УЧЕНІЕ

О ПРАВѢ КРЕДИТОРА

ОПРОВЕРГАТЬ ЮРИДИЧЕСКІЕ АКТЫ,

СОВЕРШЕННЫЕ ДОЛЖНИКОМЪ ВЪ ЕГО УЩЕРБЪ,

ВЪ СОВРЕМЕННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ЛИТЕРАТУРѢ.

А. Х. ГОЛЬМСТЕНА

ОРДИНАРНАГО ПРОФЕССОРА ВОЕННО-ЮРИДИЧЕСКОЙ АКАДЕМІИ.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 л., 28.

1894.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Предложенныя доселѣ конструкціи actionis Paulianae, въ современномъ ея видѣ, столь неудовлетворительны, что замѣнить ихъ новою, болѣе отвѣчающею характернымъ чертамъ этого своеобразнаго юридическаго явленія, казалось намъ настоятельно необходимымъ. Таковою, по нашему мнѣнію, должна быть конструкція ея, какъ особаго права взыскателя, по требованію коего установленъ судебный залогъ въ имуществѣ должника.

Ближайшей задачей нашей было: намѣтить, съ возможной осторожностью, главнѣйшія основанія нашей судебно-залоговой теоріи, провѣрить и сопоставить ее съ другими теоріями. Для выполненія этой задачи мы могли воспользоваться однимъ изъ трехъ ведущихъ къ тому путей, избравъ соотвѣтственно этому и матеріалъ, надъ которымъ можно-бы было оперировать; а именно: мы могли-бы предложить изслѣдованіе по рим-

скому праву, по современнымъ законодательствамъ и по даннымъ, выработаннымъ наукою. Если-бы въ задачу нашу входила всесторонняя разработка избраннаго института, то мы должны-бы были пользоваться матеріаломъ и того, и другого, и третьяго рода. Ближайшая-же задача наша, казалось намъ, будетъ выполнена путемъ пользованія матеріаломъ лишь одного рода. Но на которомъ же изъ нихъ остановиться? Который лучше приведетъ къ желаемой цѣли? — задали мы себѣ, прежде всего, вопросъ.

Римское право по избранному нами ученію является далеко недостаточнымъ и неблагодарнымъ матеріаломъ — actio Pauliana одинъ изъ наименѣе разработанныхъ институтовъ римскаго права, да и римская жизнь его выработала въ формѣ, непригодной для современнаго быта. Достаточно вспомнить, что съ точки зрѣнія римскаго права actio Pauliana находилась въ тѣсной связи съ конкурснымъ процессомъ, съ missio in bona, emtor bonorum, cessio bonorum и т. п., что оно допускало въ одинаковой степени предъявленіе actionis Paulianae противъ самого должника, какъ и противъ третьяго лица, что оно не допускало опроверженія акта, совершеннаго лицомъ ранѣе, чѣмъ оно стало должникомъ даннаго опровергающаго актъ кредитора и т. д. Словомъ, масса вопросовъ или вовсе не находятъ себѣ разрѣшенія въ римскомъ правѣ,

или разрѣшаются въ слишкомъ узкомъ смыслѣ, не отвѣчающемъ требованіямъ нашего времени. Въ виду этого избрать его, какъ матеріалъ, было неудобно—пришлось-бы на каждомъ шагу или восполнять пробѣлы общими соображеніями, или противопоставлять эти соображенія даннымъ римскаго права.

Что касается современныхъ законодательствъ, то такой выборъ привелъ-бы къ слѣдующимъ неудобствамъ. Неравномѣрное распредѣленіе законодательнаго матеріала между Германіей и Австріей, имѣющими обстоятельные спеціальные законы объ опроверженіи актовъ, съ одной стороны, и другими государствами, насчитывающими лишь пару статей въ своихъ кодексахъ—съ другой, привело-бы къ тому, что трудъ нашъ обратился-бы или въ изслѣдованіе по германскому и австрійскому праву, или—если-бы включить въ него разработку громадной судебной практики Франціи, Италіи, Россіи и др., восполняющей пробѣлы въ кодексахъ—въ обширное догматическое сочиненіе; первый результатъ былъ-бы слишкомъ одностороненъ, второй, наоборотъ, выходилъ-бы далеко за предѣлы ближайшей нашей задачи.

Наиболѣе отвѣчающимъ этой задачѣ мы сочли выборъ научно-литературнаго матеріала. Послѣднее десятилѣтіе чрезвычайно богато изслѣдованіями по занимающему насъ институту—

какая масса теорій предложена, сколько сдѣлано попытокъ проведенія этихъ теорій, сколько создано теорій по отдѣльнымъ вопросамъ!... Конечно, всѣ эти теоріи находятъ себѣ или почву или исходную точку для оцѣнки, либо въ римскомъ правѣ, либо въ томъ или другомъ изъ современныхъ законодательствъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ въ каждомъ изъ изслѣдованій, посвященныхъ нашему вопросу, можно выдѣлить—хотя это и сопряжено съ большими трудностями,—то, что принадлежитъ самому автору; это—опредѣленіе существа и основной идеи института, рядъ выводовъ, логически изъ нихъ вытекающихъ, соображенія de lege ferenda, положенія, выражающія общій смыслъ изслѣдуемыхъ нормъ и т. п., словомъ, то, что составляетъ теорію даннаго вопроса. Въ настоящемъ трудѣ и мы выдѣлили теоретическую сторону занимающаго насъ института, насколько она проявилась у авторовъ, писавшихъ о правѣ опроверженія кредитора, и обратили все добытое путемъ такого выдѣленія въ самостоятельный научный матеріалъ.

Считаемъ нужнымъ оговорить, что такую теоретическую постановку вопроса, мы отнюдь не считаемъ особымъ методомъ изслѣдованія - это лишь одна изъ сторонъ, проявляющихся при примѣненіи догматическаго метода; это не есть нѣчто безпочвенное, почерпаемое изъ разума—нѣтъ, тѣ идеи, выводы, соображенія и положенія,

которые образуютъ собою эту теоретическую сторону, стоятъ на прочной почвѣ положительнаго права. Если эта сторона и можетъ быть выдѣлана при монографической разработкѣ того или другого института, то это не значитъ, что изслѣдованію подлежитъ нѣчто отрѣшенное отъ жизни, нѣчто фантастическое; это значитъ лишь, что почва, на которой зиждятся отдѣльные положенія, уже изучена и достаточно знакома и въ данный моментъ не привлекаетъ къ себѣ взора изслѣдователя — онъ занятъ другою стороною, стороною теоретичеекою. Такой пріемъ выдѣленія теоріи въ гражданскомъ правѣ встрѣчается очень рѣдко, но зато онъ практикуется съ большимъ успѣхомъ и пользою въ другихъ областяхъ юриспруденціи. Въ гражданскомъ правѣ пріемъ этотъ всего чаще замаскировывается попутными толкованіями фрагментовъ изъ Corpus juris civilis—фрагментовъ, являющихся, по существу, научно-литературнымъ матеріаломъ.

Примѣняя указанный пріемъ, мы, однако, не могли совершенно обойтись безъ обращенія къ римскому праву и современнымъ законодательствамъ, особенно первымъ пришлось пользоваться по многимъ вопросамъ болѣе общаго характера.

А. Г.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Основаніе права кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ.

Право кредитора опровергать акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ, съ обыденной точки зрѣнія представляется явленіемъ совершенно естественнымъ и простымъ: чего естественнѣе и проще предоставленія кредитору, лишенному фактической возможности взыскать сумму, ему причитающуюся съ должника, права требовать уничтоженія актовъ, по коимъ должникъ привелъ себя въ состояніе совершенной неоплатности; онъ, дѣйствительно или фиктивно, продалъ все свое имущество, отказался отъ принадлежащихъ ему правъ, раздарилъ свое имущество и т. п. съ цѣлью лишить кредитора возможности получить удовлетвореніе; было-бы несправедливо оставлять кредитора въ этомъ невыгодномъ и обидномъ положеніи и преклоняться передъ актомъ законно совершенномъ, оставляя его въ полной силѣ. Какъ все это ни просто, ни естественно, но съ точки зрѣнія научной вопросъ о правѣ кредитора опровергать акты

совершенные должникомъ одна изъ сложнѣйшихъ и труднѣйшихъ проблеммъ; трудность и сложность касается не только деталей всего ученія, но и основаній права кредитора; объясняется-же и та и другая тѣмъ, что осуществляетъ кредиторъ это свое право противъ совершенно посторонняго для него лица по поводу дѣйствія совершеннаго не только этимъ лицомъ, но и его должникомъ — это съ одной стороны; съ другой — мы имѣемъ дѣло съ совершенно исключительнымъ явленіемъ: два лица, должникъ и его контрагентъ, совершили сдѣлку, вступили въ юридическое отношеніе — является третье лицо (кредиторъ) и разрушаетъ сдѣлку, разрываетъ юридическое отношеніе. Гдѣ же основанія этого права. Въ теоріи имѣется масса попытокъ установить это основаніе, попытокъ часто очень остроумныхъ, но въ общемъ нѣтъ ни одной вполнѣ удовлетворительной, законченной. Главнѣйшія ученія отдѣльныхъ авторовъ мы сводимъ къ тремъ группамъ или теоріямъ: 1) деликтная теорія, 2) теорія исключительной охраны интересовъ кредиторовъ и 3) теорія исполнительной силы судебнаго рѣшенія.

I. Деликтная теорія. Исходной точкой этой теоріи является то, что основаніемъ права кредитора опровергать сдѣлки является деликтъ, совершенный должникомъ совмѣсно съ его контрагентомъ. Одни, напр. Отто [1]), почитаютъ обоихъ необходимыми соучастиками деликта, такъ какъ предполагается, что пріобрѣтатель имущества соглашается

---

[1]) Otto. Die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachtheile seiner Gläubiger vornimmt S. 10—11.

на совершеніе, вмѣстѣ съ должникомъ, убыточнаго для кредитора дѣйствія. Другіе напр. Гарцфельдъ[1]), и Франке[2]), отводятъ третьему лицу, какъ-бы второе мѣсто, называя его помощникомъ должника. Противъ послѣднихъ Отто[3]) основательно, со своей точки зрѣнія, возражаетъ, что на третьемъ лицѣ лежитъ вполнѣ самостоятельная юридическая обязанность уклоняться отъ соучастія въ дѣйствіи убыточномъ для кредитора, если ему конечно извѣстно положеніе должника. Это-то соучастіе и образуетъ собою фактическій составъ деликта, направленнаго къ причиненіи кредитору ущерба посредствомъ лишенія его имущества, могущаго служить объектомъ взысканія; деликтъ этотъ характеризуется какъ гражданское правонарушеніе, ибо совершитель отвѣчаетъ за него передъ другимъ въ размѣрѣ причиненнаго ущерба[4]); иначе: между совершителемъ и кредиторомъ устанавливается обязательственное отношеніе по вознагражденію за вредъ и убытки[5]).

Въ дальнѣйшемъ замѣчается существенный разладъ между сторонниками деликтной теоріи: одни стремятся провести ее съ полною послѣдовательностью, другіе — вносятъ въ нее раздѣленіе принциповъ. Остановимся сначала на послѣднихъ. Выдающійся представитель этого направле-

---

[1]) Hartzfeld. Anfechtung schuldnerischer Rechtshandlungen въ Zeitch. f. franz. Civilrecht. B. XIV. U. 3. S. 485—486.

[2]) Francke. Verkürzte Gläubiger und spätere Besitzer der Verkürzungs halber veräusserten Sachen въ Arch· f. civ. Praxis B. 62. H. 3. S.480.

[3]) Otto н. с. стр. 11.

[4]) Korn. Anfechtung von Rechtshandlungen der Schnldner in und ausser dem Konkurse 3 Aufl. S. 251.

[5]) Otto н. с. стр. 11.

нія, Отто [1]), а за нимъ Цюрхеръ [2]) и др. находятъ возможнымъ примѣнить принципъ деликта лишь къ одной категоріи случаевъ опровержденія актовъ должника [3]), а именно, когда имѣется conscientia fraudis на сторонѣ третьяго лица, но такъ какъ и римское право [4]) и современныя законодательства [5]) знаютъ случаи, когда за кредиторомъ признается право опроверженія и при bona fides третьяго лица, напр. когда актъ безмезденъ, то тутъ деликтъ уже не можетъ служитъ основаніемъ права, деликта можетъ и не быть. Приходится рядомъ съ нимъ выставить для этихъ случаевъ другое основаніе; по мнѣнію Отто, таковымъ является обладаніе безъ признаннаго правомъ основанія, неправомѣрное обогащеніе, и отвѣтственность третьяго лица не идетъ далѣе предѣловъ его дѣйствительнаго обогащенія [6]). Словомъ, выставляютъ въ сущности два принципа; рядомъ съ деликтнымъ еще другой. Эта непослѣдовательность дала основаніе другимъ ученымъ отыскать признаки деликта и въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ Отто и друг. признаютъ принципъ неправомѣр-

---

[1]) Ibid. стр. 12.

[2]) Zürcher. Die actio Pauliana nach gem. Recht und d. neueren Codific. S. 30. Примѣненіе деликтнаго принципа Цюрхеръ считаетъ общимъ правиломъ, примѣненіе-же принципа неправомѣрнаго обогащенія—исключеніемъ.

[3]) Этимъ дается основаніе дѣлать имъ упрекъ въ непослѣдовательности. Cosack. Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses nach deutsch. Reichsrecht S. 16.

[4]) §§ 10 D. quae in fraud. cred. 42, 8.

[5]) Германскій законъ 21 іюля 1879 § 3 п. 2, 3, 4. Австрійскій законъ 16 марта 1884 г. § 30.

[6]) Otto н. с. стр. 13—14.

наго обогащенія. Такъ, Шёнеманъ [1]) признаетъ, что съ того времени какъ третье лицо, получившее lucrum, узнаетъ, благодаря предъявленію къ нему иски или ранѣе, что оно обогатилось на счетъ другаго и слѣд. что пріобрѣтеніе его по отношенію къ кредитору противной стороны неправомѣрно, вслѣдствіе совершенія этою стороною деликта, и при этомъ третье лицо оставляетъ пріобрѣтенное у себя, лицо это должно разсматриваться, какъ участникъ совершеннаго должникомъ деликта. Шёнеманъ видитъ нѣчто противное правовому порядку, прямо недозволенное въ пріобрѣтеніи имущества отнятаго у другого посредствомъ деликта и въ оставленіи его у себя по наступленіи извѣстности о томъ пути, по которому имущества перешло къ данному лицу. Но различіе случаевъ пріобрѣтенія имущества при первоначальномъ деликтѣ и при послѣдующемъ, т. е. при возмездномъ пріобрѣтеніи cum conscientia fraudis и при безмездномъ вызываетъ и различіе въ отвѣтственности: въ первомъ случаѣ третье лицо отвѣчаетъ въ полной мѣрѣ, во второмъ въ предѣлахъ обогащенія. Корнъ [2]) нѣсколько иначе распространяетъ деликтный принципъ на безмездное пріобрѣтеніе въ ущербъ кредиторовъ; по его мнѣнію, если мы имѣемъ передъ собою объективно недозволенное дѣйствіе, то уже во имя справедливости должны допустить, что даже добросовѣстный соучастникъ этого дѣйствія, обязанъ возвратить пострадавшему имущество въ его ущербъ

---

[1]) Schönemann. Die Paulianische Klage wegen Veräusser. zahlungsunf. Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger S. 10—11.

[2]) Korn н. с. стр. 100—101.

пріобрѣтенное, насколько оно имъ bona fide не потреблено и не истреблено [1]).

Такова въ общихъ чертахъ деликтная теорія. Противъ нея было высказано не мало основательныхъ возраженій. Прежде всего, она имѣетъ противъ себя то, что не даетъ единаго принципа, на которомъ могъ-бы быть построенъ цѣльный институтъ [2]). Это нельзя не считать недостаткомъ самой теоріи. Отказаться отъ отысканія такого единаго принципа, какъ это дѣлаетъ Краснопольскій [3]), нѣтъ основанія: названный ученый, совершенно основательно считаетъ полезнымъ установленіе вообще единаго принципа, какъ для уясненія нормъ даннаго института, такъ и для аналогическаго ихъ примѣненія, но отказывается установить его въ этомъ случаѣ. Такой, по меньшей мѣрѣ, пессимизмъ нельзя одобрить—основательная научная разработка вопроса о правѣ кредитора опровергать сдѣлки должника началась сравнительно недавно и если въ настоящее время, по мнѣнію Краснопольскаго, единый принципъ не найденъ, то это не значитъ, что его нельзя найти; никакихъ данныхъ въ пользу такого мнѣнія мы не имѣемъ. Признавая, такимъ образомъ, основательность упомянутаго возраженія, мы полагаемъ, что указанный недостатокъ деликтной теоріи, т.-е. раздвоен-

---

[1]) Эта теорія несомнѣнно имѣлась въ виду римскими юристами, видѣвшими основаніе actionis Paulianae въ dolus'ѣ — въ fraus'ѣ и conscientia fraudis. См. L.. 1 pr. 10 pr. 9 pr. D. quae in fraud. 42, 2.

[2]) Cosack н. с., стр. 16.

[3]) Krasnopolski. Studien zum Gesetze über die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner въ Zeitschr. f. d. Priv. u off. Recht. B. 14. H. 1. S. 65.

ность ея, не устраненъ ни Шёнеманомъ, ни Корномъ, ибо лежитъ въ основной ея идеи. Обладаніе имуществомъ mala fide,—что всегда имѣетъ мѣсто при conscientia fraudis на сторонѣ третьяго лица, при соучастіи его въ деликтѣ должника—порождаетъ отвѣтственность, которая заключается въ возвратѣ вещи cum omni causa, при безмездномъ же отчужденіи in fraudem creditorum и если лицо дѣйствительно bona fide, отвѣтственность допускается лишь quatenus locupletiores facti sunt; перемѣстить отвѣтственность за omnis causa на случаи простого обогащенія нельзя: это значило бы отрицать всякое юридическое значеніе различія между bona и mala fides; точно также и наоборотъ, допустить отвѣтственность въ предѣлахъ обогащенія при совершеніи деликта логически невозможно. Въ этой-то ошибкѣ повинны Шёнеманъ и Корнъ: оба они различаютъ bona и mala fides, не отрицаютъ bona fides на сторонѣ третьяго при безмездномъ пріобрѣтеніи, но въ то же время допускаютъ соучастіе его въ деликтѣ или какъ Корнъ прямо говоритъ: добросовѣстное участіе въ деликтѣ. Это contradictio in adjecto: если лицо дѣйствуетъ добросовѣстно, то оно не соучастникъ деликта, если оно соучастникъ, то не можетъ дѣйствовать добросовѣстно [1])... Но связывая съ этимъ добросовѣстнымъ участіемъ въ деликтѣ послѣдствія обогащенія, Шёнеманъ разъясняетъ отстаиваемыя имъ положенія. Онъ говоритъ, что при безмездномъ пріобрѣтеніи третье лицо отвѣчаетъ въ предѣлахъ

---

[1]) Grützmann. Das Anfechtungsrecht der benacht. Konkursgläubiger nach gemeinem Récht und der Reichs-Konkurs-Ordnung. S. 189. Грюцманъ выражается очень мягко, восклицая: Welche Unklarheit!

обогащенія, т.-е. въ предѣлахъ его dolus'а, dolus' же его начинается съ момента предъявленія къ нему иска. Это разъясненіе только въ состояніи затемнить основное положеніе; отвѣтственность въ предѣлахъ обогащенія и въ предѣлахъ dolus'а двѣ вещи совершенно разныя; добросовѣстный пріобрѣтатель по безмездной сдѣлкѣ отвѣчаетъ въ предѣлахъ обогащенія, напр., доходы съ имѣнія онъ не возвращаетъ, если же онъ отвѣчаетъ въ предѣлахъ dolus'а, то этотъ предѣлъ, въ виду основного положенія Шёнемана, кладется моментомъ предъявленія иска—онъ возвращаетъ вещь cum omni causa съ момента предъявленія иска. Предѣлы dolus'а ровно никакого значенія не имѣетъ при опредѣленіи отвѣтственности за обогащеніе — если лицо отвѣчаетъ за обогащеніе, то dolus тутъ не причемъ; вплетать его, значитъ обнаруживать шаткость основного положенія.

Поправка Шёнемана и Корна имѣетъ и другіе недостатки. Такъ, Корнъ даетъ не ratio juris, а ratio legis права безусловнаго опроверженія безмездныхъ актовъ; онъ обращается къ идеи справедливости, которая можетъ и должна имѣть значеніе для законодателя, но для юридическаго обоснованія уже даннаго явленія не пригодна. Шёнеманъ въ этомъ случаѣ не сошелъ съ догматической почвы, но онъ повиненъ въ другомъ: моментъ предъявленія къ обогатившемуся иска можетъ имѣть значеніе лишь на будущее время, но ничего не даетъ для опредѣленія взгляда лица на дѣйствіе имъ совершенное во времена прошедшія; самъ Шёнеманъ, какъ видно, не желаетъ придавать dolus'у обратной силы, что было

бы, конечно, послѣдовательно, но вызывало-бы рядъ другихъ возраженій [1]). Съ другой стороны, допуская, что удержаніе вещи по предъявленіи иска дѣлаетъ самое пріобрѣтеніе ея (до предъявленія иска) противоправнымъ, Шёнеманъ, по справедливому замѣчанію Менцеля [2]), представилъ circulus vitiosus: удержаніе неправомѣрно, когда неправомѣрно пріобрѣтеніе и пріобрѣтеніе неправомѣрно, когда неправомѣрно удержаніе; противъ правильности перваго положенія едва ли кто станетъ спорить, а если такъ, то неправильно второе.

Не отрицая, такимъ образомъ, вѣрности возраженія, что деликтная теорія не даетъ и не можетъ дать единаго принципа, нельзя не сдѣлать представителямъ ея и другихъ упрековъ, а именно: во 1-хъ, если основаніе права кредитора по отношенію къ контрагенту его должника есть деликтъ, который порождаетъ обязательство вознагражденія за убытки [3]), то это обязательство и должно подлежать разсмотрѣнію, а между тѣмъ всѣ представители деликтной теоріи разсматриваютъ въ этомъ случаѣ, какъ послѣдствіе деликта, не вознагражденіе за убытки, а лишь возвратъ полученнаго; и они, конечно, не съ своей точки зрѣнія, правы: признавать право кредитора требовать уничтоженія акта, совершеннаго должникомъ, пра-

[1]) Отто. (н. с., стр. 65) совершенно неосновательно возражаетъ противъ этой фикціи, приписывая ее Шёнеману. Послѣдній даже прямо говоритъ, что отвѣтственность consciens'а и nescius'а различна: второй отвѣчаетъ „soweit sein dolus reicht".

[2]) Menzel. Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach öster. Rechte S. 20—21.

[3]) Hartmann. Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechthandl. eines Schuldnes ausserhalb des Konkursverfahrens 3 Aufl. S. 20.

вомъ на вознагражденіе нельзя [1]); такую квалификацію надо считать неудовлетворительной, какъ по теоретическимъ, такъ и по практическимъ соображеніямъ. Первыя заключаются въ томъ, что возвращеніе отчужденной вещи въ составъ объектовъ взысканія, безслѣдно погашаетъ притязаніе кредитора къ третьему лицу; дальше того отвѣтственность этого лица не идетъ—оно не отвѣчаетъ ни за damnum emergens, ни за lucrum cessens, причиненныя кредитору, что, конечно, имѣло бы мѣсто если-бы право послѣдняго было правомъ на вознагражденіе [2]). Съ практической стороны нельзя не признать, что упомянутая квалификація права кредитора вызвала бы рядъ неудобствъ въ осуществленіи этого права; ни для кого не тайна, что иски о вознагражденіи—больное мѣсто современныхъ законодательствъ; провести эти иски съ полнымъ успѣхомъ почти невозможно; обрекать на ту же участь иски объ уничтоженіи актовъ едва-ли цѣлесообразно. Независимо отъ недостатковъ законодательства, иски объ уничтоженіи актовъ, при квалификаціи ихъ какъ исковъ о вознагражденіи, вызвали-бы рядъ такихъ затрудненій, которыя обратили-бы самое право кредитора въ нѣчто призрачное; такъ, вопросъ о размѣрѣ причиненнаго убытка, о вліяніи собственной небрежности кредитора, о распредѣленіи вознагражденія между нѣсколькими пострадавшими кредиторами и т. п.—все это вопросы, удовлетворительное разрѣшеніе коихъ трудно до-

---

[1]) Взглядъ этотъ находимъ у Capmas—De la révocation des actes faits par le debiteur en fraude des droits du creancier p. 76.

[2]) Hartmann н. с. стр. 20—21.

стижимо [1]). Затѣмъ, во 2-хъ, возражаютъ: еслибы основаніемъ права кредитора на уничтоженіе акта былъ деликтъ, то при успѣшномъ исходѣ процесса юридическое отношеніе между должникомъ и его контрагентомъ исчезло-бы безслѣдно; если деликтъ разъ признанъ судомъ, то актъ, при посредствѣ его совершенный, теряетъ силу, а съ нимъ вмѣстѣ и отношеніе между контрагентами; нельзя допустить такое раздѣленіе дѣйствія, при которомъ возникшее между сторонами отношеніе теряетъ силу извнѣ и сохраняетъ ее внутри; а между тѣмъ въ случаѣ опроверженія акта кредиторами, послѣ признанія акта недѣйствительнымъ, третье лицо, наприм. уплатившее за купленную cum conscientia fraudis вещь, имѣетъ право обратнаго требованія къ должнику; отношенія между сторонами не прекращаются [2]); и выходитъ, что дѣйствіе разсматривается какъ деликтъ, по отношенію къ третьему и, сохраняетъ характеръ правомѣрнаго дѣйствія между контрагентомъ [3]); если вторая часть этого положенія вѣрна—и это подтверждаютъ современныя законодательства—то очевидно невѣрна первая его половина. Въ 3-хъ, сами представители деликтной теоріи не отрицаютъ права третьяго лица, пріобрѣтшаго имущество путемъ сдѣлки, требоватъ отъ кредитора возмещенія различныхъ

---

[1]) Kaserer Die Gesetze von 16 Märtz 1874, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner (мотивы закона) S. 41—42.

[2]) Ibid. н. с. стр. 17—18.

[3]) Jaeckel—Die Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunf. Schuldner ausserh. des Konkurses S. 159.

издержекъ (о чемъ рѣчь впереди [1]). Если бы лицо это дѣйствительно совершило деликтъ, то какимъ образомъ оправдать право его на возмещеніе этихъ издержекъ; если дѣйствіе имъ совершенное деликтъ, то, какъ справедливо замѣчаетъ Козакъ [2]), ни о какомъ возмещеніи издержекъ рѣчи быть не можетъ. Въ 4-хъ, не лишено значенія и то соображеніе противъ деликтной теоріи, что она оставляетъ насъ въ совершенно безпомощномъ положеніи при встрѣчи съ любопытнѣйшимъ случаемъ опроверженія акта кредиторомъ— а именно, когда актъ совершенъ даннымъ лицомъ еще не ставшимъ должникомъ; скажемъ: лицо это раздарило свое имущество, затѣмъ вступаетъ въ долговое отношеніе и оказывается неисправнымъ — кредиторы, при наличности условій требуемыхъ закономъ, могутъ опровергать дарственный актъ (объ этомъ рѣчь впереди). Можно ли сказать, что въ этомъ случаѣ должникъ, даря свое имущество, совершаетъ деликтъ, а одаренный—является соучастникомъ этого деликта? Если кредиторовъ у дарителя во время совершенія дара не было, то и права ихъ не могли быть нарушены [3]). Наконецъ, въ 5-хъ, на нашъ взглядъ, наиболѣе существенный недостатокъ деликтной теоріи тотъ, что придается неправильное значеніе процессуальной сторонѣ изслѣдуемаго института, сторонѣ, въ которой, какъ мы ниже постараемся доказать, лежитъ весь центръ тяжести института. Представители деликтной теоріи и эту сторону, такъ сказать,

---

[1]) Iaeckel н. с. стр. 151.
[2]) Cosack н. с. стр. 269.
[3]) Krasnopolski н. с. стр. 55.

внесли въ свое ученіе, но вмѣсто того, чтобы извлечь изъ нея выгоду, обнаружили, благодаря этому, недостатки своей теоріи. Такъ, Отто [1]) и Іекель [2]) наличность акта обладающаго судебно-исполнительною силой вносятъ въ число необходимыхъ (unerlässliche) моментовъ фактическаго состава деликта; конечно, эта исполнительная сила акта имѣетъ первенствующее значеніе въ данномъ вопросѣ, но внося это условіе въ составъ деликта, они совершенно извращаютъ понятіе деликта [3]). Гельманнъ [4]) справедливо замѣчаетъ, что деликтъ заключается въ извѣстномъ образѣ дѣйствія совершителя его, а потому гдѣ дѣйствіе получаетъ характеръ деликта лишь благодаря привхожденію внѣшнихъ, отъ совершителя независящихъ обстоятельствъ (напр. безуспѣшности взысканія), тамъ нѣтъ мѣста деликту.

Изложенныя возраженія противъ деликтной теоріи убѣждаютъ въ полной несостоятельности ея и дѣлаютъ совершенно понятнымъ появленіе другихъ теорій, стремившихся устранить ея недостатки; но ни одна изъ послѣднихъ, по числу приверженцевъ, пока не можетъ съ нею соперничать.

II. Вторую группу ученій можно назвать теоріей исключительной охраны интересовъ кредиторовъ. Представителями ея являются Козакъ [5]) и Экціусъ [6]).

---

[1]) Otto н. с. стр. 230.

[2]) Iaeckel н. с. стр. 158.

[3]) Hartmann н. с. стр. 19.

[4]) Hellmann въ крит. ст. на соч. Отто Krit. Viertelj. B. XXIV S. 573.

[5]) Kosack н. с. стр. 24—30.

[6]) Förster. Theorie und Praxis des heut. gem. preuss. Privatr. edit. Eccius B. I, S. 608.

Основная идея этой теоріи та, что въ силу закона въ интересахъ кредиторовъ создается, при извѣстныхъ фактическихъ условіяхъ, особое обязательственное отношеніе между кредиторомъ и лицомъ, пріобрѣтшимъ имущество по акту, совершенному должникомъ, отношеніе по силѣ коего кредиторъ можетъ требовать имущество этимъ лицомъ пріобрѣтенное. Въ дальнѣйшемъ приверженцы этой теоріи расходятся. Козакъ возводитъ упомянутое обязательство въ общее, лежащее на всѣхъ пріобрѣтателяхъ имущества—они должны нести рискъ, связанный съ пріобрѣтеніемъ: если у должника не окажется объектовъ взысканія, они должны возвратить пріобрѣтенное. Козакъ такъ формулируетъ это общее обязательство: всякое лицо, получающее что-либо изъ чужого имущества, обязано подчиниться невыгодамъ, связаннымъ нетолько съ вещными тягостями, лежащими на имуществѣ, но и съ общимъ назначеніемъ этого имущества служить предметомъ удовлетворенія личныхъ кредиторовъ его владѣльца; но въ интересахъ гражданскаго оборота, это обязательство ограничивается тѣми случаями, въ которыхъ по способу предоставленія имущества, по особымъ отношеніямъ лицъ, предоставляющаго и пріобрѣтающаго имущество, по извѣстности со стороны пріобрѣтателя критическаго положенія владѣльца и т. п., это обязательство не ложится слишкомъ большою тяжестью на должника [1]). Съ этой точки зрѣнія, по мнѣнію Козака, удовлетворительно объясняются случаи опроверженія и возмездныхъ отчужденій cum conscientia fraudis третьяго и безмездныхъ—bona fide. Экціусъ

[1]) Cosack н. с. стр. 26.

нѣсколько иначе конструируетъ это обязательство ex lege: кредиторъ можетъ требовать возврата пріобрѣтеннаго третьимъ лицомъ имущества, такъ какъ оно разсматривается, какъ неотчужденное; имущество должника, оказавшееся недостаточнымъ для удовлетворенія его кредиторовъ—говоритъ онъ,—во имя справедливости расширяется въ томъ смыслѣ, что отдѣльныя части его, какъ объекты взысканія, возвращаются въ составъ тѣхъ предметовъ, изъ коихъ кредиторъ можетъ получить удовлетвореніе. Къ представителлмъ этой теоріи принадлежитъ и Краснопольскій [1]); его формулировка исчерпывается парою словъ: за кредиторомъ, говоритъ онъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ признается право считать юридическія послѣдствія извѣстныхъ дѣйствій, въ его интересѣ и въ предѣлахъ этого интереса, ненаступившими. Характеристика совершенно безсодержательная, впрочемъ оправдывающаяся вышеизложеннымъ взглядомъ автора на принципы опроверженія актовъ должника

Изложенныя теоріи отличаются многими крупными недостатками, отчасти уже отмѣченными въ литературѣ. Такъ, во 1-хъ, мысль о созданіи ad hoc новаго обязательства ex lege сама по себѣ несимпатична; какъ дѣленіе обязательствъ по ихъ источникамъ, такъ и самая категорія обязательствъ ex lege не выдерживаютъ критики; и эти обязательства суть послѣдствія извѣстнаго состава фактовъ, наступающія по указанію закона; и по отношенію къ нимъ законъ занимаетъ посредствующее положеніе, какъ и

---

[1]) Krasnopolski н. с. стр. 64—66.

относительно обязательствъ договорныхъ и деликтныхъ [1]). Созданіе новаго обязательства ex lege—это выходъ изъ затруднительнаго положенія и выходъ вовсе неостроумный: поле для созданія подобныхъ новыхъ и новыхъ обязательствъ безпредѣльно и сколько бы ихъ не создавать, они не въ состояніи дать удовлетворительной квалификаціи даннаго явленія. При созданіи новаго обязательства ex lege приводится въ подтвержденіе его извѣстныя соображенія и эти-то соображенія касаются нормъ, опредѣляющихъ данное явленіе всегда de lege lata, а не de lege ferenda [2]), т.-е. въ нихъ развивается ratio legis, а не ratio juris [3]). Иначе и быть не можетъ: соображеніями этими опредѣляется необходимость для законодателя въ данномъ случаѣ проявить свою творческую дѣятельность, а для юридическаго анализа важенъ фактъ, съ которымъ связывается опредѣленное юридическое послѣдствіе и взаимное соотношеніе подобныхъ фактовъ [4]). Такъ и въ данномъ случаѣ. Козакъ и Экціусъ—первый во вниманіе „интересовъ гражданскаго оборота", второй во имя „справедливости" создаютъ новое обязательство. Одинъ изъ послѣдователей ихъ теоріи, Фёльдерндорфъ [5]), прямо выражается

---

[1]) Menzel. н, с. стр. 23. Менцель тоже создаетъ обязательство ex lege, возлагая на всякаго пріобрѣтателя имущества отвѣтственность за чужіе долги, конечно, при извѣстныхъ условіяхъ.

[2]) Ibid. стр. 23.

[3]) Объ этомъ различіи см. Пахманъ. О современномъ развитіи науки права стр. 48.

[4]) См. мою ст. О юридическомъ значеніи труда въ обычномъ правѣ въ Русск. Обозр. 1878, № 5.

[5]) Völderndorff. Das Reichsgesetz betr. d. Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserh. des Konkurses S. 26.

такъ: „право опроверженія находитъ свое основаніе въ общемъ интересѣ оборота и кредита“ [1]). Юридическая конструкція требуетъ не этого; для нея главнѣйшее значеніе имѣетъ юридическое основаніе, ratio juris явленія — чего названные ученые не даютъ; только въ формулѣ Экціусъ находимъ намекъ на него, о чемъ рѣчь впереди. Во 2-хъ, оба названныхъ ученыхъ даютъ юридическую характеристику явленію не по главному, а по второстепенному его признаку; оба они, имѣя дѣло съ правомъ опроверженія акта, характеризуютъ это право, какъ право требовать возврата имущества; возвратъ имущества — это практическій результатъ уничтоженія акта, это, какъ мы покажемъ ниже, то, что достигается уже послѣ уничтоженія, обыкновенно одновременно, но можетъ быть и разновременно, а можетъ быть и вовсе не достигнуто. Экціусъ это называетъ цѣлью уничтоженія акта [1])—это вѣрно въ смыслѣ дальнѣйшей цѣли права лица на уничтоженіе акта, ближайшая же цѣль: обезсиленіе акта. Козакъ явно противорѣчитъ данной имъ квалификаціи права кредитора, говоря совершенно вѣрно, что прекращеніе силы акта, парализація его послѣдствій въ данномъ направленіи—ближайшая цѣль опроверженія; все же дальнѣйшее имѣетъ второстепенное значеніе, къ чему онъ прямо относитъ возвратъ имущества [2]). Какъ же это такъ? Данное право характеризуется, какъ право на возвратъ, а самый возвратъ имѣетъ второстепенное значеніе? Въ 3-хъ, раз-

[1]) Гартманъ (н. с. стр. 23) замѣчаетъ, что основное положеніе этой теоріи коренится въ требованіяхъ законодательной политики.

[2]) Forster н. с., стр. 614.

сматриваемая теорія совершенно игнорируетъ субъективный элементъ; какъ реакція противъ деликтной теоріи, видящей въ немъ все и вся, она послѣдовательна, но изслѣдуемый ею институтъ именно таковъ, что внутреннее состояніе лица, дѣйствующаго in fraudem creditorum, не должно быть упускаемо изъ виду; изъ квалификаціи, даваемой этой теоріей, нельзя дѣлать никакихъ заключеній относительно различія отвѣтственности, смотря по направленію воли лица дѣйствующаго, всѣ отдѣльные и притомъ діаметрально противоположные случаи отвѣтственности находятъ не отдѣльный, а одинъ общій критерій, съ точки зрѣнія Козака — рискъ возвращенія вещи, съ точки зрѣнія Экціуса — пріобрѣтеніе чужой вещи; эти критеріи насъ оставляютъ въ совершенно безпомощномъ положеніи передъ несомнѣннымъ различіемъ между лицами, изъ коихъ одно пріобрѣло имущество cum conscientia fraudis, а другое было nescius. Оба названныхъ ученыхъ признаютъ это различіе, но, конечно, не указали и не могли указать, въ какой связи оно съ основнымъ положеніемъ ихъ ученія. Козакъ даже говоритъ о степеняхъ виновности (Grade der Schuld [1]), имѣющихъ въ этомъ случаѣ значеніе, и тѣмъ самымъ какъ бы платитъ дань основательности деликтной теоріи. Въ этомъ, въ 4-хъ, заключается совершенно правильное возраженіе, которое дѣлаетъ Козаку Радлькоферъ, говоря, что авторъ лишь расширяетъ фактическій составъ деликта, какъ основанія права кредитора опровергать акты, совершенные должникомъ;

---

[1]) Cosack н. с., стр. 243.

разсуждаетъ Радлькоферъ такъ: субъективный моментъ, который даетъ основаніе переносить рискъ уничтоженія убыточнаго акта на пріобрѣтателя имущества, можетъ быть разсматриваемъ какъ нарушеніе обязательства принимать въ соображеніе другія обязательственныя отношенія должника; этотъ субъективный моментъ проявляется, до нѣкоторой степени, какъ dolus eventualis, т.-е. какъ сознаніе того, что третье лицо содѣйствуетъ нарушенію права кредитора на имущество должника [1]). Это весьма мѣткое замѣчаніе, попавшее въ самый центръ теоріи Козака. Оно же mutatis mutandis примѣнимо и къ теоріи Экціуса: разъ понятіе „имущества" должника распространяется на вещи уже отчужденныя и притомъ ко времени предшествующему отчужденію, самое отчужденіе является правонарушеніемъ по отношенію къ кредитору и третье лицо является участникомъ этого правонарушенія. Въ 5-хъ, противъ теоріи Козака Краснопольскій дѣлаетъ то же возраженіе, какъ и противъ деликтной (см. стр. 12), а именно: ею не объясняется случай, когда опровергаемый актъ совершенъ лицомъ ранѣе того времени, чѣмъ оно стало должникомъ опровергающаго актъ кредитора [2]). Но этому возраженію нельзя придавать принципіальнаго значенія; оно скорѣе направлено противъ формулировки Козакомъ своего основного положенія и послѣднее легко можетъ быть исправлено согласно указанію Краснопольскаго, а именно, слѣдовало сказать, что

---

[1]) Radlkofer въ рец. на соч. Козака въ Krit. Veirtelj. B. XXVII H. I, S. 105—106.

[2]) Krasnopolski н. с., стр. 66, пр. 21.

пріобрѣтатель имущества обязанъ подчиниться невыгодамъ, связаннымъ съ назначеніемъ имущества служить предметомъ удовлетворенія „настоящихъ и будущихъ“ кредиторовъ владѣльца. При такой формулировкѣ вышеупомянутый случай подойдетъ подъ данную формулу, но самая формула отъ этого ничего не выиграетъ, а наоборотъ — потеряетъ: она пріобрѣтетъ слишкомъ общій характеръ; это дастъ поводъ всякимъ недоразумѣніямъ, которыя въ свою очередь могутъ быть устранены внесеніемъ въ нее новыхъ ограниченій. И дѣйствительно, безъ того уже Козакъ заслуживаетъ упрека въ томъ, что онъ создалъ новое ограничительное условіе безповоротности пріобрѣтенія имущества вообще—отсутствіе кредиторовъ у пріобрѣтателя, и если говорить еще о будущихъ кредиторахъ, то создастся такое ограниченіе, которое дастъ поводъ думать, что самой безповоротности пріобрѣтенія вовсе не существуетъ. Чтобы устранить это недоразумѣніе, должно внести въ основное положеніе указаніе на то, при какихъ условіяхъ и съ какими послѣдствіями наступаетъ поворотъ пріобрѣтенія и получатся уже не основной принципъ, а описаніе всего института.

Такова теорія исключительной охраны интересовъ кредиторовъ; создавая въ этихъ интересахъ новое обязательство ex lege, она все-таки не дала прочной основы для построенія занимающаго насъ института.

III. Третью группу образуетъ теорія, которую можно назвать теоріей исполнительной силы судебнаго рѣшенія. Теорія эта выросла на практической почвѣ —

создана она практикой прусскаго оберъ-трибунала [1]) и преемственно поддерживается германскимъ рейхсгерихтомъ [2]). По существу она процессуальнаго характера, ибо поставлена въ тѣснѣйшую связь съ исполненіемъ рѣшенія путемъ взысканія; съ ея точки зрѣнія право кредитора опровергать актъ должника есть лишь расширеніе права требовать взысканія; искъ объ уничтоженіи акта и есть лишь средство приведенія судебнаго рѣшенія въ исполненіе, а самый процессъ объ уничтоженіи акта, одна изъ стадій исполнительнаго процесса; это право кредитора, въ виду его процессуальнаго характера, не можетъ быть построено на какомъ-либо опредѣленномъ матеріально-правовомъ основаніи; цѣль его — подготовить, сдѣлать осуществимымъ взысканіе; осуществленіемъ его опредѣленная вещь возвращается въ число объектовъ взысканія; связанное съ правомъ опроверженія акта объявленіе послѣдняго недѣйствительнымъ только раціональное основаніе обязанности возврата имущества ея владѣльцемъ и къ исполненію этой обязанности онъ вынуждается посредствомъ особой actio in rem. Такъ какъ отчужденная вещь возвращается въ имущество должника ради взысканія, то безъ фактическаго владѣнія ею со стороны третьяго, требованіе кредитора о возвратѣ ея—лишено предмета; праву кредитора по самой его природѣ присущъ вещный характеръ. Этимъ отрывочнымъ указаніямъ практики Гартманъ придаетъ болѣе стройную форму. Въ

---

[1]) Erk. v. 12 Januar 1874 und v. 14 Juni 1875 въ Entscheid. B. 73, S. 125; B. 77 S. 198.

[2]) Erk. v. 22 Febr. 1882 въ Entsch. B. 7, S. 129.

изслѣдуемомъ правѣ кредитора онъ видитъ двѣ стороны: положительную и отрицательную; послѣдняя заключается въ признаніи акта недѣйствительнымъ, первая—въ возвратѣ имущества отъ пріобрѣтателя его съ цѣлью исполненія рѣшенія путемъ взысканія; искъ, коимъ охраняется это право, является какъ-бы actio judicati, которою достигается, въ ограниченномъ объемѣ, противъ пріобрѣтателя обектовъ взысканія, осуществленіе признанаго судомъ права кредитора. Внутреннее основаніе этой анормальной отвѣтственности третьяго лица Гартманъ находитъ въ потребностяхъ оборота и кредита; противъ того, къ кому перешли объекты взысканія, строится предположеніе, что, при извѣстныхъ условіяхъ, должникъ какъ бы продолжаетъ владѣть этими объектами, въ силу чего по отношенію къ нимъ и примѣняется взысканіе; тотъ, кто, пріобрѣтя объекты взысканія, лишилъ кредитора возможности получить удовлетвореніе, самъ почитается должникомъ, конечно, насколько онъ лишилъ кредитора удовлетворенія и насколько пріобрѣлъ должниково имущество [1]).

Противъ этой теоріи, какъ въ первоначальномъ ея видѣ, такъ и въ формулировкѣ Гартмана, было высказано не мало и основательныхъ и неосновательныхъ возраженій. Такъ, во 1-хъ, указывается на то, что эта теорія не даетъ юридическаго основанія изслѣдуемому институту [2]). Это совершенно вѣрно, но не надо забывать, что сами представители этой теоріи въ этомъ сознаются.

---

[1]) Hartmann н. с. стр. 24—25.

[2]) Cosack н. с. стр. 30. Otto н. с. стр. 230 и др.

Затѣмъ, во 2-хъ, не лишено значенія указаніе Іекеля [1]) и Менцеля [2]), что теорія эта предполагаетъ, что вещь еще находится во владѣніи третьяго лица, тогда какъ для опроверженія акта, этого вовсе не требуется. Дѣйствительно, владѣніе вещью со стороны третьяго не есть условіе опроверженія и названные представители разсматриваемой теоріи совершенно неосновательно придаютъ этому значеніе; даже съ точки зрѣнія ихъ собственной теоріи, этого не требуется—если вещь не находится уже во владѣніи третьяго, то это не даетъ основанія отказываться отъ требованія ея возвращенія въ число объектовъ взысканія—если окажется, что ее на лицо нѣтъ, то лишь вступаетъ въ силу правило pretium succedit in locum rei. Далѣе, въ 3-хъ, говорятъ, что теорія эта не объясняетъ почему къ отвѣтственности привлекается не самъ должникъ, а пріобрѣтатель имущества: возвратъ имущества — цѣль опроверженія акта, но указаніемъ на это не исчерпывается его значенія [3]). Сказать, что изложенная теорія этого не объясняетъ нельзя — она быть можетъ неудовлетворительна это объясняетъ — это вѣрно: довольствоваться указаніемъ на фактическое владѣніе или на замѣну должника третьимъ лицомъ слишкомъ мало. Въ 4-хъ, взглядъ на это право, говорятъ, какъ на случай расширенія права взысканія порождаетъ несомнѣнную ошибку, а именно: онъ заставляетъ признать полную тождественность права на опроверженіе акта съ правомъ на удовлетвореніе, имѣющимъ уже

---

[1]) Jaeckel н. с. стр. 157.
[2]) Menzel п. с. стр. 15—16.
[3]) Otto н. с. стр. 229.

исполнительную силу; между тѣмъ эти права различны: первое совершенно независитъ отъ второго [1]). Это возраженіе едва-ли основательно: расширеніе даннаго права до того, что въ его составъ входитъ другое право, не указываетъ на отождествленіе этихъ двухъ правъ; этимъ указывается лишь на единство ихъ основанія, что не мѣшаетъ каждому изъ нихъ сохранить свою индивидуальность. Въ 5-хъ, съ точки зрѣнія этой теоріи невозможно уничтоженіе акта о переходѣ къ третьему лицу замѣнимыхъ вещей вообще, денегъ въ частности, ибо взысканіе касается опредѣленныхъ вещей, а не абстрактныхъ цѣнностей и благодаря расширенію права взысканія, оно можетъ касаться лишь точно опредѣленныхъ вещей, перешедшихъ отъ должника и еще находящихся въ обладаніи третьяго лица—что относительно денежныхъ суммъ очень рѣдко бываетъ [2]). Это возраженіе очень слабо; основная предпосылка его не вѣрна: предметомъ взысканія могутъ быть и не индивидуально опредѣленныя вещи, а денежныя суммы; мало того, даже права требованія на денежныя суммы; взысканы они, конечно, могутъ быть, хотя бы и смѣшались съ деньгами третьяго лица; съ расширеніемъ понятія взысканія нѣтъ достаточнаго повода не распространять его на денежныя суммы, перешедшія по оспариваемому акту. Въ 6-хъ, указываютъ на то, что объекты взысканія должны принадлежать къ составу имущества должника, а въ данномъ случаѣ они уже вышли изъ него и перешли въ составъ имущества третьяго, а слѣдовательно

---

[1]) ibid. стр. 231.

[2]) Cosack, н. с., стр. 30—31.

и объектами взысканія почитаемы быть не могутъ [1]). И это возраженіе не изъ сильныхъ. Если идти послѣдовательно по этому пути, то придется всякій переходъ имущества, хотя бы безусловно противузаконный, считать безповоротнымъ только потому, что онъ состоялся; въ этомъ случаѣ вещь фактически перешла въ составъ имущества другаго лица, но такъ какъ она перешла туда неправомѣрно, то возвращается въ прежнее положеніе; если она ранѣе была годнымъ объектомъ взысканія, то остается таковымъ. Въ 7-хъ, теорія эта, какъ говорятъ, не даетъ никакихъ точекъ опоры для разграниченія bona и mala fides пріобрѣтателя имущества [2]). Это замѣчаніе едва ли достаточно вѣско: вѣдь если теорія эта признаетъ искъ объ уничтоженіи акта за actio in rem и слѣдовательно пассивнымъ основаніемъ иска считаетъ нарушеніе вещнаго права, то этимъ уже даетъ достаточную почву для различенія bona fides отъ mala fides; само собою разумѣется, что нарушено право можетъ быть или bona или mala fide. Наконецъ, въ 8-хъ, самое рѣшительное и основательное возраженіе, какое дѣлается этой теоріей, то, что она придаетъ праву кредитора опровергать акты вещный характеръ и иску, охраняющему это право—характеръ вещнаго иска [3]). Иначе говоря, теорія эта исходитъ изъ того положенія, что кредитору принадлежитъ вещное право на имущество должника. Положеніе это безусловно невѣрно, хотя

---

[1]) Otto, н. с., стр. 16.
[2]) Ibid. l. c.
[3]) Jaeckel. н. с., стр. 157.

и принято французскимъ кодексомъ [1]) и поддерживается французскими цивилистами [2]). Такъ, на вопросъ: que prétendent-ils? т.-е. кредиторы, Лоранъ отвѣчаетъ: „que les biens du debiteur étaient leur gage, que ce gage suffisait pour assurer le payement de leur créances, mais qu'un acte consenti par le débiteur l'a diminué en aliénant frauduleusement des biens qui étaient une partie de leur gage". Несостоятельность этихъ соображеній видна изъ слѣдующаго: во 1-хъ, создается новая форма залога, лишенная опредѣленнаго внутренняго содержанія и юридическаго значенія; если это право дѣйствительно есть право залога, то лицо, пріобрѣтая его съ того момента, какъ оно стало кредиторомъ, должно же пользоваться извѣстными гарантіями, обезпечивающими его обязательственное право; наприм., у должника имѣется движимое имущество, если бы кредиторъ имѣлъ на него залоговое право, то онъ могъ бы еще до просрочки противиться отчужденію этого имущества—вѣдь не даромъ при залогѣ движимаго имущества вещь переходитъ во владѣніе закладопринимателя; если бы кредиторъ имѣлъ дѣйствительно залоговое право на имущество должника, то послѣдній долженъ бы былъ быть ограниченъ въ

[1]) Art. 2093 C. c.

