

IVRIS PRAECEPTA SVNT HAEC:
HONESTE VIVERE, ALTERVM NON LAEDERE,
SVVM CVIQVE TRIBVERE

(VLPIANVS LIBRO PRIMO REGVLARVM. D. 1.10.1)

**PUBLICA VNIVERSITAS
STVDIORVM MOSCOVIAE
«LOMONOSOV»
FACVLTA IVRIDICA**

**ACADEMIA SCIENTIARVM
RVSSIAE
INSTITVTVM
HISTORIAE VNIVERSALIS**

CENTRVM IVRIS ROMANI INVESTIGANDI

IVS ANTIQVVM



II (XXXIV)

Moscoviae MMXVI

МОСКОВСКИЙ
ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
им. М.В. ЛОМОНОСОВА
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

РОССИЙСКАЯ
АКАДЕМИЯ НАУК
ИНСТИТУТ
ВСЕОБЩЕЙ ИСТОРИИ

ЦЕНТР ИЗУЧЕНИЯ РИМСКОГО ПРАВА

ДРЕВНЕЕ ПРАВО

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ



2 (34)

Москва 2016

УДК 34(075.8)
ББК 67.99(2)95
Д 73

Настоящий номер издается при поддержке
Университета г. Сассари, Италия

Questo volume è pubblicato con il contributo
dell'Università di Sassari, Italia

ДРЕВНЕЕ ПРАВО: Научно-практический журнал. No. 2 (34). — М.: ИД В. Ема, 2016. — 276 с.

ISSN 2309-4567

Данный том продолжает периодическое издание общероссийского научного журнала по римскому праву и его рецепции. Издание рассчитано на публикацию статей не только российских ученых, но и западных романистов, с тем чтобы ближе познакомить отечественных исследователей с достижениями западной романистики. Вместе с тем совместные публикации позволяют установить более тесный и плодотворный научный контакт между российскими и западными учеными. В целях ввода в научный оборот России возможно большего числа источников по римскому праву и его рецепции в каждом номере публикуются новые, ранее не переводившиеся на русский язык труды древних юристов. Приглашаем юристов и историков России и других стран присылать свои статьи, рецензии и другие материалы для публикации в нашем журнале.

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

М.В. Бибиков, С.И. Герасимов, Я. Заблоцки, А. Корбино, Ф. Сини
(зам. гл. редактора), Е.А. Суханов (председатель редакционного совета),
А.О. Чубарьян

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

Л.Л. Кофанов

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

О.В. Ауров, Е.В. Белякова, С.С. Бугрова, В.В. Дементьева, А.А. Иванов,
А.С. Карцов, А.В. Копылов, Н.А. Крашенинникова, Е.В. Ляпустина,
А.В. Марей, И.Л. Маяк, П. Ничипорук, Р. Орту, А.Д. Рудоквас, В.А. Савельев
(зам. гл. редактора), О. Сакки, М. Скрейпек, А.Л. Смышляев, И.Е. Суриков,
А.И. Солопов, А. Тайцлин, К. Танев, П. Тодини, В.А. Томсинов,
В.И. Уколова, Ф.Р. Фернандес де Бухан Фернандес,
И.С. Филиппов, Э.Д. Фролов, А.М. Ширвиндт

РЕДАКЦИЯ

А.В. Еремин, Д.А. Литвинов, И.В. Лушникова,
А.А. Панов (отв. секретарь), Е.С. Марей, Д.Ю. Полдников,
А.В. Рудаков, С.Я. Сомова

К 1203020200-003 без объявл.
4Ф3(03)-95

© Центр изучения римского права, 2016
© «Издательский дом В. Ема», редподготовка, оформление, 2016

INDICE

СОДЕРЖАНИЕ

DIRITTO GRECO

ГРЕЧЕСКОЕ ПРАВО

Lenskaja V.S. (Mosca).
Exeghetai in Atene come esperti
delle leggi divine ed umane

8 Ленская В.С. (Москва).
Экзегеты в Афинах как знатоки
законов божеских и человеческих

DIRITTO ROMANO

РИМСКОЕ ПРАВО

Sacchi O. (Napoli).
La «proprietà quiritaria»
tra natura e diritto. La sua fun-
zione economica nel sistema del
diritto pubblico romano e in chiave
attuale (fine)

24 Сакки О. (Неаполь). «Квирит-
ская собственность» между при-
родой и правом. Ее экономиче-
ская функция в системе римского
публичного права и в разрезе
современности (окончание)

Vasiliev A.V. (San-Pietroburgo).
Sul problema dell'evoluzione
dell'istituto del potere del magistrato
a Roma negli anni 342–227 a.C.

54 Васильев А.В. (Санкт-Петербург).
К вопросу об эволюции
института магистратской власти
в Риме в 342–227 гг. до н.э.

Liapustina E.V. (Mosca).
Roma e le province:
diritto romano tra teoria e pra-
tica (Pegaso sulla giurisdizione
municipale)

74 Ляпустина Е.В. (Москва).
Рим и провинции: римское пра-
во между теорией и практи-
кой (Пегас о муниципальной
юрисдикции)

Zabłocka M. (Varsavia).
Le origini romane
delle tecniche legislative

86 Заблоцка М. (Варшава).
Римские истоки
законодательной техники

Skřejpek M. (Praga).
«Publicum» nella concezione dei
giuristi romani (il 16° e 17° titolo
del 50° libro del Digesto)

99 Скрейпек М. (Прага).
«Publicum» в концепции рим-
ских юристов (16-й и 17-й титу-
лы 50-й книги Дигест)

DIRITTO ROMANO
IN OCCIDENTEРИМСКОЕ ПРАВО
НА ЗАПАДЕ

Marey E.S. (Mosca).
Definizione del *ius gentium*
e il suo posto nel diritto secondo
Isidoro di Siviglia

114 Марей Е.С. (Москва). Определе-
ние *ius gentium*
и его место в разделении права
у Исидора Севильского

**DIRITTO ROMANO
E ATTUALITÀ**

Kofanov L.L. (Mosca).
Il Principio «*omne ius quo utimur uel ad personas pertinet uel ad res uel ad actiones*» (D. 1.5.1)
e la sua attualità sia per il diritto pubblico romano antico che per quello attuale

Todini P. (Roma).
La responsabilità del giudice: un'indagine sulle radici romanistiche della disciplina nazionale, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea

DALL'EREDITÀ SCIENTIFICA

Pacchioni G.
Il concetto di obbligazione: da F.C. di Savigny al Codice civile tedesco

ATTIVITÀ SCIENTIFICA

Kofanov L.L. (Mosca)
Recensione al libro: *Digesta neboli Pandekty, svazek I, kniha I-XV, vybrané části*. Red. M. Skřejpek. Univerzita Karlova v Praze: Nakladatelství Karolinum, 2015

SUPPLEMENTO

Il Codice di Giustiniano degli avvocati.
Traduzione di E.V. Liapustina, L.L. Kofanov ed altri. Preparazione del testo latino, introduzione, commento e redazione di L.L. Kofanov (Mosca)

**РИМСКОЕ ПРАВО
И СОВРЕМЕННОСТЬ**

130 Кофанов Л.Л. (Москва).
Принцип «*omne ius quo utimur uel ad personas pertinet uel ad res uel ad actiones*» (D. 1.5.1)
и его актуальность как для римского, так и для современного публичного права

157 Тодини П. (Рим). Ответственность судьи: исследование римских корней национально-го законодательства, в том числе в свете практики Суда Европейского Союза

ИЗ НАУЧНОГО НАСЛЕДИЯ

184 Паккиони Д.
Понятие обязательства: от Ф.К. фон Савиньи до Германского гражданского уложения

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

210 Кофанов Л.Л. (Москва)
Рецензия на книгу: *Digesta neboli Pandekty, svazek I, kniha I-XV, vybrané části*. Red. M. Skřejpek. Univerzita Karlova v Praze: Nakladatelství Karolinum, 2015

ПРИЛОЖЕНИЕ

218 Кодекс Юстиниана об адвокатах.
Перевод коллектива переводчиков: Е.В. Ляпустиной, Л.Л. Кофанова и др. Подготовка латинского текста, введение, комментарии и редактирование Л.Л. Кофанова (Москва)

