



~~8.909~~

Нові причинки

до

теорії заручин в новітнім праві

написав

Др. Станіслав Дністрянський.

Відбитка з „Часописи правничої і економічної“, том VIII.

У ЛЬВОВІ, 1905.

Накладом Наукового Товариства імени Шевченка.

З друкарні Наукового Товариства імени Шевченка
під зарядом К. Беднарського.

06



~~8. 4. 09~~

(40)

Нові причинки до теорії заручин в новітнім праві.

Пише

Др. Станіслав Дністряньский.

Минуло шість літ від часу, як оголосив я в „Часописи правничій“ з 1899 р. мій габілітаційний виклад п. з.: „Заручини в австрійськiм праві“¹⁾, де виложив дещо про правну суть заручин, пояснив значіне дотичних постанов австрійського права, та звів їх до загальної теорії. Тоді одначе була теория заручин в літературі новітнього права німецького доволі необроблена²⁾, — але від виступлення Stutz-a у звісній монографії „Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichem Recht“ (Tübingen 1900) зрочла література сего питання дуже значно³⁾. У сій новій літературі стрінув я багато поглядів, які висказав уже в габілітаційнім викладі, але й багато противних поглядів, що

¹⁾ Вийшло також осібною відбиткою.

²⁾ З літератури повсюдного права заслугує на увагу v. Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht (1882), ст. 365 і д.; а з літератури нового нім. кодексу лише коротка згадка в Jacobi-ого, Das persönliche Ehe-recht des B. G. B. für das Deutsche Reich (1896) ст. 13—19; і Unzner, в Planck-a Commentar IV ст. 8 і д.

³⁾ Вірно каже тому Dernburg, Das bürg. R. des Deutschen Reichs IV (1903) ст. 19 пр. 1: „Die Literatur des neuen Verlöb-nisrechtes ist eine verdienstliche.“ Пор. літературу у нього подану, крім сего Landsberg, Das Recht des B. G. B. (1904) II ст. 831 і д.

Львівська бібліотека
АН УРСР
№ 11- 26522

доходили до противних вислідів. Проте виринула потреба, теорію заручин піддати ще раз основному аналізови, та користуючи ся новими науковими здобутками перевірити попередні висновки. Вислідом сеї критичної праці було се, що не змінив я своїх основних поглядів, та лишив ся приклонником т. зв. теорії умови (Vertragstheorie), що й сьогодні панує в науці.

Але як раз у останньому часі появила ся нова розвідка Кrasnopolsk-ого про розв'язане заручин в австрійському праві ¹⁾, яка відкидає теорію умови, та старає ся доказати, що австрійське право що-до правової сути заручин ²⁾ приняло т. зв. теорію факту (Tatsächlichkeitstheorie). Сей визначний австрійський юрист, довголітний професор на німецькім університеті в Празі, приноровив теорію деяких німецьких учених про нове право німецьке ³⁾ до старенького австрійського закона і виступив з сильною критикою дотеперішних поглядів.

Його аргументи дуже важкі і чимало переконуючі; сама розвідка повна нових гадок і критичного освітлення противних поглядів — проте нема сумніву, що в теорії і практиці зможе вона найти багато приклонників. Тому з радостию можу піднести, що багато поглядів Кrasnopolsk-ого виказав я уже в своїм габілітаційнім викладі; але про тото не можу згодити ся з ним що-до загальних висловків теорії і в теперішній розвідці буду старати ся повернути давну теорію умови.

За підставу сего огляду беру постанови австрійського права, але від них мушу перейти нераз до основних понять

¹⁾ Krasnopolski, Der Verlöbnißbruch im oest. R., в Ger. Zeitung 1904 № 43, 44, 36, 37, 38, 45.

²⁾ За теорією умови в австр. праві висказують ся між старшими уже Zeiller, Commentar über das allg. b. G. B. I (1811) ст. 168 і д., Prockner, Schadenersatz wegen eines Rucktrittes von einem Eheverlobnisse, в Jurist X (1843) ст. 392; між новішими письменниками Rittner, Oest. Eherecht (1876) ст. 358 і д.; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System des oest. allg. Pr. R. II³ § 424 (ст. 379); Anders, Familienrecht ст. 86; Anders, Grundriss ст. 23; Till, Prawo pryw. austr. V (1901) ст. 8. Консеквенції із сеї теорії переводять лише Prockner і Anders II. cc.; також мій виклад габ. „Заручини в австр. пр.“ ст. 4 і д.

³⁾ Гл. літературу подану у Glasera, Die rechtliche Natur des Verlöbnißes (1904) ст. 24 пр. 5.

усього права, та не можу промовчати літератури нового німецького кодексу, що є витвором найновіших течій в теорії права приватного.

I.

Після § 45 кн. з. ц. є заручини „попередним приреченем, взаїмно одружити ся“ („ein vorläufiges Versprechen sich zu ehelichen“). Сего означеня не стрічаємо вправді в новій кн. з. для німецької держави, а всеж-таки пануюча теорія узнає, що заручини представляють ся з правного огляду як приреченя заключеня подружжя на будуче¹⁾.

Інший погляд виказують лише два приклонники теорії умови: Stutz і Glaser. Одначе ні один ні другий не заперечують, що між заручинами і вінчанем заходить дуже тісна звязь, проте їх полеміка вже через те не дуже важка. Зрештою признає Stutz, що заручини є „обосторонню заявою двох осіб ріжного рода“, та ріжнить ся від пануючої теорії лиш через те, що приймає інший предмет сеї заяви, яка після нього змагає тільки до того, „аби вступити в осібну житєву спільність, сліднуючу з заручин“ („bräutliche Lebensgemeinschaft“)²⁾. Против сего погляду, неначе-б згода обох сторін при заручинах обмежувала ся виключно до самої заручинової звязи без огляду на будуче заключене подружжя, виступили новіші письменники — і то зовсім справедливо³⁾.

Рішучо відкидає „приречене будучого одруженя“ Glaser⁴⁾; одначе він сам собі противить ся, коли рівно-

¹⁾ Літературу сего питання подає Glaser, Die rechtliche Natur des Verlöbnisses ст. 23 пр. 3 (з виїмком Stutz-a).

²⁾ Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses (1900) ст. 59.

³⁾ Пор. м. и. Dittenberger, Das Verlöbnißrecht im B. G. B. für das Deutsche Reich, (1901) ст. 51 і д.; Cramer, Das Verlöbniß nach dem B. G. B. (1902) ст. 20 і д.; Nathan, Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem B. G. B. (1902) ст. 62 і д. Справедливо покликуює ся Landsberg, Das Recht des B. G. B. II ст. 831 на погляд щоденного житя, та означує правну суть заручин як „Austausch fester Zusagen über eine später einzugehende Ehe unter den späteren Ehegatten.“

⁴⁾ Glaser, l. c. ст. 84 і д.

часно учить, що при заручинах не може обійти ся без наміру заключеня подружа в будучности¹⁾. Тому не можемо вирозуміти сеї тонкості, на яку звертає Glaser увагу, бо „сполука мущини і жінки в цілі будучого одруженя“²⁾ не єсть чей-же що иньше, як „приречене“ одружити ся. Адже признає сам Glaser, що тота „сполука“ представляє ся з правного огляду як умова; а зрештою всяка сполука, що основує ся на заявленю волі сторін, виходить з виразного або мовчучого приреченя. Так і заручини опирають ся на приреченю, а його цілю єсть заключене подружа в будучности. Зрештою сама назва заручин як „сполуки“ двох осіб, для правника тому неточна, що затирає ріжницю між двома стадиями заручин, себ-то їх заключенєм, а тим правним відношенєм, яке слідує по заключеню³⁾.

Бачимо отже, що полеміка противників „приреченя, одружити ся“ не може устояти ся, та лишає ся і для новітнього права означене заручин як „*mentio et repromissio nuptiarum futurarum*“ в повній стійности. Проте погляд Krasnopolsk-ого, що се означене має лише термінольогічне значінє⁴⁾, не може в сути річи нічого змінити.

Але все-таки виринає питанє, яку правну вдачу має отсе „приречене“ будучого одруженя, що його складають суджені при заключеню заручин. Krasnopolski вважає його як правну подію (*juristische Tatsache*), та не признає йому значіня умови. Не трудно догадати ся причини сего погляду.

Krasnopolski змагає поперед усього доказати, як строго треба розуміти постанову § 45 кн. з. ц., що із заручин не слідує ніякий правний обовязок⁵⁾; і коли порівнаємо його докази з поглядами Pfaff-а⁶⁾, який ще перед ним поставив сю тезу, то не можемо ні хвилинки сумнівати

¹⁾ Glaser, l. c. ст. 86.

²⁾ Glaser, l. c. ст. 88.

³⁾ Про сю ріжницю пор. знамениті виводи Stutz-а l. c. ст. 20 і д.; вказує на ню уже мій габ. виклад ст. 4 і 9.

⁴⁾ Krasnopolski, Der Verlöbnißbruch im oest. R., в Ger. Zeitung ex 1904 ст. 318.

⁵⁾ Krasnopolski, l. c. ст. 382—384, 388—390.

⁶⁾ Pfaff, Gutachten zur Lehre von Schadenersatz und Genugtuung nach oest. R., ст. 44 пр. 132; також Pfaff, Die Klausel rebus sic stantibus, ст. 132.

ся, що заручини справді не оснóвують ніякого зобов'язання. Але чи мусимо через те вважати заручини лиш як правну подію і відкидати теорію умови? Krasnopolski не жахає ся такого висновка, та йде тут очевидно дорогою, вказаною деякими німецькими письменниками, хоча сам заявив ся виразно против перениманя правил нового німецького права в праві австрійськiм ¹⁾). В літературі німецької кн. зак. стрічаємо навіть у приклонників теорії умови погляд, що заручини є тому умовою, бо німецький закон прив'язує до них певні правні наслідки ²⁾ — проте легко для австрійського права прийти до висліду, що заручини не є умовою, бо як раз § 45 кн. з. ц. не прив'язує до них ніяких правних наслідків, та й в цілім австр. законодавстві — як Krasnopolski вірно доказує — нема сліду яких-то правних наслідків, прив'язаних до єствования заручин ³⁾).

Одначе ся аргументация, на перший погляд так ясна, у свому засновку нестійна.

Правні наслідки, які після законів німецької держави є прив'язані до заручин ⁴⁾, не опирають ся на підставах приватного права, бо не сліднують із сути заручин в приватно-правнім розуміню. Право приватне глядить на заручини поперед усього як на приречене будучого одруження, проте усї правні постанови, що не змагають до здійснення сего приреченя, не є в сути річи наслідками заручин, лише правними появами, які можуть лучити ся зі станом суджених. Тут належать до тичні постанови німецьких законів ⁵⁾, про які ми висше згадували — з виїмком §§ 1298 і д. німецької кн. з., що тут не входять поки-що в рахунок. Пізнійше (в II. розділі) докажемо, що й з самого відношеня правного по заключеню заручин не пливуть безпосередно ніякі правні наслідки.

Проте й в обсягу австрійського права не стоїмо в тій справі ні гірше ні ліпше, чим в німецькiм праві, та зовсім

¹⁾ Krasnopolski, l. c. ст. 381/382.

²⁾ Пор. пр. Dittenberger, l. c. ст. 37—40; Dernburg, Das bürg. R. des Deutschen Reichs, IV ст. 22.

³⁾ Krasnopolski, l. c. ст. 318, 319.

⁴⁾ Пор. у Glasera, l. c. ст. 5 і д.

⁵⁾ Вірно Nathan, l. c. ст. 28.

відкрито мусимо признати: Заручини не потягають ніяких правних наслідків — а про тото не жахають ся приклонники т. зв. теорії факту вважати заручин за правний факт, за правну подію.

Коли-ж ми одначе до сих вислідів схочемо прикласти пануючу теорию про суть правних подій, то дійдемо до зовсім нежданого висновку, що не можна заручин вважати навіть за правну подію. Се була-б строга консеквенція сеї теорії, яка при заручинах заперечує естествоване умови. Тому що деякі письменники не були вдоволені теориєю умови, яку поставили апріорно без огляду на понятє заручин, лишила ся їм теория правної події, та призабули, що треба-би й понятє правної події поставити не так, як в пануючій теорії, бо ся послідна мусить консеквентно довести до того, що заручини не є навіть правною подією на думку сеї теорії. Проте у Кrasнопolsk-ого стрічаємо дивним дивом побіч себе два реченя: перше змагає до того, що заручини не основують ніякого правного обовязку, а друге натомісць голосить, що заручини треба вважати як подію правну, до якої вяжуть ся правні наслідки¹⁾). Тоту очевидну противорічність старає ся Кrasнопolski через те усунути, що додає: „Заручини, се правна подія, що у сполуці з иньшими подіями мають лиш один²⁾ правний наслідок, а то обовязок до полагоди шкоди другої сторони після постанови § 46 кн. зак. цив. ³⁾.“

Придивім ся сему близше. Пануюча теория трактує про правні події в науці про повстанє, зміну і погасненє прав. Під правами розуміє вона т. зв. підметові права (subjektive Rechte⁴⁾), а під правними подіями

¹⁾ „Das Verlöbniß ist als mit Rechtswirkungen [Pluralis!] ausgestattete, als juristische Tatsache anzusehen“: Кrasнопolski, l. c. ст. 319.

²⁾ Чому тут Singularis, хоч в попереднім реченю було Pluralis, не мож знати.

³⁾ „Das Verlöbniß ist eine juristische Tatsache, welche in Verbindung mit anderen Tatsachen nur eine rechtlich anerkannte Wirkung hat, nämlich die im § 46 a. b. G. B. statuierte und normierte Entschädigungspflicht gegen den anderen Teil“: Кrasнопolski, l. c. ст. 319.

⁴⁾ Ся назва, загально в науці принята, дасть ся заступити ліпшою: право in concreto.

такі події, що мають вплив на повстанє, зміну або погасненє підметових прав. Поверх сего жадає пануюча теорія до понятя правовної події конечно правних наслідків, так що де нема правних наслідків, нема й правовної події.

Звичайно ділять правні події на одиничні і зложені¹⁾. Та нема сумніву, що велика частина правних подій, або радше усі, складають ся з цілого узла попередних подій — але чей не усі події, що разом складають ся на правне явище, з якого пливають правні наслідки, мусять з осібна становити правні події? Чи приміром уроджене чоловіка, його вихованє і т. д. єсть вже через те правовною подією, що dokonана ним крадіж мусить справді вважати ся за правну подію?

А тепер в приміні до заручин: чи заручини стають через те правовною подією, що відступленє від заручин має певні правні наслідки? Відступленє від заручин єсть без сумніву правовною подією вже по думці пануючої теорії. Проте йдучи консеквентно за сею послідною, висновок був-би такий, що заручини лиш тоді є правовною подією, як були опісля знесені через односторонне відступленє. Отже: поки заручини тривають, не можна їх вважати за правну подію, натомісьць, коли через відступленє погаснуть, мають характер правовної події. Чи се можливе?

Так, бачимо, пануюча теорія не може пояснити тези, що заручини є правовною подією, та у сїм напрямі нічого не вдіють змаганя Landsberg-a²⁾ і Krasnopolsk-ого³⁾, бо що лише в сполуці з иньшими подіями представляє ся як правна подія, не єсть само про себе правовною, тільки звичайною подією. Тут годї покликувати ся хоч-би на теорію постепенного повставаня прав (Körpen), бо між заручинами а відступленєм від заручин нема сеї причинової звязи, яка потрібна до правовної сполуки між послідною подією а попередними: чей-же не мож сказати, що заручини заключає ся на се, аби їх односторонно зривати! Заручини становлять вправді в причиновім тоці подій

¹⁾ Пор. з найновійшої літератури Crome, System des Deutschen Bürg. R. I (1900) ст. 317.

²⁾ Landsberg, l. c. II ст. 831.

³⁾ Krasnopolski, l. c.

конечну складову частину правного явища, на якім стоїть відступлене від заручин; але самі вони не в силі на підставі пануючої теорії представляти ся як правна подія, поки єсть правило, що „попередне приреченє, взаїмно одружити ся“ не викликає ніяких правних наслідків. До сего висліду мусимо вже тому прийти, що чей-же не годить ся заручини раз вважати за правну подію, а другий раз ні, а се в міру того, чи вони кінчать ся одностороннім відступленем, чи ні.

Та на попере́те нашого критичного погляду могли-би ми покликати ся навіть на самого Крaснопoлск-ого, де він ставить паралелю поміж заручинами а умовою о зрівнанє дїтій (Einkindschaftsvertrag); одначе се порівнанє нестїйне. Він каже: „Заручини так само не є успішною умовою, як зрівнанє дїтій, яке § 1259 кн. з. ц. вважає за умову. Але як зрівнанє дїтій проте, що не має ніякого правного наслідку, не єсть ніяком актом правним, ніяким ділом правним, ніяким заявленєм волі з правними наслідками, — так і заручини“¹⁾. Однак зваживши, що після Крaснопoлск-ого т. зв. зрівнанє дїтій не єсть взагалі ніяким правним актом, то не може бути також правною подією — проте й висновок, що й заручин не можна заєдно вважати за правну подію. Але супротив сего треба примітити: „Неважне діло правне не єсть ще нічо... противно воно має в дійсности своє становище в житю, лише з правного боку воно не єствує. Воно не має вправді сих правних наслідків, що до важного діла правного є привязані. Але без сумніву має чимало иньші не намірені правні наслідки“. Так Dernburg²⁾. Проте й т. зв. зрівнанє дїтій єсть актом правним, єсть подією правною, навіть на думку пануючої теорії, так як може воно все-таки викликати „иньші не намірені правні

¹⁾ „Das Verlöbniß wird sowenig zu einem wirksamen Verträge, wie die Einkindschaft, die im § 1259 a. b. G. B. als Vertrag⁶ definiert wird. Wie dieser, weil er, keine rechtliche Wirkung hat, kein Rechtsakt, kein Rechtsgeschäft, keine mit Rechtswirkungen ausgestattete Willenserklärung ist, so das Verlöbniß“: Крaснопoлскі, l. c. ст. 318. Кождому мусить в очи впасти противорічність, бо тут заручини уже не мають ніяких правних наслідків, хоча в попередних реченях, які ми висше подали, заручини є подією правною з правними наслідками!

²⁾ Dernburg, l. c. I (1902) ст. 349 і пр. 2.

наслідки“. Досить вказати поки-що на постанову § 878 кн. з. і. ф.

Тому й неважні заручини є правною подією в розумінню пануючої теорії, бо із них слідує обов'язок до полагати шкоди, як при одностороннім відступленню від заручин¹⁾. Так приходимо на підставі пануючої теорії події правної до неможливих вислідів, бо тоді важні заручини не є правною подією, а між тим неважні заручини є все правною подією.

Та взагалі, хто при заручинах закидує теорію умови, мусить закинути також теорію факту. Се лиш висновок пануючої теорії про ество правної події. Але з другого боку й на оборот: хто признає заручини за правну подію, мусить їм признати також натуру умови. Треба одначе понятя правної події поставити інакше, як в пануючій теорії. Взагалі понятя заручин єсть, так сказати-б, пробним каменем для провірення правдивости теорії правних подій; на ній провірюють ся ще й другі основні правні понятя, — що докажемо пізнійше.

По правді правні наслідки не є конечною прикметою правної події, та се послідне понятя не стоїть на т. зв. предметових правах, лиш на т. зв. предметовім праві, значить, на відношеню правного ладу *in abstracto*.

Уже Dernburg не підносить „правних наслідків“ в понятю правної події²⁾. Але коли він правні події ділить за пануючою доктриною в міру сего, чи вони право творять, змінюють, або зносять (*rechtserzeugende, rechtsverändernde, rechtsvernichtende Tatsachen*), то все-таки не може висвободити ся від загальної похибки, бо має ся вражіне, що автори ходять лише о набуте, зміну або знесенє т. зв. предметових прав. Натомісь вірно підносить він, що в подіях правних ествує правотворна сила, яка змагає до узнання через лад правний.

Про тото Dernburg не виходить поза рамці пануючої теорії, та його вихідною точкою єсть все-таки право в підметовім значінню (право *in concreto*). Він учить: „Почин-

¹⁾ Пор. про се виводи в IV розділі сеї розвідки.

²⁾ Dernburg, Pandekten I § 79 (ст. 180).

никами прав в підметовім значіню є т. зв. правні події, с. т. такі події, що відгриваються у просторі і часі та підпадають під змисли, а поверх сего процеси психічного життя людского“).

У тій дефініції єсть також кінцеве реченє нестійне. І то перед усім з термінологічного огляду, бо слово „подія“ не дасть ся легко приноровити до процесів психічних; а далі треба замітити, що сих послідних не можна при правних дослідах розлучати від проявів у зверхному сьвіті. Проте вони можуть лише в сполуці зі зверхними проявами становити правні події; і так: злий намір сам для обсягу права рівнодушний, поки не викличе ніяких змін у зверхнім сьвіті; та й мотив доси єсть без значіння, аж не увійде у складову частину змісту заявленя волі²⁾, значить, поки не вийде поза обєм внутрішнього процесу, і т. д. Так і неважна умова єсть правною подією, о скілько глядимо на неї в звязи з „процесами психічного життя людского“, як *dolus, culpa*, і т. и., бо сполуки внутрішніх актів волі із зверхними проявами внішнього життя не можна при правних дослідах розривати. Тому самі внутрішні процеси не можуть становити правних подій.

Лад правний може взагалі нормувати прояви суспільного життя в двоякий спосіб, або через установу підметових прав з певними наслідками правними, або через саму санкцію якогось подійсного стану, зглядно якоїсь „зверхної події“ людского життя, не привязуючи до неї ніяких підметових прав. Та всюди, де лад правний приступить до якоїнебудь „зверхної події“ і прибіє до неї свою авторитативну марку, маємо до діла з правною подією. Чи одначе лад правний має до якогось житевого прояву привязати правні наслідки, чи ні, се є річю правної політики; але вже через те, що признає його у своїм обсягу, та обіймає його своєю санкцією, подія набирає правної ваги, отже стає правною подією. Проте й заручини є подією правною, вони мають

¹⁾ „Die Faktoren der Rechte im subjektiven Sinne sind Tatsachen, d. h. im Raum und der Zeit sich abspielende, sinnlich wahrnehmbare Begebenheiten, nicht minder Vorgänge des menschlichen Seelenlebens“: Dernburg, Pandekten I § 79 (ст. 180).

²⁾ Поп. Pfersche, Die Irrtumslehre des oest. Pr. R. (1891) ст. 168 і д.

в праві значіне, бо закон їх виразно признає, їх виразно нормує. Вони є правовою подією не лиш для сего ладу правового, який панує в соціальних зв'язках низшої степені¹⁾, але також для ладу правового в державі. Закон здержує ся вправді від того, для безпосередних учасників становити безпосередні наслідки правні, але все-таки приймає заручини в складову частину державного організму через уділене правової санкції.

Коли отже зважимо, що заручини є справді правовою подією, то треба лише навести дальші аргументи пануючої теорії, аби прийти до висновку, що заключене заручин представляє ся як умова. Ми покличемо тут пануючу теорію правних подій після Dernburg-a²⁾. „Правничі події — каже він — ділять ся на дві головні групи, діланя, с. т. заявленя волі учасників, і иньші події, пр. уроджене, смерть, уплив часу.“ Заключене заручин належить очевидно до „правних ділань“, бо ходить все-таки о „заявлене волі учасників“. Нема ніякої підстави, вважати заручини на рівні з уродженем, смертю, або упливом часу.

„До правних ділань належать діла правні і проступки (Rechtsgeschäfte und Delikte). Діла правні се заяви волі, якими ділаючий власною постановою означає свої відносини правні, вони становлять средства його свободи в приватному праві. Проступки є натомісь провинені та противні праву діланя, що викликають укаране і обовязок до полагоди шкоди³⁾...“ Що заручини не є проступком, не треба осібно доказувати; проте мусять бути ділом правним. А коли вони ділом правним, яке містить в собі згоду обох сторін, то нічо не лишає ся, як узнати їх за умову. Близше розведене сего погляду подамо понизше.

¹⁾ Близше розведене сеї гадки в мой розвідці: „Звичаєве право — а соціальні зв'язки“, в „Часописи правничій і економічній“ IV і V (1902), ст. 7—27.

²⁾ Dernburg, Pandecten I¹ ст. 181.

³⁾ Dernburg, l. c.

II.

