какъ и западные законодательства. Но относительно наследниковъ дарителя между западными законодательствами разногласіе: германское право признаетъ право вытребовать даръ не переходящимъ по наследству, за исключеніемъ лишь указаннаго въ законѣ случая, когда это право впервые возникаетъ въ лицѣ наследниковъ; французское право сперва привозмашаетъ принципъ неперехода къ наследникамъ, но тутъ-же рядомъ устанавливаетъ въ качествѣ исключенія, что если даритель умеръ въ теченіе года со времени совершенія оскорбленія, то наследники до истеченія этого года могутъ потребовать возвращенія дара, а т. е. и даритель могъ требовать возвращенія дара лишь

¹⁾ Art. 957 al. 2 C. Civil.

²⁾ § 532 B. G. B.

³⁾ Oser въ Eggers Kommentar B. V s. 567.

въ теченіе этого года¹⁾, то получается, что это исключеніе совершенно уничтожаетъ самое правило, и что право отобранія переходитъ къ наследникамъ по преемству²⁾; швейцарское право соединяетъ обѣ системы, съ одной стороны прямо признавая переходъ права отобрать даръ къ наследникамъ, а съ другой стороны признавая это право впервые возникающимъ у наследниковъ въ тѣхъ-же случаяхъ, какіе указаны въ германскомъ правѣ. Нашъ законъ молчитъ по этому вопросу, но юристы наши признаютъ право отобранія чисто личнымъ, принадлежащимъ только дарителю³⁾. И рѣшеніе это слѣдуетъ признать вполне правильнымъ, т. е. право отобранія дара имѣетъ то значеніе, что устраняетъ морально-тягостное для дарителя положеніе видѣть своего оскорбителя спокойно пользующимся даромъ, между тѣмъ какъ наследники дарителя, не будучи сами оскорбленными, этого тягостнаго чувства не испытываютъ, да и вообще оскорбленъ былъ только даритель и только онъ одинъ, а не наследники, является судьей въ этомъ дѣлѣ, и предполагать, что даритель, если-бы остался живъ, никогда бы не простилъ нанесеннаго ему одареннымъ оскорбленія, значило-бы устанавливать предположеніе противное современной, проникнутой ученіемъ христіанства, морали. Такъ какъ законъ нашъ говоритъ только о правѣ отобранія дара дарителемъ, но не предусматриваетъ возникновенія этого права непосредственно въ лицѣ его наследниковъ, то послѣдніе у насъ не имѣютъ этого права въ случаѣ убійства дарителя или оклеветанія его памяти одареннымъ.

¹⁾ Art. 957 al. 1 Code Civil.

²⁾ *Baudry-Lacantinerie* отсюда заключаетъ, что общее правило имѣетъ лишь тотъ смыслъ, что право потребовать даръ обратно лично у наследниковъ не возникаетъ—напримѣръ въ случаѣ оскорбленія памяти покойнаго дарителя наследники этого права не имѣютъ (op. cit. p. 714).

³⁾ *Мейеръ* стр. 212—213; *Анненковъ* т. IV стр. 326; но, конечно, если требованіе уже предъявлено дарителемъ къ одаренному и только лишь не исполнено, то право возвращенія существуетъ и для наследниковъ дарителя и противъ наследниковъ одареннаго.

Существенная разница между западными законодательствами существует и относительно последствий предъявленія дарителемъ требованія о возвратѣ дара по причинѣ неблагодарности: по германскому и швейцарскому законодательствамъ одаренный въ данномъ случаѣ обязанъ вернуть даръ лишь въ предѣлахъ имѣющагося у него обогащенія, тогда какъ по французскому праву даритель возвращается въ то положеніе, какъ если-бы дареніе никогда не имѣло мѣста, т. что онъ обязанъ уплатить стоимость проданнаго, подареннаго или по его вѣдѣ погубшаго подарка, хотя-бы викакого обогащенія отъ него уже не осталось; изъ этого правила объ обратной сплѣ требованія объ отобраніи дара французское право допускаетъ только два исключенія: 1) отобраніе не имѣетъ силы по отношенію къ третьимъ лицамъ, приобрѣвшимъ права на подаренную вещь до заявленія объ отобраніи дара, и 2) плоды съ подаренной вещи одаренный возвращаетъ лишь съ момента предъявленія требованія о возвратѣ дара¹⁾. Наше право и этотъ существенный вопросъ оставляетъ безъ регламентаціи, вслѣдствіе чего, естественно, и въ судебной практикѣ и въ литературѣ на этотъ счетъ возникло не мало сомнѣній и разногласій. Прежде всего пришлось рѣшить вопросъ о природѣ принадлежащаго дарителю права отобранія—именно является-ли это вещнымъ правомъ (даритель виндицируетъ вещь, ставшую вслѣдствіе неблагодарности одареннаго его собственностью) или обязательственнымъ правомъ требованія? Изъ словъ проф. *Шершеневича*, что при возвращеніи дара „съ наступленіемъ извѣстнаго юридическаго факта одаренный лишается подаренной ему вещи, право собственности на которую вновь устанавливается въ лицѣ дарителя“²⁾, можно вывести, что онъ рѣшаетъ поставленный выше вопросъ въ пользу вещнаго права. Также, повидному, думаетъ и *Умовъ*, говорящій въ данномъ случаѣ „о возвращеніи права собственности къ дарителю и объ отвѣтственности неблагодарнаго одареннаго,

¹⁾ Art. 958 Code Civil.

²⁾ *Шершеневичъ* стр. 558.

какъ владѣльца недобросовѣстнаго“¹⁾. Наоборотъ, Сенатъ нашъ рѣшительно отвергнулъ эту точку зрѣнія, признавъ искъ дарителя о возвратѣ дара чисто личнымъ, а одареннаго сохраняющимъ право собственности и послѣ предъявленія къ нему этого иска²⁾. Къ этому взгляду примкнулъ и *Анненковъ*³⁾. И это послѣднее рѣшеніе мы лично считаемъ правильнымъ: право собственности, разъ приобрѣтенное, въ принципѣ не подлежитъ повороту, почему для признанія такого поворота необходимо категорическое предписаніе закона, а въ данномъ случаѣ законъ не только не даетъ такого предписанія, но, наоборотъ, говоря „даритель имѣетъ право требовать возвращенія подареннаго“, какъ-бы указываетъ, что это право требованія, а не виндикація: что право собственности не переходитъ eo ipso къ дарителю, видно также изъ того, что возвращеніе дара зависитъ отъ доброй воли дарителя—можетъ потребовать, а можетъ и простить.

Теперь другой вопросъ—обязанъ-ли одаренный вернуть даръ ex nunc или ex tunc, т. е. въ предѣлахъ ли наличнаго обогащенія или возстановить все, какъ если-бы никакого дара не было? Отвѣтить на этотъ вопросъ является весьма затруднительнымъ въ виду отсутствія какихъ либо указаній въ законѣ. Мы думаемъ, однако, что принять для русскаго права точку зрѣнія законодательства германскаго и возлагать на неблагодарнаго одареннаго отвѣтственность въ предѣлахъ только неосновательнаго обогащенія врядъ-ли возможно, т. к. въ германскомъ правѣ этотъ мягкій характеръ отвѣтственности прямо указанъ въ законѣ, а у насъ не только нѣтъ такого указанія, но статья 974-ая говоритъ о возвращеніи „подареннаго“, т. е. того, что было подарено, а не того, что сейчасъ осталось отъ подарка. Точно также не можемъ мы признать правильнымъ и распространенное въ русской литературѣ мнѣніе, будто одаренный отвѣчаетъ въ данномъ случаѣ по правиламъ, уста-

¹⁾ *Умовъ*, op. cit. стр. 99.

²⁾ С. р. 86/82.

³⁾ *Анненковъ* т. II стр. 87, т. IV стр. 326.

повлеченымъ для отвѣтственности добросовѣстныхъ владѣльцевъ¹⁾. Вся регламентація отвѣтственности добросовѣстнаго владѣльца исходитъ изъ того соображенія, что такой владѣлецъ не знаетъ о томъ, что вещь у него можетъ быть отнята, считаетъ ее своей настоящей безповоротной собственностью и распоряжается ей, совершенно непредвидя возможности какой либо отвѣтственности за необдуманность или неосторожность своихъ распоряженій. Между тѣмъ этой то психологій у одареннаго и нѣтъ, т. е. онъ знаетъ о возможности отобранія дара въ случаѣ, если онъ проявитъ явное непочтеніе по адресу дарителя, а проявленіе такого непочтенія всецѣло зависитъ отъ него одного. Поэтому воплѣ возможны случаи, гдѣ одаренный сознательно намѣревается въ будущемъ проявить явное непочтеніе къ дарителю и, предвидя неизбежность отобранія дара, распоряжается этимъ даромъ явно небрежно и тѣмъ уменьшаетъ его стоимость. Вслѣдствіе этого признавать одареннаго добросовѣстнымъ владѣльцемъ мы считаемъ невозможнымъ, а слѣдовательно нельзя примѣнять здѣсь по аналогіи и нормы объ отвѣтственности добросовѣстнаго владѣльца. Но какова же все таки будетъ отвѣтственность неблагодарнаго одареннаго? Мы думаемъ, что ничего другого не остается, какъ возможно точнѣ держаться смысла выраженія статьи 974-ой, говорящей о „возвращеніи подареннаго“. Терминъ этотъ, намъ кажется, нельзя иначе понимать, какъ въ томъ смыслѣ, что возвращено должно быть все, что приобрѣтено посредствомъ даренія, т. е. вещь со всѣми ея доходами и плодами, собранными одареннымъ. Если же неблагодарный одаренный не можетъ исполнить этой возложенной на него закономъ обязанности (напр. плоды потратить, вещь продать, подарить или испортить), то онъ отвѣчаетъ по общимъ правиламъ объ отвѣтственности за невозможность исполненія, происшедшую по винѣ обязаннаго лица, т. е. отвѣчаетъ за всякую вину свою, какъ умышленную, такъ и неосторожную.

¹⁾ Уловъ ор. cit. стр. 99—103; Любавскій „Юридическія монографіи и изслѣдованія“ т. III стр. 397; Анненковъ т. IV стр. 326; по второму также и Шершеневичъ, стр. 538—539.

Наконецъ, въ то время какъ въ Германіи даренія, являющіяся исполненіемъ нравственной обязанности и требованій приличія, не подлежатъ возвращенію обратно въ случаѣ неблагодарности и измѣненія матеріальнаго положенія одареннаго, русское право никакихъ исключеній для какихъ либо видовъ даренія въ этомъ отношеніи не дѣлаетъ.

Намъ остается теперь рассмотретьъ нормы, установленныя германскимъ законодателемъ относительно даренія, соединеннаго съ „Auflage“ (donatio sub modo). Нормы эти (§§ 525—527 B. G. B.) представляютъ немаловажный интересъ, какъ наглядный примѣръ такъ называемаго безсознательнаго законодательнаго творчества, да иного творчества и нельзя было ожидать по этому вопросу, разъ само понятіе „Auflage“, какъ мы видѣли въ первой главѣ данной работы, являлось совершенно невыясненнымъ въ литературѣ. При рассмотрѣніи этихъ нормъ мы находимся въ гораздо менѣе выгодномъ положеніи, чѣмъ при анализѣ вліянія момента безвозмездности въ другихъ институтахъ—до сихъ поръ методъ нашъ состоялъ въ томъ, что мы брали регламентацію известнаго института при наличности момента возмездности и, сопоставляя ее съ регламентаціей точно того же самаго института, но лишенаго возмездности, устанавливали характеръ вліянія возмездности или безвозмездности, между тѣмъ какъ относительно Auflage мы этого пути лишены по той причинѣ, что законодательство регламентируетъ Auflage исключительно только въ дареніи. Объясняется это обстоятельство тѣмъ, что современная литература единодушно считаетъ, что Auflage возможно только въ безвозмездныхъ слѣдкахъ¹⁾, но мнѣніе это мы, однако, считаемъ безусловно ни на чемъ не основаннымъ и невѣрнымъ. Auflage или modus, какъ мы выше установили,

¹⁾ См. Oertmann ann. I zu § 525; Oser въ Eggers Kommentar B V s. 539; A. Beeg „Die Auflage nach gem. Recht und Bürgerl. Gesetzbuch“ 1903 s. 42; Синайскій т. I. стр. 151—152. Наоборотъ Шершеневичъ воплѣ правильно замѣчаетъ, что нѣтъ основанія ограничивать допустимость наказовъ одними только безмездными слѣдками (Учебникъ, стр. 196); также Анненковъ Ж. М. Ю. 1905 № 4 стр. 45—46

есть не что иное, какъ принятая на себя однимъ изъ контрагентовъ по отношенію къ другому обязанность, являющаяся не эквивалентомъ обязанности этого другого контрагента, а ея уменьшеніемъ, ограниченіемъ. Но что мѣшаетъ на ряду съ Auflage принять на себя другую обязанность, уже являющуюся эквивалентомъ обязанности другого контрагента? Если я могу подарить лошадь съ тѣмъ, чтобы на ней ѣздили только верхомъ, но не въ упряжи, или могу подарить домъ съ паркомъ съ тѣмъ, чтобы паркъ не вырубался, то развѣ я не могу продать и лошадь и домъ съ возложеніемъ на покупателя точно такихъ-же обязанностей? Что это вполне возможно, въ этомъ никто, кажется, не сомнѣвается, но господствующее мнѣніе учитъ, что въ возмездной сдѣлкѣ подобнаго рода обязанности будутъ уже не Auflage, а частью эквивалента ¹⁾. Это объясненіе, однако, совершенно не выдерживаетъ критики, т. к. тѣ свойства, которыя лишаютъ Auflage характера эквивалента, несколько не измѣняются отъ того, что сверхъ обязанности не ѣздить на лошади въ упряжи или не рубить парка контрагентъ принимаетъ на себя еще обязанность уплатить известную денежную сумму; если же въ такой возмездной сдѣлкѣ обязанность не рубить паркъ будетъ частью эквивалента, то она должна быть признана таковой частью и при отсутствіи денежнаго вознагражденія, вслѣдствіе чего и donatio sub modo должно быть признано если не возмездной сдѣлкой, то по крайней мѣрѣ negotium mixtum cum donatione, между тѣмъ какъ такой выводъ противорѣчитъ и современнымъ законодательствамъ и общепринятому въ наукѣ ученію объ Auflage. Въ виду сказаннаго остается только пожалѣть, что современная литература оставила безъ вниманія высказанный еще старыми юристами взглядъ, что modus возможенъ не только въ безвозмездныхъ, но и возмездныхъ сдѣлкахъ ²⁾. Такимъ образомъ у насъ получилось, что Auflage можетъ имѣть мѣсто при

¹⁾ См. *A. Beeg* loc. cit.

²⁾ *Glück* „Pandekten“ Bd. IV 1796 s. 480 ff; *Hoffakker* „Principia juris civilis“ 1796 § 197.

всякихъ сдѣлкахъ, а т. к. законодатель ошибочно считалъ его возможнымъ только въ безвозмездныхъ сдѣлкахъ и регламентировалъ его только при соединеніи съ дареніемъ, то относительно этой регламентаціи уже нельзя сказать априорно, что она есть слѣдствіе вліянія момента безвозмездности, а приходится путемъ анализа каждой нормы выяснять, могла ли она быть слѣдствіемъ безвозмездности, или-же она теоретически должна относиться къ Auflage при всякихъ сдѣлкахъ и помѣшена въ отдѣлѣ даренія исключительно вслѣдствіе вышеуказаннаго ошибочнаго взгляда законодателя.

Первое правило, которое германскій законодатель даетъ относительно donatio sub modo, заключается въ томъ, что даритель можетъ требовать исполненія Auflage лишь послѣ того, какъ онъ съ своей стороны обѣщанное дѣйствіе исполнилъ, т. е. даръ передалъ одаренному ¹⁾. Постановленіе это не имѣетъ принудительной силы, и возможно, что въ договорѣ будетъ обусловлена обязанность одареннаго исполнить Auflage до полученія дара ²⁾. Оставляя въ сторонѣ вопросъ объ юридической конструкціи даннаго правила (является ли это простымъ указаніемъ, что исполненіе дара должно предшествовать исполненію Auflage, подобно §§ 551 и 641 B. G. B., или-же правило это устанавливаетъ реальный характеръ возникновенія права на исполненіе Auflage ³⁾), здѣсь мы легко можемъ констатировать, что оно не находится ни въ какой зависимости отъ момента безвозмездности, а является слѣдствіемъ природы Auflage, какъ ограниченія, уменьшенія того, что обязанъ исполнить другой контрагентъ, т. к. обычно нельзя ограничить или уменьшить то, чего еще нѣтъ. Въ этомъ легко убѣдиться, рассмотрѣвъ тѣ соглашенія, которыя обычно фигурируютъ въ качествѣ примѣровъ Auflage ⁴⁾. Развѣ можно исполнить обя-

¹⁾ § 525 abs. 1 B. G. B.

²⁾ *Haumann* „Die Schenkung unter einer Auflage“ 1905 s. 106; это прямо установлено швейцарскимъ законодателемъ—см. art. 246.

³⁾ *Haumann* op. cit. s. 96 ff.

⁴⁾ См. выше стр. 40—41.

зательство предоставить пользование садомъ семьѣ контрагента, пока этотъ садъ еще не переданъ, или выплачивать половину доходовъ съ капитала, пока капиталъ не полученъ, или ѣздить на лошади только верхомъ, пока лошадь не передана, или не отчуждать фамильной драгоценности, пока послѣдняя не находится въ распоряженіи обязаннаго лица, или не застраивать парка, пока паркъ не находится въ его собственности, или возвратитъ вещь по истеченіи извѣстнаго срока, пока вещь еще не получена и т. п.? Во всѣхъ этихъ случаяхъ изъ самаго свойства обязанностей вытекаетъ логически возможность исполненія ихъ только послѣ исполненія контрагентомъ своей обязанности, и это свойство ихъ нисколько не измѣнится, если обязанное лицо сверхъ того должно будетъ уплатить к. в. эквивалентъ. Отсюда слѣдуетъ, что правило § 525 abs. 1 B. G. B., какъ вытекающее изъ природы Auflage, должно относиться къ Auflage, къ какой-бы сдѣлкѣ послѣднее ни было присоединено—это общее правило объ Auflage, попавшее въ главу о дареніи исключительно вслѣдствіе ошибочнаго взгляда законодателя, будто Auflage возможно только въ безвозмездныхъ сдѣлкахъ.

Затѣмъ идетъ abs. 2 § 525 B. G. B., гласящій, что если исполненіе Auflage касается интересовъ общества, то послѣ смерти дарителя исполненія Auflage можетъ требовать и подлежащее учрежденіе (напримѣръ городская или церковная община и т. п.). Положеніе, создаваемое этимъ правиломъ, представляетъ много любопытнаго. Законъ здѣсь имѣетъ въ виду такое Auflage, которое только имѣетъ интересъ для общества, но вовсе не установлено въ пользу какого-нибудь общественнаго учрежденія, какъ третьяго лица. Поэтому въ сущности настоящимъ и единственнымъ кредиторомъ такого Auflage является самъ даритель, и пока онъ живъ, онъ можетъ распоряжаться своимъ правомъ, какъ ему будетъ угодно—можетъ требовать исполненія Auflage, но можетъ и простить или принять какое-нибудь другое исполненіе, взаимнъ обусловленнаго, хотя-бы это другое исполненіе не имѣло никакого общественнаго интереса. Въ случаѣ смерти дарителя всѣ принадлежащія ему права требованія по общему правилу пе-

реходятъ къ его наслѣдникамъ—въ томъ числѣ и право требовать исполненія Auflage. И этого права § 525 abs. 2 наслѣдника не лишаетъ, а только на ряду съ наслѣдникомъ предоставляетъ право требовать исполненія и подлежащему учрежденію—это ясно видно изъ словъ закона „auch die zuständige Behörde“. Такимъ образомъ получаются какъ-бы два кредитора къ одному и тому-же требованію. Какъ примирить ихъ права и какъ конструировать создавшееся положеніе вещей, объ этомъ составители закона совершенно не задумывались и ограничились краткимъ замѣчаніемъ, что постановленіе это кажется цѣлесообразнымъ для обезпеченія подобнаго рода Auflage, т. е. наслѣдники, не будучи сами заинтересованы въ ихъ исполненіи, легко могли-бы заключать съ одареннымъ разнаго рода соглашенія, освобождающія послѣдняго отъ Auflage¹⁾. Изъ этого замѣчанія ясно только, что наслѣдники, сохраняя право требовать исполненія Auflage, въ то-же самое время не могутъ путемъ прощенія, принятіемъ замѣны исполненія или к. в. другимъ путемъ погасить окончательно обязанность одареннаго, т. е. подобнаго рода акты не лишаютъ подлежащее учрежденіе возможности требовать исполненія Auflage. Въ виду всего этого неудивительно, что вопросъ о конструціи созданнаго закономъ своеобразнаго положенія вещей въ сущности до сихъ поръ остается открытымъ. Правда, *I. Kohler* высказалъ взглядъ, что право учрежденія отличается отъ права третьяго лица въ договорахъ въ пользу третьихъ лицъ тѣмъ, что учрежденіе не является кредиторомъ, оно имѣетъ только Anspruchъ безъ соответствующаго права требованія (Forderungsrecht)²⁾, и взглядъ этотъ встрѣтилъ поддержку у *Haymann*'а, который говоритъ, что учрежденіе имѣетъ лишь „Vollstreckungsmacht“ относительно принадлежащаго наслѣдникамъ дарителя права требованія³⁾, но замѣ-

¹⁾ *Protokolle* B. II s. 31.

²⁾ *I. Kohler* „Zwölf Studien zum B. G. B.“ Arch. f. B. R. B. 21 s. 259 ff.

³⁾ *Haymann* op. cit. s. 170—179.

чанія эти далеко не разъяснили окончательно конструкцию правъ наследниковъ и учрежденія, почему напр. *Oertmann* прямо заявляетъ, что дальнѣйшія изслѣдованія этого вопроса „sind dringend angeboten“¹⁾. Но швейцарское уложение, не дождавшись этихъ дальнѣйшихъ изслѣдованій, тѣмъ не менѣе смѣло заимствовало abs. 2 § 525²⁾. Но если догматическая конструкция даннаго постановленія германскаго законодателя вызываетъ сомнѣнія, то самое значеніе его нашло себѣ должную оцѣнку.—*Haumann* видитъ въ немъ „Trägerin eines überaus bedeutsamen und fruchtbringenden Rechtsgedankens“, „ein ausserordentlich bemerkenswerter Eingriff in die Machtgewalt des Gläubigers aus Gründen des Gemeinwohls“, являющійся не чѣмъ инымъ, какъ установленной самимъ закономъ экспроприаціей принадлежащаго кредитору исключительнаго права распоряжаться своимъ правомъ требованія Auflage³⁾. Но, спрашивается, въ какой же связи находится это постановленіе съ моментомъ безвозмездности? Мы думаемъ, что такой связи не существуетъ, и что правило это находится въ зависимости исключительно отъ характера modus'a, а характеръ той сдѣлки, въ которую такой modus включенъ, въ данномъ случаѣ совершенно безразличенъ. Въ самомъ дѣлѣ, интересовъ лица обязаннаго исполненіемъ modus'a это правило совершенно не затрагиваетъ—не все-ли равно для него, кто будетъ отъ него требовать исполненія modus'a, —наследники контрагента или подлежащее общественное учрежденіе? Но интересы наследниковъ контрагента здѣсь затрагиваются, они лишаются всей полноты распоряженія правомъ требовать исполненія modus'a, почему *Haumann* въ приведенной нами выше цитатѣ и характеризуетъ данное правило какъ „Eingriff in die Machtgewalt des Gläubigers“, а развѣ есть какое-нибудь разумное основаніе такое вмѣшательство допускать только тогда, когда кредиторъ этотъ выговорилъ

¹⁾ *Oertmann* aum. 2 b zu §525.

²⁾ Schw. Z. G. B. art. 246 abs. 2.

³⁾ *Haumann* op. cit. s. 177—179.

modus, имѣющій общественный интересъ, въ сдѣлкѣ безвозмездной, когда онъ въ большей или меньшей мѣрѣ оказалъ своему контрагенту благодареніе или просто любезность, а не тогда, когда сдѣлка была чисто дѣловаго характера—не значило-ли бы это какъ бы наказывать наследниковъ за то, что ихъ наследодатель благотворилъ, а не преслѣдовалъ въ данномъ случаѣ свои денежные выгоды? Но мы идемъ дальше и полагаемъ, что данное правило не только теоретически не находится въ зависимости отъ характера сдѣлки, въ которую включенъ modus, но что и догматически оно по аналогіи можетъ примѣняться къ modus'у во всѣхъ сдѣлкахъ. Правда, анализируемое постановленіе является грубымъ отклоненіемъ отъ основныхъ правилъ гражданскаго права, что, казалось-бы, должно говорить противъ допустимости аналогіи, но нужно принять во вниманіе, что, какъ мы выше говорили, законодатель, исходя изъ ошибочнаго представленія, что modus возможенъ только въ дареніи, не далъ общихъ нормъ о modus'ѣ, т. что данное постановленіе не является исключеніемъ изъ общихъ правилъ именно о modus'ѣ, а можетъ пониматься какъ исключеніе изъ общихъ правилъ гражданскаго права, установленное для modus'a вообще и отнесенное законодателемъ только къ modus'у въ дареніи потому, что возможность modus'a въ другихъ сдѣлкахъ законодателемъ не была предусмотрена.

Весьма интереснымъ постановленіемъ является и § 526 В. Г. В. По нему, если вслѣдствіе недостатка въ правѣ на подаренное имущество или фактическаго недостатка въ немъ стоимость дара не достигнетъ стоимости требуемыхъ на исполненіе Auflage издержекъ, то одаренный можетъ отказаться исполнить Auflage, пока недостающая сумма не будетъ ему доплачена; если одаренный уже исполнилъ Auflage, не зная о вышеуказанныхъ недостаткахъ, то онъ можетъ требовать съ дарителя возмѣщенія издержекъ на исполненіе Auflage, поскольку онѣ превышали стоимость дара. Несмотря на кажущуюся простоту этого постановленія, при ближайшемъ разсмотрѣннн оно оказывается теоретически трудно объяснимымъ. Въ самомъ дѣлѣ, на какомъ основаніи, пока, несмотря на

недостатки въ подаренной вещи или въ правѣ на нее, стоимость дара остается выше расходовъ по исполненію Auflage, даритель отвѣчаетъ за эти недостатки, какъ даритель, а стоитъ этимъ расходамъ превзойти стоимость дара, какъ даритель отвѣчаетъ за недостатки по § 526-ому? На первый взглядъ можетъ показаться, что обстоятельство это легко объясняется тѣмъ, что германскій законодатель считалъ дареніе съ Auflage за *negotium mixtum cum donatione*, въ которомъ чистымъ дареніемъ является лишь то, что остается послѣ исполненія Auflage, а остальная часть дара есть вознагражденіе за исполненіе Auflage, но въ дѣйствительности оказывается, что именно статьей 526-ой конструкція эта, какъ справедливо замѣчаетъ *Haumann*¹⁾, является прямо отвергнутой. Это вытекаетъ изъ того, что если-бы эта конструкція была принята закономъ, то въ случаѣ предусмотрѣнномъ статьей 526-ой даритель отвѣчалъ бы по правиламъ, установленнымъ для возмездныхъ сдѣлокъ, между тѣмъ какъ отвѣтственность по § 526-ому отъ этихъ правилъ существенно отличается—такъ съ одной стороны одаренный не имѣетъ права требовать *Wandelung* (т. е. вернуть даръ и отказаться отъ исполненія Auflage), а съ другой стороны онъ можетъ отказаться отъ исполненія Auflage даже въ томъ случаѣ, когда недостатокъ былъ ему извѣстенъ при заключеніи сдѣлки, каковаго права покупатель не имѣетъ.

Но можетъ быть это право одареннаго отказаться отъ исполненія Auflage объясняется не конструкціей *donatio mixti*, а просто тѣмъ, что всякое дареніе, согласно § 516 B. G. B., предполагаетъ обогащеніе одаряемаго, вслѣдствіе чего обязательство его исполнить Auflage, превышающее стоимость дара, какъ противорѣчающее природѣ даренія, не имѣетъ обязательной силы? Такое объясненіе теоретически вполне возможно, т. к. хотя въ первой главѣ нашего изслѣдованія мы установили, что изъ природы Auflage вовсе не вытекаетъ требованіе, чтобы оно было ниже стоимости дара, но тѣмъ не менѣе

¹⁾ *Haumann* op. cit. s. 116—117.

ничто не мѣшаетъ законодателю постановить такое требованіе относительно даренія, и для принятія наличности такого требованія въ германскомъ правѣ § 516 даетъ серьезное основаніе. Однако и здѣсь мы наталкиваемся на рядъ противорѣчій. Во первыхъ, если-бы дареніе всегда предполагало обогащеніе, то Auflage не только не могло-бы стоить дороже дара, но и быть равнымъ ему по стоимости, т. к. и въ последнемъ случаѣ нѣтъ обогащенія одареннаго, между тѣмъ статья 526 лишаетъ права одареннаго отказаться отъ исполненія Auflage, если даритель доплатитъ ему разницу между стоимостью расходовъ по исполненію Auflage и стоимостью дара, и въ такомъ случаѣ сдѣлка, какъ это ясно видно изъ смысла статьи 526-ой, продолжаетъ считаться дареніемъ. Во вторыхъ, принявъ теорію обогащенія, слѣдовало-бы предоставить одаренному право отказаться отъ исполненія Auflage всякій разъ, какъ стоимость его будетъ превышать стоимость дара, независимо отъ причины, вызвавшей такое превышеніе. Такъ и поступаетъ швейцарское гражданское уложеніе, устанавливая общее правило, что „*der Beschenkte darf die Vollziehung einer Auflage verweigern, insoweit der Wert der Zuwendung die Kosten der Auflage nicht deckt und ihm der Ausfall nicht ersetzt wird*“¹⁾. Но § 526 B. G. B. предоставляетъ одаренному это право только въ томъ случаѣ, когда несоотвѣтствіе стоимостей Auflage и дара произошло именно вслѣдствіе обнаружившихся недостатковъ подаренной вещи или въ правѣ на нее, т. что одаренный не можетъ отказаться исполнить Auflage, если стоимость исполненія послѣдняго оказалась выше стоимости дара не вслѣдствіе недостатковъ подаренной вещи, а вслѣдствіе того, что расходы по исполненію Auflage вслѣдствіе разныхъ обстоятельствъ оказались выше, чѣмъ можно было предполагать (напр. цѣна на рабочія руки вдвое возросла). Правда, въ нѣмецкой литературѣ раздаются голоса за примѣненіе § 526-го ко всемъ случаямъ, когда

¹⁾ Art. 246 abs. 3 Schw. Z. G. B.

стоимость Auflage окажется выше стоимости дара ¹⁾, но господствующее мнѣніе считает такое распространительное толкованіе неприемлемым ²⁾, что и является догматически безусловно правильнымъ въ виду яснаго текста статьи 526 й („Soweit infolge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache...“). Такимъ образомъ получается, что, въ то время какъ по швейцарскому праву Auflage должно максимумъ равняться по стоимости дару, по германскому праву оно можетъ и превышать его стоимостью, при чемъ сдѣлка и въ этомъ случаѣ продолжаетъ быть дареніемъ явно вопреки опредѣленію § 516-го, требующаго обогащенія одареннаго для наличности даренія. Непригодность вышеуказанныхъ объясненій сознавалась, повидимому, нѣмецкими юристами, которые обычно въ качествѣ основанія вышеуказаннаго постановленія приводятъ не теоретическія соображенія, а просто ссылаются на то, что постановленіе это вызвано требованіемъ справедливости ³⁾. Но такая мотивировка общаго характера не можетъ, однако, быть признана вполне объясняющей особенности отвѣтственности дарителя по статьѣ 526-ой — почему, въ самомъ дѣлѣ, справедливость требуетъ, чтобы даритель отвѣчалъ за недостатки даже въ томъ случаѣ, когда недостатки эти были извѣстны контрагентамъ при заключеніи сдѣлки, тогда какъ продавецъ въ этомъ случаѣ освобождается отъ отвѣтственности? Отвѣтъ на этотъ вопросъ пытается дать *Haymann*. По его мнѣнію, вышеуказанное обстоятельство будетъ понятно, если обратить вниманіе на своеобразную задачу, которую преслѣдуетъ Auflage въ дареніи. Auflage служитъ удовлетворенію потребности дарителя, которая возникаетъ для него вслѣдствіе потери, понесенной имъ отъ даренія. Поэтому, если Auflage

¹⁾ *Lammfromm* op. cit. s. 154; *Schmitz* „Rechtslage des Schenkers bei Nichterfüllung des auf die Schenkung gelegten Modus im Gem. Recht u. B. G. B.“ Diss. Erlangen 1902 s. 24.

²⁾ *Oertmann* ann. 2 zu § 526; *Staudinger* ann. 1 zu § 526; *Planck* ann. 1 zu § 526; *Haymann* op. cit. s. 117; также *Cosack*, *Crome* и др.

³⁾ *Planck* ann. 1 zu § 526; *Oertmann* ann. 1 zu § 526; *Staudinger* ann. 1. zu § 526.

приносить дарителю больше, чѣмъ онъ потерялъ вслѣдствіе дара, то это можетъ произойти отъ того, что стороны черезчуръ дорого оцѣнивали то, что теряетъ даритель, или не обращая вниманія на существованіе недостатковъ дара, или черезчуръ низко оцѣнивая ихъ значеніе, или признавая за подаренной вещью такія высокія качества, какихъ она въ дѣйствительности не имѣла. Въ большинствѣ случаевъ это происходитъ вслѣдствіе ошибки контрагентовъ, но можетъ произойти и вслѣдствіе недостаточно правильной оцѣнки недостатковъ дара, хотя и извѣстныхъ контрагентамъ. Въ этомъ случаѣ даритель получилъ бы выгоду, превышающую стоимость дара, между тѣмъ, по смыслу сдѣлки, Auflage имѣло цѣлью уберечь дарителя отъ потерь, понесенныхъ имъ вслѣдствіе дара. Чтобы устранить это противорѣчіе съ цѣлью и значеніемъ *modus'a* § 526 и дать одаренному право отказаться отъ исполненія Auflage ¹⁾. Такимъ образомъ, *Haymann* исходитъ изъ того положенія, что назначеніе Auflage заключается въ возвращеніи дарителю части той имущественной потери, которую онъ понесъ отъ даренія, почему уже изъ этого самого своего назначенія Auflage не можетъ дать дарителю больше того, что онъ потерялъ. Но такъ какъ въ дѣйствительности очень часто Auflage вовсе не имѣетъ такого назначенія и вовсе не направлено на возвращеніе дарителю к. н. цѣнности, то *Haymann*, учитывая это обстоятельство, чтобы примирить его съ своимъ объясненіемъ § 526-го принужденъ признать, что къ такимъ случаямъ даренія съ Auflage § 526 непримѣнимъ. Такъ, если кто-нибудь предоставилъ другому безвозмездно право добывать ископаемыя изъ извѣстнаго участка съ обязательствомъ по окончаніи работъ привести участокъ въ прежній видъ, то здѣсь это послѣднее обязательство направлено не на возвращеніе дарителю чего-либо, а на огражденіе его отъ дальнѣйшихъ убытковъ, почему, если расходы по приведенію участка въ прежнее состояніе окажутся выше стоимости добытыхъ ископаемыхъ вслѣдствіе к. н. фактическихъ или правовыхъ

¹⁾ *Haymann* op. cit. s. 119—121.

недостатковъ подареннаго имущества, то § 526 здѣсь не слѣдуетъ примѣнять, если одаряемому недостатки эти были извѣстны при заключеніи сдѣлки¹⁾. Но съ этимъ выводомъ *Haumann*'а согласиться врядь-ли возможно, т. к. законъ ясно и опредѣленно въ статьѣ 526-ой говоритъ объ Auflage вообще, а не только о тѣхъ, сравнительно рѣдкихъ на нашъ взглядъ, случаяхъ Auflage, къ которымъ, по мнѣнію *Haumann*'а, эта статья должна примѣняться; точно также и комментаторы германскаго уложенія считаютъ § 526 относящимся ко всѣмъ видамъ Auflage²⁾.

Итакъ въ результатѣ всѣ попытки найти обоснованіе статьи 526-ой оказались неудовлетворительными, что вполне подтверждаетъ высказанное нами выше положеніе о безсознательномъ творчествѣ германскаго законодателя въ области регламентаціи института Auflage. Что касается до примѣненія § 526 къ Auflage въ возмездныхъ сдѣлкахъ, то оно, само собой понятно, не можетъ имѣть мѣста, т. к. въ данномъ случаѣ должны примѣняться общія правила объ отвѣтственности за евикцію и за фактическіе недостатки вещи.

Намъ остается теперь рассмотреть послѣднее постановленіе германскаго законодательства объ Auflage—§ 527 B. G. B.. Статья эта гласитъ: „если одаренный не исполнит Auflage, то даритель, при наличности условій, дающихъ право отступить отъ двусторонняго договора, можетъ по правиламъ о выдачѣ неосновательнаго обогащенія требовать возвращенія дара въ тѣхъ размѣрахъ, въ какихъ даръ долженъ быть употребленъ на исполненіе Auflage; этого права даритель не имѣетъ, если право требовать исполненія Auflage предоставлено третьему лицу“.

Право отобранія дара въ случаѣ неисполненія *modus*'а извѣстно и другимъ современнымъ законодательствамъ и ведетъ свое происхожденіе еще отъ римскаго права. Но въ то время какъ въ римскомъ правѣ это постановленіе обосновывалось

¹⁾ *Haumann* op. cit. anm. 2 s. 121.

²⁾ *Staudinger* anm. 3 a zu § 526; *Planck* anm. 2 zu § 526.

тѣмъ, что неисполненіе *modus*'а должно разсматриваться, какъ проявленіе грубой неблагодарности со стороны одареннаго, такъ что это есть лишь частный случай отобранія дара по неблагодарности¹⁾, современные законодательства рѣзко соблюдаютъ эти оба случая и подчиняютъ самое возвращеніе дара въ нихъ разнымъ правиламъ, что особенно рѣзко сказывается въ германскомъ правѣ²⁾. Правда, въ извѣстныхъ случаяхъ неисполненіе *modus*'а можетъ разсматриваться, какъ проявленіе грубой неблагодарности, но это возможно далеко не всегда, и въ этихъ послѣднихъ случаяхъ даръ можетъ быть вытребованъ обратно и безъ наличности условій, требуемыхъ для отобранія дара по неблагодарности.

Такимъ образомъ, въ современныхъ законодательствахъ право отобранія дара въ данномъ случаѣ есть особое слѣдствіе неисполненія *modus*'а, аналогичное по своей природѣ съ послѣдствіями, наступающими вслѣдствіе неисполненія эквивалента въ двустороннихъ обязательствахъ. Возникаетъ вопросъ, есть ли какая нибудь разница между правомъ отобранія дара вслѣдствіе неисполненія *modus*'а и требованіемъ возвращенія эквивалента въ случаѣ неисполненія другой стороной принятой на себя по двустороннему договору обязанности? Французскіе юристы³⁾, опираясь на art. 954 Code Civil, рѣшаютъ данный вопросъ въ томъ смыслѣ, что никакой разницы между этими случаями нѣтъ, и что отобраніе дара вслѣдствіе неисполненія *modus*'а есть лишь частный случай общаго правила о resolution des contrats вслѣдствіе наступленія резолютивнаго условія: *donatio sub modo* законъ въ art. 953—954 предполагаетъ сдѣланнымъ подъ резолютивнымъ условіемъ подобно тому, какъ art. 1184 устанавливаетъ такое предположеніе относительно синалагматическихъ контрактовъ. Такимъ образомъ, отобраніе дара происходитъ здѣсь при наличности тѣхъ-же условій, какъ и при неисполненіи обязанности въ

¹⁾ с. 10 C. 8. 55; *Savigny* „System“ B. IV s. 283 ff.

²⁾ См. также Code Civil art. 954, 957—958.

³⁾ *Baudry-Lacantinerie* op. cit. p. 681; *Planiol* t. III p. 645.

двустороннемъ договорѣ, и влечетъ тѣ-же послѣдствія—стороны приводятся въ такое положеніе, какъ если-бы дареніе вовсе не имѣло мѣста ¹⁾). Изъ этого правила большинство юристовъ, однако, дѣлаетъ одно исключеніе, признавая, что плоды, извлеченные одареннымъ изъ подаренной вещи до дня предъявленія требованія о возвратѣ, одаренный возмѣщать не обязанъ ²⁾). Основывается это исключеніе на аналогіи съ art. 958, т. к. если одаренный, проявившій грубую неблагодарность, не обязанъ возмѣщать вышеуказанныхъ плодовъ, то тѣмъ болѣе надо освободить отъ этой обязанности того одареннаго, который только не исполнилъ modus'a. Это мнѣніе, однако, встрѣчается справедливыми возраженіями со стороны *Laurent* и *Huc*, которые указываютъ, что хотя съ точки зрѣнія политики права можетъ быть и несправедливо взыскивать съ одареннаго въ данномъ случаѣ извлеченные плоды, но таковы общія послѣдствія наступленія резолютивного условія, и эти послѣдствія должны имѣть мѣсто, разъ законъ не указываетъ какихъ-нибудь исключеній, а аналогія съ art. 958 здѣсь неумѣстна, т. к. проявленіе неблагодарности не является наступленіемъ резолютивного условія ³⁾).

Германское законодательство прямо указываетъ въ § 527 В. Г. В., что требованіе возвращенія дара въ случаѣ неисполненія Auflage допускается лишь при наличности тѣхъ-же самыхъ условій, при которыхъ въ двустороннихъ договорахъ контрагентъ имѣетъ Rücktrittsrecht. Но тутъ-же указываются и особенности отобранія дара.

Прежде всего, въ отличіе отъ римскаго права и другихъ современныхъ законодательствъ, въ Германіи даритель въ данномъ случаѣ можетъ требовать возвращенія не всего дара, а лишь той части его, которая должна быть употреблена на

¹⁾ Art. 954. Cod. Civ.

²⁾ *Planiol* t. III p. 647; *Baudry-Lacantinerie* op. cit. p. 694; *Demolombe* op. cit. № 611; *Fuzier-Herman* p. 626—627 №№ 2966, 2971; также практика—см. Paris 3 juillet 1890 S. 91, 2, 74; Nancy 24 juin 1893 D. 95. 2. 395.

³⁾ *Laurent* t. XII n. 512—513; *Huc* t. VI n. 239.

исполненіе Auflage. Поэтому, если для исполненія Auflage не требовалось употреблять подаренное имущество—напримѣръ, когда Auflage состояло въ воздержаніи одареннаго отъ извѣстныхъ дѣйствій,—то § 527 непримѣнимъ. Нѣкоторые юристы, правда, не видятъ въ этомъ обстоятельствѣ никакой особенности, а, опираясь на выставленную еще *Savigny* конструкцію donatio sub modo, какъ negotium mixtum cum donatione, считаютъ, что здѣсь цѣликомъ примѣняются правила о Rücktrittsrecht въ двустороннихъ договорахъ. Но такой выводъ былъ-бы ошибоченъ: германское законодательство, какъ мы уже не разъ имѣли случай указывать, вовсе не считаетъ donatio sub modo смѣшанной сдѣлкой, что подтверждаетъ въ данномъ случаѣ и самое существованіе особаго § 527-го, который, какъ справедливо замѣчаетъ *Haymann* ¹⁾, былъ-бы совершенно излишненъ, если-бы дареніе съ Auflage распадалось на части возмездную и безвозмездную, т. к.: отобраніе первой части происходило-бы непосредственно на основаніи §§ 323 ff, трактующихъ о послѣдствіяхъ неисполненія обязанности въ двустороннихъ договорахъ. И если обратиться къ протоколамъ второй комиссіи, включившей данное постановленіе въ уложеніе, то ясно будетъ, что комиссія ни разсматривала Auflage, какъ частичный эквивалентъ, ни имѣла въ виду наказать одареннаго за неисполненіе Auflage, а видѣла въ предоставленномъ дарителю правѣ отобранія лишь средство осуществить исполненіе Auflage, предоставивъ возможность исполнить Auflage самому дарителю, отобравъ отъ одареннаго то изъ полученнаго имъ дара, что должно было быть употреблено на исполненіе Auflage; вмѣстѣ съ этимъ, конечно, § 527 служилъ и средствомъ побудить одареннаго исполнить Auflage самому ²⁾. Такимъ образомъ, это частичное отобраніе дара есть особенность неисполненія Auflage по сравненію съ неисполненіемъ эквивалента въ двустороннемъ договорѣ.

¹⁾ *Haymann*, op. cit. s. 143.

²⁾ *Protokolle* B. II s. 32—33; *Haymann* op. cit. s. 144; *Planck* ann. I zu § 527.

Другая особенность отобрания дара по § 527 В. Г. В. заключается в томъ, что это отобрание требуетъ наличности только тѣхъ же условій, какъ и при Rücktrittsrecht, но самое отобрание происходитъ уже не по правиламъ Rücktrittsrecht (§§ 346 ff.), а по правиламъ неосновательнаго обогащенія (§§ 812 ff. В. Г. В.). Вслѣдствіе этого получается, что если при Rücktritt возвращается всегда стоимость пользованія вещью, а также плодовъ, извлеченныхъ или даже не извлеченныхъ по винѣ обязаннаго къ возвращенію лица (§§ 346—347), то при возвращеніи дара по § 527-му одаренный возмѣщаетъ все это лишь въ предѣлахъ наличнаго обогащенія (§ 818 abs. 3). Здѣсь снова послѣдствія неисполненія Auflage значительно смягчаются по сравненію съ послѣдствіями неисполненія эквивалента въ двустороннемъ договорѣ.

Наконецъ, § 527 указываетъ на еще одно обстоятельство—если право требовать исполненія Auflage предоставлено третьему лицу, то требовать возвращенія дара въ случаѣ неисполненія Auflage въ данномъ случаѣ не можетъ имѣть мѣста. Постановленіе это имѣетъ въ виду, конечно, право дарителя, а не третьяго лица, которое и такъ, безъ сомнѣнія, права возвращенія себѣ дара имѣть не могло, т. к. оно само никакого дара не дѣлало и договора даренія не заключало. Что же касается дарителя, то лишеніе его этого права мотивируется тѣмъ, что въ противномъ случаѣ даритель лишилъ-бы третье лицо приобрѣтеннаго послѣднимъ права требовать исполненія Auflage въ свою пользу¹⁾. Но является-ли это постановленіе особенностью неисполненія modus'a, или же и при неисполненіи эквивалентной обязанности въ двустороннемъ договорѣ въ пользу третьяго лица промиссаръ не имѣетъ Rücktrittsrecht? Вопросъ спорный. Французскіе юристы рѣшаютъ его въ томъ смыслѣ, что и въ договорѣ въ пользу третьяго лица промиссаръ, въ случаѣ неисполненія контрагентомъ своей обязанности третьему лицу, имѣетъ action en resolution²⁾;

¹⁾ Haymann op. cit. s. 160.

²⁾ См. Planiol t. II p. 416.

изъ нѣмецкихъ юристовъ сторонникомъ этого взгляда является Schollmeyer¹⁾. Если принять это мнѣніе, то слѣдуетъ въ abs. 2 § 527 В. Г. В. видѣть особенность института Auflage по сравненію съ правилами о неисполненіи обязанности въ двустороннихъ договорахъ въ пользу третьихъ лицъ. Но мнѣніе это нельзя признать правильнымъ: требованіе промиссара возвращенія себѣ того, что онъ исполнилъ своему контрагенту, влечетъ за собой лишеніе третьяго лица права требовать себѣ исполненія, лишеніе его того права, которое онъ безповоротно приобрѣлъ, что рѣзко противорѣчило бы не только природѣ donatio sub modo въ пользу третьяго лица, но и всякаго двусторонняго договора въ пользу третьяго лица. Въ виду этого господствующее въ нѣмецкой литературѣ мнѣніе полагаетъ, что въ договорахъ въ пользу третьихъ лицъ промиссаръ не имѣетъ Rücktrittsrecht²⁾, а если это такъ, то abs. 2 § 527 В. Г. В. не устанавливаетъ какой либо особеннота для Auflage въ пользу третьяго лица, а лишь подтверждаетъ по отношенію къ такому Auflage общее правило о правахъ промиссара въ договорахъ въ пользу третьихъ лицъ вообще.

Регламентация отобрания дара вслѣдствіе неисполненія modus'a по швейцарскому праву близко примыкаетъ къ германскому законодательству съ той, однако, разницей, что отбирается весь даръ, а не только въ части, которая должна быть употреблена на исполненіе modus'a. Какъ и въ Германіи, возвращается даръ въ предѣлахъ неосновательнаго обогащенія, а не по правиламъ Rücktrittsrecht въ двустороннихъ договорахъ, гдѣ контрагентъ обязанъ возмѣщать убытки за эквивалентъ, который уже нельзя вернуть in natura, хотя-бы обогащенія и не было³⁾. Далѣе, хотя швейцарскій законода-

¹⁾ Schollmeyer op. cit. bem. 1, b. zu § 335.

²⁾ Helwig op. cit. s. 304 ff; Oertmann amm. 5 zu § 335; Planck bem. 4. b. zu § 335; Staudinger bem. 3, c zu § 334.

³⁾ Art. 109 abs. 2 Schw. Z. G. B. (Eggers Kommentar bem. 3, a, zu § 109).

тель и не говоритъ прямо, что одаренный можетъ требовать возвращенія дара лишь при наличности условій, при которыхъ возможенъ Rücktritt, но юристы считаютъ, что въ данномъ случаѣ правила о Rücktritt по аналогіи должны примѣняться ¹⁾).

Итакъ, если по французскому праву возвращеніе дара въ случаѣ неисполненія modus'a обсуждается цѣликомъ, какъ отказъ отъ двусторонняго договора въ случаѣ неисполненія другимъ контрагентомъ своей обязанности, то по германскому и швейцарскому правамъ между этими двумя случаями проводится различіе. Въ нашу задачу здѣсь не входитъ разсмотрѣніе весьма интереснаго вопроса, вызвано ли это различіе какимъ-нибудь моментомъ, являющимся признакомъ, отличающимъ modus отъ эквивалента, или оно является результатомъ бессознательнаго законодательнаго творчества, — для насъ въ данномъ случаѣ существенно выяснитъ только одно: находится-ли въ зависимости эта регламентація отобранія дара въ случаѣ неисполненія modus'a отъ момента безвозмездности или не находится, или, иными словами, если-бы modus былъ включенъ въ к. н. возмездную сдѣлку и не былъ-бы исполненъ, могъ ли-бы контрагентъ, исполнившій свою обязанность, требовать возвращенія даннаго по правиламъ, установленнымъ для отобранія дара, или правила эти зависятъ именно отъ того, что сдѣлка была дареніемъ, и къ возмезднымъ дѣйствіямъ не примѣнимы? Относительно французскаго права мы безъ колебанія высказались-бы за первое рѣшеніе, т. е. за возвращеніе исполненнаго однимъ контрагентомъ въ случаѣ неисполненія modus'a другимъ контрагентомъ и въ возмездномъ договорѣ. Это рѣшеніе логически вытекаетъ изъ того, что во Франціи, какъ мы выше указывали, отобраніе дара разсматривается какъ частный случай общаго правила о resolution des contrats по art. 1184 Cod. Civ., т. е. выводится изъ природы modus'a, какъ резолютивнаго условія, а природа modus'a остается та же самая, включенъ ли онъ въ возмездный договоръ или въ безвозмездный. Эта точка зрѣнія приемлема и для

¹⁾ Eggers Kommentar bem. 3 zu art. 249.

швейцарскаго права, гдѣ юристы и практика, несмотря на отсутствіе прямого указанія въ законѣ, высказываются за примѣненіе къ отобранію дара вслѣдствіе неисполненія modus'a по аналогіи правилъ о Rücktrittsrecht въ двустороннихъ договорахъ, а аналогія возможна только тамъ, гдѣ имѣются сходныя по своей природѣ явленія. Но по швейцарскому праву одаренный отвѣчаетъ лишь за неосновательное обогащеніе, т. е. мягче, чѣмъ за неисполненіе эквивалента въ двустороннемъ договорѣ. Это смягченіе можно объяснить двояко: или тѣмъ, что modus имѣетъ по своей природѣ менѣе существенное значеніе, чѣмъ эквивалентъ, такъ что неисполненіе его не такъ сильно нарушаетъ интересы лица управомоченнаго, или тѣмъ, что здѣсь мы имѣемъ лицо, получившее вещь безвозмездно, а къ нему надо отнестись мягче, чѣмъ къ контрагенту въ возмездномъ договорѣ. Но послѣднее объясненіе надо отбросить, какъ явно несостоятельное, т. к. логически никакихъ льготъ одаренному въ ущербъ интересамъ дарителя нѣтъ основанія дѣлать, и законодательства обычно стремятся лучше оградить интересы дарителя, чѣмъ одареннаго. Поэтому остается только первое объясненіе, а принявъ его, нѣтъ причины проводить различіе между modus'омъ въ сдѣлкахъ безвозмездныхъ съ одной стороны и modus'омъ въ сдѣлкахъ возмездныхъ съ другой. Такимъ образомъ получается, что по швейцарскому праву неисполненіе modus'a въ возмездной сдѣлкѣ должно влечь совершенно тѣ-же послѣдствія, что и въ безвозмездной сдѣлкѣ. Иное рѣшеніе приходится дать для германскаго права. Послѣднее даетъ дарителю право отобрать не весь даръ, а лишь постольку, поскольку онъ долженъ быть употребленъ на исполненіе modus'a. Этимъ ясно указывается, что германскій законодатель считаетъ неисполненіе modus'a явленіемъ существенно отличнымъ отъ неисполненія эквивалента въ двустороннемъ договорѣ. И въ протоколахъ второй комиссіи ¹⁾ прямо говорится, что отобраніе дара въ случаѣ неисполненія modus'a является вспомогательнымъ средствомъ

¹⁾ Protokolle B. II s. 32—33.

добиться исполнения *modus'a*, путем предоставления дарителю возможности исполнить *modus* самому возвращением ему той части дара, которая должна быть употреблена на исполнение *modus'a*. Если же это отобрание есть особое вспомогательное средство, установленное специально законодателем, а не вытекающее из природы *modus'a*, то можно предполагать, что это вспомогательное средство установлено в качестве особой льготы для дарителя, какъ лица, оказывающаго одаренному известное благодеяние, а одна возможность такого объяснения уже исключаетъ примѣненіе даннаго правила по аналогіи къ возмезднымъ сдѣлкамъ. Итакъ, въ заключеніе мы пришли къ выводу, что изъ тѣхъ нормъ, которыя германскій законодатель установилъ относительно *Auflage* при дареніи, одинъ § 525-й долженъ относиться ко всѣмъ видамъ *Auflage*, а остальные нормы съ точки зрѣнія *de lege lata* не могутъ быть распространяемы на *Auflage* въ аналогичныхъ возмездныхъ сдѣлкахъ, т. е. что представляютъ изъ себя слѣдствія вліянія момента безвозмездности.

Обратимся теперь къ нашему русскому праву. Относительно *donatio sub modo* нашъ томъ десятый даетъ слѣдующія постановленія: 1) „дары между частными лицами дозволяется дѣлать на такихъ условіяхъ объ образѣ пользованія и управленія даримымъ имуществомъ, какія даритель за благо признаетъ, лишь бы только условія сіи не были противны общимъ законамъ“¹⁾, и 2) „если даръ учиненъ подъ условіемъ, и условіе со стороны получившаго даръ не исполнено, то даръ возвращается дарителю“²⁾. Если обратиться хотя бы къ *Анненкову* и просмотрѣть сдѣланную имъ сводку мнѣній, высказанныхъ въ нашей литературѣ относительно вышеприведенныхъ постановленій нашего законодателя, то придется только удивиться, насколько мнѣнія эти разнорѣчивы, и насколько вопросъ о *modus'ѣ* является мало разработаннымъ. Разногласіе идетъ, главнымъ образомъ, о томъ, какія условія имѣетъ въ

¹⁾ т. X ч. I. ст. 975.

²⁾ т. X ч. I ст. 976.

виду статья 975. Въ то время какъ одни юристы полагаютъ, что статья 975-ая относится одинаково и къ резолютивнымъ условіямъ и къ *modus'амъ*¹⁾, другіе — и такихъ большинство — утверждаютъ, что законъ здѣсь имѣетъ въ виду исключительно *modus*, но не условіе²⁾, и есть, наконецъ, юристы, полагающіе, что ст. 975-ая трактуетъ именно о резолютивныхъ условіяхъ, но не *modus'ѣ*³⁾. Изъ этихъ рѣшеній правильнымъ, конечно, надо признать мнѣніе большинства. Правда, законъ напѣ въ статьѣ 975-ой употребляетъ терминъ „условіе“, но, какъ справедливо замѣчаетъ *Анненковъ*, это обстоятельство объясняется лишь неусвоеніемъ составителями свода законовъ правильной и надлежащей терминологіи, т. е. если обратиться къ источникамъ этой статьи, то изъ нихъ видно, что здѣсь имѣлись въ виду именно случаи возложенія на одареннаго известныхъ обязанностей. Къ этому доводу мы лично прибавили бы еще слѣдующіе: 1) въ статьѣ 975-ой законъ говоритъ объ „условіяхъ объ образѣ пользованія и управленія“, а въ статьѣ 976-ой объ исполненіи условія со стороны лица, получившаго даръ, что вполне подходитъ къ понятію *modus'a*, состоящаго всегда въ обязанности, падающей на опредѣленнаго контрагента, тогда какъ, если относить эти выраженія къ условію въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, то получится, что законъ здѣсь имѣетъ въ виду только одинъ видъ условій — именно т. наз. условія произвольныя, между тѣмъ какъ нѣтъ никакого основанія регламентировать одинъ только этотъ видъ условій и только для него устанавливать право отобранія; 2) относительно условій въ тѣсномъ смыслѣ этого слова не было никакой надобности устанавливать статьи 975—976, т. е. возмож-

¹⁾ См. напр. *Полетаевъ* *op. cit.* стр. 89.

²⁾ *Васьковскій* „Учебникъ гражд. права“ вып. 1, стр. 135; *Треницынъ* „Переходъ права собственности“, стр. 390—391; *Анненковъ* т. IV стр. 319; онъ же въ *Ж. М. Ю.* 1905 № 4 стр. 20.

³⁾ *Змирловъ* „О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ“. *Ж. гр. и уг. пр.* 1883 № 9, стр. 48—55; также, повидимому, и *Шершеневичъ* *op. cit.* стр. 192 и 559.

ность включения подобных условий и послѣдствія ихъ ненаступления вытекаютъ изъ общаго правила ст. 1530 т. X ч. I и изъ самаго содержанія подобнаго рода условий, тогда какъ относительно *modus'a* право отобранія дара именно должно было быть установлено прямо въ законѣ и безъ такого постановленія не существовало-бы; 3) всѣ западныя законодательства, въ томъ числѣ и тѣ, подъ вліяніемъ которыхъ составлялся нашъ томъ десятый, какъ напримѣръ французское право, въ главѣ о дареніяхъ трактуютъ именно объ отобраніи дара вслѣдствіе неисполненія *modus'a*, а не объ условіяхъ въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, почему врядъ-ли возможно предполагать, что составители тома десятого имѣли въ виду дать здѣсь совершенно оригинальныя правила, подобныхъ которымъ не даетъ ни одно законодательство; 4) терминъ „условіе“, ясно, есть дословный переводъ съ французскаго, т. к. *Code Civil* въ статьяхъ 953—954 также говоритъ о „conditions“, что, однако, не мѣшаетъ французскимъ юристамъ безъ колебанія утверждать, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ т. наз. „charges“, а не условіями въ узкомъ смыслѣ этого слова¹⁾. Что касается до мнѣнія *Змирлова*, будто включеніе условій объ образѣ пользованія и управленія противно самой природѣ даренія вслѣдствіе того, что имъ ограничивается право собственности на имущество, которымъ даритель въ правѣ пользоваться и распоряжаться по своему свободному усмотрѣнію, мнѣнія, теоретическую правильность котораго признаетъ и *Анненковъ*²⁾, то мы лично полагаемъ, что оно является совершенно невѣрнымъ. Принятіе собственникомъ вещи на себя обязанности извѣстнымъ образомъ пользоваться и управлять вещью практикуется въ жизни на каждомъ шагѣ и признается имѣющимъ полную юридическую силу. Не говоря уже о западныхъ законодательствахъ, прямо признающихъ дѣйствительность подобныхъ обязательствъ въ дареніи,—а понятіе права собственности въ русскомъ правѣ то-же, что и на западѣ—въ самомъ русскомъ

¹⁾ См. *Planioi* т. III р. 645.

