



12

ПРАВНИЧА БІБЛІОТЕКА.

ПІД РЕДАКЦІЄЮ

Др. СТАНІСЛАВА ДНІСТРЯНСЬКОГО.

ТОМ II.

Др. Станіслав Дністрянський.

АВСТРИЙСЬКЕ ПРАВО ОБЛІГАЦІЙНЕ.

ВИПУСК II.



У ЛЬВОВІ, 1902.

Накладом Наукового Товариства імени Шевченка.

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

н 29653/2

12

06

ПРАВНИЧА БІБЛІОТЕКА.

під редакцією

Др. СТАНІСЛАВА ДНІСТРЯНСЬКОГО.

ТОМ II.

Др. Станіслав Дністрянський.

АВСТРИЙСЬКЕ ПРАВО ОБЛІГАЦІЙНЕ.

ВИПУСК II.



У ЛЬВОВІ, 1902.

Накладом Наукового Товариства імені Шевченка.

з друкарні НАУКОВОГО ТОВАРИСТВА ІМЕНІ ШЕВЧЕНКА
під зарядом К. Беднарського.

347.4 (436)

ЛЬВІВСЬКА БІБЛІОТЕКА
АН УРСР
№ И- 29654



II. Розділ.

Почин зобов'язань.

§ 28.

Причини повстання зобов'язань*).

Щоби зобов'язанє могло повстати, муєть опирати ся на осібній правній підставі. Тоті акти, що дають зобов'язаню правний почин, з яких наче з жерела пливе зобов'язанє, називають ся причинами повстання зобов'язань (Entstehungsgründe der Obligation).

В римскім праві вичислює Gaius таких причин 3: Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris (l. 1. pr. D. de obl. et act. 44, 7). Тому поділ на obligationes ex contractu, ex delicto й ex variis causarum figuris. Але назва „variae causarum figurae“ вказує на те, що обіймають они як найрізноморднійші облїгаційні відношеня; проте римскі юристи звернули увагу на се, що они зближають ся по своїй суті до контрактів, або до де-

*) Гл. Codex Theresianus III. 1. n. 4—6, 92; Entw. Hortens III. 1. § 2; Entw. Martini's III, 1. §§ 2, 3; Гал. кн. з. III. §§ 2, 3; Protokolle, II, ст. 3—4, 183, 186, 400—401.

Pop. Zeiller, Comm. III. ст. 2—5; Nippel, Erläuterung VI. ст. 8—10; Winiwarter, Bürg. R. IV.² ст. 1—3; Unger, System I. ст. 24; Stubenrauch, Comm. II.⁷ ст. 2; Kirchstetter, Comm.⁵ ст. 438; Schiffner, Lehrbuch I. § 116 i. f.; Krainz, System II.³ ст. 46; Hasenöhr, Obl. R. I² ст. 333 й д.; Till, Prawo pryw. III. ст. 56 і д.; Огоновский, Систем II. ст. 46; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 13.

Врешті Fr. Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen (1874), v. Schey, Die Obligationsverhältnisse I. ст. 4.

ліктів і бачимо відтак поділ зобовязань на *obligationes ex contractu*, *obligationes ex delicto*, а побіч них *obligationes quasi ex contractu* й *quasi ex delicto*. Одначе наука виказала опісля, що сей поділ на 4 групи не дасть ся строго перевести, а референт Zeiller при нараді редакційній над нашою кн. з. відкинув виразно сей поділ як невірний і недостаточний. Тому наш закон прийняв за Gai-ом поділ на 3 групи, лише з деякими змінами.

I. § 859 кн. з. подає як причини повстання зобовязань: безпосередно постанову закона, умову й понесене ушкодження.

1) На думку редакторів кн. з. можуть зобовязання повставати безпосередно з закона. Але сей погляд нестійний, бо з одного боку всяке право *in abstracto* мусить мати свою основу в законі, а з другого боку з виїмком привілеїв права *in concreto* не можуть безпосередно впливати з закона, лише посередно, значить так, що повстане зобовязання привязує закон до якоїсь правової події (пр. обовязок родичів до удержування дітей опирає ся на спорідненю). Закон єсть посередною причиною повстання всіх зобовязань, проте не може бути безпосередною причиною повстання якоїсь групи зобовязань.

Погляд, з якого виходить кн. з., слідував з давнійшої під час редакції нашого закона пануючої доктрини, що ділила зобовязання на *obligationes mediatae sive natae*, і *immediatae sive dativae*, в міру сего, чи зобовязанє повстає дорогою певного облігаційного ділання, чи творить його безпосередно закон. Але уже з самих протоколів видко, що отся теоретична похибка не в силі затемнити справдішної волі законодавця. Коли отже § 859 між причинами повстання зобовязань крім умови й ушкодження наводить закон, то розуміє через те такий правний стан, або таку правну подію, до яких закон привязує повстане зобовязання¹⁾. Як каже § 860 рг., дотичні постанови находять ся у ріжних місцях нашого закона, они розсіяні у цілім системі; пр. в родиннім праві обовязок до аліментації,

¹⁾ В літературі приватного права стрічаємо на означене таких зобовязань назву: „станові зобовязання“ (*Zustandsobligationen*), але ся назва уже тому невірна, бо не все можна говорити тут про правний стан, але чимало про подію, до якої закон привязує повстане зобовязання, а зрештою по крайній мірі можна-б і зобовязання з умови або задля ушкодження назвати становими зобовязаннями.

в праві спадщини обовязки дідичів супротив легатарів, в річевім праві обовязок властителя найденої річи до нагороди, в облїгаційнім праві negotiorum gestio і т. и.

2) Другим жерелом повстаня зобовязаня є після § 859 умова. Се відповідає римским obligationes ex contractu. Римске право не знало побіч умови односторонних приречень, та односторонні приреченя не мали обовязуючої сили. Інакше старонїмецке право, та за ним усї новітні законодацтва знають не лиш обосторонні, але й односторонні діла правні, що становлять разом одну спільну групу зобовязань, яких підставою є воля сторін. Коли зобовязанє основує ся на волі сторін, то се єсть або умова, або односторонне приреченє— й одно або друге може бути причиною повстаня зобовязаня.

Що наш закон мимо постанови § 859 знає також такі зобовязаня, що повстають з односторонного приреченя, доказує уже § 862, з котрого виходить, що вже сама оферта про себе має як односторонний акт обовязуючу силу; пор. також § 865 i. f. Папери на держителя й на припорученє повстають також на основі односторонного акту. Проте слово „умова“ в § 859 треба розширити до всїх діл правних, чи то обосторонних, чи односторонних.

3) До третої групи належать ті зобовязаня, що повстають з „понесеного ушкодження“. Тут зачисляють ся поперед усього т. зв. obligationes ex delicto; але понятє „понесеного ушкодження“ є все таки ширше, чим понятє переступу (delictum).

Богато письменників робить з того закид книзі зак., що замість „недозволеного діланя“ (unerlaubte Handlung) подає „ушкодженє“ за жерело повстаня зобовязаня. Одначе тоті понятя не є тотожні, й як доказує істория редакції, закон уживає нарочно назви „понесене ушкодженє“, аби зазначити, що не лиш недозволене, с. т. провинене діланє є жерелом зобовязаня, але зобовязанє повстає чимало без переступу, без провини, наслідком самого факту ушкодження. Зовсім в тім дусі поступає теж систематика нашої кн. з.¹⁾, бо по трактаті про умови

¹⁾ В галицкій кн. з. бачимо ще між причинами повстаня зобовязань „провину“ („Verschulden“) — але вже при першім читаню звернув Zeiller увагу на се, що поза обємом умови, облїгаційна одвічальність навязує ся не

взагалі й з'особна (глави XVII—XXIX. другої часті), приступає окремо до науки про полагоду шкоди (в XXX. главі другої часті), в котрій має виключну ціль подати загальні правила про зобовязання, які повстають з понесеного ушкодження без огляду на провину. Коли-ж далі зважимо, що сей напрям, який побіч провини висуває також понятє „непровиненої безправности“ (schuldloses Unrecht) як підставу обовязку до звороту шкоди, відповідає вповні новітнім змаганням, то не лиш не можемо нашому закону робити з того ніякого закиду, але навпаки мусимо піднести, що в § 859 висказав сьвідомо нову й поступову тезу.

II. Збираючи повисші замітки, відріжняємо три причини повстання зобовязань :

- 1) діла правні, як односторонні так обосторонні ;
- 2) ушкодження, понесене через провину другого або без його провини, й
- 3) інші правні події й відношеня, до яких закон з'особна привязує повстане зобовязань.

До послідної групи належать ріжнородні зобовязання, що між собою не мають спільних знамен ; проте в загальній часті зобовязань можуть бути обговорені лише загальні правила про облїгаційні діла правні й про ушкодження. Тому науку про повстане зобовязань ділимо понисше на 3 трактати: 1) про умови, 2) про односторонні приреченя, й 3) про шкоду.

А) УМОВИ.

§ 29.

Понятє й суть умови*).

I. Умова — се обосторонне діло правне, яким дві сторони заявляють взаїмну згоду на осно-

лиш до провини, але чимало до мимовільного ділани, припадку й т. д. На сій підставі принято при другім читаню нашого закона замість слова „провина“, „понесене ушкодження“.

) Гл. Cod. Ther. III. 1. п. 18; 2. п. 32, 47, 48; Horten III. 1. § 8; Martini, I. 2. § 3, III 1. § 4; Гал. кн. в. III. § 4; Prot. II. ст. 5, 401.

ванє, зміну або знесенє якогось правного відношеня.

1) Умова є обостороннім ділом правом, і від односторонного приреченя ріжнить ся тим, що треба згідного заявленя волї обох сторін, наколи при одностороннім приреченю не потребує приймаючий взагалї заявляти ся про прийняте.

2) Умова представляє орґанічну єдність, та не може бути сумою двох самостійних діл правних. Воля сторін єсть вислїдом згоди контрагентів, не сумою двох ріжних заявлєнь волї.

3) До згоди треба, аби сторони своєю волю заявили, й щоби їх заявленя що-до остаточного вислїду з собою годили ся. Се відбуває ся так, що одна сторона щось прирікає: приреченє або подача (*Versprechen oder Antrag*), а друга сторона отсе приймає: прийняте (*Annahme, Acception*), або обі сторони взаїмно прирікають і приймають. Приреченє й прийняте — се два чинники умови, лише не виступають они при умові самостійно, але зливають ся в одну цілість. Їх взаїмне тісне відношенє становить суть умови в правнім значіню.

Той, від кого виходить приреченє, називає ся прирікаючим або промітєнтом (*Promittent*), а хто приймає приреченє, значить, той, до кого звертає ся приреченє, називає ся промісарєм (*Promissar*); коли-ж він приреченє прийняв, називає ся акцептантом (*Acceptant*).

4) Сторони, які виступають в умові, мусять становити осібні групи, чи то так, що представляють противні групи інтересів, чи виступають як окремі індивідуальні чинники для осягненя спільної цілі.

Пор. Zeiller, *Comm.* III. ст. 5—8; Nippel, *Erl.* VI. ст. 11—13; Winwarter, *Bürg. R.* IV. ст. 4—6; Ellinger, *Handbuch* ст. 393; Unger, *Syst.* II. ст. 41, 169—172; Stubenrauch, *Comm.* II. ст. 4—6; Burckhard, *Syst.* II. ст. 414—416; Krainz, *Syst.* I. ст. 327, 328, II. ст. 46, 47; Hasenöhr, *Obl. R.* I. ст. 336 і д.; Till, *Prawo pr.* I. ст. 395 і д.; III. ст. 59 і д.; Огоновский, *Систем* I. ст. 133, II. ст. 59 і д.; Schuster v. Bonnot, *Grundriss* ст. 14.

Времрї Fr. Hofmann, *Die Entstehungsgründe der Obligationen* (1874) ст. 85 і д.; Schlossmann, *Der Vertrag* (1876) [Долеторо: *Ger. Zeit.* 1876 Nr. 92; *Jur. Bl.* 1877 Nr. 19—21; *Ger. Halle* 1877 Nr. 83, 84]; Ehrenzweig, *Ueber den Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeit* (1889).

Проте до поняття умови не вистачає, коли є взагалі кілька осіб, які видають згідну заяву в цілі оснований, зміни або знесення якогось правового відношення, — бо може скласти ся так, що всі они разом представляють лиш одну групу інтересів, пр. кількох заступників одного товариства видає спільну заяву, то ся заява лиш тоді може стати умовою, коли крім них найде ся сторона противна, котра її приймає. Так при головних умовах нинішнього обороту суспільного, що опирають ся на правилі свободної конкуренції (обмінні умови в найширшім розуміню).

Але існують також умови, в яких жадна сторона не представляє противної групи інтересів, але де всі змагають до спільної цілі, пр. при *societas*. (Се т. зв. організаційні умови). Тоді до істновання умови потрібно, аби поодинокі особи, що змагають до спільної мети, все-таки виступали як самостійні, індивідуальні чинники, які не зливають ся з собою в один правний організм, т. є. в окремих твір правний.

З повисших заміток слідує, що сторони, які виступають в умові, мусять бути в дотичнім ділі правним прямо інтересовані — проте умова різнить ся від судейського осуду, бо при осуді є вправді заявлене волі, але не інтересованих сторін, тільки неінтересованого судії.

5) Цілію умови взагалі може бути повстанє, зміна або знесенє якогось правового відношення. Тото найширше понятє умови обіймає не лиш облїгацийні умови, але також річеві, родинні й спадчинні, а з облїгацийних умов не лиш такі, котрих метою є повстанє зобовязаня (т. зв. *Schuldverträge*), але також ті, що змагають до зміни або до знесеня уже існуючого зобовязаня.

В науці о повстаню зобовязаня розуміємо через умови такі обосторонні діла правні, котрих цілію є зобовязанє одної або обох сторін до якогось діланя; се діланє може бути: *dare, facere, omittere* або *pati*.

II. До змісту облїгацийної умови належить:

а) певний правний обовязок, що є вислідом облїгацийного *vinculum iuris*. Тому умова, від якої прирікаючий може відступити довільно без нїяких правних наслідків, є неважна. З тим питанєм вяже ся т. зв. правило свободи умови (*Vertragsfreiheit*). Оно звучить: де зміст умови не єсть неможливий або недозволенний, там право признає кожній умові

обов'язуючу силу. Але се правило стійне лиш *cum grano salis*, значить, о стільки, о скільки дасть ся виказати оправданний, правний інтерес. (Про се була уже бесіда при наущі о загальних вимогах чинитьби);

б) певна *causa debendi**), бо де її нема, там бракує серйозної волі привняти обов'язку.

Уже з самої сути річи слідує, що хто в умові приймає на себе якийсь обов'язок, робить се для якоїсь ціли, для якогось призначеня — *causa* — й що ся найблизша ціль обов'язку становить *in concreto* про правничий характер дотичної умови.

Взагалі *causa* не є нічо вишого, як правна ціль, або правна причина прийнятого зобов'язаня, яка рішає про його правний характер. Без такої *causa debendi* не може повстати жадне зобов'язане, жадна умова, бо інакше не має она ніякого реального субстрату. Нема зобов'язаня, яке не мало б ніякої конкретної ціли, нема умови, в якій істнувало-би зобов'язане лиш про те, аби зобов'язати ся, без огляду на причину, для чого. В тім то розумію *causa debendi* є конечною вимогою повстаня умови.

III. Легальну дефініцію умови подає § 861 к. з. По словам закона умова є прийнятим приреченєм, котрого предметом є перенесене права з одной особи на другу. Але тотя констракція уже тому невірна, бо предметом умов може бути не лиш передача материяльних дібр, але також инша чинитьба (*facere, omittere, pati*). Погляд сей був вислідом хибної теорії права натури¹⁾, наче кождому чоловікови прислугують права до

*) Поп. м. и. Arndts, Pandekten § 233; Unger, Syst. II. ст. 362 й д.; Unger, Ueber die rechtliche Natur der Inhaberpapiere (1857) ст. 64 й д., 175 пр. 7; Fr. Hofmann, Lehre vom Titulus und Modus ст. 81 й д.; Pfaff-Hofmann в Holtzendorffa Rechtslex. „Causa“ I. ст. 454 й д.; Hruza, Die Lehre von der Novation (1881) ст. 49 й д.; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 365 й д.; Till, Prawo pryw. III. ст. 63 й д.

Врешті; Schlossmann, Zur Lehre von der Causa obligatorischer Verträge (1863), Lotmar, Ueber Causa im. röm. R. (1875).

¹⁾ Кант і його приклонники учили, що в умові переносить один контрагент право до чинитьби (до діланя) на другого контрагента — а чейже не може бути бесіди про перенесене права, коли хтось зобов'язав ся пр. за другого полагодити певні справи! Тут не переносить ся ніякого права на другого, тільки через умову повстає нове право.

власних ділань (пор. § 1459), і він се право переносить в умові на другого. Одначе ся теорія сьогодні загально залишена, а впрочім сам закон справляє сейчас свою теоретичну похибку, бо подає зовсім точно се, що може бути *in concreto* предметом умови.

Предмет умови полягає по словам закона на тім, що хтось другому прирікає щось дати, для нього щось зробити, з його причини щось залишити, або йому на щось призволити, — а другий се приймає, на се годить ся. Взагалі наш закон не ставить абстрактної дефініції, так як взагалі такі дефініції є ділом науки, не легіслятиви, але подає спосіб, як умова повстає. Она повстає через обосторонну згоду сторін на якусь чинитьбу, позитивну або негативну. Позитивною чинитьбою є передача річи, призволене на якась право або якась чинність; а негативна чинитьба — се залишене або зношене.

З того бачимо, що дефініція § 861 єсть поправна, та нема сумніву, що понятє, подане повисше (sub I) на підставі теоретичних зглядів, відповідає вповні австрійському праву.

Крім сего має легальна дефініція § 861 ще тоту прикмету, що звучить загально й не дає ніякої підстави до погляду, що предмет умови має представляти маєткову вартість; проте § 861 дає м. и. також доказ сего, що маєткова вартість не є загальною вимовою облїгацийної чинитьби¹⁾.

§ 30.

Умови односторонні й обосторонні, безплатні й відплатні*).

I. Вправді всяка умова є обосторонним ділом правним, бо повстає за згодою двох сторін, але все таки лучає ся, що лиш одна сторона приймає на себе якийсь обовязок, а друга сто-

¹⁾ Пор. висше ст. 34, 35.

*). Гл. Cod. Ther. III. 2. n. 38—42; 3. n. 5—10; Martini, III. 1. §§ 9, 11; Гал. кн. з. III. §§ 9, 11; Prot. II. ст. 8.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 15, 16; Nippel, Erl. VI. ст. 25—30; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 12—16; Ellinger, Handbuch, ст. 395; Stubenrauch, Comm. II. ст. 15—16; Kirchstetter, Comm. ст. 445, 446;

рона набуває тільки право, не перенимаючи ніякого обов'язку. Тоді умова є одностороння (*conventio unilateralis*).

Коли однак обі сторони приймають взаємно з правами якісь обов'язки, коли, значить, умова полягає на виміні взаємних обов'язків до чинитьби, то говоримо, що вона є обостороння (*conventio bilateralis, sive reciproca*).

При односторонній умові зобов'язує ся лиш одна сторона до чинитьби, лиш одна з них є вірителем, а друга тільки довжником; при обосторонній умові кожда сторона є довжником і вірителем, бо супротив обов'язку до чинитьби з одної сторони стоїть обов'язок до противної (взаємної) чинитьби з другої сторони.

Про сю різницю згадує § 864 к. з., лише стилізація сего § тому недостаточна, бо ставляє на рівні поділ на односторонні й обосторонні умови з поділом на безплатні й відплатні умови. Між обома категоріями умов заходить не лиш теоретична але подекуди й практична різниця. Перед всім поділ умов на односторонні й обосторонні стоїть виключно на чинниках правничих, бо бере огляд на се, чи облїаційна чинитьба заходить тільки по одній стороні, чи по обох сторонах. Інакше поділ умов на безплатні й відплатні виходить виключно з економічних чинників, та має характер виключно економічний.

Сей поділ полягає на різниці ціли, якій умова має служити. Коли в умові одна сторона має намір, за признане якоїсь користі відплатити другій стороні також признанем користі — то умова є відплатна (*s. onerosa*); але де одна сторона признає другій стороні якусь користь, та не вимаває собі від другої сторони ніякої користі, — там умова є безплатна (*s. lucrativa*).

Тота різниця поглядів, на яких стоїть поділ умов на обосторонні й односторонні з одного боку, а відплатні й безплатні з другого боку має також і практичне оправдане. Вправді всі

Burckhard, System II. ст. 415 пр. 6; Krainz, System II. ст. 69, 70; Hasenöhrl, Obl. R. I. ст. 347—355; Till, Prawo pryw. III. ст. 61, 75—82; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 24, 25.

Вперші: Schuster, Beiträge zur Hermeneutik des oest. Privatrechtes, в Zeitschr. für oest. Rechtsgelhrs. 1830 Hauptblatt ст. 248 і д.; Bechmann, Der Kauf I. ст. 540, 568; II. ст. 180 і д.

односторонні умови є також безплатні, але не всі обосторонні умови є все відплатні.

До односторонних умов належить перед всім даровина. Она є також безплатна. Односторонніми умовами, що є також безплатні, є крім сего т. зв. реституційні умови (значить такі, котрі на довжника вкладають обовязок звороту одержаної річи), але лиш тоді, коли зі сторони вірителя не було облігаційного обовязку річ передати, лише зі сторони довжника був обовязок, одержану річ звернути; пр. при *depositum*. Але коли при таких умовах заходить також обовязок вірителя до передачі річи, пр. при позичці, до виплати випозиченої суми (*numeratio pecuniae*), там умова є обосторонна, але не все відплатна, бо позичка може бути безпроцентова, а тоді она безплатна.

II. В теорії повсюдного права стрічаємо поділ обосторонних умов на повно обосторонні й неповно обосторонні (*vollkommen und unvollkommen zweiseitige Verträge*), в міру сего, чи супротив обовязку з одної сторони стоїть все й конечно обовязок другої сторони, чи головний обовязок відносить ся тільки до одної сторони, а друга сторона лише серед даних обставин може стати зобовязаною до якоїсь (побічної) чинитьби. Обосторонність неповна родить в першому ряді лиш один (головний) правний обовязок, який доходить ся через *actio directa*, а евентуальний (побічний) обовязок другої сторони може повстати лиш серед даних обставин, і доходить ся через *actio contraria*. Тут належить пр. *depositum* і *mandatum*.

Одначе сей поділ нестійний. Обосторонність умови може бути лише повна, бо про односторонність або обосторонність умови може рішати тільки хвиля її повстання, а не хвиля пізнійша. Всі тоті умови, які теорія зачислює до неповних обосторонних умов, є по своїй суті односторонні (хіба, що вже з самого почину умовлено відплату, пор. §§ 969, 1004 кн. з.), а всякий евентуальний обовязок другої сторони, котрого можна доходити *actione contraria*, не пливе безпосередно з умови, тільки має все окрему правну підставу. Зрештою понятє обосторонних умов, яке подає наша кн. з. в § 864, відносить ся тільки до повної обосторонности.

III. Суть обосторонних умов залежить від взаїмного відношення противних обовязків.

Первісне римське право виходило з того, що при *emptio venditio* й *locatio conductio* взаїмні вірительности обох сторін були зовсім самостійними правовими жаданнями, а кожда сторона могла самостійно доходити свого права з умови, без огляду на се, чи сповнила свій обовязок чи ні. Однак пізнійше бачимо, як тота самостійність уступає, й взаїмні права та обовязки зливають ся в одну органічну єдність.

На тім то погляді стоять новітні законодавства, м. и. також австрійське право. Характерна ціха обосторонної умови лежить у тісній залежності чинитьби (згл. приреченя) одної сторони від противної чинитьби (згл. приреченя) другої сторони.

Тота залежність (*συνάλλαγμα*) є двояка, так що-до повстаня, як що-до правових наслідків; значить, зобовязане одної сторони не може важно повстати, доки не повстане зобовязане другої сторони (залежність генетична, *das genetische Synallagma*), а далі одного зобовязаня не мож доходити без огляду на друге (залежність функційна, *das funktionelle Synallagma*).

Коли отже в хвили заключеня умови одна з чинитьб обосторонної умови є неможлива, то ціла умова є неважна, та з неважностію одної чинитьби вяже ся неважність противної чинитьби, хоч-би она була про себе можлива до сповненя. Таке саме правило відносить ся також до чинитьб недозволених (гл. § 878 кн. з. і више в тексті ст. 26 і д.).

Коли лише частина одної чинитьби в хвили заключеня умови неможлива й така неможливість після § 882 кн. з. не обіймає в правових наслідках цілої чинитьби, то й противна чинитьба є лиш частково важна, о скільки она є ділима й розмірна частина дасть ся обчислити.

Взагалі коли з яких небудь причин зобовязане одної сторони не могло важно повстати, умова є неважна, та приречене другої сторони тратить свою стійність. Деякі письменники вказують на один виїмок від того правила при т. зв. *negotia claudicantia*, але невірно, бо, як пізнійше докажемо, стійність тих-же має осібну правну підставу, іменно односторонне приреченє.

Під зглядом правових наслідків залежність одної чинитьби від противної чинитьби лежить у тім, що по правилу одна сторона може від другої жадати сповненя раз у раз (*Zug um Zug*) (пор. § 1062 кн. з.), а далі, що хто хоче доходити

своїх прав з обосторонної умови, мусить сам своє зобов'язане з тої умови сповнити, або до сповнення бути готовим (пор. § 1052 кн. з.).

Тоті питання стоять в безпосередній звязи з т. зв. *exceptio non adimpleti contractus* і належать до науки про знесенє зобов'язань через сповненє.

(Постанова § 919 кн. з., що від сторони, котра не сповнила умови, не можна жадати знесеня умови, але докладного сповнення й повернення евентуальної шкоди, не єсть характерною цїхою обосторонних умов, бо примінює ся в рівній мірі також до односторонних умов і не слїдує з тої зависимости, котру бачимо при обосторонних умовах. Проте невїрно покликувати ся тут на сю постанову, бо она для зрозуміня сути обосторонних умов зовсім рівнодушна).

§ 31.

Умови консензуальні й реальні*).

I. Римске право ділило облїгаційні умови на *contractus* і *pacta*. Контракти в римскім розуміню були умовами *par excellence*, та до них була привязана *actio*; *pacta* не були однак запозиваємі. Контракти повставали *verbis, litteris, consensu et re*, й з того бере ся їх подїл на *c. verbales, litterales, consensuales et reales*. З них вербальні й літеральні контракти мають сьгодні лиш історичне значінє, нинїшні законодацтва сього подїлу не знають. Лишив ся тільки подїл на консензуальні й реальні кон-

*) Гл. *Cod. Ther.* III. 3. n 16—24.

Пор. *Winiwarter, Bürg. R.* IV. ст. 16, 17; *Stubenrauch, Comm.* II. ст. 16; *Kirchstetter, Comm.* ст. 495; *Hasenöhr, Obl. R.* I. ст. 385—363; *Till, Prawo pryw.* III. ст. 71—74; Огоновский, *Систем* II. ст. 60, 61; *Schuster v. Bonnott, Grundriss* ст. 23.

Внешні *Schuster, Beiträge zur Hermeneutik...* в *Zeitschr. für oest. Rechtsgelehrs.* 1830 *Hauptbl.* ст. 256 і д.; *Demelius, Realcontracte im heutigen Rechte* в *Jahrb. für Dogm.* III. ст. 339 і д.; *Unger, Realcontracte, ibid.* VIII. ст. 1 і д.; *Habietinek, Ueber Realcontracte im oest. R.*, в *Haimerla Vierteljahresschr.* V. (1860) ст. 125 і д.; *Schey, Oblig. verhältnisse* I. ст. 36 і д.; *K. Adler, Realcontract und Vorvertrag* (1892) в *Jahrb. f. Dogm.* XXXI. ст. 190—279.

тракти — та повстає питане, чи австр. право знає сю ріжницю, й чи она в австр. праві оправдана.

Римске право зачисляло до консензуальних контрактів: *emptio-venditio, locatio conductio, societas i mandatum*, а до реальних: *mutuum, commodatum, depositum i pignus*.

II. В нинішнім праві стрічаємо також ті самі умови, але треба перед всім звернути увагу на те, що нема тепер ріжниць між *contractus i pactum*, бо у нас всякі умови запозиваєм. Крім сего до сути кожної умови належить *consensus*, і де згода контрагентів є висказана та заходять всі інші вимоги умови, там існує умова й до неї є привязане право позву. Тому *consensus* є завжди головною основою умови, а де нема *consensum*, там нема умови. Проте можна-б сказати, що всі облігаційні умови з тої причини є консензуальні.

Але не таке значіне привязує теорія до ріжниці між консензуальними а реальними умовами. Консензуальні умови (*Consensualverträge*) є такі, до котрих повстаня крім самого *consensus* обох сторін не треба жадного иншого чинника, аби умова повсталала. Інакше при реальних умовах. Тут треба до повстаня ще реального чинника, с. т. передачі річи. Через передачу річи (*re*) повстає умова; доки ще не передано річи, сам *consensus* не творить реальної умови.

Сей поділ дасть ся отже цілком добре погодити зі зміною новітнього систему, який до понятя умови вимагає згоди обох сторін і приймає засаду, що такий *consensus* має взагалі обовязкову силу. Але против того виступає новітна теорія, та учить, що сї умови є консензуальні й нема умов, які повставали-би доперва через передачу річи.

Приклонники сеї теорії аргументують так: Де один контрагент має передати другому якусь річ, а другий по якимсь часі має її першому звернути, там треба відріжнити дві стадії облігаційного відношеня. Перша стадія тріває від заключеня умови до передачі річи, а друга від передачі річи зі сторони вірителя до звороту її через довжника. В першій стадії має віритель без'услівний обовязок, передати річ довжникови, а що-до обовязку довжника до звороту річи, то існує він уже в першій стадії, тільки під услівем, що віритель річ йому справді передасть. В другій стадії обовязок довжника стає без'услівним, але рівночасно передача річи зі сторони вірителя є для тогож послідного сповненем обовязку, який він

переняв уже в першій стадії *nudo consensu*. Після сеї теорії передача річи зі сторони вірителя є тільки сповненєм його обовязку, й то так само пр. при позичці, коли випозичаючий вручає позичаючому гроші, як пр. при наймі, коли винаймаючий передає наймаючому річ до ужитку; в обох тих випадках обовязок вірителя й довжника існує вже від заключеня консензуальної умови, а не доперва від передачі річи. Передача річи не є отже чинником повстаня умови, бо умова повстає уже перед передачею; она тільки тым замітна, що по заключеню умови відгриває важну ролю. Через передачу зміняє ся правне відношенє лиш тому, що передача є сповненєм обовязку одного контрагента, проте й наслідки правні передачі лиш такі, які сліднують із сповнення зобовязаня через одного контрагента. Коли *in concreto* консензуальна умова зійде ся разом з передачею річи, так що обі повисші стадії зливаюють ся з собою в одній хвили, то всеж-таки по думці сеї теорії треба відрізнити оба моменти: консензуальний, через який повстає умова, й реальний, що є сповненєм умови зі сторони одного контрагента, та успіх є такий самий, як пр. при купні раз у раз, де рівночасно з заключенєм умови настає передача купленої річи.

Повисша аргументація не виключає однак можности існуваня реальних умов. Закон може все-таки становити, що якась умова повстає доперва через передачу річи (*re*), так що до повстаня треба не лиш звичайної згоди контрагентів, але ся згода мусить зреалізувати ся в виді передачі річи: коли отже уже передше було яке консензуальне зобовязанє, то оно було тільки підготовленєм будучої реальної умови. Проте, що повисша теория при деяких умовах називає сповненєм умови зі сторони вірителя, може бути справді сповненєм підготовної умови (*Vorvertrag, pactum de contrahendo*), але може бути рівночасно почином головної умови — й так передача відгриває подвійну ролю, бо є сповненєм *pacti de contrahendo* й почином головної реальної умови. При наймі, аренді, купні й т. д. передача не має такого значіня, бо они повстають уже *nudo consensu*; але при позичці, вигодженю, умові о переховок, умові о застав і при припорученю продажи (*contractus aestimatorius, Trödelvertrag*) належить передача до повстаня самого зобовязаня. Тоді може вправді перед передачею існувати облїгаційний обовязок

до передачі, але він не впливає із умови позички, вигодження й т. д., тільки з підготовної умови.

Австр. право стоїть рішучо на тім самім становиску, що римське право, та робить виразно ріжницю між повстанем реальної умови, а тою консензуальною умовою, що є її підготовленем. Се висказують постанови §§ 957, 971, 983, 1368 i. f.

Тут бачимо наглядно, що *mutuum, commodatum, depositum, pignus* є також в австр. праві реальними умовами. До них треба ще вчислити один контракт, знаний в теорії під назвою *contractus aestimatorius* (*Trödelvertrag*); уже в римськім праві відбував ся він *dando* — що-до австр. права вказує на се *implicite* постановою § 1086 кн. з. (наш закон називає сю умову припорученем продажі, *Verkaufsauftrag*).

Але ріжниця між тим, чи вважаємо повисші умови реальними, чи на думку згаданої новітньої теорії консензуальними, не є виключно теоретична, та має важні практичні наслідки. Пр. при позичці. По мисли § 983 кн. з. позичка є реальною умовою. Тому заки випозичаючий не виплатив гроший, нема позичкя, тільки може бути *factum de contr.*; проте примінюють ся постанови § 936 кн. з., що є зовсім відмінні від тих постанов, які треба-би примінити, коли-б позичка увійшла в жите не в хвили передачі, але вже передше в хвили заключеня підготовної умови. Далі при позичці мусить випозичаючий, наколи жадає звороту позички, доказати, що гроші справді виплатив, бо виплата гроший належить до конечних вимог повстаня позички. Інакше було-би після теорії, яка в позичці добачує консензуального контракту: тут мусів-би пізваний поносити тягар доказу, значить, випозичаючий не мав-би потреби доказувати, що наступила *numeratio pecuniae*, але навпаки позичаючий, щоби звільнити ся від обовязку звороту, мусів-би доказати *exceptionem non adimpleti contractus*.

Коли отже заходять такі практичні ріжницї, а §§ 957, 971, 983 і 1368 недвозначно указують на ріжницю супротив підготовних умов, то не може бути сумніву, що новітна теорія, яка не знає реальних умов, для австр. права зовсім нестійна.

§ 32.

Умови материяльні й абстрактні*).

Як звісно, *causa* є конечною вимогою умови. Але повстає питання, чи коли умова повсталала уже важно на основі якоїсь *causae debendi*, можна відтак доходити з тої умови права без огляду на *causa*? Хтось продає пр. якусь річ за 100 К. — се є *causa emendi* — але купуючий на разі не має готівки, та вірителеви виставляє вексель, в котрім зобов'язує ся заплатити суму 100 К. Так то умову купна розриває ся на два осібні обов'язки, обов'язок до передачі купленої річи й независимо від того-ж обов'язок другої сторони до заплати 100 К. з векселя.

Таке поведенє має багато практичних прикмет. Поперед усього упрощує ся значно судовий спір, а судия не потребує ставляти питання про *causa debendi*, й так може віритель без довгих доказів прийти до свого права. Таке зобов'язанє можна дуже легко перенести, бо набуваючий чужу вірительність не потребує слідити правного відношеня у всіх стадиях, а вдоволяє ся тільки формальними вимогами.

У тім лежить ріжниця між материяльними а абстрактними умовами. Материяльні умови (*materielle Verträge*) — се такі умови, що по заключеню не тратять звязи з сею *causa debendi*, яка була при повстаню зобов'язаня. З огляду на се називають їх також причиновими умовами (*causale Verträge*). Материяльними називають ся они тому, що звертає ся

*) Поп. Stubenrauch, *Comm. II.* ст. 17; Krainz, *System II.* ст. 65 пр. 8; Hasenöhr, *Obl. R. I.* ст. 364—384; Till, *Pravo pryw. III.* ст. 66—68.

