

Пергамент Михаил Яковлевич

**Договорная неустойка и интерес в
римском и современном
гражданском праве**

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 82-3
ББК 84-4
М69

М69 **Михаил Яковлевич П.**
Договорная неустойка и интерес в римском и современном гражданском праве / Пергамент
Михаил Яковлевич – М.: Книга по Требованию, 2023. – 356 с.

ISBN 978-5-521-27553-3

ISBN 978-5-521-27553-3

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2023
© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2023

Эта книга является репринтом оригинала, который мы создали специально для Вас, используя запатентованные технологии производства репринтных книг и печати по требованию.

Сначала мы отсканировали каждую страницу оригинала этой редкой книги на профессиональном оборудовании. Затем с помощью специально разработанных программ мы произвели очистку изображения от пятен, клякс, перегибов и попытались отбелить и выровнять каждую страницу книги. К сожалению, некоторые страницы нельзя вернуть в изначальное состояние, и если их было трудно читать в оригинале, то даже при цифровой реставрации их невозможно улучшить.

Разумеется, автоматизированная программная обработка репринтных книг — не самое лучшее решение для восстановления текста в его первоизданном виде, однако, наша цель — вернуть читателю точную копию книги, которой может быть несколько веков.

Поэтому мы предупреждаем о возможных погрешностях восстановленного репринтного издания. В издании могут отсутствовать одна или несколько страниц текста, могут встретиться невыводимые пятна и кляксы, надписи на полях или подчеркивания в тексте, нечитаемые фрагменты текста или загибы страниц. Покупать или не покупать подобные издания — решать Вам, мы же делаем все возможное, чтобы редкие и ценные книги, еще недавно утраченные и несправедливо забытые, вновь стали доступными для всех читателей.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

ЧАСТЬ I.

Неустойка и интересъ въ ихъ взаимномъ отношеніи по римскому праву.

ВВЕДЕНІЕ	Стр. 3
--------------------	-----------

I. Отношеніе стипуляціи о неустойкѣ къ абстрактному обязательству.

§ 1. Простая (или ординарная) стипуляція и сложная (или двойная) стипуляція	7
---	---

Fr. 115 §§ 1, 2 de V. O. — Аналогія съ легатомъ.—Понятіе неустойки.

§ 2. Контроверза относительно легата	18
--	----

Юліанъ и его сторонники; Павелъ. — Практическія послѣдствія разности возрѣвій. — Отношеніе Папиніана къ той и другой конструкціи.—C. 14 de pactis 2, 3.—Взглядъ на дѣло Гербера и Максена.

§ 3. Quasi-новация во fr. 44 § 6 D. de O. et A. (44, 7)	29
---	----

§ 4. Результатъ	33
---------------------------	----

Выводъ для чисто римскаго права.—Толкованіе fr. 1 § 6 D. de stip. serv. (45, 3). —Выводъ для пандектнаго права.

II. Отношеніе договора о неустойкѣ къ матеріальному обязательству.

ГЛАВА I.

Отношеніе альтернативное.

§ 5. Ограниченіе вѣрителя однимъ требованіемъ съ предоставленіемъ ему права выбора между главнымъ обязательствомъ и договоромъ о неустойкѣ	38
--	----

Указаніе на источники. — Толкованіе fr. 4 § 7 de doli mali et met. exc. (44, 4) и c. 40 de transact. (2, 4).

- Стр.
54
- § 6. Право вѣрителя производить дополнительное взысканіе.
Fr. 41 и 42 pro socio (17, 2); fr. 28 de A. E. V. (19, 1).—
Ученіе о томъ, что эти мѣста интерполированы, и его
опѣнка. — Экскурсъ въ область стеченія исковъ.—Новые
доводы, выставленные противъ подлинности тѣхъ же от-
рывковъ. — Форма неустойчнаго соглашенія.
- § 7. Неустойка въ своемъ качествѣ заранѣе опредѣленнаго
въ пользу вѣрителя интереса. 80
Отдѣльными положеніи, вытекающіи изъ этого характера
неустойки. — Ученіе Вендта о природѣ неустойки и его
критика. — Расширеніе понятія неустойки (Вендтъ, Гин-
шусъ).
- § 8. Практика судебныхъ мѣстъ въ территоріяхъ пандект-
наго права 97
Проведеніе начала альтернаціи. — Вопросъ о погашеніи
права на неустойку вслѣдствіе принятія вѣрителемъ
удовлетворенія по главному обязательству.

