



12

2

12

ПРАВНИЧА БІБЛІОТЕКА.

ПІД РЕДАКЦІЄЮ

Др. СТАНІСЛАВА ДНІСТРЯНСЬКОГО.

ТОМ II.

Др. Станіслав Дністрянський.

АВСТРИЙСЬКЕ ПРАВО ОБЛІГАЦІЙНЕ.

ВИПУСК I.

У ЛЬВОВІ, 1901.

Накладом Наукового Товариства імени Шевченка.

З ДРУКАРНІ НАУКОВОГО ТОВАРИСТВА ІМЕНИ ШЕВЧЕНКА
під зарядом К. Беднарського.

9p.

06 12

ПРАВНИЧА БІБЛІОТЕКА.

ПІД РЕДАКЦІЄЮ
Др. СТАНІСЛАВА ДНІСТРЯНСЬКОГО.
ТОМ II.

Др. Станіслав Дністрянський.

АВСТРИЙСЬКЕ ПРАВО ОБЛІГАЦІЙНЕ.

ВИПУСК I.



У ЛЬВОВІ, 1901.

Накладом Наукового Товариства імени Шевченка.

з друкарні наукового товариства імени Шевченка
під зарядом К. Беднарського.

347.4 (436)

ЛВІВСЬКА БІБЛІОТЕКА
АН УРСР
№ И-29653,

Своім ученикам

присвячує

Автор.



Вступні замітки.

§ 1.

Правний характер зобов'язань в римській праві і в новітніх законодавствах.*)

Головну основу нинішнього права облїгаційного становлять постанови римського права. Величезний розвій економічного обороту в старинній римській державі дав римським юристам нагоду до точного вирозуміння всіх вимог всесвітнього ринку і до подрїбного, а дуже удатного унормованя облїгаційних відносин. Тому як раз право облїгаційне пережило судьбу занепаду римської держави і підчас т. зв. рецепції римського права всюда побїдило, а в найновїшій ері позитивного законодавства задержало рішучий вплив на унормоване правного ладу.

Але про те годї позабути, що від юстинїаньської кодифїкації віки минули, та житевї обставини основно змінились. Так і римський систем облїгаційного права мусїв підпасти важким змінам — і хоч нераз здає ся, що поодинокі постанови не змінили ся, то всеж таки змінили ся отї рами, в яких они містять ся, змінив ся чимало правний субстрат або навіть і суть неодного правного інституту.

І. Як звісно, римське право берегло перед всім інтересів одиниці і виплекало тому сильний індивідуалїзм. Неначе одна нитка крізь увесь систем римського права тягне ся індивідуалїстичний напрям, що ставить одиницю як *spiritus movens* пра-

*) Поп. Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts II⁴ § 1 (ст. 1 і д), і мов. Das Wesen des Werklieferungsvertrages (1898) ст. 1 і д.

вного життя. Право має служити питомим інтересам одиниці; — всею для неї і всею через нею —; добро загалу лежить майже виключно в добрі одиниць, та про се добро не дбає загал, тільки одиниця сама средствами приватного права. Держава виступає там, де домагаєсь сего інтересу одиниці і де одиниця сама в своїх правах покривджена, — але поза тим безпосередний вплив держави є тільки мінімальний, виїмковий. Значить, римський устрій стоїть на приватно-економічнім принципі (*privatwirtschaftliches Princip*).

Інакше сучасність. Нині побіч одиниці стоять могуті суспільні звязки, що заступають та доповнюють чимало сферу одиниці, і то з тим успіхом, що уменшуючи круг її діляня переливають на нею готові вислїди дорогою загального добра. Велике число таких ділянь і управень, що спочивали первісно в руках одиниці до вільної розпорядимости, перейшло відтак на суспільність, та про те побіч приватно-економічного чинника виринув чинник суспільний, що дав основу до т. зв. суспільно-економічного принципу (*gemeinwirtschaftliches Princip*).

Рівнобіжно й одиниця мусїла переняти більші суспільні обовязки для піддержаня суспільного життя, і так не диво, що систем облігаційного права мусїв в тім напрямі основно змінити ся. Найрізше виступає отся зміна в розширеню понятя одвічальности (*obligatorische Haftung*), яке тепер приноровити ся мусить до здвиженого обороту суспільного і до становиска одиниці в суспільности. Тому обік провини бачимо уже нові причини одвічальности, та они не стоять на суб'єктивній, але на об'єктивній підставі.

П. При зобовязанях ділає одна особа для заспокоєня якоїсь житєвої потреби другої особи; цілю зобовязаня є заспокоєня потреби вірителя, а средством до неї є діляне, с. т. чинитьба довжника. Проте кожде зобовязанє має сторону зверхну і внутрішну: зверхна проявляє ся тим, що довжник є обовязаний до чинитьби (*Leistung, Handlung*), а внутрішня вказує на ціль зобовязаня, с. є. на змаганє до якогось вислїду (*Erfolg*). Обі тоті сторони виступають уже в понятю зобовязаня, але не все з рівною силою, та істория права доказує, що у ріжних народів і в ріжних часах головна вага спочивала раз на зверхнім, раз на внутрішнім чиннику. На

тім-то полягає головна різниця між римським а новітнім системою облiгаційного права.

Римляне виходили із зверхної сторони зобовязання і вважали обовязок певного довжника до даної чинитьби суцною частиною понятя, так що головна вага спочивала на індивідуальности і тотожности особистого відношеня між певним вірителем і певним довжником. Ходило перед всім о те, аби довжник А сповнив свій облiгаційний обовязок супротив вірителя Б, та ціле правне відношене замикало ся тільки між А і Б, на котрих обмежувало ся *vinculum iuris*. Тому зміна осіб даного зобовязання є в римськiм праві причиною його погасненя.

Інакше в новітних законодатствах. Тут на перший вид виступає внутрішня сторона правного відношеня, т. є. право вірителя до якоїсь економічної користи. Не ходить о те, хто є обовязаний до чинитьби, але о саму чинитьбу, її зміст, взагалі о тоту користь, яка до неї привязана. Як віритель Б уже заспоковний, то байдуже, чи довжник А, чи трета особа Н чинитьбу сповнила. Особнста одвічальність певного довжника не є *condicio sine qua non* нивішнього облiгаційного систему. Тому принято загально теорію, що старе зобовязане не погасає — лиш модифікує ся — як у місце старого довжника вступає другий. З другого боку при т. зв. паперах на держителя або на приказ (*Inhaber- und Ordreapiere*) вірителі змінюють ся постійно, а зобовязане лишаєсь без зміни, ненарушене.

III. Трета основна різниця новітнього законодатства супротив римського систему лежить в становиску праці у суспільности. Праця стала нині головним мотором суспільного житя і найсильнішою підоймою правного обороту. Она стоїть на системі вільної умови, а обовязок платні є її конечним та природним наслідком; проте нема сьогодні різниці між роботою вільною і невільною, приватне право не знає взагалі ступенів між поодинокими родами праці, а різниця між *operae liberales* і *illiberales*, *locari solitae* et *non solitae* являєсь тепер правним анахронізмом. В стариннім Римі не признавано праці такого значіня, як нині. Праця вільного горожанина була дуже підрядним, здебільшого навіть пониженим чинником в житю римської держави. Проте й не диво, що в жерелах римських мало вісток про становиску праці в приватнім праві. Они нині уже не вистачають, бо й систем основно змінив ся. Тота зміна мусіла відтак вплинути на перестрій облiгаційного права.

IV. Всі тоті ріжницї находять ся вже в австрійскім праві, тільки — на жаль — не виходять они все непосредно із тексту закона, але лежать чимало *implicite* в його дусі. В к. з. з 1811 р. не стрічаємо багато слідів тої ріжницї, та володїюча теория обертаєсь все в рамках систему римского права. Але нові наукові дослїди відкривають уже в к. з. поступові змаганя — і так, приймає ся помалу погляд, що облїгаційна одвічальність не обмежуєсь виключно на провину, але сам закон знає инші рівновартні причини одвічальности; далі всі умови о працю мають спільний правний характер, підчиняють ся певним загальним нормам, та звязані є спільним чинником, с. є. обовязком платні; а далеко дальше ідуть в новітнім напрямі ріжні законні новелі, що признають праці домінуюче становиско в правнім системі. Врешті й в австрійскім праві внутрішня сторона зобовязаня побідила зверхну і висунулась на першій плян, але про те поступ в тім напрямі не так великий, як в инших новітніх законодавствах. Австрійске право опинилось в тім згляді в половині дороги — тому не стрічаємо тут пр. тези французского *code civil*, що власність набуває ся сейчас через облїгаційну умову без річевої передачі, або т. зв. *ius ad rem* пруского кодексу, котре повстає на підставі облїгаційної умови против третого набувця в злій вірі. Оттак побіч новітніх напрямів лишилось в австрійскім праві облїгаційнім багато із римского систему, а одною з головних тез, що увійшли відтак до австрійского права, є принципіяльна ріжниця між правом облїгаційним а річевим.

§ 2.

Ріжниця між правом облїгаційним а річевим.*)

I. Так облїгаційне як річеве право становлять інтегральну частину маєткового права. Маєткове право підлягає на підчиненю дїбр зверхного сьвіта під економічні і суспільні цілі

*) Гл. *Codex Theresianus* II. 1. n. 1—4, і II. 2. n. 1—9; Martini, II. 1. § 27 і III. 1. § 1; Галицка кн. в. II. § 29; Ofner, *Protokolle* I, стор. 224, II, стор. 368—369. — крім сего пор. Zeiller, *Comentar* II. ст. 33 і д., Nippel, *Erläuterung des allg. bürg. Gesetzbuches* III. ст. 45 і д.; Winiwar-

чоловіка для береження і здвигнення потреб щоденного життя. Отсе підчинене доконує ся безпосередно або посередно; безпосередно, значить: чоловік сам своїм власним діланєм та без чужої інтервенції підчиняє твори природи або інші добра зверхного сьвіта своїй розпорядимости, аби з них самих безпосередно витягнути потрібні користи; а посередно наступає відчинене за помочю ділання других осіб, через те, що для заспокоєня потреб одного ділають другі. На тім стоїть абстрактна різниця між правом річевим і облїгаційним. Річеве право дає управненому можливість безпосередного заряджуваня річю і безпосередного користуваня ся для заспокоєня своїх потреб; облїгаційне право реалїзує материяльну цїль управненого доперва посередно через діланє, себ-то чинитьбу другого.

II. В подробицях є різниця така:

1) Предметом річевого права є дотичне річеве добро, предметом облїгаційного права є чинитьба довжника. Річеве право сповняє безпосередно економічну цїль чоловіка, облїгаційне є лиш средством до осягненя економічної або ідеальної цїли.

2) Тому облїгаційні права належать до иншої категорії майна, ніж річеві права. Суть річевих прав вказує на те, що они призначені на довший час, та тривалість і сталість є їх характерною цїхою. Пр. хтось перед сотками лїт набув ґрунт через присвоєне (occupatio), то власність продовжуєсь на нїм аж до сьогодні, она переходить з рук до рук без перерви і всі акти набутя стоять в нерозлучній звязи; взагалі раз набута власність має тенденцію істнувати все і у всю будучність. Також і реальні сервітутути характеризують ся тривалостію, бо є звязані з річю і независимі від особи властителя. Особові сервітутути мають коротший час істнованя, але всеж таки тривають звичайно через цїле жите управненої особи. Тільки одно право заставу є часово обмежене і в тім згляді стоїть майже

ter, Bürgerliches Recht II² ст. 26 і д.; Unger, System I. ст. 511—553; Kirchstetter, Commentar⁹ ст. 172, 173; Schiffner, Lehrbuch des oest. allg. Civilrechts § 26; Burckhard, System I. ст. 160—162; Krainz, System I. §§ 31—33; Stubenrauch, Comentar I⁷ ст. 409, 410; Hasenöhr, Obligationenrecht I.² ст. 1 і д.; Огоновский, Систем II. ст. 1 і 2; Till, Prawo prywatne I.² ст. 238 і д. — врешті розвідка Schey-а в Grünhuta Zeitschr. VII. ст. 110 і д.; IX. ст. 344 і д.

на рівні з правами облїгаційними — але саме тота обставина причинилась до того, що суть права заставу в науці дуже спірна і що деякі письменники вважають його правом облїгаційним.

З того бачимо, що головна сила й головна мета річевих прав лежить в їх довгїм істнованю, та виконуванє річевих прав не провадить до їх погасеня. Інакше право облїгаційне. Як право економічного обороту стоїть оно на принципі движимости, та сповненє змісту зобовязаня є рівночасно його погасненєм. Цїль зобовязаня лежить в його сповненю, в його розвязаню (*solutio*). Призначенє зобовязаня є хвилеве, не трївале.

§ 3.

Право облїгаційне в правнім системі.*)

I. Право облїгаційне є маєтковим правом *inter vivos*, тому стоїть в безпосередній звязи з річевим правом, а ріжнить ся від права спадчини, яке представляє ся як право маєткове *mortis causa*. З огляду на те в системі припадає місце облїгаційного права в рамах маєткового права по річевім праві, а безпосередно перед правом спадчини.

II. Противставленєм маєткового права є родинне право; проте й облїгаційне право ріжнить ся основно від родинного. Вправді між одним і другим заходять деякі спільні прикмети, бо в обох ходить о особисте відношенє, так що особа, не річ є *spiritus movens* правового відношеня, але про те становиско особи в облїгаційнім праві инше, ніж в родиннім праві. Ріжниця є така:

1) Предметом зобовязаня і його змістом є чинитьба якоїсь особи, та отся особа не є звязана ніякими узлами особистої зависимости, тільки виступає самостійно, свобідно і незалежно. Родинне право обмежує однак свободу одиниць, підчинає їх особисто, значить цілим єством, воли дру-

*) Поп. Zeiller, *Natürliches Privatrecht* § 41; Unger, *System I.* стр. 504 і д.; Burekhard, *System I.* стр. 155 і д.; Krainz, *System I.* §§. 27, 28, Till, *Prawo prywatne I.* стр. 197, 234 і д.

гих, що над ними розтягають родинну власть. Безпосереднім предметом права є тут особа, не її чинитьба, тому не можна з гори означити всіх обов'язків, що підчиняють ся родинній власті. При зобов'язаннях все з гори означено, який зміст обов'язку довжника супротив вірителя, бо чинитьба подає виразно її границі, коли при родинних властях не можна їх змісту ніколи поділити на подинокі конкретні обов'язки, тільки все треба виходити із загального комплексу обов'язків, обнятого поняттям послуху.

2) Зрештою ціль родинного права інакша, ніж облїгаційного. Право облїгаційне змагає до охорони і береження інтересів економічного і суспільного обороту, родинне управильняє природні етичні відносини людського життя. Вправді й в родиннім праві стрічаємо декуда огляд на добра економічного обороту, — так в маєтковім праві подружа, — але всеж таки сї добра призначені тут для піддержання родинного зв'язку і мусять ся до сеї мети приноровити.

III. Отся ріжниця, яку ми тепер пізнали, характеризує теж відношене облїгаційного права до т. зв. особового права (Personenrecht; §§ 16 - 43 к. з.). Безпосереднім предметом особового права є особа, — не чинитьба довжника —; особове право займає ся особистими прикметами і відношеннями (§ 15 к. з.), пр. здатностию до права і до ділання, — та крім сего т. зв. нематерияльним правом, як правом авторским і др. Отсї нематерияльні права стоять на границі між правом особовим і річевим.

§ 4.

Австрійске право облїгаційне.

I. Облїгаційне право є правом економічного обороту; тому де двигаєсь і ширшає економічний оборот, там росте число облїгаційних відношень, і розвиває ся облїгаційне право. Оно розвиває ся найліпше там, де з'уміло увільнити ся з національних узлів, скинуло питомі місцеві прикмети, та стануло на інтернаціональнім ґрунті. У тім лежить головна вартість римского права облїгаційного, котре побідило впливи німецкого права середних віків і супротив національного напрямку

тогож остатного задержало й нині головний вплив на новітні законодавства.

Австрійське право облігаційне спочиває теж головню на римськїм системі. Основні ріжницї супротив римського права пізнали ми уже висше (§ 1); тут треба ще звернути увагу на ріжницї що-до поодинокїх постанов. Тоті ріжницї є мінімальні, і де они не є впливом основної зміни систему, полягають на таких мотивах :

1) Наші кодифікатори змагали до упрощуваня скомплікованих постанов, і так пр. прийняли они загальну тезу одвічальности за *omnis culpa*, та нігде не бачимо, аби хтось по закону відповідав тільки за *culpa lata*.

2) Часто руководились они почутем справедливости (*aequitas*), і через те увійшли до нашого закона деякі погляди т. зв. права натури і права німецького.

3) Вкінці деякі зміни наступили по приміру пруського кодексу, що підчас редакції нашої к. з. був уже в Прусах оповіщений.

II. Що-до систематичного укладу облігаційного права треба примітити ось що: Необмежене число облігаційних відношень вказує на певні спільні черти, що становлять немов загальну характеристику облігаційного права — проте в систематичї прийнято поділ облігаційного права на дві частини, з котрих перша подає постанови загальні.

Але з другого боку не можемо промовчати, що у всіх частинах приватного права находить ся чимало облігаційних елементів, котрі прошибають увесь правний систем;¹⁾ тому виринає питанє, яке становиско заняти супротив того материялу і як його відтак впорядкувати? Чи в системі права облігаційного трактувати лиш про се, що має чисто-облігаційний характер, чи взагалі про все, що містить в собі облігаційні елементи?

Теория повсюдного права прийняла першу альтернативу і за нею висказались трохи-не всі новітні законодавства. Виїмок становить тільки кодексе пруський, що про облігаційне право не трактує в окремім розділі, але принагідно в рамках

¹⁾ Пр. річевий повив *rei vindicatio* кінчить ся часто признанєм поверненя шкоди; дідич мусить легатарам виплатити легати і т. и.

інших розділів (найбільша частина облігаційного права є частиною науки про набуття власності). Того систему не прийняло однак австрійське право.

В австрійськiм правi становить право облігаційне окрему, самостійну частину лєгіслативного систему. Понятє зобовязаня є свобідне від всякої річевої примішки. Облігаційна умова є лише правною підставою (causa) набуття економічних дібр, та до зреалізованя сего набуття треба окремого правного акту, т. є. річевої передачі. З огляду на те й систематика австрійського права вимагає, щоби облігаційну сферу відділити строго від річевої (§. 2), і в трактаті про облігаційне право містити лиш тоті правні норми, що мають виключно-облігаційний характер.

III. Впорядкованє материялу облігаційного права в нашiм законі таке :

Друга частина к. з. трактує про маєткове право п. з. „Sachenrecht.“ Тут крім річевого права *sensu stricto* належить ще право спадщини і право облігаційне. Про облігаційне право є бесіда в другiм розділі другої части; носить він заголовок: „Von den persönlichen Sachenrechten“ у відріженню від „dingliche Sachenrechte.“¹⁾ Тут належать глави XVII—XXX другої части, а крім сего I—III глави третьої части, що після заголовка трактують про спільні постанови особового і маєткового права, а в сути річи містять в собі тільки постанови облігаційного права. На облігаційне право припадає отже черга §§ від 859—1450 к. з.

На чолі облігаційного права бачимо річ про умови взагалі (XVII. глава носить заголовок: „Von den Verträgen überhaupt“). Се мала бути на думку наших редакторів загальна частина облігаційного права — бо они належали до школи т. зв. права натури і тому понятє облігаційного права ідентифікували з наукою про умови. Через те стало ся, що науку про дідичну аренду (Erbpacht), дідичне чиншовє політе (Erbzins) і дідичну чиншову поверхню (Bodenzins, Superficies), хоча они

¹⁾ Поділ на „dingliche“ і „persönliche Sachenrechte,“ взятий із старої доктрини, нині уже загально опрокинений. Натомісь володіюча теорія противставить річевє право облігаційному. В повисших заголовках к. з. „Sachenrecht“ значить „Vermögensrecht“, та слово „Sache“ виступає тут в найширшiм значінню яко зверхнє, річевє добро (пор. § 285 к. з.).

по крайній мірі належать до річевого права, і крім сего ціле маєткове право подружа, що належать до систему родинного права, трактує наш закон в рамках облігаційного права. З другого боку XVII. глава другої часті не подає нам вичерпуючо всіх загальних наук про умови, бо бачимо тут лише основні правила про умови взагалі, так що багато загальних постанов слідує доперва із абстракції приписів про поодинокі типи облігаційних відношень.¹⁾ Далі глава II. і III. третьої часті (під заг.: *Von der Umänderung und Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten*) належать теж до загальних наук облігаційного права. Врешті побіч умов згадує наш закон в остатній главі (XXX) другої часті про полагоду шкоди (п. з. „*Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung*“) — та отся глава займає ся головно загальними науками про недозволені ділання (*delicta*), але про те містить в собі нераз загальні норми про умови (пр. §§ 1295, 1333 1336 і др.).

З того уже бачимо, що наша к. з. не подає строгого поділу на т. зв. часть загальну і спеціальну, але що задачу теорії є перевести сей поділ у своїх наукових дослідях.

Про поодинокі облігаційні відношення (т. зв. часть спеціальна) трактує наш закон *ex professo* в главах XVIII до XXIX, т. є. між наукою про умови взагалі а наукою про полагоду шкоди. Наші кодифікатори хотіли передше вичерпати увесь трактат про умови, та відтак приступити до полагоди шкоди. Закон представляє головні типи облігаційних відношень, без систематичного порядку, та з самих заголовків годі ще переконатись про багатство облігаційних творів, поданих в к. з., бо дотичні глави містять звичайно більше, як їх заголовки вказують. Проте й під тим зглядом мусить теорія найти ключ до систематичного укладу поодиноких облігаційних типів і віднайти в законі постанови для вірного порішення безмежного числа питань, які в тім напрямі виривають.

¹⁾ Пр. науку про нарости (відсотки), стрічаємо в трактаті про позичку (XXI. глава), хоч в праві мають они загальне значіня.

§ 5.

Література права облігаційного.

Коли зважимо, що австрійське право облігаційне в головних основах опирає ся на системі римського права, то мусимо признати, що для науки австрійського права література повсюдного права має важне значіне. Тут заслугує перед всім на увагу монографія: *Bucher-a „Das Recht der Forderungen“*, I. видане з 1815 р., хоч її наукова стійність доволі незначна — але для нас она тому має вартість, бо вийшла як раз невдовзі по оповіщеню к. з. і містить в собі цінний матеріял для розсудження стану науки в тих часах, коли наш закон увійшов в жите. Крім сего важна для нас монографія *Koch-a, Das Recht der Forderungen*, що вийшла з початком 19 віку і займає ся порівнянем пруского права з римским. Обі тоті монографії мають для австрійського правника безпосередне значіне, бо в них стрічаємо багато поглядів, які приняв наш закон з 1811 р. Інші підручники з обягу повсюдного права не мають уже так безпосередного впливу на пояснене австрійського права.

Що-до літератури австрійського права облігаційного, то наукових праць в сій мірі доволі. Перед всім богата є ексекетична література в коментарях *Zeiller-a, Nippl-a, Winiwarter-a, Kirchstetter-a* і *Stubenrauch-a*. З тих найліпший є коментар *Stubenrauch-a*, виданий по його смерті *Schuster-ом* і *Schreiber-ом* (VIII. видане ex 1903, II. том).

Впрочім становить облігаційне право частину цілого систему приватного права. Так у *Krainz-a „System des oesterreichischen Privatrechts“* (II. том сторона 1—375); *Огоновського „Систем австрійського права приватного“* (II. том, стор. 1—255), і *Till-a „Prawo prywatne austrjackie“* (том III. IV.).

Ціле облігаційне право обіймає *Schuster v. Bonnot, „Grundriss des Obligationenrechts“* — однак ся праця не поручує ся як підручник для науки, бо форма її за звязка і тому зміст нераз неясний. Замітити однак треба, що узгля-

дняє найновіші напрями в науці і може дати почин до нових дослідів.¹⁾

Врешті ще дві монографії заслуговують на особливу увагу. Одна займає ся виключно т. зв. загальною частию облігаційного права: Hasenöhr, „Das oesterreichische Obligationenrecht“ (2 томи, П. видане 1892, 1899). Друга має на оці тільки поодинокі типи облігаційних відношень: v. Scheu, „Die Obligationenverhältnisse des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts“ — доси два випуски першого тому про позичку, вигоджене і переховок. Обі праці обємисті і стоять на висоті науки. З них визначуєсь перед всім Scheu новими поглядами і новими напрямими, так що його монографію вже нині можна зачислити до найліпших творів австрійської цивільстики.



¹⁾ Пор. реферат Макуха в „Часописи правничій,“ том X. ст. 20—22.

ПЕРША ЧАСТЬ.

Загальні правила.

І. Розділ.

Правна суть зобов'язання.

А) Понятє.*)

§ 6.

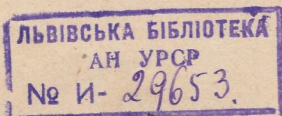
Зобов'язанє — се особисте відношенє правне, що одній особі (віртелеви) дає право, від другої (довжника) жадати чинитьби. (*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*).

І. Суть зобов'язання лежить перед всім в особистім обов'язковім відношеню учасників. З заголовка II. розділу другої

*) Гл. Codex Theresianus III. 1. n. 1—6; Horten III 1. § 1; Martini III. 1. §§ 1, 2; Гал. кн. з. III. §§ 1, 2; Protokolle II. ст. 3—4, 400—401.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 1 і д.; Nippel, Erläuterung VI. ст. 1 і д.; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 1 і д.; Unger, System I. ст. 372, 540 і д.; Kirchstetter, Comm. ст. 437, 438; Stubenrauch, Comm. II⁷ ст. 1, 2; Burckhard, System II. ст. 476 і д.; Krainz, System II. ст. 1, 2; Hasenöhr, Obl. R. I² ст. 1 і д.; Огоновский, Систем II. ст. 1, 2; Till, Prawo pryw. III. ст. 1 і д.; Schuster v. Bonnot, Grundriss des Obl. R. ст. 4, 5.

Врешті Ziebarth, Realexecution und Obligation; Steinbach, Der gemeinrechtliche Obl. Begriff und der moderne Verkehr, в Jur. Blatter 1873 ч. 51, 52; Brinz, Der Begriff Obligatio, в Grünhuta Zeitschr. I. ст. 11 і д.; Sohm, Der Begriff des Forderungsrechts, ibid. IV. ст. 456 і д.; Schey, Struktur der Forderungen, ibid. IX. ст. 359 і д.



части к. з. „Von den persönlichen Sachenrechten“, та з §§ 859 і 307 слідує, що зобовязаня є особистими відношеннями правними, себ-то правами, що стоять на підчиненю волі одного під волю другого; один заспокоює свої питомі потреби при помочи ділання другого, при помочи його чинитьби. Проте коли зайде колізія поміж зобовязанєм та річевим правом, зобовязанє як посередне, слабше, мусить уступити перед річевим як безпосередним, сильнійшим (§§ 1120, 430, 440 к. з.).

Як особисте право звертає ся зобовязанє тільки против довжника, не против третих осіб, що стоять поверх облігаційного звязку. З того виходить, що із зобовязаня пливають релятивні права, не абсолютні. Австрійське право знає вправді случаї, що на перший погляд представляють ся як виїмки від сего правила; одначе близші досліди мусять все таки доказати, що в таких разях доходженє против третих осіб не є вислідом дотичного облігаційного відношеня, але опирає ся на осібних правних підставах. Ось они:

а) Наймити або промислові помічники, що прийняли у когось роботу на якийсь час, не можуть перед укінченєм реченця прийняти роботу у другого. Коли однак против сеї постанови зломали умову з першим і почали роботу у другого, то перший може виступити не лиш супротив них, але теж прямо від другого жадати, аби тойже повернув йому робітників аж до умовленого реченця (§ 74 промислового зак. з 1859).

Тота постанова є останком патріархального ладу, прийнятого давнійше у службовім відношеню, бо службове відношенє було інститутом родинного права і dominus мав родинну власть на взір patriae potestatis, тому збіглих слуг міг безпосередно у третих осіб пошукувати.

б) Облігаційні права можуть бути в деяких випадках предметом посіданя — т. зв. посіданя права (Rechtsbesitz, § 313 к. з.); тому пр. наймаючий або арендар мають посесорійні средства правні (interdicta retinendae et recuperandae possessionis) против кожного, хто нарушує їх посіданє. Але се не є наслідок облігаційного відношеня, тільки наслідок посіданя права.

в) Врешті можна-б тут зачислити закон про оспоренє правних ділань (т. зв. Anfechtungsgesetz) з 16. марта 1884, ч. 36 В. з. д., що відповідає римській actio Paulliana — але по близшій розвазі відпадає сей случай цілковито, бо не мож ска-

зати, аби із оспорених зобовязань треті особи набували які права, але серед даних обставин повстають тут цілком нові, та від давних ріжні зобовязання супротив третих осіб.

Особиста звязь між вірителем і довжником не є однак в австр. праві нероздільна — інакше, ніж в римськім праві. Зобовязання представляють отже також об'єктивну силу, та можуть бути предметом переходу з одної особи на другу як *inter vivos* так *mortis causa*, чи то через цесію (§§ 1392 і д.) або переєм довгу (*Schuldübernahme*, *Anweisung*, *Assignment* §§ 1400 і д.), чи то в дорозі спадщини (§ 918 к. з.). Крім сего можуть они бути предметом інших прав, пр. *ususfructus nominis* і др. Врешті треба звернути увагу на новітний правний інститут паперів на держителя, що у папері утілеснюють не-наче єство зобовязання; тому особа вірителя зміняєсь постійно в міру сего, як они переходять з рук до рук, а кождий держитель має право доходити з них правних жадань.

II. Обовязуюча сила зобовязання мусить мати підставу в дотичній нормі правній. Дперва через правну норму обовязок одиниці набуває реального значіння в економічнім обороті, та правний лад виступає тоді з примусовим апаратом, аби підперти облїгаційне жаданє і підмогти особисте довіре вірителя до довжника. Через те росте реальна стійність зобовязання, так що серед даних обставин може бути навіть предметом річевих прав (пр. *ususfructus nominis*), та становить частину майна в ширшім значіню (§ 353 к. з.) і спадщини (§ 918 к. з.).

Проте зобовязання в розуміню облїгаційного права мають певні правні границі, які їх відмежують від інших обовязків. Перед всім треба від них відріжнити етичні обовязки одиниці, що звучать загально та поки-що не мають приватно-правної санкції (пр. засада, „не зводи чужих дітій на злу дорогу“ і т. и.). Впрочім годі тут зачислити такі релїійні і соціяльні обовязки, що не перейшли ще до нинішнього законодавства. *In dubio* рішають звичаї і публична опінія (тому пр. не добачуємо облїгаційного обовязку в приреченю, ходити точно до церкви, певного дня когось відвідати і т. и.).

III. Зобовязанє вяже („verbindet“ : § 859 к. з.) довжника. З того виходить :

а) Через зобовязанє не тратить довжник метафізичної свободи, але навпаки до важности зобовязання жадає ся, аби мав

повну свободу ділання. Його вяже тільки правне, а б с т р а к т н е *vinculum*, та у правнім відношеню він не предмет, але його підмет; він не предмет зобовязаня, але підмет майна, підмет тої сфери, з якої віритель надіє ся вдоволення своїх потреб. Особистий обовязок довжника не звертає ся прямо против його особи, але дорога до сповнення зобовязаня, т. є до чинитьби веде через його власть, через його права.

Далі із зобовязаня ніколи не слідує безпосередне право до річи, що є предметом чинитьби; віритель може лише жадати, аби довжник сповнив те, що його обовязком, але сам не може забрати собі річи, яку йому довжник винен.¹⁾ Взагалі австрійське право не знає т. зв. *ius ad rem*, arg. §§ 430, 440 к. з.; а навіть через невітну задачу ексекуції годі утверджувати, що із зобовязаня повстає безпосередне право до річи. Як довжник не сповнить свого зобовязаня, то суд приневолює його до сповнення в дорозі реальної ексекуції. Предметом сеї ексекуції може бути *certa species*, але про те зобовязанє не тратить свого особистого характеру, бож все таки зобовязанє не дає вірителеви права, аби сам забрав собі дотичну річ, тільки ся річ може йому бути передана судиєю в дорозі правного спору і його виконаня.

б) Особа вірителя мусить бути ріжна від особи довжника; віритель і довжник представляють дві противні групи інтересів, два ріжні підмети правні. Ніхто не може бути власним вірителем або власним довжником. Тому як пр. довжник помре і все своє майно лишить вірителеви, то облїгаційне відношенє між ними, с. т. зобовязанє погасає (*confusio*: § 1445 к. з.).

IV. Сущною метою зобовязаня є заспокоєне певного, з'індивідуалізованого правного інтересу. Кожде зобовязанє мусить взагалі служити такій ціли, та без неї тратить оно всілякий правний субстрат. Впрочім треба примітити, що зміст зобовязаня не все покриває ся тим, що вистачає до його сповнення (зобовязанє може бути сповнене також через третю особу, що не є довжником: § 1422 к. з.); хоч все таки вірителеви

¹⁾ Коля я позичив другому 100 К., а він не віддав їх мені в день платности, хоч у своїм столику в хаті відложив 100 К., то я не маю права до тих 100 К. в столику, тільки маю правне жаданє, щоби довжник мені їх віддав.

треба признати право, від довжника жадати сповнення чинитьби і в разі гайности довжника позивати його, не третю особу.

V. Понятє зобовязаня в австр. пр. є схоже з понятєм „obligatio“ в римскім праві. Але оно уживає ся в ріжнім значіню, і так:

а) оно означає личне відношенє між вірителем і довжником; — се технічне значіне —

б) або *sensu str.* означає оно обовязок довжника до чинитьби.

Зобовязанє складає ся з трех елементів, двох особових і одного неособового, материяльного. Два особові елементи — се віритель (*Gläubiger*) і довжник (*Schuldner*). Віритель є управнений: він має вірительність (*Forderung*); довжник є зобовязаний: він має довг (*Schuld*). Материяльний, неособовий елемент — се чинитьба (*Leistung*). Відношенє сих елементів до себе — се *vinculum iuris*. Оно становить ядро зобовязаня, а чинитьба є метою сего правного *vinculum*, бо з нею погасає зобовязанє. Проте для подрібного розпізнаня сути зобовязаня, треба призадуматись над загальними правилами: 1) про чинитьбу, 2) про підмети зобовязаня, 3) про *vinculum iuris*.

Б) Чинитьба предметом зобовязаня.

§ 7.

Загальні замітки.*)

Чинитьба — се діланє або залишенє (*Handlung oder Unterlassung*) довжника, що відповідає змістови принятого зобовязаня і має признанє в правних постановах. Она становить предмет зобовязаня.

*) Поп. *Krainz*, System I. § 135 (ст. 345, 346), і II. § 295 (стоп. 2 і д.); *Burckhard*, System II. ст. 470 пр. 9; *Hasenöhr*, *Obl. R. I.* ст. 10 і д.; *Огоновский*, Систем II. стоп. 19, 20; *Till*, *Prawo pryw.* III. стоп. 2 пр. 3. —

Крім сего: *Pfaff*, в *Grünhuta Zeitschr.* I. ст. 59; *Sághy*, *Gegenstand und Inhalt der Obl. im allg.*, в *Ger. Halle* 1877 ч. 90, 91, 93—96.

Як говоримо взагалі про предмет зобовязання, то можемо мати на гадці різні значіня сего понятя — і так: можна теж волю довжника, а при зобовязанях про dare довжну річ називати предметом зобовязання, та се не противить ся духови мови. Але не в тім лежить правне значіне предмету зобовязання, та кождей правник вважає за предмет зобовязання один з елементів зобовязання і мусить висказати ся за одною з двох альтернатив: або особа довжника, або його чинитьба є предметом зобовязання.

І справді правна теория виходить з тої альтернативи, та одні письменники вважають особу, другі-же чинитьбу предметом зобовязання. Володіюча теория приймає другий погляд — зовсім справедливо.

Поминувши всі теоретичні аргументи наших письменників, вистачить вказати лише на різницю австр. пр. супротив римского, а стане нам ясно, чому чинитьбу — не особу — треба сьогодні вважати предметом зобовязання. *Punctum saliens* римского права облїгаційного було особисте відношенє між певним вірителем і певним довжником, тому в рамках римского права міг виринути погляд, що особа довжника є предметом зобовязання. Але в австр. пр. головну ролю відгравает обективна, внутрішня сторона зобовязання, та його вихідною точкою є осягненє якогось вислїду в дорозї чинитьби. Тому може *in concreto* істнувати побіч себе якесь число зобовязань, що має на увазі тоту саму ціль, той сам материяльний вислїд, — але як тоту ціль раз уже через чинитьбу осягнено, погасають всі зобовязання.

Але навіть у римекім пр. годї особу довжника вважати предметом зобовязання, бо в облїгаційних відносинах можуть стояти не лиш люде, але й правні організми (пр. корпорації, фундації і т. и.), а зрештою право вірителя не погасає звичайно зі смертю довжника.

Тому противна теория, що особу довжника вважає предметом зобовязання, нестійна.

§ 8.

Ріжні роди чинитьби.*)

Чинитьба зобовязаня може бути дуже ріжнородна, та після її характерних знамен відріжняємо:

І. Позитивні і негативні чинитьби. Предметом чинитьби є або діланє: dare, facere; або залишенє: omittere; тому говоримо раз про позитивні, раз про негативні чинитьби.

а) Найчастійше лучають ся позитивні чинитьби. Они в економічнім обороті відгравують головну ролю. Тут належать перед всім чинитьби, яких предметом є dare. Они служать обмінови дібр, та їх метою є, передавати власність річий і прав, або признавати другим їх уживанє на якийсь час.

Можна прирікати не лиш свої але й чужі річи. Як предметом чинитьби є чужі річи, то може бути наміром контрагентів, аби довжник постарав ся, чужу річ роздобути від властителя і відтак її передати вірителеви. При кождім випадку треба все провірити, чи такий був намір контрагентів — що є quaestio facti (quaestio voluntatis) бо де сего наміру нема, там чинитьба чужої річи неможлива до сповненя.

Предметом позитивної чинитьби може бути теж facere — се услуги всякого рода. Тут належать всі умови о працю в найширшій розумію (Arbeitsverträge).

В старинних віках відношенє підприємця до робітників стояло головно на родинній власти пана (dominus) супротив невільників і домівників — та ще з почином 19. столітя відносини аграрних робітників полягали на підданьстві і рабстві — нині одначе сей систем основно змінив ся і відношенє підприємця до робітника основуєсь на системі свободної умови. Праця не ганьбить, та наш закон признає кожду працю свободною і рівною перед правом.

б) *Obligaciones omitterendi* — се зобовязаня, котрих змістом є залишенє якоїсь чинности. Залишенє може становити

*) Поп. Stubenrauch, Comm. II. ст. 35; Krainz, System I. §§ 43 44 (ст. 115 і д.) і II. § 295 (ст. 7 і д.); Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 175 і д.; Till, Prawo pryw. III. ст. 25 і д.

виключний, або переважаючий зміст зобов'язання.¹⁾ *Obligaciones omittendi*, що мають негативну чинність, підлягають *mutatis mutandis* таким самим загальним постановам, як позитивні чинності, але деякі з них не дадуться тут просто примінити. Пр. при таких зобов'язаннях не може бути бесіди про проволуку (мога) довжника, і т. д.

II. Перехожі і тривалі чинності. Коли акт волі вимагає дуже незначного часу — чинність є перехожа, коли ж однак виконання обов'язку протягається довгий час, коли оно довго триває, кажемо, що чинність є тривала. До тривалих належать головню негативні чинності; з позитивних же пр. обов'язок винаймаючого, обов'язок до особистих услуг і т. и. Сей поділ має практичне значіння в науці про посідання права.

III. Одноцільні і зложені чинності. Одноцільна чинність складається тільки з одного акту. Але як до матеріального вислідку, до якого змагає зобов'язане, треба більше, ніж одного акту, значить, як чинність складається з більшого або меншого числа поодиноких актів — то вирінає питання, чи се одна — зложена — чинність, чи більше самостійних зобов'язань.²⁾ Се питання має теж практичне значіння — бо коли приймаємо лиш одно зобов'язане, то оно може мати лиш одну, спільну, правну судьбу, та всі поодинокі чинності, що становлять *in concreto* зміст зложеної чинності, мусять тій спільній судьбі підчинитися; поодинокі чинності тратять про себе правне значіння, а право признає лиш одно зобов'язане як комплекс всіх чинностей. Інакше, коли кожду чинність з'осібна будемо вважали окремою чинністю і субстратом окремого зобов'язання. Тут кожда чинність про себе, кожде поодиноке зобов'язане може мати окрему правну судьбу, незалежно від других.

На се питання нема одної, загальної відповіді. Коли з природи дотичного правового відношення виходить, що мимо бога-

¹⁾ Тут належить пр. зобов'язане, не закладати конкуренційної торгівлі, не продукувати якихсь товарів вище означеної границі, не продавати нижче означеної ціни і т. и. Чимало такі зобов'язання є заборонені, — пр. зобов'язане, не виступати при публичній ліцитації як купуючий (надр. декр. з 6. червня 1838, ч. 277 зб. суд. зак.); они являють се теж *contra bonos mores*, пр. зобов'язане, не доносити про сповнене якогось злочину (пор. § 1174 к. з.).

²⁾ Пр. управа дібр складає се з великого комплексу чинностей — проте питання, чи з цілого правового відношення пливе одно зобов'язане, одна вірительність, чи навпаки кожда чинність з'осібна родить окреме, самостійне зобов'язане?

тoх поодиноких актів заходить якийсь загальний звязок, що лучить єї акти в одно — кажемо: одно зобовязане — а чинитьба зложена. Але коли годї добачити такого загального звязку — кожда чинність задержує про себе самостійне значіне і тому маємо тільки ріжних зобовязань, скільки є ріжних чинностей, та кожда чинність є про себе чинитьбою окремого зобовязаня.

Отсим загальним звязком, що поодинокі акти вяже в одну правну цілість — се воля сторін. Воля сторін рішає, чи при дійсній більшости актів заходить єдність зобовязаня, чи нї. In dubio треба глядіти на правну підставу (Rechtsgrund), і де зобовязане має одну спільну підставу, признати чинитьбу зложеною (пр. при зобовязаню до алїментації, при зобовязаню до відсотків від довжного капіталу і т. д.), де одначе більше правних підстав, там і більше самостійних зобовязань (пр. при періодичній платї за службу і т. и.).

§ 9.

Загальні вимоги чинитьби.*)

Які прикмети мусить мати чинитьба, аби була предметом зобовязаня? На се питанє відповідають §§ 878, 879 і 882 к. з.

*) Гл. Codex Ther. III. 1. n. 45—50; 2. n. 57, 165—168; 20. n. 21 до 28; Horten, I. 3. §§ 20, 21; III. 1. §§ 51—53, 63—68; 21. §§ 22—25; Martini III. 1. §§ 23, 25, 28; 2. § 24; 5. § 30; 8. §§ 10, 11; 11. § 17; Гал. кн. з. III. §§ 22, 23, 25, 73, 172, 404; Protokolle II. ст. 15—17; 33, 34, 85, 109, 251, 403, 407, 424, 557, 584.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 44 і д.; Nippel, Erläuterung VI. стор. 67 і д.; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 33 і д.; Kirchstetter, Comm. ст. 453 і д.; Stubenrauch, Comm. II. ст. 5, 35 і д.; Unger, System I. ст. 372 і д.; 491, 539; II. ст. 43; Krainz, System I. § 121 (стор. 303 і д.); II. § 295 (ст. 4); Burckhard, System II. ст. 398 і д.; Schiffner, Lehrbuch I. § 126; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 23 і д., 177 і д., 435 і д.; Огоновский, Систем II. стор. 20, 21; Till, Prawo pryw. III. стор. 129—140; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 19—21.

Врешті Hartmann, Obligation ст. 166 і д.; Steinbach, Moral als Schranke des Rechtserwerbes und der Rechtsausübung (і до того моя рецензия в „Часописи правничій“ з 1899 ст. 22 і д.); Randa, Jur. Bl. 1877 ч. 34.

I. Закон каже: Предметом умови може бути все, що стоїть *in commercio*. Значить, облігаційне право є правом економічного і суспільного обороту, котрого головним мотором є облігаційна умова. Тому повисша постанова відносить ся не лиш до умов, але взагалі до всіх облігаційних відношень, і подає загальне правило про облігаційні чинитьби. Річі *extra commercium* не можуть бути предметом зобовязання.

II. Лиш можливі чинитьби можуть бути підставою зобовязання. Можливість сповнення є тому загальною вимогою чинитьби (§§ 878 і д.).

На оправданє сеї вимоги покликуєсь велике число правників на перемію: „*Impossibilium nulla obligatio*“ — але на жаль сей висказ так неозначений, що на нїм годї опирати правні теорії. Hartmann виказав доволі безглуздість сеї паремії, та дійшов до висновку, що треба її розуміти лиш *cum grano salis* і при приміненю бути дуже осторожним.

Тому треба перед всім відрізнити первісну або починуву неможливість від пізнійшої неможливости. Первісна неможливість існує уже в хвили повстаня діла правного, а пізнійша проявляє ся доперва пізнійше по повстаню облігаційного відношення. Пізнійша неможливість не змінє одначе сути зобовязання, та зобовязанє важно заключене не може через те стати неважним; така неможливість може вплинути лиш на зміну правних відносин, згл. на погасненє дотичного зобовязання. Проте коли говоримо про загальні вимоги чинитьби, то можемо мати на думці тільки первісну неможливість, бо лиш така може мати вплив на суть самої чинитьби.

Далі при питаню неможливости не мож забути на те, що оно стоїть у звязи з питанєм одвічальности довжника, бо все мимохіть виринає питанє, хто відповідає за те, як за предмет зобовязання принято неможливу чинитьбу. Проте й не диво, що при розсудженю дотичних відносин замітну ролю відгривають теж правні постанови про полагоду шкоди, про одвічальність за провину, згл. за припадок.

Врешті невірнє поступає володіюча теорія, що ділить неможливість на об'єктивну і суб'єктивну, і до обох тих родів привязує ріжні правні наслідки; отсе поведене є лиш генералізованєм невірної конструкції неможливости на підставі паремії: „*Impossibilium nulla obl.*“ без практичної стійности. Неможливість є по своїй сути лиш одна: об'єктивна, а т. зв.

суб'єктивна неможливість, де лиш дотичний довжник не може сповнити зобовязаня, не є неможливістю *par excellence* і з правного боку не може підчиняти ся загальним правилам про неможливість, але стоїть під правилами загальної одвічальности довжника за сповнене.

Австр. к. з. не знає сеї різниці між об'єктивною та суб'єктивною неможливістю, але в § 878 подає виразно тільки понятє об'єктивної неможливости. Всяка неможливість в технічнім розуміню є об'єктивна (*verb. : „was geradezu unmöglich ist“*) — а те, що теорія називає суб'єктивною неможливістю, в австр. законі нігде так не називає ся. Тому понизше буде бесіда лиш про об'єктивну неможливість.

Неможливість сповнення може мати ріжні причини — і так :

1) Хтось прирікає якусь чинитьбу, що переходить взагалі людські сили. Коли одначе сповнене приреченя переходить тільки сили дотичного довжника, то нема неможливости.

2) Хтось прирікає якесь право на такій річі, що не існує — т. є вже не існує, або ніколи не існувала. Але важне й можливе є приречене такої річі, що ще не існує, та після всякої імовірности існувати буде (*pr. emptio spei* або *emptio rei speratae*). Зрештою важна є така умова, що дотичить якоїсь річі, котру поки-що не мож роздобути, але з наміром, її вірителеви доручити, як сповнене стане взагалі можливе. Тому треба відріжнити трівалу неможливість від перехожої; перехожа неможливість сповнення не спинює поки-що важности зобовязаня, як усуненє сеї неможливости поставлено за *condicio* сповнення.

Повнєші два случаї неможливости були природною (фізичною) неможливістю. Але крім сего існує ще :

3) правна неможливість, коли правний вислід чинитьби, що був наміром сторін, не може наступити з огляду на правні постанови.¹⁾ Така правна неможливість чинитьби заходить пр. тоді, як хтось прирече другому перенести право ужиткованя (*ususfructus*), бо звісно, що *ususfructus* не дасть ся

¹⁾ Тому правну неможливість треба відріжнити від правно заборонених чинитьб — бо правна неможливість вказує на те, що якась чинитьба в нашім правнім устрою є справді неможлива, коли заборонені чинитьби є можливі і навіть чимало лучають ся, але правний лад їх не допускає, їх не признає

перенести з одної особи на другу, і т. и. Найважнійший случай правної неможливости — се умови про *res extra commercium*, та в сій мірі вистачає до неможливости, як *commercium* на річи не прислугує тому, хто має на ній набути якесь право.¹⁾ Але про те умова про *res extra commercium* лишаєсь все-таки важною, коли в ній сказано, що довжник має сю річ вірителеви доручити, як тільки усуне ся перешкода, котра спинює поки-що її *commercium*. Така умовина мусить однак витікати безпосередно із змісту умови, бо як умову заключено без повншого додатку (пр. без огляду на заказ експорту), то она є з почину неважна, та не може зідтак сама про себе стати важною, хочби перешкода обороту опять уступила (пр. знесено заказ експорту), бо й австр. пр. приняло засаду: *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*.

Коли-ж при умові про *res extra commercium* передвиджено евентуальність знесеня оборотової перешкоди, то зобов'язанє є важне, але виринає питанє, хто має старати ся о усуненє перешкоди — віритель чи довжник? хто має робити заходи, аби пр. заказ експорту знесено? В сій мірі рішає перед всім воля сторін, але де она ні виразно, ні мовчки не висказана, обовязок такого стараня припадає довжникови, бо він прирік сповненє, та його річию є, із свого боку зробити все, що до сповнення потрібне.

Отсе причини неможливости, про котрі каже § 878 к. з., що не можуть бути підставою важного зобов'язаня. Значить, головним наслідком первісної (об'єктивної) неможливости сповнення є неважність облігаційного відношеня. Але про таку неважність може довжник бути одвічальним — тільки не з дочинного неможливого зобов'язаня, але з инших причин, що можуть піддержати його одвічальність. Про се становить 2. реченє § 878 к. з. Такими причинами є: 1) *dolus*, 2) т. зв. *culpa in contrahendo* і 3) неоправданє збогаченє.

1) Хто прирікає неможливу чинитьбу, хоч знає, що неможлива — та через те ошукує вірителя, котрий про сю неможливість не знає, мусить вірителеви вирівнати повну шкоду, т. є. звернути йому всяку шкоду, яка слідує із того, що віритель заключив несвідомо неважну умову. Таке поведенє дов-

¹⁾ Втім же стає важливим питання про зміст § 654 к. з.

жника — се *dolus*, а за *dolus* мусить прирікаючий все відповідати. Предметом звороту шкоди є тут *id, quod interest*, значить, не лиш *damnum emergens* але й *lucrum cessans*, зглядно „знесенє нанесеної обиди“ по мисли § 1323 к. з.

На рівні з *dolus* прирікаючого стоїть його *culpa lata*, тому як прирікаючий при звичайній увазі і оглядности повинен був знати про неможливість чинитьби, а віритель в похибці гадав, що сповненє чинитьби є можливе, то прирікаючий довжник мусить вірителеви вирівнати шкоду, т. є *id, quod interest* (§ 1323 і. ф.). Але коли похибка прирікаючого що-до можливости чинитьби полягала тільки на *culpa levis*, то прирікаючий звертає вірителеви лише *damnum emergens* (§ 1323 пр.). Одвічальність довжника опирає ся тут на його провинї, що повинен був знати про неможливість чинитьби, а про те заключив з вірителем зобовязанє (т. зв. *culpa in contrahendo*). Де обі сторони, як прирікаючий, так приймаючий поносять провину, бо заключили зобовязанє, хоч при належній увазі і старанности (§ 1297 к. з.) повинні знати, що чинитьба до сповненя неможлива, то оба мусять шкоду розмірно поносити по мисли § 1304 к. з.

3) Врешті де нема ніякої провини по стороні прирікаючого, там мусить наступити економічне вирівнанє, значить, один не може збогатити ся коштом другого. Тому той контрагент, що збогатив ся з причини неважної умови коштом другого, мусить йому звернути отсе збогаченє по правилам *condictionis sine causa* (§§ 1431 і д.).¹⁾ Але хто другому дав щось для осушєня неможливої чинитьби, хоч знав, що она неможлива, не може відтак жадати поверненя даної річи або даної суми (§ 1174 к. з.).

Що-до сбягу неможливість може бути повна, або часткова в міру сего, чи обіймає цілий предмет зобовязаня, чи лиш якусь його частину. Про часткову неможливість згадує § 8-2 к. з. Закон становить, що часткова неможливість викликає звичайно лиш часткову неважність зобовязаня (*utile per inutile non vitiatur*); але виїмково й часткова неможливість може бути підставою повної неважности, коли з волі сторін

¹⁾ Пр. як один з контрагентів сповнив уже свій обовязок, та відтак чинитьба другого показала ся *ex post* неможливою, то перед всім може він жадати звороту того, що сам дав (пор. § 1447 і. ф.).

ясно виходить, що чинитьба мусить бути вповні виконана, а кожде часткове сповнене з гори виключене. Як лиш одна частина чинитьби дасть ся сповнити, то ясно, що довжник може in concreto сповнити лиш тоту частину, що є можлива; але лучає ся, що як одна частина чинитьби є неможлива, то після волі сторін друга частина без першої не може бути предметом чинитьби, бо часткове сповнене протівило-б ся прямо волі інтересованих: тоді наслідком часткової неможливости ціле облігаційне відношене стає неможливим, negotium nullum. Сей наслідок опирає ся на волі сторін, бо облігаційне право головну увагу звертає все на свободу волі інтересованих. Ся воля, котра часткову неможливість признає на рівні з повною неможливістю, може бути висказана виразно, або може слідувати мовчки з обставин (§ 863 к. з.). Так оно основуєсь на загальних правилах облігаційного права, тому хоч § 882 к. з. підносить, що воля сторін мусить бути „виразно“ висказана, то закон має тут на гадці тільки найчастійші случаи, але не усуває евентуальности, аби воля сторін, котрі часткову неважність зрівнують з повною неважністю, могла теж слідувати мовчки з даних обставин.

