

Б. Виндшейд

Об обязательствах по римскому праву

Часть 3

УДК 340
ББК 67.0
Б11

Б11 **Б. Виндшейд**
Об обязательствах по римскому праву: Часть 3 / Б. Виндшейд – М.: Книга по Требованию, 2024. – 194 с.

ISBN 978-5-458-66653-4

ISBN 978-5-458-66653-4

© 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.

Но при этомъ естественно требуется: а) чтобы не было спора ⁸; о самомъ фактѣ воспослѣдованія рѣшенія, в) чтобы оспаривающій сдѣлку не зналъ о существованіи рѣшенія ⁹. Съ другой стороны, само собою разумѣется, что для силы мировой сдѣлки не необходимо отсутствіе для стороны возможности доказывать впоследствии, что она была права въ спорѣ ¹⁰.

По положительному постановленію римскаго права заключеніе мировой сдѣлки о замѣнѣ алиментовъ, оставляемыхъ на случай смерти, одной общей суммой, допускается не иначе, какъ съ утвержденія суда; безъ чего сдѣлка эта не обязательна для лица, имѣющаго право на алименты ¹¹. О положеніи, поддерживаемомъ многими, будто мировая сдѣлка по завѣщательнымъ претензіямъ не действительна, если не имѣлся въ виду самый завѣщательный актъ, см. примѣчаніе ¹².

По русскому праву предметомъ мировой сдѣлки права семейственныя не могутъ быть. (Arg. т. X ч. 1 ст. 1529 и 1545). А. Д.

⁸ L. 11 D. h. t. «Post rem iudicatam, etiamsi provocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest». L. 23 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. Смыслъ l. 11 cit. слѣдующій: мировое соглашеніе, не смотря на res iudicata, возможно тѣмъ не менѣе, если существованіе рѣшенія не было прямо оспорено, или если о существованіи онаго можно быть различнаго мнѣнія. Что и въ послѣднемъ случаѣ можетъ отклонить ссылку на рѣшеніе, какъ на рѣшительный моментъ, тотъ, противъ котораго рѣшеніе заявляется, предполагаетъ этотъ законъ («quia adhuc lis subesse possit»). Римъ видитъ въ этомъ мѣстѣ доказательство въ пользу выставленнаго имъ положенія (прям. 6 въ ко. цѣ), что мировое соглашеніе действительно, если стороны вовсе не знали о послѣдовавшемъ окончательномъ рѣшеніи. Но здѣсь говорится: si ignorari potest, а не: si ignoratur.

⁹ Кто вступаетъ въ мировое соглашеніе, зная о благопріятномъ для него рѣшеніи, тотъ называетъ мировой сдѣлкой то, что въ действительности есть дареніе, развѣ бы была неизвѣстна исполнимость рѣшенія. Въ этомъ случаѣ имѣется конечно мировое соглашеніе не въ томъ смыслѣ, что существуетъ неизвѣстность права, а въ томъ, что неизвѣстно возможно ли будетъ привести рѣшеніе въ исполненіе. Ср. § 168 прим. 6а л трактатъ Гольдшмидта, цитированный въ 5 примѣчанія, а также трактатъ Тибо.

¹⁰ Что факты, на которые сторона ссылалась вѣрны, факты оспоренные невѣрны, что квалифікація вѣрныхъ фактъ въ такую, какъ сторона утверждала. L. 2. 19. 23. 29 C. h. t., l. 65 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. Зейфф. Arch. XIII. 42. Римъ полагаетъ, что изъ l. 23 cit можно вывести прямое доказательство противъ сказаннаго въ текстѣ къ 2; но ничто въ этомъ мѣстѣ не заставляетъ принять, что сдѣлка не относится къ вопросу о наследствѣ.

¹¹ L. 8. D. h. t., l. 8 C. eod. Римъ § 13, Синтонисъ прим. 43, Гольцшверъ III § 316 пр. 7. Зейфф. Arch. V. 285, X. 263, XI. 39, XVIII. 244.

¹² Положеніе это опирается на l. 6 D. h. t. «De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, nisi inspectis cognitisque verbis testamenti». Между тѣмъ безспорно, что мѣсто это тождественно съ l. 1 § 1 D. test. quemadmodum 29. 3, сопоставленіе же послѣдняго мѣста показываетъ, что составитель онаго желалъ признать соглашеніе не недействительнымъ, а хотѣлъ лишь сказать, что разумный человѣкъ не станетъ вступать въ мировыя сдѣлки, не

2. ДОГОВОРЪ ТРЕТЕЙСКАГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА.

а. Понятіе и дѣйствіе

§ 170. Договоръ о третейскомъ разбирательствѣ есть договоръ, въ силу котораго контрагенты соглашаются разрѣшить¹ существующій между ними споръ о правѣ при посредствѣ частнаго лица—третейскаго судьи (или нѣсколькихъ подобныхъ лицъ). Договоръ третейскаго разбирательства заключаетъ въ себѣ: 1) заявленіе сторонъ о томъ, что они подчиняются третейскому рѣшенію. По этому такое рѣшеніе устанавливаетъ между сторонами право, какъ и рѣшеніе судебное²; но это дѣйствіе такое рѣшеніе имѣетъ не на основаніи собственной силы его, а на основаніи той силы, которою оно облачено самими сторонами. Слѣдствіемъ этого бываетъ, что въ случаѣ воспослѣдованія рѣшенія въ пользу истца, послѣдній не можетъ требовать немедленнаго исполненія онаго³, а долженъ предъявить искъ объ исполненіи⁴. Если рѣшеніе со-

