

ИНОСТРАННАЯ НАУКА ЧАСТНОГО ПРАВА

CULPA IN CONTRAHENDO,

ИЛИ

ВОЗМЕЩЕНИЕ УБЫТКОВ
ПРИ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ
ИЛИ НЕЗАКЛЮЧЕННОСТИ
ДОГОВОРОВ^{1, 2}



РУДОЛЬФ ИЕРИНГ

В статье дается первая в истории новейшей цивилистики попытка наиболее полным образом изложить учение о вине в заключении договоров (преддоговорной ответственности). Автор на основании римских источников создает первую теорию этой ответственности ("culpa in contrahendo"), а также анализирует все случаи, в которых она может быть применена. Является одной из влиятельнейших работ по цивилистике за все время ее существования.

¹ Перевод выполнен по: *Jhering R. Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 4. Jena, 1861. S. 1–112.*

Выражение „nicht zur Perfection gelangte“ можно перевести разными способами (буквально – «не достигший заключения»; ср. также: *Гнищевич К.В. Доктрина culpa in contrahendo в немецкой цивилистике второй половины XIX века // Закон. 2007. № 1. С. 130* («не достигший окончательного оформления»)), но как наиболее удачный с точки зрения адекватности и понятности выбран отечественный термин «незаключенный». Хотя такой категории, как незаключенные договоры, пандектная литература не знала, в данном случае автором имелось в виду, что договор не успел стать заключенным до того, как возникло препятствующее этому обстоятельство (автор рассматривал прежде всего случаи отзыва оферты и смерти оферента, делавшие направленный после этого акцепт безрезультатным). При этом понятно, что автор не проводил той грани между недействительными и незаключенными договорами, которая проводится в нашей правовой системе сегодня. – *Примеч. пер.*

² По настоятельной просьбе переводчика оформление перевода приближено к оформлению оригинала. – *Примеч. ред.*

Ключевые слова: *преддоговорная ответственность, culpa in contrahendo, недействительность, заключение договора, неосторожность.*

The present article is the first attempt to embrace the theory of negligence by entering the contract (precontractual liability) in modern private law doctrine. Its author states the first theory of that liability ("culpa in contrahendo") and analyses all relative cases which it can be applied to. The paper is duely considered as one of the most influencial works in private law doctrine ever.

Keywords: *precontractual liability, culpa in contrahendo, voidness (voidability), formation of contract, negligence.*

От переводчика

Для лучшего понимания некоторых используемых слов и выражений следует учитывать следующие моменты.

1. Слово "culpa" в тексте принципиально используется в значении «неосторожность» в противоположность слову "dolus", которым обозначается другая форма вины – умысел (основание станет понятным уже из авторского предисловия). Иногда слово "culpa" используется в более широком значении «вины», включающем и *dolus*, как и сегодня, к примеру, в испанской юриспруденции различают «culpa en sentido amplio» и «culpa en sentido estricto»; но в переведенной работе признаки такого словоупотребления не обнаружены.

Помимо этого, в старой немецкой литературе слова "culpa", "dolus", „Verschuldung“ и некоторые другие обозначали как соответствующую степень вины, так и сам проступок, совершенный с соответствующей степенью вины (ср. русские выражения «это его вина», «это была неосторожность с моей стороны», когда имеется в виду действие), отчего иногда они переводились как «проступок» (особенно в случаях, когда при буквальном переводе получается режущее русское ухо выражение «договорная (внедоговорная) вина»). В этом плане "culpa in contrahendo" следует понимать именно как «вызванный неосторожностью проступок в заключении договора».

2. Переводчик, по сложившейся традиции, не давал непосредственно в тексте перевод иностранных для автора (!) слов; в необходимых случаях перевод давался в сноске с пометкой «Примеч. пер.» (само собой разумеющееся исключение – сноски, где перевод давался сразу за переводимым местом в <угловых скобках>).

Полные ссылки на литературу приведены в оригинальном виде. Аббревиатура „а.а.О“ („am angegebenen Ort“) заменена на русскую «указ. соч.».

Отдельно стоящие в тексте фамилии авторов приведены в русской транслитерации. Стоит отметить, что автор, давая сноску на работу, при указании в ней автора всегда строил предложение так, как если бы он указал только имя автора (например, «von Savigny, Obl.-r. II § 234 указывает, что...»). Переводчик учел эту манеру.

Также переводчик позволил себе оставить оригинальный текст цитировавшихся автором нормативных актов.

В случаях, когда необходимо было различить слова, переводящиеся на русский язык одним и тем же словом, или перевод не мог отразить всей оригинальности использованного автором выражения, переводчик, по сложившейся традиции, давал в круглых скобках оригинальное слово или выражение.

3. Переводчик позволил себе учитывать род и по мере необходимости падеж латинских слов, поскольку это отвечало замыслу самого автора, который обычно использовал для выражения падежа немецкие артикли, но несколько раз склонял непосредственно латинское слово. Так как существительные русского языка не употребляются с изменяемыми артиклями, а падеж, как и в латинском языке, выражается через окончания, практически во всех случаях латинские слова склоняются по нормам латинской грамматики (например, то, что в оригинале встречается как “die culpa” или “der culpa”, в переводе выглядит соответственно как “culpa” и “culpæ”).

Для удобства привожу здесь наиболее часто использовавшиеся автором латинские слова в использованных переводчиком родах и падежах:

– “culpa” (ж.р; ср.: «договорная culpa») – «неосторожность» в им. пад., «неосторожностью» или «по неосторожности» (аналогично – “persona”); “culpam” – «неосторожность» в вин. пад. (аналогично – “personam”); “culpæ” (читается «кульпэ», т.е. почти как «кульпы» либо «кульпе») – «неосторожности» в род. и дат. пад. (аналогично – “personæ”);

– “dolus” (м.р.) – «умысел» в им. пад. (аналогично – “locus sacrus et religiosus”); “doli” – «умысла» (аналогично – “loci sacri et religiosi”); “dolo” – «умыслу» или «умыслом», в том числе «умышленно», «с умыслом»; “dolum” – «умысел» в вин. пад.;

– “actio” (ж.р.; ср.: «этой actionis») – «иск» в им. пад.; “actionis” – «иска» (аналогично – “hominis” («человека»)), “actione” – «иском» (аналогично – “condictione”). Как правило, автор сокращал это слово до “act.”; в переводе учтен ж.р.;

– “l.” – сокр. от “lex” (ж.р.), называемое в нашей традиции фрагментом Дигест Юстиниана, внутри которого, если он разделен на отдельные части, различают начало – *principium* (используется сокращение “pr.”) и параграфы (§). Соответственно, «l.» будет, как принято и в оригинале, иметь ж.р.

4. В тексте сохранены авторские разреженные интервалы, отступы и оригинальное соотношение размеров шрифтов.

5. В оригинале автор использовал слово „Contract“, когда имел в виду обязательственный договор; общее значение договора имело слово „Vertrag“. Переводчик отказался от мысли переводить всякий раз слово „Contract“ как «контракт», чтобы подчеркнуть этот момент, поскольку, по сложившейся в нашей правовой системе традиции, под договором все еще понимается именно обязательственный договор, а распорядительные акты пока чаще называются распорядительными сделками, нежели договорами. В то же время переводчик просит учитывать тот момент, что практически всегда автор использовал слово „Contract“ (исключение, как ни странно, составляет разве что название статьи; также в статье можно встретить обоснование неприменимости

доктрины *culpa in contrahendo* к договорам (*Verträge*) из иных отраслей права: вещного, семейного и т.д., что объясняет выбор автором слова „Contract“).

6. Ничтожность и недействительность в римском праве обозначались одинаково, а наши ничтожные и оспоримые сделки обозначались в пандектной литературе, как, например, и сегодня во Франции, соответственно как абсолютно и относительно ничтожные.

7. Слово «место», если иное не следует из контекста, является традиционным обозначением используемого фрагмента римско-правового источника (в оригинале – „die Stelle“; наше обозначение является калькой данного общепринятого в немецкой литературе обозначения).

8. Выражения «способность вступать в сделки» и «оборотоспособность» обозначены в оригинале буквально как „Fähigkeit“ субъекта или объекта (реже – „juristische Fähigkeit“). Аналогично и сегодня, к примеру, во Франции и Англии (*capacité / capacity* сторон как условие действительности договора). К.В. Гницевич (в своей диссертации) понимает „Unfähigkeit des Objekts“ как «невозможность исполнения», и такой перевод, наверное, даже более удачен с точки зрения контекста, поскольку речь идет скорее о неспособности вещи служить предметом сделки, нежели о ее неспособности обращаться.

9. В пандектной литературе присутствует некоторая градация недостатков на собственно недостатки (*Fehler*) и пороки (*Mängel*). Выбранные слова удачны тем, что они подчеркивают серьезность последнего вида недостатков по сравнению с первым. Сам автор относит к *Mängel* отсутствие оборотоспособности и несуществование, тогда как к *Fehler* – некачественность объекта. Окончательно переводчик убедился в верности такой терминологии, когда встретил ее в переводе «Пандект» Ю. Барона Л.И. Петражицким (§ 239, VI). В то же время ее нельзя назвать распространенной.

* * *

Перевод одной работы – это на самом деле всегда два перевода: сначала с языка оригинала (здесь – немецкий), затем на язык перевода (здесь – русский). Поэтому переводчик благодарит: Т.Ю. Григорьева – за ценные советы по переводу с немецкого языка; А.Г. Карапетова и двух самых дорогих мне женщин – за ценные советы по переводу на русский язык, а также С.А. Савельева – за бесценную моральную поддержку, которая, несмотря на его большую загруженность, никогда не прекращалась. Разумеется, все ошибки и неточности, допущенные как при переводе, так и при изложении переведенного на русский язык, допущены самим переводчиком, к слову, далеко не всегда следовавшим дававшимися ему советам, которые, в свою очередь, охватили далеко не все части перевода.

М.Б. Жужжалов

Когда автор берется за уже известную тему, от него можно ожидать, что он ограничится полученными в о д а м и, не станет знакомить читателей с тем, как он шел к ним. Другое дело, когда он, как в настоящем случае, задумал ввести полностью новую тему: совершенно неправильно было бы в этом случае ограничиться полученными результатами, напротив, ему необходимо прежде всего показать потребность и интерес в его работе, ее исходные положения и цели, чтобы с самого начала читатель мог самостоятельно проследить за мыслью автора, и нет лучшего способа добиться этого, чем поделиться историей появления работы, что я сейчас и сделаю.

При изложении учения о существенном заблуждении мне во время подготовки лекций не давал покоя один вопрос, на котором вот уже много лет я не мог остановиться с достаточной подробностью, а именно: не должна ли заблуждающаяся сторона возмещать контрагенту виновно причиненные ему убытки? Некто хотел заказать 100 фунтов товара, но перепутал обозначение фунта с обозначением центнера; 100 центнеров прибывают и отсылаются им обратно. Или секретарь какой-нибудь торговой фирмы должен в поручении принципала указать определенные товары, но неправильно вписывает их наименование. То, что договор недействителен – при условии что ошибка действительно может быть доказана, – несомненно. Но кто понесет напрасно совершенные расходы на упаковку и отpravку? Не обязана ли виновная перед контрагентом сторона возместить по ее *culpa* вызванные у него издержки? Литература хранит практически полное молчание по данному вопросу. Большинство учебников его совсем не затрагивают, и только у четырех новейших авторов, как я выяснил, этот вопрос поднимался. Двое из них отвечают на него отрицательно¹, и, как кажется, имея на это полное право. Ведь раз договор не заключен, не может быть и речи и о применимости общих положений о договорной *culpa*² – под принципы же внедоговорной, принципы *act. legis Aquiliae*, этот случай также не подпадает³.

Несправедливость и практическая неудовлетворительность подобного результата очевидны: виновная сторона свободно уходит от ответственности – невиновная же будет жертвой чужой неосторожности! Если принципы римского права действительно приводят к такому результату, то его можно упрекнуть в том, что оно тут обнаруживает ощутимый пробел.

¹ Von Savigny, System III, S. 295 (Note a); von Wächter, Würtemb. Privatrecht II, S. 749.

² Здесь – в смысле правонарушения. – Примеч. пер.

³ Возможности по использованию *act. doli* или *act. legis Aquiliae* и особенности их возникновения подробно обсуждаются автором в начале второго отдела статьи. – Примеч. пер.

Двое других авторов отвечают на вопрос утвердительно, однако один из них¹ это делает, хотя и руководствуясь правильным практическим чувством, но безо всякого обоснования, кроме, пожалуй, того, что «если одна сторона *dolo* или *culpa* допустит такую ничтожность, потерпевший же не был причиной виновного поведения, последний может требовать возмещения убытков по общим началам». Указанный автор не счел нужным указать эти «общие начала», и поскольку он отрицает саму возможность договорного иска ввиду ничтожности договора, он может иметь в виду, помимо *act. doli* для случая *doli*, только *act. legis Aquiliae* для случая *culpaе*, допустимость чего, однако, с трудом можно принять согласно «общим началам».

Другой автор², – по моим сведениям, единственный, кто подверг наш вопрос внимательному рассмотрению, – нашел, мне кажется, полностью верное решение, придя на основании рассматриваемых ниже l. 8 и 9 de her. ven. (18. 4) к выводу, что ничтожность договора хотя и исключает иск о его исполнении, не исключает, однако, иск о возмещении убытков из *culpaе*.

То ли по причине отсутствия подробной разработки этой совершенно верной в своем основании идеи, то ли в силу научных предубеждений, – короче говоря, похвальная инициатива данного автора оказалась в позднейшей литературе едва ли не забытой³, и я также несвободен от этого упрека, поскольку впервые понял достоинства взгляда Рихельмана только после того, как пришел к тем же выводам по другим причинам и независимо от него.

Подходящим поводом для этого послужил случай, которого я коснулся в этих ежегодниках (Bd. I, S. 280–282), – случай ошибки посланника. Я попросил своего друга, направляющегося в Бремен, заказать у моего поставщика четверть ящика сигар, но он ошибся и заказал четыре ящика. Их мне присылают, однако я от них отказываюсь. Придется ли отправителю нести двойные издержки на транспортировку или он может требовать их возмещения с посланника или с меня? Нужно из слепой веры в римское право подавить всякое движение здорового правового чувства, чтобы успокоиться на неза-

¹ Schwegge, Das röm. Privatrecht III, 4. Ausg., § 418.

² Richelmann, Der Einfluß des Irrtums auf Verträge, Hannover, 1837, S. 129 fl. Он сам ссылается на ранних авторов, например Куяция (*Cujacius*, Obs. II, c. 5), Донелла (*Donellus*, Comm., lib. 12, c. 20) и др., которые, однако, почти не выходили за пределы непосредственного содержания источников.

³ Над его попыткой не задумывался никто, кроме Вэхтера в указ. месте, который хотя и признает возможность предъявления договорного иска при ничтожности договора «из особой гарантии, даваемой обещающим», называет ошибкой то, что Рихельманн хочет в подобном случае положить в основание иска о возмещении убытков *culpat* ответчика. Савиньи в указ. месте ограничивается заявлением, что совсем неправы некоторые (?) утверждающие, что допустивший ошибку продавец отвечает за *culpat*, поскольку она не является общей *causa obligationis*, но способна лишь модифицировать действительно существующий договор.

ключенности договора по причине недостижения соглашения о количестве товара, на том, следовательно, что договорный иск невозможен, а условия для предъявления *act. legis Aquiliae* отсутствуют. Кто не чувствует, что здесь необходим иск о возмещении убытков? Но, разумеется, наши источники хранят по этому вопросу полное молчание, и наша литература слишком доверчиво последовала этому примеру, так что, кроме Тёля¹, который *actio doli* хочет дать против посланника, я нигде не нашел этот вопрос хотя бы поднятым. Согласный с Тёлем по поводу необходимости иска, я не мог, однако, оправдать его выбор, так как от *act. doli*, которая перестает иметь *dolum* в качестве своего реквизита и довольствуется *culpa*, останется одно только и м я. Мне же, напротив, не оставалось, как казалось, ничего, кроме как положить в основание решения этого случая с *culpa* такой иск, который бы имел в качестве основания причинение убытков при внедоговорной *culpa* – *act. legis Aquiliae*, хотя от меня не оставалась скрытой маловероятность столь сильного расширения сферы ее применения.

Против моего мнения, что римское право оставляет нас в полном неведении по этому вопросу, возразил в этом ежегоднике (B. I, S. 462 (Note 161)) Бэр. Он полагает, что посланник, который совершает ошибку, становится тем самым прокуратором и отвечает как таковой перед третьим лицом за существование полномочия. Другими словами, по римскому праву прокуратор, сам заключив договор, также сам прежде всего и отвечает, а вследствие превышения полномочия – что препятствует третьему лицу предъявить *act. quasi institoria* к доверителю – будет нести все расходы. Так же и посланник должен просто-напросто быть признан контрагентом, так что должен исполнять договор. Но это решение нельзя оправдать теоретически, да и с практической точки зрения его нельзя назвать подходящим. Оно означает: подменить для целей наказания одно лицо, которое, по мнению всех трех действующих лиц, должно быть настоящим контрагентом, другим лицом, которое, по мнению всех трех, им быть не должно. Можно ли тогда, например, при заключении договора аренды навязать арендодателю в качестве квартиросъемщика посланника, которого бы он и на порог не пустил, вместо во всех отношениях приятного ему лица, приславшего этого человека? Нужно ли посланнику, обнаружившему ошибку уже после заключения договора, отказать в праве исправить ее? Безусловно, пришлось бы, если бы договор был заключен с ним в качестве стороны.

Случай с оплошностью посланника привел меня к другому, который в свое время был освещен в печати и приобрел некоторую известность. Торговый дом X в Кельне поручил посредством телеграфа банкирскому дому Z во Франкфурте продать за его счет государственные ценные бумаги на внушитель-

¹ Handelsrecht, 3. Aufl., B. I, § 25, S. 104.

ную сумму, но кто-то при отправке депеши совершил ошибку, так что слово „verkaufen“ [«продать»] осталось без приставки „ver-“ [и получилось «купить»]. Дешепа была получена и выполнена посредником в этой редакции. Поскольку цена на указанные бумаги после этого обрушилась, разница в цене была весьма внушительна, составила, думаю, 30 тыс. фл.¹ Могло ли такую сумму требовать Z от X? Последний оспаривал это, так как поручение, как и всякий договор, предполагает согласие, но в рассматриваемом случае оно отсутствует. При этом данный случай разбирался судебными органами. Хотя я не имею сведений о мотивировке принятого решения², само по себе оно было для меня в высшей степени интересным, ибо упрочило мое убеждение, что жизнь в подобных случаях не сможет удовлетвориться одной ничтожностью договора «в полном согласии с римским правом», а, наоборот, предъявит бескомпромиссное требование о наличии иска о возмещении убытков. Какова же будет теоретическая конструкция последнего, для меня было понятно: она совершенно ничего не значит. И потому, если и нельзя поддержать первоначально выбранную мною позицию по *act. legis Aquilia*, можно подобрать другую, теоретически более удовлетворительную.

Я преследовал цель понять, что есть особенного в только что приведенных трех случаях вины по сравнению с другими ее случаями. Было ясно то, что просто так, сами по себе, описка, неправильно сформулированное послание или депеша в рамках внедоговорного общения не создадут обязательство. Возлагать ответственность за последствия своей *culpa* на кого-либо, кто из одолжения сообщит последний курс или влияющую на него важную политическую новость, но ошибется при этом, – такой случай не является предметом моей озабоченности, тогда как, напротив, в указанных трех случаях мое чувство решительно высказывается за наличие ответственности.

В чем различие между фактическими составами этих случаев? В последнем *culpa* имела место при установлении договорных отношений, когда одна из сторон понесла убытки потому, что стала исполнять предложенный ей, по внешним признакам заключенный договор. Так мне удалось точно отграничить область рассматриваемой сейчас *culpa*, а именно *culpa* при заключении договоров – *culpa in contrahendo*.

Отталкиваясь от этого, я последовал дальше и встретил вскоре ряд других случаев с тем же фактическим составом, и среди них, к моей радости, был

¹ В оригинале – «30 000 Fl.». Флорин, или флоренц (сокр. Fl.), – французское обозначение гильдена (французское влияние на прирейнскую область, в которой произошел рассматриваемый казус, известно). Название появилось от того, что первоначально, в Средние века, их чеканили во Флоренции, которая указывала страну-производителя на монете («FLORENTIA»), но монету постепенно стали чеканить по всей Европе начиная с Франции, которая дала короткое название «флорин», использовавшееся и в других соседних странах. Позднее на немецкий манер их называли «гильденами». – *Примеч. пер.*

² См. Дополнение в конце статьи. – *Примеч. пер.*

один, в котором необходимость в иске, – разумеется, при отсутствии всякого обоснования – уже признавалась теорией¹. Важнейшим же из всего найденного было для меня то, что римское право само по двум случаям: случаям продажи *rei extra commercium* и несуществующего наследства – прямо указывало на наличие обязательства возместить убытки. Этим я дал своей теории, поставив ее на твердую почву, серьезное, соответствующее источникам основание, и теперь оставалось только выявить в этих решениях содержание источников, скорее скрытое, нежели ясно выраженное, которое сейчас я постараюсь показать. Самым правильным при этом мне показалось то, что нужно строго различать, что непосредственно и без сомнений содержится в местах [источников], а что из них можно вывести путем дедукции. Поэтому я для начала устанавливаю непосредственное содержание мест, затем во второй части настоящей работы на основании полученных выводов попытаюсь обосновать свою теорию *culpaе in contrahendo* и, наконец, в третьей применю ее ко всем найденным мной отдельным случаям.

I.

НЕПОСРЕДСТВЕННОЕ СОДЕРЖАНИЕ ИСТОЧНИКОВ

Речь идет об использовании следующих мест².

L. 62, § 1 de contr. emt. (18. 1) (Modestinus): “Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparaverit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus ne deciperetur”³.

Видимо, это место было перед глазами авторов Институций, когда они составляли:

§ 5 J., de emt. et vend. (3. 23). “[Loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens eruit] quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei licebat, ut consequatur quod sua inte-

¹ Это случай с отзывом оферты при заключении договора между отсутствующими (см. ниже, III(3)).

² О старой литературе, посвященной этим местам, см.: *Glück*, Pandekten XVI, S. 48 и комментарии к титулу de contr. emtione (18. 1). Некоторые другие относящиеся сюда решения источников я нашел более подходящим использовать при рассмотрении случаев, которых они касаются, в третьем разделе статьи. Приведенных же вполне достаточно для следующей цели – получить соответствующее источникам основание; приведение всех остальных [случаев] скорее навредит, нежели поможет делу. I. 21, § 2 de contr. emt. (19. 1) я полностью исключил вследствие сомнения, которое по поводу нее могут выразить (*Richelmann*, указ. соч., с. 62; *von Savigny*, System III, S. 287 fl.).

³ «Кто, не зная, места священные, или религиозные, или публичные как частные купит, хотя купли не будет, [иском] из купли, однако, против продавца да пользуется, чтобы взыскать, что имеет интерес, [как если бы] не был обманут». – *Примеч. пер.*

rest eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit”¹.

Для одного особого из относящихся сюда случаев преторский эдикт предусмотрел специальный иск:

l. 8, § 1 de relig. (11. 7) (Ulpianus): “Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, quae actio et in heredem competit, cum quasi ex emto actionem contineat”².

Второй случай рассмотрен в l. 8 и 9 de hered. vend. (18. 4).

l. 8 (Javolenus): “...si nulla est (hereditas), de qua actum videatur, pretium duntaxat et si quid in eam rem impensum est, emtor a venditore consequatur l. 9 (Paulus) et si quid emtoris interest”³.

Если мы проанализируем отношение, которое рассматривается этими местами, то, вне всяких сомнений, выделим такие моменты.

1. Внешне это заключение (äußerer Abschluss) договора купли-продажи. Таков его внешний фактический состав: согласие по поводу товара и цены.

2. Его ничтожность по причине порока, касающегося проданного объекта: в одном случае отсутствие оборотоспособности⁴, в другом – его несуществование. Последний случай нужно понимать иначе, чем об этом можно судить по словам l. 8 cit.: “si nulla (hereditas) est, de qua actum videatur”, – не так, будто стороны не имели в виду никакого определенного наследства, потому что в совершении такой безрассудной сделки покупатель, если бы понес убытки, должен был бы винить самого себя. Приведенные слова показывают, что юрист хотел противопоставить друг другу два случая: в одном наследство объективно существовало, но не принадлежало продавцу – и тут можно предъявить иск об исполнении, а в другом – наследства, имевшегося

¹ «[Места священные или религиозные и также публичные, например форум, базилику, бесполезно займет знающий], однако если как мирские или частные обманутый продавцом кто купит, имеет иск из купли, который вообще ему иметь не позволено, чтобы добился того, что составляет его интерес не быть обманутым. Так же решается, если человека свободного как раба купит». Опечатка: в оригинале “liceat” вместо “licebat” (сверено по изд.: Corpus iuris civilis. Ed. quinta. Vol. 1. Rec. P. Krueger et Th. Mommsen. Berolini, 1889. P. 40). – Примеч. пер.

² «Если религиозное место как чистым ставшее выставлялось, Претор *in factum* иск даст против того, кому эта вещь принадлежит, каковой иск и против наследника предоставляется, поскольку как бы из купли иск объемлет». – Примеч. пер.

³ «Если нет никакого (наследства), за которое предполагалось вести спор, цену, однако, и что на это дело затрачено, покупатель получит с продавца <добавлен следующий фрагмент> и если что составляет для покупателя интерес». – Примеч. пер.

⁴ L. 34, 83, § 5, 103 de V. O. (45. 1); l. 1 Cod., de sep. (9. 19): “jure non subsistat venditio” <«юридически не существует продажа»>; l. 2 Cod., de rel. (3. 44).

в виду сторонами, объективно не существует, например, потому что наследодатель вовсе не умер или продавец считал наследодателем лицо, которое на самом деле никогда не существовало. Тут будет иметь место наш иск о возмещении убытков.

3. Порок в личности продавца, т.е. отсутствие способности, наличие которой он по договору обязан был гарантировать. То, что ему это было известно, так что он действовал *in dolo*, можно было бы вывести из содержащегося в l. 62, § 1 cit. и § 5 Inst., cit. выражения “*deceptum esse*”, “*deciperetur*”¹. И так действительно поступил один новейший автор², однако, как я думаю, совершенно необоснованно. Насколько сомнителен этот вывод, ему самому было видно, и он сам обратил внимание на отмеченный другими³ факт, что *decipi*⁴ несколько не предполагает *decipere*⁵; напротив же, часто так говорится в том объективном смысле, что имело место чем-либо вызванное состояние обманутости (*Getäuscht sein*) и при отсутствии в этом умысла у какого-либо другого лица⁶. Поэтому, если судить по тому, что в остальных приведенных выше местах – а среди них одно, как кажется, доводит до нас слова самого эдикта – нет ни малейшего намека на *dolum* продавца, едва ли будет вызывать затруднения выбор специально домисливать в них это основание [*dolum*] или, наоборот, с опорой на них понимать указанное выражение в объективном смысле.

