

Б. Виндшейд

Об обязательствах по римскому праву

Часть 2

УДК 340
ББК 67.0
Б11

Б11 **Б. Виндшейд**
Об обязательствах по римскому праву: Часть 2 / Б. Виндшейд – М.: Книга по Требованию, 2024. – 214 с.

ISBN 978-5-458-66652-7

ISBN 978-5-458-66652-7

© Издание на русском языке, оформление
«УОУО Media», 2024
© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2024

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.

не исключается ни тѣмъ, что должникъ какимъ-либо инымъ способомъ узналъ о передачѣ обязательства, ни даже заявленіемъ

но должникъ вправѣ возражать противъ новаго пріобрѣтателя какъ плательшемъ, учиненнымъ имъ прежнему кредитору, при незнаніи о передачѣ, такъ и другимъ основаніями, вслѣдствіе которыхъ онъ освободился отъ обязательства. Въ пользу послѣдняго права приводятъ подходящія аналогіи: l. 12 § 2. l. 32 l. 51 D. de sol. 46. 3, l. 15 l. 26 § 1 l. 29 pr. §—3 D. mand. 17. 1. Слѣдуетъ допустить, что съ проведеннымъ взглядомъ согласуются какъ l. 3 C. mand. 4. 35, такъ l. 4 C. quae res pign. 8. 17, и что изъ этихъ мѣстъ нельзя брать доказательства противъ него. Съ другой стороны взглядъ этотъ оказывается, по моему мнѣнію, несостоятельнымъ въ виду поименованныхъ въ 4 примѣчаніи двухъ мѣстъ именно l. 3 C. de pov. (на счетъ втораго мѣста, l. 23 § 1. D. h. t., см. ниже въ этомъ примѣчаніи, о l. 6 eod. см. примѣч. 6). Въ l. 3 C. cit. какъ разъ сказано, что первоначальный кредиторъ сохраняетъ, до извѣщенія должника, право осуществить требованіе («non vetaris»). Беръ долженъ понимать эти слова въ томъ смыслѣ, что первоначальный кредиторъ сохраняетъ фактическую возможность осуществить требованіе, а это кажется мнѣ произвольнымъ. Здѣсь слишкомъ пространно будетъ излагать, какъ Шмидтъ старается устранить это мѣсто (П стр. 211 слѣд. 435). Но его взглядъ основывается на странной и неосновательной идеѣ, что хотя римское *mandatum actionis*, какъ таковое, давало будто и *utilis actio*, но эта *utilis actio* должна была быть предъявлена пріобрѣтателемъ для того, чтобы она считалась существующей съ самаго начала.—Значеніе l. 3 C. cit. не уничтожается также какъ мнѣ кажется: а) l. 17 D. de transact. 2. 15. Правда совершенно вѣрно, что мѣсто это не требуетъ извѣщенія для устраненія прежняго кредитора (ср. l. 104 D. de sol. 46. 3); но оно говоритъ также (въ концѣ) о выданномъ наслѣдствѣ на основаніи завѣщанія, слѣдовательно о случаѣ всеобщаго преемства, а что оно съ такимъ наслѣдствомъ уравниваетъ куплю наслѣдства,—это не покажется страннымъ по смыслу l. 13 § 4. l. 54 pr. D. de H. P. 5. 3. б) По тому же основанію не доказываетъ ничего въ пользу Бера и l. 16 pr. D. de past. 2. 14, если даже допустить, что второе положеніе оной нельзя понимать объ *exceptio pacti de non petendo*, хотя совершенно противное кажется мнѣ несомнѣннымъ (ср. Беръ стр. 383, Шмидтъ II стр. 180). в) L. 18 pr. D. de pign. act. V. 7. Извѣщеніе признается въ этомъ мѣстѣ не лишнимъ, а предполагается.—Изъ l. 17 D. de transact. cit. вытекаетъ, впрочемъ, что изъ l. 2. § 5 D. h. t. нельзя вывести аргумента противъ Бера: мѣсто это слѣдуетъ понимать объ акцептаціи съ должникомъ, не знающимъ о продажѣ наслѣдства. И такъ какъ то, что необходимо здѣсь, слѣдуетъ допустить какъ возможное и для l. 23 § 1. D. h. t., то этимъ ослабляется нѣсколько доказательная сила этого мѣста (прим. 4). (Или можетъ быть l. 2 § 5 cit. думаетъ объ акцептаціи, послѣдовавшей до продажи наслѣдства? Такъ Е. А. Зейффертъ въ *Seuffert. Pand. § 297 прим. 4*. Странна во всякомъ случаѣ *lata culpa* въ концѣ мѣста). 2. Беръ того мнѣнія, что тотъ, который требуетъ извѣщенія для окончательнаго перехода обязательства, ставитъ этимъ пріобрѣтателя на точку зрѣнія *actio mandata*, т. е. указываетъ ему, до воспослѣдованія извѣщенія, то положеніе, которое принималъ римскій *procurator in rem suam* до введенія *utilis actio*. Но это рѣшительно ошибочно. Во всякомъ случаѣ пріобрѣтатель имѣетъ и до извѣщенія прочное правоотношеніе къ обязательству. Въ моемъ сочиненіи объ *Actio* стр. 144 я опредѣлилъ это правоотношеніе по аналогіи съ правоотношеніемъ, основаннымъ на условномъ объявленіи воли. Теперь я считаю нужнымъ идти дальше и признать за пріобрѣтателемъ право требованія, и до извѣщенія. По его желанію дается ему *actio suo nomine*, чѣмъ

