

Пандекты Г. Дернбурга
Том 2. Обязательственное право

Москва
«Книга по Требованию»

УДК 340
ББК 67.0
П16

П16 Пандекты Г. Дернбурга: Том 2. Обязательственное право / – М.: Книга
по Требованию, 2014. – 196 с.

ISBN 978-5-458-66679-4

ISBN 978-5-458-66679-4

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2014

© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2014

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 первозданном 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.



Серия Книжный Ренессанс

www.samizday.ru/reprint

основаніи сдѣлки, обезпеченной поручительствомъ²⁾. Въ силу этого, поручитель отвѣчаетъ за послѣдствія пога и сипра главнаго должника, а также и за законные проценты³⁾. Напротивъ, договорные проценты, неустойка и другія обязательства, основанныя на *особыхъ соглашеніяхъ*, считаются обезпеченными поручительствомъ лишь въ томъ случаѣ, если оно специально распространено на нихъ⁴⁾.

Поручитель отвѣчаетъ за главнаго должника, а потому можетъ пользоваться *возраженіями* послѣдняго, независимо отъ того, возникли ли они прежде или послѣ установленія поручительства. Даже запрещеніе со стороны главнаго должника не можетъ лишить поручителя этого права. Здѣсь, однако, допускаются исключенія:

а) Нѣкоторыя возраженія могутъ быть предъявлены лишь тѣми поручителями, которые, въ случаѣ уплаты долга, имѣли бы *право регресса* къ главному должнику. Такимъ возраженіемъ считается, напр., *exceptio S. C. Macedoniani*⁵⁾.

²⁾ Правило, что при поручительствѣ, въ сомнительныхъ случаяхъ, предполагается отвѣтственность *in omnem causam*, вполне согласуется съ тѣми цѣлями, ради которыхъ оно возникаетъ. Лицо, открывающее на основаніи поручительства кредитъ, обыкновенно желаетъ, чтобы ему было обезпечено получение всего того, чего оно въ правѣ будетъ требовать въ будущемъ. Такую точку зрѣнія выработали, главнымъ образомъ, Павелъ, который особенно много занимался этимъ вопросомъ. Въ частности, онъ объясняетъ— libro 17 ad Plautium, l. 91. § 4. D. de verb. obl. 45. 1.—отвѣтственность поручителей за пога и сипра главнаго должника именно тѣмъ, „quia in totam causam sponderunt“. Въ такомъ же смыслѣ онъ высказывается и въ l. 56, § 2. D. de fidejussoribus. 46. 1, приведенной ниже, прим. 3; см., впрочемъ, также l. 68, § 1. D. de fidejussoribus. 46. 1.—Взгляды новѣйшихъ писателей на этотъ предметъ значительно расходятся. Многіе полагаютъ, что поручитель, по общему правилу, не отвѣчаетъ за проценты, которые наросли на долгъ вслѣдствіе просрочки, допущенной главнымъ должникомъ. Такого мнѣнія Paserbaig, loc. cit., стр. 267. Напротивъ, Windscheid соглашается съ нашимъ взглядомъ— т. 2, § 477, прим. 26; ср. Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 180 (O. L. G. für Bayern). Поручитель обыкновенно отвѣчаетъ и за всѣ судебныя издержки, вызванныя процессомъ съ главнымъ должникомъ, если вѣритель, съ наступленіемъ срока обязательства, тѣсно требовалъ отъ поручителя уплаты долга, онъ же воспользовался *beneficium excussionis*. Ср. еще Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 188. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 767, для опредѣленія обязанности поручителя, въ сомнительныхъ случаяхъ, рѣшающее значеніе имѣетъ размѣръ обязанности главнаго должника въ моментъ предъявленія требованія къ поручителю. Поручитель отвѣчаетъ передъ кредиторомъ за послѣдствія вины и просрочки главнаго должника, равно и за издержки по увѣдомленію послѣдняго о прекращеніи правоотношенія и по изысканію, поскольку онѣ должны быть возмѣщены кредитору главнымъ должникомъ. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 286, стр. 347.

³⁾ Отвѣчаетъ ли поручитель, если изъ сдѣлки, за которую онъ поручился, вытекаетъ обязательство иного рода, чѣмъ предполагалось сначала? Павелъ рѣшаетъ этотъ вопросъ утвердительно libro 15 quaestionum, l. 56. § 2. D. de fidejussoribus. 46. 1: Si nummos alienos quasi tuos mutuos dederis sine stipulatione, nec fidejussorem teneri Pomponius ait. quid ergo, si consumptis nummis nascatur conditio? puto fidejussorem obligatum fore: in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest. Ср. l. 54, l. 60. D. de fidejussoribus. 46. 1; Dernburg: Pfandrecht, т. 1, стр. 550.

⁴⁾ Это доказывается болѣе самой природой вещей, чѣмъ относящимися сюда мѣстами источниковъ: l. 10, пр. C. h. i. 8. 40; l. 9. C. quod cum eo 4. 26, l. 63, пр. D. h. i. 46. 1. Но ср. также Seuffert: Archiv, т. 51, казусъ 177.

