

БІБЛІОТЕКА
НАУКОВОГО ТОВ. ІМ. ШЕВЧЕНКА.

Ч.

~~3042~~

З БІБЛІОТЕКИ
НАУКОВОГО ТОВАРИСТВА

імені

~~ШЕВЧЕНКА~~
У ЛЬВОВІ.

Ч. ~~3042~~

2p.

3042

ЗАРУЧИНИ

В АВСТРИЙСЬКІМ ПРАВІ.



Габілітаційний виклад

Д-ра Станіслава Дністрянського.

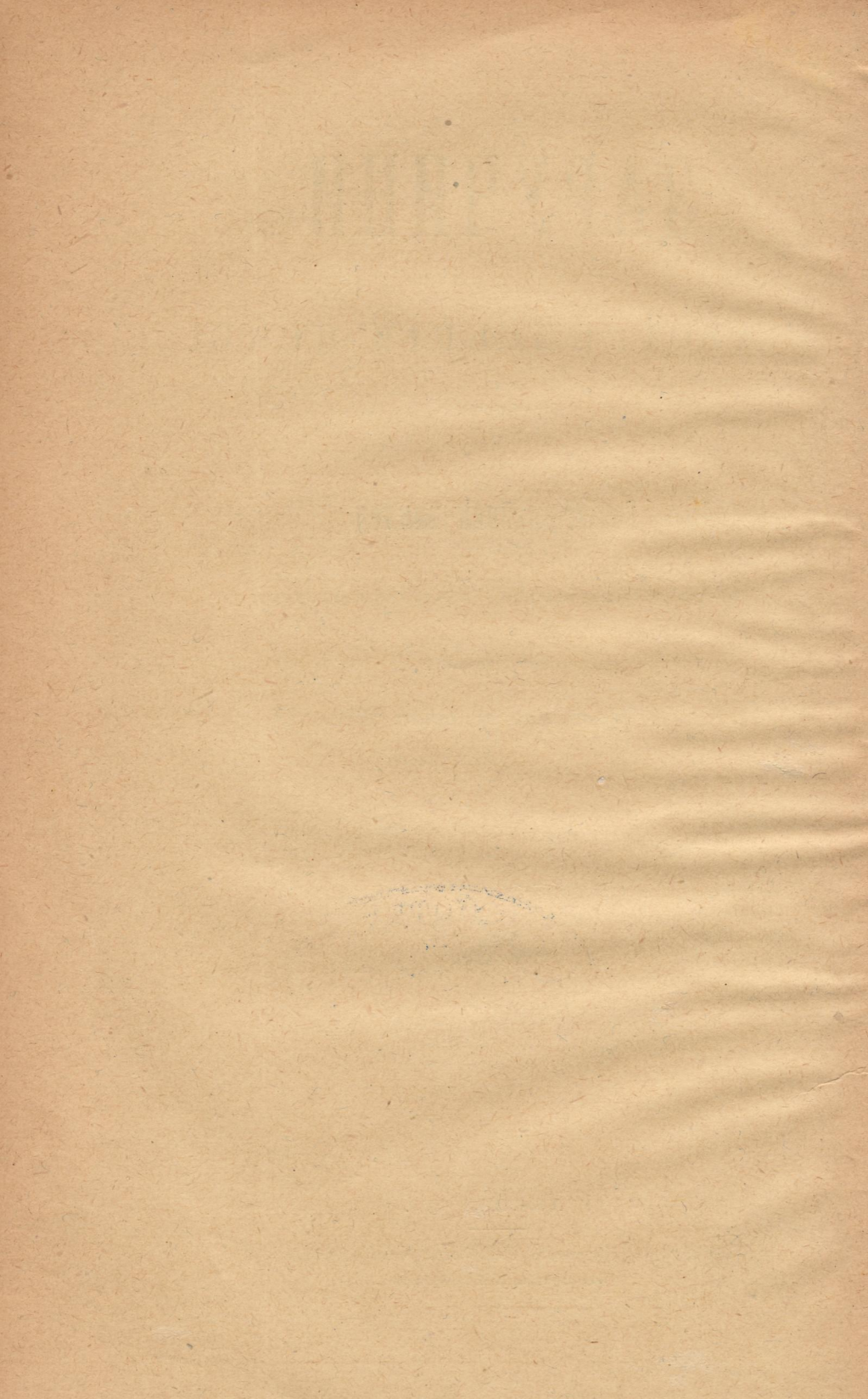
виголошений

у Львові дня 26. січня 1899.



У ЛЬВОВІ 1899.

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



3042 06

ЗАРУЧИНИ

В АВСТРИЙСЬКІМ ПРАВІ.



Габілітаційний виклад

Д-ра Станіслава Дністрянського.

виголошений

у Львові дня 26. січня 1899.



У ЛЬВОВІ 1899.

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

347.6 (436) (09)

Львівська бібліотека
АН УРСР
№ И- 27012

ЗАРУЧИНИ В АВСТРИЙСЬКІМ ПРАВІ.

Габілітаційний виклад

Д-ра Станіслава Дністрянського,

виголошений у Львові дня 26. січня 1899.

Заручини стоять з вінчанєм в нероздільній звязи, та суть заручин проявляє ся в їх відношеню до вінчання. Історія права знає два головні напрями сего відношення, що стоять крайно против себе: систем примусу і систем свободи.

Первісне право римське основувало ся на системі примусу і ставляло суджену в многих відносинах на рівні з жінкою. Противно клясичне право римське лишало повну свободу одруження:¹⁾ з обітниці подружа не слідував обовязок сповнення, всякий примус до заключеня подружа був безуспішний, та угода на умовну кару являлась *contra bonos mores* і не мала жадної стійности²⁾.

Інакше відносило ся до заручин право старо-німецьке:³⁾ ему не було звісне понятє заключеня подружа в нинішнім розуміню, але на те понятє складались два акти: заручини і вінчанє. Не було важного подружа без заручин. Заручини були почином і складовою частиною акту одруження, вони були вже самі про себе неповним подружем (*coniugium initiatum*)⁴⁾. Тому стояли суджені в многих відносинах на рівні з подругами, а вінчанє мало лише задачу, доповняти наслідки подружа.

¹⁾ I. 2. D. de sponsalibus 23, 1.

²⁾ I. 71. §. 1. D. de condicionibus 35, 1; I. 134 pr. D. de verb. obl. 45, 1; I. 2. C. de inutilibus stipulationibus, 8, 39.

³⁾ Пор. замість многих *Sohm*, *Traung und Verlobung* (1876), ст. 1—57, 139 сл.

⁴⁾ Гл. *Sohm*, I. c. ст. 142.

Церков⁵⁾ прийняла первісно римське понятє заручин яко підготовляючого акту, необов'язуючого та зовсім свобідного; однак невдовзі привязала вона до них релігійне значіне і в виду сего домагалась для церковних заручин (*coram ecclesia*) церковного благословеня, щоби сакраментальне значіне вінчання розвести в певній мірі на заручини. Тим чином скріпив ся релігійний обов'язок довершеня супружкої обітницї, даної при заручинах, а наслідком сего привернено для церковних заручин примус до заключеня подружжя. Отся зміна систему стрітила підпору в праві старо-німецьким і прийнялась скоро в цілій церкві. В 12. віці розвели опісля многі каноністи догмат нероздільности подружжя на заручини, але отся теорія не могла довго остоятись, бо показало ся, що свобідні та незв'язані в ніяку форму заручини римського права лишились все таки в народі і чимало були в практичнім уживаню, — на чім основалась відтак різниця між *sponsalia de praesenti* і *sponsalia de futuro*. *Sponsalia de praesenti* були то заручини права церковного, що мали такі самі наслідки, як подружжя і заключали законний примус до вінчання. Натомість були *sponsalia de futuro* заручинами в значіню клясичного римського права, що мали задачу лише підготовляти подружжя, *non efficerent coniugium*⁶⁾.

Дальший розвиток канонічного права вказує сліди гуманістичного впливу також на полі права про заручини. Спершу залишає ся загально вимога форми при заручинах, а відтак затрачує ся різниця між *sponsalia de praesenti* і *sponsalia de futuro*, так що всі заручини стають немов обітницями будучого вінчання і не становлять вже складової части акту одруженя. Первісний примус до вінчання тратить свою питому силу і проявляє ся лише в виді звичайних напінень або що найбільше в виді кар⁷⁾. Лишають ся тільки посередні наслідки заручин, бо діти, сплоджені *durantibus sponsalibus*, вважають ся на рівні з дітьми, уродженими в важнім подружжю.

Право повсюдне прийняло новітню теорію права канонічного⁸⁾. Воно висказує вправді *in thesi* правило примусу до заключеня подружжя, на случай опору впливає карами, — але коли кари будуть безуспішними, вдоволяє ся фікцією, що діти, сплоджені підчас заручин, є слюбні.

Пруський *Landrecht*⁹⁾ вимагає до правосильности заручин певної форми і приймає систем примусу; сей примус не є однак

⁵⁾ Поп. *Sohm*, I. c. ст. 58—109; *Zhismann*, *Das Eherecht der orientalischen Kirche* (1863) ст. 384 і д. 6^а3 і д.

⁶⁾ *Pl. Sohм*, I. c. ст. 84, 85.

⁷⁾ *Pl. Schulte*, *Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts* ст. 439 пр. 15.

⁸⁾ Поп. *Windscheid*, *Pandekten II. § 489* пр. 3; *Friedberg*, *Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwicklung* (1865), ст. 297 сл.

⁹⁾ *L. R. II. 1. §§. 75* сл.