ему о томъ самимъ кредиторомъ⁹. То же положеніе, какъ относительно прежняго кредитора, пріобрѣтатель обязательства принимаетъ относительно преемниковъ его правъ и не только относительно общихъ, но и относительно частныхъ преемниковъ¹⁰. То же

признается за нимъ право требованія. Слѣдовательно въ дѣйствительности здѣсь предлежитъ случай, коррелянаго обязательства, случай котораго источники только потому не признаютъ таковымъ, что конкуренція относится лишь къ *actio*, а не къ *obligatio*. 3. Въ прямую противоположность воззрѣнію, приведенному подъ 1), Мутеръ выставилъ, въ своемъ возраженіи на мое сочиненіе *über die actio* стр. 171 слѣд., положеніе, что прежній кредиторъ не перестаетъ быть таковымъ даже и вслѣдствіе извѣщенія. Правда, онъ теряетъ право принудить должника къ исполненію, но не право освободить его чрезъ принятіе исполненія или инымъ образомъ, такъ что, согласно этому, пріобрѣтатель имѣетъ требованіе съ должника, основанное на его *dolus*. Этому мнѣнію, во всякомъ случаѣ неправильному для современнаго права, противорѣчитъ, что касается даже римскаго права, аномалія отношенія, что кто нибудь можетъ сохранить право освобожденія послѣ того, какъ онъ потерялъ право требованія (хотя бы только *ope exceptio*). L. 2 § 5. D. h. t. 18. 4 (которая относится сюда на столько, на сколько при куплѣ наслѣдства, согласно излагаемому здѣсь взгляду, непосредственно наступаетъ то состояніе, которое въ другихъ случаяхъ бываетъ слѣдствіемъ извѣщенія) должна быть объясняема по l. 17 D. de transact. 2. 14 (см. выше). Относительно l. 16 pr. D. de pactis 2. 14, (которая также трактуетъ о куплѣ наслѣдства) можетъ, правда, вазаться страннымъ, что кредитору противопоставляется *exceptio pacti de non petendo*, а не указаніе на совершившуюся передачу, — но затрудненіе это существуетъ и для Мутера, который, даже послѣ извѣщенія, отказываетъ должнику въ возраженіи, основанномъ на не воспослѣдованіи передачи. Ср. еще Арндтсъ § 256. Прим. 3.

И это положеніе спорно, Глякъ XVI стр. 424 слѣд., Мюленбрухъ въ указ. мѣстѣ стр. 492 слѣд., Musset Zeitschr. f. Civilt. u. Pr. N. F. XII. Стр. 360 слѣд., Беръ въ указ. м. Стр. 416 слѣд., Арндтсъ § 256 прим. 1, Шмидъ II стр. 242 слѣд. 435. Но источники приписываетъ рѣшительное значеніе лишь дѣятельности пріобрѣтателя, изъ которой явствуетъ желаніе осуществить требованіе. L. 17 D. de transact. 2. 15 содержитъ исключеніе для завѣщательнаго наслѣдства и купли наслѣдства (см. этотъ § въ концѣ). См. также Кноррь Arch. f. civ. Pr. XLVI. 3. [Вальдекъ Arch. f. civ. Prax. L. 1. 14]. Въ пользу того, что заявленіе о переходѣ обязательства должно быть сдѣлано цессіонаріемъ: Зейф. Arch. VI 25, XII. 338, XV, 120 № 3; противъ этого: III 156, XV. 120 № 1 и 2. Что извѣщеніе посредствомъ третьяго лица не достаточно: тамъ же XIII. 91. — Въ другомъ сочиненіи (*die Actio etc.* стр. 141 и слѣд. 187 и слѣд.) я назвалъ пріобрѣтеніе обязательства пріемомъ его во владѣніе. Противъ этого высказались Muther, въ его возраженіи стр. 172, 173, Bähr. Jahrb. f. Dogm. I стр. 425—427. См. тамъ же, мое возраженія противъ Muther'a стр. 80. Ср. еще Кунце Inhaberpariere стр. 242 прим. 5 и zu Holzschuher III § 233 № 1, который въ денунціаціи видитъ нарушеніе владѣнія, т. е. устраненіе владѣнія цедента и исходя изъ этого, признаетъ, что передача можетъ быть произведена дѣйствіемъ цедента.

¹⁰ Это такъ же весьма спорный вопросъ. Въ пользу преимущественнаго права перваго пріобрѣтателя высказались Mühlenbruch стр. 502. Вангеровъ III § 575 прим. 4, Bähr въ указ. соч. стр. 435 слѣд. Dernburg Pfandrecht I стр. 472 Schöffler Arch. f. prakt. RW. I 23 и, 18, Шмидъ II стр. 297 и слѣд. Зейфф. Arch. VIII. 248, XIII. 246, XVII 27. Что второй пріобрѣтатель получаетъ преимущественное

слѣдуетъ сказать и о преемникахъ правъ пріобрѣтателя: они вступаютъ въ тѣ же отношенія, какъ и самъ пріобрѣтатель. Если прежній кредиторъ унаслѣдуетъ должнику, или наоборотъ, то это безразлично для правъ пріобрѣтателя, случится ли такое унаслѣдованіе до, или послѣ вступленія его чрезъ займеніе, въ права по обязательству ¹¹.