Д. ПАККИОНИ

**ПОНЯТИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА:
ОТ Ф.К. ФОН САВИНЬИ
ДО ГЕРМАНСКОГО ГРАЖДАНСКОГО
УЛОЖЕНИЯ**

*Книга Савиньи об обязательствах стала отправной точкой для дальнейшей дискуссии о правовой природе обязательства, которую он определил как власть над действием должника. Предложенные некоторыми пандектистами в полемике с теорией Савиньи концепции обязательства как власти над имуществом должника также не могли адекватно ответить на многие вопросы теории и практики обязательственного права. В связи с этим было предложено разграничивать долг и обязательство как два абсолютно разных понятия. Доктрины *ius Germanicum* в понятии «Haftung» отождествили понятие обязательства с ответственностью за неисполнение долга (*Schuld*). Паккиони поддержал эту точку зрения, полагая ее наиболее адекватной.*

Ключевые слова: *обязательственное право, обязательство, долг, римское право, германское право, ответственность, гарантия, Schuld, Haftung, nexum, obligatio, debitum.*

*The book of Savigny on the law of obligations became a starting point for the further debate about the legal nature of the obligation, which he had defined as a control over the debtor's activity. The notion of the obligation as a control over the debtor's property, proposed by some Pandectists in polemics with Savigny's theory, as well failed to give an adequate answer to a number of questions regarding the theory and practice of the law of obligations. The discussion resulted finally in the idea to differentiate debt and obligation as two absolutely different concepts. The doctrines of *ius Germanicum* in the notion of Haftung identified the concept of obligation with the liability for the non-performance of the debt (*Schuld*).*

Keywords: *Schuld, Haftung, obligatio rei, personal obligation, obligatio, debitum, Roman law, Germanic law, law of obligations, obligation, nexum.*

От РЕДАКЦИИ

Предлагаемая вниманию читателя статья представляет собой сокращенный перевод¹ первой главы пространного аналитического комментария, которым снабдил издание итальянского перевода² монографии Ф.К. фон Савиньи «Обязательственное право» известный итальянский цивилист и романист XX в. Д. Паккиони. Редакция нашего журнала считает необходимым опубликовать этот текст, откликаясь (хотя и с известным опозданием) на предпринятое в 2004 г. в Санкт-Петербургском издательстве «Юридический центр Пресс» переиздание дореволюционного русского перевода той же книги Ф.К. фон Савиньи³. Всячески приветствуя это полезное начинание петербургских издателей, вместе с тем необходимо отметить чрезмерную лаконичность предпосланной данному изданию вступительной статьи, которая не позволяет современному читателю в полной мере осознать значение указанной работы для европейской цивилистической традиции, а равно степень ее значимости для современной доктрины. Воспринятая вне систематического контекста, эта книга классика цивилистической мысли Германии может оказаться недооцененной, или, напротив, ее идеи могут быть некритически восприняты даже в тех аспектах, где наследие пандектистики в итоге подверглось ревизии в ходе дальнейшего развития доктрины. Намереваясь отчасти восполнить отмеченный недостаток, считаем своим долгом предложить вниманию вдумчивого читателя добротный анализ развития понятия обязательства в германской цивилистике XIX в., начало которому положил Савиньи и венцом которого стало Германское гражданское уложение.

Поскольку для опубликования оригинального фрагмента комментария в виде статьи требовалось снабдить его заглавием и заключением, переводчик взял на себя смелость сделать эти необходимые дополнения.

* * *

§ 1. Введение

С 1851 г., когда появился первый том книги Савиньи, не прекращались исследования и споры на тему концепции обязательства, и если в определенный момент кто-то начинал сомневаться, не является ли эта задача

¹ Перевод текста с итальянского оригинала выполнил профессор кафедры гражданского права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, доктор юридических наук А.Д. Рудоквас.

² См.: di Savigny 1912–1915, 489–526.

³ См.: Савиньи 2004.

безнадежной, и полагать, что доктрина не сможет продвинуться далее, потерявшись в темном лесу юриспруденции понятий, то все же вскоре выяснялась великая правда утверждения, что научное исследование, даже сбиваясь с пути, никогда не является бесплодным.

Результат краткого анализа всех теорий и полемических дебатов, касающихся данной темы, на самом деле состоит в том, что хотя и с трудом, но наука продвигалась вперед к решению этой проблемы, которая в конце концов прояснилась и, как кажется, нашла свое решение. Я попытаюсь суммировать здесь это движение доктрины и высветить фундаментальные результаты, полученные ею.

§ 2. Критика теории Савиньи Бринцем

Савиньи определял обязательство как «власть кредитора над отдельным действием должника (*ueber eine Handlung des Schuldners*)» и рассматривал это действие как «отделенное от свободной воли действующего лица»⁴. Итак, Савиньи склонялся к тому, чтобы дать обязательству, рассматриваемому как власть кредитора, некий объект. По причине того, что личность должника во всей своей полноте не могла быть этим объектом, чему препятствует принцип личной свободы, он постарался представить его состоящим в отдельном единичном действии, абстрагированном от личности должника и представленном как некая вещь в себе.

В ответ на это Бринц обратил внимание на то, что понятие власти, с помощью которого Савиньи пытался определить римское обязательство, непереводаемо никаким латинским термином, поскольку кредитор не может называть себя «*dominus*» в отношении должника и обязательственное отношение римляне никогда не обозначали термином «*dominium*». Отсутствует в римской юридической терминологии и какой-либо латинский термин, корреспондирующий немецкому слову «*Handlung*», которым обозначается действие должника. Затем, римлянам совсем не свойственно изображать действие должника как нечто отдельное от его свободной воли.

Кроме этих возражений терминологического характера Бринц, переходя к рассмотрению существа концепции Савиньи, конечно, признавал, что поскольку обязательство предполагает существование кредитора и должника, постольку оно также предполагает некое действие, которое должник должен исполнить или воздержаться от его исполнения, но он энергично протестовал против того, чтобы рассматривать это действие должника как объект власти кредитора⁵.

⁴ Savigny 1851, 339.

⁵ Brinz 1853.

Он писал: «Как вообще можно понять то, что какое-то действие может быть объектом некоей власти? Прежде всего невозможно понять, как власть может осуществиться над действием, пока это действие не исполнено, поскольку до этого момента действие может быть мыслью, намерением, волей, решением, но оно еще не является действием; однако невозможно даже понять и власть над действием, которое уже совершено, ибо если до этого момента действие еще не существует, то после него оно уже более не существует»⁶.

Если все же желательно признать власть над действием, приходится допустить ее в момент, когда оно должно быть исполнено. Итак, если предположить, например, что обязательство возникло из займа, в котором объект власти кредитора состоит в уплате долга, то оказалось бы, что эта власть кредитора располагала бы своим объектом только в момент уплаты.

Однако и это недопустимо, поскольку в момент уплаты мы не замечаем со стороны кредитора ни слова, ни жеста, представляющего собой проявление этой власти, в то время как со стороны должника мы не видим ничего, кроме спонтанного акта. Таким образом, мнимая власть кредитора над действием своего должника стоит в противоречии с нашим способом видеть, с нашим языком и с тем понятием действия как чего-то в существе своем свободного, которого мы придерживаемся. И в момент исполнения она в любом случае проявила бы себя слишком поздно⁷.

Осудив, таким образом, теорию Савиньи, приписывая ей тот смысл, который вытекает из буквального понимания слов, которыми Савиньи воспользовался для того, чтобы ее сформулировать, Бринц приступил к ее критике с других позиций, допуская, что Савиньи понимал власть кредитора над определенным действием должника как приписываемую кредитору власть побуждать или принуждать должника исполнить его. Здесь Бринц отмечает, что, даже будучи понято таким образом, определение Савиньи по меньшей мере неудовлетворительно. Собственник вещи тоже может принудить любое третье лицо, владеющее ею, возратить ему эту вещь, хотя и не является кредитором. По этой причине определение Савиньи неудовлетворительно, поскольку раз эту власть, которую он сделал существом своего определения, может осуществить и лицо, кредитором не являющееся, то данное определение не отграничивает в полной мере определяемого им объекта от всех прочих.