Заручини не творять вправді підметових прав, але відносини на них оперті становлять все-таки відношенє правне. Сему не противить ся однак погляд, що із заручин не сліднують ніякі правні наслідки; та будемо старали ся доказати, що не лиш заручини в стадії умови, але також заручини в стадії житевого відношеня суджених до себе, не мають правних наслідків, хоча їх відношенє єсть відношенєм правним.

Цікаво тут перед усім вказати на історію редакції § 1297 німецької кн. з. ц. У першому читанню звучала теперішня постанова § 1297 як слідує:

Durch das Verlöbniß wird eine Verbindlichkeit der Verlobten zur Schliessung der Ehe nicht begründet.

Бачимо, що заходить велика схожість між тим укладом а постановою § 45 австр. кн. з., яка м. и. постановляє:

Ein Eheverlöbniß..., unter was für Umständen oder Bedingungen es gegeben oder erhalten worden, zieht keine rechtliche Verbindlichkeit nach sich, weder zur Schliessung der Ehe selbst (noch zur Leistung desjenigen, was auf den Fall des Rücktrittes bedungen worden ist).

Одначе против укладу I. читаня німецької кн. з. піднесено в Німеччині дуже сильну критику, та звернено увагу на се, що — мовляв — правного обовязку не можна ніяк усунути з обсягу заручин¹⁾. Найбільшу вагу мали слова славного германіста Gierke-ого, що сказав: „Wir glauben dass unser Rechtsbewusstsein mit derselben Energie, mit der es jeden Zwang zur Erfüllung des Eheversprechens ausschliesst, an der rechtlich bindenden Kraft des Verlöbnißes festhält“ — та висказав погляд, що постанова I. читаня „просто звучить так, немов-би заохочувала до зриваня заручин“²⁾.

¹⁾ Поп. Zusammenstellung gutachtlicher Aeusserungen zum Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich IV ст. 11 і д.

²⁾ Gierke, Entwurf eines B. G. B. und das Deutsche Recht, ст. 395; поп. також Hinschius, Das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf eines B. G. B., в Archiv für die civ. Prax. 74 ст. 55 і д.

Проте згодила ся комісія над II. читанем, не порушувати питання про естование правного обовязку в самім законі, але зазначити тільки незаповизаємість приреченя будучого одруженя; та порішене прінціпіяльного характеру заручин полишено правній доктрині¹⁾.

Але в послідній комісії у раді державній піднесено знова погляд, нехтуючий правний обовязок із заручин, бо заступник правительства заявив, „що зобовязане, пливуче з заручин, може бути лиш дуже несовершене; воно не ест взагалі обовязком облїгацийним, тільки етичним або социяльним.“ На сей погляд згодила ся комісія, та додала від себе, „що вправді самовільне зірване заручин ест неморальне, але про тото нема ніякої підстави, з обовязку, доповнити приреченя даного при заручинах, зробити правне зобовязане, хоч-би без права позову“²⁾.

З того представлення виходить, що навіть між членами кодифікаційних комісій не було згоди що-до того, чи заручини творять правний обовязок до сповнення, чи ні, чи, значить, має він правну натуру, чи лише етичну або социяльну. Проте нема сумніву, що висше наведений висказ Gierk-ого ест лише вислідом його особистого (підметового) погляду, який опирає ся на його власнім почуттю, а не є наслідком предметового дослїду. Та й не диво, що до сьогодні се питане так спірне, бо чей-же не можна судити про се, чи правний обовязок естує, чи ні, поки не поставить ся точної та наглядної границі між тим, що ест обовязком правним, а що обовязком етичним або социяльним. На жаль у нашому питаню доси так квестиї не ставлено, та й висновки не могли бути певні і трївкі.

Виходимо перед усім від того, що не підлягає сумнівам: Мимо ріжного укладу законних постанов не знає ні австрийске, ні нове німецке право примусу до заключеня подружа, і то ні безпосередного, ні посередного. Оба закони знають лише правні наслідки відступлення від заручин, які ніколи не досягають висоти т. зв. позитивного інтересу сповнення (*das positive Erfüllungsinteresse*). Зрештою нема осібних законних норм про наслідки заручин, про

1) Гл. *Protocolle der Kommission für die zweite Lesung IV ст. 1 і д.*

2) Гл. *Bericht der Reichstagskommission über den Entw. IV ст. 1 ff.*

відношене суджених до себе по заключеню заручин аж до евентуального заключеня подружа (der Brautstand, das Verlobtenverhältnis).

Проте питанє: чи обовязок до т. зв. *fides sponsalitia*, с. т. заручинової вірности в найширшим розуміню, єсть правовим, чи лише етичним або социяльним обовязком?

Із тим вяже ся питанє про границі права і етики. Одначе тут не єсть місце по тому, аби над сим питанєм знова розводити ся, проте покличу ся на мій погляд в сій справі, поданий в розвідці: „Звичаєве право — а социяльні звязки“¹⁾. Ограничаю ся лише до самих вислідів.

Кожда суспільність, кождий социяльний звязок, почавши від найменшого, с. т. родини, аж-до найвисшого, т. є. держави, має свій власний лад правний. А кождий лад правний стоїть на социяльно-етичних нормах суспільних звязків. Право *in abstracto*²⁾ представляє взагалі етичне мінімум; етичне не в значіню індивідуальної етики, але социяльної етики; мінімум не що-до якости, але що-до скількості норм. Поміж ладом правовим поодиноких звязків социяльних, найвисше стоїть лад правний держави, та одмічає ся від иньших строго зорганізованим апаратом адміністраційним; проте має держава над иньшими социяльними звязками керму і верховний нагляд.

Держава переймає велике число правних постанов иньших звязків социяльних у свою органічну звязь та через свою санкцію уділює їм авторитативної марки державної суспільности. Але лишає ся де-що при поодиноких звязках социяльних, бо держава не може усунути безпосередного впливу тих-же на їх членів, і чимало не уділює нормам тих звязків власної санкції з усіма средствами державного примусу.

Тоті социяльно-етичні засади, що осягнули авторитативну марку якогось звязку суспільного, становлять право того-ж звязку. Але поки вони не діждали ся державної санкції, не можуть бути правом держави, та лишають ся поза обсягом державних законів, поза державним адміні-

¹⁾ Гл. „Часопись правнича і екон. IV і V (1902) ст. 7—27.

²⁾ Ся назва відповідає праву в предметовім значіню в пануючій теорії.

страційним апаратом. Проте із них не можуть для області державної вирости ніякі права, ніякі обов'язки, хоча в інших соціальних зв'язках признано їм силу права, та слідує із них обов'язки. Коли держава якесь відношене суспільної натури не нормує, то полишає унормоване його все-таки соціальним зв'язкам низшої степені; та се унормоване може мати в обсягу тих зв'язків правну силу, але для держави її не має, такі норми не є правом держави, тільки лишають ся для неї засадами етики соціальної. Аби піднести правила етики соціальної до значіння державного закону, треба все державної санкції; та де її нема, не може в обсягу законів бути бесіди ані про право, ані про правний обов'язок.

Приноровім сі висновки до заручин, то вислід буде такий: В області закона державного заручини не викликають ніяких правних наслідків, і то без огляду на се, чи отся негативна засада виразно в законі подана (пор. § 45 австр. кн. з. ц.), чи слідує посередно через залишене всіляких законних постанов, які вказували-би на правні наслідки заручин (так після нім. кн. з. ц.). Держава полишає унормоване відношеня суджених до себе соціальними зв'язками, до яких суджені належать, передає заручини, так сказати-б, „психічним средствам примусовим“ („psychische Zucht- und Pressionsmittel“¹⁾) соціальних зв'язків низшої степені, та сама не мішає ся в се унормоване через заведене державного примусу. Безпосередний примус фізичний узнає держава тут за невідповідний.

Але не мож сказати, що новітна держава в квестії заручин станула на погляді Kohler-а в розвідці „Ideale im Recht“²⁾ — бо не одиниця має після власної самоволі рішати, чи заручини доконати, чи розв'язати, але понад чоловіком стоїть авторитет його родини, стану, кляси, до якої належить, церкви, поодиноких народних груп, усього народу і т. д.

¹⁾ Пор. Sch moll er, Grundriss der allg. Volkswirtschaftslehre I (1901) ст. 45.

²⁾ Archiv für bürgerl. R. V (1891) ст. 227 і д.

Проте не треба брати на серію того, що Gierke говорить про заохоченє до зриваня заручин¹⁾, але можна вдоволити ся тим, що в Австрії, де § 45 кн. з. виразно усуває із заручин правний обовязок до одруженя, суджені ні частійше, ні рідше відступають від заручин, як в Німеччині, хоч теперішний § 1297 нім. кн. з. ц. не виключає правного обовязку; а не могло-б бути інакше, коли-б в Німеччині прийнято § 1227 I. читаня в цілій його основі. Недостача правного обовязку доторкає лише закона державного разом з прерогативами державного примусу, та ділає в сїм напрямі дуже відповідно²⁾, лишаючи унормованє і вплив иньшим звязкам социяльним.

Але й про державний лад правний не мож сказати, наче-б він до нормованя відносин суджених до себе стояв рівнодушно — та се лиш доси правдиве, поки суджені не зривають узла, а всяке впливанє державного ладу правного фізичним примусом єсть виключене. Натомісць змінюють ся обставини, коли наступить розвязанє заручин через одностороннє відступленє. Тодї мусить держава з самим фактом відступленя числити ся, а що не може тоді ходити о ніякий примус до заключеня подружа, вступає вона в свої права і висказує правні норми. Тут держава звертає увагу на правні погляди дотичних социяльних груп і бачимо, що ті їх правні погляди, які ще перед зірванєм заручин нормували відносини суджених до себе, тепер — значить, по зірваню — стають підставою для осудженя правних наслідків, які привязує держава до одностороннього відступленя.

Проте державний лад правний не торкає ся заручин підчас їх триваня, але по їх знесеню; а тоді можуть социяльно-етичні норми, які ставлять звязки социяльні для відносин суджених між собою, мати *ex post*, посередно, свій рішучий вплив. Що перед зірванєм було для державного ладу правного рівнодушне, може опісля по зірваню

¹⁾ Gierke, l. c.

²⁾ Pop. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. R. II, 2 (1900) ст. 603: „Nur die aus freiem, sittlichen Entschlusse eingegangene eheliche Verbindung genießt Achtung und Vollwert.“

становити дуже важний момент — але сей вплив не єсть безпосередний, тільки посередний, вспятний.

І так не може бути сумніве, що заручини є відношенем правним, хоч не викликають безпосередних правних наслідків. Як етична норма стає через те правною, що який-то звязок соціальний прибе до неї свою авторитативну марку, так взагалі кожда суспільна житева сполука стає відношенем правним, коли звязок суспільний уділить її своєї санкції. В державнім ладі правнім, відношене правне є тоді, коли до якоїсь суспільної сполуки долучить ся державна санкція. Так пр. постанова §. 91 кн. з. ц.: „Чоловік єсть головою родини“, єсть через те саме, що є соціально-етичною нормою, яка находить ся виразно в законі, нормою правною, і то без огляду на се, що не має таких правних наслідків, які могли-б викликати примус державний. Проте й відношене суджених до себе єсть відношенем правним, хоч не потягає за собою ніяких безпосередних наслідків правних, та всякий примус до одруженя з гори виключений.

В тій хвили, коли державний лад правний приступає до відносин суджених між собою і уділює сій соціальній сполуці своєї санкції, є вже порішено, що заручини є відношенем правним¹⁾; тоді постанови про наслідки правні односторонного відступлення являють ся як навспятні наслідки сего правного відношеня.

Поняте правного відношеня, як тут подано, не відповідає одначе пануючій теорії. Противно — в науці принято так, як з огляду на теорию правних подій, не об'єктивну, але суб'єктивну теорию правного відношеня. Проте звичайно лучить ся поняте того-ж послідного з понятєм підметових прав і з правними наслідками.²⁾ Але невірнo — бо як тоді назвати такі відносини, якими займає ся лад правний,

¹⁾ Невірно єсть робити ріжницю між „Rechtsverhältnis“ а „rechtlich zu beachtendem Treuverhältnis“, як твердить Bunsen, Einführung III ст. 10 про заручини — бо сей послідний вислов сходить ся цілковито з сущію відношеня правного.

²⁾ І так учить з найновіших письменників Crome, l. c.: „Der Begriff des subjektiven Rechts ist von dem der Rechtsverhältnisse nicht zu trennen.“ На його думку єсть підметове право нічо иньше, як: „der Inbegriff der Rechtsverhältnisse, in denen wir stehen“, l. c. I ст. 64.

хоча з певних, оправданих причин правної політики не може до них привязати ніяких правових наслідків? Адже-ж уже через те, що лад правний приймає у свій склад яку-то сполуку суспільного життя, набуває вона через саму санкцію суспільности, а головню через санкцію держави, могутий — хоча посередний — вплив на суспільність. А далі, — як назвати отсе відношенє, що пливе із т. зв. зобовязань природних? ¹⁾.

Творцем новітньої теорії відношеня правного, єсть — як відомо — Savigny.²⁾ Після його погляду єсть „кожде відношенє правне відношенем між особами, означеним через правило правне“³⁾. Та коли-б лишити ся при тім означеню, не можна-би сій дефініції богато закинути, бо справді всьо залежить від того, чи якесь відношенє єсть уняте в форму правила правного, чи ні. Але похибка Savigny-ого в тому, що в дальшій реченю переходить він до понятя підметового права, і учить: „Се означене через правило правне лежить в тім, що індивідуальній волі чоловіка переказує ся царину, в якій вона має довільню панувати независимо від чужої волі“⁴⁾. Одначе таке поясненє єсть уже на перший погляд дуже довільне, та навіть з огляду на нинішню теорію підметового права уже нестійне⁵⁾.

Перший, що вказав на предметово-правне значінє відношеня правного, був Puntchart⁶⁾. Одначе ціль, до якої він змагав, була з гори обмежена, проте не міг обняти цілого проблему у всіх напрямх. На мою думку треба й при понятю відношеня правного, як при понятю події правної, у місце підметового права підставити лад правний, с. т. т. зв. право в предметовім значіню. Через те зискуємо для обох

¹⁾ Ми повернемо до сего питання понизше.

²⁾ Savigny, System des heutigen römischen Rechts I (1840) ст. 333.

³⁾ „Jedes einzelne Rechtsverhältnis erscheint als eine Beziehung von Person, durch eine Rechtsregel bestimmt.“

⁴⁾ Savigny, l. c.: „Diese Bestimmung durch eine Rechtsregel besteht... darin, dass dem individuellen Willen ein Gebiet, angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat.“

⁵⁾ Теорія т. зв. „панованя волі“ (Willensherrschaft) не має сьгодні багато приклонників.

⁶⁾ Puntchart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Pr. R. (1885), Vorrede VII і д., і ст. 57—141.

понять трівку реальну підставу, не потребуючи входити в правничий спір про єство т. зв. підметового права.¹⁾

В приміні до заручин оправдують ся наші висновки також на підставі сего понятя відношеня правного, яке виказує Bierling. Після нього „одно, що може становити зміст відношеня правного, єсть узнанє норм для спільного пожитя“²⁾. Та справді й що-до заручин єствує таке узнанє через норми, але не безпосередне, тільки посередне. Норми, яких держава підчас тріваня заручин не узнає, та лишає иньшим звязкам социяльним до порішеня, виступають опісля при одностороннім відступленю від заручин в формі „важних або оправданих причин“ до відступленя.

Від сего навспятного діланя відношеня правного ріжнить ся теория Ihering-a про пасивні наслідки прав³⁾, бо тут не ходить о ніякі підметові права, так як із заручин не пливе право підметове, — а далі стан правний підчас заручин не можна порівнати із станом завішеня (Penz) діл правних. При заручинах нехтує ся безпосередні наслідки правні з умови, але натомісьць відношенє правне показує в хвили розвязаня навспятне діланє.

Ся проява при заручинах дуже цікава — але не мож сказати, що в праві приватнім нема явищ на се похожих. Поперед усього знає право випадки, що діло правне приносить, по своїм погасненю зовсім нові наслідки, які мають одначе свою підставу в відносинах перед розвязанєм.

¹⁾ Landsberg, l. c. I ст. 51 висказує подібний погляд до нашого, ось як: „Rechtsverhältnis ist ein Verhältnis dann, wenn oder soweit die Beziehung durch das Recht geregelt ist. Betrachten wir dabei die rechtlich geregelte Beziehung..., so ist leicht ersichtlich, dass diese Beziehung sowohl hergestellt sein kann durch ein Recht im subjektiven Sinn..., wie durch irgend eine andere Rechtsform...“

²⁾ Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II (1883) ст. 138. Але невірне єсть реченє поданє в скопках, з чого видно, що Bierling єсть все-таки приклонником субективної теорії — против нього поп. Puntschart, l. c. ст. 59.

³⁾ Ihering, Passive Wirkungen der Rechte, b Jahrb. für Dogmatik X. (1871), ст. 387 і д. Також теория рефлексийного діланя (Поп. Ihering, Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen, b Jahrb. f. Dogm. X. ст. 245 і д.) не може тут мати приміни, бо нема третих осіб та й другі знамена рефлексийного діланя не мають тут ніякої підстави.

І так бачимо такі навспятні наслідки відношень правних в інституті запоруки (*Gewährleistung*), значить при одвічальности із за евікції та за потайні хиби переданої річи¹⁾. Тут належить також одвічальність за вкорочене більш половини²⁾. В тих випадках повстає одвічальність доперва по сповненню (отже по погасненню) зобовязаня — а всеж-таки черпає вона свій зміст із тих правних постанов, що єствують для даного відношеня правного перед його погасненем.

Одначе тут паралеля із заручинами не зовсім повна — а то перед усім тому, бо в наведених випадках зобовязане перед погасненем відношеня правного єствує і має осібні правні наслідки, чого при заручинах нема, — а далі тому, що навспятне ділане відношеня правного виходить в повисших примірах посередно уже з тих приписів, які ставить право для відношеня правного перед його покінченем³⁾, — чого не можна сказати при заручинах.

Про тото годі за [Landsberg-ом утверджувати, що в системі приватного права нема анальоґічного правного відношеня до заручин⁴⁾. Вірний єсть його погляд, що заручини є правним відношенем, вірна єсть далі його вказівка, що заручини мають з правничого боку деякі спеціальні прикмети, але невірний єсть висказ, що „заручини є таким відношенем правним, яке по за тим в праві взагалі не звісне“, бо як докажемо понизше — заручини мають багато схожости з новітнім інститутом т. зв. природних зобовязань в системі приватного права.

Давнійша теория повсюдного права вважала т. зв. природні зобовязаня як одноцільні прояви, що мають спільну правну вдачу, — але пізнійша теория признала, що вони обіймають дуже ріжнородні правні відношеня, та не дадуться підтягнути під спільні правні наслідки. Лиш одна прикмета єсть їм всім спільна, с. т. прикмета негативна: вони незапозиваємі, бо закон відказує їм з ріжних причин *actio nem* в римскім розуміню. Та в римській системі — чей-же більше, чим в нашій — була *actio* неначе *condicio sine qua*

¹⁾ Пор. м о є „Das Wesen des Werklieferungsvertrages (1898) ст. 139 і д.

²⁾ Пор. м о є, Австрійске право облїґаційне I. ст. 193 і д.

³⁾ Пр. одвічальність за потайні хиби по сповненню умови, єсть вислідом обовязку до належитого виконаня умови перед її погасненем.

⁴⁾ Landsberg, I. с. II.

поп зобовязання. Проте коли взагалі приймаємо лиш одно загальне свійство, т. є. недопустимість позову, то мусимо вже для римского права признати, що вони не є зобовязаннями в правничім розуміню.

Та взагалі сама правна консеквенция вимагає, аби всі зобовязання що-до правної сили вважати на рівні, і всім їм уділювати однаку правну охорону. Проте із зобовязання мусить все плинути жадане правної охорони (т. зв. *Rechtsschutzanspruch*) по мисли *Wach*-а, та судия мусить сему жаданю в разі потреби вдоволити. Де нема такого жадання правної охорони, там нема жадного *vinculum iuris*, тому й годі говорити про ествоване зобовязання.

В сїм згляді виходить австрійске право із справедливої точки погляду. В кн. з. цив. не стрічаємо нігде назви природних зобовязань, та се, що теория по приміру романістичної доктрини називає природними зобовязаннями, не єсть нігде предметом осібних постанов. Впраді §. 1432 кн. з. ц. містить в собі постанову, яка під певним зглядом вказує на *obligationes naturales* повсюдної теорії, але доторкає лиш одної сторони т. зв. природних зобовязань; § 1432 належить до науки про *condictio indebiti*, та подає случаї, коли така *condictio* відпадає. Зрештою між тими случаями, що вчислені в § 1432, подано окремо такі жадання, яким закон відказує тільки право позову, хоча й другі тут вчислені случаї належать після теорії повсюдного права до з. зв. природних зобовязань. З того виходить, що австрійске право не знає природних зобовязань як одноцільного правового інституту.

Коли взагалі хочемо пізнати відношене австрійского права до природних зобовязань, мусимо виходити із тої точки погляду, що постанова § 1432 кн. з. ц., та поза ню не виходити. Т. зв. природні зобовязання не творять облігаційних відносин в правдивім значіню. Не можна про них сказати, що вони є правами, „через які одна особа другій єсть до чинитьби зобовязана (*verbunden*)“ [§ 859 кн. з. ц.] — вони взагалі не основувають ніякого *vinculum iuris*, можуть проте лиш в невластивім значіню звати ся зобовязаннями. Лад правний відносить ся до них неприхильно, і то не лиш через те, що відказує їм права позову, але також через те,

що їх підчас їх ествованя зовсім нехтує, та до їх бутя не привязує поки-що ніяких правних наслідків.

Що-до т. зв. *retentio soluti*, то се одиноке¹⁾ навспятне ділане даного відношеня правного має свою осібну підставу. І так: через само природне зобовязане ще *retentio soluti* не може повстати — але треба все-таки нової події, а сею подією єсть заплата, або повний сурогат заплати, і доперва тоді може бути евентуально бесіда про задержане заплати, наступившої наслідком природного зобовязаня. З хвилию сповнення погасає зобовязане природне, а про тото доперва в тій хвили виступає на зверх, що й природне зобовязане вкривало в собі якусь вартість, бо лад правний звертає на нього свою увагу доперва по погасненю. Проте т. зв. природні зобовязаня є лиш евентуальною завязкою будучого зобовязаня, яке повстає доперва пізнійше наслідком якоїсь правної події, як *solutio* і т. и., та змагає до того, що не можна опісля жадати звороту заплати.

З того виходить, що природні зобовязаня є все-таки подіями правними, і творять відношеня правні, хоч не зобовязаня в технічнім розуміню. Вони є правними відношеннями, бо виринають в житю людскім, і є через лад правний приняті в склад правних інститутів. Вони не родять одначе підметових прав, та лад правний полишує поки-що близше унормоване тих-же социяльним звязкам низшої степені. Володіє тут социяльно-етична засада: *redde, quod debes*, ділає сильно вплив публичної опінії і иньші социяльні средства психічні („Zucht- und Pressionsmittel“), які прислугують поодиноким социяльним звязкам. Але тоті погляди набувають перед державним форум ваги аж тоді, коли зобовязане природне було вже виконане і ходило о се, чи можна жадати заплати, чи ні. Тоді лад правний розважає отсі погляди социяльних звязків і висказує засаду, що не можна домагати ся звороту заплати. Тим чином ділає давнійше відношене правне по своїм розвязаню *ex post* — і так маємо таку саму констеляцію, як при заручинах, від яких один із суджених односторонно відступив.

¹⁾ Пор. м о е, Австрійске право облїгацийне I. ст. 124 і д.

Наш погляд про єство т. зв. природних зобовязань має також в новім законі німецькім безпосередну підставу. І так постановляє § 762, уст. 1 нім. кн. з. ц.:

Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

А знова в § 656 уст. 1 ibidem читаємо:

Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Versprechens Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Проте між всіми поглядами, які стрічаємо в дотеперішній теорії німецького кодексу, треба згодити ся на погляд Glaser-а¹⁾, що т. зв. природні зобовязання не родять ніяких правних обовязків і тому не є зобовязаннями в технічнім розуміню.