Немедленное исключеніе правъ прежняго кредитора имѣеть мѣсто только въ томъ случаѣ, когда обязательство передается со всѣмъ имуществомъ, къ которому оно принадлежитъ, какъ напримѣръ при покупкѣ наслѣдства. Если должникъ, не зная о совершившемся переходѣ обязательства, исполнить его относительно прежняго кредитора, то онъ освобождается отъ обязательства; то же самое должно сказать и о другихъ заключенныхъ съ прежнимъ кредиторомъ сдѣлкахъ объ освобожденіи должника отъ обязательства ¹².

право, если онъ ранѣе произвелъ денунціацію доказываютъ Пухта Vorles. zu § 283. Flach, Entscheidungen des OAG. zu Wiesbaden III стр. 141 и слѣд. Musset. Zeitschr. f. Civ. u. Prax. N. F. XII. 12, Кноррь Arch. f. civ. Pr. XLII. 15. Я такъ же ранѣе высказался въ пользу этого мнѣнія (die Actio etc. стр. 190 и слѣд.); Свинтеніусъ во второмъ изданіи своего учебника (II стр. 813) діаметрально измѣнилъ свое мнѣніе. Основанія, почему права перваго пріобрѣтателя должны быть предпочтены, изложены въ текстѣ. Никто не можетъ передать болѣе правъ, нежели онъ самъ имѣеть, а передающій обязательство не имѣеть права послѣ первой сессіи устранить пріобрѣтателя заявленіемъ о томъ должнику. Последнее я прежде отрицалъ совершенно неправильно. Передача обязательства дѣлаетъ пріобрѣтателя его еще до заявленія должнику—дѣйствительнымъ кредиторомъ; передающій обязательство можетъ, конечно, нарушить это право кредитора тѣмъ, что онъ осуществитъ оставшееся у него право, но не инымъ способомъ. Если бы передача обязательства не дѣлала пріобрѣтателя дѣйствительнымъ кредиторомъ, то во всякомъ случаѣ, по аналогіи съ вещными дѣлами, она давала бы ему непоколебимое право слѣжаться кредиторомъ. Если бы передача не имѣла и этого дѣйствія, то право пріобрѣтателя до денунціаціи не могло бы быть ни передаваемо по наслѣдству, ни отчуждаемо (прим. 2 и 3).

¹¹ Послѣ окончательнаго пріобрѣтенія обязательства—потому что онъ пересталъ быть кредиторомъ; до окончательнаго пріобрѣтенія, — потому что полученіемъ наслѣдства уничтожается только его право, какъ кредитора. L. 20 pr. D. h. t. 13. 4 написана въ то время, когда actio utilis еще не была признана. Компиляторы помѣстили ее лишь по вѣдомству, но не выразили въ ней возрѣнія новѣйшихъ римскихъ юристовъ, какъ и въ l. 18 D. de compreh. (прим. 2). Ср. Fitting Correal. obI. стр. 107 прим. 137. Другое объясненіе у E. A. Seuffert въ Seufferts. Pand. § 297 прим. 4, еще другое у Шмидта II стр. 122 и слѣд.

¹² Въ L. ult. D. de transact. 2. 15 O l. 2 § 5. D. h. t. 18. 4. см. прим. 8. Въ l. 4. C. h. t. 4. 39 текстъ слишкомъ неопредѣленъ и въ критическомъ отношеніи слишкомъ сомнителенъ, чтобы быть выставленнымъ, какъ противовѣсь. Освобождается ли должникъ посредствомъ отказа въ видѣ дара? Bähr въ указ. соч. стр. 419.—Ср. еще l. 27 i. f. D. de proc. 3. 3.

§ 84. Обязательство переходитъ къ пріобрѣтателю въ томъ видѣ, какъ оно принадлежало прежнему кредитору, со всѣми его недостатками и преимуществами.

1. Оно переходитъ со всѣми недостатками, т. е. со всѣми возраженіями, которыя могли бы быть сдѣланы при прежнемъ кредиторѣ ¹. Но это, впрочемъ, относится не ко всѣмъ возраженіямъ безъ исключенія; сказанное не примѣняется къ тѣмъ возраженіямъ, которыя относятся не къ самому обязательству, но скорѣе къ личности даннаго кредитора; эти возраженія уничтожаются съ переменной кредитора ². Сюда относятся именно возраженія, проистекающія изъ правъ несостоятельнаго должника на оставленіе ему необходимаго имущества, когда основаніе ихъ заключается въ личномъ характерѣ кредитора ³; далѣе — возраже-

§ 84. ¹ L. 5. D. h. t. Ср. тотъ же l. 16 § 3. de lib. causa 40. 12 (o I. 17 lod. см. цитату I. § 73 прим. 18). Изъ практики: Senff. Arch. IV, 106, XI. 31, XIX. 26, XX 98 (стр. 159).—Само собою разумѣется, что здѣсь не идетъ рѣчь о процессуальныхъ возраженіяхъ и отводахъ, какъ напр. отводъ, которымъ требуется отъ истца-иностранца представленія обезпеченія.—На этомъ же основаніи пріобрѣтатель обязательства не обязанъ отвѣчать по встрѣчному иску, направленному противъ пржняго кредитора. L. 33. § 5 l. 70 D. de proc. 3. 3. говорятъ лишь о mandata actio; что касается этой послѣдней, см. l. 33. § 5. cit. i. t. и l. 34. eod. Ср. впрочемъ Mühlenbruch § 62. Пухта стр. 495, Сивтенисъ стр. 817. Шмидъ II стр. 419 и слѣд. Зейфф. Arch. V. 234, XII. 146.