[2]) Laurent-Principes de droit civil t. XVI № 434. Къ этой теоріи примыкаетъ и Карницкій. О правѣ кредиторовъ опровергать сдѣлки, заключенныя должникомъ съ третьими лицами въ журн. гр. и уг. пр. 1882, № 6, прилож., стр. 8-9. Отчасти Capmas н. с., стр. 44, 81. Nuquet. De l'action Paulienne en droit romain et en droit français p. 98. Относительно римскаго права долго спорили о характерѣ actio Pauliana; споръ окончился въ пользу личнаго иска см. Reinhart. Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger. Actio Pauliana. S. 1—22. Старую литературу см. у Mankiewitz-Beiträge zur Lehre von der actio Pauliana. S. 15—23.

правѣ распоряжаться своимъ имуществомъ и каждый должникъ оказался бы лицомъ ограниченнымъ въ своемъ правѣ собственности. Тутъ только и возможна дилемма; одно изъ двухъ: или кредиторъ имѣетъ право залога, или не имѣетъ, если имѣетъ, то должникъ ограниченъ въ правѣ распоряженія, если не имѣетъ, то не ограниченъ; средняго ничего быть не можетъ. Теорія эта говоритъ, что онъ имѣетъ право залога, законодательства же не ограничиваютъ права распоряженія должника, какъ таковаго; неизбѣжныя послѣдствія принятыхъ теоріею положеній противорѣчатъ жизни и должны быть отвергнуты. Очевидно, изслѣдуемому явленію теорія придала невѣрную квалификацію. Во 2-хъ, созданное теоріею залоговое право идетъ въ разрѣзъ съ установившимся разграниченіемъ вещныхъ и обязательственныхъ правъ [1]); это своего рода овеществленное обязательственное право; нельзя, конечно, отрицать существованія такихъ несовершенныхъ формъ вещныхъ правъ, которыя воспринимаютъ въ себѣ нѣкоторыя черты обязательственныхъ правъ и наоборотъ; самое дѣленіе несокрушимо въ принципѣ и является безусловно вѣрною характеристикою жизненныхъ явленій, но въ примѣненіи оно претерпѣваетъ нѣкоторыя уклоненія [2]). Если приверженцы этой, назовемъ ее такъ, залоговой теоріи создали новую форму, то должны были указать ея характеристическія черты, отвести ей опредѣленное мѣсто въ системѣ правъ; указать: что въ этомъ правѣ вещнаго,

---

[1]) Kaserer. н. с., стр. 44.

[2]) Виндшейдъ. Учебн. пандектн. права т. I, въ перев. Пахмана, стр. 92–93.

что обязательственнаго. Или же имъ слѣдовало создать новую систему. Ни того, ни другого они не сдѣлали. Въ 3-хъ, созданное вещное право неудовлетворяетъ основному требованію, которое къ нему, какъ къ вещному праву, можетъ быть предъявлено; а именно: оно не имѣетъ опредѣленнаго юридическаго основанія [1]); возникая одновременно съ обязательствомъ, оно должно въ его основаніи находить и свое; договоръ оказывается непосредственнымъ источникомъ не только обязательства, но и вещнаго права, чѣмъ онъ по существу своему быть не можетъ. Въ 4-хъ, залоговая теорія оставляетъ совершенно невыясненнымъ вопросъ: почему къ отвѣтственности привлекается не должникъ-залогодатель, а третье лицо: вѣдь должникъ нарушилъ право залога; придется или признать третье лицо соучастникомъ нарушенія, т.-е. стать подъ знамя деликтной теоріи и подъ выстрѣлы ея противниковъ, или допустить возможность самостоятельнаго нарушенія третьимъ права залога и предоставить кредитору actio hypothecaria; тогда незачѣмъ заставлять кредитора опровергать актъ: actio hypothecaria, какъ pignoris rei vindicatio, направляется прямо на вещь, оставивъ совершенно въ сторонѣ актъ, по которому вещь перешла къ наличному владѣльцу. Наконецъ, въ 5-хъ, залоговая теорія порождаетъ рядъ вопросовъ, которые законодательствомъ никогда не разрѣшались и не могли разрѣшаться въ томъ смыслѣ, какъ того требуетъ послѣдовательное примѣненіе этой теоріи; напр., вопросъ о столкновеніи права кредитора съ правами другихъ залогопринимателей долж-

[1]) Kaserer, н. с., стр. 44.

ника и съ правами другихъ личныхъ кредиторовъ его; если кредиторъ, имѣющій право опроверженія акта, имѣетъ и законное право залога, то этому послѣднему праву не можетъ быть отведено мѣсто низшее сравнительно съ другими договорными залоговыми правами; точно также кредиторъ этотъ не можетъ быть поставленъ въ одинаковое положеніе съ другими личными кредиторами должника; а между тѣмъ если исходить изъ того, что кредиторъ опровергающій актъ не имѣетъ залоговаго права — какъ это принято всѣми законодательствами — то и закладоприниматели должника могутъ осуществить свои права ранѣе кредитора, опровергающаго актъ, а личные его кредиторы вступятъ съ кредиторомъ опровергающимъ актъ въ конкурренцію на общемъ основаніи — что и вполнѣ справедливо.

Въ виду изложенныхъ соображеній теорія исполнительной силы рѣшенія, — въ томъ видѣ, какъ она понимается и формулируется современной доктриной, несмотря на неосновательность многихъ возраженій ея противниковъ, все-таки не можетъ быть признана удовлетворительною. Мы подчеркнули слова; „въ томъ видѣ, какъ она понимается и формулируется современной доктриной“, такъ какъ въ существѣ и мы приходимъ къ этой теоріи, но понимаемъ и формулируемъ ее нѣсколько иначе.

Исходную точку этой теоріи мы считаемъ безусловно вѣрною: право кредитора опровергать акты, совершенные должникомъ, есть вспомогательное средство взысканія; осуществленіе этого права —стадія процесса исполненія

судебнаго рѣшенія и притомъ, конечно, рѣшенія, состоявшагося по денежному требованію истца; если рѣшеніе состоитъ въ признаніи права на индивидуально опредѣленную вещь или на дѣйствіе, то тутъ исполненіе можетъ состоять лишь въ передачѣ вещи натурою или въ понужденіи къ дѣйствію или же въ совершеніи его на счетъ отвѣтчика; въ этихъ формахъ исполненіе никакого отношенія къ праву требовать уничтоженіе акта не имѣетъ—актъ уничтожается для того, чтобы осталось имущество, которое или могло быть продано, а вырученныя деньги вручены взыскателю, или если это деньги, чтобы, ихъ вручить взыскать, или же если это право на денежную сумму, чтобы передать это право взыскателю или другому лицу, обязанному уплатить ему эту сумму.

Исполненіе рѣшенія въ этой формѣ состоитъ изъ цѣлаго ряда актовъ между собою связанныхъ: начальный актъ—наложеніе ареста или запрещенія на имущество; конечный—врученіе денежной суммы. Арестъ или запрещеніе налагаются иногда и до постановленія рѣшенія или до вступленія рѣшенія въ законную силу, но это предварительное ограниченіе и устанавливается въ предположеніе того, что наступитъ конечный моментъ—уплата взысканной суммы. Въ тѣхъ случаяхъ, когда объектъ взысканія состоитъ не въ денежныхъ суммахъ, а иныхъ вещахъ, между начальнымъ и конечнымъ моментами исполненія рѣшенія лежитъ еще одинъ: публичная продажа имущества, съ цѣлью обращенія его въ денежную сумму, которая вручается взыскателю. Весь этотъ рядъ исполнительныхъ дѣйствій даетъ основаніе признать существованіе

въ этихъ случаяхъ особой формы залога — залога судебнаго [1]). Залогъ есть право на стоимость, цѣну имущества; обладателю этого права предоставляется возможность обратиться къ органамъ власти съ требованіемъ о принятіи какъ извѣстныхъ охранительныхъ мѣръ, такъ и мѣръ, направленныхъ на реализацію права на полученіе должной суммы. Въ однихъ законодательствахъ этому залоговому праву придана весьма рельефная форма—она такъ и называется; въ другихъ она скрывается подъ различными формами и обрядами—существо же его вездѣ признается. Основаніемъ этого залоговаго права является конечно законъ, обставляющій установленіе и осуществленіе его извѣстными условіями: устанавливается оно рѣшеніемъ суда по иску кредитора и осуществляется особыми исполнительными органами по просьбѣ взыскателя. Судъ въ своемъ рѣшеніи по иску, признавая право истца, вмѣстѣ съ тѣмъ предписываетъ взыскать присужденную сумму съ отвѣтчика, т.-е. установить, буде истецъ пожелаетъ, право судебнаго залога въ его пользу. Осуществленіе же этого права происходитъ внѣ непосредственнаго участія суда и самое требованіе исполненія рѣшенія, по духу современнаго права не есть требованіе исковое, не искъ, actio judicati — это требованіе, по цѣли, назначенію и внутреннему характеру, какъ не вызывающее необходимости облеченія въ форму иска, есть ни что иное, какъ imploratio officii judicis, въ существѣ своемъ

---

[1]) Beisser. Bemerk. zum österr. Anfechtunggesetz въ Oester. Centralbl. für d. jur. Praxis. 1885 Ht. 1. S. 6.

знакомая римскому праву [1]). Судъ въ рѣшеніи даетъ общую форму — взыскать; исполнительный органъ слѣдуетъ этому велѣнію уже по указанію взыскателя, который озабочивается розысканіемъ имущества, могущаго быть объектомъ взысканія. Если имущество находится у третьяго лица, то это не мѣшаетъ осуществленію права судебнаго залога — имущество подлежитъ аресту и у него отбирается; если съ него причитаются денежные платежи, то и на нихъ налагается арестъ въ томъ смыслѣ, что третье лицо обязуется производить платежъ, не должнику, а испонительному органу. Если имущество отбирается отъ третьяго лица, то оно продается на общемъ основаніи, а деньги передаются взыскателю; если же деньги получены исполительнымъ органомъ, то онъ ихъ вручаетъ взыскателю. Когда судебное право залога установлено, то должникъ не имѣетъ права отчуждать или отказываться отъ правъ на имущество, по поводу котораго право залога установлено. Актъ, совершенный именно съ этою цѣлью, т.-е. ради отчужденія имущества или отказа отъ правъ на него, конечно недѣйствителенъ; онъ игнорируется и, несмотря на его существованіе, наступаютъ всѣ послѣдствія судебнаго залога — имущество продается или прямо передается взыскателю денежная сумма. Нормально, если этотъ актъ совершенъ до установленія судебнаго залога, то онъ безусловно дѣйствителенъ, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ подлежитъ уничтоженію — эти то случаи насъ и занимаютъ. Какія

---

[1]) Renaud Lehb. der gem. deutsch. Civilprocessrechts. S. 422.

тутъ основанія права взыскателя опровергатъ актъ? Основаніемъ является нарушеніе должникомъ права судебнаго залога, принадлежащаго взыскателю.

Мы придаемъ обратную силу судебному праву залога отъ момента его установленія къ моменту совершенія опровергаемаго акта; право судебнаго залога предполагается уже существовавшимъ въ моментъ совершенія акта и самый актъ—совершеннымъ въ нарушеніи его. Это несомнѣнно фикція, но фикція, во 1-хъ, находящая свое оправданіе въ самомъ фактѣ существованія права взыскателя уничтожить актъ; должникъ на самомъ дѣлѣ, не терпящій стѣсненій судебнаго права залога, ставится, какъ бы въ кару, за злонамѣренное дѣйствіе, имъ совершенное, въ положеніе лица, надъ которымъ уже тяготѣетъ судебный залогъ; эта мысль, съ большою вѣроятностью, имѣлась въ виду у законодателя, признавшаго за кредиторомъ право требовать уничтоженія вреднаго для него акта. Во 2-хъ, фикція эта облегчаетъ юридическій анализъ даннаго права, давая возможность примѣнить къ фингируемому явленію то, что установлено для явленія, коему оно уподобляется; къ данному случаю примѣняются правила дѣйствительнаго судебнаго залога, хотябы на дѣлѣ залогъ этотъ не былъ установленъ. Въ 3-хъ, для уясненія права кредитора опровергать актъ, совершенный должникомъ, не разъ прибѣгали къ фикціи въ смыслѣ приданія извѣстному положенію обратной силы. Мы видѣли, что Шёнеманъ придалъ обратную силу предявленію иска, Гартманъ—владѣнію должника; такъ что этотъ пріемъ оказывается уже испытаннымъ; но съ осо-

бенною пользою и убѣдительностью онъ примѣненъ къ случаю опроверженія актовъ, совершенныхъ несостоятельнымъ должникомъ, Баромъ и Колеромъ; воззрѣнія этихъ ученыхъ весьма близки къ теоріи нами принятой. Баръ видитъ въ конкурсѣ форму исполнительнаго процесса относительно всего имущества должника (General-execution) и распространяетъ вліяніе конкурса на время предшествующее его открытію, а также на время совершенія акта должникомъ [1]). Колеръ создаетъ для конкурса особое право на имущество должника, назвавъ его Beschlagrecht (право весьма близкое къ залогу) и распространяетъ его тоже на время, предшествующее его дѣйствительному установленію [2]).

Фингируя право судебнаго залога, мы, однако, не признаемъ существованія права залога въ лицѣ кредитора, т.-е. далеки отъ принятія взгляда Лорана. Положимъ, можно возразить, что, придавая судебному залогу обратную силу къ тому времени, когда взыскатель былъ лишь кредиторомъ, мы признаемъ за кредиторомъ права залога. Это, однако, совсѣмъ не такъ; насъ нельзя уличить въ противорѣчіи потому, что положеніе „взыскатель имѣетъ право судебнаго залога на имущество должника, перенесенное, при извѣстныхъ условіяхъ, на прошлое время“ отнюдь не тождественно съ положеніемъ Лорана, что „кредиторъ имѣетъ право залога на имущество должника“; право судебнаго залога можетъ имѣть не всякій кредиторъ, а лишь тотъ, который сталъ взыскате-

---

[1]) Bar. Das internationale Privat und Strafrecht S. 494 и слѣд.

[2]) Kohler. Lehrbuch des Konkursrechts S. 102—104, 192--194.

лемъ; такъ что, строго говоря, возраженіе будто кредиторъ, по нашему мнѣнію, въ сущности имѣетъ право залога, не особенно богато смысломъ, — судебное право залога отнюдь не такое право, которое можетъ принадлежать всякому кредитору. Тѣ возраженія, которыя дѣлаются залоговой теоріею, не могутъ быть дѣлаемы нашей теоріи обратной силы судебнаго залога; а именно: во 1-хъ, она имѣетъ въ виду залоговое право вполнѣ опредѣленнаго содержанія и юридическаго значенія; она именно предполагаетъ ограниченіе права распоряженія въ лицѣ должника, но не какъ состояніе длящееся во все время нахожденія лица въ качествѣ должника, а имѣющее мѣсто съ момента совершенія акта; во 2-хъ, не создается новое право серединнаго, между вещными и обязательственными правами, типа, а право это вещное право, право залога, имѣющее свои особенности какъ судебное право залога; въ 3-хъ, оно имѣетъ свое опредѣленное основаніе—судебное рѣшеніе, сила коего направлена ретроактивно; въ 4-хъ, наша теорія не оставляетъ безъ отвѣта вопроса о томъ, почему отвѣтственнымъ является третье лицо, а не должникъ; какъ увидимъ ниже, нѣтъ надобности прибѣгать ни къ „соучастію", ни къ общимъ послѣдствіямъ вещнаго права; въ 5-хъ, вопросы, рѣшеніе коихъ столь неудовлетворительно съ точки зрѣнія залоговой теоріи, съ нашей точки зрѣнія разрѣшаются надлежащимъ образомъ, а именно, по правиламъ о дѣйствительномъ судебномъ залогѣ: залоговыя права, ранѣе дѣйствительнаго судебнаго залога установленныя, сохраняютъ свое старшинство, ибо при конкурренціи договорныхъ

залоговыхъ правъ съ судебнымъ залогомъ, послѣдній уступаетъ; точно также при конкурренціи съ другими личными кредиторами. Кредиторъ, опровергающій актъ, хотя и имѣетъ право залога, но судебное, невзирая на существованіе коего онъ остается личнымъ кредиторомъ и конкуррируетъ съ другими на общемъ основаніи, какъ личный кредиторъ, имѣющій судебное право залога.

Право судебнаго залога, распространенное на время, предшествующее его дѣйствительному установленію, нарушено должникомъ, совершившимъ актъ in fraudem cr ditoris. Актъ долженъ быть уничтоженъ, такъ какъ именно имъ нарушено судебно-залоговое право. Кредитору дается искъ. По общему правилу, это долженъ бы былъ быть искъ вещный, но судебный залогъ имѣетъ свои особенности, заставляющія не столь шаблонно разрѣшать этотъ вопросъ; въ судебномъ залогѣ мы видимъ примѣненіе института imploratio officii judicis -- этой imploratio и охраняется судебно-залоговое право; если рѣчь идетъ о дѣйствительномъ правѣ судебнаго залога, то въ случаѣ его нарушенія со стороны должника, наприм., отчужденія, нѣтъ мѣста иску; путемъ неформальнымъ, посредствомъ имплораціи, исполнительный органъ отнимаетъ вещь у третьяго. Положимъ, хранитель имущества къ сроку публичной продажи умеръ, а имущество оказалось у третьяго; взыскатель обращается не съ искомъ въ судъ, а съ просьбой къ исполнительному органу о томъ, чтобы арестованная вещь была отнята у третьяго лица и продана. Что же касается фингированнаго права судебнаго залога, то тутъ картина

измѣняется лишь въ частностяхъ; если оно нарушена, то, какъ и при дѣйствительномъ правѣ судебнаго залога, не дается особаго иска о его возвращеніи въ число объектовъ взысканія, а предоставляется подать просьбу, imploratio officii judicis; но эта имплорація невозможна ранѣе уничтоженія акта, въ силу котораго вещь перешла къ третьему; чтобы добиться этого уничтоженія, необходимо обратиться къ суду съ особымъ искомъ; это необходимо сдѣлать потому, что, во-первыхъ, исполнительный органъ не компетентенъ въ рѣшеніи вопроса о силѣ акта и, во-вторыхъ, самый вопросъ о возможности преданія обратной силы судебному залогу и возвращенія вещи въ число объектовъ взысканія поставленъ въ зависимость отъ характера акта, подлежащаго уничтоженію; если онъ удовлетворяетъ извѣстнымъ условіямъ и есть актъ in fraudem creditoris—фингируется судебное право залога; онъ разсматривается какъ совершенный въ нарушеніе этого права и затѣмъ уже исполнительный органъ можетъ удовлетворить эту imploratio — вещь возвращается въ число объектовъ взысканія. Такимъ образомъ, споръ о томъ, есть ли искъ объ уничтоженіи акта вещный или личный, оказывается празднымъ; самый искъ объ уничтоженіи акта, уже по буквальному смыслу, не можетъ быть actio in rem; онъ не имѣетъ непосредственнаго отношенія къ вещи, а касается акта, совершеннаго по поводу вещи; что же касается дальнѣйшихъ послѣдствій уничтоженія, то самое большее, что можно сказать, это то, что они достигаются чѣмъ-то подобнымъ, actio in rem; вещь возвращается въ число объектовъ взы-

сканія путемъ удовлетворенія неформальной просьбы, imploratio officii judicis; уже въ этомъ глубокое ея различіе отъ actio in rem — ею взыскатель не добивается включенія вещи непремѣнно въ составъ своего имущества — онъ озабоченъ лишь возращеніемъ ея въ число объектовъ взысканія. Такъ что въ распоряженіи кредитора два средства: искъ объ уничтоженіи акта и просьба въ смыслѣ имплораціи; эти средства связаны вовсе не неразрывно: истецъ можетъ предъявлять искъ и не предъявлять просьбы, хотя обыкновенно, по соображенію удобства, они соединяются. Что касается имплораціи, то пока на ея характеристикѣ нечего останавливаться—тутъ нѣтъ никакихъ принципіальныхъ уклоненій отъ общихъ правилъ дѣятельности сторонъ и исполнительнаго органа при осуществленіи дѣйствительнаго судебнаго залога. Искъ же объ уничтоженіи акта имѣетъ свой особый характеръ. Это искъ о признаніи акта недѣйствительнымъ; недѣйствительность, однако, въ этомъ случаѣ является, какъ ее называютъ, относительною [1]) въ томъ смыслѣ, что актъ безсиленъ по отношенію къ кредитору, но сохраняетъ свою силу во всемъ остальномъ; никто, кромѣ кредитора, не вправѣ признавать актъ недѣйствительнымъ; для всѣхъ остальныхъ лицъ, имѣющихъ отношеніе къ акту, не исключая, конечно, и контрагентовъ, актъ сохраняетъ свою силу. Вслѣдствіе такой относительной недѣйствительности акта, искъ объ уничтоженіи его все-таки остается искомъ о недѣйствительности, отрицать таковой его характеръ,

---

[1]) Kaserer н. с., стр. 46. Steinbach. Kommentar zum Gesetze v. 16 Marz 1884, S. 15.

какъ это дѣлаетъ Накэ [1]), потому что имъ не колеблятся всѣ основы акта, что актъ не безусловно обезсиливается,— нельзя; поражается лишь извѣстный эффектъ акта въ извѣстномъ направленіи и въ извѣстныхъ предѣлахъ. Не всякій же искъ о недѣйствительности долженъ непремѣнно поразить актъ въ самомъ его корнѣ, лишить его всякаго значенія; по отношенію къ иску кредитора объ уничтоженіи акта это было бы совершенно неосновательно: кредиторъ добивается уничтоженія акта, имѣя въ виду лишь свой собственный интересъ [2]). Противъ такой относительной недѣйствительности возстаетъ Менцель [3]); строго говоря, возраженія его не направлены противъ несомнѣнности факта, что актъ сохраняетъ свою силу противъ всѣхъ лицъ, непричастныхъ самому оспариванію; онъ возражаетъ лишь противъ понятія „недѣйствительности по отношенію къ кредитору"; онъ не понимаетъ, какъ можно говорить о недѣйствительности самой по себѣ и недѣйствительности по отношенію къ тому или другому лицу; и въ томъ и въ другомъ случаѣ „дѣйствіе" (Wirkung) акта поражается, оно не въ состояніи вызвать юридическихъ послѣдствій. Эти недоумѣнія совершенно неосновательны; когда мы говоримъ о недѣйствительности самой по себѣ, то предполагаемъ извѣстный порокъ акта, благодаря которому онъ падаетъ какъ основаніе, какъ причина извѣстныхъ послѣдствій; при относительной же недѣйствительности, актъ безупреченъ самъ по

---

[1]) Naquet н. с. стр. 174.
[2]) Kaserer н. с., стр. 46.
[3]) Menzel н. с., стр. 11.

себѣ и парализуется лишь то или другое его послѣдствіе въ томъ или другомъ направленіи,—называть это можно обезсиленіемъ акта, обезправленіемъ [1]) его или иначе какъ — это все равно; да и противъ выраженія „относительной недѣйствительности“ ничего нельзя имѣть, если придать ей точный и опредѣленный смыслъ.

Еще одинъ существенный пунктъ не затронутъ нашей теоріей. Изъ предшествующаго изложенія видно, что противникомъ кредитора, опровергающаго актъ, мы считаемъ должника—онъ разсматривается какъ нарушитель права судебнаго залога, противъ него и долженъ быть направленъ искъ кредитора объ уничтоженіи акта, а между тѣмъ и законодательства, и доктрина признаютъ противникомъ кредитора то третье лицо, съ которымъ или въ пользу котораго актъ должникомъ совершенъ. Съ точки зрѣнія нашей теоріи, различающей искъ объ уничтоженіи акта отъ imploratio officii judicis, это очень просто. Просьба въ смыслѣ imploratio, подобно actio hypothecaria, аналогичной rei vindicatio, не можетъ быть предъявляема противъ кого-либо иного, кромѣ лица, въ составъ имущества коего, хотя и слившись съ нимъ, перешло или осталось невостребовано имущество должника; это нахожденіе имущества должника въ составѣ имущества другого лица и служитъ указаніемъ: противъ кого предъявляется просьба; только это обстоятельство и заставляетъ кредитора указать исполнительному органу на данное лицо, дабы отъ него отобрать имущество, конечно, не для передачи его должнику, не для передачи кре-

[1]) Burkchard. System des öster. Privatr. H. II, S. 442.

дитору, а для обращенія его въ объектъ взысканія и для поступленія съ нимъ, какъ съ таковымъ. Въ виду связи, существующей между этой имплорацiей и искомъ объ уничтоженіи, послѣдній предъявляется противъ того, противъ кого предъявлена первая. Разрывать эти два требованія нѣтъ основанія; противъ этого говорятъ и практическія соображенія: 1) удобнѣе для кредитора соединять эти два требованія, направивъ ихъ противъ одного и того же лица; 2) это и выгоднѣе для него: обладатель имущества приметъ мѣры къ сокрытію своего имущества, узнавъ, что предъявленъ искъ къ должнику и скоро къ нему обратятся съ истребованіемъ пріобрѣтеннаго; ему на это какъ бы дается время; никакихъ обезпечительныхъ мѣръ противъ него принято быть не можетъ, что, однако, вполнѣ возможно и цѣлесообразно въ томъ случаѣ, когда искъ объ уничтоженіи акта предъявляется противъ него.

Таковы существенныя черты нашей теоріи. Въ послѣдующемъ изложеніи намъ не разъ представится случай примѣнить и провѣрить основныя ея положенія.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Возникновеніе права кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ.

Условія при наличности которыхъ кредитору предоставляетъ право опровергать акты, совершенные должникомъ, могутъ быть сведены къ тремъ группамъ: 1) условія на сторонѣ кредитора, 2) условія на сторонѣ должника и 3) условія на сторонѣ третьяго лица.

I. Условія на сторонѣ кредитора.

Къ условіямъ этимъ принадлежатъ:

1. Наличность обязательственнаго требованія, обладающаго исполнительною силою. Эта исполнительная сила требованія, какъ возможность быть реализированнымъ, можетъ быть разсматриваема съ двухъ точекъ зрѣнія, съ процессуальной и съ матеріально-правовой. Съ первой требованіе должно удовлетворять процессуальнымъ условіямъ, необходимымъ для реализаціи его, иначе: требованіе должно имѣть исполнительный титулъ. Со второй точки зрѣнія, требованіе должно удовлетво-

рять матеріально-правовымъ условіямъ его реализаціи— оно должно быть само по себѣ достаточно зрѣлымъ для дѣйствительной фактической реализаціи, т.-е. если оно срочно — срокъ долженъ наступить, если суспензивно условно—условіе должно осуществиться. Что касается исполнительной силы требованія въ процессуальномъ смыслѣ, то, конечно, вопросъ о томъ, когда она наступаетъ, рѣшается на основаніи общихъ правилъ того или другого законодательства, опредѣляющаго условія и моментъ вступленія судебнаго рѣшенія въ исполнительную силу; тамъ-же опредѣляются и условія т.-наз. предварительнаго исполненія. Можно-ли считать требованіе обладающимъ исполнительною силою, когда по нему состоялось рѣшеніе, подлежащее предварительному исполненію? На этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить утвердительно, но не безусловно. Рѣшеніе обладаетъ исполнительною силою, но сила это лишь можетъ быть у него отнята путемъ замѣны его другимъ рѣшеніемъ, постановленнымъ высшимъ судомъ; это обстоятельство, конечно, не ослабляетъ исполнительной силы рѣшенія, не заставляетъ отрицать его силы, а даетъ лишь основаніе, принять извѣстныя мѣры къ охраненію интереса отвѣтчика напр. cautio de restituendo. По отношенію къ праву опровергать акты, если рѣшеніе по требованію, принадлежащему кредитору, подлежитъ лишь предворительному исполненію, надо тоже установить извѣстныя охранительныя мѣры въ интересѣ противной стороны, на случай поворота. Мѣры эти могутъ быть различны, а именно: во 1-хъ судъ долженъ пріостановить исполненіе рѣшенія по иску объ уничтоженіи акта до момента

полнаго вступленія рѣшенія по главному требованію кредитора въ законную силу, т.-е. до признанія за этимъ требованіемъ безповоротной исполнительной силы, иначе говоря онъ долженъ суспендировать самое исполненіе. Таковую мѣру принялъ германскій законъ 1879 г. (§ 10). Но противъ этого могутъ быть дѣлаемы и дѣлаются существенныя возраженія: a) создается новый случай, когда осложняются и видоизмѣняются условія исполнительной силы рѣшенія, т.-е. создаются условныя рѣшенія, какъ нѣчто совершено исключительное, отъ чего именно въ данномъ случаѣ едва-ли можно ожидать полезныхъ результатовъ; b) такъ какъ срокъ для обращенія предварительной исполнительной силы въ окончательную не можетъ быть положенъ (если подана апелляціонная жалоба), то вслѣдствіе замедленій и затяжекъ въ процессѣ между кредиторомъ и должникомъ, третье лицо можетъ долго находиться въ неопредѣленности относительно своей обязанности къ возврату имущества и объема этой обязанности [1]); c) отмѣна рѣшенія, по которому послѣдовало предварительное исполненіе, можетъ причинить отвѣтчику по иску объ уничтоженіи акта множество совершенно напрасныхъ затрудненій; такъ какъ по иску этому состоялось рѣшеніе, хотя и не подлежащее исполненію, но влекущіе извѣстныя послѣдствія, то по отмѣнѣ рѣшенія по главному иску (между кредиторомъ и должникомъ) послѣдствія эти придется устранить. Такъ, если въ ипотечную книгу внесена предварительная отмѣтка, то она должна быть

---

[1]) Kranichfeld. Gesetz betref. die Anfechtung von Rechtshandl. eines Schuldners ausserhalb des Konk. S. 50, p. 6.

уничтожена; или если рѣшеніемъ по иску объ уничтоженіи акта уничтожена цессія, то это послѣдствіе можетъ быть устранено лишь путемъ иска къ кредитору [1]). 2) Вторая изъ предлагаемыхъ мѣръ болѣе эластична: кредиторъ, имѣющій рѣшеніе, подлежащее предварительному исполненію, можетъ предъявить искъ объ уничтоженіи акта, но судъ можетъ пріостановить дѣло до вступленія рѣшенія въ полную исполнительную силу [2]); это должно быть предоставлено его усмотрѣнію; руководиться онъ долженъ индивидуальными особенностями отдѣльнаго случая [3]). Принципъ въ этомъ случаѣ остается въ полной неприкосновенности.

И такъ, требованіе кредитора должно быть признано рѣшеніемъ, обладающимъ исполнительной силой. Съ точки зрѣнія принятой нами теоріи, объяснить себѣ необходимость этого условія весьма легко). Если право опроверженія акта есть средство взысканія, то прежде чѣмъ не наступили условія послѣдняго, а къ таковымъ прежде всего принадлежитъ исполнительная сила рѣшенія—было бы непослѣдовательно обращаться и къ этому вспомогательному средству [4]). Съ нашей точки зрѣнія праву судебнаго залога придается обратная сила—кредиторъ долженъ обладать дѣйствительнымъ правомъ судебнаго залога, чтобы въ его интересѣ этому праву могла быть придана обратная сила. Но

---

[1]) Hartmann н. с. стр. 191—192.

[2]) Ibid. l. c. также Jaeckel н. с. стр. 196.

[3]) Фёлдерндорфъ (н. с. стр. 126) противъ этого; по его мнѣнію неудобство условнаго рѣшенія можетъ быть устранено исковымъ порядкомъ. Противъ этого никто не споритъ, но въ этомъ-то и состоитъ неудобство.

[4]) См. Menzel н. с. стр. 42 пр. 3.

независимо отъ этого соображенія, въ пользу разсматриваемаго условія есть и другія, приводимыя и противниками теоріи исполнительной силы рѣшенія. Такъ, во 1-хъ, если, при взысканіи, для отобранія у должника вещей, находящихся въ его обладаніи, требуется рѣшеніе, обладающее исполнительною силою, то отобраніе для этой же цѣли вещей, не находящихся болѣе въ его рукахъ, безъ наличности таковаго рѣшенія было-бы невозможно [1]). Во 2-хъ, рѣшеніемъ суда лишь могутъ быть опредѣлены предѣлы права кредитора при опроверженіи акта—онъ можетъ осуществить его только въ тѣхъ границахъ, въ коихъ за нимъ признано право рѣшеніемъ, обладающимъ исполнительной силой [2]). Въ 3-хъ до воспріятія рѣшеніемъ по данному требованію исполнительной силы, отношеніе между кредиторомъ и должникомъ не настолько выяснилось, чтобъ давать основаніе опровергать формально дѣйствительный актъ и вызывать для посторонняго лица, связанныя съ этимъ неудобства [3]). Одинъ лишь ученый, именно Отто [4]), высказывается противъ этого условія уничтоженія актовъ. Онъ не видитъ необходимости въ возведеніи исполнительной силы акта съ процессуальной стороны въ условіе опроверженія актовъ. Онъ не отрицаетъ нѣкотораго значенія этого условія, а именно: рѣшеніемъ, обладающимъ исполнительной силой, облегчается доказываніе того, что у кредитора имѣется требованіе противъ

---

[1]) Völderndorf н. с. стр. 30.
[2]) Korn н. с. стр. 16.
[3]) Cosack н. с. стр. 35—36. Menzel н. с. стр. 42.
[4]) Otto н. с. стр. 238.

должника, а доказательство несуществованія этого требованія возлогается на должника. Другого значенія это условіе, по его мнѣнію, имѣть не можетъ. Соображенія его суть слѣдующія: 1) право кредитора на удовлетвореніе совершенно одинаково нарушено, будетъ ли оно обладать исполнительною силою или нѣтъ; онъ совершенно одинаково страдаетъ даже въ томъ случаѣ, когда и не намѣревается осуществить свое право. Это соображеніе неубѣдительно, оно лишь вытекаетъ изъ основныхъ положеній данной теоріи [1]) и съ ея точки зрѣнія имѣетъ нѣкоторое значеніе. Кто же станетъ, защищая необходимость судебноисполнительной силы требованія, утверждать, что, благодаря этой силѣ, кредиторъ менѣе страдаетъ въ своемъ правѣ. 2) Юридическая природа права опроверженія актовъ вовсе не зависитъ отъ того будетъ ли взысканіе произведено въ болѣе или менѣе отдаленномъ будущемъ — право это лишь очищаетъ путь къ взысканію. Противъ этого надо замѣтить, что юридическая природа изслѣдуемаго права, конечно, не можетъ зависить отъ времени взысканія—она опредѣляется юридическою возможностью взысканія; нѣтъ условій взысканія, нѣтъ и этого права; разъ данное обстоятельство является условіемъ взысканія, оно является и условіемъ этого права, кладущимъ свой отпечатокъ на юридическую природу его; къ числу этихъ условій относится и исполнительная сила требованія и много другихъ, напр. годность вещи какъ объекта взысканія—это условіе и взысканія (съ нашей точки зрѣнія судебнаго права залога) и права

[1]) Cosack н. с. стр. 36 пр. 2.

опроверженія актовъ. 3) Нѣтъ основанія заставлять кредитора добиваться исполнительнаго титула въ тѣхъ случаяхъ, когда третье лицо, контрагентъ должника, не отрицаетъ существованія своего требованія. Это замѣчаніе практическаго свойства, но, дѣлая его, упускаются изъ виду практическія соображенія другого рода. Если и не требовать предъявленія исполнительнаго титула, то сами кредиторы, въ ожиданіи различныхъ возраженій со стороны противника, заручатся этимъ титуломъ: ясность и несомнѣнность отношеній между кредиторомъ и должникомъ одно изъ основныхъ требованій—если кредиторъ, обращаясь къ третьему съ цѣлью опроверженія акта, желаетъ добиться благопріятнаго для себя рѣшенія суда. 4) Представленіе исполнительнаго титула вовсе не является гарантіей тому, что по окончаніи процесса объ уничтоженіи акта кредиторъ воспользуется этимъ титуломъ для возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія. Противъ этого надо замѣтить, что для кредитора недостаточно однаго того, что актъ уничтоженъ; когда онъ уничтоженъ, какъ говоритъ Козакъ, очищается путь для возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія; самое же возвращеніе совершается не на основаніи рѣшенія по иску объ уничтоженіи акта, а на основаніи рѣшенія по иску кредитора къ должнику — кредиторъ, буде онъ пожелаетъ исполненія, непремѣнно воспользуется этимъ титуломъ; гарантіей тому является именно то, что онъ сошлется на титулъ, имѣя серьезное намѣреніе осуществить свое право до конца. Въ виду этихъ возраженій понятно, что

мнѣніе Отто никѣмъ не было принято; даже опровергать его не считали нужнымъ [1]). Но противъ судебно-исполнительной силы требованія, какъ условія права кредитора опровергать актъ, можетъ быть сдѣлано другое возраженіе, съ точки зрѣнія легислятивной. Нѣтъ надобности вносить его въ законъ, ибо это условіе, такъ сказать, выводное; выводится оно изъ другого безусловно необходимаго (какъ показано будетъ ниже) требованія: безуспѣшности взысканія, произведеннаго кредиторомъ изъ имущества должника. Разъ требуется „безуспѣшность" взысканія, то этимъ уже сказано, что требованіе кредитора должно обладать судебно-исполнительною силою, хотя-бы онъ фактически не пытался приступить ко взысканію въ виду несомнѣнной безуспѣшности его.

Что касается исполнительной силы требованія со стороны матеріально-правовой, то она имѣетъ свои основанія: во 1-хъ, нельзя говорить о правѣ кредитора на удовлетвореніе, о нарушеніи этого права и о причиненіи кредитору вреда, пока не наступилъ срокъ или неосуществилось условіе (conditio) его требованія [2]); во 1-хъ, такъ какъ невозможно взысканіе до этого времени, то невозможно пользоваться и вспомогательнымъ его средствомъ и въ 3-хъ, если кредиторъ не можетъ до наступленія срока или осуществленія условія обратить взысканіе на имущество должника, то было-бы несправедливо предоставлять это право по отношенію къ третьему [3]). Эти положенія без-

[1]) Слабыя возраженія Корна въ счетъ не идутъ см. Korn н. с стр. 15.

[2]) Otto н. с. стр. 237.

[2]) Kranichfeld н. с. стр 17--18.

спорны; спорятъ лишь о томъ, какое значеніе придавать матеріальноправовой исполнительной силѣ требованія — значеніе условія возникновенія права кредитора опровергать актъ или условія его осуществленія. Разногласіе весьма существенное; если оно условіе возникновенія, то до наступленія срока требованія и осуществленія условія, т. е. при условныхъ рѣшеніяхъ по данному требованію, нельзя предъявить иска объ уничтоженіи акта; если же это условіе осуществленія, то искъ можетъ быть предъявленъ и рѣшеніе постановлено, но исполнительная сила его суспендируется до наступленія срока или осуществленія условія. За послѣднее мнѣніе высказывается Фёльдерндорфъ [1]), но согласиться съ нимъ невозможно, ибо, повторяемъ, кредитору нельзя предоставить болѣе правъ по отношенію къ третьему лицу—противнику по иску объ уничтоженіи акта,—чѣмъ по отношенію къ должнику; если онъ, наприм., добился рѣшенія суда о присужденіи ему права на періодическіе платежи или права на сумму денегъ въ случаѣ выдачи вещи и т. п. и рѣшеніе вступило въ силу, то до наступленія сроковъ платежей или до выдачи вещи онъ не вправѣ требовать исполненія; точно также не вправѣ онъ предъявить иска объ уничтоженіи акта—еще неизвѣстно, быть можетъ, должникъ произведетъ платежъ или выдастъ вещь или взысканіе по наступленіи срока или осуществленіи условія и не окажется безуспѣшнымъ. Если же смотрѣть на матеріально-правовую исполнительную силу требованія, какъ на условіе осуществленія права опровергать актъ, то придется до-

[1]) Völderndorf н. с. стр 34.

пустить постановленіе условнаго по иску рѣшенія и выйдетъ, что одно условное рѣшеніе вызвало другое тоже условное. Осложненіе совершенно излишнее и вызывающее обременительныя послѣдствія для третьяго лица (см. стр. 42—43).

И противъ этого условія мы можемъ сдѣлать тоже возраженіе, что и противъ „судебно-исполнительной силы требованія кредитора“ — оно разумѣется само собой и съ легислятивной стороны цѣны не имѣетъ [1]). Если требуется „безуспѣшность взысканія“, то для удовлетворенія этому условію необходимо, чтобы требованіе кредитора было исполнимо во всѣхъ смыслахъ этого слова.

2. Наличность точно опредѣленнаго денежнаго требованія. О необходимости точной опредѣленности требованія — нечего распространяться. Это основное требованіе взысканія изъ наличнаго имущества должника; оно же распространяется на взысканіе будущее, въ формѣ возврата вещи въ число объектовъ послѣдняго, возврата, наступающаго послѣ рѣшенія дѣла по иску объ уничтоженіи акта [2]). Болѣе затрудненій представляетъ вопросъ о денежномъ требованіи. Если исходить изъ того, что практическій результатъ иска объ уничтоженіи акта есть возвращеніе имущества въ число объектовъ взысканія и что, слѣдовательно, имущество не переходитъ ни къ должнику, ни къ вѣрителю, а становится предметомъ исполненія рѣшенія, то требованіе кредитора не можетъ заключаться ни въ правѣ на индивидуально опредѣленную

[1]) Völderndorf н. с., стр. 34.
[2]) Ibid., стр. 35. Hartmann н. с., стр. 62.

вещь, ни на то или другое количество (замѣнимыхъ) вещей того или другого рода. Допустить предъявленіе кредиторомъ иска объ уничтоженіи акта, когда его требованіе такъ индивидуализировано, значило бы совершенно извратить занимающій насъ институтъ и признать, что при посредствѣ этого иска кредиторъ желаетъ получить вещь, на которую онъ имѣетъ какое-то право. Кредиторъ пользуется этимъ искомъ только для цѣлей взысканія, а не для полученія имущества въ свое обладаніе. Взысканіе оказалось безуспѣшнымъ; вслѣдствіе этого, путемъ иска объ уничтоженіи, онъ добивается лишь чтобы то, что ранѣе было невозможно, стало возможнымъ, т.-е. ничего иного, какъ взысканія. Съ нашей точки зрѣнія онъ только осуществляетъ право судебнаго залога, т.-е, право свое на цѣнность, на стоимость имущества, а не на самое имущество или отдѣльныя части его—не на его субстанцію. Въ виду этого, искомъ объ уничтоженіи акта можетъ воспользоваться только кредиторъ, имѣющій денежное требованіе; результатомъ взысканія только и можетъ быть врученіе извѣстной суммы денегъ, не въ смыслѣ суммы, которая должна перейти въ составъ его имущества, а суммы, благодаря врученію коей погашается его права на денежный платежъ [1]). Это мнѣніе, однако нельзя считать господствующимъ. Противоположное наиболѣе обстоятельно развито Іекелемъ. По его мнѣнію, наличность у кредитора денежнаго требованія—общее правило, по исключенію же требованіе его можетъ заклю-

---

[1]) Korn н. с., стр. 2. Völderndorf н. с., стр. 35. Menzel н. с. стр. 33.

чаться въ правѣ на индивидуально опредѣленную вещь, на извѣстное количество замѣнимыхъ вещей. Іекель не видитъ достаточныхъ основаній не предоставлять и въ этихъ случаяхъ кредитору иска объ уничтоженіи акта. Аргументы, имъ приведенные, сводятся къ двумъ: 1) право кредитора на удовлетвореніе одинаково нарушено, будетъ ли онъ имѣть право на денежную сумму, или на вещь опредѣленную индивидуальными или родовыми признаками и 2) для предъявленія этого иска достаточно, чтобы имѣлись такія средства удовлетворенія, которыя перешли отъ должника къ третьему лицу (или остались у послѣдняго, не переходя къ должнику). Оба эти аргумента не состоятельны. Противъ перваго надо замѣтить, что положеніе это вовсе не такого свойства, чтобы его можно было приводить въ видѣ аргумента; не приводится никакихъ доказательствъ тому, что нарушеніе всякаго права на удовлетвореніе даетъ основаніе иску объ уничтоженіи акта—мы, наоборотъ, думаемъ, что не всякаго, а только такого, которое имѣетъ своимъ предметомъ денежную сумму, именно потому, что цѣль иска вовсе не предоставленіе кредитору той или другой вещи, опредѣляемой тѣми или другими признаками, а возвращеніе вещи въ число объектовъ взысканія и врученіе ему денежной суммы. Второй аргументъ содержитъ въ себѣ незаконченное положеніе—наличность не всякаго рода средствъ удовлетворенія, перешедшихъ отъ должника къ третьему лицу, даетъ

---

[1]) Cosack н. с., стр. 40; въ нѣкоторомъ противорѣчіи со стр. 266. Iaeckel н. с., стр. 178—180. Hartmann н. с., стр. 62. Otto н. с., стр. 239. Hartzfeld. н. с., S. 493.

основаніе иску объ уничтоженіи акта, а лишь средствъ, могущихъ быть объектами взысканія и если рѣчь идетъ о вещахъ, то—вещей, могущихъ быть проданными, дабы вырученная сумма была вручена взыскателю; врученіе вещи, непосредственно, будетъ не взысканіемъ, а особымъ способомъ исполненія рѣшенія: передачею вещи натурою—для достиженія чего служитъ не искъ объ уничтоженіи акта, а другіе иски—rei vindicatio, искъ объ исполненіи обязательства и т. п. Іекель не видитъ основаній, почему не предоставить кредитору, имѣющему по договору право на 10 центнеровъ ржи средняго качества, право уничтожить договоръ продажи, по которому эти 10 центнеровъ перешли къ третьему лицу и требовать передачи ему ржи. На это можно возразить: во-1-хъ, искъ объ уничтоженіи акта въ этомъ случаѣ не пригоденъ, ибо путемъ его не осуществляется право собственности кредитора на данное имущество, не переходитъ вещь въ составъ имущества кредитора; требуя же 10 центнеровъ, кредиторъ требуетъ свое или то, что должно стать его имуществомъ, онъ именно добивается перехода имущества въ составъ своего имущества и во-2-хъ, для удовлетворенія интереса кредитора служатъ другія средства; если, по смыслу даннаго законодательства, право собственности на проданное имущество переходитъ къ покупщику въ моментъ заключенія договора, то кредиторъ предъявляетъ къ третьему rei vindicatio съ цѣлью возврата вещи; если право собственности переходитъ къ покупщику лишь послѣ передачи, то кредиторъ можетъ предъявить къ должнику или искъ объ исполненіи обязательства,

если это допустимо, или же искъ объ уплатѣ интереса и уже къ третьему лицу обратиться съ требованіемъ 10 центнеровъ ржи не можетъ. Если же разу должникъ удовольствуется не рожью натурою, а цѣною ея, то, конечно, ему не возбраняется предъявить къ продавцу денежное требованіе, равное стоимости 10 центн. ржи, и если у послѣдняго имущества не окажется, то онъ можетъ требовать уничтоженія акта, указавъ на то, что третье лицо имѣетъ рожь, которую и надо обратить въ объектъ взысканія, т.-е. продать и деньги вручить кредитору. Въ виду этихъ соображеній мы считаемъ это мнѣніе безусловно неправильнымъ.

3. Наличность требованія возникшаго ранѣе акта, совершеннаго въ ущербъ кредитору. Это условіе, впервые указанное римскимъ юристомъ Марцелломъ [1]), выставляется преимущественно французскою доктриною, находящеюся какъ бы подъ вліяніемъ кодекса; послѣдній требуетъ, чтобы актъ, совершенный должникомъ, нарушалъ „права“ кредитора [2]), а пока этихъ правъ еще нѣтъ, т.-е. пока нѣтъ у должника кредиторовъ, акты, по своимъ послѣдствіямъ вредящіе будущимъ кредиторамъ, сими послѣдними уничтожены быть не могутъ [3]) Но французская доктрина, не связанная безусловно кодексомъ, допускаетъ подъ вліяніемъ жизненныхъ требованій отступленіе отъ этого общаго правила въ тѣхъ случаяхъ,

---

[1]) Подробности см. у Grützmann'а въ н. с., стр. 12—21, 40—44. Hasenbalg. Zur Lehre von der actio Pauliana, стр. 34—38.

[2]) Art. 1167. C. c.

[3]) У насъ этотъ взглядъ поддерживаетъ Карницкій н. с., стр. 19, не допуская изъ общаго правила никакихъ исключеній.

когда актъ былъ совершенъ именно съ намѣреніемъ лишить будущихъ кредиторовъ удовлетворенія; напр., торговецъ тайно отъ кредиторовъ продалъ свое торговое заведеніе, вступивъ въ сдѣлку съ посторонними лицами, довѣряющими ему лишь въ предположеніи, что онъ владѣлецъ торговаго заведенія; здѣсь несмотря на то, что актъ былъ совершенъ должникомъ ранѣе возникновенія требованія его кредитора, опроверженіе должно быть допущено [1]). Нѣмецкая доктрина выставляетъ обратный принципъ — она прямо отрицаетъ необходимость совершенія акта позднѣе сравнительно съ возникновеніемъ отношенія между кредиторомъ и должникомъ [2]), т.-е. если имѣются въ наличности всѣ условія опроверженія акта, то взаимное отношеніе моментовъ возникновенія двухъ актовъ не имѣетъ значенія. Общихъ соображеній въ пользу этого безразличія приводится не мало: 1) совершеніе опровергаемаго акта ранѣе требованія кредитора не препятствуетъ тому, чтобы въ данномъ случаѣ признать, что кредитору актомъ причиненъ ущербъ и что должникъ имѣлъ намѣреніе причинить таковой; наличность ущерба удостовѣряется тѣмъ, что во время взысканія у должника не оказалось средствъ удовлетворенія; намѣреніе же можетъ сказаться въ томъ, что должникъ еще ранѣе составилъ себѣ планъ, какимъ образомъ въ будущемъ лишить кредиторовъ удовлетворенія и раньше возникно-

---

[1]) Laurent н. с., № 462. Naquet н. с. 120. Capmas н. с. 76.

[2]) Не говоря уже объ австрійскихъ ученыхъ, которые комментируютъ § 32 закона 16 марта 1884 г. Menzel н. с., стр. 40—41. Kaserer н. с. стр. 100—104. Steinbach н. с., стр. 126—128.