²⁾ *Анненковъ* т. IV стр. 319.

правѣ такихъ обязательствъ признается не мало самимъ закономъ: вѣдь, напримѣръ, обязательство собственника предоставить свою вещь въ пользованіе на извѣстный срокъ или обязательство позволить примкнуть плотину къ своему берегу суть также условія объ образѣ пользованія и управленія своимъ имуществомъ, а однако они исполнѣ дѣйствительны. Все это ясно доказываетъ, что статьи 975—976 трактуютъ именно о *modus'ѣ*, а не объ условіи, и если законъ нашъ въ этомъ случаѣ употребилъ терминъ „условіе“, то это произошло потому, что особаго термина для понятія *modus'a* ни наше законодательство ни литература пока еще не создала. Мы думаемъ при этомъ, что законодатель этотъ недостатокъ сознавалъ и пытался помочь горю, присоединивъ къ слову „условія“ поясненіе въ видѣ словъ „объ образѣ пользованія и управленія“, чѣмъ хотѣлъ выразить, хотя и не совсѣмъ удачно, тотъ характерный признакъ *modus'a*, который состоитъ, какъ мы выше указывали, въ томъ, что обязанность, составляющая содержаніе *modus'a*, должна имѣть своимъ объектомъ ту-же самую вещь, какую долженъ былъ доставить контрагентъ.

Но кромѣ статей 975 и 976-ой, въ нашемъ десятомъ томѣ имѣется еще статья 977-ая, которая дѣйствительно несоотвѣтствуетъ тому толкованію статей 975 и 976, которое мы только что дали. Статья эта гласитъ: „по смерти приняшаго даръ, оный переходитъ на законномъ основаніи къ его наслѣдникамъ; даритель не можетъ отъ нихъ требовать возвращенія подареннаго, если только о томъ между дарителемъ и принявшимъ даръ, на основаніи статьи 975, не было положено особаго условія“. Несотвѣтствіе данной статьи съ толкованіемъ статей 975 и 976 заключается въ томъ, что она говоритъ о дареніи подъ условіемъ отобранія дара въ случаѣ смерти одареннаго, каковое условіе отнюдь не является „условіемъ объ образѣ пользованія и управленія имуществомъ“ и никоимъ образомъ не можетъ быть признано *modus'омъ*, а между тѣмъ статья эта содержитъ ссылку на статью 975-ую, трактующую именно о *donatio sub modo*—спрашивается, какъ примирить это несоотвѣтствіе, и не является-ли единствен-

нымъ путемъ примиренія признаніе, что ст. 975—976 говорятъ именно объ условіяхъ, а не *modus*'ѣ? Въ русской литературѣ на это противорѣчіе было обращено вниманіе: такъ *Анненковъ* полагаетъ, что никоимъ образомъ нельзя понимать ст. 977-ую въ смыслѣ даренія подъ резолютивнымъ условіемъ, во первыхъ, потому, что это противорѣчило бы статьѣ 975-ой, а во вторыхъ и потому, что дареніе подъ резолютивнымъ условіемъ является противнымъ закону, заключающему въ себѣ опредѣленіе права собственности, какъ вѣчнаго и потомственнаго, а никакъ не срочнаго. Поэтому *Анненковъ* полагаетъ, что статья 977-ая говоритъ не о дареніи права собственности, а о дареніи отдѣльнаго пожизненнаго владѣнія и пользованія, каковое право и слѣдуетъ считать предоставленнымъ, когда бы оно въ актѣ даренія прямо и не было названо таковымъ, а когда-бы только подарено было имущество подъ условіемъ обратнаго поступленія его въ собственность дарителя въ случаѣ смерти одареннаго прежде дарителя¹⁾. Мы, однако, считаемъ толкованіе, предложенное *Анненковымъ*, неприемлемымъ: прежде всего оно нисколько не объясняетъ ссылки законодателя въ статьѣ 977-й на статью 975-ую, которая остается совершенно непонятной; во вторыхъ, законодатель напѣ отлично знаетъ понятіе отдѣльнаго пожизненнаго владѣнія, и было бы громадной натяжкой предполагать, что онъ подъ дареніемъ подъ условіемъ отобранія дара въ случаѣ смерти одареннаго подразумѣвалъ дареніе пожизненнаго владѣнія; наконецъ, условіе, о которомъ идетъ рѣчь въ ст. 977-ой, можно понимать въ томъ смыслѣ, что даръ возвращается, если одаренный умретъ *раньше* дарителя, подобно art. 951 Code Civil, какъ, повидимому, понимаетъ ст. 977-ую и самъ *Анненковъ*, а въ такомъ случаѣ такое дареніе никоимъ образомъ нельзя конструировать, какъ дареніе пожизненнаго пользованія, т. к. неизвѣстно, кто умретъ раньше, и если умретъ первымъ даритель, то одаренный сохраняетъ въ неприкосновенности право

¹⁾ *Анненковъ* op. cit. стр. 321; см. также Ж. М. Ю. 1905 № 4 стр. 32—33.

собственности на подаренное имущество. Въ то-же самое время мы считаемъ невозможнымъ устранить противорѣчіе между статьями 975 и 977 признаніемъ, что ст. 975 трактуется не о *modus*'ѣ, а о резолютивныхъ условіяхъ: что статья 975-ая имѣетъ въ виду именно *donatio sub modo*, подтверждается, какъ мы выше видѣли, рядомъ весьма вѣскихъ доказательствъ, которыя не могутъ быть опровергнуты одной неудачной ссылкой—во всякомъ случаѣ такое рѣшеніе не устранило-бы противорѣчій между такимъ взглядомъ съ одной стороны и данными, говорящими за пониманіе условія въ ст. 975 въ смыслѣ *modus*'а, съ другой. Съ нашей точки зрѣнія выходъ изъ создавшагося затруднительнаго положенія можетъ быть только въ признаніи ссылки на ст. 975-ую ошибочной и пониманіи ст. 977-ой въ томъ смыслѣ, что здѣсь законодатель трактуется о дареніи подъ резолютивнымъ условіемъ смерти одареннаго раньше дарителя. Но тогда какъ-же быть съ невозможностью передать право собственности подъ резолютивнымъ условіемъ, признаваемою многими нашими юристами? Мы думаемъ, что вопросъ этотъ надо разрѣшить въ смыслѣ признанія этого взгляда ошибочнымъ. Изъ того, что право собственности по опредѣленію нашего законодателя является вѣчнымъ, вытекаетъ только невозможность установленія срочной собственности, чему дѣйствительно противорѣчило-бы условіе о возвращеніи дара послѣ смерти одареннаго, но въ данномъ случаѣ условіе говорить о возвращеніи дара въ случаѣ, если одаренный умретъ раньше дарителя, что вовсе не дѣлаетъ права собственности срочнымъ,—это резолютивное условіе въ подлинномъ смыслѣ этого слова, а передача права собственности подъ резолютивнымъ условіемъ и западной литературой и западными законодательствами считается безусловно допустимой, между тѣмъ какъ природа права собственности всюду одна и та-же. За допустимость передачи права собственности подъ резолютивнымъ условіемъ высказался и нашъ Сенатъ¹⁾. Швейцарское уложеніе прямо указало на возможность дареній подъ всякаго

¹⁾ С. р. 79/27.

рода условиями¹⁾, а Code Civil прямо предусматривает случай дарения съ условиемъ возвращенія дара въ случаѣ, если одаренный умретъ раньше дарителя²⁾, каковая статья, при общепризнанномъ сильномъ вліяніи Code Civil на составителей нашего тома десятого, повидимому, и послужила образцомъ для нашей статьи 977-ой. Такимъ образомъ, мы пришли къ заключенію, что дарить подъ резолютивнымъ условиемъ вполне возможно, и объ отдѣльномъ случаѣ такого резолютивнаго условия трактуетъ статья 977-ая, а ссылка ея на статью 975-ую является теоретической ошибкой нашего законодателя, смѣшавшаго въ данномъ случаѣ modus съ условиемъ.

Итакъ въ статьяхъ 975 и 976 нашъ законодатель говоритъ о donatio sub modo. При этомъ статья 975 по своему содержанию даетъ очень мало—она говоритъ только о возможности дареній, соединенныхъ съ modus'омъ. Поэтому вся регламентация modus'a сосредоточена у насъ въ одной статьѣ 976-ой, указывающей на возвращеніе дара въ случаѣ неисполненія modus'a со стороны получившаго даръ. Статья эта весьма законична. Изъ нея ясно вытекаетъ только то, что, подобно другимъ законодательствамъ и въ отличіе отъ германскаго права, у насъ неисполненіе modus'a влечетъ за собой возвращеніе всего дара, а не только той части его, которая должна быть употреблена на исполненіе modus'a; отсюда вытекаетъ, что у насъ даръ возвращается и въ тѣхъ случаяхъ, когда по германскому праву онъ не возвращается—напримѣръ, когда modus состоялъ въ воздержаніи отъ совершенія к. л. дѣйствій. Вслѣдствіе отсутствія какихъ-либо указаній въ законѣ остается открытымъ вопросъ, при какихъ условияхъ и на какихъ основаніяхъ даръ возвращается отъ неисправнаго одареннаго къ дарителю. Мы полагаемъ, однако, что, въ виду близкой аналогіи неисполненія modus'a съ неисполненіемъ эквивалентной обязанности въ двустороннемъ договорѣ, всего правильнѣе было-бы первый случай обсуждать такъ-же, какъ и второй.

¹⁾ Art. 245 abs. 1 Schw. Z. G. B.

²⁾ Art. 951 Code Civil.

Правда, въ нашемъ законѣ не содержится указаній и на возвращеніе исполненнаго по двустороннему договору въ случаѣ неисправности другого контрагента, но юристы наши допускаютъ такое требованіе возвращенія и у насъ и предлагаютъ примѣнять въ данномъ случаѣ правила, существующія на этотъ счетъ въ западныхъ законодательствахъ, какъ вытекающія логически изъ природы вещей—т. е. стороны должны стать въ то положеніе, въ которомъ онѣ находились до возникновенія обязательства¹⁾. А принявъ такое рѣшеніе, возможно сдѣлать тотъ-же выводъ, который мы сдѣлали для французскаго права—т. е. что право требовать возвращенія даннаго однимъ контрагентомъ при неисполненіи другимъ контрагентомъ modus'a можетъ имѣть мѣсто и при неисполненіи modus'a, включеннаго въ возмездный договоръ²⁾. Но высказавъ такое положеніе, мы должны все-же оговориться, что въ виду крайней скудости законодательнаго матеріала, положеніе это далеко не можетъ считаться прочно обоснованнымъ.

Намъ остается рассмотреть еще одно постановленіе тома X ч. I-й о дареніи—именно статью 977-ую. Статья эта гласитъ: „по смерти принявшаго даръ, онъ переходитъ на законномъ основаніи къ его наследникамъ; даритель не можетъ отъ нихъ требовать возвращенія подареннаго, если только о томъ между дарителемъ и принявшимъ даръ, на основаніи статьи 975-й, не положено особаго условія“. Выше мы уже говорили объ этой статьѣ и установили, что „особое условіе“, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, есть резолютивное условіе о возвращеніи дара къ дарителю, если одаренный умретъ раньше

¹⁾ Анненковъ т. III стр. 146 и сл., т. IV стр. 320; Шершеневичъ стр. 511; Синайскій т. II стр. 61—62; С. р. 10/40; 99/22; 10/59.

²⁾ Шершеневичъ полагаетъ, что вообще неисполненіе modus'a не даетъ права требовать нарушенія установленнаго юрид. отношенія—напримѣръ, отнятія имѣнія, даннаго съ тѣмъ, чтобы получившій выплачивалъ третьему лицу изв. сумму, и видитъ въ этомъ существенное отягченіе наказа отъ условія, но это мнѣніе рѣшительно ничѣмъ не обосновано и противорѣчитъ прямымъ постановленіямъ законодательства; Анненковъ статью 976-ую, повидимому, считаетъ примѣнимой и къ modus'у въ возмездныхъ сдѣлкахъ (Ж. М. Ю. 1905 № 4 стр. 46).

его, условие житейски вполне понятное и имеющее большое значение для дарителя. Но никакого юридического значения статья эта не имеет. Она, конечно, имела бы такое, если бы правильно было мнение тех юристов, которые полагают, что передавать право собственности под резолютивным условием нельзя — тогда статья эта устанавливала бы исключение из этого общего принципа, обусловленное моментом безвозмездности. Но, как мы выше уже говорили, мнение это совершенно неосновательно, почему составители нашего проекта правильно замечают, что можно было обойтись и без этого правила, и воспроизводить в проекте эту статью лишь для предупреждения сомнений, возможных вследствие того, что дарение, предусмотренное в ст. 977-ой, имеет некоторое сходство с дарением на случай смерти¹⁾. Появление же этой статьи в нашем X томѣ, нам думается, объясняется просто заимствованием из Code Civil, где подобные дарения предусмотрены в art. 951—952, что вызывалось желанием подчеркнуть, что подобные условия не противостоят принципу irrevocabilité des donations, которому Code Civil уделяет столько внимания. В виду этого нечего и говорить, что подобного рода резолютивные условия возможны и при возмездной передаче права собственности.

Мы закончили наше исследование влияния момента безвозмездности в сделках, направленных на передачу вещей в собственность²⁾. В результате этого исследования обнаружилось, что влияние момента безвозмездности имеет двойной характер. Во первых, оно сказывается в неприменении к безвозмездным договорам всех тех норм, которые в том или ином отношении затрагивают вопрос о вознаграждении — это так же естественно логически вследствие влияния момента безвозмездности, т. е., очевидно, нельзя признать нормы о вознаграждении там, где этого вознаграждения

¹⁾ Проект, кн. V т. I стр. 565.

²⁾ О статьях 978 и 991 т. X ч. I здесь говорить мы считаем излишним, т. е. первая есть норма дозвоительная, подтверждающая для дарения то, что признается возможным в возмездных сделках, а вторая имеет целью отграничить понятие дарения от завещания.

деня иметь. Во вторых, влияние момента безвозмездности проявляется в создании для безвозмездных договоров таких правил, которые отличны от правил, установленных для возмездных договоров, или в неприменении к безвозмездным договорам тех или иных норм, применимых к возмездным договорам, при чем и то и другое не находится в логически неизбежной зависимости от момента безвозмездности, хотя и вызвано именно влиянием этого момента. Так, например, смягчение ответственности дарителя, несомненно, вызвано влиянием момента безвозмездности, но законодатель отлично мог такого смягчения и не устанавливать, как это, например, и имеет место в русском праве; или хотя нормы об ответственности продавца за недостатки вещи по своей природе и неприменимы к безвозмездным сделкам, но те правила, которые германское право установило относительно ответственности дарителя, вовсе не являются неизбежным выводом из момента безвозмездности, т. е. ничто не препятствовало законодателю построить ответственность дарителя и иначе. Так как влияние момента безвозмездности первого рода является не возбуждающим никаких сомнений, то мы на нем останавливаться в дальнейшем изложении не будем, а сосредоточим наше внимание исключительно на нормах второй категории. Если взять для сравнения законодательства германское и русское, то влияние момента безвозмездности вышеуказанного характера выразится в следующей схеме:

Германское право.

Договоры о возмездном приобретении вещей в собственность.

1) Если в сделке между отсутствующими лицом, предложившее приобрести вещь, назначить срок для ответа, и

Договоры о безвозмездном приобретении вещей в собственность.

1) Если предложение было сделано путем фактического предоставления вещи контрагенту с просьбой дать ответ

этотъ срокъ пройдетъ безъ отвѣта со стороны контрагента, то договоръ считается несостоявшимся. Если срока не было назначено, то предложившій обязанъ ждать отвѣта только въ теченіе времени, необходимаго по обстоятельствамъ даннаго случая для полученія отвѣта.

2) Договоръ можетъ быть совершенъ и словесно (относительно движимости).

3) Лицо, передающее вещь, отвѣчаетъ за всякую вину съ своей стороны.

4) Лицо, передающее вещь, въ случаѣ просрочки уплачиваетъ т. наз. „Verzugszinsen“.

5) Лицо, передающее вещь, отвѣчаетъ за недостатки въ правѣ на вещь.

6) Лицо, передающее вещь,

въ теченіе опредѣленнаго срока, то предложеніе считается принятымъ, если контрагентъ въ теченіе этого срока не заявитъ о непринятіи. Если срока не было назначено, то предложившій остается связаннымъ своимъ предложеніемъ до тѣхъ поръ, пока контрагентъ не откажется или не приметъ предложенія.

2) Договоръ, совершенный словесно, долженъ сопровождаться одновременной передачей вещи; для совершенія договора безъ одновременной передачи вещи требуется засвидѣтельствованіе авта судебнымъ или нотаріальнымъ порядкомъ.

3) Оно отвѣчаетъ лишь за умыселъ и грубую неосторожность.

4) Обязанности уплачивать „Verzugszinsen“ не существуетъ.

5) Оно отвѣчаетъ за недостатки въ правѣ лишь тогда, когда обязалось передать вещь, не принадлежащую ему въ моментъ совершенія договора, и если при приобрѣтеніи ея оно знало о недостаткѣ въ правѣ или не узнало по грубой небрежности.

6) Отвѣтственность за фак-

отвѣчаетъ за фактическіе недостатки вещи.

7) Нѣтъ.

8) Нѣтъ.

9) Въ случаѣ недостатка въ правѣ на вещь или ея фактическихъ недостатковъ, лицо, отчуждившее вещь, отвѣчаетъ по правиламъ §§ 433—444 и §§ 459—492 В. Г. В., независимо отъ соотношенія стоимости вещи къ стоимости издержекъ, требуемыхъ на исполненіе modus'a.

10) Нѣтъ.

тическихъ недостатки значительно смягчается.

7) Лицо, передающее вещь, можетъ отказаться отъ исполненія, а также вытребовать вещь обратно въ случаѣ сильнаго ухудшенія своего матеріальнаго положенія, если только обязательство не являлось съ его стороны исполненіемъ долга нравственности или приличія.

8) Лицо, передающее вещь, можетъ отобрать ее обратно или отказаться отъ передачи въ случаѣ грубой неблагодарности контрагента; исключеніе то-же, что и въ пунктѣ 7-омъ.

9) Если, вслѣдствіе недостатка въ правѣ на вещь или ея фактическихъ недостатковъ, стоимость ея не достигаетъ требуемыхъ на исполненіе modus'a издержекъ, то лицо, получившее вещь, можетъ отказаться отъ исполненія modus'a, пока недостающая сумма не будетъ ему доплачена; если оно уже исполнило modus, не зная о вышеуказанныхъ недостаткахъ, то оно можетъ требовать съ дарителя возмѣщенія издержекъ на исполненіе modus'a, поскольку оны превышали стоимость вещи.

10) Въ случаѣ неисполненія modus'a, лицо, передавшее вещь

безвозмездно въ собственность, можетъ, при наличности условий, дающихъ право отступиться отъ двусторонняго договора, требовать возвращенія даннаго по правиламъ о выдачѣ неосновательнаго обогащенія въ тѣхъ размѣрахъ, въ какихъ то, что оно дало, должно быть употреблено на исполненіе *modus'a*.

Русское право.

Договоры о возмездномъ приобрѣтеніи вещей въ собственность.

1) Въ сдѣлкѣ между отсутствующими контрагентами лицо предложившее остается связаннымъ своимъ предложеніемъ только въ теченіе срока, необходимаго по обстоятельствамъ дѣла для полученія отвѣта.

2) Договоръ о передачѣ права собственности на вещи, опредѣляемыя родовыми признаками, долженъ быть совершенъ письменно.

3) Предварительный договоръ о совершеніи договора о

Договоры о безвозмездномъ приобрѣтеніи вещей въ собственность.

1) Если въ сдѣлкѣ между отсутствующими контрагентами предложеніе приобрѣсти вещь было сдѣлано посредствомъ фактическаго предоставленія вещи контрагенту, то предложившій остается связаннымъ своимъ предложеніемъ до тѣхъ поръ, пока контрагентъ не приметъ предложенія или не откажется отъ принятія.

2) Можетъ быть заключенъ и словесно.

3) Можетъ быть совершенъ и словесно.

передачѣ вещи въ собственность долженъ быть совершенъ письменно.

4) Не запрещается.

5) Нѣтъ.

4) Запрещается передавать въ собственность родовыя имѣнія.

5) Лицо, передающее вещь, можетъ отобрать ее обратно или отказаться отъ передачи въ случаѣ грубой неблагодарности контрагента.

Таковы итоги. Изъ нихъ явствуетъ, что въ то время какъ въ Германіи вліяніе момента безвозмездности въ договорахъ, направленныхъ на передачу вещи въ собственность, сказывается довольно сильно (въ 10 пунктахъ), въ нашемъ русскомъ правѣ вліяніе этого момента слабѣе болѣе, чѣмъ вдвое (всего 5 пунктовъ). При этомъ изъ этихъ пяти пунктовъ только три являются прямо указанными въ законѣ, а въ остальныхъ двухъ случаяхъ (пункты 2 и 3) вліяніе момента безвозмездности выведено нами путемъ толкованія пробѣловъ закона, такъ что нетрудно замѣтить, что это въ сущности не вліяніе момента безвозмездности, а просто законодательные недосмотры. Что касается до остальныхъ трехъ случаевъ, то изъ нихъ два (первый и пятый) являются общими съ германскимъ правомъ, и только одинъ четвертый пунктъ является особенностью русскаго права.

Глава четвертая.

Вліяніе момента безвозмездности въ договорахъ, направленныхъ на предоставленіе вещи въ пользованіе.

Договоры, направленные на предоставленіе вещи въ пользованіе, современные законодательства знаютъ два—договоръ имущественнаго найма и договоръ ссуды. По содержанию своему они совершенно тождественны, и единственное различіе между ними, по общему единодушному мнѣнію юристовъ, заключается только въ томъ, что наемъ есть договоръ возмездный, а ссуда—безвозмездный. Отсюда, казалось-бы, путь, по которому должны были идти законодательства при регламентаціи этихъ договоровъ, долженъ былъ состоять въ томъ, чтобы дать регламентацію одного договора—хотя-бы договора имущественнаго найма,—а затѣмъ указать, какія нормы изъ этой регламентаціи къ договору ссуды непримѣнимы, и установить нормы, долженствующія примѣняться исключительно къ ссудѣ. Тогда было бы ясно, въ чемъ заключается влияніе момента безвозмездности, этого единственнаго пункта, отличающаго эти оба договора. Къ сожалѣнію, законодательства поступаютъ иначе: они даютъ отдѣльную самостоятельную регламентацію обоихъ договоровъ, вслѣдствіе чего для выясненія вліянія момента безвозмездности приходится продѣлать кропотливую работу разсмотрѣнія каждой нормы, установленной для договора найма, сопоставленія ея съ соответствующей нормой, установленной для ссуды, и такимъ образомъ установить, въ чемъ заключается различіе, которое логически

должно быть признано слѣдствіемъ вліянія момента безвозмездности. Къ такому анализу мы и перейдемъ.

Первое коренное отличіе между ссудой и наймомъ, по господствовавшему у юристовъ всѣхъ странъ мнѣнію, ведущему свое происхожденіе еще отъ Гая, заключается въ томъ, что наемъ есть договоръ консенсуальный, а ссуда, подобно займу и поклажѣ, есть договоръ реальный, т. е. въ то время какъ по договору найма наймодавецъ обязывается передать вещь въ пользованіе, въ ссудѣ такой обязанности нѣтъ, т. е. договоръ этотъ устанавливается одновременно съ передачей вещи, и изъ него вытекаетъ лишь обязанность ссудоприемателя возвратить полученную вещь. Правда, возможенъ и договоръ, по которому лицо обязывается дать другому безвозмездно вещь въ пользованіе, но такой договоръ уже не будетъ ссудой, а будетъ предварительнымъ договоромъ о заключеніи въ будущемъ договора ссуды. Это ученіе о реальномъ характерѣ ссуды господствующее мнѣніе обосновывало тѣмъ, что въ ссудѣ, какъ и въ другихъ реальныхъ договорахъ, обязанность контрагента состоитъ въ возвращеніи вещи, а возвратить вещь возможно лишь тогда, когда она получена. Но уже съ начала 19-го вѣка въ литературѣ начинаютъ раздаваться голоса, высказывающіе сомнѣніе въ правильности господствующаго мнѣнія и утверждающіе, что въ современномъ правѣ нѣтъ основанія сохранять римское понятіе реальныхъ договоровъ, и что всѣ эти реальные договоры надо признать консенсуальными. Впервые взглядъ этотъ былъ высказанъ *Heise* въ 1807-омъ году¹⁾, но, повидимому, никакого сочувствія въ литературѣ не встрѣтилъ. Лишь въ концѣ второй половины 19-го вѣка теченіе противъ существованія реальныхъ договоровъ начинаетъ принимать извѣстное значеніе. Поднимается вопросъ о правильности того основанія, на которомъ господствовавшее мнѣніе строило несобходимую реальность займа, ссуды и поклажи, и въ этомъ отношеніи нельзя не констатировать заслуги *Бринца*,

¹⁾ *Heise* „Grundriss eines System des gem. Civilrechts“ Heidelberg, 1807 г.

ясно доказавшаго, что основание это несостоятельно, т. е. хотя „Die Rückgabe setzt die Hingabe voraus, aber die Verpflichtung zur Rückgabe setzt keine Hingabe voraus“—иначе пришлось бы прийти къ выводу, что нельзя обязаться къ тому, что не можетъ быть немедленно исполнено¹⁾. Это положение *Brinz Eisenle*, правда, пытался уничтожить возраженіемъ, что если возвращеніе безъ предварительной передачи невозможно, то, значить, и обязательство возвратить безъ предшествующей передачи есть обязательство, направленное на дѣйствіе невозможное, и потому недѣйствительно²⁾, но доводъ этотъ теоретически столь явно несостоятеленъ, что даже врядъ-ли это нужно доказывать³⁾. Кромѣ того, неправильность основанія, выставяемаго господствующимъ мнѣніемъ, неопровержимо доказывалось уже однимъ допущеніемъ существованія предварительнаго договора о заключеніи ссуды, а также признаніемъ консенсуальнаго договора имущественнаго найма, гдѣ также устанавливается обязанность возвратить вещь по истеченіи срока пользования.

Но старое ученіе о реальныхъ договорахъ такъ крѣпко укоренилось въ сознаніи юристовъ, что окончательно отказать отъ него многимъ казалось невозможнымъ. Вслѣдствіе этого въ литературѣ не было недостатка въ попыткахъ устранить вышеуказанныя противорѣчія и дать иное обоснованіе существованію реальныхъ договоровъ въ современномъ правѣ. Одну изъ наиболѣе интересныхъ такихъ попытокъ мы находимъ у *К. Адлера*. Названный ученый полагаетъ, что реальнымъ договоромъ является такой договоръ, который, какъ таковой, безъ передачи вещи, не можетъ состояться. Такимъ реальнымъ договоромъ будетъ напр. передача вещи наймодателемъ нанимателю или ссудодателемъ ссудоприемателю. Хотя консенсуальный договоръ

¹⁾ *Brinz* Krit. Blätter I p. 18 ff.

²⁾ *Eisele* „Ueber Realcontracte“ Zeitschr. für Schweiz. Recht N. F. V. III 1884 s. 16.

³⁾ См. объ этомъ у *К. Адлера* „Realcontract und Vorvertrag“ Iher. Jahrb. V. 31 s. 193—194.

о предоставленіи вещи въ пользованіе и исполнѣ возможно, но обязанность возвратить вещь въ сущности возникаетъ только послѣ заключенія реального договора посредствомъ передачи вещи—ни одинъ разумный судья не присудитъ возвратить вещь, которая не была получена, т. что передача вещи есть *Klagfundament* для права требовать ея возвращенія. Взаимныя отношенія между такого рода реальнымъ договоромъ и обязательственнымъ консенсуальнымъ договоромъ могутъ быть установлены законодателемъ двоякимъ способомъ. Первый способъ заключается въ регламентированіи того консенсуальнаго договора, который является предварительнымъ договоромъ по отношенію къ реальному договору, т. что реальный договоръ разсматривается только какъ стадія развитія этого предварительнаго договора; при этомъ законодатель опредѣляетъ, какія юридическія послѣдствія по исключенію наступаютъ не съ момента простого соглашенія, а съ момента заключенія реального договора. Такой путь законодательства избрали для регламентаціи, на примѣръ, договора имущественнаго найма. Второй способъ заключается въ установленіи специальной самостоятельной регламентаціи для реального договора, такъ что предварительный консенсуальный договоръ о такомъ реальномъ договорѣ остается подчиненнымъ только общимъ правиламъ о договорахъ. Этотъ путь избирается обычно законодательствами для договора ссуды. Но избраніе именно того, а не иного пути для найма или ссуды, вовсе не является необходимымъ—законодатель могъ опредѣлить наемъ, какъ возмездное предоставленіе вещи въ пользованіе, добавивъ, что договоръ, по которому одно лицо обязывается предоставить вещь въ пользованіе за извѣстное вознагражденіе, имѣетъ юридическую силу, не являясь, однако, договоромъ найма, и, наоборотъ, законодатель можетъ признать ссудой договоръ, по которому одно лицо обязывается предоставить другому безвозмездно вещь въ пользованіе. На исполнѣ естественный вопросъ, чѣмъ-же оправдывается избраніе современными законодательствами разныхъ путей при регламентаціи договоровъ найма и ссуды, и если это различіе не можетъ быть оправдано, то какой путь, одинаковый для обоихъ договоровъ, слѣдовало-бы принять съ точки зрѣнія по-

литики права, *К. Адлер* даетъ отвѣтъ, въ общемъ сходный съ мнѣніемъ *Эйзеле*. Онъ оправдываетъ существующее различіе, исходя изъ того соображенія, что консенсуальные договоры, имѣющіе своимъ содержаніемъ заключеніе реального договора, могутъ быть двухъ категорій: въ однихъ договорахъ все содержаніе исчерпывается заключеніемъ реального договора, а въ другихъ имѣются и другія обязанности (напримѣръ, въ имущественномъ наймѣ обязанность платить вознагражденіе). И вотъ въ первой категоріи договоры въ то время какъ обязанности, основанныя на консенсуальномъ договорѣ, сравнительно просты и не требуютъ почти никакой регламентаціи, обязанности, основанныя на реальномъ договорѣ, напротивъ, весьма многочисленны и нуждаются въ тщательной нормировкѣ, такъ что если разсматривать таковой договоръ, какъ консенсуальный, и видѣть въ реальномъ договорѣ лишь элементъ этого консенсуального договора, известную стадію развитія этого послѣдняго, то получилось бы несоотвѣтствіе между опредѣленіемъ договора и главнымъ содержаніемъ его правовой регламентаціи и расхожденіе съ общепринятыми въ жизни возрѣніями на природу такого договора¹⁾. Такимъ образомъ, *К. Адлер* приходитъ въ сущности къ тому выводу, что по своей природѣ наемъ и ссуда тождественны, и если въ наймѣ реальный договоръ разсматривается, какъ составная часть консенсуального договора, а въ ссудѣ консенсуальный договоръ выдѣляется въ особый предварительный договоръ о заключеніи ссуды, какъ реального договора, то это дѣло усмотрѣнія законодателя, оправдываемое, по мнѣнію *Адлера*, тѣмъ, что въ наймѣ привходитъ обязанность уплачивать вознагражденіе.

На первый взглядъ эта теорія *Адлера* представляется весьма стройной и устраняющей многія противорѣчія, встрѣчавшіяся въ прежнемъ ученіи о реальныхъ договорахъ. Но въ новѣйшей литературѣ и эта теорія встрѣтила весьма вѣсныя и справедливыя возраженія. Прежде всего эти возраженія направлены на то, что признавать обязанность возвращенія всюду, даже въ наймѣ, основанной на реальномъ договорѣ, совер-

¹⁾ *Adler* op. cit. s. 192—222.

шаемомъ путемъ передачи вещи, и, такимъ образомъ, считать, что наемъ и нѣкоторые другіе консенсуальные контракты содержатъ въ себѣ еще какъ-бы „маленькій реальный контрактъ“, врядъ-ли правильно. То обстоятельство, что требовать возвращенія вещи можно только послѣ того, какъ она передана, еще не означаетъ, что обязанность возвращенія установлена съ момента передачи: вѣдь и нанявшійся по личному найму въ состояніи исполнить свои обязанности только тогда, когда нанявшій дастъ ему указанія, что онъ долженъ сдѣлать, и портной можетъ сшить костюмъ только послѣ того, какъ заказчикъ принесетъ ему матерію и явится для примѣрки, но развѣ можно видѣть здѣсь особые договоры, гдѣ обязанность наняшагося или подрядчика возникаетъ съ момента дачи указаній или съ момента явки для примѣрки? Ясно, что нѣтъ. И въ личномъ наймѣ и въ подрядѣ обязанности устанавливаются соглашеніемъ сторонъ, а явка для примѣрки и дача указаній относительно работы являются не чѣмъ инымъ, какъ содѣйствіемъ со стороны одного контрагента, необходимымъ въ очень многихъ договорахъ для возможности исполненія другимъ контрагентомъ своей обязанности. Точно такимъ-же содѣйствіемъ со стороны кредитора по отношенію къ обязанности возвратить вещь является и передача вещи въ наймѣ, ссудѣ и другихъ договорахъ¹⁾. Если-же обязанность возвращенія вещи устанавливается въ сущности не передачей ея, а соглашеніемъ сторонъ, то выдѣленіе этого соглашенія въ особый предварительный договоръ, какъ это убѣдительно доказалъ *Шлоссманн*²⁾, является конструкціей и теоретически и практически не выдерживающей критики. Наконецъ, если даже принять предлагаемую *Адлеромъ* конструкцію реальныхъ договоровъ, то и въ такомъ случаѣ конструированіе нѣкоторыхъ договоровъ (напримѣръ ссуды, займа, поклажи) какъ реальныхъ,

¹⁾ *Boehmer*, „Realverträge im heutigen Rechte“ Arch. f. B. R., V. 38, h. 3, s. 321—322.

²⁾ *Schlossmann* „Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte“ Jher. Jahrb. V. 45, 1903.

сь оставленіємъ безъ регламентаціи консенсуальныхъ договоровъ о предоставленіи вещи въ пользованіе, денегъ въ займы и т. п., является совершенно несоотвѣтствующимъ экономическому положенію вещей, т. к. возвращеніе вещи, или денегъ вовсе не является той цѣлью, для достиженія коей стороны вступили въ соглашеніе. Экономическая цѣль этихъ договоровъ, наоборотъ, заключается въ предоставленіи пользованія чужой цѣнностью или въ принятіи обязанности хранить чужую вещь, а обязанность возвращенія вещи въ сущности есть лишь юридическая формулировка ограниченія пользованія или храненія опредѣленнымъ срокомъ, почему является совершенно неправильнымъ обособленіе этой обязанности возвращенія, какъ единственной или главной обязанности, составляющей все содержаніе договора ¹⁾.

Другая интересная попытка обосновать реальность договора ссуды и отличие его въ этомъ отношеніи отъ договора имущественнаго найма принадлежитъ профессору *Шлоссмманну*. *Шлоссмманнъ* полагаетъ, что по содержанію своему ссуда и наемъ совершенно тождественны, почему являлось-бы ни на чемъ неоснованнымъ признавать наемъ договоромъ консенсуальнымъ, а ссуду договоромъ реальнымъ съ одновременнымъ допущеніемъ возможности заключать консенсуальный предварительный договоръ о предоставленіи вещи въ ссуду. Реальность договора ссуды можетъ имѣть извѣстный смыслъ только въ томъ случаѣ, если не признавать юридической силы за консенсуальнымъ договоромъ о предоставленіи вещи въ ссуду, что, по мнѣнію *Шлоссмманна*, дѣйствительно и должно имѣть мѣсто, какъ слѣдствіе единственнаго отличія ссуды отъ найма—именно момента безвозмездности, т. к. обѣщанія дать или сдѣлать что-нибудь безвозмездно даются не съ тѣмъ, чтобы исполненія такихъ обѣщаній можно было-бы требовать судебнымъ порядкомъ ²⁾. Этой теоріи *Шлоссмманна* нельзя отказать въ логичности, т. к. она пытается объяснить различіе въ способахъ

¹⁾ *Boehmer* op. cit. s. 320 ff.; *Schlossmann* op. cit. s. 45.

²⁾ *Schlossmann* op. cit. s. 80.

заключенія договоровъ ссуды и найма влияніемъ момента безвозмездности, являющагося единственнымъ отличіемъ ссуды отъ найма, но въ то-же самое время основная предпосылка этой теоріи—именно, что исполненія безвозмездныхъ обязательствъ нельзя требовать судебнымъ порядкомъ—должна быть признана безусловно неправильной, т. к. выше ¹⁾ мы доказали, что нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній считать подобныя безвозмездныя обѣщанія не имѣющими юридическаго значенія—они не являются ни противозаконными ни безнравственными, и стороны вовсе не смотрятъ всегда на подобныя обѣщанія, какъ на такія, исполненіе или неисполненіе которыхъ зависитъ всецѣло отъ доброй воли обѣщавшаго ²⁾. Такимъ образомъ надо признать, что и *Шлоссмманну* не удалось обосновать реальность договора ссуды.

Изъ всего сказаннаго вытекаетъ, что мнѣніе, будто договоръ ссуды по своей природѣ всегда долженъ быть, въ отличіе отъ имущественнаго найма, договоромъ реальнымъ, является не имѣющимъ никакого основанія, т. к. моментъ безвозмездности, являющійся единственнымъ отличіемъ ссуды отъ найма, совершенно не требуетъ ни признанія договора возникшимъ лишь съ момента передачи вещи ни раздѣленія ссуды на два договора—на реальный договоръ ссуды въ тѣсномъ смыслѣ этого слова и на консенсуальный договоръ о безвозмездномъ предоставленіи вещи въ пользованіе (предварительный договоръ о заключеніи договора ссуды). Посмотримъ теперь, какъ рѣшаютъ данный вопросъ современныя законодательства.

Относительно германскаго права большинство юристовъ держится взгляда, что по нему ссуда является реальнымъ договоромъ, а словесное соглашеніе о безвозмездномъ предоставленіи вещи въ пользованіе хотя и имѣетъ юридическую силу, но будетъ не ссудой, а предварительнымъ договоромъ о совер-

¹⁾ См. Гл. III стр. 104.

²⁾ На неправильность мнѣнія *Шлоссмманна* указываютъ *Billau* („Der Realvertrag“ Diss. Rostock 1906 г. s. 22—24) и *Boehmer* (op. cit. s. 227).

шенія договора ссуды. Почти всѣ авторы учебниковъ и комментариевъ придерживаются этого взгляда (*Энцикерусъ, Фишеръ-Хенле, Дернбургъ, Матиасъ, Кромъ, Шоллмейеръ, Эндеманнъ, Штаудинеръ, Планкъ, Эртманнъ* и нѣк. др.). Исключеніе представляютъ лишь *Киппъ, Хейльфонъ* и *Козакъ*. Но высказываясь за реальный характеръ ссуды, господствующее мнѣніе основывается почти исключительно на выше разсмотрѣнномъ нами общемъ соображеніи, что въ ссудѣ главная обязанность заключается въ возвращеніи вещи, а возвращеніе необходимо предполагаетъ предварительную передачу вещи ссудодателемъ ссудопривимателю. Въ самомъ законѣ господствующее мнѣніе находитъ только одинъ доводъ въ свою пользу—именно то, что ссудодатель, согласно § 598 В. Г. В., обязанъ ссудопривимателю пользованіе вещью „zu gestatten“, тогда какъ относительно наймодателя законъ употребляетъ терминъ „zu gewähren“¹⁾. Нетрудно замѣтить, однако, что этотъ послѣдній доводъ является болѣе чѣмъ слабымъ, почему не только сторонники признанія ссуды консенсуальнымъ договоромъ, какъ напримѣръ *Цабель*²⁾, но даже сторонники реальной теоріи, какъ напримѣръ *Шлосманнъ*³⁾, справедливо замѣчаютъ, что различіе вышеуказанныхъ терминовъ рѣшительно ничего не доказываетъ, и что въ германскомъ гражданскомъ уложеніи нѣтъ никакихъ прямыхъ указаній въ пользу той или другой изъ двухъ противоположныхъ точекъ зрѣнія. Выводъ этотъ вполне соответствуетъ и намѣренію составителей уложенія, т. е. въ протоколахъ второй комиссіи прямо указывается, что хотя, по мнѣнію комиссіи, правильнѣе не дѣлать различія между лицомъ, передавшимъ вещь безвозмездно въ пользованіе, и лицомъ, только обязавшимся это сдѣлать, но тѣмъ не менѣе вопросъ о природѣ ссуды (въ смыслѣ ея консенсуальности или реальности) комиссія считаетъ необходимымъ всецѣло пре-

¹⁾ § 535 В. Г. В.

²⁾ *Zabel* „Der Leihvertrag nach deutsch. bürgerl. Recht“ 1910 s. 7—11.

³⁾ *Schlossmann* op. cit. s. 76.

доставить наукѣ¹⁾. Если-же въ самомъ законѣ нѣтъ никакихъ указаній на реальный характеръ ссуды, то нѣтъ оснований и признавать ее въ отличіе отъ найма реальнымъ договоромъ, т. е. моментъ безвозмездности, какъ мы выше установили, никоимъ образомъ не требуетъ ни признанія подобнаго консенсуальнаго договора недействительнымъ ни выдѣленія этого консенсуальнаго договора въ особый *actum de commodando*. Этотъ взглядъ въ настоящее время находитъ себѣ все болѣе и болѣе сторонниковъ среди нѣмецкихъ юристовъ²⁾.

Во Франціи, какъ и въ Германіи, господствующее среди юристовъ мнѣніе также считаетъ ссуду реальнымъ договоромъ³⁾. Рѣшеніе это обосновывается обычно какъ теоретическимъ соображеніемъ о невозможности установленія обязанности вернуть вещь прежде, чѣмъ эта вещь будетъ получена, такъ и ссылкой на текстъ закона, который опредѣляетъ ссуду, какъ договоръ, по которому одна изъ сторонъ „livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi“⁴⁾. Впрочемъ нѣкоторые изъ юристовъ вышеуказанное теоретическое соображеніе считаютъ совершенно несостоятельнымъ и, высказываясь съ точки зрѣнія политики права противъ реальности ссуды, признаютъ ее реальнымъ договоромъ исключительно потому, что такова была

¹⁾ *Mugdan* В. II 895

²⁾ Кроме *Kipp'a, Heilfron'a, Cosack'a* и *Zabel'a*, признаютъ ссуду консенсуальнымъ контрактомъ *Scherler* („§ 610 В. Г. В. Beiträge zur Lehre vom Realvertrag und d. clausula rebus sic stantibus“, Diss. Greifswald 1903 s. 32), *Hellmann* (Krit. Vierteljahrschr. B. 41 s. 222, а также Arch. f. Civ. Praxis, B. 90 s. 434—435), *Bülow* (op. cit.), *Boehmer* (op. cit.); энергичнымъ противникомъ реальныхъ контрактовъ вообще является *J. Kohler*, хотя и трактуетъ почти исключительно о договорѣ займа (Arch. f. B. R. 1889 B. 2, 1909 B. 33), а также *Lübbert* (Jher. Jahrb. 1907 B. 52).

³⁾ *Laurent* op. cit. t. XXVI n. 453; *Baudry-Lacantinerie et Wahl* „Traité théorique et pratique de droit civil—De la société, du prêt et du dépôt“ 3-me ed. 1907 p. 372; *Guillouard* „Traité du prêt et du dépôt“, 2-me ed. 1893 n. 8; *Huc*, op. cit. t. XI n. 156; *Pouret* „Du contrat de commodat“ These, Paris, 1895; *Planiol* t. II p. 650.

⁴⁾ Code Civil art. 1875.

воля законодателя, выраженная в art. 1875¹⁾. Но есть во французской литературе и представители взгляда, что ссуда и de lege lata есть договор консенсуальный. Впервые взгляд этот был высказан без подробного обоснования *Vigie* в 1890-ом году²⁾, но вскоре нашел себе приверженцев, при чем здесь, надо думать, известное влияние оказала и германская литература. Наиболее подробную и тщательную мотивировку этого взгляда мы находим у *Combescure* в его статье „Existe t-il des contrats réels en droit français?“³⁾. Названный автор доказывает, что признание некоторых договоров реальными во французском праве не имеет под собой никакой почвы. Существование реальных договоров, по мнению *Combescure*, может иметь своей базой одно из двух—или недопущение возникновения известных обязательств в силу простого словесного соглашения подобно тому, как это было в римском праве, или желание придать некоторым сделкам более прочный, понятный для каждого, невозбуждающий никаких сомнений характер и этим оградить интересы третьих лиц и заставить самих контрагентов отнестись более серьезно к заключаемой ими сделке. Между тем к французскому праву и то и другое основание неприменимы, т. к. это право признает обязательную силу и за простыми соглашениями и считает их достаточными для установления таких прав, как право собственности, сервитуты и другие вещные права. Кроме того, во французском праве передача вещи не служит даже доказательством заключения договора, т. к. все равно, если стоимость сделки превышает 150 фр., то для доказательства ее совершения требуется письменный акт. *Combescure* соглашается, что в некоторых определениях, даваемых законом, в том числе и в art. 1875, можно видеть как-бы некоторое указание на признание известных договоров (ссуды,

¹⁾ См. напр. *Baudry-Lacantinerie* op. cit. p. 359—360.

²⁾ *Vigie* „Cours élémentaire de droit civil“ 1890 n. 1001.

³⁾ *Revue critique de legislation et de jurisprudence*, 1903.

займа, поклажи) реальными, но, во первых, текст закона вовсе не столь категоричен, чтобы не допускать иного толкования—в частности слова закона, что ссуда есть договор, по которому один контрагент передает другому вещь, вполне возможно понимать в том смысле, что передача вещи есть исполнение обязанности, возникшей в силу простого соглашения,—а во вторых против признания ссуды реальным договором говорить то, что сам закон в других статьях трактует об обязанностях обоих контрагентов, тогда как реальные контракты всегда односторонни. К мнению *Combescure* решительно присоединяется *Leduc*¹⁾. И мы думаем, что взгляд этот вполне приемлем и de lege lata, так как реальный характер ссуды в сущности столь мало обоснован теоретически и находится в столь резком противоречии с признанием консенсуальным аналогичного по содержанию договора имущества найма, что для констатирования его наличности нужно более категоричное указание закона, чем приведенные нами выше слова art. 1875-го, вполне допускающие и толкование их в смысле, соответствующем консенсуальному характеру договора, как это и предлагает *Combescure*.

Если по германскому и французскому законодательствам вопрос о том, является ли ссуда реальным договором или консенсуальным, является до известной степени спорным вследствие отсутствия в законе прямых указаний на этот счет, то швейцарское гражданское уложение определенно разрешает этот вопрос, вызвавший так много споров в литературе, и разрешает, согласно с новейшим течением в науке, в смысле признания ссуды договором консенсуальным: art. 305 прямо устанавливает, что по договору ссуды ссудодатель обязывается передать вещь в безвозмездное пользование ссудоприемателю, а последний обязывается по окончании пользования возвратить вещь ссудодателю.

Русское законодательство определяет ссуду имущества

¹⁾ *Leduc* „Des avants-contrats“ These, Paris 1909 p. 181—207.

как договоръ, „по силѣ коего одно лицо уступаетъ другому право пользоваться своимъ движимымъ имуществомъ, подъ условіемъ возвращенія его же самаго и въ томъ-же состояніи, въ какомъ оное было дано, безъ всякаго за употребленіе возмездія“¹⁾. Такъ какъ въ этомъ опредѣленіи не содержится прямого указанія, является-ли ссуда реальнымъ договоромъ или консенсуальнымъ, то и у насъ, какъ въ Германіи и Франціи, голоса юристовъ относительно этого вопроса раздѣлились. Такъ *Мейеръ* предлагаетъ считать ссуду за договоръ консенсуальный въ виду того, что въ нашемъ законѣ вообще отсутствуетъ различіе между договорами реальными и консенсуальными, а также въ виду полного сходства этого договора съ договоромъ найма имущества²⁾. Наоборотъ *Анненковъ* стоитъ на противоположной точкѣ зрѣнія на томъ, во первыхъ, основаніи, что нашъ законъ помѣщаетъ постановленія о ссудѣ въ одной главѣ съ постановленіями о займѣ, между тѣмъ какъ этотъ послѣдній договоръ есть несомнѣнно договоръ реальный и у насъ, и, во вторыхъ, потому, что тотъ источникъ, изъ котораго показано заимствованнымъ правило статьи 2064, именно статья 273-ья X главы Уложенія Алексѣя Михайловича гласитъ: „А буде кто возьметъ къ которому нибудь времени на ссуду платье“ и проч., каковыя слова указываютъ на то, что договоръ этотъ можетъ считаться возникающимъ только съ момента отдачи ссудоприноимателю назначеннаго въ ссуду имущества³⁾. Изъ болѣе новыхъ юристовъ проф. *Шершеневичъ*, сперва примыгавшій къ мнѣнію *Мейера*, въ послѣднихъ изданіяхъ своего Учебника перемѣнилъ свой взглядъ и говорить, что обязательственное отношеніе въ силу договора ссуды устанавливается не съ момента соглашенія сторовъ, а съ момента передачи вещи. Этотъ взглядъ свой *Шершеневичъ* обосновываетъ, повидимому, какъ и *Шлосманъ*, вліяніемъ момента безвозмездности, говоря, что „договоръ ссуды безвоз-

¹⁾ Ст. 2064 т. X ч. I.

²⁾ *Мейеръ* op. cit. стр. 506.

³⁾ *Анненковъ* т. IV стр. 364.

мездный, и принудить собственника къ передачѣ вещи въ обѣщанное пользованіе невозможно“. Но далѣе *Шершеневичъ* самъ-же уничтожаетъ и свой взглядъ на реальный характеръ ссуды и на вліяніе момента безвозмездности, добавляя слова „но если контрагентъ, въ виду обѣщанія, сдѣлалъ нѣкоторыя приготовленія, и отказъ собственника соединенъ съ убытками для него, то онъ можетъ требовать отъ него возмѣщенія ущерба“¹⁾: вѣдь принудить собственника къ передачѣ вещи невозможно и въ томъ случаѣ, если-бы договоръ былъ возмездный, и послѣдствія неисполненія собственникомъ своей обязанности заключаются только въ обязанности возмѣститъ убытки, каковыя послѣдствія *Шершеневичъ* допускаетъ и на случай неисполненія ссудодателемъ обѣщанія дать вещь въ пользованіе, чѣмъ ясно признаетъ обязательственное отношеніе установившимся съ момента соглашенія, а не передачи вещи, т. е. иначе право ссудоприноимателя требовать возмѣщенія убытковъ, причиненныхъ непередачей вещи, не имѣло бы никакого юридическаго основанія. Поэтому *Исаченки*, также признающіе ссуду договоромъ реальнымъ, отрицаютъ возможность взыскивать возмѣщенія убытковъ съ лица, только обѣщавшаго дать вещь въ пользованіе и не исполнившаго своего обязательства²⁾. Наконецъ, авторъ новѣйшаго курса русскаго гражданскаго права, проф. *Синайскій*, констатируя неясность, есть-ли ссуда въ нашихъ законахъ договоръ консенсуальный или реальный (въ ст. 2064-ой сказано „уступаетъ“, но означаетъ ли это передачу вещи?), дѣлаетъ тутъ-же безъ всякой мотивировки выводъ, что если договоръ заключенъ былъ безъ передачи имущества, то изъ него вытекаетъ и обязанность ссудодателя передать вещь въ пользованіе ссудоприноимателю³⁾, т. е. признаетъ ссуду консенсуальнымъ договоромъ. Этотъ вы-

¹⁾ *Шершеневичъ* op. cit. стр. 580.

²⁾ *В. Л. и В. В. Исаченки* „Обязательства по договорамъ“ т. II 1914 г. стр. 697—699.

³⁾ Проф. *В. И. Синайскій* „Русское гражданское право“ вып. II 1915 г. стр. 144.

воду единственно правильнымъ считаемъ и мы на томъ основаніи, что признаніе ссуды реальнымъ контрактомъ не можетъ быть обосновано никакими теоретическими соображеніями, кромѣ яснаго постановленія законодателя, а такого постановленія русское право совершенно не даетъ. Тѣ доводы, которые приводятъ *Анненковъ* въ пользу противоположнаго рѣшенія, мы лично сколько нибудь убѣдительными считать не можемъ. Если даже признать заемъ реальнымъ договоромъ, то изъ помѣщенія нашимъ законодателемъ постановленій объ этомъ договорѣ въ одной главѣ съ постановленіями о ссудѣ никоимъ образомъ нельзя заключать, что и ссуда есть реальный договоръ, т. е. законодатель могъ сдѣлать это не потому, что считалъ оба договора реальными, а по сходству ихъ въ разныхъ другихъ отношеніяхъ, да и вообще этотъ фактъ рѣшительно ничего не доказываетъ—смѣшиваетъ же нашъ законодатель совершенно подрядъ съ поставкой, а между тѣмъ нельзя же на этомъ основаніи считать эти договоры тождественными. По своей природѣ ссуда болѣе сходна съ наймомъ, чѣмъ съ займомъ, почему теоретически правильнѣе ссуду разсматривать по аналогіи съ наймомъ, какъ это и указывалъ *Мейеръ*. Слабымъ доказательствомъ мы считаемъ и ссылку на источникъ статьи 2064-ой, т. е. изъ текста статьи 273 Уложения совершенно не видно, чтобы обязательство возникало только съ момента фактической передачи платы. Что же касается до опредѣленія ссуды, содержащагося въ ст. 2064-ой, то оно, по нашему мнѣнію, гораздо болѣе говоритъ именно за консенсуальный, а не реальный характеръ даннаго договора: въ то время какъ art. 1875 Cod. Civ. употребляетъ выраженіе „livre une chose“, нашъ законъ говоритъ „уступаетъ право пользоваться имуществомъ“, что вполне согласуется съ консенсуальной природой договора, такъ какъ предоставленіе права пользования можетъ имѣть мѣсто и въ силу одного соглашенія безъ немедленной передачи вещи.

Такимъ образомъ, въ результатъ мы пришли къ заключенію, что реальность договора ссуды не можетъ быть теоретически поставлена въ зависимость отъ вліянія момента безвоз-

мездности, и что въ современномъ правѣ ссуду надо считать консенсуальнымъ контрактомъ, т. е. ясныхъ и категорическихъ указаній на ея реальный характеръ законодательства не даютъ.

Что касается до самой формы заключенія договора ссуды, то въ германскомъ правѣ на этотъ счетъ мы не находимъ никакихъ указаній, изъ чего можно заключить, что договоръ этотъ можетъ быть заключенъ и словесно, безъ соблюденія какихъ либо формальностей¹⁾. Если сопоставить это положеніе съ правилами о заключеніи договора найма, то получится нѣкоторое различіе, такъ какъ для найма законъ требуетъ письменной формы, если договоръ заключается на срокъ свыше года и объектомъ найма является недвижимость (въ томъ числѣ и жилища)²⁾, при чемъ, однако, несоблюденіе вышеназванной формы не дѣлаетъ договоръ найма недействительнымъ, а превращаетъ его въ договоръ, заключенный на неопредѣленный срокъ, т. е. что по прошествіи года каждый изъ контрагентовъ можетъ требовать расторженія договора съ соблюденіемъ установленнаго закономъ срока о предупреденіи. Такимъ образомъ получается, что если я устно дамъ въ наемъ извѣстный участокъ земли для склада на немъ разныхъ строительныхъ матеріаловъ на два года, то по прошествіи года я могу расторгнуть договоръ, предупредивъ только своевременно объ этомъ своего контрагента, а если я предоставлю пользованіе этимъ участкомъ на такой-же срокъ безвозмездно, то по прошествіи года я не могу требовать расторженія договора. Правда, это различіе нѣсколько смягчается тѣмъ, что законъ предоставляетъ ссудодателю въ любой моментъ потребовать возвращенія вещи, если окажется, что вещь вслѣдствіе ранѣе непредвидѣннаго обстоятельства стала ему самому нужна³⁾, но все-же этимъ различіемъ только смягчается, но не уничтожается, т. е. не всегда ссудодатель можетъ доказать наличность непредвидѣннаго

¹⁾ *Zabel* op. cit. s. 39.

²⁾ § 566 B. G. B.

³⁾ § 605 abs. 1 B. G. B.

обстоятельства, сдѣлавшаго вещь для него необходимой. Въ результатѣ получается, что лицо, отдавшее устно безвозмездно вещь въ пользованіе, оказывается крѣпче связаннымъ своимъ обязательствомъ, чѣмъ лицо, отдавшее вещь въ пользованіе за известное вознагражденіе. Такое положеніе вещей является не только ненормальнымъ,—такъ какъ во всякомъ случаѣ нѣтъ основанія ссудодателя ставить въ менѣе благоприятныя условія, чѣмъ наймодателя,—но и рѣзко противорѣчащимъ съ общимъ направленіемъ законодателя, въ цѣломъ рядѣ другихъ случаевъ стремящагося облегчить положеніе лицъ, оказывающихъ безвозмездныя услуги, и дать имъ возможность легче освободиться отъ принятыхъ ими на себя обязательствъ. И если обратиться къ исторіи происхожденія вышеуказаннаго § 566, то будетъ ясно, что результатъ этотъ получился, такъ сказать, чисто случайно, а никакъ не съ сознательнымъ намѣреніемъ облегчить положеніе наймодателя по сравненію съ ссудодателемъ. Вопросъ о введеніи письменной формы для найма земельныхъ участковъ поднятъ былъ лишь во второй комиссіи и именно въ связи съ введеніемъ принципа „Kauf bricht nicht Miete“. Тогда было высказано соображеніе, что принципъ этотъ нарушаетъ основныя начала ипотечной системы, т. к. для приобрѣтателя становится обязательнымъ договоръ найма, заключенный собственникомъ, не отмѣченный въ ипотечной книгѣ и легко могущій остаться ему неизвѣстнымъ во всѣхъ подробностяхъ при заключеніи купли. Чтобы облегчить въ этомъ отношеніи положеніе покупателя и внесено было предложеніе признать устно заключенные договоры найма обязательными для покупателя—максимумъ лишь въ теченіе года. Такимъ образомъ, первоначально это предложеніе относилось только къ приобрѣтателю имущества и совершенно не касалось отношеній между наймодателемъ и нанятымъ, для которыхъ договоръ сохранялъ въ неприкосновенности всю свою обязательную силу. Но при обсужденіи въ комиссіи этого предложенія нашли, что въ такомъ видѣ оно какъ бы лишаетъ цѣльности и единства регламентацію найма, т. е. устно заключенный договоръ для приобрѣтателя имѣнія получаетъ такую обязательную силу, чѣмъ для наймо-

дателя, и вотъ съ цѣлью установить единство въ этомъ отношеніи постановленію § 566-го и была придана такая формулировка¹⁾. Тѣмъ обстоятельствомъ, что письменная форма въ данномъ случаѣ имѣла въ виду именно первоначально приобрѣтателя имущества и лишь единства ради получила значеніе для самого наймодателя, и объясняется, почему въ данномъ случаѣ законодателью не пришелъ въ голову договоръ ссуды, т. к. къ послѣднему принципъ о сохраненіи за договоромъ силы для приобрѣтателя имѣнія законъ не примѣнилъ. Но это лишь объясняетъ, какъ это могло случиться, но не оправдываетъ въ данномъ случаѣ промахъ законодателя, совершенно неожиданно для самого себя поставившаго ссудодателя въ болѣе тяжелыя условія, чѣмъ наймодателя. Въ этомъ случаѣ мы имѣемъ наглядный примѣръ, такъ сказать, казуистическаго законодательнаго творчества, т. е. промахъ этотъ былъ-бы невозможенъ, если-бы законодатель для одного и того же фактическаго состава создавалъ-бы одну и ту-же общую регламентацію, въ то-же время точно учитывалъ вліяніе отдѣльныхъ факторовъ, отличающихъ одинъ фактическій составъ отъ другого.