Мимо того не можемо згодити ся на дальший висновок Glaser-а, що „природні зобовязання не є взагалі ніякими ділами правними, ніякими поняттями правними, та що вони належать взагалі до зовсім иншого сьвіта, не до области права“²⁾. З дотеперішних наших виводів слідує, що природні зобовязання є все-таки відношеннями правними, яких укритим наслідком правним єсть по їх погасненю *soluti retentio*³⁾.

А вже зовсім незрозуміло, як міг Glaser мимо рішучого запереченя правового обовязку при т. зв. природних зобовязаннях, для заручин прийти до зовсім противного висновка і утверджувати, що заручини можуть основати які-то

1) Glaser, Die rechtliche Natur des Verlöbnisses (1904) ст. 35 і д.

2) „Sie sind keine Rechtsgeschäfte, keine Rechtsbegriffe überhaupt. Sie gehören einer anderen Welt an, als der des Rechts“: Glaser, l. c. ст. 43.

3) На мою думку єсть невірнo, при т. зв. природних зобовязаннях добавувати за Isay-ом, в Ihering-a Jahrb. 48 (1904) ст. 191 і д., чистих відносин обовязкових без облїгацийної одвїчальности (reine Schuldverhältnisse ohne Haftungsverhältnisse). З огляду правового ніхто тут до нічого не зобовязаний, та пасивна *soluti retentio* не стоїть на рівні з активним обовязком сповнення.

правні зобовязання. Дотичні виводи його¹⁾ опирають ся на пустій діялектиці, яка нікого не в силі переконати. Бо чей-же звучить зовсім неприродно, з незапозиваємости заручин вносити впрост на се, що мають вони правні наслідки²⁾, а зрештою мусить сей погляд відпасти, коли рівночасно природні зобовязання, що є по своїй сути незапозиваємі, не викликають безпосередних правних наслідків. Поверх сего забуває Glaser, що новий німецький кодекс не лиш виразно висказує, що з умови заручин не можна позивати, але й про само відношене суджених до себе цілковито мовчить, проте не дає ніякої підстави до правних наслідків.

Так — бачимо — паралеля заручин з природними зобовязаннями³⁾ єсть цілковита. Про тото не можна їх зачислити до природних зобовязань, як се не раз невірно підносить ся. Заручини дадуть ся лише з природними зобовязаннями „порівнати“⁴⁾, але природними зобовязаннями вони не є. Під тим зглядом треба згодити ся вповні з *Krasnopolsk-im*⁵⁾. Між природними зобовязаннями а заручинами є ось які ріжниці:

1) При т. зв. природних зобовязаннях ходить все о якусь чинитьбу, що може зрештою бути підставою облігаційного відношеня — значить, що-до змісту єсть чинитьба облігаційна, яка одначе задля особливших причин правничої політики не вяже нікого. — Противно заручинам єсть всякий елемент облігаційної натури чужий. Вони є відношенем родинного права, бо заключене подружа, до якого змагають заручини, не може бути ніколи предметом облігаційної чинитьби. Ми вже давно вийшли поза Кантівську теорію умови подружа⁶⁾, тому не можемо також довше

¹⁾ Glaser l. c. ст. 45 і д.

²⁾ Glaser l. c. ст. 48.

³⁾ Справедливо *Endemann Lehrb. des Bürg. R. III. (1900) ст. 604 пр. 6.*

⁴⁾ Так для австр. права уже *Singer, Beiträge zum oest. Eherecht, b Ger. Zeit. 1877 Nr. 79.* В заручинах добачують природного зобовязаня *Ellinger, Handb. das oest. Civ. R. (1877) ст. 41; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System II³ §. 424 (ст. 379).*

⁵⁾ *Krasnopolski, l. c. ст. 380.* Той самий погляд уже в моїй рускій розвідці про „Заручини“ (1899) ст. 45.

⁶⁾ *Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, ст. 107; (у звязи з тим Rittner, Das oest. Eherecht ст. 7).* Против сего справедливо *Hegel, Grundlinien per Philosophie des Rechts VIII. ст. 116.*

придержувати ся гадки, що й заручини можуть творити облігаційні відношеня правні¹⁾.

2) Правні наслідки природних зобовязань виступають доперва тоді на верх, аж чинитьба сповнить ся. *Solutio retentio* доперва тоді можлива, коли *solutio* вже наступила. Противно при заручинах навспятні діланя виринають не з хвилию сповнення приреченя, одружити ся, але через зірване, с. т. відступлене від заручин. При природнім зобовязаню ходить евентуально о виключене права звороту, а при заручинах о винагороду шкоди задля відступленя. Так отже ріжнять ся тоті навспятні наслідки що-до змісту.

3) Врешті було-б недорічно нерозлучність подружної звязи вважати за *soluti retentio*! —

По тих замітках можемо знова вернути до головного питання. З хвилию заключеня заручин повстає відношене правне між судженими (*Brautstand*). Се відношене опирає ся на обосторонній заяві обох сторін.

Проте можна сказати: Заручини містять в собі „приватну заяву волі, яка змагає до того та єсть в силі, викликати приватні відносини правні“²⁾ — отже мусять бути ділами правними в технічнім понятю. Вправді в теорії повсюдного права доволі ще приклонників має погляд, що діло правне єсть такою заявою волі, „що змагає до викликаня яких-то правних наслідків, котрі лад правний лиш тому признає, що на них звертає ся воля ділаючих“³⁾ — але сей погляд нестійний. „Поперед усього не можна заперечити, що навіть неважні та оспоримі акти правні підходять також під понятє діл правних“⁴⁾, а далі вимога „безпосередного скермованя волі на певні наслідки правні“ не дасть ся

¹⁾ Проте стоїть *Cramer*, I. с. зі своїм поглядом в новітній літературі сам один без ніяких приклонників.

²⁾ „Private Willenserklärung, welche bezweckt und an sich geeignet ist, private Rechtsverhältnisse hervorzurufen“: *Dernburg*, *Bürg. R. I.* ст. 330.

³⁾ „Eine Willenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist“ = *Motive* zu dem Entw. eines *B. G. B.* für das Deutsche Reich I. ст. 126.

⁴⁾ „Es sollte nicht gelehnet werden, dass auch nichtige und anfechtbare Rechtsakte unter den Begriff der Rechtsgeschäfte fallen“: *Dernburg*, I. с. ст. 330 пр. 2.

в практичному житю навіть у правничім світі, а ще менше для інших народних груп, перевести в дійсність. Проте при понятю діла правного мусимо відступити не лиш від певних правних наслідків, але також від того, аби воля прямувала просто до даних наслідків. Правні наслідки не є конечні до понятя правної події, вони також не конечні до діла правного — бо вони взагалі не стоять до повної розпорядимости сторін, тільки є виключною прерогативою правного ладу. Проте лад правний може в данім разі не означувати ніяких правних наслідків, а про тото узнати даний акт правний. При ділах правних не ходить отже о т. зв. підметові права, не ходить о безпосередні правні наслідки, але — як Dernburg вірно підносить — лише о основане „відношень правних“. А що й з заручин слідує відношене правне, то не може бути сумніву, що вони є ділами правними.

Коли так, то що-ж бракує при заручинах до понятя умови? Лише згідної заяви волі обох сторін — а вона до заручин конечно потрібна, — тому й висновок, що заручини є умовою. Порівняймо до того, що каже Dernburg про умову: „Умова, се згода волі ділаючих сторін, яка змагає до основаня, зміни або знесеня якогось відношеня правного“) — а побачимо, що заручини мають усі прикмети новітньої умови. Та мені дивно, як правник, що займає ся питанням про єство заручин, може позабути так очевидної правничої прикмети, якою єсть сполука двох заяв волі в одну правну цілість, та перейти зараз до других характерних появ; бо треба памятати, що відношене суджених до себе може повстати лише на підставі спільної заяви, що хочять на будуче з собою одружити ся, тому заручини мусять бути так само умовою, як і заключене подружа, до якого вони змагають. Як при сім консензі, з котрого слідує подруже, звертає ся головну увагу на правні моменти обосторонної заяви волі, так й при заручинах, що є

1) „Als Vertrag.. ist jede Willensvereinigung miteinander verhandelnder Parteien zu bezeichnen, welche Begründung, Veränderung, oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses bezweckt“: Dernburg, l. c. I. ст. 334. Для австр. пр. пор. Krausz-Pfaff-Ehrenzweig System I³ §.131. (ст. 327): „Vertrag ist die erklärte Willensvereinigung mehrerer, wodurch ein Rechtsverhältnis unter ihnen bestimmt werden soll“.

актом волі обох сторін, яким вони обіймають ціль будучого одруження, не можна абстрагувати від елементів обосторонної заяви спондентів¹⁾, тим паче, що при повній свободі заключення подружжя мусить отся заява становити головну опору при заручинах. Се треба при заручинах тому зазначити, бо ціле правне відношенє, яке виходить з заручин, полишене єсть унормованю соціальних²⁾ звязків низшої степені, та одинока опора, з якої в тім питаню виходить державний лад правний, єсть як раз лише заключенє заручин. Се слідує також із того, що право приватне не узнає „коханнє“ (Liebschaft)²⁾ за відношенє правне, а натомісць знає сполуку двох осіб, яка нічо більше не потребує в собі містити, як обосторонну заяву мушчини і жінки, що наміряють на будуче з собою одружити ся.

Проте поки лад правний в державі не вважає потрібним, відношенє суджених до себе підтягнути під окремі правні правила, мусить уся вага правничого досліду спочивати все-таки на самім заключеню заручин, значить на згідній заяві суджених про будуче заключенє подружжя. Се не потребує бути в законі виразно зазначене, — проте воно примінює ся також в новім кодексі німецькім. Але навіть тоді, коли-би лад правний згодив ся видати про відношенє між судженими осібні правні постанови, не можна-би призабути, що ціле відношенє опирає ся все-таки на згідній заяві сторін і умова лишила-сь би головною підставою заручин. Від часів Savigny-ого³⁾ і його теорії не можна тому ніяк усунути погляду, що заключенє заручин може наступити лише в дорозі умови. —

Краснопольскі старає ся одначе виказати, що австрійске право має такі постанови, з яких слідує, що заручини не можуть бути умовою; бо — мовляв — діланє або акт, з якого не впливає ніяке право до річи по мисли § 307

1) „Auf die Auffassung, das ein familienrechtliches Verhältnis nach dem Vorbild der Ehe vorliegt, ist das entscheidende Gewicht zu legen: Endemann, I. e. II. ст. 600 пр. 11.

2) Про відношенє заручин до зносин між любовниками пор. Dittenberger, Das Verlöbnißrecht (1901) ст. 62 і д.

3) Savigny, System III. §§. 140, 141.

кн. з. ц., або з якого жадна особа не єсть другій обов'язана до чинитьби (§ 858 кн. з. ц.), не є умовою¹⁾. Сей висновок єсть однак нестійний, бо подані аргументи оправдані вправді при облігаційних умовах, не при інших умовах. Постанови, на які покликує ся *Krasnopolski*, подають лише єство т. зв. „особистих прав“ (*persönliche Rechte*), і треба згодити ся з ним, що заручини не відповідають сим постановам, та не основують відносин облігаційних. Але не можна ще із сего вносити, що заручини взагалі не є умовою в праві австрійськім. Адже-ж не думає *Krasnopolski*, що, коли редактори австр. кн. з. ц. науку про умови трактують в праві облігаційнім, австрійське право не знає вже річевих, спадчинних і родинних умов? А далі, дуже інтересне те, що він цитує лиш такі постанови, які говорять про суть облігаційних відносин, а натомісьць зовсім поминає тоті вискази, що просто доторкають єства умови. А чей-же із сих законних висказів міг-би він прийти до иншого висліду.

Поняте умови подає § 861 кн. з. ц., а ся постанова рішучо звертає ся против його теорії. Тут не говорить ся ні про „обов'язок“ до чинитьби, ні про „право до річи“, але взагалі цілу суть умови ставляє ся на взаїмне відношенє одного приреченя до другого :

„Wer sich erklärt, dass er jemanden sein Recht übertragen, d. h. dass er ihm etwas gestatten, etwas geben, dass er für ihn etwas tun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Teile ein Vertrag zu stande“.

Чи можна в сій легальній дефініції взагалі що-небудь найти, що промавляло-би за поглядом *Krasnopolski*-ого? Я думаю навпаки; він не покликує ся на сю дефініцію тому, бо вона впрост против нього говорить. Та з другого боку вона потверджує найкрасше нашу теорію. „Приреченє, взаїмно одружити ся“, стає через згідну волю обох сто-

¹⁾ „Denn ein Akt, eine Handlung, welche kein Recht zu einer Sache (§ 307) begründet, oder vermöge welcher nicht eine Person einer andern zu einer Leistung verbunden ist (§ 859 a. b. G. B.) ist kein Vertrag“: *Krasnopolski* l. c. ст. 318.

рін умовою — та як удачно вказує закон на се, що прийняте приречення мусить „важно“ наступити! У тім лежить також потверджене сего погляду, який говорить про вимоги важности заручин і осуджує тоті вимоги після анальогії загальних постанов про умови¹⁾. Не можна забути й на те, що австр. право називає заручини виразно „попереднім приреченєм, взаємно одружити ся“ (§ 45 кн. з. ц.), та нема підстави, над тим висказом приходити до дневного порядку.

III.

Теория умови робить ріжницю між неважністю заручин, а відступленєм від заручин²⁾, подібно як між неважністю подружа, а розводом, між неважністю умови, а відступленєм від умови. Після теорії факту нема одначє ніяких причин неважности або оспоримости заручин, тільки самі причини відступленя³⁾. Тут не відграє отже ані неважність ані оспоримість заручин ніякої ролі, та всі причини неважности після теорії умови приходять в рахунок лише під поглядом причин відступленя.

Одначє близші досліди мусять довести до того, що не можна усьо звести виключно до причин відступленя, та що в деяких випадках єсть вказано робити ріжницю між причинами неважности, а причинами відступленя, бо заходить нераз потреба, інакші наслідки правні привязувати до неважности, ніж до відступленя.

Хто виходить із того, що заручини є лише правною подією, то мусять вони мати повну силу, хоча заключає їх особа уже одружена на случай розвязаня подружа⁴⁾. Але

¹⁾ Пор. поки-що Friedberg, Lehrb. des kath. und evang. Kirchenrechts (5 виданє) 1903 ст. 468 пр.

²⁾ Пор. Stutz, die Rechtsnatur des Verlöbnisses (1900), ст. 63 пр. 1; Dittenberger, Das Verlöbnisrecht (1901) ст. 147 і д.; Cramer, Das Verlöbnis nach dem B. G. B. (1902) ст. 16 і 60; Glaser, Die rechtliche Natur des Verlöbnisses (1904), ст. 57 і д.

³⁾ Пор. Hellmann, Das Verlöbnis nach dem B. G. B., b Deutsche Juristen-Zeitung 1901 ст. 220 і д.; Nathan, Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses (1902), ст. 79 і д.

⁴⁾ Про заручини одружених осіб пор. Stutz, l. c. ст. 63/64; Dittenberger, l. c. ст. 97 і д.; Glaser, l. c. ст. 58 і д.

тут покликує ся Hellmann на „наші звичаї і конвенціональні погляди“¹⁾. Одначе се не може нічого змінити в тім, що було сказано, бо „звичаї і конвенціональні погляди“ можуть вправді заручини одружених осіб вважати за невідповідні, можуть їх загально осуджувати, але не є в силі вважати самі заручини як неествуючі. Та коли собі уявимо пр. такий случай, що жінка заподілого чоловіка, який задля недостачі усіх законних вимог не міг бути узнаний за помершого, заручила ся з другим, то чей-же сего поведеня загальна опінія не осудить, хоча з другого боку лад правний може мати всяку підставу, вважати таку сполуку за неествуючу, за „впрост заказану“ (geradezu unerlaubt) по думці § 878 кн. з. ц. До сего не досить покликатись на звичаї і конвенціональні погляди, але треба все мати на оці законні заклази. Коли проте Nathan, приклонник теорії Hellmann учить: „Як подруже єсть неможливе, бо законом заказане, то брак приреченю, одружити ся, сущної вимоги, аби могло бути заручинами“²⁾ — то треба на се зовсім згодити ся, але тоді він сам собі противорічить, коли рівночасно за Hellmann-ом указує на звичаї і конвенціональні погляди, які отже мають оснóвувати ся на „законних заказах“! Бо чей-же законний заказ не є в силі вплинути на загальну опінію так, аби заручини, які de facto єствують, загальна опінія вважала за неествуючі. І так можуть de facto побіч подружа з особою А стояти заручини з особою Б — а для теорії факту не жадає ся більше. А чей-же лад правний має всяку рацию нехтувати такі заручини, тим паче, що правні наслідки відступленя по мисли § 46 кн. з. цив. не можуть тут бути оправдані.

Проте не лишає ся нічо иньше, тільки заручини трактувати як умови, значить: вважає ся заручини за неествуючі, та вони можуть мати лиш такі наслідки правні, які пливають з неважних умов.

Тим чином буде зрозуміло, чому приречене будучого одруженя, що є потрібне до перешкоди убійства подруга

¹⁾ Hellmann, l. c. ст. 221; пор. Nathan, l. c. ст. 83/84.

²⁾ „Ist die Ehe unmöglich, weil sie gesetzlich verboten ist, so mangelt es dem Eheversprechen an einem wesentlichen Erfordernisse, um ein Verlöbniß zu sein“: Nathan l. c. ст. 83.

з § 68 кн. з. ц., не становить заручин — бо такі заручини є *contra bonos mores* (§ 878 кн. з. ц.) і проте неважні — а на-томісць теорія факту мусить їх вважати за важні заручини з всякими наслідками § 46 кн. з. ц., хоч як против сего застерігає ся Крaснопoлскi¹⁾). Відступлене є правно немислиме, тому не може бути бесіди про евентуальний обовязок до полагоди шкоди після § 46; та коли-б був можли-вий обовязок до повернення шкоди, то мусів-би він мати особну правну підставу; не відступлене, але підступ, погрози і т. и. Се для австр. права тим важнійше, коли зважимо, що до обовязку полагоди шкоди після § 46 кн. з. ц. — навіть по думці Крaснопoлск-ого²⁾ — не треба провини.

Та як раз сей послідний погляд, що після § 46 австр. кн. з. відповідає ся уже за саму *causa materialis* відступ-лення без огляду на провину, повинен був Крaснопoлск-ого здержати від прийнятя теорії факту до австрійско-го права.

Стрічаємо з науці погляд, що навіть нелітні по окін-ченню 7 літ житя можуть важно заручити ся. Та коли тут примінімо теорію, що заручини се тільки правна подія, то вони мусять бути для области права стійні, коли їх заклю-чить осьмолітна дитина; коли опісля вона відступить від заручин, то мусіла-б підпасти постанові § 46 кн. зак. цив., і звернути другому судженому „дійсну шкоду“. Такий ви-слід єсть однак очевидно нестійний.

Але навіть тоді, коли виходимо із того погляду, що після „наших звичаїв і конвенціональних поглядів“ заручи-ни лиш тоді можливі, як сторони дійшли уже до віку зрі-лості³⁾, то всеж-таки не мож зрозуміти, яким чином мало-літний, що зараз по упливі 14 літ житя без згоди правних заступників заручив ся, мусів-би по одностороннім відсту-пленю від заручин у всякому разі звернути шкоду по мисли § 46 кн. з. цив. Чей-же заручин чотирнайцятьлітного

¹⁾ Крaснопoлскi l. c. ст. 319.

²⁾ Крaснопoлскi l. c. ст. 319.

³⁾ Не можна при тім забути, що про наше питанє навіть в за-конах ріжних держав заходять значні ріжницї, а тим більша мусить бути ся ріжниця, коли прийде ся осуджувати кождий випадок після несталих та дуже змінних суспільних поглядів!

хлопця без дозволу правних опікунів ніхто не возьме на серйю, проте й не можна казати йому відповідати за „дійсну шкоду“ по мисли § 46, і через те нарушувати його матеріальні сфери, які стоять під особлившою охороною права (пор. §§ 21, 187, 188 кн. з. цив.). Тому не може бути сумніву, що в таких випадках теория факту не дасть ся оборонити. Що висказує Hellmann у своїм примірі против теорії умови, промовляє в нашім випадку рішучо за сею теорією, та через те упадає сила його аргументу¹⁾.

При сій нагоді хочу навести ще один примір. Заходить *impedimentum criminis*, бо суджені зіставали з собою в полових зносинах ще під час попередного подружа одного з них, а їх чужоложність була вже перед заключенем заручин судово доказана (§ 67 кн. з. цив.). Тут не можна сумнівати ся, що теория факту мусить з фактом ествуючих заручин числити ся, хоча вони перед узисканем діспензи „противлять ся добрим звичаям“ (пор. § 138 нім. кн. з. цив.), або як каже австр. закон, є „просто недозволени“ (§ 878). Одначе опісля відступає жених від заручин, бо бачить, що в найблизших кругах, в яких він обертає ся, його заручини зовсім ігнорують, зглядно невічливо до них відносять ся. Не можна сказати, що він має „оправдану причину“ відступити, бо коли заключив заручини, мусів все-таки бути приготований на се, що загальна опінія в кругах, в яких проживає, тому противна. А все-ж таки перед узисканем діспензи не може бути бесіди про винагороду шкоду по мисли § 46 кн. з. цив. Коли-б вони внесли уже о діспензу, то перед порішенем всякі видатки з огляду на будуче одружене не мають підстави, і вже тому не можуть створити обовязку до звороту: хто їх робить, мусить їх дефінітивно поносити. Правна похибка (*error iuris*) не оправдує заручених (§ 2 кн. з. цив.). Лиш з причини обману або підступу можуть для невинної сторони повстати правні домагання, але тоді вони підходять під загальні правила, а не під осібну постанову § 46 кн. з. цив.

¹⁾ Проте „супільні погляди“, на які покликуює ся Hellmann, не можуть рішати про се, чи заручини з правного огляду ествують, чи ні, але — як пізнійше докажемо — лиш про те, чи причина відступлення від заручин єсть оправдана, можна покликати ся на „почуте судії“.

Що сказано про *impedimentum criminis*, примінює ся також при перешкодї участі в причинї розводу з § 119 кн. з. цив.

Із сказаного слїдує, що теорія факту веде до злих висновків. Піднесені заміти доторкають також змодифікованої теорії факту, яка вважає заручини актом волї¹⁾. Чей-же не можна згодити ся на се, що заручини не є умовою, лиш правною подїєю, — а про тото мають примінювати ся анальоґічно загальні постанови про умови!²⁾ Тут лежить по мойому очевидна *contradictio in adiecto*; та в дійсности приклонники сеї теорії признають *implicite* заручинам натуру умови, але з причини особливших прикмет сеї умови мусять допустити певні відмінні наслідки правні. При події правній, що не єсть ділом правним, може лише ходити о се, чи вона є, чи її нема, та в сїм напрямі вимінки, на які вказує *Hellmann*, можуть бути правдиві — але не всі, бо тоді висновок мусїв-би бути противний. Між тим нема в законї осібних постанов про події правні, і проте змодифікована теорія факту вказувала-би чимало на дуже значні люки.

Інакше при теорії умови. Коли вважаємо заручини за умову, то вона може все-таки мати особлившу вдачу, та з того може слїдувати, що не всі постанови про умови мусять приміняти ся, а навпаки деякі з них задля тих особливших прикмет мусять відпасти; проте з понятєм умови дасть ся все-таки погодити висновок, що загальні постанови про умови примінюють ся тільки в міру сего, чи й о скільки вони відповідні. Наука і новий німецький закон говорить тут про „*angemessene Anwendung*“. Уже при умові про наслідство (*Erbvertrag*) не можна примінити усіх постанов про умови, а всеж-таки вона єсть справді умовою³⁾,

¹⁾ Пор. *Matthias*, *Lehrb. des bürg. R.* II. ст. 226; також *Jacobi*, *Das pers. Eherecht*, ст. 19 пр. 16 а.

²⁾ Пор. *Glaser*, *l. c.* ст. 29.

³⁾ Пор. *Fr. Hofmann*, *Wesen und Wirkung des Erbverzichts und des Erbvertrages*, в *Grünhut-a Zeitschr.* III. ст. 665 і д. Також даровина на случай смерті єсть все спадчинною умовою: пор. мою розвідку, *Do-żywocie małżonka*, ст. 21 і д.

а не сполукою завіщання зі зреченем права відклику)¹; та й заключене подружжя єсть умовою, хоча має багато-дечого, що від загальних постанов про умови ріжнить ся — проте й заручинам не можна відказувати прикмет умови про деякі модифікації, які стрічаємо в законі. Заручини є чей-же родинною, а не облїгачийною умовою!