⁵⁾ Въ новѣйшей литературѣ преобладаетъ взглядъ, что возраженіями главнаго должника можетъ пользоваться, по общему правилу, всякій поручитель, а не только тотъ, который имѣетъ право регресса, и что такое право вытекаетъ изъ добавочнаго характера поручительства. Ср. Vangerow, т. 3, § 578, прим. 2; Windscheid, т. 2, § 477, прим. 6; Brinz, т. 2, стр. 187. Однако, существуютъ и другія мнѣнія, см. Vangerow, loc. cit. Что касается источниковъ, то, повидимому, древнѣйшая римская доктрина давала возраженія главнаго должника только тѣмъ поручителямъ, которые имѣли *право регресса*. На этомъ основаніи Кассій предоставлялъ поручителю *exceptio S. C. Vellejani* лишь въ томъ случаѣ, „si a muliere rogatus esset“, т.-е. когда онъ имѣлъ *actio mandati* противъ нея, какъ главнаго должника. Юліанъ же давалъ это возраженіе всякому поручителю,

б) Существуют чисто *личныя* возраженія, которыми можетъ пользоваться только самъ должникъ, но не его поручитель. Сюда относится *exceptio beneficii competentiae*⁶⁾. Точно такъ же поручители несостоятельнаго должника не могутъ ссылаться на мировую сдѣлку, заключенную въ его пользу по большинству голосовъ кредиторовъ⁷⁾.

2. По классическому римскому праву, въ случаѣ неисполненія обязательства, вѣрителю предоставлялся выборъ, къ кому предъявить искъ: къ поручителю или къ главному должнику. Но разъ съ *къмъ-либо* изъ этихъ лицъ состоялась *litis contestatio*, то вѣритель терялъ право иска *ко всемъ остальнымъ должникамъ*, даже если бы ему не удалось ничего получить съ отвѣтника. Такой порядокъ подвергалъ вѣрителя значительному риску, а потому его старались обходить окольными путями. Для этого прибѣгали къ *поручительству въ видѣ мандата*, не допускавшему такого дѣйствія *litis contestatio*, или къ такъ наз. *fidejussio indemnitis*, которая обусловлена тѣмъ, что вѣритель *не получитъ удовлетворенія* при взысканіи съ главнаго должника; такимъ образомъ, послѣдняя даже *предполагаетъ* предварительное производство противъ главнаго должника⁸⁾.

Но со времени Юстиніана *litis contestatio при поручительствѣ, какъ и при корреальныхъ отношеніяхъ, потеряла способность погашать обязательства всехъ должниковъ*⁹⁾. Кромѣ того, Юстиніанъ въ Nov. 4, cap. 1 предоставилъ поручителю *beneficium excussionis*, въ силу котораго *отъ вѣрителя требовалось, до предъ-*

даже если онъ и не имѣлъ права регресса, „quia totam obligationem improbat senatus“ l. 16, § 1. D. ad S. C. Vellejanum. 16. 1. Еще § 4. l. de replicationibus. 4. 14 признаетъ основаніемъ права поручителя пользоваться возраженіями, принадлежащими главному должнику, то обстоятельство, что онъ имѣетъ противъ него регрессъ. Въ другихъ мѣстахъ источниковъ, наоборотъ, exceptioes представляются безъ ограничений всякому поручителю. Такое опредѣленіе встрѣчается, напр., относительно exceptio compensationis въ l. 4 и l. 5. D. de compensationibus. 16. 2. Въ качествѣ общаго принципа это положеніе высказываетъ Павелъ въ l. 7, § 1. D. de exceptionibus. 44. 1: rei cohaerentes exceptiones etiam *fidejussoribus* competunt, ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. Это нужно разсматривать, какъ норму позднѣйшаго права. Тѣмъ не менѣе, и въслѣдствіи права регресса оставалось необходимымъ условіемъ для перехода нѣкоторыхъ возраженій главнаго должника къ поручителю. Такъ, Ульпіанъ считаетъ регрессъ необходимымъ для перехода exceptio S. C. Macedonianum, l. 9, § 3. D. de S. C. Macedoniano. 14. 6, и exceptio pacti, l. 32. D. de pactis. 2. 14; l. 5, pr. D. de liberatione legata. 34. 3. И по гражд. улож. для герман. имперіи, § 768, поручитель можетъ предъявлять возраженія, принадлежащія главному должнику; онъ не теряетъ права на опредѣленное возраженіе потому только, что главный должникъ отъ него отказывается. Но, въ случаѣ смерти главнаго должника, поручитель не можетъ ссылаться на ограниченную отвѣтственность его наслѣдника. Согласно § 770, поручитель можетъ отказывать кредитору въ удовлетвореніи до тѣхъ поръ, пока главный должникъ въ правѣ оспаривать сдѣлку, лежащую въ основаніи его обязательства. Такое же правомочіе признается за поручителемъ и въ томъ случаѣ, если кредиторъ имѣетъ возможность получить удовлетвореніе черезъ зачетъ своего требованія съ другимъ ко взысканію требованіемъ главнаго должника. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 257, стр. 349.

⁶⁾ L. 7, pr. D. de exceptionibus. 44. 1.

⁷⁾ K. O., § 193 in fine; cp. l. 58, § 1. D. mandati. 17. 1; § 4. l. de replicationibus. 4. 14.

⁸⁾ L. 116. D. de verb. obl. 45. 1, l. 41. D. h. t. 46. 1. Cp. Geib., loc. cit., стр. 18 и слѣд.

⁹⁾ L. 28. C. de fidejussoribus. 8. 40.

*явленія иска къ поручителю, предварительное производство по взысканію долга съ главнаго должника*¹⁰⁾.