Обстоятельство, которое тем не менее не позволит указанному автору высказаться в пользу взгляда, высшую справедливость которого он признает, состоит в том, что «только *dolus*, к которому приравнивается *lata culpa*, является общепризнанной *causa obligationis*, тогда как *levis culpa* становится основанием обязательства лишь через посредство *act. legis Aquiliae*»⁷. Против этого, однако, необходимо подчеркнуть две вещи.

¹ «Обманутся», «обманулся». – Примеч. пер.

² F. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I, S. 122.

³ См., например: Savigny, Obl.-Recht II, S. 292.

⁴ «Быть обманутым, обмануться» (страдательный залог гл. “*decipere*”). – Примеч. пер.

⁵ «Обмануть» (активный залог). – Примеч. пер.

⁶ Помимо цитат у Савиньи и Моммзена (например, l. 18 de his qui (3. 2); l. 7, § 1 de exc. (44. 1)) см. особенно l. 1, § 2 de aed. ed. (21. 1): “*decepti... etiamsi (venditor) ignoravit*” <«обманутые... если и (продавец о том) не знал»>; в конце места таким же образом использовано “*falli*” <«введен в заблуждение»>: “*...fallatur ignorantia venditoris an calliditate*” <«введен в заблуждение при незнании продавца или хитростью»>; о “*capri*” <«стать жертвой»> это известно, и титул de minoribus (4. 8) содержит много примеров этому (например, l. 7, § 7). <В указании на титул de minoribus содержится, видимо, опечатка: в четвертой книге он является четвертым, а не восьмым титулом. – Примеч. пер.>

⁷ Указ. соч., с. 109, 116, 123, 136 (сн. 6). <Имеется в виду работа Фр. Моммзена, причем завышенное место не цитата (по крайней мере не целиком), а скорее выражение общей мысли последнего. – Примеч. пер.>

Во-первых, имеющееся в некоторых местах приравнивание *latae culpaе* к *dolo* касается только договорных отношений¹. Ведь к чему может привести то, что некто мог бы оказаться стороной внедоговорных отношений так же просто за *culpam latam*, как и за *doli*! Одно неосторожное высказывание, одно упоминание какого-нибудь слуха, одна неверная новость, один плохой совет, одно необоснованное суждение, данная нечистой на руку прислуге рекомендация со стороны бывшего нанимателя, сообщение прохожим о дороге, времени и т.д., – короче говоря, все что угодно при наличии *latae culpaе*, обязывало бы к возмещению причиненных убытков несмотря на всю *bonam fidem*, и *act. de dolo* стала бы в таком расширительном толковании проклятием для общения и установления отношений, вся непринужденность разговора исчезла бы, самое безобидное слово превратилось бы в петлю! Помимо упомянутого в сн. 1 общего места, римское право не содержит хотя бы и намек на основательность такого взгляда; напротив, из него со всей определенностью можно заключить, что *act. doli* явно направлена против намерения обмануть (*betrüglіche Absicht*)². Сообразно этому, Моммзену остается лишь выбирать, допускать иск о возмещении убытков только при *dolo* или, если была *culpa*, [допустить его] и при *culpa levis*.

Во-вторых, когда пытаются, как это делает Моммзен, характеризовать требование покупателя о возмещении убытков с точки зрения общих положений о внедоговорном проступке (*außercontractliche Verschuldung*), другими словами, видят в нем только *act. de dolo*, как же так вот получается, что римляне в этом случае видели договорный иск, а претор считал необходимым в одном из приведенных выше случаев предоставить даже самостоятельный иск? *Act. de dolo* точно было бы достаточно. Если все же пришлось прибегнуть к предоставлению договорного иска, этот иск должен был быть нацеленным на что-то, чего не л ь з я добиться с помощью *act.*

¹ Из мест источников прямо говорят о договорных отношениях I. 1, § 1 si mensor (11. 6); I. 32 Dep. (16. 3); I. 7, § 1 de susp. tut. (26. 10); I. 1, § 5 de O. et A. (44. 7), и только I. 226 de V. S. (50. 26) сформулирована совсем общо. Применение некоторых мест этого последнего титула, несмотря на их кажущийся общим характер, должно ограничиваться специальными отношениями – так и есть в этом случае. Вопрос заслуживает более подробного исследования; насколько я знаю, так до сих пор он и не был глубоко изучен. Глюк (*Glück*, Comment. zu den Pandekten IV, S. 534) (и также после него другие, например Швеппе (*Schweppe*, Das röm. Privatrecht, B. V, § 998)) применительно к I. 7, § 10 de dolo (4. 3) (“nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari” <«ибо, если не крайняя и явная хитрость, не должен из умысла иск быть дан»>) ограничивается замечанием, что «требуется солидное и убедительное доказательство обманного умысла ответчика», однако полагает возможным, когда из обстоятельств следует грубая небрежность, близкая к обману, дать *act. in factum* по I. 33 ibid. Случайно вопроса коснулся и дал на него отрицательный ответ Л. Голдшмидт (*L. Goldschmidt*, Der Lucca-Pistoja-Actien-Streit, Frankf., 1859, S. 81).

² I. 1, § 2 dolo (4. 3). Постановление Высшего апелляционного суда Любека, в основание которого положен защищаемый в тексте взгляд, сообщает Зойфферт (*Seuffert*, Arch. für Entscheidungen IX, Nr. 145).

doli, или, другими словами, именно невозможность подвести его под общие положения о внедоговорном проступке – что Моммзен считает нужным отвергнуть через ограничительное толкование указанных мест – должно быть причиной и целью нашего иска. Рассмотрению вопросов, в чем заключается невозможность и чем она объясняется, здесь еще не место.

Таким образом, давайте понимать эти места такими, какие они есть: продавец, отчуждивший несуществующее наследство или *rem extra commercium*, пр о – с т о отвечает – отвечает безотносительно к тому, знал он об этом или не знал. О том, что за незнание о пороке вещи его можно упрекнуть в *culpa*, наши источники не говорят ничего; этот вопрос потому придется временно отложить.

4. Незнание покупателя о пороке. Это требование явно было подчеркнуто Модестином прямо (“*nesciens*”), а Институциями – посредством слов “*deceptum non esse*” и вообще было бы самим собой разумеющимся с точки зрения общих начал. А именно наш иск, как будет показано ниже, направлен на то, чтобы продавец возместил покупателю убытки, вызванные теми самыми действиями, к совершению которых последнего побуждала уверенность в действительности договора; следовательно, иск не имеет места тогда, когда покупатель знает о пороке, а значит, знает или должен знать, что договор ничтожен¹.

Хотя в приведенных местах не говорится, что «должен знать» (*Wissen müssen*) равнозначно знанию, однако в этом не оставляет никакого сомнения аналогия с эдильским иском, в связи с которым эта равнозначность упоминается прямо (I. 14, § 10 cit. в сн. 1) и который тоже ведь предъ- является ввиду пороков купленной вещи.

5. Договорный иск о возмещении убытков. О том, что покупатель может воспользоваться договорным иском, в двух местах сказано прямо, а касательно *actionis in factum* при продаже *loci religiosi* Ульпиан, чтобы обосновать возможность ее перехода к наследникам, отмечает, что она *quasi ex emto actionem contineat*, так что два других места мы вправе понимать точно так же. Почему, однако, предоставляется договорный иск и как это соотносится с недействительностью договора – вопросы, не охваченные непосредственным содержанием приведенных мест, отчего я отложу их, согласно своему плану, до следующего отдела статьи.

Что же, напротив, можно извлечь непосредственно из этих мест, это п р а к – тическое содержание иска, и этот вопрос я в полном объеме рассмотрю прямо сейчас, чтобы не возвращаться к нему снова в следующем отделе.

¹ “Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire” <«Что кто по неосторожности своей претерпевает, не считается терпящим ущерб»> (I. 203 de R. J.); I. 1, § 1 de act. emt. (19. 1) i. f.: “non videtur esse celatus qui scit” <«не признается, что скрыто от того, кто (и так) знает»>. При таких обстоятельствах также теряется эдильский иск (I. 14, § 10 de aed. ed. (21. 1): “...quae ignoravit aut ignorare potuit” <«...чего не знал либо не знать мог»>) и ответственность того, *qui liti se obtulit* <уклоняется от суда> (I. 45 de her. pet. (5. 3): “...quippe isto modo non est deceptus” <«...ведь таким образом не обманулся»>.

Итак, на что направлен иск нашего покупателя? То, что он может требовать назад уплаченную цену покупки, само собой разумеется ввиду основных положений о *condictione sine causa*¹ – *act. emti* для этого не требуется. Предметом иска тогда остается лишь интерес покупателя, и три из этих мест прямо используют выражение “quod, (si quid) ejus interest”². Обладали бы мы лишь одним из них, а именно l. 9 de her. vend. (“et si quid emtoris interest”³), были бы трудности с пониманием этого интереса вследствие многозначности использованных слов, преодолеть которую помогают два других места.

Интерес покупателя в нашем случае можно понимать двояким образом⁴: с одной стороны, как интерес покупателя в наличии у договора силы (*Aufrechthaltung des Contracts*), другими словами, в исполнении (здесь покупатель получает в виде денежного эквивалента все, что ему причиталось бы в случае действительности договора); с другой – как интерес в не-заключении договора (*Nichtabschluss des Contracts*) (здесь он получает то, что сохранил бы, если бы не появилось никакого внешнего фактического состава (*äußere Tatsache*), при котором договор признается заключенным). Пара примеров сделают более понятным различие между этими интересами, которые я, краткости ради, обозначу как положительный и отрицательный (*positives und negatives Vertragsinteresse*). Если продавец по причине существенной ошибки потребует назад от покупателя высланный ему товар, интерес в сохранении договора в силе будет состоять в любом случае в превышении ценности вещи над покупной ценой (если не в чем-то еще), интерес в незаключенности договора – в возмещении транспортных издержек. Если посланник по своей оплошности заказал 10 ящиков сигар вместо 1/10 ящика, положительный интерес будет в выгоде, которую получил бы продавец продажей 10 ящиков; отрицательный интерес состоит в возмещении расходов на упаковку и отправление, которых может и вообще не быть, если, например, посланник вовремя исправил свою ошибку.

Интерес первого рода имеет в своем основании действительность, интерес второго рода – недействительность договора. Только постольку, поскольку договор действителен, покупатель может требовать его исполне-

¹ Относительно продажи несуществующего наследства в l. 7 de her vend. (18. 4) есть прямое указание на *condictionem*; см., кроме того: l. 12 de R. Cr. (12. 1); l. 23 de cont. emt. (18. 1).

² «Что (если что) составляет его интерес». Выражение “id quod interest” является традиционным для пандектной литературы «техническим» обозначением убытков («интереса»). Первоначально оно широко использовалось в римских исковых формулах (в кондеминациях), а также римских источниках и юридической литературе, но его изначальный смысл, между прочим, не установлен. В некоторых местах выражение используется для обозначения имеющей юридическое значение заинтересованности, возможно, даже в смысле «на что лицо управомочено» (см., например, l. 2 pr. D., 9. 1). – *Примеч. пер.*

³ «И если что составляет интерес покупателя». – *Примеч. пер.*

⁴ На эту противоположность интересов уже обратил внимание Моммзен в указ. соч. (I, S. 107).

ния или – что то же – возмещения интереса в исполнении. Во втором случае он ставит ответчику в вину не то, что договор не действителен (в ответе за это не он, а закон), а то, что ответчик, который должен был бы знать о наличии основания для недействительности, тем не менее договор заключил и этим косвенно причинил истцу убытки. С процессуальной точки зрения, таким образом, в первом случае основанием иска служит утверждение о действительности, во втором – о недействительности, и в той мере, в какой не вмешиваются презумпции, истец должен его доказать.

То, что эта противоположность интересов, даже помимо рассматриваемого нами специального случая, известна римскому праву, показывают, не говоря о других примерах, в особенности эдильские иски. *Act. redhibitoria* направлена на отрицательный договорный интерес¹, *act. quanti minoris* – на положительный.

Не может вызывать сомнений, который интерес имеет своим предметом *act. empti* в нашем случае, ввиду ясного выражения, используемого в местах, принадлежащих Модестину и Институциям: “quod ejus interfuit, ne deciperetur”², – и я бы не стал об этом даже упоминать, если бы меня к этому не вынудил своеобразный взгляд двух новейших авторов. Бурхарди³ полагает, что слова “licet emptio non teneat” в месте, принадлежащем Модестину, могли бы означать, что «продажа, хотя она не могла здесь создать обязательства самому сделать обещанную вещь, однако ж обязывает продавца, а именно к предоставлению эквивалента». То есть дать в одной форме то, что обещано в другой. Что же такое тогда предоставление эквивалента, если не способ исполнения договора – деньгами вместо *in natura*? Еще сомнительнее применение этого взгляда к собственно римскому праву, потому что требование истца, согласно основным началам римского процесса, всегда направлено на взыскание денег, на присуждение же самой вещи – никогда. В чем состояла бы практическая разница, объявило бы право договор в нашем случае действительным или ничтожным? В обоих случаях истец получил бы совершенно одно и то же, и мнимая недействительность была бы пустым словом.

Второй автор, Савиньи⁴, который в любом случае признает за покупателем требование о «возмещении убытков взамен того права, которое ему

¹ I. 23, § 3 de aed. ed. (21. 1): “ut nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset” <«чтобы не более добился, чем имел бы, не была бы продажа совершена»>. Примеры: I. 31 pr. ibid. (“quae propter servum damna sensit” <«которые от слуги потери имеет»>); I. 59 pr. ibid. (“rerum ablatarum a servo aestimationem” <«вещей, стащенных слугой, оценку»>) (здесь продавец может освободиться от уплаты интереса только оставлением вещи). *Motmsen*, а.а.О., I, S. 202 (см. об этом: III, S. 411); II, S. 34, 35.

² «Что составило бы его интерес, если бы не обманулся». – *Примеч. пер.*

³ Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 328.

⁴ Obl.-Recht II, S. 290 <рус. пер.: Савиньи Ф.К. фон. Обязательственное право. СПб., 2006. С. 548. – *Примеч. пер.*>.

не могло быть передано непосредственно», хотя и уходит от указанного возмещения, последовательно обосновывая действительность, а не ничтожность договора, однако впадает тем самым в другое противоречие, едва ли менее опасное, а именно в противоречие со словами “*licet emptio non teneat*”. Не мог бы римский юрист использовать эти слова, давая покупателю иск о взыскании интереса в исполнении. Эти слова были бы тогда совершенно ни о чем не говорящими, так как какую еще, нежели юридическую, силу имел бы договор, если бы юрист объявил договор действительным?

Отсюда можно было бы считать совершенно бесспорным, что покупатель – или и с т е ц, как надо теперь говорить, раз мы больше не ограничиваемся случаями из приведенных выше мест, – может рассчитывать только на интерес в не-заключении договора, т.е. требовать возмещения лишь тех убытков, которые вызвало у него заключение договора (понимаемое как внешний фактический состав). Мы бы хотели рассмотреть этот интерес подробнее.

Неблагоприятные последствия договора могут заключаться для истца частью в непосредственном ущербе от вещи, частью в действиях, которые были совершены из уверенности в существовании договора. Первый случай не имеет особого интереса – как потому, что такого рода случаи очень редки, так и потому, что к ним – помимо всегда дозволенного удержания причиняющей вред вещи – обычно применяется *act. legis Aquiliae*. Мыслимы, однако, случаи, в которых едва ли получилось бы прибегнуть к последней. В сн. 1 на с. 204 приведены места, согласно которым *act. redhibitoria* также может быть направлена на возмещение вреда, причиненного купленным рабом. Если мы поставим на место раба страдающее от заразной болезни стадо, которое заражает скот покупателя, то при незнании продавца о недостатке против него не получится воспользоваться *act. legis Aquiliae*; однако, с другой стороны, если договор ничтожен вследствие заблуждения, которое можно поставить продавцу в вину, *act. redhibitoria*, направленная на возмещение затрат на лечение, будет вытекать только из нашего положения¹.

Неблагоприятные последствия действий, к которым побудил истца договор, могут состоять в реальном ущербе (*positiver Verlust*) или упущенной выгоде (*entgangener Gewinn*). К первому относятся затраты, которые понес истец при заключении или исполнении договора², как-то: на штампы,

¹ L. 13 pr., § 1–3 de act. emt. (19. 1), как кажется, делает требование о возмещении вреда зависимым от знания продавца в случае действительности договора. Однако она говорит об *act. empti* (“in condemnatione ex emto”), которая в этом отношении подчиняется другим началам, нежели *act. redhibitoria*. Ибо в то время как последняя непосредственно делает продавца ответственным (ср. l. 1, § 2 de aed. ed. (21. 1) с местам в сн. 1 на с. 204), первая обязывает его при условии знания или прямо выраженного заверения об отсутствии недостатка.

² Все эти расходы охватываются словами l. 8 cit. (18. 4): “si quid in eam rem (т.е. для этой цели) impensum est”; о том, что интерес этим, однако, не ограничивается, говорит l. 9.

нотариальные действия, проведение встречи (Terminsgebühren); на упаковку, отправку, отгрузку; налоги, общепринятые чаевые (übliche Trinkgelder) и т.д.; улучшения, которые сделал покупатель или сделали (смотря по обстоятельствам) арендодатель или арендатор в отношении сданного внаем жилья; издержки, которые произвел мандатарий с целью исполнения поручения; ответственность истца за эвизию перед своим покупателем, которому он продал вещь, виндигированную впоследствии допустившим ошибку первоначальным продавцом, и т.д.²

Но мнимое заключение договора может иметь для истца следствие также в неполучении выгоды, потому что, возможно, ради его заключения он не воспользовался возможностью заключить другой подобный договор или не стал заблаговременно ее рассматривать. Кучер, которому по ошибке был оставлен заказ на другой, нежели предполагалось, день, хозяин гостиницы, у которого из-за неправильно указанного адреса была заказана комната, тогда как имелась в виду другая гостиница, – все они не несут никакого реального ущерба (positiven Schaden). Однако, если вследствие этих заказов они отказались от другой представлявшейся им возможности по использованию повозки или комнаты соответственно, для обоих это совершенно то же самое, как если бы они потеряли наличные деньги. Правда, если бы такой возможности не было, ошибка не имела бы для них никаких вредных последствий.

Отрицательный интерес может при определенных условиях достичь размера положительного. В обоих последних случаях истцы получают ровно то же, что могли бы требовать при исполнении договора, но – как следует из всего вышеизложенного – по совсем другому основанию. То же возможно и применительно к реальному ущербу, наглядной иллюстрацией чему может служить приведенный выше, на с. 196–197, случай с телеграфом. Мандатарий в нем требует (если еще абстрагироваться от его требования о возмещении расходов на исполнение поручения, которое в любом случае может быть обоснованным при наличии определенных обстоятельств, а именно когда выполнение поручения сопряжено с тратой времени и сил) ни больше ни меньше, чем требовал бы в случае полной действительности. Ввиду этого могло бы показаться, что и торговец, отправивший и получивший обратно 10 ящиков

¹ Как правило, расходы на представителя (адвоката). – *Примеч. пер.*

² Наш иск может, таким образом, принимать вид ответственности за эвизию, однако здесь определяющим все еще остается интерес в незаключении договора, вернуться к чему ниже мне даст подходящий случай (III(2)). Была ли недействительность договора выявлена заблаговременно и не исполнялся ли он ни в какой части или [это произошло] только впоследствии, после исполнения договора обеими сторонами, после чего становится возможной собственно эвизия, – разница лишь в фактических обстоятельствах; в одном случае ничтожный договор имел неблагоприятное действие дольше, чем другой, но само по себе это действие одинаково [в обоих случаях].

сигар, ошибочно заказанных вместо 1/10 ящика, мог бы требовать упущенной выгоды, при условии что он точно мог бы продать это количество в силу сложившихся отношений по сбыту. Однако если так было тогда, значит, реализация все еще возможна и сейчас; другими словами, выгода не была упущена – с ней лишь пришлось повременить, и он может еще ее получить, тогда как хозяин гостиницы и кучер этого больше не могут. Правда, и у торговца (по крайней мере по поводу определенных видов товара) отношения могут быть выстроены так, что промедление, вызванное исполнением договора, казавшегося существующим, или спором по поводу принятия товара обратно и т.д., прямо лишает возможности совершить другую продажу без потерь (“*ut opportunitatem emtoris, cui venum dari potuit, perimeret*”¹), как это характеризуют в l. 33 de dolo (4. 3)), как, к примеру, в случае с предметами моды, которые с течением времени выходят из нее, с рыбой, которая портится, книгами, у которых появляются новые издания, лотерейными билетами, когда розыгрыш уже прошел, и т.п.

Излишне специально отмечать, что требование истца удовлетворить его интерес (*Interessenforderung des Klägers*) может по размеру как сравняться с интересом в исполнении, так и составить равным счетом ничего. Когда посланник по выходу из магазина обнаружит, что он неправильно исполнил поручение, и сразу исправит свою ошибку; когда при заключении договора между отсутствующими будет получено письмо об отзыве оферты или сообщение об описке, прежде чем адресат совершит исполнение заказа, тогда договор, казавшийся заключенным, не имел еще никаких внешних и объективных следствий; на случай же субъективных и внутренних следствий, т.е. на случай переживаний от разочарования, право, как известно, не предусматривает никакого возмещения.

II.

ОБОСНОВАНИЕ ТЕОРИИ *CULPAE IN CONTRAHENDO*

Настоящие рассуждения до сих пор имели целью с опорой на источники изложить существенные моменты, от наличия которых зависит наше требование о возмещении [убытков], но этим путем мы и близко не подошли к пониманию его юридической природы, притом что определенная позиция по этому вопросу необходима не только с точки зрения чисто теоретического интереса, но и для целей более подробного догматического анализа этого отношения. Источники сами, как отмечалось, не дают нам на этот вопрос прямого ответа, но содержащихся в них позиций, по моему мнению, совершенно достаточно, чтобы его дать.

¹ «Что потеряет возможного покупателя, которому мог продать». – Примеч. пер.

Предположим – и по факту перед нами действительно уже такое было в случае со специальной *act. in factum* (с. 199), – что позитивное право, не распространяясь о юридической природе, ограничилось бы одним признанием обязанности возместить убытки в отдельных, особенно важных случаях применения нашего принципа, например в случаях описки, отзыва оферты между отсутствующими; какой бы мы стали мыслить ее юридическую конструкцию?

То обстоятельство, что договор юридически не возникал, казалось бы, необходимо приводит нас в область внедоговорного причинения убытков, и до тех пор пока мы не перестанем рассматривать этот иск как юридическую аномалию, стоящую особняком и необъяснимую¹, перед нами будет лишь выбор, отнести его к *act. de dolo* или к *act. legis Aquiliae*. Каждая из этих возможностей вызывает серьезные сомнения. Ибо обе только тогда могут служить этой цели, когда мы закроем глаза на необходимость *doli* – при *act. doli* и причинения вреда имуществу – при *act. leg. Aquiliae*. Таким образом получился бы иск – гибрид обоих указанных исков, заимствующий у последнего *culpa*, у первого – безразличность той формы, в которой причинен вред. Другими словами, получилось бы положение, что обязанность возместить убытки основана непосредственно на внедоговорной *culpa*. К чему такое положение приведет, уже указывалось на с. 201. В действительности ограничение обязательно-правовых последствий *culpa* (*verpflichtende Wirkung der culpa*) формой аквилиевого, т.е. явного, материального причинения вреда внешним предметам (вещам или лицам) не является позитивным положением римского права, а основано на природе вещей (*Natur der Dinge*), и именно по этой причине даже римские юристы, несмотря на всю свободу, с которой они позволяли себе расширять сферу применения Аквилиева иска, держались тем не менее этих границ. О том, что есть еще другие виды причинения убытка, помимо указанного, римляне регулярно вспоминают в связи с *act. doli*, и когда они, несмотря на это, оставляют в таких случаях *dolum* основанием обязанности по возмещению убытков, это ясно указывает, что они отчетливо сознавали отношение зависимости, существовавшее между *culpa* и строго определенной формой причинения вреда, с одной стороны, и между всевозможной формой причинения вреда и *dolo* – с другой. Эта неограниченность сферы при-

¹ Не знаю, справедлив ли я по отношению к Тёлю, когда я использую такие выражения применительно к искам, которые он (*Handelsrecht I*, 3. Aufl., § 57, S. 242) хотел бы дать на случай отзыва оферты пострадавшему от этого лицу, которому предложили заключить договор (*Oblat*) (да позволят мне использовать это выражение по образцу лица, которому предложили принести присягу (*Delat*)). Тёль не добавляет ничего особенного к характеристике этого лица, так как приведенное им основание («на это предположение (что оферент не станет отзывать свое предложение) у него есть право согласно добрым нравам») оставляет совершенно неясной природу этого права, как равным образом и природу возникающего из его нарушения требования о возмещении убытков. Следует видеть здесь *act. doli*?

менения *act. doli* выражается в двух моментах: во-первых, на место необходимого при *damnum injuria datum* внешне самостоятельного объекта (*äußern einzelnen Objects*) здесь становится общее и абстрактное понятие имущества – последнее может уменьшиться и без того, чтобы при этом затрагивался какой-либо внешний элемент имущества (*äußerer Bestandteil des Vermögens*), как, например, когда один из злого умысла побудил другого дать обернувшееся убытками поручительство; во-вторых, на место механической, внешней, явной, непосредственной формы вредного воздействия [становится] форма посредственная, внешне не различимая. Данные с намерением навредить совет, не соответствующее истине сообщение, рекомендация и т.д. никак не могут быть признаны по внешним признакам нарушением чужого правового пространства (*Eingriff in eine fremde Rechtssphäre*); сами по себе они не правонарушения и не приводят к убыткам. Напротив, такой характер правонарушения и такие последствия они имеют прежде всего через особенности их отношения к воле каждой стороны: применительно к воле ответчика характер правонарушения приобретает направленность его воли на причинение зла (*Schlechtigkeit des Willensrichtung*); применительно к воле истца неблагоприятные последствия возникают в связи с вызванным чужой волей решением (*Willensbestimmung*). Раз теперь, после всего вышесказанного, представляется прямо невозможным привязать наш иск к одному из названных случаев внедоговорного причинения вреда – а другие случаи не представляются, – не остается ничего другого, как полностью оставить мысль о внедоговорном характере лежащего в его основании проступка (*Verschuldung*) и либо признать этот иск совершенно неспособным иметь юридическую конструкцию, либо же проверить, нельзя ли объяснить его с точки зрения нарушения договора (*contractliche Verschuldung*), несмотря на ничтожность последнего. И действительно, мы не сможем скрыть от себя то, что оно имеет такую направленность, прежде всего в силу одного внешнего повода. Это предполагавшееся и внешне свершившееся или казавшееся свершившимся (*äußerlich oder scheinbar vollzogene*) заключение договора, которое мы имеем всякий раз, когда имеет место наш иск, и которое уже с самого начала подталкивает нас к предположению, что истинная природа нашего иска заключена в соединении, в котором [одновременно] появляются проступок и договорное отношение. В высшей степени примечательно то, что мысль придать непосредственно *culpaе* обязательно-правовой эффект (*verpflichtende Kraft*) оказывается настолько же невозможной вне этого строжайше ограниченного круга случаев, насколько в его рамках она является необходимостью, вызванной настоятельными требованиями справедливости (с. 194–197).