венія требованія совершилъ актъ [1]); 2) когда кредиторъ производитъ взысканіе, то никому и въ голову не приходитъ спрашивать владѣлъ-ли должникъ данною вещью во время возникновенія требованія или нѣтъ,— онъ имѣетъ право обратить въ объектъ взысканія всякое имущество должника; и если та или другая вещь отчуждена, то онъ имѣетъ право требовать возврата ея и уже въ этотъ моментъ нѣтъ основанія внезапно возбуждать вопросъ, когда кто сталъ кредиторомъ [2]). 3) По мнѣнію Іекеля, этого сторонника деликтной теоріи, современное право, видя правонарушеніе въ обманномъ дѣйствіи должника самомъ по себѣ и предполагая лишь, что слѣдствіемъ этого дѣйствія было причиненіе ущерба кому-либо изъ кредиторовъ, не требуетъ, чтобы обманъ былъ направленъ противъ того или другого изъ нихъ; не придается значенія и нарушенію довѣрія кредиторовъ, проявляющемуся въ томъ, что должникъ лишаетъ ихъ удовлетворенія изъ имущества, на которое они разсчитывали во время возникновенія ихъ требованія; актъ, совершенный должникомъ еще до возникновенія требованія имѣетъ въ себѣ самомъ „зародышъ своего оспариванія“ — лежитъ онъ въ объективной безнравственности дѣйствія [3]). Противъ этого соображенія Іекеля можно сдѣлать не мало возраженій, но мы приводимъ его не для этой цѣли, а лишь чтобы показать, что и сторонники деликтной теоріи высказываются противъ возведенія указаннаго требованія въ непремѣнное условіе уничтоженія акта; по спра-

---

[1]) Korn н. с., стр. 205.
[2]) Kaserer н. с., стр. 104.
[3]) Iaeckel н. с., стр. 14—35.

ведливому замѣчанію Менцеля требованіе это послѣдовательно вытекаетъ изъ положеній деликтной теоріи [1]). 4) Не лишено значенія и чисто легислятивное замѣчаніе Консбруха: если признать за кредиторомъ право опровергать лишь акты совершенные послѣ возникновенія его требованія, то акты эти будутъ писаться заднимъ числомъ и законъ, направленный противъ обмановъ лишь откроетъ имъ болѣе широкое поле [2]). Наконецъ, 5) съ точки зрѣнія нашей теоріи, мы можемъ объ этомъ вопросѣ сказать тоже, что сказалъ Менцель съ точки зрѣнія своей, а именно, что моментъ совершенія акта, до или послѣ возникновенія требованія кредитора—безразличенъ. Мы признаемъ субъектомъ права опроверженія актовъ должника не кредитора вообще, а кредитора-взыскателя; разъ онъ взыскатель и имѣются въ наличности условія для приданія праву судебнаго залога обратной силы, уже неумѣстенъ вопросъ о моментѣ съ какого онъ сталъ кредиторомъ.

Но противъ германской теоріи можетъ быть сдѣлано одно, повидимому, разрушающее возраженіе— она опасна съ точки зрѣнія интересовъ гражданскаго оборота: колеблется прочность гражданскихъ сдѣлокъ; никто, вступивъ давно уже въ сдѣлку, не можетъ быть спокоенъ, что, хотя бы до истеченія давностнаго срока, не явится недавній кредиторъ и не разрушитъ сдѣлки; не гарантируетъ въ этомъ случаѣ самая образцовая осторожность и преду-

---

[1]) Menzel и. с., стр. 41.

[2]) Cohnsbruch. Ueber die Befugniss der Konkurs-Gläubiger zur Anfechtung. S. 38.

смотрительность; я пять лѣтъ тому назадъ продалъ или подарилъ домъ, сдѣлавъ это въ цвѣтущую пору матеріальнаго моего благосостоянія, затѣмъ, въ этомъ году занялъ извѣстную сумму и оказался неисправнымъ — является мой кредиторъ и разрушаетъ купчую или дареніе. Это было бы дѣйствительно ужасно, если бы сторонники этой теоріи не имѣли въ виду двухъ гарантирующихъ средствъ: 1) необходимость при возмездныхъ сдѣлкахъ доказательства намѣренія должника причинить ущербъ кредитору и извѣстность этого намѣренія со стороны контрагента и 2) при безмездныхъ сдѣлкахъ,—которыя могутъ быть опровергаемы безотносительно къ тому, имѣлъ ли должникъ намѣреніе причинить ущербъ (послѣднее всегда предполагается)—установленіе очень короткаго срока для осуществленія права опровергать актъ. Что касается перваго, то случаи опроверженія актовъ, благодаря необходимости доказывать animus fraudandi должника и conscientia fraudis третьяго, всегда будутъ исключительными и вполнѣ раціональными — для гражданскаго оборота никакой опасности они не представляютъ; если никакой причинной связи между актомъ, подлежащимъ опроверженію и требованіемъ кредитора нѣтъ, то и актъ сохраняетъ свою силу; причинная же связь имѣетъ мѣсто тогда, когда наступившая невозможность удовлетворенія кредитора входила въ намѣреніе должника, совершившаго данный актъ. Если должникъ, совершая актъ, не имѣлъ и не могъ имѣть въ виду лишенія своихъ будущихъ кредиторовъ удовлетворенія, то актъ не можетъ быть опровергнутъ Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ должно быть установлено это намѣреніе

должника, хотя въ наукѣ полнаго единогласія относительно детальнаго содержанія этого намѣренія не существуетъ; такъ, Корнъ [1]) и Кранихфельдъ [2]) требуютъ, чтобы было доказано, что должникъ совершилъ актъ, умаляющій его имущество, именно съ цѣлью надѣлать долговъ и оставить кредиторовъ безъ удовлетворенія. Кранихфельдъ даже требуетъ, чтобы должникъ поставилъ себѣ цѣлью лишить удовлетворенія или кредиторовъ вообще, или опредѣленныхъ кредиторовъ; въ послѣднемъ случаѣ другіе кредиторы, кромѣ этихъ опредѣленныхъ, уже не могутъ опровергать акта. Противъ такого смысла „намѣренія" справедливо высказывается Гартманъ; по его мнѣнію, вполнѣ достаточно, если установлено, что должникъ, сознавалъ, что, совершая актъ, онъ лишаетъ будущихъ кредиторовъ удовлетворенія [3]); требовать болѣе субъективной причинной связи между актомъ должника и ущербомъ, причиненнымъ кредитору, т.-е. чтобы актъ былъ совершенъ именно для причиненія этого ущерба вообще или опредѣленному кредитору, не представляется надобности—это вызоветъ совершенно напрасныя стѣсненія кредитора въ его правѣ опровергать акты должника. Ни Корнъ, ни Кранихфельдъ никакихъ доказательствъ устанавливаемыхъ ими ограниченій не приводятъ. Но какъ бы то ни было, требованіе наличности animus fraudandi достаточно гарантируетъ отъ наступленія неудобствъ разсматриваемаго условія. Что касается безмездныхъ актовъ, то

---

[1]) Korn. н. с., стр. 205—206.

[2]) Kranichfeld. н. с., стр. 23, п. 9.

[3]) Hartmann. н. с., стр. 76—77, 84—85.

тамъ этого гарантирующаго средства нѣтъ; законодательства, допускающія опроверженія этихъ актовъ bonae fidei, устанавливаютъ и срокъ, въ теченіе коего они могутъ быть опровергнуты[1]); не будь этого срока, можно было бы съ совершенною легкостью опровергать всѣ дарственные акты, когда-либо совершенные должникомъ, признавъ ихъ убыточными для кредитора, хотя бы они и были совершены sine animo fraudandi; если же установленъ краткій срокъ, и тѣмъ какъ бы предполгается, что дареніе совершено cum animo fraudandi [2]), то опасности для прочности гражданскаго оборота никакой ожидать нельзя.

II. Условія на сторонѣ должника.

1. Отсутствіе у должника имущества для удовлетворенія кредитора. Это условіе столь понятно, что доказывать его необходимость едвали представляется надобность. Если у должника имѣется имущество для удовлетворенія кредитора, т.-е. имѣются объекты взысканія, то незачѣмъ обращаться къ вещамъ, перешедшимъ въ составъ имущества третьяго лица и извлекать ихъ оттуда путемъ иска объ уничтоженіи акта. Но насколько понятна необходимость этого условія, настолько затрудненій вызываетъ вопросъ о томъ, когда именно можно признать это отсутствіе имущества и какъ его установить въ конкретныхъ случаяхъ? Отвѣтъ на это дается

[1]) Германскій (§ 3) и австрійскій зак. (§ 30 II, I) устанавливаютъ годовой срокъ.

[2]) Völderndorf. н. с., стр. 68.

одинъ: когда взысканіе не привело къ удовлетворенію кредитора. А когда взысканіе не приводитъ къ удовлетворенію кредитора? Когда у должника нѣтъ имущества и т. д. Словомъ, получается circulus vitiosus. Избѣжать его можно, поступивъ такъ, какъ Отто [1]) это дѣлаетъ: онъ видитъ въ фактѣ безуспѣшности взысканія, имѣющемъ вполнѣ реальное бытіе, предположеніе о состояніи имущества должника, какъ о фактѣ отвлеченно представляющемся; а именно: если взысканіе не привело къ желательному результату, то можно предположить, что у должника нѣтъ имущества, необходимаго для удовлетворенія кредитора. Если ставить такъ вопросъ, то отвѣтъ на него должно дать процессуальное законодательство. Взысканіе тогда не приводитъ къ желательному результату, когда у должника не оказалось годныхъ съ точки зрѣнія законодательства объектовъ взысканія. Такая постановка вопроса именно требуется теоріей исполнительной силы рѣшенія. Если у должника имѣется движимое имущество, включая туда и требованія на другихъ лицъ, или недвижимое, то пока это имущество дѣйствительно имѣется, если цѣнность его не исчерпана, нельзя должника считать не обладающимъ имуществомъ для удовлетворенія кредиторовъ. Если имущество или неправомѣрно отчуждено, или не востребовано, иначе—находится у третьихъ лицъ, то оно само по себѣ, конечно, не является объектомъ взысканія; исполнительный органъ не вправѣ, по указанію кредитора, подвергнуть его судебному залогу—для этого нужно рѣшеніе по иску объ уничтоженіи акта,

[1]) Otto н. с. стр. 236.

путемъ коего имущество оказалось у третьяго лица. Слѣдовательно, только тогда можно признать отсутствіе у должника имущества, когда у него неоказалось годныхъ объектовъ взысканія. Если проводить послѣдовательно эту точку зрѣнія, не вдаваясь въ тонкіе характеристики состоянія имущества, — въ чемъ слѣдуетъ упрекнуть германскихъ ученыхъ, — то по-истинѣ чудовищными, до крайности расширяющими права кредитора, представятся воззрѣнія такихъ ученыхъ, какъ Корнъ [1]) и Іекель [2]). Первый, исходя изъ того, по существу, вѣрнаго взгляда, что кредиторъ искомъ объ уничтоженіи акта добивается денежнаго платежа, полагаетъ, что право кредитора уже тѣмъ нарушено, что въ имуществѣ должника не найдено денегъ на удовлетвореніе взысканія; нарушеніе именно является таковымъ потому, что должникъ не имѣетъ права устранять однѣ части своего имущества, оставлять другія по своему выбору и какъ бы указывать на нихъ, какъ на объекты взысканія; при взысканіи право выбора вещей можетъ принадлежать развѣ кредитору. Въ виду этого взысканіе должно почитаться безуспѣшнымъ и кредиторъ получаетъ право требовать уничтоженія акта, если у должника не оказалось наличныхъ денегъ. Независимо отъ того, если признать условіемъ опроверженія акта отсутствіе какого-либо имущества, то это до крайности затруднитъ кредитора въ дѣлѣ доказыванія и судъ—въ признаніи доказанности именно этого отсутствія объектовъ взысканія; нѣтъ основанія и пере-

[1]) Korn н. с. стр. 20—26.
[2]) Iaeckel н. с. стр. 36—44.

носить тяжесть доказыванія на отвѣтчика (третье лицо) того, что у должника еще имѣется имущество для взысканія. Противъ этого Іессъ [1]) приводитъ два весьма основательныхъ возраженія: 1) принявъ точку зрѣнія Корна, условіе о безуспѣшности взысканія лишается всякаго практическаго значенія: можно ли разсчитывать, чтобы при взысканіи у должника нашлись наличныя деньги; еслибы онѣ у него были, то онъ или не довелъ бы дѣла до взысканія, или съумѣлъ бы ихъ скрыть, и 2) если цѣль уничтоженія акта не непосредственное удовлетвореніе кредитора, а созданіе возможности обратить взысканіе на вещи, находящіяся у противника, то, принявъ положеніе Корна, право это не можетъ быть предоставлено кредитору, пока въ составѣ имущества должника имѣются годные объекты взысканія; нѣтъ достаточнаго повода къ уничтоженію акта. Независимо отъ этихъ замѣчаній, нельзя не указать, во-1-хъ, на то, что положеніе Корна создаетъ явную несправедливость; отъ уничтоженія акта всегда страдающимъ является третье лицо, особенно если это принявшій даръ bona fide: ему придется возвратить полученное, несмотря на то, что у должника еще имѣются, если не деньги, то другія вещи, годные объекты взысканія. Во-2-хъ, извращается юридическій смыслъ всего института: кредиторъ имѣетъ судебное рѣшеніе, обладающее исполнительною силою; силѣ этой дается особенное, исключительное направленіе (какъ мы видѣли, обратное) лишь при

---

[1]) Iesz. Zum Reichsgesetz von 21 Iuli 1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserh. des Konkurses въ Arch. f. d. civil. Praxis B. 68, H. I, S. 44—46.

невозможности дать ей нормальное, общее направленіе, иначе — пока еще есть возможность осуществленія дѣйствительнаго права судебнаго залога, до тѣхъ поръ обращаться къ фиктивному нѣтъ основанія. Въ-3-хъ, нельзя не указать и на странную аргументацію Корна: должникъ оказывается правонарушителемъ потому, что онъ воспольвовался тѣмъ правомъ выбора вещей, какое принадлежитъ кредитору. Спрашивается: развѣ не та же самая, въ сущности, раздутая далеко не соотвѣтственно своему дѣйствительному значенію, узурпація должникомъ права кредитора (тоже сомнительнаго въ столь абсолютной формѣ) замѣчается и въ томъ случаѣ, когда отсутствіе имущества понимается, какъ отсутствіе наличныхъ денегъ? Должникъ отчудилъ свое имущество и тѣмъ, въ сущности, указалъ кредитору, что желаетъ, чтобы тотъ получилъ удовлетвореніе не изъ объектовъ еще имѣющихся у него, а изъ уже отчужденныхъ? Въ-4-хъ, что касается затруднительности доказыванія и излишняго обремененія отвѣтчика доказательствомъ противнаго, то это замѣчаніе исходитъ изъ предположенія о дурной организаціи судебныхъ учрежденій; вопросъ о томъ, имѣются ли у должника объекты взысканія, подлежитъ свободной судейской оцѣнкѣ; гдѣ судъ формалистиченъ, тамъ, конечно, онъ недовольствуется самыми очевидными данными; примѣръ приведенный Корномъ изъ практики ничего не доказываетъ: кредиторъ говоритъ, что взысканіе съ движимаго имущества ни къ чему не привело, движимость давно продана за долги, посейчасъ имѣются предъявленные иски и т. п. Неужели этимъ нельзя довольствоваться? Если

противникъ полагаетъ, что у должника еще есть имущество, то онъ можетъ заявить объ этомъ и доказать этотъ фактъ. Неужели все это такъ затруднительно? Конечно, при положеніи, которое создается теоріей Корна, вопросъ о доказываніи до нельзя упрощается, но это упрощеніе вовсе нежелательно и замѣняется оно такимъ положеніемъ вещей, которое вполнѣ нормально въ области гражданскаго процесса.

Іекель не столь крайняго мнѣнія, но и онъ полагаетъ, что недостаточность имущества должника должна быть признана при отсутствіи такихъ вещей, которыя могутъ быть быстро обращены въ деньги; если наприм. послѣ безуспѣшнаго взысканія съ движимаго имущества у должника осталось недвижимое, то все-таки имѣется недостаточность имущества и кредиторъ можетъ опровергать актъ совершенный должникомъ. Онъ идетъ, однако, еще далѣе: третье лицо и по его мнѣнію не вправѣ возражать, что въ составѣ имущества должника имѣются еще объекты взысканія. Основываетъ онъ это на томъ, что кредиторъ долженъ имѣть прочное основаніе для своего права опровергать актъ; прочность эта подрывается, если третье лицо станетъ ему указывать на имущество у должника находящееся—кредиторъ не можетъ знать, какія вещи входятъ въ составъ имущества должника. И противъ этого мнѣнія надо рѣшительно высказаться. Прежде всего, и противъ Іекеля можно сказать то же, что мы сказали противъ Корна—нѣтъ повода и основанія предоставлять кредитору право опровергать актъ, если въ составѣ имущества должника еще имѣются объекты взысканія. Затѣмъ, нѣтъ

никакихъ основаній запрещать третьему указывать на объекты взысканія, имѣющіеся у должника [1]). Можно ли во имя какой-то прочности правъ кредитора, достигаемой этимъ запрещеніемъ, разрушать актъ формально дѣйствительный, когда отвѣтчикъ указываетъ, какъ обойтись безъ этого, какъ достигнуть той же цѣли ординарнымъ средствомъ, т.-е. дополнительнымъ взысканіемъ изъ имущества, оказавшагося у должника. Запрещеніе это приводитъ къ тому, что изъ двухъ лицъ дѣйствовавшихъ mala fide страдаютъ оба, когда достаточно пострадать одному (должнику), а при mala fides одного должника болѣе страдающимъ окажется третье лицо, дѣйствовавшее bona fide.

Непризнавая, такимъ образомъ, правильности устанавливаемаго Корномъ и Іекелемъ понятія отсутствія имущества у должника, мы полагаемъ, что предметомъ безуспѣшнаго взысканія должно быть все имущество должника [2]); если у него еще имѣются объекты взысканія, хотя бы и по указанію отвѣтчика, то кредиторъ не можетъ воспользоваться правомъ уничтоженія акта; пока у должника имѣются еще объекты взысканія, взысканіе нельзя считать окончившимся безуспѣшно [3]).

Но понимая отсутствіе имущества, какъ отсутствіе объектовъ взысканія, въ самомъ широкомъ смыслѣ, мы допускаемъ, однако, по чисто практическимъ соображеніямъ два отступленія т. е. допускаемъ предположеніе

---

[1]) Cosack н. с стр. 73.

[2]) Hartmann н. с. стр. 70. Cosack н. с. стр. 73—74.

[3]) Menzel н. с, стр. 53 Hartmann н. с. стр. 72.

о безуспѣшности взысканія, хотя бы, во 1-хъ, взысканія, вообще или по данному требованію, произведено не было и, во 2-хъ, въ составѣ имущества должника числилась та или другая вещь, но вопросъ о принадлежности ему этой вещи, оказался спорнымъ. Что касается перваго отступленія то, оно и съ точки зрѣнія нашей теоріи не представляетъ собою уклоненія отъ принципа — принципъ остается въ полной неприкосновенности; для установленія права судебнаго залога и приданія ему обратнаго дѣйствія, требуется рѣшеніе, обладающее исполнительною силою; иначе: требуется возможность взысканія, а не непремѣнно самое взысканіе; послѣднее можетъ быть завѣдомо безуспѣшно; тогда, конечно, незачѣмъ его и начинать. Кредиторъ можетъ привести рядъ фактовъ, изъ коихъ судъ можетъ убѣдиться, что онъ не видѣлъ никакой надобности въ самомъ взысканіи, такъ какъ, очевидно, оно ни къ чему бы не привело; за-ранѣе установить эти факты невозможно; они могутъ быть до крайности разнообразны, такъ: недавняя безуспѣшность взысканія по требованію другаго кредитора, ничтожная стоимость имущества должника или обнаруженная негодность его, какъ объекта взысканія, задолженность его, бѣгство должника и т. п. Въ этихъ случаяхъ, въ подтвержденіе отсутствія имущества, требовать указанія на безуспѣшность взысканія по данному долгу, значило бы создавать для кредитора совершенно безцѣльныя затрудненія въ осуществленіи его права на уничтоженіе акта; тутъ кредитору должна быть предоставлена свобода въ предъявленіи доказательствъ, а суду

—свобода въ оцѣнкѣ ихъ [1]). Опасности въ этомъ никакой видѣть нельзя,—конечно лишь при томъ условіи, чтобы и отвѣтчикъ (третье лицо) имѣлъ широкое право возраженія т. е. указанія на то, что факты, приведенные кредиторомъ въ подтвержденіе безполезности и завѣдомой безуспѣшности взысканія не убѣждаютъ въ томъ, что у должника не имѣются объекты взысканія. Этого не могъ не допустить и Іекель [2]), стѣсняющій право отвѣтчика въ тѣхъ случаяхъ, когда кредиторъ прямо доказываетъ безуспѣшность взысканія. Онъ видитъ между случаями безуспѣшности взысканія и случаями безполезности его какъ бы принципіальную рознь,—что лишено всякаго основанія [3]). Вся разница между этими случаями та, что въ однихъ фактъ безуспѣшности взысканія является прямымъ основаніемъ предположенія объ отсутствіи имущества, а въ другихъ—косвеннымъ т. е. извѣстные факты даютъ основаніе предположенію о безуспѣшности взысканія, а эта послѣдняя служитъ основаніемъ предположенія объ отсутствіи имущества; принципіальный противоположности неоткуда вывести, и если отвѣтчикъ вправѣ возражать противъ прямого основанія предположенія, то онъ вправѣ возражать и противъ косвеннаго.

Второе отступленіе тоже мотивируется практическими соображеніями. Въ составѣ имущества должника имѣются

---

[1]) Kaserer н. с. стр. 104. Völderndorf н. с. стр. 39. Korn стр. 26—27. Otto н. стр. 236.

[2]) Iaeckel н. с. стр. 42—43.

[3]) Hartmann н. с. стр. 71,

спорныя вещи или все это имущество спорно; напр. во время взысканія третье лицо предъявляетъ искъ о правѣ на имущество, подвергшееся взысканію; можно ли считать, въ этомъ случаѣ, взысканіе безуспѣшнымъ и, слѣдовательно, можетъ-ли кредиторъ считать это спорное имущество, именно въ виду его спорности, несуществующимъ, какъ объектъ взысканія? У Корна [1]), Іекеля [2]) и Фёлдерндорфа [3]) отвѣтъ готовъ, и отвѣчая на вопросъ отрицательно, они совершенно послѣдовательны. Если первый признаетъ достаточнымъ лишь отсутствіе денегъ, оказавшееся при взысканіи, а послѣдніе — отсутстіе быстро реализуемаго имущества, то, конечно, наличность спорнаго имущества они совершенно игнорируютъ и признаютъ безуспѣшность взысканія. Но съ нашей, болѣе широкой точки зрѣнія, приходится мотивировать это отступленіе практическими соображеніями. Прежде всего, какъ справедливо замѣчаетъ Козакъ [4]), надо различать: пріостановилось-ли въ данномъ случаѣ взысканіе вслѣдствіе предъявленія третьимъ лицемъ иска или нѣтъ. Въ послѣднемъ случаѣ, кредиторъ долженъ этотъ искъ игнорировать и не считать взысканія безуспѣшнымъ; иска объ уничтоженіи акта онъ предъявить не можетъ и если предъявитъ, то отвѣтчикъ можетъ возразить, что еще имѣются на лицо объекты взысканія. И дѣйствительно, придавать значеніе этимъ искамъ нельзя, ибо, во-1-хъ, нѣтъ никакой

---

[1]) Korn. н. с. стр. 26.
[2]) Iaeckel. н. с. стр. 38.
[3]) Völderndorf. н. с. стр. 38.
[4]) Cosack. н. с. стр. 44.

гарантіи ихъ основательности и кредитору быть можетъ напрасно придется ждать пока дѣло пройдетъ всѣ инстанціи и во-2-хъ, это можетъ вызвать злоупотребленія со стороны кредитора: предпочитая почему-либо уничтоженію акта обращеніе взысканія на данную вещь, имѣющуюся у должника, онъ выдвинетъ подставное лицо, которое и предъявитъ ни на чемъ не основанный искъ. Иное дѣло, если предъявленіе иска вызвало пріостановленіе взысканія. Тутъ все зависитъ отъ кредитора: если онъ желаетъ, онъ можетъ дождаться окончанія процесса или вступить въ него въ качествѣ третьяго лица; если не желаетъ, онъ какъ бы вычеркиваетъ спорную вещь изъ числа объектовъ взысканія; возраженіе отвѣтчика, что еще имѣется спорная вещь, въ соображеніе не должно быть принято: было-бы несправедливо заставлять кредитора выждать окончанія процесса, опять-таки потому что искъ быть можетъ неоснователенъ и онъ лишь напрасно потратитъ время и можетъ понести убытки.

2. Совершеніе должникомъ акта въ ущербъ кредитору. Актъ совершенный должникомъ, дабы стать предметомъ опроверженія, долженъ удовлетворять условіямъ двоякаго рода: объевтивнымъ и субъективнымъ; съ объективной стороны актъ долженъ влечь за собой умаленіе имущества должника, а съ субъективной онъ долженъ быть выраженіемъ намѣренія должника лишить кредитора удовлетворенія [1]) Остановимся на этихъ условіяхъ.

а. Объективная сторона акта. Подъ юридическими актами понимаются всевозможныя, одностороннія

[1]) Korn. н. с. стр. 206.

или двустороннія, выраженныя въ той или другой формѣ, волеизъявленія, направленныя на возникновеніе, движеніе измѣненіе, охраненіе и прекращеніе имущественныхъ частныхъ правъ [1]). Но не всякій юридическій актъ можетъ быть предметомъ опроверженія со стороны кредитора: таковыми могутъ быть лишь акты, во 1-хъ, предметомъ которыхъ является имущество по свойствамъ своимъ способное, по указаніямъ того или другаго законодательства, быть объектомъ взысканія [2]); если оно неспособно быть таковымъ, то отпадаетъ для кредитора всякое разумное основаніе требовать уничтоженія акта [3]); актъ будетъ уничтоженъ, а взыскать окажется не съ чего; напр., должникъ цедировалъ обязательственное право на услугу; въ уничтоженіи цессіи кредитору нѣтъ интереса. Во вторыхъ, и это главное, только такіе акты могутъ подлежать опроверженію, при посредствѣ коихъ происходитъ умаленіе имущества должника, въ смыслѣ объектовъ взысканія и соотвѣтственное увеличеніе имущества третьяго лица. Говоря въ этомъ случаѣ объ имуществѣ, которое на сторонѣ должника умаляется, а на сторонѣ третьяго лица увеличивается, мы должны сдѣлать оговорку. Господствующее въ гражданскомъ правѣ мнѣніе таково, что будто бы въ составъ имущества лица входятъ только права пріобрѣтенныя, права, имѣющіи опредѣленный титулъ. При этомъ забываютъ, что изъ со-

[1]) Лишь Кранихфельдъ, н. с. стр. 11 полагаетъ, что актъ можетъ касаться и не имущественныхъ правъ, но ни аргументовъ, ни примѣровъ не приводитъ.

[2]) Korn. н. с. стр. 44,

[3]) Menzel. н. с.стр. 60.

става имущества лица нельзя исключить и тѣ права, обладателемъ коихъ данное лицо является въ силу законнаго преположенія принадлежности ему этихъ правъ, доколѣ противное не будетъ доказано; понятія „мое“ и „пріобрѣтенное мною“ далеко не всегда совпадаютъ; моимъ будетъ и то, на что я имѣю право въ силу законнаго предположенія, не имѣя, однако, опредѣленнаго основанія пріобрѣтенія; за мною признается данное право до тѣхъ поръ, пока противное не будетъ доказано. Если, слѣдовательно, положительное право выставляетъ предположеніе о томъ, что при такихъ-то условіяхъ лицо почитается обладателемъ даннаго праза, то это предполагаемое, до доказательства противнаго, право не можетъ не входить въ составъ имущества даннаго лица. Можно-ли не считать входящимъ въ составъ имущества напр. право собственности, предполагаемое въ лицѣ владѣльца движимаго имущества или право требованія, предполагаемое въ лицѣ держателя бумаги на предъявителя? Быть можетъ эти права пріобрѣтены незаконнымъ способомъ, тѣмъ не менѣе, пока это не доказано, они почитаются принадлежащими данному лицу; мысль о способѣ ихъ пріобрѣтенія стоитъ совершенно въ сторонѣ. Но въ приведенныхъ примѣрахъ имѣются двѣ черты, которыя могутъ показаться чертами столь общаго характера, что, для признанія въ данномъ случаѣ предполагаемаго права, наличность ихъ является безусловно необходимою—это: 1) фактическое обладаніе вещью и 2) явно и активнымъ образомъ выраженное желаніе почитаться обладателемъ даннаго права. Эти двѣ черты, при-

сущія вышеуказаннымъ случаямъ далеко, однако, не неизбѣжны иъ другихъ случаяхъ предполагаемыхъ правъ. Могутъ быть случаи, когда фактическаго обладанія вовсе нѣтъ н воля даннаго лица относится къ праву совершенно пассивно: ие выражаетъ ни желанія обладать правомъ, ни желанія не обладать имъ. Ничто не мѣшаетъ положительному праву. если это желательно, цѣлесообразно, необходимо съ точки зрѣнія интересовъ индивида и общежитія, и въ этихъ случахъ выставить предположеніе, что данное право почитается принадлежащимъ данному лицу, доколѣ противное не будетъ доказано.

Затѣмъ, признавая, что имущество должника умаляется, а третьяго лица соотвѣтственно этому увеличивается, замѣтимъ, что выраженія „умаленіе“ и соотвѣтствующее ему „увеличеніе“ имѣютъ здѣсь, однако, условное значеніе. Съ одной стороны, они понимаются лишь съ точки зрѣнія кредитора [1]), съ другой стороны, такое увеличеніе и умаленіе имѣетъ мѣсто и тогда, когда неимѣется соотвѣтсвующаго увеличенія на сторонѣ третьяго лица съ экономической точки зрѣнія, и, съ третьей стороны, нѣтъ надобности, чтобы должникъ, умаляющій свое имущество, имѣлъ цѣлью увеличить имущество третьяго лица. Что касается первой, то вообще говоря, можно признать умаленіе и соотвѣтствующее ему увеличеніе имущества лишь въ томъ случаѣ, когда изъ имущества выдѣлена извѣстная часть безмездно, безъ соотвѣтствующаго эквивалента. Если должникъ продалъ имущество, получивт полный, вполнѣ покрывающій стоимость послѣдняго, эквивалентъ, то его иму-

[1]) Jaeckel н. с. стр. 53.

щество не уменьшилось, ибо въ составъ его перешла извѣстная сумма денегъ вмѣсто имущества — произошелъ лишь обмѣнъ; только при несоотвѣтствіи полученной суммы стоимости имущества можно говорить объ умаленіи его, опредѣливъ послѣднее разностью цѣны имущества и покупной суммы. Такъ смотритъ на это Газенбальгъ [1]); онъ порожается, какъ можно разрушать сдѣлку, посредствомъ которой не произошло дѣйствительнаго умаленія имущества должника; по его мнѣнію третье лицо, уплативъ полный эквивалентъ, сдѣлало все, что могло въ уваженіе интересовъ кредиторовъ своего контрагента и карать его разрушеніемъ сдѣлки нѣтъ основанія. Но Газенбальгъ упускаетъ изъ виду, что, до сихъ поръ по крайней мѣрѣ, ни доктрина, ни законодательства не признаютъ возможности уничтоженія возмезднаго акта только въ виду уменьшенія имущества должника — для уничтоженія возмезднаго акта необходимы и другія условія [2]) и прежде всего animus fraudandi должника. Если нѣтъ намѣренія данною сдѣлкою причинитъ ущербъ кредиторамъ, то само по себѣ отчужденіе, съ полученіемъ эквивалента, не даетъ кредитору права опровергать актъ. Нельзя, конечно, отрицать, что вопросъ о томъ соотвѣтствуетъ-ли полученный должникомъ эквивалентъ дѣйствительной стоимости отчужденнаго имущества, имѣетъ значеніе для установленія внутренней стороны сдѣлки т. е. намѣренія должника и его контрагента и характера самой сдѣлки (быть можетъ она окажется безмездно?)

---

[1]) Hasenbalg н. с. стр. 25.

[2]) Otto н. с. стр. 46—49.

но самъ по себѣ вопросъ объ эквивалентѣ для кредитора не имѣетъ значенія [1]),—ему нужна вещь, выбывшая изъ имущества должника и перешедшая въ имущество его контрагента. И изъ новѣйшихъ ученыхъ Фёльдерндорфъ [2]), впадаетъ въ большую ошибку, говоря весьма образно, что въ тѣхъ случаяхъ, когда должникъ отчудилъ имущество за цѣну значительно превышающую стоимость его, кредиторамъ остается только хвалить его и смѣяться. Мы съ этимъ не согласны: имъ не только остается хвалить и смѣятся; хваля и смѣясь надъ покупщикомъ, они имѣютъ достаточный интересъ уничтожить актъ — быть можетъ, они, возвратя вещъ въ число объектовъ взысканія, найдутъ такого-же любителя даннаго рода вещей, какого нашелъ самъ должникъ, и найдя его, могутъ разсчитывать на полученіе, хотя незначительной суммы, въ свое удовлетвореніе — это ихъ дѣло, и препятствовать имъ нѣтъ основанія. Съ точки зрѣнія кредитора самый фактъ выхода имущества изъ обладданія должника является умаленіемъ имущества; но говоря это, мы имѣемъ въ виду, что полученный должникомъ эквивалентъ уже не входитъ въ составъ имущества должника; еслибъ онъ тамъ находился, то, конечно, пришлось-бы признать и съ точки зрѣнія кредитора, что имущество должника не умалилось. Затѣмъ, что касается другой стороны, съ которой выраженія уменьшеніе и увеличеніе имущества являются условными, то условность

---

[1]) Cosack н. с. стр. 62. Jaeckel н. с. стр. 54. Korn н. с. 46. Naquet н. е. стр. 9.

[2]) Völderndorff н. с, стр, 15, пр. 12.

вызываютъ случаи отказа отъ права требованія со стороны должника и соотвѣтствующаго тому освобожденія третьяго отъ обязанности; должникъ уменьшаетъ свое имущество, но увеличенія имущества на сторонѣ третьяго тутъ, въ экономическомъ смыслѣ, нѣтъ—изъ состава имущества лица нѣтъ надобности выдѣлять извѣстныя части для уплаты даннаго долга; третье лицо только не уменьшаетъ своего имущества, оно остается in statu quo ante; тѣмъ не менѣе съ точки зрѣнія кредитора имѣется въ юридическомъ смыслѣ увеличеніе имущества третьяго лица — съ момента наступленія срока въ составѣ его имущества имѣются вещи, на которыя кредиторъ можетъ наложить руку, обратить ихъ въ объекты взысканія; тутъ имѣются всѣ данныя для осуществованія права кредитора на уничтоженіе акта: имущество должника умалено, а въ составѣ имущества третьяго имѣются вещи, могущія служить объектомъ взысканія. Къ этимъ случаямъ мы еще вернемся. Наконецъ, что касается третьей стороны, то, какъ мы сказали, актъ подлежащій уничтоженію можетъ быть и односторонимъ; тутъ нѣтъ надобности выдѣлять тѣ односторонніе акты, которыя вовсе не направлены на установленіе правъ, а слѣдовательно и на увеличеніе имущества третьяго лица; и они подлежатъ опроверженію [1]). Сюда относятся дереликція, неосуществленіе права собственности въ теченіе давностнаго срока и т. п.; должникъ, совершая эти акты, вовсе не намѣренъ увеличивать чьего-либо имущества; увеличеніе это можетъ наступать, если окажется третье лицо,

[1]) Korn н. с. стр. 47.

къ которому вещь порешла; лицо это необходимо; если его нѣтъ, то кредиторъ или лишенъ возможности возвратить вещь въ число объектовъ взысканія или можетъ добиться этого и безъ уничтоженія акта (напримѣръ, игнорируя фактъ неосуществованія права собственности, прямо обратить взысканіе на вещь). Словомъ, нѣтъ надобности, чтобы увеличеніе имущества третьяго лица совершились преемственнымъ способомъ [1]).

Формулировать объективную сторону акта мы можемъ такимъ образомъ: посредствомъ акта, касающагося вещи, какъ годнаго объекта взысканія, должно уменьшиться принадлежащее должнику имущество, съ соотвѣтствующимъ увеличеніемъ имущества третьяго лица.

Говоря объ объективныхъ условіяхъ акта, мы не можемъ не остановиться на вопросѣ: въ какой мѣрѣ акты недѣйствительные могутъ подлежать уничтоженію въ виду того, что они совершены in fraudem creditoris. Одни ученые склоняются въ пользу совершеннаго безразличія: будетъ ли актъ самъ по себѣ дѣйствителенъ или недѣйствителенъ, если имѣются въ наличности условія необходимыя для опроверженія акта, кредиторъ можетъ его опровергнуть и возраженіе отвѣтчика о томъ, что актъ

---

[1]) Эту мысль собственно и хотѣлъ выразить римскій юристъ Павелъ, говоря; in fraudem facere videri etiam eum, qui... rem suam pro derelicto habuerit, ut quis eam suam faciat. L. 4. 5. D. quae in fraud. cred. 42. 8. Но Виндшейдъ (Pandecten B. 2. S. 679) передаетъ эту мысль такъ, какъ будто въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ собственникъ долженъ имѣть въ виду оккупанта; несомнѣнно, что Павелъ придавалъ словомъ ut quis eam suam faciat общее значеніе, значеніе предположенія, всегда имѣющагося въ виду, когда говорятъ о дереликціи.

недѣйствителенъ въ соображеніе не принимается[1]). Другіе же или выражаются абсолютно въ противоположномъ смыслѣ или-же устанавливаютъ тѣ и другія ограниченія, т.-е. или не допускаютъ опроверженія акта, въ собственномъ смыслѣ, а признаютъ во всѣхъ случаяхъ недѣйствительности за кредиторомъ право уничтожить актъ какимъ-либо инымъ способомъ или-же не допускаютъ опроверженіе акта только въ случаѣ недѣйствительности, происшедшей вслѣдствіе неправоспособности лица совершившаго его; въ остальныхъ же случаяхъ допускаютъ только опроверженіе, а не пользованіе какимъ-либо инымъ средствомъ уничтоженія акта[2]). Что касается ученыхъ первой группы, то они исходятъ изъ безусловно вѣрнаго положенія, что, хотя данный актъ, какъ недѣйствительный не имѣетъ юридическаго бытія, но пока пороки его скрыты, онъ производитъ нормальный эффектъ, измѣняетъ существующія юридическія отношенія; если разъ измѣненіе это выражается въ видѣ намѣреннаго умаленія имущества должника и соотвѣтствующаго увеличенія имущества третьяго лица, то имѣются всѣ основанія для опроверженія акта кредиторами. Возраженіе противника о томъ, что актъ недѣйствителенъ, не можетъ быть принято въ уваженіе, и не можетъ заставить судъ, въ случаѣ доказанности его, отказать кредотору въ уничтоженіи акта: если бы возраженіе это было допущено, то послѣд-

---

[1]) Cosack н. с. стр. 53. Völderndorf н. с. стр. 23. Menzel н. с. стр. 101.

[2]) Jaeckel н. с. стр. 7 и слѣд. Otto н. с. стр. 26—27. Eccius н. с. стр. 122. Hartmann н. с. стр. 45.

ствія были-бы печальны: кредиторы никогда не имѣли-бы возможности осуществить свое право; напр. при симуляціи, принужденіи и т. п. всѣ эти обстоятельства третьему лицу, уговорившись въ этомъ съ должникомъ, доказать очень не трудно.—Въ такой общей формѣ съ этимъ мнѣніемъ можно согласиться, но, какъ увидимъ ниже, одинъ лишь пунктъ долженъ быть подвергнутъ сомнѣнію — это полное игнорированіе возраженій противника; конечно, мы не станемъ отстаивать необходимости отказа кредитору въ искѣ, какъ послѣдствія уваженія возраженія — но объ этомъ ниже. Что касается второй группы ученыхъ то тѣ изъ этихъ, которые совершенно отрицаютъ за кредиторомъ право опровергать недѣйствительный актъ, исходятъ изъ совершенно абстрактной предпосылки, что недѣйствительный актъ есть nonsens, а слѣдовательно, и не можетъ быть предметомъ опроверженія. Мнѣніе это несостоятельно уже потому, что этотъ nonsens является таковымъ in abstracto — реально-же это нѣчто, имѣющее весьма существенное юридическое значеніе; жизненныя явленія не могутъ мириться съ подобными абстракціями; кредитору вполнѣ намѣренно причиненъ ущербъ даннымъ актамъ, а ему говорятъ: опровергать актъ, только какъ убыточной, вы не можете, обратитесь къ спеціальнымъ средствамъ, какія законъ даетъ для уничтоженія недѣйствительныхъ актовъ. Конечно, во многихъ случаяхъ законъ даетъ эти средства, но далеко не во всѣхъ; въ теоріи очень споремъ, а законодательствами совершенно не разрѣшенъ напр. вопросъ о правѣ кредитора требовать уничтоженія акта, совершеннаго долж-

никомъ подъ вліяніемъ принужденія; есть ученые прямо отрицающее это право; такъ что указаніе на спеціальныя средства уничтоженія акта оказывается вполнѣ платоническимъ совѣтомъ. Наконецъ, тѣ ученые, которые вообще допускаютъ опроверженіе и недѣйствительныхъ актовъ, дѣлаютъ исключеніе для актовъ, совершенныхъ неправоспособнымъ, и въ то же время исключаютъ возможность примѣненія спеціальныхъ средствъ уничтоженія недѣйствительныхъ актовъ въ другихъ случаяхъ; для доказательства перваго положенія приводятъ тотъ-же доводъ, что и предъидущіе ученые т.-е. актъ совершенный неправоспособнымъ не есть юридическій актъ, а потому и опровергнутъ кредиторомъ быть не можетъ; второе-же положеніе мотивируется тѣмъ, что право должника опровергать актъ не можетъ переходить къ его кредиторамъ, они не могутъ пользоваться тѣми исключительными средствами, какія предоставлены должнику и слѣд. остается одно: предоставить кредитору опровергать эти акты на общемъ основаніи [1]). Противъ перваго утвержденія мы уже высказали свои соображенія, что же касается втораго, то соглашаясь съ тѣмъ, что на кредитора право опроверженія, принадлежащее должнику, конечно, не переносится, въ юридическомъ смыслѣ, нельзя не замѣтить, что есть другія юридическія основанія по которымъ право опроверженія можетъ имъ принадлежать въ полной мѣрѣ и по собственному ихъ праву,—къ чему мы сейчасъ и вернемся.

Изъ недѣйствительныхъ актовъ всего ближе къ за-

[1]) Hartmann н. с. стр. 45.

нимающему насъ вопросу стоятъ акты симулированые т.-е. тѣ въ которыхъ выраженная въ актѣ воля не соотвѣтствуетъ своему содержанію. По этому вопросу представителемъ той группы ученыхъ, которые признаютъ возможность опроверженія и недѣйствительныхъ актовъ является Корнъ. Онъ, по изложеннымъ общимъ соображеніямъ, признаетъ возможность опроверженія симулированаго акта, если только имѣются въ наличности объектныя и субъектныя условія опроверженія. Но онъ ставитъ и разрѣшаетъ другой связанной съ этимъ вопросомъ: можетъ-ли кредиторъ опровергать симулированый актъ при отсутствіи субъективнаго элемента т.-е. достаточнали наличность однаго объективнаго элемента, въ смыслѣ уменьшенія имущества должника и увеличенія имущества третьяго лица. Самъ по себѣ кредиторъ не имѣетъ права опровергать симулированый актъ, развѣ-бы онъ пріобрѣлъ вещное право съ его вещнымъ искомъ, могущимъ быть предъявленнымъ противъ всякаго, а слѣд. и противъ третьяго лица. Въ каждомъ симулированомъ актѣ Корнъ видитъ три части; договоръ объ отчужденіи, соглашеніе о симуляціи и передача владѣнія, причемъ, для кредитора имѣетъ значеніе только актъ уже исполненный. Права и обязанности сторонъ устанавливаются передачею владѣнія и благодаря соглашенію о симуляціи должникъ пріобрѣтаетъ право требовать обратно переданную его quasi-контрагенту вещь; это требованіе чисто обязательственнаго характера; обязательственный актъ порождаетъ права и обязанности, но лишь между сторонами; кредиторъ отнять вещь не можетъ. Ему остается одно: если вещь нахо-

дится во владѣніи третьяго лица, установить путемъ взысканія право судебнаго залога на требованіе должника къ этому лицу; но если вещь еще не поступила во владѣніе третьяго, а находится у должника,—то на самую вещь; если же третье лицо предъявитъ противъ него искъ, то онъ можетъ предъявить возраженіе о симуляціи [1]). Отказать этой теоріи Корна въ остроуміи, конечно, нельзя и этимъ быть можетъ объясняется то сочувствіе, съ какимъ она была принята; но съ другой стороны, одинъ изъ ея послѣдователей и поклонниковъ Гартманъ [2]) дѣлаетъ дѣйствительно разрушающее замѣчаніе, въ сущности, говорящее, что игра не стотъ свѣчей: если разъ все строится на доказанности симуляціи, то тѣмъ уже какъ нельзя болѣе подтверждается существованіе въ данной сдѣлкѣ субъективнаго условія опроверженія ея—намѣренія причинить вредъ кредиторамъ, чѣмъ и упраздняется самый вопросъ, поставленный Корномъ, имѣвшимъ въ виду такую симулированую сдѣлку, въ которой нѣтъ возможности доказать наличность субъективнаго элемента.

Іекель, представитель теоріи, отрицающей возможность опроверженія симулированыхъ актовъ, ставитъ вопросъ болѣе осторожно. Онъ исходитъ отъ мысли о принципіальной противоположности симулированаго и истиннаго актовъ—первый не есть юридическій актъ и не имѣетъ юридической силы; опровергать его, какъ убыточный актъ, кредиторъ не можетъ; юридически говоря, актъ не вызываетъ никакого дѣйствія — никакого измѣ-

---

[1]) Korn н. с. стр. 209—215.

[2]) Hastmann н. с. стр. 53.

ненія въ юридическомъ смыслѣ такой актъ не производитъ. Въ распоряженіе кредитора должны быть даны другія средства, отличныя отъ права оспариванія и по условіямъ, и по послѣдствіямъ; они не должны быть обусловлены уменьшеніемъ и увеличеніемъ имущества, ибо при ихъ посредствѣ кредиторъ не вторгается въ чуждое ему отношеніе —отношенія такого не существуетъ; послѣдствія же ихъ должны заключаться не въ обезсиліи акта въ данномъ направленіи съ сохраненіемъ силы во всѣхъ другихъ направленіяхъ, а въ признаніи полнаго его безсилія во всѣхъ направленіяхъ. Такимъ средствомъ является самостоятельный искъ, который долженъ быть даваемъ кредитору, ибо онъ имѣетъ достаточный интересъ въ уничтоженіи акта: онъ желаетъ устранить актъ, мѣшающій ему возвратить данное имущество, безо всякихъ основаній находящееся въ обладаніи третьяго лица, въ число объектовъ взысканія [1]). Этотъ взглядъ Іекеля на самостоятельность права кредитора требовать уничтоженія симулированыхъ актовъ имѣетъ много за себя, но примѣненіе къ данному случаю сдѣлано неправильно. Іекель совершенно вытѣсняетъ искъ объ опроверженіи убыточнаго акта въ примѣненіи къ симулированымъ актамъ, исходя изъ обстрактнаго представленія объ актѣ, какъ о nonsens'ѣ, и приходитъ къ такому практически неудобному положенію: если истецъ предъявилъ искъ объ опроверженіи убыточнаго акта, а затѣмъ, на основаніи выяснившихъ на судѣ обстоятельствъ, основывается на симуляціи, то это слѣдуетъ признать недозволеннымъ измѣненіемъ иска.

[1]) Iaeckel, н. с. стр. 7—14.

Изъ изложеннаго видно, что теоріи опроверженія недѣйствительныхъ актовъ недостаетъ полнаго единства: разграничивается то, что слѣдуетъ объединить, объединяется то, что слѣдуетъ разграничить. Не повторяя уже изложеннаго, попытаемся устранить эти недостатки. Прежде всего, мы не различаемъ, на почвѣ общихъ соображеній, актовъ недѣйствительныхъ вообще отъ актовъ симулированыхъ; и послѣдніе недѣйствительны въ силу несовпаденія выраженія воли съ ея содержаніемъ. Затѣмъ, мы склоняемся въ пользу допустимости опроверженія кредиторомъ актовъ вообще убыточныхъ, безотносительно къ тому дѣйствительны ли они или недѣйствительны, какъ это признаютъ Корнъ [1]), Гартманъ [2]) и др.; но это намъ не мѣшаетъ признать и правильность того мнѣнія Іекеля [3]), что между актомъ недѣйствительнымъ въ силу того или другаго порока его и актомъ, подлежащимъ опроверженію со стороны кредитора, существуетъ принципіальное различіе, какъ по условіямъ, такъ и главнымъ образомъ по послѣдствіямъ. Это заставляетъ Іекеля признать за кредиторомъ права на особенныя средства уничтоженія актовъ, а не на искъ объ опроверженіи акта [4]). Мы же поступаемъ наоборотъ: кредиторъ вовсе не имѣетъ права пользоваться особымъ искомъ объ уничтоженіи порочнаго акта, развѣ бы порокъ по существу касался его интереса; это право одного должника, которое, какъ

---

[1]) Korn, н. с. стр. 206.
[2]) Hartmann, н. с. стр. 46.
[3]) Iaeckel, н. с. стр. 8.
[4]) Ibid, стр. 12.