Существуетъ различіе въ порядкѣ заключенія договоровъ ссуды и найма и по французскому праву. Относительно формы заключенія ссуды законодатель не даетъ указаній, изъ чего юристы единодушно заключаютъ, что здѣсь должны примѣняться общія правила, т. е. договоръ не можетъ быть доказываемъ свидѣтельскими показаніями, если стоимость вещи, отдаваемой въ ссуду, превышаетъ 150 фр.²⁾ Между тѣмъ относительно найма art. 1715 устанавливаетъ исключеніе изъ общаго правила о порядкѣ заключенія сдѣлокъ, состоящее въ томъ, что если исполненіе договора, совершеннаго словесно, еще не имѣло мѣста, и одна изъ сторонъ будетъ отрицать существованіе

¹⁾ *Mugdan* В. II s. 823—829.

²⁾ *Aubry et Rau* „Cours de droit civil français“ 4-me ed. t. IV 1871 p. 595 § 391 note 7; *Baudry-Lacantinerie et Wahl* op. cit. p. 381; *Laurent* op. cit. t. XXVI n. 462; *Guillaouard* op. cit. n. 22; *Duranton* „Cours de droit français“ 4-me ed. t. XVII n. 498.

договора, то другая сторона не может доказывать фактъ заключения договора свидетельскими показаніями, какъ-бы ни была незначительна цѣна сдѣлки; отрицающему заключение договора можетъ быть только предложено подтвердить свое отрицаніе присягой¹⁾. Нельзя сказать, чтобы это исключеніе, сдѣланное для найма, мотивировалось какими-нибудь ясными и вѣскими соображеніями. Одни объясняли это исключеніе тѣмъ, что „en cette matière tout est urgent“, а другіе утверждали, что цѣль его заключается въ томъ, чтобы „tarir la source de procès, qui entraînent la ruine des plaideurs, surtout pour cette classe nombreuse, qui ne peut louer que des objets d'une valeur modique“²⁾. Но *Baudry-Lacantinerie* справедливо замѣчаетъ, что оба основанія неудовлетворительны—первое потому, что для собранія свидетельскихъ доказательствъ „dans les cas urgents“ существуетъ особый порядокъ—„l'enquête sommaire“, а второе потому, что art. 1715 не помѣщаетъ процессамъ, а лишь поведетъ къ тому, что процессы эти будутъ разрѣшаться неправильно вслѣдствіе запрещенія сторонамъ пользоваться наиболее вѣскимъ способомъ доказательствъ. Поэтому названный авторъ полагаетъ, что было-бы гораздо лучше, если-бы и для найма оставлены были въ силѣ общія правила³⁾. Справедливость этого положенія становится еще болѣе рельефной, если принять во вниманіе, что для ссуды, отличающейся отъ найма только моментомъ безвозмездности, исключенія, подобнаго art. 1715, не сдѣлано, вслѣдствіе чего получается, что заключеніе договора о безвозмездномъ предоставленіи пользованія вещью оказывается обставленнымъ меньшими формальностями, чѣмъ заключеніе аналогичнаго возмезднаго договора, тогда какъ моментъ безвозмезд-

¹⁾ Хотя art. 1715 помѣщенъ въ отдѣлѣ, содержащемъ „des règles communes aux baux des maisons et des lieux ruraux“, но юристы все эти правила относятъ и къ найму движимостей (contra *Laurent* t. XXV n. 90).

²⁾ Мнѣнія *Moricault et Jaubert*—см. *Fenet* t. 14 p. 312, 322 et 351.

³⁾ *Baudry-Lacantinerie* „Du contrat de louage“ t. II 1907 p. 114; также *Laurent* t. XXV n. 69.

ности не только не требуетъ облегченія заключенія сдѣлокъ, а наоборотъ побуждаетъ законодательства устанавливать болѣе строгія формальности, чтобы оградить гражданъ отъ поспѣшныхъ необдуманныхъ проявленій щедрости (см. правила о заключеніи договора даренія).

Въ отличіе отъ германскаго и французскаго законодательства, швейцарское право не дѣлаетъ разницы между заключеніемъ договора найма съ одной стороны и договора ссуды съ другой. То-же самое надо сказать и о русскомъ правѣ—поскольку, конечно, рѣчь идетъ о сравненіи ссуды съ наймомъ движимыхъ вещей¹⁾, такъ какъ, въ отличіе отъ западныхъ законодательствъ, наше право область ссуды ограничиваетъ только предоставленіемъ пользованія движимыми вещами²⁾.

Обращаясь къ разсмотрѣнію обязанностей ссудодателя, мы здѣсь въ германскомъ правѣ снова находимъ существенное отличіе отъ обязанностей наймодателя. Отличіе это состоитъ въ томъ, что изъ различія въ формулировкѣ §§ 535 и 598 В. Г. В., изъ которыхъ одинъ говоритъ „den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren“, а другой—„den Gebrauch der Sache zu gestatten“, обыкновенно заключаютъ, что наймодатель обязанъ не только предоставить вещь нанимателю въ пользованіе въ надлежащемъ видѣ, но и поддерживать ее въ этомъ видѣ въ теченіе всего срока найма, тогда какъ ссудодатель обязанъ только предоставить вещь въ пользованіе и терпѣть это пользованіе, но ни къ какой другой положительной дѣятельности не обязанъ³⁾.

Такимъ образомъ, ссудодатель обязанъ, предоставивъ вещь въ пользованіе ссудопринимающему, въ теченіе всего срока ссуды

¹⁾ Наемъ движимыхъ вещей можетъ быть совершенъ словесно, согласно ст. 1700 т. X ч. 1, а для ссуды законъ никакой формы не устанавливаетъ, изъ чего слѣдуетъ, что и она можетъ совершаться словесно (С. р. 70/1354, 71/424, 70/792 и др.).

²⁾ Ст. 2064—2065 т. X ч. I.

³⁾ *Lesser* „Der Inhalt d. Leistungspflicht“ 1909. s. 49; *Oertmann* s. 642; *Enneccerus* op. cit. s. 394; *Zabel* op. cit. s. 89; *Staudinger* op. cit. s. 1024—1025; *Planck* zu § 598 bem. 7.

воздерживаться от всяких дѣйствій, которыя могли-бы лишить его этого пользованія—напримѣръ, не отнимать у него вещь, не предоставлять на нее другимъ лицамъ правъ, несомнѣстныхъ съ правомъ пользованія ссудоприемателя, но онъ не обязанъ поддерживать вещь въ состояннн пригодномъ для пользованія и защищать ссудоприемателя отъ препятствнн со стороны третьнхъ лицъ¹⁾. Таковы слѣдствнн, выводимыя литературой изъ различнн между термннами „gewähren“ и „gestatten“. Правда, нѣкоторыми юристами, какъ напримѣръ *Дернбургомъ*²⁾, было высказано мнѣнне, что различнне это является черезчуръ „spitzfindig“ и должно быть оставлено, но тѣмъ не менѣе господствующее мнѣнне продолжаетъ твердо его держаться. Проводя это различнне между наймомъ и ссудой, нѣмецкнн юристы, однако, ничего не говорятъ о томъ, какое юридическое значенне оно имѣетъ. Съ нашей точки зрѣннн, его никоимъ образомъ нельзя понимать въ томъ смыслѣ, что договоръ, по которому лицо обязалось не только передать другому безвозмездно вещь въ пользованне, но и принимать всѣ надлежащнн мѣры къ тому, чтобы онъ могъ беспрепятственно пользоваться ей известнымъ образомъ, былъ недѣйствителенъ. Это будетъ не что иное, какъ тотъ-же договоръ ссуды, въ которомъ къ обязанностямъ ссудодателя, установленнымъ въ законѣ, присоединена еще одна обязанность, нисколько не противорѣчающая природѣ даннаго договора. Поэтому значенне момента безвозмездности въ договорахъ о предоставленнн пользованнн вещью выражается въ томъ, что при возмездномъ договорѣ обязанность „den Gebrauch der Sache zu gewähren“ предпологается, если прямо не исключена въ договорѣ, а при безвозмездномъ договорѣ обязанность давшаго вещь въ пользованне предполо-

¹⁾ Надо, впрочемъ, замѣтить, что послѣднн пунктъ нѣсколько сомнителенъ, т. к. полное невмѣшательство ссудодателя въ известннхъ случаяхъ есть молчаливое предоставленне третьему лицу права на вещь, что врядъ-ли совмѣстимо съ обязанностью ссудодателя не препятствовать ссудоприемателю пользоваться вещью.

²⁾ *Dernburg* „Das Bürgerliche Recht d. D. Reichs u. Preussens“ Bd. II 3-e Aufl. 1906 § 231.

гается въ минимальномъ объемѣ, сводится къ „den Gebrauch der Sache zu gestatten“, если, конечно, контрагенты по договору не обусловили обязанность давшаго вещь въ болѣе широкомъ объемѣ.

Точно такое-же различнне между обязанностями ссудодателя и наймодателя существуетъ и во французскомъ правѣ. Code Civil прямо возлагаетъ на наймодателя обязанность „faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail“¹⁾, а въ частности „d'entretenir cette chose en etat de servir à l'usage, pour lequel elle a été louée“²⁾ и „faire pendant la durée du bail toutes les reparations, qui peuvent devenir necessaires, autres que les locatives“³⁾. На ссудодателя законъ подобныхъ обязанностей не возлагаетъ, что, конечно, по нашему мнѣнню, нисколько не препятствуетъ возложить на него эту обязанность „faire jouir“ по договору. Такое-же различнне между обязанностями наймодателя и ссудодателя признаетъ и швейцарское право⁴⁾.

Въ нашемъ русскомъ правѣ нѣтъ никакихъ указаннн относительно содержаннн обязанностей какъ наймодателя, такъ и ссудодателя, такъ что вопросъ о существованнн вышеуказаннаго различнн оставленъ открытымъ. Не находимъ мы опредѣленнаго и обоснованнаго взгляда на этотъ счетъ и у нашихъ юристовъ. Что касается наймодателя, то юристы сходятся въ признаннн наличности у него обязанности поддерживать вещь въ состояннн пригодномъ для осуществленнн наннмателемъ права пользованнн. Но, высказываясь за существованне такой обязанности, *Шершеневичъ*, *Синайскнн* и *Исаченки* не подкрѣпляютъ этого положеннн никакими основанннми⁵⁾, тогда какъ *Анненковъ* выво-

¹⁾ Art. 1719 al. 3 Cod. Civ.

²⁾ Art. 1719 al. 2 Cod. Civ.

³⁾ Art. 1720 Cod. Civ.

⁴⁾ *Eggers Kommentar*, § 254 anm. 3, § 305 anm. 1—2, хотя *Fick* держится иного взгляда („Das schweizerische Obligationenrecht“ art. 305 note 13).

⁵⁾ *Шершеневичъ* стр. 587, *Синайскнн* op. cit. стр. 136 т. II; *В. И.* и *В. В. Исаченко* op. cit. т. II стр. 326.

дять эту обязанность изъ правила о томъ, что страхъ за гибель и поврежденіе вещи долженъ нести ея собственникъ ¹⁾. Признаеть эту обязанность за наймодателемъ и сенатская практика ²⁾. Но относительно ссудодателя *Шершеневичъ*, *Исаенки* и *Синайскій* хранять полное молчаніе по этому вопросу, изъ чего можно заключить, что они, подобно западнымъ законодательствамъ, не признають его обязаннымъ къ предоставленію пользованія вещью въ смыслѣ поддержанія вещи въ состояніи пригодномъ для пользованія въ теченіе всего срока ссуды. Наоборотъ *Анненковъ* разсматриваетъ въ данномъ отношеніи ссудодателя такъ-же, какъ и наймодателя ³⁾, да и иначе, съ его точки зрѣнія, и быть не могло, т. к. ссудодатель такой-же собственникъ вещи, какъ и наймодатель, и также долженъ нести рискъ за ея гибель или поврежденіе.

Мы лично, прежде всего, полагаемъ, что мнѣніе *Анненкова* является совершенно неправильнымъ, т. к. между несеніемъ риска за поврежденіе вещи и обязанностью поддерживать вещь въ состояніи пригодномъ для пользованія нѣтъ рѣшительно никакой связи: изъ того факта, что я собственникъ, и рискъ поврежденія вещи падаетъ на мой счетъ, еще никакимъ образомъ не вытекаетъ моя обязанность передъ нанимателемъ или ссудоприимателемъ немедленно исправлять и предупреждать поврежденія. Такая обязанность можетъ возникнуть или по договору или въ силу велѣнія закона, и хотя нашъ законъ не упоминаеть о существованіи ея, но тѣмъ не менѣе мы все-же считаемъ возможнымъ вмѣстѣ съ *Шершеневичемъ* и *Синайскимъ* признать и для русскаго права существованіе между наймомъ и ссудой того различія, которое устанавливають западныя законодательства. И основаніе этого различія мы видимъ именно въ безвозмездности договора ссуды. Какъ и всякій безвозмездный договоръ, ссуда есть актъ любезности или щедрости со стороны ссудодателя, почему въ такихъ договорахъ объемъ

¹⁾ *Анненковъ* т. IV стр. 163.

²⁾ С. р. 01/87.

³⁾ *Анненковъ* op. cit. стр. 367.

оказанной любезности долженъ всегда толковаться ограниченно—этого требуетъ самое значеніе безвозмездныхъ актовъ. Не то въ наймѣ: здѣсь наниматель платитъ за пользованіе, вслѣдствіе чего ограничительное толкованіе обязанностей наймодателя ничѣмъ не можетъ быть оправдано, т. к. оно могло-бы нанести ущербъ справедливымъ интересамъ нанимателя. Поэтому здѣсь приходится при толкованіи договора принимать во вниманіе интересы контрагентовъ равномѣрно, а т. е. въ жизни обычно съ понятіемъ отдачи въ наемъ связывается представленіе и о принятіи наймодателемъ на себя обязанности „den Gebrauch der Sache zu gewähren“, то, согласно такому „заведенному порядку“, и можно признать, что въ наймѣ эта обязанность наймодателя предполагается, а въ ссудѣ должна быть точно обусловлена въ договорѣ.

Вызванное моментомъ безвозмездности общее смягченіе отвѣтственности, установленное германскимъ правомъ по отношенію къ дарителю, распространяется и на ссудодателя— послѣдній при исполненіи своихъ обязанностей также отвѣчаетъ лишь за умыселъ и грубую неосторожность ¹⁾. Швейцарское законодательство относительно ссуды особаго правила на этотъ счетъ не устанавливаетъ, довольствуясь общимъ положеніемъ о смягченіи отвѣтственности должника, когда сдѣлка не имѣла цѣлью принести ему какія-нибудь выгоды. Наше законодательство по этому вопросу не даетъ никакихъ указаній, почему относительно отвѣтственности ссудодателя надо сдѣлать тотъ-же выводъ, что и относительно отвѣтственности дарителя ²⁾—т. е. что онъ отвѣчаетъ по общимъ правиламъ за всякую вину съ своей стороны.

Кромѣ вышеуказаннаго общаго правила о смягченіи отвѣтственности ссудодателя, германскій законодатель устанавливаетъ особую норму объ его отвѣтственности за недостатки вещи, переданной въ пользованіе, а также права на нея. Чтобы яснѣе понять значеніе этой нормы, необходимо сопоста-

¹⁾ § 599 В. Г. В.

²⁾ См. выше стр. 124.

вить ее съ аналогичными правилами, установленными относительно ответственности наймодателя. Последняя состоит въ томъ, что если въ вещи окажется недостатокъ, препятствующій совсѣмъ или частью пользоваться вещью, все равно существовали-ли онъ уже въ моментъ передачи, ея нанемателю или возникъ послѣ, то нанематель или совсѣмъ освобождается отъ платежа наемной платы за время существованія недостатка или платитъ ее въ уменьшенномъ размѣрѣ; то же самое имѣетъ мѣсто, если вещь окажется необладающей специально обѣщаннымъ свойствомъ¹⁾. Но если недостатокъ существовалъ до передачи вещи или хотя возникъ послѣ, но по винѣ самого наймодателя, или, наконецъ, если онъ впадетъ въ просрочку относительно устраненія недостатка, то, вмѣсто уменьшенія платы, нанематель можетъ требовать вознагражденія за ущербъ вслѣдствіе неисполненія договора; въ случаѣ просрочки въ устраненіи недостатка нанематель можетъ это самъ сдѣлать, взыскавъ съ наймодателя вознагражденіе за издержки²⁾. Наймодатель освобождается отъ ответственности, если при заключеніи договора нанематель зналъ о недостаткѣ вещи; если-же послѣдній остался ему неизвѣстенъ по его грубой небрежности, или если онъ принялъ вещь съ недостаткомъ, зная объ этомъ, то наймодатель отвѣчаетъ лишь при тѣхъ-же условіяхъ, какъ и продавецъ согласно §§ 460 и 464³⁾. Стороны могутъ по договору измѣнить условія ответственности, но соглашеніе объ облегченіи ея недѣйствительно при наличности arglistige Verschweigen наймодателя⁴⁾.

Обращаясь къ ответственности ссудодателя, ясно, что первое изъ правилъ объ ответственности наймодателя, трактующее объ уменьшеніи платы, къ нему абсолютно непримѣнимо. Остается, такимъ образомъ, возможность взыскивать ущербъ. По этому поводу законъ даетъ специальное правило,

¹⁾ § 537 B. G. B.

²⁾ § 538 B. G. B.

³⁾ § 539 B. G. B.

⁴⁾ § 540 B. G. B.

что ссудодатель отвѣчаетъ за ущербъ въ случаѣ, если онъ „arglistig“ умолчалъ о недостаткѣ вещи или въ правѣ на нее¹⁾. Статья эта, несомнѣнно, относится только къ недостаткамъ, существовавшимъ уже при заключеніи договора, и аналогична соотвѣствующему правилу объ ответственности дарителя. Такъ-же какъ даритель ссудодатель въ данномъ случаѣ возмѣщаетъ не весь ущербъ, а лишь „negative Interesse“²⁾. Но законъ относительно ответственности ссудодателя предусматриваетъ только тотъ случай, когда недостатокъ существовалъ уже въ моментъ предоставленія вещи въ пользованіе. Поэтому остается нерегламентированнымъ случай, когда недостатокъ возникъ послѣ передачи вещи по винѣ ссудодателя. Рѣшить этотъ вопросъ надо въ томъ смыслѣ, что въ данномъ случаѣ мы имѣемъ передъ собою нарушеніе ссудодателемъ лежащей на немъ обязанности воздерживаться отъ всякихъ дѣйствій, которыя лишаютъ ссудоприемателя возможности пользоваться вещью, почему ссудодатель и долженъ отвѣчать какъ за всякое нарушеніе своихъ обязанностей, т. е. за умыселъ и грубую неосторожность, при чемъ долженъ возмѣстить не только negative Interesse, но весь ущербъ отъ неисполненія обязательства. Также долженъ отвѣчать ссудодатель и въ случаѣ, если вещь не будетъ удовлетворять условіямъ, специально оговореннымъ контрагентами въ договорѣ³⁾.

Выше мы видѣли, что наймодатель даже при наличности „arglistige Verschweigen“ въ извѣстныхъ случаяхъ не отвѣчаетъ за недостатки вещи. Это имѣетъ мѣсто, когда нанематель при заключеніи договора зналъ о недостаткѣ (но незначительномъ хотя бы по грубой неосторожности ответственности наймодателя не исключаетъ), а также когда онъ принялъ вещь безъ оговорки, зная о недостаткѣ⁴⁾. Относительно договора ссуды

¹⁾ § 600 B. G. B.

²⁾ *Enneccerus* op. cit. s. 394; *Zabel* op. cit. s. 92; *Staudinger* op. cit. s. 1026.

³⁾ *Zabel*, op. cit. s. 91.

⁴⁾ *Mittelstein* „Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches“ 1909 s. 164 Anm. 47.

законъ такого правила не даетъ, но было-бы глубоко ошибочнымъ изъ молчанія закона выводить, что ссудодатель отвѣчаетъ и въ этихъ вышеуказанныхъ случаяхъ, въ которыхъ наймода-тель освобожденъ—это противорѣчило-бы тому основному и принятому всѣми законодательствами принципу, что къ лицу, предоставляющему другому какую-либо выгоду безвозмездно, должно всегда относиться гораздо болѣе снисходительно, чѣмъ къ тому, кто получаетъ вознагражденіе. Поэтому и въ данномъ случаѣ къ ссудодателю должны примѣняться по аналогіи нормы, установленныя для найма.

Что касается до § 540 В. Г. В., то отсутствіе подобнаго постановленія для ссуды не можетъ, конечно, означать, что ссудодатель можетъ обусловить освобожденіе себя отъ отвѣтственности за „arglistig“ скрытые недостатки, т. е. такое соглашеніе, какъ безнравственное, несомнѣнно, юридической силы имѣть не можетъ, да и въ дѣйствительной жизни никогда не будетъ имѣть мѣста. Смыслъ статьи 540 не въ признаніи недѣйствительнымъ соглашенія объ освобожденіи отъ отвѣтственности за „arglistig“ скрытые недостатки, а въ томъ, что если наймода-тель выговорить вообще болѣе ограниченную отвѣтственность за недостатки, то такое соглашеніе не имѣетъ силы, если самъ наймода-тель въ то-же самое время „arglistig“ умалчивалъ о существованіи недостатковъ, а т. е. ссудодатель за недостатки вообще не отвѣчаетъ, за исключеніемъ случая, когда онъ „arglistig“ умолчалъ о нихъ, то, само собой понятно, такого соглашенія, которое предусматриваетъ § 540, при ссудѣ и быть не можетъ, чѣмъ и объясняется отсутствіе правила, тождественнаго § 540, въ главѣ, посвященной договору ссуды.

Швейцарское право объ отвѣтственности ссудодателя за недостатки въ правѣ и въ вещи молчитъ, а относительно отвѣтственности наймода-теля даетъ правила въ общемъ сходныя съ постановленіями германскаго права¹⁾. Отличіе состоитъ лишь въ томъ, что 1) если недостатокъ существовалъ при за-

¹⁾ Schw. Z. G. V. art. 254, 255, 258.

ключеніи договора, то наниматель можетъ или расторгнуть договоръ или требовать уменьшенія платы, но требовать возмѣщенія ущерба можетъ лишь по общимъ правиламъ при наличности вины наймода-теля, и 2) если недостатокъ создавалъ опасность для здоровья нанимателя, его домашнихъ или рабочихъ, то наниматель можетъ расторгнуть договоръ даже тогда, когда онъ при заключеніи договора зналъ объ этой опасности или отказался отъ права расторженія договора. Что касается до ссуды, то молчаніе закона породило разногласіе относительно ея между юристами—одни¹⁾ считаютъ, что ссудодатель отвѣчаетъ за недостатки фактическіе и юридическіе, бывшіе въ моментъ заключенія договора, по общимъ правиламъ art. 97 ff, а другіе отрицаютъ совсѣмъ его отвѣтственность²⁾.

Французское право посвящаетъ вопросу объ отвѣтственности ссудодателя art. 1891 Cod. Civ., гласящій: „Lorsque la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse causer du préjudice à celui, qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur“. Если сопоставить это правило съ art. 1721 Cod. Civ., трактующимъ объ отвѣтственности наймода-теля за недостатки вещи, то получимъ слѣдующія различія: 1) наймода-тель отвѣчаетъ и за недостатки, возникшіе въ теченіе найма безъ всякой вины съ своей стороны, тогда какъ ссудодатель въ данномъ случаѣ отвѣтственности не несетъ; 2) за недостатки, существовавшіе уже при заключеніи договора, наймода-тель отвѣчаетъ даже если не зналъ и не могъ знать о ихъ существованіи, а ссудодатель лишь въ томъ случаѣ, когда зналъ о нихъ и тѣмъ не менѣе не предупредилъ ссудопримателя; надо замѣтить, что французскіе юристы это знаніе ссудодателя толкуютъ въ смыслѣ близкомъ къ понятію „arglistige Verschweigen“ германскаго законодателя, считая, что ссудодатель отвѣчаетъ только при наличности злого умысла (dolus)³⁾, т.

¹⁾ Eggers Kommentar B. V art. 305 note 1 a.

²⁾ Fick art. 305 note 15.

³⁾ Aubry et Rau op. cit. 4-e ed t. IV § 393 p. 598; Planiol t. II p. 652.

что если онъ зналъ о недостаткѣ, но не сообщилъ о немъ не изъ желанія вреда ссудоприемателю, а просто изъ разсѣянности или забывчивости, то никакой отвѣтственности не подлежитъ; 3) наконецъ, наймодаель отвѣчаетъ за убытки, возникшіе вслѣдствіе того, что недостатки мѣшали нанимателю пользоваться вещью, а ссудодатель отвѣчаетъ лишь за то, что нѣмцы называютъ „negative Vertragsinteresse“—такъ, напримеръ, ссудодатель отвѣчаетъ за убытки, происшедшіе вслѣдствіе того, что данная имъ въ пользованіе лошадь была больна сапомъ и заразила другихъ лошадей ссудоприемателя, и состоящіе въ стоимости этихъ павшихъ лошадей, но не отвѣчаетъ за то, что вслѣдствіе болѣзни данной въ ссуду лошади на ней нельзя было ѣздить, т. к. такой недостатокъ, не можетъ „causer du préjudice à celui, qui s'en sert“, между тѣмъ какъ наймодаель отвѣчаетъ и за убытки такого рода. Относительно отвѣтственности наймодаеля за „troubles de droit“ Code Civil даетъ особое правило (art. 1726), которое хотя помѣщено въ отдѣлѣ, трактующемъ о наймѣ домовъ и сельскохозяйственныхъ участковъ, но тѣмъ не менѣе считается применимымъ ко всѣмъ видамъ найма, въ томъ числѣ и къ найму движимыхъ вещей¹⁾. Статья эта возлагаетъ на наймодаеля отвѣтственность за „trouble“, при условіи своевременнаго увѣдомленія о немъ собственника со стороны нанимателя, при чемъ слѣдствіемъ является соответствующее уменьшеніе наемной платы; отвѣтственность наймодаеля не ограничена случаемъ наличности недобросовѣстности съ его стороны. Юриспруденція французская полагаетъ, что, кромѣ уменьшенія наемной платы, отвѣтственность выражается и въ возмѣщеніи ущерба, а можетъ быть и въ расторженіи договора. Относительно отвѣтственности ссудодателя за „troubles de droit“ Code Civil молчитъ, но юристы полагаютъ, что, несмотря на это, все-же и ссудодатель отвѣчаетъ за нихъ. Обосновывается эта отвѣтственность тѣмъ, что законъ запрещаетъ ссудодателю отни-

¹⁾ Baudry-Lacantinerie „Du louage“, p. 348; Troplong „Du échange et du louage“, t. I n. 195; Guillouard t. II n. 678.

мать у ссудоприемателю вещь до истеченія условленнаго срока, поэтому если вещь будетъ отнята хотя и третьимъ лицомъ, но при наличности недобросовѣстности со стороны ссудодателя, то послѣдній отвѣчаетъ по общимъ правиламъ о неисполненіи обязанностей¹⁾. Такимъ образомъ, разница между отвѣтственностью ссудодателя и наймодаеля здѣсь проявляется въ томъ, что ссудодатель отвѣчаетъ при наличности недобросовѣстности съ своей стороны, а на наймодаеля возлагается отвѣтственность и тогда, когда онъ дѣйствовалъ вполне добросовѣстно.

Такъ какъ въ нашемъ русскомъ правѣ вообще нѣтъ никакихъ указаній на содержаніе обязанностей наймодаеля, то нѣтъ въ немъ никакихъ данныхъ и относительно отвѣтственности за недостатки вещи. Но юристы наши и сенатская практика полагаютъ, что наймодаель обязанъ предоставить вещь въ видѣ пригодномъ для пользованія съ той цѣлью, которая опредѣлена въ договорѣ, а потому онъ обязанъ и отвѣчать передъ нанимателемъ за всѣ, оказавшіеся въ ней, все равно въ началѣ пользованія или впоследствии, такіе недостатки или пороки, которые мѣшаютъ осуществленію нанимателемъ права пользованія, т. е. онъ обязанъ устранять эти недостатки, а равно отвѣчать и за убытки, понесенные отъ нихъ нанимателемъ; отсутствіе тѣхъ или другихъ существенныхъ качествъ вещи даетъ право нанимателю отступить отъ договора или требовать уменьшенія наемной платы²⁾. Но всѣ эти положенія, высказываемыя нашими юристами и Сенатомъ, какъ это нетрудно замѣтить, являются въ сущности просто на просто заимствованными у западныхъ законодательствъ безъ какой-либо теоретической разработки, и при томъ высказываемы въ весьма неопредѣленной общей формѣ, между тѣмъ какъ ближайшій анализъ природы отвѣтственности наймодаеля за недостатки вещи обнаруживаетъ, что дѣло обстоитъ

¹⁾ Baudry-Lacantinerie „De la société etc.“ p. 379, 406; Aubry et Rau t. IV p. 598 § 393 note 4; Guillouard n.n. 47 et 60; Huc t. XI n. 165.

²⁾ Анненковъ т. IV стр. 163; Шершеневичъ стр. 585—586; Синайскій т. II стр. 136—137; С. п. 95/14, 77/220, 72/1141, 71/325, 80/214, 95/62.

совсѣмъ не такъ просто. Въ самомъ дѣлѣ, если по договору найма лицо обязывается предоставить другому вещь для опредѣленнаго пользованія, то можно ли изъ этого заключить, что онъ обязанъ и передать вещь, обладающую извѣстными качествами, необходимыми для осуществленія этого права пользованія? Подобно тому, какъ это мы утверждали относительно отвѣтственности продавца за недостатки вещи, отвѣтъ долженъ быть безусловно отрицательный. Въ наймѣ наймода- тель обязывается передать индивидуально опредѣленную вещь—лошадь „Бурю“, данную квартиру,—и если онъ эту вещь передаетъ въ томъ видѣ, въ какомъ она была въ моментъ заключенія сдѣлки, то обязанность свою онъ исполнилъ, хотя-бы лошадь „Буря“ была слабосильна или съ норовомъ, а квартира сыра: вѣдь не могъ-же онъ передать лошадь „Бурю“ безъ норова, а квартиру сухой, когда ихъ индивидуальныя свойства иныя. Точно также не вытекаетъ обязанность наймодателя передать вещь безъ недостатковъ и изъ его обязанности „den Gebrauch zu gewähren“ или „faire jouir paisiblement“, т. к. эта обязанность вовсе не означаетъ, что наймода- тель обязанъ сдѣлать лошадь „Бурю“ безъ норова, а квартиру сухой и вообще передѣлать вещь въ иной видъ, чѣмъ она была при сдачѣ въ наемъ, а означаетъ лишь обязанность не препятствовать нанимателю пользоваться вещью и обязанность поддерживать вещь въ томъ видѣ, въ какомъ она была при заключеніи договора—на- примѣръ, починить крышу, которая протекла, вставить рамы, выломанныя бурей и т. п. Изъ сказаннаго ясно, что на осно- ваніи самого договора найма на наймодателѣ вовсе не лежитъ обязанность передать вещь безъ недостатковъ. Правда, наймо- датель къ договору найма могъ присоединить еще ручательство, что квартира сухая, а лошадь безъ норова, и тогда, конечно, онъ отвѣчаетъ, если его ручательство окажется неоправдан- нымъ, но такое ручательство должно быть ясно и опредѣ- ленно выговорено—изъ того факта, что я сдаю квартиру для жилья, а лошадь подъ верхъ, еще не вытекаетъ, что я ручаюсь за сухость квартиры или за хорошую вывѣдку лошади. Но если изъ самой природы договора найма не вытекаетъ отвѣт-

ственность наймодателя за недостатки вещи, то изъ этого еще не слѣдуетъ, что наниматель въ данномъ отношеніи совер- шенно беззащитенъ и долженъ платить въ теченіе всего срока за квартиру или за наемъ лошади, когда вслѣдствіе ихъ не- достатковъ пользоваться ими абсолютно невозможно—нѣтъ, у нанимателя есть средство защиты, состоящее въ правѣ въ извѣстныхъ случаяхъ опровергнуть сдѣлку, какъ заключенную при наличности существеннаго заблужденія въ свойствахъ вещи или обмана со стороны наймодателя, и въ послѣднемъ случаѣ сверхъ того требовать возмѣщенія ущерба. Что-же касается до недостатковъ, возникшихъ въ вещи уже послѣ ея передачи, то наймода- тель отвѣчаетъ за нихъ постольку, поскольку это вытекаетъ изъ его обязанности „den Gebrauch zu gewähren“—именно, если недостатокъ возникъ по его винѣ или не былъ имъ своевременно устраненъ; если-же недостатокъ произошелъ случайно и устранить его наймода- тель не могъ—напримѣръ, отданная въ наемъ дача оказалась разрушенной оползнемъ горы,—то наступаютъ послѣдствія, установленныя на случай невозможности исполненія одной стороной своихъ обязанностей.

Такова должна быть отвѣтственность наймодателя по об- щимъ правиламъ. Но, какъ мы видѣли, западныя законода- тельства устанавливають на этотъ счетъ особыя нормы. Если взять для примѣра германское право, то видно будетъ, что оно отвѣтственность наймодателя значительно усиливаетъ. Уси- леніе это выражается въ томъ, что законъ прямо возлагаетъ на наймодателя особую отвѣтственность за то, что вещь обла- даетъ недостатками, препятствующими или уменьшающими возможность пользоваться ей согласно назначенію, опредѣлен- ному въ договорѣ. Особенности этой отвѣтственности („Garantiepflicht“) заключаются въ слѣдующемъ: 1) наймода- тель отвѣчаетъ за недостатки, независимо отъ того, зналъ-ли онъ самъ объ ихъ существованіи при заключеніи договора или не зналъ, а также и въ томъ случаѣ, когда на лицо не было условій, дающихъ возможность оспорить сдѣлку вслѣдствіе заблужденія или обмана; 2) отвѣтственность эта состоитъ не только въ правѣ нанимателя требовать расторженія догово-

ра (§ 542), но и въ освобожденіи нанимателя отъ платежа наемной платы цѣлкомъ или частью, а также и въ правѣ требовать возмѣщенія ущерба за неисполненіе договора ¹⁾. Что касается до отвѣтственности ссудодателя, то ее германскій законодатель значительно смягчаетъ. Смягченіе это состоитъ въ томъ, что въ то время какъ всякій должникъ отвѣчаетъ за положительное нарушеніе договора при наличности всякой вины съ своей стороны,—ссудодатель отвѣчаетъ лишь за „arglistige Verschweigen“ ²⁾. Затѣмъ относительно недостатковъ вещи, существовавшихъ при заключеніи договора, никакой особой „Garantiepflicht“ законъ на него не возлагаетъ, а за недостатки, возникшіе послѣ, ссудодатель отвѣчаетъ, лишь когда недостатки эти возникли по его винѣ и при томъ умыслу и грубой неосторожности, т. е. обязанности „den Gebrauch zu gewähren“ законъ на ссудодателя не возлагаетъ. Такова должна быть отвѣтственность наймодателя и ссудодателя по общимъ правиламъ, и такой видъ она принимаетъ вслѣдствіе специальныхъ постановленій закона.

Сдѣланный нами теоретическій анализъ природы отвѣтственности наймодателя за недостатки (физическіе) вещи даетъ намъ прочное основаніе и для разрѣшенія давняго вопроса для русскаго права. И рѣшеніе это логически неизбѣжно должно состоять въ томъ, что такъ какъ отвѣтственность наймодателя за недостатки, бывшіе уже при заключеніи договора, отнюдь не вытекаетъ изъ обязанности передать вещь въ пользованіе, а основана на специально установленной западными законодательствами „Garantiepflicht“, то, вслѣдствіе

¹⁾ Требованіе расторженія договора само собой исключаетъ требованіе освобожденія отъ платы, но юристы спорятъ, исключаетъ-ли оно и требованіе возмѣщенія ущерба; точно также спорно и взаимное отношеніе между освобожденіемъ отъ платы и возмѣщеніемъ ущерба—одни высказываются за конструкцію obligatio alternativa, а другіе за facultas alternativa—объ этомъ подробнѣе см. у *Tumpowsky* „Der Mängelanspruch des Mieters nach d. bürgerl. Gesetzbuch f. d. D. Reich“ 1902.

²⁾ См. выше стр. 211.

отсутствія въ нашемъ законѣ указаній относительно этой „Garantiepflicht“, приходится притти, вопреки мнѣнію нашихъ юристовъ и практики, къ выводу, что наймодатель за такіе недостатки не отвѣчаетъ, а наниматель въ данномъ случаѣ можетъ лишь опровергать сдѣлку, ссылаясь на заблужденіе или обманъ. Но если недостатки возникнутъ уже послѣ заключенія договора, то наймодатель отвѣчаетъ за нихъ, какъ за неисполненіе лежащей на немъ обязанности предоставлять пользованіе вещью въ теченіе всего срока найма („faire jouir paisiblement“).

Обращаясь теперь къ вопросу объ отвѣтственности ссудодателя по русскому праву, мы снова наталкиваемся здѣсь на полное отсутствіе к. л. законодательныхъ постановленій. Довольно скудны на этотъ счетъ и разъясненія юристовъ, изъ которыхъ касаются давняго вопроса лишь *Анненковъ* и *Синайскій*. Первый изъ нихъ говоритъ, что въ случаѣ передачи ссудодателемъ вещи въ ссуду съ такими недостатками или пороками, о наличности которыхъ онъ зналъ и не сообщилъ о нихъ ссудоприемателю, которые или дѣлаютъ ее совершенно негодной для того употребленія, для осуществленія котораго она была дана, или даже причинили вредъ его имуществу, какъ напр., въ случаѣ дачи въ ссуду животнаго, одержимаго заразительной болѣзью, отъ которой заболѣли и животныя ссудоприемателя, то ссудодатель обязанъ возмѣстить ему вредъ, причиненный ему такимъ дѣйствіемъ его, на томъ основаніи, что въ этомъ случаѣ онъ долженъ считаться обязаннымъ отвѣчать передъ нимъ на основаніи общаго правила ст. 684 т. X ч. I о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные какими либо дѣяніями или упущеніями ¹⁾. Что касается *Синайскаго*, то онъ ограничивается краткимъ замѣчаніемъ, что отвѣтственность ссудодателя за недостатки вещи, кои могутъ причинить убытки ссудоприемателю, можетъ быть установлена по аналогіи съ ст. 2105 ²⁾.

¹⁾ *Анненковъ* т. IV стр. 367.

²⁾ *Синайскій* вып. II стр. 144.

Но и изъ положеній, выставленныхъ вышеуказанными юристами, мало что можно извлечь для разрѣшенія поставленнаго нами вопроса. Это относится особенно къ словамъ проф. *Синайскаго*, т. к. для насъ совершенно непонятно, какая можетъ быть аналогія между обязанностью ссудодателя передать вещь безъ недостатковъ и обязанностью поклажепринимателя сохранять вещь, данную ему на храненіе отъ всякаго рода поврежденій, о каковой обязанности трактуетъ ст. 2105 т. X ч. I, т. к. между положеніями того и другого нѣтъ рѣшительно ничего сходнаго или общаго. Единственно въ чемъ, пожалуй, можно понимать аналогію—это въ признаніи, что и ссудодатель отвѣчаетъ, подобно поклажепринимателю, за „diligentia quam suis rebus“, но, во первыхъ, и это надо было-бы обосновать, чего проф. *Синаискій* не дѣлаетъ, а, во вторыхъ, и обосновать это догматически невозможно, т. к. отвѣтственность „quam suis rebus“ есть исключеніе изъ общаго правила, всюду устанавливаемое только относительно поклажи, и, какъ исключеніе, не можетъ примѣняться по аналогіи къ другимъ договорамъ. Наконецъ, если даже понимать слова *Синайскаго* объ аналогіи въ этомъ смыслѣ, то все-же характеръ отвѣтственности ссудодателя за недостатки остается совершенно неопредѣленнымъ.

Что-же касается *Анненкова*, то слова его относятся, повидимому, къ отвѣтственности ссудодателя за т. наз. „положительныя нарушенія договора“. Что ссудодатель отвѣчаетъ за нихъ—въ этомъ мы вполне согласны съ названнымъ юристомъ, такъ какъ эта отвѣтственность имѣетъ общій характеръ, а относительно ссуды законъ исключенія не дѣлаетъ. Но мы не можемъ согласиться съ тѣмъ, что ссудодатель отвѣчаетъ только тогда, когда онъ зналъ о недостаткахъ и не сообщил о нихъ ссудоприимателю, какъ это утверждаетъ *Анненковъ*: разъ отвѣтственность эта основана на общемъ правилѣ ст. 684-ой, то ссудодатель и отвѣчать долженъ по общему правилу за всякую вину съ своей стороны, въ томъ числѣ и за неосторожность, могущую состоять, напримѣръ, въ томъ, что ссудодатель не зналъ о недостаткахъ по своей небрежности. Мнѣніе *Анненкова* является въ сущности заимствованіемъ у западныхъ

законодательствъ, смягчающихъ въ данномъ случаѣ отвѣтственность ссудодателя, но наше законодательство постановленія, подобнаго, напримѣръ, § 600 В. Г. В. или art. 1891 Cod. Civil, не даетъ, а потому у насъ и нѣтъ основанія de lege lata допускать исключеніе изъ общаго правила. Что мнѣніе *Анненкова* имѣетъ именно характеръ заимствованія, лишенаго теоретическаго основанія, сказывается особенно рельефно, если вспомнить, что отвѣтственность дарителя за положительныя нарушенія договора онъ допускалъ при наличности умысла и грубой неосторожности¹⁾, а для ссудодателя уже только при знаніи о недостаткахъ и несообщеніи о нихъ („arglistige Verschweigen“), между тѣмъ какъ законодатель одинаково молчитъ объ отвѣтственности какъ дарителя, такъ и ссудодателя, и является совершенно непонятнымъ, почему *Анненковъ* на дарителя возлагаетъ болѣе сильную отвѣтственность, чѣмъ на ссудодателя.

Но отвѣтственность ссудодателя не исчерпывается отвѣтственностью за т. наз. „negative Interesse“: если онъ, въ отличіе отъ наймодателя, и не обязанъ „Gebrauch zu gewähren“, то во всякомъ случаѣ онъ обязанъ самъ не создавать недостатковъ, могущихъ препятствовать пользованію, и въ случаѣ нарушенія этой обязанности долженъ возмѣстить весь причиненный имъ ссудоприимателю ущербъ. При этомъ, т. к. русское право не устанавливаетъ смягченія отвѣтственности, подобно § 599 В. Г. В., то надо считать ссудодателя у насъ отвѣтственнымъ за всякую вину. Что-же касается до отвѣтственности за недостатки, существовавшіе при заключеніи договора, то за отсутствіемъ въ законѣ особыхъ постановленій, ничего другого не остается, какъ признать здѣсь положеніе ссудодателя совершенно тождественнымъ съ положеніемъ наймодателя.

Теперь перейдемъ къ вопросу объ отвѣтственности наймодателя за недостатки въ правѣ на вещь, предоставленную въ пользованіе. Законъ опять молчитъ на этотъ счетъ, но

¹⁾ См. выше стр. 142.

юристы единодушно признаютъ въ данномъ случаѣ отвѣтственность наймодателя, въ большинствѣ случаевъ отождествляя ее съ отвѣтственностью за физическіе недостатки вещи. Но, какъ мы выше ¹⁾ указывали относительно купли-продажи, между отвѣтственностью за физическіе недостатки вещи и отвѣтственностью за право на вещь, имѣется существенная разница и въ договорѣ найма: если изъ природы договора вовсе не вытекаетъ обязанность передать индивидуальную вещь, свободной отъ тѣхъ или иныхъ недостатковъ, то безусловно вытекаетъ обязанность предоставить нанимателю право пользоваться ей въ теченіе условеннаго срока, т. к. въ этомъ лежитъ центръ юридическаго значенія даннаго договора, почему, если это право не окажется предоставленнымъ или будетъ у нанимателя полностью или частично отнято, то, несомнѣнно, наймодатель долженъ отвѣчать. Изъ молчанія нашего закона на этотъ счетъ вытекаетъ лишь то отличіе отъ западныхъ законодательствъ (напримѣръ, германскаго и французскаго), что въ то время какъ они спеціальными постановленіями усиливаютъ эту отвѣтственность наймодателя за недостатокъ въ правѣ, бывшій при заключеніи договора, возлагая на него даже при отсутствіи вины съ его стороны обязанность возмѣстить нанимателю весь ущербъ, у насъ въ Россіи наймодатель отвѣчаетъ по общимъ правиламъ объ отвѣтственности должника за неисполненіе обязанностей, т. е. только въ томъ случаѣ, когда онъ виноватъ. Такимъ образомъ, расходясь съ господствующимъ среди русскихъ юристовъ мнѣніемъ относительно отвѣтственности наймодателя за физическіе недостатки вещи, мы примыкаемъ къ этому мнѣнію по вопросу объ отвѣтственности за недостатки въ правѣ на вещь.

Если относительно отвѣтственности ссудодателя за физическіе недостатки вещи мы находимъ мало указаній у нашихъ юристовъ, то еще скуднѣе существующій въ русской литературѣ матеріалъ по вопросу объ отвѣтственности ссудодателя за недостатки въ правѣ. Только *Анненковъ* высказывается за

¹⁾ См. выше стр. 133 и сл.

признаніе наличности этой отвѣтственности, да и то весьма нерѣшительно, говоря: „слѣдуетъ, *кажется*, признавать его обязаннымъ отвѣчать передъ ссудоприноимателемъ за убытки, причиненные ему отобраніемъ у него данной ему въ ссуду вещи прежде наступленія или назначеннаго срока для пользованія ею или же прежде использованія ея для достиженія той цѣли, для осуществленія которой она была дана ему въ пользованіе, вслѣдствіе евикціи ея отъ него, на томъ основаніи, что хотя договоръ ссуды и является договоромъ безвозмезднымъ, но потому что и при немъ на ссудодателѣ должна лежать въ извѣстной мѣрѣ обязанность гарантировать ссудоприноимателя въ его спокойномъ пользованіи ею“ ¹⁾. Это отношеніе *Анненкова* къ данному вопросу является весьма характернымъ въ качествѣ показателя, насколько мало разработаны въ русской литературѣ и вопросъ объ отвѣтственности за недостатки и вопросъ о вліяніи момента безвозмездности, т. к. съ одной стороны высказываясь категорически въ пользу признанія отвѣтственности ссудодателя за физическіе недостатки, *Анненковъ* съ нѣкоторымъ колебаніемъ признаетъ его отвѣтственнымъ за недостатки въ правѣ, а съ другой стороны признавая хотя и нерѣшительно отвѣтственность ссудодателя за евикцію, тотъ-же *Анненковъ* отвергаетъ эту отвѣтственность для дарителя! ²⁾. Что касается до насъ лично, то мы на основаніи всего вышеизложеннаго безъ всякихъ сомнѣній признаемъ отвѣтственность ссудодателя за евикцію: по договору ссуды ссудодатель обязуется передать ссудоприноимателю право пользоваться вещью (этотъ терминъ „право пользоваться“ употребляеть и нашъ законъ въ ст. 2064-й); почему если это право будетъ у ссудоприноимателя отнято, то ссудодатель и отвѣчаетъ за неисполненіе своей обязанности, а т. к. законъ нашъ не даетъ спеціальнаго постановленія о смягченіи его отвѣтственности, то въ результатѣ ссудодатель долженъ отвѣчать по общимъ правиламъ, какъ и наймодатель.

¹⁾ *Анненковъ* т. IV стр. 367.

²⁾ См. выше стр. 128.

Такимъ образомъ, въ результатъ всего сказаннаго получается, что въ то время какъ въ западныхъ законодательствахъ влияніе момента безвозмездности сказывается въ смягченіи, въ той или иной степени, ответственности ссудодателя, по сравнению съ наймодателемъ, за физическіе и юридическіе недостатки вещи, у насъ въ Россіи ссудодатель отвѣчаетъ такъ-же, какъ и наймодатель, за исключеніемъ лишь освобожденія отъ ответственности, являющейся слѣдствіемъ отсутствующей на сторонѣ ссудодателя обязанности „den Gebrauch d. Sache zu gewähren“.

Дальнѣйшей обязанностью наймодателя по германскому праву является обязанность возмѣстить нанимателю сдѣланные послѣднимъ необходимыя расходы на вещь, за исключеніемъ расходовъ на прокормъ нанятаго животнаго, которые падаютъ на нанимателя. Другія издержки нанимателя онъ обязанъ возмѣстить по правиламъ веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія. Если наниматель сдѣлалъ въ вещи какіе либо „Einrichtungen“, то онъ можетъ ихъ отдѣлить и удержать за собой¹⁾. Соответствующая статья относительно договора ссуды формулирована значительно иначе: законъ говоритъ здѣсь, что ссудоприиматель несетъ обыкновенныя издержки на поддержаніе вещи, въ каковыхъ при ссудѣ животнаго относятся главнымъ образомъ издержки на прокормъ; обязанность ссудодателя возмѣстить другіе расходы опредѣляется правилами веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія; относительно отдѣленія Einrichtungen онъ имѣетъ тѣ же права, что и наниматель²⁾. Изъ сопоставленія этихъ статей получается, что влияніе момента безвозмездности проявляется здѣсь, прежде всего, въ переложеніи на пользующагося вещью расходовъ на ея содержаніе и поддержаніе въ надлежащемъ видѣ, которые при наймѣ относятся на счетъ хозяина, при чемъ, конечно, такое переложеніе лишь предполагается, и стороны свободно могутъ по соглашенію установить иной порядокъ распредѣленія расходовъ. Въ сущ-

¹⁾ § 547 B. G. B.

²⁾ § 601 B. G. B.

ности это различіе является логическимъ слѣдствіемъ того, что наймодатель обязанъ „den Gebrauch zu gewähren“, а ссудодатель не обязанъ. Но ссудоприиматель, согласно статьѣ 601-ой, обязанъ нести не всѣ расходы, необходимыя на поддержаніе вещи въ надлежащемъ видѣ, а лишь „обыкновенныя“, т. е. такіе, которые возникаютъ при нормальномъ теченіи событий¹⁾, а всѣ остальные расходы, хотя-бы они были и необходимыми, онъ можетъ взыскать съ ссудодателя по правиламъ веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія. Здѣсь мы опять находимъ различіе съ соответствующимъ постановленіемъ о наймѣ: наниматель всегда имѣетъ право взыскать необходимыя расходы (даже и необычныя) съ наймодателя, и лишь другіе расходы—т. е. не необходимыя, а только полезныя,—взыскиваетъ по правиламъ negotiorum gestio. Такимъ образомъ, въ отношеніи взысканія необычныхъ необходимыхъ расходовъ ссудоприиматель поставленъ въ менѣе благоприятныя условія, чѣмъ наниматель. Чѣмъ-же объясняется это различіе? То обстоятельство, что наниматель необходимыя расходы можетъ взыскать всегда, а не по правиламъ negotiorum gestio, обосновывается, обычно, тѣмъ, что необходимыя издержки имѣютъ особенное значеніе для наймодателя, который безъ нихъ, возможно, лишился бы и самой вещи и правъ, приобретенныхъ по договору найма²⁾. Но развѣ ссудодатель менѣе заинтересованъ въ сохраненіи вещи въ цѣлости, чѣмъ наймодатель? Очевидно, въ этомъ отношеніи разницы нѣтъ, и мы видимъ, что и первый и второй проекты германскаго уложенія обсуждали ссудодателя такъ-же, какъ и наймодателя, при чемъ второй проектъ ясно различалъ обыкновенныя, необходимыя, и всѣ остальные издержки и первый прямо возлагалъ на ссудоприимателя, вторые предоставлялъ ему взыскивать съ ссудодателя, а третьи могли быть взысканы съ послѣдняго лишь по правиламъ negotiorum gestio. Имѣненіе произвела коммиссія Рейхстага, присоединившая вторую категорию издер-

¹⁾ Staudinger op. cit. bem. zu § 601.

²⁾ Oertmann op. cit. bem. 1 zu § 547.

жекъ въ третьей (большинствомъ всего одного голоса) по тому соображенію, что положеніе вещей въ ссудѣ иное, чѣмъ въ наймѣ, т. е. ссудодатель, въ отличіе отъ наймодателя, не обязанъ поддерживать отданную въ ссуду вещь въ надлежащемъ порядкѣ¹⁾. Такимъ образомъ, значеніе различія §§ 547 и 601 состоитъ въ слѣдующемъ: ни наниматель ни ссудоприематель не обязаны производить необычайныхъ необходимыхъ издержекъ на вещь (объ этомъ подробнѣе будетъ говориться ниже), т. е. что если все же эти издержки они произведутъ, то это, несомнѣнно, подойдетъ подъ понятіе negotiorum gestio, но такъ какъ, производя эти издержки, наниматель не просто дѣйствуетъ въ интересахъ наймодателя, а исполняетъ то, что наймодатель по отношенію къ нему обязанъ былъ исполнить, то законодатель придаетъ праву требованія нанимателя возмѣстить эти издержки болѣе прочный и безусловный характеръ, чѣмъ взысканіе по правиламъ negotiorum gestio.

Другія законодательства, въ томъ числѣ и русское, не даютъ указаній о томъ, по какимъ правиламъ наниматель и ссудоприематель могутъ взыскивать произведенныя ими издержки на вещь, т. е. что вопросъ этотъ долженъ обсуждаться согласно общимъ правиламъ.

Наконецъ, относительно найма германское уложеніе даетъ постановленіе, возлагающее на наймодателя несеніе т. наз. „Lasten“, лежащихъ на вещи²⁾. Такое же правило мы находимъ и въ швейцарскомъ уложеніи³⁾. Правило это нѣмецкіе и швейцарскіе юристы толкуютъ въ томъ смыслѣ, что только „Lasten“, лежащія на самой вещи, несетъ наймодатель, а „Lasten“, обременяющія пользованіе вещью, платитъ наниматель. Примѣромъ „Lasten“ первой категоріи считаются поземельные налоги, страховыя преміи, проценты по закладной, освѣщеніе и очистка троттуаровъ и т. п., а къ „Lasten“

¹⁾ Mugdan B. II s. 896.

²⁾ § 546 B. G. B.

³⁾ Art. 263 abs. 1 Schw. Z. G. B.

второй категоріи—плата за телефонъ, промысловый налогъ, освѣщеніе дома и т. п.¹⁾. Относительно ссуды оба вышеназванные законодательства не даютъ соответствующаго постановленія. Но можно ли изъ этого молчанія заключить, что ссудоприематель обязанъ нести всѣ „Lasten“, лежащія на вещи? Мы думаемъ, что нельзя, такъ какъ по общему правилу „Lasten“, лежащія на вещи, долженъ нести собственникъ, вслѣдствіе чего вышеуказанныя постановленія швейцарскаго и германскаго законодательства только подтверждаютъ это общее положеніе, которое однимъ молчаніемъ со стороны закона относительно ссуды никоимъ образомъ не можетъ считаться отмѣненнымъ. Поэтому мы полагаемъ, что только тѣ „Lasten“ могутъ быть отнесены на счетъ ссудоприемателя, платежи которыхъ можетъ быть подведенъ подъ понятіе обыкновенныхъ издержекъ на поддержаніе вещи, а такъ какъ обязанность несенія подобныхъ издержекъ возлагается на ссудоприемателя всѣми законодательствами, то въ сущности нельзя не признать § 546 B. G. B. и являющійся его воспроизведеніемъ abs. 1 art. 263 Schw. Z. B. совершенно лишними и только возбуждающими сомнѣнія относительно ихъ значенія—если это общее правило, то незачѣмъ его давать только относительно найма, а если этимъ создается различіе между наймомъ и ссудой, вызванное моментомъ безвозмездности, то надо было бы его ясно и опредѣленно указать.

Перейдемъ теперь къ сопоставленію обязанностей нанимателя и ссудоприемателя. Первой и главной обязанностью ихъ является пользованіе вещью, согласно договору, а если въ текстѣ договора нѣтъ на этотъ счетъ опредѣленнаго указанія, то образъ пользованія долженъ опредѣляться самымъ назначеніемъ вещи и заведеннымъ порядкомъ. Это правило, какъ логически вытекающее изъ самаго смысла договоровъ найма и ссуды, безъ сомнѣнія должно относиться одинаково и къ нанимателю и къ ссудоприемателю, и если законодательства нерѣдко даютъ различныя формулировки этой

¹⁾ Eggers Kommentar bem. 1 zu art. 263; Planck bem. 2 zu § 546.

обязанности для указанных договоров, (напримѣръ, русское право указываетъ на образъ пользованія только въ договорѣ ссуды¹⁾), то это только доказываетъ нефлесообразность существующей системы давать независимую регламентацію для договоровъ, имѣющихъ одинаковый фактический составъ. Юристы въ данномъ случаѣ единодушно признаютъ, что обязанности нанимателя и ссудодателя относительно образа пользованія одинаковы.

Въ связи съ образомъ пользованія находятся и запрещеніе передавать вещь, безъ согласія хозяина, для пользованія другому лицу. Германское законодательство устанавливаетъ это запрещеніе по адресу какъ нанимателя, такъ и ссудопринимателя²⁾, но въ то время какъ относительно ссуды законъ ограничивается только краткимъ запрещеніемъ, относительно найма онъ прибавляетъ, что если наймодаель откажется дать позволеніе безъ уважительной причины, то наниматель можетъ расторгнуть договоръ, предупредивъ объ этомъ въ законный срокъ наймодаеля, и что если наниматель передастъ вещь въ пользованіе третьему лицу, хотя бы даже съ согласія наймодаеля, то онъ отвѣчаетъ передъ послѣднимъ за это третье лицо, если оно при пользованіи вещью въ чемъ-либо провинится³⁾. Что касается до перваго изъ указанныхъ постановленій, то непомѣщеніе его въ соответствующей статьѣ, относящейся къ договору ссуды, на первый взглядъ легко можетъ быть объяснено тѣмъ, что въ ссудѣ она совершенно излишня, т. к. ссудоприниматель и такъ въ любой моментъ можетъ вернуть вещь ссудодателю. Но такое объясненіе, мнѣ кажется, было бы не совсѣмъ правильнымъ, т. к. хотя, конечно, въ громадномъ большинствѣ случаевъ срокъ ссуды установленъ въ интересахъ ссудопринимателя, и правило *diei adjectio pro reo* имѣетъ примѣненіе, но все-же вполне возможны случаи, когда срокъ ссуды имѣетъ извѣстный интересъ и для ссудо-

¹⁾ Ст. 2067 т. X ч. I.

²⁾ §§ 549 и 603 B. G. B.

³⁾ § 549 B. G. B.