Впрочім часткова неможливість підлягає тим самим загальним постановам, що й повна неможливість.

III. Зміст чинитьби мусить бути дозволений. § 878 к. з. трактує не лиш про неможливі, але й про недозволені чинитьби. Недозволене є облігаційне відношене, коли є заборонене правною або етичною нормою. По гадці нашого закона переступ правної або етичної норми мусить бути об'єктивний (verb.: „was geradezu unerlaubt ist“) без огляду на суб'єктивну гадку виновника. Тут належать такі случаи:

а) Облігаційне відношене може перед всім протівитись етичним правилам, коли його метою є ділати протів етичних заказів, або спинювати етичні прикази, далі коли з дотичного відношеня показуєсь наглядно негідність поведеня, врешті коли в умові обмежуєсь свободу волі другого в таких річах, де його свобода не повинна підлягати ніяким зверхним впливам. Пр. Хтось зобов'язав ся сповнити якийсь злочин, або зажадав від другого нагороди за те, що здержав ся від сповненя якогось злочину; куплер зобов'язав ся другому доставити метресу; хтось зрік ся з гори права відклику даровини із за

невдяки (§§ 948, 949 к. з.), і т. и. Такі умови є *contra bonos mores* — проте неважні.

Але як довжник сповнив таке зобов'язане, то питає, чи може жадати відтак звороту того, що заплатив, що дав в ціли сповнення недозволеної, отже неважної чинитьби? На се відповідає § 1174 к. з. (*condictio ob turpem causam*). Треба відрізнити, чи дане, чи лише прийняте якоїсь річи являєсь неморальним ділом: як лиш дане річи є неморальне, даючий не може жадати звороту того, що дав; але як її прийняте є неморальне, то даючий має право до повернення річи.¹⁾

б) Далі належать тут облїаційні відношеня, котрих зміст противить ся прямо правній нормі. Подає їх наша к. з. в § 879, та крім сего в пізнійших законах стрічаємо безліч таких випадків. На сїм місци перейдемо з'осібна тільки постанови нашої к. з. і деякі важнійші постанови інших законів — впрочім вказуємо на точне наведене дотичних случаїв в *Manz-a „Das allg. bürg. Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich“* ad § 879.

1) Хто зобов'язав ся вести за якусь ціну переговори про будуче одружене двох осіб, не може відтак жадати заплати умовленої ціни (§ 879, al. 1.). Але коли довжник по переведеню переговорів справді заплатив пересправникови умовлену суму в хибнім пересвїдченю, що є до заплати зобов'язаний, то не може відтак жадати її звороту. Треба теж звернути увагу на те, що заборона § 879 al. 1. відносить ся лише до жаданя заплати на підставі окремої умови; тому закон не боронить добровільної нагороди за переведенє зближеня двох осіб в ціли їх одруженя, звороту коштів і т. и. Врешті замітити треба, що *ratio* постанови § 879 al. 1. виходить з того, аби не допускати недозволених і примусових средств, яких-би могли пересправники уживати для придбаня приреченої заплати; тому й не диво, що закон заборонює умову перед веденєм переговорів заклучену, але не таку умову, яку заклучено доперва по переведеню переговорів. Тому умова о заплату, заклучена по переведеню переговорів, є важна.

¹⁾ Даю другому гроші, аби сповнив якийсь злочин, то не можу відтак жадати звороту даної суми — але навпаки можу жадати звороту, коли я дав гроші на те, аби другого здержати від сповнення злочину.

2) Лікар не може від хорого жадати з гори за переєм лічення якоїсь означеної суми (§ 879 al. 2), бо він має обов'язок на жадане недужого прийти йому в поміч і не може сего робити зависимим від певної заплати. Тому не заборонено жадати взагалі якоїсь заплати без означеня висоти, або не з самим недужим, але з третою особою, пр. його вітцем, умовитись о певну заплату. Коли лікар зажадав перед ліченням певної суми, та недужий по курації справді заплатив умовлену суму, то не потребує уже тої суми звертати.

3) Цілком аналогічну постанову стрічаємо в § 879 al. 3 що-до адвокатів. Закон каже, що адвокати не можуть за переєм процесу жадати з гори певної заплати. Але отєю постановою зніє відтак адв. уст. з 6. липня 1868, ч. 96 В. з. д.; тому сьогодні може адвокат за переєм процесу жадати з гори заплати. Недозволена є лиш така умова, в котрій клієнт зобов'язує ся за переведенє процесу відступити адвокатови те, що дасть ся досягнути з виграного процесу. Се є так зв. *pactum de quota litis*. Оно є неважне без огляду на те, чи спір уже веде ся, чи ще ні; але важне є по укінченю цілого спору, бо тоді не може оно вплинути на сторонниче веденє процесу.

4) Хто уже за життя якоїсь особи, від котрої надїє ся спадщини або легату, позбуває їх третим особам, поступає против постанови § 879 al. 4, через що заключена умова стає неважною. Тота постанова старає ся спинити обман і використуване контрагентів і усунути небезпеку наставаня на жите тєстатора. Проте за його життя заборонено не лиш позбувати будучу спадчину або легат, але теж обтяжувати їх заставами *pro futuro* — а врешті недозволене т. зв. *pactum de repudianda hereditate*, чим довжник зобов'язуєсь відкинути приняте будучої спадщини, ще не деферованої, на користь третої особи. Але заборони не мож відносити до т. зв. зреченя права наслідства (*Erbverzicht*: § 551 к. з.), бо його предметом не є спадщина, тільки право дідицтва — і по тій причині таке зреченє не є умовою облїгацийною, але спадковою.

Про такі случаї згадує § 879 к. з. Але крім сего стрічаємо в к. з. ще інші постанови, що згадують про недозволені чинитьби. Ось они:

5) Угода про зміст послїдної волї перед її оповісткою (§ 1383 к. з.);

6) умови, що противлять ся сути права заставу або позички, перед всім т. зв. *pactum antichreticum* (§ 1371 к. з.).

Інші постанови нашої к. з., на які покликують ся австр. автори, тут не належать. Пр. означене відступного або умовної кари на случай відступлення від заручин (§ 45 к. з.) не є недозвеною умовою, тільки не має ніяких правних наслідків; зобовязанє спільників, спілки ніколи не розвязувати (§§ 832, 1208 к. з.), не належить до недозволених, тільки до правно неможливих; — так само врешті умова, в якій хтось зрікає ся взагалі задавнення якогось права, або становить довший реченець задавнення, чим законний (§§ 1502 к. з.).

Крім к. з. з 1811 згадують про недозволені чинитьбї також інші закони; між ними найважнїйші тоті постанови, що вийшли з нинїшних суспільних і торговельних відносин, та займають ся відношенєм робітників до підприємців. Тут належать умови між підприємцями, яких цілю є через здержанє обороту або звільненє робітників, вимогти від них гірші умовини, перед всім зниженє ціни; а з другого боку між робітниками, страйками спонукати підприємців до підвишеня платні (§ 2 зак. з 7. цвїтня 1870, ч. 43 В. з. д.). Неважна є умова між промисловцями, в котрій они зобовязують ся до підвишеня ціни товарів на некористь консументів (т. зв. картелї: § 4 *ibid.*). До тих постанов треба примітити, що нинїшний лад суспільний стоїть на принципі свобідної умови і свобідної конкуренції. Але певним надужитям свобідної умови і свобідної конкуренції старає ся закон, хоча посередно, запобігти і в повисших постановах висказує ся против тих надужить тим, що узнає дотичні умови недозволеними, неважними. Умови картелеві і страйкові є неважні: хто з підприємців приступив до картелю, то сею умовою не є звязаний, і може кождої хвилі від картелю односторонно відступити — так само й страйкуючі робітники не є звязані страйковою умовою і можуть довільно страйк зирвати. Се головні приватно-правні наслідки картелїв і страйків. Чи такий плятонїчний вплив на страйки і картелї вистачає, та чи саме в дорозї приватного права не дало-б ся дещо осягнути — се питанє суспільної економїки.

Коли поглянемо на оба роди недозволених умов і призадумаємось над сутию поодиноких случаїв, які тут належать, то мусимо примітити, що побіч невеликого числа умов, що є недозволені з чисто етичних причин — найбільша їх частина

виступає против вимог суспільного ладу і публичного добра. Можна тому за Steinbach-ом сказати, що *contra bonos mores* є такі облігаційні відношення, що противлять ся вимогам суспільного ладу („*ordre public*“ гл. арт. 6 і 1131 франц. *code civil*). Проте як в законі не є виразно сказане, що якась умова недозволена, неважна, та заходить сумнів, чи она є *contra bonos mores*, то судня мусить глядіти за тим, чи она схожа з вимогами нинішнього суспільного ладу, і як противить ся тотим вимогам, вважати її за *contra bonos mores*, за недозволену.

Недозволені умови є неважні (§ 878, 2 реч.). Але про те може при недозволених умовах повстати правний обовязок довжника, тільки не до сповнення, лиш до повернення шкоди або повернення збогаченя. Сей евентуальний обовязок мусить однак мати окрему правну підставу, та в тім згляді прикладають ся такі самі постанови, як при неможливости сповнення: довжник відповідає отже за *dolus*, *culpa in contrahendo* і неоправдане збогаченє (§ 878 i. f.).

IV. Теорія повсюдного права зачисляє до загальних вимог чинитьби також її маєткову вартість, і то на підставі правила процесового: „*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*“ (пор.: „*omnis condemnatio pecuniaria est*“). Але в новійших часах виступив против сего вимогу Windscheid, та за ним пішло більше нових письменників.

Що-до австр. права, нема ніякої, ні теоретичної, ні практичної підстави, ставляти таку вимогу. Перед всім відпало нині правило грошового засуду в приватних спорах, тому й наслідок сего права, себ-то маєткова вартість чинитьби, мусів нині відпасти. Впрочім нема в законі постанови, з якої виходило-би, що чинитьба мусить мати маєткову вартість. І так: § 303 к. з. займає ся лиш поділом річий на оцінні і неоцінні, та про маєткову вартість чинитьби нічого не каже. § 653 к. з. каже, що предметом лєгату можуть бути лиш такі предмети, що мають вартість, але не сказано, що се мусить бути маєткова вартість — зрештою відносить ся тільки до лєгатів.

Але з другого боку існують постанови, з яких можна виdedуковати, що до важности чинитьби не треба маєткової вартости. § 861 к. з. подає понятє приреченя і умови, але про маєткову вартість нігде не згадує. В накладничій умові (*Ver-*

lagsvertrag) може накладник після § 1164 к. з. зобов'язати ся до накладу чужого твору без ремунарації автора, а проте може автор жадати публікації, хоч публікація не представляє для нього маєткової вартости.

Маєткова вартість не є тому загальною вимогою чинитьби; але можна сказати: до важности чинитьби вистачає кождий оправданий правний інтерес, т. є. взагалі такий інтерес, що заслугує на правну охорону. Щоби *in concreto* рішити, чи якась чинитьба вказує на такий правний інтерес, треба все тямити, що облігаційні відношеня є відношеннями суспільного обороту. Тому не належать тут всякі інтереси, що полягають на свободнім з'ображеню товариских відносин, на товарискій прихильности, на релігійних і моральних чеснотах і т. и. Зрештою *in dubio* мусить судия глядіти на звичаєві норми, та чимало мусить подумати над тим, чи в дотичнім ділі правнім не криєсь, хочби посередно, якийсь матеріальний інтерес.¹⁾ Взагалі можна в тім згляді дати судії лише певні вказівки, але не приписи, бо *in concreto* залежить все від даного випадку.

Хоч маєткова вартість не є конечною вимогою облігаційної чинитьби, то все таки чинитьба має по найбільшій часті маєткову вартість. Тому, коли довжник у місце чинитьби мусить повернути шкоду, то поверненє шкоди сповнює функцію еквіваленту, що є головною, але не виключною задачію полагоди шкоди. (Близші замітки про те в науці про шкоду).

¹⁾ Пр. я йду до сусіда з другого поверха і жадаю від нього, аби ніколи не грав на фортепяні, бо я сего не зношу. Мій сусід не хоче починати сварні, та годить ся на те, але про те часами вигриває. Тут не можна добачувати правного зобов'язаня, бо сусідські звичаї вимагають, щоби один другому робив якісь уступки, але не можна жадати, аби для чужої примхи мав цілковито зречи ся уживаня свого фортепяну.

Інакше представляє ся річ в такім випадку: Приходжу наймати помешканє, та хазяїн каже мені, що винаймає його лиш з тим, що не буду грати на фортепяні, бо в камениці вже давно мешкають люде, що не зносять гри на фортепяні, і коли б її учули, могли-б сейчас випровадити ся. Коли я се зобов'язанє приняв на себе, то мушу його доповнити, бо вправді я зобов'язав ся до немаєткової чинитьби, але мій контрагент міг-би через недоповненє понести матеріальну страту.

З тої причини важно знати, як оцінюєсь вартість зобов'язання взагалі. Правильно треба при оцінці вартости зобов'язання глядіти на два моменти:

а) перед всім на квоту, яку може віритель жадати, взагалі на вартість довжної річи; але крім сего

б) треба звернути увагу на те, що дасть ся з довжника стягнути, значить, яка його спосібність і можливість виплати і які средства забезпечують вірительність. Теперішня вартість опроцентованої вірительности осуджуєсь після номінальної квоти, на яку она виставлена. Але як хочемо вимірити вартість неопроцентованої вірительности в якімсь часі перед її платностию, то від номінальної квоти треба відшибнути т. зв. *interusurium*. *Interusurium* — се вартість тої евентуальної користи, яку-б віритель міг потягнути, коли-б в якімсь часі перед платностию одержав довжну квоту, та віддав її сейчас аж до дня платности на відсотки. Висота такого *interusurium* числить ся звичайно методом *Hoffmann* — значить: обчислюєсь суму, котра-б в дни платности з відсотками досягнула висоти номінальної квоти, коли-б тоту суму у тім дни, в яким осуджуєсь її вартість, дати на відсотки аж до дня платности.¹⁾ Інакшого метода придержуєсь тільки § 20 реч. з конкурс. уст. з 25. грудня 1868 ч. 1. В. з. д. Він приняв метод *Carroux*, тому при конкурсі відчислює ся прямо законні відсотки за час від передчасної заплати до дня платности.

V. Римске право вимагало, аби зміст чинитьби був цілком точно означений. Новітні законодавства не знають уже тої строгої вимоги (з виїмком векелів), та жадають лише, аби із змісту зобов'язання, чи то з самого почину чи то дсперва опісля, можна було виробити собі про чинитьбу ясний і точний погляд (*Bestimmbarkeit des Inhaltes*). Тому зміст облігаційної чинитьби може бути раз точнійше, раз менше точно поданий. Лиш тоді, коли неясність сягає так далеко, що

¹⁾ Пр. 1000 К. має ся заплатити за 2 роки (1901—1903). День платности припадає 1. січня 1903. Хочемо обчислити вартість вірительности 1. січня 1902, т. є. рік перед днем платности. Коли за підставу обчислення возьмемо 4%, то вартість повисшої вірительности 1. січня 1902 є 961 К. 54 сот., бо се є сума, що по впливі року, с. т. в день платности буде представляла вартість 1000 К. Проте *interusurium* виносить тут 38 К. 46 сот.

зобовязаннями без точно означеного змісту. Вони вимагають обширнішого обговорення; тому про них трактуємо окремо в слідуючих §§.

§ 10.

Виробві зобовязаня.*)

Про виборві зобовязаня (alternative Obligationen) трактують ex professo §§ 906, 907 к. з.

I. Коли довжник споміж ріжних річий або ділань має вірителеви дати лиш одну річ або сповнити лиш одно ділане, то зобовязане є виробове, але тільки тоді, коли вибір між чинитьбами є а ргіогі обмежений до певного, невеликого числа. Довжник зобовязуєсь пр. дати річ X або Y — то певно, що є зобовязаний дати одно або друге, але не означено з гори, до чого він зобовязаний, чи до першого чи до другого. Тому не мож сказати, що виборове зобовязане є по своїй сути зобовязанем sub condicione, бо обовязок до чинитьби не підлягає ніякому сумнівови, та не залежить від ніяких умовин; про те хибний є погляд, що до виборових зобовязань треба прикладати загальні правила про зобовязаня sub condicione. Мимо того сліди сеї невірної теорії находять ся теж в нашім законі — про що пізнйше.

II. З повиешого слідує, що зміст виборових зобовязань не є точно означений, та перед всім виринає питанє, як ухилити тоту неточність і відкрити, що має бути in concreto предметом чинитьби? Се наступає в хвили, коли пізнамо, котра з двох або більше річий, двох або більше ділань буде справді пред-

*) Гл. Codex Theresianus III. 1. n. 94, 95; 24. n. 153; Horten III. 1. § 71; 25. §§ 14, 15; Martini III. 1. § 40; 6. § 22; Гал. кн. з. III. §§ 43, 195; Protokolle II. ст. 22, 92, 413, 568, 574.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 93 і д.; Nippel, Erläuterung VI. ст. 124 і д. Winwarter, Bürg. R. IV. ст. 67, 68; Unger, System I. ст. 494 пр. 20, II. ст. 538; Stubenrauch, Comm. II ст. 90 і д.; Krainz, System II. § 295 (ст. 5 і д.); Hasenöhr, Obl. R. I ст. 196 і д.; Огоновский, Систем II. ст. 22 і д.; Till, Prawo pryw. III. ст. 28 і д.; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 6 і д.

Врешті Hofmann, Periculum beim Kaufe, ст. 111. і д.

метом сповнення. Значить, зобов'язане, що звучить пр. на дві чинитьби, мусить сконцентрувати ся до одної чинитьби—се т. з. концентрація виборових зобов'язань. Она слідує головню з вибору, бо й сама назва таких зобов'язань вказує на вибір. Тому йде головню о те, хто має право вибору?

In abstracto може право вибору прислугувати довжникови, вірителеви або навіть третій особі. Але що-до питання, хто in concreto має право вибору, треба перед всім звернути увагу на різницю між римским системом а новітними поглядами.

В римским праві рішала про вибір в першім ряді воля сторін, in dubio прислугувало право вибору довжникови. Він міг вправді рішити ся довільно за одною або за другою альтернативою, але про те сам вибір не був ще в силі остаточно порішити, що буде справді предметом сповнення, бо аж до цілковитого сповнення мав він звісне *ius variandi*; тому, коли управнений до вибору довжник заявив перед вірителем, котру з двох або більше річий хоче вірителеви доставити, або хоч навіть розпочав вже одну чинитьбу, то все таки не втратив ще права вибору, але сповненням другої чинитьби міг звільнити ся від зобов'язаня.

Інакше понимають право вибору новітні законодавства.

Ius variandi уже не існує. Тому перед всім рішає обставина, чи управнений до вибору зробив ужиток із свого права — та коли його справді зробив, то вже рівнодушно, як він заявив сей вибір, чи односторонною заявою супротив співконтрагента, чи окремою умовою, чи врешті безпосередно сповненням одної чинитьби.

Австр. пр. йде за новітною теорією, та загальні постанови що-до права вибору є такі:

Про право вибору рішає воля сторін, лиш як нічо не умовлено, то in dubio прислугує право вибору довжникови (§ 906 к. з.). Се зовсім природно, бо довжник має сповнити одно і коли справді сповнить одно, доповнює отсим свій обов'язок: *Duo sunt in obligatione, unum in solutione*.

Тота паремія характеризує суть вирового зобов'язаня і у тім лежить головна різниця супротив т. зв. виборового уповноваження (*alternative Ermächtigung, facultas alternativa*). При *obligatio alternativa e duo in obligatione, unum*

in solutione, при facultas alternativa навпаки unum in obligatione, duo in solutione. Facultas alternativa заходить взагалі тоді, коли довжник обов'язаний до одної чинитьби, але може звільнитись від неї через иншу чинитьбу.¹⁾

Впрочім між виборовим зобов'язанем а виборовим уповноправненем заходять теж практичні ріжницї:

а) При виборовім зобов'язаню право вибору може прислугувати також вірителеви, при виборовім уповноправненю тільки довжникови.

б) Тому при виборовім уповноправненю віритель може вносити позив лише о одну чинитьбу; — противно при виборовім зобов'язаню ставляє віритель звичайно лиш виборове жаданє в позві (aut-aut).

в) При виборовім уповноправненю відпадає через знищенє предмету чинитьби всякий обов'язок довжника; а при виборовім зобов'язаню концентрує ся звичайно зобов'язанє до злишньої чинитьби. (Виймки від сего правила подає § 907 к. з.).

Правило, що in dubio довжник має право вибору, прикладає ся не лиш до умов, але й до легатів — проте після § 656 к. з. право вибору між двома або кількома чинитьбами прислугує дідичеви. Тільки в однім заходить ріжниця між виборовими зобов'язаннями ex contractu, а виборовими зобов'язаннями ex legato, бо при умовах довжник має зовсім свобідний вибір і може споміж ріжних предметів вибрати такий, який схоче, — навіть найгірший, — коли при легатах дідич має вибір тільки між такими предметами, з яких легатар може зробити ужиток (§ 656 к. з.)

Зрештою воля сторін може право вибору признати також вірителеви або третій особі. Коли трета особа має право вибору, то не можна її приневолити до того, аби дійсно про вибір висказала ся, хіба-би сей обов'язок приняла на себе в окремім зобов'язаню. Коли отже трета особа, управнена до вибору, не могла або не хотіла зробити вибору, то поветає

¹⁾ Тут належить пр. постанова § 934 к. з. про laesio enormis. Покривджений вище половини вартости може жадати знесеня умови, але тоді прислугує тому, хто допустив ся laesionem enormem, право здержати знесенє умови й жадати, аби умова лишилась в повній силі, коли зобов'яже ся доповнити свою чинитьбу аж до висоти повної вартости. Facultas alt. заходить теж в постанові про відступне (Reugeld: § 909 к. з.).

питанє, яка є тоді судьба виборового зобовязаня? Тут треба відрізнити зобовязаня, котрих предметом є обмін економічних дібр (т. зв. обмінні зобовязаня, Austauschobligationen), або перенесене пожитків якоїсь річи або права (т. зв. пожиткові зобовязаня) з одного боку — та т. зв. умови о працю (Arbeitsverträge) з другого боку. При перших задля недостачі вибору третєї особи виборове зобовязанє стає ex post неважним (ex anal. з §§ 1056, 1092 к. з.); при умовах о працю зобовязанє лишаєсь про те важним, але у місце третєї особи судия означає вибір (ex anal. з § 1152). Коли одначе вибір третєї особи після волі сторін заступати має arbitrium boni viri, то вибору її не можна ніколи вважати за condicio sine qua non важности, але як трета особа не зробить вибору, то може її заступити судия. Вибір може in concreto прислугувати двом або кільком особам —; тоді рішає більшість голосів. Але як за вибором якоїсь річи вискаже ся більше чим половина голосів, то їх висказ не має ніякої стійности, та правні наслідки того такі, як-би трета особа не зробила ніякого вибору (ex anal. з § 1057 к. з.).

Право вибору не є звязане з особою, та правильно переходить на дідичів помершого (пор. § 918 к. з.). Вправді при легатах подає § 659 i. f. инше правило й учить, що коли легатар, управнений до вибору, перед вибором помер, тоді вибір прислугує судовій власти, а не дідичам помершого легатара; але про те невірнo є, тоту постанову розвести анальоґічно на виборів зобовязаня ex contractu, бо нема ніякої розумної підстави, право вибору вважати взагалі правом строго особистим (höchstpersönliches Recht) по мисли § 918 к. з. Постанова § 659 i. f. є виїмкова, позитивна; не допускає тому ніякої анальоґії. Она примінюєсь тільки до легатів і то до загального наслідства (Universalsuccession), не до поодинокого наслідства (Singularsuccession) в дорозі цесії. Проте правило звучить: Коли право вибору прислугує довжникови або вірителеви, то оно може перейти на других чи то дорогою загального чи поодинокого наслідства. Виїмок становлять легати, коли вибір прислугував вірителеви (легатареві) та він помер перед вибором — тоді право вибору не переходить на його дідичів. Коли одначе право вибору прислугує третій особі, там воля сторін указує на те, що се право є строго з особою звязане, та не може перейти на других; тоді право вибору є правом строго особистим.

III. Побіч питання, хто має право вибору, йде рівнобіжно друге питання: як довго триває право вибору, та в якій хвили вибір стає невідкличним і наслідком того наступає концентрація зобовязаня? Головне правило подає § 906 к. з.: коли управнений до вибору заявився уже за одною альтернативою, не може відтак від заповшого вибору відступити. Значить, навіть односторонна заява управненого до вибору вистачає, аби вибір був доконаний і аби заперти дорогу всякому *ius variandi*. Тому не може підлягати ніякому сумнівови, що вибір може наступити теж в дорозі осібної умови, де управнений до вибору за згодою другого контрагента подає, яку альтернативу хоче сповнити. Далі концентрація виборового зобовязаня може наступити через само сповнене, коли довжник, управнений до вибору, виконує одну альтернативу. Врешті чимало наступає така концентрація наслідком неможливости сповнення одної чинитьби.

1) Односторонна заява управненого мусить бути висказана супротив співконтрагента, бо лиш тоді має она обовязуючу силу й відбирає на будуче право вибору. Односторонна заява супротив третих осіб не спинює права вибору й не вяже заявляючого. Довжник мусить заявити вибір супротив вірителя; а віритель до вибору управнений супротив довжника. Коли се наступило, погасає право вибору, та зобовязане концентрує ся до одної чинитьби.

2) Концентрація виборового зобовязаня доконуєсь також дорогою умови між вірителем і довжником. Тут нема ріжниці, хто з них має право вибору, бо оба що до того вибору мусять заключити окрему умову. В тій умові треба подати, котру альтернативу має довжник в будучности виконати. Через те виборове зобовязане змінюєсь в звичайне, право вибору погасає й на будуче має довжник сповнити певно означену чинитьбу, а віритель тільки отсею чинитьбу може жадати.

При т. з. поворотних чинитьбах (*wiederkehrende Leistungen*), т. є при більшім числі чинитьб, до яких довжник є зобовязаний на підставі одного діла правного в певних відетупах часу, лучає ся чимало, що управнений до вибору — довжник або віритель — споміж ріжних, альтернативно поставлених, дачок при однім реченці вибирає одну, при другім другу альтернативу. До такого поведеня є він все-таки управнений, бо як висказав ся про вибір — чи то односторонно, чи то в до-

розі окремої умови, — то вибір відносить ся очевидно тільки до даного реченця і вяже його тільки у тім реченци, але не може вязати його на будуче, не може рішати про його право вибору в будучих реченцях.¹⁾

3) Далі концентрація виборового зобовязання може наступити без ніякої заяви, через сповненє одної альтернативи. Так, коли довжник має право вибору — він може в день платности вірителеви виконати одну чинитьбу, яку сам схоче, і через те виконує теж своє право вибору. Але як уже зачав виконуванє одної чинитьби, то через те наступила концентрація зобовязання, право вибору погасло, і довжник не може сповненєм другої альтернативи звільнити ся від зобовязання, він мусить розпочату чинитьбу до кінця доповнити.

Коли віритель є до вибору управнений, то не має обовязку робити з вибору ужиток в означенім реченци. Він може зробити вибір в позві, але не є до того обовязаний, та має право в позві внести виборове жаданє (aut-aut) і вибрати доперва в хвили ексекуції.

Але коли довжник має право вибору, то віритель не може інакше позивати, як альтернативно (aut-aut), хіба довжник заявив свій вибір уже перед внесенєм позву. Де такого вибору перед внесенєм позву не було, то не лиш *petitum* позву, але й вирок мусить звучати альтернативно. Доперва ексекуція звертає ся против одної альтернативи, тому в хвили, коли довжник, допустив до ексекуції, тратить право вибору і оно переходить на вірителя.

Важну постанову про право вибору стрічаємо в § 1436 к. з. Коли довжник мав право вибору, але у похибці гадав, що зобовязанє не є виборове, але що мусить виконати всі альтернативні чинитьби без вибору, та відтак справді всі чинитьби сповнив, то може жадати звороту одної або другої чинитьби зовсім довільно. Тота постанова впливає із сути виборового зобовязання і з сути *condictionis indebiti*, тому примінюєсь також до вірителя, коли тойже має право вибору, та крім

¹⁾ Пр. Отець передає своє майно синові, але під вимовою (*Ausgedinge*), що син буде мусів що місяць давати йому якусь суму гроший, або якусь скількість збіжа після вибору вітця. Тому коли отець одного місяця заявив ся за гршми, то всеж таки другого місяця може жадати збіжа і т. д.

сего виходить з неї *arg. a maiori ad minus* таке правило: коли довжникови здавало ся хибно, що є обов'язаний до якоїсь означеної чинитьби, хоч зобов'язане було справді тільки виборове і йому прислугувало право вибору — тоді може він опісля жадати звороту виконаної чинитьби і сповнити другу альтернативу.

4) Врешті виборове зобов'язане концентрує ся чимало через неможливість сповнення одної альтернативи. Така неможливість сповнення може наступити через провину або через припадок. Де провина є причиною неможливости, там на перший плян виступає одвічальність за провину, та питане концентрації залежить перед всім від питання одвічальности (§ 907 i. f.). Але як неможливість наступила через припадок, то нема одвічальности, та питане концентрації набирає перворядної ваги.

Розв'язка сего питання була в римскім праві проста й добра: через припадкову неможливість одної чинитьби погасало право вибору й зобов'язане концентрувало ся до злишньої чинитьби; значить, як віритель був управнений до вибору, то міг відтак жадати лиш можливої чинитьби, а й довжник, що був до вибору управнений, мусів сповнити злишню чинитьбу, що була можлива.

Інакше глядять на виборіві зобов'язання пруске право. Оно вважає їх зобов'язаннями *sub condicione*: вибір становить *condicionem* такого зобов'язання, і де відтак з причини неможливости сповнення одної альтернативи вибір не дасть ся зробити, вважаєсь, що услівє не наступило, та через те упадає ціле облігаційне відношенє.

Погляди пруского права мали теж вплив на австр. к. з., та сліди сеї невірної і *de lege ferenda* неоправданої теорії стрічаємо в постанові § 907 pr. Тут читаємо: Як право вибору застережено виразно в умові, але вибір не міг відтак відбутися задля припадкової неможливости одної чинитьби, то сторона, управнена до вибору, не є вже умовою зв'язана. Тота постанова противить ся по крайній мірі здогадуваній воли контрагентів, бо годі припускати, аби їх наміром було, довжника звільнити від чинитьби, згл. вірителеви дати право відступити від зобов'язання, коли через пізнійшу неможливість сповнення одної альтернативи відпало право вибору. Проте постанову § 907 pr. мусимо вважати невідповідною, і яко *lex lata* при-

мінювати тільки до тих случаїв, які *stricte* обіймає. § 907 рг. треба буквально розуміти й не можна його постанови розводити до інших случаїв. Що-до всіх случаїв, не обнятих буквальним звуком закона, треба привернути систем римського права.

Для упрощеня виходимо із того, що виборове зобовязанє обіймає лиш дві альтернативи — зрештою відріжняємо, чи право вибору прислугує довжникови, чи вірителеви.

а) Довжник має право вибору.

а) Як одна чинитьба стала неможлива через припадок, то треба відрізнити, чи довжникови виразно в умові застережено право вибору, чи такого виразного застереження не було.

Де довжникови застережено виразно право вибору, то при обосторонних умовах від нього залежить, чи умова лишаєсь стійною, чи ні. Значить, він може вважатись звільненим від всякого обовязку, але не може тоді від співконтрагента жадати противної чинитьби (*Gegenleistung*); одначе він може теж удержати умову в силі, а то через те, що сповнить другу чинитьбу, що є можлива до сновненя, а тоді може від співконтрагента жадати сповненя того, що до нього належить.

При односторонних умовах погасає зобовязанє, бо управнений до вибору довжник не може бути приневолений до сповненя.

У всіх інших случаях, де довжникови не застережено виразно вибору в умові, або коли зобовязанє не повстало з умови, тільки з иншого жерела, — випадкова неможливість сповненя одної чинитьби не звільняє від виконаня другої, ще можливої чинитьби.

β) Довжник міг своєю провиною спонукати неможливість одної чинитьби — тоді мусить сповнити другу. Через провинену неможливість одної чинитьби тратить він право вибору.

γ) Коли врешті неможливість одної чинитьби наступила через провину вірителя, то довжник не може через те втратити права вибору — тому може або вважатись звільненим від всякої чинитьби, або може вправді сповнити другу чинитьбу, але за те жадати поверненя шкоди за знищенє першого предмету (§ 907 i. f. каже: Винник мусить

противникови, управненому до вибору, відповідати за ударемнене вибору).

б) Віритель має право вибору.

а) Як звісно, *in dubio* довжникови прислугує право вибору — тому як *in concreto* віритель має бути управнений до вибору, то мусить се слідувати із змісту зобовязання — і то виразно або мовчки (§ 863 к. з.). Коли вірителеви призначено в умові виразно право вибору, відтак одна альтернатива стала неможливою через припадок, то віритель може відступити від зобовязання, або до впадоби удержати зобовязане в повній силі й жадати сповнення другої чинитьби. Але коли право вибору вірителя слідує із змісту умови тільки мовчки, то через припадкову неможливість одної чинитьби погасає його право вибору, і зобовязане концентрує ся до другої чинитьби.

β) Неможливість одної чинитьби з провини довжника не вкорочує вибору вірителя; віритель може жадати або другої чинитьби, або вартости знищеного предмету.

γ) Коли врешті віритель сам провинив неможливість одної чинитьби, то мусить довжникови повернути шкоду й тратить право вибору, бо опісля може жадати тільки другої ще можливої чинитьби. —

При виборових зобовязаннях може також лучити ся, що обі чинитьби, котрі є *in obligatione*, стали неможливими до сповнення. Правні наслідки сего являють ся як комбінація повисших правил. Проте злишно про них окремо трактувати, бо они сліднують логічно із повисших виводів; подає їх ближше Огоновский II. стор. 26—28.

§ 11.

Родові зобовязання.*)

I. При родових зобовязаннях (*generische Obligationen*) чинитьба є означена лише після родових знамен, значить, після

*) Пор. жерела і літературу, подану при попереднім §, а крім сего: Hasenöhr, *Obl. R. I.* ст. 216 і д.; Till, *Pravo pryw.* III. ст. 33 і д.

якості, міри і числа. Понятє родової чинитьби ріжнить ся від т. зв. за мінної чинитьби (*vertretbare Leistung*) тим, що про за мінність рішає воля сторін, а родова чинитьба є об'єктивним понятєм, незалежним від волі контрагентів. Проте в міру ріжної волі сторін навіть незамінні річі можуть бути предметом індивідуального зобовязаня. Противставленєм роду (*genus*) є індивідуум (*species*), тому й родові зобовязаня є противставленєм індивідуальних (*Speciesobligationen*). При індивідуальних зобовязанях предметом чинитьби є певна, строго означена річ (*res certa*), при родових зобовязанях настуває чинитьба наслідком вибору з певного роду.

Понятє роду (*genus*) є раз ширше, раз тіснійше в міру сего, чи обіймає цілий дотичний рід взагалі, чи лиш якийсь сорт сего роду. В першім випадку говоримо про необмежений рід, в другім про обмежений рід. При необмежнім *genus* вибирає ся споміж всіх *species* цілого *genus*. При обмеженім *genus* право вибору є обмежене, оно відносить ся до ближше означеної кваліфікації якогось роду.¹⁾

II. Через право вибору зближає ся понятє родової чинитьби до понятя виборової чинитьби, та *in concreto* заходять нераз трудности, чи чинитьбу зачислити до виборових чи до родових. Ріжниця є перед всім теоретична. При виборових зобовязанях поодинокі альтернативні предмети чинитьби належать звичайно до ріжних родів, що при родових зобовязанях є природно немислиме. Але виїмково й при виборових зобовязанях може ходити о предмети одного роду, тоді одначе означене чинитьби є таке, що кружок, з якого має ся вибрати предмет чинитьби, є з гори обмежений на певне невеличке число предметів. Інакше при родових зобовязанях, де означене роду мусить відбутись так, що обмежене до певного кружка поодиноких предметів з гори відпадає.²⁾ Тому в деяких випадках ріжниця між виборовим і родовим зобовязанєм заходить не що-до змісту, але тільки що-до означеня.

1) Пр. 10 кірців пшениці — се не обмежене *genus*; а 10 кірців банатки сегорічного збору — се обмежене *genus*.

2) Пр. Хтось є зобовязаний другому доставити коня X або Y або Z — се виборове зобовязанє; але коли довжник у своїй стайні має przypadково тільки ті 3 коні і зобовязє ся доставити одного коня із своєї стайні — то

Крім сего заходить чимало й практична ріжниця. При необмеженім genus знищенє поодиноких species сего роду не впливає на обовязуючу силу зобовязаня; значить, довжник мусить про те чинитьбу сповнити, бо genus perire non censetur; лиш коли увесь рід пропаде, то й зобовязанє стає ex post неможливим до сповненя. Тому до таких родових зобовязань, котрих предметом є необмеженє genus годї примінити постанову § 907 pr., бо отєя постанова тут неумістна та по крайній мірі дивоглядна. Взагалі між родовим зобовязанєм з необмеженим genus а виборовим зобовязанєм ріжниця зовсім очевидна.

Але коли genus є обмеженє, то нічо не стоїть на перепоні покликати постанову § 907 pr., вже з огляду на те, що тут ріжниця між виборовим а родовим зобовязанєм часто дуже субтельна, а далі і з тої причини, що загальний звук постанови § 907 pr. обіймає не лиш виборові, але й родові зобовязаня. Тому крім повисшої практичної ріжниці при необмеженім genus, примінюють ся до родових зобовязань тоті самі постанови, що при виборових зобовязанях.

Коли чинитьба означена після необмеженого роду, (в умові поданий взагалі рід без близшого означеня), то віритель мусить вдоволити ся навіть найгіршим предметом або найгіршим сортом сего роду, бо вибір прислугує in dubio довжникови, та під тим зглядом має він повну свободу. Інакше лиш тоді, як віритель має право вибору — він може жадати й найліпшого сорта дотичного роду. З того бачимо, що австр. пр. прив. не приняло теорії торговельного права (арт. 335 торг. зак.), де сказано, що як в умові не подано прикмет певного роду, то довжник є обовязаний до середнього сорта і середньої якості. При обмеженім genus може довжник згл. віритель вибрати тільки у рамках, зачеркнених зобовязанєм. Тому може неразлучити ся, що обмеженє genus цілковито затратить ся і через те зобовязанє стане неможливим до сповненя — тоді погасає облїгацийний обовязок.

Вибір наступає тут після тих самих правил, що при виборових зобовязанях.

de facto зобовязанє sake same, але з причини інакшого означеня характеризує як р о д о в е зобовязанє.

§ 12.

Ділимість зобовязаня.*)

Одною з найважніших загальних прикмет облігаційної чинитьби є її ділимість або неділимість. Мимо того не бачимо в нашій законі нігде згадки про ділимі або неділимі чинитьби. § 888 к. з. згадує вправді про ділимість вірительности, але не каже, коли вірительність є ділима згл. неділима; далі §§ 889, 890 к. з. трактують буквально про ділимість річи — але під понятєм річи треба тут розуміти чинитьбу.

Проте можемо поки-що лиш те сказати: зобовязане є ділиме, коли чинитьба є ділима, зобовязане неділиме, коли чинитьба неділима. Але у чім лежить ділимість згл. неділимість чинитьби? Закон вказує вправді не постанови 16. глави II. части про спільність майна, але очевидно має на думці тільки практичне примінене тих постанов, та не хоче через те пояснити питане про суть ділимої або неділимої чинитьби, бо годі тото питане розвязати через правила про розділ майна між кількох правних учасників. Чинитьба є матеріальним, особа особистим елементом зобовязаня, тому не мож сказати, що чинитьба є ділима, коли в зобовязаню виступає більше осіб (пор. § 890 к. з.) Проте питане про ділимість зобовязаня мусить бути розвязане зовсім самостійно.

I. Коли виходимо із абстрактного та загального понятя чинитьби як осущеня волі у зверхнім сьвітї, то мусимо сказати, що чинитьба є неділима; але коли про те говоримо про ділимість облігаційної чинитьби, то можемо мати лиш одно на думці, іменно, чи тото право, яке слїдує з чинитьби, є ділиме, чи ні. Поняте ділимости чинитьби сходить ся з понятєм ділимости прав.

*) Пор. Burckhard, System II. ст. 115 і д.; Stubenrauch, Comm. II. ст. 63 і д.; Krainz, System I. § 51 (ст. 137 і д.), II. § 295 (ст. 3, 4); Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 179 і д.; Огоновский, Систем II. стор. 21, 22; Till, Prawo pryw. III. ст. 26—28; Schuster v. Bonnot, Grundriss стор. 8.

Значить: чинитьба є ділима, коли дасть ся без ушкодження фактично або рахунково розділити на поодинокі частини; та отсі складові частини мусять що-до якості мати таку саму вдачу, як цілий предмет і кожда частина мусить стати так самостійною, що може мати про себе свою правну судьбу, независимо від других. З того понятя виходить, що маємо на думці правну ділимість; отже понятє ділимости обіймає не лиш реальний, але т. зв. ідеальний поділ (*partes pro diviso et pro indiviso*), та чинитьба, що дасть ся поділити тільки на *partes pro indiviso*, є теж ділима.

II. Коли перейдемо з'осібна ріжні роди зобовязань, то питанє ділимости представить ся так:

1) Як предметом зобовязаня є чинитьба ділимої річи або ділимого права — то зобовязанє є ділиме. І навпаки: неділиме є зобовязанє такої річи або такого права, що не допускає навіть ідеального поділу (*pro indiviso*).¹⁾ Де ходить о скількість, то поділ є можливий по числі довжних предметів; але й впрочім зобовязаня про *date* є звичайно ділимі, бо дають ділити ся реально або ідеально.

2) Зобовязаня, яких предметом є праця, є звичайно неділимі з виїмком тих случаяїв, де ходить лиш о міру і час, не о якість і вислід роботи. Така робота, що є означена тільки після міри і часу, зове ся заміною роботою, бо діло не в тім, хто її зробив і як її зробив, лиш в тім, щоби в якімсь часі і до якоїсь міри була виконана — при ній можуть змінитись особи діланя і они можуть роботу поділити після часу і міри. Тому зобовязанє до такої роботи є ділиме.²⁾

3) Веяке инше *facere*, що не підпадає під понятє праці в тіснійшій розуміню, є то ділимою то неділимою чинитьбою в міру сего, чи служить до осущеня ділимого чи неділимого права.³⁾

¹⁾ Пр. неділиме є зобовязанє до заснованя сервітуту, бо сервітути не є ділимі.

²⁾ Пр. зобовязанє до скопаня рову на 100 кубічних метрів є ділиме — зобовязанє до будови хати неділиме.

³⁾ Пр. хтось зобовязує ся заплатити за другого довг, то зобовязанє є ділиме, коли довг є ділимий, а неділиме, коли довг є неділимий.

4) Зобовязання про *non facere* або *omittere* є неділимим, коли через діланє против закау нарушуєсь ціле право, а ділимим, коли таке діланє може доторкати також якоїсь частини права.¹⁾

III. Поділ зобовязань на ділимим і неділимим не має того значіння, мов-би ділимє зобовязанє могло против волї вірителя бути сповненє частями, бо § 1415 к. з. становить, що віритель не має обовязку приймати часткового сповненя. Але все-таки за волю вірителя ділимє зобовязанє може бути частково сповненє, а далі розділ зобовязаня на частини може теж наступити через особливші правні події — одначе при неділимим зобовязанях все те не може наступити.

Правні наслідки ділимого зобовязаня полягають взагалі у тім, що *in concreto* може наступити часткове знесенє його без огляду на другі частини; таке зобовязанє може теж розпасти ся на кілька самостійних зобовязань.

Дійсний поділ ділимого зобовязаня наступає або через волю сторін, або де не заявлено жадної волї по загальним законним правилам §§ 888, 889 к. з.

Неділима вірительність не може бути частками сповнена, а від неділимого довгу нема часткового звільненя.

§ 13.

Гроші.*)

Як звісно, грошева вартість чинитьби не є в нинішнім правнім обороті коначною її вимогою, але все таки признати треба, що найбільша часть облїгаційних чинитьб або просто

¹⁾ Мій товариш винен мені пр. 200 Кор., та я заключаю з ним відтак що-до сеї суми *actum de non petendo*. Але мої дідичі не оглядають ся на того *actum* і позивають мого товариша о половину довжної суми, т. є. о 100 Кор. — тоді можемо сказати, що мої дідичі лиш в половині нарушили право довжника: зобовязанє є ділимє. Інакше, коли я пр. другому зобовязу ся не ставляти хати в якісь віддаленю від його обійстя, а про те відтак ставлю хату; через те нарушаю ціле право, хочби я хату виставив тільки до половини: зобовязанє є неділимє.

*) Гл. *Codex Ther.* III. 4. n. 44—49, 55—56; 24. n. 25—45; *Nor-*
ten, III. 4. §§ 13—16; 25. §§ 16—46, *Martini* III. 3. §§ 23—25; *Gal.*

звучить на гроші, або в разі потреби дасть ся звести на гроші. Тому між облігаційними чинитьбами мають гроші найважніше та загальне значіне.

Гроші сповняють в економічнім і правнім обороті дві головні задачі: они є загальним средством обміну і загальною мірою вартости.

Як загальне средство обміну сповняють они теж функцію загального средства заплати — тому найбільша частина облігаційних відносин дасть ся звести до грошевої чинитьби, та при неможливости сповнення чинитьби станowiąть гроші еквівалент у місце первісного зобовязаня. В грошах обчисляє ся понесену шкоду.

Далі є гроші загальною мірою вартости — тому вартість річий подає ся в грошах.

I. Загальне значіне грошей в економічнім і суспільнім обороті приневолює державу, заняти ся всіми питаннями, що відносять ся до признаня їх загальним средством обміну. Тому річню держави є установити, що треба вважати за гроші. Такі гроші, що їх держава у своїм обсягу признаєть загальним средством обміну, називаємо валютою (Währung). Валюта мусить в дотичній державі мати примусовий курс (Zwangs-

кн. з. III. §§ 97, 98; Protokolle II. ст. 65, 66, 409, 458—462, 616—619 647.

Pop. Zeiller, Comm. III. ст. 231—247, IV. 143 і д.; Nippel, Erläuterung VII. стор. 8—25; Winwarther, Bürg. R. IV. ст. 186 і д.; Unger, System I. ст. 373 і д.; Kirchstetter, Comm. ст. 508 і д.; Stubenrauch, Comm. II. ст. 184—201; Schiffner, Lehrbuch I. § 83; Burckhard, System II. ст. 149 і д.; Krainz, System I. § 92 (стор. 237 і д.), II. § 341 (ст. 150 і д.), § 361 (ст. 207 і д.); Hasenöhrl, Obl. R. I. ст. 223—264; Огоновский, Систем II. стор. 179 і д.; Till, Prawo pryw. III. стор. 36 і д.; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 9, 10.

Головну вагу для австр. пр. має Schey, Die Obligationsverhältnisse des oest. allg. Pr. R. I. ст. 108—128.

Венгрі поп. Savigny, Obl. R. §§ 40—48; Windscheid, Pandekten II. § 256; Goldschmidt, Handelsrecht II. § 99 i Zeitschr. für H. R. XIII. ст. 367—390; Knies, Geld und Credit. Haerdtl, Tremel und Weiss, Process der Kaiser Franz-Josephs-Bahn wegen Einlösung der Prioritäten-Coupons; Frankl, Zur Frage der Goldeinlösung der oest. Prioritäten-Coupons; Bekker, Ueber die Coupons-processe; Hartmann, Internationale Geldschulden.

curs), та кожний мусить її при заплатах приймати і сплачувати нею свої грошеві зобов'язання.

При означеню валюти, а перед всім при виборі якогось предмету на субстрат гроший, повинна держава придержуватись загальних економічних правил, бо самовільне поведене держави може викликати дуже сумні економічні наслідки. Проте гроші повинні уже про себе представляти якусь внутрішню вартість, та она не повинна бути значно менша від тої вартости, яку держава надає грошам. Таку прикмету мають металеві гроші (Metallgeld, klingende Münze), та металі — а головно золото і срібло — признано давно найвідповіднішим матеріалом на гроші.

Але зі зростом кредиту стрічаємо теж сурогати гроший, що про себе не представляють ніякої внутрішньої вартости, але полягають на кредиті виставця або взагалі того, що до викупу обов'язаний. Тут належать:

1) т. зв. кредитові гроші (Creditgeld), що полягають виключно на кредиті виставця. Держава або инший могутий грошевий інститут заявляє, що приймає заплати в певних грошевих сурогатах — тоті сурогати зовуться кредитовими грошми. Пр. держава, котра взагалі побирає велике число грошевих сплат, випускає т. зв. державні папери (Staatspapiergeld), заявляючи, що в тих паперах буде приймала сплати в заступництві гроший. А тому, що велике число горожан до таких сплат обов'язане, то й природно, що майже кожний готов їх приймати замість гроший, і так приймаються тоті папери в загальнім економічнім обороті і курсують немов гроші.

2) Другим родом грошевих сурогатів є т. зв. кредитові папери на гроші (Geldcreditpapiere); они полягають на кредиті викупу. Пр. банкноти — удержують ся в курсі через те, що банк обов'язаний на жадане держителя виплатити суму, на яку банкнот звучить, кожної хвилі в металевій валюті.

3) Врешті в кожній державі стрічаємо т. зв. здайну монету (Scheidemünze), що вправді вибиває ся з металю, але її внутрішня вартість далеко низша від номінальної, с. т. тої вартости, яку признає її держава в грошевім обороті. Тому она не є валютою, але тільки сурогатом гроший.

Усі сурогати гроший мають ту прикмету, що в грошевих зобов'язаннях можуть становити предмет чинитьби і під тим згля-

дом можуть заступати місце валюти. Але декуди, іменно при аномальних грошових відносинах в державі, як бувало в Австрії, мають деякі суроґати гроший примусовий курс, з тим успіхом, що віритель мусить їх замість гроший прийняти, а довжник звільняє ся через заплату тими суроґатами від грошового довгу. При здайній монеті примусовий курс є дуже обмежений, та істнує лиш до певної, законом означеної висоти.

II. Головне значіне гроший в праві лежить в т. зв. грошевім зобовязаню (*Geldleistung, Geldschuld*) — проте право займає ся перед всім теорією грошових зобовязань. Але заки приступимо до сеї теорії, мусимо розглянути, що може бути предметом грошового зобовязаня.

1) Предметом грошового зобовязаня в технічнім розумію є гроші взагалі — без близшого означеня;¹⁾ значить, гроші як загальне средство заплати, признане державою. Тому, як заходить сумнів, чи грошеве зобовязанє обмежуєсь на якийсь рід гроший, то треба радше припускати, що такого обмеженя нема, отже заплата може наступити в валюті без огляду на рід.

2) Але серед даних обставин може грошеве зобовязанє відноситись тільки до якогось означеного сорта; се грошеве зобовязанє в ширшім розумію (т. зв. *Geldsortenschuld*).²⁾ Зобовязанє до певного сорта може наступити двояко :

а) Контрагенти можуть вправді умовитись, що заплата має наступити в означенім сорті, але всеж таки ходить їм головно о дійсну заплату, так, що коли заплата не могла-б наступити в означенім сорті, то мусить наступити в иншій сорті. Тому поки дотичний сорт находить ся в обороті, мусить довжник тим сортом заплатити, але коли стратить курс, то довжник не є звільнений від заплати, та мусить заплатити довг иншим сортом, що находить ся в обігу і має валюту.

б) *In concreto* може однак віритель жадати виключно того сорта, що є означений в умові, з тим, що довжник мусить

¹⁾ Пр. зворот позички 100 К.

²⁾ Пр. Умова, що зворот позички (100 Кор.) має наступити в срібних гульденах австр. вал.

йому тим сортом заплатити, хочби тойже не находив ся уже в обігу.¹⁾

Де нема сумніву, що зобовязане відносить ся до означеного сорта, там звичайно заходить перший випадок (sub a), значить, довжник є до заплати в тім сорті лиш тоді обовязаний, як той сорт находить ся в обігу; другий випадок (sub b) є виїмковий, тому дотичний намір контрагентів мусить недвозначно бути висказаний (пр. словом „виключно“ „effectiv“ і т. и).

3) Вкінці гроші можуть бути предметом індивідуальної чинитьби, коли довжник обовязаний звернути тоті самі species, які одержав.²⁾ Се не є грешеве зобовязане в правнім розуміню. Оно вважаєсь на рівні з іншими індивідуальними чинитьбами, тому підчиняє ся загальним правилам про індивідуальні чинитьби; а окремі постанови про грошеві зобовязаня не дадуть ся до них примінити.

III. Теория грошевих зобовязань переходила ріжні стадії розвою. Первісно трактовано її при науці про позичку, немовби грошеві зобовязаня істнували тільки в обемі позички. Взагалі ще в 18. віці отся теория була дуже неясна, бо ніхто не був свідомий далекосяглости всіх питань, які виривають при грошевих зобовязанях. У тім ступени розвою находилась доктрина теж в почині 19. столітя, підчас редакції нашої к. з.; тому дотичний трактат в законі випав неясно. Наша к. з. трактує теорию грошевих зобовязань в науці про позичку (§§ 984—989).

Але відтак наука поступила у перед. Savigny питаєсь перший, що є змістом грошевого зобовязаня, та відповідає на питанє, чи грешеве зобовязане має цінити ся після номінальної, внутрішньої або металевої вартости, чи врешті після курсової вартости довжної суми.

Номінальна або зверхна вартість гроший (Nominal- oder Nennwert) — се вартість, яку держава прикладає до валюти.

¹⁾ Пр. хтось збирає монети і вимовив собі від довжника 3 примірники двогульденових монет з потретом цісаря і цісареві.