На мій погляд самі себе обмаюють ті, що думають, немов через відкинене теорії умови можна для заручин найти достаточну правну підставу²). Теория факту могла взагалі лиш тому повстати, що теоретики приступали до понятя заручин з готовим, а рїогі уробленим понятєм діла правного і понятєм умови, і проте гадали, що сих понятя не можна теоретично віднести до заручин. Одначе тут був метод дослїду очевидно хибний, бо треба було вперїд роздумати, чи взагалі дедуктивно уроблене понятє діля правного справді відповідне, а доперва опісля можна було судити про суть заручин. А що в сїй мірі, як „попередне приречене взаїмно одружити ся“ — тоб-то заручини — має вже на перший погляд усї прикмети обосторонного приреченя, т. є. умови, не може чей-же по законній санкції нї сіло нї пало зійти до значїня правової події. Проте не можна покликувати ся нї на недостачу правного обовязку, нї на брак підметового права, бо увесь притиск спочиває як раз на особливших прикметах сеї умови³).

Те, що приклонникам теорії факту здає ся надзвичайним, та що їх тому спонукує до нехтованя умови, слїдує — як уже доказано — лише із пасивного становища державного ладу правного супротив відношеня суджених до себе; всї другї особливости виходять знова із відношеня заручин до заключеня подружжя. Проте навіть в области

¹) Сей погляд стрічаємо спершу у Hartmann-a, Zur Lehre v. d. Erbverträgen und v. d. gemeinschaftlichen Testamenten 1860; опісля Unger, Erbrecht § 26; Arndts, Pand. § 470 пр. 3; і b Haimerl-a Vierteljahrsschrift VII. Nr. 10; Огоновский b Ger. Zeit. 1875 Nr. 87; і Систем австр. пр. прив. II. (1897) ст. 296 і д.

²) Хїба-би за приводом Hellmann-a хтось на стїльки опустив на користь теорії умови, що із усьої теорії факту не лишилось-би нїчого. —

³) Пор. Friedberg, Lehrb. des Kirchenrechts (1903) ст. 468 пр.; Dernburg, Bürg. R. IV. ст. 22/23.

нового німецького права находимо приклонників теорії умови, котрі не жахають ся признати, що загальні правила про умови примінюють ся при заручинах з „відповідними“ змінами¹⁾. Сей погляд має вправді для нового німецького права деякі трудности, бо кн. зак. цив. для Німеччини ставляє в загальній часті загальні приписи про умови, які повинні тому усе примінювати ся, доки нема иньшої постанови в законі. Але й в Німеччині, де зараз по оголошенню нової кн. зак. цив. визначний учений виступив з теорією „правдивого права“ (*Theorie des richtigen Rechtes*)²⁾, і міг при тім покликати ся на численні випадки „відповідного“ примінювання постанов в самім законі, не можуть виринути поважні заміти против признання деяких змін у приміні загальних постанов про умови до заручин, а то тим радше, що ті зміни витікають із особлившої натури сего інституту родинного³⁾.

Але для австр. права нема ніяких трудностей. Австр. кн. зак. цив. не має „загальної часті“ на думку Savign-п-ого, проте нема загальних постанов про всякі умови, лише постанови про умови в облїгаційнім праві. Не стрічаємо в кн. зак. трактату про діла правні, а сама назва не єсть законови звісна. Проте де ходить о заручини, що є умовою родинного права, можемо без трудности в разі потреби відступити від постанов про облїгаційні умови, та приноровити їх до сих вимог, які слідують із особлившої натури заручин.

Теорія умови визначає ся ще тим, що не допускає до шабљонової приміни § 46 при відступленню від заручин. Теорія факту знає на всьо лиш одинокую рецепту, с. т. постанову § 46 австр. кн. з. (згл. §§ 1298—1300 нім. кн. з.); між тим робить теорія умови ріжницю між оспоренем неважних заручин а відступленем. При відступленню прикладає ся постанова § 46; при оспореню може вправді також прийти до економічного вирівняня, але тоді примінює ся

1) Порівнай попередну примітку.

2) *Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte* (1902).

3) Против інституту правного при заручинах заявив ся *Krasnopolski*, l. c. ст. 379/380; за інститутом пр. *Landsberg, Das Recht des* B. G. B. I. ст. 51.

відмінна постанова § 878 i. f. В IV. розділі викажемо, о скілько ся послідна постанова ріжнить від § 46 і о скілько така ріжниця єсть зовсім оправдана.

В кінци, заки прийдемо до основного розбору поодиноких висновків нашого погляду, мусимо ще вказати на одну прикмету заручинової умови. Справедливо підносить Krasnopolski, що зірване заручин не єсть зірванем умови¹⁾ — а мимо того заручини не перестають бути умовою. Се виходить із того, що доси було сказане. Як заручинова умова єсть важна, то вона після законних приписів не може бути ніяк нарушена, бо суджені можуть довільно відступити. Але з хвилию заключеня умови кінчить ся царина „умови“²⁾, починає ся „відношене правне“ між судженими, що єсть уже зовсім самостійне. Воно — так сказати-б — відриває ся від умови, яка з хвилию важного заключеня скінчила свою правну судьбу. Відношене, яке повстає по заключеній умові, не стоїть одначе під законними нормами держави, але під социяльно-етичними правилами иньших звязків социяльних. Відступлене від заручин не нарушує тому умови заручин, тільки відношене правне, яке повстає по умові. Правні наслідки відступленя не є наслідками зірваня умови, але самостійними наслідками зірваня ествуючого відношеня правного.

IV.

Ми доказали, що заручини є умовою права родинного. Змістом сеї умови єсть обосторонне приреченє, взаїмно одружити ся. Проте виступає тут на перший погляд схожість з т. зв. *actum de contrahendo*, і справді дуже розповсюднена теория вважала заручини за підготовну умову в тіснійшій розуміню³⁾. Але вже в моїм ви-

¹⁾ Krasnopolski, l. c. ст. 320. Інакше Gierke, *Der Entw. e. B. G.* В, ст. 396; Dittenberger, l. c. ст. 112. Що заручинова вірність не стоїть на рівні з вірністю при иньших умовах, доказує вже v. Scheurl, *Das Eherecht*, ст. 374; пор. Glaser, l. c. ст. 73/74.

²⁾ Такий самий погляд у Stutz-a, l. c. ст. 60, одначе з иньших причин.

³⁾ Гл. літературу у Krasnopolsk-ого, l. c. ст. 317.

кладі габілітаційнім я старався доказати, що сей погляд нестійний¹⁾). Опісля — головню в науці нового права німецького — піднесено против теорії *pacti de contrahendo* важкі сумніви²⁾, хоча з другого боку найшлися в останніх часах нові приклонники сеї теорії³⁾). Для австр. права опрокинув її *Krasnopolski*, а ще перед ним *Pfaff* на підставі § 936 кн. з. цив.⁴⁾).

Зрештою на мій погляд треба виходити із того, що підготовні умови ніколи не виходять поза об'єм облігаційного права⁵⁾, бо тоді висновок був-би такий, що й умови купна, найму, аренди і т. и. треба-би з огляду на будучу річеву умову, с. т. передачу (*traditio*), вважати лише підготовними умовами! Та як ті останні умови задля своєї самостійности є звичайними умовами, хоча їх призначенем є перенесене власности або ужитку, так і заручини не перестають бути самостійною умовою про те, що їх метою є приречення закладено подружжя в будучности. Уже в суспільности, серед якої суджені живуть, признане є їм самостійне суспільне становище, яке по крайній мірі різниться все-таки від сего становища, що займають подруги в суспільности. Тому й умова, яка дає сторонам таке самостійне становище в суспільному життю, мусить бути самостійною умовою, та лад правний мусить її вважати як самостійну, незалежну прояву, і то тим скоріше, що позитивне право не допускає ніякого примусу до закладення подружжя. —

Як умова родинного права не підлягають заручини усім постановам про умови, які подає австр. кн. з. цив. в облігаційнім праві. Уже в моїм габілітаційнім викладі

1) Часопись правнича 1899 ст. 5.

2) Пор. *Jacobi*, *Das. pers. Eherecht* ст. 15/16; *v. Stutz*, *Die Rechtsnatur des Verlöbnisses*, ст. 31 і д.; *Nathan*, *Die jur. Konstr. des Verl.*, ст. 52/53, 56, 69 і д.; *Glaser*, *Die rechtl. Natur des Verl.* ст. 83 і д.

3) Пор. *Dittenberger*, *Das Verlöbnisrecht*, ст. 49 і д.; *Cramer*, *Das Verl. nach B. G. B.* ст. 10; *Zihlmann*, *Der Verlöbnisbruch im modernen R.* ст. 146 і д.

4) *Pfaff*, *Die Klausel rebus sic stantibus*, ст. 131. Старої теорії *pacti de contr.* придержуєся *Till*, *Pravo pryw. austr.* V, ст. 9.

5) Пор. *Göppert*, *Zur Lehre v. d. pacta de contr.*, в *Krit. Vierteljahrsschr. für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* XIV. ст. 404; моє Австр. право обл. I. ст. 288.

звертаю увагу на два знамена, з яких треба виходити при приміні правних постанов, а то: 1) що заручини — се попередна обітниця одруження, — тому огляд на будуче одружене в усіх напрямках відграє рішучу ролю; — 2) що вони „не оснують жадного правного обов'язку“, та лише при особливших вимогах § 46 кн. зак. цив. спроваджують обов'язок до повернення шкоди. Проте треба вважати також на постанови закона про неважність подружа. Зрештою закон запоручає судженим по заключеню заручин повну свободу, чи мають приречене виконати, чи ні, проте справедливо, щоби й при заключеню заручин оглядати ся виключно на правдиву волю контрагентів¹⁾.

Так-то судия розважить ті знамена і в міру сего осудить, які постанови про умови сюди примінити, і в якім напрямі мають наступити зміни. Сего права не можна правникам ніяк відказати. На се вказував я уже в 1898 р. в моім творі „Das Wesen des Werklieferungsvertrages“²⁾ — та подібний погляд виступає опісля дуже часто в науці, між австрійськими ученими головно у Steinbach-a³⁾ і Wurzl-a⁴⁾. Зрештою з того погляду виходить новітна теория „правдивого права“, якої творцем єсть Stammler. Та хоч не у всім ми з ним згідні, то всеж-таки бачимо в його епоховім творі „Die Lehre von dem richtigen Rechte“ теоретичний висновок усіх новітних стремлінь в науці права, що шукають поза об'ємом позитивниго права иньших творчих елементів.

Дехто із старої школи міг-би закинути, що таке свідне осуджуване в справі приміни поодиноких норм правних доводить до непевности правосудия. Одначе против сего справедливо виступає Stammler і каже:

„Man hat dem verstärkten Zurückgehen der neueren Gesetzgebung auf direktes Urteilen nach richtigem Rechte das Bedenken entgegengebracht, ob nicht die Sicherheit der Rechtsprechung darunter leide. Aber jenes Zurückgehen ist als Mittel guter Rechtsetzung nie zu entbehren... Es ist zuzugeben, dass der Lehre und

¹⁾ Часопись правнича 1899 ст. 5/6.

²⁾ Ст. 83/84.

³⁾ Steinbach, Moral als Schranke des Rechtserwerbes und der Rechtsausübung (1898).

⁴⁾ Wurzel, Das juristische Denken (1904), ст. 40 і д.; і 60 і д.

der Anwendung des Rechtes durch das stärkere Hervortreten des Urteilens nach unvermittelt richtigen Anforderungen neue und schwierige Aufgaben gestellt sind. Aber sie können erschöpfend erfüllt werden und in der Sache liegt eine Notwendigkeit von Schwanken und Unsicherheit nicht“¹⁾.

Та коли юрист ще до того найде вказівки у самім законі, то задача його не трудна, а чей-же лекша, „чим не раз звичайне приноровлюване практичних питань до поодиноких §§ даного закона“²⁾. Такі вказівки подає нам закон при заручинах; ми про них вже згадували, можемо проте на них дальше будувати, із них дальші консеквенції снувати :

1) Заручини приходять до бутя, коли мущина і жінка заявлять взаїмно свою волю, на будуче з собою одружити ся³⁾. Ся заява може наступити безпосередно („виразно“ : § 863 кн. з. цив.) або посередно через т. зв. здогадочні ділання (konkludente Handlungen)⁴⁾. Зносини двох осіб без свідомого наміру одружити ся, не є заручинами; обмін заручинових перстенів не єсть однак знаком, що заручини тепер заключають ся, але можуть бути доказом, що заручини були вже заключені — бо до важности заручинової умови вистачає сама заява обох сторін, що хотять з собою одружити ся. Тут ходить лише о дане і прийняте приреченя.

§ 862 кн. зак. цив. не примінює ся до заручин. Тут в тім діло, аби оферент в хвили прийнятя його оферти справді мав ще волю, заключити заручини⁵⁾.

Як мущина і жінка порозумівали ся устно, то заручини приходять до бутя, коли оферта і прийняте оферти наступили раз у раз in constanti; коли-б одначе жінка лишила собі час до намислу, то мущина у тім часі не єсть звязаний, та може навіть відкинути прийняте, яке

1) Stammer, Die L. v. d. richtigen Rechte, ст. 305.

2) Stammer, l. c. ст. 306.

3) Питаня, які тут є предметом розвідки, були вже коротко обговорені в габілітаційнім викладі (Часопись пр. 1899 ст. 6 і д.). Понизше подаю однак далеко ширші виводи, а в деяких точках дооджу до иньших висновків.

4) Пор. моє Австр. пр. обл. I. ст. 243/244.

5) Пор. Schnitzer, Kath. Ehe recht, ст. 86.

наступило пізнійше. Так само при письмених заручинах *inter absentes*. Постанова § 862, що прийняте мусить наступити протягом 24 годин, зглядно протягом часу, потрібного до дворазової відповіді, не має тут взагалі ніякого зміслу — та навпаки обі сторони задержують повну свободу волі. Проте заручини приходять до бутя, коли оферент довідав ся про прийняте другої сторони (теория відомости: *Vernehmungstheorie*, не теория дорученя або приходу: *Empfangs- oder Zugangstheorie*), але під тим услівем, що оферент між тим не змінив своєї волі. Тут взагалі не може бути бесіди про те, що одна або друга сторона єсть через своє слово звязана („*Gebundenheit ans Wort*“: *Siegel*), бо взагалі навіть з ествуючих заручин нема „ніякого правового обовязку“, та поки нема обосторонної згоди, не можна приступити до підготовленя будучого подружа, а проте відпадають вимоги, задля яких можна-б жадати звороту шкоди по мисли § 46 кн. з. цив.

До таких самих висновків приходимо також в новім праві німецькім¹⁾. Вправді постанови §§ 145 і д. нім. кн. зак. звучать загально, але про те не може бути сумніву, що вони доторкають лише оборотового, а не родинного права. Чей-же й заключене подружа єсть умовою родинного права, а всеж-таки нікому й на думку не приходить, постанову §§ 145 і д. сюди примінити!

2) При кождім ділі правнім, отже й при заручинах ділаючі особи мусять мати правну здатність до підприниманя діл правних (заголовок до § 865 кн. зак. цив.). Сюди належить не лиш здатність правна, але й здатність до діланя.

а) Після § 48 кн. з. цив. нелітні не можуть заключити важного подружа. Се відносить ся також до заручин. Проте діти низше 7 літ, і нелітні низше 14 літ не можуть важно заручити ся.

Що-до послідного, гадки є поділені, та деякі письменники признають нелітним, що покінчили 7 літ житя, право заключувати важні заручини за дозволом законних заступ-

¹⁾ Поп. *Dittenberger, Verlöbnißrecht* ст. 72/73; *Cramer, Das Verlöbniß* B. G. B. ст. 38/39.

ників¹⁾. За сим поглядом промовляє постанова § 865 кн. з. цив.; против нього одначе наведена повисше постанова подружного права, яка до нелітности привязує *impedimentum aetatis*. В австр. праві мусимо рішити питане в посліднім значіню, коли зважимо, що „згода при умові мусить бути заявлена на серію“ (§ 869 кн. з. цив.), а зрештою воля суджених, взаімно одружити ся, не може бути заступлена, тільки доповнена через правних заступників, і тому не можна обійти ся без того, аби суджені самі з повною розвагою приступали до акту заручин. А де задля браку потрібної фізичної зрілости нема зрозуміння того, що становить єство подружа, там не може бути бесіди про розважну заяву, на будуче одружити ся. Проте коли-б фізична зрілість наступила уже перед 14 роком житя, то й можливо, що дотична особа може зрозуміти, в чім лежить єство подружа, і в такім разі може вже перед 14 роком житя заключити важні заручини. Але й на оборот: коли-б фізична і психічна зрілість наступила доперва пізнійше, то передше не можна заключити важних заручин, та через те не можна при відступленю викликати наслідки правні § 46 кн. з.

Новий закон цив. для Німеччини також жадає, аби воля була заявлена розважно, с. т. на серію (пор. §§ 116 і д. нім. кн. з. ц.) — проте не можна сумнівати ся, що повисший погляд примінює ся в новім праві німецькім.

б) „Бісноваті, божевільні, глуповаті“ (§§ 21, 48 кн. зак. цив. — пор. § 865: „Хто не єсть в уживаню розуму...“), і особи, що находять ся „в перехожім стані неосудности“ (пор. § 1307 кн. з. ц.), не можуть заключати важних заручин. Як у останніх стан неосудности перейшов, то можуть вони важно заручити ся, але се є тоді нова умова. Умово хорі і слабоумні не можуть однак навіть *in lucido intervallo* важно заручати ся, а до сконстатованя їх стану

¹⁾ Пор. Binder-Scheicher, Eherecht ст. 240/241; v. Scherer Handbuch des Kirchenrechts II. ст. 127 (але підносить справедливо, що нелітний мусить все таки мати зрозуміне сего акту, до якого змагають заручини, т. є. подружа); Schnitzer, l. c. ст. 89. Для повсюдного права висказують ся за сею теорією v. Scheurl, Das gemeine d. Eherecht ст. 370/371; а для нового німецького права Dittenberger, l. c. ст. 87 і д.; і Goldmann, Zur Rechtsnatur des Verl., в Deutsche Juristen-Zeitung 1901 ст. 432 і д., — противно Cramer, l. c. ст. 27 пр. 5.

здоровля не треба судового завішення курателі (§ 273 кн. з. ц.), бо при заручинах не ходить о безпеку обороту суспільного на зверх, але о відповідне підготовлене будучої супружої звязи. Взагалі заключене заручин не єсть можливе серед таких обставин, які унеможливають впрост будуче одружене; проте рівнодушно, чи суджений був перед судом узнаний умово хорим, і чи він хвилево находить ся в стані повної осудности, чи ні. Навпаки єсть правило без виїмка, що умова недуга і слабоумність виключають так заключене подружа, як заключене важних заручин. Проте не може бути бесіди про відступлене від заручин. Умово хорий або слабоумний, що *in lucido intervallo*, заручив ся, не відступає опісля від заручин, він взагалі нічого не ділає, нічого не заявляє, та й за нього не може заступник нічого ділати, нічого заявити, — тому постанова § 46 кн. з. ц. не може до нього мати приміни. Се має велике значіне, бо не можна його приневолити до полагоди „дійсної шкоди“ задля відступлення, хоча в австр. праві обовязок до звороту шкоди після § 46 не зависить від провини, лише від *causa materialis* відступлення¹⁾.

Мимо того умово хорий, що другій стороні через введене її в блуд наніс шкоду, не єсть вільний від всякого зобовязаня. Після австр. права може він бути обовязаний звернути шкоду, одначе не на підставі § 46, тільки § 1310 кн. зак. цив. „Заручини“ умово хорого або слабоумного є „мимовільним діланем“ по мисли закона (§§ 1306—1310 кн. з. ц.)²⁾; значить умови вправді нема, але за те серед обставин може бути позаконтрактова одвічальність, о скільки заходять вимоги § 1310. Коли отже умово хорий „заручив ся“ *in lucido intervallo*, то відповідає другій стороні за шкоду, яку поніс без власної провини, бо „шкідник, хоча, звичайно не єсть при уживаню розуму, все-таки в данім випадку поносить провину; а знова тоді, коли не було *lucidum intervallum*, та друга сторона без вини не знала нічо про умову недугу ділаючого, повинен судия, з огляду

¹⁾ Пор. поки-що Ofner, Protokolle I. ст. 71; Krasnopolski, I. с. ст. 319.

²⁾ Про значіне „мимовільного діланя“ в австр. законі пор. м о е, *Wesen das Werklieferungsvertrages* (1898), ст. 64 і д.; Австр. пр. обл. I. ст. 406 і д.

на майно шкідника і пошкодованого признати або повний зворот шкоди, або відповідну частину звороту“. Сяк чи так, не може бути бесіди про повернене „дійсної шкоди“, про яку згадує § 46, лише про „відповідне нагороджене“ (angemessene Entschädigung)¹⁾, яке судія може признати, розваживши головню відносини маєткові обох сторін, але не мусить признати, так що нераз відпаде всяка одвічальність за шкоду.

До сего зовсім справедливого висліду можемо дійти лише на підставі теорії умови, бо противна теорія (факту) мусить або лишити ся при постанові § 46 кн. з. ц., або, коли після Hellmann-івського погляду не признає тут єствоване заручин, відкинути взагалі всілякий обовязок повернення шкоди. А чейже при таким порішеню мусить все таки повстати питане, чому умово хорий при „заручинах“, має інакше бути уважаний, як у всіх иньших випадках нанесеня шкоди? До сего нема очевидно ніякої підстави; бо як треті особи мають бути перед шкодами умово хорих взагалі хоронені, то чей-же заслугоють також на охорону перед такими шкодами, які виринають з заручин. Так в праві австрійскім.

Але коли-б законодавство не уділяло приватно-правної охорони супротив ушкоджень через умово хорих, то й при заручинах така охорона не могла-б бути признана. Тому інакше, чим в австр. праві, треба наше питане рішити для нової кн. зак. цив. для Німеччини. Тут нема загальної постанови, будь-то-би умово хорі коли-небудь відповідали самі за шкоду, нанесену третим особам, проте не може бути бесіди, аби заручини умово хорих, або осіб, що находять ся в стані хвилевої неосудности („in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit“: § 104, 2 нім. кн. зак. цив.), могли довести до повернення шкоди²⁾; але не тому, що заручини як подія правна тут не єствують³⁾, але тому, що задля ушкоджень

¹⁾ Близше означене сего вислова подає моє Das Wesen des Werk-lieferungsvertrages, ст. 122 і д.; і Австр. пр. обл. I. ст. 406 і д.

²⁾ Пор. про се Dittenberger, I. с. ст. 85 і д.

³⁾ При заручинах in lucido intervallo сей погляд був-би очевидно невірний.

дотичних осіб позитивне право не установляє обов'язку полагати шкоди. Проте в системі нового німецького права не мож примінити § 1298 до умов хорих; та про аналогію з § 122 нім. кн. зак. цив. не може бути також бесіди.

в) „Малолітні або навіть повнолітні, що з яких-то причин не можуть про себе приймати важних обов'язків“ (§ 49 кн. з. ц.), взагалі особи, „що залежать від вітця, опікуна або куратора“ (§ 865 кн. з. ц.), потребують до важности заручин дозволу законних заступників. Під малолітніми треба розуміти тих, що покінчили 14 літ життя, але ані не осягнули ще віку повнолітності, ані не були за повнолітних узнані. З ними стоять на рівні особи, про яких задля законних причин (§§ 172, 173, 251 кн. з. ц.) розширено вітцівську чи опікунчу власть поза вік повнолітності, а крім сего судово узнані марнотравці. У сих останніх випадках мусить однак судове поступованє (т. зв. *Entmündigungsverfahren*) бути вже переведене, бо перед переведенєм сего поступованя здатність до діланя не єсть обмежена.

Питанє, яким ми тепер займаємо ся, є найбільше спірне в науці. Із запереченя неважности заручин малолітних бере теория факту найбільше аргументів для попертя своїх поглядів, а *Hellmann*-івський примір, яким він гадає провалити одним промахом цілу теорию умови, взятий як-раз із заручин малолітних¹⁾: а знова приклонники теорії умови покликають ся також на те, що як раз при заручинах малолітних найліпше виходить нестійність теорії факту, — та *Glaser* противставляє *Hellmann*-ови із заручин малолітних такий примір, який що найменше з такою самою силою промовляє за теорією умови, як *Hellmann*-івський примір за теорією факту²⁾.