² Ср. l. 7 pr. D. de exc. 44. 1. Это положеніе признается не всѣми. Именно въ послѣднее время противъ него спорятъ на томъ основаніи, что пріобрѣтатель обязательства является относительно должника лишь лицомъ осуществляющимъ чужое обязательство, лишь представителемъ кредитора. Franke Arch. f. civ. Pr. XVI. 15, Пухта стр. 492 и слѣд. Вангеровъ III § 575 прим. 1, Сивтенисъ II стр. 815 слѣд. Гольцшверъ III. § 223 № 2 въ концѣ; см. также Шмидъ II стр. 394 слѣд. Противъ этого Mühlenbruch стр. 588 слѣд. Виндшейдъ die actio etc. стр. 182 слѣд. На основаніи указанной здѣсь точки зрѣнія дальнѣйшее существованіе личныхъ возраженій оправдывается лишь тѣмъ положеніемъ, что посредствомъ передачи обязательства положеніе должника не должно быть ухудшено. Но нужно остерегаться отъ неосмотрительнаго примѣненія этого положенія; граница его примѣненія заключается въ томъ, что передача обязательства допускается по праву. Вслѣдствіе того, что она допускается по праву, должникъ долженъ нести всѣ ея послѣдствія, хотя бы они и были для него невыгодны. Ср. Мюленбрухъ § 59 прим. 133 а. Зейфф. Arch. X 250, XIII 193 (должникъ не можетъ доказывать роспиской кредитора о погашеніи обязательства время этого погашенія, ср. Бергъ Jahrb. f. Dogm. I стр. 446 прим. 124; иначе говорить Шмидъ II стр. 406, ср. такъ же Зейфф. Arch. IX, 343).

И мы придерживаемся этого противоположнаго мнѣнія: съ передачею третьему лицу, напримѣръ, обязательства выданнаго отцомъ сыну, это третье лицо не будетъ имѣть права личного задержанія (уст. гр. суд. ст. 1226) хотя бы передача была сдѣлана безъ всякой злонамѣренности (см. ниже примѣч. 6 и 13).

А. Д.

³ См. § 19 № 2 и 3. Это возраженіе исключается и тѣми, которые вообще,

ніа, проистекаюція изъ личнаго договора о прощеніи ⁴ ⁵. Должникъ можетъ выставить личное возраженіе только въ томъ случаѣ, когда передача обязательства была учинена именно съ тою злонамѣренною цѣлю, чтобы лишить его этихъ возраженій ⁶. Тѣ возраженія, которыя возникли послѣ приобрѣтенія обязательства, но до заявленія объ этомъ должнику, могутъ быть противопоставлены новому приобрѣтателю, съ изложеннымъ выше различіемъ. Возраженія, возникшія для должника послѣ заявленія о передачѣ обязательства, ни подъ какимъ предлогомъ не могутъ быть противопоставлены новому приобрѣтателю ⁷.

2. Обязательство переходитъ съ его преимуществами, т. е. со всѣми его добавочными правами—залогомъ, поручительствомъ и процентами ⁸. Основываются ли эти преимущества на общемъ законѣ или на спеціальной привилегіи—это безразлично; въ этомъ послѣднемъ случаѣ безразлично, проистекаетъ ли привилегія изъ

допускають примѣненіе личныхъ возраженій, на томъ основаніи, что оно касается не самого обязательства, но только исполненія его. Такъ Пухта стр. 495, Шмидъ II стр. 411; то же основаніе у Мюленбруха стр. 591 въ примѣч. Противъ этого см. Вангеровъ въ указан. мѣстѣ № 3 ср. такъ же Фрицъ стр. 229.

⁴ Т. е. такой договоръ о сложеніи долга, который исключаетъ право только извѣстнаго кредитора. Иначе, если смыслъ договора таковъ, что требованіе и основанія обязательства не могло имѣть мѣста при жизни кредитора, но могло быть заявлено его наслѣдниками. См. I. 57 § 1. D. de pact. 2. 14. к ср. Вангеровъ въ указан. мѣстѣ № 2. Шмидъ II стр. 401.

⁵ Сюда не относится *exceptio doli*, которое въ источникахъ (I. 2. § 1. l. 4 § 33. D. de doli mali exc. 44. 4) отнесено къ личнымъ возраженіямъ лишь потому, что оно не могло быть сдѣлано противъ третьяго, невиновнаго лица, которому обманъ послужилъ въ пользу. L. 4 § 27—31 D. de doli mali exc. не относится къ передачѣ обязательства. Ср. Вангеровъ въ указанномъ мѣстѣ № 1. Шмидъ II стр. 141 слѣд. 399 слѣд. Зейфф. Arch. XX. 98 (стр. 159).

⁶ Ср. I. 34. D. de proc. 3.3, также I., 40 i. f. D. de stip. serv. 45.3. Виндшейдъ. die Actio etc. стр. 183.

⁷ До заявленія о передачѣ дослѣдшій кредиторъ остается кредиторомъ, и обязательство подлежитъ вліянію его личности; послѣ заявленія онъ перестаетъ быть кредиторомъ. Поэтому должникъ не можетъ противопоставить приобрѣтателю обязательства возраженія о зачетѣ, проистекающаго изъ основанія, возникшаго послѣ заявленія. Ср. Buchka и Budde Entscheidungen des O. A. G. zu Rostock V. стр. 221 слѣд., Шмидъ II стр. 413, слѣд.