зная словъ завѣщанія. Вопросъ можетъ состоять лишь въ томъ, не поставили ли компиляторы это мѣсто, которое они въ первоначальномъ смыслѣ помѣстили въ главѣ *testamenta quemadmodum apertantur*, въ главу *de transactionibus* въ другомъ смыслѣ. Утвердительное разрѣшеніе сего кажется мнѣ слишкомъ рискованнымъ, тѣмъ болѣе, что компиляторы должны были бы употребить тогда слово «*potest*» дважды въ различномъ смыслѣ, во первыхъ въ смыслѣ юридическаго невѣдѣнія, а во вторыхъ невѣдѣнія фактическаго («*neque exquiri veritas aliter potest*»). Такъ и Ришъ § 14. Во всякомъ случаѣ положеніе о недействительности мирового соглашения, при признаніи словъ завѣщанія, не находитъ себѣ оправданія, какъ полагаютъ Пухта § 294, д., Арндтъ § 269 прим. 2, Сянтенисъ прим. 37, въ отсутствіи требованія неизвѣстности. Еслибы положеніе это считалось постановленіемъ юстиніановскаго права, то я бы могъ оправдать его не иначе, какъ запрещеніемъ *alea*. Ср. и Гельдшверъ III § 316 nr. 6 (Зейфф. Arch. V. 304).

* Dig. 4. 8 de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. Cod. 2. 56 de receptis arbitris. — W. André *gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte* (1860). Глюкъ VI стр. 61—105; Унтергольцнеръ I стр. 650—656, Сянтенисъ II стр. 492—500. О законодательномъ значеніи института: В. Г. Пухта *das Institut der Schiedsgerichte nach seinem heutigen Gebrauch und seiner heutigen Brauchbarkeit* (1823), Пюейфферъ *Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F.* III. 2 (1847), Андре въ указ. м. стр. 59—66.

§ 170. ¹ Выраженіе «*Schiedsvertrag*», собственно говоря, не точно, такъ какъ *Schiedsvertrag* о́мъ будетъ и договоръ о разрѣшеніи дѣла присягой (*Schiedseidvertrag*). Его слѣдовало бы назвать «*Schiedsrichtervertrag*». Но эта неточность дозволительна въ интересъ краткости. Римское выраженіе есть *compromissum*, см. прим. 10. Третейскій посредникъ называется по римски *arbitrator*.

² L. 1 D. h. t. «*Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur, et ad finiendus lites pertinet*». Ср. § 173 прим. 1а.

³ L. 1 C. h. t.

⁴ Римское право давало искъ лишь при обѣщаніи исполненія посредствомъ стимуляціи, l. 5 pr. C. h. t., l. 27 §. 7 l. 28 D. h. t. Но ужъ Юстиніанъ давалъ искъ изъ безформеннаго договора третейскаго разбирательства въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ: а) когда договоръ этотъ или договоръ съ третейскимъ судьей былъ заключенъ подъ присягой; б) когда стороны подкрѣпили третейское рѣшеніе своею подписью, или не протестовали противъ него въ теченіи ближайшихъ десяти дней. L. 4. 5. C. h. t. Но

стоялось противъ истца, то противъ признаннаго неуважительнымъ притязанія имѣется тотчасъ возраженіе ⁵. Если третейское рѣшеніе имѣло своимъ предметомъ не признаніе или отрицаніе притязанія, а устанавленіе существованія или несуществованія какого либо другаго правоотношенія или факта, то на основаніи третейскаго рѣшенія можно предъявить или устранить всякое требованіе, вытекающее изъ этого правоотношенія или факта ⁶. Договоръ третейскаго разбирательства содержитъ въ себѣ: 2) со стороны истца—обѣщаніе не передавать этого дѣла обыкновенному суду съ обходомъ третейскаго, и 3) обѣщаніе обоихъ контрагентовъ все сдѣлать съ своей стороны, чтобы дать третейскому посреднику возможность постановить рѣшеніе. Первое обѣщаніе порождаетъ возраженіе противъ заявленнаго, вопреки этого обѣщанія, въ публичномъ судѣ иска ⁷; второе служитъ для истца основаніемъ для реплики противъ возраженія ⁸, причемъ возможно также требовать исполненія онаго ⁹. Въ договоръ третейскаго разбирательства можно включить условіе о неустойкѣ, или въ томъ смыслѣ, что, при неисполненіи этого договора, кредиторъ вправе требовать исполненія и неустойки, или же въ томъ, что требовать можно одной только неустойки ¹⁰. Третейское рѣшеніе не имѣетъ силы относительно третьихъ лицъ, исключая правопреемниковъ и соучастниковъ ¹¹.

первое постановленіе онъ опять отмѣнялъ въ Nov. 82 с. 11. Исключеніе допускалось также въ отношенія договоровъ о третейскомъ разбирательствѣ между евреями, l. 8 C. de Iudaeis l. 9. Андре Стр. 3. :7.

⁵ По правиламъ о признаніи, а также по правиламъ прощенія долга. Но кажется, что эта категория, на которую я главнѣйшимъ образомъ направилъ во первомъ изданіи не такъ близко подходитъ сюда. Ср. l. 13 §. 1 D. h. t., l. 5 рг. C. h. t.