²⁾ Пр. даю комусь мою касу з грішми на перехованє.

Металева або внутрішня вартість (Metall- oder innerer Wert) — се вартість сего металю, що є субстратом якоїсь монети.

Курсова вартість (Curswert) є висказом вартости, яку загальна опінія признає грошам в економічнім обороті.

Уже перед виступом Savign-ого питанє про номінальну або металеву вартість гроший було справді актуальне, але ніхто з того питання не здавав собі справи і правники його принципіально не ставляли. Первісно рішала в грошовім обороті номінальна вартість — та після неї заключувано і сплачувано грошеві зобовязаня. Але коли пануючі почали надуживати свого регалю і для підратованя своїх приватних фондів надавати грошам далеко вишу номінальну вартість, ніж їм в економічнім обороті прислужувала, упало довіре горожан до номінальної вартости гроший, та супротив того мусіли они підставою оцінки гроший признати внутрішню, є. є металеву вартість. І так приняв ся в науці погляд, що гроші повинні цїнити ся після металевої вартости. Тота теория володіла за часів редакції нашої к. з., та її слїди бачимо в поодиноких постановах пр. в §§ 988 і 989.

Против сеї теорії виступив Savigny і на її місце поставив теорию курсової вартости. Він учив, що як гроші є предметом чинитьби, то платить ся їх вартість після курсу. Одначе тота теория нестійна для тих грошових зобовязань, що звучать на державну валюту і що в тій валюті мають бути виконані; курсова вартість може рішати лиш там, де ходить о означене довжної суми або заплати в чужій валюті, бо тут мірою курсу є державна валюта дотичної держави.

Проте Goldschmidt поставив иншу теорию, — що відтак принялась загально в науковім сьвітї. Він виходить із понятя валюти. Коли держава признає якіє гроші за валюту, то висказує через те, що они мають бути загальним средством заплати, і то після тої вартости, яку она їм надає. Хто взагалї в области якогось монетарного закона зобовязує ся до грошевої чинитьби, той мусить *implicite* годитись з тим, що заплата повинна наступити після сеї міри, яка є означена у тїм законї. Але монетарний закон певної держави не може мати обовязуючої сили в других державах; тому де ходить о чужу валюту, там не може обовязувати ніякий монетарний

закон, тільки курс. Значить, при державній валюті рішає номінальна, при чужій курсова вартість.

Але на тім не кінчать ся всі питання, які підносять ся при грошевих зобов'язаннях. Новітня теорія з'уміла доказати, що крім сего треба зробити різницю між тим, як довг означено при заключеню зобов'язання, а тим, що має бути предметом за плати при сповненю зобов'язання. Проте питання, чи підставою грошевого зобов'язання є номінальна, чи курсова вартість, ставляє ся все окремо що-до т. зв. довжної суми (Schuldsumme), в якій означено довг. і окремо що-до платної суми (Zahlungssumme), в якій має наступити заплата — та у тім лежить головна розв'язка нинішньої теорії грошевих зобов'язань.

Хоча редактори австр. к. з. не ставляли собі отсих питань, то все таки мусимо ми їх поставити й з того боку пояснити становиско грошевих зобов'язань в австр. праві. Проте ідучи за приміром Scheu-а треба відрізнити:

1) В яких грошах означуєсь довжна сума? які гроші можуть при заключеню умови становити субстрат грошевого зобов'язання? Закон не знає в тій мірі ніякого обмеження, та лишає все свободній волі сторін. Значить, сторони можуть означити довжну суму при заключеню зобов'язання (згл. при позичці дати позичку) то в державній валюті або в грошах, що не є признані за валюту, але про те находять ся в обороті, то в монеті або в паперових грошах, то в заграничній валюті і т. д. Лиш за казані гроші (verbotenes Geld) не можуть бути предметом довжної суми¹⁾, бо тоді зобов'язанє є неважне по мысли §§ 878, 880 к. з. — Коли заходить сумнів, в якій валюті означено довжну суму, треба припускати, що сторони годять ся на валюту, признану в Австрії (значить, австр. валюту arg. з § 4 пат. з 27. цвітня 1858, ч. 63 В. з. д., згл. зак. з 2. серпня 1892 ч. 126 В. з. д.).

2) В яких грошах можна в умові означити платну суму? значить, чи вже в умові можна подати, в яких грошах має наступити заплата і які гроші можна собі при тім вимовити? Як в першім випадку (sub 1), так і тут свобода

¹⁾ Пр. ноти Кошута по мысли розп. з 27. цвітня 1854, число 107 В. з. д.

волі сторін є зовсім повна, проте можна уже в умові жадати сплати в означенім сорті, і то без огляду на те, чи пр. позичка була дана в тім самім сорті, чи в іншій. Лиш один позитивний виїмок від того правила знає австр. пр. — бо як заплата має відбутися в Австрії в австрійській валюті, то в умові не можна виключити заплати в банкнотах або в державних нотах (пат. з 2. червня 1848 ч. 1157 зб. суд. зак.). Коли-б против сеї постанови вимовлено, що заплата не може наступити в банкнотах або в державних нотах, то така вимова неважна, а довжник може про те довг заплатити в банкнотах або в державних нотах, та віритель, що такої заплати не приймає, попадає у *mora creditoris*.

Від того виїмку є однак один виїмок: Хто другому дав позичку в монеті — значить: коли *numeratio pecuniae* при даванню позички наступила в звінких монетах, то віритель може в умові жадати, аби заплата наступила теж в звінкій монеті (цїс. розп. з 7. лютого 1856 ч. 21 В. з. д.).

3) В яких грошах мусить наступити заплата, в яких грошах мусить отже довжник сплатити своє зобов'язанє, а віритель прийняти заплату? Довжник повинен заплатити перед всім в тій валюті, згл. в такім сорті, що був підставою умови. Коли-б одначе умовлений рід грошей в часі й на місці заплати не був уже в обігу, або коли-б набуто умовлених грошей під той час і у тім місці було незвичайно трудне й з нерозмірно великими коштами получене, то заплата наступає в валюті часу й місяця заплати (§ 905 к. з.) В виборі сорта є однак довжник обмежений, бо закон постановляє, що заплата мусить наступити в такім сорті, який є найбільше зближений до того сорта, до котрого довжник був спершу зобов'язаний (§ 989 к. з.).

Але коли пр. позичку виплачено в банкнотах, то з того не можна ще вносити, мов-би й заплата мусїла конечно наступити в банкнотах, бо хоч *numeratio pecuniae* наступила в банкнотах, можна все таки в умові установити інший сорт підставою для будучої заплати.

Коли в умові не подано взагалї валюти або сорта, в яким довг має бути заплачений, то заплата мусить наступити в валюті часу й місяця заплати — тільки довжник має тут свободний вибір між ріжними сортами (§ 906 к. з.).

4) Кілько треба заплатити, аби уморити грошеве зобов'язане? — що становить отже зміст грошового зобов'язання? Всякі труднощі відпадають, коли довжник платить довг в тім самім сорті, і в тій самій валюті, в яким означено довг і умовлено заплату при умові. Хтось позичає другому 200 К. в банкнотах і той віддає 200 К. банкнотами; тут різниці курсу не відгрівають ніякої ролі (§§ 987, 988 к. з.).

Питанє про зміст грошового зобов'язання стає актуальне в всіх інших випадках, і треба його окремо поставити для довжної суми й окремо для платної суми.

а) Як обчислює ся вартість довжної суми, в якій довг означено? Коли довжну суму означено (згл. позичку виплачено) в державній валюті, яка обов'язує в часі й місці заключення умови, то она мірить ся після номінальної вартости — а коли її означено в чужій валюті, після курсової вартости.

Доперва по відповіді на се питанє, значить, по означеню вартости грошового зобов'язання в хвили заключення умови, можна відтак приступити до другого питання, себ-то до означення висоти платної суми в хвили заплати.

б) Після якої вартости числить ся грошева заплата? після якої вартости оцінюєсь отже платна сума? Тут треба також відрізнити, чи заплата відбуває ся в державній валюті часу й місця заплати, чи в чужій валюті. В першім випадку рішає номінальна, в другім же курсова вартість.

Тоті правила пояснимо на примірах. Взагалі всюди, де треба обчислити, кілько довжник має in concreto заплатити, ходить о відношенє, в яким зістає довжна сума Д до платної суми П. Тут можливі такі комбінації:

α) Коли довжна сума є означена в державній валюті, а заплата має наступити в чужій валюті, тоді обчислює ся номінальну вартість довжної суми Д і курсову вартість платної суми П. Пр. Позичка, дана у Львові 1. січня 1901. в квоті 100 фл. австрійськими банкнотами на один рік, має бути звернена також у Львові 1. січня 1902, але в німецьких марках. Тоді $D = 100$ фл. австр. вал., бо се номінальна вартість банкнотів. $P =$ тільки марок, кілько вартне є 100 фл. в сріблі після курсу марок 1. січня 1902; пр. при курсі: 10 марок = 5 фл.

$$90 \text{ кр.} - 100 \text{ фл.} = \frac{10000}{59} = 169.49 \text{ марок.}$$

β) Коли противно довжну суму означено в чужій валюті, а заплата має наступити в державній валюті, то обчислює ся курсову вартість довжної суми D , а номінальну вартість платної суми P . Пр. позичка, дана у Львові в січні 1901 вносить 100 марок, та має бути звернена у Львові 1. січня 1902 в австр. вал. Тут числить ся курс марок 1. січня 1901, пр. 10 марок = 5 fl. 90 кр. — отже 100 марок = 59 fl. австр. вал. — се є висота довжної суми D . Она є підставою обчислення платної суми P , що числить ся після номінальної вартости, отже $P = 59$ fl. австр. вал.

γ) Коли довг означено в чужій валюті й заплата має теж наступити в чужій валюті, то спершу обчислює ся курсову вартість довжної суми D в день заключеня умови, а відтак курсову вартість платної суми P в день платности. Пр. у Львові зятягнуто 1. січня 1901 позичку 100 francs, що мають бути звернені 1. січня 1902 в німецьких марках. Тому $D =$ курсови 100 francs 1. січня 1901; пр. 100 fr. = 47.50 fl. Проте $P =$ тільки марок, кілька містить ся в 47.50 fl. австр. вал. підчас курсу з дня 1. січня 1902, значить :

$$\frac{475000}{59} = 8051 \text{ марок. —}$$

IV. З питанєм про зміст грошового зобовязаня вяже ся безпосередно питанє про зміну валюти і її вплив на грошеве зобовязанє. Чимало лучає ся, що між повстанєм а сповненєм грошового зобовязаня наступить зміна валюти, або вийде новий монетарний закон, що для існуючої валюти подасть иншу міру. Тоді обчисленє наступає після номінальної вартости, бо з повнєших заміток слідує, що при державній валюті рішає все номінальна вартість. Обчислює ся перед всім номінальна вартість довжної суми в хвили й на місци заключеня умови; а відтак, коли між тим наступить зміна валюти, монетарний закон подає, у яким відношеню зістає стара валюта до нової і після тогож відношеня обчислює ся номінальна вартість суми в часі й на місци заплати.¹⁾

Про зміну валюти і її вплив на грошеві зобовязаня трактують ex professo §§ 988, 989 к. з., та на перший погляд зда-

¹⁾ Пр. Хтось зятягнув позичку 100 fl. банкнотами в р. 1890 і має її заплатити за 20 літ в р. 1910, коли вже наступила зміна валюти австр. на коронову. Номінальна вартість позички в день заключеня умови є 100 fl. австр. вал. А тому що 1 fl. = 2 К., то заплата вносить $2 \times 100 = 200$ К.

еть ся, що доходять до иншого висліду. Але в сути річи й австр. пр. приймає теж в правилі теорію номінальної вартости.

Перед всім треба примітити, що §§ 988, 989 говорять лиш про такі грошеві зобовязаня, котрих предметом є звінкі монети (*klingende Münze*), а не инші роди гроший (тому не прикладають ся до паперових гроший); далі тут є бесіда тільки про зміну монети (*Münzveränderung*), отже они не відносять ся до тих випадків, коли звінкі монети не змінили ся, хоч пр. паперові гроші перебули основну зміну. § 988 к. з. каже тому, що зміни зверхної, т. є. номінальної вартости умовленої монети не мають ніякого впливу на зобовязанє; пр. хтось зобовязує ся дати другому 1000 цванцітерів по $\frac{1}{4}$ fl., то мусить дати цілих 1000 цванцітерів, хоч-би держава між тим піднесла їх номінальну вартість пр. на 28 кр. Сей вислід не противить ся одначе повисшій теорії.

Що-до зміни внутрішньої, т. є. металевої вартости має при заплатах в державній валюті по мысли §§ 988, 989 к. з. рішати металева вартість, т. є. відношенє металевої вартости старої валюти до металевої вартости нової валюти; але справедливо учить v. Scheu, що при кождім переході у нову валюту мусить монетарний закон подати точно того відношенє старої валюти до нової. При всяких грошевих обчисленях мусить такий грошевий закон мати повне приміненє. Тому й ясно, що коли вихідною точкою всяких обчислень є тут постанова закона, то в сути річи не мож сказати, що *in concreto* рішає металева вартість, але номінальна вартість.

Про инші случаї не згадує закон, тому що-до них теорія номінальної вартости не може бути сумнівою.

Повисшу тезу провіримо на примірах :

а) Дано позичку у Львові в р. 1850 в конвенційній монеті: 100 fl. конв. мон.; заплата мала наступити в р. 1860. $D = 100$ fl. конв. мон. — II має бути означене уже в австр. вал.; значить : $II = 105$ fl. австр. вал., але не тому, що металева вартість нової валюти до металевої вартости старої валюти стоїть у відношеню 105 : 100, тільки тому, що таке відношенє устанавляє виразно монетарний закон з 27. цвѣтня 1858.

б) Тим самим способом обчислює ся теж різниця між валютою довжної суми а валютою платної суми, наколи в часі між одною валютою а другою зайшла часова зміна валютного систему. Проте після повисшого правила розвязуєсь та-

кож спірне питанє, як перевести обрахунок тих грошових зобовязань, що були заключені перед 1799 р., а приходять до заплати по 1. падолисті 1858 р. В межичасі наступила іменно звісна редукция т. зв. банкоцетлів до пятої ($\frac{1}{5}$) частини попередної номінальної вартости. Тоті банкоцетлі спадали вже від 1796 року постійно в курсі і ніхто не хотів їх приймати в номінальній вартости, так що фінансовий патент з 15. марта 1811 р. мусів їх відтак зредуковати до $\frac{1}{5}$ частини номінальної вартости, та 1 fl. в банкоцетлях представляв оісіля вартість 20 кр. конв. мон. Але годі сказати, будьто-би фінансовий патент на місце старої валюти запровадив нову, він тільки здеприційонував номінальну вартість державних паперів. II. зв. віденьска валюта не є окремою валютою, она тільки випускає в сьвіт нові державні папери, що мають супротив давних банкоцетлів повну номінальну вартість, котра як передше числить ся після конв. мон.

Тому після повисших правил грошеві зобовязаня, заключені перед р. 1799, обчисляють ся після номінальної вартости часу й місця заключеня умови, так що пр. 100 банкоцетлів представляє вартість 100 fl. конв. мон. і отся сума мусить бути підставою дальшого обрахунку. Пізнійша редукция не впливає зовсім на обчисленє. Закон з 27. цвѣтня 1858 зніс відтак конвенційну монету і на її місце впровадив т. зв. австр. вал. Тому від хвилі, коли сей монетарний закон увійшов в жите (1. падолиста 1858 р.), сповненє грошових зобовязань, заключених після конв. мон., наступає в австр. вал. в відношеню 100 : 105. Коли отже Д (100 банкоцетлів) після своєї номінальної вартости = 100 fl. конв. мон., то II мусить по 1. падолисті 1858 р. = 105 fl. австр. вал. Редукция банкоцетлів 1811 р. не спровоадила зміни валюти, тому не входить в рахунок.

Таке є порішенє повисшого спірного питаня — і справді наша юдикатура нераз в тім змислі його рішала. Але на жаль тотя практика змінила ся й найвисший суд в Відни в пленісімарнім засіданю з 10. марта 1891 рішив, що зведенє вірительностей, які повстали перед 1799 р. на нову валюту австр. відбуває ся так, що від 1. падолиста 1858 р. 100 fl. т. зв. віденьської валюти = 24 fl. австр. вал.

у) Коли австрійський суд має рішати про грошеве зобовязанє, заключене в Австрії, що приходить до заплати за границею, пр. в Німеччині, (пр. позичка була дана в Австрії

в німецьких марках і має бути звернена в Німеччині), то так довжна, як платна сума обчислюють ся після номінальної вартости. У тім правилі не зміняєсь нічого, хоча в межичасї, т. є між повстанем а сповненем зобовязаня змінилась валюта місця сповнення. Отже коли німецька валюта, в якій має наступити заплата в Німеччині, змінила ся між заключенем а сповненем зобовязаня, то про відношенє старої валюти, в якій довг був означений, до нової валюти, яка обовязує в часі й місці заплати, рішає німецький монетарний закон. Тому позичка 100 талярів, заключена в 1867 р. в Австрії, а платна 1874 року в Німеччині в німецькій валюті, обчислює ся в валюті німецької держави після арт. 14 німецького монетарного закона з 9. липня 1873, т. є в марках, і то в відношеню 1 : 3 (1 таляр = 3 марки), отже довжник мусить заплатити 300 марок, бо се є номінальна вартість 100 талярів.

Після того шемату належало поступати при славно звійних купонових процесах (Couponsprocesse) против австрійських залізниць. Се справа тим більше інтересна, що займали ся нею австрійські і німецькі суди і їх рішеня були діаметрально противні, бо австрійські суди рішали на користь австрійських довжників, а німецькі суди на користь німецьких вірителів. Справа була така:

Австрійські залізниці випускали свої облїгації першєнства (Prioritäts-Obligationen) в той спосіб, що їх купони були виставлені альтернативно на fl. австр. вал., або таляри німецької, франки французкої валюти і т. д. Такий купон звучав пр. так: Купон на 5 fl. а. в. в сріблі, а бо (oder) . . . $3\frac{1}{3}$ талярів талярової вал. . . . платний у Відні . . . а бо за границею в банкових домах, поданих надзираючою радою залізничого товариства акційного.

Австрійські залізниці, що випускали такі облїгації, старались через поданє чужої валюти й місця заплати за границею (пр. Берлін, Фракфурт н. М., і т. п.). втягнути до підприємства заграничний капітал і пустити як найбільше число акцій в обіг. Тому в купонах була подана не лиш австр., але й чужа валюта, бо в тій валюті улекшено заплату для чужинців. З того виходить, що підставою осудженя вартости купонів не була тільки австр. валюта, але через альтернативне поданє інших валют і місць заплати за границею дано можливість заплати в чужій валюті і в заграничних містах, як Берлін,

Франкфурт і др. Тому хто набув право до таких купонів, міг в Німеччині жадати за один купон $3\frac{1}{3}$ талярів без огляду на кожодчасний курс австрійських гульденів. Австрійські залізничі затягли вправді зобовязане в Австрії, але для німецьких акціонерів мусіли платити в німецьких банкових осередках після номінальної вартости німецької валюти.

Поки німецька валюта не змінилась, не було ніякого сумніву; але між тим змінилася в Німеччині валюта на т. зв. „deutsche Reichswahrung“, замість талярів настали марки, а арт. 14 зак. з 9. липня 1873 постановляв, що відношене таляра до марка є $1 : 3$, отже один таляр старої валюти = 3 марки нової валюти. Проте купони належало відтак сплачувати в відношеню $1 : 3$, значить, замість $3\frac{1}{3}$ таляра 10 марок.

Одначе австрійські залізничі не хотіли уже платити 10 марок, та боронились так: Підставою зобовязання є 5 fl. австр. вал., тому они є обовязані виплачувати лиш тільки марок, кілька відповідає 5 fl. австр. вал. Се дало причину до многих процесів, котрі судились раз в Австрії раз в Німеччині. Німецькі суди боронили німецьких вірителів і признавали їм за купон 10 марок — австрійські суди висказувались противно за своїми залізницями й признавали їх аргументацію. З повисших заміток однак виходить, що обчислене повинно було наступити після номінальної вартости, значить, після постанови німецького закона монетарного. Тому справедливість була по стороні німецьких не австрійських судів.

§ 14.

Нарости або відсотки.*)

Побіч гроший заслугують на загальну увагу зобовязання до наростів або відсотків.

I. Найширше понятє наростів або відсотків (Zinsen, usurae), обіймає після теорії Петражицкого всі доходи з обіжного капіталу (umlaufendes Capital). Проте

*) Гл. Codex Theresianus III. 17. n. 1—110; Herten III. 4. §§ 35—60 (до того пор. Harras v Harrasowsky, die Umarbeitungen des Codex Ther. I. стор. 340 і д.), 18. §§ 25—30; Martini III. 8. §§ 2—9; 14

1) невірний є погляд, мов-то нарости представляють ся як нагорода за те, що віритель мусів через якийсь час обходити ся без уживаня своєї річи, або свого капіталу; бо лучаєсь, що довжник обовязаний звернути лиш ті нарости, які з річи дійсно побрав (т. зв. *usurae percipitae*), а тоді не може бути бесіди про якусь окрему нагороду, тільки про повернене чистого доходу;

2) найширше понятя наростів не можна обмежувати лиш до грошей або інших замінних річий — як се робить володїюча теория, — бо хто пр. одержав якийсь капітал (т. є. гроші, замінні або незамінні річи) до заряду й з того капіталу мав якісь доходи, себ-то нарости, то мусить в сеї тоті доходи (нарости) звернути, й то без огляду на те, в яким виді він сей капітал одержав і в яким виді мусить його звернути. Тут ріжниця між замінними і незамінними річами не має основної ваги;

3) не можна жадати, аби нарости належали все до річий того самого рода, що капітал.¹⁾

§§ 24, 25; Гал. кн. з. III. §§ 99, 256—259, 486; Protokolle II. ст. 67—69, 409, 442, 458, 564, 577, 612, 620.

Гл. Stenographische Protokolle des Abg. Hauses IV. Session, ст. 1412, 2106—2134, 2142—2163, 2168—2175; 2191, 3173, 3320—3324, 3335, 3688; Sten. Prot. des Herren-Hauses IV. Session, ст. 819—844; Sten. Prot. des Abg. H. IX. Session ст. 5, 118, 145, 3453, 3454, 3662—3680, 3694—3714, 3732—3759, 3790—3794; 3806—3835, 3849—3874, 3880—3891, 3922, 5232, 5711—5715, 5914; Beilagen ч. 3, 33, 153, 241, 270, 338, 342; Sten. Prot. des Herren-H. IX. Session, ст. 329, 465—495; Beilagen ч. 108, 139, 140.

Pop. Zeiller, Comm. III. ст. 253—252; Nippel, Erläuterung VII. ст. 35—54; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 199—208; Kirchstetter, Comm. ст. 512 і д.; Stubenrauch, Comm. II ст. 205—211; Krainz, System II. ст. 298 (ст. 11 і д.); Hasenöhr, Obl. R. I ст. 290—308; Till, Prawo pryw. III. ст. 47 і д.; Огоновский, Систем II. ст. 29 і д.; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 10, 11.

Внешні Petrażycki, Die Lehre vom Einkommen II ст. 123—330; Unger, Fragmente aus einem System des oest. Obl. R. в Haimerl-a Oest. Vierteljahresschrift XIV. ст. 117; Randa, Die Lehre von den Zinsen und der Conventionalstr.; Scheu, Obligationsverhältnisse I. ст. 129 і д.

¹⁾ Пр. хтось управляє чужим майном, в котрім находить ся м. и. якась дорожочіна річ, тому дорожочіність змінє він відтак на опроцентовану вірительність і побирає з неї відсотки, а по відобраню капіталу купує корову

4) врешті годі сказати, що нарости означають ся тільки процентуально, бо лучаєсь чимало, що хтось зобов'язує ся до плачення певних сум від позичених грошей (пр. за 1 корону 1 сотик на тиждень) — та ніхто не сумніває ся, що в таких случаях ходить о відсотки.

Від наростів або відсотків (Zinsen) треба відрізнити чинші (Zinse), пр. чинш найму, аренди і др. Чинш є доходом з постійного капіталу (stehendes Capital).

II. Найширше понятє наростів не є однак вихідною точкою нинішних законів. В законодавствах стрічаємо тісніше понятє, що представляє ся як обмежене поданого вище понятя.

Нарости в тіснішій (технічній) розуміню — се доходи з грошей або иншого обіжного капіталу, що мають бути сплачувані в грошах або инших зуживаємих річах; їх обчислює ся в процентах від капіталу, а правна їх судьба зависима все від головного зобов'язання (Hauptschuld), до котрого належать.

Тому не є відсотками:

1) всякі потручення (Abzüge), які віритель робить довжникови при numeratio pecunie — бо такі потручення є лиш одноразовими чинитьбами та не мають признак поворотних, се-то періодичних чинитьб — а до понятя доходів конечно є періодичність чинитьби. Де нема доходів, не може бути відсотків. Проте потручення при позичці представляють ся з правного огляду як збільшене зворотного капіталу. Одноразова провізія при виплаті позички також не належить до відсотків;

2) ренти заступають місце капіталу; они представляють ся як періодична сплата капіталу, тому не є доходами з нього — й тим різнять ся від відсотків,

3) також амортизація капіталу не представляє ся як доходи з капіталу й тому має инше значінє, ніж відсотки,

й віддає її опісля властители. Отже предметом наростів була тут незамінна річ (дорогоцінність), що приносила відсотки в грошах, а предметом звороту є инша річ з побраними відсотками.

4) дивіденди, які акціонерам спілки акційні виплачують з чистого доходу підприємства, різнять ся від відсотків тим, що не є стало означені, але постійно змінюють ся; зрештою они становлять про себе самостійне зобовязанє, независимо від ніякого зобовязаня, так що можуть мати окрему правну судьбу, коли противно відсотки є все зависимі від головного зобовязаня,

5) врешті такі процентуальні сплати, що їх виплачують акційні товариства в почині свого істнованя на час будованя залізниці абе иншого заведеня, аби вкладка акціонерів не лежала безкорисно (т. зв. будівляні відсотки, Bauzinsen) — різнять ся від відсотків в технічнім значіню тим, що годі їх вважати доходами із капіталу, бо акційне товариство не має тоді ніякого зиску, тільки самі видатки: они представляють ся з правного боку як часткова сплата вкладки акціонера, та носять лише назву відсотків, але не мають їх характерних знамен.

Право до відсотків належить до категорії зависимих або підрядних прав (*accessorische Rechte*; пор. § 912 к. з. verb. „Nebengebühr“), і тому вимагає істнованя головного зобовязаня. Предметом головного зобовязаня (*caput, sors*) мусить бути обіжний капітал, та зависимість відсотків від того зобовязаня проявляє ся так:

1) Через погасненє головного зобовязаня погасає зобовязанє до відсотків на будучє. Що-до запавших уже відсотків (*fällige Zinsen*), треба відрізнити, чи головне зобовязанє погасло *ex tunc*, чи *ex nunc*. В першім случаю з погасненєм головного зобовязаня погасають теж запавші відсотки, в другім же случаю погасають они лише *pro futuro*, не *pro praeterito*¹⁾.

2) Через задавненє головного зобовязаня задавнюють ся також відсотки, котрі залягають уже що найменше 3 літа, бо

¹⁾ Пр. хтось віддає довжний капітал, то з тою хвилиною не можуть повстати нові відсотки, але зобовязанє до запавших уже а не заплачених відсотків не погасає (діланє *ex nunc*). Коли однак зобовязанє показалось *ex post* неважним, то відпадає не лиш головне зобовязанє, але теж всякий обовязок до відсотків (діланє *ex tunc*).

зобовязання залягаючих відсотків погасають по впливі 3 літ (§ 1480 к. з.).

3) Право заставу обіймає не лиш головне зобовязане, але й зобовязане до відсотків (*usurae perceptae*, arg. § 457 к. з.).

4) Через те, що хтось хоч-би як довго від чужої віри- тельности побирав відсотки, не може її засидіти.

Але мимо зависимости відсотків від головного зобовязання може віритель доходити свого права до відсотків перед судом самостійно і без огляду на головне зобовязане. Коли отже дов- жник хоче платити залягаючі відсотки, не звертаючи капіталу, а віритель не хоче того прийняти, то що-до відсотків попадає у *mora creditoris* (*accipiendi*). Заплата відсотків не представляє ся тут як часткова чинитьба по гадці § 1415 к. з., (яку віри- тель не обовязаний прийняти), тому віритель мусить на ню зго- дити ся, а що-до самого капіталу може удати ся на дорогу права.

Інакше при сплаті капіталу. Тут може віритель прямо жадати, аби довжник сплатив рівночасно залягаючі відсотки, бо сплата відсотків має все першєство перед сплатою ка- піталу (arg. § 1416 к. з.), та від сплачених грошей потручають ся в першім ряді відсотки, а доперва решта вчислює ся на капітал; тому коли отся решта не вистачає на покритє ці- лого довжного капіталу, може віритель відказати прийняти, бо не обовязаний приймати часткової чинитьби (§ 1415 к. з.).

III. Зобовязане до наростів не повстає *ipso iure* з повста- нем головного зобовязання, але до його істнованя треба окремої правної основи. Тота основа може бути двояка:

1) Зобовязане до наростів полягає на волі сторін; оно повстає через діло правне (*Rechtsgeschäft*). Довжник обо- вязує ся платити відсотки за уживанє обіжного капіталу в до- розі умови (т. зв. *usurae conventionales*), або хтось признає другому право до відсотків в завіщаню згл. кодицилю (т. зв. *usurae testamentariae*).

2) Зобовязане до наростів може одначе опирати ся пря- мо на особлившій постанові закона, котра до якихсь причин привязує повстане такого зобовязання (т. зв. *usurae legitimae*).

Повисший поділ відсотків на *usurae conventionales*, *testa- mentariae* і *legitimae*, прийнятий володіючою теорією, не має однак наукового оправданя, бо коли-б вважати його повним

і обіймаючим усі случаи відсотків, то треба-би до т. зв. законних відсотків причислити теж т. зв. *usurae percipitae*, що пливуть чимало з контрактових відношень, пр. з управи чужого майна і др. — а се було-б очевидно *contradictio in adjecto*. Впрочім тота ріжниця не має взагалі практичного значіння.

Пануюча теория зачисляє до законних відсотків отіі случаи:

1) При проволоці у виконаню грошевого зобов'язаня мусить довжник заплатити відсотки проволоки (*Verzugszinsen*) від хвилі, коли мала заплата наступити, до часу дійсно наступившої заплати (§ 1333 к. з.). Значить, при грошевих зобов'язанях шкода за неточне сповнене обчислюєсь після відсотків проволоки, та не можна жадати заплати висшої шкоди, навіть тоді, коли-б тота шкода була справді висша. Що-до сеї норми нема взагалі ніякого виїмку, як се виходить з постанови надов. декр. з 18. січня 1842, ч. 592 зб. суд. зак., та невірний є погляд *Krainz-a*, мов-то заходить якийсь виїмок при *locatio conductio operis* — бо *verba legis*: „*vollkommen zu entschädigen*“ в § 1154 і. ф. треба все розуміти у відношеню до інших загальних постанов законна, значить, у відношеню до повисшого правила, висказаного в § 1333 к. з. і в наведенім декреті.

2) До законних відсотків належать теж процесові відсотки (*Processzinsen*).

3) Австр. пр. знає врешті відсотки від відсотків, що прислугують вірителеви *ex lege* (*gesetzliche Zinseszinsen*). Коли віритель позиває довжника о заплату запавших відсотків, то від часу дорученя позову може жадати законних відсотків від тих відсотків (§ 3 б зак. з 14. червня 1868, ч. 62 В. з. д.).

Крім повисших случаїв, які тут зачисляє пануюча теория, треба

4) згадати про заплату відсотків, як хтось одержав від другого якусь річ *contra bonos mores* або против наказу законна й мусить її опісля з відсотками звернути (*arg. § 878 і. ф.*) — а далі взагалі при *conditiones sine causa*, о скільки тоті відсотки належать до неоправданого збогаченя, або довжник находить ся *in mala fide*.

Від тих законних відсотків *s. s.* треба відрізнити *usurae perceptae*, які побрав довжник з чужого майна й має відтак з чужим майном звернути. Пр. мандатар мусить мандантови віддати всю користь, яка впливає із веденя справи (§ 1009 к. з.), отже також побрані відсотки; так само *negotiorum gestor* (§ 1039 к. з.), опікун і куратор (§§ 1034, 1009, 228 к. з.). Тоті відсотки становлять складову часть суми, яку винен управитель чужого майна. Тому § 1480 к. з. про за давнене залягаючих трилітніх відсотків не має тут ніякого приміненя.

Для законних відсотків приписує закон певну міру. Питанє про висоту законних відсотків стояло під час свого історичного розвою в безпосередній звязи з питанєм, чи взагалі можна від капіталів побирати відсотки, та з питанєм про лихву. § 995 к. з. подає процентову стопу на 4%, а при віри-тельностях між купцями і иншими торговельниками на 6%. Пізнійше підвишено процентову стопу взагалі на 6% (§ 2 зак. з 14. грудня 1866. ч. 160 В. з. д. і § 2 зак. з 14. червня 1868. ч. 62 В. з. д.), — але в кінци обмежено її до 5%. Сьгодні є 5% при зобовязанях приватного права (§ 2 зак. з 15. мая 1885 ч. 77 В. з. д.), а 6% при зобовязанях торго-вельного права (арт. 287 торг. зак.).

Далеко більше значінє, чим т. зв. законні відсотки ма-ють в праві умовні відсотки (*usurae conventionales*). Австр. право трактує тому *ex professo* тільки про умовні відсотки, себ то такі відсотки, що оснóвують ся на окремій умові. Про них бесіда в трактаті про позичку в §§ 993—1000 к. з. Понизше подамо загальні правила.

IV. Найтіснійше понятє наростів обмежує ся тільки на відсотки при позичках (*Darlehenszinsen*). Они явля-ють ся в двох видах:

1) Головно як відплата за призволенє уживаня якоїсь суми зживаємих річий (себ-то капіталу); тотя відплата му-сить наступити в річах того самого рода й обчислює ся після протягу часу, на який полишено довжникови ужиток з капі-талу. Відсотки при позичках є отже звичайно еквівалентом за кредитованє, є річами того самого рода, що капітал, а їх ви-сота є означена в процентуальнім відношеню до висоти пози-ченого капіталу. Гл. §§ 994 і д., 1335, 1416, 1427 к. з. і § 2 зак. з 14. червня 1868.

2) Але наш закон називає відсотками нераз такий еквівалент за уживанє чужого капіталу, що не наступає в річах того самого рода або обчислює ся без огляду на час уживаня тогож. Пр. хтось обовязує ся за випозичене якоїсь міри збіжа платити що рік якусь суму гроший (гроші й збіже не є однородні, а про те умовлена сума гроший представляєсь як відсотки від позички збіжа); або в умові зазначено, що заплата має наступити в певній висшій сумі, чим сума позиченого капіталу, або в лішшій якості — й то без огляду на час чинить-би (§ 5 зак. з 14. червня 1868). Таке понятє відсотків при позичках узглядняє наш закон в §§ 1353, 1480 к. з., § 46 кон-курс. зак., і в § 1. зак. з 28. мая 1881, ч. 47 В. з. д. —

Що-до висоти відсотків при позичках признає австр. право засаду свободи умови, тому нема поки-що ніякої граници з огляду на процентову стопу. Австр. закон признає навіть відсотки від відсотків (§ 3 зак. з 14. червня 1868). Але все таки існують деякі обмеженя — тільки они не тикають ся безпосередно процентової стопи, лише мають обективне значіне. Тут належить :

1) Заказ жаданя відсотків *ultra alterum tantum*. Коли сума залягаючих відсотків досягла уже висоти самого капіталу, то устає зобовязанє до заплати дальших відсотків; — оно повстає доперва тоді на ново, як віритель внесе позив о заплату капіталу (§ 1335 к. з.).

2) Віритель не може під покривкою відсотків жадати ужиткованя (*usumfructum*) на заставах або гіпотеках довжника: се т. зв. *actum antichreticum*, що в австр. пр. не є дозволене (§ 1372 к. з.).

Врешті стрічаємо загальне обмеженє відсотків в науці про лихву. Про се понизше. —

V. Лихва є проявом соціальної недуги, тому не диво, що суспільність старає ся її по можности запобігати і спиняти. Але способи того противділаня є в ріжних часах ріжні, й то в міру ріжних соціальних відносин і ріжних соціальних поглядів.

Австрійське законодатство переходило в сій мірі три стадії розвою.

Первісно старало ся оно спинити лихву через означене сталої такси відсотків (*Zinstaxe*); хто виступає против такого *maximum*, стає винним лихви, а діло правне, заключене без

огляду на отсе maximum, є неважне (гл. пат. з 26. цвѣтня 1751 і з 2. грудня 1803). На тїм становиску стоїть теж наша к. з. з 1811. р.

Пізнійше настали одначе ліберальні часи, що вивісили на своїм прапорі ідею повної свободи умови без ніякого обмеженя; закон з 14. червня 1868 ч. 62 В. з. д. зносить максимальну таксу й заводить повну свободу відсотків. В тїм часі понятє лихви счезає з цивільного законодавства. Зі зміною систему змінились постанови к. з., та з них лишились тільки постанови §§ 990, 991, 1071 і 1372.

Але закон з 1868 р. не міг довго устоятись, бо загальна опінія зажадала нових законів против лихви. Тоті закони вийшли перед всім для Галичини й Буковини (19. липня 1877, ч. 66 В. з. д.) а відтак для цілої Австрії: 28. мая 1881 ч. 47 В. з. д. Тут стрічаємо у перве понятє лихви, що опирає ся перед всім на економічних і соціяльних моментах — але про якусь максимальну таксу відсотків нема уже бесіди. В другі нового систему вийшли опісля деякі поправки в законі з 15. мая 1885, ч. 77 В. з. д. На тих обох законах стоїть нинішне право.

В понятю лихви по мысли § 1 зак. з 1881 р. бачимо такі моменти:

1) Лихва являє ся перед всім як неправе поведене вірителя при кредитових ділах (bei Creditgeschäften). Всі діла правні, в котрих віритель дає довжникови кредит, значить, признає йому уживанє зуживаємих річій на якийсь час, — називають ся кредитовими ділами. Тут належить не лиш позичка — й то так грошева позичка, як позичка інших зуживаємих річій — але також depositum irregulare, pignus irregulare, quasiususfructus, передплата (Vorschuss), купно на кредит і т. и. Проте понятє лихви не обмежуєсь виключно до позички, але має загальне значіне. Далі треба примітити, що не лиш признанє, але й продовженє кредиту може становити основу лихви.

2) Одначе не кожде неправе поведене вірителя при кредитових ділах єсть лихвою в правнім розумінію, та закон ставляє до лихви окремі вимоги:

а) Віритель мусить користувати ся легкодушністю, знаним йому нужденним станом материяльним, немочію ума, недостачію досьвіду або сильним духовим зворушенем довжника, й

б) спонукати через те довжника, аби йому (с. т. вірителю) або третій особі прирік так великі материяльні користи, які є в силі

в) спровадити або збільшити економічний упадок довжника.

Так-то в понятю лихви стрічаємо два елементи: суб'єктивний і об'єктивний. Суб'єктивний полягає в тім, що даючий кредит знає про невідрадні відносини довжника й використовує їх, ставляючи при умові дуже тяжкі услів'я, бо знає, що довжник мусить на них згодити ся. Об'єктивний елемент домагає ся, аби користи, яких жадає віритель при кредитуваню, були так утяжливі, що можуть привести економічну руїну його майна. Тоту остатню вимогу треба однак брати cum grano salis. Судия має in concreto осудити, чи тоті користи, яких віритель жадає від довжника, переходять справді дозволені границі, чи отже являють ся „надмірними“ (masslos) в розумію закона. При тім не буде він точно розбирати, чи поведене вірителя може справді спровадити „економічну руїну“ довжника, (впрочім дуже неозначене та хитке понятя!) але оглядатись ме перед всім на фактичні обставини, а крім сего на тоті моменти, що належать до сути лихви в економічнім розумію. Тим чином нераз покаже ся, що заходять всі знамена лихви, хоч про економічну руїну довжника не може бути бесіди, або навпаки не буде лихви, хоч in concreto иншими обставинами приготовлена руїна маєткова через дотичне діло правне справді наступила. Тому судия, що має рішити про істноване лихви, мусить крім повисших суб'єктивних моментів, наведених в законі, призадуматись головно над двома питаннями:

а) на що й як зужитковує довжник кредитований капітал¹⁾, і

б) як велика є небезпечність утрати капіталу через вірителя.²⁾

¹⁾ Пр. хто позичає гроші на ведене рентового підприємства, дає більшу запоруку віддана, ніж той, хто їх позичає для власного ужитку; проте в першій разі серед даних обставин і 10% може становити лихву, хоч в другій разі навіть при 20% її нераз добачити годі.

²⁾ Пр. може бути лихва, коли якийсь банковий дім, користаючи з моментальної потреби другого банку, за позичених 1000000 корон возьме 8% — а

Висота побраних або жаданих відсотків не має тут рішачючого впливу. Тому не можна пр. сказати, що вище 12% від капіталу є все лихва, а нижче 12% лихви нема, бо значні є виїмки так з одного як з другого боку. Можна-б тільки звернути увагу на те, що менші капітали допускають розмірно виші відсотки, чим більші капітали.

Близше провірене й розведене повиспих поглядів належить впрочім до теорії економіки.

3) Правні наслідки лихви наступають також тоді, як хтось набув лихварську вірительність (т. є. таку, що оснований на лихві) і її свідомо дальше продає або сам за ню жадає заплати.

Хто ділає против заказу лихви, є перед всім карно одвічальний, але сей переступ має теж приватно-правні наслідки. Лихварське зобовязанє є неважне; значить, віритель, що допустив ся лихви, не може із своєї вірительности доходити ніяких прав, а довжник не має обовязку до заплати, а зглядно, коли вже заплатив, може жадати звороту. Тоту неважність висказує судия, та дальші правні наслідки неважности сліднують із загальних правил:

Довжник мусить звернути те, що одержав від вірителя при заключеню лихварського зобовязаня, а й віритель звертає все, що дістав від довжника на основі тогож зобовязаня; наступає отже обосторонна *condictio sine causa*. Тільки ріжниця є така: довжник є *possessor bonae fidei*, віритель *possessor malae fidei* — проте віритель одвічає за ушкодженє, страту й доходи (*fructus, usurae*) так як *malae fidei possessor* (§§ 1437, 335, 336 к. з.), а довжник як *bonae fidei possessor* одвічає лише до висотки дійсного збогаченя. Де ходить о зворот гроший, мусить чи то віритель чи то довжник звернути теж законні відсотти, т. є. 5% від хвилі одержаня капіталу (*arg. z § 8 зак. z 28. мая 1881*). Де заходять правні вимоги компенсації (§§ 1438 к. з. і д.), може судия обосторонні жаданя контрагентів скомпензувати й на підставі обрахунку при-

противно нема лихви, як жид позичить академікови 100 корон на 24% — бо премія небезпечности (*Gefahrprämie*) при кредитованю в першім разі дуже незначна, в другім же дуже велика.

знати одному з них відповідну надвижку. Як надвижка належить ся вірителеви, то для неї лишає ся після постанови § 8 уст. 2 закона з 1881 набуте в умові забезпечене в заставах або в поруці. Через те отже зобовязане, признане неважним, має в певній мірі наслідки важного зобовязаня.

Заміт лихви можна піднести не лиш против самого вірителя, але й против його правних наслідників, чи то одиничних (цесйонарів), чи загальних, і то без огляду на те, чи они в добрій чи в злій вірі (§§ 1394, 1396 к. з.).

Неважність лихварского зобовязаня наступає доперва через уневажнене перед судом; судейский вирок є *condicio sine qua* поп неважности. Поки судия не вискаже неважности, лихварске зобовязане вважає ся про себе важним і має всякі правні наслідки важного зобовязаня¹⁾ — але як судия рішив, що якесь зобовязане опирає ся на лихві, то через те упадає лихварске зобовязане з усіма економічними й правними наслідками, та наступає такий правний порядок, мов-би зобовязане ніколи не істнувало. Неважність лихварского зобовязаня ділає *ex tunc*.

Одначе закон (§ 7 зак. з 1881) знає случаи, де неважність відпадає, а лихварске зобовязане конвалідує:

а) Коли даючий кредит віритель побрав уже від довжника лихварскі користи від капіталу, то може увільнитись від правних наслідків лихви лише в той спосіб, що заки прокуратор або карний суд довідались про лихву, зверне довжникови тоту надвижку, яку побрав нелегально з капіталу й то враз з законними відсотками.

б) Коли однак довжник не сплатив ще нічого, але прирік тільки певні лихварскі користи вірителеви, то віритель мусить в висше означенім часі довг відповідно зредуковати і доперва тоді відпадають всі наслідки лихви.

Тота редукция мусить бути така, аби не можна було відтак говорити о „надмірних“ зисках вірителя коштом економічної руйни довжника по гадці § 1 зак. з 1881 р.

¹⁾ Дуже часто лучає ся, що на підставі такого зобовязаня видають ся судові вирокі на сповнене, а навіть нераз доспівають они до екзекуції, аж опісля покаже ся, що заходила лихва, так що відтак відпадають *ex post* всі попередні засуди.

§ 15.

Додаткові чинитьби.*)

З головним зобов'язанєм (Hauptschuld) в'яжуться часто додаткові чинитьби (Nebenleistungen). Наш закон називає їх додатковими належитостями (Nebengebühren), та згадує про них в §§ 912 і 913 к. з. Вони мають о стільки загальне значіне, що визначаються правною зависимістю від головного зобов'язання, тому належать до т. зв. зависимих обов'язків (accessorische Verbindlichkeiten) в противстваленю до зависимих прав (accessorische Rechte).

Наш закон вичисляє такі додаткові зобов'язання:

1) прирости й плоди річа (§§ 294—297 к. з.). (Блише розведене науки о приростах і плодах або доходах належить до основної частини систему й до річевого права);

2) відсотки; (про них була уже бесіда в попереднім § викладів);

3) повернене тої шкоди, яка повсталала з огляду на головне зобов'язанє, або слідує з неточного виконання зобов'язання — перед всім з проволоки довжника. (Се питанє є частиною науки про одвічальність за провину, згл. за припадок, науки про проволоку довжника й про полагоду шкоди взагалі — тому ближе поясненє його належить до відповідного місця систему, про що пізнійше);

4) врешті належить тут умовна кара (Conventionalstrafe, „Vergütungsbetrag“ § 1336 к. з.) за неточне сповненє зобов'язання.

*) Гл. Codex Ther. III. 17. n. 131—137; Horten, III. 18. §§ 1—67; Martini III. 14. §§ 18, 19; Гал. кн. з. III. §§ 479, 480; Protokolle II. ст. 208, 209.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 101 і д.; Nippel, Erläuterung VI. стор. 137 і д.; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 72 і д.; Unger, System I. ст. 430 і д.; Stubenrauch, Comm. II. ст. 98, 99; Krainz, System II. §§ 296—299 (стор. 10 і д.), Till, Prawo pryw. III. стор. 46, 47; Огоновский, Систем II. стор. 28, 29.

ня, про що буде бесіда в трактаті про зміст умови. Не можна тут вчислювати відступного (Reugeld: § 909 к. з.), бо відступне заступає місце первісного зобов'язання, але не є додатковим зобов'язаням попри головне зобов'язанє.

Усі додаткові зобов'язання, які ми як раз пізнали, мають про себе дуже різнородну вдачу, тому про них не мож трактувати під спільним заголовком. На одно треба однак уже на єім місци звернути увагу, що о скілько ходить о облїгацийні права, то через істнованє головного зобов'язання не повстає ipso iure також обов'язок до додаткового зобов'язання, але кожде додаткове зобов'язанє мусить мати окрему правну основу.

§ 19.

Місце чинитьби.*)

Місцеві відносини зобов'язання є різнородні. З огляду на те відрїзняємо :

- 1) місце повстаня зобов'язання (Entstehungsort);
- 2) місце сповнення зобов'язання; або місце чинитьби (Erfüllungs- oder Leistungsort), і
- 3) місце призначеня (Bestimmungsort). —

Питанє про місце повстаня зобов'язання належить до науки про повстанє зобов'язань взагалї; питанє про місце призначеня якогось товару стоїть в безпосередній звязи з наукою про т. зв. замісцеві купна (Distanzkäufe) й має особливше значінє в торговельнім правї; тому лишаєсь тільки питанє про місце сповнення, що належить до загальної науки про чинитьби.

*) Гл. Codex Theresianus III. 24 n. 63—68; Horten III. 25. §§ 54—59; Martini III. 1. §§ 40, 42; Галицка кн. з. III. §§ 39, 41; Protokolle II. ст. 21—22, 244 пр. 3.

Пор. Zeiler Comm. III. ст. 91 і д.; Nippel, Erläuterung VI. ст. 121 і д.; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 66, 67; Kirchstetter, Comm. ст. 471, 472; Stubenrauch, Comm. II. ст. 88 і д.; Krainz, System II. § 344 (ст. 166 і д.); Hasenöhr, Obl. R. I. § 21 ст. 308 і д.; Till, Prawo pryw. III. ст. 331 і д.; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 11, 12.

Місце чинитьби — се місце, де довжник має виконати зобовязане, а віритель прийняти чинитьбу. Яке місце є місцем чинитьби зобовязання, подають §§ 902 пр., 905 і 1420 к. з.

І. При умовах або односторонніх приреченнях означає ся місце чинитьби після волі сторін або після постанови закона.

1) Перед всім рішає про місце сповнення зобовязання воля сторін:

а) Заявлене волі може наступити виразно або мовчки через здогадочні ділання (concludente Handlungen) arg. з § 863 к. з. Означене місця чинитьби мовчки наступає пр. тоді, коли в суспільнім обороті виробив ся що-до місця чинитьби якийсь усталений звичай¹⁾, або коли уже з сути дотичної чинитьби можна вносити, що она лиш на певнім місци може бути сповнена.²⁾

б) Воля сторін може також слідувати посередно з натур и або з ціли дотичного зобовязання. І так :

α) Коли предметом чинитьби є якась species, а контрагенти знають, де она находить ся в часі заключеня умови, то очевидно їх цілію є, аби видане тої річи наступило на тім самім місци, де она находила ся підчас заключеня умови. Так становило уже римске право, а й тепер становить виразно торговельне право в арт. 324 торг. зак. В австр. к. з. не стрічаємо виразної постанови, але все таки годі сумнівати ся, що она обовязує також в приватнім праві, бо слідує із ціли дотичного зобовязання („Zweck des Geschäftes“: § 905 к. з.).

β) Депозитар мусить депоновану річ звернути там, де має її в переховку.

γ) По мысли § 972 к. з. і. f. мусить комодатар по зробленім ужитку річ звернути; з того виходить, що має її вірителеви віднести на його місце осілости (т. зв. Bringschuld).

¹⁾ Пр. у відношеню банкера до контрагентів, котрим відкриває кредит, місце чинитьби є банковий льокаль.

²⁾ Пр. обовязок до репарації будинку, може бути сповнений лиш там, де будинок стоїть.

д) Асекураційні премії належать до зобовязань, котрих виконане наступає в торговельнім або приватнім осідку довжника, т. є асекураційного підприємства.

е) Презентаційні папери (Präsentationspapiere; пр. папери на держителя), котрі містять в собі зобовязання, що їх сповнене може наступити тільки на предложене паперу до заплати, можуть бути платні лише в торговельнім або приватнім осідку довжника.

в) Коли в умові подано виборово (альтернативно) кілька ріжних місць чинитьби, то право вибору місця прислугує in dubio довжникови (arg. з § 906 к. з.). В такім случаю може довжник вибрати місце заплати навіть по внесеню позову через вірителя — та віритель мусить вносити позив альтернативно.

2) Коли з волі сторін ні безпосередно ні посередно не можна пізнати, у якім місци зобовязане має бути сповнене, рішають про се законні правила. Тоті правила стоять в звязи з теорією про місцевий осідок зобовязання. Давнійша теорія, що мала теж між нашими кодифікаторами приклонників, прикладала при зобовязаннях головну вагу до місця повстаня зобовязання й тому доходила до висліду, що зобовязання повинні in dubio бути виконувані в місци заключеня умови, тоб-то в місци повстаня зобовязання. Але опісля опрокинула наука той хибний погляд, та признано за Savigny-м місце чинитьби правним осідком зобовязання. Одначе хибна теорія вплинула все таки на постанови нашого закона про місце чинитьби й так стрічаємо її сліди в обовязуючім праві: § 905 к. з. приймає її для таких зобовязань, яких предметом є чинитьби движимих річий. З'осібна постанови нашого закона такі :

а) Недвижимости повинні бути передані там, де находит ся, де лежать (res sitae). Тота постанова відповідає уже сути річи, о скільки ходить о фізичну передачу (traditio s. s.); тут слідує она із природи дотичного зобовязання (пор. висше ad 1 б). Але коли під передачию розуміємо по гадці заголовка до § 431 к. з. також інтабуляцію (впис до ґрунтових книг) то з повисшої постанови слідує, що впис мусить наступити у тому табулярному суді, який є приналежний з огляду на положене недвижимости. Такий вислід не опирає ся вже на природі річи, але на позитивній постанові закона.