⁸ Въ древнѣйшемъ правѣ этотъ переходъ, по крайней мѣрѣ при передачѣ обязательства по сдѣлкѣ, не предполагался самъ собой, но для каждаго побочнаго права, вытекающаго изъ обязательства, должна была состояться особая передача. Въ новѣйшемъ правѣ это иначе. Ср. I. 6. l. 23 p. r. D. h. t. 18. 14, l. 14 p. eod. l. 34 p. r. D. de leg. III. 32 — I. 6. 7. C. de O. et A. 4. 10, l. 14. C. de fidei. 8. 41 (впрочемъ не совершенно вѣрно, чтобы послѣднее мѣсто содержало въ себѣ указаніе на новое право). Mühlenbruch ст. 477. Schmid. I стр. 19, 27 слѣд. — Ср. еще Seuff Arch. IV. 26, XI, 102 (присяга, принятая цедентомъ не переходитъ къ цессионарію), XI. 226 (право на полученіе процентовъ за прежнее время не переходитъ съ обязательствомъ).

особенностей самого обязательства, или изъ личности вѣрителя ⁹. Это различіе имѣетъ значеніе только въ томъ случаѣ, когда привилегія еще не даровала особой выгоды обязательству, но предполагаетъ ее лишь въ будущемъ; но въ этомъ послѣднемъ случаѣ, если привилегія основывается на личномъ качествѣ кредитора, приобретатель не можетъ ею воспользоваться. Сюда относятся, по опредѣленію источниковъ, конкурсныя привилегіи ¹⁰.

Что касается возраженій, проистекающихъ изъ личности новаго приобретателя, то они вполне могутъ быть осуществлены ¹¹. Съ другой стороны приобретатель пользуется относительно приобретеннаго обязательства всѣми принадлежащими ему привилегіями ¹², развѣ бы передача произошла злостамѣренно, съ цѣлью ухудшить положеніе должника ¹³.

§ 85 *. Дѣйствіе передачи обязательства ограничивается положительнымъ закономъ ¹ на тотъ случай, когда передача основана на куплѣ ². Въ этомъ случаѣ приобретатель не можетъ требовать отъ должника болѣе того, что онъ самъ заплатитъ за обя-

⁹ L. 43. D. de usur. 22. 1, l. 7. C. de priv. fidei 7. 73, l. 2. C. de his, qui in prior. 8. 19.

¹⁰ L. 42. D. de adm. et. per. 26. 7, ср. l. 19 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 68 l. 196 D. de R. J. 50. 17. Примѣненіе этого положенія у Зейфф. Arch. XII. 145 [Blätter f. R. Anwend. XXXIII стр. 151 слѣд. XXXIV стр. 114 слѣд.].—Ср. Mühlenbruch § 56, Puchta стр. 485 слѣд. Dernburg Pfandrecht II стр. 449 слѣд. Schmid II стр. 125 слѣд. 397 слѣд. Если смотрѣть на цессіонарія лишь какъ на представителя кредитора, должно, чтобы былъ послѣдовательнымъ, предоставить ему безусловное пользованіе всѣми выгодами, принадлежащими кредитору. Виндшейдъ die Actio etc. стр. 186.

¹¹ Ср. Mühlenbruch § 61, Schmid II стр. 406 слѣд. Зейфф. Arch. VI, 176. Съ точки зрѣнія тѣхъ, кто смотритъ на приобретателя не какъ на кредитора, при послѣдовательности, должно сказать противоположное. Чтобы обойти эту послѣдовательность, Беръ въ цитир. соч. стр. 445 принимаетъ, что только должнику принадлежитъ право признавать приобретателя за представителя кредитора; но что ему предоставлено смотрѣть на него и какъ на дѣйствительнаго кредитора. Но Беръ не приводитъ доказательствъ этого различія.

¹² Также какъ относительно обязательства, приобретеннаго инымъ способомъ. Здѣсь господствующее мнѣніе признаетъ противное, исходя изъ того основанія, что обязательство само по себѣ не переходитъ на приобретателя. Mühlenbruch § 58, Puchta стр. 489 слѣд. Vangerow III стр. 132, Sintenis II стр. 815; противъ этого Schmid II стр. 387 слѣд. Относительно l. 6. pr. D. de iure fidei 49, 14 см. Виндшейдъ die Actio etc. стр. 187; кромѣ того Мюленбрухъ стр. 578, Пухта стр. 491, Вангеровъ III § 575 прим. 2 въ концѣ (также I § 375 прим. № 1. в.), Синтенисъ II стр. 815 примѣч. 91. Дернбургъ Pfandrecht I стр. 343, Шмидъ II стр. 389 слѣд.

¹³ Ср. примѣч. 6.

§ 85. * Мюленбрухъ § 53, Пухта стр. 472 — 478, Шмидъ стр. 34 — 50, Гольцшуреръ III § 226.

¹ Имп. Анастасія l. 22. C. mand. 4. 35. Дополненіе Юстиніана въ l. 23 eod.

² L. 22 cit:—«si quis datis pecuniis huiusmodi subieret cessionem».