дателя, и тогда досрочное расторженіе договора по общему правилу недопустимо, какъ нарушающее интересы ссудодателя—въ этихъ случаяхъ вышеуказанное правило (§ 549 abs. 2) могло бы имѣть извѣстное значеніе. Поэтому въ устраненіи abs. 2 § 549-го для ссуды можно видѣть некоторое вниманіе къ интересамъ ссудодателя, большее, чѣмъ по отношенію къ наймодаелю, и вызванное моментомъ безвозмездности. Относительно примѣненія къ ссудѣ послѣдняго абзаца § 549 въ литературѣ существуетъ разногласіе. Большинство юристовъ держится взгляда, что т. к. относительно ссуды законъ такого правила не даетъ, то, значить, ссудоприниматель, въ противоположность нанимателю, и не отвѣчаетъ за вину 3-го лица, которому онъ съ разрѣшенія ссудодателя передалъ вещь въ пользованіе¹⁾. Наоборотъ *Zabel* доказываетъ, что такая отвѣтственность ссудопринимателя существуетъ уже на основаніи § 278-го B. G. B. по его мнѣнію, въ подтвержденіе котораго онъ ссылается на мотивы къ 1-ому проекту, постановленіе § 549-го abs. 2 есть лишь слѣдствіе § 278-го, повторенное здѣсь лишь потому, что изъ разрѣшенія наймодаеля на передачу пользованія вещью можно было вывести, что этимъ самымъ онъ отказался отъ права привлечь нанимателя къ отвѣтственности за вину третьяго лица, а т. к. послѣднее предположеніе въ договорѣ ссуды, какъ слѣдуетъ безвозмездной, никакой почвы не имѣетъ, то не было и основаній повторять здѣсь постановленіе § 278-го подобно тому, какъ это слѣдвало относительно договора найма²⁾. И мы лично это послѣднее толкованіе считаемъ болѣе соответствующимъ природѣ вещей: моментъ безвозмездности, являющійся отличительнымъ признакомъ ссуды отъ найма, имѣетъ своимъ слѣдствіемъ облегченіе положенія ссудодателя, по сравненію съ положеніемъ наймодаеля, между тѣмъ какъ если принять первую точку зрѣнія, то получимъ,

¹⁾ *Staudinger* op. cit. II 2 bem. zu § 603; *Oertmann* zu § 603 bem. 2; *Planck* bem. 2 zu § 603.

²⁾ *Zabel* op. cit. s. 51; также *Windscheid-Kipp* op. cit. II s. 596; *Reichel* „Schuldmitübernahme“ s. 115.

что отвѣтственность лица, возмездно пользующагося вещью, будетъ тяжелѣе, чѣмъ отвѣтственность лица, пользующагося вещью безвозмездно, что находилось бы въ противорѣчii съ общимъ характеромъ регламентаціи ссуды. Итакъ, въ общемъ германское законодательство относительно запрещенія переуступать пользованіе вещью 3-ьему лицу рассматриваетъ ссудоприимателя и наемателя одинаково, т. е. незначительное отличие въ abs. 1 § 549 имѣетъ весьма небольшое практическое значеніе. Надо замѣтить, что въ этомъ вопросѣ швейцарское законодательство поступаетъ совершенно иначе—разрѣшая наемателю поднаемъ и перенаемъ безъ согласія хозяина съ тѣмъ лишь условіемъ, чтобы уступка пользованія не создавала для него невыгодныхъ измѣненій, оно категорически запрещаетъ ссудоприимателю всякую передачу пользованія другому лицу¹⁾. Также и во французскомъ правѣ имѣется прямое разрѣшеніе наемателю поднайма и перенайма, если противное не было обусловлено въ договорѣ²⁾. Относительно ссуды законодатель молчитъ, но господствующее въ литературѣ мнѣніе изъ молчанія закона и изъ природы ссуды, какъ договора безвозмезднаго, заключаетъ, что ссудоприиматель, въ отличіе отъ наемателя, права переуступать пользованіе третьему лицу не имѣетъ³⁾.

Такимъ образомъ, швейцарское и французское законодательства въ вопросѣ поднайма и перенайма придаютъ серьезное значеніе за вліяніемъ момента безвозмездности. Это объясняется тѣмъ соображеніемъ, что въ то время какъ наемъ чисто дѣловая сдѣлка, гдѣ наймодателю важно лишь получить аккуратно плату и быть увѣреннымъ, что вещь не будетъ испорчена, при чемъ при наличности данного рода гарантій личность наемателя для него нормально безразлична—въ ссудѣ

¹⁾ Schw. Z. G. B. art. 264 и 306.

²⁾ Code Civil art. 1717.

³⁾ *Toullier et Duvergier* t. XXI n. 15; *Laurent* t. XXVI № 455; *Guillouard* n. 13, 23 et 29; *Baudry-Lacantinerie* „De la société etc.“ p. 408—409; contra *Huc* t. XI n. 157.

ссудодатель оказываетъ любезность, услугу именно данному лицу, а не другому, и хотя-бы это другое лицо стало еще болѣе заботливо относиться къ вещи, чѣмъ ссудоприиматель, все равно ссудодатель, можетъ быть, никогда ему такой любезности бы не оказалъ. Такимъ образомъ безвозмездность придаетъ ссудѣ личный характеръ. Въ жизни этотъ моментъ отлично сознается, и если намъ можетъ показаться неопытнымъ капризомъ нежеланіе хозяина отдать вещь въ наймъ данному лицу, представляющему всѣ условія для того, чтобы считаться солиднымъ наемателемъ, никому не покажется страннымъ предположить, что разъ данное лицо дало свою вещь въ ссуду именно Иванову, то оно можетъ вовсе не желать дать ее кому-либо другому—недаромъ въ народѣ распространены взглядъ, что даже полученное въ видѣ подарка дарить третьему лицу нехорошо, неприято.

Въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ рѣшительно никакихъ указаній на возможность для наемателя и ссудоприимателя передать пользованіе вещью другому лицу, но въ литературѣ русской вопросъ этотъ довольно оживленно обсуждался, при чемъ имѣлся въ виду исключительно договоръ найма, какъ имѣющей въ жизни несравненно большее значеніе. И голоса юристовъ раздѣлились. Одни различаютъ перенаемъ отъ поднайма и, высказываясь противъ возможности для наемателя безъ согласія хозяина переуступить всѣ права и обязанности изъ договора найма другому лицу, считаютъ допустимой отдачу вещи въ наемъ отъ себя, если это не было запрещено въ договорѣ, т. е. такой поднаемъ составляетъ только форму осуществленія права пользованія¹⁾. Другіе, какъ напримѣръ *Побѣдоносцевъ*²⁾ и *Исаиченки*³⁾, считаютъ и поднаемъ недопустимымъ, если въ договорѣ собственникъ не далъ на него раз-

¹⁾ *Шершеневичъ* op. cit. стр. 588—589; *Синайскій* op. cit. стр. 141; *Кунцынъ*, Ж. М. Ю. 1861 № 2 стр. 526 и 585; *Змирловъ*, Ж. гр. и уг. пр. 1884 № 2 стр. 59 и 93.

²⁾ *Побѣдоносцевъ* „Курсъ гражд. права“ часть III 1880 стр. 368.

³⁾ *В. Л.* и *В. В. Исаиченко* op. cit. т. II стр. 355—358.

рѣшенія нанимателю. Наконецъ *Анненковъ* пытается примирить оба рѣшенія въ томъ смыслѣ, что въ извѣстныхъ случаяхъ поднаемъ невозможенъ, хотя въ договорѣ и не было прямого запрещенія, а въ другихъ случаяхъ онъ допустимъ, хотя въ договорѣ и не было разрѣшенія, все зависитъ отъ цѣли найма¹⁾. Но попытка эта явно неудачна, т. к. не разрѣшаетъ вопроса относительно тѣхъ случаевъ, когда ни изъ текста договора ни изъ его смысла нельзя вывести опредѣленнаго рѣшенія, а именно эти случаи и надлежитъ разрѣшить. Что-же касается Сената, то воззрѣнія его весьма измѣнчивы— онъ то считаетъ недопустимымъ поднаемъ²⁾, то разрѣшаетъ перенаемъ безъ согласія хозяина³⁾; впрочемъ сравнительно въ болѣе позднемъ рѣшеніи Сенатъ отчетливо различаетъ перенаемъ отъ поднайма и, допуская послѣдній безъ согласія собственника, для перенайма требуетъ такового согласія⁴⁾. Относительно ссуды высказалъ свое мнѣніе только *Анненковъ*, признавъ, что ссудоприематель обязанъ пользоваться вещью только лично и ни въ какомъ случаѣ не можетъ давать ее для пользованія другимъ лицамъ безъ разрѣшенія ссудодателя влѣдствіе того, что договоромъ ссуды предоставляется ему только право пользованія имуществомъ, но никакъ не распоряженія⁵⁾.

Изъ сказаннаго видно, что, по единодушному мнѣнію нашихъ юристовъ, у насъ въ Россіи, въ отличіе отъ нѣкоторыхъ западныхъ законодательствъ, перенаемъ долженъ считаться недопустимымъ безъ разрѣшенія наймодателя. И къ этому рѣшенію мы всецѣло присоединяемся, т. к. при перенаймѣ происходитъ замѣна субъекта въ двустороннемъ договорѣ, т. е. субъекта одновременно и активного и пассивнаго, а теоретически замѣна пассивнаго субъекта безъ согласія другого контрагента не можетъ имѣть мѣста; западныя законодательства прямо уста-

¹⁾ *Анненковъ* т. IV стр. 135—136.

²⁾ С. р. 70/666.

³⁾ С. р. 74/208.

⁴⁾ С. р. 79/256.

⁵⁾ *Анненковъ* т. IV стр. 366.

навливаютъ исключеніе изъ этого правила для нанимателя, но у насъ въ законѣ подобнаго постановленія не имѣется, а слѣдовательно вышеозначенное теоретическое положеніе должно относиться и къ нанимателю. Нѣсколько труднѣе рѣшить вопросъ относительно поднайма, но мы думаемъ, что онъ возможенъ и безъ согласія хозяина, если противное не было обусловлено въ договорѣ, и если, конечно, поднаемъ не измѣняетъ характера пользованія, т. к. наемъ имѣетъ дѣловой характеръ, и личность лица, осуществляющаго пользованіе, нормально не имѣетъ значенія. Но относительно ссуды мы этотъ вопросъ рѣшили бы въ противоположномъ смыслѣ, какъ это дѣлаетъ швейцарское право и французская литература, такъ какъ безвозмездный характеръ сдѣлки придаетъ личности пользующагося, какъ мы выше указывали, извѣстное значеніе для ссудодателя. Такимъ образомъ; несмотря на молчаніе закона, мы въ вопросѣ объ уступкѣ пользованія другому лицу придаемъ значеніе вліянію безвозмездности, считая это значеніе вытекающимъ изъ смысла и цѣли договора ссуды, отличныхъ отъ смысла и цѣли договора найма.

Нѣкоторыя сомнѣнія вызываетъ въ германскомъ правѣ вопросъ о послѣдствіяхъ нарушенія ссудоприемателемъ вышеуказанной обязанности пользоваться вещью согласно договору. Въ этомъ случаѣ германскій законодатель, кромѣ права при извѣстныхъ условіяхъ расторгнуть договоръ, специальнымъ постановленіемъ даетъ наймодателю т. наз. *Unterlassungsklage*, которую онъ можетъ предъявить послѣ безрезультатнаго указанія нанимателю на то, что пользуется онъ вещью не такъ, какъ слѣдуетъ¹⁾. Относительно ссуды законъ такого правила не далъ. Правда, при обсужденіи законопроекта во 2-ой комиссіи вносилось предложеніе включить въ него постановленіе о томъ, что указанное правило о наймѣ должно имѣть соответствующее примѣненіе и къ ссудѣ, но предложеніе это было отвергнуто, какъ излишнее, въ виду того, что ссудодатель и такъ защищенъ предоставленіемъ ему въ § 605 abs. 2 гораздо болѣе широкой, чѣмъ въ наймѣ, возможности расторгнуть дого-

¹⁾ § 550 B. G. B.

воръ¹⁾. Въ литературѣ вопросъ этотъ является спорнымъ. Большинство юристовъ, признавая, что, благодаря широкому праву расторженія договора, предоставленному ссудодателю въ § 605 abs. 2, примѣненіе *Unterlassungsklage* въ ссудѣ не имѣетъ практическаго значенія, все-же полагаютъ, что развѣ этотъ искъ ссудодателю не запрещенъ, то онъ можетъ имъ воспользоваться, какъ и наймодаель: иное рѣшеніе, восклицаетъ *Oertmann*, было-бы „*unstatthafter Formalismus*“²⁾. Но есть и юристы, отстаивающіе иное рѣшеніе, какъ напримѣръ *Zabel*³⁾. Этотъ юристъ исходитъ прежде всего изъ того положенія, что безъ спеціальнаго указанія въ законѣ *Unterlassungsklage* можетъ имѣть мѣсто лишь тамъ, гдѣ дѣйствіе должника состоитъ въ *unterlassen*, между тѣмъ какъ дѣйствіе ссудоприимателя состоитъ въ пользованіи вещью согласно условію, а не въ воздержаніи отъ противнаго договору пользованія вещью, т. е. не въ *unterlassen*. Точно также не въ *unterlassen* состоитъ и обязанность нанимателя, но законъ здѣсь предоставилъ *Unterlassungsklage* изъ соображеній цѣлесообразности, т. е. наймодателю, при наличности факта пользованія вещью несогласно съ условіемъ, гораздо труднѣе расторгнуть договоръ, чѣмъ ссудодателю, который можетъ сдѣлать это всегда, почему для него *Unterlassungsklage* не нужна и не была установлена комиссіей. Мы, однако, съ этими доводами согласиться не можемъ. Обязанность ссудоприимателя вовсе не заключается въ пользованіи вещью надлежащимъ образомъ, т. е. онъ пользоваться вещью отнюдь не обязанъ, а именно въ воздержаніи отъ пользованія, противнаго условію⁴⁾, почему здѣсь *Unterlassungsklage* должна быть допущена и безъ прямого указанія на нее въ законѣ. Конечно, *Unterlassungsklage*

¹⁾ Protokoll. B. II s. 270.

²⁾ *Oertmann* анн. 1 zu § 603; *Planck* анн. 3 zu § 603; *Staudinger* B. II 2 s. 1028; *Fischer-Hentle* „Handausgabe des B. G. B.“ 9-e Aufl. 1912, анн. zu § 603.

³⁾ *Zabel* op. cit. s. 53—54.

⁴⁾ См. наприм. *H. Lehmann* „Die Unterlassungspflicht im bürgerl. Recht“ 1906 s. 32.

для ссудодателя въ громадномъ большинствѣ случаевъ не нужна, т. е. онъ имѣетъ возможность просто немедленно отобрать вещь отъ ссудоприимателя на основаніи § 605 abs. 2. Въ этомъ отношеніи положеніе наймодателя иное, т. е. онъ можетъ отобрать вещь лишь тогда, когда противоправное пользованіе ею существенно нарушаетъ его права, да кромѣ того расторгать договоръ наймодателю часто бываетъ нежелательно, если условія найма для него выгодны, и онъ имѣетъ основаніе опасаться, что другому на такихъ условіяхъ отдать вещь въ наемъ не удастся. Но если въ наймѣ *Unterlassungsklage* имѣетъ большое практическое значеніе, а въ ссудѣ такового она не имѣетъ, то изъ этого еще не вытекаетъ, что въ ссудѣ она вообще ненужна: какъ ни рѣдко, но все-же могутъ быть въ жизни случаи, когда ссудодатель по тѣмъ или инымъ причинамъ не желалъ-бы отбирать вещь совсѣмъ отъ контрагента, но въ то-же время ему нужно принять мѣры противъ обнаружившагося противоправнаго характера пользованія вещью ссудоприимателемъ—на какомъ основаніи въ данномъ случаѣ лишать его *Unterlassungsklage* и заставлять прибѣгать къ болѣе сильному средству, каковымъ является расторженіе договора? То обстоятельство, что такіе случаи въ жизни встрѣчаются рѣдко, не можетъ служить основаніемъ въ этихъ рѣдкихъ случаяхъ лишать ссудодателя того права, какое имѣетъ наймодаель, развѣ примѣненіе этого правила къ договору ссуды рѣшительно никакихъ неудобствъ не вызываетъ, и устраненіе его рѣшительно ничѣмъ не оправдывается. Въ виду всего этого мы полагаемъ, что ссудодатель имѣетъ *Unterlassungsklage* на общемъ основаніи, и тотъ фактъ, что относительно найма законъ объ этомъ особо упоминаетъ, а относительно ссуды молчитъ, можетъ имѣть то значеніе, что въ наймѣ „*Unterlassungsklage*“ требуетъ предварительнаго „*Abmahnung*“, а въ ссудѣ не требуетъ. Такое различіе вполне согласуется съ тенденціей поставить ссудодателя, какъ оказавшаго безвозмездно услугу, въ болѣе благоприятное положеніе и находится въ полномъ соотвѣтствіи съ различіемъ между § 553 и § 605 abs. 2, изъ коихъ первый также предоставляетъ наймодателю право расторгнуть договоръ лишь послѣ безрезультатнаго „*Ab-*

mahnung“, а второй этого условия ссудодателю не ставит. Швейцарское право ничего не говорит об Unterlassungsklage. как относительно найма, так и относительно ссуды. изъ чего слѣдуетъ, что этотъ искъ возможенъ въ обоихъ случаяхъ одинаково на общемъ основаніи¹⁾. Относительно русскаго права этотъ вопросъ, само собою разумѣется, и не возникаетъ.

Дальнѣйшей существенной обязанностью нанимателя является обязанность сохранять вещь, беречь ее. Хотя германскій законодатель прямо и не упоминаетъ объ этой обязанности, но литература единогласно ее признаетъ, какъ логически вытекающую изъ природы найма—изъ обязанности нанимателя пользоваться вещью надлежащимъ образомъ и возвратить ее по истеченіи срока найма въ надлежащемъ состояніи. Но молчаніе закона объ этой обязанности имѣетъ своимъ результатомъ, что она является далеко не въ томъ ясномъ и опредѣленномъ видѣ, какъ это бы слѣдовало. Прежде всего, несомнѣнно, эта обязанность состоитъ въ томъ, что наниматель долженъ самъ обращаться съ вещью бережно и отвѣчать за всякій вредъ, причиненный ей своимъ неосторожнымъ обращеніемъ. Такъ, если я нанялъ экипажъ, то долженъ на ночь ставить его въ каретникъ, а не оставлять мокнуть подъ дождемъ, если нанялъ лодку, то долженъ привязывать ее такъ, чтобы валы пароходовъ не били ее о пристань, если нанялъ лошадь, то не долженъ на ночь оставлять ее гулять безъ призора на лугу, гдѣ она легко можетъ повредить себѣ ногу, и т. п.. Если я не приму такихъ мѣръ предосторожности, и вещь будетъ повреждена, то я отвѣчаю именно за нарушение обязанности хранить вещь, а не за пользованіе несогласное съ договоромъ. такъ какъ вполне возможно, что, плохо хранивъ вещь, я въ то же самое время буду пользоваться экипажемъ, лодкой или лошадью вполне соответственно договору. Что во всѣхъ вышеприведенныхъ примѣрахъ наниматель долженъ отвѣчать—это мнѣ кажется не можетъ вызывать сомнѣній. Предѣлы этой обязанности хранить вещь, естественно, опредѣ-

¹⁾ Eggers Kommentar art. 261 ann. 3 d и art. 306 ann. 2 a.

ляются цѣлью договора: наниматель прежде всего нанять вещь, чтобы ей пользоваться известнымъ образомъ, поэтому обязанность хранить вещь не должна идти такъ далеко, чтобы устранить возможность пользоваться ей. Это призвалъ и законодатель, прямо установивъ, что наниматель не отвѣчаетъ за поврежденія и измѣненія вещи, вызванныя самымъ пользованіемъ ей согласно договору¹⁾. Отраженіемъ этой обязанности хранить вещь является и установленная закономъ обязанность нанимателя немедленно увѣдомлять наймодателя объ обнаружившихся въ теченіи найма недостаткахъ вещи, о необходимости принять мѣры къ огражденію вещи отъ грозящей ей непредвидѣнной равнѣ опасности и о правопритязаніяхъ на вещь со стороны третьихъ лицъ²⁾. Но какъ быть нанимателю, если для спасенія вещи необходимо немедленно принять известныя мѣры, а не ограничиться бесполезнымъ по обстоятельствамъ дѣломъ увѣдомленіемъ наймодателя—напримѣръ, нанятая лошадь заболѣла, нужно немедленно позвать врача, иначе она погибнетъ, или нанятую лодку бурей унесло отъ пристани, и нужно немедленно нанять лодочниковъ ѣхать ловить ее, иначе ее унесетъ такъ далеко, что потомъ найти ее будетъ невозможно? Что наниматель въ данномъ случаѣ можетъ принять необходимыя мѣры, а потомъ взыскать повесенныя издержки съ наймодателя—на это указываетъ самъ законъ въ статьѣ 547-ой, но здѣсь важно не то обстоятельство, что онъ можетъ сдѣлать, а важно установить, *обязанъ-ли* онъ эти мѣры принять или не обязанъ. Здравый смыслъ подсказываетъ намъ, что, конечно, наниматель обязанъ принять эти необходимыя мѣры, но, за отсутствіемъ указанія въ законѣ, господствующее мнѣніе держится противоположнаго взгляда³⁾, и

¹⁾ § 548 B. G. B.

²⁾ § 545 B. G. B.

³⁾ Такъ *Mittelstein* (op. cit. s. 214) говоритъ, что дѣлать необходимыя исправленія и т. п. наниматель не обязанъ, если, конечно, его насильственное поведение не будетъ „arglistig“; также *Staudinger* op. cit. II, 1 bem. zu § 545.

лишь немногие юристы придают „Obhutspflicht“ нанимателя болѣе широкое значеніе ¹⁾, хотя съ точки зрѣнія положительнаго права первое мнѣніе надо признать, какъ мы увидимъ ниже, въ сожалѣнію, болѣе правильнымъ.

Обращаясь къ договору ссуды, мы видимъ, что здѣсь законъ также не установилъ прямо обязанности ссудоприимателя хранить вещь, что, конечно, не мѣшаетъ юристамъ признать существованіе этой обязанности, какъ само собою подразумевающейся ²⁾. Относительно измѣненій и ухудшеній вещи, вызванныхъ самымъ пользованіемъ ей, законодатель въ § 602-омъ повторяетъ аналогичное правило, установленное относительно найма. Но относительно обязанности уведомлять ссудодателя о грозящей вещи опасности или о недостаткахъ вещи законъ указаній не даетъ, что, однако, не препятствуетъ юристамъ единогласно признавать существованіе этой обязанности, какъ вытекающей изъ природы договора ссуды и изъ „Treu und Glauben“ ³⁾. Что же касается до вопроса объ обязанности ссудоприимателя самому въ случаѣ крайности производить необходимыя издержки для спасенія вещи отъ порчи и гибели, то здѣсь, какъ и относительно найма, юристы расходятся во взглядахъ—*Planck* ⁴⁾ и *Эртманнъ* ⁵⁾ утверждаютъ, что такой обязанности на ссудоприимателѣ не лежитъ, а *Цабель* ⁶⁾ рѣшаетъ вопросъ въ положительномъ смыслѣ. Обѣ стороны не

¹⁾ Такъ *Bruck* (Arch. für B. R., B. 27 1906 s. 111) говоритъ, что наниматель долженъ примѣнять по отношенію къ вѣщимъ вліяніямъ на вещь требуемыя Vorkehrungsmaßregeln: см. также *Endemann* „Lehrbuch d. Bürg. Rechts“ 8 Aufl. B. I 1903 § 169; *Kohler* Arch. Civ. Prax. Bd. 71 „Ueber die Verpflichtungen d. Pächters eines Geschäftsetablissements“ s. 398.

²⁾ *Zabel* op. cit. s. 78.

³⁾ *Zabel* op. cit. s. 82; *Staudinger* II 2 bem. zu § 601; *Crome* „System des deutschen Bürgerlichen Rechts“ B. II 1 1902 § 246 anm. 29; *Oertmann* zu § 601 bem. 1 b.; *Klein* „Anzeigepflicht im Schuldrecht“ 1908 s. 107.

⁴⁾ *Planck* op. cit. B. II zu § 601 bem. 4.

⁵⁾ *Oertmann* anm. 1 b. zu § 601.

⁶⁾ *Zabel* op. cit. s. 83.

даютъ ясной мотивировки своего рѣшенія, но мы лично первую точку зрѣнія считаемъ болѣе соответствующей тексту закона. Это видно изъ того, что если-бы законодатель признавалъ ссудоприимателя обязаннымъ принимать необходимыя мѣры для огражденія вещи, то вмѣстѣ съ тѣмъ ему должно было-бы быть предоставлено и право взыскать понесенныя имъ на это издержки съ ссудодателя, между тѣмъ какъ такого права законъ ему не даетъ, а предоставляетъ необходимыя издержки, наравнѣ съ просто полезными, взыскивать по правиламъ веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія ¹⁾, между тѣмъ какъ если-бы ссудоприиматель былъ обязанъ произвести эти издержки, то дѣятельность его никоимъ образомъ не подходила-бы подъ понятіе negotiorum gestor'a. Это косвенное указаніе закона на необходимость для ссудоприимателя принимать вышеуказанныя мѣры служитъ доказательствомъ необязательности ихъ и для нанимателя, несмотря на предоставленіе ему закономъ права взыскивать необходимыя издержки съ наймодателя, такъ какъ иначе получилось бы, что лицо, пользующееся вещью бесплатно, меньше обязано заботиться о сохраненіи ея, чѣмъ лицо, платящее за пользованіе вознагражденіе, между тѣмъ какъ такой результатъ несомнѣнно противорѣчилъ-бы здравому смыслу. Такимъ образомъ, въ Германіи относительно обязанности хранить вещь наниматель и ссудоприиматель поставлены одинаково. Въ частности ни тотъ ни другой не обязаны принимать мѣры для предотвращенія необычайныхъ опасностей, грозящихъ вещи, но если мѣры эти они все-же предпримутъ, то относительно взысканія такихъ необходимыхъ необычайныхъ издержекъ наниматель, какъ мы видѣли выше, поставленъ въ замѣ-благопріятное положеніе, чѣмъ ссудоприиматель. Надо болѣе тить, что хотя это различіе вызвано было желаніемъ создать для ссудодателя извѣстное преимущество, но на практикѣ результаты могутъ получаться для него прямо невыгодные, т. е. если ссудоприиматель можетъ взыскать издержки только по правиламъ negotiorum gestio, то, ясно, онъ предпочтетъ не

¹⁾ § 601 B. G. B.

рисковать и не дѣлать необходимыхъ для спасенія вещи издержекъ, въ результатъ чего вещь легко можетъ погибнуть или испортиться.

Швейцарское право, какъ и германское, не даетъ никакихъ прямыхъ указаній на обязанность нанятеля и ссудоприемателя хранить вещь, и вообще постановленія этихъ законодательствъ въ этомъ отношеніи весьма сходны. Правда, швейцарское уложеніе не повторяетъ относительно ссуды правила, что за измѣненія и ухудшенія вещи, вызванныя самымъ пользованіемъ, ссудоприематель не отвѣчаетъ, но это положеніе, несомнѣнно, примѣнимо и къ ссудѣ, какъ вытекающее изъ самой природы договора. Но есть между этими законодательствами и различіе, состоящее въ томъ, что относительно взысканія издержекъ ссудоприемателемъ швейцарское право гласитъ такъ: „für ausserordentliche Verwendungen, die er im Interesse des Verleihers machen musste, kann er von diesem Ersatz fordern“¹⁾. Это выраженіе „machen musste“ даетъ указаніе на то, что при извѣстныхъ обстоятельствахъ ссудоприематель долженъ эти издержки произвести. Но можно ли отсюда заключить, т. к. относительно найма подобнаго постановленія нѣтъ, что на нанятеля подобной обязанности не лежитъ? Мы затрудняемся категорически отвѣтить на этотъ вопросъ, но намъ кажется, что придаточнымъ предложеніемъ „die er machen musste“ законодатель врядъ-ли хотѣлъ этой статьей возложить на ссудоприемателя, въ отличіе отъ нанятеля, подобную обязанность. Изъ построенія фразы можно видѣть скорѣе, что законъ эту обязанность ссудоприемателя уже считалъ существующей, а здѣсь только вскользь упомянулъ о ней. А т. к. предполагать, что и безъ указанія со стороны закона между наймомъ и ссудой лежитъ такое различіе, у насъ нѣтъ основаній, то мы болѣе склонны признать, что по швейцарскому праву обязанность принимать необходимыя мѣры для сохраненія вещи лежитъ одинаково, какъ на нанятелѣ, такъ и на ссудодателѣ.

¹⁾ Art. 307 abs. 2 Schw. Z. G. B.

Гораздо болѣе подробно регламентируетъ обязанность храненія вещи, отданной въ наемъ или въ ссуду, французское законодательство, дающее на этотъ счетъ рядъ весьма интересныхъ постановленій. Прежде всего, оно въ ясной и опредѣленной формѣ говоритъ о томъ, что эта обязанность лежитъ на ссудоприемателѣ: „L'emprunteur est tenu de veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée“¹⁾. Относительно найма такого правила нѣтъ, но юристы единодушно признаютъ эту обязанность лежащей и на нанятелѣ, выводя ее изъ обязанности возвратить вещь, что, согласно art. 1136—1137, предполагаетъ и обязанность сохраненія, а также и изъ указаній art. 1730—1732 C. Civil. Далѣе, хотя-бы вещь попортилась отъ дѣйствій ссудоприемателя, онъ за порчу не отвѣчаетъ, если дѣйствія эти состояли въ пользованіи соотвѣтственно цѣли, для которой вещь была отдана въ ссуду (art. 1884). Относительно найма опять нѣтъ такого постановленія, хотя юристы считаютъ и нанятеля въ данномъ случаѣ неотвѣтственнымъ, т. к. по договору ему предоставлено право пользованія; нѣкоторые юристы находят подтвержденіе этому взгляду и въ art. 1730, освобождающемъ нанятеля отъ отвѣтственности за гибель и поврежденіе вещи, происшедшихъ отъ „vétusté“, считая, что „la vétusté“ есть не что иное, какъ „l'usage prolongé“²⁾.

Но въ извѣстныхъ случаяхъ ссудоприематель отвѣчаетъ за поврежденіе вещи безусловно, независимо отъ его причины. Это имѣетъ мѣсто, во первыхъ, тогда, когда при заключеніи договора вещь была оцѣнена, если при этомъ противное не было оговорено (art. 1883). Такимъ образомъ, законъ устанавливаетъ предположеніе, что устанавливая оцѣнку, стороны тѣмъ самымъ обусловили возвращеніе этой стоимости, хотя-бы вещь погибла отъ случая. Относительно найма законъ опять такого поста-

¹⁾ Code Civil art. 1880.

²⁾ Baudry-Lacantinerie „Du louage“ p. 534; однако Laurent (t. XXV n. 270) и Guillouard (t. I n. 242) несогласны съ такимъ пониманіемъ понятія „vétusté“.

новления не дает, и господствующее в литературѣ мнѣніе ¹⁾, такъ-же какъ и практика ²⁾, полагаютъ, что т. к. art. 1883 установленъ только для ссуды, то примѣнять его по аналогіи къ найму нельзя. Поэтому если оцѣнка вещи сдѣлана и при заключеніи найма, то это надо толковать въ томъ смыслѣ, что эту сумму наниматель долженъ возмѣстить, если вещь погибнетъ по его винѣ. De lege lata это рѣшеніе можно признать правильнымъ, но съ точки зрѣнія политики права это различіе между наймомъ и ссудой должно быть рѣшительно отвергнуто: art. 1883 есть лишь установленное закономъ предположеніе, какъ нужно въ случаѣ сомнѣнія толковать значеніе подобной оцѣнки—на какомъ-же основаніи одинаковое условіе въ одномъ договорѣ надо понимать въ одномъ смыслѣ, а въ другомъ—иначе, т. к. фактъ безвозмездности или возмездности не можетъ имѣть значенія для того, какъ надо толковать извѣстное выраженіе въ договорѣ.

За случай отвѣчаетъ ссудоприиматель и тогда, когда вещь, взятая, въ ссуду, отъ него не погибла-бы, если-бы ссудоприиматель вмѣсто взятой вещи употреблялъ бы свою вещь (art. 1882 al. 1). Объясняется это постановленіе тѣмъ, что здѣсь ссудоприиматель отвѣчаетъ за то, что пользовался вещью ненадлежащимъ образомъ, т. к. ссуда не имѣетъ цѣлью позволить ссудоприимателю беречь свою вещь, пользуясь вмѣсто нѣхъ вещью, взятой въ ссуду, если, конечно, противное не было обусловлено въ договорѣ ³⁾. Относительно найма и этого постановленія не имѣется, что въ данномъ случаѣ вполнѣ объясняется возмездностью этого договора, т. к. если я плачу за пользованіе вещью, то, естественно, я буду ей пользоваться больше, чѣмъ своей—для того я ее и нанималъ.

Al. 2 art. 1882 къ вышеуказанному правилу добавляетъ, что ссудоприиматель отвѣчаетъ за случай и тогда, когда „ne pouvant conserver que l'une de deux (choses), il a préféré

¹⁾ *Toullier et Duvergier* t. XIX n. 246; *Guillouard* t. II n. 680; *Baudry-Lacantinerie* „Du louage“ p. 539.

²⁾ Angers 12 janv. 1872 S. 73, 2, 22; D. 72, 2, 38.

³⁾ *Baudry-Lacantinerie* „Du société etc.“ p. 387; *Guillouard* n. 37.

la sienne“. Для нанимателя такой отвѣтственности не установлено, такъ какъ мотивъ этого постановленія, существовавшего еще въ римскомъ правѣ ¹⁾, тотъ, что будучи обязанъ благодарностью по отношенію къ ссудодателю, ссудоприиматель долженъ прежде всего заботиться объ его интересахъ и поступаетъ нехорошо, ставя на первый планъ свои выгоды, между тѣмъ какъ наниматель никакого благодаренія отъ наймодателя не получалъ, и нѣтъ основанія требовать отъ него особой благодарности по отношенію къ наймодателю и пожертвованія его интересамъ своими.

Наконецъ, послѣднее правило, установленное Code Civil относительно отвѣтственности ссудоприимателя за поврежденія вещи, гласитъ, что если онъ будетъ пользоваться вещью иначе или дольше, чѣмъ было условлено, то отвѣчаетъ и за случай (art. 1881). Господствующее в литературѣ мнѣніе толкуетъ это постановленіе въ томъ смыслѣ, что ссудоприиматель отвѣчаетъ за случай лишь тогда, когда была причинная связь между гибелью вещи и ненадлежащимъ поведеніемъ ссудоприимателя, т. е. когда вещь не погибла-бы отъ случая, если-бы ссудоприиматель пользовался вещью согласно договору и возвратилъ-бы ее въ срокъ ²⁾. Отвѣтственность за случай наступаетъ и безъ „mise en demeure“, но только въ томъ случаѣ, если ссудоприиматель пользовался вещью дольше срока; если же онъ только не вернулъ вещь въ срокъ, но не пользовался ей въ теченіе этой просрочки, то отвѣтственность его обсуждается по общимъ правиламъ о просрочкѣ. Относительно найма такого постановленія нѣтъ, но, повидимому, и наниматель долженъ отвѣчать за случай, котораго бы не произошло, если-бы онъ пользовался вещью надлежащимъ образомъ, т. к. здѣсь

¹⁾ L. 5 § 4 D. Comm. vel contra 13, 6.

²⁾ *Baudry-Lacantinerie* „De la société etc.“ p. 389; *Duranton* t. XVII n. 520; *Troplong* „Le droit civil expliqué. Du prêt“, n. 101; *Toullier et Duvergier* t. XXI n. 64; *Laurent* t. XXVI n. 470; *Guillouard* n. 30; *Huc* t. XI n. 158. Только *Aubry et Rau* считаютъ ссудоприимателя отвѣтственнымъ безусловно (т. IV p. 596 § 392 note 2).

онъ отвѣчаетъ за нарушение своей обязанности¹⁾. Но что касается до случая, происшедшаго въ связи съ тѣмъ, что наниматель пользовался вещью дольше срока, то онъ за него долженъ отвѣчать по общимъ правиламъ о просрочкѣ, т. е. для найма законъ не сдѣлалъ исключенія, подобнаго art. 1881. Такимъ образомъ, наниматель отвѣчаетъ только при наличности „mise en demeure“.

Таковы нормы, установленныя французскимъ законодательствомъ относительно отвѣтственности ссудоприемателя. Какъ мы указывали, такихъ нормъ относительно найма не установлено. Но за то Code Civil даетъ относительно отвѣтственности нанимателя рядъ постановленій, подобныхъ которымъ не дано относительно ссуды. Сюда относится прежде всего art. 1735, возлагающій на нанимателя отвѣтственность за порчу и гибель вещи, причиненныя домашними нанимателями или его sous-locatiers. Несмотря на отсутствіе подобнаго правила относительно ссуды, врядъ-ли можно сомнѣваться, что и ссудоприематель отвѣчаетъ за порчу вещи, произведенную его домашними, и особое упоминаніе объ этомъ относительно найма можетъ быть объяснено только тѣмъ, что art. 1735 говоритъ и объ отвѣтственности за sous-locatiers, между тѣмъ какъ ссудоприематель передавать пользованіе вещью другому лицу не можетъ. Впрочемъ, если съ разрѣшенія ссудодателя, ссудоприематель передать пользованіе вещью другому лицу, то, безъ сомнѣнія, онъ будетъ такъ-же отвѣчать за его дѣйствія, какъ и наниматель при поднаймѣ.

Art 1730—1731 трактуютъ о послѣдствіяхъ составленія или не составленія описи отдаваемого въ наемъ имущества при заключеніи договора, при чемъ центръ тяжести этихъ постановленій заключается въ томъ, что если описи не было составлено, то наймодатель не долженъ доказывать, что вещь возвращается не въ томъ видѣ, въ какомъ была дана, а предполагается, что она была дана „en bon etat de reparations locatives“. Отсутствіе подобнаго правила относительно ссуды,

¹⁾ Baudry-Lacantinerie „Du louage“ p. 536.

несомнѣнно, объясняется тѣмъ, что было бы несправедливо возлагать на ссудоприемателя отвѣтственность за восоставленіе описи, т. е. онъ получаетъ пользованіе даромъ и не можетъ настаивать на томъ, чтобы опись была составлена.

Въ art. 1733—1734 законодатель даетъ особая правила объ отвѣтственности нанимателя за пожаръ. По art. 1733 онъ отвѣчаетъ за пожаръ, если не докажетъ, что онъ произошелъ случайно или по непреодолимой силѣ или вслѣдствіе недостатка въ постройкѣ или отъ сосѣдняго дома. Статья эта и въ литературѣ и въ практикѣ толкуется двояко. Одни полагаютъ, что наниматель освобождается отъ отвѣтственности, только если докажетъ одинъ изъ вышеназванныхъ фактовъ, — т. е. что одно доказательство отсутствія вины съ его стороны не является достаточнымъ для освобожденія отъ отвѣтственности¹⁾, а другіе считаютъ это достаточнымъ, видя въ перечисленіи art. 1733 лишь примѣры²⁾. Если принять послѣднюю точку зрѣнія, то art. 1733 явится лишь частнымъ случаемъ общаго правила, выраженнаго въ art. 1732, и долженъ одинаково относиться и къ ссудѣ, но de lege lata такое толкованіе врядъ ли приемлемо, т. е. въ такомъ случаѣ art. 1733 былъ-бы совершенно излишенъ, да и буквальный текстъ ст. 1733 говоритъ противъ этого. Но нельзя не признать, что съ точки зрѣнія политики права art. 1733 положительно не выдерживаетъ критики; т. е. онъ создаетъ странное положеніе, что ссудоприематель, пользующійся вещью бесплатно, несетъ меньшую отвѣтственность за цѣлость вещи, чѣмъ наниматель.

Итакъ, и ссудоприематель и наниматель по французскому праву должны хранить вещь, какъ bon père de famille.

¹⁾ Laurent t. XXV n. 279; Baudry-Lacantinerie „Du louage“ p. 564—567; Aubry et Rau 5 ed. t. V § 367 p. 316—318; также многія судебныя рѣшенія (см. Dalloz „Nouveau Code Civil“, art. 1733 note 151).

²⁾ Planiol t. II p. 560; Fuzier-Herman t. VII p. 106 n. 1498; Guilouard t. In. 270; Troplong „De l'échange et du louage“ t. In. 382; на той же точкѣ зрѣнія суд. рѣшенія Rouen 16 janv. 1845 D. 45, 2, 172; Paris 29 novem. 1852, D. 54, 2, 166; Metz 28 juill. 1854, D. 55, 2, 197.

Но какъ быть, если вещи грозятъ гибелью или поврежденіемъ какое-нибудь случайное событіе, за которое само по себѣ они не отвѣчаютъ? Относительно найма законъ устанавливаетъ въ art. 1768 обязанность немедленно предупредить наймодателя. Хотя статья эта говоритъ только о предупрежденіи объ „usurpations“ и относится къ нормамъ о наймѣ сельскохозяйственныхъ участковъ, но юристы распространяютъ ее на всѣ виды найма ¹⁾, а, кромѣ того, вѣтъ сомнѣній, что эта обязанность предупрежденія должна имѣть мѣсто и относительно чисто фактическихъ случайностей, грозящихъ вещи. Что и ссудоприематель въ подобныхъ обстоятельствахъ также долженъ предупредить ссудодателя, ясно видно изъ art. 1890, гласящаго: „Si pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente, qu'il n'ait pas pus en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser“. Но кромѣ вопроса о предупрежденіи, статья эта интересна тѣмъ, что указываетъ на обязанность ссудоприемателя въ случаѣ необходимости самому произвести необходимыя издержки. Такъ какъ статья эта, подобно art. 307 швейцарскаго уложенія, формулирована такъ, что упоминаетъ объ обязанности ссудоприемателя производить поправки, какъ о само собой подразумевающейся, то, на основаніи вышеизложенныхъ нами соображеній, мы склоняемся къ призванію, что обязанность эта лежитъ одинаково и на нанIMATEлѣ, который не менѣе ссудоприемателя долженъ „veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose“.

Такова регламентация французскимъ законодательствомъ обязанности нанIMATEлЯ и ссудоприемателя хранить вещь, регламентация въ высшей степени характерная тѣмъ, что состоитъ изъ ряда нормъ, установленныхъ или исключительно для найма или исключительно для ссуды, между тѣмъ какъ природа этихъ договоровъ почти совершенно тождественна, и въ результатѣ необходимость для юристовъ и практики по

¹⁾ Baudry-Lacantinerie „Du louage“ p. 307.

аналогіи примѣнять нормы найма къ ссудѣ, и наоборотъ. Только въ немногихъ случаяхъ это невозможно вследствие формулировки закона, при чемъ изъ этихъ немногихъ случаевъ опять таки только часть вызвана влияніемъ момента безвозмездности или возмездности, а остальная часть создаетъ такія различія между наймомъ и ссудой, которыя являются чистѣйшими недоразумѣніями.

Постановленія нашего русскаго права объ обязанности ссудоприемателя и нанIMATEлЯ хранить вещь являются въ высшей степени ссудными — относительно найма объ этой обязанности упоминаютъ статьи 1691, 1707 и 1708, а относительно ссуды 2068-ая т. X ч. 1. Нельзя не признать, что и редактированы эти статьи весьма неясно и противорѣчиво. Такъ изъ ст. 1691, относящей отвѣтственность нанIMATEлЯ за ущербъ, порчу и гибель имущества къ условіямъ произвольнымъ, можно вывести, что на нанIMATEлЯ никакой обязанности хранить вещь не лежитъ, если онъ не принялъ на себя эту обязанность по договору, между тѣмъ какъ такое толкованіе столь явно противорѣчитъ и смыслу договора и статьѣ 1708-ой, что всѣ юристы наши и сенатъ единодушно признаютъ нанIMATEлЯ отвѣтственнымъ и при отсутствіи спеціальнаго упоминанія объ этомъ въ договорѣ ¹⁾. Точно также признается такая обязанность хранить вещь и за ссудоприемателемъ ²⁾. Въмѣстѣ съ тѣмъ наши юристы признали, что обязанность нанIMATEлЯ хранить вещь включаетъ въ себѣ и обязанность его доводить до свѣдѣнія наймодатца о необходимости принять тѣ или другія мѣры для исправленія или сохраненія вещи, принятіе которыхъ лежитъ на обязанности этого послѣдняго ³⁾. Но относительно обязанности нанIMATEлЯ въ случаяхъ нетерпящихъ отлагательства самому принять такія

¹⁾ Синайскій, т. II стр. 139; Шершеневичъ стр. 587; Анненковъ т. IV стр. 164, 166; С. р. 1903 № 12.

²⁾ Шершеневичъ стр. 580—581; Анненковъ т. IV стр. 366; Синайскій т. II стр. 145; С. р. 70/1354, 81/89.

³⁾ В. Л. и В. В. Исаченко т. II стр. 346; также Анненковъ т. IV стр. 167, хотя онъ и говоритъ только объ увѣдомленіи о посягательствахъ на вещь со стороны постороннихъ лицъ.

мѣры съ правомъ взыскать въслѣдствіи понесенныя издержки съ наймодателя, юристы ничего не говорятъ ¹⁾, но мы лично думаемъ, что такая обязанность несомнѣнно лежитъ на нанимателѣ, какъ вытекающая изъ самаго положенія его, какъ лица, которому ввѣрена забота о сохраненіи вещи. Если-же мы признаемъ существованіе этой обязанности для нанимателя, то тѣмъ болѣе мы должны признать ее и для ссудоприимателя.

Оставляя безъ рассмотрѣнія порождающую немало сомнѣній ст. 1707, какъ трактующую о наймѣ дома и не могущую быть сопоставленной съ ссудой дома, т. е. наше право объектомъ ссуды считаетъ только движимость, намъ придется ограничиться сопоставленіемъ статей 1708 и 2068 т. X ч. 1. Первая изъ нихъ гласитъ: „если движимое имущество, взятое въ наемъ, будетъ испорчено, то оно отдается нанимателю, а онъ обязанъ заплатить хозяину цѣну того имущества, по оцѣнкѣ постороннихъ знающихъ людей“. Статья 2068-ая формулирована такъ: „если-же кто взятое въ ссуду имущество испортитъ своимъ нерадѣніемъ, то обязанъ заплатить хозяину цѣну онаго, поврежденное же имущество можетъ взять себѣ“. Сопоставляя эти обѣ статьи, мы видимъ, что ссудоприиматель отвѣчаетъ тогда, когда вещь испорчена его „нерадѣніемъ“. Это выраженіе ясно показываетъ, что ссудоприиматель отвѣчаетъ только тогда, когда онъ виноватъ въ порчѣ вещи. Поэтому является совершенно непонятнымъ заявленіе *проф. Синайскаго*, что „наши законы, къ сожалѣнію, не говорятъ о томъ, отвѣчаетъ ли ссудоприиматель за случайныя поврежденіе или гибель вещи“. *Проф. Шершеневичъ* правильно замѣчаетъ, что ссудоприиматель освобождается отъ отвѣтственности, когда гибель или поврежденіе вещи произошли по чистой случайности, безъ всякой вины съ его стороны ²⁾, но въ то-же самое время и

¹⁾ В. Л. и В. В. Писиченки говорятъ только о правѣ нанимателя самому приступить къ исправленію вещи, но не объ обязанности (т. II стр. 345).

²⁾ Также и Сенатъ 80/80.

онъ стремится придать отвѣтственности ссудоприимателя какой-то особенно усиленный характеръ, говоря „взвѣсивъ вещь въ ссуду долженъ проявить особенное вниманіе къ ней въ виду безвозмезднаго характера пользованія; всякая порча, произведенная хотя-бы самымъ легкимъ невниманіемъ съ его стороны порождаетъ обязанность возмѣщенія ущерба“. Изъ этихъ словъ можно вывести, что покойный профессоръ какъ-бы стремится здѣсь примѣнить къ русскому праву понятіе „culpa levissima“, съ чѣмъ, конечно, никоимъ образомъ нельзя согласиться: русское право такого понятія не знаетъ и не устанавливаетъ ни вообще для безвозмездныхъ сдѣлокъ особо усиленной (для стороны облагодѣтельствованной) и особо облегченной (для стороны облагодѣтельствовавшей) отвѣтственности ни въ частности для ссуды, т. что вину здѣсь надо понимать такъ-же, какъ и въ другихъ договорахъ. Но въ статьѣ 1708-ой о „нерадѣніи“ ничего не говорится, т. что можно думать, что наниматель отвѣчаетъ и за случай. Однако такой выводъ былъ бы безусловно неправиленъ уже по одному тому, что ставилъ-бы нанимателя въ болѣе тяжелое положеніе, чѣмъ ссудоприимателя, что было-бы явной несправедливостью. Въ остальномъ статьи 1708 и 2068 совершенно тождественны. Такимъ образомъ получается, что по русскому праву обязанность нанимателя и ссудоприимателя хранить вещь должна обсуждаться совершенно одинаково, моментъ безвозмездности здѣсь никакого вліянія не оказываетъ.

Существенной обязанностью нанимателя является обязанность возвратить вещь наймодателю по истеченіи срока найма. Въ Германіи законъ, устанавливая эту обязанность, добавляетъ, что наниматель недвижимости не имѣетъ права задерживать ее у себя по истеченіи срока до тѣхъ поръ, пока не получитъ удовлетворенія по тѣмъ требованіямъ, которыя онъ имѣетъ по отношенію къ наймодателю; если-же наниматель передалъ пользованіе вещь третьему лицу, то наймодатель по окончаніи найма можетъ выгребовать ее и отъ третьяго лица ¹⁾. Если

¹⁾ § 556 В. Г. В.

наниматель по окончаніи найма вещь не возвратитъ, то наймода-
тель за время, которое вещь оставалась у нанимателя сверхъ
срока, можетъ въ качествѣ вознагражденія требовать уплаты
наемной платы, что не лишаетъ его права взыскивать и воз-
мѣщеніе другого ущерба ¹⁾). Относительно договора ссуды зако-
нодатель также устанавливаетъ обязанность возвратитъ вещь
по окончаніи срока и также упоминаетъ о предоставленіи
ссудодателю право вытребовать вещь и отъ третьяго лица ²⁾).
Что касается до § 557-го, то, само собой понятно, анало-
гичнаго постановленія относительно ссуды законодатель не даетъ,
т. е. въ ссудѣ о платѣ за пользованіе не можетъ быть рѣчи.
Существеннымъ отличіемъ ссуды отъ найма является также
то, что наниматель, согласно § 556 abs. 2, не имѣетъ Rück-
behaltungsrecht по отношенію къ недвижимостямъ въ обезпе-
ченіе требованій, которыя онъ имѣетъ къ наймодателю, тогда
какъ въ § 604-омъ такой оговорки нѣтъ, изъ чего вытекаетъ,
что ссудоприиматель имѣетъ это Rückbehaltungsrecht, уста-
новленное въ § 273, безъ всякихъ оградиченій—т. е. и по
отношенію къ недвижимостямъ ³⁾). Вышеуказанное исключеніе
для найма недвижимостей включено было лишь при второмъ
чтеніи проекта и мотивировалось тѣмъ, что обезпеченіе, полу-
чаемое нанимателемъ благодаря удержанію недвижимости, по
своимъ размѣрамъ не находится ни въ какомъ соотвѣтствіи
съ размѣрами требованія нанимателя къ наймодателю, почему
легко можно ожидать, что наниматели „schikanös“ будутъ
злоупотреблять этимъ правомъ, предъявляя совершенно неосно-
вательныя претензіи; кромѣ того, и безъ удержанія недвижи-
мости наниматель достаточно обезпеченъ уже однимъ тѣмъ
фактомъ, что его должникъ является собственникомъ недви-
жимости ⁴⁾). На какомъ основаніи вышеуказанное ограниченіе

¹⁾ § 557 B. G. B.

²⁾ § 604 abs. 1 и 4.

³⁾ Zabel op. cit. s. 87; Oertmann ann. 4 zu § 604; Planck ann. 5
zu § 604.

⁴⁾ Mugdan B. II s. 850.

права удержанія не распространено на договоръ ссуды—въ
матеріалахъ къ германскому уложенію мы не находимъ рѣши-
тельно никакихъ указаній, и, повидимому, это отличіе ссуды
отъ найма является опять таки совершенно случайнымъ, не-
совзательнымъ, происшедшимъ исключительно благодаря тому,
что регламентация ссуды и найма создавалась казуистическимъ
путемъ, безъ внимательнаго учета моментовъ сходства и отличія
между этими договорами, безъ обращенія вниманія на то,
что одинаковый фактический составъ долженъ влечь за собой
и одинаковыя юридическія послѣдствія. Въ самомъ дѣлѣ, не-
движимости могутъ быть отданы въ ссуду, и ссудоприиматель
имѣетъ право въ извѣстныхъ случаяхъ взыскивать съ ссудо-
дателя сдѣланныя имъ издержки—почему же въ данномъ слу-
чаѣ не слѣдуетъ опасаться, что онъ злоупотребитъ своимъ
правомъ удержать вещь, и развѣ онъ, какъ и наниматель, не
обезпеченъ уже однимъ фактомъ, что у его должника имѣется
недвижимая собственность? Единственное отличіе ссуды отъ
найма—безвозмездность—не только не можетъ служить при-
чиной вышеуказаннаго различія относительно права удержанія,
но, наоборотъ, должна повлечь за собой облегченіе положенія
ссудоприимателя, между тѣмъ какъ въ данномъ случаѣ лицо,
давшее вещь за плату, гораздо болѣе защищено отъ возмож-
ныхъ злоупотребленій со стороны лица, пользующагося вещью,
чѣмъ лицо, давшее вещь въ пользованіе безвозмездно,—результатъ
явно нецѣлесообразный.

Любопытно, что въ Code Civil имѣется для ссуды поста-
новленіе, дающее поводъ нѣкоторымъ юристамъ притти отно-
сительно права удержанія къ выводу прямо противоположному
abs. 2 § 556 B. G. B. Постановленіе это (art. 1885) гла-
ситъ: *l'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compen-
sation de ce que le prêteur lui doit*. И вотъ, основываясь на
словѣ „retenir“, нѣкоторые юристы и полагаютъ, что ссудо-
прииматель, въ отличіе отъ нанимателя, лишенъ права удер-
жанія вещи въ обезпеченіе полученія отъ ссудодателя возмѣ-
щенія необходимыхъ издержекъ, о которыхъ говоритъ art.

1890¹⁾. Надо замѣтить, однако, что господствующее мнѣніе понимает эту статью не въ смыслѣ запрещенія права удержанія, а въ смыслѣ запрещенія удержанія для компенсаціи, опираясь, какъ на буквальный текстъ закона, такъ и на то соображеніе, что иначе статья эта была бы помѣщена въ отдѣлѣ, посвященномъ обязанностямъ ссудодателя, а не среди нормъ, трактующихъ объ обязанностяхъ ссудоприноимателя; съ этой точки зрѣнія art. 1885 есть просто бесполезное повтореніе al. 2 art. 1293 C. Civil, мотивированное тѣмъ, что компенсація возможна лишь относительно индивидуальной вещи²⁾. Если понимать art. 1885 въ этомъ смыслѣ, то между ссудой и наймомъ не будетъ никакой разницы, т. к. и въ наймѣ такого рода компенсація недопустима³⁾.

Въ русскомъ и швейцарскомъ законодательствѣхъ никакихъ особыхъ правилъ объ обязанности нанимателя и ссудоприноимателя вернуть вещь не имѣется.

Таковы обязанности ссудодателя и ссудоприноимателя. Теперь перейдемъ къ вопросу о прекращеніи договора ссуды. Здѣсь мы въ германскомъ правѣ встрѣчаемъ особенно много различій по сравненію съ регламентаціей вопроса о прекращеніи договора найма. Прежде всего, относительно ссуды имѣется постановленіе, что если въ договорѣ срокъ не былъ опредѣ-

¹⁾ Pont № 99—103; Fuzier-Herman t. XXXI n. 76—84 p. 490; отрицаетъ право удержанія и Laurent (t. XXVI n. 480), но не на основаніи art. 1885, а потому, что, по его мнѣнію, право удержаніе есть „un droit exceptionnel“, а для ссуды законъ его специально не указываетъ.

²⁾ Baudry-Lacantinerie „De la société“ p. 402—404; Huc t. XI n. 193; Troplong „Du prêt“ n. 128; Toullier et Duvergier t. XXI n. 91; Aubry et Rau t. IV p. 596 § 390 not. 4; Guillouard n. 53; Planiol t. II p. 652.

³⁾ Dalloz 77, I, 280. Въ сущности и al. 2 art. 1293 совершенно излишнее, т. к. вещи, отданныя на храненіе и въ ссуду, не становятся собственностью поклажепринимателя и ссудоприноимателя и ими не могутъ быть удержаны для компенсаціи, и законъ, упоминая о нихъ, имѣлъ въ виду въ сущности dépôt irregulier, гдѣ вещи замѣнимыя, и компенсація теоретически возможна. (Dalloz, „Nouveau Code Civil“ t. III art. 1293 note. 24—25, 40).

ленъ, то вещь должна быть возвращена послѣ того, какъ ссудоприноиматель использовалъ ее соотвѣтственно цѣли, для которой вещь была взята въ ссуду, при чемъ ссудодатель можетъ вытребовать вещь и до окончанія пользованія, если истекло столько времени, сколько было достаточно для того, чтобы ссудоприноиматель могъ осуществить пользованіе соотвѣтственно цѣли договора¹⁾. Относительно найма законъ такого правила не даетъ, и Цабель видитъ въ немъ именно слѣдствіе момента безвозмездности, желаніе законодателя поставить ссудоприноимателю на видъ, что онъ пользуется вещью изъ любезности и долженъ безъ промедленія начать осуществлять пользованіе вещью²⁾. Съ этимъ мнѣніемъ мы, однако, согласиться не можемъ. Abs. 2 § 604-го, по нашему мнѣнію, вовсе не является особенностью договора ссуды, вызванной именно моментомъ безвозмездности, а есть лишь выраженіе общеподразумѣваемаго положенія, что срокъ договора можетъ быть опредѣленъ не календарно, а достиженіемъ извѣстной цѣли, при чемъ, само собой понятно, по достиженіи этой цѣли онъ долженъ считаться прекращеннымъ. Поэтому, хотя относительно найма законъ такого правила и не даетъ, но оно, несомнѣнно, примѣнимо и къ этому договору. Такъ, если я нанялъ лодку съѣздить на тотъ берегъ Волги, если я взялъ у товарища списать лекціи за опредѣленную плату, то, мнѣ кажется, врядъ-ли можно утверждать, что я, вернувшись съ поѣздки или списавъ лекціи, все-же могу не возвращать лодки или рукописи ихъ хозяину. То-же самое, если срокъ найма опредѣленъ достиженіемъ опредѣленной цѣли, то ни одинъ судья не будетъ толковать его въ томъ смыслѣ, что наниматель можетъ держать вещь безконечно долго, откладывая безъ всякихъ серьезныхъ причинъ осуществленіе цѣли договора ad calendas graecas, а признаетъ, что срокъ по смыслу договора опредѣляется тѣмъ временемъ, котораго по субъективнымъ условіямъ, въ которыхъ находится

¹⁾ § 604 abs. 2 B. G. B.

²⁾ Zabel op. cit. s. 68.

наиматель, достаточно было-бы для осуществленія цѣли: такъ, если я нанялъ лодку съѣздить на ту сторону рѣки за забытой рыболовной сѣтью, то это не значить, что я могу съ ранняго утра держать у себя лодку и поѣхать только поздно вечеромъ, а если я взялъ лекцію размѣромъ въ одинъ печатный листъ списать, то нельзя толковать договоръ въ томъ смыслѣ, что я могу держать ее у себя мѣсяцъ, отговариваясь тѣмъ, что я еще не началъ списывать. Такой взглядъ, по нашему мнѣнiю, соотвѣтствуетъ и воззрѣнiямъ составителей германскаго уложенiя: по крайней мѣрѣ въ мотивахъ къ первому проекту говорится, что предоставленiе ссудодателю права вытребовать вещь по использованiю вещи согласно цѣли договора въ сущности само собой подразумѣвается и указано въ законѣ лишь въ связи съ предоставленiемъ ему права вытребовать вещь по истеченiи времени достаточнаго для осуществленiя этой цѣли, независимо отъ того, использовалъ вещь ссудоприиматель или нѣтъ.—это правило составители считали нужнымъ указать, т. е. опасались, что его можно не признать само собой подразумѣвающимся¹⁾. Такимъ образомъ, изъ этого видно, что составители проекта, вводя вышеуказанное правило, не имѣли въ виду создать какую-либо новую специальную норму, вызванную моментомъ безвозмездности, а смотрѣли на нее, какъ на правило, въ сущности само собой подразумѣвающееся, которое они сочли нужнымъ прямо указать лишь во избѣжанiе сомнѣнiй и разногласiй. Конечно, если встать на эту точку зрѣнiя, то возникаетъ вопросъ, почему законодатель счелъ нужнымъ подчеркнуть это само собой подразумѣвающееся правило только для ссуды и не повторилъ его относительно найма, но объяснить эту нелогичность можно опять таки только казуистичностью германскаго законодателя, забывшаго въ данномъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ мѣстахъ, тождество фактическаго состава въ вышеуказанныхъ двухъ договорахъ.