б) Коли движимі рiчи є предметом зобовязання, то місцем чинитьби *ex lege* є місце повстаня зобовязання; тому де не заявлено иншої волі, або де з самої природи або ціли зобовязання не слідує инше місце сповнення, місце чинитьби движимих рiчий означає ся після місця заключеня умови. Таке порішенє квестиї не відповідає однак вимогам *de lege ferenda*, та нераз заходить потреба рестрикційної інтерпретації, аби ухилити неумістні наслідки сеї теорії. Тому коли означенє місця чинитьби мусить наступити після постанови закона, так що місце повстаня зобовязання мало-б вважати ся місцем чинитьби, але покаже ся, що таке порішенє стоїть в очевидній противности до волі контрагентів — тоді не можна невільничо придержуватись тексту закона, але треба судії признати право до иншого означеня місця чинитьби по точнім розсмотреню дійсних обставин.¹⁾

Движиму рiч, яка має бути вірителеви передана, повинен довжник тримати на місци чинитьби в готовости. Як в часї, коли зобовязанє має бути сповненє, тотя рiч не находить ся у місци чинитьби, мусить її довжник на тото місце доставити на власні кошти й власну небезпечність. Коли одначе віритель жадає доставленя рiчи на иншій місци — значить, де місце призначеня (*Bestimmungsort*) є ріжне від місця чинитьби (*Erfüllungsort*) — там довжник посилає тоту рiч вірителеви, але звичайно на його небезпечність. —

в) Чинитьби, яких предметом є *facere* або *omittere*, підчиняють ся що-до законного місця чинитьби повисшим поставам про движимі рiчи (*sub б*); значить, коли ні з волі контрагентів ні з природи дотичного зобовязання не слідує, де якесь *factum* має бути dokonанє, місце чинитьби означає ся по аналогії з § 905 к. з. після місця повстаня зобовязання.

¹⁾ Пр. В морекій подорожї поступаю разом з моїми товаришами на один з Канарийских островів і там продаю одному з товаришів серию моїх книжок, що находять ся на континенті без близшого означеня місця чинитьби. Тут постанова закона, мов-то чинитьба має наступити на місци заключеня умови, тоб-то на Канарийских островах, була-б просто безглузна і противила-б ся тому, що контрагенти могли в данім случаю хотіти. Тому тут судія означає місце чинитьби після дійсних обставин, пр. після місця, де дотичні рiчи находять ся.

II. Коли зобов'язане не повстає з умови або з одностороннього приречення, але ґрунтує ся на позаконтрактних відносинах, пр. на недозволених діляннях, місце чинитьби означає ся після постанови § 1420 к. з., значить, місцем чинитьби є місце осілости довжника; довжник мусить таке зобов'язане сповнити у місци своєї осілости.

III. Коли з одного облїгаційного відношеня плывуть ріжні чинитьби, то кожда з них може *in concreto* мати ріжне місце сповненя. I так:

а) може бути инше місце чинитьби для відсотків, а инше для капіталу; инше для головного зобов'язаня, а знов инше для умовної кари або для відступного;

б) лучає ся, що місце чинитьби головного зобов'язаня ріжнить ся від місця чинитьби ручителя;

в) солідарні зобов'язаня можуть мати ріжні місця чинитьби з огляду на ріжних довжників або вірителїв;

г) коли із якогось зобов'язаня плывуть обосторонні обовязки, то місце сповненя тих-же може бути ріжне.

Місце чинитьби може бути означене то ширше, то тіснійше. Ширше означене обіймає звичайно певну місцевість, тіснійше означене є пр. заплата в склепі, на біржі і т. и. —

§ 17.

Час чинитьби.*)

Час має взагалї двояке значіне в праві: як хвиля (*Zeitpunkt*) і як протяг часу (*Zeitraum*). В облїгаційнім праві виступає крім сего ріжниця між часом, коли зобов'язане починає ся, тоб-то часом повстаня зобов'язаня (*Entstehungszeit*), а часом сповненя або чинитьби (*Erfüllungs- oder*

*) Гл. *Codex Ther.* III. 1. n. 79—85; *Horten* II. 7. §§ 15—20; III. 1. §§ 40, 41, 44, 45; 18. §§ 17—20; 25. §§ 50—53; *Martini* III. 1. §§ 40, 41; *Гал. кн. в. III.* §§ 39, 40; *Protokolle* II ст. 21, 404.

Pop. Zeiller, Commentar III. ст. 87—91; *Nippel, Erläuterung* VI. ст. 115—121; *Winiwarter, Bürgerliches Recht* IV. ст. 60—66; *Unger, Sy-*

Leistungszeit). Питанє про початок зобовязаня належить до науки про повстанє зобовязаня взагалї — а на сїм місци може бути бесїда тїльки про час чинитьби.

I. Аби пізнати, в якїм часї зобовязанє має бути сповнене, треба перед вєїм знати, після якої міри і після яких правил числить ся час в правї.

Підставою подїлу часу є певні частини часу (Zeiteile), які ми в щоденнїм житю вважаємо за одиниці. В правї найважнїйшу ролю відгравляє: день, тиждень, місяць, рік. Тоті частини часу обчислює ся звичайно після калєндара, та ми привиклі до того, рік числити від 1. сїчня до 31. грудня, місяць від 1. до 28., 29., 30., або 31., тиждень від недїлі до суботи включно, а день від одной півночи до другої. Таке численє після калєндара дає непохитну підставу для означеня часу, бо поодинокі частини часу виступають тут з незмінним почином і з незмінним кінцем; тому час, числений після калєндара, називаємо не д в и ж и м и м ч а с о м (unbewegliche Zeit).

Але окрім сего істнує ще инший спосіб численя часу, коли його початок не є стало означений, та означає ся після якоїсь подїї. Сей спосіб називає ся д в и ж и м и м ч а с о м (bewegliche Zeit) — і тут виринає питанє, як поступати, аби обчислити протяг того часу. Кілько виносить отже д в и ж и м и м день, д в и ж и м и м місяць, д в и ж и м и м рік? На се питанє відповідає § 902 к. з. і. ф. По закону один день — се 24 годин, місяць — се 30 днів, а рік — се 365 днів.

Коли-ж зважимо, що після калєндара не кождий місяць виносить 30 днів, та не кождий рік має 365 днів то побачимо, що повисші способи обчисленя часу допроваджують часто до ріжних вислїдів. Тому повстає питанє, чи постанова § 902 і. ф. про численє д в и ж и м о г о часу, примїняє ся взагалї в усіх слу-

stem II. ст. 286—312; Kirchstetter, Commentar ст. 470, 471; Stubenrauch, Commentar II. ст. 81—88; Schiffner, Lehrbuch § 137; Krainz, System I. § 142 (ст. 401 і д.); II. § 344 (ст. 167 і д.); Hasenöhr, Obligationenrecht I. § 22 (ст. 317 і д.); Burckhard, System II. ст. 171 і д.; Till, Prawo prywatne I. ст. 487 і д.; III. ст. 334 і д.; Огоновский, Систем I. ст. 146 і д.; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 11, 12.

Врештї Johanny, Ueber Zeitberechnung в Ger. Halle ex 1865 ч. 16, Geller, Ueber Zeitberechnung в Ger. Zeitung ex 1872 ч. 99—101.

чаях, де в приватнім праві говорить ся про поділ часу на дні, місяці і літа, чи й недвижимої час находить узгляднене?

В щоденнім житю послугуємо ся звичайно численем часу після календара, отже інакше, ніж постановляє § 902 к. з. Тому, коли-б постанова § 902 мала рішати в усіх случаях без виїмка, то входила-б она у розріз зі здогадуваною волюю сторін — що одначе ніяк не можна припустити. Як проте розуміти постанову § 902 і. ф., до яких случаїв її прикладати, та коли при обчисленю часу поступати інакше, т. є після календара? Сам § 902 к. з. дає на се відповідь. „По закон у“ (Nach dem Gesetze) числить ся движимий час; значить: Коли сам закон означає якийсь реченець після днів, місяців або літ, то день виносить 24 годин, місяць має все 30 днів, а рік 365 днів. Але де самі сторони або судия означає реченець після днів, місяців або літ, то не приміняє ся уже постанова § 902, але воли сторін і загальному звичаєви відпадає тоді недвижимої час після календара.¹⁾

Що недвижимої час є підставою обчислення часу при умовах, слідує теж з 1. реченя § 902, бо там сказано, що умови мусять бути доповнені в такім часі, „як сторони між собою умовили ся“ — а всеж таки не підлягає ніякому сумнівови, що поки чого иншого не умовлено, треба прийняти, що сторони мали на гадці недвижимої час після календара. Що сказано про умови, приміняє ся анальоґічно до инших діл правних, де рішаючим чинником є воля сторін, і до означеня часу через суд.

Де одначе сам закон визначає реченці, там обчислене наступає після движимого часу. Тут належать постанови §§ 24, 29, 73, 120, 134, 138, 155, 163, 176, 194, 239, 259, 262, 277, 391, 392, 412, 498, 599, 685, 933, 936, 1082, 1097, 1111, 1115, 1232, 1367 к. з. —

З повисших заміток виходить, що як місце чинитьби, так і час чинитьби обчислює ся після волі сторін або після постанови закона. Впрочім треба примітити:

¹⁾ Коли в умові означено реченець заплати після місяців, пр. дано позичку 15. січня на 3 місяці, то час чинитьби числить ся після календара, отже кінець реченця випадає на той день по впливі 3 місяців, що після числа відповідає даті, від якої зобовязане (позичка) бере свій почин; отже позичка є платна 15. цвітня без огляду на те, що січень має 31 днів, лютий 28 або 29 днів, а март 31 днів.

а) При обчисленю часу після волі сторін нема ніякої трудности, коли ходить о цілі місяці; трудности виринають лиш тоді, як ходить о половину місяця або кілька цілих місяців і одну половину місяця. Звичайно $\frac{1}{2}$ місяця значить 15 днів, коли з умови слідує, що сторони розуміли через те 2 неділі, т. є 14 днів. Що дотичить комбінації цілих місяців з половиною місяця, становить торговельне й векселеве право, що тих 15 днів числить ся при кінци, значить по попереднім обчисленю цілих місяців. В приватнім праві не стрічаємо такої постанови, та она не дасть ся тут примінити, бо в сій мірі треба памятати на засаду, висказану § 915 к. з.: „in dubio pro geo“. Тому питанє, чи в данім случаю половина місяця має числити ся перед цілими місяцями, чи доперва по цілих місяцях, залежить від того, що єсть in concreto довжникови користнійше.¹⁾

б) Коли закон означає реченці, то знаємо, що числить ся їх після движимого часу по гадці § 902 i. f. Де такий реченець виносить лиш один рік та припадає на звичайний рік, то нема ріжниць між движимим і недвижимим роком. Але в усіх інших случаях, де приходять в рахунок переступні літа, ріжниця є очевидна, бо в австр. пр. переступний день (24. лютого) числить ся все як окремиий день, та не зливає ся, як в римськім праві, з слідующим днем в один день. Тому пр. 30-літнє задавненє упливає о 7 або 8 днів скорше, чим після календара, бо в протягу сего часу лучає ся 7—8 переступних літ. —

II. Дотепер ми пізнали, після яких частин часу числять ся реченці; але крім сего повстає питанє, як на підставі повисшого обчисленя приходить ся до означеня часу чинитьби, чи отже час чинитьби випадає все на якусь певно означену хвилину, чи довжник має право сповнити зобовязанє в обсягу якоїсь довшої частини часу, пр. в протягу дня?

¹⁾ Позичка зятягнена пр. 14. лютого 1901 має бути платна за $1\frac{1}{2}$ місяця. Коли числимо $\frac{1}{2}$ місяця у перед, то реченець кінчить ся 31. марта, а коли числимо $\frac{1}{2}$ місяця при кінци, то кінчить ся реченець 29. марта. Тут ясно, що довжникови користнійший довший реченець — отже день платности припадає на 31. марта, після того способу численя, що спершу числять пів місяця, а відтак цілі місяці. —

Се питанє звiсне в науцї повсюдного права пiд назвою компутацiї. Повсюдне право знає 2 роди компутацiї: *computatio naturalis*, коли числить ся точно вiд якоїсь математично означеної хвилi, в якiй стала ся якась правна подiя, до другої хвилi, також математично означеної: *a momento ad momentum*; а далi *computatio civilis*, що числить лише пiсля цiлих днiв без огляду на меншi частини часу.

В австр. пр. стрiчаємо тi самi роди компутацiї. *Computatio naturalis* прикладає ся до всiх тих случаїв, де протяг часу виносить менше, нiж один день (пр. 3 години); так само числить ся *a momento ad momentum*, коли сторони означили час в годинах (пр. 48 годин), або в ще менших частинах часу, або врештi, коли закон означає якийсь протяг часу на 24 годин (в §§ 862, 924, 1075, 1116 к. з.). Але той спосiб численя (*computatio naturalis*) лучає ся взагалi дуже рiдко, бо при точнiм обчисленю виринають нераз непоборимi труднощи, а зрештою в економiчнiм i правнiм оборотi не ходить звичайно о виконанє якоїсь чинитьби в точно означенiм моментi, але о виконанє її в якийсь день, та є загальнiй звичай, що в грамотах означаєсь лиш певнiй день заплати, не якийсь математичнiй момент серед дня. Тому головним правилом обороту є цивiльна компутацiя пiсля днiв.

При цивiльнiй компутацiї виринає перед всiм питанє, чи уже першiй день, вiд якого реченець бере свiй почин, вчислює ся до рахунку, чи реченець починає ся доперва слiдуючого дня? Коли сторони у тiм зглядi щось постановили, то рiшає їх воля. Але коли — як звичайно — сторони про се не висказали ся, або коли судия визначає реченець, то не вчислює ся до рахунку першого дня, в котрiм зайшла дотична правна подiя, але реченець зачинає ся слiдуючим днем. Таке правило слiдує iз здогадуваної волi сторiн i з оборотового звичаю; тому паремiя: *dies coeptus pro completo habetur* не дасть ся тут покликати.¹⁾

¹⁾ Пр. хтось обовязує ся вiдати позичку 100 корон за 2 дни — то ясно, що довжник має повнi 2 дни до розпорядимости, та годi вiд нього вимагати, аби позичку звернув уже на другий день. Очевидно воли сторiн вiдповiдає не вчислювати першого дня до рахунку.

Інакше при реченнях по закону. Як з дотичної постанови не видно, що реченець починає ся доперва слідуячого дня (пр. § 6 зак. з 10. червня 1869, ч. 113 В. з. д. про обов'язуючу силу вістника законів державних), то законні реченці починають ся уже першого дня, в котрім лучилась дотична правна подія (пор. пр. реченці з §§ 158, 967, 982 к. з.). При реченнях *ex lege* нема тої підстави, що при реченнях з умови, щоби прийняти довший метод обчислення, але навпаки не можна припускати, аби законодавець хотів при законних реченнях счеркувати перший день, коли підставою обчислення є лиш цілі дні про себе.

Друге не менше важне питанє єсть, коли кінчить ся реченець — при цивільній компутації, чи остатній день вістає довжникови вповні до розпорядимости? Се питанє потверджує § 903 к. з. і. f. До сповнення обов'язку має довжник увесь послідний день до розпорядимости.¹⁾ Наш закон нігде не постановляє, неначе-б день мав лиш розпочати ся (*dies ultimus coeptus pro completo habetur*), але завсїгди жадає, аби дотичний протяг часу уплинув цілковито. Довжник сповнює своє зобов'язанє, як заплатити послідного дня, йому прислугує право до заплати через цілий день аж до півночи. Що-до певної години серед дня може тільки воля сторін або торговельний звичай вводити якісь обмеженя.

Повисше правило не має в австр. пр. ніякого вїмка (оно мусить уступити лише перед противною волю сторін); та зрештою не знає австр. право ріжниць між тим, чи до упливу якогось часу привязане набутє, чи утрата якихсь прав. Пануюча теория повсюдного права учить вправді, що коли з упливом якогось часу має хтось набути права, то вистачає, аби настав початок послідного дня; а коли ходить о утрату права, то послідний день мусить скінчити ся; але отся теория невірна, та в австр. пр. не має ніякої підстави. Постанова § 903 к. з. пр.: „Ein Recht, dessen Erwerbung an einen

³⁾ Тому, коли з обрахунку слідує, що протяг часу, в яким має чинитьба наступити, кінчить ся пр. 1. січня 1902, то довжник може того зобов'язанє сповнити через цілий день (1. січня 1902), й доперва тоді, коли через цілий сей день того обов'язку не сповнив, можна сказати, що попав *in mora*.

gewissen Tag gebunden ist, wird mit dem Anfange des Tages erworben“ — відносить ся лише до таких реченців, котрі подають виразно дату, пр. 1. січня 1902. Хто має набути право після умови 1. січня 1902, набуває його точно о півночі 1. січня 1902, а не доперва о півночі 2. січня 1902. Але 30-літнє за давнєнє й засидженє, що розпочали ся того самого дня, упливають завсїгда у тій самій порі, хоча в першім ходить о утрату, в другім о набутє прав.

Взагалї § 903 к. з. не має на думці якогось загального правила про компутацію, тільки пояснює, коли умова має бути сповнена, як час чинитьби є означений після днів. Заплата може наступити через цілий послїдний день. Віритель може вправді сейчас з почином дня жадати сповнення, але про те має довжник право через цілий день здержати заплату, та не можна сказати, що запізнив ся, як ще в послїдній хвили дня сповнив чинитьбу. Тому § 1334 к. з. становить, що відсотки проволоки, до яких обовязаний гайний довжник, числять ся доперва по упливі того дня, коли заплата повинна була наступити -- бо довжникови стоїть цілий остатний день до розпорядимости, а мога debitoris починає ся доперва слїдуючого дня.

Повисше правило примінює ся теж до таких случаїв, де час чинитьби означений після тижнів або місяців — значить, довжник може чинитьбу сповнити до послїдної хвилі дотичного тижня або місяця. —

III. В зобовязаню може час чинитьби бути означений, або неозначений.

1) При часово означенім зобовязаню повстає питанє, чи довжник може його сповнити перед упливом часу. В римскім праві мав довжник до того право, бо *in dubio* була *diei adjectio pro geo*. Однак австр. пр. не знає того правила, та віритель не може бути приневолений до прийнятя чинитьби перед означеним днем платности (arg. з §§ 902 і 1413 к. з.), хїба, що з умови слїдує (виразно або мовчки) инша воля сто-

¹⁾ Пр. позичаю другому 100 корон найдальше на один місяць, так що в протягу місяця мусить позичку звернути; тоді не підлягає ніякому сумнівови, що позичка може бути звернена також перед упливом місяця. —

рін.¹⁾ Подекуди й в самім законі стрічаємо виїмки від повисшого правила — пр. в конкурсі довжника мусять вірителі згодити ся на заплату навіть перед днем платности.

2) Одначе коли в умові не означено часу чинитьби, становить закон осібні інтерпретаційні правила. Такі правила бачимо в § 904 к. з.

а) Сторони годять ся що-до змісту зобовязання, та взагалі не кажуть, коли оно має бути сповнене. В такім випадку може віритель безпроводочно жадати виконання, значить, не в тій самій хвили, але „без непотрібної проволочки“ („ohne un-nötigen Aufschub“ = „sogleich“). Віритель мусить проте довжникови між заключенем зобовязання а його сповненем лишити на стільки часу (*modicum tempus*), кілько вимагає натура чинитьби — але при тім вважає ся тільки на обективні, не на субективні перепони. На случай спору рішає *in concreto* судия, як довге має бути тото *modicum tempus* до сповнення чинитьби.

б) Лучає ся, що довжник зобовязав ся вправді до якоїсь чинитьби, але задержав собі свободу сповнення в довільній хвили. Час сповнення є тут зависимий від свободної волі довжника. З огляду на те відріжняє закон два случаи:

а) Коли ходить о особисте зобовязанє, звязанє з особою довжника („höchstpersönliche“ Verbindlichkeit), що не може перейти на дідичів (§ 918 к. з.), то лиш довжник сам може сповнити зобовязанє, та на случай спору рішає судия, коли оно має бути виконанє. Але коли-б довжник між тим помер, то сповненє чинитьби стає *ex post* неможливе, а його дідичі за те не відповідають.

β) У всіх інших случаях, де час чинитьби залежить від волі довжника, платність чинитьби наступає доперва в хвили смерти довжника, — наколи довжник сам не заплатив передше, — та за житя не може він взагалі бути позиваний о заплату. На всякий позив о виконанє такого зобовязання може він відповісти замітом, що не має ще волі, його виконати.

γ) Вкінци може довжник мати свободу при означеню часу чинитьби, але з певними обмеженнями; — тоді віритель може його позивати, як здійснять ся тоті обективні моменти, що обмежують свободу довжника. Наш закон згадує про два найго-

ловнійші случаи: коли хтось прирік сповнити зобовязане по можности (nach Möglichkeit), або після обставин (nach Tunlichkeit). По можности, значить: сповню зобовязане, коли буде можливо по сплаченю інших довгів і по покритю видатків на власне удержане й удержане родини. — Після обставин, значить: сповню зобовязане, коли дозволять на те мої суспільні відносини, коли заплата буде могла наступити без шкоди суспільних відносин, серед яких жию.

В тих случаях може віритель жадати сповнення від самого довжника, як докаже, що зайшла справді хвиля, коли є в силі по можности або після обставин сповнити зобовязане. Крім сего й по смерті довжника може віритель позивати дідичів довжника, але й тут мусить доказати, що заходить можливість заплати або що обставини складають ся на сповнене чинитьби.

IV. Римске право знало крім *tempus continuum*, при чім числив ся до реченця кожний день, також так зване *tempus utile*, коли задля означених перепон не вчисляло ся деяких днів до реченця. Одначе в австр. пр. не стрічаємо *tempus utile* в розуміню римского права. Коли біг часу уже почав ся, то числить ся кожний день, не пропускаючи жадної частини часу; австр. пр. знає отже тільки *tempus continuum*.

Але стрічаємо в деяких постановах правила похожі на римске *tempus utile*. Тут належать перед всім постанови про спинене й перерву засидження й задавнення (§§ 1494—1497 к. з.), бо після них біг реченця здержує ся або устає в своїм почині або продовженю. Тільки правний характер причин спинення й перерви зовсім инший, ніж римского *tempus utile*. Перед всім *tempus utile* примінювало ся взагалі при обчисленю часу чинитьби, а причини спинення й перерви виступають тільки при засидженю й задавненю. Зрештою *tempus utile* мало підставу в перешкодах судового доходження якогось права, а спинене й перерва засидження або задавнення має ріжні причини.

Далі лучає ся в австр. пр., що деякі реченці починають ся доперва а *tempore scientiae*, але про те они не представляють ся як *tempus utile*, бо коли реченець уже почав ся, то відтак біжить постійно без ніякої перерви як *tempus continuum* (гл. пр. §§ 156, 158, 1489 к. з.).

Врешті торговельне і векселеве право знає постанову, що коли платність чинитьби випадає на неділю або інші свята, то реченець заплати продовжує ся до слідуячого будного дня (арт. 329 торг. зак. й арт. 92 векс. зак.); але се не є *tempus utile*, тільки вислід торговельних звичаїв і торговельного обороту взагалі. В австр. пр. приватнім не стрічаємо такої постанови, тому коли платність чинитьби випадає на неділю або свято, то й заплата мусить тоді наступити, а не доперва у слідуячий день. —

V. З питанем про час платности вяже ся питанє про в і п о в і д ь (Kündigung). Виповідь — се односторонна заява одного з учасників якогось правного відношеня, що має на меті покінчити тото відношенє або приготувити платність якогось зобовязаня. Тому знаємо два роди виповіди:

1) Де істнує трівале облігаційне відношенє, там його погасненє може бути приготованє через виповідь. Она має на меті означити час, коли правне відношенє кінчить ся. Се перша задача виповіди. Стрічаємо її при мандатах, спілках (*societates*), умовах о наєм, аренду й працю, коли час тріваня не був з гори означений, або вправді був означений, але зайшли обставини, що оправдують покінченє дотичного відношеня перед означеним часом (пор. пр. §§ 1117, 1118 к. з., *arg. a contr.* з § 1160 к. з. і т. и.)

2) Але виповідь може мати ще иншу задачу; — она означує чимало платність чинитьби. Сторони можуть умовитись, аби час чинитьби залежав від виповіди зі сторони вірителя. Важну ролю відгріває виповідь при *Mora debitoris*: Як неозначено часу чинитьби в умові, ані не слідує він з окремої постанови закона, то проволока довжника починає ся доперва від тої хвилі, коли довжник мимо виповіди (себ-то пригадки = *Mahnung*) не сповнив свого обовязку (*arg. z § 1334 к. з.*). —

Зрештою виповідь є судова або приватна, устна або на письмі. Звичайно до важности вистачає приватна й устна виповідь. Виповідь може виходити тільки від управненої особи, значить від того, хто дотичною зірительностию може свобідно заряджувати. Іменем неспосібних до діланя можуть однак виповідати їх правні заступники. Кожда виповідь мусить бути безуслівна, та як находять ся побіч неї які небудь услівя, то не має ніякої правної стійности.

Правні наслідки виповіди наступають сейчас або по упливі якогось часу. Близші постанови в тім згляді подає наш закон при науці про наєм помешкань (1116 к. з.). Через виповідь кінчить ся правне відношене, так що й друга сторона може на ню покликувати ся. Коли виповіджено супротив головного довжника, то відносить ся оно також до ручителя, та зобовязане стає платним не лиш против головного довжника, але й против ручителя. —

VI. Коли час чинитьби в зобовязаню означений, то вага сего означеня є раз менша раз більша. І так оно може висказувати бажане, аби чинитьба наступила в якімсь часі — бажане, що не потягає за собою ніякого примусу; але з другого боку лучає ся, що час чинитьби становить *condicio sine qua* поп зобовязаня в тім розуміню, що зобовязане виконане в иншій часі не відповідає змістови принятого обовязку. В останнім випадку говоримо про зобовязаня з безуслівним реченцем (*Fixgeschäfte*).

Звичайно час чинитьби не має прикмети безуслівного реченця. Вірителеви ходить головно о те, аби зобовязане було сповнене, та доперва в другім ряді лежить в його інтересі, щоби чинитьба наступила в означенім часі; тому коли довжник спізнав ся зі сповненем чинитьби, то годі сказати, що спізнена чинитьба тратить взагалі всяку вартість для вірителя; він може й пізнійше жадати сповнення, тільки має ще право до повернення шкоди задля спізненя.

Але в виїмкових случаях час чинитьби стає так суцною вимогою зобовязаня, що коли довжник не сповнить його в означенім часі, не може бути бесіди про пізнійше сповнене. Як довжник не доповнив зобовязаня в означенім часі, то неможливо його відтак сповнити, бо по безуспішнім упливі реченця чинитьба тратить для вірителя всяку вартість. Про такі зобовязаня каже § 1154 к. з., що мусять бути сповнені в дни, котрий є поставлений як услівє.

Зобовязаня з безуслівними реченцями повстають на підставі умови, та заява контрагентів може бути не лиш виразна але й мовчуча (arg. з § 863 к. з.). In dubio реченець, висказаний в умові, не є безуслівним реченцем, тому коли така є воля контрагентів, то мусить она цілком певно слідувати з умови. Установу такого реченця стрічаємо пр. в т. зв. касаційній клявзули (*kassatorische Clausel*), яка висказує, що купу-

ючий і продаючий є лиш тоді контрактом звязані, коли оба сповнять зобовязанє до означеного дня або до означеної години. До установи безусловного реченця уживає ся звичайно слів: „безуслівно, точно, найпізнійше до...“ (fix, genau, präcis, spätestens bis...) і др., але они з одного боку неконечні, а з другого боку не все достаточні, бо серед даних обставин із дальшого змісту умови може слідувати инша воля контрагентів.

Коли зобовязанє з безусловним реченцем не сповнено в означений час, то правний наслідок сего залишеня є перед всім не г а т и в н и й; значить: віритель не може бути приневолений до прийнятя пізнійшої чинитьби, та може вважати зобовязанє за невиконанє. Що-до позитивних наслідків, то австр. пр. приватне не знає ріжниць між несталими а безусловними реченцями, та віритель може так при одних як при других жадати тільки полагоди шкоди.

Лиш на одно треба звернути увагу: При несталих реченцях сповненє зобовязаня може наступити теж пізнійше, навіть по упливі реченця, так що поагода шкоди відносить са тільки до спізнєня чинитьби; інакше при безусловних реченцях, бо тут не може бути бесіди о пізнійшій виконаню — хіба, що віритель в окремії умові на те відтак згодив ся — але поагода шкоди обіймає взагалі цілу шкоду, яка слідує з того, що зобовязанє стало неможливим до сповненя. В австр. пр. приватнім не стрічаємо тому при купні окремої постанови для безусловних реченців, як в торговельнім праві (арт. 354 і д.); § 1048 к. з. згадує вправді *implicite* про безусловні реченці (бо під „*bedungene Zeit*“ розуміють ся теж безусловні реченці), але не подає для них окремих постанов, та *arg. a contr.* з тоїж постанови виходить, що коли не задержано такого реченця, віритель не має права вважатись звільненим від умови, але може жадати тільки полагоди шкоди. Австр. пр. приватне знає лиш один виїмок від сего правила при *locatio conductio operis* після § 1154 к. з. Коли робітник має віддати роботу в безусловнім реченці, а не зробив її на свій час, то замовляючий може відступити від умови. —

В) Підмети зобов'язання.

§ 18.

Загальні замітки*).

I. Особи, що виступають в кождім зобов'язанню — се віритель і довжник. Звичайно лиш одна особа є вірителем і одна довжником — та між ними облїгаційна зв'язь може бути двояка:

а) В зобов'язанню виступає тільки дві особи, одна з них представляє вірительність, а друга довг; одна є тільки вірителем, друга тільки довжником. Се зобов'язання односторонні (einseitige Obligationen, obligationes unilaterales).

б) Але між двома особами, що стоять в облїгаційній зв'язи, може заходити таке відношенє, що у обоїх лучить ся вірительність з довгом, кожда з них є під одним зглядом вірителем, а під другим зглядом довжником і по обох сторонах повстають рівночасно права й обов'язки. Такі зобов'язання називають ся обосторонними (gegenseitige Obligationen, obligationes bilaterales).

Поділ зобов'язань на односторонні й обосторонні стрїчаємо головно при умовах, де до повисшої рїзниці навязують ся дальші вислїди.

II. Як в односторонних так в обосторонних зобов'язаннях виступає все тільки дві особи — одначе право знає також такі зобов'язання, де являє ся більше осіб, де є кількох довжників або кількох вірителїв, або де рівночасно виступає кількох довжників і кількох вірителїв. Через те виринають рїзні відносини між поодинокими довжниками й поодинокими вірителями та комплікує ся vinculum iuris між представниками вірительности й представниками довгу. Наука обїймає тоті відношеня назвою спільних зобов'язань (gemeinschaftliche Schuldverhältnisse).

*) Пор. Hasenöhrl, Obl. R. I. ст. 91, 92; Krainz, System ст. 17, 18; Огоновский, Систем II. ст. 9, 10; Till, Prawo pryw. III. ст. 13 і д.

§ 19.

Спільні зобовязаня*).

I. Зобовязаня о кількох довжниках або кількох вірителях мають лиш тоді особливше правне значіне, коли на перший погляд здає ся, неначе мимо більшого числа вірителів або довжників вірительність є обективно лиш одна та довг обективно лиш один; бо де сейчас на перший вид бачимо, що в данім случаю заходить справді більше число зобовязань, так що кілько є вірителів зглядно довжників, тільки є ріжних зобовязань, там нема ніякої комплікації, й тоді вважаємо кожде зобовязане про себе, кожде з них має свою окрему правну судьбу і т. д. Питане про спільні зобовязаня стає доперва тоді актуальним, коли з першого погляду виходить, що маємо до діла лиш з одним зобовязанем, де мимо більшого числа осіб заходить якась сполука, що вказує на спільний субстрат, на спільну підставу.

Отся сполука більшого числа осіб в однім зобовязаню мусить мати правний характер. Она існує перед всім тоді, коли зобовязане основує ся на тій самій облїгаційній причині,

*) Гл. Codex Ther. III. 1. n. 19—31; III. 24. n. 9 і 21; Horten III. 1. §§ 46—50, III. 25. §§ 6, 12, 90, 91; Martini III. 1, §§ 32—39; Гал. к. з. III. §§ 31—38; Protokolle II. ст. 19—21, 403—404, 558.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 64—79; Nippel, Erl. VI. ст. 93—108; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 46—56; Ellinger, Handbuch des oest. Civ. R. ст. 407—410; Unger, System II. ст. 536 пр. 13; Kirchstetter, Comm. ст. 467 і д.; Stubenrauch, Comm. II. ст. 62—75; Krainz, System II. ст. 18—33; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 92—174, 187—196; Огоновский, Систем II. ст. 10—14; Till, Prawo pryw. III. ст. 19—25; Schuster-Bonnott, Grundriss ст. 44—46.

Врешті пор. Keller Ueber Litiscontestation und Urtheil (1827); Ribbentrop, Ueber die Natur der Correal- und Solidarobligationen (1831); Brinz, Zur Lehre von den Correal- u. Solidar-Schuldverhältnissen в Krit. Vierteljahresschr. XVI. ст. 1 і д.; Fitting, Die Natur der Correalobligation (1859); Mages, Die Gesamtschuldverhältnisse des oest. R. (1872); Czyhlarz, Beitrag zur Lehre von der Correalobligation, в Grünhuta Zeitschr. III. ст. 59 і д.; Unger, Passive Correalität u. Solidarität, в Jahrb. f. Dogm. XXII, ст. 207 і д.; (гл. теж XXIII. ст. 106 і д.); Hölder, Zwei Abhandlungen aus dem römischen Rechte (1884), і Die Einheit der Correalobl. в Arch. f. d. civ. Prax. LXIX. ст. 203 і д.; Ofner, в Geller's Centralblatt III. ст. 65 і др.; Mitteis, Zur Lehre von den pass. Gesamtschuldverhältnissen, в Grünhuta Zeitschr. XIV. ст. 419 і д.; Hruza, Correalobligationen und Verwandtes (1895).

або має спільну чинитьбу. Пр. кілька осіб бере позичку спільно від одного вірителя; кілька осіб заподіє спільним діланем другому шкоду, або отся шкода повстане без їх порозуміння, і т. д. Але таку правну сполуку стрічаємо також там, де ділала вправді лиш одна особа, але за тото ділане після постанови закона одвічальні інші особи — пр. при *actio de effusis et dejectis* (§ 1318 к. з.).

В усіх наведених та похожих случаях виступає по стороні вірителя або по стороні довжника більше число осіб, тому й не диво, що всюда проявляють ся деякі спільні свійства — але з другого боку мусимо признати, що дотичні случаї є що-до своєї сути так різнородні, та взагалі назва спільних зобовязань обіймає так різнородні правні твори, що годі позабути тих суцних ріжниць, якими они від себе одмічають ся. Тоті ріжницьі виступають теж що-до правних наслідків — тому не можна їх однаково трактувати після одного шабљона.

Теория старає ся приновити до тих ріжниць в той спосіб, що ділить спільні зобовязання на дві категорії, на т. зв. зобовязання *pro rata* й зобовязання солідарні (*Solidarobligationen, Gesamtschuldverhältnisse*). Далі теория повсюдного права, а за нею деякі австрійські юристи ділять солідарні зобовязання на кореальні й чисто-солідарні, та добачують між ними ріжницьі у тім, що при кореальних зобовязаннях заходить об'єктивно лиш одно зобовязанє з більшим числом суб'єктивних відносин по стороні довжника або вірителя, а чисто-солідарні зобовязання характеризують ся мабуть тим, що *de iure* тільки є ріжних зобовязань, кілько зобовязаних або управнених осіб.

Але супротив того треба примітити, що поділ солідарних зобовязань на чисто солідарні й кореальні є витвором конструкційної теорії романістичної 19. віка й не має ніякої підстави ані в жерелах римекого права, ані в постановах обовязуючого австрійского права. Натомісьць поділ спільних зобовязань на зобовязання *pro rata* й зобовязання солідарні має своє оправданє в нашім законі, але про те далеко не вичерпує усіх тих ріжниць, які при спільних зобовязаннях *in concreto* на зверх виступають.

Тому треба отверто зазначити, що при означеню правної натури зобовязань о більшім числі підметів не вистачає лише сказати, що они характеризують ся як солідарні зобовязання,

бо побіч деяких загальних правних наслідків, які з них плинуть, можуть заходити такі обставини, що впливають дуже різнородно на правний характер таких зобовязань, та они мають ріжну вдачу в міру сего, чи сліднують з умови, або із заряджень на случай смерти, чи основують ся на недозволенім діланю, або чи пливають із якости чинитьби.

По тих замітках приступаємо до загальних постанов про зобовязаня *pro rata* й зобовязаня солідарні.

II. Римске право знає постанову: *nomina ipso iure sunt divisa*. Се правило, приняте в праві спадчини, нормує правне відношенє вірителів і довжників до вірительности або довгу, коли по одній або другій стороні виступає кілька осіб. Коли отже кілька осіб разом має право чогось жадати, або має разом сповнити якийсь обовязок, то римске право постановляє, що вірительність зглядно довг, ділить ся на тільки частин, кілько є вірителів, зглядно довжників¹⁾.

Тото правило перейшло відтак до австр. пр., котре його розширило поза обем права спадчини на всі зобовязаня взагалі. Zeiller каже: „Як хтось не сам але разом з другими привікає якусь річ або суму, то треба природно припускати, що числить на спів'участь других, та сам на себе не хоче всього тягару прийняти. З другого боку, коли кількох вірителів приймає приречену їм чинитьбу, то також всякий мусить розумно припускати, що кождий з них хоче для себе щось набути, тому в користи із чинитьби мусить мати свою участь“. Через те звучить правило, що вірительність і довг ділить ся між всіх вірителів і між всіх довжників. Австр. к. з. висказує його в §§ 888 і 889.

В § 888 має наш закон на гадці перед всім такі зобовязаня, яких предметом є *dare* („*Recht zu einer Sache*“), але нема сумніву, що ся постанова відносить ся взагалі до всяких зобовязань, де виступає більше вірителів або більше довжників. При таких зобовязанях — каже § 888 — ділить ся віритель-

¹⁾ Пр. М. вмирає й лишає двох дідичів: А. й Б. В спадчині находять ся вірительність на 100 К., то коли А. й Б. є дідичами по рівній часті, то кождий з них набуває половину вірительности, значить по 50 К., і так зобовязанє ділить ся на 2 независимі зобовязаня по 50 К., так що кожда вірительність може мати окрему правну судьбу, може бути змінена, заплачена, відступлена і т. д. без огляду на те, що стало ся з другою половиною.

ність і довг по загальним правилам про спільність власности. З того виходило-би, що тут примінюють ся постанови 16. глави II. части к. з. (с. т. §§ 825 і д.), але по ближшій досліді всякий мусить признати, що они не дадуть ся в нашій случаю покликати, та лишає ся тільки одинока постанова § 839 і. f., яку наш закон має на думці. Значить, поділ вірительности або довгу між кількох вірительів або довжників наступає після умови або інших обставин, які його нормують — лише *in dubio*, де нема інших вказівок, наступає поділ по рівним частям, кождий віритель має право до рівної частини вірительности, кождий довжник мусить сплатити рівну частину довгу. Такі зобовязання називають ся *obligationes pro rata*. Сущною їх признакою є, що при більшій числі вірительів або довжників для кождого з них існує під правним зглядом окреме зобовязанє, котре має окрему правну судьбу незалежно від вірительности або довгу других вірительів і довжників.

Де виступає в зобовязаню кількох вірительів або кількох довжників, там наш закон догадує ся, що се зобовязанє *pro rata*. Таку правну згогадку висказує § 889; в ній читаємо правило, що коли є кількох вірительів або кількох довжників, то маємо *in dubio* до діла зі зобовязанєм *pro rata*, а не з солідарним зобовязанєм. Предмет вірительности або довгу мусить бути одначе ділимий — бо інакше поділ не дасть ся ніяк здійснити. Але все-таки правило: *nomina ipso iure sunt divisa* є загальне, та відносить ся не лиш до зобовязань, які полягають на умовах, але також до таких, що повстають з позаконтрактових відносин.

Наслідком сего є постанова §. 1302 к. з., що при ушкодженнях, заподіяних провиню кількох осіб, кождий поносить одвічальність за тоту частину шкоди, яку наніс своєю провиню. Далі, як через смерть вірителя ділить ся вірительність між кількох дідичів, то кождий з них може жадати лиш такої частини чинитьби, яка відповідає його пайці. Врешті з повисшого правила виходить, що коли в вироці є більше засуджених, то кождий з них відповідає *pro rata*, як не є виразно сказано, що їх одвічальність є солідарна. Де ні з умови, ні з постанови закона не слідує, що при більшій числі вірительів або довжників зобовязанє є солідарне, там оно характеризує ся як зобовязанє *pro rata*, що ділить ся на тільки частин, кілько є вірительів або довжників. Але тому що при зобовязаню

рго гага ходить о поділ вірительности або довгу, неділима чинитьба не може бути ніколи субстратом такого зобовязаня. Неділимої чинитьби не мож розділити між кількох вірительів або довжників — проте уже з природи річи виступає тут ріжниця супротив ділимих чинитьб, та й не диво, що при більшім числі підметів правні наслідки мусять бути інші.

III. Яка є судьба неділимої чинитьби, коли в зобовязаню виступає кількох вірительів або кількох довжників, становить §. 890 к. з. Треба відрізнити, чи право прислугує одному вірительеви против кількох довжників, чи право до чинитьби має кількох вірительів против одного довжника.

1) В зобовязаню до неділимої чинитьби виступає один віритель а кількох довжників. Віритель може від кожного довжника жадати сповненя цілої чинитьби, та жаден довжник не може боронити ся *exceptioe plurium litis consortium*, бо кождий є в рівній мірі зобовязаний, а що не може сповнити зобовязаня по частям, мусить його на жаданє вірителя сповнити вповні. Тут неділимість чинитьби є причиною того, що довжники не можуть звільнити ся сповненєм відповідної частини чинитьби, та кождий з них відповідає за цілу чинитьбу — а з другого боку віритель має право тільки до одної чинитьби, тому як її одержав від одного довжника, не може опієся другий раз жадати від другого. З того слідує правило, що віритель має довільне право вибору, від кого жадати сповненя, а кождий довжник, до якого він з таким зазивом звертає ся, має обовязок цілу чинитьбу сповнити; але коли один з довжників сповнив зобовязанє, то оно погасає не лиш супротив нього, але супротив всіх довжників.

До сего висліду доходимо не лиш на основі § 890 рг., але уже після натури неділимої чинитьби й сути зобовязаня взагалі. Проте одвічальність кількох довжників за сповненє неділимої чинитьби є така сама, як при солідарних зобовязанях, — про які буде бесіда понизше — та з тої причини наука причислює такі зобовязаня до солідарних зобовязань *ex lege*. Солідарна одвічальність слідує тут із якости чинитьби. Вправді наш закон не називає їх солідарними зобовязаннями, та про солідарні зобовязаня трактує окремо, то все таки мусимо признати, що їх правна вдача зовсім похожа на солідарні зобовязаня, а то тим більше, коли зважимо, що й між самими

АВСТРИЙСКЕ ПРАВО ОБЛІГАЦІЙНЕ

(Далі).

П о д а в

Др. Станіслав Дністранський.



солідарними зобов'язаннями, які без сумніву до них належать, багато є таких случаїв, що в деяких точках підлягають ріж-ному осудженю.

Тому, хоча § 890 к. з. в сій мірі мовчить, примінують ся тут анальоґічно постанови про солідарні зобов'язаня¹⁾.

Але треба замітити, що правне відношенє кількох довжників неділимої чинитьби являє ся лиш о стільки солідарним зобов'язанєм, о скілько причиною сего є неділимість чинитьби. Бо коли місце неділимої чинитьби займе грошевий еквівалент, то примінюєсь постанова § 889, що кождий з довжників відповідає лише *pro rata*. Гроші є ділимою чинитьбою — та де неділиме зобов'язанє зведе ся до грошевого зобов'язаня, там на-ступає поділ після числа довжників.

2) При неділимім зобов'язаню може виступати кількох вірителїв против одного довжника. В такім випадку повинно право признати кождому вірителеви те, що йому припадає з уділу; але що поділ задля неділимости чинитьби неможливий, то закон мусить все-таки *in thesei* признати, що кождий віритель має право від спільного довжника жадати цілої чинитьби. Щоби одначе через те не оскорбити инших вірителїв, а довжникови дати спромогу, сповненєм чинитьби звільнити ся від довгу супротив всіх вірителїв, є конечні певні осторожності. Спільний довжник не може безоглядно бути приневолений до чинитьби на жаданє одного з вірителїв, бо коли-би один віритель одержав без ніякого обмеженя цілу неділиму чинитьбу, то через те забрав-би теж уділи других вірителїв, та наслідок сего був-би такий, що довжник не міг-би звільнити ся від довгу супротив прочих вірителїв. Проте закон становить кавтелї, серед яких спільний довжник може виконати чинитьбу (§ 890 i. f.). Де однак всякі кавтелї *in concreto* злишні,

¹⁾ Обовязок кождого довжника є самостійний, тому правна судьба тих обовязків може бути *in concreto* ріжна. Через поведенє одного довжника против зобов'язаня пр. через *dolus, culpa, mora*, не може другий довжник терпіти; тому коли через провину одного чинитьба стала неможливою, то другі не можуть за те відповідати, лиш виновник, бо довжники не стоять з собою в ніякій звязи, тільки неділімість предмету вяже їх з собою, та поза тим устає всяка спільність. Отже коли пр. двох дідичів є обовязані до неділимого летату, та один з них знищив дотичну річ через провину, то летатар може лише виновника повизвати, бо другий дідич не відповідає за провину першого.

там они природно відпадають. Тому треба відрізнити такі случаи:

а) Коли чинитьба є така, що її сповнене супротив одного з вірителів містить в собі *implicite* сповнене супротив всіх вірителів¹⁾, то устають всякі труднощі, та через сповнене звільняє ся довжник від довгу, й всі вірителі знаходять рівночасно повне заспокоєне своєї вірительности. Про сю евентуальність закон вправді не згадує, але она не потребує окремого унормованя, бо її порішене слідує з самої природи річі.

б) Коли-ж одначе не можна сказати, мов-би через те, що довжник виконав неділиму чинитьбу супротив одного вірителя, уже всі вірителі були заспокоєні, то довжник може вправді сповнити неділиму чинитьбу на жадане одного з вірителів, але про те не звільняє ся ще від обовязку супротив прочих вірителів. Другі вірителі можуть відтак виступити з жаданем чинитьби, та довжник може тоді лиш тим боронити ся, що докаже, будьто позиваючий віритель відніс з його заплати *in concreto* материяльну користь. Але коли-б сеї користи не було, довжник мимо заплати опинить ся серед евентуальности поновного сповнення чинитьби. Дальшим наслідком повнешої засади є, що також через односторонні зарядження одного з вірителів, пр. через новацию, відпущене довгу і т. и. не погасає зобовязане супротив других вірителів.

Проте закон признає довжникови право відказати поки-що сповнення на жадане одного вірителя, доки тойже не дасть достаточного забезпеченя, що другі вірителі не будуть від нього жадати сповнення. Крім сего може він против позову одного вірителя боронити ся замітом, що хоче вправді зобовязане сповнити, але тільки супротив всіх вірителів разом та за їх загальною згодою. Врешті може він і так увільнити ся від зобовязаня, що на жадане сповнення від одного з вірителів, зложить чинитьбу до судового депозиту; ся евентуальність дає довжникови можливість звільнити ся від довгу навіть в таких випадках, де між вірителями не може прийти до порозуміння (пор. § 1425 к. з.).

¹⁾ Пр. двох сусідів каже на спільні кошти виставити пліт, що відгороджує їх обійстя. Колиж дотичний ремісник виставив сей пліт, то через те сповнив зобовязане супротив обох сусідів.

Коли-ж всі вірителі з почину згодилися на те, аби спільно жадати сповнення, чи так, що всі рівночасно виступають і від довжника жадають чинитьби, чи так, що одному з них або навіть третій особі дають відпорученє, прийняти чинитьбу іменем всіх, то довжник не може відказати чинитьби, та відпадає потреба особливших законних кавтель.

Але коли один з вірителів прийняв чинитьбу на свою руку, то повстає дальше питанє, яке право мають інші вірителі против нього, чи можуть від нього жадати регресу, значить, чи можуть його позивати о свою пайку? В § 890 не стрічаємо на те відповіді; але коли зважимо, що зобовязаня до неділимї чинитьби з більшим числом підметів мають таку саму правну вдачу, як солідарні зобовязаня *s. s.*, то прийдемо до висліду, що питанє евентуального регресу рішає ся після постанови § 896 к. з. (про що пізнійше). Другим вірителям прислугує право регресу в міру особливого правового відношеня, яке їх вяже з собою. Тоді можуть они з одного боку жадати заплати від того вірителя, що прийняв заплату, але — з другого боку — як више сказано — також від спільного довжника, що заплатив одному вірителеви, не оглядаючи ся на других. Тим-то повстає на користь незаспокоєних вірителів *ex lege* спільне зобовязанє о більшим числі довжників: до них належить той довжник, що заплатив неділиму чинитьбу одному з вірителів і той віритель, що її від нього прийняв. Другі вірителі мають вибір, до кого з них звернути ся — та коли у одного з них найшли заспокоєнє, не можуть відтак від другого нічого жадати.

Всі наслідки правні, які ми тепер пізнали, вяжуть ся безпосередно з неділимотию чинитьби. Тому коли обовязок до неділимї чинитьби *in natura* змінить ся на грошевий еквівалент, устають повисші висліди, а кождий з вірителів може жадати лише своєї пайки (*arg. z § 889 к. з.*); через те уступає конечність сповнення цілої чинитьби супротив кождого вірителя, та поділ dokonує ся як при зобовязанях *pro rata*.

Правна конструкция неділимого зобовязаня о більшим числі предметів є така сама, як при солідарних зобовязанях; але про те не всі правні постанови §§ 891 і д. дадуть ся до нього приминити, бо як раз пізнали ми деякі відмінні пдстанови по мысли § 890 к. з. Проте коли взагалі причислюємо неділимі зобовязаня о більшим числі підметів до солідарних зобовязань,

то мусимо признати, що се особливий вид солідарних зобовязань, які пливають із особливої якості чинитьби. Де одначе неділимість чинитьби устає й тому відпадає одинока причина до узнання зобовязання солідарним, там тратять они характер солідарности. Треба й на се звернути увагу, що неділиме зобовязане може *in concreto* представляти ся також як солідарне зобовязане в тіснійшій значіню, — але до того треба окремої правної підстави. В таким випадку відпадають постанови § 890 к. з., а приміняють ся постанови §§ 891 і д.

IV. Тепер приступаємо до науки про солідарні зобовязання. Се такі спільні зобовязання, що не вимагають поділу вірительности або довгу після числа вірителів і довжників, але кождому вірителеви дають право від спільного довжника жадати цілої чинитьби, а на кождого довжника вкладають обовязок на жадане спільного вірителя виконати цілу чинитьбу. В міру сего, чи супротив одного довжника стоїть кількох вірителів, чи супротив одного вірителя кількох довжників, солідарне зобовязане є активне або пасивне.

Впрочім правна суть солідарних зобовязань лежить головно в цілі, якій они служать. Віритель не має пр. повного довіря до одного, або взагалі хоче мати більше забезпеченє, та не вдоволяє ся приреченєм чинитьби одного довжника, але жадає, аби кількох довжників прирекло йому тоту саму чинитьбу. Тим чином хоче він мати свободу, від одного з довжників жадати після власного вибору сповнення цілої чинитьби, або, як вигіднійше, від всіх або декотрих часткового сповнення аж до повного покритя. Далі серед даних обставин може віритель стреміти до того, аби собі улєкшити одержанє чинитьби, й тому лучить ся з другими та они всі разом виступають супротив одного довжника як вірителі, аби кождий з них міг від нього чинитьбу стягнути.

Так-то метою солідарних зобовязань є, забезпечити вірителеви сповненє зобовязання та улєкшити йому одержанє чинитьби. До тої цілі можуть стреміти сторони не лиш в дорозі умови, але її узгляднює нераз судия в своїм вироку, а чимало сам закон приписує в деяких обставинах, що правне відношенє має служити тій цілі. До неї приноровлюють ся відтак всякі правні наслідки, які наш закон привязує до солідарних зобо-

взянь. І так (подаємо тільки короткий огляд): при пасивній солідарности може віритель від котрого-небудь довжника жадати цілої чинитьби, або від всіх разом зглядно від деяких жадати сповнення по частям аж до повного заспокоєня вірительности; а при активній солідарности може кождий віритель без повновласти від других в найспосібнійшій хвили жадати заплати і її побрати.

Повисша ціль характеризує всі солідарні зобовязаня без виїмка, тому нема причини впроваджувати до них ріжні категорії. Уже з того виходить, що поділ на кореальні й чисто-солідарні зобовязаня не має ніякої стійности. Та взагалі теория Keller-а й Ribbentrop-а¹⁾ про ріжницю між об'єктивною єдністю зобовязаня а його суб'єктивними відношеннями є дуже хитка й безглузна. Не має она ні теоретичної ні легіслативної вартости. Австр. пр. її цілковито не знає. Перед всім тому, що теория про ріжницю між чисто-солідарними а кореальними зобовязаннями поветала пізно по оповіщеню нашої к. з. Далі в самім законі нігде не стрічаємо ніякої опори для сеї ріжниці; слова „кореальні зобовязаня“ або „солідарні зобовязаня“ уживають ся promiscue (гл. заголовок §. 891: „Cogrealität“), а постанови §§ 891 і д. відносять ся взагалі до всіх солідарних зобовязань взагалі. Се узнавали уже редактори нашої к. з., у котрих під тим зглядом не було ніякого сумніву, а референт Zeiller получив в своїм коментарі всі прояви солідарности в один правний інститут. Врешті під тим зглядом виробила ся в послідних часах між австрійськими теоретиками communis opinio, а у практиці она вже давно приняла ся.

З того слідує: В кождім солідарнім зобовязаню добачує австр. пр. тільки окремих зобовязань, кілько є вірителів або довжників, бо кождий віритель має право до цілої чинитьби від спільного довжника, а кождий довжник має обовязок до цілої чинитьби супротив спільного вірителя, але кожде з тих

¹⁾ Она опирає ся на апіорістичних та чисто-конструкційних видумках (пор. Ihering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz), бо нема ніякої розумної підстави, в солідарнім зобовязаню добачувати раз тільки одного зобовязаня без огляду на число осіб, а в інших случаях видіти тільки зобовязань кілько підметів.

зобовязань має *tacitam condicionem*, що коли наступило повне заспокоєнне одного з них, всі через те погасають¹⁾.