безпосередний, але проявляє ся при відступленю від заручин в виді обовязку до заплати певної грошевої суми, яку судия після свого доброміня вимірить.

Французський *code civil* не має особливих постанов що-до заручин; тому заручини не обовязують до заключеня подружа, а неоправдане зломане заручин викликає обовязок до полагоди шкоди по загальним правилам¹⁰⁾.

Англія стоїть на становиску торговельної держави *par excellence* і признає величезні суми в нагороду за відступлене від заручин.

Більшість нових законів німецьких держав¹¹⁾ виключає обовязок до заключеня подружа і вдоволяє ся на случай неоправданого зломаня заручин обовязком повернення шкоди. На отсім становиску стоїть також нова книга цивільних законів для німецької держави¹²⁾.

В Австрії¹³⁾ володіли за часів Марії Тереси в праві подружа виключно норми канонічного права. Однак ціс. патент з 12. цвітня 1753. становив в противности з правом канонічним, що малолітні не є в силі без дозволу правних заступників заключати важних заручин, та висказав гадку, що головною основою подружа є свобода волі подругів. Сю гадку прикладає цісар Йосиф II. до заручин в патенті з 30. серпня 1782, з котрого виходить, що обітниця одруженя, дана при заручинах, не може основати жадного зобовязаня, ані викликати жадних правних наслідків. Та та постанова перейшла опісля до йосифинського патенту з 16. січня 1783, а в відносинах заручинових змінилось лише те, що вони підпали на рівні з другими постановами права подружа виключній власти судів цивільних (світських). Систем свободи становить також вихідну точку кодексу галицького, а відтак книги законів з р. 1811. Навіть конкордат з 5. падолиста 1855. мало що змінив в сути заручин, бо рішене що-до повернення шкоди задля зломаня заручин полишено все-таки судам світським. Повернене світської юрисдикції¹⁴⁾ привернуло назад постанови книги законів з 1811 р., а отсим проголошено в теперішнім праві австр. правило: „*Libera esse matrimonia antiquitus placuit*“.

I.

Норму правну про єство заручин подає §. 45 к. з. ось як:

¹⁰⁾ Code Napoleon, art 1149.

¹¹⁾ Пор. огляд партикулярних німецьких законів в *Motive zu dem Entw. eines bürg. G. B. für das Deutsche Reich*, IV. ст. 1 і д.

¹²⁾ §§. 1297, 1298 нім. к. з.

¹³⁾ Пор. Michel, Beiträge zur Geschichte des oesterreichischen Ehe-rechtes (1870).

¹⁴⁾ Гл. арт. I. закона з 25. мая 1868. ч. 47 в. з. д.

„Ein Eheverlöbniß oder ein vorläufiges Versprechen, sich zu ehelichen, 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“.

Заручини — се „обітниця“ (Versprechen); але не одностороння обітниця, лише договір по гадці §. 861 к. з.¹⁾ Несправедливо покликуює ся тут Dolliner²⁾ на слова: „gegeben oder erhalten worden“ — і ділить заручини на односторонні та обосторонні в міру сего, чи обітницю дає наперед лише одна сторона, або чи друга сторона вже прийняла сю обітницю. Противно, треба замітити, що через односторонню обітницю заручини ніяким робом повстати не можуть: така обітниця має виключно характер односторонньої оферти, що може вправді підготовити договір, але ще договору не становить. Коли ми отже в §. 45 к. з. читаємо: „gegeben oder erhalten worden“, то може се мати лише таке значінє, що закон відказує заручинам всякої обовязуючої сили взагалї, з огляду як на судженого, так на суджену, і на жадну сторону, ні прирікаючу ні приймаючу, не вкладає примусу до заключеня подружа.

Як подруже не є відношенєм облігаційним,³⁾ але родинно-правним, так і заручини, яко акт підготовлюючий подруже, мусять бути договором права родинного. До сьогодні жие ще в свідомости народа правне понятє заручин яко *coniugium initiatum*, а правно-історичний розвиток та новітна ціль і уладженє сердечних і фаміліярних відносин, що повстали з заручин, указують без сумніву на се, що договір, на котрім заручини основують ся, є договором родинно-правним. Закон виключає всяке зобовязанє: чейже можуть бути заручини договором облігаційним?

Годї також прийняти гадку Singer-а, що заручини основують г. зв. *obligatio naturalis*⁴⁾. Без огляду на те, що інститут зобовязань природних є для права австрійського лиш анахро-

¹⁾ Пор. Kirchstetter, Commentar ⁵ ст. 75; Stubenrauch, Commentar I, ⁷ ст. 133 пр. 2.

²⁾ Handbuch des in Oesterreich geltenden Eherechts I. (1813) ст. 7, 8; а за ним Nippel, Erläuterung des a. b. G. B. I. ст. 234. Пор. критичні замітки Kirchstetter-а, Comm. ст. 75 пр. 1.

³⁾ Пор. Schwartz, Excuse über oesterreichisches bürgerliches Recht в Ger. Halle 1890. ч. 46 (ст. 393).

⁴⁾ Singer, Beiträge zum oesterreichischen Eherecht, в Ger. Ztg. 1877, ч. 79, а за ним Ellinger, Handbuch des oest. Civilrechtes (1877), ст. 41, Krainz, System II. §. 424. Дуже обережно: Stubenrauch, Comm. I ⁷ ст. 134. Против повисшої конструкції, подібно як в тексті Jacobi Das persönliche Eherecht des bürg. G. B. für das Deutsche Reich (1896).

нізмом і під зглядом техніки правничої не є тривким⁵⁾, — всеж таки *naturalem obligationem* годі добачувати там, де взагалі нема жадного зобовязання. Евентуальні позитивні наслідки зобовязання природного до заручин не примінімі та просто безглузді, бо нероздільности супружжї звязи годі вважати за *retentio soluti* (довершеної обітницї одружена).

Невірне є також понятє заручин яко *ractum de contrahendo*. Без огляду на те, що всі *racta* мають вдачу облїгаційну, розбиває ся тота конструкція об те, що тут брак всякого зобовязання, з заручин пливучого, а сама зверхна схожість в виду будучого подружа ще не в силі надати про себе заручинам знамен *racti de contrahendo*.⁶⁾ Тому не примінює ся тут § 936 к. з.⁷⁾

Через те, значить, що заручини не є договором облїгаційним, то годі прикласти до них загальні постанови облїгаційних договорів.⁸⁾ Але з другого боку треба замітити, що закон не подає осібних постанов що-до важности і способу повстаня заручин, та проте не лишаєся нічого иньшого, як взяти за основу дотичні правила облїгаційних договорів і їх критично примінити.

При тім годі позабути на особливше єство заручин і тямити треба головно на два знамена: 1) що заручини — се „попередня обітниця одруження“ (*vorläufiges Versprechen, sich zu ehelichen*), тому огляд на будуче одруженє в усіх напрямках відгриває рішучу ролю, — та 2) що вони „не оснóвують жадного правного обовязку“ (*zieht keine rechtliche Verbindlichkeit nach sich*), але лише при особливших вимогах §. 46 к. з. спонукують обовязок полагоди шкоди. Коли пр. двом особам ріжного пола, що наміряють заручити ся, стоїть на перепоні трєвала супружа перешкода, що унеможливає будуче подруже (*impedimentum dirimens*), — то отсим і самі заручини про себе неважні. Тому треба вважати до певної степені також на постанови закона про неважність подружа⁹⁾. Впрочім закон заporučає судженням по заключеню заручин повну свободу довершеня обітницї, отже й справе-

⁵⁾ Сумніви що до правничої далекосяглости т. зв. природних зобовязань стрічаємо лише у Pfersch-ого, *Die Bereicherungsklagen* (1883), ст. 185 сл. Про літературу зобовязань природних гл. Till, *Pravo prywatne austrjackie* III. ст. 9. По мойому є т. зв. *obligatio naturalis* лише евентуальним завязком будучого зобовязаня, котре повстає доперва пізнійше через окрему юридичну подію, пр. *solutio; obligatio naturalis* є неготовим зобовязанєм (*eine unfertige Obligation*).

⁶⁾ Невірно Rittner, *Oesterreichisches Eherecht*, ст. 358; *Stubenrauch*, *Comm. I*, ст. 133.

⁷⁾ Поп. Pfaff, *Die Clausel: Rebus sic stantibus*, в *Festschrift zum 70. Geburtstag Sr. Exc. Unger*, (1898) ст. 351.

⁸⁾ Невірно Kirchstetter, *Comm.* ст. 75.

⁹⁾ Се против Kirchstetter-a l. c.

дливо, щоби і при заключеню заручин оглядати ся виключно на правдиву волю контрагентів. З того слідує ось що:

1) Договір про заручини стає довершений, коли дві особи різного пола заявлять взаємно свою волю, заключити з собою в будучности подруже. Обітниця може наступити письменно або устно: §. 862 к. з. не можна тут примінити. Ходить тут радше о те, щоби оферент мав ще в хвилі прийняти волю, заключити заручини¹⁰⁾. В виду сего нічого не значить, чи приймаючий приймає устну обітницю „без проволочки“ (§. 862 к. з.; гл. також §. 904 к. з.), чи може аж пізнійше; в межичасі не є оферент звязаний і не потребує оферти відкликувати, бо прийняте лише тоді довершує договір заручин, коли оферент своєї волі не відминив.