ГЛАВА II.

Отношеніе кумулятивное.

- § 9. Кумуляція, какъ исключеніе въ источникахъ. . . 106
Общія замѣчанія о кумуляціи. — Мѣста источниковъ.—
Кумуляція при мировой сдѣлкѣ. — Кумуляція въ визан-
тійскомъ правѣ.
- § 10. Выдѣленіе отрывковъ съ кажущейся только ку-
муляціей 119
Fr. 47 de A. E. V. (19, 1). Его интерпретація, Ошибка
римскаго юриста. — Fr. 122 § ult. de V. O. (45, 1). Выяс-
неніе смысла рѣшенія классика. Другія толкованія того же
фрагмента.
- § 11. Когда допускать кумуляцію? Природа неустойки при
кумулятивномъ отношеніи 136

ГЛАВА III.

Tertium non datur.

- § 12. Къ характеристикѣ римскоправовой фигуры, дающей
право требовать только неустойки 142
Эта фигура самымъ тѣснымъ образомъ связана съ рим-
скимъ абстрактнымъ договоромъ.—Ея правовыя положенія

непримѣнимы, когда условіе о неустойкѣ укрѣпляетъ матеріальное обязательство. — Разборъ мѣтнія Бертолини и друг.

§ 13. Fr. 71 pr. D. pro socio (17, 2) 151

Толкованіе этого мѣста. — Имѣющаяся въ немъ интерполяція.

§ 14. Опроверженіе воззрѣнія Вангерова и Виндшейда . . 159

Неустойка и отступное. — Полемика съ Зеккелемъ.

ДОБАВЛЕНІЕ.

Гипотеза Sjögren'a 171

Сущность гипотезы. — Повѣрка ея состоятельности на примѣрахъ: 1) компромисса, 2) мировой сдѣлки, 3) предварительнаго договора, 4) договора о товариществѣ, 5) обязательства уплачивать проценты; далѣе, на случаяхъ 6) установленія сервитута, 7) договоровъ въ пользу третьихъ лицъ и во вредъ имъ и 8) обязательствъ безъ имущественнаго интереса. — Лженеустойка. — Общій выводъ.

ЧАСТЬ II.

Неустойка и интересъ въ ихъ взаимоотношеніи по новымъ кодексамъ.

I. Пруско-французская система.

§ 15. Пруское Земское Уложеніе 189

Главные положенія. — Неудовлетворительность постановки вопроса сравнительно съ римскимъ строго альтернативнымъ принципомъ. — Нѣкоторые второстепенныя постановленія о неустойкѣ, заключающіяся въ прускомъ кодексѣ.

§ 16. Французское и италіанское законодательства . . . 202

Совпаденіе съ прускимъ правомъ. — Тенденція, обнаруживающаяся въ судебной практикѣ. — Редакція ст. 1229 п. 1. — Неустойка за несвоевременность исполненія. — Неустойка, призванная обезпечить соблюденіе мировой

сдѣлки. — Заимствование нормъ изъ Code civil кодексами итальянскимъ и, конечно, баденскимъ, а въ настоящее время и японскимъ.

§ 17. Общее гражданское Уложение Австрійской Имперіи 1811 года 213

Неустойка — не иное что, какъ вознагражденіе за ущербъ. — Ученіе о необходимости кумулировать исполненіе по основному договору съ неустойкою. — Ложность этого ученія. — Неустойка въ законодательствѣ и теоріи XVIII вѣка и начала нашего.

II. Средніе типы законодательствъ.

§ 18. Саксонское гражданское уложеніе 221

Право выбора вѣрителя между возмѣщеніемъ убытковъ и неустойкою. — Отсутствіе дополнительнаго иска о разности между однимъ требованіемъ и другимъ.

§ 18 а. Цюрихское гражданское Уложеніе 1853—56 года . . . 224

III. Римская система.

§ 19. Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ 1881 года 225

Усвоеніе римскихъ началъ. — Отступленіе въ одномъ частномъ случаѣ въ вопросѣ о винѣ, какъ реквизитъ для commissio roripae.

§ 20. Гражданское Уложеніе Германской Имперіи (Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich) 227

Нормы для неустойки, назначенной на случай неисполненія, и для неустойки, назначенной на случай только ненадлежащаго исполненія. — Диспозитивный характеръ этихъ нормъ. — Предѣлы колебанія вѣрителя. — Неустойка денежная и состоящая въ иномъ удовлетвореніи. — Неустойка въ прежнемъ Торговомъ уложеніи и въ нынѣшнемъ. — § 75 п. 2 новаго Н.Г.В.'а; заключеніе, которое дѣлаетъ изъ него Зеккель.