V. Теорія повсюдного права, що признає різницю між кореальними а солідарними зобовязаннями, вказує рівночасно на різні жерела, з яких пливають зобовязання о більшім числі підметів. І так, взірцем кореального зобовязання є умова, що дає підставу до істновання кількох вірителів або кількох довжників, а взірцем чисто солідарного зобовязання є *delictum*, за яке *in concreto* одвічає кількох виновників. Австр. пр. відкинуло вправді повисшу різницю, та признає один загальний правний інститут солідарности, але все-таки жерела, з яких солідарність пливе, є різні. Умова й недозволене діланє є також в австр. пр. головними — але не одинокими — жерелами солідарних зобовязань.

В §§ 891 і д. говорить вправді наш закон *ex professo* лише о таких солідарних зобовязаннях, що слідують з умови, але нема сумніву (та й сам Zeillier се виразно признає), що сі постанови відносять ся до всіх солідарних зобовязань без огляду на жерело, з якого пливають. Після Zeillera можуть солідарні зобовязання оснований ся:

- а) на неділимости чинитьби,
- б) на постанові закона,
- в) на заявленю послідної волі — й
- г) на умові.

О скілько неділимість чинитьби становить підставу солідарности, була вже бесіда повисше. Тут треба лише запитати, що й такі солідарні зобовязання, які слідують із неділимости чинитьби, по крайній мірі належать до таких, що — по Zeillera — оснований ся на „постанові закона“; проте причислюємо їх взагалі до т. зв. солідарних зобовязань *ex lege*.

Між солідарними зобовязаннями *ex lege* найважнійшу роль відгравляють зобовязання *ex delicto*.

На рівні з солідарними зобовязаннями *ex lege* стоять такі солідарні зобовязання, які пливають із судейских вироків. Тому

¹⁾ Тоту правну констукцію стверджують поодинокі постанови закона про солідарні зобовязання — та найбільше наглядно виходить она з § 896 к. з., що признає довжникам загальне право регресу, яке дасть ся лиш тим оправдати, що хто з довжників заплатив цілу чинитьбу, уморив через те також чуже зобовязанє.

повиший поділ треба доповнити солідарністю, що слідує з судейскою рішеня.

Зрештою лишують ся такі солідарні зобовязаня, що мають свою підставу в волі заявляючого, чи она є послідною волюю тестатора, чи волюю, заявленою в умові.

Так-то три є головні жерела солідарности:

а) воля сторін, б) постанова закона незалежно від волі, й в) судейске рішенє.

Ad а). Найважнішим жерелом солідарних зобовязань є умова. Щоби могла бути бесіда о солідарнім зобовязаню, мусить з самої умови слідувати, що контрагенти, які в ній виступають, хочуть бути солідарно управнені або солідарно зобовязані. До означеня солідарности уживає ся звичайно певних висловів, як: „неподільно“, „солідарно“, „один за всіх, всі за одного“ і др. §. 891 к. з. наводить два означеня: „zur ungetheilten Hand“ або „einer für alle und alle für einen“ — але тоті вислови не є конечні й не одинокі, тільки належать до найбільше уживаних, та взагалі ходить тут лише о точне й несумнівє заявленє волі, що право з умови прислугує солідарно кільком вірителям, або обовязок спочиває солідарно на кількох довжниках.

Солідарні зобовязаня можуть повставати не лиш *inter vivos*, але й *mortis causa* в зарядженях послідної волі. Так-то жерелом тих-же є легати. Вправді наш закон нігде не згадує про се окремо, то всеж таки нема сумніву, що коли тестатор може одній особі накладати тягарі, то може їх накладати рівночасно на дві або більше осіб з тим, що один відповідає за всіх а всі за одного, або може припоручити дідичеві або легатареві сповнити одну чинитьбу супротив кількох солідарних вірителів. Теорія й практика приймають тому загально, що альтернативне зарядженє: А або Б має заплатити суму X як легат, містить в собі солідарне зобовязанє *ex legato*, й легатар може сеї суми жадати довільно від А або від Б.

Ad б). Також в самім законі стрічаємо постанови, на яких стоять солідарні зобовязаня. Тут належать такі постанови:

1) Перед всім із неділимости чинитьби (§ 890 к. з.) слідує при більшім числі вірителів або довжників солідарне зобовязанє *ex lege*. Оно підчиняє ся подекуди окремим постановам (гл. више *sub III.*).

2) Солідарне зобов'язане повстає у відношеню між ручителем а головним довжником, тільки зобов'язане ручителя є зависиме від зобов'язання головного довжника й що-до черги тільки другорядне (субсидиарне), значить, лиш тоді актуальне, коли головний довжник на жадане вірителя не сповнив зобов'язання (§§ 1352, 1355 к. з.). Тут належить теж постанова § 1357 к. з. про т. зв. ручителя-платника (Bürge und Zahler).

3) Один з найважнійших случаїв солідарности стрічаємо в праві спадчини. §. 550 к. з. становить, що до хвилі судової видичі (с. т. присудження) спадчини, всі дідичі відповідають солідарно за довги спадчини. Сю постанову треба одначе розуміти *cum grano salis*, бо вправді де є кількох дідичів, то они уже через приняте с. т. зголошене до спадчини (Antretung der Erbschaft) стали спадчинними довжниками, але все таки аж до присудження спадчини (Einantwortung der Erbschaft) не можуть вірителі спадчини пошукувати своїх прав на їх власнім майні — тому коли закон говорить тут про солідарну одвічальність, то не має на думці особисту одвічальність дідичів, але реальну одвічальність цілої спадчинної маси: не дідичі, але спадчинна маса відповідає за довги, та відповідає в цілості.

Інакше по присудженю спадчини. Тут треба відрізнити, чи дідичі зголосили ся до спадчини *cum beneficio inventarii*, чи *sine beneficio*, т. є. без обмеження. Коли не застерегли собі *beneficium inventarii* (§ 810 к. з.) та вірителі не зробили ужитку з *beneficium separationis* (arg. з 812 i. f.), то всі дідичі відповідають за довги солідарно.

4) Вірителі спадчини й легатарі можуть на случай продажу спадчини пошукувати своїх прав так на дідичах, як на тим, що купив спадчину. Одвічальність купця спадчини й дідичів є солідарна (пр. § 1282 к. з.).

5) Далі стрічаємо солідарну одвічальність *ex lege* в постанові § 1302 к. з. Коли кілька осіб заподіяли другому шкоду безправно, то відповідають за ню солідарно в двох случаях:

а) коли їх ділане було нарочне (*dolus*); або

б) коли вправді заходила тільки *culpa*, але участь кожного в шкоді не дала ся *in concreto* точно вимірити.

6) Коли одна особа відповідає виїмково за недозволені ділання других (§§ 1314—1318 к. з.), тоді її одвічальність дучить ся з одвічальностию самих виновників (пор. §. 1313 к. з.),

і отсим повстає солідарне зобов'язанє ex lege. (Пор. також арт. 380, 395, 400 торг. зак.; декр. надв. канц. з 12. червня 1838. зб. суд. з. ч. 280, і з 6. падолиста 1838 зб. суд. з. ч. 302; зак. з 16. падолиста 1851 В. з. д. ex 1852 ч. 1 і з 5. марта 1860 В. з. д. ч. 27; § 1 зак. з 12. липня 1872 В. з. д. ч. 112, і т. и.).

7) Обов'язок до аліментациї кількох предків (асцендентів) або кількох потомків (десцендентів) є також солідарний (пор. §§ 143, 154 к. з.).

8) Коли кількох опікунів (contutores) управляє спільно майном плеканця, або ділить між себе управу без дозволу опікунчого суду, то відповідає один за всіх, всі за одного (§ 210 к. з.). Похожу солідарну одвічальність стрічаємо теж при спільнім веденю курателі (пор. § 282 к. з.).

Се є головні случаї солідарного зобов'язаня ex lege, про які згадує наша к. з. Крім сего стрічаємо багато таких случаїв в інших законах, як в векселевім уставі арт. 80, в торг. зак. арт. 280, в уставі о карнім процесі § 389, в цловім зак. з 11. липня 1835 р. § 202, і т. и. (Пор. Stubenrauch, Commentar II ad § 891, II).

Ad в) Врешті солідарне зобов'язанє може мати свою основу в судейскім вироці. Тут належать перед всім такі случаї, де судия розсуджує якийсь спір і рішає, що кількох вірителів може жадати солідарно якоїсь чинитьби, або кількох довжників мусить її солідарно сповнити. В тих випадках безпосередною підставою солідарности є вправді судейский вирок, але посередним та первісним жерелом є або воля сторін або постанова закона [гл. sub a) і б)]. Одначе судовий вирок може бути також первісною основою солідарности; так, коли судия переводить поділ (пр. при спадчині), та між іншими признає якусь вірительність солідарно кільком вірителям, або на кількох довжників накладає солідарний обов'язок сповнення чинитьби.

Що зобов'язанє, яке слідує з вироку, є солідарне, мусить бути виразно висказане, бо інакше наступає поділ чинитьби pro rata (arg. § 889 к. з.).

VI. Загальні постанови про солідарні зобов'язаня подають ex professo §§ 891—896 к. з. Між ними відріжняємо три групи. Два перші §§ (891, 892) говорять про правне відношенє між вірителями та довжниками; два другі (893, 894) згадують про причини погаєненя; а два послідні (895, 896) займають ся правом регресу. Того-ж самого порядку придержуємо ся понизше.

Правне відношенє довжників і вірителїв. Тут виступає перед веім ріжниця між пасивною й активною солідарністю.

А) Пасивними солідарними зобовязаннями займає ся § 891 к. з. Де є двох або більше довжників, а один віритель, там кождий з довжників є супротив спільного вірителя зобовязаний до цілої чинитьби, мов-би а ргіогі лиш один був довжник а ніяких співдовжників. Жаден з них не може покликати ся на те, що другі довжники також зобовязані до тої самої чинитьби.

В юстиніянським праві мали солідарні довжники між собою т. зв. *beneficium divisionis*, що давало їм право жадати поділу чинитьби між веїх довжників — але оно сьогодні не існує, та в австр. пр. нема його навіть при поруці, коли кількох ручителїв поручило тоту саму квоту.

Коли-ж отже один з довжників хоче добровільно сповнити чинитьбу, та се сповненє наступає у відповіднім часі, то віритель не може її відкинути, бо в противнім разі виставляєсь на *mora creditoris*.

Але як довжники не хочуть добровільно сповнити зобовязаня, то віритель може кожного довжника позивати о цілу чинитьбу, бо кождий є до цілої зобовязаний; однак може теж від кожного жадати якоїсь частини чинитьби. З осібна має він вибір між такими средствами:

1) може против веїх разом внести спільний позив о сповненє цілої чинитьби;

2) може спільним позвом звернути ся против веїх, та рівночасно жадати від кожного по одинок о такої частини чинитьби, яка виходить з числа довжників, або взагалі довільні частини, але так, аби разом доповняли ся до висоти цілої чинитьби;

3) зрештою може від одного з них після власного вибору жадати цілої чинитьби;

4) далі може від одного або декотрих жадати якихсь частин чинитьби — рівних або нерівних;

5) врешті коли декотрі солідарні довжники находять ся в конкурсі, може при кождім з тих конкурсів зголосити цілу вірительність, та при розділі жадати від кождої з тих мас цілої квоти, яка йому припадає з огляду на цілу вірительність, але разом не може одержати більше, ніж його вірительність вносить.

Взагалі спільний віритель може против солідарних довжників доси доходити свого права, аж наступить повне вирівнане довгу, с. є. повне матеріальне заспокоєне (Befriedigung). Тому через те, що віритель вніс позив против одного або декотрих довжників, не погасає його право жадати чинитьби від других. По переведеню процесу против одного може віритель і других довільно позивати, як з першого процесу не удалось йому покрити цілковито свою вірительність. Але не може він вносити рівночасно окремих позвів, жадаючи в них від солідарних довжників більше, чим виносить його вірительність. Як вніс позив о заплату цілої чинитьби против одного з довжників, то не може від другого довжника окремим позвом жадати рівночасно цілої чинитьби або навіть якоїсь частини. Але коли відтак спір против одного довжника рішив ся на некористь вірителя, або коли вправді вийшов на його користь, але в дорозі екекуції віритель не міг від тогож довжника нічого роздобути, або вєпів стягнути лиш частину вірительности,— то може відтак позивати других довжників о цілу чинитьбу, зглядно о решту. Тото право прислугує йому також тоді, коли від першого позву против одного довжника дефінітивно відступив¹⁾).

З другого боку право спільного вірителя не може сягати поза межі повного заспокоєня. Проте рівнобіжником висше згаданої засади є правило, що через цілковите вирівнане вірительности — хоч-би через одного довжника — погасає ціле зобовязане про себе, й то не лиш у відношеню до того, що його сповнив, але взагалі у відношеню до всіх солідарних довжників.

Б) На зовсім похожих тезах стоїть також активне солідарне зобовязане, де є кількох вірителїв, а один довжник. Спільний довжник є принципіально кождому вірителеви до цілої чинитьби зобовязаний, але як раз сповнив цілу чинитьбу, звільняє ся цілковито від довгу, хоч-би її сповнив тільки су-против одного вірителя.

¹⁾ До сего висліду доходимо verb.: „wenn er von derselben (т. є. von der Klage) absteht“ — але мусимо признати, що се має часто дуже невідрадні наслідки, пр. коли віритель вніс позив против одного з довжників о цілу заплату, та відтак сей довжник попав в конкурс, то віритель мусить спершу відступити від того позву, аби міг позивати других довжників — що є наглядним вкороченем прав вірителя.

Кожний віритель є вірителем цілої чинитьби; але що отся чинитьба може бути лиш раз сповнена, то вірителі стоять супротив себе в очевидній колізії прав, тому мусить істнувати правило, що полагоджує між ними сю колізію. Того правило подає § 892 к. з.

Між кількома вірителями рішає випереджене (т. зв. превенція), значить: спільний довжник мусить заплатити тому вірителеви, що зажадав перший від нього заплати. Наш закон не становить виразно, чи жадане заплати мусить бути судове, чи вистачає також позасудова пригадка (aussergerichtliche Mahnung). Тому погляди наших письменників є ріжні.

Володіюча теорія учить, що концентрація солідарного зобовязання до особи одного вірителя може наступити лише через внесенє позову. Від тої хвилини, коли один з вірителів вніс позив о заплату й позив довжникови доручено, не може довжник звільнити ся від довгу через заплату другому вірителеви, тільки мусить чинитьбу сповнити супротив позиваючого. Але коли один з вірителів пізвав довжника лиш о частину довгу, то все таки другі вірителі можуть позивати його о решту. Позасудова пригадка одного з вірителів не концентрує солідарного зобовязання, та довжник може про те заплатити важно другим вірителям.

Отся теорія має свою основу в протоколах к. з. та її правдивість виходить *per analogiam* з постанов про пасивне солідарне зобовязанє, при котрім треба внесенє позову против довжника, аби поки-що против нього звернути вістре солідарного зобовязання. Тому невірний є погляд Hasenöhrle й Kirchstettera, що приймають концентрацію уже через позасудову пригадку.

VII. *Погасненє солідарних зобовязань.* Як уже висше згадано, характерна ціха солідарних зобовязань лежить в способі погасненя, перед всім в відношеню погасненя чинитьби одного довжника або супротив одного вірителя до обовязку або управненя других довжників, зглядно других вірителів. Та з сути солідарних зобовязань виходить, що погасненє може виступати в двох видах:

а) оно може доторкати цілого зобовязання, так що через якусь правну подію погасає ціле зобовязанє з огляду на всіх вірителів і на всіх довжників; або

б) оно може обмежувати ся лиш на особу певного вірителя або певного довжника.

Першим родом погаснення займає ся § 893 к. з., а другим § 894 к. з.

Взагалі стоїть наука про погаснене солідарних зобовязань на двох загальних тезах :

1) Через реальне с. т. материяльне заспокоєне одного вірителя або одним з кількох довжників, погасає вірительність о стільки, о скільки отсе заспокоєне дійсно сягає. Довг є завсїгди лиш один, вірительність лиш одна — проте з заплатою довгу, з вирівнанем вірительности сповнило зобовязане свою ціль та перестає істнувати. Коли тота ціль лиш в частині сповнила ся, то й погаснене є лиш часткове.

Се слїдує з сути зобовязаня взагалі — тому коли уморено довг, то зобовязане погасає без огляду на те, хто його заплатив, чи було кількох вірителїв або кількох довжників.

2) Де є кількох довжників, то один не може своїми ділами утруднювати правного положеня другого, а признане якихсь правних користий для одного не може відносити ся до других.

З другого боку, коли в солідарнім зобовязаню виступає кількох вірителїв і один з них признав спільному довжникови якісь користи з огляду на обовязок заплати, то годї з того вносити, що такі самі користи прислугують йому також супротив других вірителїв.

Тото правило слїдує з недопустимости умов на користь або некористь других (пор. § 881. к. з.), і на узглядненю здогадуваної волї сторін.

В приміненю тих правил приходимо з осїбна до таких вислїдїв :

1) Нема сумніву, що цілковите сповнене с. т. заплата через одного довжника або супротив одного вірителя увільняє всїх довжників і супротив всїх вірителїв, бо сповнене є головним способом материяльного заспокоєня. Часткове сповнене не має того успіху. Наслїдком сего правила є, що коли солідарне зобовязане є забезпечене гіпотекою, а довжник сповнив ціле зобовязане супротив одного з вірителїв, то може від нього жадати призволеня на счеркнене, та до сего вистачає посвідчене заплати, виставлене дотичним вірителем, а не потрібний підпис других вірителїв (иншого погляду Hasenöhr). .

Тоті самі правила відносять ся теж до сурогатів сповнення.

2) Сурогатом сповнення є поперед усього зложенє до судового переходу (судова депозиция) по мысли § 1425 к. з. Як переходанє наступило в користь одного вірителя, то другі вірителі не можуть жадати видачі; тому, коли один з вірителів вніє позив о заплату, то должник не може звільнитися зложенєм до депозиту в користь иншого вірителя, бо через внесене позову одним вірителем наступила концентрация зобовязана по мысли § 892 к. з.

3) Місце сповнення заступає далі т. зв. *datio in solutum*, тому й наслідки її при солідарних зобовязанях такі самі, як при сповненю (заплаті).

4) Не так наглядно представляють ся правні наслідки новациї, так як взагалі не можна на перший погляд рішити, чи й о скілько новация є сурогатом сповнення. Се питанє в науці спірне. Щоби його рішити, треба порівняти новацию з *datio in solutum*. При *datio in solutum* одержує віритель замість предмету X предмет Y; при новациї у місце дотеперішної вірительности M нову вірительність N. З того можна-б на перший погляд вносити, мов-то новация є певним родом *datio in solutum* і так само як ся послідна є сурогатом сповнення. Але отєя схожість є лиш зверхна, бо правна суть обоїх ріжна. *Datio in solutum* є дійсним уморенєм зобовязаня, бо замість річи X одержує віритель річ Y, через що погасає між ними ціле правне відношенє на будучє й не лишає ся нічо, що-би вказувало на давнійше правне *vinculum*. Через *datio in solutum* вступає цілковите й остаточне заспокоєнє вірительности, материяльне уморенє довгу. Інакше при новациї. У місце давного зобовязаня приходить новє зобовязанє: за вірительність — нова вірительність. Давний довг не є уморений, віритель не є материяльно у всю будучність заспокоєний, лиш находить формальне покритє. Старє правне відношенє вправді упає, але на тім самім субстраті повстає новє правне відношенє. Нема отже „заплати“ в найширшім розуміню, бо правне *vinculum* істнує далі, тільки під зміненою фірмою. Новация не є тому сурогатом заплати, й через те не можна тут безоглядно приміювати тих правних наслідків, які стрічаємо при заплаті або сурогатах заплати.

Що-до новадії, вказує дорогу анальоія з § 1378 к. з.; тут читаємо, що як сторони не умовились інакше, погасають через новадію всі додаткові права (*accessorische Rechte*), що стояли в звязи з давним зобовязанем, як порука, право заставу і т. и. З того виходить, що не досить сказати, мов-то при новадії через нове зобовязане погасає давнійше, бо що-до способу погасненя в богатъох напрамах рішає воля тих сторін, що заключають новадію. Тому перед всім від волі сторін залежить (*questio facti*), чи новадія має на меті цілковите відновлене давнійшого солідарного зобовязаня й заступлене його иншим зобовязанем, чи має она мати наслідки лиш *inter partes*, значить, лиш для дотичного довжника або против дотичного вірителя.

Де є сумнів що-до волі сторін, треба (*arg. z §. 1378*) радше припускати, що сторони хотіли змінити ціле правне відношене, тому новадія ділає *in dubio* розвязуючо на ціле солідарне зобовязане. Але воля сторін може також бути звернена на те, аби новадія мала стійність лише для дотичного довжника або супротив дотичного вірителя, та в такім случаю через саму новадію не наступає погаснене прав і обовязків супротив других довжників і вірителів, лиш тоді, коли на підставі новадії заплата відтак справді наступила.

5) Що-до компенсації (вчисленя) і її впливу на погаснене солідарних зобовязань, треба відріжнити:

а) Уже доконана та *de facto* переведена компенсація є сурогатом сповненя. Коли спільний віритель зажадав від одного з довжників заплати або один з вірителів запізвав спільного довжника о сповнене зобовязаня й зобовязане погасло в дорозі компенсації, то віритель одержує через те повне заспокоєне, бо через дійсну компенсацію вирівнали ся обосторонні жаданя. В дорозі такої компенсації погасає ціле солідарне зобовязане для всіх довжників і супротив всіх вірителів.

б) Але виринає питане, чи пізваний довжник може покликати ся на вірительности других солідарних довжників, або на ті вірительности, які йому прислугують против других солідарних вірителів, і жадати компенсації тих вірительностей з жаданем позиваючого вірителя. Тут компенсація ще не переведена, та ходить о те, чи она є взагалі можлива, де против жаданя вірителя пізваний ставить не свої але чужі вірительности, або вправді свої вірительности але супротив ин-

ших вірителів. Правило звучить: *compensatio ex iure tertii* не дозволена (§ 1441 к. з.) — значить, довжник не може компензувати вірительностями других солідарних довжників, ані такими вірительностями, що вправді йому прислугують, але против других солідарних вірителів. Виймок від сего правила стрічаємо перед всім при поруці, бо ручитель, пізваний о заплату, може компензувати вірительностями, які прислугують головному довжникови против позиваючого вірителя (arg. з § 1358 к. з.), а впрочім така компенсація дозволена при загальній маєтковій спільности (*allgemeine Gütergemeinschaft*).

б) Про звільнене з довгу (*Erlassvertrag*) каже § 894 к. з., що кожде звільнене, яке віритель уділює одному довжникови з огляду на його особу, не має впливу на обовязок других довжників; та з другого боку коли один з вірителів спільному довжникови сам про себе уділив звільнене, то другі вірителі не тратять через те права. В обох тих случаях обмежує ся звільнене а priori тільки на особу дотичного довжника або дотичного вірителя (*verb. „für seine Person“*). Але можливе є також таке звільнене, що має правні наслідки не лиш зглядом дотичної особи, але доторкає взагалі цілого зобовязання, так як може бути волюю контрагентів через таке звільнене вирівнати ціле солідарне зобовязане супротив всіх довжників і вірителів. З огляду на ріжну волю контрагентів треба тому відріжнити такі случаи:

а) Віритель, що звільняє довжника із зобовязання, може мати на думці повне його зрівнане; заява вірителя про звільнене доторкає цілого солідарного зобовязання; він хоче, аби зобовязане цілковито погасло. Пр. він виставляє довжникови посьвідчене, що вважає довг за покритий. На таке посьвідчене можуть покликувати ся всі солідарні довжники. Правний наслідок тут такий, як при римській *assertilatio*.

б) Далі звільнене з довгу може обмежувати ся на особу певного довжника, але так, аби він був звільнений від всякого довгу, значить, навіть від тої частини, яка-би на нього припала arg. з § 896 к. з. в дорозі регресу. Тоді віритель не тратить супротив других довжників своїх прав, о скільки оно можливе при узглядненю відпавшого права регресу против звільненого довжника. Віритель може проте других довжників позивати о заплату довгу, але лиш до тої висоти, яка лишає ся по відшибненю пайки, що припадає на звільненого довж-

ника в дорозі регресу. Тут можемо говорити про *actum de non petendo in rem*.

в) Врешті *actum de non petendo* може звертати ся *in personam* довжника без огляду на його евентуальний обовязок до регресу. Віритель звільняє одного з довжників лиш о стільки, що йому прирікає, не доходити против нього своїх прав. Він задержує собі повне право против других довжників, але довжники, що заплатили йому цілу вірительність, мають відтак повне право до регресу після § 896 також против звільненого довжника. —

Коли солідарне зобовязане є активне, то звільнене з доугу через одного вірителя не змінє прав других вірителів, тільки той віритель, що звільнив спільного довжника, не може його відтак позивати.

7) § 894 к. з. говорить не лиш про улекшеня, але теж про „тяжші услівя“ (*lästigere Bedingungen*), під якими один з довжників зобовязав ся сповнити зобовязане. Пр. один з солідарних довжників зобовязуєсь до скорійшої заплати, чим другі — то така умова не має впливу на обовязок других довжників. Отся постанова примінює ся до умови узнаня (*Anerkennungsvertrag*), до приреченя сповнення (*Erfüllungsversprechen*) і др.

8) Угода (*Vergleich*) містить в собі чинники узнаня й звільненя з доугу. Тому її правні наслідки при солідарних зобовязанях представляють ся як комбінація постанов про умову узнаня й про звільнене з доугу.

При пасивних солідарних зобовязанях треба зробити ріжницю між тим, чи угода має після волі сторін об'єктивну чи лиш суб'єктивну стійність. Коли угода, заключена з одним довжником, має об'єктивне значіне (*in rem*), бо доторкає безпосередно самої вірительности, то обовязує всіх довжників, та віритель може від кожного довжника жадати лиш того, що є предметом угоди, й як один з довжників заплатив те, що стало предметом угоди, погасає солідарне зобовязане для всіх. Інакше, коли угода доторкає лише особи якогось довжника, тоді она ділає тільки *inter partes*, а що-до інших довжників обовязує первісне зобовязане без огляду на угоду.

При активних солідарних зобовязанях угода з одним вірителем не здержує прав других вірителів, та они можуть

жадати сповнення зобовязання без огляду на угоду, заключену з одним вірителем.

9) Загальною причиною погаснення зобовязань є також *confusio*, с. т. сполука вірительности з довгом в одній особі. § 1445 к. з. і. ф. становить, що права вірителя не можуть бути через те вкорочені, що він став дідичем головного довжника або ручителя. Тому як се віднесемо до всіх солідарних зобовязань, то прийдемо до сего висновка:

Коли віритель став дідичем одного з солідарних довжників або навпаки один з солідарних довжників став дідичем вірителя, тоді не тратить він прав против других солідарних довжників, але може від них жадати регресу *arg.* з § 896 к. з., бо він є рівночасно довжником і вірителем з огляду на тую саму чинитьбу й тому що-до своєї особи може вважати ся заплаченим (*confusio*), але не тратить через те права регресу против других. Далі він може теж виступити як віритель і від других довжників жадати цілої заплати, але тоді мусить їм лишити доходжене права регресу. Йому стоять отже два повисші средства до вибору. Сей вибір має свою основу в тім, що позиваючий лучить в собі особу вірителя й одного довжника, але про те не наступає правна *confusio* прав і обовязків; тому як помершому прислугувало право позивати кожного довжника доволі, так і його дідич має те саме право, лиш при тім вважає ся все-таки на те, що віритель і один з довжників представляють під правним зглядом лиш одну особу.

Тільки при активних солідарних зобовязаннях можлива є *confusio*; коли померший запізвав вже за життя спільного довжника о заплату та довжник став його дідичем — то вже через внесенє позу наступила концентрація зобовязання до особи того вірителя (§ 892 к. з.), тому через його смерть наступає цілковита *confusio*; другі вірителі не можуть уже жадати сповнення.

Що сказано висше про сполуку вірительности з довгом в дорозі загального наслідства, примінює ся теж до інших случаїв сполуки (*confusio*), пр. через цесію.

10) Коли річ, що є предметом солідарного зобовязання, улягла випадком загибелі, то по мысли § 1447 к. з. погасає ціле зобовязанє для всіх і против всіх. Коли одначе один з довжників провинив знищенє довжної річи, то лиш він сам відповідає за *culpa*, а інші є вільні від одвічальности.

бо супротив них звищене річи являє ся припадковим, непровинним.

11) Вирок ділає звичайно *inter partes*, тому як є увільняючий, то не звільняє других солідарних довжників, і віритель може відтак позивати других. При активних солідарних зобов'язаннях через внесенне позову одним з вірителів концентрує ся зобов'язанє до його особи, тому увільняючий вирок має дефінітивне значіне, та рішає про судьбу цілого зобов'язання.

12) За давнє ділає звичайно против певної особи; тому може лучити ся, що оно скінчило ся против одного вірителя, але против других ще не є актуальне, бо зайшли причини спиненя або перерви (§§ 1494—1497 к. з.), котрі по своїй вдачі ділають *inter partes*¹⁾.

Але виїмково за давнє доторкає цілого солідарного зобов'язання без огляду на особу. Ручитель може завсїгда покликувати ся на за давнє позову, яке наступило на користь головного довжника (arg. з § 1363 к. з.).

VIII. В безпосередній звязи з наукою про погасненє солідарних зобов'язань стоїть питанє про вплив проволоки на їх судьбу. Перед всім треба відріжнити проволоку довжника й т. зв. проволоку вірителя.

1) Як час чинитьби був означений, чи-то через волю сторін, чи-то через постанову закона, то довжник попадає у *moda debitoris*, коли в означенім дни зобов'язанє не було виконанє (§ 1334 pr.). Отсе правило відносить ся теж до солідарних зобов'язань; тому коли в означенім дни не сповнено солідарного зобов'язання, всі довжники супротив всіх вірителів попадають в проволоку.

Але як час чинитьби не був означений, то до *moda debitoris* треба пригадки зі сторони вірителя (§ 1334 i. f.). При пасивнім солідарнім зобов'язаню проволока доторкає тільки того довжника, до якого пригадка є звернена; а при активнім солідарнім зобов'язаню треба відріжнити, чи один з вірителів звер-

¹⁾ Коли двох або більше людей нанесло другому спільно шкоду, то відповідать після § 1302 i. f. за те солідарно — але може лучити ся, що ушкодженє характеризує ся супротив одного з них як злочин, а супротив другого не є злочином; тоді для першого наступає за давнє по 30 роках, а для другого вже по 3 роках а *tempore scientiae* (§ 1489 к. з.).

нув ся до спільного довжника з позасудовою пригадкою, чи прямо з позвом о заплату : коли *mora debitoris* повстала через позасудову пригадку, то довжник може вправді заплатити також другим вірителям, але все-таки супротив всіх поносить наслідки *morae debitoris*; коли одначе проволока повстала наслідком позову, внесеного одним вірителем, то право жадати заплати концентрує ся до особи позиваючого (arg. з § 892 к. з.), й тільки сам позиваючий може доходити прав, пливучих із проволоки довжника.

2) Що-до т. зв. проволоки вірителя (*mora creditoris*, § 1419 к. з.), треба відріжнити її наслідки при пасивних і при активних солідарних зобов'язаннях.

Коли один з солідарних довжників при пасивній солідарності заявив супротив вірителя готовість сповнення, але віритель чинитьби не прийняв, то інші довжники не можуть покликуватись на його *mora creditoris*. Інакше при активнім солідарнім зобов'язанню. Коли спільний довжник заявив готовість сповнення супротив одного з вірителів і тойже не прийняв чинитьби, то всі вірителі попадають через те у *mora creditoris*.

IX. *Право регресу*, про яке повисше нераз згадувано, полягає на таких мотивах :

Коли з кількох солідарних довжників один заплатив цілу чинитьбу й через те звільнив других від заплати, то на тім зискали другі довжники, бо й они були зобов'язані, та хоч не заплатили, звільнилися від всякого обов'язку. А коли при активних солідарних зобов'язаннях один з вірителів стягнув цілу вірительність, то інші могли на тім стратити, бо принципіально кожний з них міг жадати цілої чинитьби, а *de facto* не одержав нічого. Проте виринає питанє, як перевести еконічне вирівнанє між солідарними довжниками або між солідарними вірителями, аби один не збогачував ся коштом другого? Се є питанє про право регресу. Займають ся ним *ex professo* §§ 895 і 896 к. з.

1) При активних солідарних зобов'язаннях вказує § 895 на окреме відношенє правне, яке вірителів вяже з собою. Що їх спонукало до того, що виступають як солідарні вірителі побіч себе? Між ними може заходити пр. заробкова спілка — тоді мусять заплату розділити між себе після умовлених уділів, або де нема умови, на рівні часті (arg. з § 839 к. з.). Коли одначе не було між ними окремого правового відношеня, то нема права

регресу, та заплата лишає ся дефінітивно при тім, хто її зажадав і стягнув. (*In pari causa melior est condicio possidentis*¹⁾).

2) Також при пасивних солідарних зобов'язаннях основує ся питанє про право регресу перед всім на особлившій правнім відношеню, яке заходить між довжником, що заплатив, а другими солідарними довжниками. Ручитель, що заплатив чинитьбу, може від головного довжника жадати звороту заплаченої суми (§ 1358 к. з.); але головний довжник не має ніколи права регресу против ручителя (§ 1363 пр.). Коли дідичі продали спадчину, то повстає з огляду на вірителів спадчини солідарне зобов'язанє, та они можуть позивати так купця спадчини, як дідичів (§ 1282 к. з.). Але як купець спадчини сплатив довги, то не має права регресу до дідичів, і навпаки, коли дідичі сплатили довги, то від купця спадчини можуть жадати цілої заплати. Хто виїмково відповідає за чужу провину є разом з виновником солідарним довжником; коли відтак заплатив за чужу провину, має повне право регресу до виновника (§ 1313 к. з.).

§ 896 к. з. становить вправді, що окреме правне відношенє між довжниками рішає тільки що-до висоти регресу, але, як повисші приміри доказують, рішає оно також що-до самого питання, чи регрес є допустимий, чи ні.

Лиш тоді, коли між солідарними довжниками нема окремого правного відношеня, яке рішало-б про право регресу довжників між собою, прислугує солідарним довжникам все право регресу по рівним частям (§ 896 к. з.). Коли один з них заплатив цілу чинитьбу, може від других жадати, аби поносили її по рівним частям, значить, аби звернули йому тільки, кілько припадає на кожного з них з поділу чинитьби на рівні частини.

Право регресу відносить ся тільки до таких довжників, що є спосібні до приймаю зобов'язань і спосібні до виплати. Коли один з довжників був неспосібний прийняти на себе зобов'язанє, то при регресі не входить в рахунок; висота регресу

¹⁾ Тому при активних солідарних зобов'язаннях право регресу може бути *in concreto* різне: раз відпадає оно цілковито, раз прислугує другим вірителям по рівним або нерівним частям, врешті правне відношенє між вірителями може бути таке, що лиш один з них має материяльне право до заплати, та коли її стягнув инший віритель, мусить йому звернути цілу заплату.

числить ся після числа спосібних до зобовязання довжників. Так само коли показало ся, що в часі сповнення чинитьби якийсь довжник був неспосібний до виплати (zahlungsunfähig), то його не вчислює ся при вимірі висоти регресу.

Основою до обчислення регресу є первісне *solidum*, значить, отся річ або сума, що була підставою первісного солідарного зобовязання. Всякі зміни при сповненню зобовязання не мають впливу на право регресу¹⁾.

Австр. пр. признає право регресу заплатившого довжника против других довжників силою самої законної постанови: *ex lege*, та оно не полягає, як у римскім праві, на правній фікції, мов-би вірительність перейшла на заплатившого довжника в дорозі цесії (verb. „auch ohne geschehene Rechtsabtretung“ : § 896 к. з.). Проте довжник, що заплатив цілу чинитьбу, може від вірителя жадати видачі всіх правних і обезпечаючих средств, які йому прислужували против других довжників (пр. вексель, довжний скрипт і т. и.); але тоті средства мають тільки формальне значіне, аби при доходженю права регресу улукшити доказ заплати й забезпечити собі виплату зворотної суми від других довжників.

Г) Облігаційне *vinculum*.

§ 20.

Загальні замітки*).

I. Довжник мусить зобовязане взагалі сповнити, на час сповнити й належито сповнити. Проте правне *vinculum*, яке слідує з облігаційного відношеня, проявляє ся в трех видах:

¹⁾ Двох довжників А й Б зобовязали ся 1. лютого 1902 заплатити солідарно 100 К. В день платности (т. є. 1. лютого 1902) приходять віритель до довжника А з жаданем заплати й заключає з ним новацію, в якій зобовязуєсь йому 1. марта 1902 передати годинник вартости 110 К. А дає справді 1. марта сей годинник, та на сій підставі жадає регресу від другого довжника Б. Але висота регресу не вносить тоді половину з вартости годинника, с. т. 55 К., тільки половину первісного довгу, значить 50 К.

*) Пор. м. оє *Das Wesen des Werklieferungsvertrages* (1898), § 8 II.

1) Правна підстава облїгаційного *vinculum* — се обов'язок до чинитьби. Його почин даує ся від повстаня облїгаційного відношеня, та правне *vinculum* довжника обїмає в першїм рядї його правне відношенє між повстанєм а сповненєм зобовязаня. Се перша стадия облїгаційного *vinculum*.

Одвїчальність довжника за само сповненє вимагає певного поведеня, відповідного облїгаційній цілі, яка пливе з дотичного зобовязаня; довжник мусить взагалї так поступати, аби сповнив свій облїгаційний обов'язок, тому є одвїчальний за його несповненє.

Сей обов'язок, що слїдує безпосередно з самого повстаня облїгаційного відношеня, є то сильнїйший, то слабший, в міру сего, чи довжник *in concreto* одвїчальний за провину (*culpa* в найширшїм розумїню), чи також за припадок (*casus*). Прозміст сеї одвїчальности рїшають побїч умови дотичні постанови закона. Правилom є, що довжник мусить сповнити отсю чинитьбу, до якої зобовязав ся. Але чимало звільняє його закон від одвїчальности, коли не був тому винний, що чинитьба не могла наступити, а часто уже з умови контрагентів може слїдувати, що довжник має відповідати тїльки за провину.

Чимало долучає ся до істнуючого правного відношеня одвїчальність цілком самостїйної натури, без огляду на провину або на припадок, після тих вимог, які суспїльний оборот правному ладови ставляє. Сю одвїчальність називаємо суспїльною одвїчальністю (*verkehrsmässige Haftung*).

2) Але на тїм не кінчить ся одвїчальність довжника. Коли до сути зобовязаня належить не лиш поветанє але й сповненє, то не дивно, що при зобовязаню час сповненя відгриває важну роль. Як установлено час, в якїм чинитьба має бути сповнена, то сей час мусить бути точно додержаний; тому друга одвїчальність довжника лежить у тїм, що мусить зобовязанє сповнити на час.

Щоби дати запоруку, що зобовязанє має бути на час сповненє, істнує в законї правний інститут „проволюки“ (*mora debitoris*). Суть проволюки лежить в тїм, що закон висказує правні наслїдки, які випливають з невчасного сповненя зобовязаня. Всякі инші питання не належать вже до проволюки, бо она має по своїй сути обмежену область; тому питанє, чи до проволюки потрібна *culpa*, не є питанєм про проволюку довжника, але належить до першої стадїї одвїчальности, що стоїть

в безпосередній звязи з повстанем зобовязання (гл. sub 1.). Питане одвічальности за провину або за припадок є цілком окреме питане, що з питанем про проволоку довжника не має безпосередно нічого до діла. Питане про провину або припадок мусить бути незалежно від проволоки порішене, та доперва, коли з того слідує, що довжник є *in concreto* справді одвічальний за сповнене, й від тої одвічальности не є звільнений (пр. через припадок, *casus*) — то повстає відтак друге питане, чи мусить він зобовязане сповнити в певнім часі. Лиш тим послідним питанем займає ся *mora debitoris*. Але де нема *in concreto* обовязку до сповнення, там не може бути бесіди про обовязок до сповнення на час, та через те про евентуальну проволоку довжника.

3) Остатна студия одвічальности довжника вяже ся зі сповненем чинитьби. Хоча через сповнене зобовязане погасло, то все-таки може оно в будучности заявити своє давне істноване тим, що довжник відповідає за неналежите сповнене, с. т. за хиби й за евікцію. Ся одвічальність звісна в австр. пр. під назвою „за поруки“ (*Gewährleistung*).

Повише три роди одвічальности стоять побіч себе в хронологічнім відношеню, тому з огляду на те істнує між ними певна зависимість. Одначе тотя зависимість не сягає дальше й область кождої з тих одвічальностей впрочім зовсім окрема й самостійна. Всі разом становлять облігаційне *vinculum* — проте науку про облігаційне *vinculum* ділямо на 3 части: 1) про одвічальність за провину або за припадок; 2) про одвічальність за проволоку й 3) про одвічальність з запоруки.

II. Але заки можемо приступити до близшого розведеня поодиноких родів одвічальности, мусимо у перед призадуматись над одною характерною появою, спільною облігаційній одвічальности взагалі.

Правне *vinculum* між вірителем і довжником находить свою опору в позві (*actio, Klage*). Право санкціонує облігаційне *vinculum* тим, що признає вірителеви право позву, значить, право судового доходження своїх прав (пор. § 19 к. з.). Право позву є конечним вислідом кожного зобовязання. Де нема позву, нема зобовязання. Зобовязане без права позву не є зобовязанем в технічнім розумію. Проте й т. з. природні зобовязання не є правдивими зобовязаннями, лиш по крайній мірі

їх сурогатами. Понизше пізнамо їх правну суть і дотичні постанови австр. права.

§ 21.

Т. зв. природні зобовязаня*).

I. Давніша теорія повсюдного права вважала *obligationes naturales* як одноцільні прояви, що мають спільну правну вдачу, — але пізнійше признала теорія, що они обіймають дуже ріжнородні правні відношеня та не дадуть ся підтягнути під спільні правні наслідки. Лиш одна прикмета є їм всім спільна, прикмета негативна: они не запозиваємі, бо закон відказує їм з ріжних причин *actionem* в римскім розумію. Та в римскім системі — чейже більше ніж в нашім — була *actio nenache condicio sine qua non* зобовязаня. Проте, коли взагалі приймаємо лиш одно загальне свійство, що вяже *obligationes naturales* з собою, т. є. недопустимість позву, то мусимо уже для римского права признати, що они не є зобовязанями в правничім розумію.

Та взагалі сама правна консеквенція вимагає, аби всі зобовязаня що-до правної сили вважати на рівні, й всім *in thesi* уділювати однаку правну охорону. Проте із зобовязаня мусить все плинути жадане правної охорони (так зв. *Rechtsschutzanspruch*), та судия мусить тому жаданю в разі

*) Гл. Martini III. 12. § 26; Гал. к з. III. §§ 350, 405; Protokolle II. ст. 251, 252 і 584.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 668 і д.; IV. ст. 166 і д.; Nippel Erl. VIII. ст. 188 і д.; Winiwarter, Bürg. R. V. ст. 104 і д.; Unger, System II. ст. 37. пр. 24, ст. 205 пр. 13; Stubenrauch, Comm. II. ст. 806 і д.; Burekhard, System II. ст. 495 і д.; Krainz, System II. ст. 79 і д.; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 26 і д.; Огоновский, Систем II. ст. 3 і д.; Till, Prawo pryw. III. ст. 9 і д.; Schuster-Bonnott, Grundriss, ст. 5, 6.

Крім cero пор. Schwanert, Die Naturaloblig. des röm. R. (1861), Scheurl, Die röm. Naturaloblig. в Jahrb. f Dogm. VII. ст. 318—355; Unger, в Grünhuta Zeitschr. XV. ст. 371 і д.; Pfersche, Die Bereicherungsklagen, ст. 185—195; Pavliček, Bereicherungsklagen ст. 31 і д. Hruza, Novation ст. 40 і д.; Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung I. ст. 141 і д.; Frankl, Die Formerfordernisse der Schenkung ст. 156 і д.; Exner, Oest. Hypothekenrecht I. ст. 136 і д.; Огоновский, О зобовязанях природних, в Часописи правничій з 1890 ст. 129 і д.; і м о е, Трилітний речинець з § 1487 з. к. з. ц. в Часописи правничій з 1895 ст. 88 і д.

потреби вдоволити. Де нема такого жаданя правової охорони, там нема жадного *vinculum iuris*, тому й годі говорити про істнованє зобовязаня.

У тім згляді виходить австр. пр. із справедливої точки погляду. В к. з. не стрічаємо нігде назви природних зобовязань, та се, що теория по приміру романістичної доктрини називає природними зобовязаннями, не є нігде предметом окремих постанов. Вправді § 1432 к. з. 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 жаданя, яким закон відказує тільки право позову, хоч і другі тут вчислені случаї належать після теорії повсюдного права до т. зв. природних зобовязань. З того видко, що австр. право не знає природних зобовязань як одноцільного правового інституту.

Коли взагалі хочемо пізнати становиско нашого закона супротив природних зобовязань, то мусимо виходити з тої точки погляду, як постановова § 1432. Значить: зобовязаня нема, та право ігнорує поки-що правне відношенє — але доперва в хвили, як справді наступила заплата на основі такого відношеня, або зайшла якась инша правна подія, право починає ним займатися й видає правні норми. Тоті норми по заплаті похожі на загальні норми при зобовязанях. Тому можемо сказати:

Т. зв. природні зобовязаня є лиш евентуальною звязкою будучого зобовязаня, яке повстає доперва пізнійше наслідком якоїсь правової події, як *solutio* і т. и.

II. До т. зв. природних зобовязань зачисляємо такі сурогати зобовязань (псевдо-зобовязаня), що не викликають про себе обовязку до сповненя, але сповнені виключають можність *condictionis indebiti*, с. т. жаданя звороту. Тут належать по мисли § 1432: 1) задавнені зобовязаня, 2) зобовязаня неважні з огляду на недостачу потрібної форми й 3) такі зобовязаня, яким закон відказує окремо право позову.

1) Через задавненє погасає облїгаційне відношенє: віритель не має вже права позивати довжника о сповненє чинитьби. Тому первісне зобовязанє перестало істнувати, але — як каже теория — лишило ся все-таки якесь *residuum* в виді природного зобовязаня. Погасле зобовязанє не може

de facto на ново віджити, тільки право дає можливість, аби на підставі погаслого зобовязання повстали якісь правні наслідки, мов-би зобовязане під певним зглядом задержало свою силу. Закон становить, що коли довжник мимо задавнення сповнив відтак зобовязане, то не може опісля жадати звороту того, що заплатив. *Condictio indebiti* є тут виключене, та наслідком заплати є *soluti retentio*. Нема теж ріжниці, чи довжник заплатив в свідомости чи без свідомости того, що зобовязане вже задавнило ся.

Повисший наслідок стрічаємо одначе тільки при так зв. звичайнім задавненню. Для поясненя сего погляду мусимо примітити ось що :

В теорії повсюдного права спірне є питане, який є наслідок задавнення, чи сильнійший, через що погасає не лиш *actio*, але й само право про себе, чи слабший, що потягає за собою тільки погаснене права судової запозиваємости; при слабшій наслідку остає *residuum* права в виді т. зв. природного зобовязання.

Сей спір стрічаємо теж в науці австр. права. *Unger* пр. учит, що наслідок задавнення є сильнійший, та по задавненню погасає все ціле право. Але володіюча теорія покликуєсь на § 1432, та вносить з сеї постанови, що задавнене має слабший наслідок. Обі тоті теорії не звертають однак уваги на інші постанови нашого закона про задавнене, проте є нестійні.

Австр. пр. відріжняє звичайне задавнене від надзвичайного. Звичайне задавнене триває після §§ 1478 к. з. і д. 30 літ, або після § 1483 к. з. 40 літ; надзвичайне задавнене є таке, котрого триване є незвичайно скорочене (пор. заголовок § 1486: „*ausserordentliche kürzere Verjährungszeit*“) після §§ 1486 к. з. і д. (Найдовший час такого задавнення вносить 3 літа). Де закон говорить прямо про задавнене, має на думці звичайне задавнене, хіба-би з виразної постанови слідувало що иншого; тому й в § 1432 є бесіда лиш про таке задавнене, що триває 30 або 40 літ, а не про таке, якого триване є значно скорочене.

Проте коли задавнене виносило 30—40 літ і довжник по упливі того часу сповнив чинитьбу, то не може жадати звороту сеї суми *condictione indebiti*; але коли задавнене було коротке, пр. виносило 3 літа або 6 місяців, то через уплив такого реченця погасло право й не може відтак проявити ніяких на-

слідків, тому як довжник по таких задавненню сповнив чинитьбу в несьвідомости про задавнене, то може опісля жадати звороту; йому прислугує *condictio indebiti* (бо § 1432 не примінює ся до такого задавнення)¹⁾.

Доси була бесіда про наслідки задавненого зобовязання по заплаті. Але таку саму задачу, як заплата, сповняють в облігаційнім праві суроґати заплати. Тому, коли довжник по упливі звичайного задавнення уморив зобовязане через *datio in solutum*, або добровільно згодив ся на переведене компенсації, то се задержує повну стійність і довжник не може відтак покликувати ся на те, що був в похибці, та на сій підставі жадати звороту *condictione indebiti*, але віритель задержує се, що одержав (*soluti retentio*).

Новація не є суроґатом заплати, тому не підходить під постанову § 1432, та з того слідує, що до важности новації треба, аби давнійше зобовязане було дійсне, не лиш природне. Також і примусова компенсація не може наступити при задавненім зобовязаню, бо довжника не можна навіть посередно приневольовати до заплати такого зобовязання, при яким нема обовязку заплати.

Задавнене зобовязане набуває подекуди повної сили через умову узнання. Коли довжник по задавненю узнав в умові своє зобовязане супротив вірителя, та в тім узнаню можна *implicite* добачувати зреченя ся заміту задавнення, тоді через узнане поветає дійсне зобовязане (але правною підставою тогож не є задавнене зобовязане, а умова узнання).

Що-до инших причин, які можуть вплинути на заміну задавненого зобовязання в дійсне зобовязане, стрічаємо в науці дуже ріжні погляди. Наш закон того питання не рішає безпосередно, але із становиєка, яке займає супротив т. зв. природних зобовязань і з постанови § 1432, яке трактує *expressis verbis* тільки про недопустимість *condictionis indebiti*, треба припускати, що задавнені зобовязання не можуть в австр. пр. бути ані предметом поруки, ані заставу. Тому порука або застав не має для задавненого зобовязання ніякої стійности²⁾.

¹⁾ Пор. впрочім мою розвідку „Трилітній речинець з § 1487“ ст. 94 і д.

²⁾ Сего питання не можна одначе ідентифікувати з питанням, чи з задавненем погасає порука або застав. (Гл. до того § 1483 к. з.).

2) Форма не є конечним услівєм важности зобовязання (§ 883 к. з.), але є такі умови, що *ex lege* або *ex contractu* домагають ся якоїсь означеної форми. Поки така форма несповнена, зобовязанє не існує. Доперва, коли контрагенти вдоволять умовленій або законом приписаній формі, повстає дотичне зобовязанє. Перед доповненєм форми може бути бесіда тільки о сурогаті зобовязання по мисли § 1432. Коли-ж довжник сплатив таке псевдо-зобовязанє (хоч *de iure* не був обовязаний), то не може відтак жадати звороту заплати *condictione indebiti*, а заплата в свідомости про неважність зобовязання не є даровиною.

Що сказано про заплату, примінюєсь також до сурогатів заплати, як *datio in solutum* і добровільної компенсації.

Зрештою таке псевдо-зобовязанє стає з правного боку доперва тоді стійним, як контрагенти сповнять опісля всі вимоги приписаної форми. Отже новація може бути лиш тоді важна, коли при заключеню новації заховано форму, яка була потрібна до важности давного — доси неважного — зобовязання. Та й примусова компенсація може відбутися, як вдоволено опісля приписаній формі. Узнанє зобовязання, порука й застав можуть теж причинити ся до повстаня або забезпеченя такого зобовязання, коли усунено недостачу форми — але поки сеї форми не виконано, зобовязанє не може мати стійности.

З того видимо, що при зобовязаннях, неважних із за браку форми, *vinculum iuris* повстає або через добровільну заплату, зглядно через сурогати заплати, — або через нову умову, бо як контрагенти опісля обсервують приписану форму, то заключають отсим в даній хвили нове зобовязанє, що має такий самий зміст, як давне, доси неважне зобовязанє. Тому крім недопустимости *condictionis indebiti* пливуть всякі інші правні наслідки з окремої умови, на якій основує ся важне зобовязанє.

3) Вкінци згадує § 1432 про такі сурогати зобовязань, яким закон відказує тільки право позову. Вправді в двох повисших випадках (sub 1 і 2) зобовязанє не існує і не основує права позову (значить, ніякого жаданя правної охорони), але тут належать всякі інші случаї, де закон виразно виключає право позову, задержуючи можливість інших правних наслідків (verb.: „blos das Klagerecht“):

а) Зобовязання із закладів і гри (Wett- und Spielgeschäfte, §§ 1271, 1272 к. з.). Закон відносить ся неприхильно до закладів і гри, та зобовязанням, що з них виходять, не уділяє правової санкції в виді права до правової охорони. Але з другого боку не може противити ся загальним звичаям, тому допускає, що хто справді заплатив свій довг із такого псевдо-зобовязання, не може жадати звороту заплати *condictione indebiti*. На рівні з заплатою стоять сурогати заплати, як *datio in solutum*, зложене до судового депозиту, добровільна компенсація. Про зложене до депозиту згадує окремо § 1271 к. з. Тому, хто для уморення такого довгу дав вірителеви інший предмет, зложив його до депозиту або призволив на компенсацію такого довгу з власною вірительністю, — не може жадати звороту, навіть тоді, як заплатив в тім пересвідченню, що є справді до заплати обовязаний.