Так само при письменних заручинах *inter absentes*. Тут є оферент правильно звязаний тоді, коли прийняте дійшло до его відомости, але під услівем, що він перед тим своєї первісної гадки не змінив. Однак довершенє договору наступає в многих случаях вже скорше, коли іменно приймаючий, що взагалі не має ніякого обовязку до письменної відповіді на оферту, приймає її, та молягаючи на ній, робить зарядженя, що не дають жадної розумної підстави до сумніву про дійсно наступивше прийняте (пор. §. 863 к. з.)

2) Вимоги важности договору заручин є: а) здібність осіб; б) правдиве призволенє; в) можливість та допустимість змісту; а врешті г) де при заручинах виступають заступники, управненє до заступництва¹¹⁾. — Форма заручин є рівнодушна (пор. §. 883) — та нема ніякої різниці, чи заручини відбувають ся устно чи письменно, судово чи нотарияльно, зі свідками чи без свідків, з особлившим торжеством (пр. в присутности многих гостей) — чи врешті вони стверджені присягою, чи ні, — бо в усіх тих случаях є заручини, коли заходять всі інші вимоги, однако важні і підчиняють ся постанові §. 45, котрий становить, що заручини не оснують жадного правного обовязку „без огляду на обставини або услівя, в яких обітницю одруженя дано або одержано“.

3) Незрілі не є в силі заключити важних заручин (пор. §. 48 к. з.¹²⁾), а малолітні можуть лише за дозволом своїх прав-

¹⁰⁾ Гл. Kutschker, Das Eherecht der katholischen Kirche, II. §. 74; Binder-Scheicher, Praktisches Handbuch des katholischen Eherechtes (1891)⁴ ст. 234 пр. 1.

¹¹⁾ Пор. дотичні замітки про вимоги еднаць правних: Krainz, System I³ (1899), ст. 265 сл., Schiffner, Systematisches Lehrbuch des oest. allg. Civilrechts, I. §§. 118 сл., і Огоновский, Систем австрійского права приватного, I, ст. 111—128.

¹²⁾ В праві канонічнім не можуть важно заручити ся діти нише 7 літ: с. 4. 13. X. (IV. 2) — і сар. un. IV. 2 in VI-to. Але по укінченю 7 літ нема перешкоди до заключеня заручин. Інакше в праві австрійськім *ex analogia* з §. 48. к. з.

них заступників дати важну обітницю одруження (§. 49 к. з.). А нема тут ріжниць, коли одна сторона є зріла, зглядно повнолітна, а друга незріла або малолітна, бо перша сторона може по осягненню зрілости або повнолітності другої сторони свobodно змінити свою волю. Тому тут не можна примінити §. 865 к. з. Але воля законних заступників не в силі заступити, вона може лише доповнити волю малолітних заручених¹³⁾.

4) Контрагенти мусять висказати при заручинах свою волю свobodно, поважно, певно і зрозуміло (§. 869)¹⁴⁾. Воля їх тикає ся будучого одруження; але де не висказано волі заключеня подружжя на будуче, там не може бути бесіди про заручини. В виду сего не вистарчають до сути заручин навіть дуже сердечні, тісні і довгі відносини двох осіб ріжного пола, та в рівній мірі і сексуальна звязь або вагітність вще не в силі про себе витворити ества заручин¹⁵⁾.

Про впливовість примусу, помилки і обману на повстане заручин, рішають *mutatis mutandis* постанови права облїгаційного; лише свобода волі є тут рішуча і нема ріжниць, чи евенуальний брак волі спонуканий другим контрагентом чи третою особою. Тому неважні є заручини, „вимушені оправданою боязнию“ (§. 55 к. з.), без огляду на те, котра сторона заключила заручини під впливом примусу і від кого виходив примус, чи від співконтрагента, чи від третої особи. По аналогії §. 56 к. з., що трактує *impedimentum raptus* з погляду *impedimenti metus*,¹⁶⁾ є заручини неважні, коли обітницю одруження дала особа уведена, поки ще не повернено їй свободи. Суццна помилка спонукує неважність заручин; тут належить поперед усього *error in persona*, *error in qualitate redundans in personam* (§§. 57, 879) і *error in negotio* (§. 871)¹⁷⁾. — Припис §. 58 к. з.; що подруг, найшовши жінку свою по одруженню вагітною від иншого мушчини, може жадати уневажнення подружжя, — є виїмковою постановою¹⁸⁾ і тому не дасть ся прикласти до заручин. — *Error in qualitate* та *error in motivis* не мають впливу на важність заручин (§§. 59, 872).

¹³⁾ Коли малолітні не хочуть заручити ся з собою, то всілякі угоди між родичами або опікунами не мають правної стійности і не можуть самі про себе дати почину до важних заручин.

¹⁴⁾ Пор. §. 3. припорученя для духовних судів, в ціє. патенті з 8. жовтня 1856.

¹⁵⁾ Пор. Dolliner, Handbuch des Eherechts I. ст. 11.

¹⁶⁾ Verb. „Die Einwilligung ist auch dann ungültig...“ (§. 56). Лише в той спосіб дасть ся оправдати примічене *impedimenti raptus* по *imp. metus* (§. 55.) під поглядом „браку дійсного призову“ (заголовок §§. 55. сл.) і врозуміти правну далекосягність постанови §. 56. Впрочім пор. Rittner, Ehe-recht, ст. 133 сл.

¹⁷⁾ Про т. зв. *error in substantia*, або *in corpore* не може тут бути бесіди.

¹⁸⁾ Гл. Ofner, Protocolle I. ст. 79—91, і §. 59. к. з.

Коли контрагент сам і виключно є винен своїй ошибці, то поносить сам наслідки ошибки, а заручини лишають ся важні по аналогії §. 876.

5) Договори заручин допускають услівя як зволікаючі, так розв'язуючі,¹⁹⁾ бо тому нероздільність подружжя не стоїть на перепоні (але пор. §. 59 к. з.). Зволікаюче услівє спинює повстанє заручин і поки *conditio pendet*, не може повстати ніколи обовязок до полагоди шкоди з §. 46. к. з., бо евентуальні видатки та підготовленя з огляду на будуче подружжє виходять зовсім безосновними. Услівє розв'язуюче приводить вправді заручини зараз до почину, але з єго здійсненєм упадає ціле відношенє правне і про поверненє зроблених видатків не може бути бесіди. Услівя зволікаючі, що є неможливі, *contra bonos mores*, або противні сути заручин, зглядно будучого подружжя, спонукують неважність заручин. Неможливі услівя розв'язуючі мають такий наслідок, мов би заручини були безусловні, а недозволені услівя, розв'язуючі *pro non scriptis habentur*²⁰⁾.

Коли вже в часі заключеня заручин наміреному подружжю стоїть на перепоні тревала і нерозримима супружжя перешкода, пр. *impedimentum impotentiae* з §. 60 рг., то вона перепиняє також важне заключене заручин. Переминаючі та розримима перешкоди не мають однак ніякого впливу на важність заручин, коли суджені поставили усунене або розримене перешкоди за услівє будучого одруженя, хіба що доданє такого услівя було би *contra bonos mores*. Через се важні є заручини з вдовою, що містять в собі обітницю одруженя по упливі законного часу жалоби з §§. 120, 121 к. з.; противно неважні є заручини, коли оден з подругів за житя другого подруга дає третій особі обітницю одруженя по смерти другого подруга,—бо така обітниця є *contra bonos mores* і тому неважна.

6) Договір про заручини може бути важно заключений також через відпоручників (*arg.* §. 76. к. з.). Але се не є заступники в технічнім розуміню, та вони виступають яко прості післанці (*Boten*), що не мають права висказувати власної волі в заступстві манданта, але є лише орудьями, переносячими чужу волю, волю заступленого. Також пересправники, що виступають при заручинах, не є заступниками, лише посередниками, бо вони тільки заізнають спондентів з собою, і виключно ділом тих остатних є заявити свою волю що до заключеня заручин²¹⁾.

¹⁹⁾ Гл. *Binder-Scheicher*, *Eherecht*, ст. 245 сл.

²⁰⁾ *Arg.* § 699 к. з. На такі услівя не звертає ся увага—їх по просту „вичеркує ся“: гл. *Pfaff-Hofmann*, *Commentar II*. ст. 570.

²¹⁾ До заручин прикладає ся врешті постанова §. 879 sub 1); тому нагорода условлена за переговори другого в справі заручин є *contra bonos mores* і не основує жадного зобовязаня, — але коли вже наступила заплата за посередниченє, то годі домагати ся звороту (*soluti retentio arg.* §. 1432. к. з.).

II.

З правного боку заручини то не лиш договір, але й відношене правне. З огляду на те є заручини відношенем права родинного, котрого цілю є підготовити подруже, намірене двома особами різного пола, і єго в будучности дійсно заключити. Суджені мають час, ближе пізнати ся; при тісних, ніжних зносинах находять вони нагоду до взаємної любови і пошанівку, та окрім того мають нагоду пізнати всі обставини і відносини, які вважають сущними до основаня щасливого подружа, щоби тим робом з повною розвагою і свободою приладитись на доживотну спільність супружу.

Тут володіє повна свобода волі суджених, а всякий примус є прямо виключений, бо він може легко спонукати нещасливе подруже. Односторонне відступлене від заручин стоїть зовсім до волі суджених. Отсе правило вправді до певної степені обмежує постанова §. 46. к. з., але не стілько, щоби можна сказати, мов би відступлене від заручин було допустиме лише *ex iusta causa*. А навіть *copula carnalis*¹⁾ між зарученими не є в силі змінити їх правного відношеня з огляду на обовязок одруженя, бо і в тім случаю мають вони все-таки свободу, відступити від заручин за взаїмним порозумлїнем або односторонно. Нема взагалі примусу до вінчаня, а і вплив посередний через грошеві кари або загоду (*Abfindung*) не є допустимий.