Крім cero: Wehli, *Studien über Wechselrecht* в *Ger. Zeit.* 1867 Nr. 22; Canstein, *Anerkennung und Geständnis* (1879) ст. 53 й д.; Hruza, *Lehre von der Novation* (1881) ст. 49 і д.; Krasnopolski в *Kritische Vierteljahresschr.* XXV. ст. 30 і д.; Strohal в *Grünhuta Zeitschr.* X. ст. 412 і д.; Frankl, *Zur Frage von der Verbindlichkeit des abstracten Vertrages nach oest. R.*, в *Not. Zeit.* 1882 Nr. 23; Frankl, *Formerfordernisse der Schenkung*, ст. 104 й д.; v. Schey, *Die Obl.verhältnisse I.* ст. 166—172.

при них увагу на материяльні, не лиш формальні вимоги умови.

Інакше абстрактні умови; они стають независимі від *causa debendi*, тому можна з них доходити своїх прав без огляду на *causa*. Тут абстрагує ся від *causa* (абстрактні умови) й звертає ся увагу лише на формальні вимоги; тому назва формальні умови (*Formal-Verträge*). Тота послідна назва має однак також инше значіне, проте належить її тут уживати тільки з застереженем.

Чи й в якій мірі право побіч материяльних умов признає також абстрактні умови, є ділом легіслативи. В римскім праві *stipulatio* була абстрактною умовою *par excellence*. Віритель ставляв питанє: *centum dare spondes?* на що довжник відповідав: *spondeo* — й так повставало зобовязанє без огляду на *causa*. Але уже в часі римських цісарів бачимо, що віритель, котрий жадав заплати із стипуляції, міг стрінутися з замітом довжника, який опирав ся на браку *causae debendi*; такими замітами були: *exceptio doli generalis* і *exceptio non numeratae pecuniae*. Врешті жадано просто від вірителя, аби із свого боку доказав сповненє свого обовязку, й так *stipulatio* перестала бути абстрактною умовою. Повсюдне право не знає уже стипуляції як абстрактної умови, та взагалі відказує стійности всяким абстрактним умовам. Тому, коли в довжнім скрипті (*Schuldschein*) *causa* зобовязаня не була подана — т. зв. *cautio indiscreta* — то скрипт не мав сили доказу.

В новійших часах оборот економічний і соціальний здвигнув ся одначе так сильно, що абстрактні зобовязаня стали ся загальною правовою потребою. Але отсю потребу заспокоєно правовим інститутом паперів на держителя й на припорученє, котрі не характеризують ся як умови, тільки як односторонні приреченя. Проте о скільки вважаємо тоті папери як односторонні приреченя з абстрактною натурою, мусимо признати, що австр. право абстрактних умов не знає, лиш всякі умови є материяльні. Як в повсюднім, так і в австр. праві *cautio indiscreta* не має сили доказу (*arg. §§ 435, 1001, 1426* кн. з.).

§ 33.

Заклучене умови*).

І. До заклучення умови треба згідного заявленя волі обох контрагентів. Тоті заявленя виходять від кожного з контрагентів з'осібна й представляють ся:

1) як подача, приреченє, оферта (Angebot, Versprechen, Offerte), й

2) як прийняте (Annahme, Acception).

Се відповідає двом групам інтересів, репрезентованим в умові. Хронольоічне відношенє обох тих чинників є звичайно таке, що оферта дає почин до умови, а відтак слідує прийняте; але може бути й відворотний порядок: хтось заявляє з гори готовість прийняти оферту, наколи її поставить другий (arg. § 861 i. f.). Той, від кого виходить оферта, називає ся оферентом (Offerent), а той, до кого она звертає ся облятом (Oblat), та коли він її уже прийняв, стає ся приймаючим або акцептантом (Acceptant).

*) Гл. Cod. Ther. III. 2. n. 66—68; Martini III. 1. §§ 5, 6; Гал. кн. з. III. §§ 5, 6; Prot. II. ст. 5—8.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 9—11; Nippel, Erl. VI. ст. 14—22; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 6—9; Ellinger, Handbuch ст. 393—395; Stubenrauch, Comm. II. ст. 7—12; Kirchstetter, Comm. ст. 439—445; Krainz, System II. ст. 48—57; Hasenöhr I. ст. 630—668; Till, Prawo prywatne III. ст. 91—105; Огоновский, Систем II ст. 64—67; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 16—18.

Крім cero: Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873) ст. 53 й д.; Unger в Grünhuta Zeitschr. I. ст. 357—374; Hofmann, Entstehungsgründe der Obl. ст. 72 й д.; Ehrlich, Lücken im Recht (1888) Nr. 52, 53; Geller, Das Recht der wirtschaftl. Concurrenz, в Centr. bl. für die jur. Prax. 1889 ст. 471. — Stubenrauch, Ueber Verträge unter Abwesenden, в Ger. Zeit. 1860 Nr. 130, 131; Köppen, Der oblig. Vertrag unter Abwesenden в Jahrb. f. Dogm. XI. ст. 139 і д.; Schott, Der obl. Vertrag unter Abwesenden (1873). — Stubenrauch, Der elektrische Telegraph in privatrechtl. Beziehung, в Ger. Ztg 1861, Nr. 18, 19; Serafini, Der Telegraph in seiner Beziehung zum Privatrecht (переклад Roncaloro 1865); Rosenbacher, Ueber den Abschluss von Verträgen auf telegraphischem Wege, в Mitteilungen des deutschen Jur. Vereins, Prag XI. (1879) ст. 117 і д., XII. (1880) ст. 1 і д.; Winternitz, ibid. XII (1880) ст. 48; Das Telephon im Privatrecht, в Ger. Halle 1883 Nr. 101.

До заключення умови треба прийняття оферти. Прийняття мусить обіймати все, що становить суть даної умови, та поки нема згоди що-до суцільних точок умови, ведуться лиш переговори (*Unterhandlungen, Tractate*), котрі про себе не становлять готової умови, тільки її підготовляють. Також хоч-би навіть наступило порозуміння сторін що-до *essentialia negotii*, але они задержали собі право, згодитися в будучности що-до інших точок, які мають становити зміст наміреної умови, то не може бути бесіди о повстанні того відношення правного, яке сторони хочуть створити дорогою сеї умови, та аж до прийняття тих других точок годі від контрагентів жадати сповнення (§ 861 кн. з.). Коли однак контрагенти не висказалися про *naturalia negotii* й не задержали собі виразно права, про се рішитися в будучности, тоді тогу недостачу доповнюють диспозиційні норми правні, а умова задля згоди що-до *essentialia negotii* є важно заключена.

II. З повисшого слідує, що сама оферта про себе не родить умови — але про те годі її відказати всякої правної сили. Оферта є одностороннім ділом правним, що без огляду на прийняття має *arg. § 861 pr.* певну обов'язуючу силу: від хвилі, коли наспіла до облята, не може бути оферентом односторонньо відкликана (§ 862 *i. f.*), та оферент від сеї хвилі є на якийсь час зв'язаний. Заки оферта наспіла до облята, не має она ще ніякої правної сили й оферент може її відкликати. Тому коли відклик дійшов до облята скоріше, чим оферта, або рівночасно з офертою, то оферта вважає ся за неіснуючу, она не має тоді ніяких правних наслідків.

Коли оферта прийшла до облята, є оферент зв'язаний, але лише короткий час, який закон або оферта облятові лишає до намислу (*Bedenkzeit: § 862 кн. з.*). По впливі того часу до намислу погасає однак обов'язуюча сила оферти, й коли в межичасі не наступило прийняття й через те не наступило заключення умови, оферент не є вже своєю офертою зв'язаний і може мимо пізнішого прийняття умову відкинути.

Крім сего знає австр. право інші причини погаснення оферти. Після § 918 кн. з. *i. f.* погасає оферта через смерть оферента або облята, отже не переходить, як інші діла правні, на дідичів. Коли в часі, який зістає облятові до намислу, оферент або облят помре, тратить оферта свою стійність, та їх дідичі не є зв'язані.

Деякі письменники учать, що оферта тратить свою обов'язуючу силу також через те, що в часі, який прислугує облятові до прийняття, оферент або облят утратять здатність до ділання. Наш закон однак сего питання нігде не рішає, тому оно в науці спірне. Поперед усього годі для потвердження сего питання покликуватись на аналогію з § 918 i. f., бо отся постанова є виїмкова, та з загальними правилами діл правних несхожа, проте не дасть ся розвести на інші случаи. До рішення нашого питання треба перевести точну аналізу.

Коли перед остаточним заключенем умови в часі, який прислугує облятові до намислу, суд узнасть оферента за божевільного або марнотравного, то у місце оферента входить його правний заступник (куратор). Тому в хвили, коли умова має бути заключена, волю контрагента представляє його заступник і нічо не стоїть на перешкодї, аби облят прийняв оферту й через те допровадив умову до дефінітивного заключеня. Так само що-до облята, коли суд узнасть його божевільним або марнотравним, бо тоді від його заступника буде залежати, чи оферту прийняти, чи її відкинути. Але може лучити ся, що в межичасї оферент або облят стане божевільним або глуповатим, а суд не був в силі так скоро видати рішенє, тоді оферта тратить свою стійність, а то з тої причини, що до заключеня важної умови вимагає ся здатности до ділання ділаючих осіб.

Такі самі правила відносять ся до оферти, коли в часі до намислу над майном оферента або облята відкрито конкурє; тільки по відкритю конкурсу прислугує управителеви маси право вибору з § 22 конк. зак.

Оферта мусить мати певний зміст, аби могла становити правний субстрат до заключеня умови. Перед всім мусить містити в собі всі суцні точки дотичної умови, а далі з оферти мусить наглядно виходити, що оферент хоче дати почин до умови, наколи другий контрагент схоче її прийняти. Загальні запитуваня або заохочуваня до контрагованя, пр. через прилюдні оголошеня, в яких заохочує ся до ставленя оферт, не є офертами в правнім значіню.

Оферта повинна звертати ся до облята, й не має взагалі ніякої обов'язуючої сили, коли є висказана супротив третої, неінтересованої особи.

Особа, до якої звертає ся оферта, є звичайно точно означена, але новітні закони, а з ними й австр. пр. знає також оферти *in incertam personam*, о скільки способ означеня особи облята з самої оферти дасть ся розпізнати. Такі оферти стрічаємо при переторзі (ліцитації, *Versteigerung*), і при установленю автоматів. Близші подробиці про них подамо при кінці трактату (VI, VII).

III. Приняте висказує згоду облята на оферту. Зміст прийнятя мусить бути рівнобіжний зі змістом оферти; оно мусить обіймати усї точки, які находять ся в оферті, й то без обмеженя. Коли отже облят лиш одну частину оферти приймає, а другу відкидає, то значить, що не приймає оферти; або коли приймає оферту під услівями, зглядно з обмеженнями, то значить, відкидає оферту, та ставляє із свого боку нову оферту й з огляду на се сам є оферентом, так що друга сторона має свободу її прийняти або відкинути.

Приняте є заявленєм волі облята; оно може бути, як кожде заявлене, виразне, т. є. устне або письменне, або може слїдувати із здогадочних ділань (§ 863 кн. з.)¹⁾. Чимало лучає ся, що облят не відповідає зовсім на оферту, але сейчас по одержаню оферти виконує се, чого від нього жадає оферта. Через те дає він наглядно до пізнаня, що оферту приймає, й не потребує оферента окремо повідомлювати о прийнятю. В ниїшнім торговельнім обороті стрічаємо дуже часто таке прийняте оферти через виконанє даного припорученя.

Але взагалї облят не має обовязку відповідати на оферту, він може мовчанкою дати до пізнаня, що її не приймає, та оферта погасає тоді через уплив часу, що прислугує облятові до прийнятя.

Зрештою навіть прийняте, заявлене облятом, тратить свою правну силу:

1) через відклик, коли наспів до оферента перед або рівночасно з заявою прийнятя;

2) наколи прийняте наспіло до оферента за пізно, т. є. в часі, коли оферент перестав уже бути звязаний²⁾;

¹⁾ Гл. вище в тексті § 36 III.

²⁾ Пр. облят відповідає оферентові сейчас з задержанем часу приписаного § 862 кн. з., але його письмо, вислане поштою, так довго находить ся

3) через смерть оферента або облята перед остаточним заключенням умови, або врешті

4) через пізнішу нездатність до діляння зі сторони оферента або облята після правил, поданих при оферті (sub II).

IV. Оферта й прийняте суть головними елементами умови. Ходить лиш о те, в котрій хвили умову вважає ся за остаточно заключену (довершену, perfect; Perfection des Vertrages). Inter praesentes, значить, коли умову заключають особи в тім самім місци присутні, що з собою безпосередно порозумівають ся, відпадає уся трудність, бо чинність контрагованя відбуває ся in constanti; тому коли наступить прийняте всіх точок дотичної оферти, умова є остаточно заключена. Але як оферта й її прийняте наступає inter absentes, то треба вважати, що оферент може довідати ся о прийнятю доперва посередно по упливі якогось часу від дійсного прийнятя, й тут вирінає питанє, яка хвиля рішає про остаточне заключенє умови. В науці повеюдного права існують в сій мірі такі теорії:

1) Теорія заявленя (Aeusserungstheorie). Після неї умова є остаточно заключена в хвили, коли облят заявив ся за прийнятем, пр. в хвили, коли скінчив письмо, в котрім повідомлює оферента, що оферту приймає, або коли висилаючи післанця висказав ся перед ним, щоби оферентови заявив прийняте. Тага теорія однак уже на перший вид недостаточна, бо вправді заходять об'єктивні вимоги повстаня умови, але прийняте не звертає ся ще прямо до оферента, проте не може в'язати приймаючого¹). Нинішні письменники закинули її загально, та она являє ся сьогодні в зміненим виді, іменно як

2) Теорія висланя (Uebermittlungstheorie). Она учить: остаточне заключенє умови наступає тоді, коли

в дорозі, що прибуває пр. доперва в 2 неділи по висланю; тоді оно находить оферента уже нев'язаного, так що він може прийняте свобідно відкинути. Що одначе оферент в разі відкинення повинен сейчас облята повідомити, є вимогою оборотового звичаю.

¹) Ся теорія є також практично неможлива. Хто скінчив письмо, в котрім заявив згоду на оферту, може чейже надуматись інакше й за хвилинку письмо подерти; а хто вислав післанця до оферента з заявою, що оферту приймає, може все таки змінити своє зарядженє й сказати йому, що оферти не приймає. Адже-ж не можна обмежувати тої свободи приймаючого, коли она в певних границях прислугує навіть при умовах inter praesentes!

приймаючий із свого боку зробив все, що треба, аби вислати заяву до оферента, пр. коли кинув письмо з прийнятем до скринки, або коли його передав післанцеві, щоб відніс оферентови. Але й тут не мож сказати, що заявлене прийнятя наступило супротив оферента, а впрочім оборотові звичаї призвляють на се, аби приймаючий міг прийняте відкликати аж до тої хвилі, коли прийняте наспіло до оферента. Тоту можливість допускає

3) Теорія дорученя (Empfangstheorie). Остаточне заключене умови наступає в хвилі, коли заява приймаючого наспіло до оферента; пр. оферентови доручають відповідь через пошту, або післанець приходить до нього з вісткою о прийнятю оферти. Ся теорія має в науці найбільше приклонників — але крім неї стрічаємо ще иншу теорію, що до остаточного заключеня умови жадає не лиш дорученя прийнятя оферентови, але також відомости оферента о прийнятю. Се

4) Теорія відомости (Vernehmungstheorie). Не вистачає, як письмо наспіло до оферента, але він мусить письмо перечитати й з нього довідати ся о прийнятю. За сею теорією промавляє погляд, що як заявлене волі звертає ся до другої особи, то повинно дійти до його відомости, аби з того могло для неї слідувати зобовязане (так буває при умовах, заключених *inter praesentes*). Але против неї стоять утилітарні причини, та практичні наслідки сеї теорії є прямо безглузді¹⁾.

Австр. пр. прийняло теорію дорученя. До сего висліду доходимо на підставі таких аргументів:

а) Уже висше сказано, що оферта має обовязуючу силу; після § 862 i. f. не може она бути відкликана в протягу часу, що є означений в оферті або поданий в законі. Сей час називає ся часом на мислу (Bedenkzeit, Ueberlegungszeit: § 918 кн. з.). Сей час тягне ся аж до хвилі, коли прийняте наспіло до оферента, бо каже § 862, що в отсім часі мусить прийняте оферентови „bekannt gemacht werden“, та в противнім разі погасає оферта. Проте коли прийняте прийшло по упливі того

¹⁾ Пр. приходить до оферента письмо; він догадує ся, що в нім містить ся прийняте, але починає жалувати, що ставляв взагалі оферту, та не отвиряє письма, лише видає його у піч. Тим чином ціла теорія про звязане оферента стала-би ілюзоричною.

часу, то оферент не є вже звязаний й може прийняти сейчас відкинути;

б) Так само й приймаючий може важно відкликати прийняте, наколи відклик наспів перед або разом з прийнятем до оферента. Се вправді нігде в законі не рішено, але є впливом загального оборотового звичаю.

Коли отже оферент є звязаний аж до хвилі, в котрій (після оферти або після закона) прийняте до нього наспів, а приймаючий по тій хвилі не може уже відкликати прийняте, то ясно, що се є хвиля, в котрій оба є звязані, значить хвиля остаточного заключення умови. До того треба додати, що в австр. праві прив. нігде нема постанови, будьто-би зобовязане оферента повставало пізнійше, чим зобовязане облята, або щоби правні наслідки заключеної умови для облята ділали на вспять уже від хвилі прийнятя¹⁾, проте нема сумніву, що для обох контрагентів повстає зобовязане з умови в тій самій хвилі, а сею хвилию є, як доказано, прибуте прийнятя до оферента.

V. Про час намислу, який прислугує облятови до прийнятя, становить §§ 862 кн. з.:

1) Перед всім сам оферент може визначити в оферті час, через який хоче бути офертою звязаний, в яким отже повинно наступити прийняте. Таке означенє може також наступити за попередним порозумінєм обох сторін²⁾.

Чимало лишає оферент до волі облятови, в яким часі схоче він прийняти оферту. Через те заявляє оферент, що хоче бути доси офертою звязаний, поки облят не вискаже прийнятя. Одначе, хоч час намислу тут а ргіогі не обмежений, то все таки не мож вимагати, аби оферент був без кінця звязаний офертою, але мусимо по мисли § 904 кн. з. прийняти погасненє оферти по такім часі, по яким після даних обставин годі припускати, що оферент поза ті границі хотів бути звязаний³⁾.

¹⁾ Як постановляє арт. 321 торг. зак. Тим ріжняє ся приватне пр. від торговельного, бо впрочім теория дорученя прийнятя теж в торговельнім пр.

²⁾ Вправді наш закон говорить, що час намислу може бути умовлений контрагентами, але нема сумніву, що й сам оферент може в оферті подати односторонно час, в яким облят має заявити ся, бо в першім ряді чейже від нього самого залежить, доки він хоче бути односторонно звязаний.

³⁾ Пр. хтось робить другому оферту й каже облятови, що може її прийняти, в яким часі схоче. Між тим упливає одначе 20 літ, та доперва по упливі

Через увесь час, в оферті або умові означений, є оферент звязаний — але коли облят уже перед упливом сего часу заявить, що не приймає оферти, тратить оферта свою стійність.

2) Як сторони не визначили реченця, в яким має наспіти відповідь на оферту, то закон становить той час, протягом котрого повинно наступити прийняття. Перед всім робить закон ріжницю між устними а письменними офертами, та має головню на думці поділ, прийнятий в праві повсюднім на оферти *inter praesentes* і *inter absentes*. Звичайно *inter praesentes* оферта є устна, а *inter absentes* письменна, але тоті понятя не покривають ся точно, й так: письменну оферту можна поставити *inter praesentes*, пр. коли облят є глухий, або оферент німий, або де ходить о точне спрецизоване поодиноких точок умови, а з другого боку умова заключає ся *inter absentes*, хоч оферент передасть зміст оферти устно через післанця. Зрештою нинішний оборот суспільний знає крім устної й письменної оферти ще інші способи ставлення оферт, пр. через телеграф або телефон. Проте при нинішних відносинах не може рішати ріжниця між устними а письменними офертами, але з огляду на провідну думку законної постанови (§ 862) треба звертати увагу на те, чи контраговане відбуває ся *in constanti*, т. є в безпосередній звязи між оферентом а облятом, чи лиш в посередній звязи. Через телефон існує така безпосередна звязь, тому примінують ся постанови устних оферт, а через телеграф звязь є лиш посередна, проте телеграфічні оферти стоять на рівні з письменними офертами. Впрочім взагалі постанови § 862 про устні оферти відносять ся до всіх оферт *inter praesentes*, а постанови про письменні оферти обіймають всі случаи контрагованя *inter absentes*.

а) При офертах *inter praesentes* мусить прийняття наступити „сей час“, значить, „без непотрібної проволочки“ по мисли § 904 кн. з. Тому оферта погасає, наколи переговори між присутними перервано.

того часу пригадає собі облят, що хтось йому колись таку оферту зробив і висказує відтак готовість, сю оферту прийняти. Тут годі припускати, що оферент через цілих 20 літ був звязаний офертою — але навпаки предложене облята характеризує ся як нова оферта, котру теперішний облят може відкинути.

б) Коли умова заключає ся *inter absentes*, треба відрізнити, чи контрагенти знаходять ся в тій самій місцевості, чи в ріжних місцевостях. Як знаходять ся в тій самій географічній місцевості, то прийняте мусить наступити протягом 24 годин і в тім самім часі мусить наспіти відповідь до оферента. Сей протяг часу числить ся від хвилі, коли оферта прийшла до облята, аж до хвилі, коли її прийняте наспіло до оферента, й то *a momento ad momentum*.

Коли-ж одначе облят знаходить ся в иншім місці, як оферент, то до прийнятя прислугує йому такий час, який є потрібний „до дворазової відповіді“.

Сю постанову § 862 треба так розуміти: Перед всім мусить оферта прийти до облята, та обчислює ся час, потрібний до того, аби при ужитю звичайних комунікаційних средств оферта прийшла до облята. Відтак дає відповідь облят, і закон припускає, що до відповіді буде послугував ся звичайними средствами, пр. поштою. Сей час отже, що є потрібний, аби його відповідь при ужитю звичайного комунікаційного средства могла наспіти до оферента, числить ся подвійно — й увесь той час прислугує облятові до відповіді. По упливі сего часу мусить прийняте бути уже у оферента.

Проте оферент обчислює поперед усього час потрібний, аби його оферта в звичайній дорозі наспіла до облята, а відтак дочислює подвійно той час, в яким облят міг йому в звичайній дорозі відповісти¹⁾ — й коли протягом того цілого часу не прийшла до нього відповідь облята з прийнятем, погасає оферта й він перестає бути звязаний. Се наступає також тоді, як облят вислав вправді прийняте на час, але оно через провину почти наспіло до оферента за пізно. Одначе хоч прийняте наспіло за пізно, то все таки може оферент на се згодити ся й тим чином довести умову до кінця, але тоді заява облята представляє ся з правничого боку як нова оферта, котру давний оферент міг зарівно прийняти, як відкинути.

¹⁾ Коли пр. між місцем пробування оферента а облята почта мусить йти через 2 дни, то припускає ся, що по 2 днях наспіла оферта до облята; відтак облят може відповісти при нагоді відходу другої почти, т. є 2 дни по одержаню оферти; врешті прийняте облята мусить йти знова через 2 дни до оферента — отже шестого дня повинно прийняте наспіти до оферента; по упливі 6 днів оферент перестає бути звязаний.

Де поштовий оборот між певними місцями відбуває ся раз в день, то облят не потребує відповідати сейчас при найблизшій відході пошти, але може відповісти аж до другого відходу пошти. Коли однак почта (головно з огляду на місцевости побіч великих міст) відходить кілька разів на день, то годі припустити, аби облят мусів відповідати сейчас при другім відході пошти, бо тоді час намислу був-би навіть коротший, ніж в тих випадках, коли оферент і облят находять ся в тій самій місцевости. Проте не підлягає ніякому сумнівови, що облятови мусить прислуговувати до відповіді що найменше 24 годин.

Реченці, про які згадує § 862, не є реченцями задавнення, але так зв. реченцями права (Rechtsbefristungen) по мисли § 1449 кн. з.

VI. Особливші знамена має заключене умови дорогою переторгу або ліцитації (Versteigerung)*). Ліцитація не є окремою умовою, але осібним способом заключеня відплатної умови, та отся умова може мати ріжнородну вдачу (пр. купно, наєм, умова о працю й т. д.). Тут є означена з гори лиш одна контрагуюча особа й одна чинитьба, а має через ліцитацію означити ся особа другого контрагента й друга чинитьба. Ціль ліцитації лежить в тім, що один контрагент може між більшим кружкем людей вибрати собі найвідповіднішого співконтрагента, значить такого, що за його чинитьбу дає найвищу ціну, або за свою чинитьбу найменше жадає.

Торгуючий — себ-то той, що дає почин до переторгу — (der Versteigerer), звертає ся до публики або до означеного кружка людей з зазивом, аби они зі свого боку подавали ціну, яку готові дати за чинитьбу, що є предметом переторгу. Зібрані ставляють поодинокі подачі й на підставі одного з тих приречень, звичайно найкористнійшого, наступає заключене умови через прибиток (Zuschlag).

*) Поп. Stubenrauch, Comm. II. ст. 7; Kirchstetter, Comm. ст. 443; Krainz, System II. ст. 55, 56; Till, Prawo pryw. III. ст. 192, 193.

Крім сего: Kindervater, Ein Beitrag z. Lehre v. d. Versteigerung, в Jahrb. f. Dogm. VII. ст. 1 й д.; 366 і д.; Ihering, Bemerkungen, в Jahrb. f. Dogm. VII. ст. 166, 176; Unger, ibid. VIII. ст. 134 й д.; й в Grünh. Zeitschr. I. ст. 368 і д.; Reuling, Noch ein Beitr. zur Lehre von d. Versteigerung в Jahrb. f. Dogm. X. ст. 355 і д.; Die rechtl. Natur der von den Pfandleihanstalten vorgenommenen Licitationen в Allg. Jur. Ztg 1890 Nr. 34.

Зрештою хід ліцитації може бути ріжний. Звичайно викликає торгуючий найнижшу ціну й чекає на висші подачі ціни зі сторони публіки, але він може також викликати найвисшу ціну, й коли не прийме її ніхто з присутних, викликає що раз то низшу ціну, аж найде ся такий, котрий на ню згодить ся. Врешті лучає ся чимало, що торгуючий не ставляє ніякої ціни, але навпаки звертає ся до зібраних, аби они самі ставляли подачі ціни.

Про правну суть переторгу існують в науці ріжні погляди. Головно ходить о два питання :

1) від кого виходить оферта, чи від торгуючого, чи від голосуючого (Bieter)?

2) коли торгуючий, а коли голосуючий є звязаний, значить, в якій хвили умова є остаточно заключена?

Перед всім треба замітити, що само оголошене будучої ліцитації не є офертою й не вяже нікого. Впрочім існують дві противні теорії.

Одні письменники вважають торгуючого за оферента, а голосуючих за облятів. Само викликане ліцитаційного предмету при переторзі становить вже оферту, що вяже торгуючого; він не може від переторгу відступити, й коли наступить прийняте зі сторони одного з присутних, умова єсть заключена. Але голосуючий єсть звязаний тільки під розвязуючим услівем, значить, так довго, поки хтось другий не поставить перед прибитком користнійшої подачі. Хто поставив найкористнійшу подачу, той уже з хвилию сеї подачі є звязаний і умова є в тій хвили остаточно заключена, так що ліцитаційний предмет не може бути иншому признаний; прибиток має отже лиш декларацийне значіне.

Інакше представляє ся наше питання після другої теорії. Тут голосуючий є оферентом, а торгуючий облятом. Викликане ліцитаційного предмету є лиш зазивом до публіки ставляти оферти. Оферти виходять від голосуючих, та торгуючий має свободу, їх прийняти або відкинути. Він може між ріжними офертами доволі вибрати, без огляду на се, чи є ще користнійші оферти, а може також доволі відкинути всі оферти й так перервати ліцитацію. Взагалі він є звязаний доперва в хвили прибитку, бо тоді заявляє, котру оферту він прийняв. Прибиток становить про заключене умови.

Як відносить ся до сих теорій австр. пр. ?

Треба відрізнити ліцитації публичні й приватні, примусові й добровільні. Про примусові продажі публичні трактують *ex professo* §§ 177—194 екзек. уст., а про добровільні продажі публичні згадують §§ 267—280 ціс. пат. з 9. серпня 1854, ч. 208 В. з. д. Оба тоті закони стоять засадничо на становиску першої теорії, але з певними обмеженнями. Вправді ціна викликаня є з гори означена й торгуючий є правильно звязаний своєю офертою, але серед даних обставин (§§ 188 уст. й 278 пат. з 1854) ліцитація може бути застановлена, за чим слідує відтак звільнене торгуючого від оферти; впрочім екз. уст. знає причини, задля яких мимо прийнята за найвишу ціну не доводить ся ліцитації до кінця, так що тото прийняте тратить свою стійність.

Що-до інших родів ліцитації нема нігде приписів, проте мусить рішати *quaestio voluntatis*. Перед всім треба оглядати ся на т. зв. ліцитаційні услівя (*Versteigerungsbedingungen*), і вяснити, чи торгуючий ставляє ціну викликаня й хоче заключити умову з кожним, хто тільки поставить найкористнійшу подачу, чи навпаки він не викликує ціни, але хоче, аби присутні ставляли від себе оферти, які він відтак може прийняти або відкинути. В першім случаю примінюєсь перша теорія, в другім друга.

В першім случаю торгуючий обовязаний признати предмет ліцитаційний тому, хто дає найбільше, й сам не може від ліцитації відступити; а голосуючий так довго звязаний своїми подачами, поки не найде ся другий, що перед прибитком поставить ще користнійші услівя.

В другім случаю торгуючий має повну свободу перервати ліцитацію, або довести її до кінця, й тоді вибір йому лишений до волі; проте кожний з голосуючих єсть звязаний аж до прибитку, та доперва прибиток рішає, котру з оферт прийняв торгуючий, і з ким заключив умову. — Де що-до волі сторін заходить сумнів, друга теорія має першеньство перед першою.

VII. Новітний суспільний оборот улєкшує заключуване умов і винаходить що-раз нові средства для здвигнення обміну економічних дібр. Тій цілі служать м. и. автомати*).

*) Pop. Auwers, *Der Rechtsschutz der autom. Wage* (1891); Günther, *Das Automatenrecht* (1892). Neumond, *Der Automat* в *Arch. f. civ. Prax.* LXXXIX. ст. 166 і д.; Till, *O znaczeniu prawnem automatu*.

Спосіб, в який уживає ся автомат, вказує наглядно на се, що головною метою його єсть улекшити обмін через заключене й виконане умови. Умова заключає ся тут *inter absentes*. Властитель автомату подає на самім автоматі головні точки умови, т. є предмет і ціну, та звертає ся до публіки з зазивом контрагованя. Він ставляє оферту *in incertam personam*, але не в тім розуміню, що се одна оферта, звернена до публіки, лише велике число оферт, звернених до одиниць, на разі неозначених, але таких, що через виконане оферти з'індивідуалізують ся. Число оферт відповідає числу поодиноких предметів, які находять ся в автоматі, бо коли не стане уже предметів продажи, то не мож припускати, аби властитель автомату хотів неіснуючі річи виставляти на продаж.

Що-до питання, чи й як довго оферта обов'язує оферента, значить, від якої хвилі властитель автомату не може відкликати своєї оферти, не можна примінити реченців § 862 кн. з., бо оферент не в силі переконати ся, чи й хто прийняв його оферту. Тому треба виходити із того, що кожний оферент може взагалі відкликати оферту, заки она наспіє до облята. З того слідує, що властитель може кожної хвилі замкнути автомат, хоч-би в нім находило ся ще багато предметів, бо після змісту оферти за облята вважає ся лиш того, що сповнить чинність, вказану на автоматі, а не кожного з публіки, що вичитає зазив до контрагованя. Дперва в хвилі, коли хтось кинув жадані гроші до отвору, властитель автомату є звязаний і не може від оферти відступити.

Врешті повстає питання, коли треба уважати умову за остаточно заключену. При автоматах ходить о прийняте оферти через виконане чинитьби, проте не може бути бесіди о повідомлюваню оферента, але заключене умови наступає без відомости властителя автомату через точне сповнене зі сторони облята.

§ 34.

Вимоги важности умов*).

До важности облітаційної умови жадає закон :

1) здатности осіб (§§ 865—868 кн. з.);

*; Пор. Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 17; Unger, Syst. II. ст. 43.

Впрочім пор. літературу до §§ 9, 35—37.

- 2) дійсного призволення (§§ 869—877 кн. з.), й
- 3) можливості сповнення (§§ 878—882).

Під здатністю осіб (Fähigkeit der Personen) розуміє ся не лиш здатність до права (Rechtsfähigkeit), але також здатність до ділання (Handlungsfähigkeit): гл. §§ 4, 34, кн. з.

Здатність до права є загальною вимогою набування прав, проте зовсім природно, що хто не може бути взагалі підметом права, не може також заключувати умов.

Але щоби умова була важна, треба ще здатности до ділання. Се здатність, підпринимати особисто й самостійно діла правні, з яких для них плинуть безпосередно правні наслідки або повстають правні відношеня. До важности умови не жадає право повної здатности до ділання, бо подекуди вистачає обмежена здатність.

Другою загальною вимогою важности умови єсть після заголовка § 869 кн. з. „дійсне призволенє“ (wahre Einwilligung). До сего належать два елементи, звісні в науці під назвою воля й заявленє воли. Закон подає, в яким відношеню стоїть воля й заявленє воли до важности умови, о скілько те, що є умовлене, мусить відповідати воли контрагентів і як воля мусить бути заявлена, щоб умова була важна. Найважнійша є тут наука про вплив похибки, приневолення й обману на обліаційні відносини.

Дальшою вимогою важности є „можливість сповнення“ (Möglichkeit der Leistung, заг. до § 878 кн. з.). Тут належить також постанова, що зміст умови не може противити ся приписам закона або етики, бо § 878 вважає недозволені умови на рівні з неможливими. Про се була уже бесіда в науці о загальних вимогах чинитьби (ст. 25 і д.).

Врешті треба пригадати, що в усіх новітних законах можна набувати права не лиш через власні ділання, але також дорогою заступництва через других. Проте коли хтось іменем другого заключає умову, мусить мати право до заступництва, бо інакше умова неважна.

Так-то до важности умови треба:

- 1) щоби особи мали здатність до права та до певної ступени здатність до ділання,
- 2) щоби умова відповідала в певній мірі воли контрагентів, і заявленє воли було належите,

3) щоби зміст умови був можливий до сповнення й дозволений; врешті

4) коли іменем контрагента ділає другий, щоби мав управлене до заступництва.

§ 35.

Особиста здатність контрагентів*).

I. До важности умови вимагає ся в першій ряді, аби контрагенти мали здатність до права. In thesei прислугує она всім людям від уродження, — навіть чужинцям, але супротив них можлива є реторзия (§ 33 кн. з. і. ф.).

Виймовко становить надв. декр. з 21. лютого 1842 ч. 599 зб. суд. зак. і § 208а війск. зак. кар., що дезертири аж до личного зголошення або примусового приставлення тратять всякі приватні права, т. є. стають нездібними до права й тому не можуть у тім часі заключувати важних умов.

Подібні правні наслідки, постановлені за недозволене переселене законом з 24. марта 1832. ч. 2557 зб. суд. зак., знесені основними законами з 21. грудня 1867. ч. 142 В. з. д.