замѣчаетъ Гартманъ, къ кредитору отнюдь не переходитъ [1]). Кредиторъ только и можетъ опровергать, обезсилить его въ данномъ направленіи, а никогда не можетъ уничтожить его со всѣми послѣдствіями. Такъ, если актъ совершенъ подъ вліяніемъ ошибки, обмана, принужденія, неправоспособности, если актъ симулированый и т. п., то должникъ его можетъ совершенно разрушить, кредиторъ же такого разрушительнаго права не имѣетъ. Говоря это, мы, конечно, предполагаемъ, что имѣются въ наличности всѣ объективныя и субъективныя условія опроверженія акта. Тутъ-то намъ и могутъ указать на рядъ случаевъ (Корнъ и имѣетъ ихъ въ виду [2]), когда субъективнаго элемента не имѣется, а между тѣмъ объективный элементъ указываетъ на необходимость допустить и тутъ обезсиленіе акта; приходится слѣдов. или прибѣгнуть къ тому искуственному построенію, которое предлагаетъ Корнъ, или дать кредитору, какъ предлагаетъ Іекель, особое средство защиты, особый искъ. Ни въ томъ, ни въ другомъ мы не видимъ надобности. Въ тѣхъ случаяхъ, когда казалось бы субъективнаго элемента нѣтъ т.-е. нѣтъ намѣренія причинить вредъ, мы эготъ элементъ однако находимъ: лежитъ онъ въ неосуществленіи должниномъ своего права требовать уничтоженія акта въ силу даннаго порока. Напримѣръ. актъ совершенія подъ вліяніемъ ошибки, принужденія и т. п. Если путемъ этого акта перешло имущество отъ должника къ другому, и имѣются всѣ, кромѣ animus

[1]) Hartmann, н. с. стр. 45.
[2]) Korn, н. с. стр. 207.

fraudandi, элементы опроверженія, мы находимъ этотъ элеметъ въ бездѣйствіи должника Въ этихъ случаяхъ кредиторъ обращается къ третьему лицу, заявляя, что имущество должно быть возвращено въ число объектовъ взыскавія, ибо даннымъ актомъ умалено имущество должника въ его ущербъ; тотъ ему возражаетъ, что актъ недѣйствиъеленъ вслѣдствіе ошибки, принужденія, симуляціи и т, п.; тогда этому возраженію кредиторъ противоиоставляетъ реплику, что эти то обстоятельства и даютъ ему основаніе признать animus fraudandi должника, неосуществившаго свое право уничтожить актъ въ силу этихъ обстоятельствъ. Но такихъ возраженій со стороны третьяго незачѣмъ и предполагать, потому что кредитору, для обосновавія своего требованія объ уничтоженіи акта, придется, среди указаній на факты, удостовѣряющіе наличность условій опроверженія акта, указать и на animns fraudandi должника выразившійся въ непредъявленіи къ третьему лицу иска объ уничтоженіи акта. Точно также, если кредиторъ предъявитъ искъ объ уничтоженіи акта, а затѣмъ сошлется на тотъ или другой порокъ, то это не будетъ измѣненіемъ иска, а лишь болѣе правильной формуллировкой, такъ какъ онъ только и можетъ предъявить искъ объ опроверженіи акта. Конечно, еслибъ должникъ предъявилъ искъ объ уничтоженіи, то порочный актъ былъ бы уничтоженъ во всѣхъ направленіяхъ; а такъ какъ кредиторъ предъявляетъ искъ объ опроверженіи убыточнаго акта, то падаютъ лишь тѣ послѣдствія акта, которыя противны интересамъ кредитора. И эти положенія мы распространяемъ вполнѣ на

симуляцію, хотя относительно акта симулированаго in fraudem creditorum кредиторъ имѣетъ самостоятельное право уничтожить актъ со всѣми послѣдствіими [1]), но ему нѣтъ надобности предъявлять столь разрушительное средство: онъ можетъ довольствоваться меньшимъ, именно опроверженіемъ въ предѣлахъ своего интереса; но и тутъ очевиднѣе чѣмъ гдѣ-либо, именно въ виду симуляціи, этотъ animus fraudandi всегда имѣетъ мѣсто, какъ правильно замѣчаетъ Гартманъ [2]). Вотъ какимъ образомъ, какъ кажетси, надлежитъ разрѣшить этотъ совершенно напрасно запутанный доктриною вопросъ.

Переходя къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ актовъ, подлежащихъ опроверженію, мы предложили-бы такую ихъ группировку: а) акты возмездные и безмездные, б) акты направленные на уменьшеніе имущества и акты направленные на отказъ отъ увеличенія его, в) акты положительные и отрицательные и г) акты направленные на установленіе и прекращеніе вещныхъ правъ и на установленіе и прекращеніе обязательственныхъ правъ. а) Актъ возмездные и безмездныхъ. Дѣленіе это имѣетъ чрезвычайно важное значеніе для субъективной стороны акта подлежащаго опроверженію, потому-то надо установить его на прочныхъ основаніяхъ. Это мы достигнемъ принявъ установленное въ

---

[1]) Симуляція только и можетъ быть или in fraudem legis или in fraudem creditorum; тутъ имѣется въ виду послѣдній случай. Windmüller Die Anfechtuug simulirter und sonstiger Veräusserungen zahlungsunfähiger Shuldner und über den Beweis der Simulation стр. 52—53.

[2]) Hartmann. н. с. етр. 53.

гражданскомъ правѣ различіе между двумя понятіями: юридическаго акта въ смыслѣ дѣйствія и юридическаго акта въ смыслѣ сдѣлки; сдѣлка направлена непосредственно на установленіе юридическаго отношенія и это послѣднее является предметомъ воли: дѣйствіе же есть всякое выраженіе воли [1]), касающееся возникновенія, измѣненія или прекращенія правоотношенія, хотя-бы оно имѣло къ данному отношенію косвенное, отдаленное отношеніе, хотя бы оно и не установливало между сторонами того и другаго отношенія. Ученые часто упускаютъ изъ виду это дѣленіе и говоря о возмездныхъ и безмездныхъ актахъ, забываютъ, что дѣленіе на возмездные и безмездные касается только юридическихъ сдѣлокъ: въ примѣненіи къ юридическимъ дѣйствіямъ оно совершенно непригодно. Напр., можно-ли спорить о томъ, суть ли дереликція, уплата долга, datio in solutum-возмездные или безмездные акты? Мы того мнѣнія, что къ юридическимъ дѣйствіямъ примѣняются общія правила опроверженія юридическихъ актовъ, т.-е. тѣ которые установлены для возмездныхъ актовъ; правила-же объ опроверженіи безмездныхъ актовъ суть правила исключительныя и къ опроверженію юридическихъ дѣйствій примѣнены быть не могутъ.

б) Акты направленные на уменьшеніе и на отказъ отъ увеличенія имущества. О первой категоріи нечего распространяться: мы уже выше указали на характерный признакъ этихъ актовъ. Спрашивается: могутъ ли акты, направленные на отказъ отъ увеличенія имущества быть

[1]) Förster, н. с. стр. 153.

опровергаемы? Еще Ульпіанъ выставилъ безусловно вѣрное положеніе, служащее посейчасъ основой для разрѣшенія этого вопроса; онъ говоритъ: non fraudantur creditores quum quid non acquiritur a debitore, sed quum quid de bonis deminuitur [1]). Ставить должнику въ вину, что онъ не совершилъ акта пріобрѣтенія права, т.-е. отказался отъ будущаго права—нельзя. Притязать кредиторы могутъ лишь на то имущество, которое, какъ мы видѣли выше, уже входитъ въ составъ имущества должника, составляетъ его частную принадлежность.

Слѣдуя указаніямъ Ульпіана, современная доктрина утверждаетъ, что актъ отказа отъ пріобрѣтенія права можетъ быть уничтоженъ, по требованію кредиторовъ, если онъ является выраженіемъ мысли объ „alienare", а не о „non acquirere". Для рѣшенія вопроса, является-ли отказъ тѣмъ или другимъ, ученые отсылаютъ къ положительному праву — оно должно дать отвѣтъ на этотъ вопросъ; но при какихъ условіяхъ, по тому или другому законодательству, отказъ выражаетъ „non aquirere„ или „alienare" — на этотъ вопросъ ученые сами отвѣчаютъ, сами выставляютъ тѣ или другія условія его.

При какихъ же условіяхъ отказъ отъ права выражаетъ собою „alienare"? Ученія юристовъ можно раздѣлить на двѣ теоріи: субъективную и объективную. Представителями первой являются Корнъ [2]) и Гартманъ [3]); они центръ тяжести всего вопроса находятъ въ дѣйствіи

[1]) L. 136. D. reg. jur. 50, 17 таже мысль въ L. 26 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8. см. Reinhart н. с. стр. 99.

[2]) Korn, н. с. стр. 71—73.

[3]) Hartmann, н. с. стр. 42—43.

лица, направленномъ на пріобрѣтеніе права. Корнъ говоритъ, что если для пріобрѣтенія права требуется только волеизъявленіе лица, какъ бы въ довершеніе всего объективнаго состава фактовъ, необходимыхъ для пріобрѣтенія права, то прямой отказъ отъ волеизъявленія, въ смыслѣ желанія пріобрѣсть право, можетъ быть уничтоженъ кредиторами, если имъ предоставляется безвозмездная выгода; цѣль ихъ возстановить прежнее состояніе и воспользоваться имъ для своего удовлетворенія — что они могутъ сдѣлать, изъявляя согласіе за должника; отъ нихъ никакого возмездія не требуется; такъ что, если по данному законодательству для пріобрѣтенія права нужно еще волеизъявленіе лица, то отказъ отъ безмезднаго пріобрѣтенія можетъ быть уничтоженъ и кредиторы могутъ получить имущество за должника. Иное дѣло если должнику предоставляется возмездная выгода — тутъ отказъ опровергнутъ быть не можетъ. Гартманъ тоже придаетъ рѣшающее значеніе волеизъявленію правопріобрѣтателя; если для пріобрѣтенія права еще требуется волеизъявленіе, то пока этого волеизъявленія не сдѣлано, право еще не пріобрѣтено, а слѣдовательно о возможности уничтоженія отказа отъ этого будущаго права не можетъ быть и рѣчи.

Объективная теорія, представителями которой можно считать Козака [1]) и Менцеля [2]), переноситъ центръ тяжести вопроса на характеръ права, отъ пріобрѣтенія котораго лицо отказывается. Особенно важными момен-

[1]) Cosack, н. с. стр. 66—95.
[2]) Menzel. н. с. стр. 80—86.

тами, говоритъ Менцель, для причисленія даннаго права къ составу имущества суть: способность его переходить по наслѣдству (Vererblichkeit) и подлежать отчужденію (Veräusserlichkeit); слѣдовательно, если напр. право на открывшееся наслѣдство по данному законодательству переходитъ по наслѣдству и можетъ быть отчуждено, то отказъ отъ него есть „alienatio“ и можетъ быть уничтоженъ страдающими отъ того кредиторами. Козакъ исходитъ отъ мысли, и ранѣе его высказанной Оттомъ [1], что къ составу имущества принадлежитъ и право на пріобрѣтеніе, не въ смыслѣ простой фактической возможности пріобрѣтенія и правоспособности, а какъ право, имѣющее свой спеціальный титулъ; является-ли оно дѣйствительнымъ правомъ, входящимъ въ составъ имущества, это обусловлено признаніемъ со стороны положительнаго права самой возможности пріобрѣтенія преемственною (vererblich und cessibel). При наличности этихъ условій отказъ отъ даннаго права можетъ быть уничтоженъ кредиторами.

Входить въ критическую оцѣнку мнѣній названныхъ ученыхъ, нѣтъ надобности. Мы выше уже указали, что не пріобрѣтеніе имущества, а лишь нахожденіе его, въ юридическомъ смыслѣ, въ составѣ имущества лица, даетъ право кредиторамъ уничтожить актъ, путемъ коего это имущество вышло изъ обладаній должника. Между тѣмъ, какъ въ объективной, такъ и въ субъективной теоріи все строится на томъ, что лишь право пріобрѣтенное входятъ въ составъ имущества и если отказъ касается уже

[1]) Otto, н. с. стр. 30—31.

пріобрѣтеннаго права, то онъ можетъ быть уничтоженъ, не пріобрѣтеннаго — не можетъ. Между тѣмъ, какъ мы видѣли, и еще не пріобрѣтенное право, а лишь по предположенію принадлежащее лицу, входитъ въ составъ его имущества и если лицо отъ него отказалось, то актъ отказа можетъ быть уничтоженъ. Наиболѣе характсрнымъ случаемъ такого отказа является отреченіе отъ наслѣдства [1]). Можно ли кредиторамъ опровергать актъ отреченія отъ наслѣдства? [2]) На это отвѣчаютъ, — обыкновенно, что рѣшеніе этого вопроса зависитъ онъ вормъ даннаго положительнаго законодательства о правѣ наслѣдованія. Если оно знаетъ, подобно римскому праву, sui heredes, то въ этихъ случаяхъ отреченіе можетъ быть опровергаемо, если не знаетъ, а также и въ другихъ случаихъ, вопросъ разрѣшается и мотивируется различно, смотря по взгляду даннаго изслѣдователя на уничтоженіе вообще отказовъ отъ пріобрѣтенія. Но мы видѣли, что основная ихъ идея о пріобрѣтенныхъ правахъ, только и образующихъ имущество лица, безусловно не вѣрна, а потому, оставляя совершенно въ сторонѣ вопросъ о пріобрѣтеніи права на наслѣдство, спросимъ: когда право на наслѣдство почитается принадлежащимъ данному лицу? Оно почитается принадлежащимъ наслѣднику, во-1-хъ, когда имѣется имущество, оставшееся послѣ смерти прежняго его обладателя, во-2-хъ, когда наслѣдникъ

---

[1]) См. мою ст. Отреченіе отъ наслѣдства вь ущербъ кредиторамъ въ Юрид. Лѣтописи 1891 г. № 5 стр. 34§—366.

[2]) Австр. зак.16 марта 1884 г. это право допускаетъ (§ 30 II и I) по соображеніямъ справедливости и цѣлесообразности см. Kaserer н. с. стр. 62:

связанъ съ наслѣдодателемъ родствомъ, дающимъ право на наслѣдство или имѣется духовное завѣщаніе въ его пользу и, вь-3-хъ, когда имѣется открытое, явное заявленіе наслѣдника, что онъ принялъ наслѣдство или имъ совершены конклюдентныя дѣйствія, изъ коихъ видно желаніе его принять наслѣдство, или же нѣтъ данныхъ, изъ коихъ можно заключить, что наслѣдникъ не желаетъ принять наслѣдства. При наличности первыхъ двухъ формъ выраженія воли мы говоримъ о дѣйствительной, несомнѣнной принадлежности права на наслѣдство данному лицу, въ случаѣ же отсутствія нежеланія принять наслѣдство—о принадлежности предполагаемой, до доказательства противнаго т.-е. отреченія.

Противъ этого могутъ возразить, что это предполагаемое право на наслѣдство и есть право пріобрѣтенное, такъ что незачѣмъ было оставлять въ сторонѣ вопросъ о пріобрѣтеніи—онъ при такомъ построеніи именно и имѣетъ значеніе. На это позволимъ себѣ замѣтить, что такое принадлежащее лицу право, не есть еще право пріобрѣтенное — для пріобрѣтенія права необходимо активное выраженіе воли о принятіи наслѣдства. Право на наслѣдство, отъ котораго лицо не отказалось, еще не пріобрѣтено имъ. Если-бы никакого различія между отсутствіемъ отказа и пріобрѣтеніемъ не было, то принятіе наслѣдства тоже не имѣло-бы никакого значенія и наслѣдство еще не принятое можно-бы было отождествить съ принятымъ, а между тѣмъ различіе между ними громадное. Отречься можно лишь отъ наслѣдства еще не

принятаго, а отъ принятаго безусловно нельзя; отреченіе отъ принятаго наслѣдства—это не отреченіе отъ наслѣдства, а отказъ отъ собственныхъ своихъ правъ, отказъ отъ правъ, которыя уже перестали быть унаслѣдованными. Точно также, если наслѣдство принято, то въ искахъ къ наслѣднику предъявляемыхъ onus probandi относительно принадлежности права на наслѣдство лежитъ на истцѣ, а пока оно не принято—на отвѣтчикѣ и т. д. Отсутствіе отказа отъ права только даетъ основаніе предположенію, что право принадлежитъ данному лицу. Это вѣроятное заключеніе, основанное на жизненномъ опытѣ: въ большинствѣ случаевъ это такъ и бываетъ, т.-е. что предполагаемый наслѣдникъ принялъ и тѣмъ пріобрѣлъ наслѣдство—въ меньшинствѣ же случаевъ окажется, что наслѣдникъ отрекся; если это обнаружится, то предположеніе рушится и право признается не принадлежащимъ ему. Здѣсь мы встрѣчаемся съ такимъ же явленіемъ, какъ въ ученіи о защитѣ владѣнія. Владѣніе защищается въ предложеніи права собственности; въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ это предположеніе оправдывается, но иногда защитою воспользуется воръ и грабитель; но такіе случаи будутъ всегда въ меньшинствѣ [1]) и если окажется, что защитою воспользовался воръ или грабитель, то предположеніе рушится и онъ лишается владѣнія. Вотъ въ силу какихъ соображеній мы не отождествляемъ пріобрѣтенія права на наслѣдство съ предполагаемою принадлежностью его

---

[1]) Jhering, Ueber den Grund des Beisitzschutzes S. 130 и слѣд. Его же, Der Besitzwille. S. 144—197.

данному лицу. Но какъ-бы то ни было, если до принятія наслѣдства право на него предполагается принадлежащимъ наслѣднику, то оно входитъ въ его patrimonium до доказательства противнаго.

Въ виду этого нельзя не сдѣлать нѣсколько замѣчаній по поводу той законченной пріобрѣтенности, о которой говорятъ Менцель [1]) и Козакъ, [2]) и которая по ихъ мнѣнію заключается въ преемственности права, т.-е. въ томъ, что оно можетъ переходить по наслѣдству и быть отчуждаемымъ. Неправильность ихъ взгляда сказывается именно въ вопросъ объ отреченіи. Возможность трансмиссіи и продажи наслѣдства не указываетъ на то, что право на открывшееся наслѣдство есть право пріобрѣтенное. Что касается трансмиссіи, т.-е. перехода права на открывшееся наслѣдство послѣ смерти лица не успѣвшаго его еще принять, то примѣняется она и къ предполагаемому праву на наслѣдство, ибо право это основано не на предполагаемомъ принятіи наслѣдства,— что было-бы ничѣмъ не вызываемою фикціею,—а на отсутствіи данныхъ, изъ коихъ можно-бы было заключить, что умершій при жизни отрекся отъ права; почему онъ не отрекся—потому-ли что не желалъ или что не могъ, не успѣлъ отъ него отречься—это совершенно безразлично; нѣтъ факта, разрушающаго предположеніе о принадлежности права данному лицу, и предположеніе это остается въ силѣ; стоитъ-же этому факту, т.-е. отреченію, обнаружиться, и предположеніе падаетъ,

---

[1]) Menzel н. с. l. c.

[2]) Cosack н. с. l. c.

а съ тѣмъ вмѣстѣ становится невозможною трансмиссія. Относительно-же возможности продажи права на открывшееся наслѣдство, надо замѣтить, что его даже не стоитъ примирять съ идеею предполагаемаго права; изъ того, что право на наслѣдство еще не принятое можно продавать, нельзя выводить, что оно пріобрѣтено, потому что до продажи оно является предполагаемымъ и становится пріобрѣтеннымъ лишь въ моментъ продажи; въ соглашеніи о продажѣ права на наслѣдство выражается принятіе наслѣдства, обращеніе его въ пріобрѣтенное право и отчужденіе его какъ таковаго.

Въ виду изложенныхъ соображеній, отреченіе отъ наслѣдства является актомъ, который направляется на deminutio patrimonii, умаленіе имущества—актомъ, могущимъ вредить кредиторамъ лица отрекшагося; въ силу этого онъ признается недѣйствительнымъ и какъ таковой не можетъ разрушить предположенія о принадлежности имущества данному лицу. Въ пользу этого лица открылось наслѣдство: въ его лицѣ возникло предполагаемое право; оно отреклось отъ наслѣдства, разрушило до поры, до времени это предположеніе; кредиторы уничтожаютъ актъ отреченія; прежнее предположеніе снова вступаетъ въ силу; право снова предполагается въ лицѣ наслѣдника и почитается входящимъ въ составъ его имущества.

Другой характерный случай—отказъ отъ дара. Можно ли имущество подаренное, но еще не принятое одареннымъ, считать принадлежащимъ къ составу его имущества и, слѣдовательно, допустить опроверженіе отказа отъ

дара? Вопросъ этотъ рѣшается доктриною такъ, какъ на то неизбѣжно указываютъ принятыя тою или другою теоріею воззрѣнія на отказъ отъ увеличенія имущества—такъ поступаемъ и мы. И тутъ отсутствіе такого рода дѣйствій со стороны лица одареннаго, изъ которыхъ видно бы было нежеланіе получить даръ, указываетъ на то, что подаренное имущество почитается принадлежащимъ одаренному, до доказательства противнаго. Для установленія даренія вовсе не требуется согласія одареннаго—требуется лишь отсутствіе несогласія. Слѣдовательно, разъ дареніе сдѣлано,—подаренное имущество числится въ составѣ имущества одареннаго и отказъ отъ дара является уменьшеніемъ имущества и, слѣдовательно, можетъ подлежать опроверженію со стороны кредиторовъ. Если подобный выводъ относительно отреченія отъ наслѣдства представлялъ нѣкоторыя затрудненія, то таковыхъ не имѣется относительно отказа отъ дара. Такой взглядъ на нихъ находитъ себѣ поддержку у римскихъ юристовъ и у великаго ихъ истолкователя Савиньи [1]). Такъ, Ульпіанъ говоритъ: non potest liberalitas nolenti acquiri [2]), а Павелъ: invito beneficium non datur [3]); буквальный смыслъ этихъ выраженій тотъ, что дареніе не имѣетъ силы противъ воли одареннаго, а не тотъ, что дареніе имѣетъ силу лишь по волѣ одареннаго, Пока, слѣдовательно, одаренный, какъ выражается нашъ X томъ, „не отрекся“ отъ дара онъ считается обладателемъ его; если онъ

---

[1]) Savigny. Syst. d. h. röm. Rechts. B. VI, § 16.
[2]) L. 19, § 2. D. de donat. 39. 5.
[3]) L. 69 D. reg. jur. 50. 17.

отречется in fraudem creditoris, то это отреченіе можетъ подлежать уничтоженію и подаренное остается въ составѣ имущества одареннаго; оно можетъ быть отобрано у того лица, въ рукахъ котораго находится; такимъ лицомъ можетъ быть, прежде всего, самъ даритель; дареніе, какъ актъ отчужденія, возстановляется въ своей силѣ и даритель долженъ выдать имущество для возвращенія его въ числа объектовъ взысканія.

Наконецъ, нельзя не сказать нѣсколько словъ объ отказѣ отъ условныхъ правъ. Можно ли эти отказы признавать отказами отъ пріобрѣтенія права или это отказы отъ пріобрѣтенныхъ правъ? Необходимость рѣшенія вопроса во второмъ смыслѣ не можетъ подлежать сомнѣнію [1]). Условное право входитъ въ составъ имущества липа [2]). Относительно права резолютивно условнаго въ этомъ и сомнѣнія быть не можетъ, что же касается суспензивнаго, то и оно отнюдь не можетъ считаться будущимъ правомъ—оно отправляетъ всѣ функціи права, за исключеніемъ осуществленія; кредиторъ можетъ уничтожить актъ, коимъ лицо отказывается отъ такого права, хотя, конечно, на практикѣ подобнаго рода случаи должны быть рѣдки. Кредиторъ уничтоживъ актъ объ условно - суспензивномъ правѣ, вынужденъ будетъ ждать, пока условіе осуществится; мало того, ему угрожаетъ и неосуществленіе условія — что ему тогда дѣлать?.. И этого мало, часто условіе является въ формѣ потестативной и самъ должникъ рѣшаетъ судьбу права.

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 44.
[2]) Windscheid, н. с., § 89.

Съ теоретической же стороны нѣтъ препятствій къ тому чтобы и кредиторъ, буде желаетъ, опровергъ актъ, коимъ должникъ отказывается отъ условнаго права.

b) Различіе актовъ положительныхъ и отрицательныхъ, въ занимающемъ насъ вопросѣ, имѣетъ весьма важное значеніе. На первыхъ нечего останавливаться, спрашивается могутъ ли отрицательные акты, т.-е. упущенія или бездѣйствія быть опровергаемы кредиторами, въ ущербъ коимъ они совершены? Вопросъ этотъ чрезвычайно споренъ въ литературѣ. Обращаясь къ разсмотрѣнію выставленныхъ учеными теорій, мы не станемъ останавливаться на тѣхъ, которыя смотрятъ на вопросъ, какъ на quaestio facti и предоставляютъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судьѣ рѣшить вопросъ, подлежитъ ли данное отрицательное дѣйствіе уничтоженію [1]). Такимъ разрѣшеніемъ спорнаго вопроса наука даетъ себѣ testimonium paupertatis; надо же дать и судьѣ извѣстную норму для разрѣшенія спора [2]). Что касается ученыхъ. дающихъ то или другое разрѣшеніе вопроса, то одни даютъ положительный, другіе — отрицательный отвѣтъ, Остановимся сначала на послѣднихъ. Не можетъ не показаться страннымъ, что отрицательный отвѣтъ даютъ и мотивы, какъ къ германскому, такъ и къ австрійскому закону объ оспариваніи кредиторомъ актовъ совершенныхъ должникомъ [3]). Поддержку-же въ доктринѣ такое воззрѣніе

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 41. Kranichfeld, н. с., стр. 12; п. 3 а.

[2]) Jaeckel, н. с., стр. 49.

[3]) Begründung des Entvurfs einer Konkursordnung etc. S. 1414 Kaserer, н. с., стр. 54 и 55, 138—142, 209, 216.

не имѣетъ; только два-три имени можно отнести къ числу сторонниковъ этого воззрѣнія. Такъ, Корнъ [1]) исходитъ изъ той мысли, что слово „дѣйствіе“ всегда означаетъ положительную, активную дѣятельность лица, бездѣятельность-же, бездѣйствіе никогда не можетъ быть отождествляемо съ дѣйствіемъ; опровергаемо и уничтожаемо можетъ быть только дѣйствіе, ибо съ уничтоженіемъ бездѣйствія, т.-е. съ устраненіемъ его юридическихъ послѣдствій, не могутъ наступить положительныя послѣдствія; благодаря этому лишь открывается возможность дѣйствовать положительно; потому-то, если кредиторамъ предоставить право опровергать отрицательные акты, то слѣдуетъ имъ-же предоставить и совершеніе даннаго, несовершеннаго должникомъ, положительнаго дѣйствія. Противъ этого Гартманъ [2]) справедливо возражаетъ, что, во-1-хъ, всякое дѣйствіе въ юридическомъ смыслѣ есть проявленіе воли, которое можетъ выразиться во внѣ или активно или пассивно, напр., не предъявленіе иска, есть пассивное, отрицательное выраженіе воли, имѣющее опредѣленныя юридическія послѣдствія и притомъ, во-2-хъ, послѣдствія чисто иоложительнаго свойства—неосуществленіе права въ теченіе давностнаго срока влечетъ за собою прекращеніе его и т. п. Съ устраненіемъ этихъ послѣдствій не только лишь открывается возможность совершенія положительнаго дѣйствія, а наступаютъ вполнѣ положительные результаты; если право требованія не будетъ признано погашеннымъ давностью, то оно продолжаетъ

---

[1]) Korn, н. с, стр. 72—64.

[2]) Hartmann, н. с., стр. 39.

существовать и тѣмъ устраняются препятствія обнаружившіяся при взысканіи. Прибавлять къ этимъ возраженіямъ Гартмана нечего, тѣмъ болѣе, что самъ Корнъ, въ сущности, допускаетъ изъ выставленнаго имъ правила рядъ исключеній, что рѣшительно непонятно въ виду принципіальнаго характера даннаго имъ общаго правила; если бездѣйствіе не есть дѣйствіе, то ни въ какомъ случаѣ, даже по исключенію, имъ быть не можетъ. Исключеніями этими Корнъ признаетъ тѣ случаи, когда законъ придаетъ бездѣйстію значеніе одинаковое съ дѣйствіемъ; если бездѣйствіе, по существу, нельзя смѣшивать съ дѣйствіемъ, то и законъ безсиленъ это сдѣлать; а если онъ это дѣлаетъ, въ чемъ сомнѣнія быть не можетъ, то и дѣйствіе нельзя такъ рѣзко различить отъ бездѣйствія. Отъ отрицательныхъ дѣйствій Корнъ также различаетъ случаи пассивнаго участія должника въ извѣстныхъ событіяхъ; сюда относятся: a) конклюдентныя дѣйствія, которыя, какъ положительныя дѣйствія (?) являются именно формою такого участія [1]) и b) случаи, когда примѣняется положеніе qui tacit consentire videtur quum loqui potuit ac debuit [2]). Самая характеристика этихъ случаевъ, какъ пассивнаго участія въ событіи, указываетъ, что они суть отрицательныя дѣйствія и, слѣдовательно, если къ нимъ причислять конклюдентныя дѣйствія, то уже никакъ нельзя назвать ихъ дѣйствіями положительными; случаи пассивнаго участія суть всегда отрицательныя дѣйствія, а кон-

---

[1]) Fuchs Deutsch. Konkuresprocess. S. 45 п. 6.

[2]) Otto, н. с. стр. 39, тоже у Sarwey Konkursordnuug für das deutsche Reich 2 изд. S. 142.

кидентныя дѣйствія могутъ быть положительныя и отрицательныя; что же касается случаевъ примѣненія положенія qui tacit etc., то молчаніе, конечно, есть пассивное участіе и непремѣнно отрицательное дѣйствіе. Въ виду этого и указанные случаи не суть исключенія изъ правила, по существу, недопускающаго исключеній; идея разграниченія ихъ отъ отрицательныхъ дѣйствій, никакихъ основаній не имѣетъ. Къ приверженцамъ Корна надо отнести Фёльдерндорфа [1]); и онъ допускаетъ изъ общаго правила исключенія въ формѣ пассивнаго участія въ событіи (Geschehenlassgen), но не безусловно, а даетъ еще болѣе дробное дѣленіе, а именно, различаетъ случаи бо̀льшей продолжительности пассивнаго участія отъ случаевъ меньшей продолжительности; если пассивное участіе продолжалось долго, оно, какъ актъ, не подлежитъ уничтоженію, въ противномъ же случаѣ, т.-е., когда оно выразилось въ единичномъ Sich-passiv-Verhalten —подлежитъ. Самъ Фёльдерндорфъ въ цитированномъ сочиненіи сознается, что никѣмъ это дѣленіе не принято и ученымъ міромъ признано ненаучнымъ, хотя въ судебной практикѣ оно съ удобствомъ примѣняется [2]). Однако, представители науки несомнѣнно были правы и новый аргументъ Фёльдерндорфа, конечно, никого не въ состояніи убѣдить; онъ говоритъ, что при продолжительности срока пассивнаго участія, неизвѣстно, какую часть его онъ не долженъ былъ пропускать и какой срокъ, слѣдовательно,

---

[1]) Völderndorf, н. с., стр. 17.

[2]) Онъ раньше его изложилъ въ своемъ сочин. Die Konkursordnung für das d. Reich, стр. 261.

посредствомъ оспариванія долженъ быть возстановленъ. Этотъ аргументъ не трудно устранить, если имѣть въ виду, что въ случаяхъ, когда срокъ опредѣленъ извѣстнымъ періодомъ времени, рѣшающее значеніе имѣетъ конечный моментъ періода; если пропущенъ этотъ моментъ, то уже неумѣстно спрашивать какую часть періода не слѣдовало пропускать; если пропущенъ конечный моментъ, то истекшимъ считается весь періодъ и весь онъ долженъ быть уничтоженъ. Вотъ почему Іекель [1]) совершенно правъ, говоря, что непонятно, почему большей или меньшей продолжительности пассивнаго участія надо придавать особое значеніе для оспариваемости, прибавляя: гдѣ-жъ граница, предѣлъ, съ котораго оспариваемое упущеніе становится неоспариваемымъ? Что касается положительной теоріи, то крайними представителями ея являются Іекель [2]) и Козакъ [3]); и тотъ и другой признаютъ, что если разъ допускается, при наличности извѣстныхъ условій, опроверженіе дѣйствій должника, то всякого рода отрицательныя дѣйствія, если они удовлетворяютъ даннымъ условіямъ, могутъ быть опровергаемы. Но оба ученыхъ, какъ будто бы ставятъ извѣстныя и ограничительныя условія: Іекель требуетъ, чтобы путемъ даннаго отрицательнаго дѣйствія извѣстная часть была выдѣлена изъ состава имущества должника, а Козакъ, чтобы дѣйствіе было намѣренное и сознательное. Но эти требованія представляются ограничительными лишь

---

[1]) Jaeckel н. с. стр. 48—49.

[2]) Ibid. стр. 49—50).

[3]) Cosack н. с. стр. 48—50.

съ перваго взгляда. Если разъ требуется, что-бы дѣйствіе удовлетворяло условіямъ его опровержимости, то этимъ уже указывается на то, что дѣйствіе это должно быть направлено на уменьшеніе имущества и быть намѣреннымъ и сознательнымъ; если нѣтъ этихъ объективныхъ и субъективныхъ элементовъ, то будь дѣйствіе даже положительнымъ, опровергнуто оно быть не можетъ. Но независимо отъ этихъ мнимыхъ ограниченій, крайній взглядъ Іекеля и Козака, не можетъ быть принятъ потому, что онъ захватываетъ слишкомъ широкій кругъ отрицательныхъ дѣйствій; этого слишкомъ мало, чтобы данное отрицательнымъ дѣйствіемъ умаляло имущество должника, необходимо еще, чтобы съ уничтоженіемъ его имущество само собой возвращалось въ число объектовъ взысканія. Ближе къ истинѣ мнѣнія не столь крайнихъ представителей этого направленія, Отто [1]) и Менцеля [2]). Отто допускаетъ опроверженіе лишь тѣхъ актовъ, которые заключаются въ несовершеніи дѣйствій, направленныхъ на сохраненіе за лицомъ принадлежащаго ему права; несовершеніе этихъ дѣйствій влечетъ за собой потерю права—оно входитъ въ составъ фактовъ вызывающихъ данное измѣненіе, т.-е. уменьшеніе имущества лица: на ряду съ другими фактами оно является conditio sine qua non этого уменьшенія. Эта характеристика, сама по себѣ безусловно вѣрная, недостаточно полна; но Менцель дѣлаетъ къ ней еще весьма существенное добавленіе и, если въ виду этого добавленія, формулировать

[1]) Otto, н. с., стр. 38—41.
[2]) Menzel п. с. стр. 70—72.

общій характеръ отрицательныхъ дѣйствій, подлежащихъ опроверженію, то характеристика получится совершенно правильная. Онъ говоритъ, что кредиторамъ не дается права совершить данное несовершенное должникомъ дѣйствіе за него — третье лицо лишь обязано выдать имущество, полученное въ виду совершенія должникомъ даннаго отрицательнаго дѣйствія, для обращенія на него взысканія [1]).

Мы склоняемся въ пользу теоріи Отто и Менцеля формулируя ее слѣдующимъ образомъ: въ принципѣ отрицательные акты, какъ выраженія воли, направленной на измѣненіе правоотношенія, совершенные должникомъ въ ущербъ кредитору, если они удовлетворяютъ объективнымъ и субъективнымъ условіямъ опроверженія, могутъ быть опровергаемы кредиторомъ; должно быть лишь установлено одно спеціальное ограниченіе: отрицательный актъ долженъ выражаться въ несовершеніи дѣйствія, необходимаго для сохраненія за собой даннаго права. Разъ дѣйствіе это въ теченіе опредѣленнаго срока не совершено — совершеніе его невозможно и, такъ сказать, отрицательный образъ дѣйствія лица является для него обстоятельствомъ, разрушающимъ его право или уменьшающимъ его имущество; если заключительный моментъ установленнаго періода бездѣйствія завершился cum animo fraudandi, то для кредитора открывается возможность опровергнуть этотъ актъ, или точнѣе: этимъ актомъ бездѣйствія должника, кредитору открывается возможность требовать, чтобы срокъ бездѣйствія, оказавшійся истекшимъ

[1]) Ibid. стр. 78.

и разрушившій право должника, былъ удлиненъ,—чтобы создано было такое положеніе вещей, при которомъ заключительный моментъ періода бездѣйствія какъ будто бы вовсе не наступалъ; должнику открывается возможность далѣе бездѣйствовать и право его продолжаетъ числиться за нимъ, входитъ въ составъ его имущества и подлежитъ возвращенію въ число объектовъ взысканія. Это уничтоженіе отрицательнаго акта отнюдь не слѣдуетъ себѣ представлять какъ открытіе для должника возможности совершить дѣйствіе имъ ранѣе не совершенное или какъ открытіе возможности для кредитора совершить это дѣйствіе: первое допустить невозможно потому, что опроверженіе не есть возстановленіе правъ должника, а лишь предварительное, пріуготовительное средство взысканія—имущество не переходитъ вслѣдствіе опроверженія акта къ должнику, а поступаетъ въ число объектовъ взысканія; второе-же недопустимо потому, что кредиторъ не представитель должника, не осуществитель его правъ, а съ другой стороны, къ нему никакихъ правъ на имущество отъ должника не переходитъ. Словомъ, бездѣйствіе должника парализуется въ томъ смыслѣ, что не наступаютъ нормальныя послѣдствія его, - какъ-бы потерянное право продолжаетъ существовать. Въ виду этого мы можемъ сказать, что такія отрицательные акты, совершенные должникомъ, подлежатъ опроверженію со стороны кредитора, по уничтоженіи коихъ имущество, перешедшее, благодаря ихъ совершенію, къ третьему лицу, само собою, безъ необходимости совершенія положительнаго дѣйствію, возвращается въ число объектовъ взысканія. На самые

характерные случаи этихъ отрицательныхъ дѣйствій, имѣющихъ значенія и въ настоящее время, указали римскіе юристы — это случаи погасительной и пріобрѣтательной дальности [1]). Кредиторъ animo fraudandi пропустилъ срокъ исковой давности; собственникъ не требовалъ обратно имущества у владѣлъца; владѣлецъ praedii dominantis не осуществилъ права на серватутъ въ praedium serviens. Кредиторы этихъ лицъ, т.-е. кредитора по погашенному давностью обязательству, собственника имѣнія, обладателя права на серватутъ — могутъ опровергать эти отрицательныя дѣйствія, указывая на то, что имѣются въ наличности субъективныя и объективныя условія опроверженія и требуя уничтоженія юридическихъ послѣдствій бездѣйствія должника т. е., чтобы давность продолжала течь. Далѣе этого интересы кредиторовъ не идутъ; имъ вовсе не надо ни предъявлять иска, не предъявленнаго должникомъ, ни предъявлять иска, не предъявленнаго собственникомъ, ни осуществлять серватута — для нихъ лишь важно, чтобы обязательство, право собственности и право на серватутъ продолжали существовать, какъ непогашенныя давностью, дабы ихъ можно было обратить въ объекты взысканія. Но кромѣ этихъ случаевъ могутъ быть и другіе, напр. когда данное право ограничено преклюзивнымъ срокомъ и т. п.

2. Акты направленные на установленіе или прекращеніе вещныхъ правъ и акты направлен-

---

[1]) Ulpianus въ L. 3 § 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Paulus въ L. 4 D. h. t. и L. 28 pr. D. de verb. sign. 50. 16.

ные на установленіе или прекращеиіе обязательственныхъ правъ. Уменьшеніе имущества должника можетъ произойти или вслѣдствіе установленія вещныхъ правъ, въ формѣ вещныхъ ограниченій, въ его собственности, или вслѣдствіе прекращенія вещныхъ правъ, въ формѣ односторонняго или двухсторонняго отчужденіе этихъ правъ. Точно также и въ области обязательственныхъ правъ актъ можетъ быть направленъ на установленіе въ пользу третьяго лица даннаго права, или на прекращеніе обязательственнаго права въ лицѣ кредитора или въ лицѣ должника.

Разсмотримъ главнѣйшіе изъ этихъ случаевъ въ отдѣльности: I. Установленіе и прекращеніе вещныхъ правъ. А. Установленіе вещныхъ правъ.

а) Установленіе должникомъ права залога по ранѣе возникшему обязательству. Вопросъ о возможности опроверженія кредиторомъ акта, коимъ должникъ установилъ право залога въ своемъ имуществѣ, большинство ученыхъ рѣшаютъ въ положительномъ смыслѣ [1]). Что касается основаній такого рѣшенія, то они заключаются въ томъ, что такое право залога уменьшаетъ имущество должника, хотя, какъ замѣчаетъ Отто [2]), не абсолютно, а такъ-же, какъ при сдѣлкѣ съ эквивалентомъ вполнѣ соотвѣтствующимъ стоимости имущества; какъ тутъ равноцѣнность имущества и эквивалента, такъ и при залогѣ

---

[1]) Въ отрицательномъ смыслѣ высказываются Козакъ (н. с., стр. 117) и Цюрхеръ (н. с., стр. 18); ихъ замѣчанія мы изложимъ въ связи съ положительными теоріями.

[2]) Otto, н. с., стр. 79.

равенство стоимости имущества, въ которомъ установлено право залога и стоимости дѣйствія, заключающагося in obligatione, не обусловливаетъ собою невозможности опроверженія, хотя и исполненіе обязательства и полученіе удовлетворенія изъ продажи заложенной вещи приводятъ къ одной и той-же цѣли, но разными путями; второй путь—окольный, связанный непремѣнно съ обремененіемъ имущества въ ущербъ кредиторамъ [1]); обремененіемъ этимъ уменьшается имущество должника, но, такъ сказать, не субстанціально, а со стороны стоимости его; какъ объектъ взысканія оно уже не можетъ быть реализировано въ той суммѣ, какъ ранѣе, до установленія права залога. Это вполнѣ понятно если имѣть въ виду существо права залога, какъ права на стоимость имущества — при существованіи этого права неизбѣжно умаляется стоимость заложеннаго имущества, конечно, не сама по себѣ, а съ точки зрѣнія кредиторовъ собственника. Отсутствіе при залогѣ субстанціальнаго уменьшенія имущества т.-е. такого, что изъ имущества отдѣльныя вещи выдѣляются, заставляетъ нѣкоторыхъ ученыхъ не только признать, что тутъ нѣтъ уменьшенія имущества должника вообще,— а есть лишь неправильное распредѣленіе имущества между кредиторами, предпочтеніе одного передъ другимъ,—но даже отрицать наличность какого-либо вреда, убытка для кредиторовъ вообще. Козакъ [2]), высказывающій это послѣднее мнѣніе, прямо отрицаетъ возможность уничтоженія залога въ виду его неубыточности для кредиторовъ.

---

[1]) Iaeckel н. с. стр. 63.

[2]) Cosack н. с. стр. 117

Изъ представителей перваго мнѣнія, Газенбальгъ [1]) и Цюрхеръ [2]) все-таки допускаютъ возможность убытка для кредиторовъ, несмотря на то, что путемъ залога не уменьшается, а лишь иначе распредѣляется имущество должника. Коренная ошибка всѣхъ этихъ ученыхъ въ томъ и состоитъ, что одни изъ нихъ (Козакъ) требуютъ, чтобы актъ былъ убыточенъ для всей совокупности кредиторовъ должника [3]); если онъ хоть для однаго изъ нихъ неубыточенъ или выгоденъ, то опровергать его нельзя. Это положеніе едва-ли стоитъ того, чтобы на немъ останавливаться; совершенно не понятно, почему изъ-за того, что актъ неубыточенъ одному изъ восьми кредиторовъ, а семи убыточенъ, онъ не можетъ быть опровергнутъ. Ошибка другихъ ученыхъ та, что они понимаютъ уменьшеніе имущества въ конкретномъ смыслѣ—вѣдь всякое ограниченіе права на имущество есть уменьшеніе его; если въ виду залога, лежащаго на имуществѣ, его можно продать не за полную сумму, а за сумму равную разности первой и суммы залога, то, конечно, съ точки зрѣнія лица, заинтересованнаго въ полученіи этой суммы, имущество уменьшилось. Увеличилось-ли соотвѣтственно и имущество кредитора-залогопринимателя? Изъ всѣхъ упомянутыхъ ученыхъ только Кранихфельдъ [4]) прямо, хотя и мимоходомъ, отрицаетъ при залогѣ это увеличеніе. Съ этимъ нельзя согласиться, ибо присоединеніе къ составу имущества лица права залога даетъ основаніе признавать

[1]) Hasenbalg н. с. стр. 17.
[2]) Zürcher н. с. стр. 17—18.
[3]) Hartmann н. с. стр. 98.
[4]) Kranichfeld н. с. стр. 29.

имущество увеличеннымъ; у лица имѣется двойное право, вѣрнѣе, два права, находящихся въ альтернативномъ соотношеніи — право на сумму in obligatione и право на сумму вырученную отъ продажи заложеннаго имущества; сравнительно съ правомъ не обезпеченнымъ залогомъ такое право прочнѣе; оно имѣетъ и большую цѣну въ гражданскомъ оборотѣ напр. при цессіи.

Господствующее мнѣніе, сказали мы, за возможность опроверженія залога, причемъ, кромѣ изложенныхъ соображеній, нѣкоторые ученые, именно, Фёльдерндорфъ [1]) и Гартманъ [2]) прибавляетъ и то, что право залога есть „эвентуальное отчужденіе", т.-е. отчужденіе на случай неисполненія обязательства, отчужденіе-же всегда предполагаетъ уменьшеніе имущества лица отчуждающаго; что же касается соотвѣтственнаго увеличенія имущества въ лицѣ залогопринимателя, то оно несомнѣнно имѣетъ мѣсто; но, оно, если можно такъ выразиться, еще болѣе эвентуально,—имѣя въ виду тотъ случай, когда имущество остается за залогопринимателемъ; но, какъ мы видѣли выше, и независимо отъ этого соображенія увеличеніе имущества имѣется съ другой точки зрѣнія.

Допуская возможность опроверженія залога, ученые, однако, расходятся въ томъ, какое значеніе имѣетъ знаніе третьимъ лицомъ, залогопринимателемъ, того, что должникъ дѣйствуетъ in fraudem creditorum. Вопросъ этотъ, по справедливому замѣчанію Шёнемана [3]), такъ запуты-

---

[1]) Völderndorf н. с. стр. 51.

[2]) Hartmann н. с. стр. 93.

[3]) Schönemann н. с. стр. 29.

вается, что часто не разберешь—требуется ли въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ доказательства conscientiae fraudis или она разумѣется сама собой. Послѣднее мнѣніе послѣдовательно поддерживается тѣми, кто смотритъ на установленіе залога, какъ на lucrum [1]), на безмездную сдѣлку. Нельзя не склониться въ пользу этого мнѣнія: кредиторъ пріобрѣтаетъ безъ возмездія новое право на имущество должника и если, какъ увидимъ, при безмездныхъ сдѣлкахъ conscientia fraudis предполагается сама собой, то это должно имѣть мѣсто и въ данномъ случаѣ. Сказать, какъ это дѣлаетъ Кранихфельдъ [2]), что въ этомъ случаѣ нѣтъ даренія, ибо недостаетъ необходимаго его реквизита—дачи и полученія,—нельзя; понятіе безмездной сдѣлки шире понятія даренія и никто не станетъ утверждать, что установленіе права залога есть дареніе. Разъ одно лицо предоставляетъ другому извѣстное право и ничего за это не получаетъ, то сдѣлка, въ силу которой право это перешло, будетъ безмездною. Иное дѣло—какъ на это указалъ Газенбальгъ [3])—и это совершенное исключеніе—если залогъ установленъ въ пользу одного изъ кредиторовъ возмездно; тогда, конечно, въ силу возмездности сдѣлки, необходимо доказать animus fraudandi на сторонѣ залогопринимателя; но во всякомъ случаѣ сдѣлка объ установленіи залога почитается безмездною, если не будетъ доказано противное. Но съ другой стороны

[1]) Dernburg. Praudrecht S. 200; Reinhard н. с. 124. Рейнгардъ доказываетъ, что такова была точка зрѣнія римскихъ юристовъ, ссылаясь на L. 10, §§ 13, 22. 22 D. quae in fraud. 42. 8.

[2]) Kranichfeld н. с. стр. 29.

[3]) Hasenbalg н. с. стр. 32.

какъ замѣчаетъ Шёнеманъ [1]), далеко не во всѣхъ случаяхъ безмездныхъ сдѣлкахъ conscientia fraudis можетъ быть предполагаема; напр., если по закону кредиторъ имѣетъ право требовать установленія залоговаго права, то тутъ предположеніе будетъ совершенно неосновательно: qui suo jure utitur, neminem laedit; установленіе залога тутъ не будетъ случайнымъ обогащеніемъ, а лишь осуществленіемъ права; тутъ mala fides залогопринимателя должна быть доказана. Другой критерій выставляетъ Дернбургъ [2]) для рѣшенія этого вопроса: въ его глазахъ имѣетъ рѣшающее значеніе то, кому принадлежитъ иниціатива въ установленіи права залога — должнику или кредитору; въ первомъ случаѣ conscientia fraudis предполагается, во второмъ — должна быть доказана. Такой критерій очень шатокъ; какъ быть, когда не дознаться, кто былъ иниціаторомъ? Наконецъ, и иниціатива сама по себѣ ничего не означаетъ; если внести этотъ критерій въ законодательство, то обнаружится его несостоятельность: смышленный должникъ съумѣетъ укрыться и выставить иниціаторомъ залогопринимателя; да и соглашеніе между ними можетъ состояться въ этомъ смыслѣ. Что касается господствующаго мнѣнія по вопросу о значеніи conscientiae fraudis, то оно заключается въ томъ, что актъ установленія залога подлежитъ опроверженію при наличности всѣхъ условій послѣдняго безразлично къ возмездности

---

[1]) Schönemann н. с. стр. 31.

[2]) Dernburg н. с. стр. 200. Мы здѣсь говоримъ лишь объ установленіи залога по требованію, срокъ коего не наступилъ; если срокъ наступилъ и залогъ установленъ возмездно, то самый фактъ установленія его указываетъ, очевидно, на conscientia fraudis.

или безмездности его въ данномъ конкретномъ случаѣ [1]). Такое рѣшеніе вопроса не можетъ быть признано правильнымъ потому, что приводитъ къ результату, противному принципамъ современнаго права оспариванія; разъ лицо пріобрѣло безмездную выгоду, кредитору должна быть путемъ предположенія conscientiae fraudis облегчена возможность уничтоженія акта; дѣлать въ этомъ случаѣ различіе между формою выгоды нѣтъ основанія: будетъ ли она состоять въ предоставленіи вещи или лишь права на чужую вещь — это совершенно безразлично; облегчая процедуру доказаванія въ первомъ случаѣ, нѣтъ основанія не допускать этого во второмъ. Наконецъ, нельзя же, какъ и поступаютъ представители господствующаго мнѣнія, успокоиться на одномъ голословномъ заявленіи, что актъ установленія залога, по существу, не есть безмездный актъ, и приводить крайне искуственные аргументы въ пользу возмездности его. Такъ, Гартманъ, какъ мы уже упоминали, видитъ въ установленіи залога эвентуальный способъ отчужденія [2]); хотя, конечно, въ установленіи залога и выражается эвентульное отчужденіе, но именно, въ силу эвентуальности его, нельзя самому акту его установленія придавать значеніе возмездной сдѣлки; залогоприниматель не имѣлъ намѣренія пріобрѣтать вещь за сумму, отданную въ займы и обезпеченную залогомъ, — онъ желалъ лишь установленія права въ чужой вещи; а субъективная сторона и играетъ рѣшающую

---

[1]) Iaeckel н. с. стр. 63; Hartmann н. с. стр. 95; Kranichfeld н. с. стр. 29; Völderndorf н. с. стр. 51.

[2]) Hartmann н. с. стр. 95.

роль въ вопросѣ о томъ, возмездна или безмездна сдѣлка [1]). Менцель [2]) даетъ не менѣе искуственное объясненіе возмездности залога, признавая эквивалентомъ его избѣжаніе уплаты судебныхъ издержекъ и полученія исполнительныхъ актовъ, а также увѣренность въ томъ, что кредитъ не будетъ подорванъ. Странно слышать подобную аргументацію изъ устъ юриста. Онъ, очевидно, смѣшалъ удобство съ правомъ на эквивалентъ въ юридическомъ смыслѣ. При такомъ взглядѣ и дареніе окажется возмезднымъ актомъ—даритель покупаетъ себѣ вѣчную благодарность одареннаго, избавляется отъ необходимости управлять имѣніемъ, переданнымъ въ даръ, и т. п.

б) Установленіе должникомъ сервитута въ своемъ имуществѣ. Останавливаться на этомъ случаѣ едва ли необходимо; скажемъ лишь, что сервитутъ, обременяя имѣніе, уменьшаетъ его стоимость, въ виду чего наступаетъ уменьшеніе имущества должника, какъ объекта взысканія; равномѣрно съ этимъ увеличивается имущество третьяго лица пріобрѣтеніемъ права на сервитутъ. Вопросъ о томъ, установленъ-ли сервитутъ возмездно или безмездно имѣетъ для внутренней стороны акта общее значеніе.