Такое соединение *culpaе* с договорным отношением с тем же успехом могло бы быть чисто внешним, т.е. сама *culpa* оставалась бы внедоговорной, имея

фактическую возможность обнаружить себя лишь при внешне происходящем заключении договора – без того чтобы ее юридическая природа сколь-нибудь затрагивалась этой связью с договором. Однако на самом деле эта связь глубокая, возникающая здесь *culpa* совершенно та же, что известна нам только еще по договорным отношениям. Без труда можно было бы найти для всех случаев нашей *culpaе* (см. ниже, разд. III) аналогичные решения источников, но все они касаются лишь договорных отношений, и нет ни одного по внедоговорному. Так, применительно к обязанности, например, доверителя возместить убытки мандатария в случае, когда поручение, не возникшее (*nicht perfekt gewordenе*) по причине смерти или отзыва, было выполнено последним добросовестно, можно принять во внимание места, которые говорят о такой обязанности в случае возникшего (*perfekt gewordenе*), но прекратившегося ввиду данных обстоятельств поручения¹; применительно к обязанности, возникающей в случае переданного по телеграфу сообщения (с. 196–197) – l. 29, § 1, 2 mand. (17, 1); применительно к обязанности по возмещению убытков в случае отзыва оферты или публичного обещания – l. 5 p. de cond. caus. d. (12, 4). Если мы обратимся специально к приведенному выше случаю описки, ни у кого не вызовет сомнений ни то, что во внедоговорных отношениях описка не влечет возникновения обязательства (хотя она может и здесь, как и в договорных отношениях, принести огромный вред), ни то, что в рамках существующих договорных отношений она обязывает к возмещению убытков. Если же она имеет те же последствия при возникновении договорных отношений [что и при существующих], это означает не что иное, как подчинение ее общим положениям о договорной ответственности. Как существенная ошибка, неудачный выбор посланника и т.д. не имеют никакого значения во внедоговорных отношениях, так и в договорных они влекут обязанность возместить убытки.

¹ L. 26 pr., § 1 Mand. (17, 1): “...nam mandatum solvitur morte; si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur” <«ведь поручение прекращается смертью; если, однако, по незнанию выполнено, из практических соображений считается, что иск допустим»>; l. 58 pr. ibid. Когда Рихельманн в указ. соч. (S. 138) использует эти места, чтобы с их помощью доказать, «что римлянам не показалось бы странным допустить возмещение убытков с помощью иска, который не может служить своей основной цели (ihrer Hauptwirkung nach nichtige Klage), не делая различия в зависимости от того, изначально имеется эта невозможность (Nichtigkeit) или появляется лишь позже», я не могу это оправдать. Ведь одно дело, допустить иск, когда отношения поручения вообще не возникали, и другое – продлить обязательственный эффект однажды уже возникшего поручения после появления обстоятельства, при котором мандатарий теряет репрезентативность (Repräsentationsqualität); “mandatum solvi” <«поручение прекратилось»> говорит о первом случае, не о втором. Тем же я должен объяснить и ту поддержку моей теории, которую мой коллега счел возможным оказать с помощью цитируемой в тексте l. 5 pr. de cond. c. d. (12, 4). Это место касается, правда, отрицательного договорного интереса, возлагая на одну сторону обязанность возместить другой стороне ставшие напрасными по причине отзыва издержки, однако договор здесь уже был заключен и лишь позже снова перестал существовать.

Надежный критерий договорного характера *сiуpae* по римскому праву – переход обязанности на наследников: где перехода нет, там *сiуpа* внедоговорная, где есть – там договорная¹. Излишне упоминать, что в случае с нашим иском переход должен быть допущен. По этому поводу ведь было и косвенное решение, что здесь речь идет о некоем договороподобном (*contractartigen*) иске².

Поэтому то, что я до сих пор пытался доказать как необходимое следствие юридической конструкции, находит в римской юриспруденции полное подтверждение в том, что она для целей возмещения убытков закрепляет договорный иск (*act. emti*). В устах римских юристов название иска, как известно, не было просто названием либо чем-то значимым с чисто процессуальной точки зрения, но было выражением материально-правовой природы лежащих в его основании отношений. Так что *actio emti* в нашем случае, переведенная на язык материального права, значит ни много ни мало «требование о возмещении убытков опирается на договорное обязательство».

Как же это возможно, если сам договор недействителен? Означали бы «ничтожность» или “*nullam esse emptionem*” аж совершенное отсутствие силы у договора, *act. emti* из такого договора была бы нелепостью. Предоставление *act. emti* – верное доказательство того, что некоторые последствия договор имеет, так что выражение «ничтожность», если оно используется надлежаще, имеет лишь узкое значение: отсутствие не всех, но лишь определенных последствий. Цель таких договоров – исполнение (*Erfüllung*), а предполагаемое правовое последствие состоит в создании обязательства совершить его (*Verbindlichkeit auf Erfüllung*). Поэтому, если этот эффект невозможен вследствие несоблюдения какого-либо требования, а цель договора, таким образом, недостижима, мы называем договор ничтожным; понятия действительности и ничтожности, согласно этому, определяются с точки зрения основной практической цели договора. Однако с этим вполне согласуется то, что договор может создать обязательства другого рода, лишь поскольку они направлены не на исполнение, а, например, на возврат переданной вещи, задатка, на возмещение убытков³. Такое

¹ Ср. с Аквилевым иском (I. 23, § 8 D., 9, 2: “Hanc actionem et heredi ceterisque successoribus dari constat: sed in heredem vel ceteros haec actio non dabitur, cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit” <“Этот иск, конечно, дается и наследникам, и прочим преемникам. Но против наследника и прочих этот иск не дается, так как штрафной, если только из потерь обогатившимся наследник не оказался>”). Штрафные иски (*actiones poenales*) не давались против наследников правонарушителя. – *Примеч. пер.*

² Ульпиан в I. 8, § 1 de relig. (11. 7) особо подчеркивает эту связь перехода иска [по наследству] с его договорной природой: “in heredem competit, cum quasi ex emto actionem contineat”.

³ Это объясняется так же, как и в случаях, по поводу которых большинство римских юристов говорит о ничтожности договора, а остальные могли бы говорить о наличии договора (см., например, в I. 4, 70 de cond. emt. (18. 1) и прочие в сн. 4 на с. 234 <в оригинале – сн. 63; возможно, это опечатка и имелась в виду сн. 4 на с. 235 (в оригинале – сн. 65). – *Примеч. пер.*>). Первые основываются на основном действии [договора], вторые – на побочном. К этим местам я вернусь ниже (III).

свойство вещи, как принадлежность к *res extra commercium*, с необходимостью исключает возможность исполнения – но не возможность какой-либо иной договорной обязанности. Стороны договорились, что все прочие условия действительности договора (*Voraussetzungen des Vertrags*), за исключением оборотоспособности предмета, в наличии, – почему тогда он не должен оказаться способным создать между ними обязательство в той части, в какой оно не имеет целью предоставление самого предмета?

Возможно, в отношении прежнего римского права такое наблюдение допустимо или искусственно выводимо, но в любом случае мне неизвестно, чтобы в нем был применен этот подход, однако тому, что новейшее право для него созрело, есть по меньшей мере два несомненных свидетельства. Одно – допущение *act. venditi* из договора купли-продажи под отменительным условием после наступления этого условия. Как известно, юридически суть здесь в том, что договор как будто никогда не был заключен, – случай, совершенно тождественный случаю с изначально недействительным договором. Однако даже если основного правового эффекта договор не имеет, иначе с побочными последствиями (*Nebenwirkungen*): он может иметь такие последствия, которые адекватным образом могут быть устранены лишь в принудительном порядке, и поэтому новейшее право обоснованно допускает здесь договорный иск¹.

Второй случай – рассматриваемый нами². Не было бы излишним рассмотреть его сквозь призму одной интересной параллели, которую он имеет в области вещного права. Она представляет собой применительно к вещному иску такое же явление, какое этот случай – применительно к договорному. Как для *act. empti* требуется действительность договора, так и для виндикации – владение у ответчика. Как известно, последнее освобождено от это-

¹ L. 6, § 1 de contr. empt. (18. 1); l. 16 de in diem (18. 2); l. 4 pr. de leg. comm. (18. 3); l. 6 de est vend. (18. 5). Можно спорить по поводу того, следует ли причислить сюда случай, когда договор хотя и заключался сначала как действительный, однако его основная цель отпала – по причине ли случая (l. 33 Loc. (19. 2): “si fundus publicatus, tenearis ex empto, ut pretium restituas” <«если участок конфискован, ответишь из купли, чтобы возвратил цену»; цитата неточная>) или правомерного отказа от него (l. 11, § 6 de act. empt. (19. 1); l. 2. Cod., de pact. int. (4. 54)). Договорный иск и здесь направлен на что-то другое, нежели исполнение.

² В римском праве не было недостатка в аналогичных явлениях. *Act. empti* в случае ничтожности договора служит ни больше ни меньше, чем *act. mandati contraria* в случае, когда *directa* немыслима вследствие отсутствия интереса со стороны манданта, а именно при *mandato qualificato*, или *act. communi dividundo*, направленная на возмещение затрат при прекращении общей собственности (l. 6, § 1, l. 11, l. 14, § 1 Comm. div. (10. 3)); другими словами, все эти принадлежащие лишь позднему времени случаи предлагают нам этот иск в его направленности на вторичные цели в условиях, когда само отношение уже не способно к достижению основной цели.

го требования в двух случаях: *si dolo desiit possidere*¹ и *si liti se obstulit*², и здесь они приобретают совершенно ту же природу, что и *act. emti* в нашем случае, – иска о возмещении убытков³. Как в нашем случае притязание истца вызвано отсутствием требования из договора, так и здесь, за тем лишь отличием, вытекающим из различия между договорными и внедоговорными отношениями, что в последнем случае притязание обуславливает *dolus*. Сходство в функциях у обоих исков, особенно в случае с *si quis liti se obstulit*, весьма яркое. Здесь, как и там, истец потому понес убытки, что по вине ответчика ошибочно допустил существование лежащего в основании иска отношения, что вызвало неблагоприятные последствия⁴.

Настоящее рассуждение показало нам, что *act. emti*, выполняя функции требования о возмещении вреда при ничтожности договора, – явление, ни стоящее особняком, ни необъяснимое, но, напротив, если отрешиться от ее странного внешнего вида, создает простое положение: заключение договора создает не одну обязанность исполнить его, но также – когда в этой части действие договора исключается по причине какого-либо правового недостатка – обязанность при определенных условиях возместить убытки. Выражением «ничтожность договора» обозначается в римском и современном лексиконе отсутствие лишь указанного, но не всякого юридического действия вообще.

Если этим теперь и доказана юридическая возможность договорного иска о возмещении убытков, то некоторые ее стороны все еще нуждаются в более подробном комментарии и объяснении. Прежде всего это два вопроса, безусловно требующих ответа: по поводу его основания и сферы применения. На что этот иск опирается? Опирается ли он на произвольное законодательное решение или его можно вывести из внутренней логики

¹ «Если умышленно перестанет владеть». Этим «техническим» выражением обозначалась ситуация, когда после начала виндикационного спора ответчик специально избавлялся от вещи, чтобы не нести ответственность. Несмотря на отсутствие у него владения, виндикация была возможна, и присужденная сумма денег была штрафом (см., например, l. 27, § 1, l. 36. pr., l. 52 D., 6, 1). – *Примеч. пер.*

² «Если станет судиться». Этим «техническим» выражением обозначалась ситуация, когда лицо умышленно принималось вести тяжбу, хотя и не являлось надлежащим ответчиком или представителем, например не являлось на самом деле владельцем виндицируемой вещи (см. l. 25, 27, pr. D., 6, 1). Когда это совершалось *dolo*, в отношении такого лица заявленный иск удовлетворялся в качестве штрафа. – *Примеч. пер.*

³ Во втором из этих случаев ранее (*nach früherem Recht*) иск был направлен просто на возмещение убытков (l. 45 de her. pet. (5. 3); l. 39 de dolo (4. 3)), по новейшему же праву – также на взыскание штрафа (l. 25–27 pr. de reiv. (6. 1)); в первом же случае он направлен то на одно, то на другое (l. 95, § 9 de solut. (46. 3)).

⁴ Одно из цитировавшихся в предыдущей сноске мест (l. 45 de her. pet.) использует прямо те же самые слова, что Модестин и Институции (с. 198–199), применительно к нашему иску: “*quanti ejus interfuit non decipi*”.

(aus dem innern Bedürfnisse) договорного отношения? И потому позволительно ли его применение распространить на другие схожие случаи, например на ничтожность договора вследствие неспособности лица быть стороной сделки, заблуждения и т.д.?

Что, таким образом, является основанием или законодательным мотивом нашего иска? В принципе, мыслимо, чтобы это было связано с защитой, которую право предоставляет *bonae fidei possessori*. Как последний является путативным собственником, так покупатель в нашем случае – путативный контрагент. У обоих возникновение субъективного права встречается в лице создателя [этого отношения] (ihres Autors) препятствие, но оба не знают об этом препятствии, так что уверены в существовании этого права. Как ныне в столь многих отношениях¹ этому путативному фактическому составу (an diesen putativen Bestand) право присваивает все или хотя бы некоторые последствия объективно существующих отношений, так и в нашем иске можно видеть лишь частный случай применения этой общей мысли – защиты путативных отношений. То, что области обязательственного права эта мысль не чужда, доказывает, во-первых, *act. protutelaе*, или иск против путативного опекуна, и, во-вторых, путативная оплата, т.е. освобождение от обязанности (*liberirende Kraft*), которое в определенных условиях происходит при оплате кредитору путативному вместо действительного². При всем при этом мы должны решительно отбросить эту идею. Так как *act. empti* нашего путативного покупателя не создана по образу иска настоящего [покупателя] (так могло бы быть, если бы верными были оспоренные на с. 204 и 205 идеи указанных там авторов [Бурхарди и Савиньи]), а является совершенно отличным от него иском о возмещении убытков, получается, что законодатель мог полагать невозможным на основании одной добросовестности покупателя возложить обязанность возместить убытки на, возможно, не менее добросовестного продавца. Такое предписание можно оправдать, когда иск одновременно вызван обстоятельством, обусловленным личностью продавца. В ущерб третьим лицам *bonae fidei possessor* никогда не будет защищен, и при *bonae fidei possessione* из обеих сторон преимущество за ответчиком.

Законодательный мотив нашего иска, таким образом, не получается найти в *bona fide* покупателя, как это должно было бы следовать из указанной идеи [защиты путативного покупателя], и вообще никак нельзя проводить параллели между ним и иском настоящего покупателя. Напротив, мы должны держаться того мнения, что это иск о возмещении убытков, и, исходя из

¹ Собственность, путативный титул приобретения по давности, *jura in re aliena*, путативный брак, *liber bona fide serviens* <свободный, добросовестно полагавший, что он *servus*>, путативная способность быть свидетелем сделки (l. 1 Cod., de test. (6. 23)), должностным лицом (l. 3 de off. Praet. (1. 14)) и т.д.

² L. 32, l. 34, § 3, l. 51 de solut. (46. 3) и др.

этого, проверить, позволяет ли нам данная позиция прийти к его пониманию. Обычным основанием (*Voraussetzung*) обязанности возместить убытки является со стороны ответчика проступок (*Verschuldung*). Получится у нас доказать его наличие при нашем иске – тогда и вопрос о его основании (*Grund*) будет решен.

Когда закон в обоих известных нам случаях обязывает продавца возместить убытки, он делает последнему упрек такого плана: «Тебе бы следовало и вовсе не заключать договор, так как тебе надо было бы обнаружить препятствие к этому; по причине твоего незнания другая сторона понесла убытки». Не следует, правда, забывать, что при определенных условиях отношения могут сложиться так, что для него самого это препятствие, даже при всем желании (*bei dem besten Willen*), оставалось бы сокрытым, как, например, когда продажа касалась вещи, оставшейся по завещательному отказу, которая расположена за городом и которую он никогда не видел. То, что продавец и в этом случае должен отвечать, не только несомненно с точки зрения выражений источников, но и полностью соответствует справедливости. Ибо если уж речь пошла о том, кто должен пострадать от его незнания – он или покупатель, при выборе долго колебаться не придется. Однако можно ли здесь говорить о *culpa* с его стороны?

Я не сомневаюсь в том, что в случае положительного ответа на данный вопрос должен быть готов к возражениям, и не знаю, получится ли у меня лишить их почвы; тем не менее я лично совершенно убежден, что римский юрист не постеснялся бы рассматривать незнание продавца само по себе, безотносительно к индивидуальным обстоятельствам, как *culpat*.

Такой же вопрос («может ли одно незнание быть поставлено в вину продавцу?») поднимается применительно к эдильским искам в связи с вопросом о скрытых недостатках и пороках. Эдикт, как известно, возлагал ответственность на продавца уже за них, не принимая в расчет знание или незнание последнего об этом. Данное постановление в l. 1, § 2 de aed. ed. (21. 1) Ульпиан хочет оправдать тем, что продавец должен был бы знать про недостаток и что покупателю может быть все равно то, причинены были ему убытки по незнанию или из хитрости¹. Он тем самым ставит продавцу в вину непосредственно незнание о недостатке, хотя он не мог не учитывать тот момент, что незнание в известных обстоятельствах бывает таким же извинительным,

¹ “Etiamsi ignoravit... tamen teneri debere; Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate” <«и если не знал... однако отвечать должен; и это не несправедливо, мог ведь знать продавец, и это ведь не имеет значения для покупателя, почему введен в заблуждение, при незнании продавца или хитростью»>. Шультинг (*Schulting*, Not. 1 ad Dig. ad h. l.) ссылается на Цицерона (*Cicero*, de offic., III, 17): “qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto Aedilium” <«ведь кто знать должен был о здоровье, побегах, воровстве, отвечает по эдикту Эдилов»>.

как в указанном случае. Та же аргументация используется им применительно к *act. emti*, когда отсутствие недостатка было гарантировано:

l. 13, § 3 de act. emti (19. 1): “...et putem teneri. Atquin ignoravit. Sed non debuit facile, quae ignorabat, asseverare. Inter hunc igitur et qui scit interest: qui scit, praemonere debuit furem esse; hic non debuit esse facilis ad temerariam indicationem”¹.

Незнание продавца, таким образом, все же может быть простительным (приходит на ум, например, случай, когда продавец был незрячим); при всем при этом в такой продаже есть *culpa*; кто не совсем все знает о своей вещи, не должен продавать: “non debet esse facilis ad temerariam indicationem (venditionem)”. О том, что не имеет значения, были ли качества [вещи] прямо гарантированы или, как, например, в случае с оборотоспособностью, в силу самого заключения договора молчаливо гарантированы, излишне и упоминать.

Правда, в тех местах совсем не используется слово “*culpa*”. Хорошо! Но когда юрист ставит продавцу в вину незнание, когда он ему указывает, что тот мог и обязан был знать о недостатке, и тем объясняет его ответственность, что же это еще, как не упрек в *culpa*?

Мне могут дальше возразить: такая *culpa*, которая определяется абстрактно, безотносительно к индивидуальным особенностям случая, есть не что иное, как фигурная *culpa*, ее *praesumptio iuris et de iure*. Я с охотой допускаю, что наличие *culpaе*, как правило, определялось римлянами индивидуально, так что ни одно действие само по себе не считалось неосторожным (*culpose*) или, даже когда презумптивно считалось таковым (как, например, когда лицо само создало условия, что у него украли вещь), позволялось представить доказательство невиновности. Однако, с другой стороны, нет недостатка в примерах тому, как в случаях, подобных нашему, ответственность, выводимую непосредственно из природы отношения, а следовательно, совершенно независимую от индивидуального поведения виновного, римские юристы объясняли посредством его *culpaе*.

Что доверитель независимо от *culpaе* со своей стороны должен возместить мандатария убытки, причиненные именно порученным делом (а не просто случаемностью, произошедшей при выполнении поручения), является требованием справедливости, которое в римском праве проводится в конкретных

¹ «...И думаю, отвечает. Хоть и не знал. Но не должно быть легким делом выяснить то, что неизвестно. Между этим, следовательно, и тем, кто знает, есть разница: кто знает, должен предупредить о том, что вор; этот [не знающий] не должен быть охочим до низкой цены». Имеется в виду, что вороватый слуга будет продаваться, очевидно, по более низкой цене, на чем может попасться желающий сэкономить легкомысленный покупатель. Иеринг, однако, переводит конец так: «не должен с легкостью совершать продажу». И в такой интерпретации получается, что продавец, который решил продавать, не должен подходить к этому делу легкомысленно, но должен проверить товар. Скорее всего, речь идет о продавце, пытавшемся спекулировать, но купившем за низкую цену вещь на самом деле соответствующего цене качества, за что должен отвечать перед своим покупателем. – *Примеч. пер.*

решениях так же, как прямо признано в абстрактной форме¹. При этом Африкан в цитировавшейся в последней сноске l. 62, § 5 de furtis, где он провозглашает этот самый принцип, привлекает к себе на помощь *culpam* доверителя. Поручение состояло в покупке определенного раба, и последний обокрал мандатария. Африкан решает так: доверитель должен возместить убытки, даже если ему было неизвестно о воровской натуре раба, и объясняет это решение отчасти тем, что мандатарий, не было б поручения, не потерпел бы убытки, отчасти приведенной в сноске сентенцией “nemini officium и т.д.”, отчасти, наконец, этим:

“culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere; nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit”².

Правильно ли поступил Африкан, решив казус с точки зрения *culpaе*, для меня безразлично; для поставленной мною цели совершенно достаточно того, что он принял незнание манданта непосредственно за *culpam*, не оставив места для учета индивидуальных особенностей случая³. Если же *culpa* есть уже тогда, когда незнание касается свойств чужой вещи, насколько более позволительной видится такая его характеристика при продаже собственной вещи!

Кто без уведомления своего товарища принимает в товарищество третье лицо, отвечает перед ним непосредственно за действия этого лица⁴, принимает на себя *periculum* своего выбора. Для этой цели, таким образом, с его стороны не требуется *culpaе in eligendo*; но при этом Ульпиан обосновывает в l. 23 pr. pro soc. эту ответственность с точки зрения *culpaе*: “Quin difficile est negare culpa ipsius admissum”⁵, – что нельзя понимать так, будто бы уже создание нового товарищества как таковое заключало в себе нарушение обязан-

¹ Последнее [можно найти] в l. 61, § 5 de furt. (47. 2): “...nemini officium suum damnosum esse debet <«...никому его служба во вред идти не должна»>, первое, помимо приведенного там решения, например, в l. 15 pr. de in rem vers. (15. 3), по которой доверитель должен возместить одолженные мандатарием и потерянные без его вины деньги, l. 8, § 8, l. 29, § 2 Mand. (17. 1). Аналогично с *socio* <товарищем> (l. 52, § 4, l. 61 pro soc. (17. 2) и еще, например, l. 2, § 7 de her. vend. (18. 4)).

² «Неосторожность тех, чье дело ведется, им самим скорее должна вредить; ибо это определенно неосторожность поручающего, который такого слугу поручил купить себе». – Примеч. пер.

³ При некоторой беспристрастности следует все же не забывать, как это делают Хассе (*Hasse*, *Culpa*, 2. Aufl., S. 402) и Моммзен (*Mommсен*, а.а.О., III, S. 369), что *culpa* здесь оценивается с точки зрения иного, нежели обычно принятый, масштаба и что, когда последний [общепринятый масштаб] должен здесь применяться, по исследовании обстоятельств совсем иное решение могло бы получиться. В чем же будет состоять индивидуальная *culpa*, если мандант собрал всю возможную информацию о рабе, а ею и был введен в заблуждение? Согласно же Африкану, несмотря на это, “nam certe” <«ведь точно»> отвечает он.

⁴ L. 19–23 pro soc. (17. 2).

⁵ «Поскольку трудно отрицать неосторожность его самого в принятии [в товарищество третьего лица]. Есть опечатка: в оригинале “quia” вместо “quin” (сверено по изд.: Дигесты Юстиниана: В 8 т. Т. 3 / Отв. ред. Л.А. Кофанов. М., 2003. С. 512, 514). – Примеч. пер.

ностей; товарищ не делает ничего недозволенного – лишь поступает так, что неблагоприятный исход касается только него.

Известно, что применительно к *mora* был поднят вопрос, является ли она частным случаем *culpa*, и я присоединяюсь к тому мнению, которое дает на него утвердительный ответ¹. Отношения же при *mora* могут сложиться точно так же, как и в нашем случае. Некто обещает предоставить к определенному сроку вещь, приобретение которой, как можно было разумно предвидеть, не составит ни малейшего труда, например товар, о наличии которого заботится каждый торговец каждой местности, но который неожиданно везде исчезает с прилавков. *Culpa* обещавшего состоит здесь не в том, что он не приобрел товар – он сделал все, чтобы было в его силах, но в том, что он заключил договор, не обеспечив его исполнение (*ohne seiner Sache sicher zu sein*). И ведь это тот же упрек, который мы делаем продавцу *rei extra commercium* и от которого он не может освободиться возражением, что обстоятельства не предоставили ему случая усомниться в оборотоспособности объекта.

Отсюда также следует, что различию между извинительностью и неизвинительностью заблуждения здесь нет места: каждая ошибка такого плана неизвинительна²; кто что-либо обещает, должен не заблуждаться: он заблуждается за свой счет, не за счет контрагента.