Но, также абстрагируясь от этого наблюдения, определение Савиньи не выдерживает серьезной критики, поскольку неверно то, что обязатель-

⁶ Brinz 1853, 3–4.

⁷ Затем Бринц там же подверг энергичной критике определение Пухты, для которого обязательство представляло собой право кредитора не над действием (*über eine Handlung*), а на действие (*an eine Handlung*).

ство дает кредитору власть принудить физически должника к исполнению определенного действия. Бринц указывает, что этой власти не существует, поскольку не существует физически принудительных действий, а существует власть судебного принуждения, которая должна быть предоставлена в распоряжение кредитора и посредством которой часто можно добиться если не действия должника, то по крайней мере исполнения обязательства. Но эта сила сама по себе обязательством не является, но лишь с ним связана. Обязательство не является само по себе властью, но представляет собой право получить такую власть.

Бринц, подвергнув критике теорию Савиньи, заявил, что сам он не желает еще пытаться заменить ее некой иной теорией. В этом своем первом печатном труде он ограничился замечанием, сколь полезно уделять преимущественное внимание (как это делает римская терминология) долгу должника скорее, чем праву кредитора, и показал, что существуют обязанности, которые не называются «обязательствами» (*obligationes*). Различие между обязанностями в чистом виде или долгами и обязательствами составляет тяжелую проблему для пандектистской и цивилистической доктрин. Например, Пероцци⁸, попытавшись показать, что любой из критериев, предложенных различными авторами, является неприемлемым, закрывает дискуссию, заявляя, что она имеет лишь историческое значение. Мы не можем следовать доктрине Пероцци. Разграничение между долгами или юридическими обязанностями, с одной стороны, и обязательствами – с другой, имеет ценный рациональный фундамент сегодня так же, как в римскую эпоху. На наш взгляд, трудности, с которыми часто сталкивается доктрина в этом вопросе, зависят от того, что она идентифицировала *obligatio c debitum*.

§ 3. Различные попытки заменить теорию Савиньи

Мы еще увидим, как позднее Бринц бросил яркий и живой луч света на римскую концепцию обязательства. Но сначала кратко рассмотрим другие попытки заменить теорию Савиньи.

Одобрив критику Бринца, авторы более позднего времени соглашались с тем, что обязательство нельзя определять как право господства над чем-либо или право на некое предоставление. Однако почти всегда оставаясь в круге идей, близких теории Савиньи, они искали другую формулу и поверили, что нашли ее, утверждая, впрочем, бездоказательно, что обязательство суть право получить действие (*ein Recht auf eine Handlung*), и объясняя, как это делает Виндшейд, что «как и все права, обязатель-

⁸ Perozzi 1903, 16 e seg.

ственные права содержат в себе предписание правопорядка, приписываемое управомоченному лицу как его собственное, и содержание этого предписания, как и всех предписаний правового порядка, состоит в том, что тот, к кому обращено данное предписание, определенным образом сводит свою свободную волю к определенному рода внешнему ее изъясвлению, которое он определенным образом осуществляет»⁹.

Однако, рассуждая таким образом, Виндшейд не заметил того, что он не определил обязательство как юридический институт, а только сделал очевидным, что общего оно имеет с другими юридическими долгами. Таким образом, данного наблюдения достаточно, чтобы показать, что Виндшейду не удалось продвинуть вперед это исследование, поскольку он держался за определение обязательства. Более того, своим великим авторитетом он побудил многих бродить вокруг да около этой проблемы вместо того, чтобы подойти к ней вплотную.

Более плодотворными стали попытки других немецких пандектистов, среди которых надо назвать специально Кеппена¹⁰ и Шотта¹¹. Эти попытки Виндшейд назвал легко опровержимыми, но сам так и не попытался их опровергнуть ни единым словом.

По Кеппену, обязательство следовало бы определить как право на стоимость вещи, являющейся предметом требования, и, вследствие этого, как право на все имущество должника, рассматриваемое как комплекс всех принадлежащих ему ценностей. Шотт нашел в этом определении много оснований для критики, однако полагал оправданным его главный тезис, согласно которому обязательство должно быть определено как право на имущество должника. Он только предложил понимать имущество не в объективном экономическом смысле, а в субъективном и юридическом. Имущество должно пониматься не как сумма экономических благ, имеющих отношение к должнику, — *universitas bonorum*, — а как комплекс прав, к нему относящихся (*universitas facultatum*). Таким образом, здесь имущество понимается в том смысле, который ему дает этимология, т.е. в смысле власти, и в более тесном смысле власти юридической. Немецкий автор использует слова «*Vermogen*» и «*Macht*», которые напрямую не корреспондируют итальянским словам «*patrimonio*» и «*potere*». Однако его выводы передают смысл, позволяющий заменить эти слова их итальянскими эквивалентами. Эта власть состоит из комплекса относящихся к одному лицу правомочий в отношении благ, имеющих стоимостное

⁹ Windscheid 1887, § 250, 2.

¹⁰ Köppen 1862, 246–248.

¹¹ Schott 1873.

выражение. Следовательно, в рамках этой концепции обязательство представляет собой право кредитора на право должника.

В том же круге идей находится Беккер, который рассматривает обязательство как отдельный фрагмент той власти, которую должник имеет над своим имуществом¹². Обязываясь, должник распоряжается некой долей своей власти над имуществом. Беккер на с. 10 своего труда настаивает на том, что это не противоречит тому, что и после такого распоряжения все имущество сохраняется в распоряжении должника, и тому, что он, следовательно, может лишиться права кредитора его содержания. Такое право у него есть, но оно во многом ослаблено тем фактом, что любое новое приобретение, которое должник делает впоследствии, дает новое содержание праву его кредиторов. Кроме того, надо учитывать и интерес самого должника в том, чтобы не лишиться своего имущества. Эта ограниченность произвола должника вытекает из запрета расточительства и из возможности отмены актов, предпринятых им в обман кредиторов. «Несмотря на опасность его нарушения должником, которой подвергается обязательство, невозможно отрицать, что обязательство сохраняет характер права на его имущество; вспоминается также о праве залога на лавку с товарами и о принципе *Hand wahre Hand*»¹³.

Итак, Кеппен и Шотт попытались дать определение обязательства, не обращая внимания и даже абстрагируясь от действия должника и, таким образом, избегая всех трудностей, с которыми столкнулись авторы, рассматривавшие действие должника как более или менее непосредственный объект права кредитора.

Тот же метод воспринял впоследствии Гартманн в книге, которая вновь подлила масла в огонь дебатов о концепции обязательства¹⁴. Гартманн отталкивается в своих рассуждениях от двух специальных римских правил: *concursum causarum lucratarum*¹⁵ и *impossibilium nulla obligatio*¹⁶. Базируясь на них, он приходит к выводу, что для концепции обязательства какая-либо деятельность должника не является существенным пунктом. По его мнению, сущность обязательства состоит в достижении кре-

¹² Bekker 1902, 1–30.

¹³ Ibid., 10.

¹⁴ Hartmann 1875.

¹⁵ Конкуренция двух различных оснований одного безвозмездного предоставления. Например, если вещь, которая была завещана по завещательному отказу, была подарена наследником тому же лицу, которое было вправе требовать передачи ему этой вещи в собственность во исполнение воли завещателя. — *Примеч. пер.*

¹⁶ Невозможное не обязывает (лат.).

дитором того, что ему причитается по обязательству, независимо от того, кто и каким образом это осуществит. Когда обязательство существует, оно существует только для достижения какой-то цели кредитора. И, по Гартману, именно этим оно отличается от права собственности и других вещных прав. Право собственности и другие вещные права существуют независимо от той цели, служить которой их может заставить тот, кто наделен этим правом, в то время как обязательство существует только до того момента, когда будет достигнута та цель, которую оно имеет для кредитора. По этой причине обязательство должно быть определено как правовое давление (*eine Spannung*) в отношении достижения некой цели, и обязанный должник фактически не более чем инструмент, средство для того, чтобы добиться удовлетворения кредитора.