Врешті не існують уже жадні обмеження для т. зв. manus mortua: пор. арт. 29 і 35 пат. з 5. падолиста 1855, ч. 195 В. з. д., і § 5 мін. розп. з 13. червня 1858. ч. 95 В. з. д.

*) Гл. Cod. Ther. III. 1. п. 7—18; 2. п. 56, 58, 196, 197; 4. п. 25—32; Horten III. 1. §§ 3—7; 4. §§ 8, 9; Martini, III. 1. §§ 12—16; Гал. кн. з. III. §§ 12—15; Prot. II. ст. 9—12; 401, 402, 555, 556.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 17—28; Nippel, Erl. VI. ст. 30—47; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 17—23; Ellinger, Handbuch ст. 396—399; Unger, Syst. I. ст. 252 й д.; II. ст. 24—32; Stubenrauch, Comm. II. ст. 17—24; Schiffner, Lehrbuch I. § 118; Pfaff-Hoffmann, Comm. II. ст. 22, 23, 121—126; Excuse II. ст. 6—8, 56—58; Burckhard, Syst. II. ст. 25—28, 36—38, 41, 42; Krainz, Syst. I. ст. 265, 177—181; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 385—398; Anders, Familienrecht § 58; Till, Prawo pr. III. ст. 121—126; Огоновский, Систем II. ст. 61, 62; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 14, 15.

Врешті: Schuster v. Bonnot, Zur Frage der Verpflichtung Minderjähriger aus eigenmächtig abgeschlossenen Verträgen, в Ger. Ztg 1899 Nr. 28.

II. Крім здатности до права вимагає закон здатности до ділання. Нездатність до ділання може бути повна або часткова.

1) Она є повна (vollkommene Handlungsunfähigkeit), наколи право узнало, що якась особа взагалі не може сама орудувати своїми ділами. Тут належать:

а) діти низше 7 літ;

б) божевільні, глуповаті й такі особи, що на якийсь час стратили свідомість;

в) монахи або монахині, що зложили торжественний обіт убожества;

г) правні організми.

Всі тоті особи не можуть самостійно власними діланнями набувати ніяких прав, не можуть самі заключувати важних умов, тільки мусять мати правних заступників, що за них і для них ділають.

§ 868 кн. з. зачислював тут також злочинців, але сю постанову знесла карна новеля з 15. падолиста 1867. ч. 131 В. з. д. для всіх, що підлягають світескому судоводству; тотя нездатність до ділання лишилась одначе для злочинців, що належать під війскові суди. Проте злочинці, засуджені війсковими судами на смерть або тяжку вязницю, не можуть самі заключувати важних умов від хвилі оповіщення вироку аж до укінчення кари.

Божевільні й глуповаті не можуть взагалі заключувати важних умов, поки не наступить судове знесенє курателі по мисли §§ 273, 283 кн. з.

„Хто взагалі зріє ся права набуваня“ in abstracto (§ 538 кн. з.), не може ані набувати нових прав, ані брати на себе нових обовязків. Проте монахи й монахині, що зложили торжественний обіт убожества, не можуть заключувати важних умов. Майно, яке они мали перед вступленєм до монастиря, о скілько не зарядили ним *inter vivos*, лишає ся їх власностию, але не можуть ним самі заряджувати, тільки суд іменує куратора *ad hoc*, що ним управляє (§ 182 пат. з 9. серпня 1854 ч. 208 В. з. д.). Виімково признає ім закон право заряджувати своїм майном і заключувати умови; так членам мальтанського ордену (надв. декр. з 11. грудня 1795 ч. 268 зб. суд. зак.) і членам німецкого ордену (зак. з 28. червня 1840. ч. 451 зб.

суд. зак.). Врешті приміює ся тут аналогічно постанова § 573 кн. з., що подає виїмки від загального правила.

Правні організми є лиш соціальними творами, та не можуть мати про себе ніякої волі, не можуть ніяких діл доконувати самостійно. Они мусять мати своїх заступників, про котрих рішає їх організація й дотичні політичні закони (§ 867 кн. з.).

2) Нездатність до діланя є часткова (*beschränkte Handlungsfähigkeit*), коли право дає чоловікови можливість самостійного правного діланя, але тільки в певнім напрямі. Таку обмежену здатність признає право особам, що стоять під вітцівскою або опікунчою властію, о скілько не належать до кляси зовсім нездатних (після 1). Тут належать:

1) малолітні висше 7 літ, і такі, котрим продовжено зіставанє під вітцівскою або опікунчою властію (§§ 172, 173, 251 кн. з.);

2) судом узнані марнотравці, й

3) глухонімі, о скілько підчинились куратели добровільно (§ 275 кн. з.).

Они можуть після § 865 кн. з. підприимати самостійно всякі діла правні, які їм приносять виключно правну користь: у тім лежить їх обмежена здатність до діланя. Закон говорить тільки про „користь“, але нема сумніву, що розуміє через те лише правну користь¹⁾, значить, має на гадці тільки поліпшенє правного стану, не конечно користний економічний успіх. Не можна стрівати, який буде вислід підприємного діла правного, й в міру сего висказувати ся про його важність або неважність, але уже в хвили повстаня діла правного можна знати, чи оно важне згл. неважне. Проте важна є умова, котрої виключним предметом єсть чинитьба другої сторони (*dare, facere, omittere, pati*), або де ходить о звільненє з довгу без ніякої відплати — але навпаки неважна є така умова, де одна з повисше наведених осіб самостійно перенимає які небудь тягари, які небудь обовязки.

До важности таких умов, що в чім небудь обтяжують повисші особи, значить умов, де они переймають на себе обовязки, треба все призволеня вітцівскої або опікунчої власти. Тому

¹⁾ Пр. они можуть важно прийняти приречене даровини, або звільненє з довгу; можуть прийняти легати, набути власним діланєм посіданє, власність і т. д., сли з набутем не вяжуть ся жадні обовязки.

при відплатних умовах не можуть они самостійно зобов'язувати ся, та за них мусять ділати в їх імени правні заступники, або заступники мусять дати своє призволенє.

Тільки в випадках §§ 151, 246 і 247 кн. з. можуть малолітні важно заряджувати набути майном, отже що до сего майна заключувати важні умови, без огляду на се, чи їм приносять користи, чи тягари. Й так можуть они :

а) свобідно заряджувати тим, що набули власною пильністю¹⁾,

б) далі тим, що по осягненю віку зрілости передано їм до власного ужитку,

в) й тим, що дваццятьлітним або старшим плеканцям відступлено як надвижку доходів з їх майна ;

г) врешті можуть малолітні навіть без дозволу правних заступників іти на службу, й мусять тоді сповняти переяні обовязки. —

Тото розширенє часткової здібности до ділання відносить ся не лиш до малолітних, але *mutatis mutandis* також до судово узнаних марнотравців й глухонімих.

III. Призволенє вітця або опікунчої згл. курателярної власти може наступити не лиш при самім заключеню умови, але також пізнійше. Повстає питанє, яке єсть правне відношенє між контрагентами, що заключили умову против постанови § 865 реч. 2, в межичасї від заключеня умови до уділеня дозволу правними заступниками? Оно звісне в науці повсюдного пр. під назвою „*negotium claudicans*“. § 865 i. f. становить, що поки правний заступник не уділить на таку умову свого дозволу, умова є вправді неважна, але другий контрагент, є. т. противник малолітного (марнотравця або глухонімого), не може від свого приреченя відступити.

Одначе становиско австр. пр. в сій мірі инше, чим римского. В римскім пр. приреченє малолітного тому не має правної стійности, бо нема потрібної форми, т. є. бракує *auctoritatis interpositio* опікуна. Інакше в австр. пр., де причиною неважності є брак здатности до ділання малолітного.

¹⁾ Тут виступає однак різниця між малолітними під вітцівскою, а під опікунчою властїю, бо малолітні під вітцівскою властїю можуть свобідно заряджувати зарібком своєї пильности лиш тоді, як не находять ся на удержаню родичів; а у малолітних під опікунчою властїю нема сего ограниченя.

Проте в римській пр. можна зовсім справедливо назвати відношене правне *negotium claudicans*, бо умова, заключена малолітним, є після римського пр. для другого контрагента важна (ex uno latere constat negotium), лиш для самого малолітного не має поки-що правної стійности.

Але в австр. пр. не може бути бесіди о тім, мов-би така умова для другого контрагента була важна, бо брак здатности до діланя впливає безпосередно на неважність умови. § 865 каже тому, що „важність“ такої умови залежить від пізнішого дозволу правного заступника, згл. також опікунчого суду. Поки таке призволене не наступило, умова не є важна, навіть для другого контрагента¹⁾.

Коли одначе через пізнійше призволенє зі сторони вітцівскої або опікунчої власти діло правне, підпрняте малолітним, стає важним, пояснює ся в австр. пр. так: Австр. пр. признає не лиш умовам але подекуди й односторонним приреченям обовязкову силу. Щоби умова, в якій малолітний переймає якісь обовязки, була важна, треба — як звісно — дозволу вітця або опікунчої власти. Поки сего дозволу нема, вєсь, що стало ся, є лиш переговором, трактатом, що має підготовити будучу умову. Але вєє таки другий контрагент, що є здатний до діланя, зложив уже односторонне приреченє, а § 865 i. f. становить, що таке односторонне приреченє має для нього обовязуючу силу. Що-до малолітного, то він поки-що не є зобовязаний, та проте умови нема. Она стає доперва тоді готовою, коли й його приреченє набуде правну стійність, значить, коли правний заступник малолітного уділить свого дозволу на умову.

Постанова римського пр. про т. зв. *negotia claudicantia* проявляє ся в римській системі правною аномалією — коли навпаки постанова австр. пр., хоч з римскою зовсім схожа, є льогічним наслідком нового правила, прийнятого всіми новітніми законами, що односторонне приреченє може також мати силу правну.

¹⁾ Через те назва „*neg. claudicans*“ для австр. пр. невідповідна, бо де *negotium est nullum*, там оно не істнує. Ця назва лишшла ся в науці як рємінісценція з права римского.

Правне відношенє є тут таке саме, як при оферті: нема ще умови, а про те оферент є уже перед заключенєм умови односторонно звязаний; так і тут, поки нема дозволу вітцївскої або опікунчої власти, нема умови, але другий контрагент є вже передше звязаний і не може відступити. Ріжниця є лиш позитивна: при оферті оферент лиш коротко звязаний (§ 862) а в нашім випадку становить § 865 і. ф., що другий контрагент може жадати, аби правні заступники малолїтного в відповіднім часі зложили заяву, чи годять ся на умову, чи ні. Тому на жаданє другого контрагента суд може означити реченець, до якого заступники малолїтного мусять заявити ся; як до того часу не заявили ся, другий контрагент перестає бути звязаний.

Коли-ж зважимо, що постанова § 865 і. ф. не єсть аномалїєю, але наслідком браку здатности до діланя, то зрозуміємо, чому она не обмежує ся, як римске пр., виключно до малолїтних, але примінює ся також до судово узнаних марнотравців і глухонїмих.

IV. Відплатна умова нездатного до діланя єсть неважна, проте другий контрагент може через те легко понести шкоду, а то тим лекше, що часткова нездатність до заключеня умови є вислідом особистих свїйств особи, що усувають ся часто від провіреня других. Щоби отже не допустити злобного використання нездатности до діланя на некористь других, становить § 866 кн. з. подекуди обовязок до поверненя шкоди.

По правилу кождий контрагент має обовязок довідати ся про тоті особисті свїйства свого співконтрагента, які мають вплив на його здатність до діланя. Коли контрагент не старав ся довідати, чи особа, з якою контрагує, є здатна до контрагованя, то сам провинив ся й наспїлу шкоду мусить сам поносити. Інакше тоді, коли контрагент є вільний від такого закиду.

Тому може він від нездатного до діланя жадати поверненя шкоди під двома услівями:

1) Сли із свого боку зробив все, що треба, аби довідатись про здатність другого до контрагованя й наколи про се міг легко дістати відомість¹⁾.

¹⁾ Коли пр. контрагент полягав виключно на устнім запевненю свого співконтрагента, або коли нездатність співконтрагента була про себе очевидна — то контрагент мусить сам поносити наслідки свого недогляду.

Ся вимога відносить ся головню до умов з малолітними, та під тим зглядом становить уже § 248 кн. з., що по укінченю 20 літ життя відповідає малолітний за всяку шкоду із заключеного діла правного, сли видав ся за повнолітного, а його співконтрагент не мав можности провирити, чи се правда¹⁾.

2) Сли нездатний до ділання заявив підступню, що має здатність заключувати умови. Тому не досить, коли він цілком промовчить, що не має здатности до ділання, але мусить вразно заявити, що йому така здатність прислугує.

На сій підставі може жадати пошкодований полагоди шкоди, та сей обовязок, як бачимо, основує ся на злім намірі (злоби, *dolus*) нездатного до ділання. З того слідує, що висота шкоди, яку нездатний до ділання має звернути, обіймає не лиш *damnum emergens*, але й *lucrum cessans* (§§ 1323, 1331 кн. з.), та через те пояснює ся назва „*Genugthuung*“ в § 866, котра м. п. висказує, що пошкодований повинен найти повне удоволенє за понесену обиду, так як кожде підступне діланє домагає ся повного удоволеня (*verb. „Tilgung der verursachten Beleidigung“ ex § 1323 кн. з.*).

§ 36.

Воля й заявленє волї*).

Воля й заявленє волї — се два головні елементи при кождім ділі правнім; тому питанє, яка має бути воля сторін і як має бути заявлена, має загальне значінє.

¹⁾ § 248 кн. з. йде очевидно за правилом, поданим загально в § 866; бо хто укінчив 20 літ життя, тому легко видавати ся за повнолітного, так що нераз другі особи можуть йому повірити; але перед укінченєм 20 літ се річ далеко труднійша, бо звичайно уже на перший погляд видко, що виступає малолітний.

*) Гл. *Cod. Ther.* III. 2. n. 33, 34, 62—65, 85—126; 21. n. 131—144; *Horten* III. 1. §§ 10, 11, 17—22, 25—35; 22. §§ 59—69; *Martini*, III. 1. §§ 7, 8, 17—22; 6. § 8; 8. § 6; *Гал. кн. з.* III. §§ 7, 8, 16—21, 181; *Prot.* II. ст. 8, 12—15, 72, 87, 402, 556—557.

Поп *Zeiller*, *Comm.* III. ст. 11—14, 28—43; *Nippel*, *Erl.* VI. ст. 22—24, 47—66; *Winiwarter*, *Bürg. R.* IV. ст. 9—12, 23—32; *Ellinger*, *Handbuch*, ст. 395, 399—400; *Unger*, *Syst.* II. ст. 44—55; 103—113; 697, 698; *Stubenrauch*,

(Воля чоловіка єсть одним з головних подвижників приватного життя, бо на ній опирають ся всілякі правні діланя. Проте загальна теорія волі й заявленя волі належить до основної части цілого систему приватного права. В облїгаційнім пр. може однак бути бесїда лише про відношенє волі й заявленя волі до облїгаційних відносин, тому на сїм місци даємо лиш короткий огляд для вступного поясненя, щоби відтак приступити до теорії волі й заявленя волі при облїгаційних умовах).

I. Воля й заявленє волі стоять з собою в нерозлучній звязи. Сама воля без заявленя не має в правнім обороті жадної ваги, бо єсть про себе психїчним с. т. внутрішнім процесом, який не підлягає поміченю других осіб. Заявленє волі має в приватнім праві призначене викликувати зміни в правних відношенях, належить тому разом з волюю до найважнїйших

Comm. II ст. 13—15, 24—35, 887; Kirchstetter, Comm. ст. 449—453; Schiffner, Lehrb. §§ 119, 121—125; Burckhard, Syst. II. ст. 277—312, 379—394; Krainz, System II. ст. 266—278, 293—300; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 568—629; Till, Prawo pryw. I. ст. 318—3.0, 364—379; III. ст. 141—153; Огоновскій, Систем I. ст. 111—113; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 15, 16.

Крім сего: Windscheid, Wille und Willenserklärung (1878); Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr в Jahrb. f. Dogm. XX. (1882) ст. 1—79; Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II. (1888) ст. 281 і д.; Kohler, Ueber den Willen im Privatrechte, в Jahrb. f. Dogm. XXVIII (1889) ст. 166 і д. — Schlossmann, Der Vertrag §§ 16, 17; Zittelman, Die jur. Willenserklärung в Jahrb. f. Dogm. XVI. (1878) ст. 357—436. — Ihering, Culpa in contr. в Jahrb. f. Dogm. IV. (1860) ст. 71—86; Bähr, Ueber Irrungen im Contrahiren, в Jahrb. f. Dogm. XIV. (1875) ст. 393—427; Kohler, Studien über Mentalreservation u. Simulation в Jahrb. f. Dogm. XVI. (1878) ст. 91 і д. Senz, Ueber die Macht und Berechtigung der Furcht im Criminal- u. Civilrechte, в Ger. Halle 1873 N. 83—85; Schlossmann, Zur Lehre vom Zwange (1874); Exner, Tradition ст. 254 й д.; Czyhlarz, Der Einfluss des Zwanges auf die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte, в Jahrb. f. Dogm. XIII. (1874) ст. 1—56. Rittner, Eherecht ст. 191 і д. Siegel, Das erzwungene Versprechen u. seine Behandlung im deutschen Rechtsleben (1892). — Exner, Trad. ст. 260 і д.; Rittner, Eherecht ст. 162 і д.; Zittelman Irrtum und Rechtsgeschäft (1879); Pfersche, Zur Lehre vom sog. error in substantia (1880); Menzel, Zur Lehre vom Irrtum bei Verträgen, в Ger. Halle 1880 N. 52—56; Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen (1882); Unger, Ueber die legislative Behandlung des wes. Irrtums bei oblig. Verträgen, в Grünhuta Zeitschr. XV ст. 673 й д.; Ofner, Ueber den Einfluss wes. Irrtums auf Verträge ibid. XVII. ст. 331 і д.; та найважнїйша монографія в сїй мїри: Pfersche, Irrtumslehre des oest. Privatrechts (1891).

елементів діл правних. Оба тоті чинники доповнюють ся взаімно, тому при кождім ділі правнім повинні правильно заходити усї правні вимоги волі й заявленя волі. Се є стан нормальний, що має нормальні правні наслідки.

Але можлива єсть розлука між волюю а заявленем волі, бо воля має чисто субективну підставу, має жерело непосредно в дотичнім чоловіці, а заявлене волі єсть призначене для зверхного свѣта, мусить тому підпорядкувати ся під обективні правила обороту суспільного. Тому де намір заявляючого входить у розріз з обективним значінем його заяви в обороті суспільнім, там повстає розлука між волюю а заявленем волі; се стан аномальний, та закон мусить означити, які є тоді наслідки правні й о скілько они різнять ся від наслідків нормальних.

В тім згляді існують в вауці повсюдного права дві противні теорії: теорія догмату волі (*Theorie des Willensdogmas*) і теорія заявленя (*Erklärungstheorie*) в міру сего, чи головний притиск спочиває на самій волі, чи на заявленю волі.

Теорія догмату волі вимагає, аби при ділах правних заявлене волі відповідало внутрішній волі, та де заходить ріжниця між волюю а заявленем волі, діло правне є неважне. Правдива воля рішає; де заявлене волі противить ся правдивій волі заявляючого, діло правне не існує.

Противно теорія заявленя оглядає ся виключно на вимоги обороту суспільного, тому жадає, щоби кождий був звязаний своєю заявою без огляду на се, чи она справді відповідає волі заявляючого, чи ні.

Одначе ані одна ані друга теорія не відповідає вимогам справедливости; теорія догмату волі має на оці виключно заявляючого, а теорія заявленя виключно другого контрагента; проте задачію законодавства єсть узгляднити людські похибки, та вибрати посередню дорогу між теорією догмату волі а теорією заявленя.

Облітаційне право єсть *κατ' ἐξοχήν* правом обороту суспільного, тому виходить засадничо із теорії заявленя, що єсть збудована на довірю, яке покладає один контрагент в заяву другого. Але й тут певні уступки на користь теорії догмату волі є можливі й нераз пожадані.

Науку про вплив волі й заявленя волі на облiгацiйнi умови трактує австр. кн. з. в §§ 869—877. Закон подає правнi вимоги волі й заявленя волі й говорить про розлуку мiж волю а заявленєм волі й правнi наслiдки сеї розлуки при облiгацiйних умовах.

II. Воля контрагентiв мусить бути (§ 869 кн. з.):

1) свобiдна (*frei*), значить, она не може полягати на такiй зверхнiй причинi, яка спонукує контрагента до певного заявленя, так що се заявленє не було-б наступило, наколи-би не було сеї зверхнiй причини.

Брак свободи волі може мати рiжну причину:

а) Коли контрагента приневолено до заявленя механiчним (або абсолютним) примусом (*vis absoluta*), що виключав iстнованє волі, тодi те, що вiн заявив, представляє ся вправдi на зверх як заявленє волі, але в сути рiчи не є взагалi актом волі. Що чоловік робить пiд впливом такого примусу, робить механiчно, неначе машина, бо в чоловіцi не відбуває ся тодi сеї психiчний процес, що його зовемо хотiнєм (*das Wollen*) або волю (*der Wille*). Де нема жадної свiдомости дiланя, нема волі, а де нема взагалi волі, не може бути бесiди о умовi, до котрої треба згiдної волі обох контрагентiв. Се слiдує уже з загального понятя умови, без огляду на постанову § 869 кн. з.

б) Примус може бути однак психiчний (*vis compulsiva*), та вiн не виключає iстнованя волі. Мимо такого примусу дiлає приневолений свiдомо, й дiйсно відбуває ся в нiм сеї психiчний процес, що називає ся хотiнем (*tamen coactus voluit*). Тут воля його не є свобiдна й проте закон привязує до сего аномальнi правнi наслiдки.

в) Врештi воля є несвобiдна наслiдком обману (*dolus*).

Про вплив психiчного примусу й обману на облiгацiйнi вiдносини iснують подрiбнi постанови — о чiм пiзнiйше (sub V—VII).

2) Воля мусить бути серйозна (*ernstlich*), значить, з неї мусить слiдувати, що заявляючий хоче бути справдi звязаний, що хоче в данiм случаю справдi заряджувати своєю волю. Крім сего мусить воля представляти ся серйозною також на зверх, значить для третих осiб, що дiлають в довiрi до заявленої волі. При розвязцi сего питання мусить отже право звертати увагу не лиш на субективний намир заявляючого, але

також на безпечність обороту й довіре третих осіб. Отсим доходить ся до таких вислідів :

а) Хтось заявляє супротив другого свою волю, але по-тайно не хоче сего, що заявляє: він заявляє сьвідомо, що щось хоче, хоча сего не хоче. Се є т. зв. тайне застережене (*reservatio mentalis*). Оно в праві не має ніякої стійности, бо вправді зі сторони заявляючого нема повної серйозности волі, але він сам сьвідомо й нарочно виконує на зверх всїякі позори серйозности, так що ніхто з третих осіб не в силі відкрити, що він не хоче сего, але кождий мусить з повним до вірем відносити ся до того, що заявлене. Тому ніхто не може покликувати ся на се, немов він в хвили заключеня умови у нутрі не хотїв того, що заявив цілком сьвідомо, — бо тайне застережене єсть чисто внутрішнім процесом, що усуває ся звичайно з під всякого доказу, та впрочім через його узгляднене всякий правний оборот став-би неможливим, так як кождий міг-би вимовити ся від сповнення умови опісля тим, що — мовляв — він в хвили заключеня умови не хотїв того, що заявив сьвідомо. З того слїдує, що тайне застережене не має впливу на неважність умови, й хоч умова не відповідає тайному застереженю, єсть важна.

Лиш тоді, коли другий контрагент з яких-то причин знав про тайне застережене заявляючого, умова супротив нього є неважна.

б) Чимало слїдує уже з самого заявленя, або із обставин, серед яких його зложено, що оно не є серйозне, значить, не відповідає дійсній волі заявляючого; тут належать пр. всякі заявленя в жарті, для поученя при наведеню примірів, при театральних виставах і т. и. Уже при звичайній увазі можна знати, що такі заявленя не є висказом серйозної волі, та ніхто не повинен сумнівати ся, що між заявленем волі а правдивою волю є очевидна ріжниця.

При тайнім застереженю знає про сю ріжницю лиш одна сторона, іменно сам заявляючий, а ніхто третій відгадати її не може — тут навпаки тота ріжниця повинна бути звісна також другій стороні, та взагалі кождому. Тому коли й друга сторона повинна знати, що заявляючий *in concreto* не заряджує своєю волю про те, аби прийати на себе зобовязане, то й не може бути бесіди про заключенє умови. Хто мимо того

бере на серйю такі заявленя, мусить приписати се своїй неувазі й поносити наслідки своєї похибки.

в) В повисшій случаю ріжниця між волю та заявленем волі була очевидна — для всіх очевидна; але лучає ся, що ся ріжниця не є вправді про себе наглядна, але самі контрагенти її знають. Контрагенти порозумівають ся між собою й на підставі того взаїмного порозуміння заключають відтак між собою умову, що не відповідає їх воли: они знають добре, що сего не хочуть, але нарочно заявляють що иншого, аби на зверх видавало ся, мов-то они таку умову між собою справді заключили. Таке поведене називає ся симуляцією (Simulation, Scheingeschäft).

Тут треба відріжнити дві умови: перша умова, що є висловом їх правдивої волі, бо полягає на взаїмнім порозумінню — се умова закрита (dissimuliertes Geschäft), а далі друга умова, що викликує на зверх позори істнуючої згоди — се позірна умова (simuliertes Geschäft).

Що-до позірної умови, то для контрагентів она неважна, бо їх воля не була серйозна, они свідомо заявили не то, що хотіли, проте жаден з них не є зобовязаний.

Позірна умова може однак мати значіне супротив третих осіб, й то в двох напрямках:

а) Треті особи можуть оспорювати важність таких умов, о скілько їх правні інтереси є через те ушкоджені. Се право признає їм т. зв. закон про оспорене (Anfechtungsgesetz) з 16. марта 1884 ч. 36 В. з. д.

б) Але навпаки може лучити ся, що треті особи заключають в повнім довірю умови, котрих важність і васлідки залежать від важности позірної умови¹⁾; тоді мають они право жадати від контрагентів повного удоволення шкоди, яку понесли (§ 869 i. f.).

Про правну судьбу закритої умови становить § 916 кн. з. Стилїзация сеї постанови неясна, бо на перший погляд можна-би навіть думати, що відносить ся до позірної, а не до

¹⁾ Пр. трета особа набуває від живки другого недвижимість, яку її чоловік відступив на підставі подружної умови — та відтак показує ся, що ся умова подружна була тільки позірно заключена, щоби охоронити недвижимість від напору вірителів чоловіка.

закритої умови, котра — як звісно — є неважна; але сам зміст § 916 вказує на те що має на гадці закрити умову, значить тото, яку контрагенти заключили тайно за взаїмним порозумінєм. Закрита умова осуджує ся після тих постанов, яким підлягає після своєї суті. Коли пр. закон вимагає до важности певної форми, а тої форми не було при заключеню дотичної умови, то она неважна; або коли є *contra bonos mores* або правно недозволена, то також неважна. Наколи одначе закрита умова відповідає по своїй суті всяким вимогам важности, то мусить бути важна й контрагенти можуть на її зміст покликуватись, так як она є вислідом їх дійсної серйозної волі. —

III. Крім повнєших вимог що-до волі, подає § 869 кн. з. також вимоги заявленя волі. Ось они :

1) Заявленє волі мусить бути означене (*bestimmt*); тому неважна єсть умова, коли заявленє волі наступило в так загальних висловах, що годї взагалї пізнати, яка є справді воля контрагента. Як воля не була зовсім виразно означена, то є задачію інтерпретації виказати, яка була воля контрагента; доперва тоді, коли в дорозї інтерпретації не мож прийти до певного вислїду, умова стає неважною.

2) Заявленє волі мусить бути зрозуміле (*verständlich*), щоби другий контрагент був в силі без трудноци розпізнати, яка є справді воля заявляючого. Під тим зглядом помагає також інтерпретація, згл. диспозиційні постанови закона, та коли они не приведуть до ніякого вислїду, умова є неважна.

Але хоч умова задля незрозумілости є неважна, може серед даних обставин повстати обовязок до повернення шкоди. Про се становить § 869 і. і., що хто при умові уживає незрозумілих або неясних слів, аби використати свого співконтрагента, мусить йому звернути цілу шкоду. Тото удоволенє шкоди обіймає *damnum emergens, lucrum cessans*, згл. т. зв. „знесенє нанесеної обиди“ (*Tilgung der verursachten Beleidigung*) (§ 1323 кн. з.), бо причиною повернення шкоди є *dolus* того, що послугує ся неясними словами.

Але й в таких случаях, коли контрагент без ніякого злого наміру уживає незрозумілих слів і через те причиняє ся до неважности умови, мусить другому контрагентови повернути шкоду, тільки не більше як *damnum emergens*, бо з духа нашого закона, головно-ж з постанов про вплив похибки на облі-

гаційні відносини слідує, що наслідки такого поведеня поносить той, від кого оно вийшло, а не другий контрагент. —

По словам нашого закона (§ 863 кн. з.) заявлене волі може наступити або виразно або мовчки. В тім згляді наш закон поступає за сею теорією, що ділить заявленя волі в міру сего, чи наступають через певні загально приняті знаки, чи через інші ділання.

Виразне заявлене волі (*ausdrückliche Willenserklärung*) — се таке заявлене, до якого заявляючий уживає знаків, що як раз в щоденнім житю до того призначені, аби при заявленях ними послугувати ся; тут належить заявлене словом, письмом, через телеграф, телефон, далі заявлене через певні рухи пр. притакнене або заперечене головою й т. и.

Але крім сего можна волю свою заявляти ділами, коли з цілого поведеня якоїсь особи виходить, що она через те хотіла заявити певну волю. Тут — учить ся теория, а акцентує її австр. закон — заявлене наступає неначе мовчки — (*stillschweigende Willenserklärung*), бо оно не слідує безпосередно із загально в обороті суспільнім принятих знаків, але волю контрагента треба розпізнати з його поведеня, треба догадати ся з його діл; тому називаємо їх здогадочними (конклюдентними) ділами (*schlüssige, concludente Handlungen*)¹⁾. Взагалі поведене контрагента мусить бути таке, щоби серед даних обставин не підлягало ніякому сумнівови, що він хоче заявити волю, й яку волю він хоче заявити (§ 863 i. f.).

Повисший поділ заявленя волі на виразне й мовчуче закинула одначе новійша теория, бо не дасть ся логічно перевести (й так: т. зв. „виразне“ заявлене волі може наступити мовчки пр. через притакнене головою, а з другого боку „мовчуче“ через слова), та впрочім до неї не вяже ся жадна засаднича ріжниця що-до правних наслідків — але про те сей поділ має в австр. пр. правну санкцію в деяких практичних

¹⁾ В самім законі стрічаємо подекуди случаї здогадочного заявленя волі, пр. в § 467 кн. з. зі звороту заставу довжникови через вірителя вносить ся на звільнене з права заставу; в §§ 724, 725 кн. з., де в певного поведеня вносить ся на відклик або дальше істаоване лгзату; в § 1247 кн. з., котрий м. и. становить, що строї, дорогі каміні й інші цінні річи, які чоловік дає своїй жінци, треба вважати за даровані — й т. д.

випадках, пр. в §§ 901, 907 кн. з., де жадає ся прямо „виразного“ заявленя волі, а до означена сего конечна така інтерпретация, яку подає § 863.

Взагалі заявленє волі може наступити тільки через такі ділання, які після суспільних норм обороту суть безперечним висловом певної волі. Тим чином може й сама мовчанка бути про себе висказом певної волі, тільки не завжди є правдою, що каже латинська пословиця: *qui tacet, consentire videtur*. Серед даних обставин може мовчанка бути справді доказом призволеня або згоди, але в інших випадках може також означати запереченє. Усьо залежить від даних обставин і від того, яке значінє в данім случаю прикладає до мовчанки оборот суспільний. Чимало сам закон висказує ся про значінє мовчанки, пр. в §§ 1114, 1238 кн. з. і др. мовчанє єсть заявою згоди. —

Коли після поглядів, прийнятих загально в обороті суспільнім, якесь діланє є узнанє висловом певної волі, то сей, що підприймає се діланє, мусить числити ся з тим, що через те заявляє таку волю; тому як не хоче заявити сеї волі, мусить застеречи ся. Таке застереженє (*Vorbehalt, Verwahrung*) єсть одностороннім ділом правним, і заявляючий може ним послуговуватись у веїх випадках, що не є усунені з під його приватної диспозиції¹⁾.

IV. До сути умови належить згідне заявленє волі обох контрагентів (*consensus*). Проте в § 869 читаємо крім повисших вимог важности умови постанову, що умова не може істнувати, „наколи приняте наступило під иншими постановами, чим приреченє“. Ся постанова вказує на аномалію, звісну в праві під назвою непорозуміння (*Missverständnis, dissensus*). Се

¹⁾ Чимало лучає ся, що певне поведєнє може *in abstracto* вказувати тільки на одну волю, так що з гори є виключене, щоби контрагент хотів що иншого. Пр. хто наймив помешканє місячно й по упливі місяця дальше мешкає, то се є т. зв. *relocatio tacita*, з чого слідує, що він продовжує умову на дальший місяць (§ 1114 кн. з.); хто замовив працю, мусить за ню запластити, хоч-би о платню не умовив ся (§ 1152 кн. з.). Против сего не може бути ніякого протесту. Подібно пр. в такім випадку, як хтось прийшов до реставрації й жадає страв, та відтак хотів від платні викрутити ся тим, що не угодив ся о ціну.

є брак згоди між противними заявленями волі контрагентів, хоч їм здає ся, що їх заявленя годять ся з собою.

Непорозумінє має вправді хибну підставу, але годі його із за того ставляти на рівні з похибкою (error) в технічній розуміню. При непорозуміню нема ріжниць між волю а заявленем волі — бо заявленє кожного контрагента з осібно відповідає цілковито його власній волі — тільки воля й заявленє волі одного не годить ся з волю й заявленем волі другого, та нема проте дійсної згоди, лиш позірна згода. Яена річ, що непорозумінє мусить відносити ся до еущних точок умови, бо коли оно доторкає тільки несущних точок, то умова є важна, лиш несущні точки, що-до яких нема порозуміння, треба відділити від заключеної умови. Задля непорозуміння умова не істнує й тому на непорозумінє можуть покликувати ся усе обі сторони, не як при похибці тільки одна сторона, а далі задля непорозуміння можна доходити своїх прав без часового обмеженя § 1487 кн. з., який примінює ся до похибки, не до непорозуміння.

Ціле правне відношенє, що повстає з непорозуміння, осноує ся в австр. пр. на § 869 (не на §§ 871 і д.). А заявляє х, Б заявляє у, але хоч їх заявленя спочивають на ріжних підставах, здає ся їм, що они годять ся, та доперва пізнійше показуєсь незгода. Ріжниця обох заяв мусить бути об'єктивна, дійсна, — не лиш суб'єктивна (verb.: „erfolgt die Annahme unter andern Bestimmungen, als unter welchen das Versprechen geschehen ist“).

Така об'єктивна ріжниця в заявах обох контрагентів лучає ся дуже рідко. Треба справді незвичайної комплікації обставин або неоглядности обох сторін, аби викликати мимо об'єктивної ріжниць заяв у обох віру в консенс. Пр. оба контрагенти не дочувають добре й хоч їх заявленя наступили голосно, здавало ся їм, що годять ся, коли справді не було згоди. А предкладає письменну оферту, в якій подає, що пр. за 1 kg жадає 18 K, але число 18 є невиразно написане, та Б читає його як 13 і на тій підставі акцептує оферту; в відповіді подає він, що годить ся по 13 K за 1 kg, що знова А читає як 18 K і здає ся йому, що його оферта принята — й т. д.