Ср. § 173 прим. 1. с.

⁷ Андре стр. 19--24. Этому не противорѣчить l. 30 D. h. t.; см. прим. 10.

⁸ Истецъ можетъ сказать, что онъ не абсолютно отказался отъ обращенія къ помощи судебной власти, а лишь въ пользу третейскаго рѣшенія, и что послѣднее не состоялось по влнѣ отвѣтчика. Андре стр. 24.

⁹ Исполненіе осуществляется угрозой судебнымъ и штрафомъ (§ 4 прим. 3), а также постановленіемъ предварительнаго рѣшенія, что на исполненіе могущаго послѣдовать третейскаго рѣшенія не должно вліять неповиновеніе стороны. За третейскими посредниками не признается права принудить стороны денежными штрафами повиноваться ихъ распоряженіямъ l. 39 рг. D. h. t. Андре стр. 43—44.

¹⁰ У римлянъ было въ обыкновеніи включить въ третейскую запись условіе о штрафѣ. Отсюда и выраженіе *compromissum*. При этомъ это обѣщаніе штрафа имѣло указанный въ текстѣ смыслъ. Нарушеніе третейскаго договора давало право на взыскаііе штрафа, при чемъ безразлично, заключалось ли нарушеніе въ неповиновеніи рѣшенію или въ томъ, что послѣднее не могло состояться. l. 2 D. h. t. «*Ex compromisso placet exserptionem pop. nasei, sed roeuae petitionem*». L. 30 eod., l. 1 C. h. t., Nov. 82 с. 11. Относительно воспрепятствованія тому, чтобы рѣшеніе состоялось см. напр. l. 27 § 4. 6. l. 39 D. l. 2 C. h. t.

¹¹ Ср. §. 166 прим. 9 и 10.

в. Условія обязательности распоряженій третейскаго судьи. Недѣйствительность договора о третейскомъ разбирательствѣ.

§ 171. Распоряженія ¹ третейскаго судьи, не смотря на обязательность третейскаго договора, необязательны, если судья выходитъ изъ поставленныхъ ему границъ по существу или временныхъ ². Въ частности третейское рѣшеніе необязательно, если имъ не опредѣляется или не вполне разрѣшается споръ сторонъ ³, если оно направлено на что либо недозволенное ⁴, если оно было добыто злымъ умысломъ противника или явно пристрастно ⁵, если оно провозглашено не въ присутствіи обѣихъ сторонъ ⁶. Разъ послѣдовавшее рѣшеніе третейскій судья не можетъ измѣнить ⁷. При назначеніи нѣсколькихъ посредниковъ дѣло разрѣшается по большинству голосовъ ⁸, при равенствѣ голосовъ первѣсь даетъ голосъ избраннаго между третейскими судьями общаго посредника ⁹.

§ 171. ¹ Окончательное рѣшеніе или частныя опредѣленія. Руководство производствомъ предоставлено разумному усмотрѣнію судьи. Мнѣніе, будто онъ обязанъ руководствоваться судопроизводственными правилами данной стороны, неосновательно. Андре стр. 43—59. Ср. также Зейфф. Arch. XVI. 46.

² Важныя границы: I. 32 § 15. 18. 19 I. 46 D. h. t. Временныя границы: I. 32 § 21. I. 33 I. 20. § 7 I. 21. § 8 I. 25. 26 I. 50 D. I. 1 C. h. t.

(^{2a} Ср. къ слѣдующему Кирульфъ Entscheid любекскаго об. апп. суда 1867 Nr. 61).

³ L. 19 § 1 I. 21 § 3 (ср. § 1) I. 32 § 16. 17 D. h. t., I. 21. pr. eod.

⁴ L. 21 § 7 D. h. t.

⁵ L. 3 C. h. t. Простое неодобреніе рѣшенія не есть основаніе для его необязательности. L. 27 § 2 D. h. t. «Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit, et sibi imputet, qui compromisit. Nam et. D. Pii rescripto adicitur: vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet». L. 1 C. h. t. «Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non posse. saepe rescriptum est» См. также I. 32 § 14 i. f. D. h. t. Ср. Андре стр. 52—56, Гольцшверъ III § 317 Nr. 8; Зейфф. Arch. I. 217. Нельзя вывести изъ с. 11. X. de arbitr. 1. 43 ничтожность третейскаго рѣшенія, если оно противорѣчитъ рѣшенію, вошедшему въ законную силу (ср. Сентенсъ прим. 33). Въ случаѣ предусмотрѣнномъ въ этомъ мѣстѣ, третейскій судья не переступилъ предѣловъ своей власти. См. еще Глюкъ VI. Стр. 99, Сентенсъ въ указ. м., Андре стр. 55—56.

⁶ L. 28 § 4. 5 D. h. t.

⁷ L. 19 § 2 I. 20 I. 21, pr. D. h. t.

⁸ L. 17 § 6. 7 I. 18 I. 27 § 3 D. h. t. Что касается с. 2 de arbitr. in VI^o I. 22, то см. Глюкъ VI. Стр. 80, Андре стр. 46—47; Зейфф. Arch. V, 283, XVIII. 245.