¹⁾ Двадцятьлітна жінка заручує ся без дозволу законних заступників, а опісля жених її покидає без причини: *Hellmann*, *Deutsche Jur. Zeitung* 1901, ст. 218.

²⁾ *Glaser*, l. c. ст. 51. Його примір ось який: „Молода дівчина не добачує у своїй молодій любові, як мало жених єсть її гідний, та як мало для неї відповідний... Але її отець глядить дальше. Він знає свою доньку добре, та не може її вірити, аби отся „перша любов“ могла трівати по всі часи... проте він наказує її заручати ся, а довідавши ся про се, що вона все таки заручила ся, заявляє категорично, що на такі заручини не годить ся...“

В теорії і практиці церковного права переважає вправді погляд, що малолітні можуть заручитися важно навіть без дозволу вітцівської і опікунчої влади¹⁾ — але лише з тої причини, бо й подружжя малолітніх є важні без дозволу законних заступників. Мимо того й тут стрічаємо часом погляд протилежний, що до важности таких заручин конечна згода законних заступників²⁾, а опираєся він на тім, що при неоправданім відступленню від заручин є обовязок, винагородити шкоду.

Новітні законодавства, а з ними й австр. право, домагаються до важности подружжя малолітніх згоди законних заступників, бо така вимога єсть поставлена до всіх діл правних взагалі. Проте мусіла-б бути якась осібна причина чому при заручинах мало-б бути інакше. Але такої причини, годі віднайти. Формальности, що є конечні при заключенню подружжя, тут не мають ніякого значіння, а всеж-таки мусить бути „правдиве“ призволенє зі сторони законних заступників, бо заручини мають підготовити будуче подружжя. Проте відпадають особливіші приписи § 49 кн. з. ц., а лишаються загальні правила § 865, значить, отець або опікун мусять заявити згоду на заручини, а опікунчий суд може лиш тоді виступити, коли вони відказали дозволу на заручини, та діткнені тим сторони удали ся до суду з жалобою (пор. § 52 кн. з. ц.). § 51 кн. з. ц. не має очевидно тут ніякої приміни.

Доки одначе законні заступники не згодилися на заручини малолітнього, зглядно доки суд не прилучив ся до його жалоби, заручини не мають правної стійности, вони тоді не є умовою, та можуть лише задержати вагу звичайної правної події. Се не тому, що заручини малолітніх завсе є тільки правними подіями, але тому, що малолітні не в силі самі без дозволу законних заступників заключати важних умов. Проте „заручини“ малолітніх можуть навіть без дозволу законних заступників мати правну силу, а то в тих випадках, які на підставі осібних законних постанов

¹⁾ Пор. v. Scherer, I. c. ст. 128 і д.; Schnitzer, I. c. ст. 94.

²⁾ Пор. Kutschker, Das Eherecht der Kath. Kirche II. ст. 49 і д.; Binder-Scheicher, I. c. ст. 243 і д.; і письменники, подані у Scherer-a, I. c. II. ст. 129 пр. 57.

німецького права в'яжуть з заручинами певні наслідки, або о скільки в австр. пр. ходить о те, чи після § 506 кар. зак. єсть проступок „зневаги під приреченем одруженя“; одначе вони не мають правної стійности там, де говорить ся про приватно-правну натуру заручин, значить там, де ходить о виконанє приреченя, взаїмно одружити ся, зглядно о винагороду шкоди задля відступленя від заручин. В тім випадку не можна над провідною думкою § 865 кн. з. цив. прийти до дневного порядку¹⁾, як-то робить теория факту. Малолітні можуть без дозволу правних заступників підприємати лиш такі діланя правні, які їм приносять правну користь. Коли одначе грозить їм яка некористь, то дозвіл правних заступників єсть конечний. Проте чей-же не можна згодити ся на те, аби малолітний, що без призову законних заступників заключив заручини, мусів звернути шкоду після § 46 кн. з. ц., а то навіть тоді, коли-б без власної провини дав причину до відступленя! Акт волі, виражений при заручинах, мусить мати таку силу, аби суджений міг поносити правні наслідки відступленя; проте коли не може прийняти на себе евентуального обовязку звороту шкоди, то й самі заручини можуть бути лише правною подією, і то такою, якою єсть кожде неважне діло правне.

Із того висновок, що заручини малолітних без призову законних заступників не підходять під постанову § 46 кн. з. ц. — але всеж-таки можуть серед даних обставин дати почин до винагороди шкоди, тільки — після иньших постанов правних. Та на сих постановах спочиває як раз головний притиск, і коли маємо се на увазі, не можемо ніколи з теорією умови дійти до невідповідних або неправктичних висновків.

Виходимо із того, що заручини малолітних осіб без дозволу законних заступників є неважні. А при неважних умовах допускає австр. право серед певних обставин можливість доходити економічного вирівняня того стану, який наступив через заключене неважної умови. Проте не можна

¹⁾ Се відносить ся також до нового права німецького — проте невірний єсть противний погляд Goldmann-а, l. c. ст. 432. Для австр. права невірню Proskmann, в Jurist. X (1843) ст. 428.

сумнівати ся, що й при заручинах малолітних може таке вирівнане наступити.

Одначе поза се не сягає анальоґія з § 878 кн. з. ц.; вона не дописує вже там, де ходило-би о приміну тих самих правил, які є при неможливих або недозволених умовах. Бо заручини малолітних без дозволу законних заступників не є ані „просто неможливі“ ані „просто недозволені“ — вони не противлять ся „добрим звичаям“, проте не можна з ними так само поступати, як з останніми. Зрештою коли-би ми отсі випадки зрівнали з собою, то нераз прийшло-би того, що треба-би з малолітними після § 878 і. ф. острійше поступати, як з повнолітними після § 46 кн. з. ц., бо повнолітні обовязані лише до повернення „дійсної шкоди“ (§ 46), між тим, коли малолітні мусіли-б нераз звертати повну шкоду, *damnum emergens i lucrum cessans* (§ 878 і. ф.). Однак нема потреби, користувати ся постановою § 878, та лишає ся иньша анальоґія, що доводить до зовсім влучних результатів.

Ми доказали, що навіть умово хорі можуть серед да-нах обставин відповідати за нанесену третим шкоду. Постанови §§ 1306—1310 кн. з. ц. відносять ся до позакон-трактових ушкоджень¹⁾ — а постанова § 1310 має при „ми-мовільних діланях“ загальне значіне. Вправді голосять §§ 1308 і д. *expressis verbis* тільки про „божевільних або глуповатих і дітей“ — але доказав Pfaff, що тут вказана екстензивна інтерпретация²⁾ — а у відношеню до нашого випадку промовляє за приміною § 1310 непохитна анальо-ґія. Її піддержує сам закон, бо в § 248 і. ф. каже малоліт-ним відповідати взагалі своїм майном за провинену шкоду.

Як проте малолітний заручив ся без дозволу своїх за-конних заступників, і опісля без причини відступив від заручин, то судия має по анальоґії з § 1310 рг. означити силу його „провини“ і на підставі § 1310 і. ф. „з огляду на майно шкідника і пошкодованого признати або ціле відшкодо-ванє або відповідну його-ж частину“. При тім мусить судия

¹⁾ Пор. моє *Wesen des Werklieferungsvertrages*, ст. 59 і д.; 64 і д.; Австр. пр. обл. I. ст. 385 і д.; 406 і д.

²⁾ Pfaff, *Gutachten zur Lehre vom Schadenersatz und Genugtuung*, ст. 54 і д.

звертати увагу на недостачу досьвіду, на вік (чи дальший, чи близший повнолітності), на легкодушність і на маєткові відносини малолітнього¹⁾. Рішає вільний а справедливий осуд судії — судія не єсть звязаний строгими предметовими вимогами § 46 кн. з. ц. Проте — бачимо — через анальогічну приміну § 1310 відповідає ся ліпше станови річи, чим через схематичне приноровлюване § 46; та через те маємо безпосередну основу для нашого погляду в самім законі: як малолітній заключив заручини без дозволу законних заступників, то се єсть лише правна подія, не умова, та вона може потягнути за собою обовязок полагати шкоди тільки по анальогії з § 1310 кн. з. ц.; коли-ж законні заступники годять ся на заручини, то заручини є умовою і підходять під постанови §§ 45 і 46 кн. з. ц.

Доси ми не вспіли одначе опрокинути приміру, на який покликуює ся Hellmann против теорії умови. Але зараз побачимо, що в австр. праві його клясичний примір для теорії умови не єсть зовсім небезпечний; австр. право має на нього дуже легку відповідь. І так:

Коли повнолітній заручить ся з малолітною особою, то маємо випадок, який має велику схожість з т. зв. *negotia claudicantia* § 865 i. f. Вправді годі сказати, що повнолітній тут так само звязаний, як при звичайній облїгаційній умові, бо чей-же після § 45 кожда сторона може від заручин відступити — а всеж-таки для нього важні є заручини, як при *negotium claudicans* важна є для нього умова; проте й відступлене від заручин мусить для нього мати такі самі правні наслідки, як взагалі відступлене від важних заручин (§ 46). Поверх сего треба вважати на анальогію з § 95 i. f. Як подруг „задля власного безправного діланя не може оспорювати важности подружа“, так і повнолітній, що з другою особою заключив заручини з повною свідомістю про її малолітність, і то без дозволу її

¹⁾ Проте отсі висліди, на які покликуює ся Hellmann, і. с. ст. 221, вказуючи на звичаї і суспільні погляди, зглядно на свобідне осуджене судії, аби без ніякої опори в законі виказати стійність теорії факту — приймаємо й ми, але тим разом на підставі теорії умови, виходячи із законних постанов.

законних заступників¹⁾, не може виступати з замітом неважності.

З того виходить, що питане про заручини малолітніх треба в австр. праві рішити по думці теорії умови. При с'їм показує ся вірність сего погляду, який до причин повстаня зобовязань зачислює не лиш діла правні, недозволені ділання і якісь особливші події, але з повною розвагою в § 859 кн. з. ц. висказує:

Die persönlichen Sachenrechte... gründen sich entweder unmittelbar auf ein Gesetz, oder auf eine erlittene Beschädigung.

Проте: недозволені ділання не яко такі родять зобовязаня, але в формі „нанесеного ушкодження“. Під тою точкою погляду стоять також „мимовільні ділання“ з §§ 1306—1310 кн. з. ц., і тому нема в австр. праві потреби принимати т. зв. теорию делікту²⁾, аби оправдати евентуальний обовязок малолітніх суджених до полагоди шкоди.

Далеко труднійша єсть розвязка нашого питання в новім праві німецькім³⁾. Мимо того не сумніваю ся, що в засаді треба й для німецького права рішити судьбу заручин малолітніх осіб, як і в праві австр. Де нема дозволу законних заступників, там заручини не є умовою, і не можуть в разі відступлення мати наслідків §§ 1298, 1299 нім. кн. з. ц. Вони являють ся тоді лише як подія правна, що виступає в таких випадках, де закони привязують до заручин иньші наслідки правні, які однак не сліднують з ества заручин в приватнім праві і з їх відношеня до заключеня подружа.

Але всеж-таки не можна й тут обійти ся без евентуальної одвічальности за шкоду з неоправданого відступлення. Проте не лишає ся нічо иньше, як приноровити „відповідно“ загальні правила при умовах — і через те

¹⁾ Бо тоді його ділане противить ся праву, і проте єсть безправне.

²⁾ Ставляє її спершу для нового нім. права Hellmann, l. c., та справедливо відкидає її пануюча теория німецького права, а для австр. права Krasnopolski, l. c. стор. 316.

³⁾ Пор. поки-що: Stutz, l. c. ст. 66 і д. (де на особлившу увагу заслуге ріжниця між дозволом при заручинах, а дозволом до заключеня подружа); Dittenberger, l. c. ст. 87 і д.

зайдемо при задержанню теорії умови до аналогії з § 828 нім. кн. з. ц. Вправді заручини не є недозволенним діланєм, якими займають ся постанови §§ 823 нім. кн. з. ц. і д., але про тото не трудно значіне § 828 уст. 2 так приноровити:

„Хто скінчив 7, а ще не дійшов до 18 літ житя, відповідає за шкоду, яку другому наніс..., коли при доконаню шкідного ділання... мав свідомість, потрібну до зрозуміня одвічальности“.

Що-до висоти винагороди шкоди мовчить вправді закон, — але новітний судия не може бути в клопоті, і осудить після найліпшої віри і знаня, не виходячи ніколи поза міру, означену §§ 1298, 1299 нім. кн. з. ц.

3) До важности умови вимагає австр. право „правдивої згоди“ (заголовок до § 869 кн. з. ц.) обох сторін. Через те розуміє ся усі вимоги, які ставляє закон як що-до волі, так що-до заявленя волі. Вони мусять бути також при заключеню заручин, і теория умови не потребує в сім згляді сходити до непевних „поглядів суспільних“, які мали-б рішати, чи справді заручини єствують, чи ні.

„Згода“ суджених на заручини мусить бути тому заявлена „свобідно, на серію, означено і зрозуміло“ (пор. § 869, 1 кн. з. ц.). Сі вимоги не треба одначе при заручинах розуміти по думці теорії довіря (Vertrauens-theorie), але як при заключеню подружа і взагалі в родиннім праві, по думці теорії волі (Willenstheorie, Theorie des Willensdogmas)¹⁾.

Reservatio mentalis лишає ся без наслідку, а заручини не тратять через те стійности, хіба-би друга сторона знала про тайне застережене першої. До сего конечна єсть одначе справдішна відомість.

Заявлене в жарті, при наводженю примірів, у театральних виставах і т. и. не мають ніякої правної стійности. Коли жарт одної сторони не був другій стороні відомий, то заручини все таки неважні, але сторона введена в блуд, що спустила ся на важність заручин, може по аналогії з § 869 i. f. жадати повного удоволення. Се є тоді, як винна сторона сама покликуює ся на жарт і на сій підставі доходить неважности заручин. Та в такім разі є зовсім відповідно, що сторона покривджена через неумістний жарт, має право до

¹⁾ Пор. м о є Австр. пр. обл. I. ст. 238 і д.

повного удоволення за нанесену обиду, яке не дасть ся заступити схематичним обов'язком до повернення шкоди після § 46. Коли-б одначе суджений не покликував ся на свій жарт, отже не виступив з оспоренем заручин, то все-ж таки може опісля відступити односторонно від заручин, а тоді нема о жарті бесіди, тільки о звороті шкоди ізза відступлення (§ 46).

Позірні заручини, що приходять через симуляцію до бутя, не є заручинами в правнім розуміню, хоча-би „суспільні погляди“ вважали їх за ествуючі заручини. У внутрішнім відношеню можуть бути сторони любовниками, але про то́то в праві їх звязь не може вважатись доси заручинами, доки вони не згодять ся на се, що їх зносини ествують в цілі будучого заключеня подружа. Проте хоч-би одна сторона й як сподівала ся, що друга сторона по довším часі обосторонних зносин дасть ся наклонити до заключеня подружа, і в тій надії почала робити видатки і наклади з огляду на будуче одружене, — то всеж-таки вона не може жадати звороту шкоди від другої сторони, яка опісля зірвала зносини. (Коли-б сюди примінити теорію факту, навіть після погляду Hellmann-a, то вислід мусів-би бути очевидно зовсім противний — що однак не дало-б ся боронити.)

Що-до означеня і зрозумілости заяв при заключеню заручин, то сі вимоги доторкають лише самого приреченя, взаємно одружити ся; тому мусить або виразно або з обставин слідувати, що дві особи прирікають собі, одружити ся з собою в будучности. Що до сего належить, не можна для всіх випадків взагалі сказати; тут відграють важну роль погляди дотичних звязків суспільних, та найліпшу вказівку дають в сій мірі звичаї станові і клясові, ріжні погляди тіснійших народних груп в данім місци і часі. Вони можуть одначе впливати лише на те, чи справді у зносинах двох осіб і з їх обосторонного поведеня виходить, що їх цілію єсть заключене подружа на будуче — але не рішають про се, чи без огляду на таку заяву волі заручини можуть ествувати, чи ні.

При заручинах воля мусить бути заявлена „без примусу, обману і суцної похибки“ (пор. § 565 i. f.). Вправді осуджує австр. право вплив примусу, обману і похибки на

облігаційні умови головно після т. зв. теорії довіря, але постанови §§ 870 і д. не можуть сюди примініти ся, бо при заручинах мусять прийняти ся тоті засади, які є при подружних перешкодах в праві подружа. Взагалі треба-тут вволити усе волі заявляючих, а всякі потреби обороту не можуть при інституті родинного права мати ніякого значіння.

Проте до заключеня заручин примінює ся в першому ряді анальоґія з § 55 кн. з. ц. про *impedimentum metus*. Поперед усього нема ріжниць, від кого виходить примус, чи від другої сторони, чи від третої особи. Далі ніхто не питає ся, чи боязьнь, що спонукала одну сторону до зложеня заяви, була по мисли § 870 кн. з. оправдана, чи ні, бо воля взагалі не єсть свобідна, чи приневолюючий мав, чи не мав права загрозили другому яким-сь лихом, зглядно його справді виконати. Проте, як заходять усі вимоги психічного примусу (*vis compulsiva*) після § 55 кн. з. ц., заручини є неважні, і приневолений може тому оспорювати їх важність.

Коли однак прийде ся оспорювати заручини задля примусу, то наслідки сего оспореня подає не постанова § 46, але постанова § 874 кн. з. ц. Та взагалі постанови подружного права можна лиш доси анальоґічно примінювати, поки ходить о саму важність або неважність заручин; далі не сягає анальоґія. Зрештою можна-би при сій нагоді вказати на постанову § 102, 2 кн. з. ц.

На тій самій підставі, що *impedimentum metus*, стоїть в австр. праві *impedimentum raptus*. Тому не може бути сумніву, що неважні є заручини з особою уведеною, які не привернено ще її свободи (§ 56 кн. з. ц.). —

Вплив обману і похибки на важність заручин мусить осуджувати ся по анальоґії постанов § 57 і 59 кн. з. ц. Обман не становить осібної причини неважности, лиш о стільки, о скільки містить в собі знамена суцної похибки. Але все-таки єсть обман особлившою причиною відступленя, чи єствував при самім заключеню заручин, чи повстав пізнійше.

Лиш суцна похибка може спинити повстане важних заручин. *Error in motivis* не має ніякого впливу. Але й не кожда суцна похибка спроваджує неважність. Поперед усього з огляду на натуру даного відношеня правного *error in corpore* (*in substantia*) немислимий. *Error in negotio* не єсть

особливою причиною неважності, бо тоді заручини неважні задля браку серйозності у заявленню волі. Проте із цілого об'єму суцної похибки лишає ся при заручинах тільки одинока похибка що-до особи судженого (*error in persona*), і то так похибка що-до тотожності, як *in thesi* похибка що-до прикмет особи. Що-до сих останніх, то вони можуть впроді *in abstracto* бути нераз суцними похибками, але все-ж таки вони не можуть при питанню про важність заручин приходити під розвагу, бо заручини служать як раз до того, аби суджені себе взаїмно ближше пізнали і набули певність, чи заходять певні особисті прикмети, чи ні: проте брак яких-то суцних прикмет не може бути причиною оспореня важности заручин, тільки причиною відступленя від важних заручин.

Тим чином лишає ся для оспореня важности заручин тільки одинока похибка що-до тотожності особи, та через те анальогія § 57 кн. з. ц. (що-до похибок) єсть зовсім повна. Але що після пануючої теорії австр. права під *error in persona* з § 57 кн. з. ц. підходить також т. зв. *error qualitatis in personam redundans*¹⁾, то не може бути сумніву, що сей послідний впливає заєдно на неважність заручин.

Постанова § 58 кн. з. ц., яка ставить перешкоду подружну, коли подруг по одруженю найде свою жінку уже вагітну від другого мущини (т. зв. перешкода вагітности *Ehehindernis der Schwangerschaft*), єсть виїмковою постановою подружного права, та не може примінити ся до заручин. Але все таки невинний суджений має право тоді *ex iusta causa* відступити від заручин (§ 46 кн. з. ц.).

Суджений, який з причини суцної похибки що-до особи оспорує важність заручин, може перед усім жадати звороту шкоди по анальогії з § 874 кн. з. ц. Обовязок звернути шкоду має тільки той, що впровадив судженого в блуд, і то лиш тоді, коли сам був винний; обсяг винагороди шкоди числить ся після загальних постанов австр. закона про полагоду шкоди. Через те виступають тут супротив постанови § 46 кн. з. ц. дві головні ріжницї: перед усім обовязок, нагородити шкоду, залежить все від про-

¹⁾ Пср. Ofner, Protokolle I. ст. 79 і д.; Till, Prawo pryw. austr. V. ст. 72/73 пр. 4.

вини, а далі вимір шкоди не обмежує ся до границь з § 46, але виходить засадничо поза ці границі. Тут звертає ся усе т. зв. негативний інтерес умови (das negative Vertragsinteresse), що — як пізнійше докажемо — не має місця при відступленню від заручин.

Всі другі похибки при самім акті заручин, як і опісля, можуть бути лише достаточними причинами відступлення від заручин, і тому підходять під постанову § 46 кн. з. ц.

При похибці що-до особи не можуть навіть самі сторони вважати заручини за ествуючі (о скілько пізнійше на се не згодять ся) — але що-до всіх иньших похибок не можна сего сказати, та суджені мусять все-таки вважати ся за заручених, проте не можуть квестіювати ествованя заручин, лише серед даних обставин відступити від заручин. Через те єсть оправдане иньше правне трактоване похибки що-до особи, чим других похибок. У першому разі основні підстави заручин зовсім зворушені, у другому натомісць може лиш о те ходити, чи є ще порадно заключити з собою подруже, чи ні. —

Повисші висліди примінюють ся також в новім німецькім праві¹⁾; вони відповідають вимогам „правдивого права“ (Stammler), яке виходить з „відповідної приміни“ (angemessene Anwendung) загальних норм правних про заявлене волі (§§ 116 нім. кн. з. — і д.). Се відносить ся головню до впливу похибки на заручини. Заручини є лиш тоді неважні, як заходить суцна похибка що-до особи спондента. Натомісць друга частина § 1333 нім. кн. з. ц., де з похибкою що-до особи є зрівнані похибки „що-до таких прикмет подруга..., які при відомости і розважнім осуді ества подружа через другого подруга, здержали-б його від заключеня подружа“ — не дасть ся до заручин аналогічно примінити²⁾. Ся постанова має свою підставу лише у тім, що ходить о подруже, а подруже єсть призначене на довго, між тим коли заручини мають коротко трівати, а є як раз до того призначені, аби суджені в тім часі пізнали „стан річи“

¹⁾ Сим питанем займають ся головню Dittenberger, l. c. ст. 74 і д.; Cramer, l. c. ст. 32 і д., 41/42.

²⁾ Пор. Dittenberger, l. c. ст. 74/75.

(Sachlage: § 1333 *ibid.*) і змогли відповідно „розважити“ усі конечні вимоги будучої досмертної звязи.

При всіх інших похибках, що не є ані *error in persona*, ані *error qualitatis in personam redundans*, задержують заручини повну стійність, але суджені мають право після §§ 1298, 1299 нїм. кн. з. ц. відступити.

Наслідки відступлення ріжняться ся від наслідків оспорення після § 122 нїм. кн. з. ц.; в останнім разі ходить о негативний інтерес умови, а в першому разі границі винагороди шкоди є після §§ 1298, 1299 *ibidem* точно означені, і не підходять все під понятє негативного інтересу умови¹⁾.

4) „Що єсть просто неможливе або недозволене, не може бути предметом важної умови“ (§ 878 кн. з. ц.). Ся постанова має також значіне при заключеню заручин, та у ній лежить відповідь на питанє, яке єсть відношенє заручин до подружних перешкод²⁾. Бо о скілько подружні перешкоди не підходять під одну з уже наведених точок погляду, то мусить їх вплив на важність заручин осуджувати ся по аналогії з § 878 кн. з. ц.