Але аби запобігти надужитям, особливо тих, що надуживають близьких відносин до позасупружних тілесних зносин, та відтак односторонно від заручин відступають, становить §. 1328 к. з.:

„Wer eine Weibsperson verführt, und mit ihr ein Kind zeugt, bezahlt die Kosten der Entbindung und des Wochenbettes, und erfüllt die übrigen, in dem dritten Hauptstücke des ersten Theiles festgesetzten Vaterspflichten...“

Отся постанова не є однак наслідком заручин, але наслідком зведеня²⁾. Зведений належить ся ще нагорода за покривджене чести, для „полагоди заподіяної обиди“ (*Tilgung der verursachten Beleidigung*) з §. 1323. к. з. Проти сего висновку вправді в практиці загально виступають³⁾, але несправедливо, як се доказав P f a f f у своїй критичній розвідці п. з. *Gutachten zur Lehre vom Schadenersatz*⁴⁾.

¹⁾ Про мотиви сего порішення гл. Zeiller, Comm. I. ст. 169 сл., Dolliner, Eherecht, I. ст. 12.

²⁾ Вправді зведенє лучить ся звичайно з обітницею одруженя: Збірник рішень 773; 3697; 6977 і др.; але не завжди: Збірник 10813.

³⁾ Найвисший трибунал не признає сего права в отих случаях: збірник 56; 652; 680; 846; 2471; 2716; 11004; Jud. B. 32 — інакше збірник 25; 11003.

⁴⁾ Ст. 11 сл. — і в Grünhuta Zeitschr. VIII. ст. 619 сл.

Durantibus sponsalibus відпадають впрочім всі інші наслідки, які право канонічне навязувало до заручин⁵⁾). Обов'язок заховання вірності при заручинах єстєвє лише pro foro interno, але для області права не має безпосереднього наслідку, та тільки має таке значінє, що через віроломство може повстати для другої сторони iusta causa до відступлення від заручин⁶⁾). Судженням не є прямо зажаданє заручити ся з іншими особами⁷⁾), і другі заручини, заключені під час правосильного трєваня перших, не стають про себе неважні, але зломанє перших заручин спонукує правні наслідки §. 46. к. з.

Підчас свого трєваня не оказують заручини жадних позитивних правних наслідків; наслідки правні проявляють ся доперва по погасненю заручин. Наукою погасненя заручин займає ся наша к. з. під поглядом одностороннього відступлення⁸⁾). Так само поступає також найбільша часть австрійських письменників⁹⁾ не виключаючи Rittner-a¹⁰⁾); вони промовчють цілковито всі прочі случаи погасненя заручин. Але для точности треба узгляднити всі можливі способи погасненя¹¹⁾); та всеж-таки найбільше правного інтересу навязуєсь до питання одностороннього відступлення, а і зрозумінє всіх інших родів погасненя заручин є суцно зависимє від пізнаня наслідків одностороннього відступлення.

Заручини погасають: 1) через заключене подружа, 2) через смерть одного судженого або обох; 3) через contrarius consensus, себ-то відступленє за обосторонним порозумінєм; 4) через супружу перешкоду (impedimentum dirimens), а врешті 5) через одностороннє відступленє. Понизше буде передовсім бесїда про одностороннє відступленє, та при сій нагодї згадаємо про погасненє заручин наслідком супружої перешкоди¹²⁾). Відтак слїдують при кінци розвідки три перші случаи погасненя.

III.

Одностороннє відступленє має в першїм рядї негативні наслідки. Кінцевє реченє §. 45 к. з. становить іменно, що заручини „не основують жадного правного обовязку... до чи-

⁵⁾ Гл. Binder-Scheicher, Eherecht ст. 248 сл.

⁶⁾ Невірно Stubenrauch, Comm. I,² ст. 113.

⁷⁾ Пор. попередню примітку.

⁸⁾ §. 46. к. з.

⁹⁾ Zeiller, Comm. I. ст. 172 сл., Dolliner, Eherecht, I. ст. 9 сл.; Nippel, Erläuterung I. ст. 237 сл.; Winiwarter, Bürgerliches Recht, I. ст. 174 сл.; Stubenrauch, Comm. I,² ст. 113 сл.; Kirchstetter, Comm. ст. 75.

¹⁰⁾ Oest. Eherecht, ст. 360, 361. Rittner трактує про заручини дуже побіжно, бо виходить з хибного потяду, мов би заручини не належали до права подружа, що виступає доперва з заключенєм подружа.

¹¹⁾ Гл. Stubenrauch, Comm. I,⁷ ст. 136.

¹²⁾ Впрочім пор. Dolliner, I. е. ст. 15.

нитби сего, що на случай відступлення условлено“. Нема сумніву, що під отсю постанову підпадає відступне (Reugeld), як і кара умовна (Conventionalstrafe), позаяк обі тоті умови є вимірені на случай відступлення і прямують до того, щоби до певної степені посередно ділати примусом на заключене подружа. Коли ж законодавець хоче усунути всякий примус одруження, то мусить консеквентно спинити наслідки відступного і карі умовної. А се-ж дїє ся тим чином, що по відступленю від заручин годї домагатись відступного або карі умовної, які условлено при заключеню або в часї треваня заручин. З того виходить, що условлене відступного або карі умовної для скріплення заручин не має ніякої реальної стійности.

Але всеж-таки виринає питанє: чи на случай, як відступивший без огляду на повисшу постанову, дійсно заплатив відступне або кару умовну, може він домагати ся звороту дотичних сум *condictione indebiti*, чи ні? В сій мірі мовчать закон; але *ex ratione* §. 45. к. з. можемо получить достаточну основу до порішення нашого питаія¹⁾. *Ratio* §. 45 к. з. полягає в тім, що для того, хто має доперва заплатити відступне або кару умовну, отся евентуальність становить посередне средство примусове до заключеня подружа. Хто дотичної квоти не має, або для кого вона з огляду на его відносини є за велика, мусів би нераз рішити ся на ненависне єму подруже. Але хто від заручин відступає і по повній волї условлену суму дійсно платить, той не стоїть вже під примусом, проте нема розумної причини, через допущене права звороту нехтувати свободне та в сьвідомости морального обовязку сповнене довершене обітницї.

Доси наш погляд рівнозвучний з аргументами *Singer-a*²⁾, лише ми твердимо консеквентно дальше: щоби жаданє звороту було виключене, треба оминати навіть тіни примусу. Коли однак сторона невідступивша взиває відступившу до заплати і отсим посередно змушує єї до сповненя; або коли вона внесла вже позов о заплату повисших квот, в виду чого відступивший без процесу заплатив кару умовну або відступне, то заходить тут посередний примус, позаяк відступивший ділає під напором, що его спонукує радше заплатити, як приступити до ненависного подружа. В таких случаях мусить наступити зворот заплаченого вже відступного, заплаченої карі умовної. Лише там, де відступивший по повній свободї, добро-

¹⁾ Заміти *Schwartz-a* в *Ger. Halle* 1890. ч. 46 против аргументації *ex ratione legis* не є поперті ніякими доказами і висказують лише субьективний та зовсім неоправданий погляд автора. В нашім случая не ходить о *argumentum a contrario*, але о аналогїю на основі §. 45.

²⁾ *Beiträge zum oest. Eherecht*, в *Ger. Ztg.* 1877, ч. 79; пор. *Stubenrauch*, *Comm.* 1.⁷ ст. 134. Тому договір о відшкодованє, заключений доперва по відступленю, є важний: збірник рішень XXVI, 12111.

вільно і без всякої пресії, повисші квоти платити, жадане звороту є виключене; та серед таких обставин є воно завжди виключене, тому хибний є погляд Крайнз-а, що покликуєсь на §. 1435 к. з. і виключає жадане звороту в случаях, де приймаючий сам подав оправдану причину до відступлення³⁾. §. 1435 говорить іменно про *condictio causa finita*, та становить:

„Auch Sachen, die als eine wahre Schuldigkeit gegeben worden sind, kann der Geber von dem Empfänger zurückfordern, wenn der rechtliche Grund, sie zu behalten, aufgehort hat“.

Невірне з огляду на §. 45. утверджувати, будьто-би заплата відступного або кари умовної по довершеном відступленю від заручин була дана „яко правдивий довг“, та поверх сего годі сказати, що правна підстава до задержаня заплати доперва пізнійше устала, бо причина відступлення мусіла естувати найпізнійше вже в часі довершеної заплати. Тому постанова §. 1435. тут непримінима, отже погляд Крайнз-а нестійний⁴⁾.

Відтак дуже спірне є в науці питане, чи і задаток, який одна сторона дала другій на знак заключеня заручин (*arra sponsalitia*), мусить відступивший звернути. Давнійші письменники висказують погляд, що даючий задаток може при одностороннім відступленю все домагатися звороту⁵⁾. Натоміць виходить Singer з понятя заручин яко зобовязаня природного, та відіаує загально даючому задаток право до жаданя звороту⁶⁾. Посередню думку висказує Unger, бо учить, що *arra sponsalitia*м тратить лише тотя сторона, котра без причини відступила від заручин⁷⁾. В тім самім напрямі поступає Крайнз, і ставляє тезу, що звичайно задаток пропадає, а приймаючий задаток мусить єго звернути лише тоді, коли він дав достаточну причину до відступлення від заручин⁸⁾. При сій нагоді покликуєсь Крайнз, як вже сказано, без достаточної підстави на §. 1435. к. з. Schwartz вказує врешті на аналогію з §. 1247 к. з., та учить, що даючий задаток може жадати звороту лиш тоді, коли не провинив розязаня заручин⁹⁾. По мойому всі повненші погляди є односторонні і основують ся то на апріорістичних дедукциях, то на хибнім викладі закона, а позабувають при тім, що в пев-

³⁾ Krainz, System II. §. 424.