Такое право поручителя является его *привилегіей*, но отнюдь не необходимой особенностью самаго поручительства. Оно служить, поэтому, основаніемъ для *возраженія*—*exceptio*—противъ иска кредитора къ поручителю; но предварительное производство по взысканію долга съ главнаго должника не является условіемъ этого иска. Во всякомъ случаѣ, чтобы опровергнуть подобную экспецію, *въритель* обязанъ *доказать*, что имъ было уже произведено падлсжащее взысканіе противъ главнаго должника, ибо всѣ необходимыя средства для такого доказательства должны находиться въ его рукахъ.

Какъ ни справедлива эта привилегія, но все же ею можно злоупотреблять съ цѣлю затянуть процессъ. Для устраненія подобныхъ злоупотребленій, она подлежитъ нѣкоторымъ *ограниченіямъ*. *Beneficium excussionis* не примѣняется:

a) въ случаѣ *отсутствія главнаго должника*, которое значительнымъ образомъ затрудняетъ предъявленіе къ нему иска прежде, чѣмъ къ поручителю¹¹⁾;

b) въ случаѣ *отрицанія поручителемъ своего обязательства*¹²⁾;

c) въ случаѣ *открытія конкурса* надъ имуществомъ главнаго должника¹³⁾;

d) въ случаѣ *несомнѣнной въ будущемъ безуспѣшности взысканія съ главнаго должника, въ особенности, когда несостоятельность его общеизвѣстна*¹⁴⁾;

e) въ случаѣ *отреченія поручителя* отъ упомянутой привилегіи; такое отреченіе заключается въ ручательствѣ въ качествѣ *самостоятельнаго должника*¹⁵⁾.

¹⁰⁾ Ср. Unger въ Jherings Jahrb., т. 29, статья 1. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 771, опредѣляетъ: Поручитель можетъ отказать кредитору въ удовлетвореніи, пока послѣдній не обратитъ безуспѣшно принудительнаго взысканія на имущество главнаго должника (возраженіе о предварительномъ взысканіи съ главнаго должника). Далѣе, § 772 опредѣляетъ объемъ этого принудительнаго взысканія. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 288, стр. 351.

¹¹⁾ Мнѣнія юристовъ расходятся по вопросу о томъ, что упомянутая новелла разумѣетъ подъ отсутствіемъ. Имперскій судъ, R. G. E., т. 6, стр. 156, полагаетъ, что должникъ долженъ считаться присутствующимъ, если *живетъ въ предѣлахъ германской имперіи*. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 773, п. 2, требуетъ, чтобы обращеніе взысканія на имущество главнаго должника было значительно затруднено вслѣдствіе перемѣны, послѣ установленія поручительства, его мѣстожителства, промышленнаго обзаведенія или мѣста пребыванія.

¹²⁾ Это основывается на обычномъ расширительномъ толкованіи l. 10. § 1. D. h. t. 46. 1. Гражд. улож. для герм. имперіи устранило этотъ поводъ.

¹³⁾ Вопросъ этотъ споренъ. Ср., между прочимъ, Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 385; Windscheid, т. 2, § 478, прим. 4 и указанную тамъ литературу. Того же взгляда держатъ R. G. E., т. 4, стр. 123, и гражд. улож. для герман. имперіи, § 773, п. 3.

¹⁴⁾ Гражд. улож. для герм. имперіи, § 773, п. 4.

¹⁵⁾ Гражд. улож. для герман. имперіи, § 773, п. 1. О различіи между поручительствомъ въ качествѣ самостоятельнаго должника и корреальнымъ долгомъ см. R. O. H. G. E., т. 20, стр. 47.

f) *Exceptio excussionis* не имѣетъ мѣста, когда поручительство является для поручителя торговой сдѣлкой¹⁶⁾ 17).

Болѣе строгій субсидіарный характеръ имѣетъ поручительство, заключенное „на случай *неудовлетворенія* при взысканіи съ главнаго должника“. Здѣсь субсидіарная отвѣтственность является условіемъ договора, а не одной только привилегіей. Въ частности, подобный поручитель не можетъ еще быть привлеченъ къ отвѣтственности, если надъ имуществомъ главнаго должника открытъ конкурсъ; напротивъ, для этого нужно ожидать окончанія послѣдняго.

3. Самый долгъ изъ поручительства можетъ быть обезпеченъ *вторымъ поручительствомъ*, а также залогомъ. Такое вторичное поручительство является, прежде всего, *добавочнымъ элементомъ первой поруки* и съ главнымъ обязательствомъ связано лишь *косвенно*¹⁸⁾. Поэтому оно не имѣетъ силы, если первое поручительство недействительно, даже если бы главное обязательство было исполнѣ дѣйствительно и еще не погашено. Но второй поручитель можетъ требовать, чтобы до него былъ предъявленъ искъ не только къ *первому поручителю*, но, прежде всего, и къ *главному должнику*; это объясняется тѣмъ, что второй поручитель можетъ пользоваться тѣми же возраженіями, какъ и первый. Точно такъ же второй поручитель имѣетъ право регресса не только къ первому поручителю, за котораго онъ непосредственно ручался, но и къ главному должнику, коль скоро онъ за него заплатилъ.

§ 80. Права поручителя по отношенію къ главному должнику.

I. По древне-римскому праву, *sponsor*, заплатившій долгъ по обязательству, за которое онъ поручился, могъ предъявить особый привилегированный искъ — *actio depensi* — къ главному должнику, если тотъ своевременно не возвращалъ ему уплаченной суммы¹⁾.

II. Позднѣйшее право не знало такого регресснаго иска поручителя къ главному должнику, который вытекалъ бы непосредственно изъ факта уплаты долга.

1. Здѣсь поручителямъ предоставлялись лишь такіе иски, которые вытекали изъ *правоотношеній, лежащихъ въ основаніи договора поручительства*.