Если срокъ ссуды въ договорѣ не указанъ, и его нельзя опредѣлить по цѣли договора, то законъ предоставляетъ ссудо-

¹⁾ *Mugdan* B. II s. 251.

дателю право требовать возвращенiя вещи въ любой моментъ¹⁾. Здѣсь мы видимъ существенное отклоненiе отъ правилъ, установленныхъ для договора найма, т. е. въ договорѣ найма, заключенномъ на неопредѣленный срокъ, каждый изъ контрагентовъ можетъ расторгнуть договоръ въ любой моментъ, предварительно, однако, предупредивъ объ этомъ другую сторону за извѣстный срокъ, установленный закономъ²⁾, между тѣмъ какъ для ссудодателя подобнаго предувѣдомленiя не требуется. Это дѣйствительно слѣдствiе момента безвозмездности, въ римскомъ правѣ представлявшее характерную особенность института *precarium*'а, а въ германскомъ уложенiи, уничтожившемъ отличiе *precarium*'а отъ ссуды, распространенное на всякую ссуду вообще. При этомъ нужно отмѣтить, что въ то время какъ относительно найма законъ говоритъ о правѣ расторженiя договора въ любой моментъ каждымъ изъ контрагентовъ,—относительно ссуды предусмотрѣнъ только случай расторженiя договора ссудодателемъ. Это умолчанiе о расторженiи договора ссудоприимателемъ, конечно, объясняется тѣмъ, что въ громадномъ большинствѣ случаевъ договоръ ссуды установленъ исключительно въ интересахъ ссудоприимателя, который въ силу этого по общему правилу и такъ можетъ вернуть вещь до истеченiя срока, а тѣмъ болѣе, когда срокъ неопредѣленъ. Но тѣмъ не менѣе, какъ мы уже выше говорили, возможны случаи, когда возвращенiе вещи въ любой моментъ можетъ нарушить интересы ссудодателя—эти случаи законъ не предусмотрѣлъ; надо думать, что здѣсь ссудоприиматель можетъ вернуть вещь, не когда ему заблагоразсудится, а, считаясь съ *Treu u. Glauben*, лишь въ такое время, когда это не нарушитъ интересовъ ссудодателя³⁾.

Отличiе ссуды отъ найма проявляется также въ томъ, что для ссуды законъ не даетъ постановленiя, соотвѣтствующаго

¹⁾ B. G. B. § 604 abs. 3.

²⁾ B. G. B. §§ 564 и 565.

³⁾ *Planck* § 607 ann. 8; *Zabel* op. cit. s. 73; *Oertmann* zu § 604 ann. 1 d.

§ 568-ому, согласно которому, если по окончании срока найма наниматель продолжает пользоваться вещью, то считается, что срок найма продлен на неопределенное время, если ктонибудь из контрагентов не заявит в известный срок о своем нежелании продлить договор. Значение такого продления найма означает, главным образом, что наниматель должен платить ту-же плату и в т-же сроки, что и раньше, и что наймода-тель не может отобрать у него вещь без соблюдения установленных законом для найма сроков предупреждения. Так как платы в ссудѣ нѣтъ, нѣтъ и сроков предупреждения, то понятно, почему законодатель не далъ аналогичнаго правила относительно ссуды.

Въ известныхъ случаяхъ договоръ можетъ быть расторгнутъ и до истечения срока. Устанавливая такіе случаи, германскій законодатель на первомъ мѣстѣ ставитъ право ссудодателя вытребовать вещь до истечения срока, если она въ силу непредвидѣннаго ранѣе обстоятельства понадобилась ему самому¹⁾. Въ этомъ вопросѣ германское право представляетъ прямую противоположность римскому и *gemeine Recht*: въ то время какъ послѣдній давали право расторгнуть договоръ по вышеуказанному поводу наймодателю²⁾ и ничего не говорили о ссудодателѣ, германское право поступаетъ какъ разъ наоборотъ; да-же, если нѣкоторые романисты³⁾ и думали, что, несмотря на молчаніе источниковъ, вышеуказанное правило все-же примѣнимо къ ссудѣ, то условіями его примѣненія они считали, во первыхъ, чтобы нужда ссудодателя въ вещи была настоятельной, существенной, а во вторыхъ, чтобы ссудодатель отвѣчалъ за ущербъ въ случаѣ, если возвращеніе вещи связано было для ссудопримателя съ несоразмѣрными убытками, — германское право никакихъ подобныхъ условій не устанавливаетъ, а требуетъ только, чтобы была какая бы то ни было нужда (но, конечно, не простой капризъ), и чтобы была она

¹⁾ § 605 abs. 1 B. G. B.

²⁾ I. S. C. De loc. cond. 4, 65.

³⁾ Windscheid—Kipp. B. II § 375 ann. 13 s. 595.

непредвидѣнной, т. что ссудодатель можетъ вытребовать вещь даже тогда, когда онъ непредвидѣль предстоящей надобности въ вещи по собственной грубой небрежности. Это право, предоставленное закономъ ссудодателю, является существенной особенностью договора ссуды, созданной именно вслѣдствіе присущаго ссудѣ момента безвозмездности.

Это возможность для ссудодателя отобрать вещь даже до срока, если она ему самому понадобилась, сдѣлала излишнимъ устанавливать для ссуды правило аналогичное § 567 B. G. B. по которому, если договоръ найма заключенъ на срокъ свыше 30 лѣтъ, то по прошествіи 30 лѣтъ каждый изъ контрагентовъ можетъ расторгнуть договоръ съ соблюденіемъ установленныхъ закономъ сроковъ предупрежденія. Этимъ правиломъ законъ имѣлъ въ виду не запретить заключать договоры на сроки свыше 30 лѣтъ, а лишь дать контрагентамъ возможность послѣ этого срока освободиться отъ договора, ставшаго для нихъ тягостнымъ вслѣдствіе различныхъ причинъ, которыхъ, конечно, нельзя было предвидѣть за такой долгій срокъ. Для ссуды это не нужно, т. к. ссудоприматель всегда можетъ вернуть вещь и до срока, а интересы ссудодателя достаточно ограждены § 605 abs. 1.

Другимъ поводомъ для ссудодателя расторгнуть договоръ до срока является фактъ пользованія ссудопримателемъ вещью вопреки договору, особенно если онъ безъ разрѣшенія ссудодателя отдалъ вещь въ пользованіе третьему лицу или, пренебрегая своей обязанностью заботиться о вещи, ее „*erheblich gefährdet*“¹⁾. Статья эта весьма сходна съ аналогичнымъ постановленіемъ относительно расторженія договора наймодателемъ²⁾. Но при болѣе внимательномъ разсмотрѣніи и тутъ обнаруживается отлчіе. Послѣднее состоитъ, прежде всего, въ томъ, что ссудодатель при наличности вышеупомянутыхъ нарушеній со стороны ссудопримателя сразу можетъ расторгнуть договоръ, тогда какъ наймода-тель лишь послѣ того,

¹⁾ § 605 abs. 2 B. G. B.

²⁾ B. G. B. § 553.

какъ онъ обратится къ нанимателю съ „Abmahnung“, и тотъ, не обращая на это никакого вниманія, будетъ продолжать свой прежній образъ дѣйствій. Кромѣ того, для расторженія договора ссудодателемъ достаточно вообще факта пользованія ссудоприемателемъ вещью вопреки договору, тогда какъ для расторженія найма законъ ставитъ условіемъ, чтобы такого рода пользованіе существенно нарушало права наймодателя, т. е. что пользованіе, хотя и несогласное съ договоромъ, но ненарушающее существенно правъ наймодателя, не является достаточнымъ поводомъ для расторженія договора. Такимъ образомъ, здѣсь снова положеніе ссудодателя является болѣе благопріятнымъ, чѣмъ положеніе наймодателя, что, несомнѣнно, также мотивируется моментомъ безвозмездности.

Наконецъ, послѣднимъ изъ указанныхъ въ законѣ поводовъ для расторженія договора ссудодателемъ является смерть ссудоприемателя¹⁾. Этотъ же поводъ законъ указываетъ и для найма въ § 569-омъ. Отличіе между обоими постановленіями заключается, во первыхъ, въ томъ, что въ первомъ изъ нихъ смерть ссудоприемателя является поводомъ для расторженія договора только для ссудодателя, тогда какъ въ случаѣ смерти нанимателя договоръ можетъ быть расторгнутъ, какъ наймодателемъ, такъ и наследниками нанимателя. Это умолчаніе о наследникахъ ссудоприемателя объясняется тѣмъ, что, какъ мы выше неоднократно говорили, законъ исходилъ изъ мысли, что договоръ ссуды заключенъ въ интересахъ только ссудоприемателя и потому можетъ быть всегда расторгнутъ имъ хотя-бы и до истеченія срока. Болѣе существеннымъ отличіемъ является то, что въ наймѣ расторженіе договора возможно лишь послѣ предварительнаго предупрежденія въ установленный закономъ срокъ, тогда какъ отъ ссудодателя никакого предупрежденія не требуется.

Во Франціи также прекращеніе договора найма съ одной стороны и договора ссуды съ другой регламентировано весьма

¹⁾ § 605 abs. 3 B. G. B.

различно. Прежде всего относительно найма законъ говоритъ, что онъ „cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé“¹⁾. Для ссуды такого постановленія нѣтъ, хотя, несомнѣнно, оно примѣнимо и здѣсь, т. е. это общее правило для всѣхъ „contrats temporaires“.

Затѣмъ, въ извѣстныхъ случаяхъ хотя срокъ найма и не указанъ, все-же договоръ считается заключеннымъ на опредѣленный срокъ, опредѣляемый мѣстнымъ обычаемъ или способомъ опредѣленія наемной платы²⁾. Относительно ссуды законъ такихъ постановленій не даетъ, что и вполне понятно, т. е. платы здѣсь нѣтъ, а ссуда явленіе въ оборотѣ сравнительно рѣдкое, и обычаевъ относительно сроковъ ссуды не существуетъ.

Далѣе и наемъ сельскохозяйственнаго участка также не считается заключеннымъ на неопредѣленный срокъ, хотя-бы въ договорѣ срокъ и не былъ указанъ—такой договоръ прекращается de plein droit по истеченіи времени необходимаго для того, чтобы арендаторъ могъ собрать весь урожай плодовъ съ участка³⁾. Въ отличіе отъ предшествующихъ постановленій правило это, по нашему мнѣнію, должно примѣняться и къ ссудѣ, т. е. основаніе его заключается въ предположеніи, что такова была воля сторонъ, каковое предположеніе такъ же примѣнимо къ ссудѣ, какъ и къ найму. Подтверженіе этому взгляду мы видимъ и въ art. 1888, который говоритъ, что ссудодатель можетъ отобрать вещь лишь по истеченіи условленнаго срока, а если срокъ не былъ опредѣленъ, то послѣ того, какъ вещь „a servi à l'usage, pour lequel elle a été empruntée“—пока хозяйство участка не завершило полного оборота, можно считать, что это условіе не осуществлено.

Если наемъ былъ заключенъ на неопредѣленный срокъ, то ни одна изъ сторонъ не можетъ расторгнуть договоръ безъ

¹⁾ Art. 1737 C. Civil.

²⁾ Art. 1757 и 1758 Code Civil.

³⁾ Art. 1774 и 1775.

соблюдения „les delais fixés par l'usage des lieux“¹⁾). Относительно ссуды такого правила нѣтъ, въ чемъ сказывается влияние момента безвозмездности, позволяющее ссудодателю расторгнуть договоръ и безъ соблюденія какихъ либо сроковъ предупрежденія.

По французскому праву смерть наймодателя или нанимателя не прекращаетъ найма²⁾). Договоръ ссуды также переходитъ на наследниковъ, при чемъ однако здѣсь законъ добавляетъ: „mais si l'on n'a prêté qu'en consideration de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée“³⁾). Такъ какъ такого добавленія въ art. 1742 нѣтъ, то многіе юристы рѣшаютъ, что наемъ всегда переходитъ на наследниковъ, хотя-бы онъ былъ заключенъ „en consideration de le preneur et à lui personnellement“⁴⁾). Подобное толкованіе опять является яркимъ показателемъ, къ какимъ нецѣлесообразнымъ результатамъ можетъ повести обособленная регламентація ссуды и найма, не считающаяся съ тѣмъ, что единственное различіе между этими договорами лежитъ въ моментѣ безвозмездности, который въ данномъ случаѣ рѣшительно не при чемъ. Мы лично полагаемъ, что такое толкованіе является не только нецѣлесообразнымъ, но и неправильнымъ de lege lata—и наймодатель могъ желать отдать свою вещь въ наемъ только лично нанимателю, безъ перехода договора на его наследниковъ, и нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній признавать такое условіе недѣйствительнымъ, т. е. оно не является ни противозаконнымъ ни безнравственнымъ. Поэтому *Laurent* вполне правильно признаетъ, что, несмотря на различіе въ формулировкѣ art. 1742 и art. 1879, данный вопросъ долженъ рѣшаться одинаково для обоихъ договоровъ⁵⁾).

¹⁾ Art. 1736 C. Civ.

²⁾ Art. 1742 C. Civil.

³⁾ Al. 2 art. 1879 Cod. Civ.

⁴⁾ *Guilouard* t. I n. 351; *Huc* t. X n. 340; *Baudry-Lacantinerie* „Du louage“ p. 725.

⁵⁾ *Laurent* t. XXV n. 319; также судебная практика.

Несомнѣнно, также одинаково должны считаться прекращенными оба договора въ случаѣ гибели отданной въ пользованіе вещи, хотя законъ почему то предусматриваетъ этотъ случай только относительно найма¹⁾). Договоръ найма можетъ быть расторгнутъ и вслѣдствіе неисполненія кѣмъ либо изъ контрагентовъ своихъ обязанностей²⁾). Относительно ссуды законъ такого постановленія не даетъ, но юристы рѣшаютъ, что то же самое имѣетъ мѣсто и здѣсь на основаніи общаго правила art. 1184³⁾). Съ такимъ рѣшеніемъ, конечно, нельзя не согласиться, но зачѣмъ же все таки устанавливать тогда спеціальныя правила относительно найма?

Имѣется во французскомъ правѣ и постановленіе, аналогичное abs. 1 § 605 B. G. B., предоставляющее ссудодателю право вытребовать вещь до срока, если „il survient au preteur un besoin pressant et imprévu de sa chose“⁴⁾). Правило это заимствовано у *Potier*, чьи соображенія—именно, что никого нельзя предполагать желавшимъ сдѣлать другому удовольствіе въ ущербъ самому себѣ.—воспроизводятся и въ мотивахъ къ *Code Civil*⁵⁾). Такъ какъ постановленіе это ясно вызвано влияніемъ момента безвозмездности, то, само собой разумѣется, къ найму оно непримѣнимо—чтобы устранить всякія сомнѣнія на этотъ счетъ, возможны потому, что въ Римѣ и въ старомъ французскомъ правѣ оно относилось именно къ найму, а не ссудѣ, *Code Civil* прямо подчеркивалъ это въ art. 1761 и 1762.

¹⁾ Art. 1741 C. Civ.

²⁾ Art. 1741 и 1766 C. Civil.

³⁾ *Baudry-Lacantinerie* „De la société“ p. 392—393; *Toullier et Ducergier* t. XXI n. 54; *Guilouard* n. 32; *Huc* t. XI n. 159; только *Laurent* (t. XXVI n. 467), опираясь на то, что art. 1184 относится лишь къ двустороннимъ договорамъ, и что относительно ссуды спеціальнаго постановленія нѣтъ, держится противоположнаго взгляда, хотя и признаетъ, что съ точки зрѣнія политики права слѣдовало бы предоставить ссудодателю право расторгнуть договоръ въ случаѣ нарушенія ссудоприimateлемъ своихъ обязанностей.

⁴⁾ Art. 1889 C. Civ.

⁵⁾ *Fenet*, t. XIV p. 451.

Точно такъ же, какъ и въ Германіи, правила о „tacite reconduction“ договора относятся только къ найму¹⁾.

Обратимся теперь къ швейцарскому праву. Относительно прекращенія найма оно даетъ слѣдующія постановленія: наймодавецъ можетъ расторгнуть договоръ въ случаѣ просрочки нанимателемъ платежа наемной платы, а также въ случаѣ объявленія конкурса надъ его имуществомъ²⁾; если договоръ былъ заключенъ на неопредѣленный срокъ, то каждый изъ контрагентовъ можетъ въ любой моментъ расторгнуть договоръ, предупредивъ объ этомъ противную сторону въ установленный закономъ срокъ³⁾; признается молчаливое возобновленіе договора⁴⁾; при наймѣ недвижимости на опредѣленный срокъ каждый изъ контрагентовъ вслѣдствіе серьезной причины, дѣлающей для него продолженіе договора „unerträglich“, можетъ расторгнуть договоръ съ соблюденіемъ законныхъ сроковъ предупрежденія и съ возмѣщеніемъ полного ущерба⁵⁾; въ случаѣ смерти нанимателя его наследники или наймодавецъ могутъ расторгнуть договоръ, заключенный на годъ или болѣе, съ соблюденіемъ сроковъ предупрежденія. Первый изъ этихъ случаевъ, какъ связанный съ наличностью въ наймѣ вознагражденія за пользованіе, само собой, къ ссудѣ не относится. Если ссуда была на неопредѣленный срокъ, то ссудодатель можетъ вещь въ любой моментъ вытребовать, при чемъ, какъ и въ германскомъ правѣ, здѣсь имѣется то отличие отъ найма, что ссудодатель не обязанъ предупреждать ссудоприимателя за известный періодъ времени⁶⁾. Точно также подобно abs. 2 § 604 B. G. B., швейцарское право относительно ссуды устанавливаетъ, что если срокъ ссуды не опредѣленъ, то онъ истекаетъ послѣ осуществленія ссудоприимателемъ условлен-

¹⁾ Art. 1738—1740, 1759, 1776.

²⁾ Art. 265—266 Schw. Z. G. B.

³⁾ Art. 267 Schw. Z. G. B.

⁴⁾ Art. 268 Schw. Z. G. B.

⁵⁾ Art. 269 Schw. Z. G. B.

⁶⁾ Art. 310 Schw. Z. G. B.

наго пользованія вещью или послѣ истеченія времени, въ теченіе котораго—это—пользованіе могло быть осуществлено¹⁾. Все сказанное нами выше относительно § 604 B. G. B. относится и къ швейцарскому праву. То же самое надо сказать и о правѣ ссудодателя расторгнуть договоръ до срока въ случаѣ нарушенія ссудоприимателемъ своихъ обязанностей, въ случаѣ, если вслѣдствіе непредвидѣннаго обстоятельства вещь настоятельно понадобилась самому ссудодателю²⁾, а также въ случаѣ смерти ссудоприимателя³⁾. За отсутствіемъ въ ссудѣ платы и сроковъ предупрежденія, въ Швейцаріи, какъ и въ Германіи, нѣтъ правила о молчаливомъ возобновленіи договора ссуды, а art. 269 Schw. Z. G. B. для ссуды излещенъ въ виду того, что ссудодатель въ случаѣ, если вещь ему самому понадобилась, и такъ можетъ расторгнуть договоръ безъ всякихъ предупрежденій и безъ уплаты вознагражденія. Такимъ образомъ, въ сущности постановленія швейцарскаго уложенія о прекращеніи ссуды являются полной копіей аналогичныхъ постановленій германскаго права.

Нашъ десятый томъ не даетъ ни одного постановленія относительно прекращенія договора ссуды. Не лучше обстоятъ дѣло въ этомъ отношеніи и съ наймомъ, т. к. здѣсь имѣется на этотъ счетъ только такое общее положеніе, что „хозяинъ не въ правѣ отказать наемщику до наступленія срока найма, хотя-бы кто предлагалъ и большую передъ нимъ цѣну, равномѣрно наемщикъ не можетъ отказаться отъ платежа договорной цѣны до истеченія опредѣленнаго условіемъ срока“⁴⁾. Что послѣднее положеніе этого правила къ ссудѣ не можетъ относиться—это само собой понятно, но относительно перваго положенія можетъ возникнуть вопросъ—не можетъ ли ссудодатель отказать ссудоприимателю до срока, разъ законъ относительно ссуды не даетъ такой оговорки, какъ относительно

¹⁾ Art. 309 abs. 1 Schw. Z. G. B.

²⁾ Art. 309 abs. 2 Schw. Z. G. B.

³⁾ Art. 311 Schw. Z. G. B.

⁴⁾ Ст. 1705 т. X ч. 1.

найма? Но мы лично на этот вопрос отвѣтили бы безусловно отрицательно: статья 1705-ая есть не специальное постановленіе относительно найма, а частичное выраженіе общаго правила, что „договаривающимся сторонамъ оставляется на волю включать въ договоръ по обоюдному согласію и по ихъ усмотрѣнію всякія условія, законамъ не противныя, какъ то: условія о срокѣ“ и т. п. ¹⁾, и что „договоры должны быть исполняемы по точному онѣхъ разуму, не уважая побочныхъ обстоятельствъ и не взирая ни на какихъ особъ“ ²⁾. Это общее правило, несомнѣнно, должно относиться и къ ссудѣ, разъ законъ не дѣлаетъ относительно ея никакого исключенія. Такимъ образомъ, въ отличіе отъ западныхъ законодательствъ, у насъ ссудодатель не можетъ требовать возвращенія вещи до окончанія срока, хотя-бы она стала ему самому весьма нужной. Изъ русскихъ юристовъ это правильно отмѣтилъ *проф. Синайскій* ³⁾.

Несмотря на отсутствіе постановленій въ законѣ, наши юристы и практика на основаніи общихъ соображеній выработали рядъ правилъ относительно прекращенія договора найма, и эти правила должны примѣняться и къ ссудѣ. Такъ, если срокъ не былъ опредѣленъ, то ссудодатель можетъ вытребовать вещь въ любой моментъ; то-же самое онъ можетъ сдѣлать въ случаѣ неисполненія ссудоприноимателемъ своихъ обязанностей; прекращается договоръ, несомнѣнно, въ случаѣ гибели вещи.

Нѣкоторыя сомнѣнія вызываетъ у насъ вопросъ о прекращеніи договора вслѣдствіе смерти нанIMATEЛЯ или ссудоприноимателя ⁴⁾. Мы видѣли, какія противорѣчивыя рѣшенія даютъ на этотъ счетъ западныя законодательства—въ то время какъ по французскому праву договоръ сохраняетъ въ данномомъ

¹⁾ Ст. 1530 т. X ч. 1.

²⁾ Ст. 1536 т. X ч. 1.

³⁾ *Синайскій* т. II стр. 146.

⁴⁾ Что смерть наймодателя и ссудодателя не является поводомъ къ расторженію договора, является безспорнымъ.

случаѣ свою силу, если противное не вытекало изъ смысла и характера договора, въ Германіи и Швейцаріи смерть, какъ нанIMATEЛЯ, такъ и ссудоприноимателя, является поводомъ къ расторженію договора. Такъ какъ въ русскомъ правѣ нѣтъ по этому вопросу никакихъ указаній, то ничего другого не остается, какъ пытаться его разрѣшить на основаніи общихъ соображеній, насколько тотъ и другой договоръ по своей природѣ имѣютъ личный характеръ. И на основаніи этихъ соображеній мы лично высказались бы за сохраненіе силы за договоромъ найма въ случаѣ смерти нанIMATEЛЯ и за предоставленіе ссудодателю права требовать возвращенія вещи въ случаѣ смерти ссудоприноимателя. Различіе это, по нашему мнѣнію, объясняется тѣмъ, что безвозмездность придаетъ ссудѣ характеръ услуги, оказанной именно лично ссудоприноимателю, какъ это мы подробно указывали выше ¹⁾.

Въ германскомъ правѣ имѣются постановленія относительно сроковъ давности для исковъ ссудодателя и ссудоприноимателя, а также нанIMATEЛЯ и наймодателя—постановленія эти совершенно тождественны. Въ русскомъ правѣ особыхъ сроковъ давности для такихъ исковъ не установлено.

Но кромѣ всѣхъ вышеразсмотрѣнныхъ нами положеній, въ германскомъ правѣ имѣется нѣсколько нормъ, установленныхъ только для найма. Возникаетъ вопросъ, примѣнимы ли эти нормы и къ ссудѣ и если непримѣнимы, то чѣмъ это объясняется? Изъ такихъ нормъ §§ 542—544 и § 570 трактуютъ о причинахъ, при наличности которыхъ нанIMATEЛЬ можетъ расторгнуть договоръ до срока и о порядкѣ такого расторженія. Что относительно ссуды законъ подобныхъ правилъ не даетъ, объясняется тѣмъ, что по общему правилу ссудоприноиматель всегда можетъ расторгнуть договоръ, почему, естественно, подобныя правила были бы здѣсь совершенно неумѣстными. §§ 554 и 555 говорятъ о расторженіи договора наймодателемъ вслѣдствіе неуплаты наемной платы—т. к. въ

¹⁾ См. выше стр. 230—231.

ссудѣ такой платы не существуетъ, то ясно, почему законъ здѣсь подобныхъ правилъ не даетъ.

Далеко не такъ ясно обстоитъ дѣло съ §§ 559—563, устанавливающими законное залоговое право въ пользу наймодателя недвижимости на вещи, которыя наниматель ввезъ въ недвижимость, въ обезпеченіе всѣхъ требованій, которыя наймодатель къ нему имѣетъ изъ договора найма. Здѣсь въ сущности мы не видимъ основаній, почему законодатель не установилъ такого-же права и въ пользу ссудодателя, такъ какъ недвижимость по германскому праву могутъ быть объектомъ ссуды, и ссудодатель можетъ имѣть различныя требованія къ ссудопринимателю, правда не о наемной платѣ, а о возмѣщеніи убытковъ, причиненныхъ ему поврежденіями вещи со стороны ссудопринимателя, и лишеніе его того права, которое предоставлено наймодателю, ставить лицо, безвозмездно давшее вещь въ пользованіе, въ менѣе благоприятное положеніе, чѣмъ лицо, получающее за это плату, что, несомнѣнно, не можетъ быть признано правильнымъ. Правда, недвижимости въ ссуду отдаются сравнительно очень рѣдко, и можетъ быть это именно обстоятельство и было причиной того, что законодатель не далъ вышеуказаннаго залоговаго права ссудодателю (говоримъ „можетъ быть“ потому, что въ матеріалахъ къ гражданскому уложенію и въ литературѣ мы не находимъ рѣшительно никакихъ объясненій даннаго обстоятельства), но во всякомъ случаѣ это не можетъ служить оправданіемъ для созданія такого явно нелогичнаго положенія вещей, которое имѣетъ мѣсто и во Франціи¹⁾. Наоборотъ въ Швейцаріи этой нелогичности нѣтъ, т. е. право удержанія, предоставленное наймодателю въ art. 272—274 Schw. Z. G. B., относится только къ праву требованія платежа наемной платы, а т. е. платы въ ссудѣ нѣтъ, то является понятнымъ, почему это право удержанія не предоставлено ссудодателю.

Наконецъ, въ цѣломъ рядѣ статей (§§ 571—580) за-

¹⁾ См. art. 2102 Code Civil.

конъ устанавливаетъ знаменитое правило „Kauf bricht nicht Miete“ и регламентируетъ отношенія, возникающія между новымъ собственникомъ и нанимателемъ. Относительно ссуды законъ такого правила не установилъ, такъ что новый приобретатель недвижимости не связанъ договоромъ ссуды, заключеннымъ прежнимъ собственникомъ¹⁾. Это отличіе ссуды отъ найма можетъ быть объяснено не рѣдкостью ссуды недвижимостей, а тѣмъ, что основанія, побудившія законодателя установить для найма правило „Kauf bricht nicht Miete“, къ договору ссуды въ сущности не относятся. Въ самомъ дѣлѣ, основанія эти состояли, главнымъ образомъ, въ сознаніи необходимости защитить интересы нанимателя, которые могутъ серьезно пострадать отъ неожиданнаго расторженія договора, т. е. онъ могъ сдѣлать затраты въ расчетѣ на прочность своего права пользоваться вещью въ теченіе условленнаго срока. Это основаніе къ ссудѣ непримѣнимо потому, что въ силу своей безвозмездности ссуда далеко не отличается такой прочностью, какъ наемъ,—она, какъ мы выше указывали, можетъ быть весьма легко расторгнута ссудодателемъ даже по такому поводу, что вещь, отданная въ ссуду, ему самому понадобилась. При такомъ положеніи вещей ссудоприниматель, естественно, не будетъ дѣлать никакихъ затратъ на вещь, т. е. можетъ всегда ожидать что вещь будетъ у него отобрана до срока, а потому и защищать его отъ расторженія договора не за чѣмъ—все равно ссудодатель, желая продать вещь, можетъ вытребовать ее отъ ссудопринимателя, ссылаясь на то, что вещь ему стала нужна для продажи.

Французское право также защищаетъ арендатора недвижимости отъ новаго собственника²⁾, обходя молчаніемъ этотъ вопросъ относительно ссуды. Это молчаніе породило разногласіе между юристами: одни, опираясь на отсутствіе для ссуды правила, подобнаго art. 1743, полагаютъ, что для новаго собственника договоръ ссуды необязателенъ, и онъ можетъ вытребовать вещь отъ ссудопринимателя до истеченія срока ссуды,

¹⁾ Mittelstein op. cit. s. 473.

²⁾ Art. 1743 Code Civil.

другие, наоборот, утверждают, что приобретатель этого права не имеет, т. е. ссудоприематель имеет *droit de retention* (art. 1888) и может им защищаться против всякого 3-ьяго лица¹⁾. Мы лично первое мнение считаем безусловно более правильным и не только потому, что и во Франции ссудодатель может вытребовать вещь до срока, если она ему понадобится. на основании art. 1889, но и потому, что, хотя всякий наниматель имеет такое-же *droit de retention*, как и ссудоприематель, но защищается против нового приобретателя лишь тот наниматель, чей договор был „*authentique ou dont la date est certaine*“, а было бы явной несообразностью безвозмездный договор всегда признавать обязательным для приобретателя, а возмездный только при наличии известных условий.

На иной точке зрения стоит швейцарское право—оно прямо объявляет договор найма необязательным для нового приобретателя²⁾, изъ чего уже само собой вытекает, что для нового приобретателя тем более необязателен и договор ссуды.

В нашем русском праве вопрос о силе договора найма для нового приобретателя является весьма спорным, но нам здесь нет нужды входить в его рассмотрение, т. е. по нашему праву объектом ссуды может быть только движимость, между тем как вопрос о „*Kauf bricht oder bricht nicht Miete*“ у нас и на Западе касается только недвижимостей.

По этой-же причине мы не будем рассматривать и другие довольно многочисленные нормы русского права, трактующия о найме, потому, что всё онъ относится исключительно къ найму недвижимостей.

Подведем теперь итоги нашему анализу влияния момента безвозмездности въ договорахъ, направленных на предоставление вещи въ пользование по германскому и русскому праву, оставляя, как и въ дарении, въ сторонѣ тѣ особенности гер-

¹⁾ Baudry-Lacantinerie „De la societe“ p. 480.

²⁾ Art. 259 Schw. Z. G. B.

манскихъ безвозмездныхъ договоровъ, которыя состоятъ въ непримѣненіи къ нимъ нормъ, трактующихъ о вознагражденіи.

Германское право.

Возмездныя сдѣлки.

Безвозмездныя сдѣлки.

1. Для заключенія найма недвижимости на срокъ болѣе года требуется письменная форма.

1. Для ссуды всегда достаточно словесной формы.

2. Наймодатель обязанъ въ теченіе срока договора „*den Gebrauch zu gewähren*“.

2. Ссудодатель не обязанъ, если прямо не принялъ на себя этой обязанности по договору.

3. Наймодатель отвѣчаетъ за всякую вину.

3. Ссудодатель отвѣчаетъ лишь за умыселъ и грубую неосторожность.

4. На наймодателя законъ возлагаетъ особую „*Garantiepflicht*“ за недостатки вещи, хотя бы при заключеніи договора онъ не зналъ объ ихъ существованіи.

4. На ссудодателѣ особой „*Garantiepflicht*“ не лежитъ, и за положительное нарушеніе договора онъ отвѣчаетъ лишь при „*arglistige Verschweigen*“.

5. Экстраординарные необходимые издержки на вещь наниматель можетъ взыскать съ наймодателя.

5. Ссудоприематель можетъ ихъ взыскать лишь по правиламъ „*negotiorum gestio*“.

6. Если наймодатель безъ уважительной причины не позволитъ нанимателю передать пользование вещь другому лицу, то наниматель можетъ расторгнуть договоръ.

6. Ссудоприематель въ данномъ случаѣ этого права не имеетъ.

7. Наймода- тель может предъявить „Unterlassungsklage“ лишь послѣ „Abmahnung“.

8. Наниматель недвижимо- сти не имѣетъ „Rückbehaltungsrecht“ въ обезпеченіе требо- ваній, которыя онъ имѣетъ къ наймодателю.

9. При наймѣ на неопредѣ- ленный срокъ каждый изъ кон- трагентовъ можетъ въ любой моментъ расторгнуть договоръ, но предварительно предупре- дивъ объ этомъ другую сто- рону за пзвѣстный установлен- ный закономъ срокъ.

10. Наймода- тель не мо- жетъ расторгнуть договоръ до срока, хотя бы вещь въ силу наступленія непредвидѣннаго обстоятельства ему самому по- надобилась, если только не прошло 30 лѣтъ со времени заключенія договора.

11. Наймода- тель можетъ расторгнуть договоръ до срока, если наниматель будетъ продол- жать пользоваться вещью вопреки договору, несмотря на „Abmahnung“ со стороны най- модателя, и если такое пользо- ваніе существенно нарушаетъ интересы послѣдняго.

12. Въ случаѣ смерти нани- мателя, какъ наймода- тель, такъ и наслѣдники нанима-

7. „Abmahnung“ не тре- буется.

8. Ссудоприиматель имѣетъ „Rückbehaltungsrecht“ въ дан- номъ случаѣ.

9. Ссудодатель можетъ въ данномъ случаѣ расторгнуть договоръ и безъ предупрежде- нія.

10. Ссудодатель можетъ рас- торгнуть договоръ въ данномъ случаѣ.

11. Ссудодатель можетъ рас- торгнуть договоръ при вся- комъ пользованіи вещью вопреки договору и безъ предва- рительнаго „Abmahnung“.

12. Никакого предупреж- денія въ данномъ случаѣ не требуется.

теля, могутъ расторгнуть дого- воръ послѣ предварительнаго предупрежденія въ установлен- ный закономъ срокъ.

13. Наймода- тель недвижи- мости имѣетъ законное залого- вое право на вещи нанима- теля, ввезенныя имъ въ имѣ- ніе, въ обезпеченіе всѣхъ тре- бованій къ нему изъ договора найма.

14. „Kauf bricht nicht Mie- te“.

13. Ссудодатель недвижи- мости такого залоговаго права не имѣетъ.

14. „Kauf bricht Leihe“.

Русское право.

1. Наймода- тель обязанъ под- держивать вещь въ состояніи пригодномъ для пользованія въ теченіе всего срока найма.

2. Наниматель можетъ пере- дать пользованіе вещью друго- му лицу безъ согласія наймо- дателя (поднаемъ).

3. Смерть нанимателя не является поводомъ къ растор- женію договора.

1. На ссудодателѣ такой обязанности не лежитъ.

2. Ссудоприиматель этого права не имѣетъ.

3. Смерть ссудоприимателя является поводомъ къ растор- женію договора.

Сопоставляя полученные нами итоги, мы видимъ, что если въ германскомъ правѣ вліяніе момента безвозмездности въ дан- наго рода договорахъ сказывается весьма сильно (въ 14 пунк- тахъ), у насъ въ Россіи это вліяніе весьма незначительно. Но еще болѣе любопытно, что всѣ тѣ три случая, въ которыхъ мы нашли возможнымъ признать вліяніе момента безвозмезд-

ности въ русскомъ правѣ, въ самомъ законѣ совершенно не указаны, а выведены нами на основаніи соображеній о природѣ договора ссуды, каковой она обычно представляется сторонамъ при заключеніи договора. Получился, такимъ образомъ, курьезный результатъ—всѣ нормы, которыя русскій законодатель даетъ относительно ссуды, излишни, а то, что, во избѣжаніе возможныхъ недоразумѣній, слѣдовало бы указать въ законѣ, въ дѣйствительности нигдѣ не указано.

—ooo□ooo—

Глава пятая.

Вліяніе момента безвозмездности въ договорѣ довѣренности.

Въ Римѣ, какъ извѣстно, *mandatum* признавался договоромъ безвозмезднымъ. Несмотря на то, что условия жизни въ настоящее время стали совсѣмъ иными, и управленіе чужими дѣлами теперь обычно совершается за плату, современныя законодательства по укоренившейся традиціи продолжаютъ признавать вышеназванный договоръ безвозмезднымъ. Такъ поступаетъ германское право, опредѣляя *Auftrag*, какъ договоръ безвозмездный¹⁾. Но свято сохраняя традиціи римскаго права, германскій законодатель, однако, не могъ совершенно не считаться съ дѣйствительной жизнью, и въ результатѣ на ряду съ вышеуказаннымъ опредѣленіемъ *Auftrag*'а появился знаменитый § 675 В. Г. В., въ сущности въ корень уничтожившій опредѣленіе о безвозмездности названнаго договора. Этотъ § 675 гласитъ, что къ договору найма или подряда, имѣющему объектомъ „*Geschäftsbesorgung*“ имѣютъ соответствующее примѣненіе §§ 663, 665—670, 672—674 и, если лицу, принявшему на себя „*Geschäftsbesorgung*“, предоставлено право расторгнуть договоръ безъ соблюденія сроковъ предупрежденія,—§ 671 abs. 2. Такимъ образомъ получается, что по

¹⁾ § 662 В. Г. В.

германскому праву Auftrag можетъ быть какъ возмезднымъ, такъ и безвозмезднымъ, и въ обоихъ случаяхъ регламентируется одними и теми же нормами, за исключеніемъ § 664 и § 671, которые, какъ не упомянутые въ § 675-омъ, применимы только къ безвозмездному договору. Изъ этого слѣдуетъ, что эти послѣднія постановленія должны считаться вѣдываемыми исключительно влияніемъ момента безвозмездности. Посмотримъ, въ чемъ-же это влияние состоитъ.

§ 664 гласитъ: „довѣренный въ случаѣ сомнѣнія предлагается не имѣющимъ права передавать исполненіе порученія третьему лицу; если такая передача была ему разрѣшена, то онъ отвѣчаетъ лишь за свою вину, имѣвшую мѣсто при передачѣ порученія; за вину своего помощника довѣренный отвѣчаетъ по § 278; правопритязаніе довѣрителя на исполненіе порученія въ случаѣ сомнѣнія считается непередаваемымъ“. Несмотря, однако, на то, что статья эта не упоминается § 675-омъ въ ряду нормъ, применимыхъ къ возмездному договору порученія, зависимость ея отъ момента безвозмездности является далеко не ясной. Прежде всего, первое и послѣднее изъ ея положеній дословно повторяются въ § 613-омъ, трактующемъ о договорѣ личнаго найма, договорѣ возмездномъ. Остаются, такимъ образомъ, два среднихъ положенія—именно, что если передача порученія была довѣренному разрѣшена, то онъ отвѣчаетъ лишь за свою вину при передачѣ порученія, т. е. за выборъ лица, за инструкціи, которыя онъ ему дастъ и т. п., по не за вину этого третьяго лица, проявленную при исполненіи имъ порученія, тогда какъ за своихъ помощниковъ довѣренный отвѣчаетъ по § 278 В. Г. В. По господствующему мнѣнію влияніе безвозмездности сказывается здѣсь въ смягченіи отвѣтственности уполномоченнаго при субституціи, т. е. при возмездномъ договорѣ отвѣтственность уполномоченнаго и въ этомъ случаѣ опредѣляется по § 278¹⁾. Иного взгляда держится *Enneccerus*: онъ полагаетъ, что § 278 вообще не относится

¹⁾ См. напр. *Albert* op. cit. s. 51; *Planck* op. cit. В. II бем. 5 zu § 613; *Neumann* В. I бем. 3 zu § 613.

къ тому случаю, когда должникъ съ согласія кредитора замѣняетъ себя при исполненіи другимъ лицомъ, и что, само собою понятно („natürlich“), онъ не отвѣчаетъ за вину этого третьяго лица, а лишь за свою вину при выборѣ замѣстителя; подтвержденіе своего взгляда онъ видитъ и въ статьяхъ 664 и 691 В. Г. В.¹⁾ И мы полагаемъ, что этотъ послѣдній взглядъ болѣе правиленъ. Если обратиться къ матеріаламъ германскаго уложенія, то ни въ мотивахъ къ первому проекту ни въ протоколахъ второй комиссіи нѣтъ ни малѣйшаго намека на то, что § 664 представляетъ смягченіе отвѣтственности, вызванное моментомъ безвозмездности—наоборотъ, и въ мотивахъ и протоколахъ ясно указывается, что изъ общихъ *Rechtsgrundsätzen* и изъ содержанія договора вытекаетъ само собою, что довѣренный, которому поручено выбрать лицо для исполненія порученія, или которому предоставлено право поручить исполненіе порученія другому лицу, отвѣчаетъ лишь за вину при передачѣ порученія, т. е. если онъ надлежащимъ образомъ выбралъ замѣстителя и далъ ему надлежащія инструкціи, то этимъ самымъ онъ уже исполнилъ свою обязанность; поэтому во второй комиссіи вносилось даже предложеніе совсѣмъ исключить изъ уложенія это постановленіе, какъ совершенно излишнее, и если это предложеніе было отвергнуто, то не потому, что считали его не подразумеваемымъ само собою, а просто, чтобы устранивъ всякія сомнѣнія въ томъ, что субституція налагаетъ на рискъ того, кто ее позволилъ²⁾. Далѣе, противъ примѣненія § 664 только къ безвозмезднымъ договорамъ говорить и сопоставленіе этой статьи съ § 691. Послѣдній относится къ договору поклада, безразлично возмездной или безвозмездной, и по содержанию своему совершенно тождественъ съ § 664, и было-бы въ высшей степени нелогичнымъ въ Auftragъ придавать въ аналогичныхъ случаяхъ моменту безвозмездности то значеніе, какого онъ не имѣетъ въ договорѣ поклада. Никакихъ основаній для такого различія нѣтъ и не можетъ быть. Такимъ образомъ получается, что если кто-ни-

¹⁾ *Enneccerus*. op. cit. s. 120—121.

²⁾ *Mugdan* II s. 297—299, 943—944.

будь по договору найма принялъ на себя обязанность веденія чужихъ дѣлъ („Geschäftsbesorgung“), то къ нему примѣнимы правила § 664-го такъ-же, какъ и къ лицу, безвозмездно принявшему на себя такую обязанность по договору Auftrag'a. Но тогда спрашивается, чѣмъ объяснить то обстоятельство, что § 664 не указанъ въ перечисленіи, данномъ въ § 675-омъ—вѣдь не простой же это пропускъ, происшедшій по недосмотру составителей? Овѣтъ на этотъ вопросъ заключается, по нашему мнѣнію, въ томъ, что § 675 говорятъ не только о договорѣ личнаго найма, имѣющаго своимъ объектомъ Geschäftsbesorgung, но и о договорѣ подряда (Werkvertrag), между тѣмъ какъ къ подряду § 664 непримѣнимъ, т. к. въ подрядѣ важно лишь достиженіе условленнаго результата, а будетъ ли онъ достигнутъ усиліями самого подрядчика или другими лицами по его порученію, для подрядодателя совершенно безразлично, почему относительно подряда законъ и не даетъ постановленій, требующаго, чтобы подрядчикъ лично исполнилъ предприятие подобно тому, какъ этого требуетъ § 613 относительно личнаго найма. Но тогда можетъ возникнуть слѣдующее недоумѣніе—если къ договору подряда, имѣющему цѣлью „Geschäftsbesorgung“, § 664 непримѣнимъ, то какимъ образомъ онъ будетъ примѣнимъ къ такому-же по характеру договору, также имѣющему цѣлью исполненіе опредѣленнаго предприятия (Werk), но только безвозмездному? Не получится-ли въ такомъ случаѣ, что лицо, принявшее на себя обязанность безвозмездно исполнить предприятие, окажется болѣе связаннымъ при исполненіи этого предприятия, чѣмъ лицо, взявшее на себя эту обязанность за плату? Но это недоумѣніе, по нашему мнѣнію, было бы основано на недоразумѣніи, состоящемъ въ приложеніи къ безвозмезднымъ договорамъ о трудѣ раздѣленія на договоры, аналогичные личному найму и подряду, между тѣмъ какъ здѣсь эта классификація неумѣстна, т. к. при отсутствіи вознагражденія отпадаетъ характерная черта, отличающая подрядъ отъ найма,—именно несеніе риска за достиженіе условленнаго результата въ смыслѣ платежа вознагражденія только въ томъ случаѣ, если результатъ будетъ достигнутъ, вслѣдствіе чего о безвозмездномъ подрядѣ не можетъ

пйти и рѣчь. Итакъ, неупоминаніе § 664-го въ § 675-омъ объясняется не тѣмъ, что § 664 примѣнимъ только къ безвозмезднымъ договорамъ, а тѣмъ что онъ непримѣнимъ къ нѣкоторымъ типамъ возмезднаго Geschäftsbesorgung, вслѣдствіе особой конструкціи этихъ договоровъ.

Обратимся теперь къ § 671-ому. Норма эта предоставляетъ обоимъ контрагентамъ право въ любой моментъ расторгнуть договоръ, съ тѣмъ ограниченіемъ для лица, обязавшагося исполнить порученіе, что оно должно отказаться въ такой моментъ, чтобы довѣритель могъ какимъ нибудь другимъ путемъ обезпечить себѣ исполненіе порученія; ограниченіе это не имѣетъ силы въ томъ случаѣ, когда уполномоченный имѣетъ уважительную причину для такого несвоевременнаго расторженія договора; если такой причины нѣтъ, то несвоевременный отказъ влечетъ для уполномоченнаго обязанность возмѣстить весь причиненный имъ контрагенту такимъ отказомъ ущербъ; въ случаѣ наличности уважительной причины довѣренный можетъ отказаться даже въ томъ случаѣ, если отказался отъ права досрочнаго расторженія договора. Правило о своевременномъ отказѣ со стороны уполномоченнаго § 675 примѣняетъ и къ возмезднымъ договорамъ, т. к. разница между возмезднымъ и безвозмезднымъ Auftrag'омъ выражается въ сущности только въ томъ, что въ послѣднемъ право уполномоченнаго въ любой моментъ расторгнуть договоръ предполагается, если не исключено особымъ соглашеніемъ, а въ возмездномъ договорѣ такое право существуетъ лишь тогда, когда специально установлено въ договорѣ. Дальнѣйшей особенностью безвозмезднаго договора является то, что уполномоченный можетъ при наличности уважительной причины расторгнуть договоръ даже въ томъ случаѣ, когда онъ въ договорѣ отказался отъ права на досрочное расторженіе. Т. к. вышеуказанное правило § 671-го по германскому праву къ возмездному Auftrag'u, согласно § 675, непримѣнимо, то облегченіе расторженія договора въ данномъ случаѣ можетъ быть признано именно влияніемъ момента безвозмездности; для уполномоченнаго этотъ моментъ былъ основаніемъ облегчить для себя возможность освободиться отъ принятой

изъ любезности обязанности, а для Auftraggeber'a возможность расторгнуть договоръ до истечения срока вытекала изъ того, что въ безвозмездномъ договорѣ срокъ этотъ обусловленъ исключительно въ его интересахъ, а не въ интересахъ уполномоченнаго, почему по общему правилу онъ можетъ всегда расторгнуть договоръ подобно тому, какъ и ссудоприиматель въ договорѣ ссуды, о чемъ мы выше указывали.

Этимъ правиломъ и исчерпывается влияние момента безвозмездности въ договорѣ поручения по германскому праву.

Французское право также признаетъ мандатъ договоромъ безвозмезднымъ, но лишь въ томъ случаѣ, если противное не было обусловлено въ договорѣ¹⁾, при чемъ въ послѣднемъ случаѣ регламентация договора является въсколькю иной. Это влияние момента безвозмездности сказывается въ смягченіи ответственности довѣреннаго. Art. 1992-ой гласитъ: „le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes, qu'il commet dans sa gestion; néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement dont le mandat est gratuit, qu'à celui, qui reçoit un salaire“. Къ сожалѣнію, постановленіе это отличается крайней неопредѣленностью, т. е. не указываетъ, насколько мягче обсуждается вина бесплатнаго довѣреннаго, и какую мѣрку надо примѣнять къ его ответственности. Неудивительно, что между юристами по этому вопросу развогласіе: одни, и таковыхъ большинство, полагаютъ, что всѣ правила объ ответственности примѣняются къ бесплатному довѣренному такъ же, какъ и къ платному, и смягченіе выражается лишь въ томъ, что при установленіи ответственности перваго усмотрѣнію суда предоставляется большая свобода²⁾; другіе толкуютъ art. 1992 въ томъ смыслѣ, что бесплатный довѣренный, подобно поклажепринимателю отвѣчаетъ за *diligentia quam suis rebus*³⁾; наконецъ, третьи думаютъ,

¹⁾ Art. 1986 Cod. Civil.

²⁾ *Huc* t. XII n. 37; *Pont* „Commentaire-Traité des petits contrats“ 2-me ed. t. I n. 999; *Valéry* „Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le Code Civil“ These, 1898 p. 200—209; *Planiol* t. II p. 702.

³⁾ *Laurent* t. XXVII n. n. 475 et 481.

что смягченіе ответственности должно состоять въ возмѣщеніи бесплатнымъ довѣреннымъ не всего ущерба, а лишь части его, опредѣляемой по усмотрѣнію суда¹⁾.

Хотя законодатель проводитъ различіе между возмезднымъ и безвозмезднымъ мандатомъ только въ art. 1992, тѣмъ не менѣе нѣкоторые юристы и судебная практика устанавливаютъ это различіе и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ. Такъ напримѣръ, встрѣчается взглядъ, и по нашему мнѣнію вполнѣ правильный, что если при возмездномъ мандатѣ довѣритель расторгнетъ договоръ до срока на основаніи права, предоставленнаго ему въ art. 2003 C. Civil, то онъ долженъ возмѣстить довѣренному ущербъ по правиламъ art. 1780 C. Civ., т. е. здѣсь довѣренный является въ то же самое время и нанявшимся²⁾. *Laurent* идетъ еще дальше и полагаетъ, что art. 2007, освобождающій довѣреннаго, расторгнуващаго договоръ до срока, отъ обязанности возмѣстить довѣрителю ущербъ въ случаѣ, если продолженіе исполненія договора создавало для него самого значительные убытки, относится только къ бесплатному довѣренному, а платный подлежитъ общимъ правиламъ относительно возмездныхъ договоровъ³⁾, по мнѣнію это, вполнѣ логичное и правильное съ точки зрѣнія политики права, сочувствія въ литературѣ не встрѣтило⁴⁾.

По швейцарскому праву „Auftrag“ можетъ быть, какъ возмезднымъ, такъ и безвозмезднымъ: возмезднымъ онъ будетъ, когда вознагражденіе прямо обусловлено или установлено обы-

¹⁾ *Miquel* „Du contrat de mandat en droit romain et en droit français“ Thèse 1881 p. 183.

²⁾ *Planiol* t. II p. 705; *Monguin*. *Revue crit.* XXII 1898 p. 361; *Grenoble* 5 juin 1891; S. 92, 2, 135; впрочемъ многіе юристы возражаютъ противъ этого (*Baudry-Lacantinerie et Wahl* „Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement et de la transaction“ 3-me ed. 1907 p. 433; *Laurent* t. XXVII n. 97, *Pont* n. 1160, *Huc* t. XII n. 20).

³⁾ *Laurent* t. XXVIII n. 107.

⁴⁾ *Baudry-Lacantinerie* p. 441; *Pont* n. 1164; *Fuzier-Herman* t. XXVII n. 839; *Guilouard* n. 227.

чаемъ ¹⁾. Но въ нормахъ объ „Auftrag“ законодатель не указываетъ никакихъ особенностей для безвозмезднаго или возмезднаго „Auftrag“, т. что и тотъ и другой подлежатъ совершенно одинаковой регламентаціи, кромѣ отличія, установленнаго общимъ для всѣхъ безвозмездныхъ договоровъ правиломъ art. 99 о смягченіи отвѣтственности.

Наше русское законодательство не даетъ никакихъ указаний на возмездность или безвозмездность договора довѣренности, но юристы наши единодушно признаютъ возможность вознагражденія въ данномъ договорѣ, при чемъ значительная часть юристовъ, опираясь на условия современной жизни, полагаютъ, что вознагражденіе въ довѣренности предполагается, если прямо не исключено договоромъ ²⁾. Не упоминая вовсе о вознагражденіи, наше законодательство, естественно, не указываетъ, и какія нормы, трактующія о довѣренности, должны примѣняться только при наличности или отсутствіи вознагражденія, такъ что у насъ безвозмездность въ этомъ отношеніи никакого вліянія не оказываетъ.

— 000000 —

¹⁾ Art. 394 al. 3 Schw. Z. G. B.

²⁾ Шершеневичъ стр. 617; Анненковъ т. IV стр. 260; Гордонъ „Представительство въ гражд. правѣ“ 1879 г. стр. 71—72; contra Синайскій т. II стр. 180, Мейеръ стр. 564.

Глава шестая.

Вліяніе момента безвозмездности въ договорѣ покладаи.

Договоръ покладаи по римскому праву былъ безвозмезднымъ и при наличности вознагражденія превращался въ личный наемъ или безымянный договоръ. Но новое германское гражданское уложеніе, по примѣру нѣкоторыхъ другихъ позднѣйшихъ законодательствъ, отказалось отъ даннаго возрѣнія и не только призвало возможность возмездной покладаи, но даже въ извѣстныхъ случаяхъ считаетъ въ покладаѣ вознагражденіе само собою подразумевающимся ¹⁾. Такимъ образомъ, по германскому праву покладаи есть самостоятельный договоръ, подлежащій особой регламентаціи, все равно возмездный онъ или безвозмездный.

Обращаясь къ регламентаціи этого договора въ германскомъ уложеніи, мы находимъ въ ней всего на всего одно постановленіе, установленное только для безвозмездной покладаи, т. е. вызванное исключительно моментомъ безвозмездности— это § 690. Содержаніе его заключается въ облегченіи отвѣтственности безвозмезднаго покладаепринимателя—именно, онъ отвѣчаетъ не за всякую вину, а за *diligentia quam suis rebus*. Надо замѣтить, что облегченіе отвѣтственности существовало и въ *Gemein. Recht*, но тамъ безвозмездный покладаеприни-

¹⁾ B. G. B. § 689.

матель отвѣчалъ лишь за умыселъ и грубую неосторожность, при чемъ послѣдняя во всякомъ случаѣ обнимала и небрежность большую, проявляемой поклажепринимателемъ въ собственныхъ дѣлахъ. Введеніе масштаба „*quam suis rebus*“ сдѣлано было германскимъ уложеніемъ по примѣру многочисленныхъ партикулярныхъ правъ и германскихъ правовыхъ воззрѣній¹⁾.

Вопросъ о томъ, будетъ ли поклажа договоромъ возмезднымъ или безвозмезднымъ, до чрезвычайности запутана составителями Code Civil. Законъ говоритъ, прежде всего, что „*le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit*“²⁾. Но въ то же время законодатель въ art. 1928 допускаетъ возможность платежа за храненіе платы („*un salaire*“) и въ этомъ случаѣ требуетъ отъ поклажепринимателя большей заботливости при храненіи вещи. Такое противорѣчіе, естественно, породило между юристами разногласіе. Одна довольно многочисленная группа юристовъ встала на ту точку зрѣнія, что поклажа всегда безвозмездна, и если обусловлена плата, то, какъ-бы незначительна она ни была, договоръ будетъ уже не поклажей, а личнымъ наймомъ³⁾. Наоборотъ другіе, также видные представители (французской науки, полагаютъ, что если плата является полнымъ эквивалентомъ за храненіе, то это будетъ личный наемъ, а если размѣръ ея не соответствуетъ оказанной услугѣ, то договоръ остается поклажей, *contrat de bienfaisance*⁴⁾, а въ этомъ случаѣ примѣняется art. 1928 Code Civil.

¹⁾ *Cohn* въ *Endemann's Handbuch des deutschen Handels-See-und Wechselrechts* B. III 1885 s. 891.

²⁾ Art. 1917 Code Civil.

³⁾ *Duranton* t. XVIII n. 20; *Troplong* „*Droit civil expliqué. Du dépôt et du sequestre et des contrats aléatoires*“ 1845 n. 11 s.s.; *Toullier et Duvergier* t. XXI n. 409; *Laurent* t. XXVII n. 77; *Pascaud* *Revue Crit.* 1833; *Huc* t. XI n. 231; *Guillouard* „*Traité du prêt et du dépôt*“ 2-e ed. 1893 n. n. 16—17, 55; также *Riom* 30 mai 1881 D. 82, 2, 38.

⁴⁾ *Baudry-Lacantinerie* „*De la société*“ p. 625—626; *Aubry et Rau* t. VI p. 618—619 § 401; *Pont* n. 377.

Но объ эти пошты устранить противорѣчіе между art. 1917 и 1928 должны быть признаны безусловно неудовлетворительными. Особенно ярко это видно относительно второй изъ нихъ. Прежде всего, она исходитъ изъ неправильной теоріи объективной эквивалентности въ возмездныхъ договорахъ. Затѣмъ, изъ art. 1928 вовсе не видно, что здѣсь рѣчь идетъ не о полномъ вознагражденіи,—наоборотъ, законодатель здѣсь употребляетъ терминъ „*salaire*“, каковой имъ употребляется для обозначенія настоящаго эквивалента за трудъ (напр. въ договорѣ личнаго найма). Наконецъ, если-бы въ art. 1928 шла рѣчь о платѣ незначительной, не лишающей поклажи характера безвозмезднаго договора, то какой смыслъ усиливать отвѣтственность такого поклажепринимателя, оказывающаго услугу въ сущности такъ-же безвозмездно, какъ и всякій другой. Не лучше и первое изъ предложенныхъ юристами рѣшеній. Во первыхъ, законодатель прямо называетъ въ art. 1928 лицо, принявшее вещь на храненіе за плату, поклажепринимателемъ, и говоритъ объ его отвѣтственности въ главѣ о поклажѣ, изъ чего логически вытекаетъ, что всѣ нормы о поклажѣ къ такому договору примѣнимы, за исключеніемъ art. 1927. Во вторыхъ, и это самое существенное, если возмездную поклажу подчинить нормамъ личнаго найма, а не поклажи, то результаты получатся явно неудовлетворительные, даже невозможные. Такъ, напримѣръ, получится, что если вещь взятая на храненіе погибнетъ, то для освобожденія отъ отвѣтственности безвозмездный поклажеприниматель долженъ доказать отсутствіе вины съ своей стороны¹⁾, а возмездный поклажеприниматель несетъ отвѣтственность только въ томъ случаѣ, если поклажедатель докажетъ его вину²⁾, т. е. положеніе безвозмезднаго поклажепринимателя будетъ значительно хуже,

¹⁾ Юристы это положеніе выводятъ изъ art. 1302 al. 3. См. *Pont* n. 438; *Baudry-Lacantinerie* „*De la société*“ p. 584; *Troplong* n. 121; *Guillouard* n.n. 62 et 77; *Pascaud* *Rev. Crit.* XII p. 184.

²⁾ *Guillouard* t. I n. 237; *Riom*, 30 mai 1881 D. 1882, 2 p. 38—39.