Остроумные рассуждения Гартманна по отдельности были подвергнуты критике Пернисом¹⁷, Шойрлом¹⁸, Феррини¹⁹, Тоном²⁰ и многими другими.

Пернис согласился с Гартманном в том, что «действия должника, как правило, не более чем инструмент, посредством которого реализуется цель обязательства, которая состоит в том, чтобы удовлетворить определенный интерес кредитора, предопределенный и определенный на базе определенного основания». Он признал, что «неправильно говорить о праве кредитора на действие должника на основании лишь того факта, что кредитор перед лицом своего должника может иметь приятное впечатление возможности заставить того признать свою волю превалирующей». Однако он считал невозможным следовать этой точке зрения настолько, чтобы допустить, что «цель была возведена римлянами в степень интегрального элемента концепции обязательства». В то же время он не считал возможным заключить, что цель полностью чужда структуре вещных прав.

Шойрл, также принимая отдельные результаты изысканий Гартманна, в частности связанные с *concursum causarum lucratarum*, в то же время резко выступил против его главного тезиса о том, что цель является центральным пунктом и существом обязательства, заставляя исключить из рассмотрения действия должника. Шойрл, примыкая также к Савиньи, придерживается той точки зрения, что обязательство надо определить как право на действие, посредством которого должна быть реализована цель обязательства. Он предлагает интересную аргументацию: «Ничто

¹⁷ Pernice 1876, 318–333.

¹⁸ Scheurl 1876, 481–512.

¹⁹ Ferrini 1908, § 405.

²⁰ Tohn 1878, 191 ff.

не говорит о том, что по римскому праву кредитор имел право на личность или же имущество должника. Перед лицом кредитора обязан лишь должник, который должен был находиться в определенном состоянии ограниченной свободы... Теперь это состояние зависимости должника, внешне незаметное (*nicht wahrnehmbar*) и по существу юридическое, которое не уполномочивает кредитора на какие-либо действия, но дает и гарантирует ему уверенность в том, что в свое время он сможет сделать преваляющей свою волю... это состояние и есть то, что конституирует обязательство». Следовательно, стесняющие должника узы суть не что иное, как внешняя видимость этого его состояния юридической обязанности, ввиду которого он лишен возможности избежать исполнения.

Таким образом, Шойрл отделился самым основательным образом как от Гартманна, так и от Кеппена и Шотта, чтобы по существу вернуться к теориям, которые рассматривают обязательство с точки зрения деятельности должника. Разве что он пытается лучше уточнить ситуацию, в которой находится сам должник, определяя ее заключающейся в зависимости, так сказать, психологической, обязанной своим существованием давлению на него со стороны правопорядка.

По Шойрлу, кредитор постольку имеет право, поскольку должник имеет обязанность. Так обязательство возвращается к тому, чтобы быть тем, чем оно на первый взгляд является согласно римскому определению *vinculum juris quo necessitate adstringimur*²¹, т.е. неким давлением, реализуемым в правовом порядке для того, чтобы заставить должника осуществить определенное предоставление своему кредитору²².

Наконец, здесь мы должны упомянуть один труд Зома²³, хотя он последовал за другим трудом Бринца на ту же тему, к изложению содержания которого мы вскоре обратимся и который знаменует собой достойный упоминания этап в истории концепции обязательства. Зом в своей работе не смог уловить всей важности новой точки зрения, описанной Бринцем, и, напротив, оспаривает ее, поэтому хотя его работа и является хронологически последующей, однако по своему содержанию она относится к более архаичному доктринальному движению.

Отправной точкой в рассуждениях Зом служит противопоставление вещного права обязательственному праву. По Зому, вещное право пред-

²¹ Правовые узы, в силу которых мы связаны необходимостью что-либо исполнить (лат.).

²² Ср.: Ruck 1878, 37 ff., который придерживается легальных дефиниций и утверждает что *obstringi*, *necessitate adstringi* должны означать не принуждение, которое свойственно иску и исполнению, а поведение, которое должнику предписано правовой нормой, его юридический долг.

²³ Д. Паккиони не дает ссылки на работу Р. Зом, которую он имеет в виду. Ср.: Зом 1888. — *Примеч. пер.*

ставляет собой право воздействовать действием на данную вещь. Обязательственное право суть право на действие имущественного характера со стороны другого лица.

Имущественный характер является общим элементом для вещных и обязательственных прав. «Но форма этих двух видов имущественных прав различна. Вещное право состоит в праве действовать самостоятельно, обязательственное право состоит лишь в обязанности третьего лица, то есть должника, то есть только в праве на то, чтобы другое лицо действовало». Но это право кредитора «исчерпывается существованием обязанности должника». Оно состоит лишь «в долге, который имеет должник, а не в возможностях, которые должны приписываться кредитору». Затем Зом пытается продемонстрировать, что кредитор как таковой не имеет какой-то власти ни в отношении должника, ни в отношении его имущества. «Свобода должника совсем не остается вследствие наличия обязательства ограниченной, но скорее признанной. Существом вещных прав является возможность; существом обязательственных прав является невозможность». И после разных других замечаний он заключает: «То, что обязательственное право является не чем иным, как правом на свободное действие другого, имеющее имущественное значение в будущем, заключает в себе то определение, которое выражает, с одной стороны, невозможность и неспособность (*Unbefriedigkheit*) и с другой – способность произвести предоставление, которое свойственно обязательству»²⁴.

§ 4. Теория Бринца о понятии римской *obligatio*

После появления стольких противоречащих друг другу концепций в сфере теории и в сфере концептуальных реконструкций сама возможность прийти к позитивным результатам казалась утраченной. Однако под влиянием изучения германского права открылась новая страница в исследованиях, которая сумела внести бóльшую ясность в эту тему. Но первый решительный шаг на этом пути сделал Бринц²⁵.

В своей работе «Понятие обязательства»²⁶ Бринц, подвергнув критике прежние теории, определил обязательство как «право на личность должника», приведя в этом отношении достойную аргументацию как по пово-

²⁴ См. также: Puntschart 1893, 124 e seg.

²⁵ Ср., однако: Bekker 1873. Его критику теории Савиньи мы уже ранее продемонстрировали.

²⁶ Brinz 1874, 11–40. См.: Id. 1886, 371 ff.

ду римского права, так и относительно права современного²⁷. Для римского права он показал, что в нем *obligatio* представляет собой нечто по существу своему отличное от понятий «*obligo*» (обязанность) и «*debitum*» (долг). Он писал, что когда говорится, что лицо обязано, этим хотят выразить не то, что от этого лица ожидается то предоставление, к которому оно обязано, а то, что данное лицо является объектом, на который — подобно как на заложника или на предмет залога — в случае, если предоставления не последует, кредитор сможет обратиться с взысканием²⁸.

В этих словах уже довольно отчетливо проявляется противопоставление между понятиями «долг» (*debitum*), «быть должным» (*debere*), с одной стороны, и концепцией «обязательства» (*obligatio*) — с другой, или, как выражаются германисты, между *Schuld* и *Haftung*.

Но далее это противопоставление закреплено еще более четко с другой точки зрения. Бринц осуждает частое смешение в доктрине понятий «обязанность» и «обязательство» (*Verpflichtung und Obligation*), поскольку обязанность признается долгом, который в первую очередь имеет этический характер и принимает во внимание намерение. Если говорится, что Тиций должен, имеется в виду некое состояние его воли. Напротив, римские термины «*obligatio*», «*vinculum*», «*teneri*» и т.д. выражают идею не долга, а ответственности, гарантии, которой соответствует физическая власть над лицом, которое обязано²⁹.

Бринц был первым, кто стал разграничивать понятия «быть должным» и «быть обязанным», поскольку до него в отсутствие такого разграничения они рассматривались как эквивалентные термины и соответственно составляли базу для единой унитарной концепции обязательства. По Бринцу, обязательство совсем не принимает во внимание волю обязанного лица. Эта воля остается незамеченной правом. И оно даже не затрагивает предоставления, ибо добиться предоставления можно только посредством волевого акта обязанного лица. Обязательство затрагивает саму личность должника, рассматриваемую как залог и как объект для удовлетворения требований кредитора (*als Pfand und Satisfactionsobject*). Обязательство представляет собой прямое отношение между кредитором и личностью должника в физическом смысле слова, а в более недавнюю эпоху — между кредитором и личностью в имущественном смысле, т.е. личностью должника, рассматриваемой под тем углом зрения, насколько она вправе распоряжаться своим имуществом³⁰.