Зобовязання із закладів і гри не можуть бути підставою для новачії або для примусової компенсації. Узнанє, порука й застав не в силі такі сурогати зобовязання зробити дійсними зобовязаннями, тому при закладах і грах не мають они ніякої стійности.

б) Так само представляє ся річ при зобовязаннях, що слідуєть з кредитованя напиктів. Закон з 19. липня 1877 В. з. д. ч. 67, для Галичини й Буковини становить, що зобовязання за напиктя, спожиті в гостинницях і шинках, не підлягають судовому доходженю, коли довжник підчас спожитя тих напиктів тому-ж вірителеви залягав ще за попередню кредитовані напикти. Хто одначе мимо тої постанови заплатив такі довги добровільно, або уморив їх через *datio in solutum*, зложене до депозиту, або добровільну компенсацію, той не може опісля жадати звороту. Але поза тим такі довги не мають стійности, та узнанє, порука або застав не в силі уділити їм правового значіння (як се впрочім виходить з виразної постанови дотичного закона). —

Се всі случаї, про які каже § 1432 к. з., що закон відказує їм права позу. Теория зачислює тут ще інші случаї—але невірнo, бо про них годі уже сказати, що закон відказує їм виразно судової охорони. Проте не належить тут зобовязанє із заручин, зобовязанє із *arrha sponsalitia* при заручинах і др., бо они слідуєть з більше або менше удатних правних конструпцій, а не із постанови закона. Зрештою всі дотичні по-

станови вистачають про себе, аби пояснити правні відношення, та й нема потреби сягати аж до понятя т. зв. природного зобовязання, котре — як сказано — в австр. пр. не має теоретичної основи. Проте не можемо в сій мірі сягати поза постанову § 1432 к. з., та мусимо її як виїмкову постанову, *stricte* інтерпретувати.

§ 22.

Провина*).

I. Понятє провини виплекало наше житє з огляду на карне право, що є осередком всякої провини; тому й не двоє, що приватне право признає в засаді таке саме понятє провини, як карне право.

Провина в найширшім розуміню се шкідливе нарушенє права, що має причину в хибній воли якогось чоловіка. Провина має завсїгди суб'єктивну — ніколи об'єктивну — основу й проявляє ся в двох видах: як злий намір (*dolus*) і як вина в тїснійшім розуміню (*culpa*). *Dolus* є тоді, коли воля свїдомо й прямо змагає до осягнення недозволеного правом наслідку, що його виновник справді пе-

*) Гл. Codex Ther. III. 1. n. 98—108; Horten III. 22. §§ 1—5; Martini, I. 2. §§ 8, 9; III. 13. §§ 1, 10—16, 25, 26, 31—33; Гал. к. з. III. §§ 411, 415, 420, 421, 429, 433, 435; Protokolle II. ст. 184—186.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 701—716; Nippel, Erl. VIII. ст. 80—94; Winiwarter Bürg. R. IV. ст. 522—555; Unger, System II. ст. 233—247; Kirchstetter, Comm. ст. 640—643; Stubenrauch, Comm. II. ст. 606 і д.; Schiffner, Lehrbuch I. § 133; Burckhard, System II. ст. 250, 251, 260—264; Krainz, System I. ст. 378 і д.; Hasenöhr, Obl. R. II. ст. 148—164; Огоновский, Систем I. ст. 136—139; Till, Prawo pryw. III. ст. 214, 215; Schuster-Bonnot, Grundriss ст. 31, 32.

Пор. Scheidlein, Miscellen IV; Zugschwerdt, Das Recht des Schadenersatzes u. der Genugthuung (1837); Pfaff, Randa und Strohal, Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptst. im II. Theile des a. b. G. B. (1880); Unger, Beiträge zur Lehre vom Schadenersatz, в Grünhuta Zeitschr. VIII. ст. 209 і д.; Pfaff, Zur Lehre vom Schadenersatz u. Genugthuung nach oest. R., в Grünhuta Zeitschr. VIII. ст. 613 і д. —

Врємні: Ihering, Culpa in contrahendo, od. Schadenersatz bei nichtigen... Verträgen, в Jahrb. f. Dogm. IV. ст. 1—112; Liszt, Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, і моя Полагада шкоди з огляду економічного і соціального, в Часописи правничій з 1897 ст. 15 і д.

редвидів; а *culpa* значить, що винувник не передвидів вправді безправного наслідку, але міг і повинен був його передвидіти.

II. Тому що провина є порушенем правного ладу, мусить право ужити всяких средств, аби її спинювати, зглядно поборювати. З огляду на те знають закони репресію карну й репресію цивільну. Провина є безправністю (*Unrecht*) — се не підлягає ніякому сумнівови, — та отсю безправність ділить володіюча теорія на карну й цивільну (*criminelles und civiles Unrecht*). Впрочім що - до суті сеї ріжницї в науці погляди дуже ріжні¹⁾. В новійших часах деякі письменники закидують тоту ріжницю, та твердять, що між ними нема принципіальної ріжницї.

По мойому сей погляд зовсім оправданий. Тота сама карна *culpa* викликає рівночасно наслідки в приватнім праві, й навпаки *culpa*, що основує обовязок до повернення шкоди, містить в собі нераз підставу до державної кари. Суть провини є однакова, лиш раз спроваджує она побіч цивільних наслідків також карну репресію, а в інших случаях обмежує ся виключно на цивільні наслідки з малим відтінком кари, хоч она не є державною карою, але т. зв. приватною карою.

Против сего можна-б вправді замітити, що лиш держава може на когось накладати кари, та т. зв. приватна кара не має ніякої основи. Але про те все-таки треба признати, що в кожній провинї — чи карній, чи цивільній — находить ся карний елемент, тільки тота карна закраска не мусить все виступати в виді державної кари, але вдоволяє ся деколи некористями з области приватного права, с. т. приватною карою. Тим-то діє ся, що приватна кара в тім значіно не обмежує ся тільки до невеличкого числа виїмків, але що її добачуємо в усіх случаях, в яких держава не признає потреби карної репресії за помочію публичної кари.

Тому одвічальність за провину є в приватнім праві подекуди карою за порушене правного ладу — та в дотичних постановах добачуємо все карний елемент, на що вказують як раз правила про полагоду шкоди. Провина нікого не оправдує: кождий є одвічальний за шкоду, яку другому наніс провиною.

¹⁾ Гл. мою „Полагоду шкоди“ ст. 22 пр. 37, де подана дотична література.

Се є загальне правило без виїмка. Подає його § 1295 к. з., та зазначає, що одвічальність за провину є однака при правних відношеннях після умови й поза обсягом умови.

III. В повисшій правилі лежить загальна одвічальність за *dolus* і *culpa*. Що кождий мусить відповідати за євдому безправність, ніхто не сумніває ся. Але право виступає також против того, хто не передвидів безправних наслідків свого ділання, а повинен був їх передвидіти. Проте аби вимірити границі вини в тіснійшій розуміню, мусить закон подати міру, після якої кождий повинен поступати, щоб уникнути заміту, будь-то він повинен був якісь безправні наслідки передвидіти, та їх не передвидів. Право вимагає взагалі від кождого певної міри обережности й старанности.

Отся міра залежить перед всім від особлившої умови сторін, але крім сего подає закон загальну міру потрібної оглядности й старанности в § 1297 к. з.

Правило звучить: Кождий довжник мусить у своїм поведеню показувати таку пильність і увагу, якої можна вимагати від пересічного чоловіка при звичайних здібностях. Хто оказує таку пильність і увагу, називає ся „тямучим і совісним“ (*emsig und redlich*: § 1009 к. з.), та його поведене називає ся по приміру римского права поведенем „совісного й пильного вітця родини“ (*eines redlichen und fleissigen Hausvaters*: § 228 к. з.), або „доброго хозяїна“ (*guter Haushälter*: § 513 к. з.). Хто занедбав такої оглядности й старанности, є недбалим (*fahrlässig*), та отсе занедбанє становить недогляд (*Fahrlässigkeit, leichtes Versehen*), після римскої назви *culpa levis*.

Отся *diligentia* не виходить поза пересічні вимоги оглядности й старанности в суспільнім обороті. Але *in concreto* можуть зайти случаи, де тотя пересічна *diligentia* в обороті не вистачає; тут говорила давнійша романістична школа про *diligentia diligentissimi patris familias* і уробила рівнобіжне понятє „*culpa levissima*“ — одначе показало ся пізнійше, що ані така *diligentia*, ані її антипод *culpa levissima* не мають жадної основи в жерелах римского права, й що через поставленє такого понятя не дало ся пояснити дотичної одвічальности. Австр. пр. не знає понятя *diligentia diligentissimi patris familias* і нігде не вимагає одвічальности за *culpa levissima*.

Теорія римського права знає побіч одвічальности за *culpa levis* евентуальний обовязок до т. зв. *diligentia quam suis rebus adhibere solet*, і її рівнобіжник, т. є. одвічальність за т. зв. *culpa in concreto*. Але такої міри не знає австр. приватне право, бо у всяких правних відносинах, в яких старанність або недбалість довжника відгравляє якусь ролю, рішають об'єктивні вимоги суспільного обороту й довжник мусить їм вдоволити, та не може виправдуватись тим, що провадив чужі справи так як свої, або коли навпаки уживав в своїх справах здвиженої старанности, не можна від нього жадати, аби до веденя чужих справ прикладав ся з такою самою старанностию — бо загальна міра одвічальности лиш одна: она зачеркнена вимогами, які ставляє суспільний оборот від пересічного чоловіка при звичайних здібностях.

Тому й т. зв. *culpa in contrahendo* є лиш проявом загальної одвічальности за недогляд (*culpa levis*). *Culpa in contrahendo*, сконструована Ihering-ом для поясненя правних норм що-до наслідків похибки (*error*) в облігаційнім праві, представляє одвічальність контрагента за те, що допустив ся при самім акті контрагованя недбалости, та через те причинив ся до того, що другий контрагент похибку або неправду взяв за правду й тому заключив умову. Провідна гадка сеї одвічальности зовсім природна, бо як вимагаємо, аби по заключеню умови контрагенти вдоволити вимогам оглядности в суспільнім обороті, то мусимо її вимагати також при самім акті заключеня умови. З того виходить, що *culpa in contrahendo* не є нічим особливим, але характеризує ся як рід *culpa levis*.

Коли-ж після повисшого кожний відповідає уже за *culpa levis*, то тим більше мусить відповідати за залишене такої старанности й уваги, якої можна надіяти ся навіть від дуже неспосібних людей. Занедбане такої старанности є наглядною недбалостию (*grobe Fahrlässigkeit*), званою під назвою *culpa lata*. Тото понятє має значіне лиш що-до способу й висоти полагоди шкоди (§§ 1323, 1324, 1331, 1332 к. з.) — про що буде бесіда в науці про шкоду.

Так-то збираючи повисші висліди, бачимо в австр. пр. три ступені провини: *dolus*, *culpa lata* й *culpa levis*.

§ 23.

Припадок*).

I. При означеню понятя припадку, мусить правник виходити перед всім із популярного значіня, та відтак розслідити тоті прояви, що мають вагу для правничого розсудженя. Тою дорогою йде вже пануюча теория, вважаючи припадок чистою й прямою антїтевою провини; она учить, що припадок починає ся там, де кінчить ся провинна. Але така розвязка питаня є непосредним вислїдом сеї романїстичної теорії, що за Ihering-ом учить: „Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld“ — та она невірна з огляду на нинїшні суспільні відносини, коли зважимо, що в сучасних законодавствах побіч т. зв. правила провини (Schuldprincip) виступає що раз різше правило причини (Verursachungsprincip), яка привязує одвічальність до самої причинової спонуки без огляду на субективне нарушенє права. Проте нинї мусимо тезу Ihering-а відвернути й сказати, що не провинна є головною підставою одвічальности, але заподїяна шкода — з чого далї слїдує, що й на припадок мусимо глядїти під гороскопом заподїяної шкоди й що для правничого осуду лиш такий припадок має стїйність, який був причиною шкоди. Для приватного права має припадок значїне доперва тодї, як через нього наступила шкода; в такїм случаю має право обовязок заявити своє становиско супротив припадкової шкоди й висказати, чи й о скілько має наступити полагода шкоди, та в який спосіб має відбути ся її вирівнанє.

З того бачимо, що шкода є сим чинником, який відрїзняє приватно-правне понятє припадку від популярного понятя.

*) Гл. Codex Ther. III. 1. n. 117—128; Herten III. 1. §§ 76—80; Martini, I. 2. § 10; III. 13. §§ 2, 16; Гал. к. з. III. § 412, 426; Protokolle II. ст. 189, 190.

Пор. літературу, подану при попереднім (22) §.

Врешті пор. мое, Das Wesen des Werklieferungsvertrages § 6; Windelband, Die Lehre vom Zufall; Schoberlechner, Der Zufall im Strafu. Civilrechte; G. Rümelin, Reden und Aufsätze III; i M. Rümelin, Der Zufall im Recht.

Проте вихідною точкою є вправді популярне понятє припадку, але оно обмежує ся в праві до понятя припадкової шкоди.

В новійших часах було питанє про суть припадку предметом багатьох філософічних і криміналістичних розвідок. Та майже всі годять ся на те, що з об'єктивного згляду випадок немислимий, значить, об'єктивно не існує випадок, бо все, що на світі діє ся, є продуктом певних незмінних правил, тому й все, що *in concreto* стало ся, не могло інакше стати ся. Тому випадок може бути — по мисли сеї теорії — лиш суб'єктивний, значить, він існує тільки у виображеню людей з огляду на недостаточне знанє кожного чоловіка¹⁾. Після сеї теорії означує випадок все, чоґо хтось не передвидів і після загальних дослідів не міг передвидіти.

Але супротив того треба примітити: Правило про невідмінний хід цілого бутя в природі не є так безусловне, як видає ся на перший погляд; оно не видержує серйозної та неапріорістичної критики, та є лиш гіпотезою, якій бракне всякої емпіричної основи. Та навпаки річ представляє ся так: Кожда подія, що вже відбула ся, мусіла вправді стати ся, але лиш наслідком сеї черги причин, які на ню склали ся; — чимало лучає ся, що чоловік не знав та не міг знати сеї цілої причинової черги, бо людске знанє взагалі дуже обмежене, й тоді отся подія з огляду на його недостаточне знанє, отже з суб'єктивного згляду є випадком. Але на тій підставі годі твердити, що отся *ad infinitum* продовжаюча ся причинова черга не могла інакше скласти ся, як се справді наступило, та хто може думати, що склад тих поодиноких причин був невідмінний?

Тому Gustav Rümelin опрокидує суб'єктивну теорию припадку й побіч суб'єктивного припадку згадує теж про об'єктивний випадок. Об'єктивний випадок повстає через те, що поодинокі причини, які складають ся на якусь подію, сходять

¹⁾ Nordau дефінює: „Der Zufall ist der lotterige Bequemlichkeitsausdruck für das Wirken von Kräften, die uns ebenso unbekannt sind, wie die Gesetze, die sie beherrschen“. (Гл. Neue Freie Presse з 19. червня 1897 у фейлєтоні „Bankbruch der Galanterie“).

ся з собою зовсім незалежно й нечаяно на одному місці й в однім часі¹⁾.

Далі треба звернути увагу на те, що суб'єктивна теорія випадку сама оперує не раз об'єктивними чинниками. Она згадує про можливість передбачення, та при тім все таки вирінає питане, чи тотя можливість осуджуєть після стану науки й досвідів, які пороблено взагалі в тім напрямі, чи вихідною точкою має бути певна особа зі своїм світом пізнання, т. є. з можливістю пізнання після власних інтелектуальних прикмет. Чейже відповідійше є, об'єктивні чинники від суб'єктивних відмежити, та до суб'єктивних випадків зачислювати лиш такі, що мають на увазі можливість передбачення дотичної особи.

З огляду на те відрізнити належить три ступені випадку :

1) об'єктивний або абсолютний випадок, про який говорить Rümelin, що на нього складають ся поодинокі причини, котрі сходять ся з собою незалежно й нечаяно на одному місці й в однім часі; — можна-б його назвати технічним іменем „vis major“;

2) такий випадок, при яким можна було вправді in abstracto розслідити причинову чергу, але її пізнане переходило сили одного чоловіка й вимагало знання всіх вислідів, до яких дійшла сучасна наука. Сей випадок є також об'єктивний;

3) врешті випадок є суб'єктивний, коли можливість передбачення якоїсь події осуджуємо після можності або обов'язку знання дотичної особи.

Тоті ріжниці мають також значіне в приватнім праві. Лиш при суб'єктивнім випадку треба звернути увагу на те, що право узгляднює лиш обов'язок знання якоїсь особи, бо сама можливість про себе не є ніякою правною критерією. Тим робом випадки, що in abstracto з огляду на саму можливість передбачення представляють ся як суб'єктивні, належать з правного огляду до об'єктивних випадків; бо де нема ніякої реляції між обов'язком до передбачення а тим, що через зане-

¹⁾ „Die unermessliche Vielheit gesonderter Elemente und Dinge, deren Bewegungen zusammen den Weltlauf bilden, schießt in zahllosen Fäden bald sich ausweichend, bald verschlungen, bald sich kreuzend, durch einander, ohne dass es möglich oder auch nur aufklärend und wertvoll wäre, dies überall ins Einzelne zu verfolgen“. (G. Rümelin, Reden und Aufsätze III. F. (1894).

дбане того обов'язку стало ся; право не становить міри, після якої треба мірити силу передвидження якогось чоловіка. В таких случаях, де нема сього обов'язку, є для правного ладу рівнодушне, як далело сягала сила передвидження дотичного чоловіка, й тому ставляє такий припадок на рівні з об'єктивним.

Проте, щоби припадок був суб'єктивний, треба, аби приватне право установило обов'язок і міру того обов'язку до передвиджуваня шкідливих подій. Се бачимо при умовах і при недозволених діланях (т. є проступках). Але тут треба запримітити отсе :

Недозволені діланя є завсїгди нарушенем законів і ніколи не додержують сеї міри передвидження, якої від одиниці вимагає право. Тому вже по тій причині не може бути бесіди про суб'єктивний припадок при проступках, бо незахованє законних границь виключає прямо понятє суб'єктивного припадку. При недозволених діланях нема отже місця для суб'єктивного припадку — але об'єктивний припадок є тут все-таки можливий.

З повншого виходить, що для суб'єктивного припадку лишає ся тільки умова з тою одвічальністю, що на ній основує ся. Отся одвічальність полягає на провині, та зміст сеї одвічальности подає обов'язок до певної старанности (*diligentia*). Контрагенти наложили собі власною волю певні границі, та через те створили суб'єктивно основу для своєї одвічальности — тому мусять прийняти на себе обов'язок, уникати всього, що могло-би противити ся ціли умови, т. є., що могло-би заподїяти шкоду. Приватне право подає міру тої старанности, до якої контрагенти зобов'язані — та коли-ж они вдовольнили сему обов'язкови, але проте наспіла шкода, то отся подія є припадком. Міру одвічальности при контрактах називає володїюча теория одвічальністю за *culpa* — та через те приходимо до вислїду, що при умовах припадок є антитезою понятя „*culpa*“ в розуміню володїючої теорії. При умовах звучить отже загальне правило, що *casus* починає ся тим, де контрагенти відповіли всяким вимогам одвічальности за *diligentia*.

Се загальне правило має подекуди виїмки з огляду на потреби суспільного обороту, та все-ж таки загальна міра одвічальности при умовах лишаєсь *in thesi* однака, поки її закон виразно не змінить, поки закон не постановить, що в данім случаю одвічальність обіймає не лиш провину, але й припадок.

При умовах примінюєсь отже в загальних почерках теорія Ihering-a — але поза обсяг умов она не сягає. Та впрочім треба ще одно запримітити: Де нема взагалі ніякого відношеня між випадком а його передвидженем, то навіть при умовах випадок не є суб'єктивний. Він характеризуєсь як *vis major*, що не належить до суб'єктивних випадків.

В° контрактових відносинах полягає поагода шкоди на поверненню шкоди, бо тут може тільки заходити питанє, чи один контрагент має другому звернути шкоду (питанє евентуального розкладу шкоди лишає ся поки-що на боці). А звісно, що випадок має в австр. пр. значінє лиш о стільки, о скілько виступає як випадкова шкода; тому правні наслідки випадку представляють ся як поагода шкоди. При умовах нема одначе принципіально одвічальности за випадок, проте нема одвічальности за випадкову шкоду, нема обовязку до поверненя шкоди. Паремія: *casus a nemine praestantur* прикладає ся тому загально до контрактових відносин — але мусимо при тім виразно підчеркнути: лише при умовах, а не, як володіюча теорія учить, загально при всяких облїаційних відношенях, чи контрактових, чи позаконтрактових. —

Casus a nemine praestantur є загальним правилом з огляду на суб'єктивний випадок; чи й о скілько оно прикладає ся теж до об'єктивного випадку, се зовсім инше питанє.

Всякі инші випадки, що не доторкають контрактової сфери, що виходять поза область контрактових відносин, є об'єктивними випадками приватного права. Тут не заходить так тісне відношенє між *culpa* й *casus*, як при суб'єктивнім випадку, бо суб'єктивний випадок не є нічим иншим, як фактичним та необхідним діланем сил поза мірою старанности (*diligentiae*), приписаної правним ладом. Де нема такої правної міри, там не можна мірити випадку, й тоді випадок не може бути антитезою провини, бо нема приписів, нормуючих обовязок до відповідної старанности. Противно можемо сказати: об'єктивний випадок не виключає із своєї области провини, та нераз лучає ся т. зв. „провинений випадок“. Тут „провинений випадок“, знаний в науці під назвою „*casus mixtus*“, не є *contradictio in adjecto*, бо до черги причин об'єктивного випадку може м. и. належати також провинна дотичного чоловіка. *Vis major* є таким об'єктивним випадком, та не

перестає ним бути, як на дотичну шкоду склала ся м. и. також провина якогось чоловіка — але тоді існує окрема одвічальність за брак приписаної старанности.

Коли ближше приглянемо ся сути об'єктивного випадку, то бачимо, що він сходить ся з популярним понятєм „пригоди“ (Unfall, Unglücksfall), о скільки она не доторкає прямо контрактної сфери. Така нещасна пригода лежить в понятю *vis major*; крім сего она є також тоді, коли пр. фабричний робітник окалічив через машину, коли з причини якоїсь хибі в обороті поїзди на залізниці розбили ся об себе й т. д. Случаї, які тут належать, є так різнородні, що не мож поставити загальної норми для поведеня одиниці, тому не може існувати загальне правило одвічальности за нещасні пригоди. Сьогодні не можна сказати, що основою всякої облігаційної одвічальности є тільки провина, так що одвічальність за випадок є лиш виїмком від загального правила, бо обік одвічальности за провину множать ся случаї, де випадок стає ся самостійною основою обовязку повернення шкоди.

Так-то при об'єктивнім випадку може виринути питанє про поверненє шкоди через треті особи; в такім случаю треба перед всім шукати тих осіб, які є до звороту шкоди зобовязані. Щоби оправдати обовязок повернення шкоди третими особами, мусить між ними а повставшою шкодою заходити все таки якась правна звязь — та отся звязь, як низше довідаємо ся при науці про шкоду взагалі, може бути не лиш строго причинова, але також соціяльна або економічна. Колиж отже викаже ся при об'єктивнім випадку між шкодою а третими особами соціяльна або економічна звязь, то без огляду на питанє про провину, рішаємо про обовязок тих осіб до повернення шкоди.

На сій засаді стоїть одвічальність за т. зв. оборотові пригоди (Betriebsunfälle). За такі пригоди відповідають підприємці без огляду на провину на основі соціяльної звязи.

II. Повисші правила, які ми висували абстрактно з понятя випадку в приміненю до новітніх правних відносин взагалі, находять опору також в австр. пр. Нашому закону не чужа ріжниця між об'єктивним а суб'єктивним випадком, та хоч она не висказана нігде *expressis verbis*, то все-таки слідує безперечно із ближшої аналізи дотичних постанов і з духа цілого закона. Перед всім інакше трактує наш закон випадки

при умовах, а інакше при позаконтракткових відносинах. Загальну постанову про випадки при умовах подає § 1447 к. з. (окремі постанови стрічаємо подекуди при поодиноких родах умови) — а загальну норму про випадки в позаконтракткових відносинах висказує § 1311 к. з. Точна аналіза тих §§ доказує, що паремія „casus a nemine praestantur“ примінюється в австр. пр. тільки до суб'єктивних випадків. Одвічальність за провину не кінчить приватної одвічальності; вправді при умовах починає ся звичайно випадок там, де контрагентам не можна закинути занедбаня приписаної старанности, але вже сама к. з. знає виїмки від сего правила, а з другого боку в позаконтракткових відносинах випадок не виключає провини, та й одвічальність за сї пригоди є ріжно означена. (Ближше умотивоване й розведене того погляду належить до науки про шкоду).

III. Особливим родом об'єктивного випадку є *vis major* [*force majeure*]*). Понятє „*vis major*“ перейшло до нинішнього законодавства з повсюдного права, та означає перед всім вищу ступінь об'єктивного випадку. Як поодинокі причини, що складають ся на якусь подію, сходять ся з собою зовсім незалежно й нечаяно, та спроваджують шкоду, то її причиною є *vis major*, коли тота сила, з якою на зверх виступає, не дасть ся побороти людськими средствами.

До того понятя, опертого на популярнім розуміню, приступають відтак деякі правні критерії. Аби *vis major* стала правним понятєм, треба, щоби дотичний об'єктивний випадок (як його як раз схарактеризовано) лучив ся поза областю оборотового підприємства. Взагалі правника інтересує *vis major* лише при оборотових підприємствах — бо

*) Pop. Stubenrauch, Comm. II. ст. 597 і д.; Till, Prawo pryw. IV. ст. 374, 376.

Крім сего Goldschmidt, в Zeitschr. f. Hand. R. III. ст. 79 і д., 331 і д.; Randa, Haftung der Eisenbahnen (1869); Röhl, Ueber die Haftpflicht der oest. Eisenbahngesellschaften (1880); Dziędzielewicz, Uszkodzenie osób na austr. kolejach żelaznych (1882); Exner, Begriff der höheren Gewalt (1883); Dernburg, в Grünhuta Zeitschr. XI ст. 334 і д.; Gelpcke і v. Schey, в Verhandlungen des 22. deutschen Juristentags I. ст. 348 і д., II. ст. 41 і д.; M. Rümelin, Der Zufall im Recht, ст. 27 і д.; Unger, Handeln auf eigene Gefahr, ст. 83 і д.; Fischer, Vis major im Zusammenhange mit Unmöglichkeit der Leistung в Jahrb. f. Dogm. XXXVII. ст. 199 і д.

питане про *vis major* стає лиш тоді актуальне, коли хтось одвічає за випадок до висоти *vis major*, а се лучає ся тільки при оборотових підприємствах.

Наша к. з. не знає вислова „*vis major*“, але постанови §§ 1104—1106 про *ausserordentliche Zufälle* або „*Unglücksfälle*“ доказують, що популярне понятє „*vis major*“ не було чуже редакторам закона. Слово „*vis major*“ стрічаємо доперва в торговельнім законі (арт. 395) й в законі з 5. марта 1869 ч. 27 В. з. д. (§ 1). Тут находимо такі постанови:

Перевізник одвічає за товари, які переняв до перевозу, від хвилі переняття товару аж до його доставлення адресатови, й то без огляду на провину, о скільки не докаже, що станула йому на перепоні *vis major*. Зелізниці відповідають за всі тілесні ушкодження або за убитя, що були наслідком нещасливих пригод, які лучились в їх обороті, та можуть оправдатись лиш тим, що дотичний випадок представляє ся як *vis major*.

На основі тих двох постанов повстала теорія про *vis major* в австр. пр. Она навязує до теорії повсюдного права, тому бачимо в ній два противні напрями: суб'єктивний і об'єктивний. Суб'єктивна теорія добачує в *vis major* події, якої підприємець не може відвернути навіть при ужитю найбільше успішних і найбільше удачних средств і способів. Об'єктивна теорія характеризує *vis major* як випадок, що повстав поза обсягом дотичного підприємства й заявив ся серед нього незвичайною силою, якою визначуєсь супротив звичайних випадків¹⁾.

¹⁾ Головними заступниками суб'єктивної теорії є Randa й Dernburg, а об'єктивної теорії Exner і Unger.

Ріжниця між суб'єктивною а об'єктивною теорією має теж практичні наслідки. Коли пр. машиніст зоміє та через те слідує у поїзді катастрофа, то она після суб'єктивної теорії представляє ся як *vis major*, бо управа зелізниці не занедбала із свого боку ніяких средств, аби спинити можливість випадку — але інакше після об'єктивної теорії, бо сей випадок є все-таки оборотовим випадком, що має своє жерело у внутрі самого обороту, та за нього мусять зелізниці відповідати, бо про *vis major* не може бути бесіди. (При об'єктивній теорії навіть найдалше ідучі зарядження й средства осторожности не в силі усунути одвічальности зелізниці, коли про те зайшов такий випадок, що мав своє жерело у самім обороті). Але як пр. машиніст тому не міг повняти дальше своїх функций, бо грім ударив в поїзд та він помер на місци, то причина пригоди лежала поза областю оборотового підприємства, то се представляє ся як *vis major* не лиш після суб'єктивної, але й після об'єктивної теорії.

Коли тут пригадаємо собі наші замітки про суть припадку взагалі, то мусимо прийняти об'єктивну теорію. Можемо вправді за суб'єктивною теорією признати, що *vis major* не дасть ся підприємцем відвернути навіть при ужиттю найбільше успішних средств — але тоті критерії про себе не вистачають, аби схарактеризувати точно *vis major*. Зрештою об'єктивна теорія має свою опору в новітнім устрою оборотового підприємства. —

Як звісно, *vis major* виступає тільки при оборотових підприємствах. Оборотові підприємства є мастковими організаціями правними, що по своїй суті повносять певні соціальні обов'язки. Тоті обов'язки полягають на одвічальности за те, що діє ся у нутрі тогож підприємства. Тому уже з суті оборотового підприємства слідує в нинішних суспільних відносинах обов'язок підприємця до одвічальности за внутрішні пригоди (*innere Betriebsunfälle*). Тоті внутрішні пригоди — се звичайні об'єктивні припадки.

Коли-ж отже закон пр. становить, що при зелізницях одвічальність обіймає не лиш провину, але також припадки аж до *vis major*, то через те не каже нічого иншого, як що одвічальність не сягає поза внутрішню область підприємства, та обмежує правне понятє *vis major* тільки до таких припадків, які мають своє жерело поза областю підприємства значить, не у його нутрі, але поверх нього (*äussere Betriebsunfälle*).

Що сказано про зелізниці, примінюєсь аналогічно до всіх оборотових підприємств, бо всі они мають під тим зглядом однакову вдачу. Так-то не може бути сумніву, що понятє *vis major* доторкає лиш таких припадків, які мають жерело поза обсягом оборотового підприємства. Крім сего уже само популярне понятє вимагає, аби дотичний припадок виступав з незвичайною силою, а право не має підстави нехтувати сеї прикмети, та приймає її до правного понятя.

§ 24.

Суспільна одвічальність*).

I. Романісти не знають понятя суспільної одвічальности, хоч она в сути річи існувала уже в римекім праві. Для них становить провина ядро всьої одвічальности, тому навіть там де нема провини, старають ся її окремо сконструувати, або на підставі тогож понятя приходять до одвічальности за culpa levissima, custodia і т. и., не відчуваючи того, що через те понятю провини дають таку область, яка лучить з собою дуже суперечні чинники. Таке поведене неприродне, та не видержує критики, тому в новійших часах що-раз частійше виступають такі учені, які прямо признають, що побіч одвічальности за провину існує також така одвічальність, яка не дасть ся пояснити провинною, але потребує иншої правної підстави. Се є одвічальність, що спочиває на умовах суспільного життя й обороту — ми її називаємо суспільною одвічальністю (verkehrsmässige Haftung).

Численні постанови нинішних законів, перед всім з огляду на облїгаційне право, є унормованєм сеї одвічальности, та на нїй основують ся найріжноріднійші правні відношеня, які мають лиш одну спільну точку, що служать цілям і потребам суспільного обороту. Понизше пізнамо найголовнійші загальні прояви суспільної одвічальности.

II. При зобовязанях лучає ся нераз, що між заключенєм зобовязаня а його сповненєм упливає якийсь час, так що віритель через той час не має обективної певности, чи довжник справді зобовязане сповнить, чи ні. Такі діла правні полягають на довірю прирікаючого, що позичену суму зверне, приречену роботу справді виконає, умовлену ціну купна точно сплатить і т. д. Отсе довіре лежить як раз в етичних і соціальних основах суспільного обороту. В етичних тому, що є вимогою власної честі кожного чесного чоловіка, додержувати даних приречень; а в соціальних тому, що впорядкований оборот лиш тоді може існувати, як у відносинах між людьми заходить взаїмне

*) Пор. мою розвідку: Полагода шкоди з огляду економічного і соціального, в Часописи правничій ех 1897 ст. 25—39.

довіре; таке довіре є укріплене силою звичаю, товариских відносин і інтересом, який має кожний для піддержання власного кредиту. Так-то головними підоймами нинішнього суспільного обороту є вірність і довіре (Treu und Glauben) і оборотовий звичай (Verkehrssitte *).

Повстає питанє, в яким відношеню стоять ті чинники до себе, й як до них відносить ся позитивне законодавство?

Вірність і довіре характеризує Stammler як норму для рішення правного спору, яка подає, що в данім випадку найліпше відповідає соціальному ідеалови. Де против себе стоять противні інтереси приватних осіб, мусить судия ставити собі питанє: як належало-б рішити справу, коли-б кожний з тих осіб не стремів тільки до егоїстичного вдоволення своїх бажань та змагань, але узглядняв теж альтруїстично цілі другого побіч своїх цілей. Тому Stammler припоручає судії об'єктивність і неутральність в порішуваню спорів: судия повинен справедливо відважити й розсудити противні суб'єктивні інтереси й бажання по мысли соціального ідеалу.

Про відношенє вірности й довіря до оборотових звичаїв каже Stammler, що оборотові звичаї є одним з чинників вірности й довіря, якими повинен кермувати ся суспільний оборот — та не одиноким чинником, бо тут відгривають ролю ще інші елементи, як умова сторін, вплив третих осіб, елементарні нещастя і т. и., взагалі найріжнородніші обставини й події. Вірність і довіре вказують отже судії формальний напрям, в яким має обертати ся судейский вирок, а оборотовий звичай є лиш одним з чинників, на який судия повинен оглядати ся при укладі вироку.

Але ся теория не відповідає всім обставинам суспільного обороту. Перед всім при умовах щоденного обороту, як обмін, купно, наєм, аренда і т. и., — взагалі при т. зв. обмінних умовах (Güterauschverträge), — понятє вірности й довіря не може бути таке, як його ставить Stammler. При таких умовах змаганє до осягнення цілковитого соціального ідеалу в нинішнім суспільнім обороті немислиме, бо ни-

*) Поп. Stammler, Recht der Schuldverhältnisse ст. 36 і д.; Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts I. ст. 420 і д.; Steinbach, Treu und Glauben im Verkehr, в Gerichts-Zeitg. ex 1900 ч. 1—4.

нішний оборот стоїть на принципі свободної конкуренції (*des freien Wettbewerbs*), та змагане до як найвисшого суб'єктивного зиску є не лиш дозволене, але прямо законами запоручене. Тому коли при правних відношеннях, які сліднують з обмінних умов, прийнято взагалі в обороті які-небудь етичні правила щодо поведення контрагентів, то они зовсім не є висловом соціального ідеалу, але як раз дають контрагентам свободу змагання до егоїстичних зисків, лиш визначають границі, аби оборот міг поступати певною, безпечною дорогою. Тут понятє вірности й довіря покриває ся цілковито понятєм оборотового звичаю — так що коли взагалі при таких умовах коли-небудь бесіда про вірність і довіре, то се не є нічо иншого, як се, чого жадає оборотовий звичай.

Супротив обмінних умов стоять в нинішнім суспільнім обороті т. зв. організаційні умови (*Steinbach* називає їх „*Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation*“), пр. *mandatum*, *societas*, правне відношене державних урядників і др. Они не полягають на економічній борбі контрагентів, але мають задачу, через згідне стремління членів змагати до спільних цілій. В таких відношеннях змагане до як найвисших власних користей є з гори виключене, але за те стоять они головно на етичних основах. Висловом тих етичних основ є вірність і довіре.

Тут можна-б за *Stammler*-ом поставити постулат стремління до осягнення соціального ідеалу, але й сей ідеал мусів-би приноровити ся до даних обставин. Впрочім понятє сего ідеалу не є одноцільне, коли зважимо, як ріжнородні є ціли поодиноких з'організованих звязків, в яких люде проживають, і тому як ріжна мусить бути в них міра вірности й довіря, зависимо від сили, з якою в поодиноких звязках виступає спільність інтересів. Далі треба памятати, що деякі соціальні звязки не стоять в згоді з інтересами загалу, тому й природно, що тоді нема потреби, аби судия жадав вірности й довіря у відношеню поодиноких членів до себе (так при заборонених товариствах).

З повисших заміток виходить, яке є відношене оборотового звичаю до вірности й довіря. Як сї слова беремо в тіснійшій розуміню, то понятє оборотового звичаю обмежує ся тільки до обмінних умов, а вірність і довіре виступає при організаційних умовах.

При обмінних умовах і відношеннях, які повстають з тих умов судия має обов'язок звертати увагу на оборотові звичаї, значить, на те, що один контрагент може від другого жадати після ціли умови й після того, що відповідає звичаям, та чого можна надіяти ся в данім случаю від чесних людей.

При організаційних умовах та взагалі при правних відносинах членів з'організованих звязків між собою головну ролю відгравляє вірність і довіре. Тут ходить о спільність інтересів і она витворює етичні правила, яким члени мусять підлягати. Тільки отєї організації служать ріжним цілям і ріжна є сила, з якою в них виступає спільність інтересів. Проте й сі етичні правила є дуже ріжнородні в ріжних організаціях; та коли судия має тут узгляднити вірність і довіре, то не може сего понятя брати шематично, але мусить звертати увагу на ріжниці звая, на ріжниці цілий і т. и. Лишає ся тільки така загальна вимога: чесність у поведеню й заборона змаганя до як найвисших власних зисків одиниці. —

Приступаємо відтак до другого питання, як відносить ся позитивне законодавство до оборотових звичаїв і до вимоги вірности та довіря в обороті. В римекім праві стрічаємо правило: *bonae fidei iudicii exceptio doli inest*. Проте виробилась у повсюднім праві теория про т. зв. *exceptio doli generalis*, якої вислідом була загальна вимога *bonae fidei* в облігаційнім праві. Дальше розведене сеї гадки стрічаємо в § 242 нового німецького кодексу, який становить, що довжник є обов'язаний: „die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“.

В австр. пр. не находимо одначе похоложї постанови, та навіть слова: „*Verkehrssitte, Treu und Glauben*“ не звісні нашій к. з. Але все-таки виринає питанє, чи сі вимоги, що пливають із сути нинішного суспільного обороту, находять ся *implicite* в постановах нашого закона?

Починаємо з оборотових звичаїв. В § 10 к. з. читаємо, що не можна звертати уваги на звичаї, на які закон не покликує ся. Під тими звичаями треба розуміти т. зв. звичаєве право, а не оборотові звичаї; проте § 10 не противить ся, аби оборотові звичаї були *in concreto* підставою облігаційної одвічальности. Та противно — міродайні є тут постанови §§ 914, 6 і 7 к. з.

Питанє про вплив оборотових звичаїв при облїгацийних відношеннях є перед всім питанєм про виклад дотичного відношення; тому вказівку подає в сій мірі § 914 к. з. Тут читаємо, що при викладі умов судия має руководити ся такими приписами, які існують про інтерпретацію законів. А в тим зглядї рішає в першім рядї постанова § 6, в другім же рядї постанова § 7 к. з. Коли сама граматична й льогічна інтерпретація не вистачає, то треба поступати після аналогії по мисли § 7 к. з. Примінивши сю постанову до облїгацийних відношень, приходимо до того вислїду, що судия має обовязок перед всім дотичну умову толкувати після правил граматичної й льогічної інтерпретації — але такий виклад про себе не вистачає, й для точного розсудження умови мусить судия шукати ще инших елементів, та про сї елементи згадує *implicite* як раз § 7 к. з.

§ 7 вказує на „похожі в законах безпосередно рішені случаи й на мотиви инших з ними споріднених законів“ — та коли сю постанову після § 914 к. з. примінимо анальогічно до умов, то побачимо, що й при умовах треба поступати так, як звичайно в похожих случаях поступає загал. Та висловом того поведеня, що має бути мірою для осудження дотичної умови, є як раз оборотовий звичай, бо як знаємо, облїгацийне право є правом суспільного обороту. З того отже виходить, що наше право признає *implicite* оборотові звичаї підставою одвічальности при облїгацийних відношеннях.

Але ідімо дальше. Послїдне реченє § 7 i. f. каже, що на остатнім місци про виклад правних постанов мають рішати т. зв. „*natürliche Rechtsgrundsätze*“. Пануюча теория австр. права розуміє під тим висловом т. зв. право натури (*Naturrecht*), якого приклонниками були редактори нашої к. з. — але она поборює взагалї всяке право натури, та учить, що право натури справді не існує. Так-то усувають они взагалї постанову § 7 i. f., бо права натури не вважають они жерелом для інтерпретації законів і до порішуваня конкретних случаїв. Але годї позабути, що наш закон виразно згадує про „*natürliche Rechtsgrundsätze*“, тому сеї постанови не можна до вільно з закона викинути. Проте „*die natürlichen Rechtsgrundsätze*“ § 7 мусять мати якесь значіне без огляду на те, чи наші кодифікатори розуміли через те право натури, чи що иншого. Признаю чи, що право натури не може бути жерелом обовязуючог

права, розуміємо через „natürliche Rechtsgrundsätze“ етичні, економічні й соціальні згляди, які мають вплив на дотичне правне відношенє. Тому аналогічне примінене сеї гадки до облігаційного права, що є правом суспільного обороту, дає такий вислід: при облігаційних відносинах відгрівають важну ролю „природні правила обороту“ (die natürlichen Verkehrs-grundsätze“; у місце „Recht“ ставимо слово „Verkehr“, бо тут ходить о правила суспільного обороту). Так-то де in concreto оборотові звичаї не дають про себе підстави для близшого розведеня облігаційної одвічальности, там судия му-сить звернути увагу на природні основи суспільного обороту — а такою загальною основою обороту, що пливе уже із самої сути обороту, є як раз вимога вірности й довіря.

Отсим доходимо до вислїду, що наші абстрактні виводи про значінє оборотових звичаїв і вірности та довіря мають для австр. права повну стійність. Оборотові звичаї відгрівають головну ролю при обмінних умовах, а вірність і довіре при організаційних умовах. Ствердженє сего погляду стрічаємо теж в деяких подрібних постановах. І так оборотові звичаї має наш закон на увазі пр. при тих постановах, що стоять в звязи з римскою *exceptio doli generalis*: §§ 248, 866 к. з.; а при деяких організаційних відносинах зазначає закон вимогу чесного поведеня, пр. при управі майна плеканця через опікуна (verb. „redlicher Hausvater“: § 228 к. з.) і при *mandatum* (verb. *redlich besorgen*“: § 1009 к. з.). —

Одвічальність за вірність і довіре при облігаційних відносинах називають декотрі письменники *bona fides* облігаційного права. Але отєя *bona fides* зовсім ріжна від *bona fides* річевого права. В річевім пр. ходить о *bona fides* в суб'єктивнім значіню, а вірність і довіре в облігаційнім пр. є завєгди об'єктивною мірою, якої судия має придержувати ся при осудженю дотичного відношеня. Підставою вірности й довіря не є суб'єктивний правний погляд одиниці, але етичні погляди, прийняті загально у суспільнім обороті.

III. Чоловік відповідає звичайно лиш за своє власне поведене, не за поведене других. З того виходило-би, що за провину других, головно-ж за провину своїх помічників, відповідає ся лиш тоді, коли заходить власна провина того, що ними послугує ся — отже тоді, коли хтось був недбалий при виборі свого заступника або помічника (*culpa in eligendo*), або коли

залишив конечних вказівок і такої контролі, якої вимагає загально оборотовий звичай (*culpa in inspiciendo, custodiendo*). Одначе таке абстрактне правило не може в позитивнім праві лишитись без виїмків. В сій мірі стрічаємо два ріжні системи:

а) Римский систем. Після римского пр. одвічальність за заступників і помічників обмежує ся тільки до одвічальности за *culpa in eligendo, inspiciendo* й *custodiendo*. Та сей систем був для римских відносин зовсім природний і мимо сильно розвиненого обороту зовсім вистачающий — а то з огляду на становиско невільників в римским пр. Але про те стрічаємо виїмки при *receptum nautarum cauponum et stabulariorum*, при *locatio conductio operis* і при т. зв. *actio institoria*.

б) Інакший є систем старонімецкого права. Оно висказує одвічальність за підвластних, та руководить ся при тім провідною гадкою, що де власть, там одвічальність, і кому приходить головний зиск з підприємства, той мусить поносити всякі небезпечности, які з ним вяжуть ся.

По рецепції римского пр. принято індивідуалістичну римску одвічальність, та хоч опісля знесено невільництво, кріпацтво й рабство, не поставлено на їх місце ніякого спорідненого правного відношеня, тому повсюдне право приняло одвічальність за *culpa in eligendo* й т. д., з виключенем одвічальности за заступників і помічників.

Але між тим здвигнув ся єуспільний оборот, та по веім усяодам виринула потреба иншого унормованя відносин між продуцентами а консументами. Підприємець є управителем продукції; головний зиск з підприємства належить до нього, ціле колесо оборотове дотичної продукції служить його спекуляційним намірам і вправляє ся в рух на його приказ. Тому й природно, що підприємець як *spiritus movens* дотичної продукції представляє підприємство також на зверх в тім напрямі, що є одвічальний за пригоди, які заходять в границях підприємства, та є з ним причиново звязані. Загал консументів, хоч в ділі продукції інтересований, прямує в першім ряді до безпосередного вдоволення своїх потреб і користуєсь вислідами продукції лиш о стільки, о скільки з'уміє їх приноровити до своїх потреб. Взагалі інтереси продуцентів і консументів ріжняться ся діаметрально: консументи оплачують готові товари, але хочуть стояти далеко від цілого продукційного процесу,

а натомісць підприємець мусить взяти на себе всю одвічальність, яка стоїть в звязи з продукційним процесом.

Сего домагає ся ідея новітнього обороту й нинішного суспільного ладу. Та з того слідує безпосередно одвічальність підприємця за поведене дружини, якої уживає до продукції, с. є. заступників, помічників, учеників, робітників і др.

На тім становиску стоїть уже *code civil* (арт. 1384, 1797), англійсько-американське право та під певним зглядом новий німецький кодекс. Але спірне є в науці питання, як до сего питання відносить ся австр. пр. Про се подумаємо понизше.

Під помічниками (*Gehilfen*)* розуміємо особи, якими послугує ся довжник при виконаню зобовязаня. Участь помічників мусить відбувати ся за свідомістю й волю довжника. Зрештою ріжні є роди таких помічників. Не належать тут так зв. післанці (*Boten*), що є посередниками при заключеню умови, та лиш переносять чужу оферту від одного контрагента до другого. Помічниками у повнєшім розуміню не є також такі заступники (*Substituten*), що заключають умови іменем другого — але все-таки належать тут такі заступники, що заступають другого у веденю підприємства і є йому помічні при виконуваню зобовязань. Далі треба тут причислити увесь персонал, яким підприємець послугує ся при веденю підприємства, прим.

*) Гл. *Cod. Ther.* III. 12. n. 118—120; 21. n. 156; 22. n. 25—29; *Horten* III. 12. § 95; 22. § 4; 23. § 2; *Martini* III. 8. §. 24; 13. §§ 24, 27, 28; 14. § 14; *Гал. кн. з. Ш.* §§ 275, 434, 437, 439; *Protokolle* II. ст. 107; 439, 440; 575, 576.

Пор. *Zeiller*, *Comm.* III. ст. 506, 717 і д.; *Nippel*, *Erläuterung* VII. ст. 428 і д.; VIII. ст. 95 і д.; *Winiwarter*, *Bürg. R.* IV. ст. 379, 556, 575; *Unger*, *System* II. ст. 130 і д.; *Kirchstetter* *Comm.* ст. 579, 645, 650 і д.; *Stubenrauch*, *Comm.* II. ст. 420 і д.; 634, 635; *Krainz*, *System* II. ст. 256 і д.; 336, 337; *Burckhard*, *System* II. ст. 269 пр. 40; *Hasenöhr*, *Obl. R.* I. ст. 400 пр. 4; *Till*, *Pravo pryw.* IV. ст. 368 і д.

Врешті пор. *Ihering*, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, в *Jahrb. f. Dogm.* I.; *Verhandlungen des 17. deutschen Juristentages*; *Goldschmidt* в *Zeitschr. f. Hand. R.* XVI. ст. 287 і д.; *Bar* в *Grünhuta Zeitschr.* IV. ст. 21 і д.; *Pfaff*, *Gutachten* (1880) ст. 67—89, і в *Grünhuta Zeitschr.* VIII. ст. 700—725; *Strohal*, *Gutachten* ст. 153 і д.; *Schreiber*, *Der Arbeitsvertrag* ст. 67; *Krasnopolski* в *Krit. Vjahresschr.* XXII. ст. 511; *Unger*, *Handeln auf eigene Gefahr*; *Doliński*, *Die Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen bei der Abschliessung von obligatorischen Verträgen.* —

учеників (Lehrlinge), робітників, прокуристів, загальних повновласників торговельних і т. д.

Пристаючи до представлення одвічальности за помічників в австр. пр. мусимо відрізнити одвічальність в рамках умови, й одвічальність за діла помічників поза областю умови (головно за недозволені ділання).

1) В нашій к. з. не стрічаємо нігде загальної постанови, яка нормувала-би одвічальність за провини помічників в рамках умови. Проте in thesi й в австр. пр. прийато правило римського права, що ціла одвічальність за помічників редукує ся до одвічальности за culpa in eligendo, inspiciendo й custodiendo. До того висліду доходимо теж на основі нашої теорії о припадку. При умовах є casus звичайно протиставленем провини (де нема провини, там є casus); а надто: casus a nemine praestantur, отже в контрактових відносинах нема одвічальности за провину других, лиш там, де рівночасно заходить власна провинна (in eligendo etc.), там є одвічальність.

Однак тото правило має дуже важний виїмок при оборотових підприємствах. Коли підприємець заключив з другим умову, якої виконане належить до області його підприємства, й при тім послугував ся помічниками, та виконане або не могло цілком наступити, або не могло точно наступити, то підприємець відповідає також за провину своїх помічників.

Тому не противить ся постанова § 1161 к. з., мов-то лиш в наглядних случаях можна при роботі послугуватись заступниками, та в такім випадку одвічальність підприємця обмежує ся виключно до culpa in eligendo — бо тота постанова доторкає тільки заступників (Substituten), а не таких помічників, про яких тут бесіда, а зрештою ніхто не може сказати, що при підприємствах лиш в наглядних случаях можна уживати помічників, бо се конечно та загально дозволене. Як контракую з якимсь підприємцем, то звичайно й на гадку мені не прийде жадати, аби він сам виконав дотичну роботу, та з гори знаю, що він сам до неї не приложить рук, але буде послугуватись помічниками.

Одвічальність підприємця за провини помічників слідує в части arg. з §. 1157 к. з., а засадничо per analogiam з § 1299 к. з.

§ 1157 говорить про наслідки припадку при locatio conductio operis. Коли припадок, що не дозволяє сповнити зобова-

заня, має свій осідок в праці, то поносить його підприємець. Проте мусить він поносити тоті припадки, які сліднують з поведеня його помічників. Але через поношене припадкової шкоди розуміє § 1157, що підприємець не може жадати ніякої заплати з умови й не може жадати звороту коштів, ложених на продукцію замовленої річи, але ся постанова не каже, що підприємець обовязаний свому співконтрагентови звернути шкоду, яку тойже поніє із того, що наслідком поведеня помічників виконанє zobовязаня стало неможливим. Тому такий обовязок одвічальности підприємця за поведене помічників мусить мати иншу правну основу.

Подає її § 1299. При підприємствах ведених по званю для заробітку (verb. „Gewerbe“) відповідає підприємець за те, що виконуване всяких діл, які входять в обєм дотичного підприємства, буде відбувало ся по всім сучасним вимогам; тому й природно, що такий підприємець мусить відповідати також за поведене своїх помічників, коли они не сповнюють фахових вимог, потрібних до веденя сего підприємства. З того слідує, що при оборотових підприємствах відповідає підприємець за провини своїх помічників.

2) Про одвічальність за помічників в позаконтракт ових відносинах, особливо за простуки помічників, трактує ex professo § 1315 к. з. Підприємець відповідає тільки за culpa in eligendo et inspiciendo. Аби одвічальність підприємця була оправдана, вимагає закон:

а) щоби трета особа понесла шкоду через проступок помічника;

б) щоби його провина була наслідком його нездібности до того підприємства, або наслідком його особистої небезпечности;

в) врешті сам підприємець мусів провинити ся тим, що прийняв необережно нездібну або небезпечну особу на помічника, що залишив потрібних вказівок і конечної контролі, або дізнавши ся про нездібність зглядно небезпечність помічника, дальше його задержав. Слово „wissentlich“ в § 1315 відносить ся не лиш до забезпечених, але також до неспосібних осіб, та не є тотожне з понятєм свідомого, наміреного поведеня (dolose Handlung), бо висказує про одвічальність підприємця за кожде недбале поведене при electio, inspectio й custodia (пор. § 264 к. з.).

Наш закон знає одначе один случай безоглядної одвічальности за проступки помічників; се *actio adversus nautas, cau-pones et stabularios* по мысли § 1316 к. з.¹⁾ (з торговельного пр. належать тут арт. 384, 400).

IV. Суспільний оборот вимагає від одиниці інколи пожертвованя власного добра або навіть чинного виступленя поза границями прийнятих зобовязань в тій цілі, аби спромогти у-спішше та спокійне істноване одиниць побіч себе й через те створити підставу для загального добра й гаразду.