Обыкновенно поручитель ручается по просьбѣ или, во всякомъ случаѣ, согласно желанію главнаго должника. Онъ является,

¹⁶⁾ Н. Г. В., § 349.

¹⁷⁾ О поручительствѣ въ обезпеченіе принудительной мировой сдѣлки см. К. О., § 194.

¹⁸⁾ L. 8. § 12. D. h. t. 46. 1; l. 27. § 4. D. eod. Ulpianus libro 22 ad edictum: Si fidejussor fuerit principalis et fidejussor fidejussoris, non poterit desiderare fidejussor, ut inter se et eum fidejussorem, pro quo fidejussit, dividatur obligatio: ille enim loco rei est nec potest reus desiderare, ut inter se et fidejussorem dividatur obligatio. Goldschmidt: Haupt- und Nebbürgе в Jherings Jahrb., т. 26, стр. 345.

¹⁾ *Actio depensi*, на основаніи *lex Publilia*, предоставлялась *sponsorу*, если онъ въ теченіе 6 мѣсяцевъ не получалъ удовлетворенія отъ главнаго должника. Gajus, Inst., III. § 127; IV. § 22.

такимъ образомъ, по отношенію къ послѣднему мандатаріемъ²⁾ и можетъ, съ цѣлью регресса, предъявить къ нему *actio mandati contraria*.

Впрочемъ, поручительство можетъ быть установлено и помимо всякой просьбы должника. Въ такомъ случаѣ поручителю предоставляется *actio negotiorum gestorum*, поскольку имѣются на лицо всѣ необходимыя условія этого иска. О *negotiorum gestio* не можетъ быть рѣчи, когда поручитель вмѣшался въ сдѣлку вопреки запрещенію должника³⁾.

Накопецъ, правомъ регресса не пользуется тотъ, кто поручился *donandi animo*, т. е. съ намѣреніемъ, въ случаѣ уплаты, не требовать отъ главнаго должника возмѣщенія. Само собой разумѣется, что права регресса не имѣетъ также и тотъ, кто лишь по формѣ и съ внѣшней стороны выступилъ въ качествѣ поручителя, въ дѣйствительности же былъ главнымъ участникомъ сдѣлки.

Предоставляемая поручителю *actiones mandati* и *negotiorum gestorum contrariae* имѣютъ слѣдующее содержаніе:

а) Поручитель, удовлетворившій вѣрителя изъ своихъ средствъ путемъ платежа, *in solutum datio*, компенсаціи или новаци, можетъ требовать съ главнаго должника возмѣщенія своихъ издержекъ. Далѣе, если вѣритель простилъ долгъ съ *намѣреніемъ сдѣлать этимъ подарокъ поручителю*, то послѣдній въ правѣ требовать съ должника прощенную сумму, несмотря на то, что самъ ничего не затратилъ⁴⁾.

б) Еще *до платежа* поручитель можетъ предъявить къ главному должнику искъ *объ освобожденіи его отъ обязательства* въ томъ случаѣ, если онъ уже присужденъ къ уплатѣ, а также, если главный должникъ слишкомъ затягиваетъ исполненіе или начинаетъ расточать свое имущество⁵⁾.

Требованія регресса, принадлежащія поручителямъ, могутъ, въ свою очередь, быть имъ обезпечены такъ наз. *обратнымъ поручительствомъ*.

²⁾ l. 6, § 2. D. mandati. 17. 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio. R. O. H. G. E., т. 11, стр. 3.

³⁾ l. 20, § 1. D. mandati. 17. 1, l. 40. D. eod. Paulus libro 9 ad edictum: Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.

⁴⁾ l. 10, § 13. D. mandati. 17. 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si fideiussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fideiussorem remunerari voluit. creditor, habere eum mandati actionem; ср. далѣе l. 11 и l. 12, пр., §§ 1 и 2. D. eod. — Если должнику принадлежало какое-либо право на освобожденіе отъ обязательства, а поручитель заплатилъ, не зная объ этомъ, то ему все-таки дается право регресса, разъ съ его стороны не было никакой вины. l. 10. § 12, l. 29. пр. и слѣд. D. eod. О послѣдствіяхъ присужденія поручителя *injuria iudicis* см. l. 67. D. h. t. 46. 1 и l. 10. C. mandati. 4. 35.

⁵⁾ l. 38, § 1. D. mandati. 17. 1, l. 10. C. eod. 4. 35, l. 45. D. de fideiussoribus. 46. 1. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 775; Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 289, стр. 357.

2. Поручителю предоставлено такъ наз. *beneficium cedendarum actionum* ⁶⁾), въ силу котораго онъ можетъ задержать исполненіе обязательства до тѣхъ поръ, пока вѣритель не передастъ ему своихъ притязаній къ должнику, со всѣми ихъ принадлежностями. Этой льготой поручитель можетъ воспользоваться даже послѣ того, какъ онъ уже *погаситъ долгъ* ⁷⁾ ⁸⁾).

Такимъ образомъ, если поручитель былъ привлеченъ къ отвѣтственности, и *уплата* имъ была произведена, то послѣдняя рассматривается, какъ *покупная цѣна* за уступленное требованіе.

По гражд. улож. для герм. имперіи, § 774, требованіе вѣрителя противъ главнаго должника переходитъ къ поручителю непосред-

⁶⁾ Friedrich Keil: Zur Lehre v. d. *beneficium cedendarum actionum*, Halle, 1880, хорошая диссертация.