²⁷ Brinz 1874, 18–26.

²⁸ *Ibid.*, 14.

²⁹ *Ibid.*, 15.

³⁰ *Ibid.*, 18.

Понятно, что, будучи определено таким образом, *obligatio* становится понятием более широким, чем то значение, которое ему придавалось в традиционной пандектной доктрине, и это должно было логически повлечь за собой его распространение не только на лица, но и на вещи. Бринц писал, что к концепции обязательства часто обращаются для того, чтобы прояснить концепцию залога, но теперь гораздо удобнее обратиться к концепции залога для объяснения концепции обязательства. В реальности оба этих института, хотя и имеют определенные различия, в своей глубинной сущности соответствуют одной концепции: они являются разными преломлениями одного и того же института, и этот институт — *obligatio*. Против этой доктрины Бринца тотчас были выдвинуты смелые возражения, и она не вызвала восхищения в литературе пандектистики.

Но теперь, когда на базе новых работ Амира, П. Пунтшарта, Швинда, Партша, затем Гирке и Штрохалея эта концепция более детально разработана не только в абстракции, но и на базе источников позитивного права (что более важно), теорию Бринца можно оценить по достоинству.

§ 5. Теории германистов о различии между *Schuld* и *Haftung*

Невозможно отрицать как то, что именно Бринц открыто подчеркнул различие между *debitum* и *obligatio*, так и то, что его существо им не было явно раскрыто и глубоко изучено. Отношения между долгом (*Schuld*) и обязательством (*Haftung*) в его исследовании частью неполно раскрыты, частью поняты совсем иначе, чем их поняли впоследствии фон Амира³¹, Пунтшарт, фон Швинд и Гирке на базе германских источников. Это обстоятельство нельзя поставить в упрек Бринцу, если подумать о скудности источников, от которых он отталкивался. Оно скорее заставляет признать гениальную проницательность, которая позволила ему интуитивно почувствовать и обозначить идею, которой потом предстояло найти дополнительные подтверждения в немецких источниках.

Не стоит изощряться в попытках отыскать большее или меньшее влияние штудий Бринца на последующие исследования германистов, поскольку достаточно сказать, что они пошли дальше него и сформулировали свои теории не в абстракции, а на базе большого числа источников. В то время как Бринц стремился максимально четко определить концепцию обязательства как подчинения лица или вещи кредитору с целью его удовлетворения и принимал во внимание концепцию *debitum* только тогда, когда ему нужно было оттенить путем противопоставления концепцию обязательства, для

³¹ von Amira 1882; 1895. На т. 1 этого издания имеется рецензия: Brinz 1895, 513 ff.

Амира долг и обязательство (*Schuld* и *Haftung*) стоят на равных. В последней части своей работы Бринц противопоставляет эти два понятия совсем иначе, чем это делает Амира. Бринц понимает под *Haftung* еще не подлежащее взысканию обязательство, а под *Schuld* обязательство, уже подлежащее взысканию, из чего им потом выводится возможность существования *Haftung* без *Schuld*, а также происхождение *Schuld* из *Haftung*.

Между тем Амира и Пунтшарт со своей точки зрения приходят к противоположным выводам. Для Амира это два понятия и даже, больше того, два института, существо, реквизиты и последствия которых могут и должны определяться отдельно в источниках. Они являются двумя фигурами, сосуществующими друг возле друга, часто одна над другой, но практически всегда различными и независимыми друг от друга. Здесь невозможно проследить в точности тот путь, которым Амира приходит к определению понятий долга — *Schuld* и обязательства, ответственности или гарантии — *Haftung*. Достаточно будет суммировать основные результаты. В долгу тот, кто должен осуществить определенное предоставление. Обязан (или ответственен, или дающий гарантию) тот, кто обязан на случай, если определенный долг, его собственный или другого лица, не будет исполнен. Таким образом, долг и обязательство суть два разных понятия. Долг не растворяется в обязательстве, но скорее представляет собой *causa*, для которой обязательство существует. Долг — это причина, по которой объективное право считает обязанным какое-то свободное лицо или же вещь (*die Schuld ist der Beweggrund aus welchen das objective Recht einen freien Menschen oder eine Sache haften macht*)³².

Без существования долга — настоящего или будущего — невозможно представить существование обязательства, и там, где будет погашен долг, служащий *causa* для обязательства, с необходимостью погашается и само обязательство. Напротив, исполнение обязательства и тем более его погашение не составляет достаточного основания (в античности никогда, впоследствии как правило) для погашения долга, ибо из-за того, что кредитор получил удовлетворение от предмета залога или от лица должника или же от третьего лица, конечно, нельзя говорить, что должник осуществил надлежащее исполнение. Уже эти различные суждения делают очевидным главное отличие долга от обязательства. Однако, по словам самого Амира, отношение между двумя этими институтами не может быть раскрыто лучше, чем воспроизведением следующих двух тезисов, которые по ходу его работы широко проиллюстрированы:

1) ни понятие «обязательство» (*obligatio*), ни понятие «долг» (*debitum*) не предполагают того, что тот, кто обязан, также является и должником

³² von Amira 1882, 40.

(Weder der Begriff der Haftung noch der Begriff der Schuld fordert, dass, wer haftet auch schulde);

2) ни понятие «debitum», ни понятие «obligatio» не предполагают того, что тот, кто является должником, также и обязан (Weder der Begriff der Schuld noch der Begriff der Haftung fordert, dass, wer schuldet auch hafte).

Если dominus территории (Grundherr) не исполняет свои долги, в свою очередь подвергаются изгнанию (Acht) и отлучению от Церкви (Kirchenbann) его управляющий (Gutsverwalter) или арендатор (Pächter)³³.

Если должник не исполняет свой долг, остается обязанным его поручитель, хотя он (насколько он также не принял на себя долг) не будет рассматриваться в германских источниках как должник (in Schuld). По западношведскому праву несовершеннолетний, который в долгу перед Церковью (Kirchenschuld zu gelten hat), должен рассматриваться как должник, но не обязанный (in Schuld jedoch nicht in Haftung). В свою очередь должны быть наказаны отлучением или его опекун, или компаньон, или арендатор. В общем, затем по древнешведскому праву является должником, но не обязан (если только он явным образом не принял на себя обязательство) тот, кто в обеспечение своего долга предоставил залог (obligatio rei)³⁴. Можно обсуждать причины появления этого правила, но его существование продемонстрировано, и необходимо лишь понять, какой свет он проливает на принцип, рассмотрением которого мы заняты.

К идентичным результатам пришел впоследствии П. Пунтшарт путем тонкого и тщательного анализа источников саксонского средневекового права³⁵. По саксонским источникам, также Schuld и Haftung по существу различные понятия. В долгу может быть только какое-то лицо, в то время как обязанным может быть как лицо, так и вещь, оставляя понятие обязательства тем же самым. Это уравнивание obligatio rei и obligatio personae, которое производят саксонские средневековые источники, посредством которого объясняется, каким образом право кредитора на обязанного может обозначаться как залог, собственность или сходными терминами, с одной стороны, дает дополнительные доказательства тому разграничению понятий, которое произвел Амира, а с другой — с необ-

³³ См.: von Amira 1882, 39 и цитированные там источники древнешведского права.

³⁴ Brinz 1874, 28.

³⁵ Puntchart 1896. Есть блестящая рецензия на эту работу: von Schwind 1897, 116–138. Книга Пунтшарта вызвала острую полемику. Enrico Horten в рецензии на его книгу (Horten 1896, 128–141) настаивал на том, что он раньше пришел к тем же результатам, которые Пунтшарт представляет как свои, в своем трактате: Horten 1893; 1895. На это обвинение Пунтшарт ответил небольшим сочинением: Puntchart 1897. Хортен выступил с репликой: Horten 1897. Пунтшарт был полностью оправдан от этих обвинений в плагиате со стороны Амира, Бруннера, Цаллингера.