В таких випадках консенс контрагентів є тільки позірний, тому умова не може задля непорозуміння повстати. Неважність

сеї умови єсть безглядна, кожда сторона може жадати уневажнення умови.

Пануюча теория робить однак виїмок при непорозуміннях що-до скількості¹⁾. По мисли сеї теорії треба тут відріжнити односторонні умови й обосторонні умови. При односторонніх умовах непорозумінє що-до скількості не має наслідку неважності, тільки довжник має обовязок заплатити меншу суму. При обосторонніх знова треба відріжнити, хто має на гадці вєшу суму, чи прирікаючий, чи приймаючий. Як прирікаючий має на гадці вєшу суму, а приймаючий низшу, то мимо непорозуміння умова є важна, але прирікаючий має обовязок заплатити низшу суму; але як прирікаючий хотїв заплатити меншу суму, хоч приймаючому здавалась вєша суму, то умова є неважна.

Одначе тоті вислїди пануючої теорії не мають в законї реальної підстави, та не є вислїдом льогічної конєчности. Проте у всїх повисших випадках умова мусить бути неважна, та се однак не перешкаджає контрагентам що до скількості на ново порозуміти ся. Але тоді повстає нова умова, на основі нового порозуміння. —

Так далеко сягає постанова § 869 кн. з. Однак частїйше лучають ся такі непорозуміння, що полягають не на обєктивній, але на субєктивній рїжниці обосторонних заяв. Тут належать головно два роди непорозумінь:

1) Заява одного контрагента годить ся на зверх з заявою другого контрагента, — так що обєктивно нема непорозуміння що-до заяви обох контрагентів, — однак непорозумінє лежить у тїм, що сю заяву розумів А так, а Б інакше. Непорозумінє слїдує тут з субєктивно рїжного погляду обох контрагентів на згідні заяви²⁾.

2) Контрагенти заключають умову так, що лиш один з них ставить офєрту, а другий тїльки притакує, але відтак

¹⁾ Пр. А заявляє, що хоче 12 К., Б годить ся на 10 К., та оба думають, що під зглядом числа они з собою погодили ся.

²⁾ Пр. хтось замовляє в Народній Торговлї у Львовї 3 фунти чаю, маючи при тїм на гадці австрійскї фунти. Але Народна Торговля має у себе фунтовї пачки російського чаю після російської ваги, та годить ся на офєрту, гадаючи про російскї фунти.

показує ся, що один розумів тоту заяву так, а другий інакше¹⁾.

В таких випадках не може бути бесіди про безглядну неважність, бо сей наслідок не відповідає вимогам обороту суспільного. Поки-що кождий з контрагентів може про себе вимагати сповнення умови в той спосіб, як її розумів; коли відтак його противник против сего не підносить замігу й годить ся *ex post*, то всею лишаєсь в порядку, й умова є стійна. Лиш тоді, коли оба контрагенти жадають сповнення умови по своїй думці, та жаден з них не хоче уступити, то умова не може мати ніякого успіху, она перестає обов'язувати²⁾.

V. Приступаємо до науки про вплив примусу, похибки й обману на облігаційні відносини, головно на важність умов. Закон трактує про се в §§ 870 і д.

Всякі заявленя волі під впливом примусу, похибки або обману є аномальні, проте домагають ся повної репресії правної. Тота правна репресія спочиває в австр. пр. облігаційнім на спільній провідній думці, бо закон прив'язує до тих аномальних заяв лиш тоді аномальні наслідки правні, о скільки аномальним є поведене приймаючого. Коли приймаючий після об'єктивного осудження й честного поведення міг заявлене свого співконтрагента (противника) вважати за нормальне й сам не причинив ся нічим до дійсної аномалії (себ-то приневолення або похибки співконтрагента), то мимо аномальної заяви зі сторони контрагента, умова має нормальні наслідки, мов-би була зовсім правильно заключена. В таких випадках нема правної репресії. Доперва тоді, коли прийма-

¹⁾ Хтось винаймає помешканє й ставляє при умові якусь суму як чинш, на що наймаючий годить ся; ріжниця лиш тота, що винаймаючий має на гадці чинш за чвертьрік, а наймаючий чинш за піврік — і т. д.

²⁾ Хтось наймає пр. у. Відни помешканє на першій поверсі — ліву етаж — але не знає сарака, що ся каменіця має „Hochparterre“ й „Mezzanin“, так що т. зв. перший поверх є *de facto* третім поверхом. Між тим властитель каменіці має на гадці се, що він називає першим поверхом — із того слідує непорозумінє. Тут наймаючий може домогати ся, аби йому дано помешканє на „Hochparterre“ — й коли властитель не противить ся, умова є важна, та наймаючий не може покликатись на непорозумінє. Так само тоді, коли наймаючий згодив ся мешкати на т. зв. першій, геть третій поверсі, тоді властитель мусить на се згодити ся. Лиш наколи жаден з них не схоче від свого уступити, умова стає невикональною.

ючий поводив ся неправильно супротив свого співконтрагента, й прийняв про те його аномальну заяву, тоді закон відступає від правильних наслідків заключеної умови, та виступають практичні наслідки аномалії в повнім сьвітлі. Вислідом сеї засади є всі подрібні постанови про умови, заключені під впливом примусу, похибки й обману.

VI. Правну норму про вплив примусу на облїгаційні відносини подає § 870 кн. з.

Римске пр. глядить на діла правні, заключені під примусом, зі становишка приневоленого й в части з огляду на публичне добро.

Інакше австр. пр. Тут огляд на публичне добро цілковито відпадає, та при облїгаційних відносинах вважає ся тільки на інтереси обох контрагентів. Тому годї сказати, що через примус умова мусить бути все неважна, але неважність умови залежить від того, чи примус виходить від співконтрагента, чи від третьої особи. На тім полагає головна різниця між впливом примусу на облїгаційні умови, а впливом примусу на важність подружа (*impedimentum metus*: § 55 кн. з.), і на важність завіщання (§ 565 i. f.), бо в тих остатних случаях примінює ся вповні теорія догмату волі¹⁾.

При облїгаційних умовах треба відрізнити дві можливості:

1) Примус виходить від співконтрагента: він сам приневолює свого контрагента до заключеня умови. Наслідок того є такий, що приневолений може вважати умову за нестійну (§ 870 кн. з.). Нестійність є лиш релятивна, бо на ню може покликувати ся тільки одна сторона контрактова, т. є. приневолений²⁾. Поверненє *eius quod interest* наступає після загальних правил (§§ 1323, 1331 кн. з.).

Повишні наслідки примусу (с. т. нестійність і поверненє шкоди) залежить вправді від тих самих вимог, але з правового

¹⁾ Що-до термінології, говорить закон в § 870 про „обаву“ (*Furcht*), при завіщаннях (§ 565) уживає тут слова „примус“ (*Zwang*). Одно й друге є оправдане, бо мотивом аномального заявленя волі є обава (*metus causa gestum*), але з другого боку правна охорона наступає не задля обави, але задля примусу. Маємо тут на гадці психічний примус (*vis compulsiva*).

²⁾ Про правні наслідки сеї неважності пор. науку про похибку (під VII).

боку они про себе зовсім самостійні. Вправді лучає ся, що приневолений не має побіч уневажнення умови ніякої дальшої шкоди, але чимало істнує така висша шкода, котру приневолений має право жадати; а далі може він все-таки умову удержати в силі, а жадати тільки повернення евентуальної шкоди.

Одначе не всілякий психічний примус зі сторони співконтрагента має такі наслідки правні, він мусить мати певні свійства (пор. §§ 870, 55 кн. з.):

а) Примус мусить наступити через погрози;

б) тоті погрози мусять бути в силі викликати у контрагента обаву; тому § 870 жадає в особі приневоленого „о правданой“ обави (gegründete Furcht): „metus qui cadat in constantem virum“ — каже церковне право.

Проте приневолене не має злих наслідків, коли загрожений знав або повинен був знати, що його противник не виконає своїх погроз.

Чи in concreto обава приневоленого була оправдана, чи ні, рішає судия, не на основі об'єктивної, але суб'єктивної міри, з огляду на особу загроженого, на його фізичну вдачу й інтелектуальний стан („Leibes- und Gemüthsbeschaffenheit“) та з огляду на висоту й імовірність небезпечности (§ 55 кн. з.). Судия мусить розглянути точно обставини даного випадку (§ 870 кн. з.) і призадуматись, чи погрози, які вийшли від другого, були так сильні та небезпечні, що могли справді у загроженого по його суб'єктивній вдачі викликати обаву, й що він тому радше міг рішити ся на поневолене заявлене волі, чим на загрожене йому лихо. Впрочім рівнодушно, чи ходить о загрожене життю, здоровлю, майну або иншим правним добрам, чи відносить ся безпосередно до особи самого контрагента, чи його рідні.

в) § 870 виразно жадає, щоби обава була безправно викликана („ungerechte Furcht“). Вправді взагалі не правильно є уживати погроз на те, аби другого приневолити до заявленя волі, хоч-би той, що грозить мав право виконати свої погрози, але такі погрози не є безправними по думці § 870 кн. з. Що-до неважности подружжя або завішаня (§§ 55, 565 і. і. кн. з.) не ставить закон вимоги безправности, тому неважність наступає без огляду на се, чи грозячий мав право виконати погрози, чи ні (теорія догмату волі). Інакше при

облігаційних відношеннях. Коли хтось мав право ужити певних погроз супротив другого, то погрози мали правну підставу й тому на тій основі не можна вважати умову неважною. Але чимало буде така умова тому неважна, бо є *contra bonos mores* (§ 878 кн. з.).

Проте можемо сказати: погрози є безправні,

а) коли загрожене лихо є про себе безправне й

б) коли вправді погрози доторкають средств правно дозволених (пр. внесенє позову), але успіх, до якого они прямують, є *contra bonos mores*¹⁾. —

2) Примус походить не від співконтрагента, але від третьої особи. Тут приневолений може від третьої особи, котра виконала примус, жадати повного удоволення після § 874 кн. з.; але від співконтрагента не може жадати ані уневажнення умови ані повного удоволення. До співконтрагента можна ставляти такі жаданя лиш тоді, як заходять особливі причини, й так:

а) коли співконтрагент знав сам о примусі й на сій основі заключив умову, або коли брав посередну участь в приневоленю свого контрагента (§ 875 кн. з.) — тоді наступають аномальні наслідки правні, значить такі самі, наче-б він сам безпосередно приневолив контрагента до умови: на жаданє приневоленого умова є неважна, а крім сего може він жадати повернення евентуальної шкоди по мысли § 874 кн. з. —

б) коли співконтрагент не знав вправді про примус, але серед даних обставин повинен був про се знати, бо примус був очевидний (§§ 875, 876 кн. з.), то мусить він поносити усі злі наслідки свого поведеня, т. є. приневолений може від нього жадати уневажнення умови й повернення евентуальної шкоди.

При тім пригадуємо, що примус мусить мати такі самі свійства, як подано више (sub 1). —

¹⁾ Пр. хтось зацозичив ся у жида на 2000 К, та не може тої суми на час віддати. Про се знає віритель і в день платности приходить до довжника й каже: відкупи від мене сей годинник за 100 К (котрий варт ледви половину), бо інакше внесу сейчас позив о відданє 2000 К. Довжник, боячись виконаня погрози, купує сей годинник за означену ціну, хоч її не потребує й хоч годинник ледви половину сеї ціни варт. Сю умову можна відтак оспорювати, бо *contra bonos mores*.

До правних жадань, які плывуть із приневолена контрагента до заключення умови, привязує наш закон надзвичайне за давнєне по мисли § 1487 кн. з. Се надзвичайне за давнєне триває 3 літа.

§ 1487 послугуєсь словом „Forderung“, та через те нормує, що не лиш евентуальне право до уневажнення умови (§ 870 кн. з.), але також жаданє удоволєня шкоди (§ 874 кн. з.) підлягає трилітньому за давнєню. Одначе не всі жаданя з приневолєня погасають протягом 3 літ, бо § 1487 становить обмеженє: „wobei sich der andere vertragmachende Teil keiner List schuldig gemacht hat“. Коли співконтрагент сам приневололив другого до заключення умови, то його діланє є все підступне, та по його стороні заходить *dolus*; в такім випадку нема 3-літнього за давнєня, але звичайне за давнєне. Тому треба відріжнити:

1) Примус виходить безпосередно або посередно від співконтрагента, або він знає про се, що його контрагент ділає під примусом третої особи; тоді

а) можна жадати уневажнення умови протягом 30 або 40 літ. За давнєне є звичайне,

б) можна жадати удоволєня шкоди лише через 3 літа *a tempore scientiae*, бо по мисли § 1489 кн. з. всякі жаданя повернення шкоди погасають в трилітнім реченци.

2) Примус виходить від третої особи, але співконтрагент не бере в нім ніякої участі й про примус не знає, хоч повинен знати. Всякі жаданя, які повстають з того примусу, — так жаданє уневажнення умови як повернення шкоди, так супротив співконтрагента як супротив третих осіб, — погасають протягом 3 літ (§ 1487 кн. з.).

Се трилітнє за давнєне підлягає загальним постановам про надзвичайне за давнєне¹⁾. —

VII. Важний вплив на волю й заявленє волі має похибка (*Irrtum, error*). Про правні наслідки похибки при облїгаційних умовах згадують §§ 871—877 кн. з.

Австр. пр. не приняло тут т. зв. теорії догмату волі, що глядить на похибку як на неіацію волі й домагаєсь за всігди неважності умови, — але стоїть засадничо на становиску т. зв.

¹⁾ Пор. замітки на ст. 181 і д.

теорії заявленя або теорії довіря, що кладе головний притиск на заявлене волі й на відношене одного контрагента до заявленя волі другого. Взагалі кождей контрагент має право відносити ся до заяви свого співконтрагента з повним довірем, та коли ділав справді в повнім довірю до заявленя волі свого співконтрагента, то право не узглядняє тоді різниці між заявленем волі а внутрішню волю, та умова лишаєсь важною. Проте так само, як при примусі (VI), відріжняє закон, чи почин до похибки вийшов від співконтрагента, чи від третьої особи.

1) Почин до похибки вийшов від співконтрагента. Тоді сторона противна, введена в блуд, може серед даних обставин (§ 871 кн. з.) жадати уневажнення умови, або в інших випадках (§ 872 кн. з.) „відповідного нагородження“ (angemessene Vergütung); впрочім коли заходять вимоги § 874 кн. з., може також жадати повного удоволення. Подрібно представляє ся річ так:

а) Контрагент введений в блуд може жадати уневажнення умови, коли заходять певні вимоги що-до поведеня співконтрагента й що-до якости похибки.

а) Співконтрагент мусить причинити ся до похибки другого через „неправдиві заяви“ (durch falsche Angaben: § 871 кн. з.).

б) Похибка мусить обіймати суть річи („die Hauptsache“: § 871 кн. з.), або відносити ся прямо до особи співконтрагента (§ 873 кн. з.), зглядно доторкати таких еущних прикмет річи або особи, на які звертав ся головно намір контрагента, наколи сей намір був при умові ясно висказаний (§ 871 кн. з.).

Ад а). Перед всім похибка мусить полягати на неправдивих заявах співконтрагента. Давнійша теорія розуміла через те такі заяви співконтрагента, які мали прямо назначенє, другого обманити, другого ввести в блуд — тому приклонники сеї теорії вимагали, аби співконтрагент ділав підступно, аби його поведенеє характеризувалось як *dolus*. Але уже *arg. a contr. z. § 1487 кн. з.* виходить, що отєї заяви співконтрагента, які *in concreto* дали почин до похибки, не мусять бути завєігди нарочно неправдиві, та поверх сего протоколи нарад доказують, що наш закон мав в § 871 не лиш такі за-

яви на думці, про які співконтрагент знав, що они неправдиві, але також такі, про яких неправдивість він не знав.

Тому новіша теорія справедливо утверджує, що до уневажнення умови з причини введення в блуд (§ 871) не треба *dolum* співконтрагента, що введений в блуд контрагент може навіть тоді жадати уневажнення умови, коли похибка полягає на таких заявах співконтрагента, про які тойже не знав, що они неправдиві. З того слідує консеквентно дальше, що до уневажнення умови після § 871 не треба навіть звичайної провини: *culpa lata* або *culpa levis* по стороні співконтрагента, бо так з протоколів нарад, як з духа нашого закона виходить, що тут ходить лиш о те, чи співконтрагент своїми неправдивими заявами дав почин до похибки, чи ні. Проте вистачають по стороні співконтрагента об'єктивно неправдиві заяви; байдуже, чи заходить провинна співконтрагента, чи ні, бо до уневажнення умови не треба його провини¹⁾.

Ad β). Не кожда похибка, викликана співконтрагентом, дає підставу до уневажнення умови, она мусить мати певні свійства.

Пануюча теорія каже: тільки коли похибка є суцна (*wesentlicher Irrtum, error essentialis*), умова є неважна. Так в праві повсюднім. Але що се є суцна похибка?

Тут теоретичні погляди розходять ся діаметрально, в міру сего, чи виходять із теорії догмату волі, чи із теорії заявленя. Після теорії догмату волі суцна похибка се така, що

¹⁾ При похибці заходить колізія інтересів, бо повстає питанє, чи некористні наслідки має поносити той, що — хоч-би без провини — впровадив другого в блуд, чи той, котрого в блуд введено; наш закон рішає се питанє зовсім справедливо на користь того, котрого без його вини введено в блуд. Пр. роблю поїздку по Італії, та при сій нагоді якийсь музик-артист оферує мені скрипку, що після його твердження походить від Paganini-ого. У тім пере-свідченю, що се правда, купую її за великі гроші. По кількох літах потребую гроший і продаю її другому як скрипку Paganini-ого. Одначе невдовзі показує ся, що се була містифікація, та що Paganini ніколи не був власителем сеї скрипки й ніколи її не уживав. Тут продав я скрипку в переконаню, що на ній справді грав Paganini, — отже моя заява була вправді неправдива, але без моєї вини — та мимо того я дав почин до похибки й мушу за се відповідати, бо чейже радше повинен відповідати сей, що дав почин до похибки, чим той, що був лиш сліпим орудем похибки.

виключає істнуванє волї, — а теорія заявленя вважає таку похибку за сущну, що відносить ся до сущного чинника умови в тім розуміню, що коли-б не було похибки, то й заявленє волї не могло-б наступити, як через похибку стало ся. Теорія догмату волї оперує об'єктивними, теорія заявленя суб'єктивними елементами.

Понятє, яке дає теорія догмату волї, нічого не пояснює, бо цілий притиск мусить відтак спочивати на питаню, коли похибка негує істнуванє волї — а тут відкрите поле для найрізномороднійших довільних поглядів, що мусять стояти на вельми хиткій основі.

Далеко більше промовляє за теорією заявленя, до якої зближають ся постанови нашої кн. з., але й она в тім згляді не дала до тепер у всім вдоволяючого результату.

Коли-ж відтак із тих теорій повернемо до постанов нашого закона, то не можемо що-до нашого питаня заявити ся ані за одною, ані за другою теорією без обмеженя, бо дотичні постанови не дадуть ся підпорядкувати цілковито під одну або під другу теорію. Тому поступаємо зовсім в дуєі нашого закона, коли поки-що поминаємо назву „сущної“ похибки, та стараємо ся иншою дорогою подати вимоги, задля яких можна жадати уваженя умови.

Відповідь на се така: По причині похибки умова тоді неважна, коли похибка відносить ся до такої точки, яка належить до змісту самої умови. З огляду на се т. зв. похибка в мотивах (*Motiv-Irrtum, error in motivis*) звичайно не впливає на неважність умови, лиш тоді, коли становить складову частину змісту умови, значить, наколи поданий в умові мотив стане конечною умовиною волї (*Voraussetzung*).

Чи й о скілько похибка доторкає безпосередно самого змісту умови, годі *in abstracto* точно означити, бо правний оборот вельми розгалужений і в тім згляді не допускає шематичного порішення. Взагалі в сій мірі можна лише вказати на провідні погляди, якими треба руководити ся при розв'язці нашого питаня. До того служить головно тота термінологія, якою послуговуєсь наша кн. з.

аа) Тут належить перед всім така похибка, що обіймає суть річи, яка є предметом умови („*Hauptsache*“) У першій ряді має закон на думці материяльні річи (*res cog-*

porales), — але коли зважимо значіне слова „Hauptsache“ підчас редакції кн. з. і на намір кодифікаторів, то не можемо сумнівати ся, що слово „Hauptsache“ в § 871 обіймає не лиш материяльні добра, але взагалі означає похибку що-до головного предмету, головного змісту умови.

Тому зачислюємо тут не лиш *error in corpore rei* — коли похибка тикає ся тотожності предмету (пр. я хочу предмет *x*, але через похибку заявляю *y*) —, але також *error in negotio*, — коли заходить похибка що-до правної натури заключеної умови (пр. контрагую з другим о каменіцію й мені здає ся, що я заключив наєм, коли справді умова представлялась як купно). —

В усіх случаях, де заходить така похибка що-до суті річі¹⁾, умова є неважна, та про се рішають тільки об'єктивні моменти без огляду на виразний або здогадуваний намір контрагентів. Тому не можна тут по гадці теорії заявленя питати ся, чи контрагент заключив-би умову, коли-б не був в блуді, значить, коли-б знав про дійсний стан річі, але завсїгди можна жадати уневажнення умови, наколи похибка представляє ся об'єктивно як *error in corpore* або *error in negotio*. Під тим зглядом пішло австр. пр. за теорією догмату волі²⁾. —

ββ) На рівні з похибкою що-до суті річі стоїть похибка що-до особи (*error in persona*: § 873). Наш закон має тут на думці похибку що-до тотожності особи (*error in identitate personae*). Пр. я хочу контрагувати з особою А, але в темноті не добачую, та мимохіть контрагую з Б в пересвідченю, що се А.

На підставі такої похибки можна жадати уневажнення умови, але знова під тими самими загальними услівями, про які була висше бесіда. Лиш в однім ріжнить ся правна суть

¹⁾ а *nlb.* заходить теж інші вимоги § 871 кн. з. (почин до похибки від співконтрагента через неправдиві заяви).

²⁾ Пр. хочу для своєї жінки купити на Різдво якийсь дарунок, та жадаю етажерки. Купець показує мені різні, а відтак одну з них, котру купець назвав срібною, вибираю й кажу собі відіслати до дому, та з кінцем місяця прислати рахунок. Означене ціни я лишив купцеві. Він прислав етажерку, але она показуєсь з ніклю. Тоді я можу сю етажерку по мысли § 871 відкинути, хоч-би купець міг доказати, що мені не ходило конечно о срібло й що я би купив тоту етажерку навіть тоді, коли-б знав, що она з ніклю.

erroris in persona від error in corpore або in negotio, бо при error in persona рішають не об'єктивні, але суб'єктивні моменти; тому мусимо по мисли теорії заявленя питати ся, чи без такої похибки умова між тими контрагентами була-б наступила, чи ні (§ 873 i. f.).¹⁾ —

γγ) Найбільше спірна в теорії є наука про похибку що-до прикмет особи або річи (error in qualitate). Чи похибка що-до прикмет річи або особи може дати підставу до уневажнення умови, залежить в австр. пр. від суб'єктивних, не об'єктивних моментів; тому in concreto треба питати ся, чи після заявленого наміру контрагента певна прикмета є так суцна, що без неї контрагент не міг-би заключити такої умови, яка наступила з причини похибки. § 871 каже: До уневажнення умови треба, аби похибка відносила ся до такої прикмети, яка є суцною прикметою, а прикмета є суцна тоді, наколи се виходило із наміру контрагента й сей намір був при умові заявлений. Заявлене сего наміру при умові може наступити безпосередно або посередно, як каже § 863 кн. з.: виразно або мовчки. Проте треба тут відріжнити два випадки:

Перший випадок. Один з контрагентів заявляє виразно, що хоче пр. купити золотий годинник, та золото має бути 18-каратове; на се предкладає йому купець годинник і каже: се є такий, якого жадаєте; але опісля показує ся, що сей годинник не є 18-каратовий, тільки 14-каратовий. Отже купуючий був тут в блуд введений і може жадати уневажнення умови задля похибки. Взагалі де намір контрагента в умові виразно поданий, і покаже ся, що жаданої прикмети нема, то мусимо по словам нашого закона сю прикмету вважати за суцну, а умову за неважну, хоч-би in abstracto (в сути річи) дотична прикмета була як маловажна.

Другий випадок. Чимало лучає ся, що про певну прикмету річи або особи нема в умові виразної згадки, або що взагалі із слів, якими заключено умову, годі вносити, що намір контрагента звертає ся конечно (або — як закон каже —

¹⁾ Я хотів пр. дати позичку своєму товаришеви А, але через похибку дав її товаришеви Б — одначе в данім случаю було мені байдуже, чи позичити гроші одному чи другому, так, що коли-б я був знав похибку, то таки був-би я товаришеви Б дав позичку. Тут error in persona не має впливу на неважність умови (§ 873 i. f.).

„головно“) лиш на певну прикмету — тоді треба питати ся, чи контрагент цілим своїм поведенєм („мовчки“) заявив, що дотична річ або особа повинна мати певні прикмети, чи отже із всіх обставин даного випадку можна вносити, що коли-б контрагент знав, що річ або особа не має певних прикмет, не був-би заключив ніякої умови, або не таку, як се дійсно стало ся. Коли-ж певна прикмета була така, що контрагент не був-би серед даних обставин заключив умови, то она є суцною прикметою й на ній може полягати жадане уневажнення умови по мисли § 871.

В богатях случаях рішають в сій зглядї погляди, привняті загально в суспільнім оборотї. При тім треба нераз оглядати ся на те, чи певна річ без певної прикмети дасть ся відтак ужити взагалї до сего ужитку, до якого контрагент її призначив, сли головний намір контрагента прямував як раз до того, щоб з тої річи зробити певний ужиток. Ті й інші вказівки не мають однак об'єктивного значіння, лиш суб'єктивне, значить, після них можна звичайно осудити, чи без певної прикмети контрагент був-би *in concreto* заключив певну умову, чи ні; бо лиш на сій підставі можна сказати, чи якась прикмета є суцна, чи отже *error in qualitate* може дати основу до уневажнення умови.

Що до прикмет якоїсь особи є звичайно суцні такі прикмети, що відносять ся до особи певного артиста або знатока, де взагалї ходить о особлившу роботу тих людей. Так само суцна є така прикмета певної особи, від котрої залежить особливше довіре до неї, потрібне в данім випадку (пр. при кредитуваню) ¹⁾.

¹⁾ Пр. я пізнаю в товаристві молодого чоловіка, що видає ся за маляра, та відтак удаюсь до нього, аби зробив мені портрет; але показує ся опісля, що він сам не є малярем і що тоту роботу віддав другому — се є очевидно *error in qualitate personae*, викликаний співконтрагентом, може тому дати підставу до уневажнення умови. Подібно тоді, коли я пр. пізнаю певного чоловіка, що удає великого богача, а нераз бачу у нього сотки в його мошонці, та й він сам видає ся за богача. Але раз приходить він до мене й хоче позичити 2000 К і каже: віддам їх невдовзі, наколи продам свою пшеницю по живихах. Між тим показує ся сейчас по виplatі позички з моєї сторони, що се був обман, бо мій довжник не мав жадної реальности й жив тільки з видурених грошей. Супротив того можу жадати уневажнення умови з причини суцної похибки *in qualitate personae*.

δδ) Так як *error in qualitate* може також *error in quantitate* (похибка що-до скількості) бути підставою уневажнення умови, коли серед даних обставин виходить, що без сеї похибки контрагент не був-би заключив такої умови¹⁾. —

У всіх повисших случаях контрагент введений в блуд може жадати уневажнення умови, коли почин до похибки вийшов від співконтрагента — та наш закон не робить в тім згляді виїмка для т. зв. похибки в мотивах (*error in motivis*). Вправді звичайно *error in motivis* не спроваджує неважності умови (§ 901 кн. з. 2. реч.), він навпаки викликає волю контрагента, так що те, що хтось заявляє, є справді висловом його волі. Але серед даних обставин може *error in motivis* стати складовою частиною змісту умови, коли — як закон каже: „заявлене спочиває одиноким і виключно нахибним мотивом“, поданим в умові (§ 572 кн. з.) — а тоді відповідає така похибка (*Irrtum in der Voraussetzung*) всім повисшим вимогам, і дасться підпорядкувати під поняття похибки що-до суті річи, що-до особи, або що-до суцних прикмет, і так може дати підставу до уневажнення умови, наколи почин сеї похибки в мотивах вийшов від співконтрагента. —

Неважність умови, про яку згадує § 871 (також § 873) не є безглядна, тільки зглядна (релятивна). На неважність не може покликати ся сей співконтрагент, що впровадив другого в блуд, тільки контрагент, введений в блуд. Але коли схоче, то може умову вважати за важну й мимо власної похибки від співконтрагента жадати відтак сповнення умови, а співконтрагент не може тоді боронити ся тим, що умова неважна, бо він другого в блуд впровадив.

Тому заключена умова має поки-що всякі признаки важної умови²⁾, а то доси, поки введений в блуд контрагент із свого права оспорення не зробив ужитку. До сеї пори умова має всякі правні наслідки важної умови, та доперва через жадане уневажнення наступають такі наслідки, мов-би умова

¹⁾ Пр. купую 1 морг поля й через похибку в грамоті оферую замість 100 ф., 500 ф. Тут нема сумніву, що коли-б не похибка, я-би не міг за сей морг оферувати 500 ф., проте коли заходять інші вимоги § 871 умова неважна.

²⁾ Також з огляду на треті особи, що ділають в добрій вірі.

була з самого почину неважна; уневаженне умови ділає *ex tunc*.

Наслідком неважності є привернене попереднього економічного стану, який був перед заключенням умови; тому кожний контрагент муєть звернути се, що на підставі умови від другого одержав, *cum omni causa*, з всякими приростами, принадлежностями і т. и. (§ 877 кн. з.). Таке уневаженне має подібні наслідки, як знесенне умови при одвічальности за хиби й за вкорочене більш половини, та ріжнить ся лиш тим, що після § 877 наступає цілковитий обрахунок задля привернення *status quo* разом зі всіми приростами й доходами по одній і по другій стороні, наколи після §§ 932, 934 кн. з. доходи з одної й з другої сторони все рівноважать ся й тому не входять в рахунок. —

б) Коли похибка не доторкає ані сути річі, ані тотожності особи, ані врешті суцної прикмети річі або особи, — то не можна жадати уневаження; умова лишаєсь важною, тільки пошкодований може серед даних обставин жадати „нагородження шкоди“ (*Vergütung*).

Тоді похибка відносить ся тільки до „побічних обставин“ (*Nebenumstände*: § 872); теорія називає її несуттєвою похибкою (*ausserwesentlicher Irrtum*). Коли отже похибка не тикаєсь таких точок, що належать до змісту самої умови, але лиш побічних обставин, так що контрагент був-би навіть без похибки заключив дотичну умову. — умова є важна. Тут належать:

а) Похибка що-до таких точок умови, що з огляду на намір контрагентів належать до менше важних, коли не можна про них сказати, що на них звертав ся головни намір контрагентів і коли сей намір не був в умові виразно й серйозно висказаний. Тому правдиве є правило римського права: *falsa demonstratio non nocet* (§ 571 кн. з.): Через похибку що-до назви або через хибне означенне або описанне, умова не може стати неважною, наколи про те в дорозі інтерпретації можна розпізнати правдиву волю заявляючого¹⁾.

¹⁾ Далі належить тут пр. такий случай: Я приходжу до антикварні у Липску й жадаю Ihering-а „Zweck im Recht“. Книгар виймає один при-

β) Error in qualitate є звичайно несуттєвою похибкою, бо звичайно не належить до змісту самої умови. Де отже не заходять вимоги суцної прикмети по мисли § 871, там error in qualitate не може бути причиною уневажнення умови. Як пр. мимо похибки що-до якості можна з річи зробити ужиток, до якого она призначена, error in qualitate буде звичайно несуттєвим¹⁾; так само звичайно несуттєва є похибка що-до певних особистих прикмет того, що випозичає другому гроші, що-до прикмет купуючого або продаючого й т. д. Але все-таки треба вважати, щоби прикмета не була в умові виразно й серйозно подана й щоби контрагент не звертав на ню головню своєї уваги, та противно треба виходити із того, що контрагент навіть без похибки був-би in concreto заключив певну умову.

γ) Також error in quantitate може бути несуттєвою похибкою, коли можна сказати, що контрагент був-би навіть тоді заключив умову, як не було-б похибки що-до кількості. Отже тому що в сій мірі рішають суб'єктивні а не — як при непорозумінню — об'єктивні моменти, треба відрізнити error in quantitate при відплатних і при безплатних умовах.

αα) При безплатних умовах error in quantitate по стороні приймаючого не має засадничо наслідку неважності, бо звичайно не підлягає ніякому сумнівови, що коли б не був в блуді, прийав-би навіть менше, або що иншого.

Але як error in quantitate заходив по стороні прирікаючого, та він хибно прирік висшу суму, а почин до похибки вийшов від співконтрагента, — то є лиш тоді до висшої суми зобов'язаний, наколи можна припускати, що навіть без похибки (отже свідомо) був-би in concreto згодив ся на тоту

мірник і каже: сей примірник походить із збору книжок звісного професора римського права, пр. Windscheid-a, й що там находять ся на боці його власні примітки. Я з того вдоволений, що лучає ся мені дістати такий примірник. і кажу: Добре — купую сей примірник. Але відтак показує ся, що се неправда; та мимо того умова лишаєсь важною, бо нема сумніву, що я купив-би сю книжку, хоч-би она не походила з бібліотеки Windscheid-a.

1) Пр. як хтось мить ся що-до певного роду дерева або металю, з якого річ є зроблена, або що-до більшого, згл. меншого змісту золота або срібла в певній річи, й т. д.

висшу суму. Однак ся евентуальність є лиш виїмкова, та звичайно мусимо сказати, що він хотів зобовязати ся до меншої суми, й співконтрагент може тоді на підставі умови жадати від нього лише меншої суми.

Коли прирік він меншу суму, чим хотів, то умова є звичайно важна, бо майже все можна припускати, що він був би заключив сю умову навіть з меншою сумою, як-би не помилив ся, й в тім випадку він обовязаний до сеї суми, котру прирік.

ββ) При відплатних умовах треба також відріжнити, чи прирікаючий, чи приймаючий милув ся що-до скількості.

Як приймаючий був в похибці що-до скількості, то коли гадає більше, умова є звичайно неважна, а коли менше, то умова звичайно важна, але що-до меншої суми.

Навпаки як прирікаючий має на думці більшу суму, умова є важна, та обовязує менша сума, а як має на думці меншу суму, умова звичайно неважна. —

Такі є випадки т. зв. несущної похибки по мысли § 872. Введений в блуд контрагент може задля такої похибки жадати серед даних обставин „відповідного нагородження шкоди“ (angemessene Vergütung). Се може наступити лиш тоді, як по стороні співконтрагента, що другого впровадив в блуд, не було *dolus*. Де співконтрагент другого впровадив нарочно в блуд, там можна від нього більше жадати, значить, не „відповідного нагородження шкоди“ після § 872, але повного удоволення по мысли § 874.

До „відповідного нагородження“ вистачає, щоби співконтрагент дав почин до несущної похибки несвїдомо, або через *culpa*, або без ніякої провини через об'єктивно неправдиві заяви (*falsche Angaben* § 871).

„Відповідне нагородженє“ *) — се понятє, не зовсім схоже з загально прийнятими в науці понятями повернення шкоди. Тут на перший погляд виступає чисто-суб'єктивна міра без об'єктивного пересїчного мірила, й повна свобода судії в означеню його висоти. Се треба головно тому піднести, бо підчас редакції нашої кн. з. цивільний процес основував ся на

*) Поп. м о с Wesen des Werklieferungsvertrages cr. 155—158 i 123—124.