⁷⁾ При *mandatum qualificatum* обязанность заимодавца уступить манданту свое требованіе къ главному должнику вытекаетъ сама собой изъ общихъ принциповъ мандата, § 5. D. *mandati*. 17. 1. 1. 28. D. *eod.*, такъ какъ мандатарій обязанъ передать манданту все, что ему досталось въ результатъ даннаго порученія. Но и при поручительствѣ въ формѣ *fidejussio* необходимость правильной постановки взаимныхъ отношеній сторонъ привела къ созданію *beneficium cedendarum actionum*, несмотря на то, что этимъ нарушалась юридическая конструкция самаго правоотношенія. Дальше всѣхъ идетъ въ этомъ направленіи Paulus libro 14 ad Plautium, l. 36. D. *de fidejussoribus*. 46. 1: Cum is qui et reum et fidejussores habens ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas jam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones. Какъ видно изъ этого, Павелъ предоставляет поручителю право на уступку требованія даже въ томъ случаѣ, если онъ заплатилъ уже безъ всякой оговорки; между тѣмъ, Модестинъ требуетъ особой оговорки до совершенія платежа, l. 76. D. *de solutionibus*. 46. 3. По нашему мнѣнію, слѣдуетъ присоединиться къ взгляду Павла, какъ болѣе цѣлесообразному. Къ тому же склоняется, въ большинствѣ случаевъ, и практика, при чемъ, однако, мнѣнія расходятся. Пречная литература указана у Girtanner'a, стр. 217; см. также Hasenbalg, стр. 414, и R. G. E., т. 18, стр. 235.

⁸⁾ Windscheid, т. 2, § 481, прим. 7, утверждаетъ, что поручитель пользуется *beneficium cedendarum actionum* лишь постольку, „поскольку ему принадлежитъ право регресса къ главному должнику“. Признавая, что для такого ограниченія нѣтъ указаній въ источникахъ, онъ выводитъ его необходимость изъ внутреннихъ основаній. Но этотъ взглядъ неправиленъ, въ особенности для того случая, когда поручитель вступился вопреки *запрету* главнаго должника. Хотя ему въ такомъ случаѣ и не принадлежитъ *actio negotiorum gestorum contraria*, однако, это не можетъ помѣшать ему требовать уступки иска отъ вѣрителя. Послѣдній вообще обязанъ уступить поручителю свое требованіе къ главному должнику. Онъ не въ правѣ возражать, что для поручителя его искъ противъ главнаго должника не можетъ имѣть силы, такъ какъ онъ ручался *donandi animo* или самъ является по существу главнымъ участникомъ обязательства. Всѣ эти обстоятельства касаются одного лишь поручителя и главнаго должника, и только послѣдній можетъ воспользоваться противъ уступленнаго поручителю иска соответствующими возраженіями. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 774, п. 1. Другой вопросъ, можетъ ли поручитель, удовлетворившій вѣрителя меньшей суммой вслѣдствіе прощенія части долга или мировой сдѣлки, послѣ уступки ему всего требованія къ главному должнику, предъявить къ послѣднему искъ въ полномъ объемѣ? Преимущественно этому вопросу посвящено изслѣдованіе Keil'a, см. выше, прим. 6. Правильно здѣсь допустить со стороны главнаго должника возраженіе противъ *actio cessa*, такъ какъ поручитель не долженъ обогащаться на его счетъ; исключеніе можетъ быть признано лишь въ томъ случаѣ, если вѣритель имѣлъ намереніе сдѣлать подарокъ поручителю.—Вслѣдствіе уступки иска, къ поручителю переходятъ и всѣ привилегіи и обезпеченія, которыми снабжено требованіе къ главному должнику; ср., впрочемъ, выше, § 51, прим. 6. Однако, это правило примѣняется лишь постольку, поскольку вѣритель не терпитъ отъ него ущерба. Поэтому, если къ одному изъ нѣсколькихъ требованій вѣрителя, обезпеченныхъ залогомъ, присоединяется еще поручительство, то вѣритель обязанъ передать поручителю, уплатившему долгъ, свое залоговое право лишь въ томъ случаѣ, если всѣ его требованія, обезпеченныя этимъ залогомъ, будутъ удовлетворены. l. 2, § 1. C. *h. t.* § 8. 40; см. также R. G. E., т. 3, стр. 183. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 774, п. 1.

ственно силою закона постольку, поскольку онъ удовлетворилъ вѣрителя⁹⁾.

§ 81. Отношенія между сопоручителями.

I. Если *нѣсколько лицъ поручились за одинъ и тотъ же долгъ*, то каждый изъ нихъ отвѣчаетъ *in solidum*, т. е. за *всю сумму*¹⁾.

Первоначально поручитель, уплатившій долгъ и освободившій, такимъ образомъ, отъ обязательства своихъ сопоручителей, не имѣлъ по отношенію къ нимъ права обратнаго требованія; это положеніе въ принципѣ сохранилось и въ позднѣйшее время²⁾.

II. Однако, были установлены двѣ привилегіи, которыя вели къ распредѣленію отвѣтственности между сопоручителями.

1. Въ силу *beneficium divisionis*, предоставленнаго Адріаномъ „*fidejussoribus et mandatoribus*“, поручитель, къ которому вѣритель предъявилъ искъ, можетъ требовать распредѣленія отвѣтственности между всѣми поручителями, которые окажутся состоятельными въ моментъ предъявленія иска³⁾ 4).