⁴⁾ В прочім є він подекуди вислідом хибної конструкції, мов - то заручини основують *obligationem naturalem* з §. 1432.

⁵⁾ Dolliner, l. c. ст. 8; Pachmann, Lehrb. des Kirchenrechts (1851), II. ст. 435; Stubenrauch, Com. I² ст. 112.

⁶⁾ Singer l. c.; Ellinger, Handbuch ст. 41.

⁷⁾ Unger, System, I. ст. 192 пр. 124., при чім покликує ся несправедливо на §. 908 к. з., позаяк §. 908 говорить лише про облигаційні договори. Пор. Schwartz в Ger. Halle 1890. ч. 46.

⁸⁾ Krainz, l. c.

⁹⁾ Schwartz. l. c.

ній мірі вже сам §. 45, котрий є *sedes materiae*, дає безпосередно відповідь на питанє.

В виду сего треба тут зробити ріжницю: чи одна з заручених сторін зовсім добровільно, без жаданя другої, дає задаток — або чи противно приймаючий зажадав прямо від другої сторони задатку. В другім случаю примінюєсь постанова §. 45. i. f., що заручини без огляду на уселія, під якими вони увійшли в жите, не основують жадного правового обовязку до чинитьби сего, що на случай відступлення условлено, бо тоді є задаток буквально на случай відступлення „условлений“, він заступає до певної степені місце відступного (пор. §. 910. к. з.) і одмічає ся від відступного лише тим, що задаток дає ся вже підчас треваня заручин, а не аж по відступленю від заручин. Коли отже одна сторона дала задаток лише на особливше жаданє другої сторони, то задаток має подібну правну вдачу як відступне і тому примінюють ся тоті самі правила, як при жаданю звороту заплаченого вже відступного. В нашім случаю відбуває ся безпосередне впливанє на волю даючого, проте після аналогічних постанов при відступнім, може даючий домагати ся звороту задатку.

Иньшу юридичну вдачу має задаток тоді, коли даючий складає его зовсім добровільно з власної ініціятиви; має він в тім случаю цілковито характер подарунку заручинового¹⁰⁾. Тут примінюєсь проте §. 1247 к. з., супротив чого може даючий жадати звороту задатку, коли не провинив розвязаня заручин.

Коли отже порівнаємо оба случаї задатку, як недобровільного так добровільного, то прийдемо до вислїду, що принципіально має даючий задаток право жадати звороту, а виїмково тратить він отсе право, коли дав задаток зовсім добровільно і відтак зі своєї вини спонукав розвязанє заручин¹¹⁾.

Повисші правила що-до наслідків відступного, задатку і кари умовної примінують ся також в случаях розвязаня заручин через зриваючу супружу перешкоду¹²⁾. Інакше в слу-

¹⁰⁾ Кождий подарунок вимагає крім добровільности ще безплатности. В повисшім случаю є даток зовсім добровільний, а безплатність полягає в тім, що і задаток не є в силі основати правового обовязку до будучого одруженя. Вправді нема тут *animus donandi*, але се не *donatio* в технічнім значіню, але подарунок заручини (§. 1247), що під правничим зглядом авляєсь яко *datio ob causam*.

¹¹⁾ Наш погляд ріжнить ся від погляду Schwartz-a l. с. тим, що робить ріжницю між добровільним і недобровільним задатком, а від погляду Kraiz-a в двох точках: 1) що задаток правильно мусить бути звернений, і 2) при добровільнім задатку мусить его звернути не той, що дав оправдану причину до відступлення (що могло *in concreto* наступити случайно і без провини), але противно тратить право жадати звороту той, що *culpa* провинив розвязанє заручин.

¹²⁾ Зриваюча перешкода, що повстала доперва підчас заручин, розвизує вправді заручини *ipso iure*, але на зверх проявляє ся яко відступленє, спонукає провиню одну сторони або случайно. Тому не може вона в сій мірі мати иньших наслідків, як відступленє.

чаю первісної неважності заручин. Сли заручини є неважні, то приречене або заплачене відступного, кари умовної або задатку проявляють ся ex post безосновними: приймаючий мусить їх отже на всякий спосіб звернути (*condictio sine causa*).

Одностороннє відступленє від заручин має також позитивні наслідки. Найсуцнійшим наслідком відступленя є евентуальний обовязок полагоди шкоди. §. 46. к. з. становить під заголовком: *Rechtliche Wirkung des Rücktrittes vom Eheverlöbniße* ось що:

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

Отся постанова є правним наслідком відступленя, а не самих заручин. Вже при комісіях компіляційних висказано погляд, що обовязок до полагоди шкоди не слідує з самих заручин, бо тоті поки що не основують жадного правного обовязку, „але з правил загальної справедливости, котра наказує, щоби той, що другого обидив або ушкодив, повернув заподіяну шкоду“¹³).

Не кожде відступленє від заручин зобовязує до поверненя шкоди, лише при особливших условинах; та не ціла шкода, яка слідує з несповнення обітницї одруженя, мусить бути звернена, а тільки „дїйсна шкода“, яку понїс пошкодований безпосередно з відступленя¹⁴). Впрочім при помочи історії редакції §. 46¹⁵) доходимо до отсих правил:

1) §. 46. к. з. дає достаточну відповідь на питанє, чи і о скілько одна заручена сторона може домагати ся від другої полагоди шкоди¹⁶). Тому і невїрний є погляд¹⁷), що указує

¹³) Гл. реферат з 11. лютого 1792 в Harras v. Harrasowsky, Die Umarbeitungen des Codex Theresianus, I. (IV), ст. 33 пр. 8.

¹⁴) Наше питанє є вельми оспорене в науці: Zeiller, Comm. I. ст. 171 сл.; Dolliner, l. c. ст. 9—18; Nippel, Erläuterung, I. ст. 237 сл.; Winiwarter, Bürg. R., I. ст. 174 сл.; Prockner, Ueber das Recht des Schadenersatzes wegen eines Rücktrittes von einem Eheverlöbniße, в Jurist X. ст. 387 сл.; Pachmann, Bemerkungen zur Lehre vom Schadenersatze wegen aufgelöster Eheverlöbniße, в Haimerl-a, Oest. Vierteljahresschrift, III. ст. 64 сл.; Ellinger, Handbuch ст. 42; Kirchstetter, Comm. ст. 75; Pfaff, Materialien in Grünhuta Zeitschr. für Privat- u, öff. R. II ст. 308; Anders, Familienrecht, ст. 88 сл.; Krainz, System II. §. 424 пр. 1; Stubenrauch, Comm. I. ст. 134 сл.

¹⁵) Ofner, Protocolle, I. ст. 69 — 71; Pfaff, l. c. i в Grünhuta Zeitschr. VIII. ст. 640 пр. 560; Schwartz l. c.

¹⁶) Поп. Pfaff в Grünhuta Zeitschr. II. ст. 308; Kirchstetter, Comm. ст. 75 пр. 2.

¹⁷) Сей погляд стрічаємо у сих письменників: Pachmann, l. c. ст. 77; Winiwarter, l. c.; Ellinger l. c.

на загальні постанови про повернене шкоди, позаяк понизші замітки докажуть, що постанова §. 46. не зовсім схожа з загальними правилами полагоди шкоди.

2) Проте виклад §. 46. не зависить від того, чи обов'язок полагоди шкоди будемо з пануючою доктриною по мисли §. 1295 к. з. прив'язувати до естования провини¹⁸⁾, або радше з Pfaff-ом і єго прихильниками приймемо поруч провини також другі рівнорядні причини обов'язку полагоди шкоди¹⁹⁾, — бо §. 46. містить осібну постанову, що яко виїмкова постанова мусить розуміти ся строго по гадці законодавця. Право звороту прислугує виключно тій стороні, „від котрої не вийшла ніяка причина, що оправдує відступлене“. З сего слідує.²⁰⁾

а) Коли одна заручена сторона довільно і без причини ломить заручини, то є обов'язана другій стороні звернути шкоду.

б) Як відступлене від заручин наступило через провину одної з заручених сторін, то сторона невинна може домагати ся від винної полагоди шкоди, без ріжниці, чи дійсно відступає сторона винна чи невинна, бо тут розходить ся лише о провину, о неоправдане та провинене зломане заручин²¹⁾.

в) Коли причина, що оправдує відступлене, вийшла від одної зі сторін без єї провини, лиш случайно, пр. через тяжку недугу і др., — то друга сторона, від котрої не вийшла жадна причина до відступлення, має все-таки право домагати ся від першої полагоди шкоди²²⁾. Тут рішає лише обставина, хто спонукав відступлене причиною, що у него случайно постала, а не, хто перший відступив від заручин.

г) Коли обі сторони своєю провинною спонукують відступлене²³⁾, то жадна з них не може покликуватись на се, що

¹⁸⁾ Пор. Krasnopolski в Krit. Vierteljahresschrift XXVII. ст. 484 сл.; Unger в Grünhuta Zeitschr. VIII. ст. 232 пр. 6, ст. 238 сл.; Randa в Jur. Bl. 1881. ч. 5 — і Eigenthum I. ст. 125 сл.; Schiffner, Lehrbuch I ст. 106, 111; Hasenöhr, Obligationenrecht II. §. 70. пр. 34. — Гл. також Unger, Handeln auf eigene Gefahr, ст. 97 сл., 104 сл.