Б. Прекращеніе вещныхъ правъ. а) Односторонніе отказы должника отъ своего имущества. Главнѣйшіе изъ этихъ случаевъ мы уже разсматрѣли выше [3]) въ

---

[1]) Cosack н. с. стр. 135.
[2]) Menzel н. с. стр. 126, пр. 9.
[3]) Стр. 77—78, 93—99, 108—109.

связи съ другими положеніями, а именно: отреченіе отъ наслѣдства и дара, потеря права по давности и дереликція. б) Отчужденіе путемъ двусторонняго акта, т.-е. купли-продажи, конечно, можетъ быть уничтожено посредствомъ опроверженія кредиторомъ договора; тутъ, какъ мы уже сказали выше [1]), наличность полнаго эквивалента и полученіе его должникомъ, — если только эквивалентъ этотъ не находится еще въ рукахъ должника,—не лишаютъ кредитора права опровергать актъ.

II. Установленіе и прекращеніе обязательственныхъ правъ.

А. Установленіе обязательственныхъ правъ въ пользу третьяго лица. Наичаще встрѣчающійся, сюда относящійся, случай — совершеніе арендныхъ договоровъ по имѣнію, заключаемыхъ обыкновенно на продолжительное время и вконецъ обезцѣнивающихъ имѣніе. Въ виду этого, по справедливому замѣчанію Козака [1]), при опроверженіи подобныхъ актовъ, судейскому убѣжденію долженъ быть данъ широкій просторъ, особенно относительно субъективныхъ условій опроверженія. При наличности этихъ условій, договоръ подлежитъ уничтоженію, хотя-бы даннымъ законодательствомъ должнику, до извѣстнаго срока, во время процесса взысканія, совершать подобные договоры и было предоставлено; [2]) по наступленіи же срока подобный договоръ подлежитъ, само собою, уничтоженію, хотя-бы не было ни animus fraudandi, ни conscientia

---

[1]) Стр. 74—77.

[2]) Cosack н. с. стр. 117—118.

[3]) Напр. у насъ ст. 1099 и 1100 уст. гр. суд.

fraudis; до срока-же актъ можетъ быть опровергаемъ лишь при наличности этихъ условій.

Къ случаямъ установленія обязательныхъ правъ въ пользу третьяго лица мы относимъ и цессію правъ. Кредиторъ, очевидно, можетъ опровергать актъ цессіи должникомъ своихъ правъ другому лицу [1]), причемъ, конечно, условія этого опроверженія различны, смотря потому, было-ли право уступлено возмездно или безмездно [2]). Особый случай цессіи будетъ разсмотрѣнъ ниже.

Б. Прекращеніе обязательственныхъ правъ. Оно возможно или на сторонѣ кредитора, или на сторонѣ должника. *а*) Прекращеніе на сторонѣ кредитора. Къ актамъ, коими прекращается обязательственное право кредитора даннаго должника относятся:

а) Уплата долга. Здѣсь надо различать уплату долга должникомъ одному изъ своихъ кредиторовъ до срока и по срокѣ. Что касается перваго случая, то одни ученые допускаютъ, другіе недопускаютъ опроверженіе уплаты до срока. Большинство ученыхъ, проводящихъ отрицательное мнѣніе, стоятъ на почвѣ римскаго права [3]), не ставившаго въ укоръ бдительному кредитору заботу его о полученіи удовлетворенія хотя-бы въ ущербъ другимъ кредиторамъ; всѣ они повторяютъ доводъ приводимый Вангеровымъ [4]): кредиторъ получающій удовлетвореніе, хотя

---

[1]) Kaserer н. с. стр. 65. Korn н. с. стр. 49.

[2]) Kranichfeld н. с. стр. 29.

[3]) Cosack н. с. стр. 114. Это „sibi vigilavit“ Ульпіана—L. 6. 97 D quae in fraud. cred. 42. 8. Примѣненіе афоризма Сцеволы jus civile vigilantibus scriptum est L. 24. D h. t.

[4]) Vangerow Pandecten B. 3. S. 697.

и до срока, лишь осуществляетъ свое право—nihil dolo creditor facit qui suum recipit [1]). Противъ этого Отто [2]) справедливо возражаетъ, что, во 1-хъ, осуществленіе своего права при условіяхъ, требуемыхъ для опроверженія акта т. е. при animus fraudandi и conscientia frundis есть ничто иное какъ petitio principii и, во-2-хъ, тотъ аргументъ, что nihil dolo creditor facit qni suum recipit, можно привести и противъ любаго акта, совершеннаго должникомъ въ ущербъ кредитору; и на отчужденіе имущества должникъ имѣетъ право; такимъ путемъ можно дойти до полнаго отрицанія за кредиторомъ права опровергать какіе-бы то ни было акты должника. Тутъ вопросъ вовсе не въ томъ suum или не suum recipit creditor, а въ томъ, что изъ имущества должника вышла вещь, при наличности условій опроверженія, и перешла въ обладаніе другаго лица. Съ точки зрѣнія этихъ ученыхъ при доставленіи уплаты не только нѣтъ уменьшенія имущества должника, но и нѣтъ ущерба для кредиторовъ (объ этомъ ниже). Но они допускаютъ изъ общаго правила лишь одно исключеніе относительно такъ наз. interusurium: въ предѣлахъ полученныхъ процентовъ кредиторъ почитается обогатившимся въ ущербъ другимъ кредиторамъ, имущество его неправомѣрно увеличилось, должникъ же не оставилъ за собой того, что ему причиталось. Не намъ, конечно, дабы быть послѣдовательными, отрицать право кредиторовъ на возвращеніи этого interusu-

---

[1]) Jaeckel н. с. стр. 52—59. Reinhard н. с. стр. 118—122. Korn н. с. стр. 145 Mankiewitz н. с. стр. 49—50.

[2]) Otto н. с. стр. 66, 73.

rium'а въ число объектовъ взысканія; замѣтимъ лишь, что въ этомъ случаѣ и уменьшеніе имущества должника и ущербъ для кредиторовъ, представляются лишь нагляднѣе, въ болѣе осязательной формѣ. Вангеровъ и его послѣдователи, въ своемъ отрицаніи опровержимости досрочныхъ уплатъ доходятъ до той крайности, что признаютъ,— какъ бы очевидна ни была mala fides кредитора получившаго уплату,—опроверженіе невозможнымъ; они даже говорятъ, что эта mila fides не мыслима при полученіи уплаты. Такому крайнему утвержденію противорѣчатъ жизненные факты: такія досрочныя уплаты встрѣчаютсп сплошь и рядомъ [1]); кредиторъ, боясь объявленія должника несостоятельнымъ и полученія копѣйки за рубль, требуетъ отъ него уплаты до срока и тотъ соглашается; тутъ и стимулъ достаточно сильный и mala fides очевидна. Что касается представителей положительной теоріи, то они именно исходятъ изъ того положенія, что досрочная уплата убыточна для остальныхъ кредиторовъ, а потому при наличности субъективныхъ условій опроверженія, можетъ быть опровергнута. Представителями этой теоріи являются Шёнеманъ [2]) Отто [3]) и Гартманъ [4]). Всѣ они сходятся въ одномъ пунктѣ: допускаютъ опроверженіе досрочной уплаты въ виду убыточности, но при отсутствіи уменьшенія имущества на сторонѣ должника. Съ этимъ послѣднимъ положеніемъ нельзя согласиться; если стать на ту точку зрѣнія, что имущество должника въ данномъ случаѣ разсматри-

[1]) Jbid стр. 73.
[2]) Schönemann н. с. стр. 23—15.
[3]) Otto н. с. стр. 72—77.
[4]) Hartmann н. с. стр. 88.

вается какъ объектъ взысканія, какъ предметъ права судебнаго залога, то, конечно, одинъ фактъ выхода изъ обладанія должника извѣстной суммы денегъ и поступленіе ея не въ число объектовъ взысканія, является уменьшеніемъ имущества, именно какъ объекта взысканія. Говорятъ: наступитъ срокъ и сумма эта перейдетъ къ кредитору; мы на это отвѣчаемъ: не перейдетъ, если передача ея предпологается совершенною mala fide; кредиторъ имѣющій право опроверженія установляетъ въ свою пользу право судебнаго залога; кредиторъ не сдѣлавшій этого и получающій уплату изъ предметовъ этого залога именно уменьшаетъ общее количество этихъ предметовъ. Въ другомъ же пунктѣ названные ученые нѣсколько расходятся. Гартманъ допускаетъ опроверженіе досрочной уплаты безусловно, разъ имѣются въ наличности условія опроверженія. Шёнеманъ же и Отто въ сущности приходятъ къ тѣмъ же результатамъ, какъ и ихъ противники—возможность опроверженія они ограничиваютъ однимъ interusurium'омъ. Это конечно и неожиданно и не послѣдовательно; разъ допускается возможность опроверженія при наличности условій его, въ установленіи дальнѣйшихъ ограниченій уже надобности нѣтъ. Оба названные ученые мотивируютъ эти ограниченія тѣмъ, что, по мнѣнію Отто, интересъ остальныхъ кредиторовъ не идетъ далѣе interusurium'а, а по мнѣнію Шёнемана, dolus на сторонѣ кредитора получившаго уплату касается лишь того имущества, которое перешло къ нему не взирая на то, что онъ права на него не имѣетъ. Первое соображеніе неправильно уже потому, что интересъ кредитора, опровергающаго актъ тотъ, чтобы полу-

чить по возможности полное удовлетвореніе, второе же не вяжется со своею предпосылкою: если несоглашаться съ Вангеровымъ и др., что акты коими кредиторъ осуществлятъ свои права, не могутъ быть опровергаемы, то допускать опроверженіе лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда кредиторъ получаетъ то, на что онъ вообще права не имѣетъ — непослѣдовательно; вѣдь изъ этого можетъ быть сдѣланъ выводъ, что противники Вангерова тоже не допускаютъ опроверженія въ виду того, что кредиторъ получаетъ то, что ему принадлежитъ по праву. Такая непослѣдовательность вконецъ подрываетъ положительную сторону соображеній Шёнемана.

Переходимъ къ уплатѣ долга кредитору по наступленіи срока. Ученые, отрицающіе возможность опровѣрженія досрочной уплаты, послѣдовательно отрицаютъ и опровержимость уплаты посрочной, изъ ученыхъ-же въ принципѣ допускающихъ опроверженіе досрочныхъ уплатъ, Шёнеманъ [1]) прямо отрицаетъ опровержимость уплатъ посрочныхъ, исходя изъ опровергаемаго имъ въ другомъ мѣстѣ положенія Вангерова. Вангеровъ основывается на томъ, что creditor nihil dolo facit qui suum recipit, а Шёнеманъ — на томъ, что qui suo jure utitur neminem laedit. Подумаешь, какая разница между этими исходными пунктами!.. Но если въ защиту опровержимости досрочныхъ уплатъ, какъ мы видѣли, приводится указаніе на убытокъ, причиняемый кредиторамъ, то на это соображеніе съ особенною силою ссылаются въ доказательство опровержимости посрочныхъ уплатъ; хотя нѣ-

[1]) Schönemann. н. с., стр. 22.

которые ученые эту мысль облекаютъ въ нѣсколько иную форму, именно говорятъ о недобросовѣстности кредитора получившаго уплату[1]). Справедливо замѣчаетъ Гартманъ[2]); что въ такой конструкціи нѣтъ надобности: если кредиторъ, получающій уплату, знаетъ, что получая, участвуетъ вмѣстѣ съ должникомъ въ причиненіи ущерба остальнымъ кредиторамъ, а мы сказали-бы—въ изъятіи извѣстной суммы изъ числа объектовъ взысканія, то этого достаточно для признанія возможности опроверженія. И мы склоняемся въ пользу опровержимости посрочныхъ уплатъ, но, конечно, при томъ условіи, что судъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ долженъ быть убѣжденъ въ наличности animus fraudandi должника и conscientia fraudis кредитора тутъ, гдѣ suum recipit такъ рѣшительно бьетъ въ глаза, именно необходима полная доказанность этихъ обстоятельствъ [3]).

б) Замѣна исполненія предоставленіемъ другаго предмета (datio in solutum). Если исполненіе обязательства, даже по срокѣ, а также установленіе залога, могутъ быть опровергаемы кредиторомъ, то тѣмъ болѣе надо это допустить относительно замѣны исполненія: послѣдняя отличается отъ перваго лишь по предмету— вмѣсто того чтобы совершить данное дѣйствіе должникъ совершаетъ другое, отъ второго-же оно отличается только тѣмъ, что при залогѣ кредиторъ получаетъ удовлетвореніе

---

[1]) Harzfeldt н. с. стр. 514—515.

[2]) Hartmann н. с. стр. 91.

[3]) Beisser н. с. стр. 5, совершенно бездоказательно, строитъ презумпцію, что кредиторъ получаетъ уплату бездолжнаго (indebite).

посредственно, пріобрѣтая право продажи вещей, при замѣнѣ-же — непосредственно, пріобрѣтая право на субстанцію вещи [1]). Если въ этихъ случаяхъ допускается опроверженіе, то, какъ мы сказали, тѣмъ болѣе въ случаѣ замѣны—тѣмъ болѣе потому, что тутъ весьма рѣзко проявляется желаніе должника лишить другихъ кредиторовъ удовлетворенія [2]). Вышеуказанную аналогію, однако, допускаютъ не всѣ ученые; двое изъ нихъ, Шёнеманъ [3]) и Іекель [4]), отрицая возможность опроверженія посрочныхъ уплатъ, допускаютъ опроверженіе замѣны исполненія. Первый видитъ между уплатою и замѣною платежа ту разницу, что, получая уплату, кредиторъ получаетъ то, на что онъ имѣетъ право, при замѣнѣ-же онъ получаетъ то, на что онъ права не имѣетъ,—онъ получаетъ вмѣсто вещи деньги. Въ виду этого, если кредиторъ не можетъ опровергать уплату, потому что, получивъ ее, онъ лишь suum recipit, то относительно замѣны этого сказать нельзя—онъ получилъ то, на что права не имѣетъ, а слѣдовательно полученіе можетъ быть опровергнуто. Іекель замѣчаетъ, что о кредиторѣ, получившемъ взамѣнъ уплаты другой предметъ, нельзя сказать, что онъ sibi vigilavit—онъ тутъ уже помогаетъ должнику изъять извѣстныя вещи изъ числа объектовъ взысканія. Конечно, насъ не

---

[1]) Laspafyres. Ueber Anfechtung von Zahlungen etc. въ Arch. f. d. civ. Praxis B. 21, S. 71. Эту же аналогію съ залогомъ допускаютъ Otto н. с. стр. 78. Cosack н. с. стр. 115, а съ посрочной уплатой Reinhard на стр· 127.

[2]) Hartmann н. с. стр. 93.

[3]) Schönemann н. с. стр. 25—28.

[4]) Jaeckel. н. с., стр. 60—61.

можетъ не радовать, что такіе солидные ученые аккъ Шёнеманъ и Іекель высказываются въ пользу опровержимости замѣны исполненія, но мы должны сознаться, что аргументаціею своею они оказали положительной теоріи даннаго вопроса медвѣжью услугу. Мы думаемъ, что, какъ при уплатѣ, такъ и при datio in solutum, получающій получаетъ то, на что онъ имѣетъ право — при уплатѣ это всякому очевидно, при datio in solutum это явствуетъ изъ соглашенія сторонъ,—самаго по себѣ вполнѣ правомѣрнаго,—въ силу коего res succedit in locum pretii; въ силу этого соглашенія происходитъ, и немедленно реализуется, новація [1]), по которой кредиторъ получаетъ право на замѣняющую уплату вещь. Точно также и vigilantia имѣетъ мѣсто и въ томъ, и другомъ случаѣ - по отношенію къ кредитору: и при полученіи уплаты, и при полученіи вещи, можно сказать, что онъ не зѣвалъ и одинаково оправдалъ вышеупомянутый афоризмъ Сцеволы. Но чтоже изъ всего этого слѣдуетъ? Имѣлъ-ли кредиторъ право на полученіе, бодрствовалъ онъ или зѣвалъ—это для рѣшенія вопроса о правѣ опроверженія значенія имѣть не можетъ. Будетъ-ли предметомъ полученія долга вещь или уплата—эта совершенно безразлично. И Шенемана, и Іекеля можно упрекнуть въ непослѣдовательности—имъ слѣдовало отрицать опровержимость datio in solutum; признавъ ее, они только еще разъ доказали неправильность взгляда ихъ на опроверженіе посрочныхъ уплатъ.

Наконецъ, datio in solutum можетъ выразиться въ

[1]) Hartzfeld н. с. этр. 509.

видѣ цессіи должникомъ права по обязательству своему кредитору, взамѣнъ исполненія. Нѣтъ никакихъ основаній не примѣнять къ этому случаю соображеній, изложенныхъ по поводу datio in solutum; всѣ особенности его сводятся къ тому, что предметомъ, замѣняющимъ исполненіе, является не вещь, а обязательственное право [1])

в) Отказъ должника отъ обязательственаго права въ пользу своего должника. Мы выше [2]) уже говорили объ этомъ случаѣ и указали въ какомъ смыслѣ тутъ понимается увеличеніе и уменьшеніе имущества.

г) Зачетъ. Едва ли надо останавливаться на томъ, что зачетъ требованія должника къ третьему лицу съ требованіемъ сего послѣдняго подлежитъ опроверженію. Зачетъ суррогатъ исполненія; актъ по силѣ коего совершается зачетъ направленъ на уничтоженіе права кредитора по отношенію къ должнику—права, которое могло-бы быть объектомъ взысканія для другихъ кредиторовъ, добившихся рѣшенія, обладающаго исполнительною силою. На этомъ случаѣ ученые даже не считаютъ нужнымъ останавливаться [3])

б) Прекращенія обязательственнаго права на сторонѣ должника. Это имѣетъ мѣсто тогда, когда третье лицо (должникъ) исполниетъ свое обязательство передъ должникомъ. Подлежитъ-ли актъ полученія должникомъ уплаты отъ своего должника опроверженію со стороны его кредиторовъ? На этотъ вопросъ ученые даютъ стран-

---

[1]) Hartmann. н. с. стр. 94.
[2]) Стр. 76—77.
[3]) Ibid. стр. 97. Menzel. н. с. стр. 189.

ный, нерѣшительный отвѣтъ. Такъ, Козакъ [1]) выставивъ общее правило, что актъ не можетъ быть опровергнутъ въ тѣхъ случаяхъ, когда отъ третьяго лица нельзя требовать, чтобы оно уклонилось отъ участія въ совершеніи акта, примѣняетъ это правило къ данному случаю; такъ что уплата полученная должникомъ неопровержима, потому что должникъ его, уплатившій ему долгъ, не обязанъ былъ уклоняться отъ уплаты, а, напротивъ, обязанъ былъ уплатить. Между тѣмъ, Козакъ, въ концѣ концовъ допускаетъ опроверженіе уплаты, въ томъ случаѣ, когда между должникомъ и его должникомъ состоялось на этотъ счетъ особое соглашеніе. Ту-же шаткость замѣчаемъ у другихъ ивслѣдователей. Корнъ [2]) допускаетъ, что въ разсматриваемомъ актѣ могутъ имѣть вмѣстѣ всѣ условія его опровержимости, но тѣмъ не менѣе опроверженіе не возможно по слѣдующимъ соображеніямъ. По общему правилу, кому отказано закономъ въ извѣстномъ средствѣ защиты, тотъ не можетъ отвѣчать за непользованіе этимъ средствомъ; примѣняя это правило къ разсматриваемому случаю, можно сказать, что должникъ даннаго должника не можетъ уклониться отъ платежа, ссылаясь на то, что первый имѣетъ кредиторовъ, въ ущербъ коимъ была бы уплата, если бы она была произведена; если дѣлать должника, уплатившаго долгъ, отвѣтственнымъ за это, то надо ему дать возможность уклониться отъ уплаты, ссылаясь на то, что уплата эта вредитъ кредиторамъ его кредитора; такое возраженіе, однако, сдѣлать онъ не можетъ, ибо это возраженіе ex jure tertii и притомъ не могущее

[1]) Cosack. н. с. стр. 117.

[2]) Korn. н. с. стр. 151—152.

быть доказаннымъ безъ привлечекія кредиторовъ къ процессу, привлечь же ихъ третье лицо (должникъ должника) не можетъ. Повидимому соображенія Козака и Корна солидны, но при ближайшемъ разсмотреніи они оказываются несостоятельными. Въ основаніи ихъ соображеній лежитъ одна и таже мысль о коллизіи двухъ обязанностей въ лицѣ должника другаго должника: обязанности произвести уплату и обязанности не участвовать въ причиненіи ущерба кредитору своего кредитора; оба названные ученые разрѣшаютъ эту коллизію въ пользу обязанности произвести уплату. Почему же коллизія разрѣшается въ такомъ смыслѣ? Только Корнъ даетъ отвѣтъ на это и отвѣтъ неудовлетворительный. Намъ кажется, какъ справедливо замѣчаетъ и Гарцфельдъ [1]), что возраженіе, о которомъ тутъ идетъ рѣчь не есть exceptio ex jure tertii; должникъ, уклоняющійся отъ уплаты, возражаетъ, основываясь на своемъ правѣ уклониться отъ участія въ причиненіи ущерба кредиторамъ своего кредитора, а для того чтобы обосновать свое возраженіе ему достаточно сослаться на недостаточность имущества его кредитора; въ видахъ грозящей ему опасности уплатить долгъ дважды, онъ имѣетъ полное основаніе указать суду на то, что истецъ не надлежащій, что искъ можетъ быть предъявленъ лишь лицемъ, къ которому въ процессѣ взысканіи перейдетъ право на требованіе его кредитора. Намѣренное непользованіе этими средствами даетъ основаніе подвергнуть такого должника невыгодамъ вторичнаго взысканія.

Признавая возможность опроверженія кредиторомъ

[1]) Harzfeld. н. с. 506—507.

акта уплаты должнику долга его должникомъ, мы, конечно, должны оговориться, что та сумма, которая была получена должникомъ не должна болѣе находиться въ составѣ его имущества. При этомъ условіи мы можемъ сказать, что имущество должника уменьшилось, ибо извѣстная часть его, находившаяся у третьяго лица (сумма денегъ), болѣе у него не находится; право на полученіе ея прекратилось; увеличилось и имущество третьяго лица въ юридическомъ смыслѣ: въ его составѣ нѣтъ обязательства, уменьшавшаго его актовъ.

б) Субъективная сторона акта. Мы уже неоднократно имѣли случай упоминать объ animus fraudandi, о намѣреніи должника причинить ущербъ своимъ кредиторамъ; это-то намѣреніе составляетъ субъективную сторону акта совершеннаго должникомъ. Для того, чтобы актъ этотъ подлежалъ опроверженію, по общему правилу, необходимо, чтобы онъ былъ совершенъ при наличности на сторонѣ должника намѣренія причинить ущербъ кредиторамъ. Что такое намѣреніе причинить ущербъ? Вопросъ этотъ чрезвычайно споренъ. Всѣ высказанныя на этотъ счетъ мнѣнія можно свести къ двумъ теоріямъ: теорія желанія вреда, которая опять распадается на теорію абсолютную и относительную, и теорія сознанія вреда. Остановимся сначала на первой изъ нихъ.

Основное положеніе теоріи желанія вреда то, что должникъ, совершая актъ, долженъ имѣть прямое желаніе причинить имъ вредъ кредиторамъ. Намѣреніе должно заключаться въ томъ, что путемъ осуществленія задуманнаго имъ акта, онъ лишитъ кредиторовъ возможности получить удовлетвореніе. Одни изъ сторонниковъ этой

теоріи стоятъ на вполнѣ абсолютной почвѣ, требуя, чтобы желаніе причинить ущербъ кредиторамъ, проявилось въ своей крайней формѣ, т.-е. чтобы причиненіе этого ущерба было цѣлью совершенія акта должникомъ. Такъ, Іекель [1]), Кранихфельдъ [2]) и др. [3]) понимаютъ подъ намѣреніемъ направленіе воли на опредѣленную конечную цѣль; должникъ, для того, чтобы актъ могъ быть опровергнутъ, долженъ былъ дѣйствовать не только въ сознаніи того, что онъ причиняетъ ущербъ кредиторамъ, но и съ желаніемъ причинить имъ ущербъ, другими словами: ущербъ кредиторамъ желанная цѣль должника, хотя быть можетъ и не исключительная; намѣреніе должника должно быть направлено къ тому, чтобы съ помощью даннаго акта, посредственно или непосредственно, причинить ущербъ кредиторамъ. Такое пониманіе „намѣренія причинить ущербъ" чрезвычайно удобно и въ практическомъ, и въ теоретическомъ смыслѣ. Ни судьѣ, ни ученымъ не приходится затрудняться при разрѣшеніи массы вопросовъ; вопросы эти разрѣшаются съ совершенною легкостью и притомъ въ большинствѣ случаевъ отрицательно; напр. вопросъ о времени совершенія акта сравнительно съ временемъ возникновенія требованія кредиторовъ, вопросъ объ опроверженіи уплаты и т. п.; но гражданскому обороту отъ этого нисколько не легче. При такомъ строгомъ и тѣсномъ пониманіи „намѣренія", случаи, когда актъ можетъ быть подвергнутъ уничтоженію

[1]) Jaeckel н, с. стр. 67 и 68.

[2]) Kranichfeld н. с. стр. 21.

[3]) Dernburg н. с. стр. 198. Сюда же обыкновенно причисляютъ и Reinhard'a, но это невѣрно при сопоставленіи стр. 105, со стр. 107.

окажутся очень малочисленными [1]). Когда актъ совершенъ должникомъ въ то время, когда у него еще не было кредиторовъ, о намѣреніи его причинить ущербъ въ этомъ смыслѣ не можетъ быть и рѣчи; когда должникъ уплачиваетъ долгъ или получаетъ уплату по срокѣ, доказательство намѣренія въ этомъ смыслѣ обращается въ probatio diabolica и т. д. Но независимо отъ этого соображенія, совершенно противно фактическому положенію вещей, чтобы должникъ, совершившій актъ въ ущербъ кредитору, ставилъ себѣ цѣлью именно этотъ ущербъ. Въ дѣйствительности, говоритъ Шей [2]) очень рѣдко окажется, что должникъ изъ одной злобы къ кредитору распродаетъ свое имущество; отчуждаетъ онъ его съ тою цѣлью, чтобы самому воспользоваться выгодою; это ближайшая его цѣль, но достигнуть ее онъ можетъ лишь путемъ причиненія ущерба кредиторамъ, потому-то онъ implicite рѣшается на послѣднее. Менцель [3]) даже смотритъ на причиненіе ущерба кредиторамъ, какъ на средство, при помощи котораго достигаются различныя цѣли, какъ-то: собственная выгода, выгода близкихъ людей и т. п. Корнитцеръ [4]) идетъ еще дальше: онъ видитъ въ причи-

---

[1]) Газенбальгъ (н. с. стр. 41) справедливо замѣчаетъ, что случаи, когда можно будетъ доказать, что цѣлью сдѣлки было причиненіе ущерба кредиторамъ, окажутся ничтожными.

[2]) Schey. Zur Geschichte der actio Pauliana etc въ Zeibsch. für Rechtsgesch. B. 13. H. 1. S. 133.

[3]) Menzel н. с. стр. 148. Тоже Cosack н. с. стр. 77.

[4]) Kornitzer. Bedenken zum Begriffe der „Renachtheiligungsabsicht“ im Anfechtungsgsetze въ Zeitsch. f. pr. u. öffent. Recht. B. 15, H. 3. S. 599. Статья эта написана съ большими претензіями, но ничего не доказываетъ и полна противорѣчій. Результатъ изслѣдованія, что

неніи ущерба кредитору лишь рефлективное дѣйствіе (Reflexwirkung Іеринга) акта совершеннаго должникомъ. Такъ или иначе, но несомнѣнно, что должникъ, причиняющій актомъ ущербъ кредиторамъ, конечно, имѣетъ въ виду не это обстоятельство, а свою собственную выгоду; этотъ ущербъ лишь неизбѣжное послѣдствіе акта; должникъ не можетъ избѣжать порога, который необходимо перейти для того, чтобы получить извѣстную выгоду; очень можетъ быть, что иногда актъ совершается въ ущербъ кредитору изъ одной злобы, но эти случаи исключительные и если бы они имѣлъ мѣсто фактически, то все-таки юридически, въ виду того, что собственная выгода ихъ всегда сопровождаетъ, выгода эта и можетъ быть возведена въ конечную цѣль акта.

Наконецъ, безусловно неправильно то положеніе разсматриваемой теоріи, будто бы для признанія намѣренія причинить ущербъ не достаточно однаго сознанія того, что ущербъ причиняется даннымъ актамъ — но къ этому мы сейчасъ вернемся. Другіе представители теоріи желанія причинить ущербъ, не видя необходимости, чтобы это обстоятельство было цѣлью дѣйствія должника, требуютъ, чтобы имѣло мѣсто явно выраженное желаніе причинить ущербъ. По ихъ мнѣнію недостаточно одного сознанія со стороны должника, что онъ своимъ дѣйствіемъ причиняетъ вредъ кредиторамъ, — необходимо явное выраженіе воли. Такъ, Менцель [1]) приводитъ противъ

должникъ совершаетъ актъ ради того, чтобы устранить чувство неудовольствія испытываемое имъ изъ-за того, что онъ не причиняетъ ущерба своимъ кредитсрамъ — говоритъ самъ за себя.

[1]) Menzel н. с. стр. 146—147.

пониманія намѣренія въ смыслѣ сознанія три соображенія: терминологическое, историческое и практическое: 1) какъ въ разговорномъ, такъ и въ научномъ языкѣ слово „намѣреніе“ содержитъ къ себѣ моментъ стремленія къ чему либо (Bestrebtsein), 2) источники римскаго права несомнѣнно указываютъ на то, что для actio Pauliana требовалась fraus въ смыслѣ желаннаго причиненія ущерба и 3) вопросъ о доказываніи сознанія причиняемаго ущерба вызываетъ рядъ недоумѣній; несомнѣнно, что въ большинствѣ случаевъ сознаніе вреда даетъ основаніе заключить о наличности желанія вредить; но могутъ быть случаи, когда это заключеніе не оправдается; если послѣдствія дѣйствія должника были не неизбѣжны, а вѣроятны, то можетъ оказаться, что онъ дѣйствовалъ въ надеждѣ, что эти послѣдствія не наступятъ. Можно-ли запретить ссылаться и доказывать именно эту надежду? Должникъ вѣдь могъ дѣйствовать легкомысленно, но онъ не имѣлъ намѣренія причинить вредъ; тѣмъ болѣе опасно видѣть намѣреніе въ сознаніи возможныхъ послѣдствій дѣйствія; если-бы тутъ доказыванію подлежало сознаніе, то вся сдѣлка, связанная съ рискомъ, и совершенная должникомъ, въ теченіе срока давности, находилась бы подъ дамокловымъ мечомъ. Провѣримъ на сколько эти соображенія Менцеля основательны. Прежде всего, ссылка на разговорную и научную рѣчь едва ли основательна; научная рѣчь еще не выработала точнаго выраженія — что видно уже изъ того, что спорятъ о значеніи слова „намѣреніе“; что же касается разговорной рѣчи, то это очень шаткій аргументъ; разговорная

рѣчь иногда вырабатываетъ такое выраженіе, которое не охватываетъ значительной доли того явленія, которое имъ выражается. Если уже ссылаться на разговорную рѣчь, то Менцелю надо было примкнуть къ сторонникамъ того мнѣнія, по которому намѣреніе понимается какъ стремленіе къ опредѣленной цѣли, по которому актъ опровержимъ лишь въ томъ случаѣ, когда должникъ поставилъ себѣ цѣлью причинить вредъ кредиторамъ. Въ разговорной рѣчи намѣренное дѣйствіе, есть не только желанное, но и направленное къ опредѣленной цѣли; намѣренное причиненіе вреда обнимаетъ собою дѣйствія, имѣющія цѣлью причиненіе вреда: намѣреваться значитъ дѣйствовать съ опредѣленною цѣлью. А между тѣмъ Менцель противъ такого взгляда. Затѣмъ, ссылка на римское право мало доказательна. Какъ понимали римскіе юристы слово fraus? На этотъ счетъ ученые никакъ не могутъ согласиться, да и понятно почему: потому что римскіе юристы сами не выработали точной терминологіи. По мнѣнію Шея [1]) fraus означаетъ обманъ, по Менцелю [2])— желаніе вреда, по Отто [3])— просто вредъ. Всего вѣрнѣе въ этомъ случаѣ мнѣніе филолога Фогта [4]), доказавшаго, что до Цицерона fraus означало сознательный, намѣренный вредъ, а послѣ Цицерона, кромѣ того и обманъ. Но какъ бы то ни было, ссылка на римскихъ юристовъ невозможна — у нихъ могутъ

---

[1]) Schey н. с. стр. 131—132.
[2]) Menzel н. с. стр. 146.
[3]) Otto н. с. стр. 92—99.
[4]) Приведено у Otto н. с. l. c.

найти аргументы и Менцель, и всѣ его противники, каждый въ подтвержденіе своего взгляда. Наконецъ, что касается достовѣрности сознанія вреда, то Менцель въ большинствѣ случаевъ допускаетъ заключеніи отъ сознанія вреда къ намѣренію причинить его; остается, слѣдовательно, меньшинство; когда должникъ дѣйствовалъ въ сознаніи возможности вреда, то мы согласны съ Менцелемъ, что заключеніе это будетъ неправильно, по соображеніямъ, которыя изложимъ ниже; относительно же сознанія вѣроятнаго вреда мы не допускаемъ ошибокъ; пусть должникъ дѣйствовалъ въ надеждѣ, что вреда кредиторамъ не будетъ, пусть онъ и докажетъ это—если это возможно—ему всетаки нельзя простить его легкомысліе; если судъ разъ пришелъ къ тому заключенію, что онъ сознавалъ съ большою вѣроятностью вредъ, который причиняется его дѣйствіемъ кредитору и не смотря на это совершилъ дѣйствіе, то совершенно основательно признавать его дѣйствовавшимъ съ намѣреніемъ причинить ущербъ кредиторамъ.

Переходимъ къ теоріи сознанія вреда. Теорія эта, принятая большинствомъ ученыхъ, исходитъ изъ того, что актъ, считается совершеннымъ съ намѣреніемъ причинить ущербъ, не только тогда, когда такова именно была цѣль должника, но и тогда, когда онъ сознавалъ, что послѣдствіемъ его дѣйствія будетъ ущербъ кредиторамъ; желалъ онъ этихъ послѣдствій или нѣтъ—это безразлично [1]); намѣреніе причинить вредъ должно быть ему приписано, когда онъ могъ сознавать, что дѣйствіе его повлечетъ за собой этотъ вредъ, что благодаря этому дѣйствію

[1]) Cosack, н. с., стр. 77—78.

взысканіе станетъ невозможнымъ; необходимо лишь, чтобы было въ немъ сознаніе причинной связи между его дѣйствіемъ и ущербомъ кредитора; причинная связь тутъ является чисто объективною — въ субъективности ея, т.-е. въ желаніи создать фактъ какъ причину ущерба, нѣтъ надобности [1]). И дѣйствительно, если должникъ зналъ или, какъ разсудительный человѣкъ, долженъ былъ знать, что благодаря его дѣйствію наступятъ данныя послѣдствія, то послѣдствія эти считаются наступившими намѣренно [2]). Теорія эта сводитъ намѣренность дѣйствія къ возможному, вполнѣ раціональному минимуму; послѣдствія дѣйствія должника не только не должны быть конечною цѣлью, которую онъ себѣ ставитъ, они могутъ и не быть желательны — лишь бы онъ сознавалъ ихъ наступленіе, понималъ ту причинную связь, которая имѣется между его дѣйствіемъ и ущербомъ кредитора. Но сознаніе это можетъ имѣть различныя степени, смотря по трудности или легкости наступленія послѣдствій — ущербъ отъ дѣйствій должника можетъ наступить или какъ неизбѣжное, или какъ вѣроятное, или какъ возможное послѣдствіе. Въ этомъ пунктѣ представители теоріи сознанія вреда, однако, нѣсколько расходятся, допуская опроверженіе акта или во всѣхъ трехъ случаяхъ, или-же въ томъ или въ другомъ. Что касается первыхъ, то Козакъ [3]), Отто [4]) и др. полагаютъ, что, лицо, сознавшее хотя и

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 76—77. Otto, н. с., стр. 101—102.

[2]) Völderndorf, н. с., стр. 42. Korn, н. с., стр. 82. Hasenbalg, н. с., 40.

[3]) Cosack, н. с., стр. 78.

[4]) Otto, н. с., стр. 107.

одну возможность наступленія даннаго послѣдствія, но не только ничего не предпринявшее для устраненія его, а напротивъ, доведшее дѣйствіе до конца, по меньшей мѣрѣ эвентуально, желало этого послѣдствія. Другіе, а именно, Газенбальгъ [1]), впадаютъ въ противоположную крайность: только въ томъ случаѣ, когда послѣдствія дѣйствія неизбѣжны, должникъ почитается дѣйствовавшимъ намѣренно. Наконецъ, Гартманъ [2]) и Фёльдерндорфъ [3]) держатся средняго мнѣнія къ которому и мы готовы присоединиться. Они признаютъ наличность намѣренія въ томъ случаѣ, когда должникъ сознавалъ не только неизбѣжность ущерба для кредитора отъ его дѣйствія, но и вѣроятность его, но рѣшительно высказываются противъ признанія намѣренности въ случаѣ одной возможности ущерба. Заключеніе о намѣренности дѣйствія, основанное на томъ, что должникъ долженъ былъ предвидѣть всѣ возможныя послѣдствія своего дѣйствія—будетъ рискованнымъ. Мало того, это внесетъ шаткость въ гражданскій оборотъ; мы выше привели соображенія Менцеля о дамокловомъ мечѣ, при этомъ условіи, висящемъ надъ сдѣлкою въ теченіе полнаго срока давать; соображеніе это безусловно вѣрно. Трудно себѣ представить, говоритъ Фельдерндорфъ, какую-либо сдѣлку, которая, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, напр., когда возгорится война и т. п. не могла бы причинить ущерба кредиторамъ. И дѣйствительно, такъ широко понимать намѣренность нельзя—мало

---

[1]) Hasenbalg, н. с., стр. 90.
[2]) Hartmann, н. с., стр. 77.
[3]) Völderndorf, н. с., стр. 42—43.

ли при какихъ обстоятельствахъ можетъ наступить ущербъ для кредиторовъ; всѣхъ ихъ предвидѣть и сознать должникъ, конечно, не можетъ. Судейскому убѣжденію въ этомъ случаѣ долженъ быть данъ полный просторъ; установить какія-либо обязательныя для судьи правила, конечно, невозможно—онъ самъ оцѣниваетъ степень неизбѣжности и вѣроятности наступленія невыгодныхъ для кредитора послѣдствій даннаго акта; самое большее, что можно—это предостеречь его отъ приданія серьезнаго значенія однимъ возможнымъ послѣдствіемъ. Потому-то нельзя признать правильнымъ [1]) мнѣніе Шёнемана [2]), Газенбальга [3]) и др., что одна фактическая несостоятельность должника уже даетъ основаніе съ полною достовѣрностью заключить, что актъ совершенный имъ въ это время намѣренно направленъ ко вреду кредиторамъ. Іекель [4]) справедливо замѣчаетъ, что относительно должника, находящагося въ положеніи фактической несостоятельности, судья будетъ лишь болѣе склоненъ предположить, что онъ сознавалъ экономическій результатъ своего дѣйствія, чѣмъ относительно такого, дѣла котораго находятся въ полномъ порядкѣ; и какія-бы въ этомъ случаѣ стѣсняющія судью правила не придумывались, они могутъ оказаться нецѣлесообразными.

Изъ общаго правила о необходимости дѣйствительнаго animus fraudandi исключеніе составляютъ одни лишь без-

---

[1]) Otto н. с. стр. 104.
[2]) Schönemann, н. с., стр. 37.
[3]) Hasenbalg, н. с., стр. 40.
[4]) Jaeckel, н. с., стр. 72.

мездные акты [1]). Акты безмездные могутъ подлежать уничтоженію, хотя бы не было установлено, что должникъ имѣлъ намѣреніе причинить ущербъ кредиторамъ; должникъ, говоритъ Іекель [2]), не можетъ щедрою рукою обогащать третьихъ лицъ, ставя себя тѣмъ въ положеніе, при которомъ лишаетъ кредиторовъ удовлетворенія; на самомъ дѣлѣ, намѣренно или ненамѣренно онъ это дѣлаетъ—это безразлично; разъ онъ находится въ такомъ положеніи, что не можетъ удовлетворить кредиторовъ, законодатель вправѣ построить презумпцію, что онъ, раздаривъ свое имущество, намѣренно привелъ себя въ состояніе неоплатности. Быть можетъ на самомъ дѣлѣ онъ и не думалъ дарить въ сознаніи вреда, причиняемаго кредиторамъ; быть можетъ нѣтъ и объективной причинной связи между дареніемъ и раззореніемъ или неоплатностью; по чисто утилитарнымъ соображеніемъ все это предполагается и доказывать противное уже не должно быть дозволено [3]),—это praesumptio juris et de jure [4]); законъ по извѣстнымъ соображеніямъ предписываетъ судьѣ признать доказанными и animus fraudandi должника, и причинную связь. Соображенія же заставляющія построить презумцію тѣ, что опытъ жизненный указываетъ, что часто безмездная сдѣлка со-

---

[1]) Есть и другое исключеніе: акты, вообще совершенные въ пользу родственниковъ должника; но это, принятое германскимъ и австрійскимъ законами, исключеніе чисто спеціальнаго характера.

[2]) Jaeckel, н. с., стр. 92.

[3]) Völderndorf, н. с., стр. 137.

[4]) Это praes. juris et de jure по отношеніи къ опровержимости акта, но—praes. juris относительно отвѣтственности третьяго лица—объ этомъ см. ниже.

вершается не спроста; часто именно имѣетъ мѣсто animus fraudandi; тѣ же случаи, когда это предложеніе не оправдывается въ соображеніе принимаемы быть не должны,—не допускать опроверженіе акта невозможно; голосъ кредиторовъ вопіетъ!.. они имѣютъ на имущество, какъ на объектъ взысканія, лучшее право, чѣмъ одаренный: долгъ важнѣе дара; одаренный менѣе обиженъ отобраніемъ дара, чѣмъ кредиторъ оставленіемъ его въ рукахъ одареннаго, Грюцманъ [1]) весьма оригинально объясняетъ это исключительно-неблагопріятное положеніе безмездныхъ актовъ; причину этого онъ видитъ въ томъ положеніи, какое акты эти занимаютъ въ гражданскомъ оборотѣ; они не представляютъ собою явленія нормальнаго и необходимаго; выгода изъ нихъ проистекающая не пріобрѣтенная, а случайно выпавшая на долю лица; лучше разрушить анормальную прибыль, чѣмъ терпѣть нарушеніе правъ, пріобрѣтенныхъ нормальною дѣятельностью. Но высказываясь въ пользу легкой опровержимости безмездныхъ актовъ, мы напомнимъ сдѣланную выше оговорку [2]), что для пользованія правомъ опроверженія безмезднаго акта долженъ быть положенъ возможно краткій срокъ; къ сказанному прибавимъ, что по истеченіи этого срока кредиторъ не долженъ быть безусловно лишенъ права опровергать актъ: онъ можетъ это сдѣлать, но уже на основаніи общихъ правилъ, т.-е, доказавъ animus fraudandi должника [3]).

---

[1]) Grützmann, н. с., стр. 190.
[2]) Стр. 3—8, 60—61.
[3]) Korn, н. с., стр. 91.

III. Условія на сторонѣ третьяго лица.

Условія, касающіяся третьяго лица, могутъ быть сведены къ двумъ: объективное и субъективое. Первое заключается въ томъ, что третье лицо посредствомъ акта, совершеннаго должникомъ, должно увеличить свое имущество; второе-же — въ томъ, что лицо это должно дѣйствовать mala fide, должно знать о намѣреніи должника причинить вредъ кредиторамъ: на его сторонѣ должна быть conscientia fraudis, оно должно быть sciens или particeps fraudis. На первомъ изъ этихъ требованій мы останавливаться не будемъ, такъ какъ о немъ уже была рѣчь выше, а обратимся лишь ко второму. Отъ третьяго лица требуется, чтобы оно знало о намѣреніи должника, т.-е., чтобы ему были знакомы факты, дающіе основаніе заключить, что должникъ намѣренъ причинить вредъ своимъ кредиторамъ [1]), что онъ по меньшей мѣрѣ сознаетъ, что дѣйствіе повлечетъ за собою именно это послѣдствіе [2]). Активной дѣятельности отъ третьяго лица, конечно, нельзя требовать [3]); оно не обязано заботиться о другихъ [4]), не обязано, ради охраненія интересовъ чужихъ кредиторовъ, предпринимать что-либо. Разъ оно, по данной обстановкѣ, приходитъ къ убѣжденію, что должникъ имѣетъ намѣреніе причинить вредъ кредиторамъ, оно не должно вступать въ сдѣлку; оно обязано взвѣсить всѣ эти обстоятельства съ

[1]) Jaeckel н. с. стр. 69.
[2]) Korn н. с. стр. 86.
[3]) Cosack н. с. стр. 92.
[4]) Zürcher н. с. стр. 30.

должнымъ вниманіемъ и осмотрительностью; если оно не было достаточно внимательно и осмотрительно, то это его не оправдываетъ, если только ему были извѣстны факты, въ виду которыхъ оно должно было знать о намѣреніи должника [1]). Этими положительными указаніями можно бы было и ограничиться, предоставивъ судьѣ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ рѣшить вопросъ: знало-ли и должно-ли было знать третье лицо о намѣреніи должника. Но ученые этимъ не ограничиваются; они хотя и усиленно утверждаютъ, что правилъ для судьи никакихъ выставлять не слѣдуетъ — это дѣло его убѣжденія, но, не выставляя, правда, положительныхъ правилъ, они тѣмъ не менѣе даютъ рядъ отрицательныхъ указаній, для судьи, очевидно, не безполезныхъ и вытекающихъ изъ самаго существа дѣла. А именно: 1) не требуется, чтобы третье лицо вступало въ соглашеніе именно съ цѣлью причинить вредъ кредиторамъ; насколько наличность именно этой цѣли не требуется относительно намѣренія должника, настолько нѣтъ основанія ее требовать относительно третьяго лица [2]); 2) не требуется, чтобы сдѣлка непремѣнно была выгодна для третьяго лица; оно не можетъ оправдаться тѣмъ, что оно изъ сдѣлки никакой выгоды не извлекло [3]); 3) не требуется знанія убыточности, а лишь надо знать намѣреніе должника причинить убытокъ [4]); а потому, если третье лицо по-

[1]) Otto н. с. стр. 130.

[2]) Schönemann н. с. стр. 41. Jaeckel н. с. стр. 69. Hasenbalg н. с. стр. 75.

[3]) Völderndorf н. с. стр. 44. Korn н. с. 86.

[4]) Jaeckel н. с. стр. 70. Völderndorf н. с. стр. 44.

лагаетъ, что должникъ ошибается на счетъ послѣдствій своей сдѣлки [1]), или надѣется на то, что должникъ не окажется несостоятельнымъ, а останется вполнѣ состоятельнымъ, или что ущерба не будетъ причинено [2]), то оно всетаки можетъ считаться знающимъ о намѣреніи должника; 4) не требуется, чтобы непремѣнно должникъ сообщилъ третьему лицу о своемъ намѣреніи; оправдываться это лицо не можетъ тѣмъ, что должникъ или молчалъ, или привелъ другой мотивъ, заставившій его вступить въ сдѣлку [3]); 5) совершенно безразличенъ тотъ путь, какимъ третье лицо узнало о намѣреніи должника [4]),—оно могло узнать его отъ самого должника, отъ посторонняго лица, отъ кредитора; само по себѣ даже предупрежденіе кредиторовъ о томъ, что сдѣлка, въ которую должникъ вступаетъ съ третьимъ лицомъ, для нихъ убыточна, не можетъ имѣть значенія [5]); все зависитъ отъ даннаго конкретнаго случая [6]); насколько указанія кредиторовъ основательны и насколько въ виду этихъ указаній можно признать, что третье лицо дѣйствительно узнало отъ нихъ о намѣреніи должника — долженъ рѣшить судъ [7]); 6) не можетъ имѣть значенія и то, знало-ли третье лицо о томъ, что у должника есть кредиторы [8]) и что

---

[1]) Hasenbalg н. с. стр. 75.
[2]) Otto н. с. стр. 112.
[3]) Völderndorf н. с. l. c. Korn н. с. l. c.
[4]) Menzel н. с. стр. 152. Zürcher н. с. 30.
[5]) Ulpianus въ L. 10, § 3 D. q. in fraud. cred. 42, 8.
[6]) Schönemann н. с. стр. 41—42.
[7]) Hasenbalg н. с. стр. 76.
[8]) Otto н. с. стр. 112.

онъ фактически несостоятеленъ [1]),—эти обстоятельства сами по себѣ не указываютъ третьему лицу на то, что должникъ совершилъ сдѣлку in fraudem creditorum; нельзя этому лицу ставить въ вину то, что оно помогло должнику выйти изъ затрудненія [2]) и т. д.

Но изъ общаго правила о томъ, что для опроверженія акта необходима conscientia fraudis третьяго лица, еще римскіе юристы [3]) допускали исключеніе, а именно относительно безмездныхъ актовъ. Если они это допускали, несмотря на абсолютность требованія animus fraudandi, то съ точки зрѣнія современной доктрины, не требующей animus fraudandi должника въ безмездныхъ актахъ, требовать conscientia fraudis было бы непослѣдовательно. И дѣйствительно, если не требуется fraus, то требовать scientia его совершенная несообразность. Но мы видѣли, что animus fraudandi въ лицѣ должника въ этихъ случаяхъ предполагается, — это заставляетъ и по отношенію къ третьему лицу выставить презумпцію conscientiae fraudis по тѣмъ же соображеніямъ, по какимъ выставлена нами первая. И третье лицо предполагается знающимъ о намѣреніи должника причинить вредъ кредиторамъ; если не допускать предпочтенія дара исполненію обязательства, то необходимо поставить третье лицо въ такое-же положеніе, въ какое поставленъ должникъ,—и

---

[1]) Reinhard н. с. стр. 108. Menzel н. с. l. c. Zürcher н. с. l. c.
[2]) Mankiewitz н. с. стр. 43.
[3]) Ulpianus въ L. 6, § 11, D. q. in fr. cred. 42. 8.

по отношенію къ нему надо выставить praesumptio juris et de jure [1]).