Заклучене заручин єсть „просто неможливе“, коли їм така перешкода стоїть в дорозї, що не може ані відпасти через саму зміну обставин, ані не може бути усужена через діспензу. Сюди належить перешкода споріднення (*impedimentum consanguinitatis*) в лїнії вступній і зступній, і між ріднею (§ 65 кн. з. ц. *pr.*). Такі особи не можуть з собою взагалї важно заручити ся, і то навіть тоді, хоча-б хвилево про своє спорідненє нічого не знали, та їх заручини не викликували публичної соблазни і не противили ся на разї „поглядам загальної опїнії“.

Далї можна-би на перший погляд і *impedimentum impotentiae* сюди причислити і прийти до висліду, що серед таких обставин заключені заручини мусять бути з почину неважні. Але на мою думку таке поминанє було-би невїрне.

¹⁾ Пор. Dittenberger, l. c. ст. 166 і д.

²⁾ „Das aber darf man nicht behaupten, dass jedes Ehehindernis oder selbst nur jedes trennende Ehehindernis auch das Verlöbniß hindere... Trotzdem das Verlöbniß die Ehe vorbereitet, sind ihre, des frei löslichen Verhältnisses, Voraussetzungen zum Teil andere, als die der prinzipiell unlöslichen und nur in Ausnahmefällen, dann aber bloss aus bestimmten Gründen, sowie durch Klage und Urteil lösbaren Ehe“: Stutz, l. c. ст. 69.

Взагалі треба пригадати собі, що погляд австрійського права на тілесну неміч єсть зовсім оригінальний, між тим коли в інших законодавствах і в теорії признає ся, що *impotentia coeundi* може бути причиною розводу, а не перешкодою важности подружа. Проте не годить ся сей оригінальний погляд австр. права віднести також до заручин, але навпаки треба виходити із того, що „трівала (неулічима) неміч, виконувати подружний обовязок“ не має ніякого впливу на важність заручин, але єсть достаточною причиною відступлення.

У всіх інших випадках не треба доходити, чи подружна перешкода, що єствує при заключеню заручин, єсть трівала, або тільки хвилева¹⁾, чи вона належить до перешкод публичного чи приватного права²⁾, чи врешті легко від неї одержати диспензу чи ні³⁾, — бо всі ті ріжницї мають лиш побічне значінє та не доторкають самі про себе в нічим питаня про важність заручин; але намісь сего треба усе ставити питанє, чи заручини через єствуючу подружну перешкоду стають „просто недозволеними“ по мисли § 878 i. f.⁴⁾.

Проте неважні є заручини особи одруженої з третьою особою підчас тріваня важного подружа (§ 62 кн. з. ц.), недозволені є заручини по прийнятю висших сьвячень або по зложеню торжественних обітів (*vota solemnia*; § 63 кн. з. ц.); рішучо неважні є заручини, яким стоїть на перешкодї *impedimentum criminis* з §§ 67 і 68 кн. з. ц.; а далі неважні є заручини при перешкодї участі в причинї розводу по мисли § 119 кн. з. ц.

Натомісь важно можуть заручити ся „християне“ з особами, що „не признають ся до віри Христової“, хоч против них стоїть *impedimentum disparitatis cultus* з § 64 кн. з. ц.;

¹⁾ Про сю ріжницю в церковнім праві пор. Binder-Scheicher, I. c. ст. 242; Schnitzer, I. c. ст. 90.

²⁾ Сю ріжницю робить для австр. пр. уже Prockner, I. c. ст. 423 і д.

³⁾ Іншого погляду Prockner, I. c. ст. 430; Stubenrauch, Comm. I.⁸ ст. 111.

⁴⁾ Вірно для австр. пр. лише Anders, Familienrecht, ст. 87; Grundriss, ст. 23; — для нового німецького права Dittenberger, I. c. ст. 93 і д.; Cramer, I. c. ст. 28 і д.

важні є заручини між спорідненими в бічних лініях мимо постанови § 65 кн. з. ц., між посвояченими без огляду на перешкоду свояцтва після § 66 кн. з. ц., а врешті між особами, яким на разі противить ся т. зв. *impedimentum catholicismi* з декр. канц. надв. з 26. серпня 1814, ч. 1099 зб. суд. зак., і декр. канц. надв. з 17. липня 1835 ч. 61 зб. суд. зак.

У всіх останніх випадках заручини не є *contra bonos mores*, та не можна їх вважати як „просто недозволені“ по мисли закона. Проте вони лишаются важні без огляду на се, що тут ходить о подружні перешкоди публичного права, що вони раз довготривалі, раз хвилеві, і що раз діспензу легко, а раз тяжко осягнути.

Тоті й *de lege ferenda* оправдані висновки опирають ся на теорії умови, а з теорії факту не дадуть ся як слід виснувати. Бо хто вважає заручини тільки за подію правну, то для нього вони мусять естувати, хоч-би противили ся „добрим звичаям“. Хоча публична опінія їх загально засуджує, то всеж-таки лише тому, що вважає їх за ествуючі. Мимо того мусить лад правний такі заручини рішучо відкинути — а се можливе лиш так, що їм відказує важности перед форум права.

Новий німецький зак. цив. вважає діла правні, що противлять ся „добрим звичаям“, за неважні (§ 138 нім. кн. з. ц.). Та се реченє мусить примінити ся також до заручин, бо провідна думка § 138 й при заручинах згідна, чи вважати їх за діло правне, чи ні. Коли так, то воно само вистачає, аби теорию факту з німецького права зовсім усунути. Заручини, що противлять ся „добрим звичаям“, є неважні; а що є правно неважне, не може бути підставою відступлення — і так приходимо на підставі теорії факту до неможливого висновка: заручини ествують як подія правна, але відступленє не єсть можливе, хоча заключене подружжя звичайно не може наступити! — Лиш одно є правда: що противить ся „добрим звичаям“, єсть причиною неважности, а не причиною відступлення — а висновок із того: теория факту для таких заручин, що є *contra bonos mores*, не дасть ся задержати.

Але питанє, що розуміє ся під виступленем против добрих звичаїв по мисли § 138 нім. кн. з. ц.? Чи ся поста-

нова має таке саме значіне, як § 858 австр. закона, що „просто недозволені“ умови є неважні?

На сїм місци подаю лише короткий вислід мого погляду, а при тїм вказую на вельми простору літературу сего питаня в останнїх лїтах¹⁾. Виходжу при порішенню квестиї із погляду на єство звичаєвого права і його відношенє до суспільних звязків²⁾. „Добрі звичаї“, про які згадає § 138 нїм. кн. з. цив. — се не є звичаї в технїчнїм розумїню, але социяльно-етичнї норми, якими кермують ся поодинокі социяльні звязки, як родини, поколїня, племена, народнї групи, стани, кляси і т. и. Проте новий закон нїмецкий удїляє тим нормам поодиноких звязків державну санкцію, але лише о стїльки, о скїлько вони є справдї „добрї“. Лиш добрі звичаї узгляднює державний закон, лиш добрі норми правнї переймає сюди держава посередно³⁾ від суспільних звязків. Судия, що є органом держави, має в данїм разї висказати ся, чи якї-то норми правнї поодиноких звязків заслугоують на примїну в обємі державного ладу правного, чи вони не противлять ся підставам того-ж послїдного, головно чи дадуть ся погодити з ідеєю полагаїдної справедливости. Що після такого осуду єсть „добре“, против сего не можна дїлати. Нїмецкий закон домагає ся від сторїн, аби вони при заключуваню дїл правних, мали такі „добрї“ норми на оцї, та коли-б вони против таких норм вступали, дїло правне єсть неважне.

Подїбно й в австр. правї мусимо для означеня того, що є після § 878 кн. з. ц. „просто недозволене“, виходити від правних норм поодиноких социяльних звязків. Вправдї уже в самїм законї стрїчаємо виразнї постанови, які висказують, котрі дїла правнї є „просто недозволені“ — але на сїм не кінчить ся, та й тут треба зїйти до усталених правних поглядів иньших социяльних звязків, які мають осудити,

¹⁾ Пор. перед усїм: Lotmar, Der unmoralische Vertrag (1896); Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse (1897) ст. 31 і д.; Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbes und der Rechtsausübung (1898).

²⁾ Пор. мою розвідку: Звичаєве право — а социяльні звязки, в Часописи пр. і ек. 1902.

³⁾ Посередно — значить: через узнанє неважности при дїланю про- тивнїм.

чи якесь ділане ест *contra bonos mores*, чи ні. Однак австр. право не ест що-до своїх вимог так строге, як німецке. Лиш те, що ест „просто недозволене“ не може бути предметом важного діла правного. Тому не вистачає, аби судия з обсягу правних норм дотичних социяльних звязків виняв лише такі, що є справді „добрі“, і коли-б хто противно ділав, узнав зараз се ділане за неважне — але навпаки, коли абстрагуємо від випадків, виразно в законі предвиджених, мусить заходити таке ділане, що цілком явно й наглядно виступає против усвячених засад суспільного ладу. Тільки те, що дана суспільність просто відкидає, і що судия при приміні засад полагадної справедливости і при узглядненю социяльних основ державної звязи, мусить вважати за антисоцияльне, — спроваджує неважність діла правного.

Після тих загальних засад має судия осудити, чи заручини є *contra bonos mores*. При тім не є він звязаний лиш тими випадками, що становлять подружні перешкоди — він може вийти й поза подружні перешкоди, коли заходять такі вимінки, як ми їх повисше подали. — Лишає ся питане, що діє ся зі шкодою, яка повстала з таких заручин, які задля неможливости або недопустимости були неважні; чи і в якім обемі може прийти до полагоди шкоди?

В австр. праві рішає тут постанова § 878 i. f. Вона звучить :

Wer einen andern durch dergleichen Zusagen täuschet; wer ihn aus schuldbarer Unwissenheit verkürzt, oder aus dessen Schaden einen Nutzen zieht, bleibt dafür verantwortlich.

Против сеї стилізації виступили Unger і Krasnopolski, але невірні. Коротко та популярно вичислює ся постанова усі випадки, коли задля неможливої або недозволеної чинитьби може повстати осібне зобовязане. Перед усім говорить ся про одвічальність за *dolus i culpa* — вона підлягає загальним правилам винагороди шкоди. А де нема провини, то всеж-таки могла зайти в довірю до важности діла правного якась зміна маєткова — тота зміна мусить тому по сконстатованю неважности бути усунена; проте висказує закон загальне правило, що евентуальне збогачене

з неможливого або недозволеного діла правного єсть неправне, та мусить бути звернене. Усі ті три роди одвічальности у тім згідні з собою, що вони не на умові основують ся, але „без огляду на умову“ (пор. § 1295 кн. з. ц.) єству-ють. При *dolus* і *culpa lata* належить ся „повне удоволене“, а за *culpa levis* лише „відшкодоване“ по мисли §§ 1323, 1324 кн. з. ц. Після нового нім. закона нема сеї різниці, та при всякій провині признає ся тут т. зв. негативний інтерес умови (§ 307, 1^а нім. кн. з.); по правилу одначе й після австр. права „повне удоволене“ не буде суцно різнити ся від негативного інтересу умови. Становище німецького права відповідає більше правній консеквенції, а становище австр. права соціальному ідеалові¹⁾ і полагідній справедливості²⁾.

Як небудь воно єсть, пошкодований має право жадати винагороди шкоди, і то так після австр., як після нового нім. права — та до сего висновка доходимо на підставі теорії умови, не сягаючи зовсім до осібних постанов про відступлене від заручин. Та вже на сім місци мусимо звернути увагу, що наслідки правні відступлення від заручин не зовсім згідні з наслідками провини при правно неможли-вих або недозволених заручинах. Перед усім ні постанова § 46 австр. кн. з. ц., ні §§ 1298, 1299 нім. закона не мі-стять в собі одвічальности за негативний інтерес умови³⁾; а далі при неможливих і недозволених заручинах ходить справді о провину у властивому значіню, бо дотичне ділане єсть прямо безправне, між тим коли при відступленю від заручин можна сконструувати провину лише в ширшій зна-чіню⁴⁾. Тут вказуємо тільки на сі різниці, близші виводи належать до науки про відступлене від заручин.

5) При заключеню заручин можливі є так услівя, як реченці; тільки прикази (*modi*) в технічнім розуміню є не-

¹⁾ Ся назва походить від *Stammeler*-a, *Wirtschaft und Recht* (1896); пор. також *Die Lehre von dem richtigen Rechte* (1892) ст. 196 і д.

²⁾ Пор. мою розвідку: Полагода шкоди з огляду економічного і соціального, в Часописи правн. 1897 ст. 96 і д.

³⁾ Близше розведене сеї гадки належить до V. розділу.

⁴⁾ Пор. поки-що *Protokolle der Komm. für die II. Lesung* ст. 7; також *Cramer*, l. c. ст. 64.

мислимі¹⁾), бо при наказах мусить бути передача якоїсь масткової вартости на зобовязаного (пор. § 709 кн. зак. цив. пр.).

Що-до услів'їв, то при заручинах приходять так зволікаючі усліва, як розв'язуючі усліва, бо нероздільність подружа не стоїть сему на перешкодї. Зволікаюче усліве спинює повстанє заручин, і поки *condicio pendet*, не може бути обовязку до повернення шкоди по мисли § 46 кн. з. ц., бо перед сповненєм усліва, не повинні сторони робити ніяких видатків і т. д. з огляду на будуче одруженє.

Розв'язуюче усліве не спинює вправдї повстаня заручин, але все-таки держить їх *in suspensio*, та коли усліве сповнить ся, мусить ціле відношенє правне відпасти, а видатки, які котра-будь сторона поробила, не звертають ся. І тут кожда сторона навіть перед порішенєм усліва може односторонно відступити, а що в станї завішеня (*in pendenti*) всякі видатки і підготовленя з огляду на будуче подружє є завчасні, то й обовязок, звернути шкоду, єсть виключений. З хвилию одначе, коли рішило ся, що розв'язуюче усліве не може сповнити ся, набувають заручини повної сили, і відступленє спроваджує серед даних обставин наслідки § 46 кн. з. ц. Те саме діє ся при сповненю зволікаючого усліва.

Неможливі або неморальні усліва зволікаючі уневажають заручини. Неможливі розв'язуючі усліва ділають так, мов-би заручини були безуслівно заключені, а недозволені розв'язуючі усліва *pro non scriptis habentur*. Коли двом особам стоїть на перепоні якась подружна перешкода, то вони нераз заключують заручини з тим, що одержать діспензу; але ся клявзуля не ділає як зволікаюче усліве, бо обі сторони є із самого почину заручинами звязані, а відказанє діспензи ділає розв'язуючо без огляду на їх волю. Проте у таких випадках треба лише провїрити, чи заручини наслідком подружної перешкоди представляють ся як дозво-

¹⁾ На се звичайно не звертають наші письменники уваги; пор. пр. Scherer, l. c. II. ст. 124; Schnitzer, l. c. ст. 93; Cramer, l. c. ст. 42.

лені, чи „недозволені“ (§ 878 кн. з. ц.) — а на се клявзуля уділення діспензи не має ніякого впливу¹⁾.

До сих висновків доходить ся через „відповідну“ приміну загальних норм про умови; та евентуальні ріжниць виходять із особлившої натури заручин, що виключають всякий примус до заключеня подружа. Проте ті самі висліди відносять ся також до нового нім. права.

б) Що тикає ся форми, то вона не має на важність заручин ніякого впливу (Пор. § 863 кн. з. ц.). Зрештою покликую ся на мої виводи в габілітаційнім викладі „Заручини в австр. праві“ (1899) ст. 6. Про заступництво при заручинах пор. *ibidem* ст. 8; про задаток, відступне і умовну кару пор. *ibidem* ст. 11 і д.

У.

По заключеню заручинової умови повстає між судженими правне відношенє. Як доказано — се відношенє не єсть в законі унормованє, та закон не привязує до нього ніяких правних наслідків²⁾.

Між тим не можна оминати сих постанов, які згадують про зведене жінки і його наслідки. Тут належить § 1328 кн. з. ц. і § 506 кар. зак.

§ 1328 кн. з. ц.: *Wer eine Weibsperson verführt und mit ihr ein Kind zeugt, bezahlt die Kosten der Entbindung, und erfüllt die übrigen... Vaterspflichten*“.

§ 506 кар. зак. під заголовком: „Entehrung unter der Zusage der Ehe“ постановляє: *Die Verführung und Entehrung einer Person unter der nicht erfüllten Zusage der Ehe soll als Übertretung mit strengem Arreste von einem bis zu drei Monaten bestraft werden. Ausserdem bleibt der Entehrten das Recht auf Entschädigung vorbehalten*“.

Правда, що сї постанови не є наслідками заручин, але наслідками зведеня, згл. зневаженя жінки; але про тото

¹⁾ Вірно Scherer, l. c. II. ст. 130 против пануючої теорії церковного права.

²⁾ Пор. мій габілітаційний виклад про „Заручини“, ст. 9.

вони мають для заручин велике значінє, і то тим більше, як схочемо їх порівнати з відповідною постановою нової нїм. кн. з. ц. § 1300 сего-ж закона постановляє в першїм реченю :

Nat eine unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 1298 oder des § 1299 vorliegen, auch wegen Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

На перший погляд здає ся, що послїдна постанова нїм. права рїзнить ся суцно від повисших постанов права австр.; але треба ближе придивити ся тим постановам, то чей-же годї випаде наш осуд інакше.

Проте розглянемо постанови австр. права у трьох перїодах : спершу від оголошеня кн. з. ц. з 1811 аж до обовязуючої сили карного закона з 1852; далї від того часу аж до виданя нової цивільної процедури з 1895; врештї опісля до найновїйших часів.

Коли хочемо збагнути змисл § 1328 кн. з. ц. в його чистотї без огляду на пізнїйшу постанову § 506 кар. зак., то мусимо користувати ся при інтерпретації методом систематичним і історичним. Дорогу систематичної інтерпретації вказав спершу Pfaff. Сей письменник доказав¹⁾, що §§ 1325—1332 кн. з. ц. стоять з загальними правилами §§ 1323 і 1324 в безпосередній звязи, і змінюють сї останні лиш о стїльки, о скїлько самі подають відмінні постанови. §§ 1325 і д. мають як раз призначене, принорувити загальні правила §§ 1323 і 1324 до спеціальних випадків. „Повне удоволене“ обїймає після загальної норми § 1323 не лиш *damnum emergens* і *lucrum cessans* при матеріальних с. т. маєткових шкодах, але також т. зв. „знесенє нанесеної обиди“ (*Tilgung der verursachten Beleidigung*) при нематеріальних шкодах. Се послїдне має після Pfaff-а місце лише про шкодах в злїм намірі нанесених. Одним із випадків „знесеня нанесеної обиди“ єсть нагорода за бїль по мисли § 1325.

¹⁾ Pfaff, Gutachten zur Lehre von Schadenersatz und Genugtuung nach oest. R. (1880) ст. 11 і д., 89 і д.; і Replik, в Grünhuta Zeitschr. VIII. (1881) ст. 619 і д.

Проте не лишає ся нічо иньше, як засаду про знесенє нанесеної обиди приноровити також до постанови § 1328. Однак Pfaff не хоче прийняти сего висновка, а то тому, що редактори австр. кн. з. при нарадах висказали иньшу гадку¹⁾.

Тому й ми мусимо ближе розслідити, чи справді історичний метод інтерпретації є в силі змінити се, що дав нам доси метод систематичний.

Треба признати, що більшість редакторів противила ся при нараді признанню відшкодованя за „вінець“, с. т. за зневаженє²⁾, а всеж-таки найшло ся п'ятьох вотантів (отже дуже поважна меньшість), які заявили ся за тим, що зведений жінці належить ся таке відшкодованє. Се чей-же найліпший доказ, що самі редактори не були дуже певні того, чи після етичних правил в данім разі треба признати „знесенє нанесеної обиди“, чи ні. З того висновок такий: Коли-ж негативний погляд більшости редакторів не перейшов просто] до тексту закона, то їх погляд не може змінити справедливого осуду. А справедливе порішенє не може опирати ся на суб'єктивних поглядах випадкової більшости якогось збору одиниць, але на об'єктивній підставі, що стоїть не на правилах індивідуальної, але соціальної етики, о скілько вони стали нормами правними даної суспільности. Проте у кождім випадку треба виходити від тих норм, яких усанкціонували дотичні народні групи, с. т. соціальні звязки, до котрих належать суджені; та коли в данім випадку після тих норм зневаженій жінці належить ся нагорода, то повинен її признати судия в області закона державного. В тім лежить, як бачимо, конечна поправка суб'єктивного погляду редакторів, який не міг про себе осягнути сили закона.

Однак не можна забути, що судия лиш тоді таке нагородженє признасть, як найде ся підстава в законі. Таку підставу дає § 1323 кн. з. ц. в понятю „знесеня нанесеної

¹⁾ Pfaff, Gutachten, ст. 17, 18.

²⁾ „Man könne sich den Fall, dass eine sonst sittliche, ehrbare Frauensperson bis zur Schwängerung verführet wird, nicht anders denken, als dass ihr die Ehe versprochen wird, durch welches Versprechen sie zwar verleitet wurde, jedoch immer mit Überlegung sich dem Verführer hingab: Ofner, Protokolle II. ст. 195.

обиди“. Проте зневажена жінка може жадати нагородження за понесену зневагу, коли воно підходить під „знесене нанесеної обиди“. А така „обида“ можлива тільки у „непорочних“ жінок, яким під половим зглядом не можна до даної хвилі зробити ніякого заміту. Так само розуміє ся слово „unbescholtene Verlobte“ в § 1300 нім. кн. з.¹⁾

Тим чином приходимо до поняття „зневаження“ жінки („Entehrung“), що не сходиться у всім з поняттям зведення („Verführung“). Можливе єсть зведенє без зневаження, але не наоборот. Зневажити можна жінку тільки при данім, але недодержанім приреченю одруження; натомісць само зведенє без зневаження наступає уже тоді, коли жінка склонила ся до позасупружних полових зносин не через приречене одруження зі сторони жениха, але через надію, що мущина з нею опісля оженить ся²⁾. „Зведенє не є виключене, хоча жінка була передше раз вагітна“³⁾ — противно зневаженє можливе єсть тільки у непорочної особи (також вдовиці, яка по розв'язаню подружа не стояла з ніким в полових зносинах), сли лише через приречене одруження дала ся спонукати до полових зносин. При тім ціле поведене зневаженої мусить бути без заміту — тому в випадку, наведеним в Збірнику № 2927⁴⁾, може вправді заходити зведенє жінки, але не зневаженє.

Де заходить тільки зведенє жінки без зневаження, лишаются наслідки, подані в § 1328 кн. з. ц., та у сім згляді погляди редакторів мають повну стійність; де одначе зі зведенєм лучить ся зневаженє, не вистачає вже сама постанова § 1328 кн. з. ц., але належить ся крім сего нагорода за зневагу жіночої чести по мисли загальної постанови § 1323 про „знесене нанесеної обиди“; під се понятє підходить також винагорода за се, що зменьшили ся вигляди на иньше одруженє.

З тими вислідами згідна єсть постанова § 251 II. карного закона з 1803 р., якій відповідає § 506 теперішного

1) Пор. Dittenberger, Verlöbnißrecht, ст. 177 і д.

2) Пор. ор. найв. триб. з 2. грудня 1885 ч. 9898 в Centralblatt für die jur. Praxis V (1887) ст. 44, рішенє 22 (також Збірник Glasera-Ungera-Waltera № 10,813).

3) Пор. Manz-Schey, Allg. Bürg. G. B. ad § 1328.

4) Ор. найв. триб. суд. з 21. падолиста 1867 № 9376.

зак. карн. з 1852. Вона носить заголовок: „Зневажене під приреченем одруження“, — та зневажене становить тут очевидно висшу ступінь зведеня, коли § 506 кар. зак. привязує санкцію карну до „зведеня і зневаженя“, а зневаженій жінці признає в другім реченю виразно право винагороди шкоди. Проте не мож сумнівати ся, що карний закон розуміє зневажене так само, як було доси виказано, і що відшкодоване зневаженої жінки має наступити по загальним правилам приватного права про „знесенє нанесеної обиди“. Справедливо підносить тому рішенє апеляційного суду в Медіолянї з 24. лютого 1854 ч. 2230¹⁾: „Wollte man im fraglichen Falle die Ersatzpflicht des Mannes auf die Geburts- und Entbindungskosten deshalb einschränken, weil die Bestimmung des § 1328 unbeschränkt lautet, so müsste man denselben Grundsatz in allen anderen Fällen anwenden, gleichviel auf welche Weise die Verführung erfolgt... Dieses wäre widersinnig..., auch ist kein Grund vorhanden, zwischen den verschiedenen strafbaren Handlungen zu dem Zwecke ein Unterschied zu machen, um die Verführung unter der nicht erfüllten Zusage der Ehe der Anwendung jener Grundsätze zu entziehen“²⁾.