¹⁹⁾ Пор. Pfaff, Gutachten ст. 7 сл., 54 сл., і в Grünhuta Zeitsch. VIII. ст. 707 сл.; Strohal, Gutachten, ст. 10 сл.; Burckhard, System, II. ст. 254 сл.; Steinbach, Rechtsgrundsätze betreffend den Ersatz von Vermögensschäden ст. 19 сл.; Дністрянський, Das Wesen des Werklieferungsvertrages ст. 60.

²⁰⁾ Пор. Dolliner, l. c. ст. 11 сл.

²¹⁾ Доси годять ся всі австрійські письменники; — інакше, що-до слідуєчих точок.

²²⁾ Вже редактори нашої к. з. запримітили при першій читаню, що заручениї, котрий не дав причини до розв'язаня, але через те поносить шкоду, має повне право жадати звороту від другої сторони без огляду, чи у неї постала причина без провини, чи случайно. Пор. Ofner, Prot. I. ст. 71.

²³⁾ Невірно покликуюсь Dolliner, l. c. на аналогію з §. 1304 к. з., бо постанова §. 46 інакше рішає.

від неї не вийшла причина, що оправдує відступлене. Тому упадає тут обосторонно жадане полагоди шкоди. Подібно також

л) коли з обох сторін будь-то случайно, будь-то через провину вийшли причини, оправдуючі відступлене²⁴⁾. В обох остатніх случаях не має се жадної ваги, хто з суджених вивість перший заручини.

3) Які причини оправдують відступлене, закон не говорить, та отсим лишає порішене свобідному розсудженю судії²⁵⁾. Взагалі заходить *iusta causa* відступлення тоді, „коли зваживши всі обставини справедливо можна припускати, що між судженими заключене подруже буде нещасливе²⁶⁾“. In concreto буде судия глядіти на постанови закона, що подають справедливі причини відказаня дозволу на подруже (§. 53 к. з.), впрочім на причини розділу та розводу (§§. 109, 115), а в сумнівних случаях вихіснує в тім напрямі практику права канонічного²⁷⁾. Тому становить віроломство при заручинах *iustam causam* відступлення²⁸⁾; крім сего належить тут між иньшими неоправдане недоповнене доданих до заручин умовій²⁹⁾, за довге відкладане весіля³⁰⁾, марноване віна³¹⁾, проби зведеня другої сторони на бездорожжя³²⁾, і т. и. Врешті повинен судия оглядати ся на загальну опінію, звичай та традицію. Тому зовсім справедливо рішила австрійська юдікатура, що годі добачувати *iustam causam* до відступлення жениха в тім, скоро суджена мала вставлені зуби і сю обставину ему промовчала: аджеж поїдане правдивих зубів годі вважати за *condicio sine qua* поп щасливого супружого жия³³⁾!

Серед певних обставин може навіть несущна похибка бути причиною, що оправдує відступлене. Іменно коли одна з заручених сторін викликала похибку, яка була для другої сторони хибним поводом до заключеня заручин, то з того виходить, що отсим перша сторона дала причину до відступлення другої, та мусить по приспису §. 46. полагодити шкоду. Інакше, як трета особа спонукала похибку, а друга заручена сторона при тім не брала ніякої участи (пор. §. 875 к. з.); подібно, коли

²⁴⁾ Ріжниці, які тут робить Dolliner l. c., не є оправдані. Пор. попередну примітку.

²⁵⁾ Се є *communis opinio* всіх австрійських письменників. Пор. теж Ofner, Prot. I. ст. 70.

²⁶⁾ Пор. §. 10 припорученя для духовних судів.

²⁷⁾ Гл. Binder-Scheicher, l. c. ст. 254.

²⁸⁾ А іменно в обох видах: 1) яко сексуальна звязь з третьою особою, або зносили так близькі, що виставляють судженого на обмову, — і 2) яко заключеня нових заручин з третьою особою.

²⁹⁾ с. 22 X. (IV. 1.).

³⁰⁾ Instruct. Eustettensis, pag. 265.

³¹⁾ Пор. Schulte, Eherecht ст. 224.

³²⁾ Пор. §. 6. припорученя для духовних судів.

³³⁾ Збірник XXI. 9424. — Пор. збірник X. 4700.

блудячий виключно сам провинив свою похибку (пор. §. 876 к. з.), — бо тоді від другої зарученої сторони, що не дала почину до похибки, не вийшла жадна причина, оправдуюча відступлене, тому мусить блудячий поносити всі наслідки своєї похибки і є обов'язаний до полагоди шкоди по мисли §. 46.

Коли від одного з заручених раз вже вийшла причина, що оправдує відступлене, то може друга сторона завсїгда на ню покликатись, без огляду на те, що про *iusta causa* відступлення довідала ся вже підчас треваня заручин і ще через якийсь час лишилась в зносинах з другою стороною. Припис §. 96. к. з. не може тут аналогічно приміняти ся³⁴), бо в сїй мірі кладеться всеж-таки головну вагу на доспілу розвагу суджених. Коли отже одна з заручених сторін в першій хвилі не зважає на *iusta causa* відступлення і поки-що з певних особливих зглядів не робить ужитку з права відступлення, то годі єї сего права відказувати на будуче, але противно може вона завсїгда покликуватись на давнїшу *iusta causa* відступлення і покористуватись постановою §. 46.³⁵). Також несправедливий є закид одного з суджених, що другий відступив дійсно з иньших причин, як з тих, на які покликує ся. Відступивший може часто з огляду на особу другого судженого при евентуальнім процесї про поверненє шкоди по мисли §. 46. замовчати причину, що єго спонукала до відступлення, та навести иньшу причину, яка також вийшла від другого судженого і являє ся про себе яко *iusta causa* відступлення. Тоді вистарчає покликана *causa* відступлення і є достаточною до жаданя звороту дійсної шкоди з відступлення³⁶).

Врештї відступлене є оправдане не лиш тоді, коли причина повсталала доперва по заручинах, але і в тих случаях, де *iusta causa* єстувала вже перед заключенєм, однак відступивший довідав ся о нїй доперва *durantibus sponsalibus*³⁷).

³⁴) §. 96. говорить о правї оспореня подружа ізза приватної перешкоди і відказує сего права подругові, що а *tempore scientiae* продовжував сексуальну звязь з другим подругом: Pfaff в *Grünhuta Zeitschr.* II. ст. 301; Krainz, *System II.* §. 430. пр. 3 а — невїрно Rittner I. с. ст. 272 і пр. 1. — Але повисша постанова не даєть ся до заручин навіть тоді аналогічно приміняти, коли суджені зістають з собою в сексуальній звязи, бо при заручинах не ходить о оспорене неважного єднаия правного, але о справедливу причину до відступлення, що через сексуальну звязь між судженими не може про себе стати безосновною, ані не може відпасти на основі §. 863 і ф.

³⁵) Невїрно збірник XXX. 14182.

³⁶) Тому несправедливо рішив суд першої інстанції в збірнику XXX. 14182, що нема *iusta causa* до відступлення, коли суджена в письмі до провинившого жениха заявила, мов-то єї дійсно иньша причина спонукує до відступлення, чим тога, на котру вона в процесї покликує ся, — бо всеж-таки ясна річ, що від жениха вийшла *de facto* причина, що оправдує відступлене, і лиш про се згадує §. 46. к. з.

³⁷) Бо протоколи зазначають, що при полагодї шкоди по гадї §. 46. ходить лиш о „*causa materialis*“ відступлення — а ясна річ, що така *causa*

Коли пр. жених довідає ся, що вго суджена перед заручинами була публичною дівчиною, то годї ему відказати права відступлення, але воно прислугує ему *ex iusta causa* зовсім по гадці закону.

4) Найбільше оспореним є в науці питанє, по якій мірі має бути повернена шкода по гадці §. 46.³⁸⁾ Декотрі письменники³⁹⁾, а подекуди і судова практика⁴⁰⁾ покликають ся на постанови розділу про полагоду шкоди, але — як ми вже бачили — зовсім невірнo. Інакше володіюча теорія, що опирає ся на законнім вислові „дійсна шкода“ (*wirklicher Schaden*), та добачує в тім т. зв. *damnum emergens* в противности до т. зв. *lucrum cessans* (пор. §§. 1293, 1323 к. з.⁴¹⁾. Против сего запримічає *Krainz*⁴²⁾, що слово „дійсний“ (*wirklich*) уживає ся в законі чимало без всякої гадки, пр. в §§. 545, 943, 1045, к. з.⁴³⁾, — та учить, що шкода, яка має бути полагоджена по гадці §. 46, не обмежує ся виключно на шкоду позитивну, але обіймає теж т. зв. негативний інтерес договору, (*das negative Vertragsinteresse*⁴⁴⁾. Поперед усього признати треба, що вислов „дійсна шкода“ не все означає *damnum emergens*, але чимало виходить поза обсяг сего понятя. Се слїдує з дотичної заяви *Zeiller*-а при першім читанку нашого закону, та впрочім з замітів иньших редакторів, що головну вагу прикладали до сего, щоби шкода слїдувала безпосередно з відступлення⁴⁵⁾. Однак она залишила ближші постанови що-до ви-

materialis ествує без огляду на те, коли вона повстала: *Ofner*, Prot. I. ст. 71; *Anders*, Familienrecht, ст. 89. — Противно вимагає *Pachmann*, Kirchenrecht, ст. 438 і збірник VI. 3074, X. 4700, щоби причина до відступлення повстала по заключеному заручин. *Verba legis*: „entstanden ist“, на котрі покликає ся противна теорія, не є в силі оправдати тези, а з протоколів (*Ofner* l. c.) видго, що повиспї слова мали иньше значіне. — Невірнo учить врешті *Stubenrauch*, Comm., I' ст. 135, що коли причина до відступлення ествувала вже перед заручинами, примінують ся загальні постанови закону про поверненє шкоди (§§. 1295, 1311, 1324) — бо для такої ріжницї не стрічаємо в §. 46. жадної точки опори.