Мы разсмотрѣли условія, при наличности коихъ, возникаетъ право кредитора опровергать актъ совершенный должникомъ; если всѣ они имѣются на лицо, онъ можетъ просить судъ о признаніи акта недѣйствительнымъ, какъ совершеннаго въ нарушеніи его залоговаго права. Разъ эти условія на лицо—дается основаніе придать его праву судебнаго залога обратную силу и признать должника нарушителемъ этого права; но считать третье лицо участникомъ этого нарушенія, нельзя; оно лишь увеличило свое имущество, пріобрѣтя то, что не могло пріобрѣсть, что составляетъ предметъ права судебнаго залога; оно отвѣчаетъ какъ добросовѣстный или недобросовѣстный пріобрѣтатель имущества,—смотря потому дѣйствовало ли оно bona или mala fide, иначе: было-ли оно consciens или nescius fraudis. Говоря это, мы ожидаемъ, что противъ нашей теоріи будетъ сдѣлано тоже возраженіе, какое мы сдѣлали противъ деликтной теоріи; она дала два принципа: dolus и неправомѣрное обогащеніе, придавъ рѣшающее значеніе conscientiae fraudis; тоже, повидимому, сдѣлали и мы; на самомъ же дѣлѣ мы дали одинъ принципъ: различая право требовать признанія акта недѣйствительнымъ отъ права требовать возвращенія имущества въ

---

[1]) Иногда эта презумпція является простою praesumptio juris, напр., когда третье лицо, родственникъ должника, совершаетъ возмездный актъ. См. германск. зак. § 3, п. 2 и австр. § 30.

число объектовъ взысканія, мы дали единый принципъ тому и другому; первому въ томъ смыслѣ, что требуемъ conscientia fraudis для всѣхъ случаевъ опроверженія, но при возмездныхъ актахъ это дѣйствительная conscientia, при безмездныхъ — предполагаемая; — второму — въ томъ смыслѣ, что имущество, коимъ увеличились неправомѣрно обладанія третьяго лица, возвращается въ число объектовъ взысканія на основаніи общихъ правилъ, различающихъ bona fides отъ mala fides; въ данномъ случаѣ и та и другая fides обусловлены conscientia или ignorantia fraudis, причемъ въ безмездныхъ сдѣлкахъ послѣдняя не имѣетъ никакого значенія; эта частность, которая не касается принципа. Bona или mala fides можетъ выразиться въ различныхъ формахъ; въ данномъ случаѣ она поставлена въ тѣсную связь, съ одной стороны, съ conscientia или ignorantia fraudis съ ихъ особенностями, съ другой—съ другими обстоятельствами. Мы сказали выше, что требованіе возврата вещи въ число объектовъ взысканія (путемъ imploratio officiijudicis), подобно вещному иску о возвратѣ вещи; и тутъ размѣръ отвѣтственности опредѣляется тѣмъ, bona или mala fide дѣйствовалъ отвѣтчикъ, а въ примѣненіи къ данному случаю—былъ-ли онъ sciens или nescius, была ли сдѣлка возмездна или безмездна и т. п. Иначе говоря: упрекъ въ раздвоенности принципа не можетъ быть сдѣланъ нашей теоріей уже потому, что мы различаемъ вопросъ объ опроверженіи акта отъ вопроса объ отвѣтственности третьяго лица— въ первомъ вопросѣ, во всѣхъ случаяхъ, единое условіе— conscientia fraudis, во второмъ—въ тѣхъ случаяхъ, когда

conscientiâ дѣйствительная—отвѣтственность одна, когда она презумптивная—другая; но это раздѣленіе отвѣтственности не есть раздѣленіе принципа; это, конечно, не то, что говоритъ деликтная теорія; та выводитъ отвѣтствен- изъ деликта и изъ неправомѣрнаго обогащенія, мы же подобныхъ выводовъ не дѣлаемъ; у насъ эти два вопроса стоятъ отдѣльно, причемъ второй объединяется въ началахъ владѣніи, развѣтвляющаго по свойствамъ своимъ на владѣніе bonae или malae fidei.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Движеніе права кредитора опровергать юридическіе акты совершенные должникомъ въ его ущербъ.

Со стороны содержанія право кредитора, желающаго устранить невыгодныя послѣдствія акта, совершеннаго должникомъ, разлагается на право требовать признанія акта недѣйствительнымъ и — какъ практическій его результатъ — на право требовать возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія, для поступленія съ нимъ, какъ со вновь отысканнымъ имуществомъ должника. Право опровергать актъ въ движеніи или осуществленіи своемъ раскрываетъ это свое содержаніе.

I. Право требовать признанія акта недѣйствительнымъ.

Общую характеристику недѣйствительности, имѣющей здѣсь мѣста, мы уже выше представили. Къ сказанному остается добавить слѣдующее. Недѣйствительность относительная, въ смыслѣ бездѣйствія, безсилія акта въ данномъ направленіи, можетъ быть разсматриваема со

стороны отрицательной и со стороны положительной. Актъ безсиленъ вызвать тѣ послѣдствія ради которыхъ онъ былъ совершенъ; послѣдствія эти таковы, что ужиться съ ними право судебнаго залога, установленное по требованію кредитора, не можетъ; актъ, какъ нарушающій это право, объявляется безсильнымъ, поскольку исполненіе его можетъ препятствовать полному осуществленію права судебнаго залога, но не далѣе этого; далѣе этого онъ сохраняетъ полную свою силу. Что касается отрицательной его стороны, то она и заключается въ этомъ обезсиленіи: объявляется, что связанныя съ актомъ послѣдствіи не могутъ наступить — имущество объявляется объектомъ взысканія; бывшіе ранѣе къ тому препятствія устранены и вещь возвращается въ число объектовъ взысканія; но объ этомъ мы поговоримъ ниже, здѣсь же остановимся на положительной сторонѣ недѣйствительности. Заключается она въ томъ, что всѣ послѣдствія актовъ, стоящіе внѣ нарушенія права судебнаго залога, остаются въ полной силѣ. Эта положительная сторона въ свою очередь, можетъ быть разсматриваема со стороны объективной и со стороны субъективной. Съ объективной стороны актъ сохраняетъ свою силу по отношенію къ излишку, являющемуся разностью суммы акта и суммы требованія кредитора; если первая больше второй, то въ размѣрѣ разности актъ остается въ полной силѣ. Напр. требованіе кредитора равно 1,000 р., а актъ совершенъ въ суммѣ 5,000 р. — онъ недѣйствителенъ въ размѣрѣ 1,000 р., а въ размѣрѣ 4,000 р. вполнѣ дѣйствителенъ; или напр. при

уничтоженіи отреченія отъ наслѣдства, предѣлы уничтоженія ограничены суммою требованія кредиторовъ и должникъ предполагается наслѣдникомъ именно въ этихъ предѣлахъ; наоборотъ, внѣ этихъ предѣловъ, отреченіе остается въ силѣ и онъ наслѣдникомъ не считается; открылось наслѣдство во 100,000 руб., обремененное долгами; наслѣдникъ отъ него отрекается; кредиторы на сумму 1,000 руб. уничтожаютъ отреченіе; наслѣдникъ считается таковымъ лишь на сумму 1000 руб. Строго говоря, всѣ эти случаи объективнаго ограниченія недѣйствительности являются примѣненіемъ правила Ульпіана: neque vitiatur utilis per hanc iuutilem [1]). Далѣе суммы требованія кредитора право судебнаго залога на имущество должника распространяться не можетъ; все, что превыше того, является utile и нисколько не теряетъ своей силы, отъ того, что съ нимъ связана часть, представляющая именно это iuutile. Что касается субъективной стороны, то она заключается въ томъ, что лица, коихъ актъ касается, остаются въ прежнихъ отношеніяхъ, въ тѣхъ предѣлахъ, въ коихъ это не вредить кредитору, оспаривающему актъ. То, что разъ правомѣрно совершилось, того нельзя не считать совершившимся и послѣдствія акта должны наступать; актъ объявляется нарушающимъ залоговое право, установленное по требованію кредитора и въ этомъ-то онъ оказывается безсильнымъ, всѣ же послѣдствія его въ другихъ направленіяхъ, по отношенію къ должнику, и къ

---

[1]) Ulpianus въ L. 1 § 5. D. de V. O. 45. 1.

третьему лицу, увеличившему свое имущество, остаются въ силѣ [1]). Это оставленіе въ силѣ, конечно, слѣдуетъ понимать въ юридическомъ смыслѣ, фактически же уничтоженіе акта, несомнѣнно, оказываетъ большое вліяніе да взаимныя отношенія сторонъ; нѣчто подобное мы винимъ при уничтоженіи лицомъ постороннимъ вещи, которую должникъ обязался доставить [2]); благодаря уничтоженію ея наступила лишь невозможность исполненія договора и вызываются общія послѣдствія этой невозможности при условіи полной юридической силы договора для сторонъ; если бы договоръ былъ признанъ недѣйствительнымъ самъ по себѣ, то пали-бы всѣ послѣдстія его, ни какихъ правъ за кредиторомъ не осталось-бы. Точно также, если уничтоженъ актъ отреченія отъ наслѣдства, то въ глазахъ наслѣдника, отъ котораго имущество отбирается, актъ остается въ силѣ; онъ не можетъ требовать отъ лица отрекшагося возврата причитающихся на его долю суммъ по долгамъ наслѣдодателя, уплаченнымъ имъ, наслѣдникомъ [3]). Или: должникъ получилъ уплату отъ своего должника; актъ уничтожается; послѣдній производитъ вторичную уплату путемъ взысканія въ пользу кредитора, опровергшаго актъ, и обращается съ обратнымъ требованіемъ къ должнику—въ его глазахъ первая уплата произведенная должнику остается въ полной силѣ, для него она не уничтожена и онъ тре-

---

[1]) Völderndorf. н. с. стр. 20. см. также Otto. н. с. стр. 166. Hartmann н. с. стр. 59.

[2]) Cosack н. с., стр. 326.

[3]) Naqnet н. с. стр. 209. Hartmann. н. с. стр. 181.

буетъ возмещенія вторичной уплаты; по его мнѣнію, скорѣе неправомѣрна вторая уплата, а не первая. Но признавая, что въ юридическомъ смыслѣ актъ остается въ силѣ между лицами въ немъ участвующими, фактъ уничтоженія его устанавливаетъ между ними извѣстныя отношенія; отношенія эти вызываются тѣмъ, что имущество въ силу акта перешло къ данному лицу, а затѣмъ, благодаря уничтоженію акта, снова у него отнимается. Хотя актъ, какъ мы сказали, сохраняетъ свою силу, но такой фактъ, какъ перемѣщеніе имущества, не можетъ не оказывать извѣстнаго вліянія на отношенія сторонъ. Отношенія эти устанавливаются по поводу требованій третьяго лица къ должнику Требованія эти могутъ быть двухъ родовъ: одни — стоятъ внѣ всякой связв съ оспореннымъ актомъ, другія — съ нимъ связаны. Что касается первыхъ, то не можетъ быть и спора о томъ, что третье лицо, обязанное возвратить въ число объевтовъ взысканія имущество, полученное путемъ акта, не вправѣ выдать лишь часть этого имущества, удержавъ другую въ удовлетворені своего требованія къ должнику — ни права зачета [1]), ни права удержанія (jus retentionis) [2]) оно не имѣетъ. Спорнымъ является лишь вопросъ, можетъ-ли оно, въ качествѣ кредитора, притязать на выданное имущество и какъ бы конкурировать съ другими кредиторами. Большинство ученыхъ рѣшаютъ вопросъ утвердительно, но Гартманъ и Менцель высказываются,

---

[1]) Jaeckel н. с. cde. 172.

[2]) Cosack н. с. стр. 288. Korn. н. с. 243.

однако, въ отрицательномъ смыслѣ. Аргументація первыхъ сводится къ тому, что во 1-хъ, по мнѣнію Іекеля [1]), принятому и Корномъ [2]), не признаніе за третьимъ лицомъ права на удовлетвореніе его требованія къ должнику изъ имущества у него (третьяго лица) отобраннаго, было бы пртивно цѣли оспариванія акта; цѣль его заключается въ томъ, чтобы имущество это разсматривалось, какъ еще принадлежащее должнику; если такъ, то оно можетъ служить предметомъ взысканія для всѣхъ кредиторовъ; исключить изъ числа ихъ третье лицо нѣтъ основанія, даже если бы оно дѣйствовало mala fide — послѣдствія послѣдней уже устранены, имущество у него отобрано, и затѣмъ уже нѣтъ основаній его карать; во 2-хъ, по мнѣнію Козака [3]), если требованіе третьяго лица уже обладаетъ исполнительною силою, то исключить это лицо изъ числа кредиторовъ нѣтъ основаній; это значило бы безо всякой причины ограничить число объектовъ взысканія, по требованію третьяго лица, болѣе тѣснымъ кругомъ ихъ, чѣмъ это дѣлается относительно требованія другихъ кредиторовъ. Противъ этихъ соображеній высказывается Гартманъ [4]), а за нимъ Менцель [5]). По ихъ мнѣнію, во 1-хъ, исходная точка этой аргументаціи не правильна: имущество, отобранное у третьяго лица, въ дѣйствительности не входитъ въ составъ имущества долж-

---

[1]) Jaeckel н. с. стр. 171—172.
[2]) Korn н. с. стр. 143.
[3]) Cosack н. с. стр. 286.
[4]) Hartmann н. с. стр. 157, 183—184.
[5]) Menzel. н, с. стр. 283.

ника [1]); оно возвращается не ему, а въ число объектовъ взысканія; какъ кредиторы могли бы получить удовлетворенія изъ имущества должника путемъ взысканія, если бы оно у послѣдняго осталось, такъ и третье лицо обязано, стоя въ сторонѣ, допустить взысканіе ради полученія кредиторами удовлетворенія; искъ объ уничтоженіи акта есть вспомогательное средство взысканія, которое въ этомъ случаѣ направляется не столько противъ должника, сколько противъ третьяго лица, конечно, ограничиваясь отобраніемъ имущества; противъ этого лица, а не противъ должника производится взысканіе; во 2-хъ, надо имѣть въ виду, что уничтоженіе акта распространяетъ свою силу лишь на опровергающаго актъ кредитора; актъ безсиленъ лишь по отношенію къ нему и стороннія лица, не исключая и третье лицо, на это безсиліе не могутъ ссылаться и, въ 3-хъ, если отчужденное имущество не поступаетъ въ составъ имущества должника, а остается въ составѣ имущества третьяго лица, то обращеніе этимъ лицомъ на него своего взысканія невозможно уже потому, что произошло бы сліяніе ролей кредитора и должника въ одномъ лицѣ: нельзя самому изъ своего же имущества произвести взысканіе. Изъ этихъ соображеній представителей двухъ направленій, несомнѣнно, должно отдать предпочтеніе первому, т. е. мнѣнію большинства, допускающаго возможность взысканія со стороны третьяго лица своего самостоятельнаго долга изъ имущества отъ него отсужденнаго. Въ принципѣ это мнѣніе безусловно вѣрно. Гартманъ не привелъ ни одного серьез-

[1]) Объ этой фикціи см. ниже.

наго основанія предпочтенія всѣхъ кредиторовъ тому, который въ данномъ случаѣ оказался и контрагентомъ должника по другому акту и обладателемъ имущества должника. Гартманъ говоритъ, что не вѣрна исходная точка его противниковъ. Они могутъ отвѣтить ему тѣмъ же; вѣдь имущество, взятое у третьяго лица, является объектомъ взысканія по требованію даннаго кредитора къ данному должнику; несомнѣнно, что оно ему не выдается, но что оно предполагается входящимъ въ составъ его имущества — это также сомнѣнію подлежать не можетъ; нельзя же производить взысканіе по долгу даннаго лица изъ имущества ему не принадлежащаго; судебный залогъ по долгу этого лица только и можетъ быть установленъ въ его имуществѣ. Затѣмъ, то соображеніе, что безсиліе акта не распространяется на постороннихъ лицъ, а ограничивается кредиторомъ—не доводъ; третье лицо и не ссылается вовсе на это безсиліе—оно можетъ на время забыть, что имущество отобрано у него; съ тѣхъ поръ какъ оно отобранно, оно объектъ взысканія, и всѣ кредиторы могутъ изъ него получить удовлетвореніе. Наконецъ, тотъ доводъ, что происходитъ сліяніе ролей кредитора и должника, въ корнѣ не основателенъ; сліяніе это имѣло бы мѣсто, если бы третье лицо и было, и продолжало быть собственникомъ отобраннаго у него имущества; ни до, ни, тѣмъ болѣе, послѣ того, оно таковымъ не было. Признавъ, такимъ образомъ правильность мнѣнія Козака, Корна и Іекеля, въ принципѣ, мы должны оговориться, что примѣненіе его требуетъ нѣкоторыхъ ограниченій, чтобы не

вызвать вовсе не желательныхъ послѣдсткій. Все зависитъ отъ отношенія суммы оспореннаго акта къ суммѣ требованія того кредитора, по иниціативѣ котораго актъ опровергнутъ; если сумма акта привышаетъ сумму требованія кредитора и слѣдовательно актъ обезсиленъ въ этой части, а въ другой оставленъ въ силѣ, то третье лицо не въ правѣ обратить взысканіе на отобранное у него имущество соотвѣтственно размѣру первой изъ этихъ частей; напр. сумма акта 4000 р. — третье лицо купило у должника имущество за 4000 р. — а требованіе кредитора 1000 р.; продажа уничтожена и кредитору надлежитъ передать 1000 р.; третье лицо, имѣющее къ должнику требованіе въ 500 р., не въ правѣ обратить взысканіе на эти 1000 р. потому, что этого не вправѣ сдѣлать другіе кредиторы должника, при тѣхъ же условіяхъ; оно можетъ получить 500 руб. изъ остающихся 3000 руб.; оно получаетъ 2500 руб. какъ остатокъ и 500 руб. въ уплату долга; ему не зачѣмъ обращаться къ первой тысячѣ, идущей на удовлетвореніе перваго кредитора, если по оспоренному акту оно можетъ получить свои 500 руб. изъ 3000 руб., подлежавшихъ безъ того передачѣ ему. Если посторонній кредиторъ не можетъ получить удовлетворенія изъ взысканной суммы, то предоставить это право третьему лицу было бы совершенно несправедливо; фактъ участія его въ совершеніи оспореннаго акта не даетъ ему права на какое-либо преимущество, привилегію передъ другими кредиторами. Если мы согласны съ поименованными выше учеными, что нѣтъ основанія въ силу этого факта участія

ухудшать его положеніе, то должны сказать, что и улучшеніе его положенія не имѣетъ основанія. Другое дѣло когда сумма требованія кредитора равна или превышаетъ сумму акта — тогда третье лицо, какъ и всякій другой кредиторъ, можетъ притязать на удовлетвореніе изъ отобраннаго имущества.

Переходимъ теперь къ требованіямъ третьяго лица къ должнику, связаннымъ съ актомъ. Это суть обратныя требованія, предъявляемыя третьимъ лицомъ въ виду лишенія его того имущества, которое къ нему перешло въ силу опровергнутаго акта. Требованія эти могутъ быть двухъ родовъ: 1) обратное требованіе съ должника той суммы, которая имъ была уплачена за отсужденное имущество и 2) обратное требованіе третьимъ лицомъ суммы, которую оно получило отъ должника и которая была взыскана кредиторомъ обратно, т.-е. случай вторичнаго требованія третьимъ лицомъ суммы съ должника. Обращаясь къ первому случаю, надо замѣтить, что самый вопросъ о юридической возможности этихъ требованій споренъ въ литературѣ; безспорно лишь одно: если третье лицо получило имущество отъ должника по безмездному акту, то никакихъ правъ обратнаго требованія къ должнику оно не имѣетъ [1]). Относительно-же возмездныхъ актовъ подавляющее большинство ученыхъ высказываются въ пользу третьяго лица, предоставляя ему право требовать возмещенія того, чего онъ лишился, благодаря отобранію у него вещи; причемъ

[1]) Hartmann н. с. стр. 181.

не дѣлается различія между случаями bana и mala fides его. По различію основаній права третьяго лица на обратное требованіе, эта положительная теорія развѣтвляется на три: 1) теорія кондикцій, 2) теоріи эвикціи и 3) теорія исполненія чужаго обязательства. Что касается теоріи кондикцій, то на ея сторонѣ большинство ученыхъ; основаній ими приводится одно: не правомѣрное обогащеніе должника на счетъ третьяго лица; въ составѣ его имущества находится то, что принадлежитъ третьему лицу; послѣднее купило вещь и купило правомѣрно, но вещь эта отнята, она стала объектомъ взысканія по долгу должника; съ точки зрѣнія третьяго лица вещь, за которую оно уплатило деньги, перешла снова къ должнику и онъ владѣетъ этими деньгами sine causa, а потому третьему дается condictio sine causa [1]). Вторая теорія представителемъ коей считается Козакъ [2]), видитъ аналогію этого обратнаго требованія съ эвикціею; путемъ опроверженіи акта у третьяго лица отбирается вещь, пріобрѣтенная имъ при наличности недостатка, заключающагося въ томъ, что должникъ, въ виду своихъ личныхъ отношеній, не имѣлъ права отчуждать вещь; какъ при эвикціи, пріобрѣтатель вещи теряетъ ее вслѣдствіи притязаніи, исходящаго отъ посторонняго лица. Противъ этой теоріи Менцель [3]) дѣлаетъ два возраженія—теоретическое и практическое. Первое заключается въ томъ, что указываемый этою теорію недостатокъ пріобрѣтенія не имѣетъ вовсе мѣста

---

[1]) Iaeckel н. с. стр. 167—168. Otto н. с. стр. 180 Völderndorf н. с. стр. 117. Naquet н. с. стр. 201.

[2]) Cosack н. с. 272, 327.

[3]) Menzel н. с. стр, 274 тоже пр. 18.

въ моментъ пріобрѣтенія и что опроверженіе акта основано въ одинаковой мѣрѣ и на обстоятельствахъ, лежащихъ въ лицѣ пріобрѣтателя и на извѣстныхъ личныхъ отношеніяхъ и намѣреніяхъ должника; при эвикціи же данный порокъ долженъ быть въ наличности въ моментъ пріобрѣтенія и основывается она на обстоятельствахъ, лежащихъ внѣ личности пріобрѣтателя. Практическое же возраженіе состоитъ въ томъ, что число случаевъ, когда можно будетъ осуществить право обратнаго требованія, сводятся къ нулю, ибо во всѣхъ этихъ случаяхъ имѣется именно то условія, которое исключаетъ эвикцію: данный недостатокъ извѣстенъ лицу, — что при эвикціи невозможно. Третья теорія принадлежитъ Менцелю; по его мнѣнію, третье лицо, выдѣляя изъ состава своего имущества извѣстную часть съ цѣлью уплаты чужаго долга, отдаетъ собственную вещь на чужія надобности; должнику слѣдовало-бы уплатить долгъ изъ собственныхъ средствъ, но такъ какъ стороннее лицо произвело эту уплату, то ему и принадлежитъ право требовать возмещенія потраченной суммы. Такаи искуственная конструкція, однако, не можетъ быть принята; во 1-хъ, она совершенно противна идеи института обратнаго требованія; третье лицо и не думаетъ уплачивать чужаго долга; съ него взыскивается имущество, которое не должно быть въ его обладаніи; во 2-хъ, законъ никогда не возлагаетъ ни на кого обязанности уплачивать чужія долги, Менцель-же создаетъ такое неслыханное обязательство ex lege; въ 3-хъ, самъ онъ предвидитъ возраженіе, которое ему можно сдѣлать, но не опровергаетъ его; а именно, что третье лицо вы-

давая имущество, лишь исполняетъ обязанность на немъ лежащую; за исполненіе обязанности, возложенной на лицо закономъ, нельзя требовать возмещенія; возмещеніе должно имѣть другое основаніе, каковымъ и является обогащеніе другаго лица; и наконецъ, въ 4-хъ, примѣръ приводимый Менцелемъ, въ подтвержденіе того, что случаи, подобные настоящему, часто признаются закономъ, указываетъ какъ разъ на обратное тому, въ подтвержденіе чего приводятся; все это случаи negotiorum gestio, напр. уплата подати за другаго, воспитаніе чужаго ребенка и т. п.; вѣдь всѣ эти дѣйствія не обязательны; все это добровольныя дѣйствія; конструкція же Менцеля является въ видѣ какой то обязательной negotiorum gestio. Такова положительная теорія. Что касается теоріи отрицательной, то представители ея, Корнъ [1]), а за нимъ и Штейнбахъ [2]), желая быть послѣдовательными сторонниками деликтной теоріи, высказываются въ противоположномъ смыслѣ; исходя изъ того, что третье лицо совершило деликтъ, они полагаютъ, что требованіе третьяго лица къ должнику только и можетъ быть разсматриваемо какъ condictio ob turpem causam; имущество данное третьимъ лицомъ должнику — плата, вознагражденіе за недозволенное дѣйствіе; но требовать эту плату отъ должника обратно, въ случаѣ отобранія ея, третье лицо не можетъ, такъ какъ turpis causa была и на той, и на другой сторонѣ: ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, ut male judicetur,

[1]) Korn н. с. стр. 239—240.

[2]) Steinbach н. с. 115, 134.

какъ говоритъ юристъ Павелъ [1]). Корнъ и Штейнбахъ, съ ихъ отрицательнымъ взглядомъ, не пріобрѣли сторонниковъ по очень простой причинѣ. Если даже видѣть въ дѣйствіи третьяго лица деликтъ, то отождествлять его съ turpitudo, нѣтъ основаній; даже Отто, крайній представитель деликтной теоріи, не сдѣлалъ этого; онъ вѣрно замѣчаетъ, что causa, основаніе дѣйствія третьяго лица само по себѣ правомѣрно, но падаетъ лишь потому, что оставленіе его въ силѣ было-бы несправедливостью по отношенію къ кредиторомъ [2]). Turpitudo не тождественна съ деликтомъ [3]); съ одной стороны, она содержитъ въ себѣ нѣчто меньшее, чѣмъ деликтъ: безразличіе къ дозволенности и недозволенности; съ другой—большее: она поражаетъ актъ въ корнѣ, дѣлаетъ его nullum, чего, какъ выше замѣтилъ Отто, въ данномъ случаѣ нѣтъ. Въ виду этого, квалификація кондикціи, предоставленной третьему лицу, какъ candictio ob turpem causam невѣрна и слѣдовательно, правило Павла о turpitudo dantis et accipientis примѣнено быть не можетъ. Но если, какъ мы сказали, теорія эта не нашла себѣ сторонниковъ, то несомнѣнно она навела Фёльдерндорфа [4]), сторонника теоріи кондикцій, на мысль установить исключеніе изъ общаго правила о правѣ третьяго лица требовать отъ должника обратно имущество съ него взысканное; а именно, онъ полагаетъ,

---

[1]) Paulus въ L. 3 D. cond. ob turp. caus. 12. 5.

[2]) Otto н. с. стр. 181.

[3]) Римскіе юристы не отождествляли эти понятія; хотя они приводятъ примѣръ взятки, прелюбодѣянія, вообще преступленія, но рядомъ съ этимъ говорятъ о случаѣ „quod meretrici datur“ и „ob stuprnm datum“.

[4]) Völderndorf н. с. стр. 118 пр. 2.

что въ тѣхъ случаяхъ, когда оспариваемое кредиторомъ дѣйствіе является недозволеннымъ, обратное требованіе невозможно. Съ этой оговоркой нельзя согласиться; если дѣйствіе недозволено, то оно должно влечь за собой карательныя послѣдствія, но другая его сторона, гражданская т. е. то, что оно дѣйствіе подлежащее опроверженію въ гражданскомъ порядкѣ, должна остаться въ полной силѣ; оно должно влечь за собой всѣ послѣдствія подобныхъ дѣйствій, безотносительно къ дозволенности или недозволенности его. Общее правило, что требованіе остается въ полной неприкоеновенности и неизмѣнности, несмотря на то, что дѣйствіе, породившее это требованіе является дѣйствіемъ недозволеннымъ, должно быть примѣнено и къ разсматриваемому случаю. Наконецъ, чтобы быть послѣдовательнымъ, надо было выставить общее положеніе, что вообще условія и послѣдствія опровержимости актовъ, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ кредиторамъ, различны, смотря по тому дозволено и недозволено дѣйствіе, подлежащее опроверженію. Отъ такого положенія, конечно, и Фёльдерндорфъ отшатнулся-бы, а между, тѣмъ, въ этомъ положеніи формулирована общимъ образомъ мысль, высказанная имъ по поводу частнаго вопроса.

Признавая безусловную правильность теоріи кондикцій, безъ тѣхъ ограниченій, которыя вноситъ Фёльдерндорфъ, мы однако рѣшаемъ въ отрицательномъ смыслѣ вопросъ о конкурренціи третьяго лица съ кредиторомъ, опровергающимъ актъ, конкурренціи, могущей возникнуть при осуществленіи третьимъ лицемъ своего права обратнаго требованія къ должнику. Конкуренція эта можетъ

быть допущена лишь относительно другаго имущества должника, а не отобраннаго отъ третьяго лица; и тутъ предоставлять какія либо привилегіи третьему лицу или ставить его въ худшее положеніе сравнительно съ другими кредиторами нѣтъ основанія [1]). Если допустить его къ конкуренціи безусловно, то при равенствѣ требованія кредитора съ суммою опровергнутаго акта кредиторъ получитъ половину, причитающейся ему суммы—другая половина пойдетъ въ пользу третьяго лица.

Переходя ко второй категоріи требованій третьяго лица къ должнику, а именно, къ требованію съ должника вторичной уплаты, достаточно ограничиться указаніемъ на то, что въ теоріи вопросъ этотъ рѣшается въ томъ смыслѣ, что нѣтъ основанія не признавать возрожденія требованія въ лицѣ третьяго; разъ актъ уплаты ему должникомъ долга уничтоженъ, долгъ этотъ почитается снова существующимъ, не погашеннымъ; съ третьяго взыскивается то, что онъ получилъ отъ должника и онъ снова имѣетъ къ нему требованіе; аналогія со случаями первой категоріи полная: въ составѣ имущества третьяго лица имѣется сумма уплаченная ему должникомъ, сумма эта отбирается и третьему предоставляется требовать ее обратно съ должника [2]). Тоже самое конечно можно сказать (хотя никто объ этомъ не упоминаетъ) о противоположномъ случаѣ: о правѣ третьяго лица требовать отъ должника

---

[1]) Cosack н. с. стр. 289—290.

[2]) Jaeckel н. с., стр. 172—174. Völderndorff. н. с. стр. 118. Menzel н. с. стр. 282. Hartmann выражается очень неопредѣленно н. с. стр. 178.

то, что лицо уплатило должнику и что съ него взыскано кредиторомъ; какъ въ первомъ вторичная уплата должна быть произведена должникомъ, такъ и тутъ третье лицо произведя вторичную уплату, вправѣ требовать вторично уплаченную сумму съ должника.

II. Право требовать возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія.

Когда актъ уничтоженъ, устраняется препятствіе къ обращенію взысканія на имущество, по этому акту перешедшее in fraudem creditoris отъ должника къ третьему лицу. Наступаетъ второй логическій фазисъ развитія права опроверженіи: возвращеніе имущества въ число объектовъ взысканія — осуществленіе права судебнаго залога; открывается поле для примѣненія правила о взысканіи съ имущества, находящаго въ неправомѣрномъ обладаніи третьяго лица, поле, на которомъ, теоретически говоря, вполнѣ достаточна imploratio officii judicis. Во всѣхъ законодательствахъ предвиденъ случай взысканія съ имущества отвѣтчика, находящагося въ обладаніи третьяго лица; производство его ввѣряется исполнительному органу. Тоже самое могло бы имѣть мѣсто и въ данномъ случаѣ; но на самомъ дѣлѣ, практически, это не такъ. Надо полагать, въ виду вообще неудовлетворительной постановки процесса исполненія рѣшенія въ современныхъ законодательствахъ и недостаточной самостоятельности исполнительныхъ органовъ, въ данномъ случаѣ, нельзя было ограничиться одною imploratio officii judicis; по существу она остается таковою, но въ примѣненіи приближается къ исковой формѣ; судъ не только уничтожаетъ актъ, но

и указываетъ, что именно и въ какомъ объемѣ должно быть возвращено третьимъ лицомъ въ число объектовъ взысканія; imploratio принимаетъ форму иска; судъ постановляетъ подробное рѣшеніе, которое и приводится въ исполненіе. И для суда, постановившаго свое рѣшеніе, конечно, обязательны правила взысканія съ имущества должника, находящагося въ обладаніи третьяго лица. Въ сущности вся разница сводится къ тому, что если бы сохранилась imploratio въ чистомъ своемъ видѣ, то судъ, по уничтоженіи акта, въ исковомъ процессѣ, закончилъ-бы свою дѣятельность, а исполнительный органъ, въ виду уничтоженія акта, приступилъ бы ко взысканію съ имущества, находящагося у третьяго лица, исполняя тѣмъ не рѣшеніе суда, постановленное въ пользу кредитора по иску объ уничтоженіи акта, а просьбу взыскателя, ссылающагося на рѣшенія и по главному требованію, и по иску о недѣйствительности акта; тутъ-же, судъ, по уничтоженіи акта, постановляетъ рѣшеніе о способѣ взысканія съ третьяго лица и исполнительный органъ уже исполняетъ это рѣшеніе, т. е., рѣшеніе по иску объ уничтоженіи акта, а не рѣшеніе по главному требованію кредитора.

Ближайшимъ послѣдствіемъ признанія акта недѣйствительнымъ является признаніе имущества, перешедшаго по акту къ третьему лицу, какъ бы входящаго снова въ составъ имущества должника; мы говоримъ „какъ бы“ потому, что, вмѣстѣ съ Гартманомъ [1]), допускаемъ именно такую фикцію; въ дѣйствительности оно въ составъ его имущества не переносится, а почитается входящимъ туда

[1]) Hartmann н. с. стр. 157.

въ предѣлахъ той цѣли, ради которой оно отбирается отъ третьяго лица; отбирается же оно ради того, чтобы изъ него произвести взысканія въ пользу кредитора; только въ этихъ предѣлахъ оно почитается принадлежащимъ должнику и становится объектомъ права судебнаго залога, установленнаго по требованію кредитора. Это возвращеніе въ числѣ объектовъ взысканія можетъ выразиться въ различныхъ формахъ, лишь бы производство взысканія стало возможнымъ въ такой формѣ, въ какой оно благодаря акту, стало невозможнымъ [1]), и въ этомъ отношеніи имѣетъ значеніе различіе актовъ, путемъ коихъ, или къ третьему лицу перешла извѣстная вещь, или въ его обладаніи находится извѣстная сумма денегъ, или же въ его пользу установлено извѣстное право на вещь. Что касается перваго случая, то самая вещь должна быть возвращена въ числѣ объектовъ взысканія, во второмъ — должна быть выдана извѣстная сумма денегъ, въ третьемъ — уничтожено право на вещь, чѣмъ и самая вещь увеличиваетъ свою стоимость: въ число объектовъ взысканія, какъ бы вносится, благодаря этому, болѣе цѣнная вещь. Самое возвращеніе вещи и уплата денежной суммы совершается въ силу отпаденія основанія для дальнѣйшаго нахожденія ихъ въ обладаніи третьяго лица, причемъ способы отпаденія этихъ основаній крайне разнообразны. Такъ, если третье лицо купило вещь у должника, то съ уничтоженіемъ купли вещь возвращается въ числѣ объектовъ взысканія — право судебнаго залога осуществляется въ томъ смыслѣ, что она продается съ публичнаго торга и

[1]) Cosack н. с. стр. 266.

изъ вырученной суммы удовлетворяется кредиторъ, а если остается излишекъ, то онъ возвращается третьему лицу; если же сумма эта не покрыла долга, то недостатокъ остается за должникомъ. Если третье лицо пріобрѣло вещь по давности и актъ бездѣйствія должника уничтоженъ, то вещь эта не пріобрѣтается по давности, а отбирается отъ владѣльца ея и продается. Можетъ-ли тутъ вырученная сумма, превышающая требованіе кредитора, быть возвращенной давностному владѣльцу? Несомнѣнно, ибо актъ уничтоженъ въ предѣлахъ права кредитора, а свыше того, предполагается, что продана вещь третьяго лица. Далѣе, третье лицо пріобрѣло вещь въ виду отреченія наслѣдника отъ наслѣдства; актъ отреченія уничтоженъ, — это значитъ, что, благодаря его уничтоженію, право на наслѣдство снова предполагается въ лицѣ наслѣдника-должника, и кредиторы обращаютъ свое взысканіе на наслѣдство; онъ прямо требуетъ выдачи его и отъ другихъ сонаслѣдниковъ, исходя именно изъ того, что наслѣдство, въ опредѣленной долѣ, принадлежитъ его должнику; презумція принадлежности ему наслѣдства ничѣмъ разрушена быть не можетъ, ибо отреченіе, какъ бы временно ее разрушившее, уничтожено. Для того, чтобы обратить свое требованіе на принадлежащее должнику имущество, кредиторамъ вовсе нѣтъ надобности, какъ думаетъ Корнъ [1]), принимать наслѣдство за него, въ качествѣ какъ бы его преемниковъ; для примѣненія идеи преемства къ этому случаю вовсе нѣтъ основанія — съ уничтоженіемъ отреченія наслѣдство предполагается принадлежащимъ долж-

[1]) Korn н. с. стр. 71.

нику (до—невозможнаго, однако, при данныхъ обстоятельствахъ — доказательства противнаго) и въ принятіи его еще кредиторами надобности не имѣется; если наслѣдство состоитъ изъ вещей, оно продается съ торговъ, если изъ денегъ, то передается кредитору. Далѣе, если должникъ произвелъ уплату долга, то какъ мы видѣли, по уничтоженіи акта уплаты, долгъ въ его лицѣ продолжаетъ существовать и кредиторъ третьяго лица, получившій долгъ, обязанъ возвратить полученное обратно; съ него взыскивается то, что онъ получилъ и онъ становится снова кредиторомъ должника. На оборотъ, если должникъ получилъ уплату отъ своего должника, третьяго лица, то съ уничтоженіемъ акта уплаты, долгъ возстановляется и третье лицо уплативши разъ, производитъ вторичную уплату—съ него эта сумма взыскивается. Если должникъ проститъ долгъ своему должнику, долгъ почитается непрощеннымъ и съ него взыскивается и т. д. Словомъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда у третьяго лица находится вещь пріобрѣтенная по опровергнутому акту, то она возвращается in natura въ число объектовъ взысканія, если же у него находятся деньги, то они разсматриваются, какъ долговыя требованія должника къ третьему лицу, какъ бы оказавшіеся въ числѣ объектовъ взысканія — и въ томъ и другомъ случаѣ осуществляется право судебнаго залога на вещь или на требованіе денежнаго платежа.

Возвращая вещь въ число объектовъ взысканія, третье лицо передаетъ ее со всѣми принадлежностями, приращеніями и плодами, передаетъ ее въ томъ видѣ, въ ка-

комъ получило. По какому закону опредѣляется эта отвѣтственность, каковъ ея объемъ? Оставляя въ сторонѣ вопросъ о принадлежностяхъ и приращеніяхъ, остановимся сначала на вопросѣ о плодахъ [1]). Отвѣтственность за нихъ можетъ быть мотивирована различно. Такъ, Іекель [2]), Цюрхеръ [3]), Дернбургъ [4]) и др. видятъ въ третьемъ лицѣ недобросовѣстнаго владѣльца и предлагаютъ обсуждать вопросъ о возвратѣ плодовъ на основаніи правилъ о возвратѣ имущества недобросовѣстнымъ владѣльцемъ. Но Іекель, сознавая зыбкость почвы, на которой стоитъ, говоритъ, что въ этомъ случаѣ слѣдуетъ нѣсколько расширить понятіе недобросовѣстнаго владѣнія; несомнѣнно, что conscientia fraudis, по существу, не можетъ быть отождествляема съ mala fides, ибо первая не оказываетъ никакого вліянія на дѣйствительность титула пріобрѣтенія, что всегда имѣетъ мѣсто при mala fides; но это различіе, по его мнѣнію, несущественно, и только признаніемъ тождественности можно объяснить обязанность третьяго лица возвратить вещь со всѣми ея плодами. Противъ такого обоснованія рѣшительно возражаютъ Корнъ [5]) и Менцель [6]); оба они въ разныхъ вы-

---

[1]) Въ римскомъ правѣ вопросъ этотъ разрѣшается различно— имѣется рядъ противорѣчащихъ одно другому указаній. Всѣ сдѣланныя попытки примирить эти противорѣчія ни къ чему не привели. Hartmann н. с. стр. 82—90. Reinhard н. с. стр. 139—140. Schey н. с. стр. 159.

[2]) Jaeckel н. с. стр. 150—152.

[3]) Zürcher н. с. стр. 43.

[4]) Dernburg н. с. стр. 296 п. 4.

[5]) Korn н. с., стр. 231, также Völderndorf н. с. стр. 111.

[6]) Menzel н. с. стр. 237—241.

раженіяхъ приводятъ то соображеніе, что положенія, касающіяся вещныхъ правъ, не могутъ быть пересены въ область обязательственныхъ отношеній; институтъ недобросовѣстнаго владѣнія относится къ области вещныхъ правъ, опроверженіе же актовъ — къ области правъ обязательственныхъ; о недобросовѣстномъ владѣніи говорятъ лишь при коллизіи вещныхъ правъ, тутъ же коллизіи никакой нѣтъ; третье лицо вполнѣ правомѣрно пріобрѣло вещь, было собственникомъ ея (а не владѣльцемъ, прибавляетъ Менцель). Съ другой стороны, недобросовѣстное владѣніе, говоритъ Корнъ, предполагаетъ знаніе со стороны владѣльца объ отсутствіи justa causa его владѣнія — онъ знаетъ, что вещь принадлежитъ другому — чего въ данномъ случаѣ нѣтъ. Эти соображенія, если имѣть въ виду любую изъ выработанныхъ современной наукой теорій, имѣютъ свою долю значенія, но, если стать на предложенную этими учеными точку зрѣнія, то они окажутся несостоятельными. Суть ихъ въ томъ, что мы въ данномъ случаѣ имѣемъ дѣло не съ вещнымъ правоотношеніемъ. Мы же полагаемъ, что хотя кредиторъ и не имѣетъ никакихъ вещныхъ правъ на имущество должника, но, придавая обратную силу праву судебнаго залога, мы ставимъ данное отношеніе на чисто вещную почву; дѣйствіе должника разсматривается, какъ нарушеніе права судебнаго залога, а путемъ этого нарушенія имущество и перешло къ третьему лицу; imploratio о возвращеніи имущества въ число объектовъ взысканія имѣетъ, сказали мы, много чертъ вещнаго иска, и всего ближе подходитъ къ actio hypothecaria. Залогодатель,

положимъ въ силу соглашенія, (хотя въ данномъ случаѣ — въ силу закона) не имѣя права продавать вещь, на которой лежитъ залоговое право, однако, продалъ ее; залогоприниматель, уничтоживъ актъ, требуетъ отъ третьяго лица возращенія вещи въ составъ какъ-бы имущества должника; если, какъ въ данномъ случаѣ, на сторонѣ послѣдняго conscientia fraudis, то онъ можетъ сказать, что лицо это владѣетъ mala fide, зная о существованіи залоговаго права кредитора, т.-е. что оно malae fidei possessor. Тутъ именно имѣется конкурренція вещныхъ правъ, причемъ право кредитора, т. е. право залога, въ его пользу установленное, связанное съ неотчуждаемостью имущества, лучшее право сравнительно съ правомъ третьяго лица; лицо это владѣлецъ вещи, но владѣлецъ, долженствующій отказаться отъ своего владѣнія въ пользу кредитора. Ссылка на то, что третье лицо не знало о томъ, что другое лицо имѣетъ право на вещь и что mala fides при недобросовѣстномъ владѣніи заключается именно въ этомъ знаніи, совершенно не вѣрна; вѣдь mala fides примѣняется не только къ владѣльцу, къ которому перешло право собственности путемъ нарушенія этого права —этимъ переходомъ могутъ быть нарушены и другія права; понятіе недобросовѣстнаго владѣнія не только примѣняется къ владѣльцу, отъ котораго вещь отобрана по предъявленіи къ нему rei vindicatio, но и по предъявленіи другихъ исковъ, не исключая и actio hypothecaria. Въ силу этого обстоятельства и аргументація Іекеля, хотя тоже доказывающаго примѣнимость началъ malae fidei passessionis, нами не можетъ быть признана удовлетворительной; онъ строитъ

все на томъ, что понятіе mala fides нѣсколько расширяется; conscientia fraudis, по его мнѣнію, не отождествляется съ mala fides, потому что не вліяетъ на дѣйствительность титула. Это невѣрно, ибо понятіе mala fides настолько широкое понятіе, что поглощаетъ собою и владѣніе, пріобрѣтенное путемъ акта, совершеннаго cum conscientia fraudis; эта же послѣдняя вліяетъ на титулъ, дѣлая недѣйствительнымъ актъ, — являющійся въ данномъ случаѣ титуломъ, — въ извѣстномъ направленіи, именно, въ отношеніи къ кредитору. Всѣ ученые смотрятъ на mala fides, какъ на знаніе того, что вещь владѣемая принадлежитъ не владѣльцу, а другому — въ этомъ же несомнѣнно и заключается conscientia fraudis: третье лицо, зная о намѣреніи должника отчудить имущество въ ущербъ кредиторамъ, знаетъ, что имущество это должно входить въ составъ имущества должника, служить предметомъ залога его кредиторовъ, быть объектомъ взысканія; несмотря на это знаніе, оно все-таки пріобрѣтаетъ вещь, становится ея владѣльцемъ. Въ виду этихъ соображеній и мы склоняемся въ пользу примѣненія къ вопросу о возвращеніи плодовъ началъ недобросовѣстнаго владѣнія, но... mutatis mutandis.

Когда говорятъ объ объемѣ отвѣтственности лица, обязаннаго возвратить вещь, находящуюся у него sine causa, обыкновенно упускаютъ изъ виду необходимость уравновѣшенія интересовъ обѣихъ сторонъ; у третьяго лица вещь находится въ недобросовѣстномъ владѣніи, слѣдовательно оно должно ее возвратить въ томъ положеніи, въ какомъ она находилась бы у лица, въ имущество коего она возвращается; недобросовѣстнымъ вла-

дѣльцемъ должно быть возвращено все, что онъ и извлекъ и даже долженъ былъ извлечь изъ вещи; лицо, требующее возвращенія вещи, получаетъ вещь cum omni causa — оно ничего не должно терять. Оказывается, что все это такъ, когда имущество возвращается въ дѣйствительное обладаніе лица, его требующаго; имѣніе мое находилось въ недобросовѣстномъ владѣніи другого — онъ долженъ мнѣ все возвратить. Не то мы видимъ въ случаѣ возврата вещи въ силу признанія недѣйствительнымъ акта, посредствомъ коего имущество перешло отъ должника къ третьему лицу; примѣненіе этой теоріи было бы слишкомъ строго и несправедливо относительно третьяго лица и слишкомъ, совершенно незаслуженно, благопріятно для кредитора, опровергшаго актъ. Имущество вѣдь не возвращается въ дѣйствительности должнику; оно „какъ-бы“ возвращается въ составъ его имущества; какъ мы сказали выше, оно возвращается условно, въ точно опредѣленныхъ предѣлахъ, границахъ цѣли возвращенія. Тутъ-то это всего рѣжче и сказывается. Въ данномъ случаѣ требуетъ возврата не то лицо, въ имущество коего вещь дѣйствительно должна поступить, а кредиторъ, имѣющій свое опредѣленное требованіе не къ третьему лицу, а къ должнику; объемъ этого права его по отношенію къ должнику и опредѣляетъ объемъ отвѣтственности третьяго,—насколько это его право можетъ быть удовлерено должникомъ, настолько и третье лицо несетъ обязанность возврата имущества. Легко можетъ случиться, что проведенная послѣдовательно отвѣтственность третьяго лица, какъ malae fidei possessor, окажется гораздо боль-

шею, чѣмъ фактически существующая отвѣтственность должника по требованію кредитора. Въ виду этого приходится опредѣлить отвѣтственность третьяго лица съ этихъ двухъ точекъ зрѣнія. Право кредитора заключается въ полученіи изъ имущества суммы, равняющейся суммѣ требованія, причемъ онъ можетъ лишь притязать на имущество въ томъ его состояніи, въ какомъ оно было бы, еслибы находилось у должника во время прямого, непосредственнаго взысканія, обращеннаго на имущество должника.

Брать за исходную точку состояніе имущества во время его отчужденія, какъ это дѣлаетъ римскій юристъ Сцевола [1]), нѣтъ основанія. Интересъ кредитора тотъ, чтобы получить путемъ уничтоженія акта, то, что ему причитается и что онъ получилъ бы съ должника путемъ прямаго взысканія; для него важно именно то состояніе имущества, въ какомъ оно находилось бы, еслибы это прямое взысканіе было предпринято; ему дѣла нѣтъ до состоянія имущества въ моментъ его отчужденія должникомъ третьему лицу. Примѣнимъ эти соображенія къ возврату третьимъ лицамъ плодовъ вещи. Господствующее въ наукѣ мнѣніе то, что возврату подлежатъ всѣ плоды, извлеченныя третьимъ лицомъ, за время владѣнія вещью. Это въ высшей степени не справедливо, какъ мимоходомъ замѣтили Козакъ [2]) и Грюцманъ [3]). Вѣдь благодаря примѣненію этого положенія, кредиторъ полу-

---

[1]) Scevola въ L. 25 § 4. D. q. in fraud. cred. 42, 8.

[2]) Cosack н. с. стр. 290.

[3]) Grützmann н. с. стр. 85.

читъ съ третьяго лица гораздо больше, чѣмъ онъ получилъ бы съ должника, еслибы тотъ не совершалъ опровергнутаго акта, а подчинился бы прямому взысканію. Возьмемъ примѣръ. У должника имѣніе, стоющее 50000 руб.; кредиторъ взыскиваетъ причитающіеся ему 80000 р., и получаетъ, по продажѣ имущества съ торговъ, эти 50000 руб.; но допустимъ должникъ продалъ имѣніе in fraudem creditoris, покупщикъ владѣлъ имѣніемъ и извлекъ изъ него за это время 10000 руб. дохода; если признавать необходимость безусловнаго возврата имѣнія со всѣми плодами, то, по уничтоженіи акта, кредиторъ отъ продажи имѣнія съ торговъ получитъ 50000 р. и кромѣ того можетъ взыскать съ третьяго лица 10000 р., значитъ онъ получитъ 60000 р. т.-е. больше чѣмъ онъ получилъ бы съ должника прямо. Выходитъ, что третье лицо наказывается за совершеніе акта, а кредиторъ извлекаетъ выгоду изъ акта совершеннаго въ его ущербъ; такъ что на самомъ дѣлѣ актъ оказался совершеннымъ не въ ущербъ, а въ выгоду ему. Господствующее въ наукѣ мнѣніе относится очень легкомысленно къ вопросу о возвращеніи третьимъ лицомъ плодовъ вещи; ученые ограничиваются указаніемъ на то, что возврату подлежатъ fructus percepti, percipiendi и consumpti[1]).

---

[1]) Hartmann н. с. стр. 167. Korn н. с. стр. 232. Jaeckel н. с. стр. 152. Völderndorf н. с. стр. 115. Menzel н. с. стр. 253—254. Хотя Козакъ (н. с стр. 290) и говоритъ, что fructus percipiendi не возвращаются, но съ одной стороны допускаетъ возвратъ fr. neglecti, а съ другой — по своему понимаетъ fr. percipiendi; потому-то Фёльдерндорфъ напрасно приписываетъ ему мысль о невозвращеніи fr. percipiendi въ общепринятомъ смыслѣ.