⁹ D. 17 § 6 cit. Въ мнимои противорѣчій съ этимъ мѣстомъ говорятъ I. 17 § 5 eod. «Si in duos fuerit sic compromissum. ut, si dissentirent, tertium assumant, puto tale compromissum non valere; nam in assumendo possunt dissentire». Почему же сторонамъ нельзя по договору присвоить третейскому посреднику такую власть, которая принадлежать ему уже въ силу закона? L. 17 § 5 cit. выражаетъ лишь, что такой компромиссъ не влечетъ за собой необходимо рѣшенія. О различныхъ возрѣвіяхъ см. Андре стр. 33 — 38. Андре самъ выставляетъ новый взглядъ, говоря что въ I. 17 § 6 cit. третейскимъ посредникамъ не дано права избрать общаго посредника, а на нихъ возложена обязанность допустить лицо, назначенное отъ суда. Объясненіе это рушится

2. Договоръ третейскаго разбирательства недѣйствителенъ, независимо отъ общихъ началъ, по неспособности назначеннаго посредника ¹⁰. Что касается оспариванія договора по отсутствію предложенія, то въ этомъ отношеніи применимо сказанное выше (§ 169) о мировой сдѣлкѣ ¹¹. Третейскій договоръ лишается обязательности за смертью одной изъ сторонъ ¹² и за одностороннимъ отказомъ по причинѣ вражды съ третейскимъ судьей ¹³. Наличие спора о правѣ или даже просто правоотношенія не есть условіе для дѣйствительности договора ¹⁴. Равнымъ образомъ не необходимо, для его дѣйствительности, немедленное назначеніе лица третейскаго судьи ¹⁵. Но если указаніе лица посредника предоставлено будущему соглашенію ¹⁶, то въ этомъ случаѣ имѣется не столько договоръ третейскаго разбирательства, сколько договоръ о заключеніи такого договора ¹⁷.

по моему мнѣнію, а слово *eligere* въ § 6 cit. О недѣйствительности договора, коимъ третейскимъ судьямъ дается право представить дѣло на разрѣшеніе общаго посредника находить с. 12 X. de arbitris 1. 43 (какое мѣсто оворить впрочемъ непосредственно не о случаѣ избранія общаго посредника третейскими судьями, а третьимъ лицомъ). Право третейскихъ судей избрать общаго посредника и безъ договора признаютъ с. 39 X. de off. et. pot. iud. deleg. 1. 29, с. 61 X. de appell. 2. 28 — Ср. еще Зейфф. Arch. II. 47, IX. 256, XVI. 47.

¹⁰ Неспособны быть третейскими посредниками: а) лица моложе 20 лѣтъ, l. 9 § 1 l. 41 D. h. t.; б) глухіе, нѣмые, безумные, l. 9 § 1. D. h. t.; в) женщины, развѣ бы онѣ имѣли право писать на судѣ; д) сами стороны, l. 51 D. h. t. (Зейфф. Arch. XXIII. 133) l. 9 § 2 D. h. t. признаетъ къ этому неспособнымъ и судью, разрѣшавшаго дѣло; иначе каноническое право, с. 7 X. h. t. 1 43. Ср. Гольцшверъ III § 317 Nr. 7 (Несогласіе третейскаго судьи или общаго посредника: Зейфф. Arch. XXII. 139).

¹¹ Это вытекаетъ изъ цѣли договора третейскаго разбирательства — прекратить споръ.

¹² l. 27 § 1 l. 32 § 3 l. 49 § 2 D. h. t., с. 14 X. h. t. l. 43.

¹³ l. 32 § 14 D. h. t. Само собою разумѣется, что договоръ третейскаго разбирательства теряетъ свою силу уничтоженіемъ онаго по взаимному согласію (l. 33 § 3 D. h. t.). Отказъ же судьи (§ 417), его смерть (l. 45 D. h. t., с. 45 X. de testib. 2. 20 ср. Зейфф. Arch. V. 283), истеченіе положеннаго времени (l. 32 § 3 D. h. t.), лишаютъ договоръ не столько обязательности, сколько возможности исполненія.

¹⁴ Этому не противорѣчитъ l. 46 D. h. t. Андре стр. 26 — 29. Относительно втораго пункта писатель этотъ другаго мнѣнія, хотя безъ основанія.

¹⁵ С. 12 X. de arbitr. 1. 43 содержитъ въ себѣ невѣрное понятіе l. 17 § 5 D. h. t. См. прим. 9

¹⁶ Противоположность: третье лицо должно назначить третейскаго посредника или каждая сторона по одному. Ср. Arch. f. prakt. RW. IX стр. 110 — 116; Зейфф. Arch. XIII 314.

¹⁷ Такъ наз. *pactum de compromittendo*. Исполненіе этого договора обеспечивается, что касается отвѣтника возраженіемъ противъ предъявленнаго вѣщномъ иска; относительно истца — репликой противъ этого возраженія (ср. § 167 прим. 8); но оно обеспечивается угрозой штрафа или назначеніемъ посредника судьей, если сторона уклоняется отъ этого. Ср. Буха и Будда *Entscheid.* ростокаго об. апел. суда стр.

с. Договоръ съ третейскимъ судьей.

§ 172. Отъ договора третейскаго разбирательства слѣдуетъ отличать договоръ, который стороны заключаютъ съ третейскимъ судьей¹. Никто не обязанъ быть третейскимъ судьей; но принявшій разъ на себя разрѣшеніе дѣла обязанъ постановить рѣшеніе². При этомъ предполагается однако же, что самый договоръ третейскаго разбирательства обязательенъ и продолжаетъ сохранять обязательную силу³. Но независимо отъ этого, третейскій судья можетъ въ извѣстныхъ, указанныхъ въ законѣ случаяхъ, освободиться отъ своей обязанности⁴.