правилі формальної доказової теорії, та свобода судії при вимірі висоти шкоди була майже знехтована. Але й сьогодні мимо зміненої процесової теорії, що признає свободу судії в означеню висоти повернення шкоди, лишила ся ще основна різниця між відповідним нагородженням після § 872 а иным виміром шкоди по загальним правилам XXX. глави II. части кн. з.

При „відповіднім нагородженю“ не йде о „вирівнане“ шкоди, але тільки о певну нагороду за евентуальну шкоду. Она не може бути ніколи більша як при *damnum emergens*, але чимало є менша. Она не може також змагати до повернення попередного стану (пор. § 1323 pr.), бо інакше жадане таке було-б рівне жаданю неважності умови, що противить ся прямо постанові § 872.

Се нагороджене мусить бути „відповідне“ — й то не лиш з огляду на конкретні обставини даного випадку, але теж з огляду на особу пошкодованого й його противника. Важну ролу будуть відгравали маєткові відносини обох контрагентів (*ex anal.* з § 1310 кн. з.). Судия має обовязок звернути увагу на різницю майна й соціального стану обох контрагентів, та старати ся, аби через вимір сего нагородження не зрушити економічної рівноваги обоїх. Впрочім інакшу міру привяже судия до такого нагородження шкоди, яке наступає наслідком провини співконтрагента, а знова інакшу до такого, що було наслідком об'єктивно неправдивих заяв без ніякої провини. Взагалі свобода виміру не є тут наверх обмежена, та судия повинен при тім відповісти всяким правним, етичним, економічним і соціальним вимогам. Чимало й звичай буде тут відгравати важку ролу, та нераз судия буде зовсім в праві, не признати ніякого нагородження, хоч *in concreto* заходила мала шкода.

в) Введений в блуд контрагент може від співконтрагента жадати також повернення евентуальної шкоди по загальним правилам.

При т. зв. суцній похибці відповідає співконтрагент за *damnum emergens*, як по його стороні заходить *culpa levis*, а поверх сего також за *lucrum cessans*, як заходить *culpa lata* або *dolus* (§ 1323 кн. з.). Про його одвічальність за *dolus* становить окремо § 874, що співконтрагент, який другого кон-

трагента нарочно впровадив в блуд, мусить удоволити повну шкоду.

При т. зв. несутній похибці може пошкодований лиш тоді жадати повного удоволення, коли по стороні співконтрагента заходить *dolus*, бо в інших случаях може він, як звісно, жадати тільки „відповідного нагородження“ по мисли § 872. —

2) Почин до похибки виходить від третьої особи. В такому випадку мусить перед всім трета особа серед даних обставин пошкодованому звернути шкоду. Вимір шкоди наступає тут після аналогічних правил, поданих висше про обовязок співконтрагента до повернення шкоди, бо коли трета особа впровадила контрагента в блуд, не може бути гірше трактована, чим співконтрагент, котрий другого контрагента в блуд впровадив; а навіть не можна від третьої особи жадати всього того, чого жадаєсь евентуально від співконтрагента, бо всеж-таки не можна від третьої особи жадати повернення шкоди, як она не провинилась, тільки об'єктивно хибними заявами причинилась до заключення умови. Проте треба відрізнити:

α) При „сутній“ похибці може пошкодований від третьої особи жадати *damnum emergens*, як она викликала похибку через *culpa levis*, крім сего ще *lucrum cessans*, як заходить *culpa lata* або *dolus* (§ 1323 кн. з.).

β) При „несутній“ похибці мусить трета особа за *dolus* удоволити повну шкоду (arg. § 874); за *culpa levis* або *lata* має обовязок тільки до „відповідного нагородження“ по мисли § 872; але коли похибка повстала виключно через неправдиві заяви третьої особи без її провини, то не відповідає.

Такі є жаданя супротив третьої особи, о скільки ходить о повернене шкоди. Але сама умова, заключена під впливом похибки, викликаной третьою особою, єсть правильно важна (§ 875 pr.) й то без огляду на се, чи похибка представляє ся по анал. з § 875 як „сутна“, чи по анал. з § 872 як „несутна“.

Лиш в деяких случаях узнає наш закон аномальні наслідки сеї умови:

а) коли почин до похибки дала вправді трета особа, але сам співконтрагент брав у тім посередню участь; тоді співконтрагент відповідає так, немов-би сам безпосередно впровадив другого контрагента в блуд: значить, при „сутній“ похибці умова є релятивно неважна, при „несутній“ важна,

га в обох случаях може пошкодований за *dolus* співконтрагента жадати повного удоволення по мисли § 874;

б) коли співконтрагент знав про се, що його контрагент ділав під впливом похибки, яку викликала трета особа, й використав нарочно сю похибку при заключеню умови. Наслідки такого поведеня як під а);

в) коли похибка, яка вийшла від третої особи, була так очевидна, що співконтрагент міг її пізнати (*verb.* „*dieselbe offenbar wissen musste*“ § 875 i. f); співконтрагент не знав вправді про похибку свого контрагента, але повинен був видіти, що контрагент ділає під впливом похибки. Заходить питанє, коли похибка контрагента є так очевидна, що він її повинен пізнати?

Мірою єсть *culpa lata*, проте не ходить тут лише о занебанє звичайної, пересічної уваги, але очевидною буде така похибка, як треба наглядної недбалости (*grobe Fahrlässigkeit*), аби її не добачити. Коли-ж співконтрагент мимо того заключив умову, то мусить поносити аномальні наслідки своєї недбалости: значить, як похибка є „сущна“, то умова є релятивно неважна й пошкодований може від співконтрагента жадати повернення шкоди по загальним правилам; як похибка є одначе „несущна“, то вправді умова важна, але співконтрагент мусить пошкодованому контрагентови дати „відповідне нагородженє“ по мисли § 872. —

В повисших случаях заходить отже можливість, що пошкодований має *in abstracto* право жадати повернення шкоди так від співконтрагента як від третої особи, — та сей обовязок є солідарний. —

3) Ані співконтрагент, ані трета особа не дала почину до похибки, лиш сам контрагент винен тому, що був в блуді (§ 876). Умова є тоді важна, хіба похибка його була так очевидна, що співконтрагент повинен був її пізнати (*verb.*: „*offenbar aus den Umständen auffallen musste*“); коли-ж він задля наглядної недбалости сеї похибки не пізнав, умова при „сущній“ похибці є неважна, але при „несущній важна¹⁾. Тому й *error in motivis* уневажнює умову, коли

¹⁾ Лиш з тої точки погляду можна вважати за неважну таку умову, коли хтось до другого телеграфує: „*Ich verkaufe 10 Actien X*“, а телеграф переключує: „*Ich kaufe*..“ й на сій основі повстає умова. Се є сущна по-

є суттєвий і так наглядний, що співконтрагент повинен був його відкрити.

Що-до поношення евентуальної шкоди рішає постанова § 1304 кн. з., яка становить, що оба контрагенти мусять її поносити розмірно, а коли участь кожного з них не дасть ся точно вимірити, по рівним частям¹⁾. —

Правні жаданя, що плывуть із за похибки, підлягають правильно надзвичайному задавненню. Се коротке задавнене виносить 3 літа, лиш по мисли § 1487 кн. з. не належать тут усі ті жаданя, які опирають ся на *dolus* співконтрагента (тоді наступає звичайне 30 або 40 літне задавнене). Тому треба відріжнити:

1) Почин до похибки дає безпосередно співконтрагент — та на сій основі його контрагент жадає уневажнення умови. Тут задавнене наступає звичайно по 3 літах; лиш тоді, коли співконтрагент ділав підступно (*dolose*), погасає жадане уневажнення доперва протягом 30 або 40 літ.

Коли пошкодований жадає від співконтрагента повернення шкоди, або по мисли § 872 „відповідного нагородження“, то се жадане погасає протягом 3 літ без огляду на *dolus* співконтрагента (*arg. z § 1489* кн. з.).

2) Почин до похибки вийшов від третьої особи. — Тоді всякі жаданя супротив третьої особи погасають протягом 3 літ (§ 1489 кн. з.), а супротив співконтрагента погасає жадане неважності умови будь-то в 3 літах, наколи він повинен був знати о похибці, а мимо недбалости заключив умову, будь-то по упливі 30 або 40 літ, коли знав про похибку свого контрагента, або у введеню його в блуд брав посередну участь. Евентуальні жаданя повернення шкоди погасають також супротив співконтрагента по 3 літах.

VIII. Про вплив обману на облігаційні відносини нема в нашім законі осібних постанов, тільки осуджує ся його після

хибка (*error in negotio*), але ніхто не дав почину до неї, бо телеграфічний уряд за вірність телеграм не бере одвічальности. Умова може бути лиш тоді оспорювана, коли похибка єсть така, що приймаючий телеграму повинен догадувати ся, що заходить похибка.

²⁾ Яка є схожість і які різниці між правними жаданями з похибки а правними жаданями із запоруки, слідує з виводів в моім „*Wesen des Werklieferungsvertrages*“ ст. 155—158.

загальних постанов про значіне похибки в облїгаційнім праві. Обман має вагу лиш тоді, коли спроваджує похибку, а до сути обману належить, щоби введене в блуд контрагента наступило підступно, через *dolus*. Проте неважність умови наступає тоді, коли обман вийшов від співконтрагента й коли доторкує суцної точки умови (§§ 871, 873); крім сего наслідком обману є обовязок до повного удоволення шкоди по мьсли §§ 874, 1323, 1331 кн. з. Умова є неважна також тоді, коли обман вийшов вправді від третьої особи, але співконтрагент брав у тім посередно участь, зглядно знав про се, що обман походить від третьої особи, а мимо того заключив умову (§§ 875, 876).

Одначе на сїм не кінчить ся вплив обману на неважність облїгаційних умов.

Як звісно, *error in motivis* не має звичайно наслідку неважности умови, бо є по більшій части „несуцною похибкою“, а вплив обману полягає як раз найчастійше на тім, що хтось підступним способом використовує похибку другого в мотивах, аби його спонукати до заключеня некористної умови. Коли-б тут поступати по аналогїї постанов §§ 872 - 877, що трактують про похибки несущні, то такі умови мусїли-б бути важні. Але уже в повсюднім праві нема сумніву, що така умова є наслідком *dolus* неважна, та й в дусї австр. права лежить така сама постанова. Проте мусимо сказати:

Error in motivis уневажнює умову, коли співконтрагент використав його злбно до того, аби другого спонукати до заключеня умови. Се правило стрїчаємо подекуди у самім законї при поодиноких умовах пр. в §§ 1270, 1291 кн. з., але оно є загальним правилом.

Жаданє неважности умови задля обману підлягає звичайному (30 або 40 літньому) задавненю (*arg. a contr. z §. 1487 кн. з.*). Тільки жаданє удоволення шкоди погасає протягом 3 літ, о скілько не заходить єство злочину (§ 1489 кн. з.). —

§ 37.

Заступництво*).

I. Хто при заключеню умови заявляє волю, може in thesi заявити свою, а не чужу волю, бо засадничо кождий розпоряджує лише своєю волею, так як она є впливом його індивідуальности. Через те заявлене волі як частина облігаційної умови має по правилу тільки для тих осіб стійність, що є бездосередними учасниками умови, для тих, що супротив себе заявляють згідну волю.

Одначе щоденне житє не може при тїм спинитись, та оборот суспільний домагає ся допустимости заявленя волі через других. Нездатні до діланя мусять мати своїх заступників, що за них ділають і брак їх правної волі заступають перед правом, а з другого боку й здатні до діланя не завсїгди в силі, беретти самостійно свої права в міру потреби.

*) Гл. Cod. Ther. III. 1. n. 32—36; 15. n. 2, 48—53, 82; 18. n. 1—10, 19—68; 19. n. 33—35; Horten III. 16. §§ 1, 22—24, 44; 19. §§ 1—3, 13—33; 20 n. 13; Martini, III. 4. §§ 1, 15, 17, 23, 25; 12. § 5; 14. §§ 2—6; Гал. кн. в. III. §§ 102, 116, 118, 124, 126, 384, 463—466; Prot. II. ст. 44, 47, 48, 51, 52, 56, 57, 171, 172, 410, 565, 566.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 269, 282, 283, 292—297, 303, 309, 315, 316; Nippel, Erl. VII. ст. 60, 61, 77, 88—97, 114, 115, 123—125; Winwarter, Bürg. R. IV. ст. 210, 218, 219, 224—226, 233, 234; Unger, Syst. II. ст. 133—140; Stubenrauch, Comm. II. ст. 214, 215, 222, 229—232, 238, 239, 242, 243; Kirchstetter, Comm. ст. 519, 524, 525; Schiffner, Lehrbuch I. § 120; Burckhard, Syst. II. ст. 418—431; Krainz, Syst. I. ст. 306—322; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 399—422; Till, Prawo pryw. I. ст. 322—329; III. ст. 127, 128; Огоновский, Систем I. ст. 126—128.

Kpm sero: Ihering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, в Jahrb. f. Dogm. I. (1857) ст. 273—350; II (1858) ст. 67—180; Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften, в Zeitschr. f. H. R. X (1866) ст. 183—241; Unger, Die Verträge zu Gunsten Dritter (1869) ст. 1—109; Canstein, Vollmacht und Auftrag mit Stellvertretungsbefugnis, в Grünhuta Zeitschr. III. (1876) ст. 670—694; Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio (1876); Ogonowski, Die Geschäftsführung ohne Auftrag (1877); Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung (1885); Exner, Tradition ст. 125—151; Randa, Besitz §§ 20, 23, 31, 36; Eigenthum I² ст. 278 і д.; 368 і д.; Dolinski, Haftung des Contrahenten für seine Gehilfen (1893).

Уже римске пр. знало законне заступництво для нездатних до діланя; впрочім полягало заступництво на діланях *hominum alieni iuris* (*filii familias, servi*), що ділали *de iure* іменем *patris familias*. Але свобідний *civis Romanus sui iuris* не міг при умовах заступати ся другими свобідними горожанами. Тільки одно було можливе, що хтось заключав в своїм імені умову з другим, а відтак на підставі попередньої умови відступав третому в дорозі цесії набути права против другого.

Одначе того посередне заступництво (*mittelbare oder indirecte Stellvertretung*) не може сьогодні відповісти всяким потребам обороту, коли зважимо, що нинішне право не знає *homines alieni iuris* в значіню римского права, а невольництво й рабство зовсім знесено. Тому треба такого заступництва, яке мало-б безпосередні правні наслідки для заступленого, значить, треба такого правового інституту, котрий позваляв-би складати заявлене волі одному іменем другого, й то з тим успіхом, що всякі наслідки сего заявленя мають наступити не в особі заявляючого, але в особі другого.

Тоді-кажемо, що один заступає другого. Той, хто другого заступає, називає ся заступником (*Stellvertreter*), а той, котрого він заступає, називає ся заступленим (*der Vertretene*). Таке заступництво є безпосередне (*unmittelbare, directe Stellvertretung*), бо правні наслідки повстають безпосередно в особі заступленого; називає ся оно також правничим заступництвом (*juristische Stellvertretung*), тому, бо тут ходить о заступництво що-до заявленя волі: заступник заявляє свою волю, а не є тільки посередником для переданя чужої волі.

Безпосередне заступництво було уже звисне в старо-німецькім і канонічнім праві, та се послідне поставило в противности до римского пр. засаду: *potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum*. Се є також загальне правило усіх новітніх законів.

II. Наш закон знає два головні роди безпосередного заступництва: добровільне (*freiwillige*) й конечне (*notwendige*) заступництво. Добровільне заступництво основуєсь на воли заступленого, котру він висказує в попередній умові з заступником, в т. зв. умові уповноваженя (*Bevollmächtigungsvertrag*). Право, яке пливе з такої умови, що пе-

редає безпосереднє заступництво в руки певної особи, називає ся повновласттю (Vollmacht).

Але добровільна умова не є одинокою правовою підставою заступництва. Оно може теж істнувати незалежно від волі заступленого. Се случаї т. зв. кінечного заступництва. Оно основує ся:

1) на постанові закона (т. зв. законне заступництво). Таке заступництво прислугує шлюбному вітцеві супротив власних дітей (§§ 1034, 152 кн. з.); далі чоловікови супротив своєї жінки (§§ 1034, 91 кн. з.), органам т. зв. правних організмів і в деяких випадках державної влади. Сю власть державну представляють раз судові, раз адміністраційні уряди. Суд є законним заступником усіх тих осіб, де заходить потреба опіки або курателі, й то силою своєї верховної опікунчої влади (Obervormundschaft). Адміністраційні власти є законними заступниками при правних організамах в справах, які виходять поза обєм управління безпосередних органів; —

2) на постанові третьої особи або власти, що є управнена до установлення заступника — звичайно на постанові суду. Тут належать перед всім опікуни, куратори, секвестри, що виступають як відпоручники суду. Се є т. зв. судове заступництво (gerichtliche Stellvertretung: § 1034 кн. з.) — Таким кінечним заступником може бути також езекутор завіщання (§ 817 кн. з.), якого може іменувати тестатор, або заступник фундації, якого іменує основатель.

Врешті правовою основою заступництва може бути пізнійше затверджене зі сторони заступленого (Genehmigung, rati-habito) — пр. при negotiorum gestio.

III. Крім правової підстави (II) треба до заступництва двох вимог:

1) Заступництво мусить бути явне (offene Vertretung, § 1017 кн. з.), т. є, заступник мусить заявити волю іменем другого, іменем заступленого. Коли взагалі хтось з другим заключає умову, то треба виходити правильно із того становища, що він сам мусить брати одвічальність за зложені за-явленя, й відповідати за прийяті обовязки, та ніхто не може опісля звиняти ся, що не ділав для себе, тільки для другого й іменем другого. Проте жадає закон, аби контрагент міг уже з умови пізнати, що його противник ділає в чужім, не в своїм імені.

Заступник мусить явно виступати як заступник другого, або через те, що при самій умові заявить співконтрагентови виразно, в чийм імені ділає, або так, що співконтрагент з даних обставин може догадати ся, в якім характері ділає його противник. В противнім разі умова не може вважатися заступленого, тільки сам заступник являє ся безпосереднім контрагентом, та мусить сам поносити всякі наслідки умови.

2) Правне відношене між заступником а заступленим мусить бути зовсім правильне; при добровільнім заступництві мусить заступник мати важну повновласть від того, в чийм імені ділає, й точно придержуватись тих границь ділання, які йому зачеркує повновласть (пор. §§ 1009 і. ф., 1016 кн. з.).

IV. Провідна ідея заступництва лежить у тім, щоби в разі потреби у місце власних заявлень волі поставити чужі в тім розуміню, аби заявлене чужої волі могло мати такі самі наслідки, як заявлене власної волі.

Тому (ntb. як заходять вимоги під III) правне становиско заступника таке: він заключає умову з третім, він заявляє свою волю, але материяльно тота умова не тикає його, тільки того, кого він заступає, та й правні наслідки умови не проявляють ся в особі заступника, але *ipso iure* безпосередно* в особі заступленого.

Тоту появу старає ся пануюча теорія пояснити тим, що — мовляв — заступник репрезентує заступленого (т. зв. репрезентацийна теорія, *Repräsentationstheorie*), та й наш закон здає ся її на перший погляд приймати (verb. „In so fern der Gewalthaber nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt“ § 1017 pr.), але новіші наукові досліді виказали, що она є недостаточна. Взагалі правної суті заступництва не мож пояснити без огляду на її конечність в суспільнім обороті. При добровільнім заступництві безпосередні наслідки в особі заступленого опирають ся на волі заступленого, яку він заявив при основаню заступництва, т. є. при умові уповноваження між ним а заступником: його волю було, дати заступникови таку власть, що, яку умову він в границях уповноваження заключить, її наслідки мають проявляти ся безпосередно у нього; але й тут лад правний є сим чинником, що признає так далеко йдучу автономію одиниці. Сей рішучай вплив правного ладу показує ся ще нагляднійше при конечнім заступництві, бо оно є наслідком признаної правом

конечности підмаганя нездатних до ділання тим, що другі за них і для них ділають.

З повисшої тези доходимо до таких висновків:

1) При заключеню умови з третою особою заступник є ділаючою особою, він заявляє свою волю з власного наміру, з власного постановлення (його річю єсть, свою волю приноровити до одержаного уповноправненя). Тим-то ріжнить ся він від післанців (Boten), котрі є лиш механічними орудями чужої волі, заносять чужу заяву як вислід чужого постановлення — й від помічників (Gehilfen), що є лиш помічні до виконаня умови, котру однак заключає сам dominus. Заступник ріжнить ся також від посередників (маклерів, Makler), котрі не заключають самі умов іменем других, але винаходять охотних до контрагованя, зводять їх з собою й дають їм спромогу за-ключеня з собою умови.

2) Усі правні події, що доторкають піднятя діла правного (с. т. заключеня умови) через заступника, осуджують ся після особи заступника. Коли отже само заступництво прийшло правильно до бутя, але заключене умови заступника з третою особою було аномральне, то наступають аномральні правні наслідки в особі заступленого. Проте при осудженю, який вплив має примус, похибка або обман на за-ключене умови з третою особою, чи умова по мисли §§ 870—876 кн. з. є важна або неважна, чи повстає обовязок повернення шкоди, чи ні — міродайне єсть поведене заступника при заключеню умови.

3) Але що-до наслідків правних рішає особа за-ступленого. На нього переходять з умови права й обовязки, тому після нього осуджує ся, чи він здатний, якесь право набути, або якісь обовязки переняти. Так при добровільнім за-ступництві. При конечнім заступництві треба одначе памятати, що нездатність до ділання заступлених не може сїинювати важности умов, заключених заступниками, бо заступництво служить тут як раз до покритя нездатности.

Рівнодушно є, чи заступник має здатність, переймати на себе зобовязаня, ходить лише о то, аби право признавало йому здатність до заявленя волі (Willensfähigkeit). Проте становить § 1018 кн. з., що заступником може бути навіть така особа, що сама про себе не може зобовязати ся, пр. малолітний (§ 865 кн. з.), і що без огляду на се умова заключена ним

в імені заступленого, зобов'язує так третю особу, як заступленого.

4) Заступникови не вільно контрагувати з самим собою, ані так, що сам є при заключеню умови противною стороною, ані так, що заступає рівночасно противні сторони. Се вправді нігде не сказано *expressis verbis*, але слідує *ex anal.* з §§ 271, 272 кн. з. і з засади, що в умові стоять против себе противні групи інтересів, що муєли-б звичайно потерпіти, коли-б їх зложити в одну руку.

Однак сам заступлений може виїмково дозволити заступникови контрагувати з собою, а далі заборона не існує зовсім, де не ходить о заключенє нової умови, але о виконанє існуючого зобов'язаня. —

V. Чимало лучає ся, що хтось ділає іменем другого, але не має до сего уповноправненя, або переступає границі даного припорученя (пор. висше III. 2): він виступає як заступник, але по правді не є заступником. Повстає питанє, які є правні наслідки сего поведеня?

1) Перед всім може сам заступлений причинити ся до нації правового відношеня тим, що уділить *ex post* затвердження умови (*Genehmigung*: § 1016 кн. з.); зрештою заключена заступником умова обов'язує його о стільки, о скільки він мав з неї реальну користь (*ibidem*).

В межичасї може третя особа, з котрою заключив псевдо-заступник умову, від заступленого жадати означеня реченця, в яким заявить ся за прийнятем або відкиненем (*ex anal.* з § 865 i. f.). Взагалї о скільки така умова не обов'язує сейчас заступленого, примінюють ся аж до його евентуального затвердження *mutatis mutandis* постанови § 865 кн. з. про т. зв. *negotia claudicantia*.

2) § 1009 кн. з. i. f. постановляє, що заступник, котрий переступив границі повновласти, відповідає за злі наслідки. Що не всі случаи такого поведеня тут належать, слідує уже з повисшого (пор. § 1016 кн. з.). Зрештою понятя „переступленя границь повновласти“ годї брати в об'єктивнім, лише в суб'єктивнім значіню, тому й похибка відгриває тут дуже визначну роль. Через те приходимо до таких висновків:

а) Коли заступник при заключеню умови з третим виразно заявив, що ділає поза об'ємом повновласти, то ся умова має стійність взагалї тільки під тим услівем, що заступлений уді-

лить *ex post* затвердження. Коли-б заступлений відказав затвердження, то умова не має ніяких наслідків для нікого.

б) Коли заступлений дав почин до похибки заступника, так що лиш задля його поведеня або заяв заступник мав повну підставу думати, що є управнений до заключеня умови, тоді заступлений поносить всякі наслідки свого поведеня, та по *anal.* § 876 кн. з. умова є важна, й він є безпосередно зобовязаний.

в) Заступник, що з власної провини (*dolus* або *culpa*) заключив мимо браку повновласти з третим умову, відповідає за наслідки, значить, мусить сам сповнити умову, згл. звернути третій особі шкоду. Тільки в однім випадку відповідає безпосередно заступлений: коли іменно наступило знесене повновласти а заступник не згадав про се третій особі та она без власної провини сего не знала. Заступлений може тоді пошукувати звороту шкоди на псевдо-заступнику (§ 1026 кн. з.). Ся постанова не допускає розширеня *arg. z* § 1009 *i. f.*, 1016 (*verb. „nur“*) і з заголовку до §§ 1025, 1026 (*„inwiefern die Verbindlichkeit fort dauere“*).

г) Врешті коли трета особа, з котрою заступник заключив умову, або знала або очевидно повинна була знати про брак повновласти зі сторони заступника, умова є неважна, она не обовязує заступленого (*ex anal.* з § 875 *i. f.*), та трета особа мусить сама поносити шкоду, хіба-би її могла поділити з заступником, наколи заходять вимоги § 1034 кн. з.

§ 38.

Форма умови*).

I. Кожде заявлене волі й в слід за тим кожда умова мусить виступати на зверх в певнім виді, проте під тим зглядом

*) Гл. *Cod. Ther.* III. 2. n. 62—85; *Horten* III, 1. §§ 12—16, 23, 24, 84; *Martini* III. 1. §§ 26, 27; *Гал. кн. з.* III. §§ 26, 27; *Prot.* II. ст. 17, 403, 557, 558.

Pop. Zeiller, *Comm.* III. ст. 56—54; *Nippel*, *Erl.* VI. ст. 84—93; *Winiwarter*, *Bürg. R.* IV. ст. 41—46; *Ellinger*, *Handbuch* ст. 404—407; *Unger*, *Syst.* II. ст. 113—117; *Stubenrauch*, *Comm.* II. ст. 48—62; *Kirchstetter*, *Comm.* ст. 463—466; *Schiffner*, *Lehrbuch* I. § 119; *Burckhard*,

можна сказати, що кожде заявлене волі має певну форму, кожда умова є актом формальним. Але не так загальне є значінє форми, коли говоримо про форму умови *κατ' ἐξοχήν* і ставляємо питанє, чи умова є формальна (*förmlich*), чи неформальна (*formlos*). Умова, яка по мисли осібної законної постанови або після волі сторін мусить мати означену — недовільну — форму, щоби могла правно існувати або бути запозиваєма перед судом, є формальною, а навпаки, як анї в законї анї в умові сторін не приписана осібна форма, називаємо умову неформальною.

Римске право стояло на системі формальности умов; та, як звісно, відгривала початково *stipulatio* дуже важну ролю, а *stipulatio* вимагала до важности означеної форми. Так само й літеральні контракти були актами строго формальними. В сути реальних контрактів лежить також форма через передачу річи. В повсюднім праві тратить одначе форма на стійности й так виринає загальне правило, що умови не потребують до важности осібної форми.

Так-то новітні закони мусїли розв'язати питанє, чи прийняти як загальне правило неформальність умови з повсюдного права, чи противно поставити засаду, що умови повинні звичайно мати означену форму.

За першою системою промавляв погляд, що головною підставою умови є воля контрагентів, проте несправедливо є, волю дійсно заявлену лиш тоді признавати, коли її заявлене наступило в певній формі, приписаній законом. Правило неформальности улекшує оборот, а через те улекшує можливість заключуваня умов.

Syst. II. ст. 394—398; Krainz, System II. ст. 60—64; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 671, 672, 678—686; Till, Prawo pryw. III. ст. 105—114; Огоновский, Систем II ст. 68—70; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 17, 18, 19.

Врешті: Ihering, Geist des röm. R. II. §§ 23, 45, 45a, 47; Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen I. ст. 136 і д.; Regelsberger, в Endemann-a Handb. II ст. 416 і д.; Nippel, Ueber die Form der Verträge в Materialien I. ст. 90 і д.; Kissling, Der § 887 b. G. B. in seiner richtigen Bedeutung, в Ger. Ztg 1864 Nr. 51; Geller, Auch Einiges über die rechtl. Wirkung von mündlichen Verabredungen bei schriftlichen Verträgen in Handelssachen u. über den Sinn des § 887 überhaupt, в Ger. Halle 1865 Nr. 43; Fr. Hofmann, Zur Geschichte der oblig. Verträge, в Grünhuta Zeitschr. X. ст. 131—138; Allerhand, Umowa pisemna, a ustne oświadczenia stron (відбитка з Przegląd-y prawa i adm. 1900).

Але навпаки й за потребою осібної, приписаної форми при умовах дадуться навести деякі аргументи: через те контрагенти є побуджені до діланя з повною розвагою, форма подає тривалий доказ, що й яку умову заключено, з формою в'яжуться чимало значні практичні користи, пр. що-до доходу права з умови, а врешті формальність умов має також фіскальне значіння, аби умови не могли усуватися від евентуальних оплат.

Зваживши ті аргументи, вибрало австр. пр. посередню дорогу. Вправді вихідною точкою системи є неформальність умов, але все таки й вимога форми є в багатьох випадках в законі сильно зазначена.

§ 883 кн. з. подає різні форми, в яких умова може бути заключена, та зазначає, що правильно форма не є кінцевою вимогою важности зобов'язання. Але є такі случаи, що певна форма має безпосередній вплив на суть умови. Це настає або через окрему постанову закону, що для якоїсь умови домагаєся означеної форми (законна форма, *gesetzliche Form*), або наслідком осібної умови, в якій контрагенти годяться на певну форму (умовлена форма, *gewillkürte Form*).

II. Коли закон означає форму умови, мусить она бути строго задержана, та *in dubio* треба припускати, що задля недостачі законної форми умова є неважна (*negotium nullum*)¹⁾.

Австр. пр. знає при облїгацийних умовах отєї законні форми:

1) Умова спілки (*der Gesellschaftsvertrag, societas*), що обіймає тільки теперішнє, або тільки будуче майно спілників, є лиш тоді важна, коли всі добра, спілниками внесені, будуть точно списані й заінвентаризовані. Добра, яких не списано й не заінвентаризовано, не входять в рахунок, та не можуть вважатись спільними добрами (§ 1178 кн. з.).

2) До важности компромісу, в яким сторони годяться на певного роз'ємного судию для порішення спірних справ, треба письменної форми (§ 1391 кн. з. і 577 цив. проц.).

¹⁾ Мимо неважности задержує однак умова по мысли § 1432 кн. з. силу т. зв. природного зобов'язання, бо як раз т. зв. природне зобов'язане представляєся про себе як *negotium nullum*, що доперва наслідком якоїсь правової події викликає правні наслідки (пор. више ст. 124).

3) При деяких умовах є конечна форма нотарияльного акту, значить форма такої грамоти, яку списує нотар по законним правилам для провірення тотожності контрагентів і серйозності заявлень їх волі. Після нотарияльного уставу з 25. липня 1871 ч. 76 В. з. д. вимагає ся форми нотарияльного акту:

- а) при умовах подружних (Ehepakte),
- б) при умовах купна, обміну, позички й при рентових умовах між подругами,
- в) при таких актах, якими один подруг признає ся до довгу супротив другого,
- г) при актах, якими потверджує ся одержанє віна,
- ґ) при всіх даровинах „без дійсної передачі“,
- д) при всяких ділах правних *inter vivos*, які заключають сліпі, далі глухі, що не вміють читати, а врешті німі, що не вміють писати, о скілько они взагалі не послужують ся заступниками.

Спірне є в науці питанє, що діє ся, коли заключено повисші умови без форми нотарияльного акту? Нотарияльний устав каже, що від тої форми залежить важність умови, та се зовсім не противить ся тому, що такі умови задержують по мысли § 1432 кн. з. силу т. зв. природних зобовязань¹⁾.

По мысли § 943 кн. з. треба було до запозиваємости т. зв. приреченя даровини (*Schenkungsversprechen, promissio donationis*) письменної грамоти; сю постанову змінив нотарияльний устав, та жадає до важности такої даровини „без дійсної передачі“ форми нотарияльного акту. —

Всякі інші постанови нашого закона про конечність означеної форми, як при умовах про наслідство (§ 1249 кн. з. і. ф.), або при даровинах на случай смерти (§ 956 кн. з. і. ф.), не належать до облігаційного права, бо ані умова про наслідство, ані даровина на случай смерти не є облігаційною, але спадчинною умовою. Форми легітимації, еманципації й адопції належать до права родинного.

Деякі письменники зачислюють до законних форм також зложене до судового депозиту по мысли §§ 1271, 1272 кн. з. Але дотичні постанови стоять в безпосередній звязи з наукою

¹⁾ Пор. попередну примітку.

про т. зв. природні зобовязання, проте годі їх вважати як приписи формальні. Та навпаки закон виходить тут із погляду, що умови є неважні, а лиш через певні правні події можуть викликати деякі правні наслідки. (Ближші подробиці подано повисше ст. 123 й д.).

Також звісна річ, що відплатні умови нездатних до діланя по мисли § 865 потребують до важности судового затвердження, але таке затверджене годі зачислювати до законних форм, бо оно не слідує з потреби якоїсь форми, але основує ся на ідеї кінечного заступництва.

III. Часто означають самі контрагенти, в якій формі умова має бути заключена (умовлена форма). Найбільше в уживаню є письменна форма, про те й наш закон має перед всім лиш письменну форму на думці, та подає дотичну постанову в § 884.

Одначе годі з того вносити, мов-би контрагенти не могли вибрати иншої форми, крім письменної; они мають повну свободу вибору, та нема сумніву, що тут належать не лиш форми, подані § 883 кн. з., значить, форма судового затвердження, заключеня умови перед свідками, але також форма нотарияльного акту, введена нот. уст. з 25. липня 1871 ч. 76 В. з. д., а зрештою також инші форми, в обороті суспільнім уживані, або навіть поки-що не уживані. —

Повстає питанє, який вплив має умовлена форма на важність умови. Тут можливі 2 случая:

1) контрагенти хочуть, аби істнованє умови залежало від укінченя форми, щоби отже умову вважати доперва тоді заключеною, коли виконано точно умовлену форму; або

2) контрагенти хочуть бути звязані вже тою умовою, яєу заключили без форми, але годять ся на підприняте форми в цілях доказових.

Коли маємо на оці письменну форму, то повисше питанє звучить так: чи *in concreto* письменна грамота є диспозитивна (*Dispositiv-Urkunde*), чи доказова (*Beweis-Urkunde*), значать, чи она є суцною вимогою важности умови, чи служить тільки на доказ, що умову справді заключено?

Відповідь на се питанє дає поясненє волі контрагентів; се взагалі *quaestio voluntatis*, питанє інтерпретаційне. Але через те не дадуть ся усунути всілякі сумніви, тому наш

закон виходить із погляду, що незадержане умовленої форми спроваджує *in dubio* неважність умови.

Це правило висказане в § 884 кн. з. що-до форми письменної: Коли сторони згодили ся на письмєнну форму, — читаємо в тїм § — то перед підписанєм грамоти обома контрагентами умова не є ще остаточно заключена, умова ще не обов'язує. Що тут сказане про письмєнну форму, примінюєсь *mutatis mutandis* до всіх умовлєних форм.