Эта привилегія принадлежитъ поручителямъ, не взирая на то, ручались ли они всѣ вмѣстѣ, или отдѣльно и независимо другъ отъ друга⁵⁾.

Если обязательство одного изъ сопоручителей оказывается недействительнымъ или можетъ быть оспорено, то другой поручитель уже не имѣетъ права требовать распредѣленія отвѣтственности по иску, несмотря на то, что они ручались вмѣстѣ. Субъективное мнѣніе или увѣренность поручителя въ томъ, что онъ состоитъ въ сопоручительствѣ съ другими и, вслѣдствіе этого, имѣетъ право на *beneficium divisionis*, не можетъ замѣнить объективнаго основанія данной привилегіи⁶⁾.

⁹⁾ Cp. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 289, стр. 354.

¹⁾ I. 3. § 2. C. h. t. 8. 49. § 4. I. de fidejussoribus. 3. 20, ниже, прим. 3. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 769.

²⁾ § 4. I. h. t. 3. 20, l. 39. D. cod. 46. 1, l. 11, pr. C. h. t.

³⁾ § 4. I. de fidejussoribus. 3. 20: Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere. sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere.

⁴⁾ О *beneficium divisionis* cp. Hasenbalg, loc. cit., стр. 466, тамъ указана прежняя литература; затѣмъ Brinz, т. 2, стр. 256, н. 1; Carl Knoll: Das beneficium divisionis des Bürgen, Bresl. Diss., 1895. Относительно *lex Furia*, которая преслѣдовала подобную же цѣль, см. выше, § 76.

⁵⁾ Перѣдко высказывается мнѣніе, что *beneficium divisionis* предоставляется поручителямъ лишь въ томъ случаѣ, если они ручались вмѣстѣ, по одному и тому же договору. Такой взглядъ не соответствуетъ источникамъ, см., напр., приведенный выше, въ прим. 3, § 4. I. h. t. 3. 20. Противъ подобнаго ограниченія высказываются Girtanner въ Archiv für civ. Praxis, т. 43, статья 12, Hasenbalg, loc. cit., стр. 477, и Goldschmidt въ Jherings Jahrb., стр. 351.

⁶⁾ Windscheid, т. 2, § 479, прим. 7, правда, утверждаетъ, что право на распредѣленіе отвѣтственности остается за поручителемъ, несмотря на недействительность обязательства сопоручителя, если только первый имѣлъ полное основаніе рассчитывать, что ему придется отвѣчать лишь за свою часть. Такого же взгляда держится Brinz, т. 2, стр. 109, прим. 7, и Goldschmidt, loc. cit., стр. 354. По нашему мнѣнію, это противорѣчитъ

Beneficium divisionis, по римскому праву, не допускалось и в томъ случаѣ, если вѣритель еще до наступленія срока требованія прощалъ долгъ одному изъ сопоручителей⁷⁾. Но, по современнымъ воззрѣнiямъ, вѣрителю едва ли можетъ быть предоставлено право произвольно ухудшать положеніе поручителя⁸⁾.

Можетъ случиться, что кредиторъ, предъявивъ искъ въ полномъ объемѣ къ одному поручителю, оспариваетъ состоятельность другого. Тогда отвѣтчикъ, чтобы добиться распредѣленія отвѣтственности по иску, долженъ взять на себя соотвѣтствующій рискъ и представить обезпеченіе па случай, если, вслѣдствіе распредѣленія, кредиторъ потерпитъ убытки⁹⁾ ¹⁰⁾.

тому основанію, на которомъ покоилось римское beneficium divisionis. Такъ какъ эта привилегія устранялась даже вслѣдствіе отсутствія и несостоятельности сопоручителя, то она, конечно, не могла быть допущена въ томъ случаѣ, когда обязательство сопоручителя оказывалось нѣдѣйствительнымъ. Оспариваемый нами взглядъ не находитъ оправданія въ I. 48. D. h. t. 46. 1. Ср. относительно этого мѣста Girtanner: Die Bürgschaft, стр. 462, и въ Archiv für civ. Praxis, т. 43, стр. 286, также Hasenbalg, стр. 507.

⁷⁾ Въ I. 15. D. h. t. 46. 1 Julianus libro 51 digestorum говоритъ: Si ex duobus, qui apud te fidejusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur et, si ab altero quindecim petere institueris, nulla exceptione summo-veris: reliqua autem quinque si a priore fidejussore petere institueris, doli mali exceptio summo-veris. Мы не имѣемъ никакого права относить слова „nulla“ exceptione къ одному только виду exceptio, а именно, къ exceptio pacti, какъ это дѣлаютъ Girtanner въ Archiv für civ. Praxis, т. 43, стр. 281, и Goldschmidt, loc. cit., стр. 367; точно такъ же не слѣдуетъ, по указанію Dedekind'a, стр. 123, читать, вмѣсто quindecim, „decem“. Это значило бы не толковать источники, а устранять затрудненія произвольнымъ искаженіемъ текста. См., впрочемъ, Windscheid, т. 2, § 479, прим. 7. Противъ такого способа справедливо высказываеся Hasenbalg, стр. 488. Съ однимъ только можно согласиться, что это мѣсто относится къ случаю прощенія долга до наступленія срока требованія.

⁸⁾ Ср. ниже, § 82, прим. 7.