Та на жаль повисше рішенє не приняло ся в пануючій теорії. Unger вказав на постанови римского права, і так романістична теорія прийшла до керми, а через те виключено, так в теорії як в практиці, поверненє нематерияльної шкоди. І так в книзі юдікатів (Judikatenbuch) ч. 32 записано як провідну засаду, що „§ 1328 кн. з. ц. містить в собі рішучо усї обовязки звідника жінки, з якою сплотив дитину, та що йому поверх сего не можуть бути наложені ніякі дальші зобовязаня, бо втрата чести не дасть ся по мысли § 303 кн. з. ц. оцінити, а позиваюча жінка в сїм напрямі не могла доказати справді понесеної шкоди“³⁾.

¹⁾ Гл. Збірник I. № 25.

²⁾ В тім рішеню єсть одначе неточність в тім, що воно очевидно опирає ся на засаді § 1331 про зворот вартости уподобаня (pretium affectionis), а не згадує про „знесенє нанесеної обиди“ по мысли § 1323 — але все таки дуже знаменне отсе, що дане рішенє сягає аж до теорії про pretium affectionis, аби доказати, що за зневаженє жінки належить ся „повне удоволенє“.

³⁾ Ор. найв. триб. суд. з 13. мая 1857 ч. 4499.

Доперва Pfaff виступив пізнійше із своєю теорією про „знесенє нанесеної обиди“, але первісно не мав багато приклонників в практиці — зрештою він сам, — як було сказано — своєї теорії не приноровив до § 1328, — і так лишило ся в тім другім періоді при строго романістичній теорії.

Доперва в найновіших часах повіяло иньшим духом, та правдивий погляд починає помалу зискувати собі щораз більше приклонників. Але тим разом не виходить почин від теорії, тільки від практики. Причини сеї зміни по мійому двоякі: перед усім велика свобода судії після нової процедури цивільної, а опісля вплив нового нім. закона цив. на правні погляди сучасних правників. Сьогодні пригадали собі практики теорію Pfaff-а і не жахають ся її навіть до § 1328 примінити. Так пр. читаємо в мотивах другої інстанції в Збірнику XXXV (= N. F. I) № 391¹⁾ — ось що:

„Die §§ 1323 und 1324 a. b. G. B. enthalten die allgemeinen Grundsätze über die Arten des Schadenersatzes, die folgenden §§ 1325—1332 unter der Marginal-Rubrik ‚Insbesondere‘ nur vom Gesetze selbst aus diesen Grundsätzen für die speziellen Fälle gezogene Konsequenzen. Wenn nun im § 1328 für den Fall, als eine Weibsperson verführt und mit ihr ein Kind gezeugt wird, als eine solche Konsequenz ausdrücklich statuiert wird, dass der Verführer die Entbindungs- und Wochenbettkosten zahle, so folgt hieraus schon nach der eben hervorgehobenen Stellung der Gesetzesstelle nicht, dass damit unter Aufhebung des im § 1324 a. b. G. B. aufgestellten Prinzipes der Ersatz des gemäss demselben bestehenden Schadens etwa nur auf diese Kosten eingeschränkt werden sollte, sondern der Sinn und die Tendenz des Gesetzes geht offenbar nur dahin, durch die spezielle Norm zu bewirken, dass wenigstens die ausdrücklich angeführten Kosten stets als zu ersetzender Schaden betrachtet werden, um hierüber jeden Streit von vornberein auszuschliessen... Der Ersatzanspruch der Verführten erstreckt sich daher auf entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung...“

¹⁾ Рішене краєвого суду в Клягенфурт з 31. вересня 1898 Вс. I. 2598.

Сей осуд затвердив найв. триб. суд.¹⁾, і в мотивах сего судового ореченя стрічаємо дуже влучне представлене відношення між постановою § 46 а § 1328 кн. з. ц.: „Durch die Bestimmung des § 46 a. b. G. B. anerkennt das Gesetz, dass schon mit dem Rücktritte von Verlöbnissen ein Schaden verbunden sein kann; wird hier nur der wirkliche Schaden vergütet, so gebürt in dem Falle der Verführung unter nicht erfüllter Zusage der Ehe der Ersatz der vollen Genugtuung, worin keineswegs eine Entschädigung für den unschätzbaren, also nicht in Geld umsetzbaren Verlust der Ehre, wohl aber für den zweifellos eingetretenen, Schaden durch die verminderte Aussicht auf besseres Fortkommen, im betreffenden Falle auf Verehelichung gewährt werden soll. Dass eine solche besonders dort, wo die Entehrung nicht unbekannt bleiben kann, zum mindesten erschwert ist, erscheint unzweifelhaft und lässt sich dies auch nicht damit, dass in den betreffenden Gegenden eine grosse Zahl unehelicher Geburten stattfindet, beseitigen. Es handelt sich hier um eine bisher unbescholtene, wohlgesittete Person, welche einer wohlbeleumundeten Bauernfamilie angehört, und schon hieraus muss entnommen werden, dass ihr durch die Entehrung die Aussicht, einen Bewerber aus einem in gleichen Verhältnissen befindlichen Hause zu finden, vereitelt, zum mindesten erschwert ist...²⁾).

Справедливо покликують ся мотиви на погляди найблизших народних груп — бракує лише консеквентне переведенє правдивої провідної гадки. По мойому не можна в нашім випадку строго відрізняти між відшкодованєм за втрату чести а поверненєм шкоди за зменьшені вигляди на будуче одруженє, — бо як одно так друге не осуджує ся після суб'єктивних поглядів зведеної жінки, але після об'єктивного осуду дотичної соціальної групи, із чого виходить, що зменьшенє виглядів на будуче одруженє йде конечно в парі з утратою жіночої чести. Проте коли висше подані мотиви найв. триб. суд. неприхильно висказують ся про винагороду за втрату жіночої чести — то се толкує ся

¹⁾ Ор. найв. триб. суд. з 30. падолиста 1898 ч. 14.268.

²⁾ Пор. ор. найв. триб. суд. з 31. січня 1899 ч. 756 = Збірник XXXVI (№ Ф. II) № 490; з 15. червня 1900 ч. 7506 = Збірник XXXVII (№ Ф. III) № 1054; з 31. грудня 1901 ч. 14.788 = Збірник XXXVIII (№ Ф. IV) № 1683.

старим а невірним поглядом, що австр. право взагалі не знає повернення шкоди при обидях чести; але як перечитаємо з увагою цілі мотиви, то мусимо як раз сказати, що сей старий погляд (поминувши згадану примітку) тут справді залишений.

Зваживши однак, що соціяльно-етичні погляди на зведене жінки в різних соціяльних групах є різні, то добре зробимо, що звернемо увагу на різницю між самим зведенням, а зневаженням жінки, як було висше сказано; через те ми не відкинемо зовсім погляду редакторів закона, але лишимо ся при нім о стільки, о скільки сей погляд не змінив ся через иньші соціяльно-етичні норми звязків суспільних.

Так доходимо й для австр. права до того самого вислідку, що нове нім. право. Зневажене жінки полягає як раз на тім, що „доси непорочна суджена свому женихови призволила на полові зносини“ (§ 1300 нім. кн. з. ц.), а відшкодоване належить ся тоді також за шкоду, „що не єсть маєтковою шкодою“.

VI.

Історія редакції § 46 кн. з. ц. була так часто предметом наукового розсліду¹⁾, — остаточно дуже широко через Krasnopolsk-ого — що було-б зовсім злишно її ще раз переходити; проте лишаємо її на боці, тільки в тоці наших аргументів, де буде треба, повернемо до неї.

По постанові § 45, який відказує заручинам всяких наслідків правних, постановляє § 46 кн. з. ц. :

„Nur bleibt dem Teile, von dessen Seite keine gegründete Ursache zu dem Rücktritte entstanden ist, der Anspruch auf den Ersatz wirklichen Schadens vorbehalten, welchen er aus diesem Rücktritte zu leiden beweisen kann“.

Ся постанова не єсть наслідком заручин, але тільки „правним наслідком відступлення від заручин“ (пор. заголо-

¹⁾ Пор. перед усім Pfaff, Gutachten zur Lehre von Schadenersatz und Genugtuung, ст. 44/45 пр. 132; Schwartz, в Ger. Halle 1890 № 46; Krasnopolski, l. c. ст. 382 і д., 388 і д.; Till, Prawo pryw. austr. V. ст. 11 пр. 6.

вок до § 46); а підчас комісій компіляційних над начерками до будучої кн. з. ц. сказано раз при нагоді, що обов'язок до повернення шкоди не слідує тут із заручин, „sondern aus der allgemeinen Gerechtigkeit, nach welcher jeder dem andern, den er beleidiget oder beschädiget, genugtuun muss^{1...})“ Зовсім після сего погляду висказує Zeiller свою думку: „Schwieriger ist die Frage, ob der Rücktritt den schuldlosen Teil nicht wenigstens berechtere, den Ersatz des Schadens oder entgangenen Vorteils zu fordern, indem diese Forderung eigentlich nicht aus dem Eheverlöbniße, sondern aus der getäuschten Erwartung, somit aus der Theorie vom Schadenersatze hergeleitet wird^{2).}

Против сего виступає однак Krasnopolski³⁾ — і о скілько звертає ся тільки против самої форми, має рацію. Мимо того докажемо понизше, що висказ Zeillera має все таки правдиву підставу.

Вірно каже Krasnopolski: „Nicht aus dem vorläufigen Versprechen, sich zu ehelichen entspringt, sondern trotz Wirkungslosigkeit des Versprechens wird der Entschädigungsanspruch eingeräumt“⁴⁾. З того не слідує однак — як хоче Krasnopolski — що заручини не є умовою, але що відступлене, мимо правної природи заручин як умови, не нарушує умови, тільки творить поза об'ємом умови, самостійну причину правну до полагоди шкоди⁵⁾.

Проте ходить лиш о се, ближе означити, в чім лежить тота самостійна причина правна, і чим вона в правній системі оправдує ся? Zeiller додає її в теорії (права природи) про повернене шкоди, а провідним мотивом єсть йому „заведені надії пошкодованого“ (die getäuschte Erwartung des Beschädigten); натоміць Krasnopolski не хоче узнати ніякого мотиву, тільки приймає легальну конструк-

¹⁾ Harras v. Harrasowsky, Codex Theresianus IV. ст. 33 пр. 8.

²⁾ Jährliche Beiträge III. ст. 124.

³⁾ Krasnopolski, l. c. ст. 316 і д.

⁴⁾ Krasnopolski, l. c. ст. 320.

⁵⁾ Полагода шкоди після § 46 кн. з. ц. не єсть наслідком зірвання умови, бо кождому можна свобідно відступити від заручин, а тому й про зірване не може бути бесіди; а зрештою кожде зірване містить в собі елементи провини, що після § 46 кн. з. ц. не єсть конечно до винагороди шкоди при відступленю від заручин.

цію на підставі § 859 кн. з. ц., яка знова повертає до законна і в постанові § 46 добачує тільки *obligationem ex lege*. Оба письменники звертають однак увагу на два відмінні чинники: *Krasnopolski* питає лише за виразною законною санкцією, між тим коли *Zeiller* провірює внутрішній, провідний мотив, який мав законодавець на думці. Проте ті погляди не виключають ся — лише доповняють ся взаїмно.

При пояснюваню правничих явищ мусить правник виходити все від законних постанов — проте покликане § 859 кн. з. ц. єсть про себе оправдане, і супротив сего метода не можна піднести ніяких замітів. Але на тім не може юрист скінчити, він не повинен в звичайних випадках вдоволити ся лиш тим, що утворить собі пусту правничу формулу (якою єсть „*obligatio ex lege*“), не звертаючи увагу на погляди та реальні вимоги суспільного житя. Сьогодні не можна з самими правилами правничої техніки приступати до розвязки правних проблемів; обовязком правника єсть, пізнати становище правних явищ в суспільній системі даної доби і дослідити внутрішних, провідних ідей правних інститутів — та доперва тоді, коли-б такі досліди не довели до ціли, може вдоволити ся тим, що має до діла з довільною, позитивною постановою закона, яка не має дальшої підстави в суспільних поглядах, в суспільних потребах. Хто проте гадає, що обовязок до відшкодованя задля відступленя від заручин єсть *obligatio ex lege*, і не вдає ся в дальші мотиви, сей відповідає вправді вимогам правничої техніки, але заперечує, що сей обовязок має дальше, внутрішнє оправданє.

Чи однак постанова § 46 кн. з. ц. (згл. §§ 1298, 1299 нім. кн. з. ц.) єсть справді чисто позитивна та без внутрішнього оправданя? *Krasnopolski* вірно підносить, що ані т. зв. „слушність“, ані старе „право натури“ не може бути достаточною підставою, на якій можна-б оперти винагороду шкоди при відступленю від заручин¹⁾. Але не можна позабути, що між новітними ученими найшов ся визначний правник, який не жахав ся із хибних поглядів „права натури“ виняти здорове зерно і прийти на сій основі до

¹⁾ *Krasnopolski*, l. c. ст. 319 і д.

новітної теорії „правдивого права“¹⁾. „Право природи“ справді не єствує; право не єсть незмінне, не єсть глибоко в серці людським виписане, не абстракція, яку можна-б видобути дедуктивно на підставі апріорних філософічних розважань — воно навпаки єсть продуктом потреб суспільного життя, і підлягає тому постійній флюктуації. Проте провідний погляд редакторів австр. закона є безперечно хибний; але про тото може все таки бути правдою се, що вони подали як вислід та зміст норм права природи, що голосили під хибною формою права природи, о скільки зміст тих правил був схожий із соціально-етичними нормами суспільного ладу. Сим чином оправдує ся покликане Zeillera на „заведені надії“ і на „теорію повернення шкоди“.

Що тикає ся „заведених надій“ — то воно й правда, що в законі нема нігде такої загальної норми, яка-б про себе установляла повернене шкоди ізза заведених надій²⁾ — але сего чей-же не треба до оправданя постанови § 46 кн. з. ц. Та й в новім німецькім праві нема нігде такої загальної постанови, а всеж-таки Hellmann не жахає ся повернене шкоди задля відступленя від заручин оперти на „заведених надіях пошкодованого“³⁾. Зовсім оправдані є його слова: „Der Zweck der §§ 1298 ff ist der, dem verlassenen Verlobten zum Ersatz des durch die getäuschten Hoffnungen erwachsenen materiellen und immateriellen Schadens zu verhelfen“⁴⁾. Сей погляд єсть правдивий, і то без огляду на се, чи годимо ся зрештою на теорію (т. зв. Schutzgesetztheorie) сего письменника, чи ні. І так виходить лише на хвалу Zeiller-ови, що уже з початком 19. віка покликував ся на ті самі мотиви, на які незалежно від нього вказав по впливі майже сотки літ німецький учений Hellmann. Се дає запоруку, що їх погляд вірний, та можна сьогондя за ними прийняти, що „заведені надії“ є провідним легіслятивним мотивом винагороди шкоди так після § 46 австр., як §§ 1298, 1299 нім. кн. з. ц.

1) Stammer, Die Lehre von dem richtigen Rechte (1902) ст. 93 і д.

2) Так Краснопольскі, л. с. ст. 316.

3) Hellmann, в Deutsche Jur. Zeitung 1901 ст. 218 і д.

4) Hellmann, л. с. 218.

Сей погляд має в австр. праві аналогію в постановках про похибку (error). Після постанови §§ 871 кн. з. ц. може сторона, введена через „хибні заяви“ (falsche Angaben) другого контрагента в блуд, оспорювати важність умови і жадати, аби всьо повернуло до попереднього стану. Під „хибними заявами“ розуміють Pfaff¹⁾ і Pfersche²⁾ об'єктивно хибні заяви без огляду на провину заявляючого (співконтрагента); сей погляд опертий на протоколах³⁾ і відповідає поглядам редакторів закона⁴⁾. Через те належить ся введеному в блуд контрагенту економічне вирівнане, яке під певним зглядом дасть ся порівнати з винагородою шкоди, що належить ся невинному судженому за для causa materialis відступлення другого. Правні наслідки є вправді в обох випадках дещо відмінні; але провідна гадка єсть очевидно така сама.

Про тоту провідну гадку дає пояснене як раз славна Zeiller-івска „теория повернення шкоди“. Що про ню думав Zeiller, висказують протоколи з 107 засідання редакційної комісії з 12. мая 1806, де він заявив: „Vor allem komme es hier auf die Frage an, ob man jeden, selbst durch eine unwillkürliche Handlung, oder wenigstens durch was immer für ein Verschulden oder Versehen dem andern zugefügten Schaden zu ersetzen schuldig sein solle? Nach der Lehre der ältern Naturrechtslehrer hatte man für jedes Verschulden, für jedes Versehen, wodurch man den andern beschädigt. Nach der Lehre einiger neuen Naturrechtslehrer (zu welcher Referent sich in seinem natürlichen Privatrechte ebenfalls bekannt habe), habe man das Recht, von dem Beschädiger Ersatz zu fordern, wenn er uns auch nur durch eine unwillkürliche Handlung einen Schaden zugefügt hat.“⁵⁾ Через те признає ся Zeiller до погляду, який чистому правилу причини⁶⁾ (Verursachungs- oder Veranlassungsprinzip) признає дуже важне значіне в науці полагоди шкоди. Він признає вправді, що „ані послідний погляд, ані без

1) Pfaff, Gutachten zur Lehre von Schadenersatz und Genugtuung, ст. 59 і д.

2) Pfersche, Die Irrtumslehre des oest. Privatrechts (1891) ст. 161 і д.

3) Ofner, Protokolle II. ст. 13 і д.

4) Інакше Till, Prawo pryw. austr. III. ст. 145 пр. 19.

5) Ofner, Protokolle II. ст. 182.

6) Пор. моє Австр. пр. обл. I. ст. 383 і д.

особлившої законної постанови перший погляд не дасть ся примінити до відношень приватного права...“ — але сей висказ відносить ся тільки до 30. глави II. части кн. з. ц., не змінюючи впрочім основного теоретичного погляду Zeillera. Проте коли Zeiller при поверненю шкоди задля відступлення від заручин покликуює ся на „загальну теорію“ повернення шкоди, то треба се розуміти на користь правила причини, а § 46 кн. з. ц. єсть як раз „особливою законною постановою“, яка приймає правило причини, як було предвиджено в посліднім реченю Zeillera. Обовязок повернення шкоди з § 46 кн. з. ц. не підходить тому під загальні правила полагоди шкоди (30. гл. II. части), які з огляду „на відношення приватні, в які входять люди чимало против або що найменше без власної волі“, не можуть прийняти чистого правила причини; та як раз постанова § 46 кн. з. ц. прихильює ся до погляду, що відповідає ся уже за само спричинене шкоди, без огляду на провину. Тут ходить одначе лише о відношене самих суджених до себе, так як § 46 кн. з. ц. тільки про них говорить — евентуальні права третих осіб до повернення шкоди осуджують ся інакше, і про них буде бесіда пізнійше.

Як бачимо — постанова § 46 вибрала съвідомо иньшу дорогу, як загальні правила австр. закона про полагоду шкоди, проте справедливо звернув ся Krasnopolski против приноровлюваня загальних правил 30. гл. II. части до відступлення від заручин. Вірно покликуює ся він на протоколи¹⁾ і на виводи Pfaff-a²⁾, що обовязок винагородити шкоду задля відступлення від заручин не єсть зависимий від провини судженого, але від об'єктивної „causa materialis відступлення“. Але против сего підносить заміти Till³⁾ і покликуює ся також на протоколи нарад, проте мусимо над його теорією близше надумати ся.

Він застановляє ся над питанєм, чи і о скільки можна при зірваню заручин від другої сторони жадати повернення шкоди, коли вона вправді дала *iustam causam* до відсту-

1) Ofner, Protokolle I. ст. 70/71.

2) Pfaff, l. c. ст. 44/45 пр. 132.

3) Till, l. c. V ст. 11—13 пр. 6.

пленя, але без власної провини. При рішенню сего питання звертає він увагу на те, хто відступає від заручин; як відступає тота сторона, що дала почин до відступлення, то друга сторона може жадати повернення шкоди по мисли § 46 кн. з. ц., хоч-би *iusta causa* відступлення полягала не на провині, але на випадку (*casus*); а навпаки, як відступає той, що не дав ніякої причини, то не може вже жадати від другої сторони повернення шкоди по мисли § 46 кн. з. ц., тільки серед даних вимог після загальних постанов 30. гл. II. части кн. з. ц.; значить, коли-б друга сторона не провинила, не відповідає за шкоду. Отже від зверхної обставини, хто відступив, чи той, хто дав *iustam causam* до відступлення, чи противник, залежить одвічальність за шкоду, коли причина була випадкова, не провинена.

Ся теория посередна, що старає ся погодити дві противні теорії, с. т. теорию провини і теорию випадку, не єсть одначе в силі, усунути мнимі хиби і відповісти вимогам справедливости, на які покликуює ся.

Ось як виглядає теория Till-а, примінена до сего приміру, який наводить він за Pachmann-ом): В якийсь час по заручинах отемніла суджена — та не хочачи унещасливити свого судженого, сама великодушно робить перший крок до відступлення, і заявляє судженому, що серед таких обставин мусить зірвати звязь. В тім випадку після Till-а мусіла-б вона звернути судженому шкоду — але не в противнім випадку, коли він довідавши ся о випадку, сам заявив, що відступає від заручин. Бачимо, коли вона сама з великодушности відступила, мусить бути гірше трактована, як тоді, коли сего кроку не зробила. Сумніваю ся, чи таке рішене стоїть в згоді з засадами етики.

Зрештою за таким посереднім поглядом не промовляють ніякі реальні мотиви. Till головну вагу прикладає однак до протоколів нарад; та коли зважимо, що на ті самі протоколи покликають ся також иньші письменники, щоби признати повернене шкоди у всяких случаях *iustae causae* відступлення, чи провиненого, чи випадкового, — мусимо придивити ся ближше його історичним аргументам.

1) Pachmann, Bemerkungen zur L. v. Schadenersatz wegen aufgel. Eheverlöbnisse, в Haim erl-а Vierteljahrsschr. . III. ст. 76.

Правда, що підчас нарад против погляду Zeiller-a виступили усі другі вотанти, і в своїх виводах звернули увагу на два випадки, в міру сего, чи відступає та сторона, від якої вийшла оправдана причина до відступлення, чи навпаки та сторона, у якої не зайшов припадок, оправдуючий відступлене; але нігде ні слівцем не згадано про сю ріжницю, якої шукає Till. Що вотанти зазначили повисшу ріжницю, має лиш фактичне значінє, бо справді поза наведеними двома випадками нема иньшої комбінації. Але як раз виразно зазначено, що сам зверхний факт відступлення не має правних наслідків, бо саме в другім випадку підносять виразно протоколи, що за само відступлене тої сторони, котра не дала *iustam causam* до розв'язання заручин, не можна жадати повернення шкоди. Сли тут не сказано, що діє ся з обовязком до звороту шкоди противної сторони (с. т. сеї, що дала яку-небудь причину до відступлення), то не можна за приводом Till-a підсувати редакторам гадку, якої вони не висказали на сїм місци, а то, що тоді також вона не була-б обовязана до звороту шкоди — наколи зважимо, що се питанє розв'язали редактори уже при першім випадку словами: „Derjenige Teil, der keine Ursache zur Trennung gab, und durch diese Trennung Schaden erleidet, hat ein vollkommenes Recht auf Schadenersatz, welches ihm durch den Zufall, der den anderen trifft, nicht benommen werden kann“. При тім навязують вони до случаю, про який згадував Zeiller, сли відступлене від заручин наступило через те, що одній стороні заборонив лікар женити ся, та висказують загально обовязок повернути шкоду, „denn er sei doch immer die *causa materialis* des Rücktrittes“ — а чей-же сей мотив відповідає очевидно для кожного, що через припадок дав почин до розв'язання заручин, заєдно, чи відступила друга сторона, чи він; тому сю аргументацію кінчать вотанти загально так: „es trete hier, wie überhaupt im Rechte, die Regel ein, dass der Zufall dem Eigentümer schade (*casus nocet domino*)“.