Нинішня ідея власности*) тоді стійна, коли принципіально прийме на себе такі соціяльні обмеженя, що дають спромогу суспільного істнованя всіх одиниць побіч себе й находять основу в вимогах загального добра. В австр. пр. вказує на те поста-нова § 364 к. з. Паремія: „*Qui iure suo utitur, neminem laedit*“**) не має вже того змісту, що давнійше, але висказує погляд, що всякий може виконувати своє право лиш в соціяльних границях. Хто отже своє право виконує безпощадно, с. е. без огляду на соціяльні границі й через таке поведене наносить другому шкоду, повинен її звернути. До сего висліду доходимо arg. a contr. з § 1305 к. з. Отся одвічальність независима від провини, стоїть — як бачимо — на вимогах суспільного обо-роту, в тому суспільною одвічальністю.

V. Суспільною одвічальністю є також одвічальність за т. зв. мимовільні діланя (*unwillkürliche Tätigkeit* ***) по мысли §§ 1306—1310 к. з. Хоч закон відказує певним особам волі, й они не можуть по тій причині відповідати за провину, то всеж таки не устає через те всяка одвічальність за мимовільне діланє, та є випадки, де закон нормує таку одвічальність. Де она є законом признана, там опирає ся она на ви-могах суспільного обороту; тому на сім місци згадуємо про ню, відкладаючи подрібні дослідї до науки про шкоду.

1) Про се пізнійше в науці про шкоду.

*) Пор. Gierke, Die sociale Aufgabe des Privatrechts; A. Wagner Grundlegung der politischen Oekonomie II² ст. 179 і д., 262—276.

**) Пор. поки-що Pfaff, Gutachten ст. 39—54, і мою розвідку „По-лагода шкоди“ в Часописи пр. з 1897 ст. 27 і д.

***) Пор. поки-що Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht (1878) ст. 71—107; Pfaff, Gutachten ст. 54—67 і мою „Полагоду шкоди“ ст. 23, 24.—

VI. На кінець не можемо тут промовчати одного правового інституту, що має в праві загальне значіння, та по крайній мірі являє ся як суспільна одвічальність: се т. зв. збогачення (Bereicherung).

Пануюча теорія австр. права не знає збогачення як загального правового інституту, та признає йому тільки обмежену область на взір римських *condictiones sine causa*, а то тому, що в §§ 1431 і д. має бути тільки згадка про такі правні відношення, що відповідають римським кондикціям, як *condictio indebiti*, *s. causa data causa non secuta*, *s. ob iniustam (turpem) causam*, *s. sine causa* в тіснійшій розуміню.

Але сей погляд нестійкий, бо редакційні протоколи й предтечі нашого закону доказують наглядно, що наші кодифікатори вважали збогачення правовим інститутом загального значіння*). Впрочім докази сего лишили ся в нашій законі, й то в §§ 1431 і. ф., 878 і. ф., 1447 і. ф. Тому судія мусить звертати увагу на всякі прояви неоправданого збогачення без огляду на те, чи вони характеризують ся як *condictiones sine causa*, чи ні, та де оно заходить, мусить ухилити його наслідки.

В міру сего понятя збогачення в австр. пр. далеко ширше, чим римської *condictio*. При збогаченню стоять дві господарські сфери супротив себе: в одній наступає побільшене майна, в другій-же рівнобіжно розмірне зменшене майна наслідком тісної причинової звязи; з одного боку підноситься загальна висота майна у відношенню попереднього маєткового стану (*status quo*) до теперішнього положення — та через те слідує по другій стороні в неоправданий спосіб зменшене майна, с. в. обмежене майна в другім господарстві. Отже несправедливе plus з одного боку викликає minus з другого боку. Тому понятя збогачення є в першому ряді економічним понятям, бо plus і minus

*) Гл. Cod. Ther. III. 20. n. 2 і. ф.; Horten III. 21. § 1 і. ф.; Martini III. 1. § 23 і. ф.; Гал. кн. з. III. § 22 і. ф.; Protokolle II. ст. 15, 257, 258.

Пор. Zeiller, Comm. IV. ст. 156, 162, 179 і д.; Nippel, Erläuterung VII, ст. 177 і д.; Winiwarter Bürg. R. V. ст. 103; Stubenrauch, Comm. II. ст. 720 пр. 1.

Крім сего: Pfaff, Zur Lehre vom Gegenstande der *condictio indebiti* — в Ger. Zeit. 1868 ч. 30—35; Pfersche, Bereicherungsklagen (1884) ст. 196 і д.; моє Das Wesen des Werklieferungsvertrages.

підлягають економічному осудженню, але в другому ряді правним понятєм, бо як раз правні правила рiшають про те, чи побiльше не зглядно зменшене майна є оправдане, чи нi.

В кождiм поодинокiм случаю мусить судия розглянути, чи заходять економiчнi й правнi вимоги; однi й другi є коначнi, щоби мож говорити про збогачене. Труднiсть лежить у правних критериях — але чимало й тут нема сумнiву, що не може бути бесiди о збогаченю в правнiм розумiню, пр. при т. зв. обмiнних умовах, о скiльки суспiльний оборот дозволяє на свободу конкуренцiї. Але переступ означених границь являє ся все таки як збогачене, та потягає за собою певнi правнi наслiдки (одвiчальнiсть за *laesio enormis*). При т. зв. органiзацiйних умовах збогачене звичайно дасть ся легко помiтити, бо уже вiрнiсть i довiре вимагають, аби один не змагав коштом другого до осягнення зискiв, до використання другого.

Коли судия побачить, що *in concreto* заходить неоправдане збогачене, то мусить висказати ся про правнi наслiдки тогож. Загальним наслiдком є, що збогачене мусить уступити, та мiж двома суперниками має по змозi наступити *status quo*. Зрештою в поодиноких случаях закон окремо нормує єю одвiчальнiсть, пр. при *laesio enormis*, в постановi § 1162 i. f., i др

§ 25.

Проволока доержника*).

I. Чинитьба мусить бути на час сповнена. Довжник, що не сповнює на час чинитьби, стає винним проволоки (мога

*) Гл. Cod. Ther. III. 17. n. 26—52, 185—206; 9. n. 129, 215, 216, 270, 393, 394; 10. n. 25; 12. n. 165, 193; 13. n. 74—76; Horten III. 9. §§ 62, 66, 70, 181, 225; 18 §§ 16, 55—66; 22 §§ 46—71, 73; 12. §§ 70, 83, 99; Martini III. 13. §§ 43—45; 14. §§ 18, 19, 23, 24; 7. § 34; 8. § 17; Гал. кн. з. III. §§ 454, 455, 484, 485; 252, 268; Protokolle, II. ст. 198—201, 441, 577; 313, 417; 104; 419.

Pop. Zeiller, Comm. III. ст. 766—771, 116 i д., 470 i д., 494 i д., 513 i д.; Nippel, Erläuterung VIII. ст. 210—220, VI. ст. 150 i д., VII. ст. 363 i д., 409 i д., 441 i д.; Winiwarter, Bürg. R. IV. 592—597, 81 i д., 350 i д., 372 i д., 383 i д.; Unger, System I. ст. 84 пр. 29, ст. 606 пр. 41, ст. 375 i д.; II. ст. 242, 243, ст. 545 пр. 38, 39, ст. 546 пр. 41, ст. 332 пр. 10; Kirchstetter, Comm. 656 i д., 476, 575, 581 i д.; Stubenrauch, Comm. II. ст.

debitoris, mora solvendi, Verzug des Schuldners). Проволока — се гайнієть довжника у сповненю зобовязаня.

Вимоги, потрібні до проволоки, подає § 1334 к. з. Тут читаємо, що при зобовязанях без означеного дня платности наступає проволока, коли довжник по судовій або позасудовій пригадці (Mahnung) зі сторони вірителя не сповнить зобовязаня, або в инший спосіб не погодить ся з вірителем — а при зобовязанях з означеним днем платности, коли означений день прийде, та він навіть без пригадки в той день не сповнить чинитьби. Проте з осібна такі є вимоги проволоки:

1) Зобовязанє мусить бути уже платне (fällig). До проволоки вимагає ся, аби надійшов час, в яким віритель може жадати безпосередного сповнення чинитьби. В сій мірі треба відіржити, чи реченець сповнення був означений, чи ні.

При означенім реченци припадає день платности в означений день. Отсе означене може наступити в умові (§ 902 к. з.), в зарядженю послідної волі (§ 705 к. з.), або прямо через постанову закона (пр. §§ 1100, 1156, 1165 і др.). При таких зобовязанях, що залежать від вивовіди, припадає платність у день вивовіди, зглядно по упливі означеного часу від вивовіди; а врешті при зобовязанях, заключених під услівем, в день сповнення услівя.

Але коли день платности не є означений, то про день платности рішає постанова § 904 к. з. Тому платність наступає сей час по заключеню зобовязаня¹⁾. При зобовязанях, які

665—668, 680—685; 363 і д., 403 і д., 451, 453; Krainz, System II. ст. 134, 135, 142—146, 212, 213, 242, 255; Hasenöhr, Obl. R. II. ст. 324—346; Огоновский, Систем II. ст. 124 і д.; Till, Prawo pryw. III. ст. 346 і д.; IV. 219—221, 252; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 36.

Врешті: Schömann, Handbuch d. Civilrechts II. ст. 291 і д.; Unger, Fragmente aus einem System des oest. Obl. R., в Haimerl Vierteljahresschr. XIV. ст. 125 і д.; Randa, Lehre von den Zinsen u. der Conv. str. ст. 13 і д.; v. Schey, Mora creditoris ст. 6 і д.; Schoberlechner, Der Zufall im Straf- und Civilrechte (1897) ст. 146 і д.; мое Das Wesen des Werklieferungsvertrages ст. 88 і д.

¹⁾ Коли припадає платність, як сповненє має наступити „по можности“ або „після обставин“, була уже бесіда в § 17 ст. 89. — При летатах день заплати (Zahlungstag), про який згадує § 685 к. з. не становить ще про mora debitoris, тільки означає день, від якого може летатар жадати сповнення летату, але так що доперва справді піднесене жаданє може дати почин до проволоки довжника по мисли § 1334 к. з.

пливуть з презентаційних паперів (пр. векслів), треба до платності крім впливу якогось часу ще презентації паперу перед довжником.

2) Другою вимогою проволоки довжника є занехане чинити би в день платності. Римске пр. вимагало крім сего ще пригадки зі сторони вірителя (*interpellatio*), й то при всіх зобовязанях. Однак давнійша теорія повсюдного права, яка полягала на хибнім розуміню дотичних постанов *corporis iuris civilis*, та була відгомоном постанов старо-німецького права, учила, що при означенім реченци не треба пригадки, бо „*dies interpellat pro homine*“. Тоту тезу приняла наша к. з. в § 1334. Проте при таких зобовязанях, де реченець заплати є точно означений — чи то через умову, чи то в зарядженю послідної волі, чи врешті через окрему постанову закона (§ 1334), — наступає проволока без пригадки зі сторони вірителя. Проволока починає ся в той день, який слідує по дни платності (arg. з § 903 к. з.).

Коли одначе день платності не був взагалі означений, то до проволоки треба пригадки зі сторони вірителя. Через те віритель дає довжникови до пізнання, що жадає сповнення в данім часі.

Пригадка є односторонним ділом правним вірителя супротив довжника. Вискавує она жаданє вірителя, що заплати має наступити сейчас, або пізнійше в означенім реченци. Пригадка може наступити доперва по платності зобовязаня — та проволока починає ся у слідующий день по пригадці.

Австр. пр. не приписує ніякої форми для пригадки, она може бути заявлена устно або письменно, позасудово або перед судом. При судовій пригадці, що появляє ся в позві, проволока починає ся доперва по дорученю позову. Також зголошенє в конкурсі (§ 17 конк. уст.) має значіне пригадки. Зрештою закон не приписує для пригадки означених слів, але все-таки мусить она з заявленя слідувати ясно й недвозначно¹⁾.

¹⁾ Як віритель присилає довжникови рахунок, то се не є пригадка, бо суцною ціхою звичайного рахунку є довжника повідомити про висоту вірительности. Інакше, як рахунок є поввітований. Доручене поввітованого рахунку є уже пригадкою, бо такий рахунок містить в собі безпосередно жаданє заплати.

Деякі письменники учать, що пригадка тратить правну силу, коли віритель жадає більше, або чого иншого, чим те, що є предметом чинитьби. Але се погляд невірний, бо відкриває довжникови свободне поле до шикани й проволоки. Треба лише, аби з пригадки наглядно виходило, яка вірительність має бути заспоковна; та коли відтак довжник сповнює не те, чого в пригадці хибно жадає віритель, але те, до чого є справді зобовязаний, то віритель мусить се прийняти, бо інакше попадає у т. зв. *morā creditoris*.

Далі при обосторонних зобовязаннях, при яких обі противчинитьби мають бути раз у раз (*Zug um Zug*) сповнені, пригадка одного з контрагентів не залежить від того, чи він сам передше або рівночасно заявив готовість сповнення своєї чинитьби. Але коли-б віритель заявив, що не сповнить своєї чинитьби, то його співконтрагент не може ніколи попасти у *morā debitoris* (arg. з § 1052 к. з.).

Пригадка мусить виходити від власновільного вірителя, та може звертати ся тільки против власновільного довжника. Але по обох сторонах можуть виступати заступники, чи то *ex lege*, чи в дорозі повновласти. Також і цесйонар має право до пригадки супротив довжника, але ся пригадка лиш тоді стійна, коли довжник був о цесії повідомлений (arg. з § 1395 к. з.).

Врешті пригадка повинна наступити на відповіднім місці й у відповіднім часі. Про се рішають дані обставини й оборотові звичаї — та не мож сказати, що пригадка мусить все відбути ся на місці й в часі сповнення (*Erfüllungsort und Erfüllungszeit*), бо таке ограничене було-б обмеженем свободи обороту.

3) Одвічальність за проволоку може лиш тоді бути актуальна, коли в часі, в якому зобовязане мало бути платне, отсе *vinculum iuris*, що навязує ся до повстаня зобовязаня, ще існує — значить, коли з особлившої причини не відпало зобовязане до сповнення чинитьби. Бо як зайшла така причина, що усуває обовязок до сповнення, то природно, що не може бути бесіди про обовязок до сповнення в певнім часі, не може бути бесіди про проволоку довжника. Тому заки можемо приступити до питаня, чи довжник відповідає за *morā*, мусимо передше порішити питане, чи він взагалі є ще одвічальний за сповнене, чи навпаки є звільнений

від всякої одвічальности, бо зайшла така правна причина, що його звільняє від сповнення, пр. коли він а рїогі одвічав тільки за провину, а зайшов випадок, що спинив можливість сповнення.

II. З повисешим питанєм вяже ся безпосередно kwestия, чи до сути проволоки належить провинна довжника. Се питанє в науці вельми спірне. Оно повстало уже в науці повсюдного права, та пересилило ся відтак до австр. права, яке що-до сеї точки не ставить нігде виразної тези. Тому й в австр. пр. є два погляди: одні письменники жадають до проволоки довжника провини, другі-же допускають правні наслідки проволоки навіть тоді, коли по стороні довжника не було ніякої провини.

Більша частина письменників узнає теорію провини, але все-таки признає, що існують такі випадки, для яких австр. пр. не жадає провини, але правні наслідки привязує уже до самого факту, що довжник не сповнив на час свого зобовязаня. На тім опирають они поділ на т. зв. суб'єктивну й об'єктивну проволоку. Суб'єктивна проволока — се мабуть проволока в тіснійшій розуміню, що вимагає провини довжника. Об'єктивна проволока повстає після сеї теорії уже через занедбанє заплати в день платности без огляду на провину довжника. Загальні постанови про проволоку мають однак відносити ся тільки до т. зв. суб'єктивної проволоки — а деякі письменники не узнають навіть т. зв. об'єктивну проволоку за тога *debitoris*.

Супротив сеї теорії треба вже з принципіальних зглядів закинути, що зовсім тотожні правні відносини, як проволоку й занедбанє сповнення в день платности, розділяє без ніякої причини, хоч мусить признати, що одно й друге має певні правні наслідки — та тому, що тоті наслідки не відповідають всім загальним постановам про проволоку довжника після повсюдного права, то годі ще із того рішати про суть проволоки в австр. пр.¹⁾ Тому коли в деяких випадках за-

¹⁾ Так-то постанови §§ 1118, 1135 і 1166 к. з. являють ся як правні наслідки проволоки по мысли § 1334 (verb.: „Eine Verzögerung fällt einem Schuldner.. zur Last“). Невірний є тому противний погляд Hasenöhrle, Obl. R. II. ст. 321 пр. 7 і там наведених авторів.

ходять практичні ріжницї, то треба собі відкрито сказати, що тога має не лиш загальні, але декуда особливіші правні наслідки, а то з огляду на ріжні правні відношеня, при яких виступає. Се не може бути підставою до поділу проволоки на суб'єктивну й об'єктивну, та не відкаже тій остатній знамені проволоки.

По мойому питанє, чи до проволоки треба провини довжника, чи ні, не стоїть — як уже висше сказано — з проволокою в безпосередній звязи, але мусить бути окремо порішене, заки ще про тога може бути бесїда. Проте хоча теорія провини мусить знати певні причини, що звиняють від проволоки (т. зв. *Exculpationsgründe*), ми їх взагалі не можемо прийняти, бо тога повстає до перва тоді, та й все тоді, коли в часї, в якім зобовязанє мало бути виконане, обовязок до сповненя ще правно істнував. Чи сей обовязок справді ще істнував, залежить від того, чи довжник є одвічальний тільки за провину, чи також за випадок; та ся одвічальність є в ріжних правних відносинах ріжна.

Пр. при позичці наступає тога при спізнєнню звороту навіть тоді, коли довжник суму, приготовану до заплати, стратив через випадок (*casus*), — а то тому, бо випадкова неможливість сповненя родового зобовязаня не звільняє від чинитьби (*arg. à contr.* з § 1447 к. з.). — Після § 460 к. з. відповідає заставний віритель (*der Pfandgläubiger*), що заставлену собі річ дальше другому заставляє, за такий випадок, який не пригоди-в-би ся у нього. Колиж відтак заставляючий (*der Pfandschuldner*) по заплатї довгу жадає звороту заставу, та він його з причини такого випадку не може звернути, то попадає в проволоку й поносить всі її наслідки. — Депозитар і комодатар мусять теж поносити наслідки проволоки, коли дотична річ загинула через т. зв. *casus mixtus* по мысли §§ 965, 979 к. з. і на жаданє депонента або комоданта не є в силі її звернути. — Гостинники, корабельники й візники відповідають після §§ 970 і 1316 к. з., та де така одвічальність правно оправдана та реченець до сповненя дотичного обовязку безуспішно уполнив, то заходять всі вимоги *morae debitoris*.

В усіх наведених і похожих случаях злишно питати ся, чи до проволоки жадає ся провини. Та правдивість нашого погляду виступає найрізше в таких випадках, коли контрагенти зобовязали ся в умові відповідати не лиш за провину, але теж

за припадки. Тут до проволочи не мож жадати провини, бо одвічальність обіймає також припадки, та цілком при-родно, що коли наспів час чинитьби, а її не сповнено на час, то наступають наслідки проволочи без огляду на те, чи недо-повнене зобовязання мало свою причину в провині, чи в при-падку.

Одначе треба признати, що наш закон стоїть в загальних почерках головно на принципі провини, бо для контрактів зву-чить правило: *casus a nemine praestantur*. Тому *arg. z § 1447* к. з. припадок не допускає звичайно до одвічальности за проволочу, бо коли припадкове знищене річи або взагалі при-падкова неможливість сповнення чинитьби зносить в сякий й обо-вязок (*alle Verbindlichkeit*), то зносить через те також одві-чальність за проволочу. Але наш закон знає виїмки, де одві-чальність обіймає не лиш провину, але й припадок; тоді-то мимо припадку існує одвічальність за сповнене, та в хвили несповнення зобовязання на час наступає *mora debitoris*.

Наш закон нігде не становить, що провина є конечною вимогою проволочи — а з особливших постанов *§§ 1051 i 1154* к. з. годі вносити, що провина є загальною вимогою про-волочи. Наші письменники покликають ся на те, що *§ 1334* к. з., який трактує *ex professo* про *mora debitoris*, находить ся в науці про полагоду шкоди (30. глава II. части), та доходять до висновка, що проте провина є конечна до проволочи. Але они розуміють хибно постанову *§ 1295* к. з., бо обовязок до полагоди шкоди не вимагає все провини, та крім провини є инші рівнорядні причини обовязку до повернення шкоди, а зрештою 30. глава II. части трактує також про такі правні відношеня, що не стоять з провиною в ніякій звязи — тому годі з того вносити, що проволоча мусить основувати ся на провині. Сама постанова *§ 1334* к. з. ні одним словом не зга-дує про провину; та з тексту можемо як раз вносити, що до про-волочи не треба провини, а Zeiller (головний референт при редакції нашої к. з.) виразно примічає, що редактори к. з. нігде й не думали про конечність провини до понятя прово-локи.

III. Приступаємо до правних наслідків проволочи. Сего важного питання не трактує наша к. з. нігде *ex professo*, тому наші теоретики з легким серцем переселяють цілу теорію по-всюдного права на поле австр. права, не оглядаючись на те,

що *corpus iuris civilis* не є безпосереднім жерелом австрійського права.

Таке поведене однак невірне. Що-до австр. пр. рішає лиш австр. к. з., та де нема виразних постанов, аналогія з інших постанов або із духа самого закона. Проте аби пізнати вихідну точку нашого закона, мусимо поступати іншою дорогою, як наші письменники, та не можемо позабути, що проволока є взагалі вислідом занехання заплати в день платности без огляду на провину.

Перед всім мусимо виходити із постанов §§ 1333 й 1334 к. з. Они належать до групи тих постанов, що трактують з особна про способи повернення шкоди („*Arten des Schadenersatzes*“, заголовок до §§ 1323, 1324 к. з.). Між іншими належать тут постанови §§ 1331 і д. про порушене майна (заг. до § 1331: „*Verletzungen an dem Vermögen*“), та они подають особлившу міру, після якої в таких случаях обчислює ся шкоду. Безпосередно належить тут § 1333 к. з., якого заголовок звучить: „*Insonderheit durch Verzögerung der Zahlung, Verzögerungszinse*“. З того видно, що проволока довжника є порушенем майна вірителя, та § 1333 має лиш таке значіне, як §§ 1331 і 1332, значить, подає міру, після якої обчислюєсь тотя вартість, що має бути звернена; при грошових зобовязанях полягає она на відсотках проволоки. Тому не було метою редакторів на тім місци подати цілу теорію проволоки, але они подали тут тільки тоту міру, що має становити підставу до обовязку повернення шкоди при проволоці. § 1334 має відтак тільки пояснюоче значіне, аби при сій нагоді висказати, що треба розуміти через проволоку довжника.

Видимо отже, що не на тій постанові лежить головна вага, та що головну увагу треба як раз звертати на інші постанови нашого закона про проволоку. Тому задачію австр. правника є, віднайти тоті приписи в законі й не обмежуватись на те, що теорія повсюдного пр. подає як правні наслідки проволоки.

Сі постанови є будь-то загальні, будь-то спеціальні.

1) До загальних постанов належить перед всім

а) § 919 к. з. Тут читаємо м. и., що коли довжник не сповнить на час свого зобовязання (без огляду на провину), то віритель не має права відступити від зобовязання, але може відтак жадати тільки докладного сповнення (*genaue Erfül-*

lung), а крім сего нагороди шкоди за спізнєнє. Тут виринає питанє, що закон розуміє через обовязок довжника до докладного сповненя? Се є таке сповненє, яке що-до змісту відповідає всяким вимогам заключеної умови. Коли одначе сповненє є через своє спізнанє таке, що противить ся прямо намірови сторін, висказаному в умові, то не можна уже говорити про „докладне“ сповненє. Тому постанови § 919 к. з. не можна віднести до zobov'язanzь з безуслівним реченцем або до таких zobov'язanzь, де означенє реченця не було вправді безуслівне, але припізнєнє сповненя сягало так далеко, що ціля умови не могла вже бути осягнена. Так само не може бути бесіди про „докладне“ сповненє в тих случаях, де реченець не був вправді при умові поданий, але з ціли й сути дотичної умови виходило, що певні часові границі мусять бути задержані, та in concreto не були задержані. Тоді не лишаєсь нічо иншого, як замість сповненя жадати поверненя шкоди задля несповненя.

З того слідує: При проволоці довжника може віритель звичайно жадати докладного сповненя й поверненя шкоди за припізнєнє чинитьби. Але коли сповненє zobov'язanzь мало наступити в безуслівним реченци, або припізнєнє було так велике, що сї границі, які слідували із сути й ціли дотичного zobov'язanzь, не були задержані — то віритель може жадати поверненя шкоди задля несповненя. Тільки коли про те згодив ся на пізнійше сповненє без ніяких застережень, то через пізнійшу заплату наступає purgatio morae.

Постанова § 919 є загальною постановою, але з її тексту видимо, що она тратить свою стійність, коли закон становить in concreto що иншого, або сторони між собою що иншого умавляють. Проте остають в силі всякі инші постанови нашої к. з., що не годять ся з приписом § 919.

б) Уже з § 919 слідує, що при проволоці може віритель жадати поверненя шкоди. Міру сего звороту шкоди подають §§ 1331—1333 к. з. Кожда проволока є нарушенем майна вірителя, тому шкода, яка повстає в той спосіб, звертає ся після загальних постанов про полагоду шкоди. Наш закон відріжняє в сій мірі грошеві zobov'язanzь від инших zobov'язanzь. Грошеві zobov'язanzь підлягають постанові § 1333 к. з. При них гайний довжник є zobov'язаний до відсотків проволоки (Verzögerungszinsen). § 1333 говорить вправді про „Zahlung des schuldigen

Capitals“, але має на думці тільки сповнене грошового зобов'язання: се стверджує виразно автентична інтерпретація надв. декр. з 18. січня 1842, ч. 592 зб. суд. з. Відсотки проволоки виносять 5%. Віритель не може взагалі більше жадати як 5% від капіталу, навіть тоді, коли-б впевні доказати, що *in concreto* його шкода виносила більше. Але коли довг був опроцентований після умови, й умовлені відсотки були висші від законних відсотків проволоки, то мимо проволоки числять ся дальше умовлені відсотки, й не побільшають ся о 5%. Де умовні відсотки менші від законних, там від проволоки побільшають ся до висоти 5%.

Що-до всяких інших зобов'язань, що їх предметом не є гроші, подають норму §§ 1331, 1332 к. з. Тому як причиною проволоки є *dolus* або *culpa lata*, то довжник мусить звернути *id quod interest*, т. є. *damnum emergens* і *lucrum cessans*, і то після надзвичайної (с. т. суб'єктивної вартости), та коли поведене довжника противило ся карним законам, або полягало на прямій самоволі або злобній радості (*Mutwillen und Schadenfreude*), мусить звернути вартість уподобаня (§ 1331). Коли-ж причиною проволоки була *culpa levis*, то довжник звертає лиш *veram rei aestimationem* після звичайної (об'єктивної) вартости (§ 1332). Та та послідна постанова приміює ся аналогічно до таких случаїв, де проволока не має причини в провині, але в припадку.

Бачимо отже, що наш закон робить ріжницю між тим, чи причиною проволоки був *dolus* або *culpa lata*, чи *culpa levis* або *casus*, та правні наслідки в першій случаю є як при *possessio mala fide*, а в другій случаю як при *possessio bona fide* від хвилі дорученя позову (бо довжник повинен все таки знати, що є обов'язаний до чинитьби). Тому що-до звороту доходів прикладають ся при *dolus* і *culpa lata* (ex anal. з § 326 к. з.) дотичні постанови про *possessio male fide* (§§ 335, 336 к. з.), а при *culpa levis* і *casus* постанови про *possessio bona fide* від хвилі дорученя позову (§ 338 к. з.).

в) Повстає питане, чи й о скільки відповідає довжник підчас проволоки за припадки. Коли він уже перед проволокою був а *priori* одвічальний за всякі припадки, то природно, що й по проволоці за них відповідає. Але коли перед проволокою відповідав лиш за провину, або тільки за деякі припадки, то рішене повисшого питаня жадає окремої правової постанови.

Наш закон не висказує під тим зглядом нігде загальної норми *expressis verbis*, та до неї можемо прийти лиш дорогою аналогії. Таку аналогію стрічаємо як раз в загальних постановах про *possessio mala fide* й *bona fide*. Тому о скільки закон в особливших случаях не має інших постанов, тотя одвічальність представляє ся так:

а) Як причиною проволоки був *dolus* або *culpa lata* довжника, то він відповідає за такий випадок, що лучив ся підчас проволоки, коли є певно, що він не лучив-би ся у вірителя, як-би сповнене чинитьби наступило на час. Під понятє випадку підпадає тут не лиш випадкове знищенє або погіршенє, але теж зниженє ціни предмету. Віритель може тому жадати звороту шкоди за те, що предмет зобовязаня став дешевшим від часу, в яким наступила проволока, а то перед всім при таких оборотових добрах, що не призначені для власного ужитку, але для дальшої розпродажі. Притім тягар доказу доторкає вірителя; він мусить доказати існуючу шкоду, причинову звязь між шкодою а проволокою довжника, евентуально мусить доказати, що був-би сю річ продав перед зниженєм ціни, коли-б сповненє на час наступило.

б) Коли *culpa levis* була причиною проволоки, то довжник не відповідає за випадки, які лучили ся підчас проволоки. Так само тоді, коли випадок був причиною проволоки,⁸ та підчас проволоки зайшов такий випадок, за який довжник не був а *priori* одвічальний.

2) Наш закон знає одначе особливші постанови, які мають в деяких випадках першенство перед повисшими, загальними постановами. Взагалї, де існує окрема постанова для певних правних відношень, там загальні норми не мають правової стійности. Тут належать:

а) перед всім постанови про *mora debitoris* при обміні й купні (§§ 1048, 1051, 1064 к. з.). Наш закон відріжняє, чи час сповнення був в умові точно означений („*bedungen*“), чи не був в умові означений. Про перший случай згадує *implicite* § 1048, про другий § 1051.

а) Після § 1048 (згл. 1064) вважає ся умову обміну або купна за неіснуючу, коли в межичасї між заключенєм умови а означеним днем чинитьби предмет обміну або продажі знищив ся через випадок. Коли-б умова була в означеним реченци сповнена, то не було-би ніяких трудностей. Але тру-

дності виринають тоді, коли довжник не міг річи доставити в означенім дни. Тоді заходить *mora debitoris*. Постанова § 1048 відносить ся однак лиш до часу між заключенем умови а означеним реченцем. Тому коли означений реченець минув, а не було таких випадків, про які згадує § 1048, то не можна відтак сказати, що умова *ex post* тратить свою стійність, але *arg. a contr.* треба умову вважати й на дальший час важною. Обмін або купно не погасають через *mora debitoris*, але противно всякі правні наслідки проволоки виходять із того, що умова заявляє й по проволоці всякі правні наслідки. Она істнує дальше як обов'язок довжника — довжник не може відтак увільнити ся від обов'язку, та як пізнійше зайде якийсь випадок, що знищить предмет умови купна або обміну, то мимо того мусить за сей випадок відповідати. Під тим зглядом нема ріжницї, чи причиною проволоки був *dolus*, *culpa lata*, чи *culpa levis*. У тім лежить ріжниця супротив загальних правил про *mora debitoris*. Але зрештою приміняє ся й тут *arg. a contr.* з § 1048 правило, що віритель може по проволоці жадати тільки „докладного“ сповнення й повернення шкоди задля спізнєня (§ 919 к. з.), та лиш при неможливости сповнення мусить звернути цілу шкоду задля несповнення.

β) Такі самі наслідки має *mora debitoris* тоді, коли час сповнення не був в умові означений (значить, або не був цілком означений, або був вправді означений, але не в умові), одначе § 1051 вимагає, аби причиною проволоки була провина (*dolus* або *culpa lata*). Майже всі письменники розуміють § 1051 к. з. так, що до проволоки довжника при купні або обміні треба все провини, але невірно, бо не такий є безпосередній зміст нашого §-у. Противно й тут може проволока *in concreto* наступити, хоч випадок спинив можливість виконання умови, але тоді не приміняють ся постанови, які ми пізнали *sub α)* на підставі § 1048, але загальні постанови про проволоку (гд. више *sub 1.)*.

б) При *locatio conductio operis* *mora debitoris* може бути по стороні підприємця або по стороні замовляючого.

α) Що-до *mora debitoris* підприємця треба відріжнити, чи умова була заключена з безуслівним реченцем (як т. зв. *Fixgeschäft*), чи інакше. В першім случаю рішає постанова § 1154 пр., в другім загальна постанова § 919 к. з.

Тому коли заключено l. c. operis з безумовним реченцем, та підприємець не був задля припадку в силі роботу на час віддати, то не є вправді обов'язаний до повернення шкоди (arg. § 1160 к. з.), але його співконтрагент, т. є. замовляючий, може все-таки відступити від умови. Коли-ж сповнене не наступило в означенім часі через провину підприємця, то замовляючий може не лиш відступити від умови, але також жадати повернення сеї шкоди, яка слідує із несповнення умови. Природно, замовляючий може також мимо спізнєня прийняти чинитьбу — як схоче, — а тоді жадає крім сего повернення шкоди задля спізнєня.

Коли умова про dokonанє діла (Werkvertrag) не є зв'язана безумовним реченцем, то причиною mora debitoris підприємця — як нічого иншого не постановлено — є його провина, й тут прикладають ся загальні постанови про mora debitoris, значить, замовляючий не має права, односторонно відступити від умови.

β) Зобов'язанє за м о в л я ю ч о г о є грошовим зобов'язанєм, тому про його mora debitoris рішають загальні постанови §§ 1333 і 919 к. з. Висота шкоди, яку має звернути замовляючий, обчислює ся після відсотків проволоки (5⁰/₁₀₀), та підприємець не може жадати звороту висшої шкоди.

в) Винаймаючий (der Bestangeber) може жадати знесеня умови, коли наймаючий (der Bestandnehmer) по упливі другого чиншового реченця не заплатив мимо пригадки цілої належності за перший реченець. Так становить § 1118 к. з. про mora debitoris наймаючого при наймі й аренді. Видимо отже, що коли mora debitoris наймаючого за перший реченець продовжує ся ще поза другий чиншовий реченець, може віритель жадати знесеня умови против постанови § 919 к. з. При тім нема ріжниць, чи довжник провинив ся, чи ні.

г) Особливші постанови про mora debitoris стрічаємо далі в §§ 1135, 1136 к. з.

Коли при дідичнім чиншовім політтю (Erbzins) чиншівник не сплатив чиншу в означенім часі, то віритель може відтак жадати, аби чиншівникови здержати доходи з дочиншого добра й з тих доходів покрити шкоду задля проволоки.

Що-до дідичної аренди (Erbpacht), то коли арендар залягає більше, чим один рік з заплатою чиншу, має віритель право вибору між двома жаданнями; він може жадати застав-

леня доходів з аренди, або судової ліcitaції дотичного добра, аби з того покрити залеглості.

В обох случаях, як при дідичнім чиншовім політтю, так при дідичній аренді повисші наслідки виступають без огляду на те, чи довжник попав у проволоку з власної провини, чи без провини.

г) Врешті належать тут постанови § 1166 к. з. і § 20 авторського закона з 26. грудня 1885 ч. 197 В. з. д.

Коли в умові про наклад (Verlagsvertrag) автор не передав накладникови свого твору в означенім часі, (тоді автор находиться ся в *mora debitoris*), то накладник має право відступити від умови. Се право прислугує йому без огляду на те, чи автор спізнив ся з власної провини, чи без провини. Ріжниця лиш тота, що де є провина автора, там мусить він крім сего відповідати за евентуальну шкоду.

Але *mora debitoris* може заходити також по стороні накладника, зглядно того, що взяв на себе обовязок вистави певної штуки. Коли автор або композитор припоручив другому свій твір до надрукованя або до вистави, та се не наступило в протягу 3 літ без волі й вини автора згл. композитора, то накладник або той, що обовязав ся штуку виставити, попадає у *mora debitoris*. Через те автор або композитор вертає до своїх первісних прав свобідного заряджуваня твором; може тому від гайного довжника жадати сповнення й нагороди задля спізнєня, може також а рїогі жадати повернення цілої шкоди за недоповненє умови, а врешті може взагалі відступити від умови, та в сїм случаю не потребує звертати тої заплати, яку вже побрав від довжника.

З повисших випадків бачимо, як ріжні є наслідки *mora debitoris* в поодиноких случаях, та що про загальні наслідки проволоки може бути лиш тоді бесїда, коли нема особливших постанов, котрі як раз доказують, що в міру ріжних правних відношень проволока довжника має ріжні наслідки.

IV. Проволока довжника кінчить ся (*mora purgatur*):

1) Коли довжник виконає точно зміст зобовязаня, а віритель прийме чинитьбу без ніякого застереженя, або коли довжник заплатить вірителеви все те, до чого є зобовязаний наслідком проволоки. На рівні з дійсною заплатаю стоїть таке поведєне довжника, яким він заявляє безпосередну готовієть сповнення (*Erfüllungsbereitschaft*), так що до дійсного сповнення треба

лиш прийняття згл. іншої інтервенції вірителя. Та як віритель відкаже сеї інтервенції, то він попадає у *mora creditoris*, а проволбка довжника через те кінчить ся.

2) Коли контрагенти згодять ся відтак на пізнійший реченець сповнення, тоді на будуче уступають наслідки *moraе debitoris*. *Pro praeterito* сеї наслідки лишають ся, як нічо иншого не умовлено.

3) Врешті може віритель зречи ся тих прав, які йому прислугують з проволочки.

§ 26.

Запорука*).

Запорука (*Gewährleistung*) є остатною стадією сеї одвічальности, яка пливе із сути зобовязання. Она стає доперва тоді актуальною, коли зобовязанє уже сповнено — але неналежито сповнено. Хоча зобовязанє погасло, може заявляти подекуди своє правне істнованє в формі запоруки. Проте запорука не може мати своєї підстави в правилах правничої льогіки, тільки в потребах суспільного обороту.

*) Гл. *Cod. Ther.* III. 2. n. 142—144; 9. n. 86—95, 171—223, 383—415; *Horten* III. 9. §§ 9—13, 31—34, 37—43, 79—107, 213—231; *Martini* III. 3. § 9; 5. §§ 11—20; *Гал. кн. в.* III. §§ 153—162; *Protokolle* II. ст. 72, 75, 278, 405, 559, 560.

Pop. Zeiller, *Comm.* III. ст. 119—140; *Nippel*, *Erl.* VI. ст. 156—194; *Winiwarter*, *Bürg. R.* IV. ст. 83—105; *Unger*, *System* I. ст. 355 пр. 13, ст. 482 пр. 40, ст. 563 пр. 34; II. ст. 39 пр. 30, ст. 184 пр. 39, ст. 275 пр. 78, ст. 277 пр. 79, ст. 381 пр. 11, ст. 424 пр. 17, ст. 437 пр. 6, ст. 499 пр. 17, ст. 513 пр. 46, ст. 582 пр. 16, ст. 655 пр. 62; *Kirchstetter*, *Comm.* ст. 477—483; *Stubenrauch*, *Comm.* II. ст. 108—125; *Krainz*, *System* II. ст. 84—91; *Hasenöhr*, *Obl. R.* II. ст. 439—486; *Огоновский*, *Систем* II. ст. 76—84; *Till*, *Prawo pryw.* III. ст. 432 і д.; *Schuster-Bonnott*, *Grundriss* ст. 25—27.

Врешті Helfert, *Ueber die Verbindlichkeit zur Gewährleistung bei Schenkungen und Vermächtnissen* в *Zeitschr. f. Rechtsgel.* 1825 I. ст. 111 і д.; *Rauscher*, *Darstellung der Lehre von der Gewährleistung* (1833); *Michel*, *Darstellung der Gew. l. nach oest. Pr. R.* (1849); *Unger*, в *Ger. Zeit.* 1856 ст. 510 і д.; *Habietinek* в *Haimerl Vierteljahresschr.* IX. ст. 254 і д.; *Pfersche*, *Irrthumslehre* ст. 115 і д.; *Unger*, *Handeln auf eigene Gefahr* (1894) ст. 23 пр. 55а; *моє*, *Das Wesen des Werklieferungsvertrages* ст. 145 і д.

Старо-римське право не знало сеї одвічальности, та довж-ник, що вже сповнив зобовязанє, не поносив опісля ніякої одвічальности; одвічальність за хиби й евікцію виродила ся до-перва пізнійше в дорозі карних стипуляцій, заведених звичаєво при контрактах купна й відтак на торгах через едикти римських едилів. У повсюднім праві заходить сумнів, чи одвічальність за хиби й за евікцію треба обмежити до контракту купна, чи признати її загальне значінє в области права, а новітні зако-нодатства узнають вже за поруку загальним інститутом облїга-ційного пр.

Але природно, що право звертає тут увагу на потреби суспільного обороту лиш о стільки, скілько оно є конечне й тому одвічальність з за поруки має певні границі, в яких му-сить обертати ся. За порука є взагалі інститутом позитивного права, що основує певну одвічальність *ex lege* в границях ви-мог суспільного обороту; проте можемо її причислити до т. зв. суспільної одвічальности.

I. В австр. пр. за порука є загальним інститутом облїга-ційного пр., та не обмежує ся виключно до контракту купна, як в римськїм пр. Суть сеї одвічальности подає § 921 к. з. так :

Она обіймає взагалі певні прикмети чинитьби й певний ужиток, який повинен з неї мати віритель. Чинитьба повинна мати такі прикмети, що є виразно умовлені або яких жадає ся звичайно в суспільнім обороті. Крім сего може віритель жадати, аби мав можливість з чинитьби зробити такий ужиток, який відповідає вимогам, поставленим в умові, або самій сути зобовязаня після правил, прийнятих загально в обороті.

За порука є отже одвічальностию за недо-стачу таких прикмет і за неможливість такого ужитку з чинитьби, що відповідають вимогам умови й загальним вимогам суспільного обо-роту.

Одною з найважнійших вимог суспільного обороту є, аби віритель міг без перепони користувати ся предметом сповненої чинитьби; на те вказує *habere licere* римського пр., а вимога перенесеня власности на вірителя в новітнім праві. На тім стоїть одвічальність за евікцію (*Haftung für Eviction*) — та від неї відріжняємо одвічальність за недостачу інших прикмет, або т. зв. одвічальність за хиби (*Haftung für die Mängel*).

Тому одвічальність з запоруки представляє ся в двох видах :

1) як одвічальність за евікцію й 2) як одвічальність за хиби.

Наш закон зводить обі тоті одвічальности до одного іменника, та через те доказує, що они є проявами спільного правного інституту. Тим інститутом є запорука. Одначе наші письменники вважають се за велику похибку нашого закона, що стягнув в одно одвічальність за евікцію з одвічальністю за хиби. Та справді така сполука вийшла з технічних зглядів нашому закону подекуди на некористь, бо через те потерпіла ясність і прозористість систему — але з другого боку треба призвати, що через тоту сполуку вказав наш закон на провідну думку, яка виступає так при одвічальности за евікцію як при одвічальности за хиби, бо в обох случаях одвічальність триває дальше мимо сповнення зобовязаня. Запорука становить — як знаємо — третю стадію облїгаційної одвічальности, тому під тим зглядом є зовсім оправдано, так одвічальність за евікцію як за хиби вважати одним правним інститутом. Задачію теорії є, узгляднити ріжницю між обома родами одвічальности, але при тім не забувати, що провідна гадка нашого закона лучить їх в один правний інститут¹⁾.

II. Як висше сказано, одвічальність з запоруки стає актуальною доперва по сповненю зобовязаня (*solutio*). Се річ основна, та на ній стоїть взагалі суть нашого інституту. Але в науці існують теж інші погляди.

Деякі теоретики учать, що одвічальність з запоруки представляє ся лиш як одвічальність за те, що зобовязаня ще не

¹⁾ Одначе невірно є замість ріжниці між одвічальністю за евікцію а одвічальністю за хиби прийняти тільки одвічальність за хиби й тоті хиби по приміру деяких письменників ділити на фізичні й правні (*physische und rechtliche Mängel*). Одвічальність за правні хиби се мабуть одвічальність за евікцію, а одвічальність за фізичні хиби, се те, що ми називаємо взагалі одвічальністю за хиби.

Супротив сего поділу пригадуємо, що є такі правні хиби, з яких не слїдує одвічальність за евікцію, пр. продаж паперу на держителя, против якого вигочено амортизаційне поступоване; а з другого боку слово „фізичні хиби“ є причиною хибних поглядів, пр. погляду, що одвічальність за хиби не має місця там, де предметом чинитьби є облїгаційні права, бо мовляв они не можуть мати фізичних хиб. (Гл. впрочім слїдуючу примітку).

можна вважати за сповнене, тому наслідки сеї одвічальности є лиш наслідками несповнення дотичного зобовязання. Але ся теория стоїть в противности з історичним розвитком нашого інституту; впрочім она вже тому невірна, що заперечує посередно істноване одвічальности з за поруки як окремого правового інституту. Бо коли за порука має полягати тільки на тім, що не сповнено зобовязання, то годі пояснити, чому закон в тих случаях не вдоволяє ся загальними наслідками несповнення, але ставить окремі приписи про вимоги й наслідки за поруки. Відтак годі на підставі сеї теорії вирозуміти, чому австр. право обмежує одвічальність з за поруки — про що буде бесіда понизше — до відплатних діл правних; а далі коли після тої теорії віритель може жадати тільки сповнення ще несповненого зобовязання, то як може закон в § 932 к. з. до наслідків за поруки зачислювати знесенє умови (Aufhebung des Vertrages) — бо чейже знесенє умови не може бути сповненєм умови!

Тому а *contrario* мусимо дійти до висновка, що першою загальною вимогою за поруки є сповнене зобовязання. Коли зобовязанє ще не сповнене, примінює ся постанова § 919 к. з., а не загальні постанови про за поруку. Поки віритель не прийняв ще чинитьби без застереження, доси може він по мисли § 919 к. з. жадати „докладного“ сповнення й нагороди шкоди —тому до того часу не може бути бесіди про одвічальність з за поруки. Доперва коли віритель прийняв чинитьбу без застереження, то не може вже примінювати ся постанова § 919 к. з., та з тою хвилиною наступає евентуально одвічальність з за поруки, котрої наслідки ріжнять ся в деяких точках від постанови § 919.

III. Потреби суспільного обороту зачеркують одвічальности з за поруки деякі границі. Перед всім одно обмеженє загальної вдачі: одвічальність з за поруки стрічаємо тільки при відплатних ділах правних. Відплатність є отже другою загальною вимогою за поруки¹⁾.

¹⁾ Але де взагалі заходять тоті загальні прикмети, яких жадає § 992 к. з. для одвічальности з за поруки, там отся одвічальність має місце, хоч-би *in concreto* для деяких случаев наш закон ставляв норми, що є під певним зглядом ріжні від загальних постанов §§ 922 і д. Тому нестійний є погляд, мов-то за порука виступає лиш при таких умовах, яких основою є перенесене

Як слідує з заголовка § 921 к. з., одвічальність з за поруки виступає при відплатних умовах і відплатних ділах правних:

1) При відплатних умовах. Тут належить перед всім купно й обмін, а далі наєм і аренда. Окрема постанова § 1117 к. з. не стоїть на перепоні, вважати її за наслідок за поруки. Оскільки тота постанова не противить ся, примінюються за загальні правила про за поруку, м. и. постанова § 933 к. з.

Одвічальність з за поруки стрічаємо далі при *locatio conductio operis*. Тут належить теж постанова § 1153 к. з., що різниться подекуди від загальних правил одвічальности з за поруки, але оскільки § 1153 не становить що іншого, прикладають ся загальні постанови §§ 921 к. з. і д., отже м. и. також § 933 к. з.

Що-до *loc. cond. operatum* заходить сумнів, чи є тут місце для одвічальности з за поруки. По моему нема при *loc. cond. operatum* такої одвічальности. Предметом такої умови о працю є певні услуги про себе без огляду на материяльний вислід, та її сповнене наступає в хвили укінчення роботи. Перед укінченням не може бути одвічальности з за поруки, бо така одвічальність вимагає, аби умова була уже сповнена. Тому як перед укінченням роботи робітник перестане робити, то замовляючому прислугує лише право до докладного сповнення й повернення шкоди задля спізнєння *arg.* з § 919 к. з. — але коли робота скінчила ся й замовляючий прийняв її без ніякого застереження, то через те зрік ся він жадати докладного сповнення

власности, або тільки при таких умовах, що їх предметом є материяльні річи. Вправді приклонники сеї теорії покликують ся на слово „*Sache*“ в § 922 к. з., але забувають, що наш закон не обмежує цонята річи до материяльних річий, та через те стоять они в противности з §§ 285 і 291 к. з., а крім сего не звертають уваги на попередній §, т. є. § 921 к. з., де слово „*Sache*“ обіймає очевидно також нематерияльні річи. Зрештою з протоколів нашої к. з. виходить наглядно, що слово „*Sache*“ не обмежує ся в § 922 виключно до материяльних річий, але обіймає теж нематерияльні річи т. є. права.

Тому й при цесії існує одвічальність з за поруки, та окрема постанова § 1397 к. з. не дає ніякої підстави, вважати її за що іншого, як за наслідок одвічальности з за поруки. З того слідує дальше, що оскільки постанова § 1397 не нормує всяких правних наслідків одвічальности з за поруки, примінюються за загальні правила §§ 922—933 к. з., головнo-ж постанова § 933, також при цесії.

й повернення шкоди, та по верх сего не може жадати за поруки, бо по прийнятю скінченої роботи не може вже бути бесіди о певних прикметах сеї механічної роботи, яка належить уже до минувшини. Тому § 922 к. з. не має тут приміненя, а з того виходить, що при *loc. cond. operarum* нема одвічальности з за поруки. Лиш тоді, коли робітник прийняв рівночасно гарантію за якість роботи, то через те умова представляє ся вже як *loc. cond. operis*, та з нею лучить ся одвічальність з за поруки.

Далі й при відплатнім припорученю (*mandatum*) нема за поруки. Річи, які мандатар одержав при виконаню припорученя від третих осіб і передав відтак мандантови, можуть бути підставою одвічальности з за поруки третих осіб, але не мандатара. А коли-б мандатар прийняв гарантію, то відповідає за ню, але не на підставі припорученя, тільки на підставі гарантії.

Врешті нема одвічальности з за поруки при таких умовах, з яких пливе лиш обовязок реституції якоїсь річи або якогось права, бо сама реституція не підпадає під понятє „*Ueberlassung einer Sache*“ по мисли § 922 к. з. Тому жаданя депонента з відплатного депозиту по мисли § 967 к. з. не є одвічальностию з за поруки. Інакше опроцентована позичка. Обовязок довжника не полягає тут на чистій реституції, бо предметом звороту є лиш *tantundem eiusdem generis*, та при сповненю ходить о передачу власности певних зуживаємих річий. Тому природно, що довжник відповідає тут так за евікцію як за хиби.

Крім *loc. cond. operarum, mandatum i depositum* стрічаємо одвічальність з за поруки при всіх відплатних умовах, отже м. и. при угоді і т. и.

2) Із заголовка § 921 виходить, що за порука виступає не лиш при відплатних умовах, але теж при (інших) відплатних ділах правних. Тут належать без сумніву: *datio in solutum* і поділ спільної річи, перед всім поділ спадчини. Крім сего згадує Zeiller в своїм коментарі про „заплату“ (*Zahlung*), і каже, що й заплата є таким відплатним ділом правним, яке серед даних обставин основує одвічальність з за поруки. Одначе через „заплату“ не може він розуміти того самого, що „сповнене“ (*Erfüllung, solutio*) як загальний спосіб погасення всіх зобовязань, бо через те треба-би сповнене невідплатних зобовязань підчинити взагалі постановам про за поруку, що противить ся вихідній точці нашого закона. Тому Zeiller муєв мати

инше — тіснійше — понятє „заплати“ на думці, яке вправді не сходить ся з технічним висловом § 1412 к. з., але відповідає популярному понятю. Заплата в популярнім значіню означає сповнене зобовязаня в грошах, заплату грішми.

З того слідує: Взагалі де плата наступає в грошах, там існує одвічальність з за поруки — так за евікцію як за хиби. Одвічальність з за поруки стрічаємо при кожній платі в грошах, без огляду на те, чи плата була наслідком відплатної чи невідплатної умови. Та й зовсім природно, що позичаючий відповідає за правдивість грошей не лиш тоді, коли позичка була опроцентована, але також тоді, як не була опроцентована.

Заплата грошей як сповнене приреченя даровини (*Schenkungsversprechen*) основує також одвічальність з за поруки; інакше, коли даровина відбуває ся *in constanti dando* — тоді нема одвічальности з за поруки, бо нема жадного облітацийного обовязку до заплати, а де нема такого обовязку, там не може бути бесіди про яку-небудь одвічальність.

Такий обовязок до заплати існує однак з огляду на *nummeratio pecuniae* при позичці *credendi causa* — тому й той, що випозичає другому гроші, є одвічальний за правдивість грошей і за евікцію.

При *depositum irregulare* відповідає депонент за правдивість грошей, які передає в депозит, а депозитар за правдивість тих грошей, які звертає депонентови на його жаданє.

IV. За порука основує суспільну одвічальність та не є одвічальностию за провину, бо при за поруці бере ся під розвагу тільки об'єктивний факт, чи предмет чинитьби має умовлені, зглядно в обороті загально вимагані прикмети, які вірителеви запевнюють такий ужиток, що відповідає вимогам умови й загальним вимогам суспільного обороту. Правила, що нормують одвічальність з за поруки з одного боку а одвічальність за провину з другого боку, є ріжні; про сю послідну трактують загальні постанови XXX. глави II. части к. з., коли одвічальність з за поруки підлягає осібним постановам §§ 922—933, згл. §§ 1117, 1153, 1397 к. з.