зательство ³, такъ что должникъ освобождается отъ остальной суммы ⁴, и не обязанъ платить ее и тому, кому приобрѣтатель обязательства въ свою очередь передалъ его, хотя бы послѣдній уплатилъ уже всю сумму обязательства ⁵. Если этой сдѣлкѣ будетъ данъ другой видъ, то этимъ конечно не исключается примѣненіе приведеннаго законоположенія; въ источникахъ спеціально указывается на тотъ случай, когда сдѣлкѣ придается видъ даренія всего обязательства или части его ⁶. Доказательство того, что за обязательство заплачено менѣе его стоимости, — лежитъ на должникѣ ⁷. Приведенное законоположеніе распространяется лишь

³ Это постановленіе имѣетъ цѣлью затруднить торговлю обязательствами, которая легко можетъ перейти въ стѣсненіе должника.—Это постановленіе не имѣло примѣненія въ новѣйшемъ законодательствѣ, такъ оно отмѣнено въ Брауншвейгѣ (законъ 21-го декабря 1848 года), въ Баваріи (законъ 22-го февраля 1851 года), въ Пруссіи (законъ 1-го февраля 1864 года); также въ НГВ ст. 299. — [Ср. Зейфф. Arch. XXII. 130].

⁴ Это опредѣлительно постановлено для того случая, когда сдѣлана попытка обойти законъ, придавая сдѣлкѣ видъ даренія (I. 23 C. cit.) и поэтому утверждаютъ, что если нѣтъ такой попытки, излишекъ принадлежитъ продающему кредитору (изъ новѣйшихъ юристовъ von Brackenhöft Arch. f. civ. Pr. XXIII. 6, Nergmann. XXXI стр. 68 слѣд. Schmid I стр. 38 слѣд.). Но I. 23 cit. очевидно имѣетъ въ виду только предупредить обходъ постановленія Анастасія, но не опредѣляетъ послѣдствій его нарушенія. См. Вангеровъ III § 576 прим. 1. О признаваемомъ многими, дальнѣйшемъ существованіи естественныхъ обязательствъ см. § 41 прим. 22, Мюленбрухъ стр. 550, Швачертъ die Naturalobligationen стр. 477.

⁵ А. М. Arnold prakt. Erörterungen I. 8, а о томъ случаѣ, когда вторичная продажа имѣетъ мѣсто послѣ денунціаціи, Мюленбрухъ стр. 606. Противъ этого см. Пухта § 285. I Зейфф. Arch. II. 31.

⁶ L. 23. cit.

⁷ Не подлежитъ сомнѣнію, что въ случаѣ спора на должникѣ лежитъ обязанность доказать была ли основаніемъ передачи обязательства купля или другая сдѣлка. Напротивъ того господствующее мнѣніе устанавливаетъ что должникъ освобождается отъ представленія доказательствъ того, что, приобрѣтатель обязательства уплатилъ за него менѣе его номинальной стоимости; наоборотъ приобрѣтатель обязательства обязанъ доказать, что онъ заплатилъ за него именно столько, сколько онъ требуетъ. Такъ Пухта стр. 478, Синтенисъ II § 128 прим. 57, Вангеровъ III § 576 прим. 2, Шмидъ I стр. 38, см. также Глюкъ XVI стр. 471 и цитир. здѣсь мѣста. Противоположное мнѣніе защищали Веберъ Beweislast VI § 29, Бетманъ—Гольбергъ Versuche стр. 357 и Бурхарди въ особой статьѣ Arch. f. civ. Pr. XVIII. 8. Brackenhöft и Nergmann въ указанныхъ въ прим. 4 мѣстахъ дѣлаютъ и здѣсь тоже самое различіе; при общемъ правилѣ, выраженномъ въ I. 22. C. mand. они возлагаютъ тягость представленія доказательствъ на приобрѣтателя обязательства, а въ незначительномъ случаѣ, указанномъ въ 23 eod.—на должника. Основаніе, по которому я утверждаю, что тягость доказательствъ лежитъ на должникѣ, заключается въ сказанномъ I § 133 стр. 366: передача обязательства сама по себѣ управомочиваетъ приобрѣтателя требовать исполненія обязательства въ полномъ его объемѣ; законъ Анастасія устанавливаетъ препятствіе этого значенія передачи. Совершенно аналогическій случай представляетъ I. 17. D. de prob. 22. 3: наследникъ, который въ силу lex Falcidia хочетъ сдѣлать сбавку, долженъ доказать, что она мо-

собственно на договоръ купли, но не на сходныя съ нею сдѣлки, каковы напримѣръ передача вмѣсто уплаты долга, раздѣлъ, учеты⁸, и только на частную куплю, а не на куплю съ публичнаго торга⁹. Законоположеніе это предполагаетъ, что предметъ приобретаемаго обязательства составляетъ извѣстная денежная сумма или вещи, имѣющія рыночную цѣну¹⁰, и что содержаніе договора не представляется неопредѣленнымъ¹¹. Обязательства, основанныя на приказахъ и бумагахъ на предъявителя, не подходятъ подъ этотъ законъ уже по тому, что передача ихъ не устанавливаетъ преемства правъ (цессіи)^{12 13}.

Lex Anastas., какъ постановленіе положительнаго законодательства, проистекающее не изъ юридической природы предметовъ, а изъ полицейскихъ соображеній (о 0/0) и всѣ положенія, основанныя на этомъ законѣ, не могутъ имѣть примѣненія у насъ.

А. Д.

жесть имѣть мѣсто, а не получатель отказа долженъ доказать, что она не можетъ имѣть мѣста. Въ пользу обязанности должника доказать (въ силу особаго ганноверскаго закона) Зейфф. Arch. V. 150; въ пользу обязанности приобретателя—I. 29, V. 126, XV 19.