Так показують ся історичні аргументи Till-a, яким зрештою противить ся також сам звук постанови § 46 кн. з. ц., нестійними. А навпаки не можна сумнівати ся, що як сам звук § 46, так історія редакції промовляє рішучо за

теорією припадку, яку узнає *de lege lata* також *Krasnopolski*.

Але против сеї постанови підносять ся в науці поважні заміти *de lege ferenda*; спершу звертає на се урагу *Rachmann*¹⁾, за ним йдуть відтак пізнійші письменники (*Till*²⁾, *Krasnopolski*³⁾). Проте й над тим мусимо призадуматись — бо по мойому сей закид *de lege ferenda* не оправданий.

Перед усім треба замітити: Коли-б навіть припустити, що несправедливо єсть вкладати обовязок до винагороди шкоди на того, хто через припадок дав *causam materialem* до відступлення, то всеж-таки треба пригадати, що в таких випадках відступлене від заручин буде звичайно не односторонне, але обосторонне, за виразною, або здогадуваною згодою обох сторін. Проте важно єсть вирозуміти, чи з обставин ясно не виходить, що відступлене від заручин, яке на перший погляд видає ся односторонним, не єсть в сути річи згідним, обосторонним. І так прийдемо до висліду, що лише в незвичайно рідких випадках мимо незавиненої, припадкової *causa materialis* відступлення, прийде до винагороди шкоди по мисли § 46 кн. з. ц.

Коли-ж зайде однак такий випадок, то повстає питанє, як представляє ся тоді відношене обох суджених до себе? Одна сторона взагалі ніякої причини до відступлення не дала; друга вправді не провинила сеї пригоди, що дала почин до відступлення, але всеж-таки по її стороні зайшла *iusta causa* до відступлення. Обі сторони є „невинні“ (в популярнім значіню), а всеж-таки одна з них мусить кошта і видатки, які були пороблені з огляду на будуче одруженє і стали опісля безпредметові, остаточно поносити. Але питанє, котра? Чи та, що взагалі не дала ніякої причини до відступлення? Вона може однак що найменше з тим самим правом покликати ся на брак вини, як друга сторона. Сяк чи так, „невинний“ мусить поносити шкоду — бо обі сторони невинні. Чому одначе мусить бути обовязаний той, що взагалі не дав ніякої причини до відступлення? На ко-

¹⁾ *Rachmann*, l. c.

²⁾ *Till*, l. c.

³⁾ *Krasnopolski*, l. c. ст. 319.

ристь противної сторони промовляє хіба милосердіє з причини сеї нещасливої пригоди, яка її лучилась, і яка дала причину до відступлення — проте лише огляд на се, що, мовляв, її уже приключила ся одна пригода, не повинен уже відповідати ще за шкоду другого. Але таке співчутє не в силі само про себе оправдані домаганя правні зробити безпідставними. Взагалі в області приватного права з суб'єктивними „почуваннями“ не вдіє ся багато. Бо представмо собі прим., що нещасна пригода лучила ся в особі багатого жениха (пр. він занедужав на запалене легких і відтак вивязали ся у нього сухоти), і сей жених через відступленє заподіяв своїй бідній судженій значну шкоду по мисли § 46 („дійсну“ шкоду), — то наше „співчутє“ оберне ся певно на користь судженої.

Проте як хочемо бути об'єктивні, то оба суджені стоять *de lege ferenda* на рівні. Але коли зважимо, що наш закон знає одвічальність за суцню похибку, викликану через об'єктивно хибні заяви співкотрагента (§ 871 кн. з. ц.), далі, що редактори австр. закона в багатьох випадках скланяли ся до теорії причини (*Veranlassungsprinzip*), а врешті що *in dubio* починник все-таки стоїть ближше заподіяної шкоди, як невинний пошкодований, — то мусимо прийти до висліду, що при відступленю від заручин мусить винагородити шкоду той, хто дав достаточну причину до відступлення. *De lege lata* може лиш одна сторона поносити остаточно шкоду — після справедливого погляду та, що дала *causam materiale* до відступлення.

Правила, прийнятому в оборотовім праві: „Чий інтерес — того небезпека²⁾“ — відповідає в праві заручин засада: „Де причина — там небезпека“ — і вона виходить із новітнього погляду на суть заручин. Заручини не потягають за собою ніякого правного обовязку, а всеж-таки серед даних обставин повстає обовязок винагородити шкоди із за відступлення. Тут нема місця провині в технічнім розуміню. Се признають уже протоколи з II. читаня нїм. кн. з. ц.²⁾, і на них покликує ся справедливо Cramer³⁾. Мимо того

1) „Wessen Interesse — dessen Gefahr“: Unger.

2) Protokolle das II. Lesung IV. ст. 7.

3) Cramer, Das Verl. nach B. G. B. ст. 64.

в нім. кодексі треба до винагороди шкоди задля відступлення від заручин „провини“ (§ 1299 нім. кн. з. ц.). Провина в значінню приватного права являє ся все як порушене права (Rechtsverletzung), як безправність (Rechtswidrigkeit): пор. § 1294 австр. кн. з. ц. verb.: „widerrechtliche Handlung“¹⁾. А що єсть законом дозволене, лишає ся дозволене, хоч-би в даному разі не було сеї старанности і уваги, якою можна „послугувати ся при звичайних здібностях“ (§ 1297 кн. з. ц.). Можлива є одвічальність без провини, але не провини без порушення права. Коли отже закон призваляє взагалі на довільне відступлене від заручин, то при відступленю не може бути бесіди о провині в технічній розуміню.

Але всеж таки може заходити провини в популярній значінню. Бо — абстрагуючи від приватного права — ходить при провині in abstracto о ділане против якогось соціяльно-етичного обовязку. Тут варто вказати на знамениті виводи Finger-a, який м. и. каже: „In der Bejahung der Schuld ist auch enthalten die Bezeichnung einer Handlung als einer pflichtwidrigen. Diese Pflichtwidrigkeit ist nur die in das Bewusstsein des Handelnden reflektierte Tatsache der Missbilligung der Handlung seitens des Kreises der Rechtsgenossen, in dem man lebt.“²⁾. Се абстрактне понятє провини набуває в області приватного права аж тоді значіне, коли осуджене якогось ділання виходить поза тісний кружок, в якім жие ділающий, і одержить законну санкцію.

Проте відступлене від заручин не може містити в собі провини в розуміню права приватного. А з того висновок, що при осуді правних наслідків відступлення не можна виходити від провини. Тому становище нім. кн. з. ц. з огляду на те не консеквентне, та понятє провини, якім оперує § 1299 нім. кн. з. ц. не можна брати в технічній, але в абстрактній, нетехнічній значінню; проте отсе обмежене не єсть консеквентним наслідком „права добровільного відступлення“, але виїмком від нього.

У всякому разі відступлене від заручин не єсть проступком (деліктом), ні в австр., ні в нім. праві. Нема тут „безправности порушення“, якого треба до понятя

¹⁾ Пор. Ofner, Protokolle II. ст. 4.

²⁾ Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts I (1904) ст. 229.

проступка (делікту) в приватному праві¹⁾. Проте не-вірно покликує ся Hellmann на постанову § 823 уст. 2. нім. кн. з. ц.²⁾, бо порушене („Verstoss“) „закона, який має на меті охорону другого“, мусить чей-же містити в собі „безправне діланє“ („widerrechtliche Verletzung“) по мисли 1. уступу сего §. Через те упадає т. зв. Schutzgesetztheorie Hellmann-a.

Законна конструкція відступлення від заручин не опирає ся отже ані на умові, ані на проступку — а мимо того не вистане обмежити обовязок до винагороди шкоди лише на obligatio ex lege. Із того, що доси сказано, слідує: винагорода шкоди після § 46 кн. а. ц. виходить із „заведених надій“ — се легіслятивний мотив; а змагає до економічного вирівняня з причини нанесеної шкоди — се економічне оправданє, а рівночасно, як докажемо, конструкція правна, одобрена в законі. Обовязок, винагородити шкоду задля відступлення від заручин не основує ся — після слів самої книги законів — „безпосередно на законі“, але є наслідком „понесеного ушкодження“ (erlittene Beschädigung: § 859 кн. з. ц.).

Намісць первісного тексту § 859 в I. читаню, яке від-ріжнювало ще „безправне діланє зобовязаного“ і „дозволене діланє управненого“³⁾, усталено в II. читаню теперіш-ний текст закона, аби „для повности додати третє жерело повстаня особистих прав“⁴⁾ — та отся зміна наступила на-слідком нового трактату про право винагороди шкоди, який прийнято на підставі реферату Zeiller-a уже в першій редакції. Тому в теперішнім § 859 кн. з. ц. між причинами повстаня зобовязаня нарочно замісць „безправного діланя“ подано „понесене ушкодженє“, аби зазначити, що й за не-провинене ушкодженє може бути (серед обставин) зобо-вязанє, винагородити шкоду. „Понесене ушкодженє“, про яке згадує § 859 кн. з. ц. абстрагує на разі від провини, проте дасть ся до § 46 кн. з. ц. безпосередно примінити.

¹⁾ Поп. Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, (1889) ст. 26.

²⁾ Hellmann, l. c. ст. 220/221.

³⁾ Ofner, Protocolle II. ст. 4.

⁴⁾ Ofner, l. c. II. ст. 400.

А де єсть така підстава в законі, то не можна вдоволяти ся звичайно „obligatione ex lege“ — зобовязанє винагородити шкоду задля відступлення від заручин характеризує ся тому як зобовязанє задля „нанесеного ушкодження“ по мисли § 859.

Так в праві австр. В нім. кодексі нема однак постанови, яка відповідала-би § 859 австр. кн. з. ц.; проте конструкція, яку припоручає Krasnopolski для австр. права, відповідає як раз новому німецькому праву. Тут обовязок до винагороди шкоди задля відступлення від заручин являє ся як obligatio ex lege, а легіслятивним мотивом лишають ся „заведені надії“ по мисли Hellmann-a¹⁾, що є однак ограничені понятєм провини в абстрактнім, не технічним розуміню.

Проте й обовязок, звернути шкоду „родичам“ судженого, „і третим особам, що ділали намісьць родичів“, (§ 1298 нім. кн. з. ц.), представляє ся в німецькім праві як obligatio ex lege, і вірна єсть замітка Glaser-a, що дотичні постанови є зовсім позитивні, і що не мож для них в нім. праві винайти иньшого оправданя, як се, що вони відповідають почуттю справедливости і загально принятим поглядам правним в народі²⁾.

Та сама постанова примінює ся по мойому також в австрійськім праві — але вона тут не являє ся як виїмкова постанова, та слідує із законної системи винагороди шкоди. Правда — що в австр. кн. з. ц. нема виразної постанови, на користь родичів і третих осіб; а всеж-таки вона лежить в дусі австр. права приватного. Krasnopolski єсть однак иньшого погляду³⁾; і його дотичні виводи відзначають ся справді великою бистроумністю і прецизією. Його критичні замітки чимало вірні, а про тото висновок невірний. Вправді права родичів або третих осіб до винагороди шкоди задля відступлення від заручин не опирають ся на постанові § 46 кн. з. ц., бо вона виразно звертає ся лише до самих суджених, — але на загальних правилах винагороди шкоди, і то не лиш на самій, через Krasnopolsk-ого

¹⁾ Hellmann, l. c. ст. 218.

²⁾ Glaser, Die rechtliche Natur des Verlöbnisses, ст. 92.

³⁾ Krasnopolski, l. c. ст. 380 і д.

несправедливо осьмішений „теорії“ повернення шкоди, але на постановах обов'язуючого права.

І тут єсть „понесене ушкоджене“ по мисли § 859 кн. з. ц. точкою виходу. Не може бути сумніву, що родичі, зглядно треті особи, які понесли кошти і т. д. з огляду на будуче одружене суджених, є через відступлене від заручин пошкодовані — проте можна покликати ся на § 859 і. ф. Далі постановляє загально § 1295 кн. з. ц. :

Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welcher diesem ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Uebertretung einer Vertragspflicht, oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.

Та про тоту шкоду, яку носять родичі, згл. треті особи із відступлення від заручин, можна чей-же сказати, що вона повстає „без огляду на умову“ — бо виконане приречення, даного при заключеню заручин, не єсть умовним обов'язком, а шкода повстає з відступлення, яке не єсть ні умовою, ні проступком. Хто в постанові § 1295 кн. з. ц. добачує тільки ріжницї між порушеннями умов а проступками, того здивує наше тверджене, — але сам звук закона сягає поза тоту ріжницю, а зрештою наш погляд опирає ся посередно на значіню „понесеного ушкодження“ по мисли § 859. Тому невірнo єсть против § 1295 підносити заміт неточности), а навпаки треба його брати в цілій розтягlosti, і тоді найдемо непохитну підставу для нашого питаня.

Проте, як родичі, згл. треті особи, які ділали на місци родичів, зможуть доказати, що із відступлення від заручин понесли шкоду, то можуть жадати звороту після загальних постанов про повернене шкоди. Тут ходить о те, чи суджений провинив ся, чи ні. Після § 1295 кн. з. ц. мусить заходити провина обов'язаного до полагоди шкоди; проте мусять родичі одного судженого, згл. треті особи доказати, що по стороні другого судженого заходить провина. Та що у відношеню між самими судженими не єсть провинною в технічнім значіню, може супротив родичів, або третих осіб являти ся як правдива провина. Бо між самими судже-

¹⁾ Як стрічаємо у Pfaff-a, Gutachten ст. 24.

ними нема ніякого правового обов'язку до заключення подружжя, проте й відступлене від заручин не єсть безправним діланєм, а де діланє не єсть безправне, там нема провини в значіню права приватного. Навпаки супротив родичів або третих осіб не ходить уже о саму квестию, чи суджені можуть довільно відступити, лише ціла вага у тім, що один із суджених через своє відступлене „без огляду на умову“ наніс родичам другого, чи третим особам шкоду. Не є безправно, односторонно відступити від заручин, і в слід за тим, другому судженому через те шкоду нанести, — натомиць є безправно комусь поза обсягом умови через власну „провину“ (в популярнім значіню) заподїяти шкоду. Проте у відношеню до родичів і до третих осіб, які ділали намісь родичів, єсть провинна можлива, і то провинна в значіню приватного права, — з чого дальше слїдує, що § 1295 кн. з. ц. дасть ся сюди примінити.

Обов'язок звороту шкоди супротив родичів і третих осіб, які ділали намісь родичів, осуджує ся після загальних постанов про полагоду шкоди (30. гл. II. части кн. з. ц.). Через те є можливо, що як лише самі суджені між собою до звороту обов'язані, висота звороту буде оцінена низше (пор. „дійсну“ шкоду в § 46 кн. з. ц.), чим шкода, яку мало-б ся звернути родичам невинного судженого, чи третим особам (після §§ 1323, 1324 кн. з. ц.). Кrasnopolski виступає тому против сеї нерівности і думає, що невідповідно є прикладати иньшу міру до родичів невинного судженого, чи третих осіб, чим до самих суджених між собою¹⁾. Одначе він забуває, що суджені були з собою зв'язані інтимними, родинно-правними зносинами, і проте можуть також по розв'язаню заручин бути інакше трактовані, як иньші особи, що стоять поза заручинами, і через зірване заручин є діткнені лише у своїй економічній сфері. —

Важну ролю при обов'язку звороту шкоди ізза відступлення від заручин відграє після § 46 кн. з. ц. *iusta causa* відступлення. Жадати звороту шкоди може той, від кого не вийшла оправдана причина до відступлення, а обов'язаний звернути шкоду є той, хто без достаточної причини відступив, взагалі той, що не може покликати ся на *iusta causa*

¹⁾ Krasnopolski, l. c. ст. 381.

відступлення. Уже підчас редакційних нарад замітив Zeiller, що достаточні причини відступлення не дадуться вичислити, та при осудженю кожного випадку треба завсе оглядати ся на особливіші відносини¹⁾. Судия має тому осудити, чи якусь причину відступлення уважати за важну, чи ні.

Мимо того письменники старають ся винайти загальний принцип, яким судия має руководити ся, вони збирають *iustae causae* відступлення від заручин до спільного знаменника.

І так сам Zeiller поступає „в сій мірі суб'єктивним методом. Він каже: „Ueberhaupt kann man solche in der Person oder in dem Vermögen eines verlobten Teiles erfolgte Veränderungen, welche wenn sie hätten vorgesehen werden können, den andern Teil wahrscheinlich und billig von dem Eheverlöbniße zurückgehalten haben würden, als gültige Gründe des Rücktritts annehmen²⁾“.

Подібно § 6 інстр. для австр. подружних судів: „Wofern nach Schliessung des Eheverlöbnißes eine solche Veränderung eintritt, dass man voraussetzen darf, es wäre bei diesem Stande der Dinge zum Verlöbniße nicht gekommen, so verliert dasselbe für jenen Teil, bei welchem eine solche Veränderung nicht eingetreten ist, seine bindende Kraft...“ (При сій постанові треба пам'ятати, що інстр. для подр. суд. стоїть на становищі правного зобов'язання до заключення подружжя).

Інший напрям слідно в § 10 сеї інстр.; тут прийнято об'єктивний метод: „Die Pflicht zur Erfüllung des im Eheverlöbniße gegebenen Versprechens hört auch dann auf, wenn nach Erwägung aller Umstände mit Recht vorauszusetzen ist, dass eine zwischen den Verlobten eingegangene Ehe unglücklich sein würde“.

Обом теоріям не достає потрібної прецизії. Суб'єктивна теорія Zeiller-а і його прихильників уже тому нестійна, що вона „справедливу“ причину до відступлення осуджує односторонно після суб'єктивних поглядів діткненого; а чей-же в нашій випадку судия мусить бути безсторонний, мусить поводити ся об'єктивно. Правда, що Zeiller ослаблює свою суб'єктивну теорію через слова „wahrscheinlich und bil-

¹⁾ Ofner, Protokolle, I. ст. 70.

²⁾ Zeiller, Commentar I. ст. 74.

ліг“ — але як раз вони не дають ніякої підстави до порішення, а лишають питанє відкрите.

А з другого боку об'єктивна теорія § 10. інстр., вказує на будуче щасливе, або нещасливе, пожитє суджених. Ся критерія обчислена pro foro interno, і лиш на се, чи заручини зобов'язують до виконання приреченя, чи ні; де однак ходить о евентуальну винагороду шкоди задля відступлення, там чей-же годі оперувати понятєм будучого щастя в подружю. Зрештою понятє „щастя“ дуже хитке і релятивне.

Проте іноді треба шукати точки опори. Stammler нав'язує своє поясненє до своєї теорії „правдивого“ права. Денебудь в законї єсть згадка про „важні причини“, там на його думку про їх зміст рішає правдиве право: „Ein wichtiger Grund ist ein Umstand, der die Erreichung des von der Sonderverbindung gewollten Zieles nach den Grundsätzen des richtigen Rechtes unmöglich macht“¹⁾. В приміні до заручин виходить сей письменник із такого погляду: „Es wird dem einen Teile ein einseitiger Missbrauch seiner Person von der anderen Seite angesonnen“²⁾. Тут виходить Stammler очевидно із суб'єктивної точки погляду, і має на думці постанови нім. кн. зак., що при відступленю від заручин мусить бути „провина“. В австр. праві не треба конечно „провини“ до обов'язку винагороду шкоду, проте не можна користуватись повисшою гадкою.

В дальших виводах приймає Stammler об'єктивний метод, і каже: „In diesem Zusammenhange wird ein wichtiger Grund jeden Umstand bedeuten, unter dem das Ziel der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht erreicht werden kann: weil der eine Teil nicht im stande ist, jenen Gedanken zu verwirklichen“³⁾. Проте ходило-би о те, чи ціль подружньої спільности житевої може бути осягнена, чи ні. Але — в чім лежить ціль подружньої спільности? Stammler шукає порішення в засадах „правдивого“ права. Одначе його „правдиве“ право, се твір австрактний, тому — як іноді виказую⁴⁾ — не все

1) Stammler, Die L. v. d. richtigen Rechte (1902) ст. 565.

2) Stammler, l. c. ст. 566.

3) Stammler, l. c. ст. 566/567.

4) Гл. мою оцінку Stammler-а, Die L. v. d. richtigen Rechte, в „Оцінках і рефератах“.

дає трівку підставу до порішення тих правних питань, які *Stammeler* має на думці. Він сам вказує тут на т. зв. „*Sondergemeinschaft*“¹⁾, — але се у нього абстрактне понятє²⁾). Поставивши його однак на реальнім ґрунті, приходимо до „соціальних звязків“ — і так маємо підставу до порішення нашого питання.

Причина до відступлення від заручин єсть тоді важна, або — як австр. закон каже — оправдана (*iusta causa*), коли вона в тіснійших звязках соціальних, до яких належать суджені, оправдує зірване заручин. *Durantibus sponsalibus lex tacet*; закон державний не нормує правного відношення між судженими, доки вони в тім відношенню лишають ся. Однак вони є звязані нормами тіснійших звязків суспільних, серед яких живуть.

Після тих норм осуджує ся, чи суджений мав повну підставу відступити від заручин, чи ні. Проте суджені повинні старати ся у взаїмнім відношенню поступати так, як сего вимагають соціально-етичні норми даної суспільної групи (стану, кляси, тіснійшої народної групи і т. д.), та коли одна сторона не виконує наложених на неї обовязків і против сих норм ділає, то дає другій стороні оправдану причину до відступлення. Так само, коли у одного із суджених зайдуть такі обставини, які після соціально-етичних норм даної групи дають притоку до відступлення.

Дотичні норми є в різних звязках суспільних різні; а є навіть такі народні групи, зглядно такі обставини серед даних груп, що й зломанє заручинової вірности (*fides sponsalitia*) не є достаточною причиною до зірваня заручин³⁾, бо може лучити ся, що дана суспільна група не привязує до зломаня вірности ніякої ваги.

Взагалі коли судия має осудити, чи якась причина оправдує відступленє, чи ні, мусить розслідити, як до сего питання відносять ся тіснійші суспільні групи, до котрих належать суджені, і чи суджені повинували ся їх нормам про їх правне відношенє до себе, чи ні. Що підчас тріваня за-

¹⁾ *Stammeler*, l. c. ст. 567.

²⁾ *Stammeler*, l. c. ст. 281 і д.

³⁾ Пор. примір поданий у *Glaser-a*, l. c. ст. 58 пр. 18; ст. 52, пр. 2. Невірно *Stammeler*, l. c. ст. 567.

ручин не мало ніяких правних наслідків, тепер по зірванню показує вплив на обов'язок до повернення шкоди. Соціально-етичні норми, усьвячені дотичними суспільними зв'язками, дають підставу до порішення, чи суджений мав важну причину відступити, чи ні.

Але в приміні тих норм мусить наступити поправка в душі полагідної справедливості. Державний закон не може акцептувати спеціальних поглядів одного стану на некористь другого, коли-б другий стан міг через те понести кривду. Проте не єсть важною причиною, відступити від заручин задля зміни стану¹⁾ або задля похибки що-до стану другого судженого; та хоч-би можна покликати ся на те, що подруже осіб ріжних станів не могло-б бути щасливе, то всеж-таки не можна задля того відказати другій стороні права до винагороди шкоди по мисли § 46 австр., гл. §§ 1298, 1299 нім. кн. з. ц. —

Наконець кілька слів про означене висоти шкоди, яку звертає ся при відступленню від заручин. § 46 австр. кн. з. ц. говорить про „дійсну шкоду“ — § 1298 нім. кн. з. ц. вичислює поодинокі видатки і т. д., які мають бути предметом звороту. Що-до постанови австр. права, то можу покликати ся на мої давнійші виводи в габілітаційнім викладі²⁾. Тут доказано, що „дійсна шкода“ з § 46 не стоїть на рівні із „негативним інтересом умови“ — та констатую, що такий самий погляд висказують справедливо деякі німецькі учені для нового німецького права³⁾. Проте в німецькім праві обов'язок повернення шкоди обіймає лише тоті видатки і т. д., про які згадує § 1298.

А знова обсяг „дійсної шкоди“ після австр. права є такий самий, як в німецькому праві. Доказ переведено в габілітаційнім викладі — а схожість обох законів має не лиш історичні, але й річеві аргументи за собою.

1) Невірно Scherer, Handb. des Kirchenrechts II. ст. 135 пр. 82 і ф.

2) Заручини в австр. праві, ст. 48 і д.

3) Пор. пр. Dittenberger, l. c. ст. 166 і д.

И 26.52

V-26.522

V-26.522