Загальні вимоги за поруки є зачеркнені потребами суспільного обороту. Уже постанови §§ 922, 923 к. з. дають наглядний доказ сего; далі на них опирають ся постанови §§ 924—927 к. з. про реченці, на яких стоїть згода, що хороба постигла

продану худобу уже перед передачею; крім сего постанови §§ 929 і 930 к. з. визначають нашому інституту границі, яких одомагає ся оброт суспільний.

Але найважніші є в сій мірі постанови §§ 928 і 929 к. з. Они ставляють третю загальну вимогу одвічальности з заporуки. Се вимога по хибки (error)¹⁾ зі сторони вірителя.

Нема заporуки, коли віритель знає про хиби або вправді їх не знає, але повинен їх знати. Закон каже, що за явні хиби, с. т. такі, що впадають в очи, нема заporуки, бо *vigilantibus iura scripta sunt*, та недбалий мусить терпіти. Які хиби треба вважати за явні, дізнати ся можна з загальної оцінки в суспільнім обороті. В приватно-правних відношеннях жадає наш закон такої старанности й пильности, яку бачимо в пересічного чоловіка о звичайних здібностях (arg. з § 1297 к. з.) — тому приймаючий повинен при прийнятю уживати такої старанности й пильности. Явні хиби — се отже такі хиби, яких чоловік повинен добачити при звичайній увазі. На такі хиби повинен віритель звернути увагу, та жадати „докладного“ сповнення, згл. повернення шкоди по мисли § 919 к. з. Але коли прийняв уже чинитьбу без застереження та без огляду на тоті явні хиби, то припускає закон, що він їх знав, і без огляду на те прийняв чинитьбу, проте не може відтак доходити своїх прав з заporуки.

До явних хиб зачисляє наш закон м. и. тягари якоїсь річи, що є вписані до публичних книг; бо приймаючий має обовязок заглянути до публичних книг, аби дізнати ся про стан дотичної недвижимости, а коли того не зробив, то не може

¹⁾ Через те повстає деяка схожість між одвічальністю з заporуки а одвічальністю по причині похибки. Але різниця лежить в тім: Одвічальність з заporуки має об'єктивну основу без огляду на те, яке є суб'єктивне відношене контрагентів, а одвічальність по причині похибки полягає на суб'єктивнім, особистім відношеню контрагентів між собою, та є наслідком викликаня похибки співконтрагентом або свідомого використаня чужої похибки при заключеню умови. Тому бувають случаи, що підпадають рівночасно під оба роди одвічальности, так що контрагентови прислугують до вибору жадани в одвічальности задля заporуки (§§ 922 к. з. і д.) і з одвічальности по причині похибки (§§ 871 к. з. і д.).

відтак покликувати ся на свою недбалість (§ 443 к. з.) і не може виступити з жаданєм за поруки¹⁾.

Явні хиби можуть бути лиш тоді підставою одвічальности з за поруки, коли довжник виразно прирік, що дотична річ є свобідна від всяких хиб і тягарів, або від певних хиб, що представляють ся в сути річи як явні хиби. Але в тім случаю одвічальність слідує не з явних хиб, тільки з виразного приреченя довжника.

Також при одвічальности за евікцію похибка приймаючого вірителя є загальною вимогою. Евікція може бути повна або часткова; повна, коли хтось передав чужу річ як свою та відтак управнений зажадав її звороту, а часткова, коли управнений жадає тільки якогось права, що йому прислугує на річи, переданій другому.

Коли віритель прийняв річ, про яку знав, що є чужа (значить, що не є власностию довжника), то мусить кожної хвилі бути готовий, що управнений упігне ся о своє право — тому не може бути бесіди о одвічальности довжника за евікцію (§ 929 к. з.). Одвічальність за евікцію відпадає також тоді, коли віритель повинен був знати, що річ чужа, та лиш з недбалости того не знав.

Що-до часткової евікції, то довжник не відповідає, коли з річию є звязані тягари, про які віритель знав або повинен був знати, бо є записані в публичних книгах, або лучають ся звичайно в обороті (значить, що кождий повинен бути на них заздалегідь приготований).

Під „тягарами“ (Lasten) розуміє наш закон (§ 928) сервітути, ґрунтові тягари (Reallasten), права найму й аренди,

¹⁾ Висші вимоги що-до явних хиб ставляє торговельне право. Арт. 282 торг. з. жадає в торговельних відношенях правних „старанности порядного купця“ (Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns) — проте приймаючий має обовязок перед прийнятем оглянути річ так, як сего вимагає загальний торговельний звичай (arg. з арт. 347 торг. з. verb. „soweit dies nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange tunlich ist“), а хиби, яких він при такім огляді повинен відкрити, є явні хиби в розумінні торговельного права. З того виходить, що коли віритель після норм торговельного права задля явних хиб лишить річ до розпорядимости (Dispositionsstellung wegen offener Mängel), то се не характеризує ся як одвічальність з за поруки по мысли нашої кн. з.

що прислугують третім особам. Але від тягарів відріжнює закон „довги й залеглости“ (Schulden und Rückstände: § 928 i. f.), й становить, що за довги й залеглости, які спочивають на річи, одвічальність є безуслівна.

Тут належать головню заінтабульовані, гіпотечні довги. Коли отже предметом чинитьби є якась річ, обтяжена правом заставу, то довжник відповідає за евікцію навіть тоді, коли набуваючий про се знав. Проте як не умовлено, що набуваючий переймає на себе гіпотечні довги, то відповідає за них той, що дотичну річ передає.

Далі відповідає довжник за такі залеглости, що є з річю звязані, значить, за такі періодичні чинитьби, що вже перед передачею були платні, та він їх ще не заплатив, пр. податкові залеглости, залегли переносні належитости (Vermögensübertragungsgebühren) і др. Довжник, що їх не заплатив, відповідає за них також по передачі без огляду на се, чи набуваючий знав про се, чи ні.

По повеших замітках приходимо до вислїду, що загальні вимоги одвічальности з запуруки є такі: 1) сповненє зобовязаня (solutio), 2) відплатність дотичного діла правного й 3) похибка вірителя.

Тепер приступаємо до подрїбних постанов про головні роди запуруки, т. є. про евікцію й одвічальність за хиби.

V. *Одвічальність за евікцію.* Хтось має обовязок другому передати якусь річ, але показує ся, що ся річ не є власностию передаючого, бо він передав чужу річ як свою. Против сего виступає властитель річи й жадає її звороту від набувця, та набувець мусить її віддати. За таку евікцію (від evincere) мусить відповідати сей довжник, що передав другому чужу річ як свою, та віритель, що мусїв її властителеви віддати, може звернути ся лише до свого довжника. Се є повна евікція, бо віритель мусить властителеви звернути цілий предмет чинитьби.

Але евікція може бути часткова, коли довжник передав вірителеви якусь річ з запевненєм, що она свобідна від всяких тягарів, та відтак показало ся, що третій особі прислугує на тій річи якесь право (пр. право сервітуту), й она жадає

відтак признання сего права. Часткова евікція є лиш частковим запереченем того права, яке з чинитьби прислугує вірителеви.

Щоби довжник відповідав за евікцію, мусять перед всім заходити загальні вимоги одвічальности з запоруки. Крім сего вимагає ся:

1) Щоби трета особа перевела своє право (evincere) на дотичній річі. Звичайно трета особа доходить свого права в судовій дорозі. До евікції вистачає позив о власність (rei vindicatio), actio Publiciana, negatoria, confessoria, hereditatis petitio й позив з права заставу. Одначе не є конечно, аби трета особа доходила свого права в судовій дорозі, бо одвічальність за евікцію наступає також тоді, коли нема ніякого сумніву, що дотичне право прислугує третій особі, та віритель віддав її третій особі без спору.

Коли однак трета особа доходила свого права перед судом, то до одвічальности за евікцію треба не лиш переведеня доказу, але треба, аби трета особа справді до свого права прийшла. Тому належить відрізнити, чи трета особа виступала як позиваюча, чи як пізвана. Де трета особа позиває, та удало ся її виеднати в судовій дорозі передачу або інтабуляцію дотичної річі, впис сервітуту або права заставу до публичних книг, або коли пізваний добровільно, згл. в дорозі екуекції звернув набуту річ або набуте право — то кажемо, що евікція вже переведена, й що на сій основі може віритель жадати одвічальности із за евікції, наколи заходять інші вимоги сеї одвічальности. Коли одначе трета особа є пізвана¹⁾ й суд відкине жадане позиваючого, наслідком чого річ лишає ся відтак при третій особі, то евікцію вважає ся за переведену в хвили правосильности вироку.

2) Крім сеї материяльної вимоги ставляє § 931 к. з. ще формальну вимогу. Як віритель хоче забезпечити собі права з евікції супротив довжника, мусить довжника повідомити про се, що трета особа виступає з правом до евікції. Де нема процесу й віритель не має ніяких сумнівів, що дотична річ є вла-

¹⁾ Пр. трета особа прийшла в посідане тої річі, що була передше у вірителя, та віритель, гадаючи що се його річ, жадає звороту від третої особи. Але трета особа доказує в дорозі процесового заміту, що дотична річ єсть її власністю, та правний попередник вірителя (т. є. довжник) не був її властителем.

сностю третьої особи, або дотичне право прислугує її *de iure*, то повинен все таки порозуміти ся в тім згляді з довжником.

Коли-ж трета особа почала судовий процес, то наш закон приписує осібне поступоване. Поперед усього мусить віритель повідомити довжника, що трета особа підносить евікційні жаданя (т. зв. заповідь спору, *litis denuntiatio*). Через те дає ся довжникови спримогу до участі в процесі, аби против жадань третьої особи міг піднести такі заміти, що нехтують її право. Але як довжник на таку заповідь не приступив до спору й віритель відтак процес програв, то одвічальність за евікцію зовсім оправдана. Так само представляє ся наше питанє тоді, коли мимо заповіді спору й мимо інтервенції довжника трета особа в процесі побідила й через те наступила евікція.

Коли одначе віритель не заповів довжникови спору після постанов процесового уставу й віддав третій особі добровільно жадану річ, або без інтервенції довжника програв процес, — відпадає одвічальність за евікцію о скільки, о скілько довжник вєспіє доказати, що коли-б заповідь спору на час наступила та він переняв інтервенцію, процес мусів би інакше скінчити ся, й то на користь вірителя.

В деяких случаях є однак заповідь спору злишна — іменно: коли довжник зрік ся заповіді, або коли до спору приступив справді без заповіді.

Се вимоги одвічальности за евікцію. Она відпадає, коли віритель при сповненю зобовязаня зрік ся права з евікції (§ 929 к. з.). Далі одвічальність за евікцію обмежує постанова § 930 к. з. Хто передає другому якийсь гурток річий, що-до розміру ограничений, але що-до числа, міри й ваги не точно означений, і то за певну одноцільно означену ціну (*emptio per aversionem*, *Kauf per Pausch und Bogen*), той не відповідає за кожду річ, що належить до того гуртка, окремо; тому, коли відтак наступила евікція деяких річий з того гуртка, то довжник за ню не відповідає. До поодиноких річий з осібна може відносити ся одвічальність лиш в вїймкових случаях, а то:

- 1) коли віритель жадав сего в умові;
- 2) коли довжник допустив ся обману, й
- 3) коли таке число поодиноких річий улягло евікції, що через те змінив ся предмет сповнення, та між *status quo a* станом по евікції заходить рішуча ріжниця. Тоді предмет спов-

нення не відповідає вимогам умови, й на сій основі повстає одвічальність за евікцію. —

Питанє про правні наслідки одвічальности за евікцію є в австр. пр. спірне. Володіюча теория прикладає постанови § 932 к. з. не лиш до одвічальности за хиби, але теж до одвічальности за евікцію й тому робить ріжницю між тим, чи достача правна, яка є *in concreto* причиною евікції, не дасть ся усунути, й чи она не дає можности звичайного ужитку з даної річи, — або чи навпаки ся достача правна дасть ся усунути, згл. чи можність звичайного ужитку з річи не є виключена; в першім случаю можна після сеї теорії жадати знесеня умови, в другім доповнення браків, та в обох случаях крім сего повернення тої шкоди, яка ще лишає ся.

Але Pfersche доказав на основі редакційних протоколів, що ся теория невірна, й що § 932 к. з. приміює ся тільки до одвічальности за хиби. Тому правні наслідки одвічальности за евікцію подає не § 932, але § 931 к. з. Право, яке вірителеви прислугує з евікції, характеризує § 931 як жаданє повернення шкоди („Schadloshaltung“) або відшкодованє („Entschädigung“). З того виходить, що довжник одвічальний з причини евікції, мусить в усіх случаях звернути вірителеви цілу шкоду, яку поніс через те, що річ була чужа й він мусів її віддати, або що на ній спочивали такі тягари, довги й залеглости, які були причиною часткової евікції. Тут примінують ся загальні постанови нашого закона про полагоду шкоди (§§ 1293 к. з. і д.), та нема ріжницї, чи достача правна дасть ся усунути або ні, й чи мимо евікції дотична річ може ще служити до звичайного ужитку, або ні. —

Одвічальність за евікцію має певні часові границі, бо закон обмежує її з оборотових зглядів до строго означеного часу: при недвижимостях погасає одвічальність за евікцію протягом 3 літ, при движимостях протягом 6 місяців (§ 933 к. з.). Коли віритель протягом сего часу не доходив свого права з евікції против довжника, то не може уже опісля свого права доходити, бо оно перестає істнувати.

Се слідує безпосередно з постанови § 933 к. з.; всякі інші питання, які тут варинають, не є *expressis verbis* рішені, тому в науці спірні. Про правну суть й правні наслідки сеї постанови нема в науці згоди та погляди теоретиків і практиків діаметрально розходять ся.

Перед всім спір веде ся о те, чи реченець з § 933 є реченцем задавнення, чи реченцем преклюзийним. Коли одначе зважимо, що наша к. з. не знає преклюзийних реченць, тільки ділить реченці на звичайні (30—40 літ) і надзвичайні (що тривають найбільше 3 літа), то мусимо признати, що реченець з § 933 є надзвичайним реченцем задавнення по мисли §§ 14⁸⁶ к. з. і д.

Тому по упливі часу задавнення погасає не лиш право судової запозиваємости (actio), але ціле право, що слідує з евікції (das Recht selbst); отсе право не може бути відтак доходжене навіть дорогою процесового заміту (exsertio), та всякі процесові заміти погасають. По упливі сего часу не може бути бесіди навіть про т. зв. природне зобовязанє, тому коли-б довжник звернув опісля шкоду ex capite евікції, то може жадати звороту заплати *condictione indebiti*: § 1432 к. з. не має тут ніякого приміненя.

Всякі інші питання розвязують ся після загальних правил про надзвичайне задавненє. § 933 не подає, від коли реченець починає ся. Тут не рішає постанова § 1478 к. з., бо она відносить ся до звичайного задавнення, але мусить примінити ся правило, яким руководить ся надзвичайне задавненє. Надзвичайне задавненє починає ся a tempore scientiae, коли закон для поодиноких случаїв не висказує иншої норми, або коли з утилітарних зглядів не заходить потреба иншого рішеня. Проте й при одвічальности за евікцію реченець задавнення не може почати ся уже з хвилию передачі, але доперва у тій хвилині, коли віритель пізнав або повинен був пізнати, що річ є чужа, або що третій особі прислугують на ній права, які дають підставу до евікції. Коли трета особа доходить свого права в дорозі процесу, то ся свідомість може наступити доперва по правосильнім вироцї; але як не було процесу, то рішає хвиля, коли віритель не міг справді далі сумнівати ся, що третій особі прислугують певні права до річи. У тій хвилині починає ся реченець з § 933.

Про причини спиненя й перерви реченця з § 933 примінюють ся дотичні правила надзвичайного задавнення¹⁾. Тому

¹⁾ §§ 1494 і д. мають на думці перед всім звичайне задавненє, тому є задачу інтерпретації виказати, чи й о скілько они примінюють ся також до надзвичайного задавнення.

постанови §§ 1494 к. з. і д. прикладають ся до одвічальности за евікцію лише *cum grano salis* — а то :

1) Що-до причин спиненя, приміноє ся перед всім постановою § 1494 к. з.; тому коли прав з евікції жадають такі особи, що з браку відповідних умових сил не в силі самі орудовати своїми правами, то реченець з § 933 не може ані почати ся, ані далі продовжувати ся, поки не мають законного заступника (с. в. опікуна або куратора). Але по-сліднє реченє § 1494 відносить ся тільки до звичайного задавнення, та не можна сказати, що реченець з § 933 не може „ніколи“ скінчити ся скорше, аж 3 літа по знесеню перепони, бо взагалі весь реченець не виносить більше, чим 3 літа, а при движимостях виносить тільки 6 місяців.

Причини, подані в § 1495 к. з. не спинюють задавнення одвічальности за евікцію. Після § 1495 наступає спиненє звичайного задавнення у відношенях між подругами, на час тривання подружа, далі між дітьми й плеканцями з одного боку а їх родичами й опікунами з другого боку на час вітцівської або опікунчої власти. Отсі відносини обчислені на довший час, тому не годить ся з тим, аби одвічальність за евікцію, який наш закон визначив а ргіогі лиш дуже коротке жите, продовжувалась через таке спиненє на довгі часи.

Однак причини, про які згадує § 1496 к. з. мають також вплив на спиненє задавнення одвічальности за евікцію. Тому через неприсутність з причини цивільної або військової служби, та через повний застій судівництва наступає спиненє реченця з § 933, та поки заходять тоті причини, задавненє одвічальности за евікцію не може ані почати ся, ані як уже почало ся далі продовжувати ся; але по тій перепоні пливе реченець дальше.

2) Причини перерви задавнення подає § 1497 к. з. Тут належить узнанє права через довжника й дорученє позову. Обі тоті причини переривають також задавненє одвічальности задля евікції, бо нема підстави становити тут що иншого, як при звичайнім задавненю.

Крім повисших постанов про спиненє й перерву реченця задавнення, знає наш закон окремі постанови §§ 1501 і 1502 к. з. Они відносять ся в першім ряді до звичайного задавнення;

питанє, чи можна їх примінити до реченця з § 933, мусить бути однак окремо порішене.

§ 1501 є позитивною постановою, бо висказує правило, що судия не може звертати уваги на задавненє, поки самі сторони не піднесуть сего в дорозі заміту. Се не слідує з сути задавненя, тому нема ніякої підстави, прийняти сю постанову при надзвичайнім задавненю. Коли реченець з § 933 скінчив ся, то судия може в процесі покликати ся на задавненє, хоч сторони того заміту не піднесли.

Також було-б неумістно, обмеженя § 1502 к. з. примінювати до задавненя одвічальности за евікцію. Бо коли закон дозволяє вірителеви зречи ся права з евікції (§ 929 к. з.), то мусить навпаки призвоити також на те, аби довжник міг зречи ся обмеженя одвічальности за евікцію до 3 літ або 6 місяців — він може тому зобовязати ся, за евікцію відповідати без обмеженя. Впрочім нема сумніву, що сторони можуть з собою умовити ся о довший реченець одвічальности, ніж той, що є означений в § 933 — бо як раз у тім лежить виразна гарантія, а ніхто не сумніває ся, що така гарантія дозволена, й що може обіймати довший протяг часу, чим той, що є зачеркнений постановою § 933¹⁾.

VI. *Одвічальність за потайні хиби.* Она обіймає:

1) недостачу таких прикмет або неможливість такого ужитку з чинитьби, що не відповідають вимогам умови; отже

а) коли хтось до якоїсь чинитьби прикладає такі прикмети, яких она не має, або запевнює, що віритель зможе з неї зробити певний ужиток, до якого она окаже ся відтак неспосібною;

б) коли довжник дає запевненє, що його чинитьба свободна навіть від таких хиб, які лучають ся звичайно при чинитьбах сего рода.

2) Далі належить тут недостача таких прикмет, або неможливість такого ужитку з чинитьби, що їх вимагає ся по загальним звичаям суспільного обороту; значить:

¹⁾ Одначе при такім зреченю ся або при такім продовженю реченця мусять бути задержані границі звичайного задавненя; значить, навіть мимо зреченя ся одвічальність за евікцію погасає по упливі 30 згл. 40 літ, а продовженє реченця не може ніколи сягати поза 30-40 літ.

а) недосгача тих прикмет, які має чинитьба звичайно в обороті;

б) як покаже ся, що віритель не може з чинитьби зробити такого ужитку, який слідує з сути дотичного діла правного, хоч кождий може з гори числити на те, що предмет чинитьби придасть ся до певного ужитку; а врешті

в) як чинитьба має надзвичайні хиби, та довжник їх промовчав.

§ 923 вчислює тут ще одвічальність по причині неістнованя проданої річи, але така не підчинює ся постановам §§ 922 і д., тільки постанові § 878 к. з. —

При одвічальности за хиби виринає перед всім питане, в якій хвили мають заходити отєї хиби, щоби з них виходила одвічальність довжника. Римске пр. глядить на хвилю заключеня умови, а австр. пр. жадає, щоби єї хиби істнували в хвили передачі. Ся ріжниця має своє оправдане. В римскім праві *periculum* проданої але ще не переданої річи переходить на купуючого вже в хвили заключеня умови, в австр. пр. переходить *periculum* доперва в хвили передачі. З огляду на те зовсім справедливо, що римске пр. привязує одвічальність за хиби уже до хвилі заключеня умови, а з другого боку зовсім консеквентно поступає австр. пр. вимагаючи, аби хиби істнували доперва в хвили передачі. Віритель, що жадає одвічальности за хиби, мусить доказати, що они находили ся в хвили передачі річи.

Наш закон знає деякі полекші сего доказу при набутю худоби: §§ 924—927 к. з. Тут вдоволяє ся закон доказом, що якась хиба викрила ся пізнійше, але з протягу часу, в якім она по передачі на зверх виступила, припускає закон, що істнувала вже в хвили передачі. Отсе припущене, се *praesumptio iuris*; тому реченці, від яких залежить тотя правна згодадка, називають ся здогадочними реченцями (*Vermutungsfristen*).

Коли хтось набув худобу та она протягом 24 годин по передачі погибла, то закон припускає, що була вже хора в хвили передачі, й основує на тім одвічальність довжника; віритель не потребує доказувати, що худоба була хора в хвили передачі (§ 924 к. з.).

Таку саму здогадку висказує § 925 к. з. в отсих случаях: коли до 8 днів від передачі відкриють ся у свиний угри, у о-

вещь віспа або пархи, коли у овець покажуть ся до 2 місяців хробаки в легких або мотилиця, — далі коли у рогатої худоби проявить ся до 30 днів від передачі хробака желіз, а у конний та взагалі у тяглої худоби покажуть ся до 15 днів золзи, носатизна або дихавиця, або до 30 днів покаже ся оглум, кордюк, норовистість, полуди або місячна сліпота.

Смерть або одна з наведених недуг худоби мусить бути провірена після постанов нашого закона. Коли довжник знаходить ся у тім місци, де худоба погинула або викрила ся хиба по мысли § 925 к. з., то віритель мусить довжника про се сей час, значить без непотрібної проволоки (§ 904 к. з.), повідомити; а коли довжник не є там присутній, то віритель має обовязок зробити донесенє до місцевого суду або до знатоків; як звернув ся до суду, то суд іменує знатоків і каже їм провірити факт на місци й здати справу; але віритель може також звернути ся безпосередно до знатоків, які по провіреню факту мають заявити свою гадку (§ 925 к. з.).

Де заходять повисші вимоги, є *praesumptio iuris*, що худоба була хора уже в хвили передачі й віритель може жадати одвічальности за хиби. Ся здогадка допускає одначе противний доказ; тому коли довжник через знатоків докаже, що мимо вимог, поданих в §§ 924—926, худоба була в хвили передачі здорова, то нема одвічальности за хиби. —

Одвічальність за хиби відпадає, коли віритель зрік ся сего жаданя (§ 929 к. з.). Крім сего стрічаємо обмеженя тої одвічальности при гуртовних набутях (*per aversionem*). Коли по передачі у деяких річий, що належать до гуртка, виступили хиби, то довжник за них не відповідає, лиш тоді,

1) як віритель жадав в умові, щоби тоті річи мали певні прикмети, й

2) як довжник спонукав вірителя до заключеня умови хибним запевненєм, що всі або деякі річи, які належать до гуртка, відзначають ся певними прикметами, —

та відтак показало ся, що є інакше (§ 930 к. з.). —

Що-до правних наслідків одвічальности за хиби, знає римске пр. *actio redhibitoria* й *actio quanti minoris*. *Actio redhibitoria* прямує до знесеня умови й привернення попередного стану; *actio quanti minoris* знижає висоту ціни дотичного предмету, але задержує умову в силі. Пошкодований віритель мав

свобідний вибір між тими двома позвами без огляду на те, чи хиба могла усунути ся, чи ні.

Доперва в старонімецькім пр. стрічаємо ріжницю між так зв. головними або сущними хибами (Hauptmängel), та побічними або несущними хибами (Nebenmängel) — і до сеї ріжниці навязує ся питанє, чи пошкодований може жадати знесеня умови, чи ні; тільки де заходять головні хиби, можна жадати знесеня умови.

Австр. пр. стоїть на становиску старо-німецького права, бо приняло ріжницю між сущними а несущними хибами. Проте невірно в австр. пр. добачувати ріжниці між actio redhibitoria й actio quanti minoris, хоч є два роди одвічальности за хиби, та наслідком одного з них є знесенє умови; а впрочім австр. пр. не знає правного средства, який стояв-би на рівні з римскою actio quanti minoris, бо обовязок „доповнення браків“ (Nachtrag des Fehlenden) по мисли § 932 к. з. не є тотожний з тим обовязком, який слідує з actio quanti minoris. Відповідно тому не пересилаємо назви actio redhibitoria й actio quanti minoris до австр. пр., але говоримо про обовязок до знесеня умови й про обовязок до повнення браків. Правну норму подає § 932 к. з.

Закон робить ріжницю між сущними й несущними хибами; сущні хиби, се такі хиби, що не дадуть ся усунути й спинюють можливість звичайного ужитку з річи; всякі інші хиби є несущні.

1) Коли хиба є сущна, то пошкодований може жадати цілковитого знесеня умови. Щоби таке жаданє було оправдане, мусять заходити рівночасно обі вимоги, т. є. хиба мусить бути така, що не дасть ся усунути, а крім сего мусить спинювати можливість сего ужитку, до якого річ призначена, чи то наслідком умови, чи з огляду на потреби суспільного обороту. Де лиш одної з тих вимог нема, не може бути бесіди про цілковите знесенє умови, лиш евентуально про „доповненє браків“.

Жаданє знесеня умови не є тотожне з жаданєм повернення шкоди. Поверненє шкоди сповнює економічну функцію, а знесенє умови є чисто правничим средством. Вправді знесенє умови служить чимало цілям повернення шкоди, але про те не можна тут примінювати сліпо загальні правила про поверненє шкоди, бо в дуї нашого закона лежить певна пра-

ктична різниця між правилами про повернене шкоди а правилами про знесенє умови по мисли § 932 к. з. Питанє про провину довжника не відгриває тут жадної ролї, а впрочім знесенє умови по мисли § 932 к. з. відбуває ся по анальотїї постанов §§ 1068, 1069 к. з., що нормують знесенє умови при відкупі. Проте знесенє умови після § 932 к. з. представляє ся так :

а) Перед всім ходить о обосторонне поверненє предметів чинитьби *in natura*; один мусить звернути другому те, що одержав наслідком умови, та мусить се принципяльно звернути у такім станї, в якім дану річ одержав. Одначе се не так важна вимога, аби без неї жаданє знесеня умови було прямо неможливе — та коли не можна одержаних річий звернути *in natura*, правні наслідки осуджують ся після анальотїї з § 1068 й § 1069 i. f.

б) По анальотїї § 1069 i. f. мусить кождий контрагент відповідати за те, коли відданє річи стало неможливе через його провину.

Пошкодований може взагалї лиш тоді жадати знесеня умови, коли підчас сповненя чинитьби не знав, що хиби істнують (§ 928 к. з.). Тому як не знав, що річ має хиби, то не можна йому робити закиду, що без відомости про хиби річ продав дальше. Колиж відтак виступила на зверх суцна хиба по мисли § 932 рг., то пошкодований віритель не може за те відповідати, що річ другому продав — та є обовязаний звернути довжникови лише ціну, яку дістав за продаж. Не має він обовязку, відкупувати продану річ; але як її справді відкупив, то мусить її звернути *in natura* разом з тим зиском, який йому припав через проданє й відкуп.

Віритель міг однак пізнїйше дізнати ся про суцні хиби; та в тім випадку може він жадати знесеня умови, але лиш тоді, коли поступив так, аби не стягнути на себе закиду провини. Перед всім по загальним нормам суспільного обороту є його обовязком, довжника сейчас по відкритю хиб повідомити.

Як не повідомив свого довжника, та про те другому річ продав і не набув її відтак на ново, то не може річи віддати *in natura*, й через те тратить право до знесеня умови по мисли § 932. Бо таким поведенєм він *implicite* заявив, що не хоче доходити свого права із знесеня умови, проте не може

опісля ставляти такого жаданя. Лиш як удало ся йому продану річ на ново набути, то може її довжникови звернути й тоді може жадати знесеня умови з § 932.

Інакше представляє ся річ, як віритель сейчас повідомив свого довжника про відкрите хиб; у тім випадку може довжник видати зарядженє, як з річию поступити. Коли довжник не видав жадного зарядженя, то віритель може річ продати, як заходить небезпека з проволоки (*periculum in mora*), або як найде ся дуже користна нагода до продажи; але через те не тратить права до знесеня умови по мисли § 932, бо тоді виступає віритель тільки як *negotiorum gestor* довжника, та його діловодство представляє ся як *neg. gestio necessaria*: у місце предмету чинитьби звертає віритель одержану ціну. Однак він міг вправді довжника про відкриті хиби на час повідомити, але не вижидавши його зарядженє річ другому без потреби продати; тоді можна сказати, що віритель провинив і мусить за наслідки відповідати, значить, не тратить вправді права до знесеня умови по мисли § 932, але за продану річ мусить звернути повну вартість — хіба, що з даних обставин можна припускати, що він зрік ся жаданя знесеня умови, та через те стратив се право. —

Далі повстає питанє, який наслідок має припадкове — непровинене — знищенє предмету чинитьби? Через припадкове знищенє предмету пошкодований не тратить права жадати знесеня умови, бо § 932 сего права йому не відказує; зрештою таке припадкове знищенє є звичайно наслідком дотичної хиби, а в таких случаях сама консеквенція наказує, аби признати вірителеви се право.

Але инше є питанє, чи через припадкове знищенє віритель є вільний від всякої чинитьби? Тут треба зважити, чи сей припадок, що знищив предмет чинитьби, діткнув-би річ навіть тоді, коли-б довжник не передав її вірителеви, але лишив у себе. Коли-ж покаже ся, що річ мусіла-б знищити ся, хоч-би лишила ся у довжника, то ясно, що довжник мусів би сам сю шкоду поносити — тоді віритель не має обовязку звернути вартість при знесеню умови. Але як припадок, що знищив річ у вірителя, не міг її доторкнути, коли-б лишила ся у довжника, то при знесеню умови після § 932 мусить віритель замість річи звернути вартість, та як сего не хоче зробити, тратить право до знесеня умови. Таке рішенє

слідє із сути річи, бо коли умова має бути знесена, то довжник не може на тім вийти гірше, ніж коли-би сповнене умови ніколи не було наступило.

в) Коли через провину пошкодованого вірителя „вартість річи змінить ся“ (§ 1069 i. f.), то мусить він за те відповідати, але не тратить права до знесеня умови. Під зміною вартости треба тут розуміти: ужиток зроблений з річи, погіршене річи, перерібку й знижене ціни.

Під тим зглядом треба відрізнити, чи така зміна вартости наступила перед відомостию про істноване хіб, чи доперва по одержаній відомости.

Перед відомостию вірителя не може бути вправді бесіди о провині вірителя, але про те відповідає він за погіршеня річи або такий ужиток з річи, який зміняє її вартість, а то на підставі правила, що його обовязком є віддати річ в непогіршенім стані. Але коли зайшла зміна ціни, то віритель не може за те відповідати, бо довжник мусів-би навіть тоді поносити всяку зміну ціни, коли-б умова не була взагалі сповнена та не прийшло взагалі до одвічальности за хіби. Де наступила повна перерібка предмету (specificatio), то треба відрізнити, чи повернене до попередного стану можливе, чи ні. Як можливе, то мусить наступити, й віритель мимо перерібки мусить річ звернути в такім стані, в яким її одержав; але як повернене до первісного стану неможливе, то прикладає ся постанова § 415 i. f., після якої правне відношене укладає ся в міру права вибору, що прислугує вірителеви або довжникови. Хто має право вибору, той може задержати цілий предмет чинитьби, та жадати при тім звороту вартости поліпшеня річи, або може віддати її другому, але жадати відповідної полагоди шкоди. Отсе право вибору прислугує тому, котрого участь представляє виспу вартість.

Коли-ж одначе віритель довідав ся про істноване суцних хіб, то кождий ужиток з річи, перерібка або погіршене становить відтак провину вірителя, за яку він мусить відповідати після аналогії з § 1069 i. f. Тому мусить звернути вартість того ужитку, що його зробив з річи; відповідає за кожде погіршене й мусить або привернути річ до первісного стану або звернути вартість погіршеня; а врешті при перерібці треба відрізнити, чи річ дасть ся привернути до первісного стану, чи ні: у першім випадку віритель мусить привернути її

до первісного стану, у другім право вибору з § 415 к. з. при-
суджує довжникови, бо завинив віритель: проте довжник може
жадати звороту річи й звертає при тім вартість поліпшена
річи через перерібку (*specificatio*), або дозволяє, аби річ лишила
ся у вірителя, але жадає вартости, яку річ представляє. —

Зміна вартости через ужиток з річи, погіршене або пере-
рібку може наступити також зовсім випадково, — тоді
приміняють ся. тоті самі правила, як при випадковім знищеноу
річи (гл. висше sub б).

г) Доходи, які обі сторони побирали з чинитьби й про-
тивної чинитьби, зносять ся взаїмно¹⁾. Се головна ріжниця між
знесенем умови після § 932 а поверненем eius, quod interest.
Під доходами треба тут розуміти не лиш *fructus naturales* але
й *fructus civiles*. Що-до *fructus civiles*, то належать тут лиш
такі, що вже є платні й які уже справді стягнуто (*fructus
percepti*). *Fructus percipiendi* не входять в рахунок. До *fructus
naturales* належать *separati et percepti* (відділені й справді
набуті).

Коли віритель мав з річи якісь зиски, пр. через продаж
і відкуп, то мусить їх довжникови звернути.

г) Що-до всяких меліорацій і коштів удержаня
річи треба осуджувати вірителя в міру його доброї або злої
віри (*ex anal.* з § 1069 pr.), та коли його поведене було у до-
брій вірі, то приміняють ся постанови про посідане *bona fide*
(§§ 331, 332 к. з.), а коли його поведене було у злій вірі, по-
станови про посідане *mala fide* (§ 336 к. з.). Віритель ділає у
злій вірі, як по відомости про істноване хиб не повідомив сей-
час довжника, та про те зажадав знесеня умови по ми-
сли § 932. Тоді може він жадати звороту коштів тільки після
постанов про *negotiorum gestio* (§§ 336, 1036, 1037, 1038, 1040
к. з.). Але все треба памятати, що віритель може жадати зво-
роту надзвичайних коштів удержаня (§ 1069 pr.); тому
такі кошти, що є потрібні до осягнення звичайних доходів з річи,
не входять в рахунок; та й природно: бо коли рівноважать ся
обосторонні доходи (гл. висше sub г), то мусять теж рівнова-
жити ся й ті кошти, яких треба до осягнення тих доходів. —

¹⁾ Пр. доходи з річи, яку дістав віритель, і відсотки за гроші, які дістав
довжник, не вчислюють ся, тільки взаїмно зносять ся.

Так представляє ся знесенє умови по мысли § 932 к. з. Доси мали ми на оці головно вірителя — але нема сумніву, що такі самі правила примінують ся також до довжника, коли він має наслідком знесеня умови звернути річ вірителеви. Тільки обовязок довжника звичайно дуже упрощений, бо найчастійше ходить тут о зворот грошей. —

2) Коли хиби є несуттєві, т. є, коли дадуть ся усунути або не спинюють можности звичайного ужитку, може віритель жадати тільки доповненя браків після § 932 i. f. Се доповненє мусить перед всім наступити *in natura*; доперва в другім рядї, коли се неможливе, в грошовім еквівалентї. Тут як раз виступає ріжниця супротив римскої *actio quanti minoris*; та навіть тоді, коли доповненє браків не наступає *in natura*, тільки в грошовім еквівалентї, то сей еквівалент відповідає тому, о скільки якась річ через хибу менше вартна, а не представляє ся як зниженє ціни. При доповненю браків ходить о те: річ стратила через хибу дещо на вартости, тому довжник мусить бракуючу вартість річи відтак доповнити; він мусить евентуально доплатити таку суму, о яку дотична річ стала менше вартною.

Се має такі правні наслідки: Умова не зносить ся, а її сповненє задержує й на будуче повну стійність, проте нема тут обовязку звороту чинитьби зі сторони вірителя й довжника. Віритель задержує своє й довжник задержує своє, але тому що сповненє чинитьби з економічного боку не було належите, то довжник мусить вирівнати надвижку вартости, аби неналежите сповненє доповнило ся й стало належитим. —

3) В обох повисших випадках, при суттєвих і несуттєвих хибах, може віритель крім знесеня умови згл. доповненя браків жадати звороту дальшої шкоди, яку понїс. Отся дальша шкода, що має бути повернена, мусить слїдувати з того, що дотична річ мала певну хибу¹⁾; але як нема причинової звязи між хибами а шкодою, то нема обовязку до повернення шкоди.

Де є такий обовязок, то обмежує ся звичайно до *damnum emergens*; лиш один є виїмок від сего правила, коли довжник

¹⁾ Пр. кінв мав носатизну й заразив всю худобу, яку віритель мав у своїй стайни.

при сповненню зобовязання поступав зі злим наміром, „нечесно“ (*dolus*), тоді мусить він звернути не лиш *damnum emergens* але й *lucrum cessans*¹⁾. —

Одвічальність за хиби може трівати лиш короткий час, при недвижимостях є обмежена до 3 літ, при движимостях до 6 місяців (як при одвічальности задля евікції). Сей реченець є надзвичайним задавненем.

Спірне є в науці питане, від якої хвилі починає ся сей реченець. Одні числять уже від хвилі заключеня умови, другі а *tempore scientiae*, а пануюча теорія числить від хвилі передачі. Посередний погляд стрічаємо у Крайза, котрий учить: Звичайно реченець починає ся з днем передачі, але коли було неможливе уже в тій хвилі відкрити хиби, то реченець починає ся від хвилі, коли віритель мав можливість доказати істнованя хиби.

Коли одначе зважимо, що реченець з § 933 є надзвичайним реченцем задавнення, то мусимо вийти з иншої точки погляду, чим пануюча теорія, або теорія Крайза. Вихідною точкою мусить бути почин реченця а *tempore scientiae*, тільки з утилітарних зглядів конечні є деякі модифікації.

Проте реченець одвічальности за хиби починає ся принципіально а *tempore scientiae* пошкодованого вірителя, коли його поведене відповідало всяким вимогам суспільного обороту. Він мусить доказати, що хиба істнувала уже в хвилі сповнення й що він сейчас по відкритю хиби повідомив довжника. Але довжник може боронити ся замітом, що віритель після загальних оборотових і економічних правил повинен був хибу скорійше відкрити. В таким випадку реченець починає ся з хвилию сповнення зобовязаня. Тота хвиля рішає також тоді, коли віритель про відкриті хиби довжника не повідомив на час.

Зрештою приміняють ся тут такі самі правила, як при одвічальности за евікцію.

¹⁾ У тім лежить практична різниця супротив загальних постанов про висоту повернення шкоди, бо після §§ 1323, 1324 к. з. *lucrum cessans* звертає ся не лиш при *dolus* але й при *culpa lata*.

§ 27.

Вкороченє більш половини*).

I. Нинішній суспільний оборот стоїть на правилі свободної конкуренції, що є головною основою т. зв. обмінних зобов'язань. Проте, як пр. купую якусь річ і зобов'язуюсь заплатити за ню далеко більше, чим она варта, або як навпаки успію її купити далеко дешевше, ніж виносить звичайна ціна, то умова є все-таки важна, та закон не обмежує правильно свободи контрагентів, позваляючи їм змагати до як найвисших зисків.

Клясичне римске пр. не знало у сій мірі ніякого обмеження. Дперва цісарі Діоклециян і Максиміян завели з утилітарних зглядів обмеженє, звісне під назвою оспоримости задля вкороченя більш половини (*laesio enormis, laesio ultra dimidium*). На таке вкороченє могли покликувати ся тільки продаючі при продажи недвижимостей, накопи показало ся, що продали недвижимість низше половини вартости. Ся постанова мала запобігати використуваню властителів через спекулянтів, коли властителі були спонукані продавати недвижимости.

Середновічні романісти не звертали однак уваги на се, та маючи на оці практичну ціль нашого інституту, розвели постанову цісарів Діоклецияна й Максиміяна дорогою аналогії також на інші випадки. Они учили, що *laesio enormis* є впливом похибки (*error*), тому правні наслідки *laesionis ultra dimidium* є лиш особливим родом наслідків одвічальности за

*) Гл. Cod. Ther. III. 9. n. 60—64, 345—382; Horten III. 9. §§ 24, 189—212; Martini, III. 5. §§ 9, 10, 21—23; 6. § 13; Гал. кн. в. III. §§ 163—165, 185, 186; Protokolle II. ст. 76—79, 88—89, 559—560.

Pop. Zeiller, Comm. III. ст. 140—147; Nippel, Erl. VI. ст. 194—203; Winwartner, Bürg. R. IV. ст. 106—110; Unger, System I. ст. 494; II. ст. 39 пр. 30, ст. 161 пр. 83, ст. 184 пр. 39, ст. 381 пр. 11, ст. 495 пр. 7, ст. 499 пр. 17; Kirchstetter, Comm. ст. 484; Stubenrauch Comm. II. ст. 126—129; Krainz, System II. ст. 92—94; Hasenöhr, Obl. R. II, ст. 423—430; Till, Prawo pryw. III. ст. 80 і д.; Schuster-Bonnott, Grundriss, ст. 27, 28.

Времлі Chambon, Beiträge zum Obligationrecht I. ст. 111 і д.; Jolles, Syst. Uebersicht über die Rechtsprechung, в Geller Centr. Bl. VIII. ст. 27 і д.; Pfersche, Irrthumslehre ст. 111—115; моє Das Wesen des Werk-lieferungsvertrages.

похибку. Тим чином розширено одвічальність задля вкороченя більш половини також на купуючого, а в дальшій тоці на всі відплатні діла правні.

Отсю теорию приняло відтак австр. пр. Як одвічальність з запоруки, так одвічальність задля вкороченя більш половини є привязана до відплатних діл правних¹⁾. Далі оба роди одвічальности у тім схожі, що повстають доперва тоді, як зобов'язане було вже сповнене. Обі одвічальности є врешті вислідом утилітарних зглядів, що мають основу у вимогах суспільного обороту, тому належать до т. зв. суспільної одвічальности.

Одначе поза тим доволі значна різниця між запорукою а вкороченем більш половини. Одвічальність з запоруки є загальним інститутом облігаційного пр., тому закон нігде її прямо не виключає при відплатних ділах правних, а невеличке число обмежень слідує тільки із самої сути інституту; — інакше одвічальність задля вкороченя більш половини є в австр. пр. тільки надзвичайним средством правним і закон чимало його виразно виключає. І так нема сеї одвічальности:

- 1) при алеаторийних умовах (Glücksverträge, § 1268 к. з.),
- 2) при угоді (Vergleich, § 1386 к. з.),
- 3) при продажах на судовій ліцитації (§ 935 к. з.).

Тут належать з торговельного пр. всі торговельні чинности (Handelsgeschäfte, арт. 277 торг. зак.) з виїмком інтересів на рати (§ 4 зак. з 27. цвітня 1896 ч. 70 В. з. д.). (Інтереси на рати підлягають оспореню за вкорочене більш половини).

Крім сего звертаємо увагу, що одвічальність за вкорочене більш половини стрічаємо тільки при таких ділах правних, яких предметом є обмін дібр (Gütertauschgeschäfte), пр. при купні, аренді, наймі, умові о працю, о доконане діла й т. д., але не при т. зв. організаційних умовах як *societas*, *mandatum* і др., що уже з самої сути річи полягають на особлившій до-

¹⁾ Вправді § 934 к. з. говорить про „обосторонні“ діла правні, але нема сумніву, що розуміє через те відплатні діла правні, бо наш закон обох виразів уживає *promiscue* (§ 864 к. з.), а впрочім в самім тексті § 935 к. з., що також трактує про вкорочене більш половини, стрічаємо назву „відплатні діла правні“. Врешті треба пригадати, що §§ 934 й 935 к. з. належать до тої черги постанов, які наш закон обіймає загальним заголовком: *Allgemeine Bestimmungen engeltlicher Verträge und Geschäfte* (ad § 921 к. з.).

вірю, та виключають свободу конкуренції й змаганя до особистих користей¹⁾).

Взагалі причиною обмежень одвічальности за вкорочене більш половини є правило свободної конкуренції. Закон не хоче спинювати свободи твореня ціни в суспільнім обороті, та дозволяє, аби на творене ціни впливали суб'єктивні чинники контрагентів, але все-таки хоче запобігати таким надужитям, що виходять поза звичайну міру. Одвічальність за вкорочене більш половини є сьогодні подекуди доповненєм законів про лихву; тільки наколи закони про лихву спочивають на суб'єктивно-карній підставі, вкорочене більш половини ґрунтує приватно-правну одвічальність на об'єктивних чинниках.

Правна суть нашого інституту полягає у тім, що між чинитьбою одної сторони а чинитьбою другої сторони заходить надзвичайна різниця вартости, „коли одна сторона не одержала від другої навіть половину сеї вартости, яку її дала“ (§ 934 pr.). Всяди, де таке є відношенє вартости одної чинитьби до вартости другої, можна оспорювати діло правне по мысли § 934 к. з. Тільки опроцентована позичка не підчиняє ся постановам про *laesio enormis*, бо тут обов'язують окремі постанови що-до висоти відсотків і лихви. Але й заставнича умова (*contractus pignoratitius*, *Pfandvertrag*: § 1368 к. з.) не може бути оспорювана задля вкороченя більш половини, бо тут одна чинитьба не є еквівалентом другої, тому не можна ніколи сказати, наче-б одна сторона одержала більш чим половину вартости другої чинитьби.

II. До одвічальности із за вкороченя більш половини треба:

1) аби діло правне, яке оспорює ся, було відплатне;

2) аби між чинитьбою а противною чинитьбою заходило таке відношенє, що одна чинитьба представляє більш чим два рази висшу вартість, ніж друга чинитьба. Ся різниця осуджуєть після звичайної с. т. об'єктивної вартости (§§ 305, 934 к. з.), яку представляла одна й друга чинитьба в хвили заключеня умови, або дотичного діла правного.

3) Врешті посередною вимогою є, аби вкорочений (покривджений) в хвили сповненя умови або дотичного діла правного не знав про те, що звичайна вартість одержаного предмету є о половину менша від того предмету, який він дав

¹⁾ Що оспоримість задля вкороченя більш половини є лиш надзвичайним средством правним, виходить також з численних обмежень § 935 к. з., про що понизше в тексті.

свому співконтрагентови; бо наколи-б співконтрагент доказав, що перший знав про правдиву вартість одержаної чинитьби, то нема одвічальности за вкорочене (§ 935 к. з.).

Де заходять повисші вимоги, покривджений має право оспореня. Покривджений — се той, що за свою чинитьбу одержав менше чим половину звичайної вартости.

Але де нема хоч-би одной з повисших вимог, не може бути одвічальности за вкорочене більш половини; тому она відпадає після § 935 к. з. в отсих случаях:

1) коли діло правне представляє ся як *negotium mixtum cum donatione*;

2) коли вартість річи не дасть ся точно означити, — бо тоді не мож знати, чи між вартостию одной чинитьби а другої заходить справді таке відношене, яке дає підставу до *laesio ultra dimidium*;

3) коли покривджений знав правдиву вартість набутої річи, але про те згодив ся на так високу відплату. Крім сего відпадає право оспореня задля вкороченя більш половини,

4) коли контрагент зрік ся сего права.

(Що при всяких продажах, які відбувають ся дорогою судової ліцитації, нема одвічальности за *laesio enormis*, була бесіда повисше).

Деякі письменники виключають оспоримість задля *laesio enormis* також тоді, коли предмет чинитьби не може бути звернений *in natura* — але сей погляд невірний і не має жадної основи в законі.

III. Правні наслідки вкороченя більш половини такі самі, як при одвічальности за сущні хиби. Покривджений може жадати знесеня умови після тих самих правил, які ми пізнали при одвічальности за потайні хиби по мисли § 932 к. з., бо § 934 називає право покривдженого так само як § 932 правом до знесеня умови¹⁾. Проте й при вкороченю більш половини може покривджений жадати знесеня умови без огляду на те, чи віритель або довжник може звернути чинитьбу *in natura*; навіть через випадкове знищене або випадкове погіршене річи не погасає се право, бо *pretium cedit in locum rei*.

Таке діло правне, якого сповнене наступило з вкороченем контрагента більш половини, називає теория оспоримим

¹⁾ Закон говорить побіч знесеня умови також про повернене до первісного стану, але уживає того слова в тім самім значіню, як знесеня умови.

(*anfechtbar*), проте його наслідком є оспоримість (*Anfechtbarkeit*). Та отся назва зовсім оправдана, поки до неї не прив'язуємо тих загальних вислідів, які пануюча теорія прив'язує до поняття оспоримости. Володіюча теорія протиставить оспоримости т. зв. релятивну неважність, та головна ріжниця між ними має лежати у тім, що при оспоримости діло правне про себе важне, але може бути оспорюване в судовій дорозі за волю інтересента, а при релятивній неважності діло правне мабуть з почину неважне, але також може її доходити тільки інтересована особа: оспоримість ділає після сеї теорії *ex tunc*, релятивна неважність *ex tunc*: Одначе ся ріжниця безглузна, та як раз до вкороченя більш половини непримінима, коли зважимо, що хто оспорює діло правне задля *laesio enormis*, той може по мисли § 934 к. з. жадати привернення первісного стану; тому ся оспоримість ділає все-таки *ex tunc*, не *ex nunc*. Коли покривджений доходить свого права із вкороченя більш половини, то дотичне діло правне тратить *ex post* свою силу (*Unwirksamkeit*), та се відносить ся в своїх наслідках до хвилі його заключеня (*ex tunc*).

Але наш закон дає другому контрагенту, що допустив ся вкороченя більш половини спроможність, оминути повисші наслідки знесеня умови; він може удержати умову в силі, але мусить з свого боку доповнити свою чинитьбу аж до висоти звичайної вартости противної чинитьби, значить, він мусить тільки додати, аби звичайна вартість чинитьби й противної чинитьби зрівнали ся цілковито. Доперва цілковите вирівнане обосторонних жадань під зглядом вартости може спинити наслідки знесеня умови. Проте той контрагент, що вкоротив другого більш половини, має *facultatem alternativam*, він може піддати ся наслідкам знесеня умови, але може теж удержати умову в силі, доповнюючи свою чинитьбу до повної вартости противної чинитьби. (Тут не вистачає доповнене до половини; тільки ціла вартість мусить бути вирівнана).

Час оспоримости задля вкороченя більш половини є обмежений до трех літ (§ 1487 к. з.). По упливі того часу погасає не лиш право судової запозиваємости в дорозі позову (*actio*), але теж в дорозі замітів процесових (*executio*) — через те погасає само право про себе та не лишає ся ніяке *residuum* у виді т. зв. *obligatio naturalis*. Тому не прикладає ся тут достанова § 1432 к. з. і коли по упливі реченця покривджений

зажадав знесеня умови а його співконтрагент в пересвідченю, що є до того зобовязаний, звернув предмет чинитьби, то може відтак виступити з *condictio indebiti*.

Реченець з § 1487 к. з. є надзвичайним задавненем; його початок числить ся а *tempore scientiae*. Що-до причин спиненя й перерви реченця прикладають ся ті самі постанови, як при одвічальности з запоруки. Спинене наступає отже:

1) з огляду на особи, які з причини недостачі умових сил не можуть самі управляти своїми правами, поки не мають правного заступника (опікуна або куратора); § 1494 i. f. не примінює ся до вкороченя більш половини;

2) на час неприсутности задля цивільної або військової служби й на час цілковитого застою в судівництві (§ 1496 к. з.).

Перерва реченця наступає після § 1497 к. з. через узнане зі сторони довжника або через доручене pozwу зі сторони вірителя.

Але що-до постанови § 1501 к. з. заходить ріжниця між одвічальностию з запоруки а одвічальностию задля вкороченя більш половини. Задавнене оспоримости задля вкороченя більш половини може судня узгляднити в процесі тільки на внесене сторін, та не може його брати під розвагу *ex officio*. Причина сему така: Оспоримість задля вкороченя більш половини є надзвичайним средством правним, та його уживане лишене зовсім до волі контрагентів. Та противило-б ся загальним правилами суспільного обороту й було-б нераз несхоже з честію контрагентів, коли-б судия міг без їх волі брати на увагу задавнене сего жаданя й через те спонукувати одного з контрагентів, аби против закидів свого противника боронив ся лиш замітом задавнення й отсим *implicite* признав, що в своїм часі вкоротив справді свого вірителя більш половини. Не кождий хоче боронити ся таким средством, та чимало вимагає честь контрагента, аби закид вкороченя більш половини опрокинув иншими реальними замітами, не виключно замітом задавнення.

Врешті контрагенти мають право зречи ся обмеженя реченця до трех літ, або можуть умовити ся, що сей реченець має бути довший — але одно й друге в границях звичайного, т. є. 30—40 літнього задавнення (§ 1502 к. з.).



И 29.653
1

12

Правнич
Бібліоте

2
1