3. Договоръ о рѣшеніи спора присягой*

§ 173. Договоръ о разрѣшеніи спора присягой есть договоръ, въ силу котораго контрагенты соглашаются разрѣшить существующій между ними споръ о правѣ присягой, принимаемой однимъ изъ нихъ. Договоръ этотъ, что касается лица, предлагающаго присягу, содержитъ въ себѣ подчиненіе тому заявленію, подтвержденному присягой, которое будетъ сдѣлано противной стороной. Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ повторить то, что сказано выше (§ 170) о договорѣ третейскаго разбирательства¹.

183 — 189. Др. мн. въ отношеніи послѣдняго пункта Синтенисъ прим. 88, въ отношеніи же дѣйствительности pactum'a de compromittendo вообще Андре стр. 29—33 и Зейфф. Arch. XIII 314.

§ 172. ¹ Такъ наз. receptum arbitri.

² L. 3 § 1 l. 15 D. h. t. Судья принуждаетъ его возложеніемъ денежныхъ штрафовъ, l. 32 § 12 D. h. t. Ср Рудорфъ Zeitschr. f. RGesch. VI стр. 107 слѣд. Въ теченіе какого срока долженъ онъ постановить рѣшеніе. L. 13 § 3. 4 l. 14 D. h. t.

³ У римлянъ можно было обезпечить это условіемъ о штрафѣ, и также опредѣлить срокъ, въ теченіе котораго посредникъ обязанъ рѣшить дѣло. L. 11 § 1—l. 13 § 1. l. 32 § 1. 3 l. 34 § 1 l. 35 D. h. t.

⁴ L. 9 § 4. 5 l. 10. 11 pr. l. 15. 16. 17 pr. D. h. t. См. еще l. 9 § 3 D. h. t. (судья не принимаетъ принудительныхъ мѣръ и тогда, «si sordes aut turpitudine arbitri manifestavit»), въ связи съ l. 7 pr. eod.

§ 173. * Dig 12. 2 de iureiurando sive voluntario sive necessario sive indiciali. Cod. 4. 1 de rebus creditis et iureiurando. Савиньи System VII § 309 — 314. Глюкъ XII. Стр. 178 слѣд.; Унтергольцнеръ I стр. 656 — 658, Синтенисъ II стр. 489—492.

¹а) Присяга создаетъ между сторонами право, формальную истину. L. 5 § 2 l. 9 § 1 l. 28 § 10 l. 29 l. 30 pr. D. l. 1 C. h. t., § 11 l. de act. 4. 6. Поэтому присяга сравнивается съ судебнымъ рѣшеніемъ, l. 2 l. 26 § 2 l. 35 § 1 D. h. t., l. 1 pr. D. quar. ger actio 44 5. (Во многихъ изъ поименованныхъ мѣстъ сила присяги разсматривается съ точки зрѣнія доказательства). Оспариваніе присяги, какъ данной лживо, римское право допускаетъ въ особенномъ, исключительномъ случаѣ, l. 13, C. h. t. Постановленіе прус. уст. гражд. суд., ст. 107, относится лишь къ судебной присягѣ. б) Присяга устанавливаетъ право между сторонами на основаніи заключеннаго договора, l. 3 pr. l. 26 § 2 l. 35 § 1 D. h. t. Поэтому присяга сравнивается съ мировой сдѣлкой, l. 21 l. 31 i. f. D. h. t., l. 21 D. de dolo 4. 3. в) Если кто присягнувъ въ томъ, что ему принадлежитъ требованіе, то онъ можетъ искать на основаніи этой присяги. Такъ было уже по римскому праву, хотя бы договоръ присяги

Если истецъ, до принесенія присяги, предъявляетъ дѣло суду, то противъ него имѣется изъ договора возраженіе ². Принесенію присяги равносильно освобожденіе отъ оной со стороны того, который ее предложилъ ³. Отказъ отъ присяги служитъ наступленіемъ условія заключеннаго договора, не имѣя никакихъ другихъ послѣдствій ⁴. Для третьихъ лицъ присяга не имѣетъ силы ⁵, за исключеніемъ наслѣдниковъ и соучастниковъ, по общимъ правиламъ ⁶. Дѣйствительность договора о разрѣшеніи дѣла присягой опредѣляется общими правилами. Къ оспариванію по отсутствію предположенія примѣнимо то же, что и въ мировой сдѣлкѣ и договору третейскаго разбирательства ⁷.

Н. Игра и пари *.

§ 174. Въ договорѣ игры и пари каждая изъ сторонъ обѣщаетъ что-либо ¹ другой подъ условіемъ, какъ разъ противополож-

былъ заключенъ не формально, § 8 I de act. 4. 6, l. 28 § 10 l. 25 l. 30 pr. § 1. 2. D. h. t. d) Если кто присягнулъ въ томъ, что простирается къ нему требованіе неосновательно, то противъ этого требованія имѣется тотчасъ возраженіе по правиламъ признанія (не прощенія ли долга?). L. 7 pr. l. 9 pr. D. h. t. и ср. § 166 прим. 5. Въ источникахъ присяга сравнивается съ *acceptilatio* (l. 40 D. h. t.) и *Solutio* (l. 21 l. 27 § 1 l. 28 § 1 l. 35 § 1 D. h. t.). е) Если присяга относится не къ существованію или несуществованію требованія, а къ существованію или несуществованію другого правоотношенія или факта, то на основаніи присяги имѣется искъ (*resp.* возраженіе) по каждому требованію, выводимому изъ такого факта или правоотношенія. L. 9 § 1 l. 11 l. 13 § 1—5 l. 26 § 1 l. 28 § 5—9 l. 29 l. 30 § 2 D. h. t.