чемъ возмезднаго. Затѣмъ, по art. 1945 безвозмездный поклаже-приниматель будетъ подлежать *contrainte par corps* и даже безъ *benefice de session*¹⁾, а платный этой *contrainte* не подлежитъ. Опять наказаніе безвозмезднаго поклажепринимателя за его безкорыстіе и любезность. Въ остальныхъ-же случаяхъ или не получается рѣшительно никакой разницы, будемъ-ли мы обсуждать договоръ по правиламъ личнаго найма или по правиламъ поклажи²⁾, или судья все равно къ возмездной поклажѣ будетъ примѣнять по аналогіи нормы поклажи, т. е. всѣ онѣ не находятся ни въ какой связи съ моментомъ безвозмездности, а регламентируютъ только фактъ хранения однимъ лицомъ вещи другого, между тѣмъ какъ нормы личнаго найма такого рода услугъ не регламентируютъ³⁾.

Въ виду всего этого остается признать, что по французскому праву поклажа можетъ быть какъ возмездной, такъ и безвозмездной, и въ обоихъ случаяхъ договоръ подлежитъ однимъ и тѣмъ-же нормамъ о поклажѣ, съ той лишь разницей, что безвозмездный поклажеприниматель долженъ хранить взятые въ поклажу вещи съ той-же заботливостью, какую онъ проявляетъ къ своимъ собственнымъ вещамъ (*diligentia quam suis rebus*), а если поклажа была платной, то это правило должно примѣняться „*avec plus de rigueur*“⁴⁾. Какъ понимать это послѣднее выраженіе, является нѣсколько неяснымъ. Если основываться на буквальномъ текстѣ статьи 1928-ой, начинающейся словами „*la disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur*“, то можно заключить, что къ

¹⁾ Такъ какъ теперь во Франціи *contrainte par corps* въ гражд. дѣлахъ отменена, то нѣкоторые юристы считаютъ art. 1945 потерявшимъ силу (*Guillobard* n. 107 bis; *Huc* t. XI n. 250), но многіе юристы считаютъ его дѣйствующимъ и понынѣ (*Laurent* t. XXVII n. 125; *Fuzier-Herman* t. XVI p. 636 n. 581).

²⁾ Напримѣръ art. 1923—1924.

³⁾ Напримѣръ art. 1930—1936, 1946, 1937, 1939, 1940—1941 1938 и нѣк. др.

⁴⁾ Art. 1927—1928 al. 2. Code Civil.

возмездной довѣренности примѣняется тотъ же принципъ ответственности, какъ и къ безвозмездной (т. е. *quam suis rebus*), но что только этотъ принципъ долженъ въ первомъ случаѣ примѣняться „*avec plus de rigueur*“. Но изъ подготовительныхъ работъ къ кодексу видно, что составители его усилениіе ответственности въ ст. 1928-ой понимали въ смыслѣ установленія ей по объективному критерию, вмѣсто ответственности по правилу „*quam suis rebus*“¹⁾. Такъ понимаютъ art. 1928 и французскіе юристы²⁾.

Наше русское право, регламентируя договоръ поклажи, не даетъ опредѣленныхъ указаній на то, является ли этотъ договоръ возмезднымъ или безвозмезднымъ. Правда, въ ст. 2107-ой т. X ч. I законъ упоминаетъ о вознагражденіи, говоря, что поклажеприниматель „имѣетъ право на вознагражденіе, когда сбереженіе сего имущества требовало какихъ либо съ его стороны издержекъ, когда о томъ было сказано въ условіи о поклажѣ, или же когда сіи издержки произошли отъ какого либо неожиданнаго случая и оныхъ при передачѣ поклажи нельзя было предвидѣть“, при чемъ *Шершеневичъ* въ этой статьѣ видитъ прямое указаніе на то, что наше законодательство не исключаетъ возможности вознагражденія за храненіе, хотя и не предполагаетъ его безъ наличности соглашения³⁾, по мы лично не совсѣмъ согласны съ такимъ толкованіемъ ст. 2107-ой. Мы думаемъ, что ст. 2107 говоритъ не вообще о вознагражденіи за храненіе, а о вознагражденіи за издержки, что далеко не одно и то-же⁴⁾, т. е. обязанность уплачивать вознагражденіе за издержки не означаетъ, что поклажеприниматель хранить вещь возмездно—напримѣръ, всякій довѣрен-

¹⁾ *Fenet* t. XIV p. 512 ss.

²⁾ *Baudry-Lacantinerie* „De la société etc.“ p. 580; *Laurent* t. XXVII n. 98—99; *Guillobard* n. 53; *Huc* t. XI n. 238; *Fuzier-Herman* t. XVI p. 615 n. 286; *Planiol* t. II p. 693.

³⁾ *Шершеневичъ* стр. 625.

⁴⁾ См. В. Т. и В. В. Исаченко т. II стр. 719.

ный может взыскивать вознаграждение за издержки, хотя-бы никакой платы за свой труд он не получал. Поэтому если и возможно принять мнѣніе *Шершеневича*, то лишь на основаніи косвеннаго заключенія, что если поклажеприниматель может издержки взыскивать только тогда, когда это было обусловлено въ договорѣ, или когда издержки оказались непредвидѣнными, то тѣмъ болѣе онъ не можетъ взыскивать платы за хранение, если таковая не была обусловлена. Къ такому-же выводу, т. е. что поклажа по русскому праву можетъ быть и возмездной, если вознагражденіе прямо обусловлено въ договорѣ, приходятъ и другіе русскіе юристы, не приводя, однако, въ подтвержденіе этого взгляда никакихъ догматическихъ основаній¹⁾.

Не давая никакихъ опредѣленныхъ указаній на наличность или отсутствіе вознагражденія въ поклажѣ, нашъ законодатель, естественно, не указываетъ и тѣхъ различій, которыя должны имѣть мѣсто при обсужденіи возмездной поклажи съ одной стороны и безвозмездной съ другой. И на существованіе такого различія указываетъ только одинъ проф. *Шершеневичъ*, полагающій, что ст. 2105 относится только къ безвозмездной поклажѣ, и что если пріемщикъ принимаетъ вещи на сохраненіе за вознагражденіе, то онъ уже не въ правѣ оправдываться тѣмъ соображеніемъ, что онъ также небреженъ и въ собственныхъ дѣлахъ, а отъ него можно требовать вниманія къ принятой вещи, каковаго онъ самъ въ правѣ былъ-бы ожидать отъ всякаго другого, какое общепринято въ подобнаго рода дѣлахъ²⁾. Но это мнѣніе, можетъ быть и правильное съ точки зрѣнія политики права, *de lege lata* врядъ-ли пріемлемо, т. к. нашъ законъ, въ отличіе отъ другихъ законодательствъ, въ ст. 2105 говоритъ о поклажѣ вообще и нигдѣ не указываетъ, что

¹⁾ *Кавелинъ* „Права и обязанности“ стр. 174—175; *Марковъ* Жур. гр. и уг. права 1875 кн. 4 стр. 31—34; *Анненковъ* т. IV стр. 380; *Синайскій* т. II стр. 199—200. *В. Л.* и *В. В. Исаченко* т. II стр. 719.

²⁾ *Шершеневичъ* стр. 628.

платный поклажеприниматель отвѣчаетъ по болѣе строгому масштабу. Другіе наши юристы нечего не говорятъ по данному вопросу, а изъ противоположенія дѣйствующаго права проекту можно заключить, что проф. *Синайскій* считаетъ ст. 2105-ую одинаково-примѣнимой какъ къ безвозмездной, такъ и возмездной поклажѣ¹⁾. Такимъ образомъ, приходится признать, что дѣйствующее русское право въ договорѣ поклажи не придаетъ никакого значенія вліянію момента безвозмездности.

—○○○○□○○○—

¹⁾ *Синайскій* т. II стр. 202.

Глава седьмая.

Взаимное соотношение договоров дарения. ссуды, довѣренности и покляни.

Въ предшествующихъ четырехъ главахъ мы выяснили влияние момента безвозмездности въ различныхъ договорахъ, регулируемыхъ современными законодательствами. Этотъ добытый нами материалъ теперь предстоитъ подвергнуть дальнѣйшему анализу. Здѣсь, прежде всего, необходимо попытаться точно опредѣлить область примѣненія разсмотрѣнныхъ нами выше нормъ, вызванныхъ моментомъ безвозмездности, и тѣмъ самымъ разграничить отдѣльные безвозмездные договоры другъ отъ друга. Несмотря на кажущуюся простоту, вопросъ этотъ въ дѣйствительности представляетъ значительныя трудности, благодаря той системѣ казуистическаго законодательства, на которую намъ неоднократно приходилось указывать, системѣ, при которой законодатель, давая опредѣленіе извѣстнаго договора, перѣдко упускалъ изъ виду, что, благодаря такому опредѣленію, договоръ этотъ подойдетъ и подъ опредѣленіе другого договора, имѣющаго особую регламентацію, или, наоборотъ, безъ всякаго серьезнаго основанія останутся въ сферѣ данной регламентаціи договоры, по существу рѣшительно ничѣмъ не отличающіеся отъ тѣхъ, которые подойдутъ подъ данное опредѣленіе.

Остановимся сперва на договорѣ даренія. Выше, при выясненіи влияния момента безвозмездности въ договорахъ, направленныхъ на предоставленіе вещи въ собственность, мы опери-

ровали съ дареніемъ, какъ съ безвозмезднымъ предоставленіемъ однимъ лицомъ другому вещи въ собственность. Но въ дѣйствительности современнаго законодательства и литература вводятъ въ понятіе даренія рядъ признаковъ, съ одной стороны значительно расширяющихъ понятіе даренія за предѣлы безвозмезднаго предоставленія вещи въ собственность, а съ другой стороны исключаютъ изъ понятія даренія нѣкоторые случаи безвозмезднаго предоставленія вещи въ собственность. Посмотримъ, какіе-же это признаки.

Германское гражданское уложеніе опредѣляетъ дареніе, какъ „eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, das die Zuwendung unentgeltlich erfolgt“¹⁾. Это опредѣленіе поясняется даже указаніемъ, что „eine Schenkung liegt nicht vor, wenn jemand zum Vorteil eines Anderen einen Vermögenserwerb unterlässt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt“²⁾. Анализируя это опредѣленіе даренія, нѣмецкіе юристы различаютъ въ немъ два момента—объективный и субъективный. Объективный моментъ заключается въ требованіи, чтобы на лицо было „eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert“. Надо замѣтить, что германскій законодатель довольно часто употребляетъ терминъ „Zuwendung“, не указывая, что этотъ терминъ обозначаетъ, между тѣмъ какъ онъ, какъ справедливо замѣчаетъ *проф. Беккеръ*, далеко не отличается надлежащей ясностью³⁾. Въ общемъ, однако, нѣмецкіе юристы сходятся въ томъ, что въ данномъ случаѣ выраженіе „eine Zuwendung aus seinem Vermögen“ означаетъ дѣятельность, имѣющую своимъ содержаніемъ предоставленіе однимъ лицомъ изъ своего имущества другому лицу к. н. имуществен-

¹⁾ § 516 B. G. B.

²⁾ § 517 B. G. B.

³⁾ *Bekker* „System u. Sprache des Entwurfes eines B. G. B. für d. D. Reich“. 1888 s. 38.

ной выгоды¹⁾. Такимъ образомъ, центр тяжести лежитъ съ одной стороны въ томъ, чтобы *Zuwendung* происходило изъ имущества дарителя, а съ другой стороны, чтобы оно обогащало одареннаго. Но въ какомъ смыслѣ здѣсь надо понимать слово „имущество“? На этотъ счетъ между юристами существуетъ нѣкоторое разногласіе—одни юрасты, и это мнѣніе является безусловно господствующимъ, полагаютъ, что „имущество“ здѣсь надо понимать въ смыслѣ юридическомъ, т. е. въ смыслѣ совокупности принадлежащихъ опредѣленному лицу правъ, имѣющихъ денежную стоимость²⁾, тогда какъ другіе утверждаютъ, что слово „имущество“ надо понимать здѣсь въ смыслѣ экономическомъ, т. е. вообще въ смыслѣ совокупности экономическихъ благъ³⁾. Если принять первую, господствующую точку зрѣнія, то „eine *Zuwendung aus seinem Vermögen*“ будетъ передача права собственности, права владѣнія, какого нибудь другого вещнаго права на вещь дарителя, затѣмъ предоставленіе одаренному обязательственнаго права пользованія вещь дарителя, передача к. н. исключительнаго права, предоставленіе права пользоваться имъ (напримѣръ, права издать книгу или права пользоваться промышленнымъ произведеніемъ), передача принадлежащаго дарителю к. н. обязательственнаго права требованія къ третьему лицу, прощеніе долга, уплата долга за одареннаго. Если же принять вторую точку зрѣнія,

¹⁾ *Sjöberg* „Rechtliche Natur und rechtliche Behandlung der Anstands und Pflichtschenkungen“ Diss. Leipzig 1907. s. 8; *A. Merzbach* „Begriff und rechtliche Natur der Schenkung nach bürgerl. Gesetzbuch“ Diss. Greifswald 1904 s. 15; *Horn* „Begriff u. rechtliche Natur d. Schenkung“ 1899 s. 18; *Ungnad* „Der Schenkungsbegriff“ Diss. Borna-Leipzig 1906 s. 5—6.

²⁾ *Stolte* „Der Begriff d. Schenkung nach d. bürgerl. Recht“ Diss. Strassburg 1900 s. 19, 30—31; *Sjöberg* op. cit. s. 10; *Goldschmidt* „Die gemischte Schenkung nach Reichsrecht“ 1907 s. 4; *Oertmann* *ibem.* 3 zu § 516; *Fröbelich* „Der Gegenstand des Kaufes u. d. Schenkung“ Diss. Breslau 1904 s. 54; *Ungnad* op. cit. s. 19 ff; *Richrath* op. cit. s. 19.

³⁾ *Merzbach* „Begriff und rechtliche Natur der Schenkung nach bürgerl. Gesetzbuch“ Diss. Greifswald 1904 s. 19; *Enneccerus* s. 345; *Burckhard* „Zum Begriff d. Schenkung“ 1899.

то область даренія будетъ значительно шире—сюда подойдетъ, напримѣръ, и безвозмездное предоставленіе пользованія своей рабочей силой, оказаніе услугъ¹⁾, несмотря на то, что здѣсь даритель никакого права изъ совокупности принадлежащихъ ему правъ, имѣющихъ денежную стоимость, не предоставляетъ, и уменьшенія его имущества въ юридическомъ смыслѣ не происходитъ. Но съ догматической точки зрѣнія это второе рѣшеніе нельзя признать правильнымъ: прежде всего, какъ правильно указываетъ *Oertmann*, законодатель всегда употребляетъ и долженъ употреблять извѣстные термины только въ юридическомъ смыслѣ, а не въ к. н. другомъ; во вторыхъ, самъ законодатель въ § 517 указываетъ, что нельзя считать дареніемъ дѣйствія, не являющіяся распоряженіемъ правомъ, еще не принадлежащимъ дарителю. Поэтому, надо признать, что по германскому праву объектомъ даренія является не только право собственности, но всякое вообще право, изъ состава имущества дарителя.

Другимъ объективнымъ признакомъ даренія является требованіе, чтобы *Zuwendung* обогащало одареннаго. Въ сущности требованіе это отнюдь не вытекаетъ изъ понятія безвозмездности, такъ какъ исполнѣ возможно безвозмездное предоставленіе чего-либо другому, не влекущее за собой обогащенія этого другого контрагента. И при обсужденіи въ литературѣ перваго проекта гражданскаго уложенія *Reutz* предлагали устранить этотъ признакъ изъ понятія даренія, какъ противорѣчающій воззрѣніямъ нѣмецкаго народа, считающаго, что дареніемъ будетъ полученіе одаряемымъ всякаго, даже нематеріаль-

¹⁾ *Merzbach* op. cit. s. 31; *Enneccerus* op. cit. s. 346; надо замѣтить, что и нѣкоторые сторонники первой точки зрѣнія, следуя авторитету Савиньи (op. cit. s. 35—36), въ извѣстныхъ случаяхъ признаютъ и безвозмездное оказаніе услугъ дареніемъ—именно, когда оказаніи услуги послѣдствіе этого лишится вѣрнаго заработка (см. напр. *Sjöberg* op. cit. s. 10), но здѣсь они, несомнѣнно, впадаютъ въ противорѣчіе, т. к. и въ данномъ случаѣ даритель никакого имущественнаго права изъ совокупности принадлежащихъ ему правъ не предоставляетъ.

наго блага (например, выкуп пѣннаго у разбойниковъ)¹⁾, и при обсужденіи проекта въ Рейхстагѣ во второмъ чтеніи соответствующее предложеніе вносилось, но было отвергнуто большинствомъ. Такимъ образомъ, путемъ включенія признака обогащенія германскій законодатель исключаетъ изъ понятія даренія цѣлый рядъ „Zuwendungen aus dem Vermögen“ дарителя. Но въ какомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать это „обогащеніе“? Между вѣмецкими юристами по этому вопросу опять замѣчается разногласіе—одни понимаютъ обогащеніе, какъ увеличеніе имущества въ юридическомъ смыслѣ²⁾, другіе высказываются за толкованіе названнаго термина въ широкомъ экономическомъ смыслѣ³⁾. При этомъ то или иное толкованіе ставится, обыкновенно, въ зависимость отъ того или иного пониманія термина „Vermögen“, какъ будто бы если мы будемъ толковать этотъ послѣдній терминъ въ смыслѣ юридическомъ, то тѣмъ самымъ мы логически принуждены и обогащеніе понимать какъ „rechtliche“, а не только какъ фактическое или экономическое⁴⁾. Между тѣмъ, по нашему мнѣнію, между этими двумя признаками вовсе нѣтъ такой связи, такъ какъ можно себѣ представить сколько угодно случаевъ, когда „eine Zuwendung aus d. Vermögen“ въ смыслѣ юридическомъ, т. е. въ смыслѣ предоставленія имущественнаго права изъ совокупности правъ, принадлежащихъ дарителю, вовсе не влечетъ за собой увеличенія имущества одаряемаго въ смыслѣ юридическомъ,—например, платежъ долга одаряемаго или прощеніе ему его долга есть несомнѣнно „eine Zuwendung aus d. Vermögen“ въ смыслѣ юридическомъ, но совокупность имущественныхъ правъ одаряемаго здѣсь вовсе не увеличивается, хотя экономически онъ и обогащается; то-же самое будетъ

¹⁾ Zusammenstellung der gutachtlichen Ausserungen zu dem Entwurf eines B. G. B. gefertigt im Reichs-Justizamt“ B. II 1890 s. 211—212

²⁾ Oertmann beim. 2 zu § 516; Sjöberg op. cit. s. 11; Stolte op. cit. s. 29—30 и др.

³⁾ Merzbach op. cit. s. 32.

⁴⁾ См. напр. Oertmann loc. cit.

имѣть мѣсто, когда Zuwendung имѣло своимъ результатомъ для одаряемаго сбереженіе необходимыхъ или даже только полезныхъ издержекъ. И мы думаемъ, что догматически обогащеніе здѣсь именно надо понимать въ смыслѣ экономическомъ, т. е. въ томъ смыслѣ, въ какомъ законъ говоритъ объ обогащеніи въ § 812 и сл., трактующихъ о неосновательномъ обогащеніи. Выводъ этотъ, по нашему мнѣнію, ясно вытекаетъ изъ текста закона, который по отношенію къ дарителю требуетъ, чтобы Zuwendung была „aus seinem Vermögen“, а по отношенію къ одаренному требуетъ, чтобы оно его обогащало—оба эти термина и „Vermögen“ и „Bereicherung“ извѣстны законодателю (въ этомъ смыслѣ они оба являются юридическими), почему ихъ и понимать надо въ томъ смыслѣ, въ какомъ ихъ обыкновенно употребляетъ законъ, а законъ терминъ „Vermögen“ знаетъ какъ совокупность правъ, измѣняющіе денежную стоимость, а терминъ „Bereicherung“ употребляетъ въ смыслѣ экономическомъ (§ 812 и сл.); если бы законодатель подъ обогащеніемъ въ данномъ случаѣ хотѣлъ понимать увеличеніе совокупности имущественныхъ правъ одаряемаго, то онъ несомнѣнно употребилъ-бы не терминъ „Bereicherung“, а тотъ-же самый терминъ „Vermögen“, опредѣливъ дареніе, какъ „eine Zuwendung aus seinem Vermögen in das Vermögen eines Anderes“, или вообще какъ безвозмездную передачу имущественнаго права однимъ лицомъ другому. И сами юристы, высказывающіеся за пониманіе „Bereicherung“ въ смыслѣ увеличенія имущества въ юридическомъ смыслѣ, сами себя опровергаютъ, признавая наличность обогащенія, а слѣдовательно и даренія, когда это обогащеніе состояло въ сбереженіи необходимыхъ или полезныхъ издержекъ¹⁾.

Субъективнымъ моментомъ въ опредѣленіи даренія германскимъ правомъ является требованіе соглашенія между контрагентами о безвозмездности Zuwendung. Этимъ указаніемъ

¹⁾ См. Stolte loc. cit.; Sjöberg loc. cit.; Frölich „Der Gegenstand des Kaufes u. d. Schenkung“ Diss. Breslau 1904 s. 53—55; Goldschmidt, op. cit. s. 8.

законодатель ясно разрешил спорный между пандектистами вопрос, является ли дарение договором или нет, в положительном смысле. Но закон говорит не просто о том, что дарение должно быть основано на соглашении, а требует соглашения о безвозмездности *Zuwendung*. Это последнее постановление опять вызывает сомнения между юристами. Как известно, римское право для понятия дарения считало необходимым признаком наличие *animi donandi* на стороне дарителя, т. е. намерения его путем *Zuwendung*'а именно обогатить контрагента. В этом же смысле понимают некоторые юристы и слова германского законодателя о соглашении о безвозмездности¹⁾. Однако господствующее мнение этого взгляда относительно германского уложения решительно отвергает, т. к. закон говорит не о намерении одарить и не о намерении обогатить, как толкует *animus donandi* Виндгейда; а требует только соглашения о безвозмездности, т. е. о том, что *Zuwendung* предоставляется не как исполнение обязанности (*solvendi causa*) ни с целью обязать контрагента к какому-нибудь действию (*credendi causa*)²⁾. Разъ такое намерение будет на лицо, то те мотивы, которые побуждали к безвозмездному *Zuwendung*, значения не имеют—даритель мог руководствоваться самыми некрасивыми эгоистическими побуждениями, это не препятствует признать в данном случае наличие дарения.

Во французском праве определение дарения является гораздо более простым. Art. 894 Cod. Civil говорит, что „la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se depouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire, qui l'accepte“. Анализируя это

¹⁾ Matthias, „Lehrbuch d. bürgerl. Rechts“ 2-e Aufl. B. I s. 471; Neumann въ Gruchots Beitr. B. 45. s. 508; Sjöberg op. cit. s. 16—17.

²⁾ Ortloff „Die Schenkung“ Arch f. B. R. B. 21 1902 s. 257; Emmecerus op. cit. s. 346; Stolle s. 77; Cosack, op. cit. s. 506; Heilfron „Lehrbuch d. bürgerl. Rechts“ 3-e Aufl. B. II 1905 s. 478; Merzbach, op. cit. s. 43—47. Planck zu § 516 bem. 3; Oertmann zu § 516 bem. 5.

определение, надо признать, во первых, что и по французскому праву дарение есть договор. Правда, в действующей редакции art. 894 употребляется термин „un acte“, вместо слова „un contrat“, стоявшего в первоначальной редакции проекта, но эта неудачная замена приписывается Наполеону, который, будучи мало сведущ в юридической терминологии, настоял на исключении слова „contrat“, т. к. понимал под ним лишь двусторонний договор. Это исправление несколько не мешает литературе признавать дарение договором, тем более, что слова „qui l'accepte“ ясно указывают на договорный характер дарения.

Неясный и спорный в Германии вопрос, в чем может состоять дарение, Code Civil разрешает просто—оно состоит в передаче права собственности на вещь. Таким образом, понятие дарения по французскому праву несравненно уже, чем в германском праве. Правда, многие французские юристы и практика стремятся расширить понятие дарения, подводя под него и безвозмездное предоставление usufructa и др. сервитутов и даже в известных случаях предоставление обязательственного права пользоваться вещью в течение определенного срока, но такое распространительное толкование в сущности не имеет опоры в законе, ясно и определенно говорящем только о праве собственности на вещь¹⁾. Что касается до слов „se depouille actuellement et irrévocablement“, то термин „actuellement“ означает немедленный переход права собственности к одаренному с момента соглашения, а „irrévocablement“ указывает на невозможность для дарителя обратно вытребовать вещь, согласно правилу старого французского права „donner et retenir ne vaut“.

Вот и все признаки дарения по французскому праву. Правда, юристы, воспитанные на определениях романистов,

¹⁾ Согласно с этимъ Toullier et Duvergier такъ и определяют дарение, какъ договоръ о безвозмездномъ предоставленіи права собственности на вещь другому лицу (t. V n. 4; также Guillaouard n. 26, Dalloz „Nouveau Code“ t. IV art. 1875 n. 34.

полагаютъ, что и во Франціи для наличности даренія требуется обогащеніе одаряемаго, и видятъ указаніе на этотъ признакъ въ словахъ „en faveur du donataire“, но что такое толкованіе явная натяжка, и что объ обогащеніи въ Code Civil нѣтъ въ сущности ни звука—миѣ кажется не подлежащимъ сомнѣнію. Точно также традиціями римскаго права объясняется и требованіе для понятія даренія „animi donandi“, которое мы находимъ у многихъ французскихъ юристовъ¹⁾. Code Civil не только ничего не говоритъ о подобномъ animus'ѣ, но даже выпустилъ слова „par libéralité“ изъ опредѣленія даренія даннаго Потье, въ остальномъ полностью принявъ это опредѣленіе. Въ этомъ отношеніи, впрочемъ, нельзя видѣть различія французскаго права отъ германскаго, т. к. несомнѣнно и во Франціи для наличности даренія нужно соглашеніе о безвозмездности, и если одинъ контрагентъ даетъ сумму денегъ, положимъ, въ уплату долга, а тотъ принимаетъ ее, какъ даръ, то такая сдѣлка не можетъ быть признана дареніемъ по общимъ правиламъ о несоотвѣтствіи воли: въ томъ смыслѣ, въ какомъ въ Германіи понимаются слова „wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt“, они въ сущности совершенно лишни. Поэтому швейцарское гражданское уложеніе, дословно повторяя опредѣленіе даренія, данное германскимъ законодательствомъ, эти послѣднія слова совершенно правильно отбросило²⁾.

Въ отличіе отъ западныхъ законодательствъ нашъ томъ X ч. I вовсе не даетъ опредѣленія даренія, а юристы обычно опредѣляютъ этотъ договоръ, слѣдуя традиціямъ романстовъ. Такъ, напримѣръ, *Шершеневичъ* говоритъ: „дареніемъ называется безвозмездный договоръ, направленный непосредственно на увеличеніе имущества одаряемаго въ соотвѣтствіи съ уменьшеніемъ имущества дарителя“, при чемъ изъ дальнѣйшаго изложенія ясно видно, что слова „непосредственно направлен-

¹⁾ См. напр. *Baudry-Lacantinerie et Colin* „Traité théorique..... Des donations entre vifs et des testaments“ 3-me ed. 1905 t. I p. 7; *Ray* „De la notion de donation en droit civil français“ Thèse 1912 p. 73 s.s.

²⁾ Art. 239 Schw. Z. G. B.

ный“, по мнѣнію автора, должны указывать на необходимость „намѣренія одарить“ (animus donandi)¹⁾. Въ нѣсколько пнхъ выраженіяхъ, но по существу одинаково опредѣляетъ дареніе и новѣйшій учебникъ гражданскаго права проф. *Синайскаго*, разумѣя подъ нимъ „договоръ, коимъ предоставляется одаряемому извѣстная цѣнность за счетъ имущества дарителя, какъ актъ его щедрости“²⁾. Довольно уже устарѣлая, но пока единственная въ нашей литературѣ монографія о дареніи *Умова* признаетъ, что наше дареніе соответствуетъ римскому даренію въ тѣсномъ смыслѣ и является такой „сдѣлкой между живыми, которою одно лицо изъ желанія облагодѣтельствовать другое увеличиваетъ его имущество, уменьшая тѣмъ свое, если на такое увеличеніе лицо, получающее даръ, изъявитъ согласіе“³⁾. Изъ этихъ опредѣленій, а также изъ поясненій, которыя даются при нихъ, видно, что наши юристы устанавливаютъ для даренія тѣ-же признаки, что и на Западѣ, именно, считаютъ, 1) что дареніе можетъ состоять въ предоставленіи всякой цѣнности изъ имущества дарителя, въ видѣ не только передачи вещей въ собственность, но и въ предоставленіи другихъ вещныхъ правъ, въ предоставленіи одаряемому обязательнаго права требованія, въ освобожденіи одаряемаго отъ обязательства или въ устраненіи ограниченія его права собственности⁴⁾; 2) что уменьшенію имущества дарителя должно соотвѣтствовать увеличеніе имущества одаряемаго, и 3) что для наличности даренія необходимъ субъективный моментъ—animus donandi.

Такіе признаки устанавливаютъ русскіе юристы для понятія даренія. Посмотримъ, насколько это ученіе ихъ является правильнымъ съ догматической точки зрѣнія. Прежде всего,

¹⁾ *Шершеневичъ* стр. 554—556.

²⁾ *Синайскій* т. II стр. 91.

³⁾ *Умовъ* „Дареніе“ 1876 г. стр. 8—9.

⁴⁾ См. *Шершеневичъ* стр. 556; еще дальше идетъ *Полетаевъ*, полагающій, что у насъ подаренъ можетъ быть трудъ врача, техника (ор. cit. стр. 73); *Томасовъ* Ж. М. Ю. 1906, № 8 стр. 23.

относительно предметов дарения мы должны констатировать тот факт, что стремление юристов расширить понятие дарения до всякого вообще безвозмездного отчуждения права, в нашем законодательстве не иметъ никакой рѣшительной опоры. Правда, законъ говоритъ о дареніи „имущества“¹⁾, но изъ смысла этой статьи, противупологающей имуществу родовым и благоприобрѣтенным, видно, что рѣчь идетъ о вещахъ, подобно тому, какъ и въ статьяхъ о куплѣ-продажѣ законодатель также употребляетъ постоянно терминъ „имущества“. Особенно ясно это видно изъ всего отдѣленія второго главы второй, трактующаго „о совершеніи дарственныхъ записей и вводитъ во владѣніе по онѣмъ“, гдѣ законъ прямо предусматриваетъ исключительно дареніе недвижимыхъ имѣній и движимыхъ вещей въ собственность. Надо замѣтить, что хотя такой узкій взглядъ на дареніе высказывался однимъ только *Неволинъ*²⁾, но въ сенатской практикѣ онъ встрѣчается довольно часто³⁾. Такимъ образомъ, не рассматривая пока даннаго вопроса съ точки зрѣнія политики права, *de lege lata* мы должны признать, что у насъ въ Россіи дареніе состоитъ только въ предоставленіи права собственности на вещь. Можно ли исрмы о дареніи по аналогіи примѣнять къ другимъ безвозмезднымъ договорамъ—объ этомъ мы будемъ говорить ниже.

Теперь перейдемъ къ признаку обогащенія. Хотя наши юристы обычно говорятъ не объ обогащеніи, а объ „увеличеніи имущества“, но терминъ этотъ они, несомнѣнно, употребляютъ въ смыслѣ экономическомъ, въ смыслѣ „обогащенія“, т. е. считаютъ дареніемъ освобожденіе одаряемаго отъ обязательства, что не можетъ считаться увеличеніемъ имущества въ смыслѣ приобрѣтенія одаряемымъ к. н. права, имѣющаго имущественную цѣнность. Выставляя этотъ признакъ обогащенія, юристы наши обычно не даютъ этому требованію никакого обоснованія, какъ будто оно является само собой

¹⁾ См. ст. 967 т. X ч. I.

²⁾ *Неволинъ* „Собраніе Сочиненій“ т. V стр. 27.

³⁾ С. р. 68/550, 71/333, 86/14.

подразумѣвающимся, вытекающимъ ео ipso изъ природы безвозмезднаго предоставленія однимъ лицомъ другому имущественной цѣнности. Эту мысль *Умовъ* прямо и высказываетъ, говоря, что наше законодательство относитъ дареніе къ безвозмезднымъ способамъ приобрѣтенія имущества, всякое-же безвозмездное приобрѣтеніе имущества (между живыми) по общему правилу соединено съ обогащеніемъ приобрѣтателя¹⁾. Но правильно ли это соображеніе? Мы думаемъ, что неправильно. Прежде всего и самъ *Умовъ* и другіе наши юристы вовсе не ограничиваютъ область даренія передачей имущественнаго права однимъ лицомъ другому, а понимаютъ дареніе широко, въ смыслѣ всякаго „Zuwendung aus Vermögen“ дарителя, считая, напримѣръ, дареніемъ и добровольный отказъ отъ права по договору въ цѣломъ или въ части, между тѣмъ какъ въ этомъ широкомъ смыслѣ дареніе вовсе не предполагаетъ непременно обогащенія, какъ это правильно указывали *Reitz* въ критикѣ германскаго проекта и члены Рейхстага, предлагавшіе выкинуть признакъ обогащенія изъ понятія даренія. И дѣйствительно, если я даю извѣстную сумму денегъ на выкупъ у шантажиста писемъ, компрометирующихъ моего друга или родственника, съ моей стороны будетъ предоставленіе извѣстной цѣнности изъ моего имущества, но другъ мой отъ этого несколько не обогатился. Но можетъ быть, если дареніе въ такомъ широкомъ смыслѣ не предполагаетъ непременно обогащенія, то дареніе въ узкомъ смыслѣ, въ смыслѣ безвозмезднаго предоставленія другому права собственности на вещь, неразрывно связано съ обогащеніемъ? И на этотъ вопросъ мы отвѣтимъ отрицательно. Прежде всего, даримая вещь можетъ не имѣть для одаряемаго никакой имущественной цѣнности, независимо отъ того, стояла-ли она сколько нибудь дарителю или также ничего не стояла—напримѣръ, букетъ цвѣтовъ, фотографическая карточка умершаго отца, фамиліальные документы, компрометирующія письма. Во вторыхъ, и этотъ случай наиболѣе важенъ, дареніе можетъ быть содано съ та-

¹⁾ *Умовъ* *op. cit.* стр. 79.

кимъ условіемъ объ образѣ пользованія и управленія, что расходы по исполненію этого условія поглотят не только всю имущественную цѣнность дара, но потребуютъ еще приплаты изъ собственныхъ средствъ одаряемаго. Именно на этомъ случаѣ законодательства германское и швейцарское, требующія, какъ мы видѣли, признака обогащенія, впади въ рѣзкое противорѣчіе, т. к. считаютъ не исключаяющимъ наличности даренія включеніе такого *modus'a*, стоимость исполненія котораго равна стоимости дара, а по германскому праву въ извѣстныхъ случаяхъ расходы по исполненію *Auflage* могутъ даже превышать стоимость дара ¹⁾).

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что признакъ обогащенія самъ по себѣ вовсе не находится въ неразрывной связи съ безвозмезднымъ предоставленіемъ однимъ лицомъ другому имущественной цѣнности, а является признакомъ, включеннымъ нѣкоторыми законодательствами въ понятіе даренія, но т. к. русское законодательство такого постановленія не содержитъ, то, съ точки зрѣнія дѣйствующаго русскаго права, было бы явно неправильнымъ суживать область примѣненія нормъ о дареніи безъ всякихъ на то основаній. И если-бы юристы попытались отрѣшиться отъ безсознательнаго воспріятія опредѣленій, заимствованныхъ у романистовъ, а задали-бы себѣ ясно и опредѣленно вопросъ о догматическомъ и политико-правномъ значеніи этого пресловутаго признака обогащенія, то они, мы въ этомъ не сомнѣваемся, откинули бы его безъ колебаній. Въ самомъ дѣлѣ, что получается въ результатѣ включенія признака обогащенія въ понятіе даренія? А получается то, что рядъ безвозмездныхъ сдѣлокъ, имѣющихъ нѣрѣдко немаловажное значеніе, оказывается неподлежащимъ регламентаціи, установленной для даренія, несмотря на то, что сдѣлки эти имѣютъ всѣ признаки даренія, кромѣ одного — именно обогащенія, а т. к. никакой другой регламентаціи для подобнаго рода безвозмездныхъ сдѣлокъ не существуетъ, то онѣ

¹⁾ См. выше стр. 161—162.

оказываются какъ-бы въ безвоздушномъ (въ юридическомъ смыслѣ) пространствѣ. Такое игнорированіе ряда сдѣлокъ, не только теоретически возможныхъ, но и встрѣчающихся въ жизни, нельзя назвать иначе, какъ безсознательнымъ законодательнымъ творчествомъ, между тѣмъ какъ правильный путь заключался-бы въ томъ, чтобы, проанализировавъ регламентацію даренія, выяснить, какія нормы находятся въ неразрывной связи съ признакомъ обогащенія и какія не находятся, и тогда уже только рѣшитель, необходимъ ли признакъ обогащенія для понятія даренія, и если окажется, что онъ необходимъ, то указать, какой регламентаціи должны подлежать безвозмездныя сдѣлки, лишеныя этого признака. И подобный анализъ съ очевидностью бы показалъ, что признакъ обогащенія въ сущности не оказывалъ никакого вліянія на регламентацію даренія. Проверимъ это положеніе на германскомъ законодательствѣ. Въ самомъ дѣлѣ, пусть одаряемый не обогащается, все равно онъ получаетъ нѣчто безвозмездно, а потому нѣтъ основанія, въ противуположность даренію съ обогащеніемъ, предполагать, что одаряемый въ сдѣлкѣ между отсутствующими контрагентами не принявъ дара, если не далъ отвѣта въ теченіе извѣстнаго срока. Затрудненія въ формѣ совершенія дареній вызваны желаніемъ оградить дарителя отъ легкомысленныхъ дарственныхъ общаній, а этотъ мотивъ одинаково относится и къ дареніямъ безъ обогащенія, т. к. и въ нихъ исполненіе дарственного общанія можетъ быть для дарителя очень тягостнымъ и въ матеріальномъ отношеніи. И въ дареніяхъ безъ обогащенія даритель оказываетъ услугу, а нѣрѣдко даже благодѣаніе, безвозмездно, почему было-бы несправедливымъ не смячать его отвѣтственности передъ одареннымъ, какъ это дѣлаетъ германское законодательство въ цѣломъ рядѣ случаевъ относительно даренія съ обогащеніемъ. Точно также не обогащеніемъ одареннаго, а безвозмездностью услуги вызвано правило о возможности для дарителя отказаться отъ исполненія дарственного общанія въ случаѣ ухудшенія матеріальнаго положенія дарителя, т. к. и дареніе безъ обогащенія можетъ требовать значительныхъ матеріальныхъ жертвъ съ его стороны. Наконецъ,

и дарение безъ обогащенія является услугою или благодѣяніемъ со стороны дарителя, и нравственное чувство будетъ возмущаться, когда одаренный проявитъ по его адресу грубую неблагодарность; правда, санкціей здѣсь является отобрание дара въ предѣлахъ неосновательнаго обогащенія, что непримѣнимо къ случаямъ, гдѣ обогащенія нѣтъ, во, какъ мы выше видѣли¹⁾, юристы къ отобранію сдѣланнаго дара приравниваютъ и освобожденіе отъ обязательства исполнить дарственное обѣщаніе. а это примѣнимо и къ дареніямъ безъ обогащенія. Такимъ образомъ, ясно видно, что нѣтъ никакихъ основаній не примѣнять всѣхъ нормъ даренія къ дареніямъ, лишеннымъ признака обогащенія, и для насъ несомнѣнно, что если подобный случай встанетъ передъ судьей, отъ неизбѣжно примѣнить здѣсь нормы даренія. ссылаясь или на аналогію или на исполненіе пробѣла въ законодательствѣ путемъ свободнаго судейскаго творчества, но никоимъ образомъ не примѣнитъ нормъ о возмездномъ отчужденіи права собственности. Поэтому, если въ Германіи и Швейцаріи въ силу велѣнія закона приходится считать обогащеніе необходимымъ признакомъ даренія, что ведетъ и къ противорѣчіямъ и къ нецѣлесообразнымъ результатамъ, то у насъ въ Россіи, гдѣ законодательство подобнаго велѣнія не содержитъ, такое опредѣленіе даренія не можетъ быть рѣшительно ничѣмъ оправдано. Можетъ быть это одинъ изъ немногихъ случаевъ, гдѣ скудость нормъ въ нашемъ X томѣ имѣетъ благотворные результаты!

Намъ остается разсмотрѣть послѣдній признакъ, включаемый обычно нашими юристами въ понятіе даренія,—намѣреніе одарить или *animus donandi*. Нельзя не замѣтить, что съ этимъ признакомъ дѣло обстоитъ, пожалуй, еще хуже, чѣмъ съ признакомъ обогащенія. потому, что между самими романистами далеко нѣтъ единодушія относительно того, въ какомъ смыслѣ этотъ признакъ надо понимать. Поэтому неудивительно, что нѣкоторые изъ русскихъ юристовъ, какъ на-

¹⁾ См. выше стр. 146.

примѣръ *Мейеръ*, вовсе не даютъ никакихъ объясненій на этотъ счетъ, а другіе, хотя и пытаются дать нѣкоторые разъясненія, но изъ нихъ отнюдь не видно, чтобы авторы ихъ сами отчетливо представляли значеніе названнаго признака. Такъ, напримѣръ, профессоръ *Шершеневичъ* говоритъ: „требуется еще намѣреніе одарить, т. е. произвести описанный результатъ; если лицо, желая помочь другому въ деликатной формѣ, сознательно покупаетъ у него домъ по очень высокой цѣнѣ—даренія нѣтъ, потому что нѣтъ намѣренія одарить“¹⁾. Трудно понять смыслъ этого абзаца: изъ первой фразы можно вывести, что *animus donandi* долженъ состоять въ намѣреніи произвести результатъ даренія, т. е. обогатить одаряемаго, но это намѣреніе безусловно есть въ приведенномъ *Шершеневичемъ* примѣрѣ, при томъ вызванное чувствомъ благодарнаго расположенія и щедрости, а между тѣмъ, по словамъ *Шершеневича*, намѣренія одарить здѣсь нѣтъ—въ чемъ-же, спрашивается это намѣреніе должно заключаться? Больше опредѣленно выражаются *Умовъ* и *Синайскій*. Первый даетъ такое опредѣленіе: „намѣреніе одарить есть сознательное уменьшеніе своего имущества съ прямой цѣлью обогатить другое лицо изъ благорасположенія, по щедрости“²⁾, а второй говоритъ, что дареніе есть актъ щедрости, поэтому нѣтъ даренія тамъ, гдѣ нѣтъ у лица желанія одарить другое лицо (*animus donandi*)³⁾. Не указываютъ наши юристы и основанія, въ силу котораго *animus donandi* долженъ считаться необходимымъ условіемъ даренія, въ лучшемъ случаѣ ограничиваясь ссылкой на то, что сущность этого условія признана была уже въ римскомъ правѣ⁴⁾. И мы думаемъ, что никакого другого основанія въ сущности въ пользу указаннаго взгляда и нельзя привести. Если понимать *animus donandi* въ томъ смыслѣ, въ какомъ его понимаютъ *Умовъ* и *Синайскій*, то это будутъ

¹⁾ *Шершеневичъ* стр. 356.

²⁾ *Умовъ* *op. cit.* стр. 104.

³⁾ *Синайскій* т. II стр. 93.

⁴⁾ *Умовъ* *op. cit.* стр. 103.

мотивы (желаніе обогатить изъ благорасположенія или щедрости), которыми руководствовался даритель при совершеніи дара, между тѣмъ какъ такого рода мотивы никоимъ образомъ не могутъ считаться необходимыми условіемъ всякой безвозмездной сдѣлки, вытекающими изъ самой природы безвозмездности—сдѣлка будетъ одинаково безвозмездной, сдѣлана ли она изъ щедрости или изъ желанія привлечь къ себѣ расположеніе одареннаго и впоследствии воспользоваться имъ къ своей выгодѣ. Конечно, законодатель властенъ включить *animus donandi* въ понятіе даренія и тѣмъ самымъ признать нормы о дареніи непримѣнимыми къ сдѣлкамъ, гдѣ нѣтъ такого намѣренія одарить, но при отсутствіи такого постановленія въ законѣ, какъ это и имѣетъ мѣсто у насъ въ Россіи, предполагать наличность такого ограниченія было бы явно неправильнымъ и ни на чемъ не основаннымъ, т. е. вообще въ гражданскомъ правѣ мотивы, которыми лица руководствуются при совершеніи юридическихъ сдѣлокъ, не принимаются во вниманіе, кромѣ случаевъ, специально указанныхъ въ законѣ. Врядъ-ли нужно доказывать, что и съ политико-правной точки зрѣнія подобное суженіе понятія даренія, основанное на чисто субъективномъ, не доступномъ твердымъ доказательствамъ, моментѣ, не можетъ быть оправдано—недаромъ новѣйшія западныя законодательства, какъ мы выше видѣли, исключили *animus donandi* въ указанномъ смыслѣ изъ понятія даренія.

Иное дѣло если понимать *animus donandi* въ томъ смыслѣ, въ какомъ этотъ терминъ, по мнѣнію нѣмецкихъ юристовъ, употребленъ въ § 516 B. G. B., т. е. въ смыслѣ намѣренія предоставить что-либо другому *безвозмездно*. Какъ мы уже выше указывали, безвозмездность есть существенная черта договора даренія, а всякій договоръ предполагаетъ соглашеніе сторонъ относительно всѣхъ существенныхъ моментовъ сдѣлки, почему въ этомъ смыслѣ *animus donandi*, конечно, необходимо въ дареніи, но необходимо онъ здѣсь совершенно такъ же, какъ и въ другихъ безвозмездныхъ сдѣлкахъ (напр. ссудѣ), или, какъ напримѣръ, въ договорѣ купли-продажи необходимо со стороны продавца намѣреніе продать именно эту вещь и

за такую-то цѣну, а со стороны покупателя—намѣреніе купить эту вещь за такую-то цѣну. Если-же въ этомъ смыслѣ *animus donandi* въ дареніи необходимо *eo ipso*, то не зачѣмъ особо выдвигать этотъ моментъ въ опредѣленіи понятія даренія, такъ какъ это можетъ вызвать только недоразумѣнія, особенно возможныя вслѣдствіе того значенія, которое прежняя литература придавала термину „*animus donandi*“. Поэтому швейцарское гражданское уложеніе, почти дословно воспроизводя опредѣленіе даренія, данное германскимъ уложеніемъ, въ то-же самое время выбросило слова „*wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt*“, и поступило безусловно вполне правильно. Такимъ образомъ, мы пришли къ заключенію, что и признакъ „намѣреніе одарить“ не долженъ входить въ опредѣленіе даренія по русскому праву. Въ этомъ смыслѣ въ нашей литературѣ и высказывался *Анненковъ*, не упоминая о субъективномъ признакѣ даренія и замѣчая, что „у насъ, кажется, слѣдуетъ считать за дареніе всякое безвозмездное предоставленіе однимъ лицомъ имущества въ пользу другого, безъ всякаго отношенія къ основанію или мотиву его, а также и къ цѣли даренія“¹⁾.

Въ результатѣ дареніе по русскому праву можно опредѣлить, какъ договоръ, по которому одно лицо предоставляетъ другому безвозмездно вещь въ собственность.

Опредѣленіе договора ссуды вызываетъ меньше сомнѣній—обычно его опредѣляютъ, какъ договоръ, по которому одно лицо безвозмездно предоставляетъ другому на опредѣленный срокъ свою вещь въ пользованіе, т. е. что отъ договора имущественнаго найма онъ отличается только моментомъ безвозмездности. Но въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, какъ напримѣръ въ германскомъ, договоръ имущественнаго найма распадается въ свою очередь на два вида—на *Miethe* (наемъ), имѣющей содержаніемъ своимъ исключительно предоставленіе пользованія вещью, и на *Pacht* (аренда), содержаніемъ которой является не только пользованіе, но и извлеченіе плодовъ,

¹⁾ *Анненковъ* т. IV стр. 306; см. также *Полетаевъ* *op. cit.* стр. 68.

при чемъ объектомъ ея могутъ быть не только вещи, но и права. Спрашивается, является ли ссуда по содержанию своему соответствующей только найму въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, или подъ понятіе ссуды подойдетъ и безвозмездное предоставленіе права извлекать плоды? Въ нѣмецкой литературѣ этотъ вопросъ разрѣшается не одинаково. Одни юристы, какъ напримѣръ *Эннекерусъ*¹⁾, *Эртманнъ*²⁾, *Планкъ*³⁾, опираясь на краткое замѣчаніе въ мотивахъ⁴⁾ къ первому проекту, утверждаютъ, что въ ссудѣ вещь отдается только въ пользованіе, а право извлекать въ свою пользу плоды ссудоприематель имѣетъ только тогда, когда это специально оговорено въ договорѣ. Изъ такой формулировки можно заключить, что извлеченіе плодовъ изъ вещи не лишаетъ данный договоръ характера ссуды, хотя и не предполагается само собой. Иной, гораздо менѣе опредѣленный отвѣтъ даетъ *Штаудингеръ*: онъ также говоритъ, что для предоставленія права пользоваться плодами вещи требуется специальное соглашеніе объ этомъ въ договорѣ ссуды, но тутъ-же добавляетъ, что такое соглашеніе по меньшей мѣрѣ придаетъ данному договору смѣшанный характеръ, если совсѣмъ не исключаетъ возможность считать его договоромъ ссуды⁵⁾. Наконецъ *Цабель*⁶⁾ категорически отрицаетъ возможность считать ссудой договоръ, гдѣ обусловлено извлеченіе ссудоприемателемъ плодовъ вещи въ свою пользу. И съ точки зрѣнія положительнаго права послѣдній взглядъ намъ кажется болѣе правильнымъ. Въ пользу него говорить, во первыхъ, то обстоятельство, что въ § 598-омъ, дающемъ опредѣленіе ссуды, законодатель говоритъ только о пользованіи вещью, между тѣмъ какъ изъ опредѣленій §§ 581 и 535-го видно, что законодатель не счи-

¹⁾ *Enneccerus op. cit. s. 394.*

²⁾ *Oertmann bem. 3 zu § 604.*

³⁾ *Planck bem. 2 zu § 604.*

⁴⁾ *Motive B. II s. 449.*

⁵⁾ *Staudinger B. II 2 s. 1024.*

⁶⁾ *Zabel op. cit. s. 31—32.*

таетъ, что этотъ терминъ обнимаетъ извлеченіе плодовъ, а во вторыхъ, и это, пожалуй, самое существенное, вся регламентация ссуды имѣетъ въ виду только одно пользованіе вещью. Такъ напримѣръ, относительно ссуды законъ повторяетъ постановленіе, данное для *Miethe*, что ссудоприематель, какъ и наематель, не отвѣчаетъ за ухудшенія и измѣненія вещи, происшедшія вслѣдствіе пользованія вещью согласно договору, между тѣмъ какъ для аренды законъ даетъ совсѣмъ иные правила, возлагающія на арендатора обязанность производить на свой счетъ обычныя улучшенія и пополнять естественную убыль въ живомъ инвентарѣ, и было-бы нелогично не возлагать эту обязанность на ссудоприемателя, если-бы послѣдній имѣлъ тѣ-же права на вещь, какъ и арендаторъ. Какъ швейцарскіе, такъ и французскіе юристы, также полагаютъ, что ссудоприематель не имѣетъ права извлеченія плодовъ въ свою пользу¹⁾. Эта-же точка зрѣнія единодушно принята и русскими юристами²⁾. Мы, однако, относительно русскаго права съ этимъ взглядомъ согласиться не можемъ. Противъ него говорить, во первыхъ то, что наше право въ возмездныхъ сдѣлкахъ не знаетъ различія между предоставленіемъ одного пользованія вещью и предоставленіемъ пользованія, соединеннаго съ правомъ извлекать плоды, а объединяетъ и то другое въ понятіи одного договора имущественнаго найма, почему нѣтъ основанія предполагать, что въ области безвозмездныхъ сдѣлокъ законодатель проводилъ это различіе, когда никакихъ указаній на это не имѣется. Во вторыхъ, и этотъ доводъ для насъ имѣетъ рѣшающее значеніе, въ нашемъ законѣ имѣется прямое указаніе на то, что ссуда обнимаетъ собой и предоставленіе пользованія, соединенное съ извлеченіемъ плодовъ. Указаніе это мы видимъ въ ст. 2065 т. X ч. I, гласящей: „всякаго рода движимое имущество, какъ то: домаш-

¹⁾ *Eggers-Kommentar—bem. 3 zu § 309; Pont „Commentaire—traité des petits contrats“ t. I 2-me ed. 1877 n. 66.*

²⁾ *Анненковъ т. IV стр. 306; Шершеневичъ стр. 578; Синайскій т. II стр. 148.*

вій и рабочейіи скотъ,..... и т. п., могутъ быть предметомъ ссуды". Здѣсь характерно особое упоминаніе домашняго скота на ряду со скотомъ рабочимъ, т. е. если рабочимъ скотомъ (лопадыми, волами) только пользуются, то пользованіе домашнимъ скотомъ, напримѣръ, коровами, козами, овцами, по своему назначенію своему ни въ чемъ другомъ обычно не можетъ состоять, какъ въ пользованіи ихъ плодами: такъ напримѣръ, корова несомнѣнно есть домашняя скотина, а пользованіе ей заключается исключительно въ полученіи отъ нея молока, которое безспорно должно быть отнесено къ категоріи плодовъ вещи.

Существенную особенность представляетъ наше русское право въ томъ отношеніи, что, въ отличіе отъ западныхъ законодательствъ, у насъ предметомъ ссуды можетъ быть только движимое имущество. Это ясно видно изъ статьи 2064 т. X ч. I, говорящей, что „подъ именемъ ссуды имущества разумѣется договоръ, по силѣ коего одно лицо уступаетъ другому право пользоваться своимъ *движимымъ имуществомъ* и т. д.". Статья 2065-ая дополняетъ это опредѣленіе, устанавливая, что „всякаго рода *движимое имущество*, какъ то домашній и рабочейіи скотъ, орудія, кони отправляется какой либо промыселъ, платье, вещи, домашніе приборы и т. п., могутъ быть предметомъ ссуды". Это ограниченіе области ссуды только движимыми вещами встрѣтило единодушное осужденіе у русскихъ юристовъ, которые справедливо замѣчаютъ, что непонятно, почему предметомъ имущественнаго найма, вполне совпадающаго по своему содержанію со ссудой, могутъ быть какъ движимости, такъ и недвижимости, а предметомъ ссуды недвижимости быть не могутъ, между тѣмъ какъ въ жизни безвозмездное предоставленіе пользованія недвижимостью встрѣчается перѣдко и по своей природѣ вполне подходитъ подъ понятіе договора ссуды¹⁾. Соображенія эти столь справедливы и очевидны, что, руководствуясь ими, пѣвоторше юристы пыта-

¹⁾ Шершеневичъ, стр. 579; Синайскій т. II стр. 143.

лись обойти постановленіе статьи 2064-ой и признать возможность ссуды недвижимостей, такъ какъ де, собственно говоря, въ нашихъ законахъ нѣтъ воспрещенія ссуды недвижимостей, но подобное толкованіе безусловно является болѣе чѣмъ сомнительнымъ, и господствующее въ литературѣ мнѣніе *de lege lata* считаетъ себя вынужденнымъ считаться съ опредѣленіемъ статьи 2064, хотя и сознаетъ всю его нелогичность¹⁾.

Перейдемъ теперь къ опредѣленію договора довѣренности. Въ Германіи этотъ вопросъ является до чрезвычайности запутаннымъ, благодаря весьма туманной и противорѣчивой формулировкѣ §§ 662 и 675. Первый изъ нихъ гласитъ: „Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen“; второй, какъ мы выше видѣли, распространяетъ почти всѣ нормы Auftrag'a на „einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat“. Кромѣ противорѣчія, заключающагося съ одной стороны въ признаніи Auftrag'a безвозмездной сдѣлкой, а съ другой стороны въ допущеніи возможности найма или подряда, имѣющихъ такое-же содержаніе, какъ и Auftrag, законодатель здѣсь не разрѣшаетъ вопроса, въ какомъ взаимномъ отношеніи находятся между собой Auftrag съ одной стороны, Dienstvertrag и Werkvertrag—съ другой. Ключъ къ разрѣшенію этого вопроса лежитъ въ опредѣленіи значенія термина „Geschäftsbesorgung“, по германскій законодатель такого опредѣленія не далъ, а предпочелъ предоставить эту задачу наукѣ и практикѣ, чѣмъ въ сущности задалъ имъ такую загадку, надъ разрѣшеніемъ которой до сихъ поръ бьются нѣмецкіе юристы, называя ея „срux des neuen Rechts“ (Staub) или „самымъ темнымъ мѣстомъ въ ученіи о трудовыхъ договорахъ“ (Jäger). Естественно, что при попыткахъ разрѣшить данный вопросъ, рѣшеній получилось почти столько-же, сколько ученыхъ надъ нимъ работали.

¹⁾ Шершеневичъ loc. cit.; Синайскій loc. cit.; Анненковъ т. IV стр. 365.

Но какъ ни различны эти рѣшенія, всѣхъ ихъ все-же можно свести къ двумъ главнымъ группамъ. Первая группа учитъ, что *Auftrag* отличается отъ *Dienst=и. Werkvertrag* исключительно моментомъ безвозмездности, т. что терминъ „*Geschäftsbesorgung*“ означаетъ всякій трудъ, всякую работу. Мнѣнiе это впервые высказано было *Hachenburg*'омъ¹⁾ и нашло сочувствiе у *Planck*'а²⁾. Вторая группа юристовъ утверждаетъ, что область *Auftrag*'а уже области *Dienst=и. Werkvertrag*'а, и что „*Geschäftsbesorgung*“ обнимаетъ собой не всякую работу, такъ что *Dienst=и. Werkvertrag* могутъ имѣть своимъ содержанiемъ „*Geschäftsbesorgung*“, а могутъ и не имѣть. Это второе мнѣнiе, являющееся господствующимъ въ нѣмецкой литературѣ, опирается на слова § 675-го „*einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat*“, изъ коихъ ясно вытекаетъ возможность личнаго найма и подряда, не имѣющихъ своимъ содержанiемъ „*Geschäftsbesorgung*“. Сторонники перваго мнѣнiя ссылаются, во первыхъ, на мотивы къ первому проекту уложенiя, гдѣ неоднократно прямо указывается, что подъ „*Geschäftsbesorgung*“ надо понимать всякую работу, и что одна и та же работа можетъ быть предметомъ *Auftrag*'а, то личнаго найма, при чемъ въ первомъ проектѣ вовсе не было постановленiя подобнаго § 675—это постановленiе включено было второй комиссiей, изъ объясненiй которой, однако, совершенно не видно, чтобы комиссiя имѣла въ виду измѣнить понятiе *Auftrag*'а по сравненiю съ первымъ проектомъ, а видно лишь, что она желала расширить область примѣненiя нормъ, установленныхъ для *Auftrag*'а. Во вторыхъ, въ пользу этого взгляда приводится еще то соображенiе, что суживать понятiе „*Geschäftsbesorgung*“ нѣтъ никакихъ основанiй, т. к. нормы *Auftrag*'а безусловно воплѣнны примѣнимы ко всякимъ безъ исключенiя безвозмезднымъ договорамъ объ оказанiи услугъ³⁾.

¹⁾ *Hachenburg* „*Dienstvertrag u. Werkvertrag im B. G. B.*“ (*Annalen der Grossherzoglich. Badischen Gerichts*, 1898 s. 170 ff.

²⁾ *Planck* *op. cit.* s. 653—654.