Раз едва ли, ввиду вышесказанного, можно оспорить то, что мы в праве с точки зрения [наличия] *culpa* объяснять ответственность продавца в рамках рассматриваемого нами отношения, мне можно сделать еще такое возражение: для чего это необходимо, почему просто не остановиться на положении: «продавец отвечает за оборотоспособность объекта и, если ее нет, должен возместить убытки»? Такая *culpa*, как могло бы показаться, служит лишь другим названием для законом установленной ответственности продавца; раз первая должна признаваться во всех случаях, когда наступает последняя, то учитывать или не учитывать наличие [*culpa*] не имеет вообще никакого или по меньшей мере никакого практического интереса.

Но это лишь кажется так. Прежде всего именно с позиции [о наличии] *culpa* связан интерес в юридическом обосновании и объяснении обязатель-

¹ Von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten III, § 588, Anm. 1. Противоположный взгляд опирается, насколько я понимаю, лишь на слово “culpa”. Против него можно возразить тем, что римляне не использовали здесь термин “culpa”, поскольку у них для этого был более специальный – “mora”, однако я не могу не обратить внимание на один момент: как можно отрицать, что по существу *mora* включает в себя хотя бы и очень специфический, но частный случай *culpa*.

² L. 19, § 1 Loc. (19. 2): “...nec ignorantia ejus excusata”. Место касается случая, когда некто одалживает прокудившуюся бочку для вина и обязывает одолжившего возместить убытки. Не нуждается при этом в упоминании то, что его незнание о дефекте может быть совершенно извинительным (например, брак был допущен производителем при изготовлении бочки, что для покупателя могло внешне оставаться незаметным). Так же в случае в I. 13, § 6 *ibid.*, когда одежда была выдана человеку, до степени неразличения похожему на настоящего получателя.

ства по возмещению убытков продавцом. Без этого оно выглядит как постановление положительного права, хоть и диктуемое требованиями справедливости, но полностью оторванное [от какой-либо основы]; благодаря же указанной точке зрения оно подчиняется общему закону договорной теории – тому, что каждая сторона должна возместить другой причиненные по ее *culpa* убытки; без этого она создает иск о возмещении вреда, который не требует никакой вины (*Verschuldung*)¹ на другой стороне; благодаря же указанной точке зрения оно теряет эту уникальность и приобретает обычный вид всякого иска о возмещении вреда.

Второй интерес, который связан с позицией [о наличии] *culpaе*, возвращает нас заодно к поднятому выше (с. 214) второму вопросу, а именно к вопросу о возможности распространения нашего иска на однородные случаи, или, точнее, о принципиальной его универсализации (*principiellen Verallgemeinerung*). Общий принцип нашего иска может быть получен только посредством *culpaе*. Не воспользуемся этим – придется остановиться на двух случаях источников, как это до сих пор и происходило. Тогда не будет связующего звена между этими случаями и многими другими, в которых есть не меньшая потребность в иске о возмещении вреда. Или в чем состояло бы юридическое (я имею в виду не законодательно-политическое) оправдание его допущения, например, в случае заблуждения, что источники сделали в обоих тех случаях?

В дальнейшем должна быть сделана попытка сообразно существу дела установить и обосновать более общее понятие *culpaе in contrahendo* по сравнению с выявленным на данный момент лишь применительно к двум известным источникам случаям.

Положим мы в основание обязанности продавца возместить убытки в обоих тех случаях *culpat*, непременно в связи с этим возникнет необходимость во всех случаях, в которых допущена такая же *culpa*, допустить такие же последствия. Неясно, почему *culpa* должна быть связана с конкретной формой, в которой она в указанных случаях появляется. Неужто то, что применимо к несуществующему последствию, не должно распространяться на несуществующие требование, вещь и т.д.? То, что хотя распространяется на *rem extra commercium*, не должно касаться вещи, распоряжаться которой запрещено? Касается продавца, но не [должно касаться] покупателя? Возникает при заключении договора купли-продажи, но не аренды, мандата и т.д.? Если мы освободим в тех двух случаях *culpat* от ее конкретной, но случайной (*concret-zufälligen*) формы, то она, оказываясь, состоит в том, что продавец заключает договор, не имея возможности со своей стороны обеспечить его действительность, и вводит другую сторону в заблужде-

¹ Неисключенный вариант: «не требует правонарушения». – Примеч. пер.

ние ложной видимостью договора (*durch den falschen Schein des Contracts*). Кто заключает договор, из круга чисто негативных обязанностей в рамках внедоговорных отношений вступает в сферу договорных позитивных обязанностей, из области простой *culpaе in faciendo* – в область *culpaе in non faciendo*, позитивной *diligentiae*, и первейшая, самая общая обязанность, которую он на себя принимает, – при самом заключении договора проявить необходимую *diligentiam*. Не одни только существующие, но уже и возникающие договорные отношения должны быть защищены правилами о *culpa*¹, а если с этой стороны договорные отношения не получили серьезного регулирования, каждый контрагент должен отдавать себе отчет в том, что может стать жертвой чужой небрежности. Чтобы, напротив, дать ему уверенность, нужно не побуждать его к тому, чтобы ему прямо гарантировалось отсутствие *culpaе* или специально оговаривалась наличность каждого условия действительности договора, а закон может и должен избавить его от этой заботы, подразумевая в самих действиях по заключению договора (*in das Contrahiren selbst verlegt*) молчаливое предоставление этой гарантии. Во внедоговорных отношениях никто не может требовать от другого гарантии в надежности и истинности его высказываний и сообщений, право защищает только от *doli*, не от *culpaе*, и лицо должно пенять на самого себя, если оно понесло убытки по причине слепой веры словам других, так как оно должно было знать о том, что эти слова никого ни к чему не обязывают. Напротив, в договорных отношениях, где эти выражения уже как раз должны иметь обязывающее значение (*verbindliche Kraft*), можно ждать от противной стороны проверки того, что слова имели под собой достаточное основание; самостоятельно ее, как правило, никто не в состоянии предпринять. С тем чтобы одно лицо заключило с другим договор, один гарантирует другому удовлетворительный результат этой своей проверки, и подобно тому как он должен отвечать в связи с этим уплатой положительного договорного интереса за *dicta promissa*, эвикцию и т.д., – короче, за данные им заверения (*Zusicherungen*), когда договор заключен, точно так же должен он отвечать посредством уплаты отрицательного договорного интереса, если с ним связанный, но самим им не замеченный порок повлек недействительность договора и косвенно причинил другой стороне убытки. Гарантирует ли он словами или действиями, что он в состоянии заключать данный конкретный договор, не имеет значения: гарантия должна подразумеваться самими действиями по заключению договора (*diese Versicherung liegt im Contrahiren selber*).

¹ Одно следствие этого принципа я вижу в известном положении: “quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri, fit quominus impleatur, perinde habetur ac si conditio fuisset” <«поскольку из-за того, в чьем интересе было, чтобы условие не наступило, выходит так, что условие не наступает, считается так, будто условие стало наступившим»>. До наступления условия договор находится лишь на стадии возникновения.

Первый шаг к договору есть оферта. Возникает ли обязанность к *diligentiae* уже с ее совершением? Определенно, но пока оферта не была акцептована, она не может причинить вреда. Если она, таким образом, будет отозвана перед акцептом, тогда, даже если другая сторона понесла убытки, иска об их возмещении не возникает: последняя сама была их виной. Кто был недостаточно осмотрительным, чтобы акцептовать оферту прежде, чем действовать согласно ней (исполнять договор, договариваться сообразно нему с третьими лицами и т.д.), сам виноват, так как он должен был быть готов к отзыву оферты вплоть до самого момента ее принятия. Только с этого момента он вправе действовать дальше, основываясь на, возможно, действительно заключенном, а возможно, лишь кажущемся заключенным договоре, и когда деятельность, которую он развил, расстраивает хоть и вовремя выполненный, но не вовремя ставший ему известным отзыв оферты, тогда он может возложить негативные последствия на противную сторону, которая вызвала эти его действия¹. Подробнее на этом можно остановиться уже ниже (III(3), (2)).

Выше мною было сказано, что оборот никак не может обойтись без общего положения о *culpa in contrahendo*, и я надеюсь придать несравненно больше значения моим теоретическим выкладкам тем, что укажу, как это начало было применено – хотя бессознательно, но это тем более замечательно для моей цели – в ряде отдельных случаев – как в общеправовой доктрине (*gemeinrechtliche*² Doctrin), так и в новейших законодательствах. В доктрине, правда, необходимость нашего иска признана только в двух приведенных выше (сн. 2 на с. 195 и 1 на с. 198) случаях; из новейших же законодательств мне встретились подтверждения моих идей в Прусском земском праве ([Allgemeines] Landrecht) и Австрийском общем гражданском уложении. Особенно в первом содержится совершенно удивительное подтверждение моих идей, тогда как во французском праве я не смог найти ничего, чему

¹ В «Архиве решений высших судов» (Archiv für Entscheidungen oberster Gerichtshöfe) Зоофферта не встречается ничего, кроме как про случай отзыва оферты [при совершении сделки] между отсутствующими.

² В Германии общим правом (Gemeines Recht) назывался корпус частноправовых норм, применявшихся на всей ее, раздробленной тогда, территории субсидиарно (поскольку иное не предусмотрено земским правом данной конкретной земли; в этом есть что-то аналогичное английскому общему праву). Оно состояло преимущественно из реципированного римского права (это вся кодификация Юстиниана, которая реципировалась в соответствии с правилом *quicquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum*, т.е. применялись только глоссированные места, а также, очевидно, в свете интерпретации глоссаторов и комментаторов, на которой до сих пор основано наше представление о римском праве). Также в него входило каноническое, лангобардское (ленное) и совсем немного германского права. Римская часть общего права составляла так называемое «сегодняшнее римское право» – „*heutiges römisches Recht*“ (ср. название «Системы» Ф.К. фон Савиньи), или просто пандектное право. Именно его изложение, весьма сокращенное и далекое от исконного римского права, и преподается до сих пор на наших юридических факультетах как «Римское право». – *Примеч. пер.*

виной, однако, вполне может быть мое собственное незнание этого права. После римского права ничто не обещало, что я найду в указанных кодификациях что-то оригинальное, однако моя попытка окончилась гораздо более успешно, чем я ожидал. Из следующего раздела читатель увидит, что требования к договору (*Erfordernisse des Contracts*), несоблюдение которых, по моей теории, ведет к *culpaе in contrahendo*, сводятся у меня к трем пунктам: способность совершать сделки, оборотоспособность и достоверность воли. С этих трех точек зрения я хочу сопоставить материал, предложенный указанными кодификациями¹.

1. Способность совершать сделки

A.L.R., I, 5

„§ 33. Wer aber nach gehörig angestellter Erkundigung dennoch von einem Unfähigen zur Schließung eines Vertrages verleitet worden, kann aus dem Vermögen desselben Schadloshaltung fordern².“

„§ 36. Wer seiner Unfähigkeit sich bewußt, einen Andern zur Schließung eines Vertrages verleitet hat, soll als ein Betrüger bestraft werden³.“

Последний параграф говорит о *dolo*, так что может показаться, что и первый имеет в виду только этот случай (имеет в виду *act. doli*). Однако слово «склонить» в § 33 касается не одного *doli*, но скорее равнозначно «обнадежить», из чего следует, что § 36, специально подчеркивая сознание лицом своей неспособности, признает возможным случай «склонения» и при отсутствии сознания им этого. Хотя в том главном случае, на который ориентировался закон, – случае неспособности [совершать сделки] лиц, находящихся под опекой, – как правило, и имеет место сознание своей неспособности⁴, еще, одна-

¹ По австрийскому праву в моем распоряжении было, помимо пока еще не охватившего обязательственное право «Австрийского частного права» Ун г е р а, только комментарий Ц а й л л е р а – комментарий, который так подробен в отношении того, чего не следовало бы и упоминать, и не касается того, что можно было бы хотя бы упомянуть (*der wie so manche spricht, wo er schweigen, und schweigt, wo er sprechen sollte*). Коллеги из стран трех названных правовых систем, которым попадется мое сочинение, окажут мне большую услугу, если дадут соответствующие разъяснения о теории и практике у них, и я бы опубликовал их позднее в отдельном дополнении к этому сочинению.

² «Кто же, разумным образом наведя справки, будет тем не менее склонен к заключению договора лицом, неспособным к этому, может требовать обезубыточения из его имущества». – *Примеч. пер.*

³ «Кто, зная о своей неспособности, склонил другого к заключению договора, должен быть наказан как мошенник». – *Примеч. пер.*

⁴ В случае с лицами моложе 18 лет согласно § 34 того же акта довод от противной стороны, что она не знала о несовершеннолетии, не будет приниматься.

ко мыслимы и прямо противоположные случаи¹, так что по прусскому праву и в случае *culpaе* иск о возмещении убытков будет обоснован².

Уложение содержит еще одно специальное положение по поводу случая, когда домочадец выдал себя за *homo sui juris*.

A.L.R., II, 2

„§ 135. Doch kann der Gläubiger, der von einem solchen Schuldner ohne sein eigenes mäßiges Versehen wirklich hintergangen worden, aus desselben Vermögen nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften Schadloshaltung fordern³.“

Выражение «обманут», однако, говорит, что здесь имелся в виду *dolus*.

Австрийское право прямо ограничивает требование о возмещении убытков случаем *doli*.

A.B.G.B.

„§ 866. Wer listiger Weise vorgibt, daß er Verträge zu schließen fähig sei und dadurch einen Andern, der darüber nicht leicht Erkundigung einholen kann, ist zur Genugthuung verpflichtet⁴.“

„§ 248. Ein Minderjähriger, welcher sich nach zurückgelegtem zwanzigsten Jahr bei einem Geschäft für großjährig ausgibt, ist für allen schaden verantwortlich, wenn der andere Theil vor Abschließung des Geschäfts nicht wohl erst Erkundigung über die Wahrheit des Vorgebens einholen konnte^{5, 6}.“

¹ Так, по римскому праву, например, когда несовершеннолетний заблуждался о своем истинном возрасте (l. 4 Cod., si minor (4. 43)); по прусскому праву, по которому “cura furiosi” <«опека над душевнобольным»> не прекращается *ipso jure* (§ 815–820), – когда полностью выздоровевший душевнобольной, считая, что вместе с фактической к нему вернулась юридическая способность действовать, заключает договор, и даже в случае, когда несовершеннолетнему больше 18 лет, необязательно есть возможность выяснить про его недееспособность только потому, что это нужно сделать. По французскому праву заверения несовершеннолетнего, что он достиг совершеннолетия, не сами по себе исключают *rest. in integrum* – для этого нужен еще «необычно убедительный обман» („besondere Vorspiegelungen oder Täuschungsmittel“) (K. S. Zachariä, Handb. des franz. Civilr. II, 5. Aufl., S. 319).

² Борнеманн (Bornemann, System. Darstellung des preuß. Civilr. I, 2. Aufl., § 13, Sp. 5) занимает противоположную позицию, правда, по кое-какому основанию: «Поскольку, когда переговоры велись с неспособным [заключить сделку], договорное отношение никогда не существовало, возмещение убытков возможно всегда только *ex delicto*». Я надеюсь здесь показать несостоятельность этого.

³ «Но кредитор, который был обманут таким должником, при отсутствии грубой ошибки со своей стороны может требовать обезубыточения из его имущества в соответствии с общими положениями закона». – Примеч. пер.

⁴ «Кто коварным образом утверждает, что он способен заключать договоры, и тем самым обманывает другого, которому сложно о том разузнать, обязан возместить убытки». – Примеч. пер.

⁵ «Несовершеннолетний, который, достигнув 20 лет, выдает себя при совершении сделки за совершеннолетнего, ответственен за все убытки, если другая сторона перед ее заключением не могла разузнать об истинности его слов». – Примеч. пер.

⁶ С точки зрения словоупотребления Уложения (§ 1323: „Schadloshaltung“ и „Genugthuung“) в первом § имеется в виду интерес в исполнении, во втором – отрицательный.

2. Оборотоспособность

A.L.R., I, 5

„§ 53. War die bedingte Unmöglichkeit nur demjenigen bekannt, der zu der unmöglichen Handlung oder Leistung sich verpflichtete, so muß er den andern Theil vollständig entschädigen¹.“

То же, что этот § устанавливает для действий, которые невозможно совершить, согласно § 67 должно распространяться на случаи с вещами, изъятыми из оборота.

Понимается ли под «возместить убытки полностью» положительный или отрицательный интерес, спорно², и в первом случае [наш] иск сюда бы вообще не относился, во втором же он – поскольку закон его предусматривает только на случай знания ответчика – был бы несравненно уже [по сфере применения], чем в римском праве³.

Напротив, австрийское право признает иск и в случае виновного незнания.

A.B.G.B.

„§ 878. Was nicht geleistet werden kann, was geradezu unmöglich oder unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden. Wer einen andern durch dergleichen Zusagen täuscht⁴, wer ihn aus schuldbarer Unwissenheit verkürzt oder aus dessen Schaden einen Nutzen zieht, bleibt dafür verantwortlich⁵.“

¹ «Если условная невозможность была известна только тому, кто обязался к совершению невозможного действия или исполнения, он должен возместить убытки полностью».

Под условной невозможностью следует понимать такую, которая может отпасть, когда наступит соответствующее условие, т.е. не является абсолютной. Обязательство возникает как бы под суспензивным условием, ненаступление которого к моменту исполнения влечет ничтожность. – *Примеч. пер.*

² Кох (Koch, Preuß. Privatrecht I, S. 228, 229) поддержал первое толкование, Борнеманн (Bornemann, II, S. 234, 235) – второе.

³ Борнеманн (Bornemann, II, S. 234), однако, [придерживается] того взгляда, что хотя закон не закрепляет прямым текстом иск о возмещении убытков в случае, когда условная невозможность обеих сторон была неизвестна, тем не менее «из общих положений об ответственности за неосторожность при заключении договоров следует, что и в этом случае тот, кто единственный или в большей степени [при смешанной вине] проявил неосторожность, должен возместить другому убытки».

⁴ Излишне специально отмечать, что закон здесь имел в виду лишь случай внешне удавшегося совершения сделки. Вершину юридической мысли цайлеровой работы характеризует то, какое он делает замечание к этому §: «Кто обманывает другого посредством ложных сведений (например, что предложенное ему торговое заведение может быть (!) продано), тот – будь он контрагентом или третьим лицом (посредником) – возмещает убытки!» Закон говорит о «заведениях» („Zusagen“), комментатор – о «сведениях» („Angaben“), чтобы для разнообразия использовать хоть немножко другое выражение, но не замечает, как далеко он ушел от содержания закона.

⁵ «Что не может быть исполнено, что прямо невозможно или недозволено, не может составить предмет действительного договора. Кто вводит другого в заблуждение подобными заверениями, кто ему причиняет убытки из виновного незнания или извлекает выгоду из его убытков, будет за это нести ответственность». – *Примеч. пер.*

3. Достоверность выражения воли

Из многих относящихся сюда случаев я нашел упомянутыми только два, а точнее, даже один, про отзыв оферты.

A.L.R., I, 5

„§ 105. Hat dieses (die rechtzeitige Anzeige des Rücktritts, wo derselbe gesetzlich erlaubt ist. § 90 fl. u. 103 u. 104) unterlassen, und es findet sich in der Folge, daß der Andere seine Annahme wirklich zur rechten Zeit erklärt habe, so muß er demselben für den Schaden, welcher aus den zur Erfüllung des Vertrages gemachten Anstalten in der Zwischenzeit erwachsen ist, gerecht werden¹ und den des Irrthums^{2,3}.“

A.L.R., I, 4

„§ 79. Ist jedoch derselbe (der Erklärende) durch eignes grobes oder müßiges Versehen in den Irrthum gerathen, und der Andere hat nicht gewußt, daß der Erklärende sich irre, so ist der Erklärende zum Ersatz des durch seine Schuld entstandenen Schadens verpflichtet⁴.“

Среди относящихся сюда случаев ниже я приведу еще связанный с невнятною волеизъявлением; хотя непосредственно по нему есть положение в австрийском праве.

A.B.G.B.

„§ 868. Wer sich, um einen Andern zu bevorthailen, undeutlicher Ausdrücke bedient oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugthuung⁵.“

¹ По этому поводу см.: *Koch*, II, S. 168 и особенно *Bornemann*, II, S. 247. Австрийское право, которое также исключает отзыв оферты до истечения установленного в § 862 времени, не содержит ничего по данному вопросу, однако по поводу указанного § Цайллер отмечает: «Редкие происшествия и задержки, вследствие которых одна или другая сторона может понести убытки, несмотря на меры предосторожности закона, должны оцениваться с точки зрения положений, касающихся главным образом возмещения вреда в связи с виной и случаем».

² *Koch*, I, S. 220; *Bornemann*, I, S. 144 (особенно приведенное там в сн. 2 замечание Суареса: «Но отсюда следует, что такой заблуждающийся должен возместить убытки другой стороне, которой не было известно о заблуждении и которая положила на его волеизъявление, соизмеряя с ним свои действия» – интересное свидетельство тому, что смысл института был выявлен, причем независимо от римского права).

³ «Если он допустил это [своевременное сообщение об отзыве, когда он разрешен законом (§ 90 и сл., 103 и 104)] и это происходит после того, как другой выразил акцепт совершенного своевременно, он должен возместить этому второму убытки, которые возникли при приготовлении к исполнению договора и из заблуждения». – *Примеч. пер.*

⁴ «Однако если он [изъявляющий волю на акцепт] по собственной грубой или из легкомыслия совершенной ошибке оказался в заблуждении, а другой не знал, что изъявляющий волю заблуждался, тогда изъявляющий волю обязан возместить убытки, возникшие по его вине». – *Примеч. пер.*

⁵ «Кто использует, чтобы обмануть другого, неясные выражения или делает вид, возмещает убытки». – *Примеч. пер.*

Однако, поскольку закон требует умысла, перед нами здесь *act. doli*, а не наш иск.

Кроме того, – хотя и не в Уложении, но в доктрине прусского права – есть еще один частный случай применения нашего принципа. Публичные обещания награды („Prämien“) по A.P.L.R., I, 11, § 988, в той мере, в какой они касаются «полезной интеллектуальной деятельности, общественно полезных физических способностей или мероприятий», подлежат исковой защите, и лицо, публично обещавшее выплатить награду, не вправе отменять награду до истечения определенного времени. С этим, конечно, едва ли удастся примирить свои взгляды, если вместе с Кохом¹ признавать лицо обязанным в случае эффективного отзыва «возместить, как затраченные силы и деньги, все, что уже ушло на исполнение», так как отзыв по закону совершенно невозможен. Но можно вместе с Борнеманном² применить наш иск в случае, которого закон вообще не касается и на который распространять запрет отзыва признается неприемлемым, а именно когда вознаграждение назначено за раскрытие взлома, находки вещи и т.д. Указанный автор добавляет, кроме того, еще один случай, касающийся того же отношения, – когда обещавший, после того как публичное сообщение уже достигло своей цели, забывает публично огласить это.

Когда же в согласии с этими отдельными случаями применения нашего иска Прусское уложение в итоге закрепляет:

A.L.R., I, 5

„§ 284. Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch für den Fall, wenn einer der Contrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat.“ –

вряд ли можно придумать более явное признание моей *culpaе in contrahendo*, чем приведенное только что. Насколько я могу судить⁴, этот столь важный параграф, заключающий в себе все наше учение и избавивший бы меня – был бы он уже представлен в источниках римского права – от всех логических выкладок (alle meine Deductionen), для прусской юриспруденции остался незамеченным. Вопрос о том, сознавали ли авторы Земского права их

¹ Указ. соч. II, S. 460. Этот взгляд действительно был, как сообщает Борнеманн (*Bornemann*, II, S. 193), принят во втором проекте и, по моему мнению, он заслуживает предпочтения, однако в A.L.R. было включено положение из первого проекта.

² III, 2. Aufl., § 206, S. 194.

³ «Что справедливо для форм вины при исполнении договора, действует также для случая, когда один из контрагентов небрежно относится к обязанностям, лежащим на него при заключении договора». – *Примеч. пер.*

⁴ Помимо использовавшейся выше литературы, в моем распоряжении был комментарий Билица (*Bielitz*).

значение, я оставляю без ответа, однако, поскольку решающими здесь являются не догадки, а содержание, как оно доведено прямым текстом в законе, нельзя отказать им в праве на полное понимание нашего иска.

Если главным доказательством практической ценности некоей теории является то, что она, строго следуя собственной логике, согласуется в своем результате с законодательством, а также ей удастся подвести под отвлеченный принцип и теоретически обосновать случайные положения, которые тем самым не просто ставятся в независимое положение от господствующего учения, но и вступают с ним в кажущееся противоречие, подчиняясь одной практической потребности, тогда, я думаю, моя теория эту проверку прошла, и ее практическое основание не может больше подвергаться сомнению. Можно ли дать ей бесспорное теоретическое основание с точки зрения римского права, покажет будущее; я сам, годами вынашивая ее, так сжился с ней, что совершенно убежден в ее правильности и в высшей степени насторожен, не впал ли я где-то в увлечения при применении моей теории к отдельным случаям (III). Однако кто находит призвание юриспруденции не в чем другом, как в прояснении темных законодательных мест светом толкования, все еще может опрокинуть всю мою теорию тем простым возражением, что выражение „*culpa in contrahendo*“ не встречается во всем *corpus juris*.

Отталкиваясь от сказанного, я хочу теперь оперировать понятием *culpaе in contrahendo* как данностью, чтобы выводить его следствия. Я вижу в окончательном виде свою теорию так.

Требование договорной *diligentiae* действует как для состоявшихся (*gewordene*), так и становящихся (*werdende*) договорных отношений, нарушение которых – как первых, так и вторых – является основанием договорного иска о возмещении убытков.

Culpa in contrahendo есть не что иное, как договорная *culpa* с особой направленностью (*contractliche culpa in einer besonderen Richtung*). Отсюда такие следствия:

1) относительно ее положения в системе [гражданского права]. На своем месте она будет в учении о *culpa* в договорных отношениях, тогда как в рамках учения о заключении договоров в лучшем случае к ней можно отсылать;

2) относительно степени *culpaе*, которая влечет ответственность. При возникновении договорных отношений должна приниматься во внимание та же степень, что влечет ответственность в рамках договорных отношений, поскольку основания, определяющие эту степень и вытекающие из природы договора, в обоих случаях одни и те же;

3) касательно лиц, которые отвечают за *culpa*. Таковыми являются исключительно сами контрагенты, не третьи лица, которые задейство-

ваны в заключении договора, причем контрагенты – только под тем условием, что с их стороны есть *culpa* указанного определенного вида (с. 233).