² Это положительно не сказано въ источникахъ, но вытекаетъ непосредственно изъ содержанія договора.

³ L. 6 l. 9 § 1 D. h. t.

⁴ L. 5. § 4 D. h. t. Въ этомъ заключается существенное отличіе внѣ-судебной отъ судебной присяги. Последняя должна быть, подъ страхомъ проигрыша дѣла, или принята или предложена противнику. L. 34 § 7—9 D. h. t. Къ этому отличію относятся, безъ сомнѣнія, выраженія *voluntarium* и *necessarium* въ рубрикѣ относящагося сюда пандектнаго титула (см. подъ *); но въ настоящее время подъ *iusiurandum voluntarium* разумѣютъ присягу, предложенную на судѣ стороною, вмѣсто присяги, предлагаемой самимъ судомъ, которая называется *iusiurandum necessarium*.

⁵ L. 3 § 3 l. 9 § 7 l. 10 l. 11 § 3 l. 12 l. 13 pr. D. h. t.

⁶ L. 7 l. 8 l. 9 § 7 D. h. t.; l. 28 § 1—3 l. 42 pr. § 1—3 D. eod., l. 1 § 3 D. quar. ger. act. 44. 5. Ср. § 168 прим. 9. 10.

⁷ См. § 170 и § 172 прим. 11.—Савиньи, не указывая основаній, утверждаетъ, что по современному праву договоръ о разрѣшеніи спора присягой не обязателенъ (въ указ. м. стр. 85). Противъ этого мнѣнія высказался и Ветцель *Civilpr.* § 27 къ А.

* *Dig.* 11—5 de abatoribus. *Cod.* 3. 43 de abatoribus et abarum lusu.—Объ игрѣ и пари слѣдуетъ преимущественно сравнить два трактата Вильды въ *Zeitschr. f. Dent R.* II. 2. Стр. 133—193 и VIII. Стр. 200—239 (1839. 1843). Далеѣ: Гансъ *Beiträge zur Revision der preussischen Gesetzgebung* I. 2 № 14 (1830; объ этомъ Вильда II. Стр. 141—144). Тель *der Verkehr mit Staatspapieren.* Стр. 235—272 (1835), Ф. д. Пфортенъ *Abhandlungen.* Стр. 327—333 (1840). Глюкъ XI. Стр. 325—374: Уитергольцнеръ. II, Стр. 305—309, Синтенисъ. II. Стр. 724—727, Вагнеровъ. III. § 673 прим. и учебники нѣмецкаго гражданскаго права Гербера § 193. Безслеръ § 130, Блунтшиль § 125. 126.

¹ Дать или предоставить взять ставку, если таковая поставлена.—Возможно такжѣ § 174.

нымъ тому условію, подъ которымъ она съ своей стороны принимаетъ отъ другаго контрагента обѣщаніе что нибудь дать, такъ что въ результатѣ одна только сторона что-либо получаетъ, слѣдовательно выигрываетъ, а другая проигрываетъ². Въ частности договоръ игры и пари существенно различаются между собою. При договорѣ пари выигрышъ или проигрышъ ставятся сторонами въ зависимость отъ правильности или неправильности приводимыхъ ими другъ предъ другомъ доводовъ, при чемъ смыслъ заключеннаго договора состоитъ въ принятіи на себя каждой стороной штрафа на случай, если она окажется неправой, и назначенія штрафа съ противника, оказавшагося неправымъ. Напротивъ въ договорѣ игры выигрышъ или проигрышъ обуславливаются или исходомъ дѣятельности, предпринятой сторонами для препровожденія времени сообща (игра въ тѣсно мѣ смыслѣ), или существованіе или несуществованіе, наступленіе или ненаступленіе какого либо другаго факта, который употребляется сторонами исключительно для разрѣшенія вопроса о выигрышѣ или проигрышѣ³. Въ первомъ случаѣ мотивомъ договора игры бываетъ

передать ставку третьему лицу для врученія оной побѣдителя; объ этомъ случаѣ трактуетъ I. 17 § 5 D. de praeser. verb. 19. 5 (прим. 5). Въ этомъ случаѣ взаимное удовлетвореніе контрагентомъ заключается не въ обязательствѣ, принимаемомъ ими другъ предъ другимъ, а въ обязательствахъ предъ третьимъ лицомъ—выдать противной стороной то, что ей обѣщано контрагентомъ, т. е. ставку на случай побѣды. Это видоизмѣненіе не имѣетъ значенія для существа договора игры и пари.

² Представляютъ ли игра и пари обоюдные договоры (§ 321)?—Этого нельзя отрицать. Если при обоюдномъ договорѣ обязанность одной стороны можетъ быть условна (§ 139), то условными могутъ быть и обязанности обѣихъ сторонъ; природа же договора не измѣняется отъ того, что одно условіе представляетъ собою обратную сторону другаго, такъ что съ самаго начала извѣстно, что осуществляется можетъ одно только обязательство. Последнее ф. д. Пфортенъ въ указ. мѣстѣ выражаетъ слѣдующимъ образомъ: Игра и пари суть при заключеніи договора обоюдные, при исполненіи же — односторонніе.—Кунтце къ Гольцшверу, III. стр. 39, противопоставляетъ игру и пари какъ «альтернативныя обязательства» двустороннимъ обязательствамъ.