³⁾ См. напр. *Planck* *loc. cit.*

Вполнѣ понятно, что принятiе того или другаго мнѣнiя ведетъ къ совершенно различнымъ послѣдствiямъ въ области регламентацiи трудовыхъ договоровъ. Если принять мнѣнiе *Hachenburg*'а и *Planck*'а, то получится слѣдующая схема: 1) нормы, установленныя для *Auftrag*'а, за исключенiемъ одного § 671-го, являются регламентацiей общей для всѣхъ трудовыхъ договоровъ, какъ возмездныхъ, такъ и безвозмездныхъ; 2) если трудовой договоръ будетъ возмезднымъ, то, кромѣ вышеуказанной общей регламентацiи, онъ подлежитъ дѣйствию нормъ, установленныхъ или для личнаго найма или для подряда; 3) если договоръ будетъ безвозмезднымъ, то, кромѣ вышеуказанной общей регламентацiи, къ нему долженъ примѣняться § 671. Такимъ образомъ получается, что установленная закономъ регламентацiя обнимаетъ всѣ трудовые договоры, какъ возмездные такъ и безвозмездные, какъ бы разнообразны по своему содержанiю они ни были. Если, наоборотъ, принять мнѣнiе, господствующее въ нѣмецкой литературѣ, то результаты будутъ слѣдующiе: 1) нормы личнаго найма и подряда будутъ общей регламентацiей для всѣхъ трудовыхъ возмездныхъ договоровъ; 2) возмездные договоры, имѣющие предметомъ „*Geschäftsbesorgung*“, кромѣ нормъ личнаго найма или подряда, подчиняются еще особой регламентацiи, установленной для *Auftrag*'а, за исключенiемъ одного § 671; 3) безвозмездные договоры, имѣющие предметомъ „*Geschäftsbesorgung*“, регламентируются всѣми нормами, установленными для *Auftrag*'а, включая и § 671. Въ результатѣ получается, что изъ безвозмездныхъ трудовыхъ договоровъ не всѣ оказываются регламентированными закономъ, а лишь имѣющие своимъ содержанiемъ „*Geschäftsbesorgung*“. Поэтому является необходимымъ точно выяснитъ понятiе „*Geschäftsbesorgung*“, и чѣмъ уже понимать этотъ терминъ, тѣмъ большая часть безвозмездныхъ договоровъ о трудѣ окажется внѣ регламентацiи. И вотъ относительно опредѣленiя этого понятiя голоса нѣмецкихъ юристовъ разошлись такъ, что приводить здѣсь всѣ высказанныя по этому вопросу мнѣнiя мы лишены возможности, а ограни-

чимся лишь указаніемъ нѣкоторыхъ, наиболее характерныхъ ¹⁾. Наиболее узкое содержаніе понятію „Geschäftsbesorgung“ даетъ *Staub*, толкуя его исключительно въ смыслѣ совершенія юридическихъ дѣловъ ²⁾. *Cosack* расширяетъ это понятіе, присоединяя сюда и дѣйствія чисто фактическаго характера, поскольку они относятся къ управленію имуществомъ контрагента, т. что, напримѣръ, дѣятельность врача, учителя, лодочника не будетъ „Geschäftsbesorgung“ ³⁾. Это мнѣніе *Cosack*'а встрѣтило сочувствіе у довольно многихъ юристовъ, принявшихъ его съ тѣми или другими сравнительно не особенно существенными поправками (*Staudinger, Crome, Isay, Riezler*). *Hellwig* выдвигаетъ другой критерій понятія „Geschäftsbesorgung“ — именно самостоятельность работы, направленной всегда на достиженіе опредѣленнаго результата, т. что всякій подрядъ будетъ имѣть содержаніемъ „Geschäftsbesorgung“ ⁴⁾. Мнѣніе это принимаетъ и *Albert* съ той лишь поправкой, что формы „Auftrag“ примѣнимы не ко всякому подряду, а лишь къ такому, гдѣ подрядодатель можетъ давать подрядчику указанія относительно исполненія работы ⁵⁾. Свообразныя рѣшенія предлагаютъ *Hellmann* и *Dernburg*: первый признакомъ „Geschäftsbesorgung“ считаетъ то обстоятельство, что здѣсь работа исполняется за другого, когда этотъ другой самъ почему либо не можетъ ее сдѣлать ⁶⁾, а второй полагаетъ, что „Geschäftsbesorgung“ обнимаетъ тѣ дѣлныя, которыя въ Gemein.

¹⁾ Сводку мнѣній юристовъ по этому вопросу, хотя и несколько устарѣлую, см. у *Albert* „Der Begriff „Geschäftsbesorgung“ nach d. V. G. B. f. d. D. Reich“ Diss. Tübingen 1905 и у *Puttkammer* „Der Dienstvertrag der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat“ Diss. Erlangen 1907.

²⁾ *Staub* „Komment. zum N. G. B.“ V. II 1900 s. 362.

³⁾ *Cosack* B. I s. 584, 613.

⁴⁾ *Hellwig* „Die Verträge zu gunsten Dritten“ s. 517.

⁵⁾ *Albert* op. cit. s. 63—79.

⁶⁾ *Hellmann*. Kritisch. Vierteljar. f. Gesetzgeb. u. Rechtswiss. Bd. 41, 1899 s. 222.

Recht относились къ мандату, напримѣръ, отвѣ относить сюда дѣятельность адвоката, учителя, врача, художника ¹⁾.

Мы здѣсь указали вкратцѣ только тѣ воззрѣнія относительно понятія „Geschäftsbesorgung“, которыя имѣютъ болѣе или менѣе оригинальный характеръ; такъ какъ всѣ мнѣнія, существующія на этотъ счетъ въ литературѣ, излагать здѣсь было бы совершенно невозможно по той причинѣ, что, какъ мы выше говорили, чуть не каждый юристъ считаетъ своимъ долгомъ внести въ существующія въ литературѣ опредѣленія тѣ или иные поправки или скомбинировать признаки, входящія въ различныя опредѣленія ²⁾. Кромѣ того, подобное детальное изложеніе здѣсь было бы и излишнимъ потому, что германскій законодатель не даетъ рѣшительно никакихъ указаний относительно понятія „Geschäftsbesorgung“, такъ что всѣ попытки разграничить такъ или иначе это понятіе отъ общаго понятія о трудѣ, какъ объектѣ договоровъ найма и подряда, являются въ сущности чисто субъективнаго характера, и рѣшить, которое изъ этихъ рѣшеній догматически является болѣе правильнымъ, съ нашей точки зрѣнія, является невозможнымъ — т. е. такое рѣшеніе также было бы совершенно произвольнымъ. Единственный вопросъ, который здѣсь догматически можетъ и долженъ быть разрѣшенъ, заключается въ томъ, дѣйствительно ли по германскому праву понятіе „Geschäftsbesorgung“ не можетъ признаваться равнымъ понятію всякой работы, могущей быть предметомъ договоровъ подряда или личнаго найма, а должно непремѣнно пониматься въ болѣе узкомъ смыслѣ. Господствующее въ нѣмецкой литературѣ мнѣніе рѣшаетъ этотъ вопросъ утвердительно, опираясь, какъ мы выше видѣли, на слова § 675: „Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat“. Но развѣ этотъ доводъ уже столь неопровержимъ („unwiderreglich“, какъ говорить, напримѣръ, *Oertmann* ³⁾)? Мы этого не думаемъ и не потому, что въ моти-

¹⁾ *Dernburg* B. II 2 s. 414—415.

²⁾ См. напр. *Oertmann* бем. I zu § 675.

³⁾ *Oertmann* s. 781.

вахъ къ первому проекту встрѣчаются положенія, его опровергающія, а потому, что доводъ этотъ въ самомъ себѣ носитъ противорѣчіе, состоящее въ томъ, что германскій законодатель не опредѣлялъ самаго понятія „Geschäftsbesorgung“, а предоставилъ это всецѣло наукѣ и практикѣ, между тѣмъ какъ является безусловно недопустимымъ логически понимать законъ въ томъ смыслѣ, что онъ предоставилъ наукѣ и практикѣ полную свободу опредѣлять понятіе „Geschäftsbesorgung“ съ тѣмъ лишь непремѣннымъ ограниченіемъ, чтобы это понятіе было уже понятіемъ исполненія „Dienst“ или „Werk“. Такое толкованіе было бы не только страннымъ, но и въ корень подрывало бы самого себя, т. к. догматически судья каждый конкретный случай безъ исключенія могъ-бы признать за „Geschäftsbesorgung“ не нарушая закона—вѣдь онъ въ своемъ рѣшеніи не опредѣляетъ, что именно не подойдетъ подъ понятіе „Geschäftsbesorgung“, а лишь рѣшаетъ, что данный случай подойдетъ подъ это понятіе. Поэтому единственнымъ правильнымъ рѣшеніемъ, съ нашей точки зрѣнія, было бы признать, что разъ законодатель самъ не опредѣляетъ понятія „Geschäftsbesorgung“, а сознательно предоставляетъ это наукѣ и практикѣ, то нельзя утверждать, будто законъ требуетъ понимать этотъ терминъ непремѣнно уже понятій „Dienst“ или „Werk“, а надо считать, что въ этомъ отношеніи наука и практика совершенно свободны. И такое толкованіе вполне соответствуетъ тексту § 675-го: слова „auf einen Dienstvertrag oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat“ вполне можно понимать въ томъ смыслѣ, что нормы Auftrag'a применимы и къ найму и къ подряду, если послѣдніе, по мнѣнію науки и практики, имѣютъ предметомъ „Geschäftsbesorgung“, т. е. здѣсь наукѣ и практикѣ предоставляется возможность признать, что тотъ или иной договоръ найма или подряда не имѣетъ предметомъ „Geschäftsbesorgung“, но это только возможность, но не обязанность, и наука и практика не обязаны нѣкоторые виды найма и подряда признавать не имѣющими объектомъ „Geschäftsbesorgung“. Если же принять такое толкованіе, единственно правильное, какъ

мы думаемъ, то вмѣстѣ съ тѣмъ надо принять и мнѣніе *Nachenburg'a* относительно того, что „Geschäftsbesorgung“ обнимаетъ собою всякую работу, всякую дѣятельность въ пользу другого. Этотъ послѣдній выводъ объясняется тѣмъ, что, какъ справедливо указываетъ *Planck*¹⁾, всѣ нормы Auftrag'a по существу применимы ко всѣмъ безъ исключенія безвозмезднымъ договорамъ о трудѣ, въ томъ числѣ, напримѣръ, и къ договорамъ съ врачомъ или воспитателемъ, дѣятельность которыхъ юристы противнаго лагеря особенно старательно выдѣляютъ изъ понятія „Geschäftsbesorgung“, вслѣдствіе чего было бы явно нелогичнымъ и ни на чемъ не основаннымъ эти договоры вообще признавать нерегламентированными правомъ. Что иное рѣшеніе ведетъ дѣйствительно къ нецѣлесообразнымъ результатамъ, признають и многіе сторонники господствующаго мнѣнія и, чтобы устранить эти результаты, они или принуждены утверждать, что терминъ „Geschäftsbesorgung“ надо понимать въ § 662 иначе, чѣмъ въ § 675, считая, что въ первомъ случаѣ онъ обнимаетъ собою всякія безвозмездныя услуги, какого-бы характера онѣ ни были²⁾, или принуждены согласиться, что хотя не всякая дѣятельность будетъ „Geschäftsbesorgung“, но тѣмъ не менѣе въ виду близкаго родства между ними ко всякой безвозмездной дѣятельности нормы Auftrag'a имѣютъ „entsprechende Anwendung“³⁾. Но первое мнѣніе догматически явно неприемлемо, а второе есть не что иное, какъ обычный у юристовъ выходъ изъ тупика, въ который ихъ ставитъ законодатель постановленіемъ, явно противорѣчающимъ требованіямъ жизни, а т. к. подобнаго прямого постановленія въ данномъ случаѣ не имѣется, то вышеуказанный обходный путь является лишь лучшей иллюстраціей загроможденности и нецѣлесообразности ученія, пытающагося понимать „Geschäftsbesorgung“, какъ особый видъ трудовой дѣятельности.

¹⁾ *Planck* loc. cit.

²⁾ *Simeon* „Recht und Rechtsgang“ s. 444.

³⁾ *Crome, Oertmann*.

Такимъ образомъ, въ результатѣ надо признать, что по германскому праву всѣ безъ исключенія безвозмездные трудовые договоры подлежатъ нормамъ, установленнымъ для Auftrag'a, что придаетъ данному договору совершенно своеобразный характеръ.

Тѣ затрудненія, которыя возникли въ Германіи при установленіи понятія „Geschäftsbesorgung“ и опредѣленія Auftrag'a, не остались безъ вліянія на составителей швейцарскаго гражданскаго уложенія, которые, чтобы окончательно устранить всѣ сомнѣнія, въ art. 394 abs. 1 прямо постановили: „Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte die ihm übertragenen Geschäft oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen“. Этимъ швейцарское уложеніе подчеркнуло, что по характеру дѣйствій Auftrag ничѣмъ не отличается отъ найма. Но тогда въ чемъ же различіе между этими договорами, или иначе, какое значеніе имѣетъ существованіе отдѣльной регламентаціи Auftrag'a? Значеніе это могло бы состоять, прежде всего, въ томъ, что Auftrag договоръ безвозмездный, а личный наемъ и подрядъ договоры возмездные. И дѣйствительно, разъ вознагражденія нѣтъ — трудовой договоръ по швейцарскому праву долженъ разсматриваться какъ Auftrag. Но все-же этимъ не исчерпывается значеніе Auftrag'a, т. е. послѣдній по швейцарскому праву можетъ быть и возмезднымъ. Въ германскомъ правѣ въ данномъ случаѣ, какъ мы выше видѣли, на основаніи § 675 нормы Auftrag'a примѣняются одновременно съ нормами найма или подряда, т. е. что регламентацію Auftrag'a можно считать общей для всѣхъ возмездныхъ и безвозмездныхъ трудовыхъ договоровъ, но для швейцарскаго права эта конструкція непримѣнима, такъ какъ здѣсь не только нѣтъ правила подобнаго § 675 B. G. V., но законъ прямо говоритъ, что „Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag“¹⁾. Изъ этого слѣдуетъ, что если договоръ

¹⁾ Art. 394 abs. 2 Schw. Z. G. B.

будетъ личнымъ наймомъ или подрядомъ, то къ нему нормы Auftrag'a уже непримѣнимы, т. е. что Auftrag является регламентаціей общей только для безвозмездныхъ трудовыхъ договоровъ, но не для возмездныхъ. Но тогда, спрашивается, какіе же возмездные договоры подойдут подъ понятіе Auftrag'a, или въ чемъ его отличіе отъ найма и подряда? Относительно подряда вопросъ разрѣшается довольно легко — разъ договоръ будетъ возмездный и имѣетъ своимъ содержаніемъ „Werk“, онъ никогда не будетъ Auftrag'омъ. Но относительно найма вопросъ представляетъ значительныя затрудненія, какъ это сознаютъ швейцарскіе комментаторы уложенія, и единственное рѣшеніе, которое они предлагаютъ, состоитъ въ томъ, что къ найму относятся договоры, гдѣ исполненіе работы опредѣляется извѣстнымъ временемъ (помѣсячно, подевно, и т. п.), а къ Auftrag'u — договоры, гдѣ лицо обязывается исполнить опредѣленную или нѣсколько опредѣленныхъ работъ или услугъ безъ указанія срока работы, а въ случаѣ сомнѣній договоръ долженъ признаваться за Auftrag на основаніи abs. 2 § 394. Въ общемъ получается любопытная картина современнаго законодательнаго творчества, создающаго особую регламентацію для цѣлаго договора, не отдавъ себѣ ясно отчета, къ какимъ дѣламъ эта регламентація должна примѣняться, вслѣдствіе чего остается неизвѣстнымъ, какимъ моментомъ, отличающимъ одинъ возмездный договоръ отъ другого, вызванъ рядъ различныхъ законодательныхъ положеній.

Наоборотъ, во Франціи мандатъ сохраняетъ полностью характеръ доверенности. Art. 1984 такъ опредѣляетъ этотъ договоръ: „Le mandat ou procuration est un acte, par lequel une personne donne a une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom“. Изъ этого опредѣленія французскіе юристы единодушно заключаютъ, что дѣятельность мандатарія состоитъ въ правѣ и обязанности быть

¹⁾ Baudry-Lacantinerie et Wahl „Traité... Des contrats aléatoires etc.“ 3-me ed. 1907 p. 175; Valéry „Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le Code Civil“ Thèse 1898 p. 107; Huc t. XII n. 18; Laurent t. XXVII n. 334; Pont n. 826; Guillouard n. 27.

представителем манданта ¹⁾. Отсюда слѣдуетъ, что всякая другая безвозмездная трудовая дѣятельность одного лица въ пользу другого, разъ она не выражается въ представительствѣ, мандатомъ не будетъ и регламентация, установленной для послѣдняго, не подлежитъ.

Хотя нашъ т. X ч. I и не даетъ опредѣленія договора довѣренности, но юристы наши единогласно признаютъ, что дѣятельность довѣреннаго по нашему праву, какъ и во Франціи, есть дѣятельность юридическая, а не фактическая, и состоитъ въ юридическомъ представительствѣ, чѣмъ отличается этотъ договоръ отъ личнаго найма, предметомъ котораго всегда является только фактическая дѣятельность ¹⁾. И нельзя не согласиться, съ проф. *Шершеневичемъ*, что такое понятіе договора довѣренности у насъ дѣйствительно вытекаетъ изъ всей совокупности постановленій нашего десятого тома, ясно разсчитанныхъ на юридическій, а не на фактическій характеръ дѣятельности, а въ особенности изъ сопоставленія довѣренности съ вѣрующимъ письмомъ въ самомъ названіи главы и изъ требованія, чтобы довѣренность давалась только тому, кому не воспрещено вступать въ договоръ (ст. 2294) ²⁾. Такимъ образомъ, у насъ также правила о довѣренности отнюдь не являются общими нормами для всѣхъ трудовыхъ безвозмездныхъ договоровъ.

Опредѣленіе послѣдняго изъ проанализированныхъ нами безвозмездныхъ договоровъ—именно договора поклажи—не вызываетъ сомнѣній и разногласій, какъ у законодательствъ, такъ и въ литературѣ: это договоръ, въ силу котораго одно лицо обязывается къ сохраненію движимой вещи, отданной ему для этой цѣли другимъ.

Выяснивъ понятія отдѣльныхъ безвозмездныхъ договоровъ, мы можемъ теперь установить и то соотношеніе, въ которомъ

¹⁾ *Мейеръ* op. cit. стр. 563; *Нерсесовъ* „Понятіе добровольнаго представительства въ гражд. правѣ“ стр. 33; *Гордонъ* „Представительство въ гражд. правѣ“ стр. 48—49; *Анненковъ* т. IV стр. 247; *Шершеневичъ* стр. 614—615; *Синайскій* т. II стр. 175—177.

²⁾ *Шершеневичъ* loc. cit.

эти договоры между собой находятся. Относительно русскаго права, если принять тѣ опредѣленія, которыя мы выше указывали, какъ правильныя съ догматической точки зрѣнія, данный вопросъ разрѣшается весьма просто—именно, каждый изъ четырехъ рассмотрѣнныхъ нами договоровъ имѣетъ свою особую узкую область, ясно и опредѣленно ограниченную отъ области другихъ безвозмездныхъ договоровъ. Иная картина получается въ правѣ германскомъ (а также швейцарскомъ), гдѣ опредѣленіе даренія является столь широкимъ, что захватываетъ и области другихъ безвозмездныхъ договоровъ. Даже если принять господствующее въ германской литературѣ пониманіе термина „eine Zuwendung aus d. Vermögen“, исключающее возможность признавать дареніемъ безвозмездное оказаніе услугъ, то и тогда область даренія будетъ все-же захватывать область ссуды, т. к. и предоставленіе вещи въ пользованіе можетъ имѣть всѣ признаки даренія. Вслѣдствіе того, что это широкое понятіе даренія заимствовано было германскимъ уложеніемъ у римскаго права, то естественно, что вопросъ о взаимномъ разграниченіи даренія отъ ссуды поднимался еще романистами. Такъ, напримѣръ, еще *Мейерфельдъ* констатировалъ, что безвозмездное предоставленіе пользованія вещью можетъ быть при извѣстныхъ обстоятельствахъ дареніемъ ¹⁾. Болѣе подробно останавливается на этомъ вопросѣ *Савини*. Онъ говоритъ, что, напримѣръ, безвозмездное предоставленіе лошади или экипажа дареніемъ не будетъ, т. к. здѣсь ссудодатель не становится бѣднякомъ, а только лишается на извѣстное время нѣкоторыхъ удобствъ, но ссуда жилища будетъ настоящимъ дареніемъ—именно, дареніемъ той денежной суммы, которую собственникъ получилъ бы отдавая квартиру въ наемъ, т. к. квартиры пустыми не держатъ; точно также дареніемъ будетъ предоставленіе пользованія имѣніемъ—здѣсь дарятся будущіе плоды ²⁾. Это мнѣніе принимаетъ и современ-

¹⁾ v. *Meyerfeld* „Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht“ B. I 1835 s. 238.

²⁾ *Savigny* op. cit. s. 32—33, 36.

ный видѣйшій авторитетъ изъ романистовъ—*Виндшейдъ*¹⁾, дополняя его только требованіемъ, чтобы благодаря предоставленію вещи въ пользованіе ссудоприематель сберегалъ расходы, которые долженъ былъ сдѣлать, т. е. только тогда будетъ на лицо необходимый для даренія признакъ обогащенія одаряемаго. И современные нѣмецкіе юристы, за весьма немногими исключеніями, приняли эту точку зрѣнія и для дѣйствующаго германскаго права²⁾, признавъ, что безвозмездное предоставленіе вещи въ пользованіе будетъ дареніемъ при наличности двухъ условій: 1) чтобы получившій вещь въ пользованіе этимъ самымъ обогатился-бы, избѣжавъ расходовъ, которые иначе ему необходимо пришлось-бы произвести, и 2) чтобы отдавшій вещь въ пользованіе вслѣдствіе этого лишился-бы дохода, который былъ-бы извлеченъ изъ пользованія вещью при нормальномъ ходѣ дѣлъ.

Но если принять вышесказанную точку зрѣнія, то необходимо возникаетъ вопросъ о конструкціи подобныхъ договоровъ о безвозмездномъ предоставленіи вещи въ пользованіе, которые имѣютъ и всѣ признаки даренія, т. е. слѣдуетъ ли ихъ разсматривать только какъ дареніе, или же они должны считаться одновременно и ссудой и дареніемъ и подлежать регламентаціи, установленной для этихъ обоихъ договоровъ? На этотъ вопросъ, къ сожалѣнію, нѣмецкіе юристы въ большинствѣ случаевъ отвѣта не даютъ. Нетрудно, однако, замѣ-

¹⁾ *Windscheid-Kipp* „Lehrb. d. Pandektenrechts“ B. II 1906 9-е Aufl. s. 544.

²⁾ *Stolte* op. cit. s. 25 bem. 1. s. 26; *Froelich* op. cit. s. 51—52; *Merzbach* op. cit. s. 31; *Goldschmidt* „Die gemischte Schenkung nach Reichsrecht“ 1907 s. 45; *Planck* bem. 2 zu § 516; *Emmeckerus* op. cit. s. 346; *Staudinger* B. II 1 s. 796; *Eckstein* (Arch. f. civ. Pr. B. 107 1911 s. 402); *Oppenheim* „Das Schenkungsversprechen des B. G. B.“ Diss. Heidelberg 1906 s. 22—23 amn.; *Crome* § 230 s. 503 amn. 4; *Orloff* op. cit. s. 311; *Cosack* B. I s. 494; *Schollmeger* op. cit. s. 46; *Oertmann* bem. 3 zu § 517. Не признаютъ ссуду дареніемъ только *W. Koeppen* „Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht u. Reichsgesetzen“ 1901 Diss. Berlin s. 3.

тить, что первое изъ этихъ возможныхъ рѣшеній догматически явно неприемлемо. Принятіе его означало-бы, что къ ссудѣ относятся не всякіе договоры о безвозмездномъ предоставленіи вещи въ пользованіе, а лишь тѣ, гдѣ нѣтъ уменьшенія имущества на сторонѣ хозяина вещи и обогащенія на сторонѣ пользующагося вещью, между тѣмъ какъ такое суженіе понятія договора ссуды лишило-бы его почти всякаго значенія и не имѣло бы рѣшительно никакого основанія въ законѣ, который нигдѣ не даетъ никакого намека на подобные отрицательные признаки ссуды, а требуетъ для наличности ссуды вообще безвозмезднаго предоставленія вещи въ пользованіе. Принятіе такого рѣшенія противорѣчало бы и единодушному мнѣнію доктрины, считающей, что ссуда отличается отъ найма только моментомъ безвозмездности. Кроме того, данная конструкція привела-бы къ явно нецѣлесообразнымъ результатамъ. Возьмемъ такіе два примѣра: 1) нѣкто предоставляетъ своему пріѣзжему другу на извѣстное время въ пользованіе свободную комнату въ своей квартирѣ; 2) хозяйка пансіона позволяетъ своей родственницѣ прожить бесплатно недѣлю въ одной изъ комнатъ пансіона. Въ обоихъ случаяхъ другъ и родственница сберегаютъ деньги на наемъ комнаты, т. е. признакъ обогащенія будетъ на лицо, но въ первомъ примѣрѣ хозяйка комнату въ наемъ не сдавала до этого, т. е. предоставляя ее другу, она никакихъ убытковъ не понесла, а во второмъ примѣрѣ комната въ пансіонѣ предназначена была для сдачи въ наемъ, т. е. здѣсь уменьшеніе имущества имѣется. На этомъ основаніи нѣмецкіе юристы первый случай считаютъ ссудой, а второй дареніемъ¹⁾. И вотъ тогда получится, что хозяйка пансіона, какъ дарительница, можетъ расторгнуть договоръ только въ томъ случаѣ, если лишеніе возможности сдать эту комнату въ наемъ поставитъ ее въ такое затруднительное положеніе, что она не въ состояніи будетъ поддерживать свое существованіе надлежащимъ образомъ или содержать своихъ близкихъ, между тѣмъ какъ въ первомъ случаѣ хозяйка

¹⁾ *Stolte* op. cit. s. 26; *Merzbach* loc. cit.

квартиры не связаны никакими подобными условиями и может, как ссудодатель, в любой момент потребовать от друга очищения комнаты, если в силу наступления какого-нибудь непредвиденного раннее обстоятельства комната ему самому понадобилась. Спрашивается, есть ли какое-нибудь разумное основание проводить такое различие, вследствие которого лицо, лишившееся в пользу другого известной имущественной выгоды, ставится в худшее положение, чем лицо, которому его любезность решительно ничего не стоила? Или пусть в обоих случаях предоставившей вещь в пользование лишается имущественной выгоды, но в первом случае пользующийся вещью сберегает расходы на наем вещи, а во втором случае расходов все равно производить ему не было необходимости—за что и почему в первом случае ставить хозяина в более затруднительное положение относительно расторжения договора, если вещь ему самому понадобится, чем во втором?

Все это, на наш взгляд, наглядно доказывает непригодность указанной конструкции, и тем немногие из немецких юристов, которые не ограничились простым констатированием положения, что при известных условиях безвозмездное предоставление вещи в пользование может быть дарением, а пытались установить отношение между этими случаями и ссудой, придерживаются не этой конструкции, а той, которая признает подобные договоры одновременно и дарением и ссудой. Так, например, *Burckhard*¹⁾ и *Goldschmidt*²⁾ говорят, что безвозмездное предоставление пользования квартирой стоимостью 1000 мар. в год есть смешанный договор, представляющий соединение ссуды и дарения, к которому наряду с нормами дарения должны применяться и нормы ссуды. Также и *Stolte*³⁾ говорит, что ссуда и дарение не исключают друг друга, а первая есть „Vollzugsmittel“ второго. Но и это решение мы не можем признать удовлетворительным. Прежде всего, договоры, о которых здесь идет речь,

¹⁾ *Burckhard* „Zum Begriff der Schenkung“ 1899 s. 35.

²⁾ *Goldschmidt* op. cit. s. 45.

³⁾ *Stolte* loc. cit.

нельзя конструировать, как договоры смешанные, как комбинацию ссуды и дарения. Всякое смешение логически предполагает присоединение к элементам одного договора элементов свойственных другому договору, между тем как в данном случае ничего подобного нет—ссуда, как мы выше видели, обнимает все случаи безвозмездного предоставления пользования вещью одним лицом другому, вследствие чего, хотя бы в известном случае и было уменьшение имущества ссудодателя и обогащение ссудоприемателя, никаких элементов чуждых ссуде данный договор содержать не будет, он целиком укладывается в понятие ссуды и должен рассматриваться только как ссуда. Далее, говоря о комбинации норм дарения и ссуды, юристы не решаются войти в детали и указать, каким образом эта комбинация должна осуществляться, а между тем вопрос этот далеко не так прост, как им кажется. Конечно, в некоторых случаях комбинацию это нетрудно осуществить,—так, например, регламентация ссуды предусматривает вопросы о возвращении вещи, об издержках на нее, о характере пользования (§§ 601—606 В. Г. В.), вопросы, непредусмотренные в регламентации дарения, а в главе о дарении регламентирует Auflage, какой возможен и в ссуде, т. е. что применение к такому договору и тем и других норм вполне возможно и допустимо, но в других случаях положение получается гораздо более затруднительное. Возьмем хотя бы нормы о расторжении договора: согласно § 534, дарение, сделанное во исполнение нравственного долга или приличия, не может быть отобрано обратно, хотя бы даритель впал в крайне бедственное положение, а ссудодатель всегда может потребовать вещи обратно, согласно § 605 abs. 1, раз она ему самому понадобилась вследствие непредвиденного раннее обстоятельства. Взаимная несогласованность этих правил очевидна, и мы не можем себя представить, как их можно скомбинировать. Если зайчик будет требовать возвращения вещи на основании § 605, то ответчик справедливо возразит, что сделка признана дарением, а дарение, сделанное во исполнение нравственного долга, возвращению не подлежит, согласно прямому и ясному

постановленію закона, т. е. то обстоятельство, что данная сдѣлка подходит и подъ понятіе ссуды, не можетъ лишить ее характера даренія и изъять отъ дѣйствія нормъ даренія. Съ другой стороны и хозяинъ съ такимъ же основаніемъ можетъ возразить, что сдѣлка есть ссуда, то обстоятельство, что она подойдетъ и подъ понятіе даренія, не можетъ лишить ее характера ссуды, а потому отказать въ возвращеніи вещи, когда всѣ условія, указанные въ § 605, на лицо, значило бы явно игнорировать законъ. Такое же положеніе вещей получится, когда хозяинъ будетъ требовать возвращенія вещи по причинѣ неблагодарности, а отвѣтникъ будетъ возражать, что въ ссудѣ можно требовать вещь лишь при наличности условій, указанныхъ въ § 605, а по неблагодарности нельзя. Такимъ образомъ получается, что и комбинированье нормъ является и теоретически неправильнымъ и практически неосуществимымъ.

Вслѣдствіе всего сказаннаго ничего другого не остается, какъ признать, что, вопреки мнѣнію большинства нѣмецкихъ юристовъ, безвозмездное предоставленіе вещи въ пользованіе *de lege lata* должно разсматриваться только какъ ссуда, а не какъ дареніе. Исключеніе изъ этого правила представляютъ лишь безвозмездные договоры о предоставленіи вещи въ пользованіе, соединенные съ правомъ извлекать плоды, каковыя договоры, согласно вышеизложенному, къ ссудѣ отнесены быть не могутъ, а должны разсматриваться только какъ дареніе. Рѣшеніе это устраняетъ всѣ тѣ затрудненія, о которыхъ мы указывали выше, и догматически является болѣе правильнымъ потому, что по германскому праву дареніе есть всякое вообще „*Zuwendung aus d. Vermögen*“, тогда какъ ссуда есть договоръ, имѣющій своимъ содержаніемъ исключительно безвозмездное предоставленіе вещи въ пользованіе, такъ что нормы ссуды относятся къ нормамъ даренія, какъ нормы особенныя къ нормамъ общимъ, а по общимъ правиламъ нормы первой категоріи устраняютъ дѣйствіе нормъ общихъ.

Глава восьмая.

Вліяніе момента безвозмездности въ договорахъ нерегулированныхъ.

Въ предшествующихъ главахъ мы выяснили вліяніе момента безвозмездности въ современныхъ гражданскихъ кодексахъ. Это изслѣдованіе обнаружило, что за исключеніемъ нѣкоторыхъ нормъ сравнительно общаго характера, разсмотрѣнныхъ нами въ главѣ второй, современные законодательства не даютъ намъ общихъ правилъ о вліяніи момента безвозмездности, а учитываютъ это вліяніе только въ отдѣльныхъ безвозмездныхъ договорахъ. Правда, въ пандектной литературѣ со времени Савиньи ученіе о дареніи обычно помѣщалось не въ отдѣлѣ о договорахъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ современныхъ законодательствахъ, а въ общей части гражданского права на томъ основаніи, что дареніе можетъ охватывать самыя разнообразныя сдѣлки¹⁾, но это въ сущности нисколько не измѣняло положенія вещей, т. е. и пандектисты обособляли дареніе отъ другихъ безвозмездныхъ сдѣлокъ (*Mandat, Depositum, Commodat*) и не пытались придать ученію о дареніи характеръ ученія о вліяніи безвозмездности вообще. Въ результатѣ полу-

¹⁾ Savigny „System des heutigen Röm. Rechts“ B. IV 1841 s. 3—27; Wangerow „Lehrbuch d. Pandekten“ B. I 1876 s. 174—177; Regelsberger „Pandekten“ B. I 1893 s. 611—613.

чилось, что не говоря уже о русском правѣ, но даже въ правѣ германскомъ съ его широкимъ опредѣленіемъ даренія, остался внѣ регламентаціи цѣлый рядъ безвозмездныхъ договоровъ—сюда относятся всѣ договоры, гдѣ нѣтъ уменьшенія имущества на сторонѣ дающаго или обогащенія на сторонѣ получающаго. Вслѣдствіе этого для догматика возникаетъ вопросъ о томъ, какъ быть съ этими нерегулированными безвозмездными договорами, могутъ ли къ нимъ по аналогіи примѣняться нормы, установленныя для того или иного безвозмезднаго договора, или не могутъ? Чтобы разрѣшить этотъ вопросъ предстоитъ произвести новую довольно сложную работу, состоящую въ тщательномъ анализѣ тѣхъ нормъ, которыя современныя законодательства установили, какъ вызванныя вліяніемъ момента безвозмездности. Анализъ этотъ долженъ выяснитъ: 1) въ какой зависимости находится та или другая норма отъ характера того договора, для котораго она законодателемъ установлена—является ли она по своей природѣ исключительно относящейся къ данному именно договору и не могущей примѣняться къ другимъ договорамъ, или же примѣненіе ея къ другимъ договорамъ логически вполне возможно; 2) въ послѣднемъ случаѣ придется выяснитъ дальнѣйшій вопросъ—именно, если извѣстная норма можетъ примѣняться и къ другимъ договорамъ, то все-же есть-ли какія-нибудь основанія относить ее только къ одному данному договору, или же такихъ основаній не имѣется. Такой анализъ мы и попробуемъ сдѣлать, остановившись сперва на вліяніи момента безвозмездности въ договорѣ даренія по германскому праву.

1) Первымъ правиломъ, вызваннымъ вліяніемъ момента безвозмездности, является § 516 abs. 2, устанавливающей предположеніе, что даръ считается принятымъ, если срокъ, назначенный дарителемъ одаряемому на извѣявленіе принятія дара, пройдетъ безъ отказа со стороны послѣдняго; выводомъ изъ этого правила будетъ, что если срока не было назначено, то даритель остается связаннымъ своимъ предложеніемъ до тѣхъ поръ, пока контрагентъ не откажется или не приметъ предложенія. Значеніе этого постановленія заключается въ томъ, что,

какъ мы указывали выше¹⁾, принятіе дара совершается проще и легче, чѣмъ принятіе предложенія въ возмездныхъ сдѣлкахъ, а съ другой стороны сдѣлавшій предложеніе дара путемъ фактическаго предоставленія имущества въ пользу одаряемаго прочтѣе связанъ своимъ предложеніемъ, чѣмъ сдѣлавшій въ такой-же формѣ предложеніе заключить возмездную сдѣлку. Что правило это является произвольнымъ созданіемъ законодателя, а не логически неизбѣжнымъ выводомъ изъ момента безвозмездности—это совершенно очевидно; уже то обстоятельство, что другія законодательства въ данномъ отношеніи никакой разницы между даромъ и возмездными сдѣлками не дѣлаютъ, ясно указываетъ на то, что подобной неизбѣжной связи здѣсь не существуетъ. Создавая вышеуказанное предположеніе, германскій законодатель исходилъ изъ соображенія, что въ жизни отъ принятія дара рѣдко кто отказывается, почему молчаніе одаряемаго правильнѣе признавать за принятіе, чѣмъ за отказъ, тогда какъ относительно возмездныхъ сдѣлокъ такое предположеніе не соответствовало бы дѣйствительности. Спрашивается, является ли это правило примѣнимымъ только къ дару, но не къ другимъ безвозмезднымъ сдѣлкамъ? Выше мы указывали, что основаніемъ даннаго постановленія является то основанное на опытѣ соображеніе, что отъ принятія дара обычно не отказываются. Оставляя въ сторонѣ вопросъ, насколько это соображеніе является фактически вѣрнымъ, мы должны признатъ, что во всякомъ случаѣ корнемъ этого предположенія является безвозмездность, а потому оно одинаково должно относиться ко всѣмъ безвозмезднымъ сдѣлкамъ. На это намъ могутъ возразить, что принять даръ—это одно, а принять вещь въ ссуду или дать ее на храненіе или принять личныя услуги отъ к кому-нибудь—это дѣло другого рода, т. е. вещь можетъ быть мнѣ ненужна, или я данному лицу недоувѣряю и не хочу принять его услуги въ качествѣ хранителя моихъ вещей или повѣреннаго. Такіе случаи, конечно, вполне возможны, но тѣмъ не менѣе они насъ не могутъ опровергнуть

¹⁾ См. выше стр. 91.

потому, что безвозмездный договор налагает обязанности только на одну сторону, и если договор ссуды, безвозмездной поклажи или дарения, будет считаться заключенным, это вовсе не дѣлает меня обязанным оставлять вещь на хранении у даннаго лица, пользоваться его вещью или поручать ему вести мои дѣла. Поэтому то римское право, знавшее также подобное постановленіе, мотивировало его тѣмъ, что принятіе дара ни къ чему не обязывает одаряемаго, а это послѣднее обстоятельство свойственно всѣмъ безвозмезднымъ договорамъ.

Теперь другой вопросъ, примѣнимо-ли данное правило по своему фактическому содержанию къ другимъ безвозмезднымъ договорамъ? Мы думаемъ, что примѣнимо, т. е. всѣ безвозмездные договоры могутъ заключаться между отсутствующими контрагентами. Правда, анализируемое правило предполагаетъ offerту своеобразнаго характера—путемъ предоставленія вещи одаряемому безъ его вѣдома, но это есть не что иное, какъ предложеніе, совершаемое фактическимъ исполненіемъ безвозмезднаго обязательства безъ вѣдома контрагента, а это возможно всюду—такъ въ ссудѣ такое предложеніе будетъ совершаться посредствомъ предоставленія вещи въ пользованіе, въ поклажѣ посредствомъ принятія вещи на храненіе, въ порученіи посредствомъ фактическаго исполненія чего-либо для контрагента. Если же принять предложенное нами выше широкое толкованіе § 516 abs. 2, понимая здѣсь всякое предложеніе, имѣющее обязательное для предложившаго значеніе, т. е. совершенное не только путемъ фактическаго исполненія, но и путемъ обѣщанія, засвидѣтельствованнаго судебнымъ или нотаріальнымъ порядкомъ, то о фактической примѣнимости этого правила ко всѣмъ безвозмезднымъ договорамъ не можетъ быть и сомнѣній.

2) Слѣдующимъ правиломъ даренія является § 518 B. G. B., устанавливающей для даренія болѣе сложную форму. Не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что по природѣ своей форма, установленная въ § 518, вполне примѣнима и ко всѣмъ другимъ безвозмезднымъ сдѣлкамъ. Вместе съ тѣмъ и тѣ соображенія, руководствуясь которыми законодатель установилъ для даренія болѣе сложную форму заключенія договора, сами по

себѣ совершенно одинаково относятся ко всѣмъ безвозмезднымъ договорамъ безъ исключенія. Эти соображенія, какъ мы выше указывали, заключались въ желаніи оградить дарителя отъ легкомысленныхъ и черезчуръ поспѣшныхъ обѣщаній, исполненіе которыхъ вполнѣ можетъ оказаться для обѣщавшаго обременительнымъ. Но такія обѣщанія могутъ состоять, напримеръ, и въ обѣщаніи предоставить безвозмездно въ пользованіе квартиру и въ обѣщаніи безвозмездно исполнить к. н. работу, и въ обѣщаніи принять на храненіе бесплатно чужія вещи и т. п.—во всѣхъ этихъ случаяхъ исполненіе обѣщаній можетъ оказаться для обѣщавшаго столь же невыгоднымъ и тягостнымъ, какъ и исполненіе обѣщанія подарить. То обстоятельство, что дареніе предполагаетъ обогащеніе, а въ другихъ сдѣлкахъ послѣдняго можетъ и не быть, въ данномъ случаѣ не имѣетъ значенія, т. е. исполненіе безвозмезднаго обязательства, не влекущаго за собой обогащенія контрагента, можетъ даже съ имущественной точки зрѣнія быть болѣе тяжелымъ и невыгоднымъ, чѣмъ исполненіе обязательства обогащающаго контрагента. Точно также не имѣетъ значенія здѣсь и признакъ даренія „eine Zuwendung aus d. Vermögen“, т. е. обязательство исполнить безвозмездно к. н. работу не будетъ такимъ Zuwendung, а между тѣмъ исполнить его въ массѣ случаевъ будетъ гораздо болѣе затруднительнымъ, чѣмъ подарить к. н. вещь. Поэтому логически чѣтъ рѣшительно никакого основанія ограждать отъ подобныхъ необдуманныхъ обѣщаній только когда они касаются дареній, а не другихъ безвозмездныхъ услугъ.

3) Далѣе идутъ правила, освобождающія дарителя отъ отвѣтственности за легкую неосторожность и за Verzugszinsen. По характеру своему первое изъ нихъ безусловно вполне примѣнимо ко всѣмъ безвозмезднымъ сдѣлкамъ, тогда какъ второе относится только къ обязательствамъ безвозмездно передать въ собственность денежную сумму, каковыя обязательства входятъ уже исключительно въ область даренія. Мотивъ, по которому законодатель счелъ нужнымъ освободить дарителя отъ отвѣтственности за легкую неосторожность, состоятъ въ томъ, что къ дарителю, какъ въ лицу, оказывающему безвоз-

медно известное благодаріе обычно изъ щедрости и великодушія, нельзя примѣнять такую-же строгую мѣрку отвѣтственности, какъ къ лицу, исполняющему известную обязанность за плату. Самъ германскій законодатель призналъ, что это основаніе вовсе не относится исключительно къ даренію, установивъ такую-же облегченную отвѣтственность и для ссудодателя. Но мы лично полагаемъ, что основаніе это съ той же силой можетъ относиться и къ другимъ безвозмезднымъ договорамъ—развѣ не было бы несправедливымъ взыскивать за всякую легкую вину, напримѣръ, съ человѣка, работающаго на насъ бесплатно или предоставившаго намъ что-нибудь безвозмездно, хотя бы это предоставленіе насъ и не обогатило.

4) Правила, смягчающія отвѣтственность дарителя за евикцію и за фактическіе недостатки подаренной вещи по природѣ своей могутъ примѣняться далеко не ко всѣмъ безвозмезднымъ договорамъ: отвѣтственность за недостатки вещи можетъ имѣть мѣсто лишь тамъ, гдѣ безвозмездно передана вещь, а отвѣтственность за евикцію можетъ относиться только къ случаямъ безвозмездной передачи вещи или к. н. права.

5) Для дарителя германскій законодатель устанавливаетъ особую льготу—предоставляетъ ему право отобрать даръ обратно или отказаться исполнить дарственное обѣщаніе, если его положеніе матеріальное сильно ухудшилось. Мотивъ тотъ, что было бы противнымъ Treu и Glauben требовать исполненія дарственного обѣщанія тогда, когда вслѣдствіе измѣненія обстоятельствъ это исполненіе ставитъ дарителя въ стѣпенное положеніе, или не возвратитъ обратно безвозмездно полученное, когда прежній великодушный даритель самъ сталъ нуждаться. Не будучи неизбѣжнымъ слѣдствіемъ момента безвозмездности, правило это не только по природѣ своей не связано исключительно съ дареніемъ, но несомнѣнно логически такъ-же должно относиться ко всѣмъ безвозмезднымъ договорамъ, какъ и къ даренію. Въ самомъ дѣлѣ, развѣ не было бы также противнымъ Treu und Glauben заставлять кого-нибудь продолжать безвозмездно работать на другого, или не вернуть ему того обогащенія, которое онъ доставилъ своимъ безвозмезднымъ трудомъ, когда теперь ему самому или его семьѣ ѣсть нечего; точно также

если вещь дана была бесплатно въ пользованіе (напримѣръ, комната въ квартирѣ), когда для спасенія отъ стѣпеннаго матеріальнаго положенія хозяину квартиры необходимо сдать эту комнату въ наемъ.

6) Совершенно также обстоитъ дѣло съ отобраніемъ дара по причинѣ неблагодарности одареннаго. Основаніе этого правила, несомнѣнно, одинаково относится ко всѣмъ безвозмезднымъ договорамъ. Если наше нравственное чувство возмущается и не можетъ мириться съ тѣмъ, чтобы неблагодарный одаренный продолжалъ пользоваться полученнымъ обогащеніемъ, въ то-же самое время грубо оскорбляя своего благодѣтеля или его близкихъ, то возмущеніе это будетъ совершенно одинаковымъ, получено ли это обогащеніе посредствомъ дара или предоставленія вещи въ пользованіе или оказанія личныхъ услугъ. Независимо отъ того, было на лицо обогащеніе или нѣтъ, наше нравственное чувство не можетъ позволить, чтобы кто-нибудь требовалъ продолженія исполненія безвозмезднаго обязательства въ то-же самое время будучи виновенъ въ грубой неблагодарности по отношенію къ лицу обязанному, поэтому если даритель въ данномъ случаѣ можетъ отказаться отъ исполненія дарственного обѣщанія, то тѣ же основанія говорятъ и за предоставленіе права расторгнуть договоръ ссудодателю, поклаже-принимателю, повѣренному и вообще лицу, принявшему на себя обязанность безвозмездно исполнить к. н. работу для другого, т. к. трудно заставить человѣка продолжать оказывать безвозмездно услугу, которая нерѣдко является даже благодареніемъ, лицу, которое грубо оскорбило его самого или его близкихъ.

7) Если дареніе было сдѣлано во исполненіе требованія нравственности или приличія, то, согласно § 534, оно не можетъ быть отобрано ни вслѣдствіе ухудшенія матеріальнаго положенія дарителя ни вслѣдствіе грубой неблагодарности одареннаго. Въ первой главѣ мы доказали, что исполненіе долга нравственности или приличія отнюдь не превращаетъ сдѣлку въ возмездную, т. что § 531 есть не логическое слѣдствіе отсутствія даренія въ данномъ случаѣ, а особое постановленіе законодателя для известной категоріи дареній, постановленіе,

вызванное соображениями справедливости и целесообразности и далеко не свойственное всем законодательствам. Что требование нравственности или приличия может побудить заключить всякую безвозмездную сделку, а не только дарение—в этом не может быть сомнения, и если одинаковы основания побуждают нас признать допустимым теоретически отобрание в случае объединения или грубой неблагодарности всякого безвозмездного обогащения, а не только полученного путем дарения, то нет никакого основания не допустить исключения из этого правила для всех безвозмездных сделок, заключенных во исполнение нравственного долга или приличия.

8) Иной характер имеет § 526 B. G. B. Он регламентирует исполнение Auflage в случае, когда вследствие недостатка в праве на подаренное имущество или фактического недостатка в нем стоимость дара не достигает стоимости издержек на исполнение Auflage. Ясно, что это правило может применяться только тогда, когда безвозмездно предоставлена была вещь в собственность или передано к. п. право; к остальным безвозмездным сделкам норма эта по своему характеру своему неприменима.

9) Остается еще § 527 B. G. B., предоставляющий дарителю в случае неисполнения одаренным Auflage, право вытребовать по правилам неосновательного обогащения дарь обратно постольку, поскольку он должен был быть употреблен на исполнение Auflage. Правило это, как мы видели выше, установлено как вспомогательное средство добиться исполнения Auflage путем предоставления дарителю возможности исполнить Auflage самому. Из тех условий, которыми закон обставил это право требовать возвращения дара, видно, что правило это по природе своей применимо далеко не ко всем безвозмездным сделкам, а лишь к тем, 1) где получается обогащение контрагента, и 2) где все или часть безвозмездно предоставленного должна быть употреблена на исполнение Auflage. Там же, где эти условия будут налицо, нет препятствий к применению указанного правила, хотя бы сделка и не была дарением, а, например, ссудой. Вместе с тем мы не видим никакого основания, которое оправдывало бы при-

менение этой нормы только к дарению, т. к. статьи эта имеет в виду дать дарителю особое средство добиться осуществления Auflage, и если можно предполагать, что эту льготу закон не хотел установить для возмездных сделок, то нет причин давать эту льготу только дарителю, а не всем, безвозмездно предоставившим что либо другому с условием исполнения Auflage, т. к. основание льготы—безвозмездность—налицо будет здесь всюду одинаково.

Обратимся теперь к русскому праву. Здесь подобный анализ больших трудностей не представляет, т. к. с одной стороны наше законодательство придает моменту безвозмездности несравненно меньшее значение, а с другой стороны те случаи, где это влияние признается, являются в значительной части теми же, что и в Германии. Так нам нет нужды продолжать анализ статей 973 и 974, т. к. по своему общему характеру они аналогичны рассмотренным нами выше §§ 516 abs. 2 и § 530 B. G. B.. Точно также излишне было бы анализировать выведенные нами путем толкования проблов закона правила о словесном заключении предварительного договора о дарении и договора дарения не индивидуальных вещей, т. к., как выше мы говорили, правила эти являются просто следствием ведения законодателя. Поэтому остается только один случай признания русским законодателем влияния момента безвозмездности—это запрещение дарить родовые имения, но случай этот столь несомненно может относиться только к дарению, что доказывать невозможность применения его к другим безвозмездным сделкам было бы излишне.

Влияние момента безвозмездности в договор ссуды по германскому праву проявляется в большем числе случаев, чем в дарении. Но в то время как в дарении большинство правил такого характера теоретически не связаны с дарением и могли бы применяться к другим безвозмездным договорам, в ссуде эти правила большей частью рассчитаны исключительно на предоставление вещи в пользование и к другим безвозмездным договорам явно по аналогии неприменимы. Из 14 указанных нами на страницах 269

—271 пунктовъ къ такого рода правиламъ несомнѣнно относятся указанныя въ пунктахъ 2, 5, 6, 10, 11, 13, 14. Остальные пункты требуютъ болѣе тщательнаго разсмотрѣнія, къ каковому мы и перейдемъ.

1) Въ то время какъ наемъ въ изв. случаяхъ долженъ заключаться въ письменной формѣ, для ссуды всегда достаточно словеснаго соглашенія. Это различіе, однако, надо назвать скорѣе вліяніемъ момента возмездности, а не безвозмездности, т. е. достаточность словеснаго соглашенія для ссуды основана не на специальномъ постановленіи закона, а на общемъ правилѣ о заключеніи договоровъ, изъ какового правила для найма законъ дѣлаетъ особое отступленіе. Въ виду этого нечего и говорить о возможности распространенія на всѣ безвозмездныя договоры формы заключенія ссуды—эта форма само собою должна примѣняться, т. е. она вытекаетъ изъ общаго правила о заключеніи сдѣлокъ.

2) Правило объ освобожденіи ссудодателя отъ ответственности за легкую неосторожность совершенно аналогично такому-же правилу относительно даренія, т. что все сказанное выше по поводу послѣдняго относится и къ данному случаю.

3) Правила о *Garantierpflicht*, какъ мы выше уже указывали, относятся только къ договорамъ, гдѣ передается вещь или право, т. что о примѣненія ихъ къ другимъ договорамъ нельзя говорить. Но вмѣстѣ съ этими правилами законъ устанавливаетъ, что за положительное нарушеніе договора ссудодатель отвѣчаетъ лишь при наличности съ его стороны *agglistische Verschweigen*. Отвѣтственность за положительное нарушеніе договора возможна не только въ ссудѣ, но и въ любомъ договорѣ, какъ возмездномъ, такъ и безвозмездномъ, но въ данномъ случаѣ законъ смягчаетъ отвѣтственность ссудодателя не вообще за положительное нарушеніе договора, а за отдѣльный видъ такого нарушенія,—именно за умолчаніе о недостаткахъ переданной вещи, каковой случай возможенъ лишь тамъ, гдѣ передается вещь, но не во всѣхъ безвозмездныхъ договорахъ.

4) Различіе между наймомъ и ссудой по вопросу объ *„Unterlassungsklage“* имѣетъ тотъ-же характеръ, что и разли-

чіе въ правилахъ о формѣ заключенія этихъ договоровъ—именно, въ то время какъ въ наймѣ законъ специальнымъ постановленіемъ допускаетъ *Unterlassungsklage* лишь послѣ предварительнаго *„Abmahnung“*, въ ссудѣ предьявленіе такого рода иска совершается по общимъ правиламъ. Онова вліяніе возмездности, а не безвозмездности.

5) Такимъ-же вліяніемъ возмездности, установленнымъ специально для найма въ *abs. 2 § 556 B. G. B.*, является лишеніе нанимателя недвижимости т. наз. *„Rückbehaltungsrecht“*—въ ссудѣ этотъ вопросъ рѣшается по общему правилу § 273; также онъ долженъ, несомнѣнно, разрѣшаться и въ другихъ безвозмездныхъ договорахъ, нерегламентированныхъ законодателемъ.

6) То же самое надо сказать и о правѣ ссудодателя расторгнуть договоръ, заключенный на неопредѣленный срокъ, въ любой моментъ безъ предварительнаго предупрежденія контрагента. Хотя законъ прямо указываетъ это положеніе относительно ссуды въ *abs. 3 § 604*, но въ сущности это указаніе излишне и сдѣлано лишь для болѣе яснаго указанія разницы въ этомъ отношеніи между ссудой и наймомъ, т. е. если бы законъ и не далъ подобнаго постановленія, все равно ссудодатель могъ бы расторгнуть договоръ безъ предупрежденія потому, что сроки предупрежденія не могутъ предполагаться, а указываются закономъ для каждаго отдѣльнаго случая, почему не только ссуда, но и всякій другой безвозмездный договоръ, заключенный на неопредѣленный срокъ, можетъ быть расторгнутъ безъ соблюденія сроковъ предупрежденія.

7) Совершенно такой-же характеръ имѣетъ и различіе между наймомъ и ссудой относительно расторженія договора въ случаѣ смерти нанимателя или ссудопринимателя.

Въ русскомъ правѣ различіе между ссудой и наймомъ, вызванное моментомъ безвозмездности, проявляется, какъ мы выше (стр. 271) видѣли, въ трехъ случаяхъ. Изъ нихъ, однако, первые два, несомнѣнно, могутъ относиться только къ предоставленію вещей въ пользованіе. Остается, такимъ образомъ, лишь правило, что смерть ссудопринимателя, въ отличіе отъ смерти нанимателя, является поводомъ къ расторженію договора.

Правило это не содержится прямо въ законѣ, а выведено нами изъ общихъ соображеній объ обычномъ личномъ характерѣ безвозмездныхъ услугъ и предоставленій. Это соображеніе, конечно, относится не только къ ссудѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ надо принять во вниманіе, что съ одной стороны оно не относится и къ нѣкоторымъ безвозмезднымъ договорамъ, (напримѣръ, къ даренію), а съ другой стороны нѣкоторые договоры, какъ возмездные, такъ и безвозмездные, одинаково имѣютъ личный характеръ (напримѣръ, договоръ личного найма). Поэтому данное правило можетъ быть распространено на другіе безвозмездные договоры лишь въ такой формулировкѣ: безвозмездные договоры въ случаѣ сомнѣнія прекращаются со смертію лица, въ пользу котораго они заключены.

Въ договорѣ порученія по германскому праву вліяніе момента безвозмездности проявляется всего въ одномъ пунктѣ—именно, въ правѣ лица, безвозмездно принявшаго на себя порученіе, въ любой моментъ расторгнуть договоръ съ тѣмъ лишь ограниченіемъ, чтобы отказъ его былъ сдѣланъ въ такой моментъ, когда контрагентъ какимъ нибудь другимъ путемъ могъ бы обезпечить себѣ исполненіе порученія. Въ основѣ этого постановленія, ясно, лежитъ мысль, что нельзя принуждать къ исполненію обязанности принятой безвозмездно. Какъ это основаніе, такъ и самый характеръ даннаго постановленія, не могутъ считаться примѣнимыми только къ договору порученія—исходя изъ этого основанія съ равнымъ успѣхомъ можно предоставить, напримѣръ, и ссудодателю и поклажепринимателю въ любой моментъ расторгнуть договоръ, лишь-бы подобное расторженіе не лишило контрагента возможности другимъ путемъ достать вещь нужную ему для пользованія или отдать ее на храненіе другому лицу. Поэтому правило это надо считать теоретически примѣнимымъ одинаково ко всѣмъ безвозмезднымъ договорамъ, устанавливающимъ к. н. право на извѣстный срокъ.

Также только въ одномъ пунктѣ сказывается вліяніе момента безвозмездности и въ договорѣ поклажи по германскому праву, и состоитъ это вліяніе въ томъ, что безвозмездный поклажеприниматель отвѣчаетъ не за всякую вину, а за dili-

gentia quam suis rebus. Подобный масштабъ ответственности исполнѣ можно установить и для другихъ безвозмездныхъ договоровъ, а основаніе этого правила также не связано неразрывно съ договоромъ поклажи, т. к. оно то-же, что и въ правилахъ, смѣняющихъ ответственность ссудодателя и дарителя—именно, въ признаніи несправедливымъ къ лицу, безвозмездно оказывающему к. н. услугу, примѣнять строгую мѣрку ответственности, установленную для возмездныхъ договоровъ. Поэтому правило это можетъ имѣть такой-же общій характеръ, какъ и правила объ ответственности дарителя и ссудодателя.

Мы проанализировали соответственно поставленной нами задачѣ всѣ нормы германскаго и русскаго законодательства, вызванныя моментомъ безвозмездности. Въ результатѣ у насъ получилось, что нормы эти далеко не одинаковаго характера. Всѣхъ ихъ можно разбить на слѣдующія категоріи:

1) нормы, не установленныя закономъ, а выведенныя нами логически изъ характера безвозмездности вообще—такихъ правилъ мы имѣемъ только одно, именно, прекращеніе по русскому праву договора ссуды въ случаѣ смерти ссудопринимателя; возможность примѣненія этого положенія и къ нерегулированнымъ безвозмезднымъ договоромъ стоитъ догматически внѣ всякаго сомнѣнія;

2) нормы, являющіяся слѣдствіемъ вліянія не момента безвозмездности, а возмездности, т. к. здѣсь законодатель для того или иного возмезднаго договора сдѣлалъ исключеніе изъ общихъ правилъ гражданскаго права, вслѣдствіе чего и получалось различіе между ними и соответствующимъ безвозмезднымъ договоромъ, оставшимся подъ дѣйствіемъ общихъ правилъ; сюда относятся: правило о словесной формѣ заключенія ссуды, о допустимости въ ссудѣ *Unterlassungsklage* безъ *Abmahnung*, о правѣ ссудопринимателя на *Rückbehaltungsrecht*, о правѣ расторженія ссудодателемъ договора, заключеннаго на неопредѣленный срокъ, въ любой моментъ безъ предварительнаго предупрежденія, а также о прекращеніи договора ссуды въ случаѣ смерти ссудопринимателя безъ предварительнаго предупрежденія; тѣ общія правила, изъ которыхъ выведены эти

положения, догматически относятся ко всемъ договорамъ, въ томъ числѣ и нерегламентированнымъ правомъ;

3) нормы, по содержанию своему могущія примѣняться только къ известнымъ безвозмезднымъ договорамъ, т. что примѣненіе этихъ нормъ ко всемъ безвозмезднымъ договорамъ невозможно: таковы правила объ освобожденіи дарителя отъ *Verzugszinsen*, объ отвѣтственности за эвикцію и за недостатки вещи, объ исполненіи *Auflage* въ случаѣ недостатка въ правѣ или въ вещи при дареніи, объ отобраніи дара въ случаѣ неисполненія *Auflage*, о запрещеніи по русскому праву дарить родовыя имѣнія, значительная часть постановленій о ссудѣ;

4) наконецъ, нормы по содержанию своему вполне примѣнимыя ко всемъ безвозмезднымъ договорамъ и по основанію своему совершенно одинаково относящіяся ко всемъ безвозмезднымъ договорамъ: такими правилами являются а) правило о формѣ даренія; б) о значеніи молчанія, какъ принятія дара; в) о смягченіи отвѣтственности дарителя, ссудодателя и поклажепринимателя; г) объ отобраніи дара и объ отказѣ исполнять дарственное обѣщаніе въ случаѣ ухудшенія матеріальнаго положенія дарителя; д) то же самое въ случаѣ неблагодарности одареннаго; е) невозможность отобранія и отказа отъ исполненія въ указанныхъ случаяхъ, когда даръ былъ сдѣланъ во исполненіе требованій нравственности или приличія; ж) право лица, принявшаго на себя безвозмездно исполненіе порученія, въ любой моментъ отказаться отъ принятаго обязательства.