⁸ L. 22. cit.:—„exceptis scilicet cessionibus, quos inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, quaecunque vel creditor vel is, qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit, nec non his, quos in legatarios seu fidei commissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictas sunt, pro his fieri necesse sit“. Изъ этихъ исключеній нельзя вывести заключенія, что законъ этотъ можетъ быть примѣненъ и въ другихъ случаяхъ возмезднаго отчужденія, кромѣ купли. Законъ этотъ исключаетъ даже дареніе и по этому поводу присовокупляетъ: „ut cessiones tam pro exceptis et specialiter enumeratis, quas aliis causis factae vel faciendae secundum actionum, quaecunque cessae sunt vel fuerint, tenorem sine quadam imminutione obtineant“. См. также Мюленбрухъ стр. 536 слѣд.

⁹) Это принято всѣми. Мюленбрухъ стр. 544. Пухта, стр. 475, Синтенисъ стр. 806.

¹⁰ Не представляетъ никакого различія, состоялъ ли предметъ обязательства съ самаго начала въ платежѣ извѣстной денежной суммы, или только впослѣдствіи предметъ этотъ обратился въ обязанность уплатить денежную сумму. Мюленбрухъ, стр. 543, полагаетъ что законъ этотъ примѣняется ко всѣмъ обязательствамъ, предметъ которыхъ составляютъ *res fungibiles*, но согласно ли это съ ограниченіями, указанными въ текстѣ. Другіе говорятъ лишь объ обязательствахъ предметъ которыхъ составляютъ деньги Ср. Пухта стр. 476, Синтенисъ стр. 806, Шмидъ I стр. 35.

¹¹ Пухта стр. 477, Синтенисъ стр. 807.

¹² См. § 43 прим. 2 и 3. Но независимо отъ этого аргумента всѣми признается непримѣнимость *lex Anastasiana* къ этимъ обязательствамъ. См. Кунце *Inhaberpapiere* § 139, 140 и указанную здѣсь литературу.

¹³ Другія исключенія, которыя находили возможнымъ дѣлать см. у Мюленбруха ст. 547 слѣд. Этотъ писатель исключаетъ еще тотъ случай, когда нѣсколько обязательствъ на *разныхъ должниковъ* проданы за одну общую цѣну. Такъ и Зейфф.

§ 86 *. Приобрѣтатель не только обязанъ доказать должнику, что передача обязательства совершилась ¹, но онъ долженъ дать должнику возможность опровергать притязанія кредитора, оспаривающаго передачу. Если приобретатель сдѣлать этого не въ состояніи, то онъ обязанъ обезпечить должника въ томъ, что онъ очиститъ его отъ притязаній, которыя можетъ заявить прежній кредиторъ ². Если должникъ исполнилъ обязательство въ пользу

Arch. XIX. 146. Противъ этого съ большимъ основаніемъ возстаетъ Пухта стр. 477, Синтенисъ стр. 807. Я полагаю, что въ этомъ случаѣ продажная цѣна должна быть распределена пропорціонально на различные обязательства. Синтенисъ въ указанномъ мѣстѣ полагаетъ, что тѣ должники, противъ которыхъ предъявлены требованія сначала, должны отвѣтствовать сначала, а когда вся продажная цѣна уплатится, остальные должники освобождаются. — Отреченіе отъ возраженія, основаннаго на *lex Anastasiana* имѣетъ связующее значеніе. Зейфф. Arch. II 30. XUIII. 131.

* Беръ (Jahrb. f. Dogm. I стр. 445 и слѣд.) впервые поднялъ вопросъ объ § 86. отношеніяхъ, о которыхъ говорится въ настоящемъ §. См. также Шмидъ II стр. 262 слѣд. Противъ Бера высказался Синтенисъ II § 128 прим. I. 77. 100.

¹ Но не доказательство той сдѣлки, которая легла въ основаніе передачи обязательства. Зейфф. Arch. V. 150, X. 36, XI. 136. XIII 18. 90. Ср. Зейфф. Pand. § 298 прим. 4. См. также Зейфф. Arch. I. 336, XI 137, XII, 96. Также v. Salpius Novation и Delegation стр. 418, Шмидъ II стр. 433. Можетъ ли должникъ защищаться указаніемъ на то, что передача есть лишь мнимая? Это отрицаетъ (несправедливо) Шмидъ II стр. 394 и въ рѣшеніяхъ у Зейфф. Arch. XII 337. Ср. впрочемъ Бухка и Будде *Entscheidungen des OAG zu Rostok. V.* стр. 221. [Зейфф. Arch. XXI. 43. См. далѣе тамъ же XXII. 34].

² Иначе должнику грозитъ опасность дважды исполнять обязательство. Напр. приобретатель доказываетъ должнику передачу обязательства присягой, противъ кредитора, выступившаго впоследствии должникъ не имѣетъ другаго доказательства, какъ присягу; кредиторъ съ своей стороны опровергаетъ присягу присягою же. Должникъ присужденъ къ исполненію обязательства въ пользу приобретателя и не можетъ требовать отъ него полученнаго обратно, ибо онъ доказалъ, что сталъ кредиторомъ. Беръ стр. 358. 359. Ясно, что этому должна быть оказана помощь, но какъ помочь дѣлу, — не легко рѣшить. Въ этомъ случаѣ Беръ выставляетъ положеніе, что приобретатель является относительно должника лишь процессуальнымъ замѣстителемъ (§ 329 прим. 10 въ концѣ); отсюда слѣдуетъ, что приобретатель обязанъ представить *cautio de rato*. Но этотъ путь, по моему мнѣнію, не приведетъ въ цѣли даже и въ томъ случаѣ, если признать правильною исходную точку Бера. Ибо 1) *cautio de rato* представляется не въ видѣ обезпеченія отъ иска, предъявленнаго кредиторомъ, но въ видѣ обезпеченія немедленнаго платежа, въ случаѣ предъявленія кредиторомъ этого иска (2. 12 § 3. I. 15 D. *gatum* герм. 46. 8); 2) *cautio de rato* имѣло первоначально въ виду не сомнительность права приобретателя, но непризнаніе этого права со стороны кредитора, независимо отъ его дѣйствительнаго существованія (см. *Bethmann-Hollweg Versuche* стр. 179 слѣд.); послѣ же того, какъ она ограничилась только случаевъ сомнительности права, то содержаніе ея не могло распространяться на то, что кредиторъ не заявитъ требованій, но распространялось лишь на то, что кредиторъ *дѣйствительно передалъ свое право и поэтому* не предъявитъ требованія; поэтому поручителю должно было быть предоставлено право освободиться отъ поручительства въ случаѣ доказанности передачи права. Но предоставленіемъ цессіонарію пред-