Я при этом отказываюсь от высказанного ранее в этих ежегодниках (В. I, S. 280–282) взгляда, согласно которому посланник отвечает за ошибку при оставлении заказа. Если тогда я не знал, как вывести ответственность того, кто ее заслуживает, и, руководствуясь чувством, что один из двух точно должен нести ответственность, решил, что им должен быть, казалось бы, единственный виновный – посланник, то теперь я нахожусь в противоположном положении: я могу вывести ответственность отправителя (см. III(3)), а ответственность посланника – нет¹. Последний не состоит ни в каких обязательственных отношениях с получателем заказа, так что нужно было бы – чтобы дать последнему иск о возмещении убытков против посланника – признать непосредственным основанием обязательства *culpatum* во внедоговорных отношениях, против чего я выше (с. 201) сделал необходимые замечания. Про ответственность посланника перед отправителем упоминать излишне.

Применение сказанного к представителю определяется тем, рассматривается ли он еще в нынешнем праве (*nach heutigem Recht*) как контрагент. Если да, он отвечает – как вообще из договора, так и за *culpatum in contrabendo*, особенно косвенный представитель (*Ersatzmann*)², т.е. тот, кто хотя и заключает договор за другого, делает это от своего имени. Поскольку поручение, данное последнему, является всего лишь мотивом для заключения договора, его заблуждение по поводу содержания поручения должно рассматриваться как заблуждение по поводу мотивов, отчего договор является для него обязательным, хотя он его заключил совсем

¹ О попытке Тёля все необходимое уже сказано выше, на с. 196.

² В пандектной и дореволюционной литературе различались представители, действующие от чужого и от своего имени (с переводом прав на того, в чьих интересах совершалась сделка), как сегодня во Франции различают *représentation parfaite* и *imparfaite*. В русском языке имелись разные обозначения для этого разделения: наиболее устоявшиеся – «прямое, непосредственное» для первого и «косвенное, посредственное» для второго (Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 159); также – «полное» и «одностороннее» (Гордон А. Представительство в гражданском праве. СПб., 1879. С. 15–34) и некоторые другие (ср.: Kühlenbeck L. Von den Pandecten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I. Berlin, 1898. S. 512: „Mit dem juristischen Stellvertreter, „Vertreter“ im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, im Gegensatz zum Boten hat der *indirecte, mittelbare Stellvertreter (Ersatzmann)* dies gemeinsam, dass er juristisch handelt, aber von ihm unterscheidet er sich dadurch, dass er *im eigenen Namen handelt, wenn auch für Rechnung des Vertreters*“).

Наиболее близким современным термином является «коммиссионер», однако от его использования пришлось отказаться по двум причинам. Во-первых, прежде коммиссионером называли скрытого представителя, не раскрывающего того, что он совершает сделку для другого. Такой представитель был косвенным по определению, но не все косвенные представители были скрытыми (см.: Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб., 2005. С. 198–199 (§ 65)). Во-вторых, сам автор в этой же работе использует слово „*Commissionär*“ самостоятельно по отношению к слову „*Ersatzmann*“ (ниже III(B)(1)). – *Примеч. пер.*

не так, как ему было поручено. Это тот же случай, как если бы кто-то заключил договор для самого себя, побужденный к тому ложными предположениями. Посредственный представитель, который вместо порученных $\frac{1}{4}$ ящика сигарет купил четыре, потому что он считал, что так должен был понимать данное ему поручение, хотел от продавца действительно четыре ящика, и между содержанием и выражением воли нет несоответствия, так что договор не является ничтожным вследствие существенного заблуждения, а следовательно, другая сторона может требовать не просто возмещения убытков, но и самого исполнения. Если же, напротив, заместитель говорит что-то другое по сравнению с тем, что он хотел сказать, например совершает опisku при указании числа ящиков или адреса, то он отвечает, как и всякий контрагент, только в форме возмещения убытков за *culpa in contrahendo*.

Здесь не место определять правовое положение представителя в собственном смысле, т.е. такого посредника (*Mittelsperson*), который, не являясь, как посланник, простым инструментом доведения до других чужой воли, самостоятельно заключает договор от чужого имени, например сам отыскивает жилье, которое должен снять, и договаривается о цене. Если держаться взгляда, что он сам заключает договор, тогда на него распространяются положения о договорной *culpa*; если держаться взгляда, что он лишь сообщает (с его помощью определенную) волю давшего поручение, тогда контрагентом является последний, и представитель занимает правовое положение посланника, другими словами, не отвечает перед третьим лицом за виновное превышение полномочий¹.

Процессуальной формой осуществления требования, вызванного наличием *culpa in contrahendo*, является договорный иск. Отсюда следующие последствия:

1) когда договорный иск невозможен вообще или при наличии *culpa*², нельзя воспользоваться и нашим иском: так, например, при сделках, которые не являются обязательственными договорами (*Contracte*), например при традиции как таковой, установлении сервитута, а также при дарениях и легатах, хотя они создают личный иск; так, далее, при обязательственных договорах, в которых по римскому праву нет ответственности за *culpa*, как в займе, или есть только одна обязанная сторона, как в стипуляции. В рамках односторонних договоров, впрочем, со стороны кредитора мыслимо требование, вызванное наличием *culpa in contrahendo* у другой стороны, чему следует привести примеры в следующем отделе статьи.

¹ Нюрнбергский проект Торгового уложения в ст. 54 дает на выбор другой стороне иски о возмещении убытков или об исполнении против «торгового уполномоченного» („Handelsbevollmächtigter“), превысившего свои полномочия при совершении сделки.

² См. подробнее I. 23 D., 50. 17 и объяснения самого автора чуть ниже. – Примеч. пер.

Дальше отсюда, как кажется, должно следовать, что также не могут отвечать по иску о возмещении убытков лица, которых нельзя вынуждать к исполнению по их договорам, особенно находящиеся под опекой, так как юридически против них вообще не может быть вчинен договорный иск. Является ли этот вывод обоснованным, следует рассмотреть ниже (III(1));

2) требование, как и договорный иск, применительно к обеим сторонам переходит к наследникам;

3) давность по нему определяется так же, как и по договорным искам.

Теперь я перехожу к проведению моей теории в конкретных казусах.

III.

РАССМОТРЕНИЕ ОТДЕЛЬНЫХ СЛУЧАЕВ

*CULPAE IN CONTRAHENDO*¹

Я поставил перед собой задачу в этом отделе свести и разрешить все мыслимые случаи, к которым может быть применена моя теория, и лучше в этом переусердствовать, чем схалтурить. Поступить так было бы столь же не к месту при изложении какого-нибудь уже известного учения, насколько это необходимо для такого учения, которому, подобно излагаемому здесь, еще предстоит заслужить признание. Богатый набор случаев (*reichhaltige Casuistik*) представлен здесь по двум соображениям: во-первых, чтобы показать с его помощью всю широту сферы его применения и, во-вторых, чтобы подвергнуть теорию проверке с точки зрения ее практической применимости. Если она пройдет эту проверку во всех подпадающих под ее применение случаях, то по крайней мере в этом проявится ее полная основательность.

Я сгруппирую материал, как уже отмечал выше, по трем пунктам:

- 1) отсутствие способности совершать сделки;
- 2) отсутствие оборотоспособности;
- 3) недостоверность воли на вступление в договор (1. ее изъявления, 2. самой воли).

1. Отсутствие способности совершать сделки

Право, как известно, признало необходимым взять некоторых лиц под защиту как от самих себя, так и от других, так что им отказано в способно-

¹ В оригинале – „Casuistik der culpa in contrahendo“. Слова, по своему значению аналогичного слову „Casuistik“, русский язык не знает. В юридических дисциплинах оно обозначает изучение конкретных дел (в отличие от отвлеченных норм). И здесь под данной рубрикой автор рассматривает все случаи применения его теории. – *Примеч. пер.*

сти отчуждать или принимать на себя обязанности либо вообще, как в случае с лицами, находящимися под опекой¹, либо применительно к отдельным сделкам, как в случае с женщинами (интерцессии)² и подвластными детьми (заем денег)³. В то же время, если оказанное этим лицам внимание не должно доходить до невнимательности ко всем остальным, подвергая опасности стабильность оборота, то право должно позаботиться о том, чтобы начало неоправданности (*Grundsatz der Unverbindlichkeit*) заключенных ими договоров не вредило третьим невиновным лицам; другими словами, право должно защитить последних от опасности пострадать в связи с осуществлением указанными лицами их привилегии. В отношении женщин и подвластных детей право отвечает данному требованию тем, что ссылка на *SC. Vellejanum* и *Macedonianum* принимается, при условии что противная сторона знала или должна была знать о том, что другая сторона является совершающей интерцессию женщиной или подвластным сыном. В случае с другими вышеуказанными лицами недействительность заключенных ими договоров не поставлена под это условие, договор, напротив, является всегда недействительным независимо от того, знала противная сторона о неспособности или не знала. Каким образом в этом случае право охраняет от указанной опасности? Прежде всего предоставляется *actio de dolo*. По крайней мере мне кажется несомненным, что нужно усматривать *dolum*, например, в том, что договор (например, на поставку вина) заключает объявленный судом расточителем или несовершеннолетний 24 лет, которого, судя по его общественному положению или внешнему виду, любой может принять за совершеннолетнего, кроме того, когда о его неспособности не было известно и выяснять это не требовалось. И я бы не стал требовать для этой цели [определения наличия *doli*] совершения ими положительных действий по фальсификации способности совершать сделки, как это делает прусское право (см. с. 222): *dolus* здесь заключается уже в умолчании. Против этого, правда, [в каждом отдельном случае] могут говорить такого рода обстоятельства, что признание здесь *doli* будет неоправданным. Взять, к примеру, такой случай, когда опекун несовершеннолетнего вплоть до настоящего момента всегда давал согласие на заключение определенных договоров (например, поручений на продажу книг с молотка), несовершеннолетний же был уверен в том, что согласие будет получено и в дан-

¹ Я считаю это правильным и для несовершеннолетних.

² Интерцессия – принятие на себя чужого долга. Веллеевым сенатусконсульт (46 г. н.э.) женщинам полностью запрещалось совершать их (см. подробнее D., 16. 1 (текст в I. 2, § 1)). – *Примеч. пер.*

³ Имеется в виду Македонов сенатусконсульт (принят в годы правления Веспасиана, точная дата неизвестна), которым запрещалось суживать деньги сыновьям семейства. Назван по имени едва ли не первого в истории Рима отцеубийцы Македона (Macedo), который хотел тем самым расплатиться по долгам из унаследованного имущества (см. подробнее D., 14. 6). – *Примеч. пер.*

ном случае, но неожиданно в нем было отказано (см. также сн. 1 на с. 223). Здесь *act. doli* не будет удовлетворена, так что помочь мог бы только наш иск о возмещении убытков. Но предоставлять ли такой иск, я, должен признаться, совершенно не уверен.

В пользу отказа можно сказать следующее.

Во-первых, l. 19 pr. de R. J. (50, 17):

“Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus: heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit”¹.

Справляться о положении контрагента стало бы заботой другой стороны.

Во-вторых, если договорный иск вообще не может быть предъявлен, почему это становится возможным при изменении его направленности?

В-третьих, в противном случае фактически прекратилась бы защита опекаемых лиц от легкомысленного заключения договоров (*gegen leichtsinniges Contrahiren*).

Первому возражению, которое сперва кажется таким очевидным, я бы не стал придавать большого значения. Во-первых, другими² как раз уже отмечалось, что это место, по всей видимости, имеет в виду должника, но не кредитора, о чем, помимо прочего, свидетельствует пример с наследником [обязанным выдать отказы]. Когда же ввиду общих выражений хочется распространить его и на кредитора, как минимум l. 3 pr. ad SC. Mac. (14. 6) показывает, что в таком расширительном толковании установленное этим местом положение ложно. И к чему бы это еще привело? Несовершеннолетний, почти достигший 25 лет, проживает преимущественно в стране, где совершеннолетие наступает ранее и где каждый мог бы принять его за совершеннолетнего; там он, например, снимает жилье на каком-нибудь курорте на несколько недель, обедает в долг и т.д., проигрывает деньги. А затем опекун отказывается платить по долгам. Признать здесь *dolum* со стороны несовершеннолетнего не получится: у него изначально было намерение исполнить все обязательства, но и лиц, которые с ним входили в соглашения, нельзя упрекнуть в том, что они должны были быть “non ignari ejus conditionis”; они могут, напротив, возразить, опираясь на l. 3 cit. [D., 14. 6]: “publice paterfamilias (major) plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat”³. Поэтому если по какой-то причине им и нужно отказать в договорном иске из *culpaе in contrahendo*, то по указанной этого сделать нельзя.

¹ «[Тому], кто имеет дело с другим, не является или не должно являться неизвестным его правовое положение: наследнику, однако, это не может быть поставлено в вину, так как не по своей воле он имеет дело с легатариями». – Примеч. пер.

² *Cujas.*, Obs. VII, 36 (который также привел примеры); *Schulting.*, Notae ad Dig. ad. h. l.

³ «Обществом и многими как отец семейства (совершеннолетний) рассматривался, соответственно вел себя, соответственно вел дела». – Примеч. пер.

Второе возражение содержит *petitio principii*. Ибо это тот самый вопрос, может ли договорный иск быть направлен на возмещение убытков, когда он не может быть направлен на получение исполнения. Отказ в предоставлении договорного иска против таких лиц касается прежде всего исполнения договора, но остается открытым вопрос о наличии обязательства из *culpaе in contrahendo*. А если учесть, что такие лица должны отвечать за *culpam* по общим основаниям в рамках существующих договорных отношений, то будет сложно отрицать это в случае с возникающими договорными отношениями.

Третье возражение самое серьезное. Но нет недостатка в обстоятельствах, существенно умаляющих его значение. Риск в действительности не такой серьезный, каким кажется на первый взгляд; во-первых, он как раз отпадает в том случае, когда противная сторона знала или должна была знать о неспособности¹ – особенно в случае заключения договора между присутствующими, когда юный вид контрагента выдает его несовершеннолетие; во-вторых, [то же происходит] в случае, когда последнему нельзя вменить данную разновидность *culpaе*, и здесь я бы прямо исключил иск к несовершеннолетним. Хотя они как раз обозначены в источниках как “*injuriaе saraces*”², было бы тем не менее излишне упоминать, что эта *saracitas* не одинакова для всех видов правонарушений, а определяется по-разному в зависимости от проступка, и притом согласно тому, присуще ли вообще данному возрасту сознание характера содеянного. Эта вменяемость должна признаваться применительно, например, к воровству раньше, чем применительно к подлогу, как и применительно к причинению вреда чужой собственности раньше, чем применительно к нашей *culpaе in contrahendo*. Конкретным фактическим обстоятельствам, говорящим о сознании лицом последствий своих действий, должно придать решающее значение. Так, например, человека, уже наученного опытом, что его договоры недействительны, и которому опекун запретил впредь заключать договоры, я бы признал подлежащим ответственности, если он во второй раз побудил к заключению договора какого-нибудь иногороднего, который находился в извинительном неведении по поводу его неспособности, например, [когда он] по почте предложил иногороднему антиквару какие-нибудь книги. Поскольку вряд ли здесь усмотрят *dolum*, все же едва ли можно избежать ответственности за *culpam in contrahendo*.

Наконец, против указанного возражения можно сказать еще то, что размер ответственности при *culpa in contrahendo*, как правило, меньше договорной. Если несовершеннолетний, заказавший вино, должен возместить расходы продавца на отправку товара туда и обратно, его положение несравненно более благоприятно, нежели если б он должен был принять вино.

¹ При опеке над сумасшедшими и признанными в судебном порядке расточителями – из-за публичного объявления.

² Деликтоспособные. – Примеч. пер.

Поэтому мне также кажется, что есть серьезные основания для предоставления нашего иска и против опекаемых лиц, однако я, как уже говорилось, охотно соглашусь, что вопрос не так бесспорен, и к тому же не думаю, что он представляет такой большой интерес, так как в большинстве случаев достаточно *act. doli*¹.

Наш вопрос может быть поставлен и в отношении договоров, заключенных в состоянии опьянения. Впрочем, в случаях, когда пьяный заключает их лично и его состояние таково, что сознательность отсутствует (*daß das Willensvermögen aufgehoben war*), это должно быть замечено контрагентом. Иначе – когда он посылает человека, например через официанта в гостинице заказывает на завтра транспорт, который затем не хочет брать. Контракт здесь, конечно, отсутствует, то же с *dolo*. Однако подобно тому как он отвечает за деликт, совершенный в этом состоянии невменяемости, – по той же причине, что он по собственной неосторожности довел себя до такого состояния, – точно так же объясняется его ответственность за *culpam in contrahendo*. В таком состоянии нельзя заключать договоры (*soll man nicht contrahiren*).

К личной неспособности совершать сделки можно приравнять отсутствие способности распоряжаться (*mangelnde Dispositionsbefugnis*), особенно в связи с запретом на отчуждение (*Veräußerungsverbot*)². Чтобы из-за запрета на отчуждение возникло право на наш иск, требуется, чтобы он касался заключения обязательственного договора (*des Contracts*), другими словами, чтобы признавались недействительными не просто запрещенный перенос права собственности, но и направленное на это обязательство, как, например, при продаже объекта, являющегося предметом спора³. Согласно одному прямому постановлению Юстиниана⁴, в этом случае продавец выплачивает покупателю в качестве штрафа 1/3 цены договора. Кто вместе со мной признает это правило сегодня вышедшим из применения (*unpraktisch*), тот должен признать за покупателем *act. doli* – если продавец был *in dolo*; если же он был *in bonafide*, как, например, когда продают ничего не знающие о спорности [предмета] наследники, то наш иск.

¹ Не следует все же забывать обращать на это внимание в учении об отсутствии у опекаемых способности распоряжаться.

² Другие примеры: незнание об эмбарго у продавца; выставление векселя лицом, не обладающим вексельной дееспособностью, что неизвестно противной стороне; по римскому праву некоторые лица неспособны к некоторым договорам аренды (*Puchta*, *Pandekten*, § 365, not. h).

³ L. 27, § 1 ad SC. Vellej.: “si litigiosum praedium e merit” <«если спорный участок купит»>.

⁴ B I. 4, § 1 Cod., de litig. (4. 37).

2. Отсутствие оборотоспособности у объекта

Помимо двух подробно рассмотренных в первом отделе статьи случаев, наши источники знают еще несколько. Так, особенно часто упоминается один случай, который хотя для нас и не имеет больше практического значения, все же нельзя обойти, а в первом отделении я его не стал рассматривать только по той причине, что, приведи я его там, построенное на недвусмысленных выражениях источников исследование было бы испорчено спорным случаем. На возведенном же теперь фундаменте уже не составит никакого труда достичь его правильного понимания.

Это случай с продажей свободного человека, ошибочно считавшегося рабом¹. В соответствии с общими принципами она должна рассматриваться так же, как и продажа *rei extra commercium*, поскольку она преследует, как и в последнем случае, получение абсолютно невозможного предоставления (*absolut unmöglichen Leistung*)². И действительно, некоторые места прямо признают эти случаи однородными³, однако иные поступают, казалось бы, подчеркнуто противоположным образом, применительно к случаю заблуждения на стороне покупателя говоря об “*emtione*”⁴ и называя действительной стипуляцию, устанавливающую ответственность за эвизию⁵, так что нашлось немало авторов, которые были введены в заблуждение этой видимостью⁶.

Если бы продажа свободного на самом деле была действительной, можно было бы тогда искать исполнения или – что то же самое – компенсации интереса в исполнении. Так ли это здесь? Ни в одном месте об этом нет ни слова, что и противно существу дела. Ибо как должна быть произведена оценка сво-

¹ Как другими, так и им самим прежде всего. – *Примеч. пер.*

² Различались абсолютная и относительная невозможность исполнения. Абсолютной была такая невозможность, причина которой (как физическая, так и юридическая) лежала в самой природе исполнения, отчего такое исполнение было в принципе невозможно (например, предметом является вещь, которой не существует в природе вообще, или, как в рассматриваемом случае, вещь изъята из оборота). Относительной признавалась такая невозможность, которая была вызвана обстоятельствами данного конкретного случая (предмет договора, индивидуально-определенная вещь, был уничтожен). – *Примеч. пер.*

³ L. 4 de cont. emt. (18. 1); § 5 J., de emt. (3. 23); в отношении стипуляции – l. 8, § 9 de O. et A. (44. 7).

⁴ “*Emtionem contrahi posse*” (l. 70 de contr. emt. (18. 1); l. 4 quib. ad lib. (40. 13)); “*emtio intelligitur*” (l. 4 de contr. emt.); “*scientem emere non posse*” (l. 6 pr., l. 34, § 2 ibid.).

⁵ L. 20, § 4 quib. ad lib. (40. 13); “*stipulatio de evictione contrahitur*”; l. 25 Cod., de evict. (8. 45); l. 2 Cod., de ads. toll. (7. 17).

⁶ См., например: F. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I, S. 125 fl.; von Savigny, Obligationenrecht II, S. 290.

бодного человека?¹ Ее надо произвести так, как если бы это был раб? Однако тогда можно было бы с тем же правом оценивать *res extra commercium*, как если бы они были *res in commercio*; то, что в этом случае оценка или интерес в исполнении исключены, не вызывает никаких сомнений².

Если покупка свободного наделяет правом на иск по поводу интереса в исполнении, тот же эффект должна произвести и с т и п у л я ц и я. Однако I. 1, § 9 de O. et A. (44. 7) прямо объявляет последнюю “*inutilis*”, потому что объект “*tale sit, ut dari non possit*”³ – основание, которое для купли имеет не меньшее значение, чем для стипуляции, и *homo liber* ставится здесь в один ряд с *loco sacro vel religioso*.

Если можно требовать возмещения интереса в исполнении, договор купли-продажи должен называться, согласно вышеприведенным рассуждениям (с. 198), не недействительным, а действительным, в то время как Папиниан прямо называет его не имеющим действия⁴.

Если мы, как видно, по всем направлениям наталкиваемся на трудности, развивая идею, будто *act. emti* могла бы [в рассматриваемом случае] быть направлена на возмещение интереса в исполнении, то что мешает нам поставить на

¹ Предмет судебного спора требовал оценки, поскольку condemnation римских исковых формул всегда либо выражалась деньгами, либо позволяла определить размер взыскиваемой суммы самому судье (из этого позднее возникло заблуждение, будто гражданское право защищает только имущественный интерес, поскольку только он допускает денежную оценку, и будто именно его компенсация и была всегда предметом иска, тогда как ряд исков вообще были штрафными и находились в слабой связи с компенсацией: штраф устанавливался в кратном размере к компенсации, а сама компенсация определялась при определенных условиях присягой самого истца, что вообще порывало с компенсаторным принципом, так строго проведенным, к примеру, в общем праве).

Ей не подлежали, однако, *res extra commercium* (см., например, I. 9, § 5 D., 1. 8: “*res sacra non recipit aestimationem*”) и свобода (см., например, I. 106 D., 50, 17: “*libertas inaeestimabilis res est*”), причем последняя устанавливалась в судебном порядке как раз через *actiones praeiudiciales* (иски о признании), которые отличались именно тем, что в них не было condemnation, а потому в производстве по ним не требовалась и оценка. Отсюда и спор в пандектной литературе о сфере применения исков о признании – узкой, касающейся только статуса лица, или универсальной. Последняя точка зрения стала популярной лишь в середине XIX в., хотя на самом деле это расширение было реформированием другого института – провокационного производства с целью привести его в соответствие основным началам гражданского судопроизводства. – Примеч. пер.

² Мне встретился в практике факультета судебного процесса случай, когда участок публично-го пользования годами использовался торговцем леса под свалку и был продан его наследниками без знания об этом. Почему и в этом случае нельзя было бы перевести ценность участка в деньги?

³ «Таков, что не может быть предоставлен». – Примеч. пер.

⁴ L 27, § 1 ad SC. Vell. (16. 1): “...*nihil esse quaesitum non magis quam si litigiosum praedium servus aut liberum hominem emerit*” <«ничего не приобретается, не больше, чем если бы слуга спорный участок или свободного человека купил»; цитата неточная: в оригинале – “*nihil esse domino quaesitum*”, т.е. хозяину слуги>. То, что “*emerit*” здесь относится не к традиции, а к контракту, вытекает из сопоставления со случаем продажи *praedii litigiosi*, в котором недействительной была, по правильному мнению (*von Wangerow*, Lehrbuch I, 6. Aufl., § 160, S. 288 (Anm.)), только продажа, но не перенос собственности.

его место отрицательный договорный интерес (с. 203)? Единственной причиной, которая не дала бы нам этого сделать, была бы констатация “*emtionis*” в приведенных в сн. 4 на с. 235 местах. Но в каком смысле здесь говорится про “*emtio*”, видно по одному из них – по l. 4 de cont. emt. (18. 1), в которой Помпоний использует это слово применительно к продаже *loci sacri et religiosi* так же, как к продаже *hominis liberi*. Как показал проведенный выше анализ, по поводу первого случая точно известно, что *act. emti* направлена лишь на отрицательный договорный интерес, так что юрист имел в виду только это действие, когда говорил об *emtione*. Поскольку же он в один ряд с этим случаем ставит продажу *hominis liberi*, то “*emtio*” и во втором случае не может значить ничего другого. Этим снимается какое-либо несогласие данных мест¹ с § 5 J., cit. (с. 198–199), который в обоих случаях прямо предоставляет *act. emti* для возмещения отрицательного договорного интереса: “*quod sua interest deceptum non esse*”.

Одновременно с этим устраняется кажущаяся сложность, которая создается допущением требования о возмещении убытков вследствие эвекции. Это требование может быть направлено на возмещение положительного договорного интереса (например, когда вещь подорожала со времени продажи), но это не обязательно, и покупатель скорее компенсирует отрицательный [интерес], ограничившись возмещением расходов, которые он произвел на содержание вещи². Поэтому, когда несколько мест, выражаясь общо, признают за покупателем «интерес»³, мы знаем из вышесказанного, в каком смысле это нужно понимать⁴. Был ли мнимый раб признан свободным (*in libertatem vindicari* wurde) еще до того, как был передан покупателю, или же [это произошло] после – в обоих случаях покупатель требовал *quod interfuit, non deceptum esse*, и это требование в первом случае так же не предполагает действительность купли, как и во втором. Само собой разумеется, что здесь он, как и во всех случаях, смог бы заранее определить размер своих убытков (*die Summe seines Interesses*), в связи с чем *stipulatio de evictione* в местах из сн. 5 на с. 235 объясняется просто.