Если исходить изъ той точки зрѣнія, что возвращаются лишь тѣ плоды, которые пришлось бы возвратить самому должнику путемъ прямаго взысканія, еслибы тотъ не совершилъ акта, то дѣлаемый учеными перечень fructus съ одной стороны слишкомъ полонъ, съ другой—неполонъ. Онъ слишкомъ полонъ потому, что въ составъ его вошли fructus percipiendi, которыя ни въ какомъ случаѣ не возвращаются; заставлять третье лицо возвратить стоимость плодовъ, которые оно могло извлечь изъ вещи, но не извлекло, значитъ давать особую премію кредитору. Грюцманъ, интерпретируя L. 10 § 19—22. L. 25 § 4—6 D. quae in fr. cred. 42, 8, формулируетъ такимъ образомъ мысль Ульпіана и Сцеволы: неизвлеченіе плодовъ является отказомъ отъ пріобрѣтенія, а не уменьшеніемъ имущества, а потому стоимость ихъ не можетъ быть потребована отъ третьяго лица [1]). Въ задачу настоящаго изслѣдованія не входитъ интерпретація дигестъ, а потому мы и не станемъ разбирать едва ли вѣрное толкованіе Грюцмана. Для насъ важно, что, по существу, мысль, яко-бы высказанная римскими юристами, безусловно вѣрна. Третье лицо не можетъ отвѣчать въ большей мѣрѣ, чѣмъ отвѣчаетъ самъ должникъ передъ своимъ кредиторомъ; должникъ, не рискуя, можетъ воздержаться отъ новыхъ пріобрѣтеній—какъ мы выше видѣли отказъ отъ пріобрѣтенія опровергнутъ быть не можетъ, не можетъ и третье лицо отвѣчать за уклоненіе отъ увеличенія доходовъ съ имущества, къ нему поступившаго отъ должника. Съ другой стороны, перечень fructus недостаточенъ — fructus stantes и exstantes должны быть возвращены, но въ какой мѣрѣ?—въ этомъ

весь вопросъ. Если третье лицо еще не успѣло собрать плодовъ съ купленнаго имѣнія, то оно возвращаетъ ихъ, какъ fructus stantes; если оно собрало ихъ и они находятся на лицо, то оно ихъ возвращаетъ какъ fructus exstantes, также какъ fructus percepti; fructus consumpti возвращаются не какъ потребленные плоды, извлеченіе коихъ послѣдовало во время владѣнія, а какъ потребленные плоды, которые должны-бы были быть возвращены и должникомъ, еслибы онъ не продалъ своего имѣнія. Ставя такое ограниченіе, какъ необходимость возращенія плодовъ въ томъ количествѣ, въ какомъ они находились бы во время взысканія, мы беремъ за исходную точку состояніе имѣнія въ этотъ моментъ; плоды находившіеся тамъ, собранные и потребленные до этого момента, третьимъ лицомъ возвращаются по правиламъ о недобросовѣстномъ владѣніи. Въ виду примѣненія выставленнаго нами положенія, конечно, необходимо, чтобы кредиторъ, требующій возвращенія имущества съ плодами, указалъ какія плоды имѣлись бы во время взысканія, еслибы оно было произведено кредиторомъ въ имуществѣ должника; если они находятся на лицо, то они поступаютъ въ число объектовъ взысканія, если ихъ нѣтъ, т.-е. они потреблены, то стоимость ихъ можетъ быть взыскана съ третьяго лица; отвѣтчику — третьему лицу должно быть представлено широкое право возраженія; дабы дѣйствительно констатировать количество плодовъ, находящихся въ имѣніи.

Говоря о fructus naturales, нельзя не указать на fructus civiles—на наемную плату и проценты. И къ нимъ

примѣняется выставленное общее положеніе: третье лицо возвращаетъ первую и уплачиваетъ вторые по день установленія права судебнаго залога. Въ частности относительно процентовъ надо сказать, что когда третье лицо производитъ уплату ихъ по день взысканія, безплодно обращеннаго на имущество должника, кредиторъ, очевидно, несетъ потерю; онъ не получетъ процентовъ съ этого дня по день полученія платежа; на самомъ же дѣлѣ онъ ничего не теряетъ, такъ какъ право на проценты за этотъ промежутокъ времени, за нимъ сохраняется, но не по отношенію къ третьему лицу, а по отношенію къ должнику; получая удовлетвореніе путемъ взысканія, кредиторъ получаетъ по день послѣдняго проценты—они входятъ въ составъ его требованія, но съ третьяго не могутъ быть взысканы; съ него взыскиваютъ капиталъ плюсъ $^0/_0$-ты по день взысканія.

Противъ этого могутъ возразить, что признавая болѣе справедливымъ, въ интересахъ третьяго лица, ограничить его отвѣтственность, мы создаемъ несправедливость для кредитора; отсылая его къ должнику, мы тѣмъ самымъ отказываемъ ему въ такомъ правѣ, которое онъ имѣетъ,—въ правѣ на $^0/_0$-ты, а между тѣмъ третье лицо, владѣвшее имуществомъ sine causa и cum conscientia fraudis, пользовалось этимъ капиталомъ, оставляя у себя $^0/_0$-ты съ него. На это только и можемъ возразить, что, во-1-хъ, въ этомъ-то и заключается уравновѣшиваніе интересовъ сторонъ—и та, и другая сторона должна терпѣть извѣстную долю неудобствъ во имя интересовъ противника; кредиторъ получаетъ отъ третьяго лица вещь, третье лицо ли-

шается имущества, въ виду полученія этой вещи, да еще съ процентами по день взысканія; справедливо-ли освобождать третье лицо отъ приплаты къ тому, что кредиторъ получилъ-бы прямо отъ должника? Во-2-хъ, хотя третье лицо и владѣетъ sine causa, какъ я замѣтилъ выше, но это еще не значитъ, что кондикціонный искъ долженъ быть примѣняемъ во всей своей суровости; юридическая логика вовсе не требуетъ, чтобы вещь была отобрана отъ третьяго лица безусловно cum omni causa; въ этомъ-то и заключается относительная недѣйствительность акта; актъ не становится nullum съ паденіемъ всѣхъ его послѣдствій, во всѣхъ направленіяхъ.

Вещь во время нахожденія въ составѣ имущества третьяго лица можетъ или улучшиться или ухудшиться и спрашивается: въ какія отношенія третье лицо становится къ кредитору по поводу этихъ измѣненій вещи. Этотъ вопросъ, конечно, долженъ быть рѣшенъ на основаніи общихъ правилъ о возвращеніи вещи недобросовѣстнымъ владѣльцемъ, причемъ нѣтъ основаній дѣлать отступленія отъ этимъ правилъ; тутъ за исходную точку можно брать состояніе имущества во время перехода его къ недобросовѣстному владѣльцу: если оно ухудшилось, то третье лицо подвергается взысканію суммы, являющейся разностью цѣны имущества въ прежнемъ и въ настоящемъ ея состояніи; если же имущество улучшилось, то онъ можетъ произвести вычетъ расходовъ на улучшеніе, насколько это допускается правилами о недобросовѣстномъ владѣніи [1]).

[1]) Jaeckel н. с. стр. 152. Cosack н. с. стр. 259—260.

Противъ права третьяго лица на возмещеніе издержекъ улучшенія имущества, въ противность господствующему мнѣнію [1]), высказался Гартманъ [2]); аргументація его такая: во-1-хъ нельзя сказать, что кредиторъ обогатился, воспользовавшись, какъ объектомъ взысканія наличнымъ улучшеніемъ; изъ того, что третье лицо сдѣлало издержки, нельзя выводить, что кредиторъ ими обогатился, — онъ получаетъ лишь то, что ему надлежитъ по праву взысканія; во-2-хъ, возмещеніе издержекъ неосуществимо— зачетъ и ретенція невозможны, искъ же не будетъ имѣть основаній и, въ-3-хъ, если должникъ не имѣетъ права на возмещеніе издержекъ улучшенія, то и третье лицо этого права не имѣетъ. Гартманъ предлагаетъ признать за третьимъ лицомъ право на возмещеніе издержекъ только по отношенію къ должнику, къ которому онъ и долженъ обратиться. Какъ аргументація, такъ и способъ разрѣшенія настоящаго вопроса представляются неудовлетворительными. Во-1-хъ обогащеніе кредитора несомнѣнно; если онъ получилъ отъ продажи имущества, пріобрѣтеннаго третьимъ лицемъ, больше, чѣмъ онъ получилъ бы отъ самаго должника, то онъ, очевидно, обогатился на счетъ этого лица; актъ, какъ мы замѣтили выше, оказывается совершеннымъ не въ ущербъ, а въ пользу его; хотя кредиторъ и получилъ то, что ему причиталось отъ должника, но получилъ не изъ имущества должника, а изъ имущества третьяго лица, затраченнаго на имѣніе; во-2-хъ, возме-

---

[1]) Korn н. с. стр. 230. Cosack н. с. стр. 260. Völderndorf н. с. стр. 112.

[2]) Hartmann н. с. стр. 170—171.

щаются издержки имущества такимъ же путемъ, какимъ третьему лицу возвращается излишекъ отъ продажи имущества съ торговъ въ тѣхъ случаяхъ, когда сумма требованія кредитора менѣе стоимости имущества, пріобрѣтеннаго третьимъ лицомъ отъ должника и подлежащаго продажѣ; тутъ уже нѣтъ надобности ни въ зачетѣ, ни въ ретенціи, ни въ искѣ; въ-3-хъ, большая разница между самимъ должникомъ и третьимъ лицомъ; если самъ должникъ не можетъ требовать возмещенія издержекъ улучшенія своего имѣнія, то изъ этого не слѣдуетъ, что и третье лицо не имѣетъ этого права; вѣдь это азбучная истина, что только владѣлецъ „чужого" имущества, обязанный возвратить его, имѣетъ право на возмещеніе издержекъ. Наконецъ, способъ разрѣшенія вопроса Гартманомъ невѣренъ потому, что, какъ мы видѣли выше, третье лицо не можетъ быть присуждено къ совершенію дѣйствій въ пользу другого,—negotiorum gestio имѣетъ юридическое значеніе лишь какъ добровольный актъ.

Доктрина и законодательства издавна ставятъ въ исключительное положеніе третье лицо, пріобрѣтшее вещь добросовѣстно по безмездному акту; лицо это отвѣчаетъ лишь quatenus locupletiores facti sunt, какъ говоритъ Ульпіанъ [1]). Мы видѣли выше, что по отношенію къ одаренному всегда предполагается, что онъ находится in conscientia fraudis, причемъ это praesumptio juris et de jure; разъ совершенъ безмездный актъ, онъ, безъ доказательства conscientiae, подлежитъ уничтоженію; имущество, полученное путемъ дара, возвращается въ

[1]) Ulpianus въ L. 6, § 11. D. q. in fr. cred. 42. 8.

число объектовъ взысканія. Иное дѣло отвѣтственность; объемъ ея опредѣляется по фактическому положенію вещей; тутъ уже нѣтъ мѣста примѣненію началъ однаго недобросовѣстнаго владѣнія. Вопросъ о томъ, кого считать добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ по безмездному акту, повидимому, очень простъ, но при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается, что онъ даетъ поводъ ученымъ высказать весьма разнообразныя воззрѣнія. Воззрѣнія эти могутъ быть сведены къ двумъ теоріямъ: теоріи отождествленія bona fides съ ignorantia fraudis и теоріи различенія bona fides отъ ignorantia fraudis. Представителями первой являются Іекель [1]), Отто [2]) и Корнъ [3]). Она исходитъ изъ того положенія, что для признанія добросовѣстности лица вполнѣ достаточно, чтобы оно не знало о намѣреніи должника причинить вредъ кредиторамъ; для внесененія новыхъ признаковъ недобросовѣстности нѣтъ никакихъ основаній — пришлось бы создать особую категорію, съ особыми признаками, стоящую между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ пріобрѣтеніемъ вещи. Не такъ разсуждаютъ представители теоріи различенія. Такъ, Козакъ [4]), Фёльдерндорфъ [5]), Гартманъ [6]), Кранихфельдъ [7]) и др. не довольствуются одной ignorantia fraudis; они еще уменьшаютъ число случаевъ

---

[1]) Jaeckel н. с. стр. 161—163.
[2]) Otto н. с. стр. 184.
[3]) Korn н. с. стр. 190.
[4]) Cosack н. с. стр. 299.
[5]) Völderndorf н. с. стр. 113—114.
[6]) Hartmann н. с. стр. 173—174.
[7]) Kranichfeld н. с. стр. 43.

примѣненія ограниченной отвѣтственности одареннаго; по ихъ мнѣнію, если одаренный могъ, по зрѣломъ обсужденіи, придти къ заключенію, что даръ превышаетъ силы дарителя, то онъ уже тогда почитается недобросовѣстнымъ. Эти ученые создаютъ нѣчто совершенно неуловимое, лишенное точно-опредѣленныхъ границъ; по ихъ мнѣнію, разъ одаренный не былъ убѣжденъ въ томъ, что актъ совершенъ ко вреду кредиторамъ, онъ уже недобросовѣстенъ. Словомъ, получается нѣчто очень расплывчатое, безбрежное. И къ чему создавать новое внутреннее состояніе — промежуточное между bona и mala fides? Благодаря этому созданію теряется единство въ отдѣльныхъ моментахъ акта, совершеннаго in fraudem creditorum. Разъ conscientia fraudis является такимъ моментомъ по отношенію къ третьему лицу по вопросу о признаніи акта недѣйствительнымъ, этотъ же моментъ долженъ имѣть значеніе для опредѣленія отвѣтственности; въ новомъ, да еще совершенно неопредѣленномъ моментѣ надобности не имѣется. Въ виду этого теоріи отождествленія bona fides съ ignorantia fraudis должно быть отдано несомнѣнное предпочтеніе.

Но добросовѣстность одареннаго даетъ ему право на ограниченную отвѣтственность лишь до тѣхъ поръ, пока это состояніе продолжается; недостаточно, чтобы одаренный въ моментъ полученія дара находился въ этомъ состояніи; онъ долженъ находиться въ этомъ состояніи въ теченіи всего времени своего владѣнія; тутъ mala fides superveniens имѣетъ рѣшительное значеніе — при вхожденіи ея, владѣніе одареннаго обращается въ недобро-

совѣстное; такое вліяніе, конечно, не можетъ не имѣть предъявленія иска къ одаренному, но вліяніе это оказывается лишь на послѣдующее время [1]).

Переходимъ къ самой отвѣтственности добросовѣстнаго пріобрѣтенія по безмездной сдѣлки. Выше мы уже не разъ имѣли случай указывать на то, что, несмотря на его bona fides, на его ignorantia fraudis актъ подлежитъ уничтоженію. Но примѣненіе къ нему суровыхъ послѣдствій, связанныхъ съ уничтоженіемъ акта, современная доктрина считаетъ невозможнымъ. Отвѣтственность за всѣ плоды, хотя и оказавшіеся во время взысканія съ должника, отвѣтственность за ухудшенія, ограниченія права на возмещеніе издержекъ — непримѣнимы къ добросовѣстному одаренному. Одаренный отвѣчаетъ quatenus locupletiores facti sunt, насколько онъ обогатился -- non ultra, прибавляетъ Ульпіанъ съ особеннымъ удареніемъ. Это положеніе приняли современыя доктрина и законодательства. Изъ словъ Ульпіана quatenus locupletiores facti sunt, non ultra сдѣлали то заключеніе,— ставшее communis doctorum opinio, — что третье лицо отвѣчаетъ за наличное обогащеніе, auf die jetzt noch vorhandene Bereicherung [2]). Выставляется такое общее положеніе: третье лицо возвращаетъ то, что еще находится въ его рукахъ, и въ томъ состояніи, въ какомъ оно находится, не отвѣчая ни за ухудшеніе, ни за умаленіе стоимости; если оно отчудило имущество, то возвращаетъ экви-

---

[1]) Jaeckel н. с. стр. 163 — 164. Völderndorf н. с. стр. 114 — 115. Hartmann н. с. стр. 174—175. Cosack н. с. l. c.

[2]) Windscheid н. с. стр. 683.

валентъ, только поскольку тотъ находится въ его имуществѣ, хотя-бы онъ и употребилъ его на свои надобности [1]). Изъ этого можно-бы было сдѣлать выводъ, что третьему лицу дается возможность ничего ни возвращать; такое положеніе привело бы къ тому, что лица одаренныя спѣшили бы продать даръ; а разъ онъ проданъ, то доказать, что именно деньги, полученныя въ вадѣ эквивента, находятся въ имуществѣ одареннаго, невозможно. Словомъ, отвѣтственность одареннаго сводится къ нулю. Въ виду этого дѣлается оговорка, которою желаютъ спасти практическую безцѣльность правила, а именно, говорятъ, что не всякое израсходованіе эквивалента почитается выбытіемъ его изъ состава имущества; если имъ уплаченъ долгъ или сдѣланъ необходимый расходъ, то въ этихъ случаяхъ одаренный обогащенъ и обязанъ возвратить сумму, которая осталась въ составѣ его имущества, благодаря уплатѣ долга или покрытію расходовъ изъ эквивалента [2]). Можно ли подобной оговоркѣ придавать серьезное практическое значеніе? Какъ доказать, какія именно деньги пошли на уплату долговъ и покрытіе расходовъ — для кредитора это слишкомъ трудно, для третьяго лица слишкомъ легко, а для суда создается невозможное положеніе — нѣтъ средствъ, которыя убѣдили бы его, что такими, а не другими монетами произведена уплата. Если, съ одной стороны, несомнѣнно, желательно ослабленіе отвѣтственности добросовѣстнаго одареннаго, то съ другой, современная доктрина даетъ такое толкованіе мысли Ульпіана, которое нельзя признать удачнымъ

---

[1]) Völderndorf н. с. стр. 115—116.

[2]) Ibid l. c.

Если такъ понимать отвѣтственность quatenus locupletiores facti sunt, то заслуга Ульпіана очень не велика. Получается нѣсколько иная картина, если понимать обогащеніе такъ, какъ его понималъ римскій юристъ: отвѣтственность за обогащеніе не имѣетъ мѣста, если вещь не находится въ составѣ имущества обогатившагося, вслѣдствіи того, что она погибла случайно напр. отъ пожара, наводненія и т. п. или украдена; одаренный не отвѣчаетъ; и тогда, когда онъ ее безмездно отчудилъ, уничтожилъ или употребилъ въ свое удовольствіе; если же онъ ее возмездно отчудилъ, то, новое пріобрѣтеніе, полученное въ эквивалентъ, у него отнимается; напр. если обмѣнялъ подаренную вещь на другую, то долженъ лишь выдать полученную въ обмѣнъ [1]). Если принять такое понятіе обогащенія, установленное еще Савиньи [2]), то мысль Ульпіана получаетъ вполнѣ опредѣленный смыслъ и практическое значеніе. Противъ него можно лишь возражать, если не въ принципѣ, то въ примѣненіи къ праву оспариванія актовъ. Отвѣтственность эта представляется намъ слишкомъ слабою; конечно, надо, повторяю, ослабить отвѣтственность bona fide одареннаго, но... est modus in rebus—тутъ слишкомъ малая цѣна дается интересамъ кредиторовъ. Кредиторъ не получаетъ удовлетворенія благодаря тому, что напр. одаренный подарилъ вещь или сжегъ ее, или обмѣнялъ на вещь, имѣющую только для него цѣну; вѣдь онъ въ этихъ случаяхъ проявилъ свое расположеніе къ другимъ, проявилъ капризъ, удовлетво-

---

[1]) Korn н. с. стр 102—103.

[2]) Savigny н. с. т. IV стр. 69—77.

рилъ свое эгоистическое чувство, насладился и т. п. на счетъ кредиторовъ дарителя. Едва ли съ современной точки зрѣнія это можетъ быть признано справедливымъ. Намъ кажется, что вполнѣ достаточно, если въ виду добросовѣстности одареннаго поставить его относительно возврата имущества въ положеніе добросовѣстнаго владѣльца. Это, во-1-хъ, особенно въ виду отвѣтственности за плоды, извлеченные до момента взысканія, будетъ вполнѣ слабая отвѣтственность; во-2-хъ, этимъ несомнѣнно удовлетворится интересъ кредитора; въ-3-хъ, сохранится связь съ условіями опроверженія акта, подлежащаго уничтоженію—при mala fides, и въ 4-хъ, получится въ результатѣ нѣчто, не противорѣчащее римскому праву; напр. Венулей, говоря объ обязанности одареннаго возвратить плоды [1]) прямо указываетъ на отвѣтственность nescius'а основанную на болѣе мягкихъ началахъ [2]).

Наконецъ нельзя не указать на вопросъ объ onus probandi въ разсматриваемыхъ случаяхъ. Ученые рѣшительно расходятся во мнѣніяхъ, лежитъ ли обязанность доказать mala fides на кредиторѣ или bona fides на одаренномъ. Хотя Фельдерндорфъ [3]) и полагаетъ, что въ настоящее время это вопросъ неважный, такъ какъ судейское убѣжденіе слагается изъ всей суммы фактовъ, приводимыхъ сторонами, но съ этимъ согласиться нельзя, такъ какъ вопросъ объ очереди въ приведеніи этихъ фактовъ, а, слѣдовательно, въ доказываніи, никогда не можетъ по-

---

[1]) Venuleius въ L. 25 § 4 и 5 D. h. t.

[2]) Reinhard н. с. стр. 143.

[3]) Völderndorf н. с. стр. 114.

терять своего значенія [1]). Все разногласіе между учеными сводятся, въ сущности, къ тому, изъ какой презумпціи слѣдуетъ исходить: bonae или malae fidei одареннаго. Господствующее мнѣніе [2]) исходитъ изъ презумпціи bonae fidei и требуетъ, чтобы кредиторъ доказалъ, что одаренный обогатился; фактъ обогащенія есть фактъ правопроизводящій, который и долженъ быть приведенъ и доказанъ кредиторомъ. Больше никакихъ доводовъ мнѣніе это въ свою пользу привести не можетъ и оправданіе себѣ находитъ лишь въ томъ, что и доктрина, и законодательныя коммиссія боятся презумпціи malae fidei. Болѣе солидно мотивируется противоположное, несомнѣнно вѣрное мнѣніе, представляемое Корномъ и Козакомъ [3]): за исходный пунктъ берутъ презумпцію malae fidei; основаніемъ опроверженія, говоритъ Корнъ, являются: дареніе и принятіе дара—уклоненія-же отъ нормы никогда не предполагаются; одаренный отвѣчаетъ по акту вполнѣ и если онъ желаетъ умалить свою отвѣтственность, то долженъ доказать bona fides, а также и всѣ измѣненія, происшедшія въ вещи; общее правило — говоритъ Козакъ — строгая отвѣтственость одареннаго, исключеніе же изъ него должно быть доказано; одаренный долженъ привести и доказать факты, коими предположеніе эти исключаются и отвѣтственность ослабляется. Съ этими соображеніями нельзя не согласиться.

---

[1]) См. мой Учебникъ Гражд. Судопр. стр. 139—141, 159—160.

[2]) Jaeckel н. с. стр. 164. Völderndorf. н. с. l. c.

[3]) Korn н. с. стр. 103, 104. Cosack н. с. стр. 211. Хотя Otto н. с. стр. 184 въ этомъ не хочетъ сознаться, говоря: „nicht eine praesumptio juris, wohl aber eine gesetzliche Annahmé“.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Измѣненіе права кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ.

Измѣненіе разсматриваемаго права можетъ происходить или со стороны объективной, или со стороны субъективной.

I. Объективное измѣненіе. Измѣненіе это заключается въ замѣнѣ взысканія уплатою соотвѣтствующей суммы. Замѣна эта можетъ быть двухъ родовъ: добровольная и принудительная. а) Добровольная замѣна взысканія уплатою денежной суммы. Между кредиторомъ и третьимъ лицомъ можетъ состояться соглашеніе, на основаніи коего вещь, подлежащая возврату въ число объектовъ взысканія, остается у этого лица, а взамѣнъ того онъ обязуется уплатить соотвѣтствующую сумму денегъ; въ этомъ случаѣ, слѣдовательно, право требовать возврата въ число объектовъ взысканія, обращается въ право на денежный платежъ. Въ полной правомѣрности такого соглашенія и сомнѣнія быть не можетъ; юридическія послѣдствія его заключаются въ томъ, что право требовать возврата вещи теряетъ свое осно-

ваніе; право это только и существовало въ виду того, что требованіе кредитора оказалось неудовлетвореннымъ; если же третье лицо произвело удовлетвореніе, для кредитора теряется всякое основаніе требовать самую вещь [1]). Противиться такому соглашенію должникъ, очевидно, не можетъ — ему нѣтъ интереса дѣлать это: это было бы простымъ проявленіемъ каприза; онъ не можетъ сослаться на то, что третье лицо не уполномочено производить удовлетворенія кредитора за него; конечно, negotiorum gestio теряетъ всякое юридическое значеніе, если dominus своевременно этому противится, но данный случай не таковъ: тутъ уплата суммы, коею погашается долгъ, вмѣстѣ съ тѣмъ является платою за освобожденіе третьяго лица отъ обязанности выдать вещь; prima facie эта уплата имѣетъ послѣднее значеніе, но вмѣстѣ съ тѣмъ она не теряетъ значенія уплаты долга за должника. Какъ таковая, она порождаетъ право регресса уплатившаго третьяго лица къ должнику; при осуществленіи этого права регресса, должникъ можетъ представить рядъ возраженій [2]); быть можетъ, третье лицо поторопилось уплатить? нѣтъ въ наличности условій опроверженія акта? быть можетъ, оно уплатило слишкомъ много? и т. п. Тутъ уже для должника имѣется достаточный импульсъ выступить противъ состоявшагося соглашенія или, точнѣе, противъ невыгодныхъ для него послѣдствій этого соглашенія, т.-е. противъ осуществленія права регресса. Признавая, такимъ образомъ, право-

---

[1]) Cosack н. с. стр. 267. Korn. н. с. стр. 39—40.

[2]) Cosack н. с. стр. 267, пр. 5.

мѣрность соглашенія объ уплатѣ суммы долга вмѣсто выдачи вещи, нельзя отрицать и обязательности предложенія третьяго лица для кредитора. Третье лицо имѣетъ право уклониться отъ выдачи вещи, предложивъ кредитору сумму, равную его требованію; тотъ не можетъ отъ этого отказаться, ибо взысканіе есть одинъ изъ путей, посредствомъ коихъ онъ достигаетъ своей цѣли—полнаго удовлетворенія; путь этотъ не представляетъ для него никакого интереса—ему лишь необходимо получить удовлетвореніе по требованію; взысканіе, въ его пользу произведенное, есть принудительный путь удовлетворенія; цѣль его вполнѣ достигается, если устраняется необходимость пользованія этимъ путемъ и получается удовлетвореніе добровольное. Насколько общепринято правило въ отношеніи между должникомъ и кредиторомъ, что добровольная уплата долга не даетъ кредитору права все-таки обратиться къ судебному пути, настолько это положеніе должно быть примѣнено и къ данному случаю. Между тѣмъ Іекель [1]) сомнѣвается въ обязательности для кредитора принять предлагаемую ему уплату; еслибы это было такъ, говоритъ онъ, то въ процессѣ объ уничтоженіи акта третье лицо могло-бы воспользоваться тѣмъ возраженіемъ, что кредиторъ отвергъ предложенную ему уплату. Противъ этого Гартманъ [2]) справедливо возражаетъ, что кредиторъ имѣетъ право на удовлетвореніе, а не право на удовлетвореніе изъ опредѣленнаго имущества; если имъ отклоняется предложеніе третьяго лица, то онъ ста-

---

[1]) Jaeckel н. с. стр. 147, пр. 6.

[2]) Hartmann н. с. стр. 161.

витъ себя in mora accipiendi, т.-е. въ такое положеніе, въ какомъ онъ находился бы, еслибы уклонился получить уплату прямо отъ должника. Къ этому слѣдовало ему прибавить, что Іекель не объясняетъ, почему третьему лицу не предоставляется упомянутое возраженіе... б) Принудительная замѣна взысканія уплатою денежной суммы. Когда вещь in natura не находится въ обладаніи третьяго лица, то кредиторъ пріобрѣтаетъ право требовать взысканія денежной суммы: искъ о возвратѣ вещи обращается въ искъ денежный. Съ нашей точки зрѣнія вопросъ этотъ разрѣшается очень просто — рѣшающее значеніе имѣетъ правило о добросовѣстномъ и недобросовѣстномъ владѣніи. Недобросовѣстный владѣлецъ долженъ въ случаѣ невозможности возвращенія вещи in natura, уплатить сумму денегъ, равную тому, что кредиторъ получилъ бы, еслибы вещь находилась у третьяго лица in natura, добросовѣстный же владѣлецъ уплачиваетъ вознагражденіе лишь въ случаѣ отчужденія, при случайной же гибели имущества онъ отвѣтственности не подвергается [1]), тогда какъ случайная гибель, по справедливому замѣчанію Іекеля [2]), избавляетъ недобросовѣстнаго владѣльца лишь въ томъ случаѣ, когда онъ докажетъ, что вещь погибла бы и у должника еще до взысканія; это вполнѣ логичный выводъ изъ того, что кредиторъ не долженъ получить при взысканіи съ третьяго лица больше, чѣмъ онъ получилъ бы при взысканіи съ должника. Между тѣмъ Козакъ [3]) этого различія отвѣт-

[1]) Steinbach н. с., стр. 163.
[2]) Jaeckel н. с. стр. 152.
[3]) Cosack н. с. стр. 240—247.

ственности за casus не признаетъ, а исключаетъ безусловно во всѣхъ случаяхъ отвѣтственность за случай. Исходитъ онъ изъ того положенія, что гибель имущества должна быть разсматриваема, какъ обстоятельство, сдѣлавшее невозможнымъ исполненіе третьимъ лицомъ своей обязанности по отношенію къ кредитору. Это соображеніе безусловно невѣрно; къ данному случаю нельзя примѣнять положенія договорнаго права: третье лицо не должникъ кредитора. Впрочемъ, это мнѣніе Козака объясняется взглядомъ его на отношенія между третьимъ лицомъ и кредиторомъ, какъ на отношенія обязательственныя, взглядъ уже разсмотрѣнный нами въ первой главѣ.

II. Субъективное измѣненіе. Субъективное измѣненіе разсматриваемаго права возможно въ двухъ формахъ: въ формѣ преемства и въформѣ соучастія. а) Преемство. Проявляется оно на сторонѣ кредитора и на сторонѣ третьяго лица. аа) Преемство на сторонѣ кредитора. Право опровергать акты есть accessorium права требованія кредитора [1]), а потому съ переходомъ послѣдняго путемъ сингулярнаго или универсальнаго преемства, подобно поручительству и залогу [2]), оно переходитъ къ правопреемникамъ его [3]). Въ частности, относительно сингулярнаго преемства, надо сказать, что уступка права опроверженія отдѣльно отъ главнаго права не можетъ быть допущена въ интересѣ

[1]) Menzel н. с. стр. 35.

[2]) Jaeckel, н. с. стр. 166.

[3]) Въ этомъ смыслѣ и должны быть понимаемы слова Ульпіана: haec actio heredi ceterisque successoribus competit. L. 10 § 25. D. g. in fr. cred. 42. 8.

должника [1])—еслибы это было допущено, то должникъ, удовлетворивъ третье лицо по его обратному требованію, оставался бы должникомъ своего кредитора [2]). бб) Преемство на сторонѣ третьяго лица. Тутъ надо различать преемство mortis causa отъ преемства inter vivos. Въ первомъ случаѣ наслѣдникъ становится вполнѣ въ положеніе наслѣдодателя; онъ при сохраненіи status quo ante отвѣчаетъ въ той же мѣрѣ, какъ и наслѣдодатель, но при измѣненіи въ его лицѣ субъективнаго момента, мѣняется и отвѣтственность: въ тѣхъ случаяхъ, когда fides его того же рода, какъ и въ лицѣ наслѣдодателя—перемѣны нѣтъ, но если наслѣдодатель находился in bona fide и соотвѣтственно этому долженъ былъ отвѣчать, а наслѣдникъ находится in mala fide, или, наоборотъ, наслѣдодатель находился in mala fide, а наслѣдникъ in bona fide, то наслѣдникъ до момента вступленія въ наслѣдство отвѣчаетъ такъ, какъ отвѣтилъ бы наслѣдователь, а съ момента вступленія сообразно тому, находится ли онъ in mala или in bona fide [3]). Что же касается преемства inter vivos, то интересъ представляетъ лишь тотъ случай его, когда третье лицо передаетъ по тому или другому акту свои права на пріобрѣтенныя имъ in fraudem creditorum должника вещи или права другому лицу. Спрашивается, при какихъ условіяхъ это-то послѣднее лицо отвѣчаетъ? Прежде всего, доктрина почти не останавливается на вопросѣ о томъ, въ какомъ отношеніи находится право

---

[1]) Cosack, н. с. стр. 305.

[2]) Menzel, н. с. стр. 301.

[3]) Menzel, н. с. стр. 261—267. Cosack, н. с. стр. 325—326.

обращенія къ правопреемнику къ праву требовать отъ самого третьяго лица стоимость отчужденнаго имъ имущества. На это имѣются лишь мимолетныя указанія; а именно Гартманъ [1]), Козакъ [2]) и Франке [3]) говорятъ, что обращеніе къ тому или другому лицу зависитъ отъ кредитора и что онъ даже можетъ одновременно привлечь обоихъ. Поставить эти два требованія въ извѣстное соотношеніе настоятельно необходимо — нельзя предоставить это одному усмотрѣнію кредитора; сдѣлать это необходимо не только въ интересахъ частныхъ лицъ: при возможности одновременнаго обращенія и къ третьему лицу, и къ правопреемнику, придется допустить взысканіе и съ того, и съ другого, т. е. двойное взысканіе—какъ оговаривается и Козакъ; этого допущено быть не должно. Поставить оба требованія въ опредѣленныя, ясныя отношенія необходимо и въ интересѣ гражданскаго оборота: уничтоженіе правомѣрныхъ самихъ по себѣ актовъ есть нѣчто нежелательное; случаи допустимости этого уничтоженія должны быть сведены къ возможному минимуму—только въ крайнихъ случаяхъ они должны быть допустимы. Въ виду этой желательной экономіи въ разрушеніи юридическихъ актовъ нельзя предоставить кредитору право сразу обратиться къ правопреемнику и уничтожить актъ, по которому имущество или право перешло къ нему; допуская это мы открываемъ уничтоженію широкое поле—будутъ уничтожены два акта: актъ правопреемника съ

---

[1]) Hartmann, н. с. стр. 166, 207.
[2]) Cosack, н. с. стр. 321.
[3]) Francke, н. с стр. 179, 181.

третьемъ лицомъ и актъ этого лица съ должникомъ, тогда какъ можно бы было обойтись уничтоженіемъ лишь одного послѣдняго, тѣмъ болѣе, что кредитору совершенно безразлично, получитъ ли онъ удовлетвореніе путемъ взысканія съ имущества третьяго лица или его правопреемника. Потому-то слѣдовало-бы предоставить кредитору право обратиться къ правопреемнику только въ томъ случаѣ, когда взысканіе стоимости отчужденнаго имущества съ третьяго лица окажется безуспѣшнымъ.

Признавая, такимъ образомъ, зависимость права обращенія къ правопреемнику отъ исполнимости рѣшенія суда, постановленнаго противъ третьяго лица, не можемъ не остановиться на вопросѣ, имѣетъ ли для этого права значеніе рѣшеніе, постановленное въ пользу этого лица, не пресѣкается-ли этимъ рѣшеніемъ возможность обращенія къ правопреемнику. Вопросъ этотъ рѣшается въ смыслѣ отрицательномъ, причемъ приводится то соображеніе, что res judicata jus facit inter partes и, слѣдовательно, не можетъ имѣть обязательнаго значенія для правопреемника; право кредитора опровергнуть актъ противъ правопреемника обусловлено (какъ увидимъ ниже) опровержимостью акта по отношенію къ третьему лицу; кредиторъ, приводя этотъ фактъ, можетъ приводитъ другіе факты, а не тѣ, которые имъ были приведены въ процессѣ противъ третьяго лица [1]). Эти малосодержательныя соображенія не

---

[1]) Hartmann, н. с. стр. 198—199. Völderndorf, н. с. стр. 134. Otto, н. с. стр. 116. Jaeckel, н. с. стр. 117, пр. 24. Cosack, н. с. стр. 324.

могутъ насъ удовлетворить ни сами по себѣ, ни въ связи съ тѣмъ значеніемъ, какое мы придаемъ обвинительному, противъ третьяго лица, рѣшенію. Сами по себѣ они неудовлетворительны потому, что, во-1-хъ, содержатъ въ себѣ contradictio in adjecto; если рѣчь идетъ о правопреемникѣ, то на него не можетъ не распространиться сила рѣшенія, постановленнаго въ пользу его правопредшественника — юридически это тождественныя лица; преемникъ является именно тою pars, о которой идетъ рѣчь; во 2-хъ, если опровержимость акта по отношенію къ третьему лицу есть условіе опроверженія акта противъ правопреемника его, то, что же кромѣ судебнаго рѣшенія является лучшимъ подтвержденіемъ неопровержимости рѣшенія въ пользу третьяго лица — тутъ правило о jus inter partes не къ чему и примѣнять; въ 3-хъ, конечно, кредиторъ можетъ противъ правопреемника приводить и другіе факты и мы ниже увидимъ, что безъ этого онъ не можетъ обойтись, но что же, спрашивается, изъ этого? Любой тяжущійся, проигравъ процессъ, чрезъ нѣсколько лѣтъ надумаетъ рядъ несокрушимыхъ доводовъ въ свою пользу; но развѣ это даетъ ему право требовать новаго рѣшенія; только фактъ вновь обнаруженный, даетъ ему это право; тоже самое и кредиторъ въ процессѣ съ правопреемникомъ: то, что онъ можетъ привести другіе факты, не приведенные имъ въ первомъ процессѣ, не даетъ ему права начать дѣло вновь съ правопреемникомъ; въ 4-хъ, современная доктрина смѣшиваетъ въ этомъ случаѣ силу рѣшенія съ преюдиціаль-

ностью [1])—exceptio praejudicii далеко не одно и то же, что exceptio rei judicatae; такъ называемая отрицательная функція послѣдней, т.-е. исключеніе новаго рѣшенія по тождественному дѣлу [2]), въ случаѣ, если рѣшеніе было оправдательнымъ, весьма близка къ функціи exceptionis praejudicii, но построена далеко не на одинаковыхъ началахъ; прежде всего, тождества лицъ тутъ вовсе не требуется, а въ иныхъ случаяхъ оно прямо исключается, напр. когда одно правоотношеніе является предположеніемъ другого; это мы видимъ въ поручительствѣ: обязанность поручителя обусловлена осужденіемъ должника; то же самое при очисткѣ:обязанность продавца обусловлена осужденіемъ покупщика и т. д.; въ этихъ случаяхъ res inter alios judicata est, а между тѣмъ значеніе для неучаствовавшаго въ дѣлѣ лица имѣетъ; такъ и тутъ, мы имѣемъ дѣло не съ силой рѣшенія, а съ преюдиціей; отношеніе между кредиторомъ и правопреемникомъ третьяго лица обусловлено отношеніемъ между кредиторомъ и третьимъ лицомъ; оправдательное рѣшеніе по послѣднему уничтожаетъ условіе существованія перваго— оно сложиться не можетъ. Наконецъ, въ-5-хъ, если мы поставимъ условіемъ права кредитора обратиться къ правопреемнику—неосуществимость рѣшенія по иску его къ третьему лицу объ уничтоженіи акта,—что, какъ мы видѣли, безусловно необходимо,—то послѣдовательность заставитъ насъ признать, что разъ судъ не призналъ права

---

[1]) Renand, н. с. стр. 402, 434.

[2]) См. мое соч. Принципъ тождества въ гражд. процессѣ (2 изд.) стр. 128—133, 201—206.

кредитора требовать уничтоженія акта противъ самого третьяго лица, то кредиторъ уже не можетъ обратиться съ искомъ къ правопреемнику этого лица.

Выстативъ условіемъ обращенія кредитора къ правопреемнику третьяго лица безуспѣшность взысканія кредитора противъ самого этого лица по иску объ уничтоженіи акта, имъ совершеннаго, мы могли бы не выставлять условіемъ этого обращенія къ правопреемнику опровержимости акта, совершеннаго правопредшественникомъ съ должникомъ; это разумѣется само собой; если безуспѣшность взысканія является условіемъ, то въ этомъ условіи уже заключается опровержимость акта—еслибы актъ не былъ опровержимъ, то до взысканія дѣло бы не дошло. Безуспѣшность взысканія является условіемъ обращенія къ правопреемнику лишь въ томъ случаѣ, когда есть возможность обратиться къ самому третьему лицу или его наслѣднику; если же возможности этой нѣтъ, то о безуспѣшности взысканія нечего говорить, равно и объ искѣ объ опроверженіи акта. Когда кредиторъ обращается къ правопреемнику, то тутъ-то и всплываетъ вопросъ: является ли условіемъ этого обращенія опровержимость акта? Съ нашей точки зрѣнія отвѣтъ только и можетъ быть утвердительный: отсутствіе возможности обращенія къ третьему лицу не измѣняетъ основного требованія, имѣющаго мѣсто и при возможности обращенія къ этому лицу. Но и съ точки зрѣнія теоріи, не признающей связи между обращеніемъ къ правопреемнику и требованіемъ къ третьему лицу, отчудившему имущество или право, означенное условіе выставляется,

и понятно почему. Еслибы этого условія не выставлялось, то это значило бы, что возможно обращеніе кредитора къ недобросовѣстному пріобрѣтателю имущества, пріобрѣтшему его отъ добросовѣстнаго третьяго лица; третье лицо, положимъ, не знало объ animus fraudandi должника, а лицо, пріобрѣтшее отъ него имущество, знало это обстоятельство—неужели отъ него можно требовать имущество? Вѣрно замѣчаетъ Козакъ [1]), что слѣдуетъ по возможности защищать добросовѣстныхъ пріобрѣтателей имущества. Всѣ ограниченія въ правѣ оспариванія основаны на желаніи по возможности упрочить гражданскій оборотъ; добросовѣстное третье лицо, благодаря тому, что кредиторъ обратился къ его недобросовѣстному правопреемнику, пострадаетъ болѣе, чѣмъ оно пострадало бы, еслибы кредиторъ обратялся прямо къ нему; напр. онъ купилъ имущество bona fide за малую цѣну, продалъ его за большую; кредиторъ обращается къ недобросовѣстному пріобрѣтателю, отбираетъ у него имущество и продаетъ его; кредиторъ беретъ сумму равную покупной цѣнѣ; пріобрѣтатель обращается съ обратнымъ требованіемъ къ третьему лицу, и оно уплачиваетъ эту большую цѣну, тогда какъ раньше оно, благодаря отобранію имущества, лишилось бы меньшей суммы. Но независимо отъ этихъ соображеній есть еще одно. Знаніе добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ animus fraudandi должника, какъ обстоятельство совершенно постороннее, по отношенію къ акту между должникомъ и третьимъ,—а объ этомъ именно только и идетъ рѣчь,—не можетъ оказывать

[1]) Cosack, н. с. стр. 307—308.

никакого вліянія на дѣйствительность акта; такое признаніе акта недѣйствительнымъ, такъ сказать, рикошетомъ, логически немыслимо; нѣтъ моста, логически соединяющаго вопросъ о силѣ акта съ вопросомъ о сознаніи пріобрѣтателя имущества о томъ, что должникъ дѣйствовалъ cum animo fraudandi. Грютцманъ [1]) совершенно вѣрно замѣчаетъ, что обязанность, проистекающая изъ conscientia fraudis заключается только въ томъ, чтобы сохранить имущество за кредиторами, а не въ томъ, чтобы неопровержимо отчужденное имущество снова для нихъ пріобрѣсти. Какъ можно, спрашиваетъ онъ, нарушитъ права кредиторовъ, какъ можно стать передъ ними отвѣтственнымъ вслѣдствіе заключенія акта объ отчужденіи имущества, когда при незаключеніи этого акта кредиторы, ни при какихъ условіяхъ, не получили бы отчужденнаго имущества, не имѣли бы права требовать его.

Несмотря на безусловную правильность этихъ соображеній и мотивируемаго ими правила, не всѣ ученые это раздѣляютъ. Такъ, Otto [2]) находитъ вполнѣ достаточнымъ mala fides правопреемника при неопровержимости акта; по его мнѣнію, актъ, по которому правопреемникъ пріобрѣлъ имущество противоправно, перпетуируетъ дѣйствіе убыточнаго акта (Perpetuirung des Verkürzungseffectes des Ursprungsgeschäfts). Это заключеніе невѣрно уже по тому одному, что перпетуаціи тутъ никакой нѣтъ; до отчужденія Verkürzungseffect имѣетъ одно значеніе, а по

---

[1]) Grützmann, н. с. стр. 77.

[2]) Otto н. с. стр. 115.

отчужденіи — другое; до отчужденія Effect этотъ, юридически говоря, отсутствовалъ, убыточность не дѣлала возможнымъ опроверженіе, а по отчужденіи, оказывается, она дѣлала его возможнымъ. Какая же это перпетуація, если до перпетуирующаго обстоятельства было одно явленіе, а по его наступленіи появляется другое.

Если, такимъ образомъ, mala fides правопріобрѣтателя, при неопровержимости акта противъ третьяго лица, не даетъ основанія кредитору обратиться къ первому изъ нихъ для возвращенія вещи въ число объектовъ взысканія, противъ должника направленнаго, то, съ другой стороны, спрашивается, возможно ли такое обращеніе, наоборотъ, при опровержимости акта противъ третьяго лица и bona fides правопріобрѣтателя? Юристъ Павелъ [1]) отвѣчаетъ на этотъ вопросъ отрицательно; ссылаясь на Сабина, онъ говоритъ: bona fide emtorem non teneri, quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit, quemadmodum diximus, non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit. Изъ этого мы выводимъ a contrario, что, по мнѣнію Павла, для обращенія кредитора къ правопреемнику, требуется, чтобы на его сторонѣ была mala fides [2]) — тутъ съ точки зрѣнія Павла, стоящаго на почвѣ деликтной теоріи, будетъ имѣть мѣсто dolus правопреемника, который ему и долженъ nocere; иначе говоря, въ виду вышеизложеннаго, для обращенія къ правопреемнику необходимо, чтобы mala fides была

---

[1]) Paulus въ L. 9. D. g. in fr. cred. 42. 8.

[2]) Отъ такого вывода воздерживается Francke н. с. стр. 478, считая его zu wenig zwingend.

на той и на другой сторонѣ. Съ этимъ согласна и современная доктрина [1]), видоизмѣнившая мотивировку Павла лишь въ томъ, что основаніемъ отвѣтственности правопреемника служитъ причастность его дѣлу нанесенія ущерба кредитору, причастность, проявившаяся въ томъ, что онъ пріобрѣлъ имущество, зная о намѣреніи должника причинить ущербъ своимъ кредиторамъ. Въ этомъ именно и должна заключаться mala fides правопреемника. Но тутъ естественно возникаетъ вопросъ: почему же для предъявленія требованія къ правопреемнику необходима оспариваемость акта и, слѣдовательно, наличность тѣхъ условій ея, которыя касаются субъективной стороны акта, и нѣтъ необходимости въ знаніи правопреемникомъ всѣхъ обстоятельствъ, въ которыхъ выражается эта субъективная сторона, т.-е. и animus fraadaudi должника, и conscientia fraudis третьяго лица: требуется лишь первая, а не вторая. Противорѣчія въ этомъ усматривать нельзя; наличность извѣстныхъ обстоятельствъ не все равно, что знаніе объ этихъ обстоятельствахъ. Для оспариваемости необходима conscientia fraudis третьяго лица, а для обращенія требованія къ третьему лицу знаніе этой conscientia можетъ и не требоваться. Да и по внутреннимъ основаніямъ въ знаніи conscientia третьяго лица нѣтъ надобности; требованіе это ставило бы кредитора въ чрезвычайно затруднительное положеніе — какъ доказать знаніе знанія?—и дѣлало бы самое право его обратиться къ правопреемнику призрачнымъ; если правопреемникъ

---

[1]) Cosack н. с. стр. 317, Völderndorf н. с. стр. 135—136. Hartmann н. с. стр. 198.

знаетъ намѣреніе должника причинить вредъ кредиторамъ, то этимъ дается уже достаточный поводъ дѣлать его отвѣтственнымъ за пріобрѣтенное имущество. Франке [1]) разсуждаетъ совершенно справедливо, говоря, что, кто знаетъ, что вещь имъ пріобрѣтенная, отчуждена его контрагенту въ ущербъ кредиторамъ, тотъ долженъ имѣть въ виду возможность, что контрагентъ пріобрѣлъ ее противоправнымъ способомъ; кто, не взирая на эту возможность, все-таки пріобрѣтаетъ вещь, того слѣдуетъ считать одобрившимъ противоправное пріобрѣтеніе и, слѣдовательно, отвѣтственнымъ за свое пріобрѣтеніе.

Что касается самаго знанія о намѣреніи должника причинить ущербъ кредиторамъ, то относительно пониманія его въ литературѣ разногласія нѣтъ. Понимается подъ этимъ знаніемъ знакомство съ такими фактами, изъ которыхъ видно, что, во-1-хъ, пріобрѣтеніе правопреемника основано на убыточномъ для кредитора правопредшественника актѣ и, во-2-хъ, что актъ совершенъ между должникомъ и правопредшественникомъ при наличности сознанія первымъ изъ нихъ причиненія вреда кредиторамъ [2]). Нѣсколько иначе на эти два положенія смотритъ Фёльдерндорфъ [3]); высказывая ихъ, онъ имъ даетъ въ дальнѣйшемъ такое объясненіе, что вся дѣлаемая имъ предпосылка оказывается стоящею внѣ связи съ выводомъ. По его объясненіямъ, если разъ наличный вла-

---

[1]) Francke н. с. стр. 481.

[2]) Jaeckel н. с. стр. 116. Völderndorf н. с. стр. 134. Francke н. с. стр. 479. Hartmann н. с. стр. 199--200.

[3]) Völderndorf. н. с. стр. 136.

дѣлецъ знаетъ, что осуществленное имъ пріобрѣтеніе происходитъ отъ сдѣлки, совершенной въ ущербъ кредиторамъ, то отсюда уже слѣдуетъ сдѣлать заключеніе, что онъ зналъ о намѣреніи должника причинить вредъ кредитору. Такое объясненіе насъ не можетъ удовлетворить. Наличность ущерба отъ данной сдѣлки должника сама по себѣ еще не указываетъ на сознаніе этого вреда; еслибы одно вытекало изъ другого, то незачѣмъ было-бы требовать для опровержденія акта субъективнаго элемента—намѣренія причинить вредъ; всякая сдѣлка, вредная для кредиторовъ, подлежала бы уничтоженію безотносительно къ тому, сознавалъ ли должникъ этотъ вредъ. Въ виду вышеизложеннаго о намѣреніи должника причинить вредъ кредиторамъ, такое пониманіе субъективнаго условія уничтоженія акта слишкомъ широко; отъ вреда до сознанія вреда далеко; а только при послѣднемъ можно говорить объ опровержимости акта. То же самое слѣдуетъ сказать о знаніи намѣренія должника: изъ того, что правопреемникъ зналъ о вредѣ, причиняемомъ кредитору, еще нельзя выводить, что онъ зналъ о сознаніи должникомъ этого вреда; должникъ и не могъ, скажемъ, предполагать, что актъ окажется вреднымъ его кредиторамъ, а между тѣмъ оказалось, что вредъ произошелъ; ясно, что правопреемникъ третьяго лица тоже не можетъ считаться знающимъ то, чего не могъ знать его правопредшественникъ.