приобрѣтателя, не истребовавъ такого обезпеченія, то онъ тѣмъ не менѣе можетъ требовать его, когда кредиторъ заявитъ къ нему свои притязанія ³. Наоборотъ и первоначальный кредиторъ, если онъ, оспаривая передачу обязательства, предъявитъ къ должнику притязанія послѣ того, какъ ему было заявлено о передачѣ,—обязанъ обезпечить должника отъ притязаній приобретателя обязательства ⁴. При дальнѣйшей передачѣ обязательства, возникающія

ставлять такія доказательства, должнику не оказано услуги. Скорѣе достигаютъ цѣли указаннаго Беромъ на стр. 454—457 мѣста источниковъ. На основаніи ихъ можно постановить общимъ правиломъ, что каждый, кто требуетъ исполненія обязательства обязанъ представлять должнику обезпеченіе въ томъ, что онъ заступитъ его мѣсто въ случаѣ предъявленія къ нему кѣмъ либо такого же требованія (*cautio defensum iri*). Правда мѣста эти (l. 1 § 37 D. dep. 16. 3, l. 8 § 3 D. de leg. II^o 31, ср. также l. 57 D. de N. P. 5. 3) отчасти говорятъ лишь о томъ случаѣ когда по одному и тому же обязательству одновременно заявлены требованія отъ нѣсколькихъ претендентовъ и не касаются случая сомнительности передачи права, но имѣютъ въ виду лишь тотъ случай, когда послѣ исполненія обязательства является еще другое требованіе (l. 31 § 1 D. de neg. gest. 3. 5, l. 31 pr. D. de N. P. 5, 3. l. 20 § 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 1 § 9 D. de dote prael. 33. 4, l. 16 § 3. D. od SC. Treb. 36. 1, l. 14 § 1. D. ind. solvi 46. 7). Что касается послѣдняго, то необходимо замѣтить, что по результату не представляется разницы въ томъ, долженъ ли я признать обращенное ко мнѣ требованіе потому, что оно дѣйствительно существуетъ или погому, что я не могу доказать потерн имъ своего основанія; во всякомъ случаѣ есть два мѣста—l. 29 § 6 D. mand. 17. 1 и l. 11. § 21 D. de leg. III^o 32,—которые обязываютъ заявляющаго требованіе представить *cautio defensum iri*, независимо отъ того, имѣетъ ли мѣсто тотъ или другой изъ указанныхъ выше случаевъ. Согласно съ этимъ Шмидъ въ указ. мѣстѣ. О *cautio defensum iri* см. статью Кроппа въ *Heise und Cropp Abhandlungen I № 14*.

³ L. 7. § 4 D. de dote prael. 33. 4, l. 5 § 1. D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 7. pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 19 D. de praescr. verb. 19. 5. См. также Беръ § 17.—Беръ. стр. 467 держится того мнѣнія, что должникъ, въ случаѣ предъявленія къ нему требованія кредиторомъ, можетъ требовать возвращенія ему всего уплаченнаго имъ цессіонарію, ибо уплата эта произведена съ тѣмъ, молчаливо выраженнымъ предположеніемъ, что прежній кредиторъ не заявитъ по обязательству своихъ требованій. Я не считаю этого вѣрнымъ. Должникъ произвелъ уплату лишь въ томъ предложеніи, что цессіонарію принадлежитъ право по обязательству и что цессіонарій можетъ доказать должнику эту принадлежность.

⁴ Для этого случая разрѣшеніе даютъ положенія, содержащіяся въ l. 1 § 37 D. dep. 16. 3, l. 8 § 3 D. de leg. II^o 31. Bähr § 19. 20 держится того мнѣнія, что должникъ вправе произвести кредитору уплату, освобождаясь отъ дальнѣйшаго платежа, если цессіонарій не въ состояніи оградить его отъ требованій кредитора. Это происходитъ по мнѣнію Бера потому, что кредиторъ имѣетъ *fundatam intentionem*, которую онъ не обязанъ доказывать; поэтому Беръ исключаетъ тотъ случай, когда кредиторъ, не отрицая факта передачи обязательства, оспариваетъ законность и дѣйствительность ея. Но я не вижу, почему освобожденіе кредитора отъ тяжести представленія доказательствъ даетъ ему право принудить цессіонарія къ осуществленію его права, когда послѣдній не считаетъ осуществленіе своего права совмѣстнымъ съ своими выгодами. Во всякомъ случаѣ, если смотрѣть на кредитора, какъ на всякаго другаго, заявляющаго притязаніе на обязательство, возлагаемая на него тяжесть представленія доказательствъ ни