§ 21. Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ 237

Философская кодификація положеній пандектнаго права. — Редакціонныя и иные промахи, допущенныя составителями Свода.

IV. Система кумулятивного отношенія.

§ 22. Статья 1585 т. X ч. 1 243

Толкованіе этой статьи Сенатомъ и господствующимъ мнѣніемъ. — Неустойка, какъ наказаніе или кара. — Полная неудовлетворительность подобной нормировки и желательность ея отмены въ будущемъ.

§ 23. Продолженіе 251

Обращеніе къ источникамъ статьи 1585. — Ея иноземное происхожденіе: она заимствована изъ австрійскаго права. — Освѣщеніе § 1336 австрійскаго кодекса. — Zeiller и его взглядъ. — Отразился-ли этотъ взглядъ на Сперанскомъ и нашей отечественной нормѣ и въ какой мѣрѣ? — Анализъ ст. 1585. — Духъ нашего законодательства. — Практическій выводъ и его утѣшительность.

ЧАСТЬ III.

Право судьи на пониженіе размѣра неустойки.

§ 24. Право на пониженіе въ случаѣ частичнаго исполненія главнаго обязательства 271

Римское право. — Ст. 1231 Наполеонова кодекса. Ея обоснованіе, примѣнимость и происхожденіе. — Fr. 9 § 1 *si quis cautionibus* (2, 11). Его отношеніе къ общему началу, принятому въ римскомъ правѣ. — Вліяніе въ Римѣ формы неустойчнаго соглашенія на вопросы о послѣдствіяхъ частичнаго исполненія и о судьбѣ неустойки при наслѣдованіи, затѣмъ на вопросы о томъ, съ какого момента пеня заслужена, и о значеніи вины на сторонѣ должника. — Каковъ выводъ для современнаго права? — Заблужденіе Геринга насчетъ *culpa* и ея несущественности при неустойкѣ. — Положеніе вопроса въ теоріи пандектнаго права, въ новыхъ законодательствахъ и въ частности въ германскомъ гражданскомъ уложеніи. — Желательное и отчасти уже осуществившееся регулированіе остальныхъ намѣченныхъ вопросовъ. — Юридическая конструкція добровольной неустойки, предложенная Гольмстеномъ (и Neuenfeldt'омъ). — Анализъ отдѣльныхъ моментовъ, какъ критеріевъ для опредѣленія природы договорной пени. Непригодность въ этомъ смыслѣ однихъ моментовъ и пригодность другихъ.

§ 25. Право на пониженіе независимо отъ частичнаго исполненія основнаго обязательства	312
---	-----

Законодательства, допускающія подобное правомочіе судьи.—Проектъ нашего Министерства Финансовъ.—Созданіе § 343 германскаго гражданскаго уложенія и критическія замѣчанія по поводу и по адресу этой нормы: практика въ Австріи и другихъ странахъ и ея плоды; предложеніе О. Вера; охрана, предоставляемая законами о ростовщичествѣ; трудности, связанныя съ осуществленіемъ судейскаго права уменьшать неустойку; регулированіе вопроса въ области торговаго права.

ПРИЛОЖЕНІЯ.

I. Проектъ главы о (добровольной) неустойкѣ въ отечественномъ законодательствѣ	333
II. Источники	336
III. Литература.	345

Замѣченныя опечатки.

<i>Страница</i>	<i>Строка</i>	<i>Напечатано</i>	<i>Должно быть</i>
14	7 сверху	серьовнѣйшую	серіознѣйшую
37	8 „	стипуляціи,	стипуляціи,
60	6 „	несравнѣнно	несравненно
73	10 „	ворядокъ	порядокъ
74	7 „	о д н а	о д н а,
86	2 „	д о з в о л е н н о й	д о з в о л е н н о й
94	5 „	условіе,	условіе
114	8 „	императору,	императоры,
138	1 снизу	в м ѣ с т у	в м ѣ с т ѣ
147	10 „	fr. 115	fr. 115 рг.
167	11 „	видѣли,	видѣли,
172	6 „	оборота.	оборота. ¹⁾
¹⁾ Ср. Sohm, Institutionen 7 изд. стр. 369.			
—	1 „	заключеніе	установленіе
173	1 сверху	обязанность	обязательство
181	6 „	о б я з а н н о с т ь	обязательство
195	13 „	психологическомъ	психологическомъ
—	10 снизу	отрицательныя	отрицательныя
236	12 сверху	поставленъ,	поставленъ
256	1 снизу	образцовъ	образцовъ
258	1 „	ерменевтики.	герменевтики.
286	16 „	справедливыя	справедливыя

ЧАСТЬ I.