⁹⁾ Что касается процессуальнаго осуществленія beneficium divisionis, то представленіе доказательствъ состоятельности сопоручителей отвѣтчика, понятно, сопряжено съ большими неудобствами. Оно осложняетъ все производство, вводя въ него изслѣдованіе вопроса, нѣрѣдко весьма сомнительнаго, который, впрочемъ, разрѣшается самъ собою при принудительномъ исполненіи рѣшенія. Поэтому римляне едва ли занимались вообще подробнымъ его разсмотрѣніемъ. У нихъ, напротивъ, соблюдался слѣдующій порядокъ: а) Преторъ устанавливалъ actio divisa, которою кредиторъ долженъ былъ ограничиться, если онъ во время производства in iure не оспаривалъ состоятельности сопоручителей, или если послѣдній фактъ былъ общеизвѣстенъ. См. Pauli sent., I, 20, и I. 10, § 1. C. h. t. 8. 40, гдѣ, очевидно, слово „condemnationem“ интерполировано вмѣсто „litiscontestationem“; Lenel: Edictum perpetuum, стр. 171. Разъ actio divisa была допущена, то отвѣтчику не могло больше вредить то обстоятельство, что его сопоручитель впослѣдствіи оказывался несостоятельнымъ, I. 51. § 4, l. 52. § 1. D. h. t. 46. 1, l. 16. C. h. t. 8. 40. б) Кредиторъ могъ уже in iure оспаривать состоятельность сопоручителей; тогда поручитель, къ которому былъ предъявленъ искъ въ полномъ объемѣ, имѣлъ право требовать дѣленія иска лишь въ томъ случаѣ, если *бралъ на себя отвѣтственность* за то, что кредиторъ не потерпитъ отъ этого ущерба, и представлялъ ему въ этомъ обезпеченіе, l. 10. pr. D. h. t. 46. 1. Ulpianus libro 7 disputationum: Si dubitet creditor, an fidejussores solvendo sint, et unus ab eo electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confidejussores conveniantur, in parte dico audiendum enim esse, ita tamen, et si satisfactioes offerat et omnes confidejussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint; ср. I. 16. C. h. t. 8. 40. в) Кроме того, въ I. 28. D. h. t. Paulus libro 25 ad edictum говоритъ: Si contendat fidejussor ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam „si non et illi solvendo sint“. Уже изъ этого отрывка видно, что предоставленіе подобной экцещіи не составляло обычнаго явленія. Такой особый порядокъ былъ установленъ, очевидно, лишь на случай, когда вѣритель прямо настаивалъ на предъявленіи иска противъ избраннаго имъ поручителя въ полномъ объемѣ—in solidum—и, будучи увѣренъ въ несостоятельности сопоручителей, соглашался на то, чтобы этотъ вопросъ былъ разсмотрѣнъ при производствѣ in iudicio. Практика обще-германскаго права разрѣшала обыкновенно привлеченному къ отвѣтственности поручителю доказывать состоятельность сопоручителей, или даже возлагала на вѣрителя обязанность доказать ихъ несо-

Beneficium divisionis отпадаетъ:

- а) если привлеченный къ отвѣтственности поручитель отрицаетъ свое поручительство ¹¹⁾;
- б) если сопоручитель отсутствуетъ, или вообще привлеченію его мѣшаютъ какія-либо особыя препятствія ¹²⁾;
- с) въ случаѣ отказа отъ льготы, въ частности, въ случаѣ принятія поручительства съ обязательствомъ отвѣчать, какъ самостоятельный должникъ.

Гражд. улож. для герман. имперіи вообще отмѣнило эту привилегію.

2. Если одинъ изъ нѣсколькихъ поручителей уплатить *весь* долгъ или часть, *превышающую долю, которая падаетъ на него по расчету*, то, по справедливости, ему не можетъ быть отказано въ *регрессѣ* къ сопоручителямъ. Древне-римское право не знало, правда, для этого *никакого средства*, такъ какъ между сопоручителями не было заключено договора, а, слѣдовательно, и не могло быть иска. Развившаяся юриспруденція нашла исходъ въ *цессіи иска*: кредитора вынуждали уступать поручителю, производящему уплату, свое притязаніе къ сопоручителямъ, при самой уплатѣ или послѣ нея ¹³⁾. Но это была только *посредствующая историческая стадія*. Нынѣ слѣдуетъ признать, что требованіе кредитора къ сопоручителямъ, въ цѣляхъ регресса, переходитъ къ поручителю, производящему уплату, *непосредственно въ силу закона*. *Особый актъ цессіи излишенъ*, такъ какъ онъ для участвующихъ лицъ не имѣетъ никакого значенія.

Этому соответствуетъ также гражд. улож. для герман. имперіи ¹⁴⁾.

стоятельность. Все это не безъ основанія дискредитировало институтъ beneficium divisionis, такъ какъ время и деньги, потраченные на такія доказательства, не окупаются выгодой, которая при этомъ можетъ быть достигнута. Ср. Sokolowski въ Zeitschrift der Savigny-Stift., rom. Abtheilung, т. 11, стр. 278.

¹⁰⁾ Практика обще-германскаго права предоставила поручителю такъ наз. provocatio ex lege „si contendat“, воспользовавшись для этого приведенною выше, въ прим. 9, подъ lit. а. l. 28. D. h. t. Посредствомъ этой provocatio, поручитель, чтобы обезпечить за собой beneficium divisionis, вызываетъ вѣрителя на немедленное предъявленіе иска. Рѣшеніе противъ вѣрителя постановляется въ томъ смыслѣ, что, если онъ предъявитъ искъ позднѣе, то въ этомъ послѣдующемъ производствѣ ему все равно, какъ и теперь, будетъ противопоставлена exceptio divisionis, не взирая на то, окажется ли состоятельны въ настоящее время сопоручители таковыми и въслѣдствіи. Аналогичныя provocationes были установлены для обезпеченія и другихъ привилегій поручителей, ср. Hasenbalg, стр. 627. Германскій уставъ гражданскаго судопроизводства не признаетъ никакихъ provocationes, исходя изъ того, что онѣ стали излишними при существованіи „преюдиціальныя исковы“, С. Р. О., §§ 256 и 280; ср. выше, вып. I, § 134. По это соображеніе едва ли оправдывается относительно provocatio ex lege „si contendat“.