Изъ сказаннаго видно, что относительно примѣненія или непримѣненія къ нерегламентированнымъ безвозмезднымъ договорамъ нормъ первыхъ трехъ категорій вопросъ разрѣшается легко и просто, но какъ быть съ нормами послѣдней категоріи, представляющими, несомнѣнно, наибольшій интересъ? Казалось-бы аналогія здѣсь должна быть допущена, т. к. изъ сдѣланнаго нами выше анализа видно, что *ratio legis* является относящимся ко всемъ безвозмезднымъ договорамъ, а основное правило аналогіи гласитъ „*ubi eadem ratio, idi idem jus*“. Но, къ сожалѣнію, догматически мы должны высказаться про-

тивъ такого рѣшенія на томъ основаніи, что всеъ указанныя правила являются по своему характеру исключеніями изъ общихъ правилъ гражданскаго права, а такія исключенія не подлежатъ примѣненію по аналогіи. Такъ, нѣтъ сомнѣнія, что форма даренія есть исключеніе изъ общаго правила о формѣ сдѣлокъ, что значеніе молчанія въ дареніи является исключеніемъ изъ общихъ правилъ о заключеніи сдѣлокъ между отсутствующими контрагентами, что смягченная отвѣтственность дарителя и ссудодателя есть исключеніе изъ общаго правила объ отвѣтственности за всякую вину, что право отобрать даръ или отказаться отъ исполненія дарственного обѣщанія въ случаѣ обѣднѣнія дарителя или неблагодарности одареннаго есть крупное отклоненіе отъ основныхъ принциповъ гражданскаго права, что право цовѣреннаго отказаться отъ исполненія обязательства противорѣчитъ самому понятію обязательства. Но даже если принять мнѣніе, имѣющее въ новѣйшей литературѣ довольно много сторонниковъ¹⁾, что примѣненію по аналогіи подлежатъ и нормы, являющіяся исключеніями изъ общихъ правилъ, то и въ этомъ случаѣ мы высказались бы противъ примѣненія по аналогіи именно вышеуказанныхъ нормъ. Протявъ этого говорить то соображеніе, что законодательства регулируютъ не одинъ к. н. безвозмездный договоръ, а нѣсколько, и если при этомъ они ту или иную норму устанавливаютъ только относительно к. н. одного договора, а для другихъ не устанавливаютъ или даютъ правила рѣзко отъ нея отличающіяся, то изъ этого ясно видно, что законодательства связывали данную норму исключительно съ даннымъ договоромъ, а не видѣли въ ней общее для всехъ безвозмездныхъ договоровъ правило. А именно такое положеніе вещей мы и имѣемъ здѣсь: форма даренія иная, чѣмъ форма заключенія другихъ безвозмездныхъ договоровъ, о значеніи молчанія, какъ принятія, говорится только относительно даренія, даритель можетъ вытребовать даръ только по неблагодарности или въ случаѣ обѣднѣнія, ссудо-

¹⁾ Наибольше яркимъ выразителемъ этой точки зрѣнія является *E. Zitelmann* „*Lücken im Recht*“ 1903.

датель может отобрать вещь, когда она ему просто самому понадобилась, а поверенный может отказаться от исполнения обязательства без объяснения причин, даритель и ссудодатель отвѣчают по общему масштабу, освобождаясь только от отвѣтственности за легкую неосторожность, а поклажеприниматель отвѣчает по масштабу *quam suis rebus*.

— 000□000 —

Глава девятая.

Вліяніе момента безвозмездности съ точки зрѣнія политики права. Созданіе общей регламентаціи вліянія момента безвозмездности въ гражданскомъ правѣ.

Въ главахъ II—VIII мы выяснили то вліяніе, которое современныя законодательства признаютъ за моментомъ безвозмездности въ гражданскомъ правѣ. Въ нашу задачу не входитъ разсмотрѣніе вопроса, насколько та или иная законодательная норма о вліяніи момента безвозмездности по существу своему желательна или нежелательна—напримѣръ, нужно ли предоставить дарителю право отобрать даръ по причинѣ неблагодарности или не нужно. Цѣль этой работы чисто методологическая—именно, установить, какъ слѣдуетъ изучать вліяніе момента безвозмездности, и какимъ путемъ законодатель долженъ идти, регламентируя вліяніе этого момента, а потому и критика наша будетъ ограничиваться только стороной методологической. И вотъ съ этой точки зрѣнія, какъ это ясно показало все предшествующее изслѣдованіе, надо признать всю регламентацію момента безвозмездности въ современныхъ законодательствахъ, какъ въ сравнительно старыхъ, такъ и въ самыхъ новыхъ, воспользовавшихся всей вѣковой работой юридической мысли, безусловно невыдерживающей критики, являющейся не чѣмъ инымъ, какъ сплошнымъ логическимъ недоразумѣніемъ. Такъ какъ всѣ логическія несообразности современной регламентаціи нами ука-

зывались въ предшествующемъ изложеніи въ отдѣльности, то здѣсь намъ остается лишь подвести итоги въ томъ смыслѣ, чтобы охарактеризовать тѣ методологическіе приемы законодателя, которые создали современное неудовлетворительное положеніе вещей, указать въ чемъ эти приемы ошибочны, и какимъ путемъ должны идти законодательства, чтобы регламентація момента безвозмездности приняла правильный съ точки зрѣнія логики видъ.

И вотъ мы полагаемъ, что первой и главной причиной существующаго неудовлетворительнаго положенія вещей является такое отношеніе законодателя къ регламентаціи, которое мы не можемъ назвать иначе, какъ *бессознательностью законодательнаго творчества*. Эта черта проявляется въ самыхъ разнообразныхъ отношеніяхъ, примѣровъ которыхъ мы указывали не мало въ предшествующихъ главахъ. Сюда относятся, во первыхъ, тѣ случаи, когда законодатель, регламентируя два договора, отличающіеся другъ отъ друга исключительно моментомъ безвозмездности, устанавливаетъ для одного изъ нихъ рядъ нормъ, и часть этихъ нормъ повторяетъ для другого договора. Здѣсь мы имѣемъ не только бесполезное повтореніе однихъ и тѣхъ-же правилъ, но нѣчто еще болѣе худшее, состоящее въ томъ, что законодатель повторяетъ не всѣ нормы одного договора, относящіяся и къ другому, а лишь нѣкоторыя изъ нихъ, вслѣдствіе чего можно сдѣлать выводъ, что другія нормы, не повторенныя, къ данному договору непримѣнимы, между тѣмъ какъ эти не повторенныя нормы не находятся ни въ какой зависимости отъ того единственнаго признака, который отличаетъ эти оба договора. Поэтому науки и практикѣ приходится прибѣгать къ примѣненію нормъ по аналогіи, а такъ какъ это далеко не всегда возможно, то получаютъ различія въ регламентаціи двухъ договоровъ, не имѣющія за собой никакого основанія и явившіяся, можно смѣло утверждать, совершенно неожиданно для самого законодателя (напримѣръ, лишеніе нанимателя германскимъ правомъ *Rückbehaltungsrecht* безъ распространенія этого положенія на ссудоприемателя). Такія затрудненія для науки и практики создаются законодательствами и тогда, когда, повторяя ту или иную норму для другого договора, они

излагаютъ ее въ иной формулировкѣ, вслѣдствіе чего опять даютъ поводъ думать, что регламентація даннаго вопроса въ обоихъ договорахъ различна, между тѣмъ какъ на самомъ дѣлѣ это повелю бы къ абсурду (напримѣръ, различіе въ формулировкѣ статей 1708 и 2068 т. X ч. 1). Не чѣмъ инымъ, какъ слѣдствіемъ бессознательности законодательнаго творчества являются и такіе случаи, когда законодатель, вводя тотъ или иной ограничительный признакъ въ опредѣленіе договора, изъясняетъ изъ установленной для послѣдняго регламентаціи опредѣленную категорію договоровъ, тогда какъ для такого изъятія нѣтъ рѣшительно никакого основанія (напримѣръ, ограниченіе предмета ссуды только движимыми вещами по русскому праву, включеніе въ понятіе даренія признака обогащенія). Всѣ эти многочисленные несообразности сами собой бы исчезли, если-бы вышло бессознательнаго творчества, законодатель ясно представилъ-бы себѣ, зачѣмъ и на основанія какихъ соображеній устанавливается та или иная норма, а при регламентаціи безвозмездныхъ договоровъ въ частности каждый разъ сопоставлялъ-бы нормы, установленныя или проектируемыя для к. н. возмезднаго договора, съ проектируемыми нормами для договора, отличающагося отъ перваго исключительно моментомъ безвозмездности, и задавался-бы вопросомъ, слѣдуетъ-ли въ данномъ случаѣ признать извѣстное влияніе за моментомъ безвозмездности, и если не слѣдуетъ, то дать ясныя указанія на подчиненіе безвозмезднаго договора нормамъ, установленнымъ для аналогичнаго возмезднаго договора. Однимъ словомъ, законодатель, регламентируя извѣстное отношеніе, долженъ отдавать себѣ ясный отчетъ изъ какихъ отдѣльныхъ элементовъ это отношеніе состоитъ, и какое юридическое значеніе должны имѣть эти элементы, какъ въ отдѣльности, такъ и въ соединеніи съ другими элементами. Въ уясненіи характера такихъ отдѣльныхъ элементовъ и ихъ юридическаго значенія лежитъ и задача науки, которой до сихъ поръ ова, къ сожалѣнію, пренебрегала.

Другой основной недостатокъ современныхъ законодательствъ—это ихъ *казуистичность*. Законодательства, регламентируя безвозмездные договоры, не только совершенно упу-

скаютъ изъ виду, что рядомъ дали регламентацію совершенно аналогичнаго договора, отличающагося лишь возмездностью, но и не считаются съ той регламентаціей, которую они дали для другихъ безвозмездныхъ договоровъ. Отсюда получается, что въ одномъ договорѣ вліяніе момента безвозмездности сказывается такъ, а въ другомъ иначе, между тѣмъ какъ различія въ фактическомъ составѣ этихъ договоровъ никоимъ образомъ не могутъ оправдывать такого различія въ регламентаціи (напримѣръ, безвозмездный повлажеприниматель отвѣчаетъ по масштабу *quasi suis rebus*, а лицо, исполняющее безвозмездно чужое порученіе, отвѣчаетъ полностью за всякую вину). Выстъ съ тѣмъ, регламентару нѣкоторые безвозмездные договоры, законодательства оставляютъ безъ вниманія цѣлый рядъ другихъ договоровъ, также встрѣчающихся въ жизни, въ которыхъ за моментомъ безвозмездности логически также должно быть признано то значеніе, какое законодатель установилъ для регламентированныхъ безвозмездныхъ договоровъ. Что такой порядокъ созданія законодательной регламентаціи является неудовлетворительнымъ—это мнѣ кажется очевиднымъ, а устраненіе этой неудовлетворительности находится опять таки въ тѣсной связи съ уясненіемъ юридическаго значенія отдѣльныхъ элементовъ, входящихъ въ составъ юридическихъ отношеній. Именно, если законодатель регулируя, напримѣръ, договоръ ссуды, будетъ каждый разъ задаваться вопросомъ, какія измѣненія въ регламентаціи найма должны повлечь за собой моментъ безвозмездности, то ему останется только сдѣлать дальнѣйшій шагъ впередъ и при регламентаціи другихъ безвозмездныхъ договоровъ уяснить себѣ, вызываетъ ли различіе фактическаго состава этихъ договоровъ необходимость придавать моменту безвозмездности иное значеніе, чѣмъ, напримѣръ, въ договорѣ ссуды. Если отвѣтъ получится отрицательный, то будетъ само собой очевиднымъ, что не за чѣмъ одинаковое правило о вліяніи момента безвозмездности повторять для каждаго отдѣльнаго договора, а нужно правило это какъ-бы вынести за скобки, какъ общее правило о вліяніи

момента безвозмездности¹⁾. Такимъ путемъ мы отъ регламентаціи отдѣльныхъ институтовъ перейдемъ къ общей регламентаціи отдѣльныхъ элементовъ, изъ которыхъ складываются эти институты. Благодаря такой регламентаціи отдѣльныхъ элементовъ, мы не только устранимъ противорѣчія, существующія нынѣ, но и создадимъ правила, распространяющіяся напримѣръ, на всѣ безвозмездные договоры, какіе только ни возникнутъ въ дѣйствительной жизни, предусмотрѣть которые всѣ по отдѣльности не въ состояніи ни одинъ законодатель. Что созданіе такой общей регламентаціи во многихъ случаяхъ вполнѣ осуществимо, въ этомъ мы не сомнѣваемся и въ качествѣ доказательства попробуемъ указать, какой видъ она будетъ имѣть для момента безвозмездности. При этомъ мы должны оговориться, что пытаясь разрѣшить этотъ вопросъ, мы не будемъ сами сочинять нормъ, которыя съ нашей точки зрѣнія были-бы желательны и могли-бы имѣть общее значеніе, а будемъ исходить изъ существующей регламентаціи момента безвозмездности въ современныхъ законодательствахъ, будемъ пытаться создавать общія правила, считаясь только съ такими слѣдствіями момента безвозмездности, которыя уже признаны законодательствами и не входя въ оцѣнку этихъ слѣдствій, за исключеніемъ лишь тѣхъ случаевъ, когда нѣсколько нормъ, могущихъ по содержанию своему имѣть общее значеніе, другъ другу взаимно противорѣчатъ, и когда, такимъ образомъ, приходится дѣлать выборъ между той или другой нормой.

1) Основаніемъ сперва яа правилѣ германскаго законодательства о формѣ даренія, могущемъ имѣть, какъ мы выше указывали, общее для всѣхъ безвозмездныхъ договоровъ значеніе. Въ основаніи этого правила лежитъ желаніе законодателя оградить гражданъ отъ легкомысленно данныхъ дарственныхъ обѣщаній; гарантію того, что обѣщаніе дано вполнѣ сознательно и обдуманно, законодатель видитъ въ судебномъ или нотаріальномъ засвидѣтельствованіи обязательства и въ реальномъ исполненіи обѣщаннаго. Но, принявъ такіа мѣры къ за-

¹⁾ На возможность подобныхъ общихъ правилъ мы находимъ нѣкоторые указанія у *Burckhard* („Zum Begriff d. Schenkung“ s. 121).

шитъ дарителя, законодатель при соблюденіи этихъ мѣръ признавалъ полную юридическую силу за дарственнымъ обѣщаніемъ, съ той лишь льготой, что предоставилъ ему право отказаться отъ исполненія и требовать возвращенія даннаго въ случаѣ серьезнаго ухудшенія его матеріальнаго положенія и въ случаѣ неблагодарности одареннаго—если нѣтъ ни того ни другаго даритель долженъ исполнить обязательство и можетъ быть принужденъ къ исполненію судебнымъ порядкомъ. Хотя всѣ эти соображенія, легшія въ основаніе даннаго правила, въ равной мѣрѣ относятся ко всѣмъ безвозмезднымъ обязательствамъ, вслѣдствіе чего, казалось бы, это постановленіе должно было быть установлено для всѣхъ безвозмездныхъ договоровъ безъ исключенія, германскій законодатель поступаетъ иначе—онъ даетъ это правило только для даренія, а для другихъ безвозмездныхъ договоровъ или вовсе не принимаетъ никакихъ подобныхъ мѣръ для огражденія лица, даващаго безвозмездное обязательство, или принимаетъ мѣры для защиты его интересовъ, но совсѣмъ иного характера, дѣлающія постановленія, подобныя правилу о формѣ даренія, въ сущности ненужными. Такъ, обязательство дать вещь безвозмездно въ пользованіе можетъ быть сдѣлано и словесно, и защита ссудодателя выражается не въ требованіи болѣе сложной формы совершенія договора, а въ предоставленіи ссудодателю права потребовать вещь обратно въ случаѣ, если она ему самому сдѣлается необходимой вслѣдствіе наступленія к. н. непредвидѣннаго обстоятельства. Правило это до известной степени сходно съ правомъ дарителя отказаться отъ исполненія дарственнаго обязательства вслѣдствіе ухудшенія своего матеріальнаго положенія, но сходно только отчасти, т. к. право ссудодателя здѣсь значительно шире. Для того чтобы отобрать вещь ему не нужно доказывать, что оставленіе вещи у ссудоприноимателя лишаетъ его возможности существовать или содержать своихъ близкихъ, онъ долженъ только доказать, что вслѣдствіе непредвидѣннаго обстоятельства вещь ему понадобилась, безразлично, была ли нужда эта болѣе или менѣе настоятельной. При такомъ положеніи вещей ясно, что ссудодателя нѣтъ нужды

ограждать отъ легкомысленныхъ обѣщаній путемъ усложненія формы заключенія договора, онъ достаточно, даже съ избыткомъ, защищенъ abs. 1 § 605 B. G. B., т. к. если исполненіе обѣщанія для него окажется тягостнымъ,—а это будетъ тогда только, когда вещь ему самому нужна,—то онъ просто отберетъ ее отъ ссудоприноимателя до условленнаго срока.

Весьма сходно съ ссудодателемъ положеніе лица, безвозмездно принявшаго на себя исполненіе порученія, съ той лишь разницей, что здѣсь размѣры защиты опредѣлены еще шире: договоръ порученія также можетъ быть совершенъ словесно, но принявшій порученіе можетъ въ любой моментъ отказаться отъ исполненія принятаго на себя обязательства, даже не доказывая, что къ отказу его вынуждаютъ к. н. непредвидѣнные обстоятельства, съ однимъ лишь только ограниченіемъ, чтобы отказъ былъ сдѣланъ не въ такой моментъ, когда контрагентъ уже лишенъ возможности найти другого исполнителя для даннаго порученія. При такой широкой возможности отказа со стороны принявшаго порученіе ограждать его инымъ путемъ отъ принятія необдуманныхъ обязательствъ, исполненіе которыхъ могло бы въ будущемъ оказаться обременительно, очевидно, нѣтъ никакой необходимости.

Сопоставляя правило о формѣ даренія съ одной стороны съ правилами о расторженіи договоровъ ссуды и порученія съ другой, мы видимъ, что они преслѣдуютъ одну и ту-же цѣль огражденія лица, безвозмездно принявшаго на себя исполненіе обязательства, на случай, когда исполненіе окажется для нихъ тягостнымъ, но только цѣль эта достигается совершенно разными средствами, вслѣдствіе чего и результаты получаются нѣсколько отличающіеся другъ отъ друга. Въ дареніи законодатель избралъ такой путь—признать обязательство имѣющимъ юридическую силу только тогда, когда форма заключенія обязательства представляетъ всѣ гарантіи, что обязательство это дано не въ порывѣ необдуманнаго великодушія и щедрости, а совершенно серьезно, такъ, какъ заключаются самыя важныя дѣловые акты, но разъ такая гарантія на лицо, то обязательство

безотговорочно должно исполняться, развѣ только обѣщавшій внезапно совсѣмъ обѣднѣть или контрагентъ его грубо оскорбить. Въ ссудѣ и порученіи система защиты иная и заключается она въ сущности просто на просто въ признаніи безвозмезднаго обязательства не имѣющимъ юридической силы и въ предоставленіи на полное усмотрѣніе лица обязавшагося исполнять-ли ему свое обязательство или не исполнять. Правда, эта полная свобода усмотрѣнія въ ссудѣ нѣсколько затупевывается требованіемъ отъ ссудодателя для досрочнаго расторженія договора доказательства, что вещь ему самому нужна стала вслѣдствіе наступленія непредвидѣннаго обстоятельства, а въ порученіи—условіемъ, чтобы контрагентъ могъ найти замѣстителя, но оба эти условія, несомнѣнно, по существу нисколько почти не подрываютъ правильности выставленнаго нами положенія, что для ссудодателя и принявшаго порученіе обязательство не имѣетъ юридической силы. Но, установивъ такую широкую защиту ссудодателя и лица, принявшаго порученіе, германскій законодатель въ то-же самое время лишилъ ихъ того права, которое предоставлено дарителю, именно, права отобрать отъ контрагента уже доставленное ему обогащеніе въ случаѣ обѣднѣнія предоставившаго или неблагодарности получившаго, хотя предоставленіе подобнаго права имѣло-бы свой смыслъ и при наличности полной свободы расторженія договора.

Таковы отличія въ данномъ отношеніи между дареніемъ съ одной стороны и ссудой и порученіемъ съ другой. Но законодательство германское регламентируетъ еще одинъ безвозмездный договоръ—поклажу, и здѣсь снова вопросъ о защитѣ лица, безвозмездно принявшаго на себя обязательство, отъ исполненія, сдѣлавшагося для него неожиданно тягостнымъ, разрѣшенъ совершенно иначе, именно, въ томъ смыслѣ, что защиты такой здѣсь вовсе не дается. Словесное обѣщаніе взять вещь на храненіе имѣетъ, несомнѣнно, полную юридическую силу, хотя такое обязательство очень часто можетъ быть дано въ необдуманномъ порывѣ великодушія, а исполненіе—оказаться весьма и весьма тягостнымъ для обѣщавшаго. Съ другой стороны,

отказаться отъ исполненія принятаго на себя обязательства безвозмездный поклажеприниматель можетъ только при наличности уважительной причины¹⁾, а не просто потому, что исполненіе обязательства показалось ему обременительнымъ или даже потому, что помѣщеніе, гдѣ хранилась вещь, ему самому понадобилось.

Итакъ, четыре безвозмездныхъ договора, во всѣхъ нихъ одинаково возникаетъ вопросъ объ установленіи льготъ для лицъ, безвозмездно принявшихъ на себя к. н. обязательство, на случай, если исполненіе обязательства окажется для нихъ тягостнымъ, или обязательство дано недостаточно обдуманно, а рѣшеній вопроса дается цѣлыхъ три и совсѣмъ различныхъ другъ отъ друга.

Почему это такъ—неизвѣстно. По крайней мѣрѣ ни въ мотивахъ къ уложенію, ни въ литературѣ, мы не могли найти даже намёка на объясненіе, и сами лично, перебравъ въ умѣ всѣ возможныя догадки, не могли подыскать ключа къ разрѣшенію этой задачи. Поэтому ничего другого не остается, какъ только констатировать здѣсь фактъ безсознательнаго законодательнаго творчества и указать путь для устраненія данной несообразности. И путь этотъ очевиденъ: т. к. всѣ три изъ принятыхъ законодательствомъ поштытокъ разрѣшенія даннаго вопроса одинаково приемлемы для всѣхъ безвозмездныхъ договоровъ, и т. к. дѣлать различіе между отдѣльными изъ этихъ договоровъ нѣтъ оснований, то нужно избрать к. н. одно рѣшеніе и сдѣлать его общимъ для нихъ всѣхъ. Прежде всего, конечно, возможно принять самое простое рѣшеніе—то, которое законодатель далъ для договора поклажи, состоящее въ отрицаніи въ данномъ случаѣ всякаго вліянія момента безвозмездности. Тогда всѣ разсмотрѣнныя нами нормы для даренія, ссуды и порученія должны отпасть, совершаться всѣ безвозмездные договоры будутъ обычнымъ порядкомъ, и ссудодатель, повѣренный и т. н. будутъ имѣть право расторгнуть договоръ до срока лишь при наличности уважительной причины. Другое рѣшеніе будетъ

¹⁾ § 696 В. Г. В.

заключаться въ признаніи вліянія момента безвозмездности въ смыслѣ необходимости оградить лицъ, безвозмездно предоставляющихъ что либо, отъ всей строгости принужденія къ исполненію обязательства, сдѣланному для нихъ тѣлостнымъ. Здѣсь возникаетъ уже вопросъ, какую систему защиты слѣдуетъ признавать общей для всѣхъ безвозмездныхъ договоровъ—ту-ли, которая установлена для даренія, или систему, принятую для ссуды и порученія? Мы лично безъ колебанія высказались-бы за первую систему защиты. Система, принятая для ссуды и порученія, въ общемъ есть не что иное, какъ отрицаніе юридической силы за безвозмездными обязательствами, а противъ этой точки зрѣнія мы уже рѣшительно возражали, когда опровергали выше мнѣніе Умова о неимѣніи юридической силы у обѣщаній подарить¹⁾. Всѣ высказанныя нами тогда соображенія относятся и къ данному случаю. Если я обязался безвозмездно въ теченіе известнаго срока исполнять к. н. работу для другого, а потомъ безъ всякой уважительной причины откажусь продолжать исполнять свою обязанность, то я нарушаю свое слово, и безвозмездность сдѣлки не будетъ служить серьезнымъ оправданіемъ для меня въ глазахъ всякаго честнаго человѣка. На довѣріи къ слову человѣка держатся весь правовой и дѣловой порядокъ, и внушать гражданамъ, что въ безвозмездныхъ обязательствахъ можно своего слова не держать, законодатель не долженъ, иначе онъ нарушитъ основныя принципы политики права. Кроме того, это и несправедливо по отношенію къ другому контрагенту, нарушаетъ его интересы. Та оговорка объ отказѣ въ надлежащее время, которую дѣлаетъ германскій законодатель для договора порученія, насколько этой несправедливости не устраняетъ. Возьмемъ слѣдующій примѣръ:

Нѣкто А можетъ начать процессъ, обѣщающій въ случаѣ выигрыша большія выгоды, но затяжного характера, почему адвокаты не соглашаются вести дѣло съ тѣмъ, чтобы получить гонораръ впоследствии, а требуютъ авансовъ и довольно круп-

¹⁾ См. выше стр. 103—1 4.

ныхъ. Т. к. А человѣкъ небогатый и платить авансы ему не изъ чего, то онъ предпочитаетъ лучше процесса не начинать. Но вотъ одинъ изъ его знакомыхъ обѣщаетъ ему устроить, что известный въ городѣ адвокатъ совѣмъ бесплатно возьмется вести дѣло. Къ великому удовольствію А адвокатъ этотъ дѣйствительно берется бесплатно за дѣло, и процессъ начинается. Но черезъ годъ адвокатъ вдругъ отказывается и указываетъ своему клиенту рядъ другихъ опытныхъ адвокатовъ, которые могли бы вмѣсто него продолжать дѣло. Условіе § 671-го соблюдено, но бѣда въ томъ, что адвокаты эти требуютъ гонорара и внесенія его частью впередъ, и А стоитъ передъ дилеммой—или потерять бесполезно все то, что онъ затратилъ на веденіе процесса или уплатить гонораръ адвокату, т. е. сдѣлать то, на что онъ не рѣшался, не желая отнимать у семьи средства для насущной жизни. Или другой примѣръ: опытная учительница пѣнія открываетъ у молодого приказчика рыбной лавки превосходный голосъ и уговариваетъ его учиться пѣнію у нея бесплатно, обѣщая сдѣлать изъ него въ два года настоящаго пѣвца. Приказчикъ, полагаясь на ея обѣщанія, начинаетъ учиться, работаетъ со всей энергіей и, уже не имѣя возможности совмѣщать эту работу со службой въ лавкѣ, принужденъ бросить послѣднюю и проживаетъ послѣднія сбереженія свои и матери своей, во многомъ необходимомъ себѣ отказывая. Но черезъ полгода учительница отказывается продолжать обученіе. Въ городѣ сколько угодно другихъ учителей пѣнія, но всѣ они бесплатно учить нашего приказчика отказались, а платить за уроки ему абсолютно не тѣмъ. И пришлось бѣднягѣ снова возвращаться въ рыбную лавку, не выучившись пѣнію и лишившись понапрасну всѣхъ сбереженій. Не думаю, чтобы подобная игра безвозмездными обѣщаніями могла быть кѣмъ нибудь оправдана вліяніемъ момента безвозмездности—развѣ безвозмездность можетъ служить оправданіемъ для причиненія ущерба другимъ лицомъ?

Право ссудодателя расторгнуть договоръ обѣщано нѣсколько большими ограниченіями—онъ долженъ доказать, что вещь стала ему самому нужна вслѣдствіе наступленія непредвидѣннаго обстоятельства, но такъ какъ законъ даже не

ставить условию, чтобы нужда была настоятельной, серьезной. то существенной разницы между ссудой и поручениемъ въ этомъ вопросѣ нѣтъ. А между тѣмъ досрочное отобрание вещи очень часто можетъ поставить ссудоприемателя въ очень тягостное положеніе и причинить ему серьезный ущербъ. Въ качествѣ иллюстрацій примѣровъ можно привести, сколько угодно. Вотъ хотя-бы небогатый учитель, ему очень хочется и даже нужно съѣздить на выставку въ одинъ изъ большихъ городовъ, но не на что, т. к. цѣны коммодъ на выставкѣ непомерны. Одинъ знакомый, постоянный житель этого города, его выручаетъ, предлагая безвозмездно комнату въ своей квартирѣ на 10 дней въ его распоряженіе. Обрадованный учитель ѣдетъ и даже беретъ съ собой жену, но черезъ два дня хозяйка проситъ очистить комнату, такъ какъ де она ему самому нужна для прѣхавшей внезапно подруги жены. И пришлось учителю заплатить бѣшенныя деньги за номеръ въ гостинницѣ и затѣмъ уѣхать, не осмотрѣвъ выставки и истратившись напрасно на проѣздъ. Или, напримѣръ, помещикъ обѣщавъ дать сосѣду жнейку на пзвѣстный срокъ, а затѣмъ вытребовалъ ее обратно черезъ день потому, что самому понадобилась. Сосѣдъ и радъ-бы теперь нанять жнейку или рабочихъ, но упустилъ время, всѣ заняты, и хлѣбъ у него осыпался. Да и вообще это право вытребовать вещь до срока въ случаѣ, если она понадобилась, сильно напоминаетъ анекдотическаго мѣщанина на свадьбѣ, обиженнаго чѣмъ то козлевами и во всеуслышаніе требующаго отъ жениха отдать жилетку и цѣпочку къ часамъ, данная въ пользованіе на день свадьбы, т. к. де они теперь „самимъ нужны“. Не этого ли мѣщанина имѣлъ въ виду германскій законодатель передъ глазами, создавая норму о расторженіи ссуды? На основаніи всѣхъ вышеизложенныхъ соображеній мы предпочитаемъ систему гарантій противъ необдуманныхъ безвозмездныхъ обѣщаній системѣ лишенія безвозмездныхъ обязательствъ юридическаго значенія. Эта первая система, поэтому, и должна быть возведена въ общее для всѣхъ безвозмездныхъ сдѣлокъ правило. Согласно ему „для дѣйствительности безвозмезднаго договора требуется, чтобы обѣщаніе было засви-

дѣлательствовано судебнымъ или нотаріальнымъ порядкомъ“. Это суровое требованіе германскій законъ существенно смягчаетъ, устанавливая, что недостатокъ формы „wird durch die Bewirkung d. versprochenen Leistung geheilt“, т. к. реальное исполненіе тогда, когда юридически къ нему нельзя принудить, лучше всего доказываетъ, что лицо серьезно и обдуманно дало свое обѣщаніе, что оно дѣйствительно хотѣло оказать обѣщанную безвозмездно услугу. По смыслу и цѣли этой оговорки видно, что въ дальнѣйшихъ безвозмездныхъ обязательствахъ, какъ напр., въ ссудѣ, покляжѣ, порученіи и т. п., это восполненіе недостатка формы будетъ имѣть мѣсто, безъ сомнѣнія, не по окончаніи самаго договора, а тогда, когда обязавшійся реально приступить къ исполненію—напримѣръ, передать вещь въ пользованіе, праметь вещь на храненіе, начесть исполнять порученіе и т. п.. Поэтому вторая часть нашего общаго правила будетъ гласить такъ: „словесное, не засвидѣтельствованное вышеуказаннымъ порядкомъ обѣщаніе становится дѣйствительнымъ послѣ того, какъ обѣщавшій приступилъ къ его исполненію“.

2) Въ тѣсной связи съ вышеразсмотрѣнной системой гарантій стоитъ и право лица, безвозмездно принявшаго на себя к. н. обязательство, отказаться отъ исполненія, если послѣднее ставить его въ стѣсненное матеріальное положеніе. Связь эта, какъ мы видѣли, заключается въ томъ, что при системѣ свободнаго отказа отъ исполненія безвозмездныхъ обязательствъ, правило это лишается всякаго смысла и становится излишнимъ. тогда какъ при системѣ гарантій оно сохраняетъ все свое значеніе. Никакихъ сомнѣній въ желательности и возможности въ послѣднемъ случаѣ распространить это правило на всѣ безвозмездные договоры возникнуть не можетъ. Сохраняя цѣлкомъ формулировку § 519 В. Г. В., за исключеніемъ лишь слова „даритель“, мы получимъ второе общее правило: „Лицо, безвозмездно принявшее на себя к. н. обязательство, можетъ отказаться отъ исполненія, если оно, принимая во вниманіе другія лежащія на немъ обязанности, не въ состояніи исполнить обѣщанное иначе, какъ лишиши себя возможности вести

соответствующий его общественному положению образ жизни или исполнить лежащая на нем законными обязанностями доставлять пропитание другим лицам; если к такому лицу будет предъявлено несколько безвозмездных обязательств, то возникшему раньше дается преимущество.“

3) Хотя постановление русского и германского законодательства о значении молчания одаряемого при заключении договора дарения с точки зрения политики права встречает очень много возражений¹⁾, частью вполне справедливых, тем не менее т. к. и по существу своему и по своему фактическому содержанию оно одинаково может относиться ко всем безвозмездным договорам, то оно должно составить третье общее правило. Для германского права оно будет иметь следующую форму: „если, желая заключить к. н. безвозмездный договор, одно лицо без ведома другого предоставит последнему свое имущество или приступит к исполнению обязанностей, вытекающих из данного договора, то оно может требовать от него ответа о согласии или не согласии заключить данный договор, назначив на ответ соответствующий срок; по прошествии этого срока договор считается заключенным, если контрагент до истечения срока не сообщит о своем отказе; в случае отказа все безвозмездно предоставленное должно быть возвращено по правилам неосновательного обогащения“.

Общее правило для русского права должно будет гласить так: „если, желая заключить к. н. безвозмездный договор, одно лицо предоставит другому без его ведома свое имущество или приступит к исполнению вытекающих из данного договора обязанностей, то оно остается связанным своим предложением, пока контрагент не заявит о своем согласии или несогласии заключить договор“.

4) Принцип смягчения ответственности дарителя, ссудодателя и поклажепринимателя за исполнение принятых им

¹⁾ Отзывы литературы немецкой по этому вопросу собраны у Ungrad op. cit. s. 68—69; см. также Richrath op. cit. s. 116 ff.

на себя обязанностей, вызванный соображением, что к лицу, безвозмездно оказывающему услугу, нельзя относиться так же строго, как и к лицу, получающему вознаграждение, несомненно, должен быть отнесен ко всем безвозмездным сделкам. Всякое исключение из этого принципа было бы нелогичным и несправедливым. Лучшей иллюстрацией такой несправедливости является германское право, считающее ответственность для поклажепринимателя и сохраняющее строгую ответственность для безвозмездного поручения. Сохранение чужой вещи есть также работа, исполнение чужого поручения, почему сами немецкие юристы признают, что возмездная поклажа по своей природе есть тот же личный наем¹⁾, а безвозмездная поклажа по природе своей ничем не отличается от Auftrags²⁾. Если же оба договора имеют одинаковую природу, то разве логично для безвозмездного поклажепринимателя смягчать ответственность, а для лица, исполняющего безвозмездно поручение, не смягчать? Это не только нелогично, но и ведет к несообразным результатам — так немецкие юристы единодушно держатся взгляда, что если обязанность хранить вещь не является исключительной или главной обязанностью лица, то данный договор целиком надо обсуждать не по правилам поклажи, а по правилам договора, к которому относится главная обязанность данного лица³⁾. Например, по правилам Auftrags, если принявшему поручение придется сверх исполнения других дел хранить вещи своего контрагента, а тогда получится, что если лицо только безвозмездно хранить вещь, ответственность его смягчается, а если оно, кроме хранения, оказывает безвозмездно и другие услуги, то

¹⁾ Fontaine „Der Dienstvertrag und die entgeltliche Verwahrungsvertrag des B. G. B.“ Diss. Rostock 1904; Loewenfeld „Ueber den Dienst-Vertrag- und Auftragsvertrag nach dem Entwurf eines B. G. B.“ 1889; Lotmar „Der Arbeitsvertrag“.

²⁾ Schneider „Depositum und Mandat“ Diss. Erlangen 1899 s. 49—50.

³⁾ Motive B. II s. 570; Vogel op. cit. s. 28—30; Collin op. cit. s. 902; Fontaine op. cit. s. 65; Staudinger B. II 2 s. 1317.

оно и за хранение отвѣчаетъ по всей строгости, т. е. за всякую вину.

Но если смягченіе отвѣтственности должно быть сдѣлано общимъ правиломъ, то возникаетъ вопросъ, какой масштабъ смягченія сдѣлать общимъ—принятый ли для даренія и ссуды и состоящій въ устраненіи отвѣтственности за легкую неосторожность, или масштабъ, принятый для поклажи? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, нужно сперва сопоставить оба масштаба другъ съ другомъ и точно выяснитъ, какаѣ между ними разницы. Строго говоря, отвѣтственность за *diligentia quam suis rebus* только тогда является болѣе мягкой, чѣмъ обычная отвѣтственность по объективному масштабу, когда данное лицо въ своихъ собственныхъ дѣлахъ проявляетъ „*diligentia*“ ниже средней, а если лицо это проявляетъ въ своихъ дѣлахъ „*diligentia*“ выше средняго масштаба, то отвѣтственность по субъективному масштабу будетъ даже строже обычной. Но нѣмецкіе юристы понимаютъ отвѣтственность „*quam suis rebus*“ обычно не въ такомъ буквальномъ смыслѣ, а исходятъ изъ соображенія, что законъ хотѣлъ въ данномъ случаѣ облегчить отвѣтственность безвозмезднаго поклажепринимателя, а не усилить, т. е. было-бы явной несообразностью съ безвозмезднаго поклажепринимателя взыскивать въ извѣстныхъ случаяхъ строже, чѣмъ съ возмезднаго, а потому они утверждаютъ, что если поклажеприниматель въ своихъ дѣлахъ проявляетъ *diligentiam* болышую, чѣмъ это нормально требуется въ оборотѣ, то онъ отвѣчаетъ уже не по субъективному масштабу, а по объективному¹⁾. Такимъ образомъ, *diligentia quam suis rebus* имѣетъ отношеніе только къ поклажепринимателю, проявляющему въ своихъ дѣлахъ *diligentiam* меньшую, чѣмъ это требуется въ оборотѣ. Но и тутъ смягченію отвѣтственности положенъ предѣлъ самимъ законодателемъ, объявившимъ въ § 277 В. Г. В., что лицо, отвѣчающее по субъективному масштабу, отвѣтственности за грубую неосторожность не

¹⁾ Oertmann ann. zu § 277; Fischer-Hentle ann. zu § 277; Vogel „Der regelmässige Verwahrungsvertrag des bürgerl. Rechts unter verhältnissen der Verwertung des gem. Rechts“ Diss. Erlangen 1908 s. 57

освобождается. Въ результатѣ получается, что значеніе *diligentia quam suis rebus* въ договорѣ поклажи сводится къ тому, что если поклажеприниматель въ своихъ личныхъ дѣлахъ обычно проявляетъ легкую неосторожность, то онъ за такую не отвѣчаетъ и передъ поклажедателемъ, тогда какъ по объективному масштабу онъ долженъ былъ-бы отвѣчать и въ данномъ случаѣ. Если теперь сопоставить эту отвѣтственность съ той, которая установлена для даренія и ссуды, то разница вся между ними сведется къ тому, что даритель и ссудодатель никогда не отвѣчаютъ за легкую неосторожность, а безвозмездный поклажеприниматель только тогда не отвѣчаетъ за нее, когда и въ своихъ личныхъ дѣлахъ онъ обычно проявляетъ такого рода небрежность. При такомъ соотношеніи этихъ двухъ масштабовъ мы безъ колебанія высказались бы въ пользу первого, во первыхъ, потому, что примѣненіе субъективнаго масштаба для судьбы представляетъ большія затрудненія, а во вторыхъ, этотъ масштабъ смягчаетъ отвѣтственность только тѣхъ лицъ, которые въ своихъ личныхъ дѣлахъ проявляютъ внимательность ниже той, которая требуется въ оборотѣ, а для остальныхъ гражданъ оставляетъ общую строгую отвѣтственность, между тѣмъ какъ проводить такое различіе и нелогично и несправедливо, такъ какъ и самый бдительный человекъ можетъ оказаться повиннымъ въ легкой неосторожности, и возлагать на него строгую отвѣтственность значило бы не считаться съ принятымъ и законодательствомъ и соответствующимъ народнымъ воззрѣніемъ принципомъ, что лицу, оказывающему любезность или благодѣаніе, нельзя ставить каждое лыко въ строку. На этомъ основаніи мы высказались бы за слѣдующую формулировку общаго правила: „при исполненіи обязательства, принятаго безвозмездно, каждый отвечаетъ лишь за умыселъ и грубую неосторожность“.

5) Никакихъ затрудненій не встрѣчаетъ, съ вашей точки зрѣнія, обобщеніе правила объ отобраніи дара въ слѣдствіе обиды дарителя. Соответственно измѣняя текстъ §§ 528—529, мы получимъ слѣдующія нормы общаго характера: а) „Если лицо, безвозмездно исполнившее для другого лица принятое

на себя по договору обязательство, окажется впоследствии не въ состоянїи поддерживать свое существованіе соответственно своему положенію или исполнять возложенную на него закономъ по отношенію къ родственникамъ, бывшему или настоящему супругу обязанность содержанія, то оно можетъ вытребовать отъ контрагента по правиламъ неосновательнаго обогащенія все, насколько тотъ обогатился отъ исполненія данного безвозмезднаго обязательства. Контрагентъ можетъ вмѣсто возвращенія обогащенія уплатить сумму, нужную для содержанія истца. Къ обязанности контрагента соответственно примѣняются §§ 760, 1613 и 1615. Если было исполнено даннымъ лицомъ нѣсколько безвозмездныхъ обязательствъ по отношенію къ разнымъ лицамъ, то контрагентъ по обязательству, исполненному раньше, отвечаетъ лишь въ томъ случаѣ, когда на позднѣйшихъ контрагентахъ обязанности возвращенія обогащенія не лежатъ. 2) Право на возвращеніе обогащенія въ случаѣ, предусмотрѣнномъ предшествующимъ правиломъ, не дается, если истецъ самъ умышленно или по собственной грубой неосторожности создалъ себѣ затруднительное матеріальное положеніе, или если со времени исполненія безвозмезднаго обязательства прошло 10 лѣтъ; то же самое имѣетъ мѣсто, если контрагентъ, принимая во вниманіе другія лежащія на немъ обязанности, не въ состоянїи вернуть обогащенія, не подвергаясь риску лишиться возможности самому поддерживать существованіе соответственно своему положенію или исполнить возложенную на него закономъ обязанность содержать своихъ близкихъ".

6) Въ то время какъ относительно объединенія германскій законодатель отдѣльно предусматриваетъ какъ возвращеніе даннаго, такъ и отказъ отъ исполненія дарственнаго обѣщанія еще не исполненнаго, на случай неблагодарности законъ говоритъ только о возвращенія. Правда, нѣмецкіе юристы вполне правильно распространяютъ эту норму и на отказъ отъ исполненія еще не исполненнаго обѣщанія, но тѣмъ не менѣе, составляя общее правило, это обстоятельство необходимо въ немъ

ясно подчеркнуть, т. е. въ большинствѣ безвозмездныхъ обязательствъ расторженіе еще не исполненнаго договора въ случаѣ неблагодарности контрагента, несомнѣнно, имѣетъ гораздо большее значеніе, чѣмъ истребованіе обогащенія. Соответственно этимъ, общее правило о неблагодарности мы бы выразили въ слѣдующей формѣ: а) „Лицо, принявшее безвозмездно на себя к. н. обязательство по договору, можетъ расторгнуть договоръ, а если онъ уже исполнилъ цѣликомъ или частью, требовать возвращенія всего того, насколько контрагентъ его обогатился отъ исполненія договора, если послѣдній тяжкимъ проступкомъ по отношенію къ нему или его близкимъ проявилъ грубую неблагодарность. Наслѣдники имѣютъ вышеуказанныи права лишь въ томъ случаѣ, если контрагентъ умышленно и противоправно убилъ наслѣдодателя или воспрепятствовалъ ему предъявить требованіе о расторженіи договора или возвращенія обогащенія. б) Указанное въ предшествующей статьѣ право осуществляется посредствомъ заявленія контрагенту; возвратъ совершается по правиламъ неосновательнаго обогащенія. в) Предъявленіе вышеуказанныхъ требованій не можетъ имѣть мѣста, если истецъ простилъ контрагенту его неблагодарность, или если прошелъ годъ съ того времени, какъ истецъ узналъ объ обстоятельствахъ, дающихъ возможность требовать расторженія договора или возвращенія обогащенія. По смерти контрагента предъявленіе вышеуказанныхъ требованій не допускается. г) Отъ права требовать расторженія договора или возвращенія обогащенія можно отказаться лишь послѣ того, какъ неблагодарность стала извѣстной лицу, принявшему на себя исполненіе безвозмезднаго обязательства“.

Русская статья 974 т. X ч. 1, какъ мы выше детально указывали, формулирована весьма неудовлетворительно, но т. е. здѣсь мы ставимъ себѣ задачей не созданіе вообще болѣе рациональныхъ нормъ о дареніи, а лишь обобщеніе существующихъ нормъ, то мы и въ данномъ случаѣ будемъ придерживаться текста закона. Тогда общая норма русскаго права будетъ гласить: „если кто нибудь причинитъ похищеніе на жизнь

лица, безвозмездно принявшего по отношению къ нему какое либо обязательство по договору, причинить ему побой или угрозы, оклеветать его въ какомъ либо преступленіи или вообще окажется ему явное непочтене, то потерпевшій имѣеть право отказаться отъ исполненія безвозмезднаго обязательства, а если оно уже было исполнено цѣликомъ или частью, то требовать возвращенія всего, предоставленнаго ему такимъ исполненіемъ“.

7) Разъ мы установили общія правила о возвращеніи обогащенія въ случаѣ неблагодарности и обдѣиваія, то никакихъ препятствій не можетъ быть и для установленія общаго для всѣхъ безвозмездныхъ договоровъ исключенія изъ этихъ правилъ на случай, если заключеніе безвозмезднаго договора являлось исполненіемъ нравственнаго долга или приличія. Здѣсь только не лишнимъ будетъ пояснить, что это исключеніе распространяется лишь на возвращеніе даннаго, но никакъ не на отказъ отъ еще неисполненнаго безвозмезднаго обязательства, какъ это и сейчасъ имѣеть мѣсто въ германскомъ правѣ, говорящемъ въ § 534 лишь о „Rückforderung“ и о „Widerruf“, но не объ отказѣ отъ исполненія, установленномъ въ § 519 В. Г. В.. Психологически между отобраніемъ даннаго съ одной стороны и отказомъ отъ исполненія съ другой лежитъ большая разница. Что сдѣлано, то сдѣлано, и если это сдѣлано въ силу требованія нравственности или приличія, то позднѣйшій фактъ—неблагодарность или обдѣиваніе—можетъ и не давать права вытребовать данное обратно. Но неизмѣримо тяжелѣе для человѣка оказывать любезность или благодарныя тогда, когда онъ грубо оскорбленъ контрагентомъ или когда ему самому ѣсть нечего. Грубая неблагодарность какъ бы покрываетъ основаніе обѣщанія, уничтожаетъ нравственный долгъ или требованіе приличія и превращаетъ договоръ въ обыкновенную безвозмездную сдѣлку. Точно также отпадаютъ требованія нравственности или приличія, когда обѣщавшій впалъ въ затруднительное матеріальное положеніе, т. к. никакое приличіе не можетъ требовать, чтобы человѣкъ благотворилъ другому тогда, когда этимъ самымъ онъ лишаетъ себя или своихъ близкихъ средствъ къ жизни. Если можно требовать отъ чело-

вѣка, чтобы онъ примирился съ уже совершившимся ранѣе фактомъ и не требовалъ его восстановленія, то врядъ-ли можно предъявлять къ обычнымъ среднимъ людямъ такіа высокіа христіанскія требованія, какъ требованіе продолжать, напримѣръ, безвозмездную работу въ пользу другого или принести обѣщанный подарокъ тому, кто грубо оскорбилъ его самого или его близкихъ, или тогда, когда своей работой безвозмездной или подаркомъ онъ отнимаетъ послѣдній кусокъ хлѣба у своей семьи. Поэтому общее правило, соотвѣтственно формулировкѣ германскаго уложенія, должно гласить: „*Лицо, исполнившее безвозмездное обязательство, принятое на себя въ силу требованія нравственности или приличія, не можетъ требовать возвращенія обогащенія въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ предшествующими статьями*“.

9) Послѣднее общее правило, устанавливающее возвращеніе *modus'a*, можетъ быть сформулировано такъ: „*если безвозмездное обязательство будетъ соединено съ возложеніемъ *modus'a*, и послѣдній не будетъ исполненъ, то, при наличности условій, установленныхъ для осуществленія права отступленія при двустороннихъ договорахъ, предоставившій что либо по данному договору можетъ требовать возвращенія предоставленнаго по правиламъ неосновательнаго обогащенія постольку, поскольку предоставленное должно было служить для исполненія *modus'a*; это притязаніе не признается за нимъ, когда требуется исполненія *modus'a* управомочено третье лицо*“.

10) Для русскаго права можетъ быть выставлено еще одно общее правило, гласящее: „*безвозмездные договоры въ случаѣ сомнѣній прекращаются со смертью лица, въ пользу котораго они заключены*“; но т. к. это правило законодателемъ не установлено прямо, а можетъ быть и въ настоящее время выводимо юристами изъ общаго характера безвозмездныхъ сдѣлокъ, то, конечно, ничто не мѣшаетъ остаться и при существующемъ порядкѣ вещей.

Итакъ, въ результатѣ мы получили для германскаго права довольно многочисленный рядъ правилъ общихъ для всѣхъ без-

возмездныхъ договоровъ—примѣняясь къ формулировкѣ германскаго уложенія, правила эти составятъ дѣльнѣхъ одинадцать статей. Для русскаго права количество такихъ общихъ нормъ будетъ весьма незначительно—всего двѣ нормы, если не считать правила, о которомъ мы упоминали въ пунктѣ 9-омъ, что объясняется тѣмъ, что наше законодательство, какъ мы доказали, признаетъ вообще вліяніе момента безвозмездности въ весьма немногихъ случаяхъ. Но здѣсь возникаетъ дальнѣйшій вопросъ—за выдѣленіемъ такихъ общихъ правилъ что же станетъ вообще съ регламентаціей отдѣльныхъ безвозмездныхъ договоровъ? Отвѣтъ на этотъ вопросъ приходится давать различный для разныхъ договоровъ, что объясняется тѣмъ, что регламентація отдѣльныхъ безвозмездныхъ договоровъ въ современныхъ законодательствахъ построена не по одинаковому плану. Такъ относительно нѣкоторыхъ безвозмездныхъ договоровъ законодательства поступаютъ слѣдующимъ образомъ—они регламентируютъ договоръ, имѣющій известное своеобразное содержаніе, безотносительно будетъ онъ возмезднымъ или безвозмезднымъ, а затѣмъ тутъ-же указываютъ, тѣ особенности, которыя создаются моментомъ безвозмездности. Такого рода регламентацію мы имѣемъ для порученія и поклада; логически она безусловно правильна и должна остаться въ неприкосновенности съ тѣмъ лишь исключеніемъ, что если вліяніе момента безвозмездности для даннаго договора имѣетъ общій характеръ, то она изъ регламентаціи, относящейся именно къ данному договору должна отпасть, т. е. будетъ поглощена общими правилами о безвозмездности. Совсѣмъ иной характеръ имѣетъ существующая регламентація ссуды и даренія. Такъ какъ однородные по содержанію возмездные договоры регламентированы отдѣльно, то правила даренія и ссуды должны теоретически быть исключительно вызванными вліяніемъ момента безвозмездности, поэтому даже безъ выдѣленія общихъ правилъ о безвозмездности эта регламентація должна подвергнуться тщательной очисткѣ отъ тѣхъ нормъ, которыя не вызваны вліяніемъ момента безвозмездности, такъ какъ существованіе подобныхъ нормъ въ области даренія и ссуды является грубой ошибкой,

влекущей за собой весьма печальные результаты въ видѣ разрѣшенія различнымъ образомъ совершенно одинаковыхъ вопросовъ безъ всякаго на то основанія (сюда напримѣръ, относятся правила объ Auflage, которыя должны составить самостоятельную регламентацію, и многія другія). Затѣмъ изъ оставшихся нормъ, ясное дѣло, должны быть исключены тѣ, которыя покрываются общими правилами о безвозмездности, т. е. повтореніе ихъ для отдѣльныхъ договоровъ и излишне и можетъ снова повести современемъ къ появленію разныхъ рѣшеній безъ надлежащихъ основаній. Такимъ образомъ, у насъ останутся только тѣ нормы, вызванныя вліяніемъ момента безвозмездности, которыя исключительно относятся къ даннаго рода безвозмездному договору—напримѣръ, исключительно къ безвозмездному предоставленію вещи въ собственность или въ пользованіе. Но такихъ нормъ оказывается весьма небольшое количество—напримѣръ, для даренія по германскому праву норма, освобождающая дарителя отъ платежа Verzugszinsen, правила, смягчающія отвѣтственность его за евикцію и за фактическіе недостатки вещи, норма, опредѣляющая судьбу modus'a вслѣдствіе обнаружившихся недостатковъ въ правѣ или въ самой вещи, а для даренія по русскому праву—запрещеніе дарить родовыя вещи. Очевидно, что эти немногочисленные правила не должны создавать регламентацію отдѣльнаго договора, а должны быть помѣщены, какъ исключенія, къ правиламъ, регламентирующимъ однородный возмездный договоръ, или правилами, регламентирующимъ ту или иную обязанность вообще. Такъ при регламентаціи возмезднаго отчужденія и приобрѣтенія вещи въ собственность должны быть указаны и тѣ отклоненія, которыя будутъ имѣть мѣсто въ отвѣтственности за евикцію и за недостатки вещи въ случаѣ безвозмездности отчужденія, норма о Verzugszinsen должна быть отнесена къ общему правилу о просрочкѣ, и т. п. Только такой способъ регламентаціи безвозмездныхъ договоровъ и будетъ соответствовать требованіямъ логики и правильной законодательной техники.

Установивъ общую регламентацію вліянія момента безвозмездности въ области договоровъ, а также вліяніе этого мо-

мента въ отдѣльныхъ договорахъ, законодатель вышеуказанную общую регламентацію долженъ подвергнуть дальнѣйшей обработкѣ. Послѣдняя должна состоять въ точномъ опредѣленіи области примѣненія этой регламентаціи съ одной стороны путемъ дальнѣйшаго ея обобщенія, а съ другой стороны путемъ изъятія изъ ея дѣйствія нѣкоторыхъ цѣльныхъ категорій безвозмездныхъ договоровъ и сдѣлокъ, представляющихъ какія либо общія имъ всѣмъ особенности. Такъ, на примѣръ, безвозмездныя сдѣлки могутъ быть и абстрактными, почему, естественно, возникаетъ вопросъ, не слѣдуетъ ли для этихъ абстрактныхъ сдѣлокъ установить какія либо изъятія изъ общей регламентаціи. Что же касается до дальнѣйшаго обобщенія, то здѣсь возникаютъ вопросы, не слѣдуетъ ли эту общую регламентацію распространить и на сдѣлки *mortis causa*, являющіяся также безвозмездными, или на всѣ безвозмездныя юридическія отношенія, хотя бы основанныя не на сдѣлкахъ. Изъ этихъ двухъ послѣднихъ вопросовъ, ясно, первый долженъ быть рѣшенъ отрицательно, т. е. стоитъ прочесть установленныя нами общія правила, чтобы увидѣть, что всѣ они не могутъ относиться къ сдѣлкамъ *mortis causa*. Иначе обстоитъ дѣло со вторымъ вопросомъ, т. е. за исключеніемъ правилъ о формѣ сдѣлки, о принятіи предложенія и о *modus*ѣ, всѣ остальные правила по существу своему могутъ относиться и къ безвозмезднымъ отношеніямъ, основаннымъ не на сдѣлкахъ. Но здѣсь надо не упускать изъ виду, что нормы эти только *могутъ* примѣняться, но никоимъ образомъ не должны, такъ что законодателю и науцѣ придется тщательно обсудить значеніе того обстоятельства, что безвозмездное отношеніе возникло здѣсь не на основаніи добровольнаго соглашенія, и что проявленія щедрости или благодѣянія здѣсь нѣтъ. почему возможно и не признавать нужнымъ, на примѣръ, смягчать въ данномъ случаѣ ответственность лица обязаннаго или примѣнять правила о неблагодарности или обдѣлѣнн.

Мы закончили наше изслѣдованіе въ предѣлахъ поставленной нами задачи. Задача эта состояла въ попыткѣ на изученіи влияния момента безвозмездности выяснить, насколько правильно то положеніе, къ которому мы пришли часто дедук-

тивнымъ путемъ, положеніе о необходимости, какъ для правильности догматической разработки права, такъ и для политики права или, вѣрнѣе, законодательской техники, — изучать отдѣльные элементы правовыхъ явленій. И мы думаемъ, что наше изслѣдованіе полностью подтвердило это положеніе. Изученіе влияния момента безвозмездности посредствомъ метода разницы оказалось въ данномъ случаѣ не только возможнымъ, но и обнаружило, что такое изученіе даетъ единственно правильную постановку вопросовъ, надъ разрѣшеніемъ которыхъ неоднократно спорили юристы, и даетъ возможность эти вопросы разрѣшить. Вместе съ тѣмъ это изученіе обнаружило, что для достиженія тѣхъ или иныхъ политико-правовыхъ соображеній законодатель долженъ строго учитывать влияние отдѣльных элементовъ и стремиться по возможности дать общую регламентацію тѣхъ изъ нихъ, которые входятъ въ рядъ различныхъ правовыхъ институтовъ: такая общая регламентація устранивъ рядъ противорѣчій и неясностей, сократитъ значительно количество правовыхъ нормъ и вмѣстѣ съ тѣмъ дастъ правовую регламентацію всѣмъ тѣмъ безчисленнымъ и разнообразнымъ юридическимъ отношеніямъ, которыя законодатель не предусматрѣлъ и не могъ предусмотрѣть. Мы прекрасно сознаемъ, что при анализѣ отдѣльныхъ нормъ нами могли быть допущены ошибки и многочисленныя и весьма существенныя, но правильность этихъ общихъ выводовъ для насъ лично сомнѣнію не подлежитъ. Дѣло критики указать, насколько въ этомъ отношеніи мы правы.