³⁸⁾ Пор. висше пр. 14.

³⁹⁾ Пор. висше пр. 17.

⁴⁰⁾ Збірник X. 4700.

⁴¹⁾ Пор. *Zeiller*, Comm. I. ст. 175; *Dolliner*, l. c. ст. 10, 11; *Nippel*, Erläuterung I. ст. 237; *Prockner*, l. c. ст. 394; *Stubenrauch*, Comm. I² ст. 114; *Kirchstetter*, Comm. ст. 75 пр. 3; *Schwartz*, l. c.; *Anders*, l. c. ст. 88 сл. — Збірник VI. 3074.

⁴²⁾ System II. §. 430.

⁴³⁾ Аргументація *Krainz*-а l. c. є тут неясна — бо годї найти звязь між наведеними §§, котрі не говорять о дійсній шкоді, з тезою *Krainz*-а. „*Wirklicher Erbanfall*“ (§. 545) і „*wirkliche Uebergabe*“ (§§. 943, 1045) не мають очевидно нічого спільного з понятєм „дійсної“ шкоди з §. 46. к. з. А що слово „*wirklich*“ не є в §. 46. без всякого значіня, доказують протоколи: *Ofner* l. c. ст. 69 сл. — Пор. *Schwartz*, l. c. ст. 395 пр. 11.

⁴⁴⁾ Повисший *terminus technicus* походить від *Ihering*-а *Jahrb. für Dogmatik* IV. ст. 16. сл. — Пор. *Savigny*, System III. §. 138. d; *Mommsen*, Beiträge zum Obl. R. I. ст. 107.

⁴⁵⁾ Пор. *Ofner* l. c.

соти нагороди за шкоду, та відкликали ся до свобідного розсудження судії, котрого задачію є, вимірити цілу шкоду, яка слідує серед даних обставин безпосередно з відступлення. Тому інтерпретація має тут вказану дорогу і повинна через точну аналізу провирити повяте „дійсної шкоди“ по гадці закона. Але до сеї мети не заведе нас шематична теорія Країнз-а, що в сїм предметі прикладає гадки Іһерінг-а до австрійського права, бо ся теорія спочиває на римській тезі звороту *eius quod interest* і при новітніх змаганнях не є в силі прояснити всіх нюанс щоденного жита.

Вже при питаню односторонного відступлення від заручин являє ся вона недостаточною, як з теоритичного так з практичного огляду. Теоритично є теорія про зворот т. зв. негативного інтересу договору тому нестійна, бо шкода не повстала тут з похибки, будь-то би договір важно заключено, що опісля оказав ся неважним, але договір лишаєсь як перед тим так по тім важним, і шкода повстає безпосередно з відступлення, себ-то розв'язання первісно важних заручин.

Але і з практичного огляду не відповідає повисша теорія намірови законодавця. Протоколи стверджують, що шкода мусить слідувати безпосередно з відступлення; та на тім спочиває головний притиск⁴⁶). Пр. жених, що заручив ся з богатою судженою, робить сейчас по заключеню заручин видатки, щоби урядити ся одвітно до стану своєї судженої. Відтак суджена відступає без причини від заручин, та бувший жених позиває її о полагоду шкоди на основі §. 46. По гадці Країнз-а має він право жадати також звороту тих видатків, які поробив на власне уряджене, щоби дорівнати станови своєї бувшої судженої. Але повисші видатки зробив жених лише з нагоди заручин, а не заразом з огляду на будуче супруже жите, і тому годї їх при евентуальнім відступленю судженої уважати за шкоду, повставшу безпосередно з відступлення. Бо як-би суджена не відступила, але заключено опісля намірене подруже, то все-ж таки жених бувби мусїв сам поносити повисші видатки, — отже ясна річ, що через відступленє тут нічо не змінило ся, і жених не може дома-

⁴⁶) Тут не мали ваші редактори на увазі поділу шкоди на *id quod interest circa rem*, та *id quod interest extra rem*, а зглядно на *damnum proximum* і *remotum*, що нині в науці не має стійности; впрочім вони не привязували до безпосередної і посередної шкоди сего значіня, яке стрічаємо у новійших письменників, пр. Goeschen, Vorlesungen II. ст. 82; Madai, Mora ст. 386; Keller, Pandekten §. 254, — але мали на увазі значіне популярне, с. є. шкоду, яка звичайно слідує з відступлення. Через се являє ся безпосередна шкода такою, що зістає з відступленєм в конечній причиновій звязи, та що шкоду, яку суджений мусїв би поносити навіть тоді, сли би не наступило розв'язанє заручин через відступленє, не належить вважати шкодою безпосередною: *verb. „den Ersatz des... Schadens, welchen er aus diesem Rücktritte zu leiden beweisen kann“* (§. 46).

гати ся звороту тих видатків, що не сліднують безпосередно з відступлення⁴⁷⁾. Взагалі видатки, понесені виключно в цілі піддержання заручин, що не мають свого призначеня для будучого одруження, не підлягають постанові §. 46, бо „дійсна шкода“ по гадці закона є лиш така, що слідує безпосередно з відступлення.

Інакше діє ся при первісній неважності заручин; — тут теорія Krainz-а є зовсім оправдана. Коли отже заручини були з самого почину неважні, та одна з заручених сторін, що є в блуді що-до важности заручин, робить видатки і отсим через уневаженне заручин поносить шкоду, то може вона від другої провинившої сторони домагати ся звороту т. зв. негативного інтересу договору. З того виходить, що в таких случаях провинивший мусить звернути другій стороні також всі видатки, понесені лиш з нагоди заручин, а не з огляду на будуче супруже пожитє, — бо ясна річ, що як би невинний суджений знав про неважність заручин, то був би залишив всякі видатки, як з нагоди заручин, так і зза будучої супружої звязи⁴⁸⁾.

В обох повисших случаях, то є при первісній неважності заручин, і при одностороннім відступленю від важних заручин, не може бути бесіди о т. зв. позитивнім інтересі довершена (das positive Erfüllunginteresse⁴⁹⁾. Сторона, управненя до жаданя полагоди шкоди, не може ніколи жадати винагороди того, щоби она скористала з дійсного заключеня подружа т. є. з довершена супружої обітницї⁵⁰⁾. Наслідком такого права був би очевидно посередний примус до вінчання, що є заборонений постановою §.45.

В виду сего належить погляд пануючої теорії, котра з постанови §. 46. виключає *lucrum cessans*, так розуміти, що по відступленю не мож жадати звороту т. зв. позитивного інтересу довершена. Утрату зиску (*Gewinnstentgang*) не можна уважати за тотожну з утратою зарібку (*Verdienstentgang*); бо провізор аптики, що в случаю Zeiller-а покидає своє зання на жаданє своєї богатої судженої, є все-таки управнений жадати по єї неоправданім відступленю полагоди шкоди, тим чином заповідяної⁵¹⁾. Утрата зиску має значіне *de futuro* і зза ненаступившого подружа, а натомісць утрата зарібку має значіне *de praesenti* яко безпосередний наслідок неоправданого відступлення.

⁴⁷⁾ Гл. попередну примітку.

⁴⁸⁾ Похибка є взагалі клясичним случаєм звороту т. з. негативного інтересу договору.

⁴⁹⁾ Про суть сего рода *eius, quod interest* гл. Windscheid, Pandekten II. §. 307.

⁵⁰⁾ В тій точці нема жадного сумніву між австрійськими письменниками; гл. висше пр. 41, і збірник VI. 3074.

⁵¹⁾ Ofner, Prot. I. ст. 69.

Вкінці лишає ся нам приступити до предметової аналізи шкоди, яка слідує безпосередно з відступлення. Тут належать в першій ряді видатки і паклади задля вінчання та будучого супружого життя. Дальше повинні вирівнати ся зобовязання, заключені в ожидаю будучого одруження. Врешті обіймає обовязок полагати шкоди всі вніші міри, що тикають ся маєтку або зарібку управненої сторони, н. пр. коли вона покинула своє дотеперішнє занятє або зване, то обовязок полагати шкоди розтягає ся також на шкоду, тим чином заповідяну⁵²⁾. Доси ся гає обовязок з §. 46, — поверх сего не може шкода ніяким робом впливати безпосередно з відступлення. Управнений може домагати ся звороту видатків і др. в такій висоті, до якої доходить in concreto єго матеріяльна шкода з причини відступлення, о скілько отже повисші видатки і др. стали для него через відступленє безвартними⁵³⁾.