К причинам объективной невозможности (*objectiven Unmöglichkeit*) относится, помимо юридической (отсутствия оборотоспособности

¹ Два из них были бы иначе еще и в противоречии друг с другом. Ведь тот же Лициний Руфин, который в l. 70 de contr. emt. говорит об *emtio*, высказывает в l. 4 quib. ad lib. (40. 13): “*in libero homine neque venditio consistit et nihil est, quoniam (quod jam?) veneat*” <«в свободном человеке не состоит (объект) продажи и ничего нет, что (что уже?) шло бы на продажу»; вместо “*quoniam*” («так как», «потому что») находится “*quod*” («что») в изд.: Дигесты Юстиниана: В 8 т. / Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. VI. Полут. 1. М., 2005. С. 718>.

² По поводу затрат на воспитание купленного раба см. l. 27, § 5, l. 28–31 de R. V. (6. 1).

³ L. 18, 25 Cod., de evict. (8. 45); l. 8 Cod., de sent. (7. 45); l. 2 Cod., de ads. toll. (7. 17).

⁴ Точно так же общо звучит ранее использованная на с. 199 l. 9 de her. vend. (18. 4), хотя и она имела в виду только отрицательный интерес.

объекта), также естественная – несуществование вещи. Помимо уже рассмотренного выше (I) случая несуществования проданного наследства, источники касаются еще нескольких, однако не давая, в отличие от того случая, определенного ответа на вопрос о действительности продажи. Это побудило меня отложить их рассмотрение до настоящего места.

Существование вещи можно мыслить в настоящем и в будущем. В последнем случае основания для нашего иска появляются только тогда, когда невозможность возникновения вещи должна была быть заранее известна продавцу, в то время как покупатель, наоборот, находился в извинительном неведении по этому поводу, и такой случай разбирается в l. 21 pr. de act. emti (19. 1):

“Si sterilis ancilla sit, cujus partus venit vel major annis quinquaginta, cum id emtor ignoraverit, ex emto tenetur venditor”¹.

То, что договор как таковой ничтожен и потому нельзя искать интереса в исполнении, очевидно; следовательно, иметься в виду может только отрицательный договорный интерес, т.е. *act. emti* из *culpaе in contrahendo*². Не нуждается в рассмотрении вопрос, могут ли возникнуть для нее основания также при покупке шанса (*Hoffnungskauf; emtio spei*)³. Против этого будет излишне упоминать, что вызванное субъективной невозможностью (*subjective Unmöglichkeit*)⁴ непредоставление будущих вещей никак не подпадает под наш принцип; договор в этом случае действителен, иск, следовательно, направлен на возмещение интереса в исполнении.

Несуществование вещей, которые обе стороны считали существующими, может быть следствием либо того, что они никогда не существовали, либо того, что они перестали существовать. В последнем случае промиттент об этом либо знал, либо не знал. Если знал, он находился *in dolo* и отвечает на известных основаниях [по *actio doli*]. Если не знал, то любая ответственность исключена, как кажется с точки зрения источников⁵, поскольку последние ограничиваются замечанием, что договор ничтожен, не упоминая о возможности какой-либо *culpaе in contrahendo*. Однако если такая *culpa* сама по себе мыслима, то их молчание так же мало препятствовало бы применению здесь

¹ «Если бесплодной служанка окажется, чей плод продается, или старше 50, когда о том покупатель не знал, [по иску] из купли отвечает продавец». – *Примеч. пер.*

² Это признает и Моммзен в указ. соч. (S. 133).

³ Случай с *dolo* при покупке шанса прямо упомянут в l. 12 de her. vend. (18. 4).

⁴ Помимо абсолютной и относительной невозможности, различали невозможность объективную и субъективную. Понятие объективной невозможности понятно благодаря самому автору (см. чуть выше). Субъективная состояла в том, что исполнению препятствовало какое-то обстоятельство, связанное с личностью должника и его отношением к объекту (отсутствие реально существующей вещи в собственности лица, обязавшегося ее продать) (см. также чуть ниже). – *Примеч. пер.*

⁵ L. 15 pr., l. 57 de cont. emt. (18. 1).

нашей теории, как и в случае с существенным заблуждением (см. ниже). По общему правилу, правда, нельзя было бы обещающему ставить в вину незнание, и источники имеют в виду этот случай, но отношения могут выстроиться и противоположным образом. Я бы привел в пример лицо, сдающее внаем находящийся у берега корабль, когда уже распространилась официальная информация о его гибели. В этом случае оно должно было знать об этом, и если противная сторона вследствие заключения договора понесла убытки, например стоимость фрахта тем временем взлетела из-за каких-то политических событий, то с обеих сторон имеются все основания для нашего иска.

Случай с утратой вещи сопоставим с другим случаем, когда она выбыла из имущества продавца уже в момент [заключения] договора, но при условии, что обе стороны исходили из противоположной оценки действительности. Некто участвует на аукционе одной редкой работы, но один присутствующий там антиквар убеждает его воздержаться от совершения дальнейших предложений, обещая ему за оглашавшуюся им цену «свой экземпляр», который, однако, – о чем антиквар не знал – уже был отчужден его служащими. Требовать исполнения договора, по моему мнению, здесь нельзя, так как обе стороны имели в виду не любой экземпляр, а один, определенно обозначенный – «свой экземпляр», однако такого уже нет. Продавец должен был это знать, покупатель оттого потерпел убытки, заключая договор купли-продажи (он, например, приобрел себе работу у третьего лица, но по цене, значительно превышающей ту, по которой она ушла на аукционе), так что у него есть *act. empti* из *culpaе in contrahendo*.

То, что в этом случае действительно была продана несуществующая вещь, станет еще яснее, если представить случай так, будто продавец никогда не владел объектом. Предоставление просто какого-то экземпляра в намерения обеих сторон не входило: они основывались на том предположении, что одним [из них] продавец владеет. Как легат определенно обозначенного свертка денег¹ ничтожен при отсутствии своего предмета – если завещатель никогда его не создавал или позднее вскрыл и растратил, причем этот легат не может превратиться в легат суммы денег того же размера, – так же нельзя превращать продажу индивидуально определенного и определенного предмета (*durch das Vorhandensein der bestimmenden Momente bedingten Gegenstand*) в продажу абстрактно определенного. «Мой экземпляр» значит не больше, чем «если я одним таким владею».

Объектом продажи может быть не только вещь, но и право. Действуют ли и здесь те же принципы? Было бы это так, каждый, кто не обладает в действительности правом, которое обещает перевести, например суперфицием,

¹ В оригинале – „Rolle Geld“ (также „Geldrolle“) – способ хранения металлических денег, когда монеты ставятся одна к другой, образуя цилиндр, и заворачиваются в форме этой фигуры в бумагу. – Примеч. пер.

эмфитевзисом, наследством, обязательственным правом, мог бы просто прикрыться невозможностью предоставления по причине несуществования объекта. С тем же правом мог бы тогда это сделать и продавец якобы принадлежащей ему вещь, поскольку его мнимая собственность тоже ведь не существует. Противоположность между субъективной и объективной невозможностями имеет здесь немного другое выражение. Последняя имеет место, когда право, рассматривавшееся как существующее, либо его перенос невозможен *in thesi*, т.е. [это невозможно] не просто для данного, но для любого продавца. В этом случае договор ничтожен, и, следовательно, есть место нашему иску. Сюда относятся – вследствие невозможности [существования] права (*Unmöglichkeit des Rechts*): продажа наследства живого человека или (по раннему римскому праву) домочадца, продажа вытянутого лотерейного билета, монополий (*Bannrechten*), привилегий и т.д. в стране, где это запрещено; вследствие невозможности перехода: продажа существующего городского сервитута или *usus*. Наш иск был бы невозможен вследствие ошибки в праве со стороны покупателя разве что в двух последних случаях, а также если покупатель – житель данной страны, так что закон должен знать, то еще и в предыдущем.

Иначе – когда право, которое приписывает себе продавец, напротив, в принципе могло существовать, хотя бы не существовало ни у кого конкретно или не у данного лица. Кто по неизвестной причине ошибочно считал себя имеющим *superficiem* и продает ее, должен возместить интерес в сполне и и, и потому безразлично, существует *superficies* у другого лица или нет: само по себе его предоставление возможно. Поэтому последовательно поступает римское право, когда в случае продажи несуществующего требования возлагает на продавца ответственность¹. Действительно существует имеющееся в виду право требования у другого лица (например, легат оставлен в пользу X, есть двое с таким именем, оба этим пользуются, и один из них уступает свое требование, в то время как в действительности [в отказе] имелся в виду другой) или нет, не имеет здесь никакого значения, при условии только что подобное требование действительно могло бы существовать. Отсюда, например, продажа права требования из запрещенного пари или – в землях французского права – требования об уплате алиментов в пользу незаконнорожденного ребенка его отцом (*gegen den unehelichen Vater*) не порождает обязательства. Такие требования юридически настолько же мыслимы, насколько наследство живого. Однако то, что некто не имеет против X требования из займа, так же мало служит причиной невозможности с его стороны, как то, что у него нет никаких прав на наследство X. Он мог бы их иметь

¹ L. 5 de her. vend. (18. 4). Неправильно поступает Моммзен в указ. соч. (S. 135), рассматривая проведенное в тексте различие, когда видит там отход от того, что установлено в l. 7 и 8 *ibid.* для продажи наследства.

и, поскольку он гарантировал (*versichert hat*), что имеет их, должен за это отвечать. Напротив, на вещь, которая не существует, никто не может иметь собственности.

3. Недостоверность воли на вступление в договор

Форма, в которой воля выражается вовне, – это ее изъявление (*Erklärung*) посредством слов и действий. Выражение (*Außegung*) воли и сама воля, однако, могут расходиться – потому ли что у воли отсутствует серьезность, так что по намерению говорящего или совершающего действие [ее] выражение не должно иметь серьезного значения, потому ли что хотя воля имеется, выражение ей не соответствует.

С этой возможностью право может бороться двумя способами. Оно может сходу не признавать за ней юридического значения, так что при определении того, была ли воля и в чем она состояла, оно будет исходить исключительно из того, что говорит об этом выбранное самим обладателем воли (*der Wollende*) средство выражения (*Ausdrucksmittel*), вследствие чего исключаются любые ссылки на «я-не-это-имел-в-виду» (*ein Anders-gewollt-haben*). То есть тут недопустимо не только обращать внимание на возражения о симуляции, шутке или заблуждении, но также выявлять и домысливать истинное содержание воли с помощью логического толкования. Такой подход в целом свойствен прежнему римскому праву; в пользу него – преимущество абсолютной надежности, против него – его очевидная опасность. Новейшее римское право, полагая указанный недостаток перевешивающим, приняло противоположный [подход] – приняло обманчивость волеизъявления за принцип и допустило исправление либо полное отнятие силы у внешнего проявления воли: первое – посредством логического толкования, второе – ссылкой на шутку, заблуждение и т.д. Однако этим оно, как кажется, вместо одного источника опасности, устранение которого имелося в виду, открыло другой, а именно ненадежность положения другой стороны [сделки]. Не посредством, конечно, логического толкования – ведь оно основано на том, что истинное содержание воли можно распознать, так что могло и должно было быть распознано как судьей, так и другой стороной¹, – а допущением возражений о полном отсутствии воли. Если нет такого рода обстоятельств, что противная сторона должна лишиться уверенности в достоверности изъявления, она имеет полное право довериться ему и не вынуждена более, пере-

¹ Этого подхода при толковании договоров следует держаться строго, так что судья может не принимать во внимание те факты и обстоятельства, которые хотя и оставляют вне сомнений волю говорящего, но не были известны другой стороне или не нуждались в выяснении; другими словами, он решает не вопрос, что действительно значило сказанное, а как должна была противная сторона это понять с учетом известных ей обстоятельств.

спрашивая, убеждаться в его достоверности. Поэтому если она с такого рода уверенностью посчитала договор заключенным и сообразовала с ним свою деятельность, исполнила его, не используя возможность заключить выгодный договор с третьим лицом, а другая сторона теперь, после всего этого, утверждает, что это все было лишь шуткой или что она совершила опisku или ошиблась по поводу лица или вещи и т.д., договор будет признан ничтожным, и невиновная сторона будет расплачиваться за неосмотрительность, невнимательность, небрежность другой стороны.

Эти столь очевидные риск и несправедливость совсем не привлекли внимания наших источников, которые не раз касались относящихся сюда случаев. Действительно ли сознавали это римляне или нет – какая разница! Эта опасность есть, и против нее требуется защита, и само же римское право дает нам возможность в виде общего положения о *diligentia in contrahendo* эту защиту предоставить. При заключении договора каждый отвечает за достоверность своего волеизъявления, порок в котором обязывает его возместить убытки, если предполагавшаяся противной стороной заключенность договора в действительности была невозможна (с. 220).

К случаю недостоверности волеизъявления (несоответствие между содержанием и формой воли) примыкает еще один – недостоверности самой воли (несоответствие между первоначальной волей и нынешним отсутствием желания). Разница между этими двумя случаями станет более понятной из последующего изложения, основанием которому она служит.

А. Недостоверность изъяснения

Прежде всего она может быть вызвана тем, что изъяснение вовсе не рассматривалось как серьезное, т.е. порождающее обязательство. Из относящихся сюда случаев совершенно исключается, во-первых, симуляция¹, поскольку она предполагает согласие обеих сторон по этому поводу, так что сделать неверный вывод о наличии договора хотя и может третье лицо, но никак не одна из договаривающихся сторон, а следовательно, хотя есть основание для *act. doli*, для нашего иска его тут нет. То же я бы сказал и о шутке, а именно: если обстоятельства сложились так, что противная сторона должна была распознать отсутствие серьезного намерения², то последняя, если она шутку не поняла, сама *in culpa*, по причине чего не может претендовать на наш иск. Если же обстоятельства сложились иначе, то, на мой взгляд, возражение о шутке вообще не может быть допущено, хотя все же можно привести в доказа-

¹ Наша мнимость и притворность по ст. 170 ГК РФ. – Примеч. пер.

² Например, некто обещает официанту 100 луидоров, если тот ему принесет бутылку очень хорошего вина.

тельство отсутствия серьезного намерения (неизвестное противной стороне в момент заключения договора¹) положение пошутившего (*Verhältnissen des Scherzenden*). Мне кажется, здесь применим тот же подход, который я предложил в сн. 1 на с. 241 по вопросу о толковании.

Также примером применения нашего иска не может служить, как кажется, случай с преднамеренным несоответствием воли ее изъятию. Однако кое-что еще все-таки мыслимо. Чтобы показать другому форму векселя, некто составляет тратту, в которой себя обозначает трассантом, другого – ремитентом, а третьего – трассатом. Другой забирает образец и индоссирует. Может ли индоссат предъявить регрессное требование к трассанту? Если это было бы невозможно в рамках вексельного процесса и при условии, что регресс против индоссанта был бы безуспешным, я бы признал за ним наш иск, так как со стороны трассанта была *culpa* в том, что он своими руками отдал формуляр. Раз в настоящем векселе индоссамент создает обязательственную связь между векселедателем и индоссатом, тогда первый, выдавая ордерную ценную бумагу, заключает, соответственно, договор *in personam incertam*, так что мне нельзя возразить, что здесь у *culpa* будет внедоговорной характер.

Несравненно важнее случая преднамеренного несоответствия воли ее изъятию случай непреднамеренного. Хотя говорящий действительно имел волю (*hat gewollt*), однако имел в виду не то, что другая сторона нашла или должна была найти в его словах – потому ли что он заблуждался, т.е. имел неправильное представление о каком-либо существенном моменте в содержании договора, или ошибся при изложении воли. Некий директор театра, желавший нанять одну певицу, но перепутавший ее с однофамилицей, например ее сестрой, и пригласивший последнюю, приобретает о первой неверное представление, приходит в заблуждение. Если, напротив, он знает, что есть две [певицы], и знает их имена, однако ошибается с именем при указании адреса, то он не заблуждается, а ошибается при выражении воли и будет, тем самым, причиной чужого заблуждения. Рассмотрим сначала случай с заблуждением.

Насколько оправданным представляется то, что право признает существенное заблуждение основанием для ничтожности, настолько необходимым становится, чтобы такой подход дополнялся нашим иском. Или певица в указанном случае, оставив прежнее место, должна по прибытии и обнаружении ошибки удовлетвориться одним замечанием: «имеет существенное заблуждение в лице – договор ничтожен»? Каждый согласится с тем, что по

¹ Навеселе некто пошутил, проходя по рынку, что купит все находящиеся там возы сена, и просит подвести их к дому, который только что покинул, будучи гостем. Продавцы не имели ни малейшего повода предполагать с его стороны шутку, хотя бы судья мог в этом несколько не сомневаться. Иначе – в одном известном мне случае, когда один учащийся сделал самое высокое предложение за ухотившую с молотка корову и его намерение пошутить должно было быть ясным для всех.

справедливости она имеет право на возмещение не просто расходов на проезд, но и остальных потерь. Можно оправдать то, что аптекарь или лесник, которые заказали у своего книготорговца энциклопедию по индо-германским корням, полагая, что книга посвящена о ф и ц и н а л ь н ы м (лекарственным) корням, не будут связаны договором ввиду заблуждения относительно существенного свойства объекта; однако то, что на книготорговца должны будут лечь все издержки, если издатель откажется принять книгу обратно, оскорбит всякое правовое чувство.

Существенное заблуждение может принять такой вид, что вместо положений о заблуждении начнут применять положения о толковании двусмысленных выражений. Богатым источником обоюдного недопонимания является в особенности многозначность обозначений, принятых для монет различных достоинств. Едва ли есть такое обозначение, которое одновременно бы не имело в одном месте одного значения, а в другом – другого¹. Обычно считается, что в случае спора сторон по поводу значения того или иного названия монеты решающим является значение, используемое в данной местности, что значит, что, например, иностранец, который в Бремене заключил договор в талерах, должен был иметь в виду золотые талеры. Однако я считаю эту позицию в таком общем виде неправильной. Это правильно только при том условии, что сторона, которая утверждает, будто понимала наименование в ином, нежели принято в данной местности, значении, знала или должна была знать о последнем. В этом случае она, допустив, чтобы обозначение понималось и з с а м о г о с е б я , подчинилась значению, обычному для данной местности. Совсем иначе в том случае, когда об этом значении ничего не знали: например француз по ошибке пишет в объявлении, помещаемом в швейцарской газете, о товаре, цену которого обозначает просто во франках (не уточняя, что это швейцарские франки); датчанин, который только-только приехал в Гамбург, просит за товар определенное количество шиллингов, в то время как не имеет понятия, что это наименование обозначает в данном месте иную ценность, нежели в его отечестве. В этих случаях стороны не достигли никакого соглашения о цене, и было бы отрицанием всех основанных положений о существенном заблуждении, если бы здесь было признано действующим значение, обычное для данного места. Римское право прямо объявляет договор ничтожным в случае несогласия сторон по поводу ц е н ы ²; что вызвало недопонимание, не имеет для него

¹ Например, талер (прусский, золотой талер Бремена, кроненталер в южной Германии); гульден (южно-немецкий и северо-немецкий); грош (3 креста, серебряный грош, *gute Groschen*); *Sechser* (6 кр[он], 6 пфенигов); шиллинг (гамбургский = 40 за один прусский талер, мекленбургский = 48, датский = 128); ф р а н к (французский = 28 кр[он], швейцарский = 40 кр[он]); *Groten* <тоже грош> (бременский, ольденбургский); м а р к а (наличная – *Mark Courant*, безналичная – *Mark Banco*, датская) и т.д. Такая же многозначность встречается в наименованиях мер длины и веса: аршин (*Elle*), фут, фунт и т.д.

² L. 52 Locat. (19. 2).

в любом случае никакого значения, так что и нам позволительно не обращать на это никакого внимания. Обоюдное согласие по поводу определенного числа франков или шиллингов касается только слова, но не содержания – не суммы денег; в действительности стороны расходятся в условии о цене: в первом случае в соотношении 7 к 10, во втором – 5 к 16.

Признавая в этих случаях ничтожность, я, с другой стороны, распространяю на них наш принцип *culpaе in contrahendo*. У обеих сторон не было никаких оснований для мнения, будто франк или шиллинг имеют одно и то же значение по всему миру за пределами их родины, – они должны были предварительно это проверить. Поскольку они этого не делают, они отвечают за возникающие из этого убытки, а значит, при определенных обстоятельствах и целиком за ожидаемый другой стороной доход. Пруссак, нанявший в Бремене кучера за 10 талеров и заметивший лишь по окончании поездки, что имелись в виду золотые талеры, обязан заплатить их, поскольку отрицательный договорный интерес здесь равен положительному (с. 206)¹.

Нечто похожее происходит, когда недопонимание вызвано незнанием иностранного языка или арго, иностранного слова и т.д. Нельзя французу ставить в вину то, что он, приехав в Германию, не очень силен в немецком. Но другое дело, когда он, не будучи уверен в совершаемом, заключает договор на нашем языке. Использует он свой язык – это уже другое дело; он, выразившись совершенно ясно и отчетливо, невиноват, чего нельзя сказать про другую сторону, которая согласилась вести переговоры на французском, будучи не в состоянии делать это; это на последней [лежало бремя] быть осмотрительной и обрести достаточную уверенность в том, что она правильно поняла высказывания контрагента.

Далее, сюда относится недопонимание по поводу общепринятых знаков, сокращений² и т.д. Механик, использовавший в своем прејскуранте обычные обозначения для метра, дюйма, линий и т.д., вправе ожидать, что всякий, кто будет оставлять у него заказ, также знает значение этих знаков, так что если кто-то что-то перепутает, хотя договор и можно признать ничтожным, невозможно избежать упрека в *culpa in contrahendo* и последствий этого.

¹ Можно заметить, что в соответствии с принципами определения отрицательного интереса, предложенными самим автором, следовало бы руководствоваться не суммой, которая была предложена подданным Пруссии, находящимся в заблуждении, а суммами, предложенными лицами, заказы от которых кучер выполнял бы, если бы не заказ подданного Пруссии. Очевидно, что эти лица не стали бы предлагать такую сумму, разве что они тоже случайно не оказались бы все заблуждающимися жителями других земель. Так как со всеми такими лицами договоры будут недействительными вследствие существенного заблуждения, нужно было исходить из рыночных цен, т.е. тех, которые предложили бы лица, не находящиеся в заблуждении относительно достоинства монеты. – *Примеч. пер.*

² Один мой знакомый заказал книги гамбургского антиквару в полной уверенности, что указанные в его каталоге обозначения монет означают серебряные гроши; покупатель и продавец разошлись в оценке цены в 10 раз.

Во всех приводившихся до сих пор случаях было бы совершенно неправильно принимать во внимание мнимую искаженность воли (*Willensverschiedenheit*), когда контрагенту, который утверждает, что понял слово или обозначение в каком-то другом смысле, нежели принятый в данном месте или данной сфере деятельности, этот смысл был в действительности известен. Датский торговец, деятельность которого связана с Гамбургом, знает разницу в ценности между «маркой» и «шиллингом» в Дании и Гамбурге, и его довод, будто он понял установленную продавцом цену в шиллингах по-своему, не может быть принят.

Я обращаюсь теперь к случаю о ш и б к и. Ответчик знал, что он хотел, так что не заблуждался, однако при изложении своей воли допустил ошибку, которая ввела или должна была ввести истца в заблуждение относительно его, ответчика, воли.

Об ошибке в выражении я повторю сказанное выше (с. 244) о разграничении положений о толковании и о существенном заблуждении. Умозаключение, что раз одна сторона должна была понять выражение в таком смысле, то и другая сторона должна оказаться связанной этим, настолько же неоправданно, насколько в вышеприведенных случаях заблуждения. Помимо этого, из обстоятельств [конкретного случая] может самым несомненным образом вытекать, что говорящий прибег к данному выражению из беспомощности (*aus Unbeholfenheit*), но если другая сторона, не зная о таких обстоятельствах, должна была – со своей точки зрения – совершенно иначе понять это выражение, было бы преступлением как по отношению к первому, так и по отношению ко второй, чтобы им в таком случае посредством интерпретации было насильно навязано какое-то согласие. Оба хотели чего-то различного и не договорились, поскольку не поняли друг друга. Договор, тем самым, ничтожен, однако сторона, чья невнятность привела к недопониманию, отвечает за *culpam in contrahendo*.

Специфическую форму может принять недопонимание в случае с составлением письменного поручения третьему лицу. Если кто дает поручение другому передать определенную сумму «предъявителю сего», то его собственная невнимательность будет причиной того, что кто-то другой, похитивший документ, предъявит его и получит деньги вместо предполагавшегося предъявителя. Точно так же – если он допустил ошибку при указании суммы, например она была выражена лишь в цифрах, без буквенного повторения, и за цифрами оставалось столько места, что можно было добавить еще парочку¹. Поручение

¹ Впечатляющий случай, в котором, правда, *culpa* была с обеих сторон, произошел с несколькими моими знакомыми. К одному из них, А, подошел официант, который ранее его обслуживал, и сообщил, что после того, как он некоторое время был болен, собирается вернуться на родину, но ему не хватает двух флоринов на транспорт, которые он хочет одолжить у него и его друга В. А, который не имел с собой мелочи, дал ему такое (не перепутав адрес) официальное письмо к В: «Дорогой друг! Х просит нас, чтобы мы по старой дружбе добавили

в обоих случаях хотя и не дано (*nicht perfekt geworden*) – поскольку поручения с таким содержанием мандант давать не хотел, – однако невнимательность является его виной в том, что мандатарий должен был понять поручение именно таким образом.

Сказанное касается и случая, когда некто составил бланк для определенной цели (например, чтобы за него, как требуется в некоторых заведениях, оставили публичной библиотеке обеспечение) и на пустом листе оставил указание, принятие поручительства и т.д. С помощью нашего принципа можно дать ответ на поднятый некоторыми новейшими авторами¹ вопрос, обязан ли составитель долгового документа, векселя, ценной бумаги на предъявителя, владения которыми он лишился помимо своей воли, платить добросовестному обладателю (цессионарию, индоссату, владельцу). Он, разумеется, обязан к этому, но лишь на основании *culpa in contrahendo*, т.е. предъявителю возмещаются убытки: если документ был куплен, то цену, но если подарен, то ничего.

Я перехожу теперь к ошибке в изложении воли, где особенный интерес представляют два случая: собственного письменного сообщения и доведения его с помощью другого лица.