ходимостью приводит к тому, чтобы приписывать обязательству характер права на личность должника. Таким образом, *пехум*, как его представлял Нибур и как подчеркивается в работе Бринца³⁶, находит себе пару в *obligatio* средневекового саксонского права.

Но здесь аналогия не заканчивается. Таким же образом, как в римском праве, за той стадией, когда *пехум* представлял собой настоящее и действительное право на личность обязанного, следует, по Бринцу, стадия, на которой это право действительно приписывалось кредитору только в случае, когда *debitum* не исполнялся, точно так же в саксонском праве за периодом, когда обязанный безусловно находился во власти кредитора, следует, по Пунтшарту, тот период, когда эта власть признается только в случае неисполнения *debitum*.

И даже больше того. Как в римском праве, так и в праве саксонском с самого начала кредитору было предоставлено право на *persona física* обязанного лица, в то время как впоследствии оно предоставлено только в отношении лица, понимаемого как субъект прав на имущество, или, если так можно выразиться, в отношении «имущественной личности» (*persona patrimoniale*).

С теоретической точки зрения Пунтшарт настаивает на определении обязательства как власти кредитора над обязанным. Поэтому он явно оппонирует Зому, который, пытаясь определить обязательство через его противопоставление так называемому вещному праву, приходит к тому, что квалифицирует его как невозможность. Согласно Пунтшарту, напротив, не только сущность так называемого вещного права, но и сущность обязательства состоит в некоей власти. Из своей теории Пунтшарт выводит ряд умозаключений, в частности то, что это разграничение по существу понятий долга и обязательства ведет к тому, чтобы считать, что *causae*, которые признаются достаточными основаниями для появления долга, не должны равным образом признаваться достаточными для возникновения обязательства.

Эта интуитивная догадка находит в исследовании Пунтшарта важное подтверждение. По саксонским средневековым источникам для возникновения *obligatio personae* (*personliche Haftung*) необходима заключаемая в торжественной форме юридическая сделка (*Treugelöbniss*), в то время как для возникновения *debitum* достаточно было простого соглашения (*Schuldvertrag*). Итак, понятиям «*Schuld*» и «*Haftung*» корреспондируют также две типичные формы юридических сделок. Пунтшарт не уделил проблемам, касающимся *debitum* (*Schuldvertrag*), таких тщательных исследований, какие были им посвящены проблемам *obligatio* и *Treugelöbnis*.

³⁶ Brinz 1874, 30–31.

Линию Бринца, Амира и Пунтшарта продолжили фон Швинд³⁷, А. Эггер³⁸, Газельтин³⁹, Ринтелен⁴⁰, Партш⁴¹, которые показали то же разделение между *debitum* и *obligatio* во франкском, английском, греческом праве. После этого Гирке смог заключить, что речь идет не о гипотезе, но о настоящем научном открытии в собственном смысле слова, единодушно признанном таковым в доктрине германистики. По его мнению, это противопоставление *Schuld* и *Haftung*, которое прослеживается уже в источниках средневекового германского права, родилось без всякого влияния римского права⁴², так же как и многие другие отношения, такие как отношения между обязательствами (*Haftungen*), рождающимися из юридической сделки, и обязательствами из деликта, между имущественными обязательствами (*Vermögenshaftung*) и личными обязательствами (*leibliche Haftung*), с одной стороны, и вещными (залоговыми — *Pfandhaftung*) — с другой, так же как и различия между юридическими сделками, являющимися источниками возникновение долгов и источниками возникновения обязательств. Нарисовав широкую и ясную картину германской системы, относящейся к понятиям «*debitum*» и «*obligatio*», Гирке специально уделил внимание форме контрактов, устанавливающих долг, и контрактов, устанавливающих обязательство, для всех правовых систем германской группы во франкскую эпоху и только для немецкого права в последующую эпоху.

§ 6. Различие между *Schuld* и *Haftung* в современном праве

Различие, проведенное германистами между долгом и обязательством, позволяет по крайней мере концептуально разграничить два элемента, которые до того времени смешивались в понятии обязательства, а именно социальный элемент и элемент чисто юридический, отделить момент добровольности от момента принудительности, элемент психический и идеальный от элемента материального и позитивного.

Польза этого различия долга и обязательства видна на примере давно дебатировавшегося вопроса — регрессного иска солидарного содолжника, который выплатил весь долг. Если заплативший *solidum* помимо того,

³⁷ von Schwind 1899.

³⁸ Egger 1903.

³⁹ Hazeltine 1907.

⁴⁰ Rintelen 1908.

⁴¹ Partsch 1907.

⁴² von Gierke 1910, 5.

что он был к тому обязан, также был (или насколько был) должником, он не может претендовать на регрессный иск. В противном случае соответственно надо высказаться противоположным образом. Это решение, впрочем, было дано для этого случая римским правом так же, как германским. Весь институт поручительства дает иллюстрацию этому разграничению.

Штрохаль в недавней работе о принятии на себя чужого долга⁴³ хорошо показал, что хотя разграничение *Schuld* и *Haftung* в современном германском праве потеряло тот фундаментальный характер, который оно имело в древнегерманском праве, поскольку «в современном праве любой, кто лично обязан по кредиту (*ein Bekommensollen*), который ему предоставило определенное лицо, также в техническом смысле является должником этого лица, так же как, напротив, всякий должник в техническом смысле также является обязанным», однако в некоторых аспектах оно сохранило большое значение. Даже в современном немецком праве есть случаи, когда есть долг (*eine Schuld*) и некое соответствующее ожидание со стороны кредитора, которое мы можем назвать кредитом (и которое Штрохаль называет вместе с Гирке «*Gläubigerschuld*»), и в то же время нет какого-либо обязательства (*Haftung*). Так, например, наследник, потребовав раздельного учета унаследованного им имущества и своего собственного имущества, обязан по долгам и по легатам лишь в границах наследственной массы. Однако наследники и легатарии имеют в отношении него кредит, которому не корреспондирует какое-либо имущественного характера обязательство с его стороны, разве что в случае, когда он не произвел необходимых для ограничения его собственной ответственности формальностей.

Другой случай такого рода возникает на примере исковой давности, после истечения которой более не существует обязательства, но остается один долг⁴⁴. В случае, когда имеется должник, который обязан лишь в раз-

⁴³ Strohal 1910.

⁴⁴ *BGB § 222. Последствия истечения исковой давности.* (1) По истечении срока исковой давности обязанное лицо имеет право отказаться от исполнения. (2) Исполненное в удовлетворение требования с истекшим сроком давности не может быть истребовано обратно, хотя бы в момент исполнения обязанное лицо и не знало об истечении срока давности. Это же правило применяется к признанию договорных обязательств и к предоставлению обеспечения обязанным лицом.

BGB § 223. Применение срока давности к обеспеченным требованиям. (1) Применение срока исковой давности по требованию, в обеспечение которого установлена ипотека, судовая ипотека или залоговое право, не лишает правомочное лицо права требовать удовлетворения из заложенного имущества. (2) Если в обеспечение требования передано какое-либо право, то нельзя требовать возврата этого права на том основании, что истек срок исковой давности по этому требованию. (3) Эти правила не применяются к требованиям по выплате просроченных процентов и по другим обязательствам, предполагающим периодическое исполнение.

В настоящее время § 219–225 BGB отменены. — *Примеч. пер.*

мере наследства (*gegenständlich beschränkte persönliche Haftung*), может уменьшиться имущество, обремененное этим обязательством, без того, чтобы по этой причине долг считался бы погашенным в результате поте-ри обеспечения.

Ср.⁴⁵:

BGB § 768. Возражение поручителя

(1) Поручитель может предъявить кредитору все возражения, при-надлежащие главному должнику. В случае смерти главного должни-ка поручитель не может ссылаться на ограниченную ответственность наследника по обязательству. (2) Поручитель не утрачивает права на возражения, если основной должник откажется от них.