5) Сторона, управнена до жаданя звороту шкоди, мусить доказати, яку шкоду понесла безпосередно з відступлення⁵⁴⁾. Однак ясна річ, що такий доказ не може повести ся, коли вона знала про причину, оправдуючу відступленє, та мимо сего перед відступленєм поробила непотрібні видатки на вінчанє або з огляду на будучє подружє. В отсім случаю годі сказати, що шкода слідує безпосередно з відступлення, але радше тоту шкоду провинив той, що знав про причину до відступлення, а про те робив видатки. Коли заручини були з почину неважні, то невинна сторона може від винної домагати ся звороту шкоди аж до тої хвилі, поки довідає ся про неважність. Всякі видатки, зроблені по пізнаню неважности, в мнимім ожидаю будучого подружя, є безосновні і тому поносять їх остаточно той, хто їх починив.

Так само дїє ся, коли заручини, правосильно заключені, мусїли розійти ся наслідком супружой перешкоди. Від хвилі, коли сторона управнена до полагати шкоди по гадці §. 46. довідалась про супружю перешкоду, не може вже жадати звороту пізнійших видатків на цілі вінчання або будучого супружого життя.

Тягар доказу є ріжний, в міру сего, чи заручини були з почину неважні, чи розвязані опісля через одностороннє відступленє⁵⁵⁾. При заручинах з почину неважних, мусить по-

⁵²⁾ Пор. §. 1298. німецкої к. з. і Motive, IV. ст. 4.

⁵³⁾ Пор. збірник X. 4700.

⁵⁴⁾ Verb. „...welchen er aus diesem Rücktritte zu leiden beweisen kann“ (§. 46).

⁵⁵⁾ Наша теорія і практика не робила доси повисшої ріжницї, але рішала односторонно в міру сего, чи вважала відступленє за приватний делікт і тому не вимагала взагалі доказу важности заручин: Rittner, l. c. ст. 360, 361; Krainz, System II. §. 430, — чи без огляду на те жадала завсїгди доказу важности заручин: Singer, l. c.; Schwartz, l. c. ст. 394

шкодованій доказати не лиш висоту шкоду, але також неважність заручин, спонукану провиною другої сторони; сей доказ може однак друга сторона обезсилити тим, що докаже свідомість першої сторони о неважності. Інакше в случаю одностороннього відступлення: тут пресумує ся важність заручин, а пошкодованій мусить крім висоти шкоди лише доказати, що від него не вийшла причина, оправдуюча відступлене.

Жадане полагоди шкоди з §. 46, не переходить на наслідників, бо закон застерігає его лише для пошкодованої сторони (verb.: „bleibt vorbehalten“), та не зносить чужого впливу на чисто-личну, родинно-правну сферу заручених. Розпочатий вже процес може вправді наслідник, дальше провадити, але не може процесу зачинати з власної ініціативи.

Приходимо до иньших родів погаснення заручин. Одружене є рівночасно сповненем договору заручинового; *solutio* спонукує погаснене попереднього відношення правового, яке тепер переходить в инше відношене, іменно подруже.

Також смерть одного або обох заручених мусить розв'язувати заручини. В відношеню до задатку, відступного та кари умовної примінують ся взагалі тоті самі правила, що при одностороннім відступленю; отже умовлене відступного або кари умовної остає без жадного наслідку, а звороту вже заплаченого задатку можуть домагати ся⁵⁶) наслідники. Розв'язане заручин через смерть не основує ніколи обовязку полагоди шкоди з §. 46. Заручини є по своїй суті відношенем родинно-правним, що поза сферу безпосередних учасників не сягає; з зарученими оно стоїть, тай з ними упадає. Як при подружжю, так при заручинах є смерть природною границею для їх ест-вованя; тому поносить жиюча сторона заручена різко цілого накладу, зробленого з огляду на будуче подруже.

Згідне, обосторонне відступлене наступає *contrario consensu* обох заручених. Як свобідна умова рішає тут про розв'язане заручин, так мусить свобідна воля обох сторін рішати про спосіб, яким они *in concreto* наміряють перевести того розв'язане. Проте всякі наслідки маєткової вдачі, пр. віддане задатку, полагода заподіяної шкоди і др. залежать в першім ряді від угоди сторін. Але коли заручені що до тих точок або не заявили своєї гадки, або не вєспіли погодити ся, то примінують ся отєї правила: *contrarius consensus* ділає *ex*

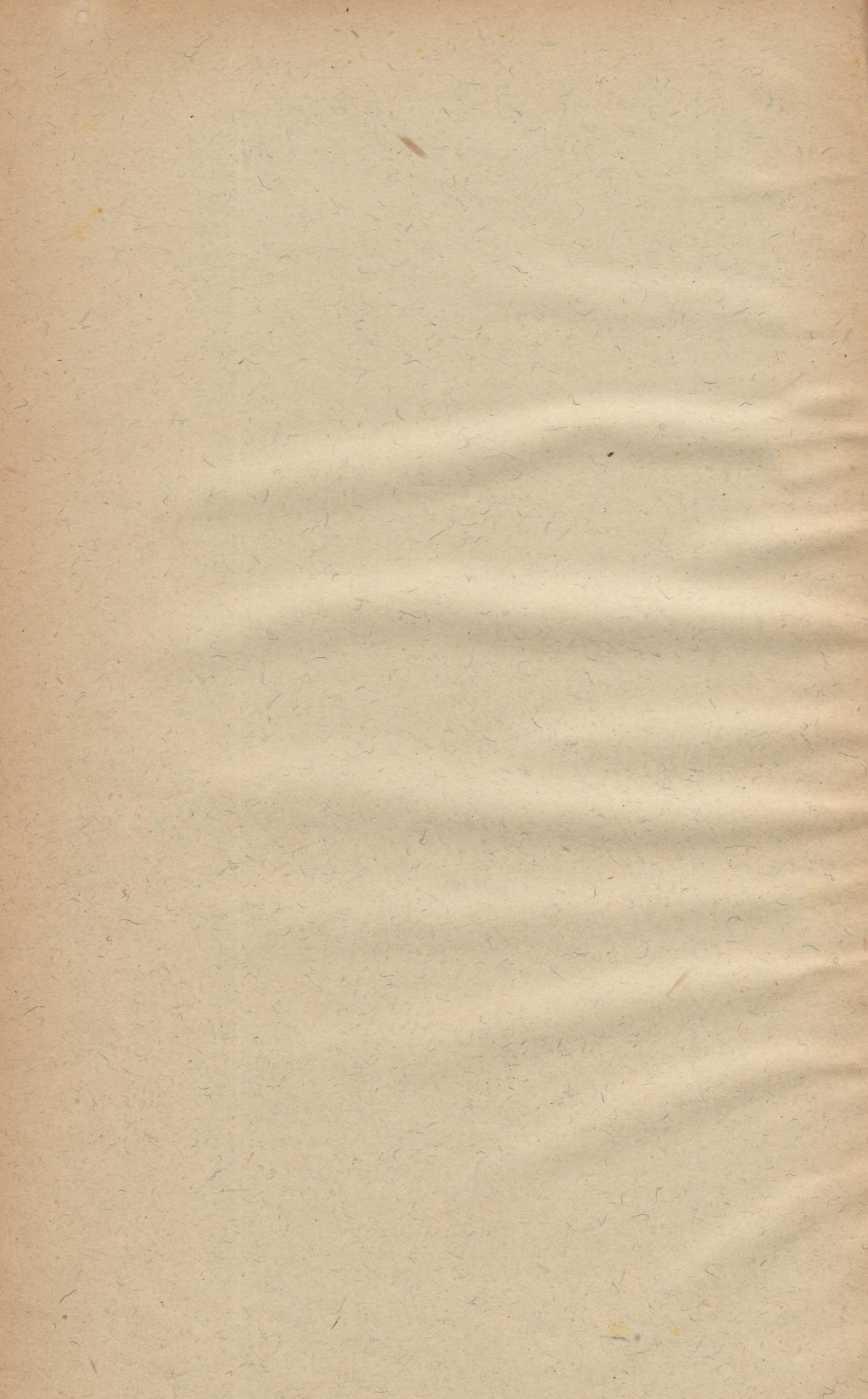
пр. 1. (Пор. нім. Motive IV. ст. 5). Але з наших заміток в текеті слідує, що полагода шкоди наступає по иньшим правилам при первісній неважності, як при відступленю від важно заключених заручин. Хто на неважності основує свої дальші жаданя, мусить єї доказати; але хто покликуює ся лише на відступлене від заручин, не потребує важности заручин доказувати, а противник певно не буде покликуватись на неважність, бо з неважности слідує звичайно тяжші висновки полагоди шкоди.

⁵⁶) Тут наступило розв'язане заручин без провини даючого.

nunc⁵⁷). Через те відпадає обов'язок до заплати відступного і карі умовної, тим більше, що таке зобов'язане правно взагалі не єствує (§. 45. i. f.), окрім того годі домагатись звороту добровільно заплаченого відступного або карі умовної. Задаток, заплачений підчас треваня заручин, не звертає ся. Впрочім відпадає жадане полагоди шкоди з §. 46. к. з.

⁵⁷) Договори облігаційні погасають перед сповненням *contrario consensu*, але тоді ділає *contrarius consensus ex tunc* (*arg. a contr.* §. 920). Інакше при заручинах і иньших договорах родинно-правних, як при розділі або розводі за згодою обох подругів (§§. 103, 115 i f.) Тут не можуть суджені, згл. по други попередне дійсне відношене правне вважати яко *nullum*, — отже їх згода може ділати природно доперва від хвилі, коли за обосторонним порозумінєм зірвали заручини, згл. згодили ся на знесенє супружої спільности. Тому *contrarius consensus* ділає *ex nunc*.





27.012

БІБЛІОТЕКА
НАУКОВОГО ТОВ. ІМ. ШЕВЧЕНКА.
Ч. ~~3042~~