Всѣ изложенныя нами положенія объ условіяхъ отвѣтственности правопреемника примѣняются безусловно къ тѣмъ случаямъ, когда актъ, путемъ котораго имуще-

ство перешло къ третьему лицу, совершается при дѣйствительномъ animus fraudandi, знаніе коего и требовалось отъ правопреемника. Естественно возникаетъ вопросъ, какъ быть въ тѣхъ случаяхъ, когда акты между должникомъ и третьимъ лицомъ или между третьимъ лицомъ и его правопреемникомъ безмездны; исключается ли тутъ безусловно animus fraudandi, или онъ является дѣйствующямъ факторомъ, но въ видѣ предполагаемаго, презумптивнаго. Что касается перваго случая, то ученые склоняются въ пользу того мнѣнія, что знаніе правопремникомъ намѣренія должника причинить вредъ кредиторамъ требуется безусловно, какова бы ни была причина его отсутствія, т.-е. лежала ли она въ самой сдѣлкѣ или внѣ ея; первая имѣетъ мѣсто относительно безмездныхъ актовъ; если актъ безмездненъ, то относительно правопреемника не предполагается, что онъ зналъ о намѣреніи должника; намѣреніе это, какъ мы видѣли, презумируется, на самомъ дѣлѣ его нѣтъ, потому и знать о немъ правопреемникъ не можетъ; отъ него можетъ быть отобрано пріобрѣтенное имъ отъ третьяго лица имущество, хотя третье лицо пріобрѣло его безмездно, только въ томъ случаѣ, если имѣлъ мѣсто animus fraudandi должника и о немъ зналъ правопреемникъ; только въ этомъ случаѣ актъ, по безмездному характеру своему, опровержимъ; но если имущество отчуждено третьимъ лицомъ, то къ пріобрѣтателю его требованіе предъявлено быть не можетъ [1]). Такое мнѣніе встрѣтило протестъ со сто-

[1]) Otto н. с. стр. 115. Korn н. с. стр. 158. Menzel н. с. стр. 216. Hartmann н. с. стр. 199. Cosack н. с. стр. 310, 317. Jaeckel н. с. стр. 116.

роны практика Фёльдерндорфа [1]), который совершенно основательно признаетъ возможность обращенія къ правопремнику не только тогда, когда тотъ зналъ о намѣреніи должника, но и когда онъ зналъ, что къ его правопредшественнику имущество перешло путемъ акта, подлежащаго опроверженію; если законъ выставляетъ относительно безмездныхъ актовъ предположеніе, что они совершены animo fraudandi, то, конечно, правопреемникъ, зная о такомъ характерѣ акта, признается знающимъ самый animus fraudandi. Насколько эти соображенія основательны, можно видѣть изъ слѣдующаго. Если стоять на почвѣ господствующаго мнѣнія, то придется санкціонировать вопіющіе факты: на глазахъ кредитора должникъ даритъ свое имущество третьему лицу, съ котораго взять нечего; а это лицо продаетъ имущество другому за хорошую цѣну; выходитъ, что къ этому пріобрѣтателю имущества, такъ какъ оно не знало о намѣреніи должника, нельзя обратиться. Могутъ сказать, что это очень хорошо; чѣмъ виновато это лицо, что имущество перешло путемъ опровержимаго акта къ его auctor'у—оно было-бы виновато въ томъ случаѣ, если-бы знало, что имущество было подарено. Точно также можно бы было сказать, чѣмъ виноватъ и одаренный, а между тѣмъ безотносительно къ тому, знаетъ или не знаетъ онъ о намѣреніи должника, имущество отъ него отбирается; что справедливо относительно перваго пріобрѣтеля, справедливо и относительно второго, третьяго и послѣдующихъ.

Переходя ко второму случаю, замѣтимъ, что вопросъ

[1]) Völderndorf н. с. стр. 136—137.

о возможности обращенія къ правопреемнику, безмездно и bona fide пріобрѣтшему имущество отъ третьяго лица, къ которому оно перешло отъ должника, дѣйствовавшаго animo fraudandi, раздѣляетъ ученыхъ на два лагеря — одни отрицаютъ возможность обращенія къ правопреемнику, другіе — признаютъ. Что касается первыхъ, то проводимая ими теорія, которую можно назвать абсолютною, сводится къ безусловному признанію того положенія, что правопреемникъ долженъ знать о намѣреніи должника, и въ безмездныхъ актахъ, самихъ по себѣ, какъ таковыхъ, это знаніе не предполагается, а должно быть доказано; если правопреемникъ не зналъ о намѣреніи должника, то онъ и не отвѣчаетъ — будетъ ли самый актъ, по которому имущество къ нему перешло, возмездный или безмездный — все равно. Представители этой теоріи — Корнъ [1]), Гартманъ [2]) и др. — исходятъ изъ того, что правопреемникъ, пріобрѣтая безмездно и bona fide, ни прямо, ни косвенно не нарушаетъ правъ кредиторовъ своего предшественника. Отождествлять одареннаго правопреемника съ одареннымъ третьимъ лицомъ нельзя; положенія ихъ различны — послѣднему легче и удобнѣе узнать, что даръ сдѣланъ должникомъ in fraudem creditorum; относительно его и возможно предположеніе, что оно знаетъ намѣреніе должника; правопреемникъ же третьяго лица стоитъ далеко отъ должника и его кредиторовъ и не можетъ знать всей обстановки заключенія сдѣлки. Противъ этихъ соображеній высказываются представители

---

[1]) Korn н. с. стр. 161.

[2]) Hartmann н. с. стр. 199.

относительной теоріи, не видящіе различія между первымъ пріобрѣтателемъ имущества, т.-е. третьимъ лицомъ, и послѣдующимъ, т.-е. правопреемникомъ. Теорія эта ставитъ ихъ въ одинаковое положеніе—разъ имѣется основаніе дѣлать отвѣтственнымъ одареннаго непосредственнымъ должникомъ, то нѣтъ основаній не дѣлать отвѣтственнымъ одареннаго третьимъ лицомъ; основанія отвѣтственности остаются тѣ же самыя... Козакъ [1]), Франке [2]), Іекель [3]), Менцель [4]) и др. приводятъ слѣдующія возраженія противъ абсолютной теоріи: во-1-хъ, если при непосредственномъ безмездномъ пріобрѣтеніи имущества отъ должника, третье лицо обязано его возвратить, несмотря на фактическое отсутствіе нарушенія права кредитора, то при этихъ же условіяхъ нѣтъ повода освобождать отъ отвѣтственности и правопреемника; между этими пріобрѣтателями нѣтъ разницы; оба они безъ возмездія пріобрѣли имущество, послѣдствіемъ чего былъ ущербъ кредитора (Франке); во-2-хъ, единственное желаніе провести принципъ виновности съ полною послѣдовательностью не можетъ быть оправдываемо; соображенія цѣлесообразности тутъ должны преобладать надъ соображеніями принципіальными (Менцель); и, дѣйствительно, чувство справедливости не можетъ быть удовлетворено при видѣ кредитора, которому при непосредственномъ безмездномъ переходѣ имущества къ третьему

---

[1]) Cosack н. с. стр. 309.
[2]) Francke н. с. стр. 482—483.
[3]) Jaeckel н. с. стр. 114.
[4]) Menzel н. с. стр. 217 пр. 20.

лицу позволяется обратить взысканіе на это имущество, а при посредственномъ безмездномъ переходѣ его къ другому лицу—не позволяется; да и третье лицо въ первомъ случаѣ едва ли можетъ безъ основательнаго недовольства видѣть, какъ второй и послѣдующіе безмездные пріобрѣтатели имущества освобождаются судомъ отъ всякой отвѣтственности. Для нихъ сознаніе единства проведеннаго въ законѣ принципа слишкомъ малое утѣшеніе. Въ-3-хъ, что касается различія въ положеніи третьяго лица и его правопреемника относительно бо̀льшей или мѐньшей возможности знакомства съ обстановкой, при которой сдѣлка совершена, то, по справедливому замѣчанію Козака, это соображеніе теряетъ всякое значеніе въ виду опасности, которую можно ожидать отъ безотвѣтственнаго перехода имущества изъ рукъ въ руки,—и только потому безотвѣтственнаго, что переходъ этотъ безмезденъ.

Наконецъ, нечего останавливаться на вопросѣ о томъ, что правопреемникъ, которымъ возвращено имущество въ число объектовъ взысканія, имѣетъ право регресса къ своему auctor'у—примѣняются тутъ тѣ же правила, какъ и въ случаѣ обращенія взысканія къ самому третьему лицу.

б. Соучастіе. Субъективное измѣненіе права кредитора опровергать акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ, возможно, какъ сказано выше, и въ формѣ соучастія, т.-е. когда имѣются нѣсколько лицъ или на сторонѣ кредитора или на сторонѣ третьяго лица. аа) Соучастіе на сторонѣ кредитора. Вопросъ этотъ,

по справедливому замѣчанію Корна [1]), страдаетъ цѣлымъ рядомъ недоразумѣній. Намъ кажется, что главнѣйшая причина этихъ недоразумѣній заключается въ недостаточно рѣзкомъ разграниченіи содержанія, составныхъ частей права кредитора опровергать акты, совершенные должникомъ; изъ отдѣльныхъ соображеній ученыхъ видно, что они имѣютъ въ виду то ту, то другую составную часть, и соображенія, касающіяся одной, переносятъ на другую или говорятъ объ этихъ частяхъ нераздѣльно. Согласно вышеизложенному, мы различаемъ право кредитора требовать уничтоженія акта отъ права его требовать возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія. Что касается перваго изъ этихъ правъ, то Козакъ [2]) правъ въ томъ, что видитъ въ немъ признакъ солидарности, и возраженіе Корна [3]), будто-бы тутъ имѣется не солидарность, а стеченіе титуловъ залогового права, не основательно, потому что относится не къ праву требовать уничтоженія акта, а къ праву требовать возврата вещи; при стеченіи правъ кредиторовъ на уничтоженіе залоговая точка зрѣнія не даетъ ничего для разъясненія вопроса; за то она дастъ все для разъясненія вопроса о стеченіи правъ требовать возврата. Стеченіе залоговыхъ правъ по отношенію къ праву требовать уничтоженія акта сохраняетъ лишь то значеніе, что одинъ изъ кредиторовъ, осуществляя это право, является лишь иниціаторомъ въ осуществленіи права судебнаго залога, онъ

---

[1]) Korn, н. с., стр. 236.
[2]) Cosack, н. с., стр. 228.
[3]) Korn, н. с., стр. 235.

первый дѣлаетъ начальные шаги къ осуществленію этого права—дѣлать то же самое остальнымъ кредиторамъ нѣтъ надобности; они, какъ сейчасъ увидимъ, дѣлаютъ лишь дальнѣйшіе шаги въ осуществленіи права судебнаго залога, каждый за себя—и тутъ уже о солидарности и рѣчи быть не можетъ. И такъ, въ правѣ требовать уничтоженія акта мы видимъ, если не солидарное право требованія по какому-то обязательственному отношенію, то простое право, какъ accessorium права по главному требованію съ признаками солидарности; солидарность эта заключается въ томъ, что, когда одинъ изъ кредиторовъ требуетъ уничтоженія акта въ полномъ объемѣ, то остальные могутъ и не требовать этого,—и безъ того они могутъ воспользоваться выгодами уничтоженія акта; за ними сохраняется право требовать возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія, хотя бы не они всѣ, а лишь одинъ изъ нихъ очистилъ, такъ сказать, поле для взысканія. Осуществленіемъ права уничтоженія акта однимъ изъ кредиторовъ прекращается это право и для другихъ—они его не могутъ осуществить; имъ предоставляется лишь пользоваться этимъ правомъ; рѣшеніе суда о недѣйствительности акта распространяется и на нихъ—и въ ихъ глазахъ акта не существуетъ. Но мы должны оговориться, что эта солидарность имѣетъ мѣсто лишь въ томъ случаѣ, когда кредиторъ-иниціаторъ требуетъ уничтоженія акта въ полномъ объемѣ, что, въ свою очередь, возможно только тогда, когда сумма акта равна или меньше суммы его требованія; если же сумма акта больше суммы требованія, то, по требованію одного изъ кредиторовъ,

актъ уничтожается лишь въ размѣрѣ его требованія; чтобы воспользоваться выгодами взысканія, остальнымъ кредиторамъ необходимо требовать уничтоженія той части акта, которая осталась неуничтоженной, какъ превышающая сумму требованія перваго кредитора — къ этому случаю идея солидарности не примѣняется.

Обращаясь къ принадлежащему нѣсколькимъ лицамъ праву требовать возврата имущества въ число объектовъ взысканія, мы видимъ, что большинство соображеній ученыхъ касается именно этой составной части права кредитора опровергать актъ и притомъ главнымъ образомъ вопроса: какое соотношеніе правъ кредиторовъ имѣется въ случаяхъ ихъ стеченія? Если имѣть въ виду нашу теорію опроверженія актовъ, то вопросъ разрѣшается очень просто—мы видимъ здѣсь случай стеченія судебно-залоговыхъ правъ, установленныхъ въ одномъ объектѣ въ пользу нѣсколькихъ лицъ; а если такъ, то вопросъ о ихъ соотношеніи и осуществленіи ими этихъ правъ разрѣшается такъ, какъ будто-бы объектъ этого залога не находился вовсе въ обладаніи третьяго лица, а продолжалъ находиться въ обладаніи самого должника. Словомъ, вопросъ сводится къ примѣненію правилъ процессуальнаго законодательства о стеченіи взысканій. Но это примѣненіе возможно, когда кредиторы, имѣющіе исполнительные акты, являются одновременно и требуютъ возврата имущества въ число объектовъ взысканія; въ этомъ случаѣ происходитъ равномѣрное удовлетвореніе. Болѣе сложнымъ представляется тотъ случай, когда, уже по удовлетвореніи одного изъ этихъ кредиторовъ являются,

другіе. Какое значеніе имѣетъ удовлетвореніе этого кредитора для другихъ? Козакъ [1]) примѣняетъ къ этому случаю идею солидарности, хотя этимъ онъ лишь даетъ извѣстную юридическую квалификацію тому, господствующему въ наукѣ, мнѣнію [2]), что если одинъ изъ кредиторовъ путемъ взысканія получилъ удовлетвореніе, то остальные уже не могутъ предъявлять къ третьему лицу никакихъ требованій; лицо это исполнило свою обязанность—и нѣтъ основанія требовать отъ него вторичнаго исполненія ея, развѣ бы осталась hyperocha—запоздавшіе кредиторы имѣютъ право на нее. Иную квалификацію даетъ этому мнѣнію Корнъ; онъ отрицаетъ примѣненіе идеи солидарности; по его мнѣнію удовлетвореніе одного изъ кредиторовъ оставляетъ въ полной неприкосновенности права другого, какъ главныя, такъ и придаточныя (Beirecht), т.-е. на уничтоженіе акта, да къ тому же одинъ залоговой титулъ не можетъ исключить другого, особенно титулъ погашенный. Такъ что, въ принципѣ, удовлетвореніе одного кредитора не погашаетъ правъ другого, но въ виду того, что права кредиторовъ на опроверженіе акта касаются одного предмета, положеніе вещей измѣняется; разъ кредиторомъ осуществлено право судебнаго залога, онъ имѣетъ право на полученіе вырученной отъ продажи суммы, а на долю остальныхъ остается развѣ hyperocha, если таковая имѣется, если же и ея нѣтъ, то они осуществить свое право опроверженія до конца

---

[1]) Cosack, н. с., стр. 228.

[2]) Hartmann, н. с., стр. 161—162; Otto, н. с., стр. 240—241; Völderndorf, н. с., стр. 108; Jaeckel, н. с., стр. 153—154.

не могутъ. Входить въ критическую оцѣнку этихъ двухъ квалификацій нѣтъ надобности въ виду нераздѣляемаго нами воззрѣнія, что полученіемъ однимъ изъ кредиторовъ удовлетворенія путемъ взысканія погашаются безусловно права остальныхъ. Если исходить изъ безусловно вѣрнаго мнѣнія Корна, что при наличности нѣсколькихъ кредиторовъ, имѣющихъ право опроверженія, имѣется стеченіе залоговыхъ титуловъ, то придется не только въ принципѣ, но и вообще при единствѣ предмета взысканія, признать, что эти титулы имѣютъ совершенно одинаковое право на существованіе и осуществленіе; осуществленіе одного въ ущербъ другимъ будетъ явленіемъ неправомѣрнымъ. Фактъ запозданія кредиторомъ до конца осуществить установленное въ его пользу право не долженъ влечь за собою потери этого права. Третье лицо знало, конечно, что на имуществѣ, находящемся въ его обладаніи, стеклось нѣсколько судебно-залоговыхъ правъ, и, допустивъ конечное осуществленіе права залога однимъ изъ кредиторовъ, повинно предъ остальными: оно должно было во время взысканія заявить, что имѣется, кромѣ даннаго, еще другія залоговыя права на взысканіе. Если оно этого не сдѣлало, то, само собой понимается, что оно дѣйствовало animo fraudandi, и кредиторъ, оставшійся безъ удовлетворенія, имѣетъ право на денежное вознагражденіе сообразно размѣру его требованія. Напр., уничтоженъ актъ по имуществу, которое и было продано за 10,000 р.; требованіе кредитора, обратившаго на него взысканіе, 15,000 р.; требованія-же кредиторовъ, запоздавшихъ: перваго въ 5,000 р., второго — 10,000 р., —

кредиторъ-взыскатель получаетъ 10,000 р., а запоздавшіе—ничего; послѣдніе и могутъ предъявить къ третьему лицу требованіе въ 5,000 р.—первый въ 1,666 р., второй въ 3,333 р.—эту сумму они получили-бы, еслибы третье лицо дѣйствовало правомѣрно; нѣтъ основаній отнимать у нихъ право на ея полученіе отъ третьяго лица только потому, что они не довели до конца осуществленіе залогового права, въ ихъ пользу судомъ установленнаго.

Непослѣдовательность господствующей доктрины о погашеніи права опроверженія кредитора, въ виду прекращенія этого права путемъ взысканія въ лицѣ одного изъ нихъ — проявляется всего рѣзче въ томъ случаѣ, если удовлетвореніе этого кредитора произошло путемъ денежнаго платежа. Чтобы быть послѣдовательнымъ, слѣдовало бы и тутъ признать, что, коль скоро одинъ изъ опровергшихъ актъ кредиторовъ получилъ уплату, всѣ остальные лишились своихъ правъ требовать отъ третьяго лица возврата имущества. Къ числу такихъ послѣдовательныхъ представителей доктрины принадлежитъ Козакъ [1]) — онъ допускаетъ широкое право выбора на сторонѣ третьяго лица — кого изъ кредиторовъ оно желаетъ удовлетворить, того и удовлетворяетъ, а остальныхъ отстраняетъ. И это серьезно считается цѣлесообразнымъ и справедливымъ. Менцель [2]) совершенно основательно говоритъ, что это зло, которое должно быть устранено, хотя бы косвеннымъ путемъ; а именно, онъ предлагаетъ

[1]) Cosack н. с. стр. 228—229, также Jaeckel н. с. l. c.
[2]) Menzel н. с. стр. 291.

считать третье лицо отвѣтственнымъ въ виду того, что по его винѣ стало невозможнымъ осуществленіе притязаній запоздавшихъ кредиторовъ. Конечно, это косвенный путь, пригодный только для законодательства, склоняющагося въ пользу господствующей доктрины. Но, разсуждая de lege ferenda, надо признать безусловное преимущество воззрѣнія, по которому одинаково разрѣшается и случай удовлетворенія одного изъ кредиторовъ путемъ взысканія, и случай удовлетворенія его платежемъ. Въ дѣйствительности получились бы въ первомъ случаѣ возмутительные результаты. Кредиторъ, которому третье лицо благоволитъ, получаетъ удовлетвореніе, другіе — не получаютъ, и должны съ этимъ примириться. Гартманъ [1]), въ противоположность Козаку, принадлежитъ къ непослѣдовательнымъ представителямъ господствующей доктрины — онъ допускаетъ погашеніе права кредиторовъ при удовлетвореніи одного изъ нихъ путемъ взысканія и не допускаетъ — при удовлетвореніи его путемъ уплаты; но онъ ограничивается лишь выраженіемъ сомнѣнія въ возможности разрѣшенія второго случая одинаково съ первымъ. Средняго мнѣнія держится Экціусъ [2])—онъ различаетъ предметы, подлежащіе возвращенію въ число объектовъ взысканія, а именно: опредѣленныя вещи и денежныя суммы; въ послѣднемъ случаѣ онъ признаетъ, что уплатою этой суммы одному изъ кредиторовъ погашаются права остальныхъ, въ первомъ же случаѣ — если третье лицо, вмѣсто возврата вещи, уплатило кре-

---

[1]) Hartmann н. с. стр. 163.
[2]) Eccius н. с. стр. 620.

дитору, то оно сдѣлало это на свой страхъ, и не можетъ противиться обращенію запоздавшими кредиторами взысканія на находящееся у него имущество. Такая смѣшанная теорія не выдерживаетъ критики; юридически, въ этомъ случаѣ разница въ объектахъ взысканія не имѣетъ значенія — будетъ ли кредиторъ требовать возврата денежной суммы или извѣстной вещи — это безразлично; получилъ ли онъ денежную сумму, которую долженъ былъ получить прямо отъ третьяго лица, или онъ получилъ ее, имѣя право получить ее путемъ публичной продажи имущества, не можетъ имѣть вліянія на права другихъ кредиторовъ; и въ томъ и другомъ случаѣ третье лицо совершаетъ неправомѣрное дѣйствіе въ нарушеніе залоговыхъ правъ кредиторовъ — различно обсуждать эти случаи нѣтъ основанія.

Съ нашей точки зрѣнія и уплата, произведенная одному изъ кредиторовъ, не погашаетъ правъ остальныхъ — и они вправѣ обратить взысканіе на имѣющееся у третьяго лица имущество. Все различіе между этимъ случаемъ и удовлетвореніемъ кредитора путемъ взысканія то, что въ первомъ изъ нихъ, какъ мы видѣли, за запоздавшими кредиторами признается право на вознагражденіе, за вычетомъ того, что по соразмѣрности причиталось уже удовлетворенному кредитору, во второмъ же случаѣ они — буде ихъ требованія не менѣе стоимости имущества — получаютъ полную сумму, вырученную отъ продажи.

бб) Соучастіе на сторонѣ третьяго лица не вызываетъ и не можетъ вызвать никакихъ затрудненій. Если

нѣсколько лицъ пріобрѣли имущество или право отъ должника, и по отношенію къ каждому изъ нихъ имѣются въ наличности условія отвѣтственности, то отвѣчаетъ каждый за то, что онъ получилъ; но если имущество, подлежащее возврату недѣлимо, то недѣлима и отвѣтственность [1]).

---

[1]) Menzel н. с. стр. 252. Korn н. с. стр. 58. Cosack н. с. стр. 264. Hartmann н. с. стр. 172.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Охраненіе права кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ.

Право кредитора опровергать акты охраняется какъ искомъ, такъ и возраженіемъ. Что касается перваго, то искъ этотъ [1]) можетъ быть предъявленъ всякимъ кредиторомъ, при наличности указанныхъ условій опроверженія. Отвѣтчикомъ по этому иску является третье лицо [2]). Съ точки зрѣнія деликтной теоріи и теоріи исключительной охраны интересовъ кредитора это мотивируется очень легко — третье лицо участвовало въ совершеніи деликта, на третье лицо возлагается обязательство ex lege, оно, а никто другой, не можетъ являться отвѣтчи-

---

[1]) Искъ этотъ, actio Pauliana, имѣетъ свою чрезвычайно интересную исторію, вызвавшую цѣлую литературу, см. Reinhart н. с. стр. 1–92. Mankiewitz н. с. стр. 1—37. Grützmann н. с. стр. 1—10. Schey н. с. стр. 184—195.

[2]) Венулей въ L. 25 § 7 D. q. in fr. cred. 42, 8 утверждаетъ что и противъ должника можетъ быть предъявленъ этотъ искъ. Шёнеманъ (стр. 44) замѣчаетъ, что это не имѣетъ практическаго значенія, ибо имущество находится не у него, а у третьяго лица. См. Gimmerthal. Ueber die heut. Anwendbarkeit der actio Pauliana gegen den Schuldner въ Arch. f. pract. RW. B. 3. H. 3. S. 225—238.

комъ. Но съ точки зрѣнія теоріи исполнительной силы рѣшенія вопросъ какъ будто бы осложняется; на самомъ же дѣлѣ и тутъ затрудненій нѣтъ. Гартманъ [1]), представитель этой теоріи, говоритъ, что искъ этотъ можетъ быть направленъ только противъ пріобрѣтателя имущества, ибо конечная цѣль опроверженія акта — возвратъ противоправно доставшагося имущества, которое и находится въ обладаніи третьяго лица. Съ точки зрѣнія нашей теоріи, примыкающей къ теоріи исполнительной силы рѣшенія, предъявленіе иска противъ третьяго мотивируется въ существѣ также; кредиторъ осуществляетъ право судебнаго залога относительно имущества, переданнаго нарушителемъ его залоговгго права третьему лицу; нахожденіе объектовъ взысканія у этого лица является сильнымъ указателемъ на то, что именно къ нему, а не къ кому другому искъ не можетъ быть предъявленъ. Вящшимъ подтвержденіемъ этому служитъ его conscientia fraudis, дѣйствительная или предполагаемая; безъ этого послѣдняго признака теряется различіе между этимъ лицомъ и всякимъ другимъ противоправнымъ обладателемъ объектовъ взысканія. И въ этомъ особенность иска объ опроверженіи акта—та сторона его содержанія и права опроверженія, которая касается права на возвратъ имущества, хотя не придавая ему значенія actio in rem, тѣмъ не менѣе уподобляетъ его этой actio; различіе его отъ этой послѣдней и заключается въ томъ, что искъ объ опроверженіи акта можетъ быть предъявленъ не

---

[3]) Hartmann н. с. стр. 60.

ко всякому обладателю имущества, а лишь къ тому, который обладаетъ cum conscientia fraudis. См. выше стр. 40—41, 164—165, 171.

Затѣмъ, въ дальнѣйшемъ мы видимъ, что въ процессѣ по иску объ опроверженіи акта, кромѣ истца и отвѣтчика, могутъ участвовать и третьи, въ процессуальномъ смыслѣ, лица; такъ, всѣ лица, къ которымъ одна изъ сторонъ можетъ предъявить обратное требованіе, могутъ вступать въ процессъ въ качествѣ пособниковъ; сюда прежде всего принадлежитъ самъ должникъ. Мы видѣли выше, что третье лицо, отъ котораго взыскано имущество, можетъ обратиться съ требованіемъ къ должнику — должникъ, имѣя интересъ въ исходѣ процесса, очевидно можетъ вступать въ качествѣ пособника [1]) Но это общепринятое мнѣніе находитъ себѣ противника въ Кранихфельдѣ [2]), который не допускаетъ пособничества должника, потому что на его сторонѣ нѣтъ такого интереса, который давалъ бы ему право вступить въ качествѣ пособника; такимъ интересомъ нельзя признать желаніе его, чтобы тотъ или другой изъ обоихъ его кредиторовъ, т. е. или первоначальный его кредиторъ, или третье лицо, по обратному требованію, получило ранѣе удовлетвореніе. Противъ этого Отто [3]) справедливо возражаетъ, что право регресса, которое третье лицо имѣетъ къ должнику, за-

---

[1]) Мой Учеб. рус. гр. суд., стр. 77—79. Jaeckel н. с. стр. 193. Otto н. с. стр. 239, Hartmann н. с. стр. 181. Менцель (стр. 295) требуетъ для вступленія должника въ качествѣ пособника согласія третьяго лица, не объясняя причины этого требованія.

[2]) Kranichfeld н. с. стр. 47.

[3]) Otto н. с. стр. 240.

ставляетъ признать за послѣднимъ достаточный интересъ для участія въ качествѣ пособника. Къ этому надо прибавить, что едва ли найдется должникъ, сознающій грозящую ему невыгоду и знающій о возможности отвращенія послѣдней путемъ вступленія въ процессъ, будетъ думать о такомъ вздорѣ, какъ порядокъ удовлетворенія двухъ кредиторовъ. Кромѣ должника въ роли пособника можетъ фигурировать и правопреемникъ его. Но возможно ли привлечь этихъ лицъ путемъ litis denuntiatio. И въ этомъ вопросѣ Кранихфельдъ [1]) одинъ высказывается въ отрицательномъ смыслѣ, ссылаясь на то, что притязаніе третьяго лица къ должнику основано на особомъ ихъ частноправовомъ отношеніи. И противъ этого Отто [2]) справедливо возражаетъ, что если въ этомъ видѣть препятствіе къ привлеченію должника, то вообще litis denuntiatio никогда невозможна, ибо она всегда основана на особомъ отношеніи привлекающаго къ привлекаемому.

Что касается суда, которому искъ объ опроверженіи акта подсуденъ, то это спорный вопросъ. Предложены были самыя разнообразныя основанія подсудности. Представителямъ деликтной теоріи всего болѣе пристало бы принять forum delicti commissi. Корнъ [3]) и Отто [4]) остались вѣрны деликтной теоріи. Но f. delicti commissi не можетъ быть примѣнено уже потому, что въ основаніи иска не лежитъ деликтъ [5]); независимо отъ того, это осно-

---

[1]) Kranichfeld н. с. стр. 46—47.

[2]) Otto н. с. l. c.

[3]) Korn. н. с. стр. 255.

[4]) Otto н. с. стр. 231.

[5]) Jaeckel н. с. стр. 185.

ваніе подсудности непримѣнимо къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ, по сознанію самихъ представителей деликтной теоріи, нѣтъ деликта, именно, при добросовѣстномъ пріобрѣтеніи по безмездному акту. Отто въ виду этого и предлагаетъ примѣнить къ этому случаю forum solutionis contractus, приведя то соображеніе, что тутъ искъ направленъ на уничтоженіе (Aufhebung) отчужденія, всего чаще совершающагося въ формѣ договора. Въ этой аргументаціи кроются всѣ недостатки аргументируемаго положенія: во-1-хъ, въ случаяхъ безмезднаго отчужденія всего чаще встрѣчается договорная форма, а гдѣ ея нѣтъ, какое основаніе подсудности слѣдуетъ принять?—forum dellicti commissi или другое какое? во-2-хъ, для исковъ однородныхъ даются два различныхъ основанія подсудности ихъ, изъ-за того, что въ одномъ рѣчь идетъ объ актѣ возмездномъ, въ другомъ—безмездномъ, въ одномъ имѣется дѣйствительный animus fraudandi, въ другомъ его можетъ и не быть; въ-3-хъ, предлагается распространеніе правилъ о подсудности исковъ по договорамъ на акты, отъ нихъ отличные--это противно мысли законодателя, установившаго это правило только для договоровъ. Господствующее въ наукѣ мнѣніе склоняется въ пользу отсутствія надобности въ какомъ-либо одномъ, спеціальномъ основаніи подсудности для исковъ объ уничтоженіи акта; примѣнены должны быть правила процессуальнаго законодательства о подсудности, смотря по характеру даннаго иска. Не выставляя общаго правила, ученые указываютъ, какія основанія подсудности, по ихъ мнѣнію, не должны быть примѣняемы, какія ограниченія въ

этихъ случаяхъ должны быть установлены. Козакъ [1]) прямо указываетъ примѣрами на примѣнимость: мѣста жительства отвѣтчика, мѣста исполненія договора и мѣста исполненія рѣшенія, но не допускаетъ примѣненія мѣста правонарушенія и мѣста нахожденія имущества. Гартманъ [2]), не выставляя общаго правила, перечисляетъ непримѣнимыя основанія подсудности, а именно: мѣсто исполненія рѣшенія, мѣсто исполненія договора и мѣсто нахожденія недвижимаго имущесгва. Іекель [3]), допуская примѣненіе основаній подсудности, установленныхъ для личныхъ исковъ, а также мѣсто нахожденія недвижимаго имущества, исключаетъ изъ числа допустимыхъ основаній—мѣсто исполненія договора и мѣсто правонарушенія. Господствующее мнѣніе, въ основномъ его положеніи, не можетъ быть принято, потому что, во-1-хъ, искъ объ уничтоженіи акта не проявляется въ столькихъ разнообразныхъ формахъ, чтобы къ нему могли быть примѣняемы различныя спеціальныя основанія подсудности; единственное различіе, могущее имѣть въ данномъ случаѣ значеніе, это — относится ли искъ къ движимому или недвижимому имуществу. Когда придется примѣнить мѣсто исполненія договора, когда мѣсто исполненія рѣшенія—ученые не говорятъ, да и сказать трудно; оставить судебную практику и законодательство безъ всякихъ руководящихъ началъ тоже нельзя; во-2-хъ, самое разнообразіе взглядовъ ученыхъ этой группы указываетъ на то,

---

[1]) Cosack, н. с., стр. 226.

[2]) Hartmann, н. с., стр. 27—28.

[3]) Jaeckel, н. с., стр. 185.

что общая ихъ точка зрѣнія не вѣрна; исходя изъ одной и той же мысли объ отсутствіи надобности въ спеціальныхъ правилахъ, каждый создаетъ свои правила — и дѣлаетъ изъ нихъ свои исключенія. Рождается вопросъ, какія же основанія подсудности могутъ быть предложены изъ шести основаній подсудности, указанныхъ Корномъ, Отто, Козакомъ, Гартманомъ и Іекелемъ. О мѣстѣ правонарушенія мы уже говорили. Что касается мѣста исполненія договора, то оно не можетъ быть примѣнено, во-1-хъ, уже потому, что, установляя его для исковъ объ исполненіи договоровъ, законодатель исходилъ изъ той мысли, что, гдѣ должно было послѣдовать добровольное исполненіе, тамъ всего удобнѣе требовать принудительнаго исполненія; въ искахъ же объ уничтоженіи акта рѣчь идетъ не объ исполненіи, а о возвратѣ полученнаго во исполненіе акта [1]); во-2-хъ, это основаніе установлено для договаривающихъ сторонъ, а третье лицо стоитъ внѣ договорнаго соглашенія [2]); въ-3-хъ, въ искахъ объ уничтоженіи акта рѣчь вовсе не идетъ о спорѣ между договаривающимися сторонами [3]); отношенія между сторонами ими не затрогиваются, отношенія эти сами по себѣ остаются въ силѣ [4]). Неудовлетворительно и мѣсто исполненія рѣшенія, во-1-хъ, по своей неопредѣленности; вѣдь искъ объ уничтоженіи акта предъявляется, когда исполненіе оказалось безуспѣшнымъ; быть можетъ его и вовсе не было, потому что оно не могло состояться; до-

[1]) Ibid. l. c.
[2]) Ibid. l. c.
[3]) Menzel, н. с., стр. 296, пр. 20.
[4]) Hartmann, н. с., стр. 28.

вольно мудрено по такому основанію подсудности предъявить искъ; во-2-хъ, допустимъ, что исполненіе было, но, напр., по продажѣ недвижимаго имущества оказалось, что кредиторъ не получилъ полнаго удовлетворенія; неужели ему необходимо предъявить искъ объ уничтоженіи акта по мѣсту нахожденія уже проданнаго имущества? въ этихъ случаяхъ,—а подобныхъ имъ можетъ быть множество, - чисто случайное обстоятельство рѣшаетъ вопросъ, гдѣ искъ долженъ быть разрѣшенъ; въ-3-хъ, хотя искъ объ уничтоженіи акта есть вспомогательный искъ при исполненіи рѣшенія, но изъ этого еще нельзя выводить, что онъ подсуденъ суду по мѣсту исполненія рѣшенія [1]) - отъ предъявленія его, въ видахъ цѣлесообразности и удобства, другому какому-либо суду, не теряется значеніе его, какъ вспомогательнаго иска. Наконецъ, противъ мѣста жительства отвѣтчика и мѣста нахожденія недвижимаго имущества мы ничего возразить не имѣемъ—они и должны быть примѣняемы.

Намъ кажется, что спорный вопросъ о подсудности долженъ быть рѣшенъ такимъ образомъ: искъ объ уничтоженіи акта, въ сущности, есть искъ, вызванный нарушеніемъ права судебнаго залога; если требуется возвратить въ число объектовъ взысканія движимое имущество, то, въ силу правила mobilia ossibus inhaeret, примѣняется общее основаніе подсудности—мѣсто жительства отвѣтчика; но если требуется возвратъ въ число объектовъ взысканія недвижимаго имущества, иначе говоря, если, во-1-хъ, предметомъ опровергаемаго акта является недвижимое

[1]) Ibid., стр. 27.

имущество и, во-2-хъ, оно in natura находится во владѣніи третьяго лица, то всего цѣлесообразнѣе и удобнѣе примѣнить мѣсто нахожденія недвижимаго имущества. Первое изъ этихъ положеній было высказано Іекелемъ но встрѣтило то возраженіе со стороны Гартмана [1]) и др., что искъ объ уничтоженіи акта не есть actio in rem. Это теоретическое соображеніе не можетъ имѣть серьезнаго значенія тамъ, гдѣ рѣчь идетъ объ удобствахъ, а идетъ она именно при обсужденіи вопросовъ о подсудности. Это возраженіе странно слышать отъ Гартмана [2]), который признаетъ, какъ мы видѣли, условіемъ легитимаціи отвѣтчика обладаніе имъ даннымъ имуществомъ. Но и съ нашей точки зрѣнія это возраженіе малосодержательно, такъ какъ мы неоднократно указывали, что въ искѣ о возвратѣ имущества въ число объектовъ взысканія имѣются нѣкоторыя черты actionis in rem. Второе изъ этихъ положеній необходимо выставить потому, что если недвижимая вещь уже не находится in natura у третьяго лица, то къ нему предъявляется требованіе о вознагражденіи, которое, конечно, не подлежитъ суду по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества.

Что касается самаго иска объ уничтоженіи акта, то къ вопросу объ основаніяхъ его примѣняются общія правила въ томъ видѣ, какъ это уже не разъ было указано нами въ предшествующемъ изложеніи. Истецъ долженъ сослаться на эти основанія, причемъ требуется указаніе на факты, при наличности коихъ актъ могъ бы

[1]) Ibid., стр. 28.
[2]) Ibid., стр. 60.

быть признанъ недѣйствительнымъ и имущество могло быть возвращено въ число объектовъ взысканія, или же это возвращеніе могло быть замѣнено денежною уплатою. Мысль объ отдѣленіи иска о недѣйствительности акта отъ imploratio officii judicis, относительно возврата имущества въ число объектовъ взысканія, несмотря на свою теоретическую безупречность, не можетъ быть проведена въ процессѣ съ полною послѣдовательностью, а потому и искъ кредитора долженъ быть направленъ и на недѣйствительность акта, и на возвратъ вещи или уплату денежной суммы.

Не мало затрудненій представляетъ вопросъ о возраженіяхъ, которыя могутъ быть предъявлены отвѣтчикомъ—третьимъ лицомъ противъ требованія кредитора. Выставить такое положеніе, что отвѣтчикъ не можетъ предъявлять никакихъ возраженій противъ требованія, насколько представляется заманчивымъ и само собою напрашивающимся,—ибо разъ судебнымъ рѣшеніемъ признано его существованіе, оно стоитъ незыблемо,—настолько же и не основательнымъ. Тенденція современной доктрины какъ разъ противоположна; она стремится, по возможности, расширить кругъ этихъ возраженій. Крайнимъ выразителемъ ея является Отто [1]), который никакихъ въ этомъ отношеніи преградъ не ставитъ; онъ допускаетъ всякаго рода возраженія противъ требованія, какъ касательно его возникновенія и существованія, такъ и исполнительной его силы, мотивируя это тѣмъ, что, во-1-хъ, сила рѣшенія, признавшаго требованіе кредитора, не рас-

[1]) Otto, u. c., стр. 239.

пространяется далѣе спорящихъ сторонъ; въ силу этого рѣшенія должникъ лишенъ права предъявлять возраженія, для него оно обязательно, но третьяго лица не касается и, во-2-хъ, если на кредитора возлагается обязанность представить исполнительный титулъ, то это имѣетъ именно то значеніе, что на третье лицо переносится тяжесть доказыванія, что требованія не существуетъ, т.-е. предоставляется предъявлять всякаго вида возраженія. Понятно, почему это крайнее мнѣніе никѣмъ не принято. Что касается перваго соображенія, то оно само по себѣ вѣрно, но, при сохраненіи его въ полной неприкосновенности, все-таки, какъ увидимъ ниже, возможны случаи, когда третьему лицу не должно быть предоставлено право предъявлять такія возраженія противъ требованія, которыя стоятъ внѣ предѣловъ силы судебнаго рѣшенія. Второе же соображеніе безусловно несостоятельно само по себѣ; необходимости предъявленія кредиторомъ исполнительнаго титула едва ли можно придавать лишь то значеніе, что благодаря ей переносится на отвѣтчика тяжесть доказыванія несуществованія требованія; она имѣетъ, какъ мы видѣли выше, свое особое значеніе и, установляя его, нельзя и предположить, что изъ этого можетъ быть сдѣланъ подобный выводъ [1]). Развѣ можно изъ установленнаго, напр. закономъ, требованія, чтобы кредиторъ представилъ извѣстный фактъ, обосновывающій его право, всегда выводить, что требованіе это установлено именно съ цѣлью перенести тяжесть доказыванія противнаго на должника; если это иногда и бываетъ, то

[1]) Korn, н. с., стр. 19.

далеко не всегда; этого не бываетъ тогда, когда данному факту, приводимому истцемъ, придается безусловная сила; напр. фактъ признанъ судебнымъ рѣшеніемъ, обличенъ въ законную форму и т. д. — тутъ исключается всякая возможность доказательства противнаго.

Господствущее мнѣніе отводитъ отвѣтчику извѣстный кругъ, въ предѣлахъ котораго онъ можетъ предъявлять противъ требованія кредитора извѣстныя возраженія. Всѣ возможныя въ этомъ случаѣ возраженія могутъ быть сведены къ двумъ группамъ: производныя и самостоятельныя; первыя черпаются изъ правовой сферы должника, послѣднія — изъ правовой сферы самаго третьяго лица. Что касается производныхъ возраженій, то одни ученые допускаютъ, другіе не допускаютъ ихъ предъявленія. Такъ Іекель [1]) и Корнъ [2]) безусловно отрицаютъ возможность ихъ примѣненія, приводя то соображеніе, что, во-1-хъ, хотя сила рѣшенія и не распространяется на третьихъ лицъ, но если условіемъ опроверженія акта является исполнительная сила требованія кредитора, то этимъ уже указывается на дѣйствіе исполнительнаго титула и противъ третьихъ лицъ; тѣмъ болѣе, что право опроверженія связано съ исполнительною силою требованія — и цѣль его заключается въ расширеніи круга тѣхъ предметовъ, изъ которыхъ кредиторъ можетъ получить удовлетвореніе; во-2-хъ, возраженія, почерпнутыя изъ правовой сферы должника, суть такъ-называемыя exceptiones ex

---

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 17.

[2]) Korn, н. с., l. c., ссылающійся на сочиненіе Hinschius'a въ Anwults Zeitung 1866, № 79.

jure tertii, предъявленіе коихъ не допускается. Кромѣ этихъ соображеній нелишне замѣтить и то, что, въ-3-хъ, судебное рѣшеніе, если и не создаетъ новаго права, то создаетъ новое самостоятельное основаніе требованія; быть можетъ, даннаго требованія въ дѣйствительности вовсе не было или противъ него имѣлась масса возраженій, но разъ рѣшеніе постановлено, создается тождественное съ прежнимъ по содержанію и свободное отъ всякихъ возраженій новое требованіе; разъ такое требованіе установлено рѣшеніемъ, безусловно исключается вопросъ о томъ, существуетъ ли оно по праву или противно праву [1]). Другіе ученые, однако, высказываются не столь безусловно противъ производныхъ возраженій. Іессъ [2]), и отчасти Козакъ [3]) даютъ отрицательную формулу: третье лицо не вправѣ предъявлять такія возраженія, которыя самъ должникъ не могъ бы еще предъявить. Такая формулировка совершенно излишняя тонкость; Іессъ не рѣшается формулировать свою мысль положительно, потому что положеніе: третье лицо можетъ предъявлять лишь тѣ возраженія, на которыя можетъ ссылаться должникъ—будетъ не вѣрно, ибо надо тутъ оговорить одно исключеніе; исключеніе этого—возраженія чисто личнаго свойства, т. н. exceptiones personae cohaerentes. Мысль этихъ ученыхъ та, что, за исключеніемъ послѣднихъ возраженій, третье лицо можетъ предъявлять возраженія, которыя открыты еще для самаго должника; напр. оно можетъ

---

[1]) Iesz, н. с., стр. 41.
[2]) Ibid., н. с., стр. 41.
[3]) Cosack, н. с., стр. 38.

предъявить споръ о подлогѣ акта, можетъ указать на то, что должникъ произвелъ уплату взамѣнъ взысканія, и слѣдовательно, что кредиторъ удовлетворенъ и т. д. Но, съ другой стороны, понятно само собой, что возраженія, которыя были уже сдѣланы должникомъ и судомъ отвергнуты и которыхъ онъ не предъявлялъ и не можетъ въ данный моментъ предъявить [1]), не могутъ быть предъявлены и отвѣтчикомъ—третьимъ лицомъ. Эту мысль въ болѣе категоричной и ясной формѣ высказываетъ Менцель [2]). Онъ дѣлитъ возраженія, названныя нами производными, на двѣ категоріи: возраженія, которыя могутъ быть предъявлены должникомъ и возраженія, которыя болѣе имъ не могутъ быть предъявлены; предъявленіе первыхъ должно быть, вторыхъ — не должно быть допущено, по соображеніямъ, сходнымъ съ вышеизложенными.

Вторую категорію возраженій образуютъ возраженія самостоятельныя; черпая свои основанія изъ сферы правъ отвѣтчика, они допускаются уже потому, что основанія эти лежатъ за предѣлами силы судебнаго рѣшенія [3]). Сюда относятся, во-1-хъ, возраженія, основанныя на особыхъ правахъ отвѣтчика; такъ, напр. возраженіе о зачетѣ, въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ объ уничтоженіи акта направленъ на полученіе денежнаго платежа [4]), во-2-хъ, возраженіе о томъ, что само требованіе креди-

---

[1]) Едвали основательно и замѣчаніе Гартмана (стр. 66), что право возраженія отвѣтчика непроизводится и независимо отъ должника.

[2]) Menzel, н. с., стр. 45.

[3]) Jaeckel, н. с., стр. 18.

[4]) Menzel, н. с., стр. 48.

тора къ должнику подлежитъ опроверженію,—хотя, конечно, лишь въ томъ случаѣ, если отвѣтчикъ въ то же время кредиторъ даннаго должника и актъ совершенъ въ его ущербъ [1]), въ-3-хъ, exceptio doli, въ широкомъ смыслѣ, т.-е. возраженіе, направленное противъ кредитора, добившагося судебнаго рѣшенія; сюда относится возраженіе о симуляціи, т.-е. соглашеніи кредитора и должника, въ силу котораго симулируется актъ съ тѣмъ, чтобы онъ былъ потомъ опровергнутъ [2]); напр. А выдалъ Б безденежное заемное письмо, по которому и состоялось судебное рѣшеніе; затѣмъ, А получаетъ со своего должника В платежъ, не скрывая своего имущественнаго положенія; если Б предъявитъ искъ объ уничтоженіи акта платежа и В можетъ доказать безденежность заемнаго письма, то отказывать ему въ правѣ сдѣлать это возраженіе—нѣтъ основанія.

Что касается доказательствъ въ процессѣ опроверженія актовъ, то тутъ примѣняются общія правила въ томъ видѣ и съ тѣми особенностями, какъ это изложено выше.

Наконецъ, въ началѣ этой главы мы упомянули, что право кредитора опровергать акты охраняется и возраженіями. Reus in exceptione actor est. Понятно, что пользоваться этими возраженіями кредиторъ, привлеченный третьимъ лицемъ, можетъ при тѣхъ же условіяхъ, какъ еслибы онъ желалъ предъявить къ послѣднему отдѣльное исковое требованіе. Такъ что, строго говоря, объ этомъ случаѣ нечего упоминать. Но есть въ немъ

---

[1]) Ibid. l. c.

[2]) Hartmann, н. с., стр. 48; Otto, н. с., стр. 239.

одна особенность, указываемая современною доктриною. Положеніе такого отвѣтчика нѣсколько облегчается съ процессуальной стороны — предлагается не требовать отъ него немедленнаго указанія на исполнительную силу акта; ему дается срокъ для представленія доказательствъ того, что актъ обладаетъ таковою силою [1]). Такое облегченіе весьма важно для отвѣтчика и вполнѣ цѣлесообразно; хотя, съ другой стороны, нѣтъ такого законодательства, которое не давало бы суду права въ послѣднемъ случаѣ просить отсрочки для предъявленія исполнительнаго титула. Наконецъ, не можетъ подлежать сомнѣнію и возможность обращенія кредитора къ третьему лицу и со встрѣчнымъ искомъ [2]).

---

[1]) Cosack, н. с., стр. 36; Jaeckel, н. с., стр. 23; Menzel, н. с., стр. 292.

[2]) Völderndorf, н. с., стр. 96; Contra Hartmann, н. с., стр. 146.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Прекращеніе права кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ.

Право кредитора опровергать акты прекращается общими способами прекращенія гражданскихъ правъ. Сведены эти способы могутъ быть къ двумъ: во-1-хъ, оно прекращается съ прекращеніемъ главнаго права, т.-е. права требованія кредитора къ должнику; какъ accessorium оно уже съ прекращеніемъ перваго теряетъ всякое значеніе; напр., если кредиторъ взыскалъ все ему причитающееся изъ другого имущества должника, или получилъ уплату, или простилъ долгъ, или зачелъ его и т. п. [1]); во-2-хъ, оно прекращается, какъ отдѣльное право при существованіи главнаго. Nemo invitus agere cogatur; а потому воля кредитора имѣетъ безусловное значеніе—онъ можетъ и отступиться отъ своего права [2]), можетъ замѣнить свое требованіе и т. д. Особенное же значеніе придается давности: мы уже видѣли, что для осуществленія права опровергать безмездный актъ весьма цѣлесообразно установить особенную краткую давность.

---

[1]) Menzel, н. с., стр. 303.

[2]) Cosack, н. с., стр. 352.

ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ.

Страница.	*Строка.*	*Напечатано:*	*Слѣдуетъ читать.*
XII	15 снизу	Сцеволы	Венулея
4	4 „	§§ 10	L. 6. § 11.
30	12 сверху	взыскать	взыскателю
32	2 „	форму	формулу
86	5 снизу	совершенія	совершенъ
139	4 „	137	68.
168	2 „	передаетъ	передаетъ-ли
„	1 „	передаетъ	передаетъ-ли
169	1 сверху	получилъ.	получилъ?
174	13 „	Сцевола	Венусей
„	3 снизу	Scaevola	Venuleius
176	13 сверху	Сцеволы	Венулея
184	5 „	пріобрѣтенія	пріобрѣтателя

ГОЛЬМСТЕНЪ

Ученіе

О ПРАВѢ

КРЕДИТОРА

М. Ф.