³ Фактъ этотъ можетъ также быть слѣдствіемъ дѣятельности, предпринятой одною изъ сторонъ, или это можетъ быть какимъ либо другимъ фактомъ. Для понятія договора игры безразлично, бросаютъ ли кости сами стороны, или они смотрятъ лишь, какъ другіе бросаютъ ихъ. Такъ называемыя сдѣлки о разницѣ, т. е. тѣ сдѣлки, при которыхъ, при повышеніи до извѣстнаго срока курса извѣстной бумаги за извѣстный предѣлъ, платитъ разницу одинъ контрагентъ, и при пониженіи — другой, представляютъ собою договоръ игры, не называемый только этимъ именемъ. Въ виду главнымъ образомъ сдѣлки о разницѣ и для спасенія ея дѣйствительности, Тель въ указ. мѣстѣ сталъ проводить взглядъ, что для понятія игры существенно, чтобы исходъ игры былъ слѣдствіемъ дѣятельности сторонъ, каковой взглядъ онъ поддерживаетъ и теперь (Handelsr., изд. 4, § 102). Тель, какъ слѣдовало ожидать, не стѣсняется сдѣлать изъ этого взгляда слѣдующіе выводы. «Заключенный между двумя англичанами договоръ о томъ, что одинъ изъ нихъ обязанъ уплатить другому опредѣленную сумму, смотря потому, какая изъ двухъ положенныхъ на одномъ концѣ стола улитокъ скорѣе достигнетъ противоположнаго конца, есть игра. Еслибъ улитки были найдены въ такомъ поло-

намѣреніе усилить серьезность и энергію игорной дѣятельности перспективой выигрыша или проигрыша, или даже возбужденіе риска, исключительно или въ связи съ этимъ мотивомъ; во второмъ случаѣ мотивомъ договора игры служитъ возбужденіе риска или желаніе выиграть ⁴.

На этомъ различіи договоровъ игры и пари и самаго договора игры основываются слѣдующія начала.

1. Договоръ пари вполне дозволителенъ, порождая согласное съ его содержаніемъ юридическое дѣйствіе ⁵.

2. Договоръ игры дозволителенъ тогда, когда онъ держится въ предѣлахъ общественной забавы. Это бываетъ тогда: а) когда мотивъ его — усиленіе и оживленіе дѣятельности, предпринятой съ цѣлью препровожденія времени; б) когда мотивъ его хотя и возбужденіе риска, но ставки умѣренны, сообразно съ имущественными отношеніями играющихъ ⁶. Дозволенный договоръ игры порождаетъ также всѣ свойственныя его содержанію юридическія послѣдствія ⁷.

женіи, что стороны ни малѣйшимъ образомъ не содѣйствовали исходу договора, то это было бы *пари*». Противъ Теля—Вильда, VIII, стр. 208—210. Взглядъ Теля принять въ рѣшеніяхъ у Зейфферта *Arch.* XI. 236; (XXII. 236; противъ этого XXII. 235).

⁴ Если мотивомъ договора игры служитъ оживленіе игры, то договоръ будетъ договоромъ игры, потому что онъ связывается съ игрой; если мотивомъ его будетъ охота къ риску и выигрышу, то онъ потому есть договоръ игры, что онъ заключаетъ въ себя игру.

⁵ I. 17 § 5 D. de praesert. verb. 19. 5. Тель въ указ. мѣстѣ, стр. 364, несправедливо сомнѣвается, чтобы въ этомъ мѣстѣ рѣчь была о пари; см. противъ этого Вильда VIII. Стр. 217—218. Объ обширномъ употребленіи, которое римляне дѣлали изъ пари для судебного разрѣшенія какаго нибудь спора, см. цитаты у Келлера *Civiltg.* § 26, прим. 307. 308.—Другое мнѣніе о дѣйствительности договора пари Пухта § 258 на основаніи ошибочнаго представленія, что «игры представляютъ совокупность связанныхъ между собою пари», при чемъ онъ ссылается на то, что I. 17 § 5. *cit.* говоритъ лишь объ искѣ противъ третьяго лица. И у старыхъ юристовъ встрѣчается мнѣніе, что договоръ пари недействителенъ, какъ и договоръ игры, см. Вильда, стр. 226.

⁶ Римское право не дозволяетъ договора игры въ этомъ объемѣ. Оно разрѣшаетъ его лишь при играхъ съ цѣлью тѣлеснаго упражненія, и притомъ, по постановленію Юстиніана, для нѣки игръ этого рода (ср. объ этомъ Глюкъ, XI, стр. 326. 327), съ условіемъ, чтобы призь не превышалъ одного соліда. Кромѣ того дозволена игра въ домашнемъ кругу въ то, «quod in convivio vescendi causa ponitur» (I. 4 рг. D. h. t.). Выводимое въ текстѣ болѣе широкое опредѣленіе имѣетъ за собою обще-германскій обыденно соблюдаемый обычай; ежедневно уплачивается то, что проиграно не въ силу особеннаго чувства чести, а также не потому, чтобы проигрышъ считался предметомъ простаго права. Съ этимъ согласно и проведенное въ партикулярныхъ нравахъ германское юридическое позрѣніе, какъ это доказалъ Вильда, II, стр. 144. См. также Вильда тамъ же, стр. 173—180.—Другіе выставилъ положеніе, что по современному праву дозволены всѣ искусственныя игры, а не игры на счастье. См. объ этомъ и противъ этого Вильда въ указ. мѣстѣ, стр. 174 слѣд.—О томъ, продолжаютъ ли имѣть силу римскія постановленія, см. Зейфф. *Arch.* I, 345, IX. 28Э, XIII. 94.