BGB § 884. Ответственность наследника

Если требование обеспечено внесением предварительной запи-си, наследник обязанного лица не может ссылаться на ограничи-ние своей ответственности.

BGB § 1137. Возражение собственника

(1) Собственник может предъявить против ипотеки все возра-жения, которые принадлежат должнику против требования, а так-же те, которые согласно § 770 вправе заявить поручитель. В слу-чае смерти должника собственник не может ссылаться на то, что наследник несет в отношении долга только ограниченную ответ-ственность. (2) Если собственник не является должником по обяза-тельству, то он не утрачивает права на возражение вследствие того, что должник от него отказался.

BGB § 1211. Возражения залогодателя

(1) Залогодатель может предъявить залогодержателю все возра-жения, на которые имеет право должник по обеспеченному требо-ванию, а также те, на которые согласно § 770 имеет право поручи-тель. В случае смерти должника залогодатель не может ссылаться на то, что наследник несет в отношении долга только ограничен-ную ответственность. (2) Если залогодатель не является должником по обязательству, то он не утрачивает права на возражение вслед-ствие того, что должник от него отказался.

Таким образом, надо различать, за что обязаны (*das Wofür*) и чем обя-заны (*das Womit*). Первое — это *debitum*, второе — обязательство. Отве-чать по кредиту могут объекты или лица⁴⁶.

⁴⁵ Здесь и далее текст русского перевода ГК Германии приводится по изданию: Герман-ское право 1996.

⁴⁶ В современной доктрине преобладает отождествление *Haftung* с ответственностью за неисполнение обязательства, однако, как видно из данного текста, Д. Паккиони вслед

Примеры обязательств объектов:

BGB § 1192. Применимые правила

(1) В отношении поземельного долга соответственно применяются правила об ипотеке, если только не следует иного вследствие того, что поземельный долг не является основанием для требования. (2) В отношении процентов по поземельному долгу применяются правила о процентах по ипотечному требованию.

BGB § 1118. Ответственность по дополнительным требованиям

В силу ипотеки за счет земельного участка выплачиваются также проценты, начисляемые по закону на сумму требования, и расходы, связанные с расторжением договора и издержками при осуществлении права на удовлетворение за счет земельного участка.

BGB § 1210. Объем ответственности предмета залога

(1) Предмет залога обеспечивает требование в соответствующем объеме, в частности также по процентам и неустойке. Если должник не является собственником предмета залога, то в результате сделки, совершенной должником после передачи вещи в залог, объем ответственности не увеличивается. (2) Предмет залога обеспечивает требования залогодержателя в отношении подлежащих возмещению расходов залогодержателя на расторжение договора залога, судебных издержек, а также расходов по продаже предмета залога.

Вторая глава. Залоговое право на права

BGB § 1273. Основные предписания

(1) Предметом залогового права может быть также право. (2) В отношении залогового права на права соответственно применяются предписания о залоговом праве на движимые вещи, если из § 1274–1296 не следует иное. Применение предписаний § 1208 и абзаца второго § 1213 не допускается.

Напротив, там, где BGB говорит о личных обязательствах (*persönliche Haftung*), он намекает на осуществляемое посредством обязанного лица обязательство его имущества, т.е., как правило, всего имущества субъекта исполнения.

Кроме того, также по BGB может быть, что *causa* долга (*Gläubigerschuld*) основана на факте, отличном от факта, на котором основано обязательство (*Haftung*). Так, кредиторы наследства являются таковыми на основе собственных отдельных *causae* возникновения обязательств, однако наследник обязан по отношению к ним на основании наследования,

за германистами отождествлял обязательство как таковое (*obligatio stricto sensu*, *Haftung*) с возможностью возложения ответственности за неисполнение долга (*debitum*, *Schuld*). По этой причине, следуя авторскому тексту, термин «*Haftung*» здесь переводится именно как обязательство, а не как ответственность. — *Примеч. пер.*

и он останется обязанным всем своим имуществом или только наследственным имуществом, смотря по тому, попросил он об отделении унаследованного имущества от его собственного или нет⁴⁷. Может статься, что обязательство — *Haftung* — по определенному долгу, который остается тем же самым, подвергается модификациям, что к нему присоединяется другое обязательство, что к личному обязательству добавляется вещное или, наоборот, что от обязательства по определенному долгу освобождается один земельный участок и по нему же обременяется другой. То же имеет место при переводе долга, когда личное обязательство А по его собственному долгу заменяется обязательством В. Таким образом, доктрина разграничения долга и обязательства по крайней мере определенным образом разъясняет известную контroversию сингулярного преемства в долгах, производимого посредством перевода долга.

Как известно, пандектная доктрина в общем склонна допускать такое преемство. Она считает, что при переводе долга меняются субъекты обязательства, но само оно остается тем же самым. Даже среди самих пандектистов было немало противников этой конструкции. Дело в том, что хотя долг остается тем же самым, но с заменой лиц в обязательстве меняется и имущество, из которого этот долг подлежит уплате, т.е. обязательство тем же самым не остается. Поскольку в современной доктрине не делается различия между *debitum* и *obligatio* и они сливаются в одном понятии, логично предположить, что замена одного из этих элементов приводит к обновлению самого обязательства и оно тем же самым не остается. Таким образом, так называемое сингулярное преемство в долге является логически невозможным⁴⁸.

§ 7. Детерминированность конституирующих элементов обязательства

В рамках унитарного понятия обязательства мы вынуждены обозначать одним и тем же словом «обязательство» по крайней мере четыре разных и отличающихся друг от друга вещи:

- 1) долг должника придерживаться определенного поведения в отношении кредитора, т.е. совершить определенное предоставление позитивного или негативного характера, — *debitum*;
- 2) ожидание, рождающееся со стороны того, в отношении кого существует долг, — кредит (*creditum*);

⁴⁷ Strohal 1910, 44 ff.

⁴⁸ Pacchioni 1911.

3) средство, которым гарантируется исполнение этого долга, т.е. так называемое обязательство (*obligatio*, *Haftung*), будь то личное, будь то имущество, будь то состоящее в отдельной вещи;

4) то значение, которое в коммерческом обороте придается ожиданиям кредитора в отношении должника, когда его долг имеет объектом денежное предоставление, обеспеченное его имуществом или отдельной вещью, принадлежащей ему самому или третьему лицу.

Долг (*debitum* или *Schuld*) — это понятие столь же юридическое, сколь и моральное, поэтому долг бывает религиозный, моральный и юридический. Долг может иметь одновременно и моральный, и религиозный, и юридический характер. Юридическим он является тогда, когда он определен правовой нормой, но не всякий юридический долг также и юридически гарантирован посредством обязательства. Так, например, долг уважения к родителям является юридическим в том случае, если кроме религии и морали он закреплен также законом, однако он не гарантирован юридически посредством обременения обязательством имущества сыновей⁴⁹. Затем, не всякий юридически гарантированный долг представляется настоящим обязательством собственно в техническом смысле слова. Различие обязанности и обязательства имеет двойное основание. Оно заключается и в различии санкций, и в природе обязывающего содержания.

§ 8. Заключение

Подводя итог этому краткому обзору эволюции концепции обязательства в обоих ответвлениях основанной Ф.К. фон Савиньи исторической школы — в пандектистике и германистике, следует отметить, что результаты этого развития оказались весьма отличны от первоначально высказанных Савиньи идей. Однако не следует забывать как тот факт, что именно идеи последнего стали отправной точкой для дискуссии об обязательствах, так и то, что и сегодня вряд ли можно говорить о том, что все вопросы в области обязательственного права получили свое однозначное и окончательное разрешение. Именно полемика по поводу идей Савиньи оказалась тем *regretium mobile*, которое сформировало пространство интеллектуального поиска в сфере обязательственного права.