Неустойка и интересъ въ ихъ взаимномъ
отношеніи по римскому праву.

ВВЕДЕНИЕ.

Изъ области договора о неустойкѣ по своей важности и, такъ сказать, центральности, выдѣляется ученіе о взаимоотношеніи неустойки и интереса — отношеніи неустойки къ исполненію обязательства, съ одной, и затѣмъ къ вознагражденію за вредъ и убытки, съ другой стороны. Не подлежитъ сомнѣнію, что первоначально названное ученіе въ римскомъ правѣ не могло ни возбуждать того вниманія, ни пользоваться тѣмъ развитіемъ, какія выпали на его долю впоследствии. Объясняется это тѣмъ, что первоначально въ древнемъ Римѣ не наблюдается, какъ извѣстно, полной и всесторонней оцѣнки интереса: право той эпохи не было ни достаточно чуткимъ, ни достаточно гибкимъ, чтобы оказаться способнымъ принять въ соображеніе интересъ лица въ требуемой степени, во всемъ его объемѣ. Добровольная неустойка въ то время являлась поэтому не только желательнымъ, но нерѣдко и единственнымъ, а вслѣдствіе того и необходимымъ средствомъ обезопасить себя отъ послѣдствій невыполненія контрагентомъ принятаго имъ на себя обязательства. Здѣсь — пока, на этой ступени — значеніе названнаго ученія и связанныхъ съ нимъ вопросовъ, естественно, относительно маловажно, подчасъ минимально. Но неустойка продолжаетъ свое существованіе и въ позднѣйшемъ, развитомъ

правъ. Мало того: съ расширеніемъ оборота, съ усложненіемъ юридическихъ сдѣлокъ и гражданскихъ правоотношеній, она приобретаетъ особенное, чрезвычайно широкое распространеніе. Съ одной стороны, римскій *iudex* получаетъ ничѣмъ почти не стѣсненную возможность считаться съ разнообразными видами и отбѣнками интереса, цѣнить какъ *damnum emergens*, такъ и *lucrum cessans*, какъ непосредственный, прямой, такъ и посредственный, косвенный интересъ: процессуальныя формулы съ входившими въ нихъ ссылками: «*quanti ea res est*» или «*erit*» и «*quid quid ob eam rem dare facere oportet*» отнынѣ уполномочиваютъ судью поступать подобнымъ образомъ. А съ другой стороны, неустойка попрежнему и въ большей еще даже противъ прежняго мѣръ — любимѣйшая фигура римской правовой жизни. Классическіе юристы преподаютъ сторонамъ — основательный, повидимому, — совѣтъ по возможности прибѣгать къ неустойкѣ:

fr. ult. D. de stipulat. praetoriis (46, 5). *Venuleius libro octavo actionum. In eiusmodi stipulationibus, quae «quanti ea res est» promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, et ad exiguam summam deducitur.*

fr. 137 § 7 D. de V. O. (45, 1). *Venuleius libro primo stipulationum. Si ut aliquid fiat stipulemur, et usitatus et elegantius esse Labeo ait sic subici poenam: «si ita factum non erit»: at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo: si adversus ea factum erit»...*

Совѣтъ этотъ повторяется еще императоромъ Юстиніаномъ въ его институціяхъ.

§ ult. I. de V. O. (3, 15). *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri. et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit.*

Соотвѣтственно только-что сказанному, мы въ римскихъ источникахъ — главнымъ образомъ въ дигестахъ и въ кодексахъ — встрѣчаемся съ цѣлымъ, весьма многочисленнымъ рядомъ мѣстъ — отрывковъ, рескриптовъ, конституцій и т. п., — трактующихъ о добровольной неустойкѣ. Стороны къ ней обращаются по возможности часто и притомъ одинаково какъ при строгихъ *stricti iuris*, такъ и при болѣе свободныхъ *bonae fidei iudicia*. Вотъ