Але й з огляду на письмєнну форму постановою § 884 кн. з. не обіймає всіх можливих випадків. І так: Сторони можуть умовити ся, що умова починає їх обов'язувати не в хвили підпису контрагентів, але доперва в хвили дорученя грамоти; а з другого боку, коли сторони заключили уже з собою умову, та доперва опісля умовили ся списати її, пр. задля інтабуляції, то ясна річ, що письмєнна форма не єсть в тїм случаю сущною вимогою умови, так як она істнувала уже передше

На підставі тих заміток приходимо до таких висновків:

1) Як сторони згодили ся на певну форму ще перед заключенєм умови, то до важности треба *in dubio* укінчення форми. Поки не виконано точно умовленої форми, нема умови; проте аж до хвилі укінчення форми не можна жадати ані сповнення умови, ані виконання форми.

2) Як контрагенти згодили ся на певну форму доперва по заключеню умови, то не можна припускати новадії, але умовлена форма має *in dubio* доказове значінє; она має служити для улекшення доказу як доказове средство¹⁾. В таких случаях можна жадати не лиш сповнення умови, але евентуально виконання умовленої форми в судовій дорозі.

IV. Повисші норми стрічають однак деякі зміни в науці про т. зв. пунктації (*Punktation*).

Они не є плодом римського права, тільки витвором романістичної доктрини повсеюдного права, на основі старо-німецького права. Наука не вєпіла одначе дійти до одноцільного вислїду, та навіть само понятє пунктації є хитке й в науці звієне в ріжнім значіню. Усі письмєнники годять ся на те,

¹⁾ Коли хтось пр. виплатив другому 100 К як позичку, та зажадав від нього опісля виставленя довжного скрипту, то скрипт служить тільки цілям доказовим, бо сама позичка наступила уже через виплату грошей.

що пунктація, се списанє тих точок умови, що-до яких заходить згода контрагентів, але впрочім тото списанє може мати трояке значінє:

1) Оно може обіймати тільки записки для піддержання пам'яті; контрагенти не хочуть сим бути зв'язані, та умова не є ще заключена, але находить ся в стадії переговорів. Сї записки не носять підпису обох сторін.

2) Але пунктація може обіймати усї головні (сущні) точки умови, на які згодили ся сторони, з застереженням будучого порозуміння що-до побічних точок умови.

3) Врешті пунктація може обіймати всякі точки умови, коли що-до змісту умови є повне порозумінє, тільки сторони застерегли собі певну форму, яка має бути на будуче доконана; пр. сторони згодили ся на форму нотарияльного акту, але перед доконанєм сеї форми порозумілись між собою що-до всіх точок умови й зміст умови списали.

Яка є *in concreto* ціль пунктації, се *quaestio facti*. Наш закон згадує тільки про третій рід пунктації в § 885, та його провідна думка така:

Коли списано умову, а з грамоти видко, що між контрагентами наступила згода що-до всіх сущних точок умови й коли відтак сторони підписали сю грамоту, то умова обов'язує вже обі сторони, а дальша форма, на яку згодили ся контрагенти, не є вже потрібна до істнованя умови, але має инше призначенє.

Тому щоби пунктація мала обов'язуючу силу, треба

а) щоби умова була списана й щоби відповідала всім вимогам письменної форми. Проте мусить бути підписана обома контрагентами.

Коли отже сторони згодили ся, що умова має бути заключена на письмі, то устна умова не може мати ніякої стійности, хіба-би обі сторони зrekli ся опісля письменної форми.

Устна — не списана — умова не може бути пунктацією, й коли умовлено письменну форму, то перед її доконанєм устна умова є лиш переговором, навіть тоді, коли-б контрагенти згодили ся уже що-до всіх точок умови, як сущних так несущних (§ 884 кн. з.); —

б) щоби з грамоти було видно, що обі сторони згодили ся на сущні точки умови. Про побічні точки не потрібна в грамоті ніяка згадка, уже з огляду на те, що під тим зглядом

приходять в поміч диспозиційні норми закону. Але як контрагенти застерегли собі в грамоті, що з огляду на несуттєві точки має наступити між ними в будучности порозуміне, то умова не може мати поки-що обов'язуючої сили, тільки лишаєся в стадії переговорів. —

Коли заходять повисші вимоги пунктації по мысли § 885, то можна з неї жадати не лиш сповнення умови, але також доконання умовленої форми, пр. форми нотарияльного акту.

V. Підпис контрагентів є актом, що довершує письмєнну форму. Всякі інші формальности не належать до письмєнної форми; § 884 i. f. зносить виразно давїйшу вимогу, що облігаційні умови мусять бути заосмотрені в печатку.

Щоби одначе улекшити уживанє письмєнної форми тим, що не вмюють писати, подає закон осібну постанову в § 886:

Хто в хвили заключєня письмєнної умови не вмє або не може грамоти підписати, мусять під грамотою покласти свій ручний знак в присутности двох сьвідків, з яких один підписує його імя.

Ся постанова відносить ся перед всім до тих, що не вмюють свого імени підписати. Вправді слова закона доторкають лиш тих, що писати не вмюють, але нема сумніву, що тут ходить о підписи, проте, коли хтось вправді є анальфабетом, але всеп навчити ся свого підпису, то нема підстави до приміненя § 886. Далі не ходить о те, чи він вмє читати, чи ні, та навіть, коли-б умова була списана в такій мові, якої він не розуміє, його підпис доконує форми.

Врешті як при формі завіщань (arg. § 580 кн. з.), так і тут законна пільга § 886 відносить ся також до таких, що вправді вмюють писати, але в хвили заключєня умови з фізичних причин (пр. з причини паралїжу) не в силі власноручно підписати ся.

Сяк чи так мусять одначе контрагент сам під грамотою покласти свій ручний знак (Handzeichen, пр. хрестик) — бо, як і того не може зробити, то взагалі не може контрагувати в письмєнній формі.

При актї мусять бути присутні 2 сьвідки, та один з них мусять підписати імя того контрагента, котрий не вмє або не може підписати ся; не треба одначе, щоби про се було згадано в самій грамоті. Сьвідки не потребують знати змісту умови ex anal. з § 579 кн. з., тільки мусять бути в силі провїрити

тотожність особи контрагента (ex anal. з § 585 кн. з.), та від контрагентів одержати запевнене, що зміст грамоти відповідає їх волі (ex anal. з § 579 кн. з.). Одначе поверх сего нема аналогії між письменною формою завіщання а письменною формою умови, бо ratio iuris § 886 кн. з. і різниця між звичайною формою умови, а торжественною формою завіщання вказують на те, що се відмінні правні інститути.

VI. Вкінці займає ся наш закон питанням, в яким відношенню зістає письменна грамота до того, що умовлено устно. Лучає ся чимало, що контрагенти сейчас по заключеню умови списали її в грамоті, але у списаню зайшли похибки, так що грамота не годить ся у всіх точках з тим, що умовлено устно. Повстає питане, що тоді рішає, чи устно умовлене, чи списане?

Ідучи за загальним значінем форми при обліаційних умовах, мусіли-б ми признати, що головною підставою умови є в даних случаях устна умова, бо списане грамоти має бути лиш точним ствердженем того, що умовлено устно. В австр. пр. письменна форма не має упривілесного значія.

Інакше в прускім праві; тут письменна форма має тому найвизначнійше значіне в системі, бо найбільша частина умов мусить мати письменну форму. З того виходить дальша постанова пруского права, що при колізиях що-до змісту між устною умовою а письменною грамотою, рішає се, що в грамоті написано.

Австр. пр. присвоїло собі той вислідок; але в рамках австр. пр. він є аномалією, тому дотичну постанову § 887 кн. з. треба розуміти в тіснішій значіню. Основу до такої інтерпретації стрічаємо уже в самім тексті § 887, а крім сего в історії редакції сеї постанови.

§ 887 постановляє: Як про умову списано грамоту, то попередні устні переговори, що відбули ся разом, але не годять ся зі змістом грамоти, або містять в собі нові додатки, не мають стійности.

Проте, щоби при колізиях між змістом устної умови а письменною грамотою, рішали постанови грамоти, треба таких вимог:

1) Умова мусить бути списана на письмі з всякими вимогами письменної форми по мисли § 884 кн. з., значить, мусить бути підписана обома контрагентами. Коли-б виімково

грамота була підписана тільки одним контрагентом (пр. при довжнім скрипті), то евентуальні постанови усної умови мають повну стійність.

2) Грамота мусить бути диспозитивною, не лиш доказовою грамотою. Наколи-б усна умова була уже передше остаточно заключена, а опісля згодились контрагенти на списане умови, то усна умова є зовсім стійна й на ню можна при колізіях покликувати ся. Подібно при інших доказових грамотах, коли сторони а рігогі згодили ся на те, що письменна форма має мати лиш доказове значіне. Се зовсім природне, бо грамота має тут призначене доказового средства, тому побіч того доказового средства мусимо також допустити інші докази, значить, м. и. докази із попередної усної умови.

Крім сего постанові § 887 кн. з. не підлягають такі умови, що їх списано по остаточноім заключеню усної умови для певної окремої цілі, пр. для інтабуляції.

3) § 887 примінює ся лиш тоді, коли попередна усна умова має такі постанови, які „противлять ся“ постановам грамоти, або має такі додатки, яких не містить в собі грамота. „Додатки“ — се *accidentalia negotii*, несуттні точки умови.

Коли одначе в усній умові находять ся такі суцні точки (*essentialia negotii*), яких нема зовсім в письменній грамоті (пр. виразне означене ціни купна), або навпаки в письменній умові стрічаємо такі несуттні точки („додатки“), яких нема в усній умові, то рішає *in dubio* зміст усної умови.

4) Ріжниця мусить відносити ся до самого змісту умови, тому § 887 не може примінити ся, як хтось оспорує не поодинокі постанови умови, але стійність самої грамоти про себе. Проте можна покликатись на усні постанови, коли заходить симуляція — та й взагалі при симуляції примінює ся постанова § 916, а не § 887. Грамота тратить свою стійність, як один з контрагентів зможе доказати, що грамота списана під впливом примусу, похибки або обману й не відповідає воли сторін.

Врешті задержують повну стійність тоті усні постанови, що мають ціль пояснити або близше розвести зміст письменної грамоти.

Коли далі зважимо, що постанова § 887 кн. з. є диспозиційна, та може бути виключена противною волюю сторін, то дійдемо до висновка, що в ній не висказане загальне правило, але радше виїмок від противної засади. —

Зміст умови.

§ 39.

Загальний огляд*).

I. Облігацийні умови служать цілям вельми розгалуженого обороту суспільного, проте зміст умов є дуже різнородний. Коли далі зважимо, що у нас панує засада свободи умови й отся свобода відносить ся також і до змісту умови, та коли звернемо увагу на се, що суспільне жите й його потреби находять ся в постійній флюктуації, яка родить усе нові форми обороту, то зрозуміємо, що зміст облігацийних умов не підчинює ся ніяким шематам, ніяким шаблонам. Вправді виробились споконвіка певні облігацийні типи таких умов, що приходять найчастійше в щоденнім житю, але й они одержують постійно нові причинки, так що являють ся часто зовсім відмінно від своїх прототипів. Поверх сего оборот суспільний шукає собі всюди без огляду на тоті типи таких, чимало нових, творів, які найліпше відповідають його потребам.

До сеї появи навязує теория поділ умов на названі й неназвані умови (*contractus nominati* і *innominati*). Що римске пр. під сим поділом розуміло, сьогодні не має уже ніякої стійности, але ми уживаємо сеї назви на означене, що деякі умови так часто лучають ся в правнім обороті, що мають певну, осібну назву, наколи інші умови тої назви не мають. Наш закон знає такі типи й трактує про них з осібна — се *contractus nominati* нашого закона; всі інші умови, що не дадуть ся підчинити безпосередно під один з тих типів, є *contractus innominati*.

*) Поп. Schey, Obl. verhältnisse I. § 1; Steinbach, Erwerb und Beruf (1896); Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation (1897); Schuster v. Bonnot, Grundriss, ст. 51, 52. —

Що сей поділ не має ніякої правної далекосягlosti, слідує само з себе. Насуває ся лиш питанє, які правні постанови примінують ся до неназваних умов, що в нашім законі не є з осібно трактовані. Нема сумніву, що загальні правила облїгаційного права, а про облїгаційні умови з осібно, мають тут рішаюче значінє. Одначе чимало лучає ся, що *contractus in-pominatus* не є зовсім новим твором, але тільки малою модифікацією існуючого типу, або спорідненим з двома згл. більше типами — тоді не мож відкидати зовсім подрібних постанов про дотичні типи, але єсть задачію інтерпретації, винайти ріжниці й точки схожі, та на сій підставі дійти до вдоволяючого вислїду¹⁾.

II. В теорії стрічаємо поділ умов на головні й додаткові умови (*Haupt- und Nebenverträge*). Сей поділ відносить ся до змісту, проте згадуємо про нього на сїм місци.

Назва „додаткові умови“ має подвійне значінє:

1) Під додатковими умовами розуміє ся такі умови, що виступають лиш як додатки до другої умови, котрої наслідки они в певнім напрямі модифікують (т. зв. *parta adjuncta*); пр. *lex commissoria* при купні.

2) Додатковими умовами називаємо також такі умови, що з іншими умовами стоять в певній правній залежності, так що судьба головної умови має вплив на судьбу додаткової умови. Тут належать перед усім такі умови, що служать до безпеки других умов.

III. Крім повисших (I, II) поділів, що опирають ся радше на зверхних чим на внутрішних познаках, та не дають погляду на характеристичні внутрішні цїхи облїгаційних умов з огляду на зміст, звісні є в науці інші подїли, що старають ся звести облїгаційні умови до провідних думок суспільного обороту. Одначе як отсі провідні думки обороту не стоять

¹⁾ Так пр. т. зв. часткове політе (*Teilpacht*), в нашім законі не назване окремою назвою (§ 1003 кн. з.), є твором зложеним, в склад якого входять елементи аренди й елементи спілки; умова о доставу діла (*Werklieferungsvertrag*), також не звісна в нашім законі під осібною назвою, містить в собі чинники купна й умови о працю (§ 1158 кн. з.), і т. д. Ся проява має такі конвенції, що в першім випадку треба відповідно скомбінувати постанови про аренду й про спілку, а в другім випадку постанови про купно й про *l. c. operis* і т. д.

побіч себе ексклюзивно, але діляють рівночасно й в ріжній силі, так і сей поділ подає загальну характеристику якихес важнійших груп, але без права виключности, бо бувають твори, що лучать в собі характеристику ріжних категорій, або що не підчинюють ся під жадну категорію. Проте понисший поділ має лише задачу вказати на найважнійші прояви облігаційного обороту.

1) Чоловік виступає під економічним зглядом або сам як одиниця, що має на меті лиш свої питомі егоїстичні цілі, або в органічнім сполученю з другими в узглядненю економічних цілвй других. На сїм полягає поділ на

а) умови про передачу й набутє дїбр (Verträge der Güterübergabe und des Gütererwerbes), і

б) умови організаційні (Verträge der wirtschaftlichen Organisation).

Умови про передачу й набутє дїбр можуть бути відплатні й безплатні (пр. купно — даровина). Найважнійшу ролю відгривають відплатні умови сеї категорії; всі они стоять на засаді свобідної конкуренції (System des freien Wettbewerbs), та їх провідною думкою є обмін економічних дїбр, проте назва „обмінних умов“ (Güter-austauschverträge) в найширшім розуміню.

Але знова в міру сего, які економічні добра є предметом умови, можна відріжнити:

а) обмінні умови в тіснійшій розуміню, де ходить о обмін річевих дїбр (купно, обмін);

б) пожиткові умови (Gebrauchsverträge), як предметом обміну є пожиток з річи (наєм, аренда, процентова позичка);

γ) умови о працю (Arbeitsverträge), де праця єсть предметом обміну (l. c. operarum, operis, відплатне depositum, і т. и.).

Всі тоті умови можна назвати заробковими умовами (Erwerbsverträge), бо їх spiritus movens є особистий зарібок. Головна ціль лежить в зиску; тут ходить о найвисші особисті користи, а найменші жертви.

Безплатні умови сеї категорії суть висловом конечности товариского життя, они опирають ся на почутю ліберальности (Liberalität), без якої не може істнувати жадна суспільність.

До другої категорії належать т. зв. організаційні умови. Вони полягають на підчиненню під чужі або спільні цілі, тому виключений є систем свободної конкуренції, та особин, обняті такою умовою, не можуть змагати до досягнення власних користей, лиш ділати чесно у чужім згл. спільнім інтересі. В приватнім праві організаційні умови ділять ся на дві групи:

а) Одна група обіймає сполуку самотійних, рівноправних осіб для досягнення економічної цілі. Типом такої сполуки є *societas*.

б) Друга група характеризує ся як заступництво управителя господарства другою особою, пр. *mandatum*. --

2) Важний під зглядом цілі є поділ умов на кредитові умови (*Creditverträge*) й умови для забезпечення (*Sicherungsverträge*). Цілію перших є дане кредиту, значить, признане комусь уживання зуживаємих річий з обовязком віддання *in genere* по якімсь часі (пр. позичка, *depositum irregulare* й т. д.). Цілію других єсть безпека перед евенуальними злими наслідками (пр. порука, *depositum, pignus*, контракт убезпеченя й т. д.).

Повисший поділ вказує тільки на дві окремі групи умов, але не стоїть з собою в ніякій звязи. --

IV. Пізнавши загальну характеристику найголовнійших груп облігаційних умов, котрих близше розведене належить до другої (т. зв. подрібної) часті облігаційного права, мусимо на сїм місци звернути увагу на се, що зміст умови прибирає чимало певні характерні ціхи, які мають загальне значіне, та проявляють ся при найріжнороднійших умовах в певнім виді. Перед всім належать тут два роди умов о загальнім значіню: т. зв. підготовні умови (*Vorverträge, pacta de contrahendo*) й умови на користь згл. на некористь третих (*Verträge zu Gunsten oder zu Lasten Dritter*). (Про неможливі й недозволені умови була бесіда уже в першім розділі ст. 26—34). Впрочім треба тут зачислити такі умовні постанови, що лучають ся в щоденнім житю при найріжнороднійших умовах і тому мають в облігаційнім праві загальне значіне. Тут відгривають найважнійшу ролю: услівя, реченці, прикази, а далі задаток,

передаток, відступне, умовна кара й застережене відступлення від умови.

Понише приступаємо до ближшого розбору дотичних питань.

§ 40.

Підготовні умови*).



I. Чимало лучає ся, що нема ще підстави до заключення умови в теперішности, але сторони в тім інтересовані, щоби забезпечити заключене умови на будуче. Тоту ціль мають т. зв. підготовні умови (Vorverträge, pacta de contrahendo). Змістом сих умов є прийняте обовязку заключення певної умови (т. зв. головної умови, Hauptvertrag) в будучности¹⁾. Наш закон називає таку умову „Verabredung des künftigen Vertrages“ і трактує про ню в § 936 кн. з.

Про суть підготовних умов існують в теорії ріжні погляди, проте належить призадуматись ближше над правовою суттю сего понятя :

1) Pactum de contr. не є лиш актом, підготовляючим умову, але сам про себе готовою, самостійною умовою. Тому треба тут відріжнити дві умови: попередню умову — се pactum de contr., й пізнійшу умову, котрої заключене наступає

*) Гл. Cod. Ther. III. 2. n. 53; Prot. II. ст. 462.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 147—150; Nippel, Erl. VI. ст. 203—208; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 110—112; Ellinger, Handbuch ст. 425; Stubenrauch, Comm. II. ст. 129—131; Kirchstetter, Comm. ст. 484, 485; Krainz, System II. ст. 57—60; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 668—671; Till, Prawo pryw. III. ст. 115—118; Schuster v. Bonnot, Grundriss, ст. 24.

Врешті: Regelsberger, Civilrechtl. Erörterungen I. (1868) ст. 125 і д.; Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrages (1871); Praktiker, Vorvertrag und Punctation, в Gellera Centralblatt I ст. 141 і д.; Adler, Realcontract u. Vorvertrag, в Jahrb. f. Dogm. XXXI. ст. 190—279; Schey, Obl. verhältnisse I. ст. 38, 172 й д., 189 і д., 279 і д.; Зобков, Pactum de contrahendo, в Часописи правничій VI (1896) ст. 1 і д.; Pfaff, Clausula rebus sic stantibus (у Festschrift für Unger 1898 ст. 339 і д.). —

¹⁾ Хтось зобовязує ся на рік 1903 всякі потреби що-до купна книжок заспокоювати в книгарні Наукового Товариства ім. Шевченка.

наслідком прийнятого в *pactum de contr.* обов'язку. Се умови самостійні — проте підготовну умову треба строго відрізнити від пунктації, яка задля браку умовленої форми не є ще остаточно заключеною умовою. Взагалі коли важність умови залежить від письмовної або іншої форми, то поки умова є лиш усно заключена, не може бути бесіди про *pactum de contr.*

2) Мимо загального правила свободи умови, *pactum de contr.* не може змагати до заключення річевої або родинної умови, та обмежуєсь виключно на умови облїгаційні. Значить, предметом *pacti de contr.* може бути тільки обов'язок до заключення облїгаційної умови. Умову купна-продажу або даровини пр. не можна вважати як *pactum de contr.*; з огляду на передачу — (*traditio* з річевою умовою) — проданої або дарованої річи, а заручини не є *pactum de contr.* з огляду на будуче подруже.

3) Головна умова, що має бути заключена наслідком підготовної умови, може бути або реальна або консензуальна. Звичайно є она реальною умовою, пр. позичка, котру підготовляє *pactum de mutuo dando*. Але нема підстави, за деякими письменниками підготовні умови обмежувати тільки на реальні умови, та не допускати їх з огляду на консензуальні умови; бо коли пр. хтось з другим умовить ся, що протягом року мають з собою заключити умову спілки, то річ ясна, що они ще тепер не хочуть бути в спілці, й що не становлять поодиноких подрібних постанов між собою, лиш мають нині намір запевнити ся що-до заключення спілки в будучности. Така умова має зовсім раціональну підставу, проте закон мусить її визнавати.

Обов'язок до заключення головної умови може бути односторонний або обосторонний; — се *quaestio facti*. При *commodatum* і *depositum* звичайно односторонний, при позичці або односторонний або обосторонний (*pactum de mutuo dando* — *de mutuo accipiendo*).

4) Правною метою, до якої змагає підготовна умова, є заключене головної умови в будучности. Ріжниця між *pactum de contr.* а пізнійшою с. т. головною умовою лежить в тім: предметом головної умови є *dare, facere, praestare*, предметом підготовної умови *contrahere*.

Pactum de contr. змагає до заключення умови; се мусить бути умова, не лиш односторонне заявлене; тому не може

бути бесіди о *pactum de contr.* при виборових умовах, де одній стороні прислугує право свобідного вибору, або при умові первоюкупу.

Сповнене підготовної умови лежить в заключеню головної умови. Із підготовної умови не можна жадати прямо сповнення того, що є предметом головної умови¹⁾. В міру сего доходжене права із *pactum de contr.* звертає ся тільки на заключене головної умови, а не прямо на *toto dare* або *facere*, що є предметом головної умови. Тому й в осуді висказує суд, що сторони є обовязані заключити з собою умову певного змісту.

Яквій є однак наслідок правосильного судового осуду, залежить від того, чи до заключеня головної умови треба реального діланя (реальні контракти), чи виключно певної заяви зі сторони контрагента (консензуальні контракти). В першій випадку екекуція правосильного осуду наступає через грошеві кари, зглядно арешт (§ 359 екз. уст.); пр. при *pactum de mutuo dando* пізваний має виплатити позичку, бо інакше спонукає ся його до того грошевими карами згл. арештом. В другій випадку, де пізваний має до заключеня умови зложити тільки певну заяву, відріжняє екз. уст., чи головна умова є односторонна, чи обосторонна. При односторонних умовах вважає ся заяву пізаного наслідком правосильного осуду як зложену (як-би пізваний дотичну заяву справді зложив: § 367 екз. уст.), а при обосторонних умовах сей наслідок може лиш тоді наступити, коли противняк (т. є. позиваючий) сам сповнив із свого боку се, що до нього належало (§ 359 екз. уст.). —

Наведені ціхи відріжняють підготовну умову від подібних умов, і так (крім висше згаданих):

а) від продажи сподіваної річі (*emptio rei futurae*), пр. овочів з саду на будучий рік. Тут є лиш одна, одноцільна

¹⁾ Коли хтось прирік другому дати позичку 200 К, то не мож сказати, що він йому винен 200 К, тільки, що обовязаний з ним заключити умову позички в квоті 200 К. Доцерна тоді, коли він виплатив другому сих 200 К, стає вірителем тої суми. Від сповнення *pacti de contr.* не можна ухилити ся пр. тим, що складає ся сих 200 К до судового депозиту, бо *pactum de contr.* змагає до того, аби виплатити в будучности другому суму 200 К *credendi causa*, а не щоби зложити її до судового депозиту.

умова, що мусить бути виконана в будучности, а не ходить тільки о закінчене окремої умови, —

б) від т. зв. умови про відкритє кредиту (*Crediteröffnungsvertrag*), бо уже через тоту умову уділюєсь безпосередно кредиту до якоїсь висоти, й контрагент, беручий кредит, стає безпосереднім довжником. Проте до сеї умови не приміняють ся постанови про *pactum de contr.* —

II. Щоби із підготовної умови можна було жадати закінчення головної умови, мусять після § 936 кн. з. заходити ось які вимоги :

1) Час закінчення головної умови мусить бути в підготовній умові виразно поданий. Коли час неозначений, підготовна умова не має обовязуючої сили.

2) Крім сего мусять уже в *pactum de contr.* бути подані есущні точки головної умови (*essentialia negotii*), які не дадуть ся доповнити диспозиційними нормами закона. Ціль тої постанови такий, щоби судия міг на случай спору точно означити зміст головної умови, яка має бути закінчена.

3) Обовязуюча сила *pacti de contr.* утає, коли обставини в межичасі — с. т. між *pactum de contr.* а обовязком до закінчення головної умови — так основно змінили ся, що ціль умови не дасть ся опісля осягнути й одна сторона стратила через те до другої сторони довіре. Се звісна в повсюднім пр. *clausula rebus sic stantibus*.

Ся клявзуля виступає не лиш при таких підготовних умовах, що змагають до признаня кредиту (*pactum de mutuo dando*), але взагалі при всяких підготовних умовах, бо справедливо замічає Zeiller, що годі припускати, аби котрий з контрагентів хотів зобовязати ся до закінчення умови при так основно змінених обставинах, пр. коли той, котрому приречено позичку, перед закінченням умови попаде в конкурс, коли слуга перед почином служби тяжко занедужає й т. д.

Clausula rebus sic stantibus вимагає :

а) щоби ціль умови не дала ся опісля осягнути. Отся ціль, якій має служити будуча умова, мусять бути виразно висказана, або мусять із обставин наглядно виходити, так щоби її могла пізнати також друга сторона ; —

б) а б щоби через зміну відносин одна сторона стратила довіре до другої. —

Право доходження свого права із підготовної умови погасає по році від часу, коли головна умова повинна була після умови бути заключена. Се є надзвичайне за давнєнє. Почин сего давнєнє означує § 936 кн. з. від хвилі, коли був реченець до заключеня головної умови. Зрештою наслідки того давнєнє такі самі, як при давнєню правних жадань з за поруки¹⁾.

§ 41.

Умови на користь і на некористь третих^{*}).

I. Хто в умові другому прирікає, що принесе третій особі якусь правну користь, заключає умову на користь третих (Vertrag zu Gunsten Dritter). Така умова має окреме правничє значінє о стільки, о скілько промісар, значить сей, котрому промітент зложив приречєне, не є заступником третої особи, о скілько отже не заходить випадок заступництва.

¹⁾ Пор. више ст. 191 і д.

^{*}) Gl. Cod. Ther. III. 1. n. 32—36, 51, 52; 2. n. 59—61; 18. n. 19; 32, 35, 46; Horten III. 1. §§ 9, 54; Martini III. 1. § 24; 4 §§ 15, 18, 19. Гал. кн. з. III. §§ 24, 116, 119; Prot. II. ст. 16, 17, 52, 53, 565.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 50—55, 298, 299; Nippel, Erl. VI. ст. 79—83; VII. ст. 100—102; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 40, 41, 227, 228; Ellinger, Handbuch ст. 404, 460, 461; Stubenrauch, Comm. II. ст. 45—47, 233, 234; Kirchstetter, Comm. ст. 462 пр. 9, ст. 525—527; Krainz System I. ст. 347—355; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 448—483; Till, Prawo pryw. III. ст. 84—90; Огоновский, Систем II. ст. 62—64; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 20, 21.

Крім cero: Bähr, Ueber die sog. Verträge zu Gunsten Dritter, в Jahrb. f. Dogm. VI (1863) ст. 131—186 (також XI. ст. 394—397); Unger, Die Verträge zu Gunsten Dritter, в Jahrb. f. Dogm. X. (1871) ст. 1—109; Stobbe, Deutsches Privatrecht III § 220; Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter (1873); Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873), ст. 142—159; Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio (1876) ст. 50—85; Tartufari, Dei contratti a favore di terzi, (1889); Leonhard, Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten (1892); Lambert, Du Contrat en faveur de tiers (1893); Pacchioni, I contratti a favore di terzi (1898); Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte (1899).

Римське право не знало по правилу ані безпосередного заступництва, ані умови на користь третих. Звісне є правило римського пр.: „*ex pacto tertii nemo acquirit*“; т. зв. *pacta in favorem tertii* є неважні.

Одначе в пізнійшій розвою римського пр. бачимо виїмки від сего правила. Перед всім спадчинник може з другими заключати умови на користь своїх спадкоємців; при даровині може даруючий обдареному дати приказ (*modus*), даровану річ передати пізнійше третій особі; коли віно устанавляє один з предків (асцендентів) жінки, може обтяжити мужа приказом на користь третих; коли хтось дає другому річ у переховок або в *commodatum*, може вимовити віддане річи на жадане властителя; врешті зачисляють тут деякі письменники, хоч невірні, умову заставничого вірителя з набувцем заставної річи, де набувець зобов'язуєсь на жадане заставничого довжника відступити йому річ за заплаатою ціни (тут заходить *negotiorum gestio* іменем третого).

З противного погляду виходило старо-німецьке право. Нігде не висказує оно неважності умов на користь третих, та навпаки найбільша частина признаних в нинішнім праві умов на користь третих походять із старо-німецького права.

Почин до сего дав звичай заключуваня умов на користь певних осіб через посередників, званих *Salmänner*. Сей звичай стрічаємо в Німеччині в 10—14 віка. *Salmann* був особою, що приймав оферту, котра мала третому принести користь; його посередництво скріпляло умову як раз через те, що акцептантом був инший, чим той, кому чинитьба припадала. Пізнійше затрачує ся і правді посередництво *Salmann*-ів, але на сій основі повстає признане умов на користь третих.

Врешті: Dolliner, *Kurze Erläuterung des § 1019*, в *Zeitschr. für Rechtsgelehrsamkeit* 1836 I. ст. 164 й д.; Nippel, в *Materialien* I ст. 165 і д.; Lemayer в *Ger. Ztg* 1869 Nr. 82—87; Pfaff, в *Grünhuta Zeitschr.* I. ст. 212 і д.; Steinlechner, *ibid.* IV. ст. 353 і д.; Steinbach, *Vertragsmässige u. letztw. Veräusserungsverbote* ст. 41 і д.; Огоновский, *Geschäftsführung ohne Auftrag* (1877) ст. 96 і д.; Ofner, *Der Auftrag zu Gunsten eines Dritten*, в *Grünhuta Zeitschr.* XVIII. ст. 313 і д.; Mostowski, *Umowy na korzyść osób trzecich* (1883); Ehrenzweig, *Die sog. zweigliedrigen Verträge* (1895); Krasnopolski, *Zur Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter nach ö. R.* в *Grünhuta Zeitschr.* XXII, ст. 577 і д.

Тільки вельми спірне є питанє, чи й о скількó признавало старо-німецке право третій особі безпосередне право з такої умови.

Повсюдне право не приняло вправді правила: „ex pacto tertii nemo acquirit“, але на підставі звичаєвого права виходило оно усе поза обєм виїмків, признаних в римскім праві. Й так признавано загально важність

- а) передачі хлопекої посеїлости за житя властителя на одно з його дітний з припорученєм сплачення (Abfindung) інших дітний, або з вимогою досмертного удержаня для своєї жінки,
- б) впису своєї жінки до вдовичої каси, й
- в) взагалі всіляких обезпечень житя на користь третих, та
- г) подружних умов з вимовою певних користий для дітний з першого подружа.

Але спірне питанє, чи трета особа набуває для себе права з умови безпосередно й *ipso iure*, перейшло також до повсюдного права, й тут існують дві головні теорії, теорія приступлення або прийнятя (Beitritts- oder Acceptationstheorie) й теорія безпосередного приросту (Anwachungstheorie). Теорія прийнятя або приступлення виходить з того, що третій особі не мож накинути ніяких прав без її волі, тому она з умови на її користь може набути права лиш через приступленє до умови, с. т. через прийняте (деякі письменники жадають навіть, аби спершу контрагенти, с. т. промісар і промітент, зажадали від третої особи приступлення, й доперва на се жаданє приступила трета особа); а теорія безпосередного приросту учить, що *tertius* без відомости й без заявленя волі набуває права з дотичної умови, та де нема такого безпосередного наслідку, не може бути бесїди про умову на користь третих в правнім розумію.

Новітні законодатства приймають по правилу теорію приступлення. Супротив давнійшої теорії, що мішала понятє заступництва з понятєм умов на користь третих, сьгодні отєя ріжниця находить що раз більше призванє, тільки між теоретиками веде ся спір, в чім она лежить, і як відносить ся до неї австр. пр.

II. Австр. пр. узнає ріжницю між умовами на користь третих а умовами заключеними через заступників. Она лежить в тім:

1) При заступництві ходить о заключенє дїла правного іменем третого, при умовах на користь третих о принесенє користи для третого. Значить:

а) Цїлю заступництва є заключенє дїла правного замість третого; цїлю умови на користь третих є тільки принесенє правної користи третому з умови між промітентом а промісарем. Тут не ходить о правниче діланє (*iuristische Handlung*) за третого, лиш о правну користь для третого.

б) Заступник ділає там, де повинен ділати сам заступлений, він є органом заступленого в цїли заключеня дїла правного, й то органом, або безпосередно через заступленого на сю цїль вибраним, або (при *negotiorum gestio*) хоча без його волї, але в свідомости про зависимість діланя від його будучого затвердження. Коли заступник заключає умову іменем третого, то она приходить до бутя не на підставі його власного кредиту, але на підставі кредиту заступленого.

Інакше є становиско промісара при умовах на користь третих. Він ділає независимо від волї третого, та самостійно без правної понуки зі сторони третого, а третій одержує з умови між промісарем а промітентом користь, хоч взагалі нічим не причинив ся до заключеня умови між ними. Умова на користь третих основує ся не на кредиті третого (бо она має йому принести тільки користь), але на кредиті промісара.

Проте можна сказати: при заступництві принципалом є заступлений, а при умовах на користь третих промісар.

2) Заступник не участвує власним майном в ділі правнім; його майно не стоїть в ніякім відношеню до заключеного ним дїла правного. Інакше при умовах на користь третих; в найбільшій числі випадків є промісар безпосередно своїм майном інтересований, бо підставою умови на користь третих є звичайно якась маєткова чинитьба промісара супротив промітента; у всяких інших випадках умова на користь третих має свою підставу (*causa*) в ліберальности промітента супротив промісара, так що перенесенє користи на третого відбуває ся посередно коштом майна промісара. Проте при умовах на користь третих є така альтернатива: або сам промісар частину свого майна відступає промітентови й за те жадає від нього чинитьби на користь третого; (тут він

є безпосередно своїм майном інтересований) — або промітент лиш з огляду на особу промісара годить ся принести третому якусь користь, так що тоту користь, яку мав одержати промісар, за його волю одержує третій.