По этой причине будет уместно завершить данную статью следующей цитатой, которая, на наш взгляд, как нельзя лучше отражает значение духовного наследия Савиньи для прошлого и настоящего юридической

⁴⁹ Как отмечает Лаура Солидиро-Маруотти, «во всех современных правовых порядках имеется некоторое число положений, связанных с идеологией, не имеющих распорядительного характера (декларации), таких, например, как... принцип, провозглашенный в ст. 315 ГК Италии 1942 г., что сын должен уважать родителей» (Солидиро-Маруотти 2004, 49). — *Примеч. пер.*

науки: «Остались плоды обновления в различных сферах юридической культуры: это и пандектистика — и здесь выше всех Виндшейд, — хотя и положившая начало догматическому ригоризму и концептуальным уточнениям, пренебрегающим своим происхождением из исторического исследования; это и история права, находящаяся в состоянии восхитительного расцвета, наконец-то обладающая методологической безопасностью и автономией в отношении других исторических исследований. И именно по соседству с этим наследием были новые тенденции, которые стали утверждаться: труды Иеринга, который, двигаясь от исходных пунктов исторической школы, модифицировал их, медленно растворяя их в новом видении права и его развития; школа публичного права — с Гербером, Лабандом — носительница новых методов, направляющаяся по пути юридического позитивизма. Как это всегда случается с тем, кто оставил глубокий след в истории духа и культуры, тотчас после завершения его жизни встала проблема различить преходящее и временное от вечного и устойчивого. Этот вопрос до сих пор открыт и до сих пор служит внешним признаком неослабной жизненности его мышления, которое сохранило и сохраняет еще и сегодня несиюминутную актуальность вечного»⁵⁰.

Литература

1. Германское право 1996: Ч. I. Гражданское уложение / Пер. с нем. А.А. Лизунов, Н.Б. Шеленкова, Н.Г. Елисеев; Науч. ред. В.В. Залесский. М.
2. *Зом Р.* 1888: Институции римского права / Пер. В.М. Нечаев. М.
3. *Савиньи Ф.К.* 2004: Обязательственное право. СПб.
4. *Солидоро-Маруотти Л.* 2004: «Абсолютная собственность» и «относительная собственность» в европейской правовой истории // Древнее право. *Ius Antiquum*. 2 (14).
5. *von Amira K.* 1882: Nordgermanisches Obligationenrecht. Erster Band. Alt-schwedisches Obligationenrecht. Leipzig.
6. *von Amira K.* 1895: Zweiter Band. Westnordisches Obligationenrecht. Leipzig.
7. *Bekker E.I.* 1902: Ueber die Objecte und die Kraft der Schuldverhältnisse // *Zeitschrift für die Savignys-Stiftung Romanistische Abteilung*. Bd. 23, 1–30.
8. *Bekker E.I.* 1873: Zur Lehre vom Rechtssubject // *Jahrbücher für die Dogmatik*. Bd. XII. fasc. I.
9. *von Brinz A.* 1853: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. Von Friedrich Carl von Savigny. Erster Band. Berlin bei Veit und Comp. 1851 // *Kritische Blätter civilistischen Inhalts*. Nr. 3. Erlangen.

⁵⁰ Marini 1978, 196.

10. *Brinz A.* 1874: Der Begriff obligatio // Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. I, 11–40.
11. *Brinz A.* 1886: Archiv. für die civ. Praxis. Bd. XX, 371 ff.
12. *Brinz A.* 1895: Göttingenische gelehrte Anzeigen, 513 ff.
13. *Egger A.* 1903: Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Rechte. Breslau.
14. *Ferrini C.* 1908: Manuale di Pandette. 3 ed. Milano.
15. *von Gierke O.* 1910: Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht. Breslau.
16. *Hartmann G.* 1875: Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen.
17. *Hazeltine.* 1907: Die Geschichte des englischen Pfandrechts. Breslau.
18. *Horten E.* 1896: // Grunhut's Zeitschrift. Bd. XXIV, 128–141.
19. *Horten E.* 1893: Die Personalexecution in Geschichte und Dogma. Bd. I. Wien.
20. *Horten E.* 1895. Die Personalexecution in Geschichte und Dogma. Bd. II. Wien.
21. *Horten E.* 1897: Mein Prioritätstreit mit Puntschart. Wien.
22. *Köppen K.F.A.* 1862: Geschichte des heutigen römischen Erbrechts.
23. *Marini G.* 1978: Friedrich Carl von Savigny. Napoli.
24. *Pacchioni G.* 1911: La successione singolare nei debiti e le teorie germanistiche sul concetto dell'obbligazione // Rivista di diritto commerciale. Vol. IX. fasc. 12.
25. *Partsch J.* 1907: Griechisches Bürgschaftsrecht. Bd. I. Leipzig; Berlin.
26. *Pernice A.* 1876: // Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Bd. XXI, 318–333.
27. *Perozzi S.* 1903: Le obbligazioni romane. Prolusione letta il 14 aprile 1902 con note. Bologna.
28. *Puntschart V.* 1893: Die moderne Theorie des Privatrechts. Teil 4. Der Streit über die Obligation der modernen Theorie.
29. *Puntschart P.* 1896: Schuldvertrag und Treugelöbniss des Sächsischen Rechts im Mittelalter. Leipzig.
30. *Puntschart V.* 1897: Meine Entgegnung auf Dott. Heinrich Hortens Anwurf des Plagiats.
31. *Rintelen V.* 1908: Schuldaft und Einlager im Vollstreckungsverfahren des altniederländischen und sächsischen Rechtes. Breslau.
32. *Ryck R.* 1878: Die Obligation.
33. *di Savigny F.C.* 1912–1915: Le obbligazioni. Trad. ital. dall'originale tedesco con app. di Giovanni Pacchioni. Torino. Vol. I–II.
34. *von Savigny F.C.* 1851: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. Bd. I. Berlin.
35. *Scheurl C.* 1876: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. XVIII, 481–512.

36. *Schott H.* 1873: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Heidelberg.
37. *Strohal E.* 1910: Schuldübernahme // Jahrbucher für die Dogmatik. Bd. XXI. Nr. 7. fasc. 3–6.
38. *von Schwind E.* 1897: // Göttingischen gelehrten Anzeigen, 116–138.
39. *von Schwind E.* 1899: Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena.
40. *Tohn A.* 1878: Rechtsnorm und subjectives Recht. Weimar.
41. *Windscheid B.* 1887: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 6 Aufl. Frankfurt am Mein.

G. PACCHIONI

**IL CONCETTO DI OBBLIGAZIONE:
DA F.C. VON SAVIGNY AL CODICE
CIVILE TEDESCO**

(RIASSUNTO)

Il libro di Savigny sulle obbligazioni diventò (e resta finora) il punto di partenza per ogni discussione sulla natura giuridica dell'obbligazione dal grande studioso definita come un potere sulle azioni del debitore. Il concetto di obbligazione come potere sui beni del debitore proposto da alcuni pandettisti in polemica con Savigny non risolve infatti in modo adeguato i molteplici problemi che sorgono nella teoria e nella prassi del diritto delle obbligazioni. Per tale ragione si è proposto di distinguere, all'interno dello schema del rapporto obbligatorio, tra debito e obbligo, configurandoli come due concetti assolutamente diversi. Le dottrine dello *ius Germanicum* hanno infatti identificato nella nozione di *Haftung* il concetto di obbligazione come fonte di una responsabilità per inadempimento del debito (*Schuld*). Il Pacchioni sostiene che questo punto di vista sia il più adeguato a descrivere il fenomeno.

L'autore conclude rilevando che, nel quadro di un concetto unitario di obbligazione, si possano denominare con la stessa parola «obbligazione» almeno quattro cose diverse: 1. Il dovere del debitore di attenersi a un determinato comportamento nei riguardi del creditore; in altri termini, di adempiere una determinata prestazione di carattere positivo o negativo (*debitum*); 2. Il sorgere di un'aspettativa a favore di colui per il quale è contratto il debito (*creditum*); 3. Il mezzo con il quale viene garantito l'adempimento di questo debito, cioè la cosiddetta «obbligazione» (*obligatio, Haftung*), che può essere sia personale, sia reale, sia *propter rem*; 4. L'importanza che nella circolazione dei beni si dà alle aspettative del creditore nei riguardi del debitore, quando il debito di quest'ultimo ha come oggetto una prestazione pecuniaria, garantita dal suo patrimonio, oppure da una cosa concreta, appartenente a lui stesso oppure a un terzo.