Излишне отмечать, что письменная ошибка – в той мере, в какой она затрагивает существенные моменты договора, например сумму, адрес, – влечет ничтожность договора и обязанность возмещения убытков за *culpa in contrahendo*. Но мне кажется необходимым здесь напомнить о требовании *bonae fidei*, предъявляемом как раз к другой стороне. Уже в рассматривавшихся ранее случаях обстоятельства могли быть такого рода, что у истца должна была возникнуть мысль о совершении другой стороной ошибки, как, например, когда из несообразности предложенной ему суммы вытекало, что другая сторона неправильно оценивала достоинство данного рода монет. Один торговец, который получает от клиента, всегда покупающего 10–12 фунтов данного наименования, письмо, в котором тот заказывает 10 центнеров, должен почувствовать неладное, что, возможно, тот по ошибке указал центнеры вместо фунтов, и, как порядочный человек, удостовериться сначала по этому вопросу, дополнительно спросив о том покупателя. Точно так же с наименованиями, которые заказываются в «тысячах» („Mille“), например сигаретами, а поручение дано на 3 «млн» („Millionen“), или когда поступает заказ, из содержания которого можно прийти к заключению, что заказчик имел в виду конкурента-однофамильца из той же местности, ошибившись лишь с инициалами.

ему недостающую часть стоимости его пути. У меня нет мелких монет – дай ему поэтому всю необходимую сумму; свою половину принесу тебе завтра». Х идет с этим письмом сначала к В, сказав, что ему нужно три [!] флорина, и не отдавая письмо. Затем он использует его с тем же успехом, обратившись еще и к другим общим друзьям, С и D.

¹ Bähr, Die Anerkennung S. 239 (Note 3); Unger, Die rechtl. Natur der Inhaberpapiere, S. 125 (Note 8).

Также к неразборчивости почерка применяется наша позиция, как, например, когда некто вписывает «1–2 шт.», но тире делает таким маленьким и трудноразличимым, что всякий должен был бы увидеть «1 2», или когда используются какие-то самим автором придуманные сокращения, которые противная сторона не могла разобрать иначе, чем так, как у нее это получилось. Опять же в последнем случае было бы неизвинительным, если бы при указании кем-либо срока поставки вид надписи говорил в пользу „Jan.“ (январь), а обстоятельства – в пользу „Jun.“ (июнь).

Если при собственноручном составлении письменного сообщения едва ли может случиться так, что *culpa* не была бы как на ладони, совсем иначе с сообщением через посредника. Не вызывает, впрочем, сомнений и случай, когда отправителя можно упрекнуть в *culpa in eligendo* за выбор нарочного, например ребенка, рассеянного или душевнобольного человека. Однако весьма спорной эта *culpa* будет в случае, когда пользуются услугами человека, хорошо известного своей надежностью, или даже государственным учреждением – телеграфом. Если на него ложится ответственность перед противной стороной за убытки, возникшие вследствие неправильной доставки поручения, то из этого для нас следует то, что *culpa* состоит уже в выборе такого средства сообщения.

И действительно, меня несколько не смущает возложение на того, кто воспользовался подобным средством связи, ответственности просто за его надежность. Ни посланник, ни телеграф не дают абсолютной уверенности в том, что волеизъявление будет передано в аутентичном виде, так как и самый надежный нарочный может однажды повести себя рассеяннo или что-то забыть, и надежности сообщения по телеграфу угрожает не только малейшее упущение служащего, но и буря, нарушения связи и т.д. Кто получает непосредственно от другого сообщение, устное или письменное, имеет, тем самым, полную уверенность в его аутентичности¹, и когда другой в таких обстоятельствах допускает ошибку, он и должен за нее отвечать. Сообщение через других (*mittelbare Mittheilung*), напротив, создает вероятность совершения ошибок третьими лицами, подвергает другую сторону риску стать жертвой людской халатности и рассеянности, в которых она по указывавшейся причине никого из третьих лиц винить не может (с. 53). Хотя оборот не в состоянии обойтись без этих форм связи, все же кто ими пользуется, должен знать про их ненадежность и, если он при этом не хочет, чтобы от этого что-либо зависело и ему пришлось нести бремя последствий этого, ему следует еще раз специально удостовериться в том, что поручение получено в правильном виде: например, если это телеграф – посредством обратного телеграфирования; если посланник – посредством уведомления другим способом; если

¹ Кто, будучи неграмотным, написал письмо с чужой помощью, естественно, отвечает за ошибки или преднамеренное искажение мысли, как если бы он сам написал его.

курьер – посредством передачи и подписания им самим написанного письма. Какие бы еще меры предосторожности ни были приняты, в любом случае этот выбор на свой страх и риск делает лицо, которое предпочло ненадежные средства связи абсолютно, как учит обыденный опыт, надежному – собственному устному или письменному волеизъявлению¹.

По нашему вопросу римское право ничего прямо говорит; впрочем, оно отразило по крайней мере одну определенную точку зрения. Я надеюсь, что у меня появится еще повод доказать принцип, что тот, кто допускает, чтобы другой совершил действие, которое ему самому следовало бы совершить, отвечает непосредственно за *culpat*; кто же, напротив, должен был лишь выбрать другого для совершения действия, отвечает за его *culpat* тогда, когда его самого можно упрекнуть в *culpa in eligendo*². Ссудополучатель, вручивший другому вещь, чтобы тот ее доставил, отвечает уже тогда, когда последний теряет ее, присваивает и т.д.; напротив, иногородний торговец, который заказанные ему товары доставляет не сам, а лишь пересылает, т.е. выбирает другого для доставки, ни за что не отвечает, если ничего нельзя было сказать против его выбора экспедитора или фрахтовщика. Мы можем сказать, применяя это различие к нашему вопросу: каждый контрагент должен свою волю излагать сам; кто для этой цели пользуется услугами других людей, делает это на свой риск, или, если пользоваться словами из процитированного в предыдущей сноске места, *factum eorum praestare debet, cum ipse eos suo periculo adhibuerit*.

Что тогда получается, если акцептант использует посланника для сообщения своего ответного волеизъявления и последний совершает *culpat* при доведении ответа [до оферента]?

Здесь, как кажется, не должна признаваться *culpa in contrahendo* с его стороны, но во всяком случае должен быть зачет *culpaе* с обеих сторон (Compensation der beiderseitigen culpa)³. Или правильно было бы пользо-

¹ Поэтому в казусе, приведенном на с. 196–197, присуждение отправителя депеши была совершенно обоснованным.

² См., например, I. 8, § 4 Mand. (17. 4): “non sunt igitur excusati (tutores), quod contutori mandaverunt, quia (ipsi) emere debuerunt” <«не освобождаются, следовательно, от ответственности (опекуны), что опекунам поручили, поскольку (самим) следовало покупать»>; I. 27, § 7 Loc. (19. 2): “...si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit” <«...если в чем у самого и у тех, чьими услугами пользовался, неосторожность случится»>; I. 7 pr. Naut. (4. 9): “...nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit” <«...не безосновательно за действия тех отвечает, раз сам их на свой риск привлек»> (ср. I. 5, § 6 de O. et A. (44. 7): “...aliquatenus culpaе reus est, quod opera malorum hominum uteretur” <«...в известной степени отвечает, что услугами плохих людей пользовался»>); I. 23, § 1 pro socio (с. 38). С учетом приведенного нельзя согласиться с выводами по данному вопросу, кратко приведенным в работе Уббелюде в: Archiv für prakt. Rechtsw., Bd. 7, S. 229 fl.

³ В нашей юриспруденции вместо выражения «зачет вины», регулярно встречающегося в дореволюционной литературе, ныне устойчиво используется выражение «смешанная вина». – Примеч. пер.

ваться таким подходом: кто по требованию [другой стороны] немедленно отправляет посланника обратно с ответом и пользуется, тем самым, средством сообщения, выбранным другой стороной, может, следовательно, переложить ответственность на него?

Я должен признаться, что в этом вопросе чувствую себя не совсем уверенно, однако высказался бы в пользу первого взгляда, если либо специфика ответа, либо личность посланника, например ребенка, требуют от отвечающего особой осторожности, т.е. следовало бы направить **п и с ь м е н н ы й** ответ.

В. Недостоверность самой воли

1. Отзыв оферты при заключении договора между отсутствующими

Заключение договора между отсутствующими сопряжено со специфическими рисками для получателя оферты (Oblat). В момент, когда он акцептует оферту, к нему уже может идти письмо, которое поставит его в известность об отзыве оферты, но достигнет оно его уже после того, как он начнет исполнять договор. По римскому праву договор в таком случае не состоялся, поскольку в решающий момент отсутствовало **о д н о в р е м е н н о е** согласие обеих сторон (см. об этом аналогичное решение в сн. 3 на с. 253), следовательно, действительность, которую развернул получатель оферты, оказалась напрасной. Чтобы защитить его от этой опасности, оба указанных выше (с. 224) новейших уложения просто-напросто лишили оферента права на отзыв. Может показаться чересчур смелым, когда проект общегерманского Торгового уложения (после второго чтения) в ст. 298 объявляет отзыв действительным, если он поступает до или вместе с офертой, но я нахожу это законодательное решение самым подходящим – во всяком случае для отношений торгового права (*für den handelsrechtlichen Verkehr*). Можно подумать, что момент, до наступления которого позволительно совершать отзыв, допустимо отложить вплоть до момента акцепта, не подвергая риску получателя оферты. Однако еще раньше кое-какое влияние оферта все же может оказать. Адресат, например, сразу, как только получил ее, стал на нее ориентироваться и отказался от другой оферты, требовавшей немедленного ответа, и если его с точки зрения действующего права можно упрекнуть в собственной неосмотрительности (с. 221), то все же заслуживает с законодательно-политической точки зрения полного предпочтения подход, принятый для торговых отношений. Благодаря нему уверенность адресата будет обеспечена с момента получения оферты, последний может положить ее в основание своих операций и расчетов, и именно эта определенность является для торговли бесценной.

Римскому праву, как отмечалось, этот подход чужд: оно допускает переменчивость¹. Однако, исключая, с одной стороны, заключение договора, с другой стороны, оно приводит к тому, что получатель оферты будет нести по чужой вине убытки, и естественным следствием этого будет установление им обязанности возместить их². В вопросе, действительно ли имеются здесь основания для нашего иска, наиболее сомнительным может показаться наличие *culpaе*, тогда как в остальном они все представлены: *bona fides* получателя оферты, недействительность (*Nichtigkeit*) договора, причем незаключенность (*Nichtzustandekommen*) обусловлена обстоятельством, вызванным оферентом (*Umstand in der Person des Offerenten*). Допустимо ли рассматривать как *culpam* образ действий последнего – отзыв оферты, на который его управомочивает закон? У меня нет никаких сомнений в положительном ответе. Так же и доверитель, и товарищ имеют право в любой момент отказаться от договора, однако само по себе это отнюдь не исключает *culpam* в осуществлении этого права. В тот момент, когда оферент отзывает оферту, он должен сказать себе: адресат, возможно, уже займется исполнением договора к моменту, когда получит письмо. Если оферент не хочет вызвать нареканий, он должен прежде удостовериться, что этого еще не произошло, или сделать то, что исполнение не началось, условием отзыва; если он это не сделает, то его *culpa* в том, что он решился шагнуть в неопределенность, и – смотря по тому, вовремя или не вовремя уведомление пришло противной стороне, – этот шаг никак не должен задевать интересы последней и приводить к убыткам. Чтобы освободить себя, оферент, таким образом, неизбежно подводит другую сторону, делает ее жертвой своей переменчивости: “neque vero, – слегка перефразируя место из сн. 1 на с. 251, – *variatione voluntatis contrahentes decipi debent*”³.

Как и во всех остальных частных случаях применения нашего иска, он и в настоящем имеет в качестве основания внешне удавшееся заключение договора, а значит, акцепт со стороны получателя оферты; за пред-

¹ То, что в рамках существующих договорных отношений она порождает обязанность возместить убытки, и то, что из этого ничего не следует для воэникающих договорных отношений, уже отмечалось на с. 210. Применительно к последнему, однако, заслуживает внимания (касающееся только отношений *c institor*) требование из I. 11, § 5 de inst. act. (14. 3): “sed si alius cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio, neque enim decipi debent contrahentes” <«но если одному с другим заключать договор не дают продолжающиеся колебания, дан всем против него иск, ведь не должно обманывать контрагентов» (имеется в виду ситуация, когда управляющему, с которым заключается договор, то дается разрешение заключать договоры, то запрещается это делать)>, и в всяком случае можно было бы обратиться к *ex. rei venditae*, которая есть у получателя вещи, переданной по поручению собственника, если оно будет отозвано хотя и до передачи, но уже после продажи (“si non auctor meus ex voluntate tua vendidit” <«[эксцепция:] если не представитель мой по твоей воле продал»> (I. 14 de Publ. act. (6. 2))).

² Так же у Тёля (*Thöl*, Handelsrecht I, 3. Aufl., § 57, S. 242) (см. выше, сн. 1 на с. 208).

³ «Ведь не должны изменчивостью воли контрагенты быть обмануты». – Примеч. пер.

принятые до этого действия он не может требовать обезубыточения (с. 221). Сам акцепт же необязательно должен быть в письменной форме. При заказах, поручениях и т.д., которые, по предложению отправителя, должны быть исполнены сразу же, так что он не ожидает никакого ответа, акцепт имеет место уже с началом исполнения¹. Комиссионеру (Commissionär), которому приходит поручение на проведение аукциона; сапожнику, которому заказали сапоги; торговцу, которому заказали товар, – им нет необходимости сначала отвечать, что они принимаются за работу, – они отвечают лишь тогда, когда вообще не хотят этого делать или не хотят в соответствии с пожеланиями [заказчика] (nicht in gewünschter Weise). Начав выполнять заказ, они акцептуют. Потому я хотел бы поднять (не сильно, правда, интересующий нас здесь) вопрос, нельзя ли в тех случаях, когда само молчание считается ответом, уже его рассматривать как акцепт. Или следовало бы, например, допустить отмену заказа кучеру, которого попросили обеспечить на следующий день поездку, поскольку от него нет ответа и он не начал исполнение? В чем бы ни заключался акцепт – в молчании, ответе или исполнении, если он совершен в момент, когда offerent уже отправил отзыв, договор все же не заключен из-за отсутствия одного временного согласия, однако акцептант вправе был думать иначе и действовать сообразно этому. Как уже отмечалось на с. 207, совершенно безразлично, выразилось это у него в позитивных действиях или бездействии: неблагоприятное последствие мнимого договора может состоять и в том, что были упущены другие возможности к заключению подобного [договора], и время, чтобы наверстать упущенное, прошло.

2. Изменение воли при заключении договора через посредника

В той мере, в какой по римскому праву содействие посредника – будь то посланника, прямого (Stellvertreter) или косвенного (Ersatzmann) представителя – вообще способно создавать последствия для доверителя, оно, как известно, требует полного соответствия между поручением и его исполнением, и притом не только с точки зрения содержания, но и с точки зрения наличия (des Bestehens) воли доверителя в момент исполнения. Превышено ли полномочие или поручение отозвано, даже если посредник о том не был извещен, – правовой эффект (Wirkung), который должен был при иных обстоятельствах наступить, исключается. Поскольку в последнем случае третье лицо не может возмещать убытки за счет мандатария (с. 229), оно находится в том же самом положении и возникает такая же потребность в его защите, как и в том, столь подробно разобранным случае. Нет нужды дальше обосновывать, что и в насто-

¹ Von Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, S. 311.

ящем случае контрагенту нужно помочь аналогичным образом – единственное же отличие состоит лишь в том, что здесь место письма занимает лицо¹.

3. Смерть оферента до акцепта при заключении договора между отсутствующими

Если в момент, когда письмо или посредник передает оферту адресату, оферент уже мертв, то, согласно сложившемуся представлению о римском праве, которое требует согласия воле между обоими контрагентами в один и тот же момент времени, возникновение договора невозможно. Можно спорить о законодательной целесообразности и юридической необходимости такого подхода, – и я сам ставлю обе под вопрос², – но то, что он действительно принадлежит римскому праву, вне всяких сомнений³.

¹ Нюрнбергский проект Торгового уложения в ст. 45 помогает делу другим образом, более подходящим для торговых отношений, когда прекращение «представительства» („Procura“) только при том условии имеет правовое значение, если третьему лицу об этом было известно или должно было быть известно.

² Я считаю предрассудком романистов, когда этот подход объявляется единственно обоснованным с юридической точки зрения. Почему на место принципа, что согласие каждой стороны [с другой] должно совпадать в один и тот же момент времени, нельзя поставить противоположный – что два волевых акта могут не совпадать в различные моменты времени, так что последующие нежелание (Nichtwollen) оферента или неспособность желать (смерть) полностью ли или ограниченно больше не принимаются во внимание? Для обоснования этого нужно больше места, чем позволительно уделить этому вопросу здесь. Нюрнбергский проект Торгового положения принял последний принцип во всех случаях, а именно: применительно к отзыву 1) оферты, направленной письмом (ст. 298 (см. выше, с. 250)), 2) полномочия (сн. 1 на с. 229); применительно к влиянию смерти 1) в случае указания, поручения или полномочия, данных торговцем в рамках осуществления торговой деятельности (ст. 280), 2) в случае торгового представительства (ст. 52). Когда, впрочем, ст. 280 допускает прекращение по причине смерти в случае, если направленность на это «воли (Willensmeinung) вытекает из ее изъяснения или обстоятельств», противная сторона не должна нести убытки из действий, совершенных вплоть до момента получения известия о смерти, и в этом случае следовало бы воспользоваться нашим иском.

³ Эти два случая ставятся на одну доску в рамках еще одного отношения, которое имеет большое сходство с нашим (в той мере, в какой и в нем на определенный период времени растягивается совершение волевых актов более чем двух лиц, которые для приобретения юридической силы должны совпасть в один момент времени), а именно последовательное установление сервитута со стороны нескольких собственников (l. 18 Com. praed. (8. 4): „...perindeque sit atque si eodem tempore omnes cessissent et ideo si is, qui primus cessit, vel defunctus sit vel... partem suam alienaverit (Widerruf), post deinde socius cesserit, nihil agetur“ <«...и точно так же будет, если в одно и то же время все уступят и при этом если тот, кто первый уступил, или умер, или... долю свою отчуждил [отзыв], затем товарищ уступит, ничто не совершалось»>). Если бы требование одновременного согласия для договоров между отсутствующими нуждалось в каком-нибудь основанном на источниках подтверждении, я не смог бы привести более подходящего, чем это. То, что говорит про разбираемый в нем казус место: „tantum tempus eis remissum est, quo dare facere possunt (ut) vel diversis temporibus possint“ <«столько времени им дано, в которое совершить могут, или в разные моменты»> и „perinde habetur, atque si postremus cedat, omnes cessissent; igitur... actus pendebit, donec novus socius cedat“ <«точно так же считается, и если преемник уступает, а все уступили еще раньше, следовательно... действие откладывается, пока новый товарищ не уступит»>, – подходит и к заключению договора между отсутствующими, если заменить „cedere“ на „consentire“.

Если получатель оферты совершает акцепт, не зная о смерти оферента, и, полагая, что договор заключен, исполняет его, то и в этом случае высшая справедливость говорит в пользу возмещения причиненных этим убытков. Но как обосновать требование? Хотя, с одной стороны, все условия его предъявления налицо, однако, с другой стороны, где здесь *culpa*? Нельзя же его признать смерть! Мне приходится допустить, что тут моя теория обнаруживает слабое место, которое иначе как искусственно не может быть устранено. В то же время против отказа в предоставлении иска о возмещении убытков самым решительным образом восстает мое правовое чувство, и я лучше буду думать, что где-то при построении своей теории допустил оказавшуюся мне неизвестной ошибку, чем исключу здесь этот иск. А раз он должен быть предоставлен, не остается ничего другого, кроме как следующим образом вывести наличие *culpaе*. Если бы договор заключался между присутствующими, смерть не произвела бы никаких неблагоприятных последствий. Когда же кто-то хочет заключить договор дистанционно, то ему следовало бы, чтобы оградить другую сторону от этого риска, лично явиться к ней. Не делает он так, выбирая вместо этого более простой путь сообщения посредством письма или посредника, – значит, он использует ради своего удобства форму, которая создает для противной стороны указанный риск. *Culpa* заключается здесь, таким образом, в том, что вместо единственно надежного средства самоличного устного доведения он использует ненадежный, подвергая риску другого.

4. Отмена публичного обещания награды (Auslobung)

Хотя обещание награды было известно римскому обществу¹, римское право – в той мере, в какой мы об этом знаем, – не пришло к его юридическому признанию. Для этого нужно было перестать применять как к собственности и наследованию², так и к обязательствам сохранившееся от древнего права начало, что сделки возможны лишь *in personam certam*³. В поводах к такому шагу не было недостатка; в особенности было одно отношение, в котором настоятельно требовалось установление обязательственных требований в пользу лиц, индивидуальное определение которых еще зависело

¹ *Apulejus*, *Metam.*, lib. 6 (ed. Bipont, p. 123); *Petron.*, *Satiricon*, c. 97.

² Для первой – посредством *jactus missilium* (= *traditio in personam incertam*), для второго – допущением посмертных пожертвований в пользу *personae incertae*.

³ Поэтому с точки зрения чистого римского права совершенно последовательно поступает Савиньи (*Savigny*, *Obl.-R.* II, S. 90 fl.), когда действительность обещания награды ограничивает [возможностями] *act. doli*.

от будущих обстоятельств, а именно при аррогации¹ несовершеннолетнего. Усыновляющий (*Arrogirende*) должен принять на себя обязанность на случай, если несовершеннолетний умрет, не достигнув совершеннолетия, выдать его имущество тем лицам, которым бы оно причиталось, если бы не произошло аррогации. Какие это лица – определить в момент обещания еще нельзя, это *personae incertae*, так что estipуляция с ними не может быть совершена. Из-за этого затруднения римское право прибегает к представительству этих лиц через *personam certam – servum publicum*²; обеспечение предоставлялось последнему³, и иск впоследствии им уступался в пользу управомоченных.

Прокладывание обходного пути (посредством которого, впрочем, и обещанию награды можно было бы придать необходимую надежность⁴), показывает, что римское право еще не могло преодолеть себя, освободиться при установлении обязательств от требования *personae certae*. Организация же современного оборота твердой рукой избавила нас от этого ограничения; допустимость создания обязательств *in personam incertam* является тем фактом сегодняшней жизни, на фоне которого римский подход только для чисто римских обязательственных форм еще может с некоторым основанием быть удержан.

Случаем применения этой современной формы заключения договора *in personam incertam* является на данный момент публичное обещание награды, а с появлением некоторых новейших уложений (с. 226) и общеправовая доктрина обоснованно начала все активнее высказываться в пользу его исковой защиты (*Klagbarkeit*). Впрочем, теория института еще совсем не устоялась, что я особенно сильно почувствовал, разбирая рассматриваемый здесь вопрос, и что создало необходимость прояснить мою позицию по нему⁵.

¹ *Arrogatio* – усыновление лица *sui iuris*, в отличие от *adoptionis* (в узком смысле с точки зрения пандектной литературы) – усыновления подвластного лица, *personae alieni iuris*, т.е. переход лица из-под одной отеческой власти под другую. Для рассматриваемого автором случая это имеет то значение, что при аррогации все имущество усыновляемого переходит в полное юридическое распоряжение усыновителя, так что, очевидно, это может ущемлять интересы третьих лиц, в том числе возможных наследников. – *Примеч. пер.*

² То есть через слугу, служившего и принадлежавшего публично-правовым образованиям, выполнявшего, соответственно, определенные общественно значимые функции. Это означало, что обязанность лежала на соответствующем образовании, что было весьма оправданно: во-первых, потому что эти образования строже соблюли бы те обязанности, которые для частных лиц называются фидуциарными, да и в принципе очевидно, что найти такое частное лицо, которому доверяли бы все выгодоприобретатели, причем такие, которых еще надо определить; во-вторых, образование как юридическое лицо, тем более публично-правовое, вечно в сравнении с живым человеком. – *Примеч. пер.*

³ L. 18 de stat. hom. (1. 7).

⁴ Как это и сегодня с оставлением суммы денег на депозите у органов публичной власти (см., например, казус в: Seuffert's Archiv für Entscheidungen u.s.w., B. 9, No. 275).

⁵ Помимо фон Бюлова (*von Bülow*, Abh., B. 1, S. 271), который изучает предмет вначале глубже [других], лучше всего об этом у Синтениса (*Sintenís*, Das prakt. gem. Civilrecht, B. 2, § 96, Note 58), с изложением которого я, если не брать в расчет последствий отзыва, в целом согласен.

Цель всякого обещания награды – добиться исполнения (*Leistung*), будь то от одного лица или большего их числа, средством чему является обещанное вознаграждение, требовать которого позволяет само исполнение, безо всякого предварительно совершенного акцепта. Отсюда следует, что публичные объявления (*öffentliche Ankündigungen*), которые содержат лишь приглашение к заключению договора обычным порядком, совершенно не подпадают под это определение, как, например, приглашения к подписке на акции¹ какой-нибудь прокладываемой железной дороги, на выходящие в свет книги, сообщения о товарах, книгах и т.д. за определенную цену. Договор возникает здесь только посредством оформления подписки, заказа и т.д., и это зависит от авторов объявлений – не только снимут ли они их в любой момент, но и откажут ли кому-либо, кто хотел бы договориться на предложенных условиях. Где иначе проходили бы границы их ответственности? Или они должны были бы, например, если бы у них потребовали товаров больше, чем у них есть на складе, все их доставить, прямо как если бы они уже заключили договор с каждым, кто к ним обратился? Для публики, разумеется, неполучение публичного извещения (*öffentliche Bekanntmachung*) будет в некоторых случаях связано с огромными неприятностями, особенно в случаях с объявлениями (*Bekanntmachungen*), касающимися движения публичного транспорта, – расписания движения поездов, кораблей и т.д. От государственных органов позволительно требовать, чтобы они при предоставлении концессии подобным предприятиям обеспечили в интересах публики строгое соблюдение опубликованных расписаний под угрозой наказания, однако с точки зрения частного права нет возможности обезопасить себя от подобного риска. Как книготорговец, у которого хотят заказать книгу, руководствуясь его объявлением (*Ankündigung*), окажется обязанным, если примет заказ, так и руководство железной дорогой – только после продажи билета; до этого никто не может предъявлять к ним требований, хотя бы неудобство, которое пришлось претерпеть по причине несвоевременного отбытия [какого-либо транспорта], было значимо и очевидно². Иначе можно дойти до того, что уже простое намерение заключить договор с таким учреждением – а больше ничего до продажи билета нет – будет основанием для иска, и с ним, если отправление будет отменено, обратятся сотни и тысячи тех, кто якобы тоже имел, как они скажут, намерение воспользоваться транспортом.

Совсем иначе, однако, обстоит дело с публичным обещанием награды. Ибо в то время как в рассматривавшихся только что отношениях вообще

¹ *Seuffert*, Archiv XI, No. 217.

² Например, некто издаেকে прибыл к определенному дню на морском судне, чтобы пересест на отправляющийся в этот день в Америку пароход, но должен теперь ждать 14 дней следующий корабль. Как человек предусмотрительный, он должен был обзавестись билетом заранее.