¹¹⁾ l. 10, § 1. D. h. t. 46. 1.

¹²⁾ l. 10, pr. D. h. t. 46. 1.

¹³⁾ l. 17, l. 36. l. 41. D. h. t. 46. 1; l. 11. § 1. C. h. t. 8. 40; l. 12. D. rem pupilli salvam fore. 46. 6. Hasenbalg, стр. 428. R. G. E., т. 18, стр. 275. Иного мнѣнія Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 273.

¹⁴⁾ Здѣсь требованіе вѣрителя переходитъ къ уплатившему долгъ поручителю постольку, поскольку онъ удовлетворилъ вѣрителя и имѣетъ регрессъ къ остальнымъ поручителямъ. Ср. § 774, п. 2, въ связи съ § 426; Derb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 289, стр. 358.

§ 82. Прекращение поручительства.

Поручительство прекращается вследствие тѣхъ-же причинъ, которыя отражаются на всѣхъ видахъ обязательствъ; но оно прекращается, кромѣ того, по особымъ основаніямъ, въ связи съ той цѣлью, которую оно преслѣдуетъ—служить средствомъ обезпеченія.

1. Съ *погашеніемъ главнаго долга* прекращается и поручительство¹⁾.

Это положеніе примѣняется, однако, безъ ограниченій только при полномъ погашеніи, напр., черезъ платежъ или иной способъ удовлетворенія, или черезъ сліяніе требованія и обязанности исполненія въ одномъ лицѣ—*confusio*. Если же остается натуральное обязательство²⁾, или если обязательство прекращается только путемъ эксцепцій³⁾, то поручительство можетъ сохраниться въ полной силѣ.

Если поручитель виновнымъ образомъ уничтожилъ индивидуальнопредѣленный предметъ долга, то главный должникъ освобождается отъ обязательства: по отношенію къ нему это считается „случаемъ“, за который онъ не отвѣчаетъ. Но поручитель на это ссылаться не можетъ; онъ остается обязаннымъ на основаніи поручительства, хотя, конечно, лишь къ соотвѣтствующему денежному вознагражденію⁴⁾.

2. Поручительство, далѣе, прекращается, если *главный долгъ и долгъ по поручительству сольются* въ одномъ лицѣ, напр., въ случаѣ перехода по наслѣдству. Оно, однако, сохраняетъ свою силу, если долгъ по поручительству предоставляетъ вѣрителю больше вы-

¹⁾ I. 43. D. de solutionibus. 46. 3. напечатанная выше, вып. I, § 261, прим. 7. Этому не противорѣчитъ то, что поручительство остается въ силѣ, если послѣ смерти главнаго должника у него не окажется наслѣдниковъ, I. 95, § 1. D. de solutionibus. 46. 3. I. 1, § 14. D. depositi. 16. 3, такъ какъ наслѣдство представляетъ лицо умершаго. Что поручительство, въ отличіе отъ корреляльнаго обязательства, прекращается также въ случаѣ погашенія главнаго обязательства путемъ сліянія,—на это указываютъ I. 71. pr. D. h. t. 46. 1. Ср. Kretschmar: Confusio, стр. 118 и слѣд.—Противъ прекращенія поручительства вследствие погашенія главнаго долга высказывается Girtanner, стр. 495. Поручительство, по его мнѣнію, представляетъ собою „расширеніе“ главнаго долга, и эта добавочная часть юридическаго отношенія можетъ сохраниться, несмѣняя на то, что первоначальная его основа, главный долгъ, устранена. Но такое пониманіе поручительства ошибочно—см. выше, § 76, прим. 6, а въ своихъ послѣдствіяхъ несогласно съ источниками. См. Hasenbalg, loc. cit., стр. 295.

²⁾ I. 60. D. h. t. 46. 1.

³⁾ Относительно права поручителя пользоваться эксцепціями, принадлежащими главному должнику, см. выше, § 79, прим. 5.

⁴⁾ Первоначально въ такихъ случаяхъ давалась только *actio doli*. Объ этомъ повѣствуетъ Папиніанъ libro 37 quaestionum, I. 19. D. de dolo malo. 4. 3: Si fidejussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur. Ср. также I. 38, § 4. D. de solutionibus 46. 3. Самъ Папиніанъ, однако, не стоялъ болѣе на этой точкѣ зрѣнія, а допускалъ уже неск., основанный на поручительствѣ—libro 28 quaestionum, I. 95, § 1. D. de solutionibus. 46. 3, см. выше, § 27, прим. 12. Разсмотрѣвъ отношеніе по альтернативному обязательству, онъ продолжаетъ: aliter quam in persona fidejussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fidejussoris, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset. Въ томъ же смыслѣ высказывается Павелъ въ I. 88. D. de verb. obl. 45. 1. Ср. Vangerow, т. 3, § 578, прим. 2. Сомнительное рѣшеніе предлагаетъ Huschke: Gajus, стр. 80. Гражд. улож. для герман. имперіи не высказывается по этому вопросу.