3) Від negotiorum gestio ріжнить ся врешті умова на користь третих тим, що промісар мусить мати все свій правний інтерес у перенесеню користи на третього, наколи negotiorum gestor такого інтересу не має.

III. Пізнавши засадничу ріжницю між умовами на користь третих а правним заступництвом, можемо приступити до ближшого поясненя, у чім лежить суть умов на користь третих в австр. пр.

Перед всім не находимо в австр. пр. ніякої підстави до теорії приступленя; але й з другого боку т. зв. теория безпосередного приросту не набула ще права горожанства. Головно-ж мусимо опрокинути погляд, будь-то-би умови на користь третих вимагали усе безпосередного набутя користи через особу трету; бо сеся вимога може вправді відповідати найліпше бажанням приклонників сеї теорії, але з того не виходить, що в інших випадках умова на користь третих перстає мати правні наслідки, привязані до таких умов.

Взагалі характерна ціха умов на користь третих лежить у тім, що в їх рамках виступають не дві сторони, але три; крім промітента й промісара, що входять в склад кожної умови, виступає тут ще! трета особа (tertius), що з сеї умови тягне правні користи. Проте треба відрізнити

- а) відношене промітента до промісара¹⁾, й
- б) відношене третої особи до контрагентів²⁾.

Чимало лучає ся, що умова на користь третих не виходить поза межі першого відношеня (а); тоді лиш сам промісар має право від промітента жадати сповнення умови, с. т. принесеня користи третій особі — та трета особа не має жадного права. Й в такім випадку заходить умова на користь третих, тільки не переносить она права позву на трету особу.

Дальшу стадію розвою становить право третього, жадати з чужої умови приреченої користи. Закон може в деяких ви-

¹⁾ Гл. понисше під V—VII.

²⁾ Гл. понисше під VIII.

падках признати третому безпосереднє й самостійне право з чужої умови, але може установити різні обмеження, може до права позув третого жадати окремої правової події, або певного поведєня зі сторони третого, або врешті може визначити час, від якого се право для третого має повстати; — та мимо сеї різнородности усе заходить умова на користь третих й усе тота умова становить одну органічну цілість. Не можна розривати поодиноких членів умови, бо они становлять одну умову, тому й трета особа не може мати ніякого права, як покаже ся, що правне відношенє між промітентом а промісарем було неважне. —

По тих загальних замітках можемо приступити до аналізи поодиноких правних постанов.

IV. § 881 кн. з. рг. становить, що крім законом означених случаїв не може ніхто за третю особу прийняти приречєня. З того виводять деякі письменники, що австр. пр. не признає в засаді умов на користь третих. Одначе ся теория нестійна, бо § 881 рг. не звертає ся прямо против умов на користь третих, і як слїдує з історії редакції сеї постанови, не є она в сути річи правилом, але радше виїмком від правила. Коли іменно зважимо, що під случаями, які закон виїмає з під своєї норми („die von den Gesetzen bestimmten Fälle“), розуміли кодифікатори всілякі випадки добровільного й кінечного заступництва, то стане нам ясно, що через те відвернуло ся відношенє правила до виїмків, бо заступництво є в нинішнім праві загальним інститутом, а не лиш, як в римскім праві, виїмком.

Наші кодифікатори не мали в § 881 на гадці умов на користь третих, хїба о стїльки, що они за пануючою тоді доктриною не здавали собі справи з різниці між заступництвом а умовами на користь третих. Зрештою сам Zeiller признає, що кождий може умовитись важно з другим о принесенє користи для третого, й коли заходить який небудь правний інтерес, умова між самими контрагентами має правну силу. § 881 тикає ся взагалі тільки відношеня третої особи до діла правового, яке заключили інші особи, але й під тим зглядом нема сумніву, що кодифікатори не звертали своєї уваги з осїбна на умови на користь третих.

Проте з § 881 годі висувати правило, яке виключало-б важність умов на користь третих, і невірно є з огляду на сю постанову говорити, що австр. пр. признає тільки виїмково важність умов на користь третих; та в інших правних постановах треба глядіти підстави для загальної теорії.

Але на жаль нема таких постанов, з котрих можна-б дотичні правила безпосередно висувати. Кодифікатори, що не мали ясного погляду на наш правний інститут, не могли подати в законі відповідних постанов — але чейже не годить ся за приміром деяких письменників усеунути тому увесь інститут умов на користь третих з систему австр. права! Де існує так сильна потреба, що виступила уже в праві повсюднім, там не можна над нею перейти з легким серцем до днешнього порядку, але треба пійти за здоровим інстинктом наших кодифікаторів, і з поодиноких принагідних постанов дійти до загальної теорії.

Точку опори находимо перед всім в загальних правилах про умови, а далі в постановах §§ 1019 і 709 і д.

V. При умові на користь третих повстає в першому ряді правне відношенє між промітентом а промісарем. Промітент прирікає промісареві, що принесе третій особі якусь користь.

Се правне відношенє представляє ся як умова, з якої промітент є промісареві обовязаний до чинитьби на користь третого. Проте до сего відношеня примінюють ся перед всім загальні постанови про умови. Засадничо такі умови є важні, та правне відношенє має силу між контрагентами, бо австр. пр. приняло за усіми новітними законодатствами правило свободи умови — а осібної заборони таких умов не стрічаємо нігде.

Впрочім мусять заходити всякі вимоги, які наше право привязує до істнованя умов взагалі. Головно звертаємо увагу на сі моменти:

1) Промісар мусять мати оправданий правний інтерес у виконаню принятого приреченя; він мусять мати правний інсрес у тім, що трета особа має одержати якусь користь. Тут не треба конечно грошевого інтересу, але все-таки мусять заходити такий

інтерес, що в області права може числити на загальне признание¹⁾.

2) По стороні промітента мусить заходити *causa debendi*. Тота *causa* мусить істнувати у відношеню до промісара. Промітент має лиш особу свого промісара на оці, й коли з огляду на нього обов'язуєєь третому принести якусь користь, то може се стати ся тільки з двоякої причини, або

а) як відплата за се, що одержав від промісара, або

б) як акт ліберальности супротив промісара.

Проте є два головні роди умов на користь третих: перед всім такі умови, в котрих сам промісар дає промітентови річи маєткової вартости й жадає як відплату принесеня якоїсь користи третій особі (під а); або такі умови, де промісар не дає нічого промітентови, тільки противно промітент з огляду на особу промісара зобов'язує ся третій особі принести якусь користь (під б).

Отся ріжниця має для австр. пр. найважнійше значіне, бо она находить *implicite* свій вираз в постановах §§ 1019 і 709 кн. з.²⁾.

3) Врешті пригадуємо, що до важности умови воля за-являючих мусить бути серйозна (*Ernstlichkeit des Willens*), проте, коли між промісарем а промітентом нема серйозної волі перенести на третю особу якусь користь, коли отже з даних обставин не слідує, що контрагенти (головно промітент) хочуть *in concreto* справді заряджувати своєю волю, умова на користь третих не має стійности³⁾. —

VI. Австр. пр. знає умови на користь третих тільки в виді т. зв. припорученя (приказу) по мисли §§ 709 і д., і § 1019 кн. з. Обі тоті групи постанов говорять про т. зв. „*Auftrag*“, тільки се понятє не обіймає тих самих випадків;

¹⁾ Неважне є пр., коли хтось другому прирече, що відвідає третього.

²⁾ Близше пояснене слідує понисше під VI, VII.

³⁾ Пр. приходжу до знакомого й кажу: Уже крайний час, щоби-сь своєму братови справив убранє; а він на се: Добре, добре —; то з того годі вносити, що повстало зобов'язанє до купленя убрания, та третий (т. є. брат) не може ніколи виступити в жадними жаданиями, хоч-би навіть наступило повідомленє по мисли § 1019 кн. з., а в рівній мірі й сам промісар не може жадати сповненя приреченя.

та навпаки кожда з тих груп обіймає иншу групу випадків. §§ 709 і д. обіймають все те, що теорія називає *modus* (*Auflage*); — але що-до суті припорученя (*Auftrag*) помисли § 1019 нема взагалі ніякої теорії, бо наука доси не висвітила сего питання. Для поясненя треба додати, що не звернено доси уваги на відношеня §§ 709 і д. до § 1019, а як раз обі тоті групи лучать в собі *implicite* цілу теорію умов на користь третих, та через спільну назву „*Auftrag*“ зливають ся в одну цілість.

§§ 709 і д. трактують про прикази (*modus*) при зарядженях послідної волі, та по верх сего нема в законі особного трактату, який займав-би ся *ex professo* приказами при инших ділах правних. Мимо того не ма сумніву, що прикази по мисли §§ 709 і д. виступають не лиш при зарядженях послідної волі, але також при инших ділах правних, на що вказує *implicite* постанова § 901 i. f. Одначе не при всіх ділах пр. прикази є можливі, лиш при таких, що по своїй суті відповідають *mutatis mutandis* вимогам § 709 гр. Лиш тоді, коли хтось другому односторонно, значить, не як відплату, відступив часть свого майна, може дати приказ; аби другий ужив його в означений спосіб, аби якусь річ зробив, аби в певний спосіб поступав, або третій особі щось дав. Хоч § 709 нігде не згадує про приреченє користи третій особі, то нема сумніву, що приказ може відносити ся до сего обовязку, та уже в римскім пр. при *donatio sub modo* була можлива умова на користь третьої особи.

Тут належить перша група умов на користь третих:

Промісар частину свого майна або ціле майно відступає промітентови, але за те припоручає йому, аби третій особі приніс якусь користь, на що промітент годить ся. Се є дозволене й важне.

Тота група обіймає всяке односторонне признає маєткової чинитьби (*Vermögenszuwendung*) для другого, *sub modo* на користь третього. Тут зачисляємо отже всяку даровину, за яку обдарований прврікає даруючому, що третій особі принесе якусь користь; далі належать тут усі випадки, подані повисше під I а); як: передача хлопської посілости за життя властителя на сина з обовязком сплаченя рідні, вписане жінки до вдовичої каси через чоловіка (чоловік платить премію до каси й за те жінка одержує по його смерті право до якоїсь

суми), так само всяке ubezpieчене життя на користь третих — і т. д.

Але не тут належать випадки, коли чинитьба промісара не була односторонна, коли отже промісар був промітентови з якоїсь умови обов'язаний, і лиш те, що йому належало ся у відплату, казав третому передати; пр. хтось продає другому якусь річ і ціну купна, яку міг від промітента жадати, каже йому передати третій особі: се не підпадає під постанови §§ 709 і д. —

Де одначе заходять всякі вимоги першої групи умов на користь третих, повстає в першій ряді питанє, яке є правне відношенє промісара до промітента: яке право прислугує промісареви з огляду на приреченє промітента, чи має він які обов'язки супротив промітента, та які обов'язки або права має промітент супротив промісара? Усі тоті питання рішають ся по анальоїї §§ 709 і д.

1) Перед всім мусить промісар зробити зі свого боку все, що до нього належить; що прирік дати промітентови, мусить справді дати, бо поки се не наступило, не може від промітента по анальоїї § 709 жадати принесеня приреченої користи третій особі. Але коли промісар справді дав уже промітентови, що мав дати, то може його позивати, аби третій особі принїс приречену користь.

2) Недоповненє приреченя зі сторони промітента ділає як розв'язуюче услів'є (§ 709 кн. з.); значить, промітент, що не виповнив приреченя супротив третьої особи, мусить бути готовий, віддати набуте від промісара майно, й ся втрата має навспятне діланє, т. є він мусить промісареви звернути все, що від нього одержав, і то з всякими побраними доходами (cum omni causa). Тота постанова має на цілі спонукати посередно промітента до сповнення приреченя, с. т. до виконаня умови на користь третього.

Але такий наслідок противить ся чимало наглядній волі контрагентів; так при ubezpieченю життя на користь третих. При ubezpieченю життя платить асекурований (промісар) асекураційному заведеню (промітентови) премію до кінця свого життя або до иншого означеного реченця, але за те по його смерті, згл. по означенім реченци набуває трета особа право до асекураційної суми або до ренти. Тут не може бути бесіди про се, аби асекураційне заведенє по мысли § 709 могло

звільнитись зі свого обов'язку супротив третього тим, що віддасть промісареві, згл. його спадкоємцям усі премії з відсотками. Не даром зачислює наш закон умову з асекураційними заведеннями про забезпечене до алеаторійних умов (Glücksverträge) й вказує на статuti тих заведень (§ 1287 кн. з.), а чейже нігде у тих статутах не читаємо, що асекураційне заведене може скинутись з умови через зворот побраних премій, так як установа сего рода противила б ся ціли сего забезпечення. Проте в таких випадках уступає екекутива § 709 кн. з.

3) Умови на користь третих, що належать до сеї категорії, вяжуть промісара й промітента з хвилию, коли промісар відступив своє майно або частину свого майна промітентові, й дотичні річи перейшли у майно промітента. Доки се не наступило, може промісар відкликати умову на користь третього. Сей відклик може наступити також за спільним порозумінем обох контрагентів. Але з хвилию, коли промітент одержав від промісара маєткову чинитьбу, умова на користь третього не може стратити стійности ані через відклик промісара ані через обосторонне порозумінє між промісарем або промітентом. Промітент може взагалі лиш тоді звільнити ся від приреченя користи для третього, коли зверне промісареві цілу його маєткову чинитьбу *cum omni causa* (з виїмком випадків, поданих висше під 2. i. f.).

VII. Другу групу умов на користь третих обіймає постанова § 1019 кн. з. Тут є також бесіда про припоручене „Auftrag“, але правнича вдача сего припорученя подекуди відмінна від приказів по мисли §§ 709 і д. Перед всім приміщене § 1019 в трактаті про умову уповноваження (Bevollmächtigungsvertrag, 22. глава II. части кн. з. §§ 1002 й д.) вказує на те, що тут ходить о понятє, подібне до *mandatum*; проте в § 1019 ходить лиш о такі умови на користь третих, де промітент приймає обов'язок до принесеня третій особі користи не як відплату за відступленє майна зі сторони промісара, але безплатно, бо *mandatum* є *in thesi* умовою безплатною. Тому припоручене по мисли § 1019 ріжнить ся від приказів по мисли §§ 709 і д. тим:

1) що промісар не відступає односторонно свого майна або частини свого майна на промітента,

2) що промітент обов'язує ся до приреченя користи третій особі, не як відплату за якусь чинитьбу, тільки добровільно з ліберальности для особи промісара;

3) врешті, як звісно, постанови §§ 709 і д. відносять ся до всіляких приказів, та обіймають м. н. також прикази на користь третих, наколи постанова § 1019 обіймає лиш припорученя на користь третих. —

Проте до умов на користь третих по мисли § 1019 кн. з. належать перед всім такі умови, коли промітент, не одержавши від промісара нічого, тільки з огляду на його особу, прирікає принести третому якусь користь; пр. з вдячности для брата прирікаю йому, що його судженій дам якийсь дарунок; або — хтось депонує (складає) у мене річ, з припорученєм переданя її на жаданє третього. Крім сего належать тут випадки, коли промісар і промітент заключили з собою обосторонну умову, й промісар жадає від промітента, аби тото, що сей послідний винен йому з умови, передав третому; пр. хтось продав мені книжку й припоручає мені, ціну купна, яку я йому винен, передати третому. Такі випадки ріжнять ся від першої групи умов на користь третих (по мисли §§ 709 і д.) тим, що промісар признає вправді промітентови чинитьбу, але через те сповняє обосторонне зобовязанє, та промітент не має жадного облїгацийного обов'язку, взяти на себе приречене на користь третього, лиш приймаючи таке зобовязанє, ділає з ліберальности супротив промісара.

Коли промітент по мисли § 1019 кн. з. приняв на себе обов'язок, принести третій особі якусь користь, то мусить його сповнити. Промісар може від нього жадати сповнення.

Що-до права відклику або виповіди, взагалі що-до погасненя повншого обов'язку промітента, примінюють ся постанови §§ 1020—1024 кн. з., але тільки до тої хвилі, поки трета особа не набула безпосередного права з заключеної умови. Для третої особи повстає право, жадати користи з даної умови, з хвилию повідомленя її через промісара або промітента (§ 1019). Але перед тим може промісар відкликати (§ 1020), промітент виповісти (§ 1021), а врешті обов'язок промітента може погаснути через смерть (§§ 1022, 1023), або через відкритє конкурсу над майном одного або другого (§ 1024). —

VIII. Доси була бесіда про правне відношене між самими контрагентами, т. є між промісарем а промітентом. Але в умові на користь третього виступає також трета особа, котра не є контрагентом, та повстає питанє, яке є її відношене до заключеної умови, яке є її відношене до контрагентів.

Що-до сего питаня треба знова відріжнити обі повисші групи умов на користь третих, одні, що підчиняють ся постановам §§ 709 і д., і другі, що належать до групи §§ 1019 кн. з.

1) В першій групі трета особа набуває право безпосередно, з хвилию переходу маєткової чинитьби з промісара на промітента. Коли промісар виконав із свого боку се, до чого був обовязаний, значить, коли відступлене майна або частини майна (*Vermögenszuwendung*) уже наступило, набуває трета особа право, жадати від промітента принесеня сеї користи, до якої він зобовязав ся. До сего не треба жадного повідомленя ані від промісара ані від промітента.

Але право третьої особи сходить ся з правом промісара, тільки оба тоті права мають иншу вдачу. Промісар може жадати, аби промітент третьому приніє приречену користь, та супротив нього може промітент звільнити ся тим, що віддасть се, що від промісара одержав, і то з побраними доходами. Трета особа може жадати тільки сповнення, значить, принесеня її приреченої користи, та коли-б між тим промітент звільнив ся в повисший спосіб від свого обовязку, то сей обовязок переходить відтак на промісара. До такого висліду доходимо по аналогії приписів §§ 709 і д.

Промітент, півзаний через третю особу, може піднести заміти процесові (*exceptiones*); тут належать перед всім усякі заміти, які йому прислугують лично против третьої особи, пр. *exceptio compensationis*, а далі такі заміти, що сліднують з самого правного відношеня, на яким стоїть умова на користь третього. Тут треба пригадати, що умова на користь третього опирає ся в сих випадках на відступленю майна промітентови через промісара; умова на користь третього становить з тим відступленем (*Vermögenszuwendung*) органічну цілість, так що коли се; відступлене є неважне, то й умова на користь третього не має стійности, та що поки маєткова чинитьба супротив промітента не доконана, може він боронити ся против третьої особи. Але з особи промісара не прислугують промітентови ніякі заміти.

2) Умови на користь третих, що належать до другої групи, осуджують ся після постанови § 1019 кн. з. Трета особа набуває права з таких умов не безпосередно, але через повідомлене її зі сторони промісара або промітента.

З хвилию повідомлення трета особа набуває *ius quaesitum* з огляду на признану її користь, та сего права не можуть її відтак контрагенти односторонно відобрати. Тому від сеї хвилі не може правне відношене погаснути анї односторонно, т. є через відклик, згл. виповідь контрагентів, через їх смерть або відкрите конкурсу, анї обосторонно *contrario consensu*.

Повстає питанє, як характеризує ся під правним зглядом „повідомленє“ третої особи, про яке згадує § 1019. Третій особі не можна против її волі накинати жадної користи, она може все-таки відкинути признану користь; але з другого боку не потребує она заявляти принятя, бо уже само повідомлене через одного з контрагентів має про себе сей наслідок, що она може доходити прав з умови. § 1019 жадає, аби повідомлене третої особи вийшло від одного з контрагентів:

а) Коли промітент приходить з повідомленем до третої особи, то оно представляє ся як приреченє заплати (*Zahlungsversprechen*).

б) Коли-ж повідомлене виходить від промісара, то оно характеризує ся як уповноправненє (*Ermächtigung*) третої особи до жаданя певної користи від промітента.

Проте невірна є теория, будьто-би повідомленє третої особи не було нічим иншим, як її приступленем (*Beitritt*) до умови. Теория приступлення мусіла-б довести до нестійних практичних вислідів. І так, по мисли сеї теорії треба-би сказати: коли А припоручає другому (Б) заплатити третій особі (В) довжну суму, та відтак покаже ся, що він (А) *de facto* не був нічого винен третій особі (В), то й Б не має обовязку заплатити тої суми третій особі (В). Однак сей вислід тому нестійний, бо при умовах на користь третих, котрі належать до групи § 1019 кн. з., ходить лиш о обовязок сповнення супротив третої особи, а сей обовязок промітента є рішучий, та не може залежати від того, чи опирає ся на довжнім відношеню між промісарем а третою особою й чи се відношене було з правного боку важне чи неважне. Навпаки з нашої теорії виходить, що з хвилию повідомлення набуває трета особа

право, незалежне від правових відносин між нею а промісарем, бо коли повідомлене вийшло від промітента, то він є обов'язаний на підставі приречення заплати, а коли вийшло від промісара, то третя особа має від нього уповноваження, жадати певної користі від промітента, та супротив того устає всяка залежність.

Від хвилі повідомлення може отже третя особа навіть в до розі по зву жадати видання приреченої користі; наш закон каже, що се право прислугує їй так супротив промітента як супротив промісара. Що третя особа може від промітента жадати сповнення, се зовсім природно, бо він з умови до сего зобов'язаний. Але повстає питання, на якій підставі може третя особа позивати промісара; адже-ж промісар їй нічого не прирікав! Та коли-б у всіх случаях признати третій особі право по зву протів промісара, то мусіли-б ми увійти нераз у розріз з волюю контрагентів!

Проте постанову § 1019 треба стіснити; наші кодифікатори мали на увазі отей — дуже часті — случаи, що промісар дає припоручення промітентови, щоби сплатив за нього довг третій особі; тому можемо сказати: Третя особа може позивати промісара лиш тоді, коли уже перед припорученням мала до того право на підставі иншого правового відношення. Закон висказує, що третя особа не тратить своїх попередних правових жадань протів промісара, та крім сего набуває права протів промітента.

Що-до замітів процесових, то промітент може протівставити третій особі всякі заміти, що прислугують йому лично протів третьої особи; крім сего може послугувати ся замітами, які відносять ся до заключення самої умови з промісарем, пр. *excepsio erroris*; але всякі инші заміти, які відносять ся до особи промісара (пр. *exc. compensationis*), або які мають свою підставу у відношеню між промісарем а третьою особою, не мають тут ніякої ваги, бо право третьої особи є самостійне, незалежне.

IX. Умови на некористь третих (*Verträge zu Lasten Dritter*), се такі умови, в яких промітент ділає вправді в своїм імени, але прирікає другому не свою чинитьбу але чинитьбу третьої

особи. Коли я пр. прирікаю, що мій брат заплатить 100 К, то через те мій брат не є зобовязаний. Умови на некористь третих є неважні (§ 881 кн. з.).

Але чимало така умова змагає до того, що хтось прирікає постаратись, аби третій виконав якусь чинитьбу. Тоді промітент має обовязок, поробити такі стараня, але не відповідає за вислід. Лиш тоді, коли промітент переняв поруку, що третій щось виконає, мусить за се відповідати, але його обовязок не є наслідком умови на некористь третього, тільки наслідком поруки (§ 881 i. f.).

Правило, що умови на некористь третих є неважні, не має ніякого виїмка. Навіть умова на некористь спадкоємців є неважна, та коли хтось хоче осягнути подібний успіх, може обтяжити своїх спадкоємців в завіщаню або кодицилю, або може сам приречи тоту чинитьбу, але задержати собі час сповнення до волі (§ 904 кн. з.).

§ 42.

Услівя*).

I. Про услівя істнує в теорії приватного права вельми простора література. Она опирає ся на римскім пр., й намагає

*) Гл. Cod. Ther. II. 12. n. 97—155; III. 1. n. 53—78; Horten II. 9. §§ 29—40; III. 1. §§ 36—40; Martini, II. 14. §§ 2—9, 12; III. 1. §§ 29, 30; Гал. кн. з. II. §§ 484—491, 495; III. §§ 28, 29; Prot. I. ст. 416—421, 423; II. ст. 18, 19, 391.

Пор. Zeiller, Comm. II. ст. 655—672, 676—680; III. ст. 80—84; Nippel, Erl. IV. ст. 384—407, 410—414; VI. ст. 108—112; Winiwarter, Bürg. R. III. ст. 232—244, 248—251; IV. ст. 56—58; Ellinger, Handbuch ст. 324—329, 410, 411; Unger, Syst. II. ст. 56—87; VI. § 16; Stubenrauch, Comm. 1.^a ст. 885—894; II.⁷ ст. 75—78; Kirchstetter, Comm. ст. 366—372; Schiffner, Lehrbuch I. § 127; Burckhard, Syst. II. ст. 316—362; Pfaff-Hofmann, Comm. II. ст. 541—596, 604—613; Krainz, Syst. I. ст. 278—286; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 484—527; Till, Prawo pryw. I. ст. 331—353; III. ст. 163—167; Огоновский, Систем II. ст. 115—118.

Крім сего м. и. Savigny, Syst. III. ст. 120—204; Helm, Abhandlung über den Begriff u. die Einteilung der Bedingungen nach dem ö. a. b. G. B., в Zeitschr. f. R. u. St. w. 1825 I. ст. 204—238; Windscheid, Die Wirkung der erfüllten Bedingung (1851); Windscheid, Ueber die Wirkung der erfüllten

ся постанови римського пр. звести до спільного іменника й дати їм загальну психологічну основу. Та се змагане стрінулось з непоборимими труднощами, бо наука про усліва в *corpus iuris civilis* не є висновком одної провідної ідеї, але наслідком питомих, національних та позитивних постанов без загального субстрату. Теорія повсюдного пр. блукає ся в величезнім жерельнім матеріалі мов у лісі, опирає чимало свої погляди на недостачі психологічних дослідів і через те доходить до ріжnorodних висновків.

Тому й не диво, що новітні законодавства скидають із себе вплив римського пр. й прямують до того, аби теорію усліва поставити на природній підставі. Се змагане стрічаємо також в праві австр.

Науку про усліва трактує австр. закон на двох місцях:

- 1) *ex professo* в праві спадчини: §§ 695—703 кн. з. і
- 2) в праві облїгаційнім: §§ 897—900 кн. з.

Головні правила є уже подані в праві спадчини, так що дотичні постанови облїгаційного права подають лиш ріжниці що-до правних наслідків в облїгаційнім пр. супротив постанов права спадчини. —

Слово „*Bedingung*“ („усліве“) має в нашій кн. з. ріжні значіня, пр. в §§ 18, 103, 800, 894 і и. Але технїчне понятє подає 1. речене § 896: „Усліве — се подїя, від якої хтось учинив зависиме якесь право“. Наш закон називає усліве подїєю (*Ereignung* = *Ereignis*) — се усліве в об'єктивнім значіню. Під суб'єктивнім зглядом усліве є елементом волі, та висказує зависимість певного права від певної подїї.

Тим-то понятє усліва в австр. пр. вельми упрощене, та поодинокі складові частини понятя *ad minimum* зредуковані.

Resolutiv-Bed., в *Arch. f. civ. Prax.* XXXV (1852) ст. 51—80; *Harum, Ueber die Natur u. Wirkung der unmögl. u. unerlaubten Bed. nach ö. R.*, в *Haimlerla Magazin* VI. (1852) ст. 157—174; *Maassen, Civ. Erörterungen* I. (1854); *Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung* (1856); *Unger, Der revidierte Entwurf* (1861) ст. 27—37; *Dworżak, Civ. Erört.*, в *Oest. Vierteljahresschr.* XV. (1865) ст. 235—251; *Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutiv-Bed.* (1871); *Scheurl, Zur Lehre v. d. Nebenbestimmungen* (1871); *Wendt, Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft* (1872); *Wendt, Das bed. Forderungsrecht* (1873); *Exner* в *Grünhuta Zeitschr* I. (1874) ст. 231—233; *Adickes, Zur Lehre von den Bedingungen* (1876); *Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin* (1888).

Услівє полягає взагалі на висказаню зависимости якогось права від якоїсь події. Ся зависимість мусить полягати на воли сторін (отже на воли тестатора або контрагентів), бо закон каже в легальній дефініції: „abhängig gemacht wird“. Тому т. зв. *condiciones iuris sive tacitae*, що є законними вимогами певного правного відношення¹⁾, не є услівями в розуміню австр. права.

Що-до самого понятя услівя, треба впрочім примітити отсе:

1) Услівє висказує зависимість права від якоїсь події. Про суть сеї зависимости є в літературі багато поглядів: Чи услівє є обмеженем волі, й що є через услівє обмежене, чи істнованє волі, чи обсяг волі, чи істнованє дотичного діла правного, чи тільки істнованє правних наслідків?

Наш закон називає вправді в заголовку до §§ 695 і д. услівє обмеженем волі („Einschränkung“ des Willens), але ся назва не може рішати про вірність погляду під теоретичним зглядом, а впрочім наші кодифікатори не думали зовсім через сю назву дати відповідь на дотичні психольогічні питання.

Услівє не є обмеженем волі — бо воля або є, або її нема; *tertium non datur*. Не мож сказати, що сама воля (*das Wollen*) в тій мірі може залежати від якоїсь зверхної події, що доперва коли ся подія наступить, повстає воля. Ріжниця між волюю під услівем а волюю без услівя лежить що-до змісту (*Inhalt*) волі. Коли я заявляю: дам тобі 200 К, як здаш докторат, то нема сумніву, що я вже тепер хочу, що уже тепер маю волю, але тота воля є инша, як тоді, коли нема повисшого застереження, та я тільки кажу: дам тобі 200 К.

Услівє означує отже ближе зміст волі — але не обмежує обсягу волі; далі не повинно бути сумніву, що дотичне діло пр. (прим. умова) істнує уже від хвилі поставлення услівя, не від хвилі сповнення, та уже перед сповненем має окремі правні наслідки; врешті не можна теж сказати, що сторони не хочуть правних наслідків, бо коли істнує взагалі

¹⁾ Пр. не можна вважати за услівє таку постанову в умові, що заплата має наступити доперва по покінченю замовленої праці (пор. § 1156 кн. в.).

якась воля, то мусить она обіймати *implicite* всьо, що з нею стоїть в безпосередній звязи.

2) Деякі письменники роблять летальній дефініції услівя в § 696 кн. з. закид, що подає об'єктивне а не суб'єктивне понятє услівя, бо називає услівє подією „*Ereignung*“. Але сей закид нестійний, коли зважимо, що як раз у тім означеню лежить характерна вдача услівя в відріженню від реченця. Хоч в певних случаях правні наслідки при услівях такі самі як при реченцях (§ 704 кн. з.), то все-таки що-до понятя мусить заходити ріжниця. А під тим зглядом слово „подія“ (*Ereignung*) в § 696 дає нам вірне поясненє. Коли після волї сторін ходить о якусь подію, о якийсь стан, якийсь випадок, що від них має бути зависиме якесь право, тоді заходить услівє, а коли сторонам ходить лиш о якийсь протяг часу, взагалі о часову границю певного права, й они на сю часову границю звертають головну увагу, тоді маємо до діла з реченцем. В першім случаю воля сторін є звернена на се, аби щось стало ся або не стало ся, в другім случаю ходить сторонам головно о визначенє часової границі.

3) Наш закон не жадає, аби услівя відносили ся до будучих і непевних подій. Тому понятє услівя в австр. пр. далеко ширше, чим у пануючій теорії повсюдного пр. На думку *Savigny*-ого й його приклонників всякі услівя, що відносять ся до теперішних або минулих подій і такі услівя, що залежать від об'єктивно-певних подій, не є услівями в технінім розумію, они є лиш неправдивими услівями (*uneigentliche Bedingungen*).

Тут належать крім т. зв. *condiciones in praesens vel praeteritum conceptae*, услівя конечні й неможливі.

Ріжниця між правдивими й неправдивими услівями є чисто теоретична й зовсім довільна. Теоретично полягає она на тім, що при т. зв. неправдивих услівях дотичне діло правне не може находити ся в стані завішення (*in pendentis*), — але через те їх судьба така сама, як при т. зв. правдивих услівях — бо й що нам з того, чи услівє відносять ся до будучих, чи до теперішних або минулих подій, чи ся подія конечно мусить сповнити ся або навпаки є неможлива до сповнення — коли умова, або взагалі дотичне діло правне, лиш тоді стає актуальним, як подія справді зайшла!

Тому австр. пр. зовсім природно сеї ріжницї не знає. Усеї постанови австр. пр. про услівя відносять ся не лиш до правдивих, але й до т. зв. неправдивих услівїв; перед веїм належать тут отсеї постанови, що до важности якогось діла пр. не допускають услівя, й так: не можна заключувати подружа навіть під т. зв. неправдивими услівями (§ 59 кн. з.); обовязкова пайка (Pflichtteil) не терпить обмеження, чи через т. зв. правдиві, чи неправдиві услівя (§ 774 кн. з.); зголошене ся до спадчини (Erbserklärung) не може бути зависиме від ніякого услівя й т. д.

II. В австр. законї стрічаємо поділ услівїв на зволїкаючі й розвязуючі, позитивні й негативні (§ 696 кн. з.), потестативні, випадкові й мішані (§ 699 кн. з.). Крім сего згадує кн. з. про можливі й неможливі (§§ 698, 699 кн. з.), про дозволені й недозволені услівя (ibid.) і про незрозумілі услівя (§ 697).

1) Зволїкаючі й розвязуючі услівя (Suspensiv- und Resolutiv-Bedingungen). § 696 кн. з. каже: Услїве є зволїкаюче, як признане право набуває сили доперва по сповненню услівя; а розвязуюче услїве, коли признане право погасає по сповненню услівя. Австр. пр. приняло отже сю ріжницю з римского права.

Але що-до значїня сеї ріжницї погляди учених так в теорїї повсюдного, як австр. пр. поділені. Римске право знало первісно тільки понятє зволїкаючого услівя, — та в corpus iuris civilis слово „condicio“ не значить нічо иншого, лиш зволїкаюче услїве. Т. зв. розвязуюче услїве незвісне римскому праву як слово технїчне, бо на означене його говорять жерела: negotium purum, sed sub condicione resolvitur. Слово „condicio resolutive“ є витвором пізнійшої теорїї, так як витвором теорїї повсюдного права є також ставлене основної ріжницї між зволїкаючим і розвязуючим услївем.

В сути річи кожде розвязуюче услїве має в собі чинники зволїкаючого услівя, та представляє ся як зложене двох діл правних в одну цілість: одно є безуслївне (purum), але до нього прилучаєсь друге під зволїкаючим услївем, яке змагає до розвязання першого¹⁾. Тому по крайній мірі мож сказати,

¹⁾ Пр. дарую тобі 200 К, але ти мусиш їх віддати, наколи ожениш ся з панною Х.

що всі услів'я що-до суті є зволікаючі, та так зв. розв'язуючі услів'я визначуться тільки певним змістом: від зволікаючого услів'я *s. s.* залежить набути, від розв'язуючого втрата якогось права. Тим чином легальна дефініція § 696 є зовсім вірна.

2) Услів'є є позитивне або негативне (*positive oder negative B.*), о скільки ходить о те, чи якась подія має наступити, чи не має наступити. Так дефініює § 696. Але у практиці трудно нераз сказати, чи услів'є є позитивне чи негативне, бо по більшій часті позитивно уложене услів'є можна замінити на негативне з тим самим змістом, і навпаки негативно уложене услів'є дасться змінити легко на позитивне без зміни змісту услів'я.