нет оферты – есть же лишь обращение к публике *направлять* на основании объявления (*Ankündigung*) свои оферты¹, противоположным образом получается при обещании награды. По замыслу обещающего награду, он не оставляет за собой выбора, заключать ли договор и с кем: кто исполнение (*Leistung*) предоставит, должен стать его верителем, так что само исполнение считается акцептом.

Если мы сравним это отношение с обычными формами заключения договора, может показаться, будто бы это двусторонний договор, в котором обе стороны совершают исполнение и специфика которого заключается лишь в неопределенности того, кому направлена оферта. Это, однако, неверно, так как в двустороннем договоре обе стороны изначально будут *обязаны* к исполнению, до того как они его предоставят. Здесь же, напротив, на претендента никогда не возлагаются никакие обязанности – ни до, ни после исполнения. Таким образом, нам приходится определять это как *одностороннее* обещание (*einseitiges Versprechen*²). Кажущаяся встречаемость предоставлений ничем не отличается от той, которую можно усмотреть в *условном* обещании (*bedingtes Versprechen*): исполнение одной стороны позволительно понимать как выполнение условия (*Erfüllung der Bedingung*). Обещает ли кто определенному лицу 10 флоринов, если тот найдет заблудившегося пса, или неопределенному – не имеет никакого значения, несмотря на различия в порядке определения лица. Отсюда следует, что и на эти условные обещания распространяются общие положения римского права об условиях (*Bedingungen*), особенно положение о препятствовании выполнению условия: “*quotiens per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fit, quominus impleatur, perinde haberi debet, ac si impleta conditio fuisset*”³. В то время как при обычных условных обещаниях акцепт и выполнение условия самостоятельны, здесь они совпадают, исполнение определяет кредитора, содержит акцепт и выполнение условия.

В обычном условном обещании условие может состоять как в событии, так и в действии (*Handlung*) кредитора; возможно ли это и в рассматриваемом-

¹ Это, тем самым, тот же порядок, что [мы видим] на аукционе – с той лишь разницей, что в первом случае цена, по которой вещь предлагается купить, определена заранее. В обоих случаях приглашение к заключению договора направлено *in personam incertam*, и тот, кто на него отзывается, предлагает, делает оферту, а объявивший акцептует, тогда как при обещании награды последний делает оферту, а исполняющий акцептует.

² Здесь и далее используются три термина, переводящиеся на русский как «обещание»: „Auslobung“, „Versprechen“, „Zusicherung“. Первый обозначает публичное обещание награды, второй – обещание в широком смысле, третий – заверение, гарантию (как условие договора, элемент обещания). – *Примеч. пер.*

³ L. 161 de R. J. (50. 17). Так, например, в случае, когда обещавший награду не предоставил заранее назначенным судьям [решающим вопрос, кому достанется награда,] подробную информацию о награде.

ся случае? В принципе, мыслима ситуация, когда материальная поддержка была с юридическими последствиями обещана жителю города, достигшему столетнего возраста, или первой родившейся в городе тройне. Однако общественные отношения не нуждаются в таком расширении сферы применения данного института; последний, напротив, везде и во всех случаях, в которых к нему прибегают, не покидает пределов потестативного условия. Посредством обещания награды добиваются совершения действия (*Handeln*), предоставления (*Leistung*); какого рода [они будут] – совершенно безразлично, так что они могут состоять в *dare* или *facere*, например, и просто в посещении похорон, и в передаче первым сообщения и т.д.¹ Так же безразлично, какой интерес обещавший имеет в выполнении условия, установил ли он его в своих или общественных интересах. Потому также я не могу одобрить позицию, когда обещание награды предлагают признавать недействительным в случае, если [у обещавшего] имеется интерес в невыполнении условия (*Nichterfüllung der Bedingung*), как, например, когда фабрикант обещает премию за доказательство, что его продукция не имеет хороших качеств. Совершенно независимо от того, понимает ли публика, как это связано с его интересами, или, например, имеет ли арендатор целебного источника (*Brunnenpächter*), которому заведующие источником гарантировали отсутствие определенных вредных веществ в минеральной воде, большой интерес в том, чтобы их наличие констатировали, так что он смог бы расторгнуть свой контракт, когда в обществе распространится слух о наличии таких веществ и потому значительно снизится спрос на эту воду, – совершенно независимо от этого указанная позиция никак не совместима с общими положениями об условиях, которые единственно являются здесь решающими, и, если не опускаться до чистого произвола, мы не можем отходить от точки зрения, подсказанной самим правом. Кто не хочет отказывать в иске из подобного обещания, данного о п р е д е л е н н о м у лицу, не может позволить себе это и здесь, поскольку основания, по которым можно было бы оспаривать обязательственные последствия в п е р в о м случае, спокойно можно использовать и во втором. То, что обещавший имеет интерес в невыполнении условия, так же мало обязывает нас отказывать таким обещаниям в обязательственных последствиях, как в случае с пари²: кто ставит на что-то, тоже обещает что-то под условием и надеется на его н е в ы п о л н е н и е. Что же это

¹ Сюда также относятся награды, объявленные в связи с проведением публичных гимнастических упражнений, народных увеселений, скотоводческой выставки, бегов и т.д.

² В то время как игры были запрещены (за некоторыми исключениями), пари по римскому праву, поскольку оно не прикрывало запрещенную игру и совершалось посредством стипуляции, было действительно и подлежало исковой защите. Во времена автора стипуляционная форма отпала, и требования к форме не предъявлялись, хотя при этом появились авторы, отрицавшие их действительность вообще. – *Примеч. пер.*

еще, как не одностороннее пари, «полу»-пари (т.е. такое, при котором только одна сторона платит за верность своего утверждения), когда некто обещает другому награду в случае, если тот докажет для него наличие в определенном материале предположительно не содержащегося там вещества. И, раз пари у нас – к сожалению! – защищается в исковом порядке, кто усомнится в том, что в пределах, ограничивающих здесь усмотрение судьи касательно суммы, и при таком одностороннем пари за выигравшим будет признано требование? А раз признаны допустимость условного обещания *in personam incertam*, с одной стороны, и исковая защита – с другой, тогда я не могу понять, почему не должна подлежать исковой защите комбинация обеих – одностороннее пари *in personam incertam* – битие об заклад с публикой (*Popularwette*). В существовании одного из его частных случаев вообще трудно усомниться, или по крайней мере мне известны положительные решения [по нему]: это случай премии, установленной за победу гимнастов на публичных соревнованиях. Что допущено в этом случае, нельзя, оставаясь последовательным, исключать в других.

Если публичное обещание награды – условное обещание (*Versprechen*), то отсюда следует, что безусловное заверение (*Zusicherung*) в адрес неопределенного круга лиц не создает обязательства, как, например, публичное объявление о раздаче (*angekündigte Vertheilung*) дров малоимущим. Распространитель информации может здесь, как и в приведенных выше случаях (с. 256), не только в любой момент взять назад свое слово, но и по собственному усмотрению отказывать отдельным просителям.

Поэтому, как все, что может быть предметом потестативного условия, подходит для того, чтобы служить исполнением одной стороны, так все, что может быть предметом обещания (*Versprechen*), подходит на роль встречного предоставления (*Gegenleistung*) другой стороны, а значит, не только *dare*, но и *facere* любого вида (например, обещание дать образование, бесплатное жилье).

Цель публичного обещания награды как приглашения публики предполагает публичное извещение о нем (*öffentliche Bekanntmachung*). Форма безразлична, она может поэтому состоять в устном доведении до публики (как, например, при приглашении гимнастов на публичные соревнования), в доведении посредством официального представителя или прессы.

В соответствии с вышесказанным мы можем назвать публичное обещание награды односторонним обещанием (*Versprechen*), поставленным под потестативное условие или направленное *in personam incertam*, или, если последний момент обозначить одним выражением, обещанием публике (*Popularversprechen*), которое должно быть акцептовано выполнением условия. Поскольку до акцепта никто не приобретает из него иска, нет необходимости ставить под сомнение то, что промиттент изначально имеет

право взять свое обещание назад. С другой же стороны, эта возможность содержит такую опасность для всех лиц, которые уже принялись за решение поставленной задачи, что нужно оградить общество от этого риска, дабы из-за такой неопределенности институт не потерял всю практическую ценность. Определенность может быть достигнута разными способами.

1. Посредством полной невозможности отмены. Так в Прусском земском праве. Нельзя не согласиться с тем, что в пользу этого подхода говорит преимущество большой простоты [в применении], а также это может быть юридически обосновано аналогией с учреждениями (*Stiftungen*). Ведь учреждение – это тоже не что иное, как обещание денег и благ *in personam incertam*. Потестативное условие и здесь не исключено, так что вся разница сводилась бы к тому, что публичное обещание награды носит разовый характер (*sich mit einem Male consumirt*), учреждение же – возобновляемый (*repetirt*). Единожды объявленное задание с вознаграждением (*Preisfrage*) – это публичное обещание награды, фонд для периодического объявления таких заданий – это учреждение. Если же для последнего случая государство, как представитель *personarum incertarum*, считает необходимым оградить их от своеволия учредителя, то, в принципе, нет ничего невозможного в том, чтобы оно поступило так и с публичным обещанием награды.

С другой же стороны, против этого подхода выражаются и серьезные сомнения¹. Могут измениться обстоятельства, делающие для обещающего желательным исполнение, получаемое посредством публичного обещания. Пес, например, за находку и возвращение которого установлена награда, стал бешеным; аренда минерального источника (*Brunnenpachtung*) в указанном выше случае (с. 258) расторгнута. Пока имеет место *res integra*, т.е. никто не приготовился произвести исполнение, отмена обещания не заденет никаких реальных интересов.

Путем теоретической дедукции, без которой общеправовая доктрина (*gemeinrechtliche Doctrin*) не может обойтись, нельзя вывести безотзывность обещания награды, напротив, этим путем приходится констатировать возможность свободной его отмены вплоть до момента выполнения условия. Но, с другой стороны, доктрина общего права не может скрывать от себя тот факт, что интересы третьих лиц, поставленные этим под угрозу, нуждаются в защите². Это приводит нас ко второй из мыслимых здесь возможностей.

¹ Bornemann, System. Darstellung des preuß. Civilrechts III, 2. Aufl., § 206, S. 194.

² Впрочем, Швеппе (*Schweppe*, Das röm. Privatrecht, 4. Aufl., B. 3, § 504) признает неограниченную возможность отозвать обещание награды вплоть до момента исполнения, «потому что договор до этого никоим образом не существует» (так же – *Wening-Ingenheim*, Lehrbuch des gem. Civilr., 4. Aufl., B. 2, § 238).

2. Недействительность отмены против тех, кто уже совершил приготовления к исполнению. Защитники этого взгляда¹ обосновывают его тем, что уже из этих действий возникает обязанность дождаться результата, который в конечном итоге дает и право на иск.

Я не могу с этим взглядом согласиться. Он кажется вытекающим из того предположения, что претендент на награду иначе был бы полностью беззащитным², – предположение, безосновательность которого я надеюсь доказать быстро. И он полностью зависит от ответа на вопрос, допустимо ли видеть акцепт уже в подготовительных действиях. Я на это решиться не могу. Акцепт достигается действительным выполнением условия, все подготовительные мероприятия могут быть, таким образом, в лучшем случае шагами к акцепту, но не самим акцептом и тем более не началом его совершения. Ибо кто гарантирует успех этих шагов или хотя бы продолжение начатой деятельности [до достижения результата]? Если же акцепт лишь намеревались или готовились совершить, то его еще нельзя признавать связывающим оферента. Подобный взгляд, таким образом, привел бы в действительности к тому, что положение, которое оно поддерживает, будет не выводится, а постулироваться.

Необходим ли этот постулат? Ответ на это мог бы дать следующий подход³.

3. Допустимость отмены публичного обещания награды, но с обязательством возмещения убытков из *culpaе in contrahendo*.

Положение претендента, которого отмена публичного обещания награды застигла врасплох в разгар его деятельности [по выполнению задания], ничем не отличается от положения акцептанта в договорах между отсутствующими, который таким же образом столкнулся с отзывом оферты. Оба в расчете на слово оферента предприняли то, что он хотел, и должны теперь узнать, что по причине изменения им своей воли для них закрыта дорога к обещанному. Как в одном, так и в другом случае оферент должен был представлять себе при отзыве возможные негативные последствия этого. Если он тем не менее решается на это, то он не проявляет заботливости, какую должен иметь по отношению к другой стороне при заключении договора, т.е. совершает *culpam in contrahendo*. В обоих случаях отмена с его стороны останавливает своим вмешательством возникновение договорного отношения, срывает

¹ *Unterholzner*, *Lehre von den Schuldverhältnissen*, Bd. I, S. 53; *Puchta*, *Pandekten*, § 259; *Sintenis*, указ. соч.; *Arndts*, *Pandekten*, § 241.

² *Синтенис* в указ. соч.: «поскольку иначе он будет поставлен этими затратами в невыгодное положение».

³ *Фон Савиньи* (*von Savigny*, *Obligationenrecht* II, S. 90) достигает того же результата через *act. doli*.

деятельность другой стороны, им самим вызванную и его самого интересовавшую. Не следует лишь вводить себя в заблуждение различием фактических составов обоих случаев. В договорах между отсутствующими действие (*das Handeln*), вызванное еще не акцептованной офертой, не создает требования о возмещении убытков (с. 221). Почему же здесь так? Основание такого различия очевидно. Если там получатель оферты хотел бы получить удовлетворение по такому требованию, оферент бы ему возразил: «Почему ты, прежде чем начал действовать, не акцептовал оферту? У тебя есть средство сделать свое положение надежным, и ты им не воспользовался; в неблагоприятных последствиях своего преждевременного действия ты должен винить не меня, а самого себя». Напротив, обещавший награду не может в этом упрекнуть претендента на награду, так как последний никак не мог и не должен был сначала словами акцептовать, а должен был сразу же начать с действия. В договорах, как и в публичных обещаниях награды, отвечает отзывающий, который побудил другого к совершению предусмотренного договором действия (*zu einem contractlichen Handeln*), однако в первых говорить о побуждении (*Induciren*) можно только тогда, когда получивший оферту совершил акцепт, не зная об отзыве, во вторых же – предварительно совершаемый акцепт невозможен вследствие воли обещавшего и ввиду цели сделки.

Из сказанного следует, что претендент не должен доказывать, что его действия также достигали ожидавшегося результата. Совершенно нет смысла доказывать это в тех многочисленных случаях, когда между претендентами возникла конкуренция по поводу награды, но из-за отмены обещания преждевременно прекратилась.

Напротив, собственная *culpa* [претендента], как и во всех случаях *culpa in contrahendo*, делает требование о возмещении убытков невозможным. Так, если ради объявленного приза кто-то появился, например, на скачках с совершенно негодной лошастью, то он не может, когда узнает об их переносе, требовать возмещения расходов на поездку. Точно так же я бы отказал в иске, если обещавший докажет, что действия истца не привели бы к победе и в том случае, если бы оферта не была отозвана: в таком случае он не нес убытки из-за отмены [обещания], а ведь это – основание нашего иска.

Другой случай применения этого иска, повод которому может дать публичное обещание награды, уже рассмотрен выше (с. 226), и здесь мне нечего добавить.

Я заканчиваю эту работу выражением надежды, что, несмотря на тщательность, с которой я подошел к рассмотрению целой коллекции относящихся сюда случаев, от меня могли ускользнуть некоторые из них, и я обращаюсь к каждому, кто в состоянии написать для меня работу, с просьбой прислать мне ее, чтобы я мог ее использовать для дальнейшей проверки этого учения.

ДОПОЛНЕНИЕ

Во время набора этой работы ко мне попал первый выпуск т. 43 «Архива цивилистической практики», в котором на с. 94–120 можно найти сочинение г-на, профессора Фукса из Марбурга «Некоторые вопросы телеграфного права»¹, которое рассматривает обсуждавшийся выше (с. 196–197 и 248) случай с депешей, причем со ссылками на появившуюся в прошлом году, но до сих пор бывшую для меня недоступной работу Ройшера в «Журнале немецкого права» (Zeitschr. für deutsches Recht, B. 19) «Телеграфное право, в частности ответственность за неверное или запоздалое телеграфирование»² (с. 271–320) и «Решение Земского суда Кёльна от 28 июля 1856 г. касательно ответственности при телеграфировании сообщений с примечаниями Ройшера»³ (с. 456–477). Хотя обе работы не дали мне повода что-либо изменить в приведенном выше тексте, мне все же кажется необходимым – литературной законченности ради – еще их дополнительно здесь рассмотреть.

Ройшер согласен с решением Земского суда Кёльна в том, что существенное заблуждение в этом случае исключает возникновение договора (с. 290); напротив, он не хочет признавать (с. 292 и 472) основание, которым суд мотивировал решение, а именно ответственность другой стороны за вину в выборе средства доставки (Beförderungsmittel). Основание решения гласит:

«Принимая во внимание, что электронно-магнитный телеграф в настоящее время является более-менее непредсказуемым и ненадежным средством связи, поскольку как ускоряющая сила и ей противодействующая, тормозящие и замедляющие эффекты⁴ еще не изучены в достаточной мере, так и, несмотря на чисто механический характер операций, деятельность совершающего их персонала может легко стать источником ошибок, недоразумений и недопонимания по причине нестандартной спешки и скорости, с которой ему, по понятным причинам, приходилось работать, отчего и все государства, в чьих руках до сих пор находится телеграфное дело, не дают никакой гарантии; что поэтому тот, кто пользуется этим ненадежным средством для своей корреспонденции и не принимает меры предосторожности, которые дают уверенность в правильном сообщении, должен нести риск происходящих нарушений [связи] и недоразумений и возместить другому причиненные этим убытки (ст. 1382 BGB⁵)» и т.д.

¹ „Einige Fragen aus dem Telegrafenenrechte“.

² „Das Telegrafenenrecht, insbesondere die Haftpflicht aus unrichtiger oder verspäteter Telegrafirung“.

³ „Urteil des Landgerichts die Haftpflicht bei telegrafischen Briefen betreffend, mit Anmerkungen von Reuscher“.

⁴ Переводчик, к сожалению, не сумел разобраться в принципах работы телеграфной связи, отчего не отвечает за верность перевода данных технических терминов. Неизвестно также, разбирался ли в них цитируемый суд. – *Примеч. пер.*

⁵ Поскольку спор возник в прирейнской области, в нем мог применяться *Code civil*. Решение, кроме того, изложено в неповторимой манере французских судебных актов. Можно поэтому

Таким образом, вынесший решение суд исходил, как видно, из той же точки зрения, которую я пытался обосновать, – из позиции [о наличии] *culpaе*, и разве что не высказался подробнее по вопросу, должна разумеется здесь *culpa* внедоговорная (которую единственно имеет в виду ст. 1382) или договорная¹.

Ройшер оспаривает правильность этого взгляда. Ведь даже если телеграф не дает такой же надежности, как обмен письмами, просто некого делать ответственным за использование телеграфа – средства сообщения, принятого в среде предпринимателей и у органов публичной власти – да и всего мира! – хотя и менее надежного, чем почта, однако совершенно незаменимого. «Необычная спешка и скорость, с которой занятому на нем персоналу, по понятным причинам, приходилось работать» случаются на почте или у железных дорог не реже, однако ответственность за это нельзя возлагать на отправителя. И если адресат получил и выполнил телеграмму и потом сам воспользовался телеграфом, как может он после этого упрекать в чем-либо отправителя? Используя Кохом аналогию (*Deutsches Eisenbahnrecht*, Abth. 2, S. 351, N. 3) ответственности отправившего нарочного за его ошибку Ройшер отклоняет, оспаривая вообще наличие этой ответственности: «Кто поверил ненастоящему посланнику или услышал от настоящего посланника нечто большее, чем тому доверили передать, должен сам отвечать за свою доверчивость; он может жаловаться только на того, кто его обманул». При любых ошибках в депеше, касаются они адреса, имени отправителя или содержания, договор лишь как же т с я заключенным, но отправитель отвечает только за свое действительное волеизъявление. Модификация происходит лишь тогда, когда последний принимает на себя риск ошибки, что молчаливо должно признаваться (*geschehe*) в поручении с незамедлительным исполнением и презюмироваться при длительности договорного отношения адресата с отправителем (особенно комиссионера или служащего последнего). Точно так же, если, например, ошибка телеграфиста была вызвана неразборчивостью его почерка. Напротив, если обратным телеграфированием не была проведена сверка депеши с оригиналом, нельзя усмотреть вины с его стороны ввиду того, что

с уверенностью утверждать, что имеется в виду ст. 1382 Французского гражданского кодекса 1804 г., в которой установлена предельно общая норма, что каждый отвечает за убытки, виновно причиненные другому лицу («*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*»). К слову, именно абстрактный характер данного положения позволил ввести во французское право преддоговорную ответственность, не прибегая к законодательному вмешательству; непосредственно на этой статье основана соответствующая судебная практика и сегодня. А поскольку данное положение устанавливает внедоговорную ответственность, то и преддоговорная ответственность во французском праве считается внедоговорной, в отличие от концепции *culpaе in contrahendo* автора. Данное решение особенно примечательно тем, что показывает, как европейские суды в ситуации, когда законом установлен генеральный деликт, одинаково и независимо друг от друга пользуются этим для введения преддоговорной ответственности. – *Примеч. пер.*

¹ Сегодня можно с уверенностью сказать, что внедоговорная (см. предыдущее примеч. пер). – *Примеч. пер.*

сверка более не предусмотрена Регламентом Германо-Австрийского телеграфного общества (deutsch-österreichisches Telegrafien-Verein) 1857 г.

Впечатление от первого сочинения Ройшера позволяло, как мне должно было показаться (точно так же: Фукс, указ. соч., с. 101 (сн. 10)), заключить, что он не одобрил решение кёльнского суда, однако во втором сочинении, на с. 477, он объявляет о своем согласии с ним, используя такое основание: кёльнский торговый дом тем, что передавалось очевидно срочное поручение, молчаливо принял на себя ответственность за возможные недочеты при телеграфировании; обратная связь со стороны истца с учетом данных обстоятельств не представлялась возможной, потому что связанная с этим задержка во времени воспрепятствовала бы совершению порученной сделки.

Фукс вообще пытается обосновать положение, что, если из-за неверного телеграфирования возникли убытки, их должен нести не отправитель, а получатель. Это положение, по его мнению, нельзя вывести через позицию [о наличии] *culpa*: поскольку телеграф ввиду преимуществ, сильно перевешивающих риск – а другими способами вообще недостижимых, – должен стать обычным средством связи для всего общества, «данное свойство исключает понятие *culpa* при его использовании». С другой же стороны, отсутствие сверки с оригиналом посредством обратного телеграфирования – как меры, находящейся за пределами обычной осмотрительности, – не может быть поставлено в вину отправителю. Тем не менее, на его взгляд, ответственность может быть обоснована тем, что отправитель признает депешу своим волеизъявлением [в том виде], как она и сходит, и ради «преимущества в скорости, которое ему в той же степени не способно дать ни одно средство коммуникации, должен смириться с риском, который является необходимым следствием сообщения посредством телеграфа ввиду его технического устройства». Через выбор этого средства связи он всегда молчаливо принимает на себя риск – не потому, что он в этом виноват, а потому, что он его создал в своем собственном интересе. Это молчаливое предоставление гарантии должно предполагаться во всех случаях – не только в тех, которыми его ограничивает Ройшер. Поручение о незамедлительном совершении действия неявно содержится в каждой депеше – уже в том, что было использовано это, а не другое средство связи. А то, что отправитель и адресат состоят для нас или краткосрочном отношении, ни о чем не говорит, поскольку, если бы вдруг определяющим был взгляд, что искажение [воли при составлении] депешы исключает согласие и потому ответственность, этот взгляд подлежал бы применению в первом случае не в меньшей степени, чем во втором.

Если представленный Ройшером взгляд вообще можно считать допустимым, то его можно оправдать только тогда, когда Фукс применяет его во всех случаях сообщения посредством телеграфа, и я полностью согласен со всем тем, что он говорит против Ройшера. Однако то, что они оба приво-

дят против взгляда на *culprat*, воспринятого кёльнским судом и, независимо от него, мной, не могло меня убедить в его неправильности. Ибо:

1) то обстоятельство, что использование телеграфа *общепринято* и без него уже не обойтись, не исключает то его качество, что это *ненадежное* средство связи. В жизни не реже используются – если не чаще – посланники, и если за мерку берется то, что обычно происходит, то тогда использование обоих средств определенно нельзя признать за *culprat*. Однако если брать за мерку пригодность средства, нужно признать, что оба средства уступают по надежности *собственному* устному или письменному сообщению и что, пользуясь ими, отваживаясь на это, человек *рискует*. Он «создает», как выражается сам Фукс, «риск»; я не знаю, почему в этом случае нельзя было бы сказать «он был тому *виной*». Он имел выбор между абсолютно надежным и, как можно судить по опыту, ненадежным средством; он решает ввиду *собственных* интересов в пользу последнего, чем подвергает опасности другую сторону, – это ли не *culpra*?

2) то, что Регламент 1857 г. отменил сверку, имеет лишь то значение, что ее нельзя теперь требовать за *ту же* плату, но не то, что отправитель депеши, если он настаивает на обратном телеграфировании и также платит ради нее сбор как за вторую депешу, не смог бы ее добиться вообще. Если он позволяет себе сэкономить за счет этой меры предосторожности, то ему можно ставить в вину то, что не было использовано единственное удовлетворительное средство избежать ошибки. И в том, что все так неосмотрительно поступают, я не вижу основания, чтобы не рассматривать такое поведение в качестве *culpaе*.

Впрочем, когда Ройшер предлагает освободить отправителя *посланника* вообще от любой ответственности за ошибку последнего, я хотел бы спросить, почему те же основания, по которым он объявляет ответственным отправителя депеши, не должны иметь того же значения и в случае с посланником. Ведь совершенно одинаково положение адресатов, которые тем или иным способом получают поручение о *незамедлительном* совершении действия: в обоих случаях, здесь, как и там, он не мог и не должен был удостоверяться в аутентичности сообщения, переспрашивая у отправителя. Или кучер должен, вместо того чтобы согласно заказу сразу тронуться в путь, послать кого-нибудь убедиться, что посланник ничего не перепутал? По моему мнению, Кох, ставя оба случая на одну доску, поступает совершенно правильно, и даже отправитель депеши в приведенном им случае, добровольно признавая за собой обязанность возместить убытки, только доказывает, что здоровое правовое чувство обычного человека по общему правилу совпадает с тем, что юриспруденции приходится обосновывать лишь путем хлопотной теоретической дедукции.

Перевод с немецкого выполнен
М.Б. Жужаловым, юристом