⁷ Вильда (II, стр. 180—182) не даетъ иска и изъ дозволенной игры, устраняя

3. Всякій другой договоръ игры запрещается и считается недѣйствительнымъ. Проигрышъ можетъ и не быть уплаченъ, уплаченнаго же проигрыша можно требовать обратно ⁸.

§ 175. Дозволяется и обязательно не все то, что называется договоромъ пари, такъ какъ подъ именемъ пари можетъ очень легко скрываться игра ¹. И настоящій договоръ пари запрещается, если содержаніе его безнравственно ². Договоръ пари можно, какъ и всякій договоръ, оспаривать по причинѣ злаго умысла. Но само по себѣ не будетъ злымъ умысломъ битье о закладъ при извѣстности одному контрагенту вѣрности того, что онъ утверждаетъ, безъ сообщенія сего противнику ³. Равенство

только право требовать назадъ уплаченнаго, при чемъ онъ опять таки ссылается на воззрѣніе партікулярныхъ правъ и имперскаго закона 1570 г. § 211 (Reuterbestallung und Artikel der teutschen Knechte). Относящіяся сюда нѣмецко-правовыя постановленія, запрещающія «игру въ долгъ», дѣлаютъ это, какъ мнѣ кажется, въ томъ смыслѣ, что они въ такой игрѣ не видятъ игры для забавы собственно, а игру для выигрыша, поэтому нельзя утвердить, что они вообще не допускаютъ иска изъ договора игры. Во всякомъ случаѣ постановленія эти понимаютъ подъ игрой въ долгъ такую игру, при которой заявляющему о немнѣнии денегъ кредитуется впередъ то, что онъ проиграетъ; а не игру, по окончаніи которой партнеръ объявляетъ, что, не имѣя денегъ въ эту минуту, онъ проситъ представить ему покамѣстъ проигрышъ.

⁸ L. 3 C. h. t. (какое мѣсто не негlossировано, какъ полагаютъ Арядтъ § 236 прим. 2 и Синтенисъ § 123 прим. 2), l. 4 § 1. 2 D. h. t. Другаго мнѣнія о правѣ требовать обратно уплаченнаго, Вильда II, стр. 185—190, опять-таки ссылающійся на нѣмецкое право, но неубѣдительно. По партікулярнымъ правамъ мѣсто обратнаго требованія заступаетъ конфискація проигранныхъ суммъ. Ср. Зейфф. Arch. I. 345. XIII, 94; XI. 155.

§ 175. ¹ То, что называется пари, есть въ дѣйствительности игра, если стороны держатъ пари не потому, что онѣ утверждаютъ противное, а утверждаютъ противное для того, чтобы можно было держать пари. Сюда относятся и такъ-называемое парированіе въ игрѣ въ томъ смыслѣ, въ какомъ оно обыкновенно совершается. Иначе бываетъ, когда оно дѣлается изъ убѣжденія, что одинъ изъ игроковъ превосходитъ другаго силой. Тоже бываетъ съ пари при конскихъ бѣгахъ и подобныхъ имъ ристалищахъ. Римское право признаетъ (l. 3 D. h. t.) недозволеннымъ всякое пари при игрѣ, за исключеніемъ игръ для тѣлеснаго упражненія. Это дѣлается, безъ сомнѣнія, въ томъ смыслѣ, что интересъ держащихъ пари при послѣднихъ заключается въ исходѣ игры, какъ таковой, тогда какъ въ другихъ случаяхъ игра употребляется какъ средство для выигрыша и проигрыша. Ср. Вильда VIII. Стр. 217. 227—230. Зейфф. Arch. II 291, XIII. и 4. Очень трудно опредѣлить въ каждомъ данномъ случаѣ границу между дѣйствительнымъ пари и игрой (Spielwette), тѣмъ не менѣе противоположность между ними есть. Точкой опоры для суда можетъ служить размѣръ ставки; если послѣдняя сравнительно высока, то можно приблизительно предполагать, что стороны держали пари. Объясненіе же, что пари вообще недѣйствителенъ и необязателенъ вслѣдствіе несоразмѣрно высокой ставки, не находитъ себѣ оправданія, если даже призвать на помощь древнее нѣмецкое право, какъ это дѣлаетъ Вильда (VIII. стр. 230—233). Ср. Вангеровъ стр. 539.

² L. 17 § 5 i. f. D. de praescri. verb. 19. 5. Содержаніе пари безнравственно, если оно служитъ къ содѣйствію дурному. Вильда VIII. Стр. 218. 228.

³ Иначе бываетъ, если онъ дѣлаетъ видъ, что меньше знаетъ дѣло, о которомъ идетъ рѣчь, чѣмъ въ дѣйствительности бываетъ. Вильда VIII. Стр. 233—236, Вангеровъ стр. 539, Гольцшверъ III, § 310, пг. 5.