Деякі письменники кладуть тому вагу на се, чи наслідком услів'я теперішній стан має змінитися (позитивне услів'є), чи не має змінитися (негативне услів'є). Але й ся різниця не відповідає у всіх випадках, як се доказали м. и. Pfaff і Hofmann у своїм коментарі¹⁾. Та взагалі різниця між позитивним а негативним услів'єм не дасться строго перевести. Про тото в австр. пр. має она своє значінє не лиш з огляду на § 696, що має лиш доктринерську вартість, але головно з огляду на постанову § 708 кн. з., яка для негативних зволікаючих услів'їв має осібні приписи. Та як раз із сеї постанови виходить, що закон трактує на рівні негативні зволікаючі й позитивні розв'язуючі услів'я. Проте ціле питанє, чи услів'є є позитивне, чи негативне, буде залежало *in concreto* від того самого, від чого залежить різниця між зволікаючим а розв'язуючим услів'єм, значить від того, чи від сповнення услів'я зависиме набути, чи втрата певного права.

3) Далі відріжняємо потестативні (*potestative B.*), випадкові (*zufällige B.*) і мішані услів'я (*gemischte B.*), в міру сего, чи сповненє услів'я залежить тільки від влади (*potestas*) управненого²⁾, чи залежить від інших обставин, від нього независимих³⁾, чи врешті частково від

¹⁾ Они наводять такий примір: Як услів'є звучить: „коли в день смерти тестатора буде йти дощ“, то не знати, чи буде зміна теперішнього стану, чи ні, отже й не знати, чи се услів'є після покликаной теорії є позитивне, чи негативне.

²⁾ Пр. дам тобі книжку, коли мене відвідаєш (потестативне услів'є).

³⁾ Пр. дам тобі 10 К, коли завтра не буде дощу (випадкове услів'є).

управненого а частково від осібних, для нього припадкових обставин¹).

При потестативних услівях залежить все від власти управненого; тому від таких услівів треба відрізнити се, що залежить від прямої волі того, що має прийняти зобовязане, пр. дам тобі книжку, коли схочу. Се не має ніякої стійности, як уже слідує із сути зобовязання взагалі, котре вимагає все-таки певного *vinculum iuris*.

Але тому не противить ся зовсім важність умови, звісної під назвою „купно до вподоби“ (*Kauf auf Probe*); пор. §§ 1080—1082 кн. з. При купні до вподоби одна сторона, с. т. продаючий, є уже звязана, тільки друга сторона, с. т. купуючий, має в означенім часі висказати ся, чи куплену річ приймає, чи ні. Рішене привятя або відкинення залежить виключно від волі купуючого.

Що така умова є важна, пояснює ся так:

Одна сторона заявила, що хоче бути поки-що односторонно звязана — она годить ся на продажу річі; але друга сторона не є зовсім звязана, та може довільно сказати, що годить ся на купно або ні. Коли скаже, що не годить ся на купно, то нема купна — його взагалі ніколи не було —: коли одначе пізнійше заявить прийняте, то нема ніякої причини вважати купно за неважне, бо тоді до давнійшої заяви продаючого, котрий тепер не потребує уже повтаряти своєї згоди, приступає друга заява купуючого, що доповнює їх згоди, й так поветає купно. Мовчанку купуючого через цілий протяг означеного (умовою або законом, пор. § 1082 кн. з.) часу вважає закон за прийняте (пор. § 1080 i. f.). Поки взагалі нема (виразного або мовчучого) прийнятя зі сторони купуючого, не може бути бесіди про купно; проте § 1080, 2. реч. каже, що в межичасі вважає ся купуючого як комодатара („als Entlehner“).

Тій конструкції не противить ся постанова § 1081 кн. з., бо випадок, про який тут бесіда не ріжнить ся в сути річі від попередного, тільки тим, що купуючий перед заключенем

¹) Пр. продам тобі 10 кірців пшениці, як усю свою пшеницю зберу до кінця липня (мішане усліве).

купна заплатив ціну. Мимо того купно доси не існує, поки купуючий не заявив прийнята.

Через те правне відношенє при купні до впадоби є подібне до відношеня правного між здатними до діланя а нездатними до діланя, що заключили з собою відплатну умову, аж до хвилі дозволу вітцівскої або опікунчої власти (§ 865 кн. з.).—

4) Неможливі й конечні услівя (unmögliche und notwendige B.).

Неможливість може бути беззглядна або зглядна. Беззглядно неможливі услівя противлять ся прямо правилам природи, або правилам льогіки; зглядно неможливі не дадуть ся сповнити серед даних обставин. До зглядно неможливих належать м. и. правно-неможливі услівя (juristisch-unmögliche B.)¹⁾.

Про питанє, чи услівє є можливе, чи ні, рішає хвиля заключеня дотичного діла пр. (хвиля заключеня умови sub condicione). Неможливість сповненя, що наступила пізнїйше, впливає на ударемненє услівя, але не має тих правних наслідків, які є привязані до неможливих услівїв. —

Конечні услівя — се такі услівя, про які уже в хвили заключеня дотичного діла пр. є певно, що мусять сповнити ся. Тут належать теж такі розвязуючі услівя, що обіймають неможливе діланє зі сторони управненого²⁾.

5) Наука розуміє через недозволені услівя такі, що їх тенденція є contra bonos mores. Але по крайній мірі не самі услівя є дозволені або недозволені, тільки ціле діло пр. (прим. умова) являє ся наслідком услівя дозволенным або недозволенным. Тому, коли взагалї говоримо про недозволені услівя, то не маємо на гадці самі услівя про себе — бо чимало лучає ся, що таке саме услівє є раз дозволене, раз недозволене — тільки відношенє певного услівя до дотичного діла пр. Взагалї осуджує ся діло пр. разом з услівєм як орґанїчну цілість, і наicoli показує ся, що оно (наслідком услівя) є contra bonos mores, то можемо сказати, що услівє є недозволене.

¹⁾ Пор. вирочім замітки на ст. 27—30.

²⁾ Пр. Даю тобі 100 К, під услівєм, що мусиш їх віддати, наicoli менї удасть ся подорож на якусь планету.

Таким недозволеним услівем є усліве, що заборонює другому взагалі женити ся, по мысли § 700 кн. з.; тут належать м. и. услівя, що змагають до улєкшеня розлуки від стола й ложа або розводу, *condiciones religionis mutandae*, услівя, що наказують управненому виховувати свої діти в чужій релігії і т. и.

6) Незрозумілі, противорічні й недорічні услівя.

Незрозумілі услівя (*unverständliche B.*) є такі, котрих зміст не дасть ся зрозуміти, та й годі розпізнати, яка була справді воля заявляючого.

Противорічні услівя (*perplexae B.*) виказують противорічності у змісті.

Недорічні услівя (*unverständige B., condiciones ineptae*) є вправді можливі й дозволені, але нерозумні, та годі їх припускати у пересічного чоловіка. Тут належать перед всім т. зв. *condiciones derisoriae*.

Врешті т. зв. *condiciones contrariae*, — що признають комусь якесь право, чи він що зробить, чи не зробить, чи щось стане ся або не стане ся — не є услівями в правнім розумію. —

III. Умова, заключена під услівем, існує уже від самого почину, від коли поставлено усліве — та істноване умови не залежить від сповнення услівя. Вже перед сповненєм услівя вяже умова обі сторони, тільки се *vinculum* є инше, чим при умові без услівя, або від тої хвилі, коли dokonано услівя.

Звичайно в хвили заключеня умови не є ще певно, чи усліве сповнить ся, чи ні, — інакше тільки при т. зв. неправдивих услівях — та сей правний стан, в яким находить ся умова (або взагалі певне діло пр.) від поставленя услівя до його сповнення, називаємо станом завішеня (*Schwebezustand*). Римляне кажуть: *condicio pendet*.

Уже в тім стані завішеня має умова певні правні наслідки, та они є ріжні в міру сего, чи услівя є зволікаючі, чи розв'язуючі.

При зволікаючих услівях не наступає *pendente condicione* сповненє чинитьби, бо оно залежить доперва від сповнення услівя. Інакше при розв'язуючих услівях: тут чинитьба dokonує ся сейчас, наче-б умова була без услівя заключена; управнений одержує сейчас те, що йому признано

під услів'ям, але мусить бути готовий, сю чинитьбу звернути, наколи сповнить ся розв'язуюче услів'є.

Зрештою *condicio pendens* має такі наслідки:

1) Умова заключена під услів'ям, не може бути перед його сповненням односторонньо розв'язана. Уже в тій стадії переходить она на спадкоємців обох контрагентів (§§ 900, 918 кн. з.).

Правне відношенє одного контрагента до другого *pendente condicione* осуджує ся по аналогії тих постанов, які подають §§ 707, 708 при праві спадщини (пор. § 897 кн. з.). Проте коли предметом услівної умови є перенесене якоїсь річі або якогось права на другого, то правне відношенє *pendente condicione* представляєть як „обмежена власність з правами й обов'язками ужитковця“ (пор. § 613 кн. з.). При зволікаючім услів'ю при-слугує се право промітентови, при розв'язуючім промісареви. Близші поясненя подаємо низше при досліді, чи сповнене услів'я ділає на вспять, чи ні (V.).

3) Умова заключена під услів'ям, може уже *pendente condicione* бути підставою забезпеченя (пор. §§ 158, 161 пат. з 9. серпня 1854); але судьба такого забезпеченя є також зависима від сповнення услів'я. —

Але все-таки треба признати, що при зволікаючім услів'ю умова представляєть *pendente condicione* тільки несовершеним актом, та доперва сповнене услів'я його усовершає. Тому поки *condicio pendet*, не можна ніколи жадати сповнення чинитьби, та коли довжник у хибнім пересвідченю, що є до чинитьби уже зобов'язаний, її дійсно сповнив, то може відтак жадати звороту *condicione indebiti* (§ 1434 кн. з.).

IV. Сповнене услів'я наступає (*conditio existit*), коли совершилась тотя подія, від якої залежало набуте або утрата права. Як одначе рішило ся певно, що тотя подія не може уже стати ся, то кажемо, що услів'є є недоконане (*condicio deficit*).

Взагалі сповнене услів'я мусить наступити цілком по думці того, що його поклав: § 699 кн. з. Наш закон знає тільки точне сповнене услів'я („genaue Erfüllung“), а не знає ніяких сурогатів сповнення. Тому сама готовість сповнення (*Erfüllungsbereitschaft*), хоч-би як актуальна, ніколи не вистачає, она не має таких наслідків, як дійсне сповнене услів'я.

У нашім законі нема від сего правила жадних виїмків, та не істнують тоті сурогати сповнення, які знало римське пр.

Проте треба вважати за недоконане таке усліве, коли трета особа, яку заявляючий при своїй заяві мав головно на оці, відказала своїй співучасті до сповнення услівля. Крім сего австр. пр. не вважає усліве за сповнене навіть тоді, коли той, що на случай недоконання услівля має з умови реальну користь, спинив підступно сповнене услівля.

Се останнє питанє в теорії австр. пр. спірне. Деякі письменники утверджують, що в випадку, як раз наведеним, заходить сурогат сповнення, й що сей виїмок мимо постанови § 699 кн. з. лежить в дуї нашого закону. Сам Zeiller покликаєсь на нього в своїм коментарі, хоча підчас редакції кн. з. не було про се бесіди. Підставу до такого твердження добачує він *implicite* в постанові § 1323 pr., й аргументує так:

Після § 1323 кн. з. мусить кожний, що другому нарочно (*dolose*) наніс шкоду, повернути поперед усього попередний стан, а коли се неможливо, повернути шкоду. Проте трета особа, яка нарочно причинилась до того, що усліве не могло бути сповнене, нанесла другому шкоду, та через те мусить повернути ся первісний стан, отже — каже Zeiller — треба вважати, неначе-б усліве було справді сповнене.

Ся аргументація однак уже на перший погляд невірна, бо коли arg. § 1323 pr. всьо має вернути до первісного стану, то всеж-таки усліве, котре ніколи не було сповнене, не мож вважати за сповнене. Тому покликанєм § 1323 не можна рішити нашого питаня по мисли Zeiller-а й його приклонників.

Мимо того мусимо признати, що *de lege ferenda* теорія Zeillera є справедлива — ; але *de lege lata* мусимо придержуватись загального правила § 699 й сказати:

Навіть як трета особа, що має користь із несповнення услівля, причинила ся підступом до ударемнення услівля, то не можна його вважати за сповнене. Але в такім випадку може пошкодований против третої особи виступити по мисли § 1323 кн. з. з жаданєм повернення евентуальної шкоди, та може від неї жадати не лиш *damnum emergens*, але й *lucrum cessans*. Се справді одинока рада против підступного поведеня третої особи, але про те не мож сказати, що недоконане усліве вважає ся за виконане. —

Осібну постанову що-до сповнення услівля подає § 899 кн. з. (пор. § 701 кн. з.). Звичайно вистачає одноразове сповнене

услівя; тому як показало ся, що вже в хвили заключеня умови услівє було сповнене, то *in thesi* не треба більше повтореня. Інакше, лиш тоді, коли услівє залежить від певного діланя управненої особи й коли надто дасть ся повторити.

Пануюча теория жадає повтореня всюди, де є можливість повтореня, натомісьць Unger обмежує дотичну постанову закона лиш до таких услівів, що дадуть ся легко повторити.

Вірна є посередна теория Pfaffa й Hofmanna. Они учать: чи повторенє певного діланя є легке, чи трудне, є по правилу зовсім рівнодушне, але *in concreto* все залежить від сего, яка була воля заявляючого, чи йому ходило о се, аби спонукати певну чинність на будуче¹⁾, чи лиш о об'єктивний вислід, щоби якесь діланє взагалі відбуло ся²⁾. Постанови §§ 899, 701 кн. з. подають лиш інтерпретаційні правила, та судия має після евентуальної волі контрагентів розсудити, чи услівє, що було уже перед заключенем умови сповнене, має бути опісля повторене, чи ні. Чим труднійше повторене, тим скорше треба припускати, що вистачає після волі прирікаючого одноразове сповнене услівя. —

V. При сповненю зволікаючого услівя набуває управнений се право, яке признавала йому умова, а при сповненю розв'язуючого услівя тратить він право, що слідувало з умови.

Як перед сповненем услівя був стан завішеня (пор. висше під III), то мусить відтак прийти — *sit venia verbo* — до ліквідації попередного відношеня, бо що було доси непевне, стало відтак певним, проте попередний стан мусить дефінітивно змінити ся. При зволікаючім услівю мусить довжник (промітент), при розв'язуючім услівю віритель (промісар) другому контрагентови віддати річ; але питанє, в яким стані, чи в такім, в яким річ або право находили ся в хвили заключеня умови, чи в стані, в яким річ або право находили ся в хвили сповнення услівя. В теорії звучить того

¹⁾ Пр. прирікаю тобі 500 К під услівем, що напишеш научну розвідку.

²⁾ Пр. прирікаю другому купити годинник, наколи поробить стараня в міністерстві, аби я дістав заповому. Між тим однак він був уже в міністерстві в тій справі, та зробив із свого боку все, що міг. Тут не треба повтореня.

питанє так: чи сповненє услівя ділає на вспять? (Rückziehung der B., retrotractio).

Погляди письменників є в тім згляді ріжні. Одні ставлять правило, що сповненє услівя ділає на вспять, другі противно учать, що не ділає на вспять, а врешті богато приклонників має в остатних часах теория, що рішенє сего питаня є *quæstio voluntatis*, тому від інтерпретації волі сторін залежить, чи сповненє услівя ділає на вспять, чи ні.

Як відносять ся австр. пр. до сего питаня? Щоби без упередженя відповісти на се питанє, не мож йти по приміру Ungera й його приклонників дедукційним методом на підставі а priori уробленого понятя услівя, але треба виходити із постанов австр. кн. з. Так-то мусимо прийти до пересвѣдченя, що по мысли австр. пр. сповненє услівє — чи зволікаюче, чи розв'язуюче — не ділає на вспять; оно ділає *ex nunc*, не *ex tunc*.

На се вказує перед всім § 696 i. f., що подає ріжницю між зволікаючими а розв'язуючими услівями. При зволікаючім услівю — каже § 696 — повстає право доперва по сповненю — отже сповненє ділає *ex nunc*; при розв'язуючім услівю — каже § 696 — в хвили сповнення наступає утрата права, — отже знова рішає хвиля сповнення.

Але се не одинока точка опори для нашого погляду. § 897 кн. з. постановляє, що при облігаційних умовах обов'язують що-до услівів такі самі постанови, як в праві спадщини. Тому нема сумніву, що до умов прикладають ся аналогічно також постанови §§ 707 і 708 кн. з. З того слідує:

а) При зволікаючім услівю має промітент (с. т. сей, що є з умови зобовязаний) *pendente condicione* з огляду на приречену річ або приречене право подібні права й обов'язки, як повірник (*Fiduciar, heres fiduciarius*) при повірничім підставленю (§ 613 кн. з.).

б) Ті самі права й обов'язки прислугують при розв'язуючім услівю промісарєви (с. т. тому, що є з умови управнений).

Через сповненє услівя повстає обов'язок до передачі річи або до признаня права, іменно при зволікаючих услівях є до того обов'язаний промітент, при розв'язуючих промісар.

При зволікаючих услівях лишає ся поки-що (значить, перед сповненєм услівя) річ у промітента (довжника), він

не має обов'язку її *pendente condicione* видати. Але аж до сповнення услів'я має він на сій річі (згл. на сїм праві) „обмежену власність з правами й обов'язками ужитковця“ (§ 613), значить, він має м. и. виключне право до доходів з тої річі або з того права. Коли відтак наступило сповнене услів'я, то він мусить промісареві (віртелеві) річ (згл. право) передати, але доходів, які в межичасї побрав, не потребує звертати, бо они належать *pendente condicione* виключно до нього, они є його власністю. Проте — бачимо — промітент має по сповненю услів'я передати річ промісареві, мов-би в тій хвили доперва заключено умову, бо, що *pendente condicione* поветало, не є предметом передачі. Отже як раз ділане *ex nunc*, не *ex tunc*.

Подібно представляє ся правне відношене при розв'язуючих услів'ях, тільки ролі є противні. Промітент передає з самого почину річ промісареві, а промісар мусить її віддати, коли услів'я сповнить ся. *Pendente condicione* має тут промісар таке саме правне становиско, як при зволікаючих услів'ях промітент. Отже промісареві прислугують всякі доходи з річі, та він може річню орудувати як властитель, що його власність є обмежена евентуальним правом промітента, значить, може нею орудувати *salva rerum substantia* (§§ 613, 509 кн. з.). Коли відтак сповнить ся услів'е, мусить промісар „субстанцію“ звернути промітентові, але все инше, що в межичасї з річі набув, належить до нього. Проте природно, що о діланю *ex tunc* не може бути бесіди. —

Не перечимо одначе, що мимо повисших вислідів може закон з особливших причин зарядити обов'язок звороту доходів, але при науці о услів'ях нема такої постанови, що уже тому зовсім оправдане, коли зважимо, що при услів'ях нема правового обов'язку до виконання, тільки навпаки лишена є повна свобода контрагентам. Повисші висліди стверджує м. и. також постанова § 1074 кн. з. в подрібній часті зобов'язань.

Врешті мусимо мати на увазі, що повисші правила примінюють ся лиш тоді, коли контрагенти не висказали а рїогі иншої волі. Из заяви контрагентів може слїдувати, що услів'е має *in concreto* ділати на вєпять, або контрагенти можуть виразно подати норми, до яких має привноровити ся відношене правне *pendente condicione*, — й тоді мусить право вволити волі контрагентів. Тому о стільки — але й лиш о стільки —

можемо сказати, що *quaestio voluntatis* має тут значінє. —

Зваживши, що наш закон не рішає безпосередно питання про діланє услів'я на вспять, але за те ясно представляє правне відношенє промітента й промісара *pendente condicione* й в хвили сповнен'я услів'я, то мусимо сказати, що в дусї нашого закона не належить ставляти питання, як в романістичній теорії, чи усліве ділає на вспять, чи ні, але радше питати ся, яке є правне відношенє контрагентів *pendente condicione*? Так поставлено питання висше під III. Впрочім подрібне розведене сего питання належить до науки про повірничі підставлен'я *ad* §§ 613, 707, 708 кн. з. Проте на сїм місци (під V) ми обмежились тільки до загального огляду. —

VI. При неможливих услівах треба відрізнити зволікаючі й розв'язуючі усліва. Через неможливі зволікаючі усліва умова стає неважною, *negotium est nullum* (arg. §§ 698, 897 кн. з). Коли однак розв'язуюче усліве є неможливе, то вважає ся умову так, мов би була заключена без ніякого услів'я.

Вправді § 698 кн. з. становить, що неможливі розв'язуючі усліва при зарядженях послїдної волї *pro non scriptis habentur*, а § 898 кн. з. учить, що облїгаційні умови під такими услівами, які при зарядженях послїдної волї вважають ся за недолучені, є неважні; — а мимо того не мож сказати, що неможливі розв'язуючі усліва уневажнюють умову, бо се противить ся сути такого услів'я. Зрештою § 898 має на гадці лиш такі усліва, що при зарядженях послїдної волї справді „счеркують ся“, а не такі, які лиш тому відпадають, бо се лежить в сути річи. Коли я пр. записую в лїтатї другому якусь річ, але під услівем, що він мусить її звернути, як заїде подїя, неможлива до здїйснен'я, то очевидно обовязок звороту не наступить ніколи, та правний наслїдок після моєї волї мусить бути такий, неначе б з моєї сторони не було жадного услів'я. Тут не „счеркує ся“ усліва против волї заявляючого, але як раз вповнює ся його волю; проте при облїгаційних умовах не мож покликати ся на неточну стилїзацію § 698 в порівнаню з постановою § 898, аби через те прийти до вислїду, що неможливі розв'язуючі усліва є неважні. Та навпаки й в австр. пр. звучить правило, що як в правї спадщини так і в облїгаційнім правї діло пр. заключене під неможливим

розв'язуючим услівем, представляєсь з почину як *negotium ritum*, наче-б не було услів'я.

При недозволених услів'ях нема в облiгаційнім пр. ніякої ріжницї, чи услів'я є зволікаючі, чи розв'язуючі, бо наслідком недозволеного услів'я умова єсть все неважна, й то так при зволікаючих як при розв'язуючих услів'ях (§§ 698, 897, 898 кн. з.). З огляду на се заходить ріжниця між зарядженнями послiдної волi а облiгаційними умовами, бо при зарядженнях послiдної волi недозволенi розв'язуючі услів'я справдi „счеркують ся“, та заряджене лишає ся про себе важне з усуненем приданого услів'я (§ 698 i. f.).

При конечних услів'ях, та при т. зв. *condiciones in praesens vel praeteritum conceptae* нема уже із самого почину ніякої непевности, нема стану завiшення, проте вважає ся услiве за сповнене.

Незрозумілі услів'я при зарядженнях послiдної волi „счеркують ся“; iнакше при умовах, бо через незрозуміле услiве умова стає неважною (§§ 697, 898 кн. з.). Також противорiчні услів'я уневажнюють умову. *Condiciones contrariae* не мають ніякої стiйности, та умова вважає ся з самого почину важною, як без услів'я. Недорiчні услів'я не звiльняють від сповнення; тому *in concreto* треба призадуматись над тим, чи недорiчне жаданє додаткове представляє ся справдi як услiве, чи радше як приказ (*modus*). *In dubio* радше вискажемо ся за приказом, чим за услiвем, бо при приказi управнений є звiльнений від сповнення недорiчности по мисли § 710 кн. з.

VII. При кінци трактату про услів'я згадує наш закон в § 901 про мотиви („*Beweggrund*“*) і їх вплив на

*) Гл. *Cod. Ther.* III. 1. n. 86; *Horten* II. 14. § 7; *Martini* III. 1. § 31; Гал. кн. з. III. § 30; *Prot.* II. ст. 18—19.

Пор. *Zeiller*, *Comm.* III. ст. 85—87; *Nippel*, *Erl.* VI ст. 112—115; *Winiwarter*, *Bürg. R.* IV. ст. 59, 60; *Ellinger*, *Handbuch* ст. 411; *Unger*, *Syst.* II. ст. 52—54; *Stubenrauch*, *Comm.* II. ст. 79, 80; *Schiffner*, *Lehrbuch* I. §§ 123, 125, 129; *Burckhard*, *Syst.* II. ст. 315 пр. 4, ст. 375, 376 (пр. 2); *Krainz*, *System* I. ст. 279, 295, 296; *Till*, *Prawo pryw.* III. ст. 63 й д.

облігаційні відносини. З систематичного огляду пояснює ся се тим, що § 901 трактує *ex professo* о мотивах лиш о стільки, о скілько они представляють ся під правним зглядом як услівя; впрочім находимо в сій постанові відклики до інших приписів, що находять ся на ріжних місцях австр. кн. з. —

Мотив треба перед всім відріжнити від *causa*; мотив не є головною цілію, до якої змагає умова, не є цілію правовою, що характеризує дотичну умову, але представляє ся як посередна причина, що спонукує контрагента до заключеня певної умови. Що дало головний привід до заключеня умови, що спонукало контрагента взагалі до заявленя згоди при якійсь умові — є мотивом в розумію § 901 кн. з.

Такі умови стоять — як сказано уже в трактаті о похибці — поза обсягом умови, тому *in thesi* є зовсім рівнодушно, чи успіх заключеної умови був такий, який відповідав внутрішнім мотивам контрагента; мотив не має тому по правилу ніякого впливу на неважність умови.

Коли одначе мотив перестав бути внутрішнім процесом, та був в умові виразно поданий як услівє, тоді має він зовсім правний характер услівя й підлягає загальним постановам про услівя (§ 901 кн. з.). Мотив мусить в таким випадку точно сповнити ся, бо інакше умова тратить свою стійність (*arg. z § 699 кн. з.*).

§ 901 зазначає, що мотив мусить бути „виразно“ поданий як услівє. Pfaff учить, що слово „*ausdrücklich*“ = „*deutlich*“ і відносить ся не лиш до таких мотивів, які поставлено виразно за услівє, але в рівній мірі до таких, що проявляють ся як *tacitae condiciones* (мовчучі застереження). Тим чином намагає він загальну теорию про т. зв. *clausula rebus sic stantibus* з повсюдного права пересадити на ґрунт австр. права, але невірно, бо кодифікатори австр. пр. виразно висказались противниками загальної теорії клявзулі. Проте вплив *clausulae rebus sic stantibus* можна прийняти лиш там, де він проявляє ся безпосередно в поодиноких постановках закона, як при підготовних умовах (§ 936 кн. з.).

Крім *cero*: Windscheid, *Die Lehre von der Voraussetzung* (1850); Erxleben, *Die condiciones sine causa II.* (1853) § 14; Pfaff, *Clausula rebus sic stantibus* (1899).

Та мусимо признати, що загальне прийняття *clausulae rebus sic stantibus* є небезпечне й несхоже з вимогами *de lege ferenda*. Тому не можемо ввести цієї теорії до закону, й слово „*ausdrücklich*“ мусимо в § 904 буквально інтерпретувати.

Таке єсть значінє мотиву при відплатних ділах правних. Який вплив має *error in motivis* пізнали ми уже повисше.

Вкінці § 901 кн. з. робить ріжницю між відплатними а безплатними умовами. „При безплатних умовах мають примінити ся постанови, видані для заряджень послідної волі“ (§ 901 i. f.). Тут розуміє закон постанову § 572 кн. з. про *error in motivis*, і постанови §§ 709 і д. про прикази.

Для близшого поясненя треба однак замітити:

1) § 572 становить, що *error in motivis* звичайно не уневажнює зарядження послідної волі, лиш тоді, коли мотив був в зарядженю поданий і воля помершого полягала одиноко й виключно на хибнім мотиві, значить, коли мотив став кінечною умовиною волі й становить складову частину змісту волі. Се відносить ся також до безплатних умов по мисли § 901 i. f. Однак коли похибка відповідає повисшим вимогам, то підпадає она взагалі під постанову § 871 кн. з. і є тому „сущною“ похибкою по мисли закона. Проте постанова § 572 — як уже сказано в трактаті о похибці — є загальна, й відносить ся не лиш до безплатних але й до відплатних діл правних.

2) До мотивів при безплатних умовах примінують ся постанови про прикази, а про таке аналогічне примінене може бути взагалі лиш тоді бесіда, коли мотив є при умові поданий. Не вимагає ся однак, аби був „визразно“ поданий, але може бути поданий так, аби другий контрагент міг на нїм пізнати ся. Тому ріжниця супротив відплатних умов лежить

а) у тім, що при безплатних умовах мотив має значінє приказу, наколи є в умові поданий, але

б) поданє його в умові не мусить бути „визразне“ в тім розуміню, як поставлене мотиву за услівє (§ 901 pr.), тільки вистачає, аби співконтрагент міг про нього довідатись з умови.

§ 43.

Реченці*).

I. Реченець (Zeitbestimmung, Befristung, dies), се така установа, сторін, що прив'язує правні наслідки якогось діла пр. до часових границь. Отці часові границі, від яких залежать правні наслідки, можуть бути означені після календара, або з огляду на певну згл. непевну подію.

Тому реченці ділимо взагалі на певні або непевні (dies certi, dies incerti). Певні реченці, се такі, о котрих з гори знає ся, що они мусять колись прийти, хоча не все знає ся, коли они прийдуть, проте тут належить: dies certus an, certus quando¹⁾ (з самого почину є звісне, чи й коли реченець приїде), й dies certus an, incertus quando²⁾ (звісне, чи, але не звісне, коли реченець приїде). Непевні реченці тим визначають ся, що з почину не знати, чи они взагалі коли прийдуть, проте тут зачисляемо: dies incertus an certus quando³⁾ (незвісно, чи означений час приїде, але є певне, що як приїде, то приїде в певнім

*) Гл. Cod. Ther. II. 12. n. 156—162; III. 1. n. 79—86; Horten II. 9. § 41; III. 1. §§ 41—45; Martini, II. 14. §§ 10—12; Гал. кн. в. II. §§ 492—495; Prot. I. ст. 421—423; II. ст. 546.

Pop. Zeiller, Comm. II. ст. 672—680; Nippel, Erl. IV. ст. 408—414; Winiwarter, Bürg. R. III. ст. 245—251; Ellinger, Handbuch ст. 327—329; Unger, Syst. II. ст. 88—99; VI. § 17; Stubenrauch, Comm. I^o. ст. 894—896; Kirchstetter, Comm. ст. 372—374; Schiffner, Lehrb. I. § 128; Burckhard, Syst. II. ст. 363—375; Pfaff-Hofmann, Comm. II. ст. 596—613; Krainz, System II. ст. 286—289; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 528—538; Till, Prawo pryw. I. ст. 354—360; Огоновский, Систем I. ст. 118—120.

Крім cero: Savigny, Syst. III. ст. 204—226; D worzak, Civilist. Erört. in Oest. Vierteljahresschr. XV (1865), ст. 251—254; Scheurl, Lehre von den Nebenbestimmungen (1871) ст. 22—69; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin (1888) ст. 307 і д.; Simeon, Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts (1889); Salomon, Wes. des befr. Rechtsgesch. (1889).

¹⁾ Пр. 1. січня 1903.

²⁾ Пр. в день смерти моєї матери.

³⁾ Пр. у той день, коли моя сестра скінчить 50 літ житя.

часі), й *dies incertus an incertus quando*¹⁾ (не знати, чи й коли реченець прийде).

Поняте реченця ріжнить ся засадничо від понятия услівя (гл. ввше в попереднім трактаті § 42 під I. 2.), зачим йде, що невірна єсть теория, котра при *dies incertus* добачує все сполуки услівя з реченцем. Хоч непевно єсть, чи якась подія зайде, то все-таки реченець як установа сторін, що ставить часові границі, не вяже ся з услівем, тільки не перстає бути чистим реченцем, бо значіне реченця взагалі инше, чим значіне услівя. Та впрочім непевність не є характерною ціхою услівя, бо австр. пр. зачислює також *condiciones in praesens vel praeteritum conceptae*, услівя неможливі й конечні до услівів в правничім розуміню; проте нема ніякої підстави, мішати понятия услівя з понятєм реченця навіть з огляду на *dies incerti*. Тому однак не противить ся, що до *dies incerti* привязує закон подібні правні наслідки, як до услівя.

Крім поділу реченців на певні й непевні стрічаємо ріжницю між починовими реченцями (*dies ex quo*) а кінцевими реченцями (*dies ad quem*). Сей поділ відповідає подекуди поділови услівів на зволікаючі й розв'язуючі. Починний реченець висказує, що якесь право має істнувати до перва пізнійше від означеної хвилі, а кінцевий реченець подає границю, до якої може право істнувати, час, з котрим істнує з почину право має про себе погаснути.

II. Про реченці й їх правні наслідки трактують §§ 704—706 кн. з. в розділі о праві спадчини. Що такі самі правила відносять ся зарівно до облїгаційних умов, постановляє § 904 кн. з. і. ф. Наш закон виходить з ріжницї між починовим а кінцевим реченцем:

1) Починний реченець (*dies ex quo*) може бути або *dies certus* або *dies incertus*.

а) Про *dies certus* трактує § 705 кн. з. Ся постанова обіймає не лиш *dies certus an certus quando*, але теж *dies certus an incertus quando*. Поки взагалі *dies certus* ще не надійшов, то вправді не можуть виступити тоті правні наслідки, які мають заявити ся з означеним реченцем, але все-таки управнений уже від хвилі заключеня умови має сталу та

¹⁾ Пр. в день, коли мій товариш здасть докторат.

непохитну основу для свого будучого права. *Ex die certo* має управнений уже від заключеня умови набуте право (*erworbenes Recht, ius quaesitum*; пор. § 5 кн. з.), але повний успіх сего права до означеного часу відложений („*verschoben*“: § 707 кн. з.).

Сего евентуального права не може йому ніхто відібрати навіть перед надійством реченця, та се евентуальне право переходить також на його спадкоємців. Кому має бути передана власність *ex die*, той не набуває її вже перед надійством реченця, та передача (*traditio*) може наступити доперва в означений день.

Хто є *ex die* зобовязаний, має аж до хвилі, коли означений реченець наспів, подібне правне становиско, як при повірничім підставленю повірник супротив повірничого субститута, — тому до тої хвилі є він (як промітент) з огляду на річ або на право, що його має *ex die* на другого перенести, „обмеженим властителем з правами й обовязками ужитковця“. Коли відтак означений день наспів, мусить він віддати річ управненому, але без звороту доходів, котрі лишають ся його виключною власністю (пор. §§ 707, 613 в пор. з § 904 i. f.). *Dies veniens* ділає тому *ex nunc*.

б) *Dies incertus* (значить: *incertus an certus quando*, й *incertus an incertus quando*) підлягає по мисли § 704 кн. з. таким самим правовим постановам, як уелівя. Поки ще не надійшов *dies ex quo*, управнений має лиш евентуальне право, але оно не стоїть тут на так певних основах, як при *dies certus*, бо через рішене непевности на некористь управненого право пізнійше погасає.

В межичасї, заки рішить ся, чи *dies incertus* прийде, чи ні, має промітент правне становиско повірника (*heres fiduciarius*) по мисли §§ 707 і 613 кн. з., значить, йому прислугує „обмежена власність з правами й обовязками ужитковця“ (§ 613). Але се відношенє кінчить ся з хвилию, коли *dies incertus* справді наспів. Промітент мусить промісареві річ передати, але не зобовязаний з дотичною річю віддати й доходів, які з неї побрав, бо побрані доходи лишають ся промітентови на власність.

Коли-б врешті показало ся, що реченець не може уже надійти, тоді відпадає обмеженє промітента з § 613 кн. з., та він стає ся необмеженим властителем дотичної річи, а промісар тратить своє право. —

2) Кінцевим реченцем (*dies ad quem*) займають ся §§ 704 і 708 кн. з. Тоті постанови відносять ся не лиш до заряджень послідної волі, але також до облїгаційних умов (§ 904 і. ф.).

Коли кінцевий реченець є непевний (*dies incertus*), то примінують ся такі самі постанови, як при розв'язуючих услів'ях. Сейчас з заключенєм умови промітент є обов'язаний сповнити чинитьбу, так що дотичне правне відношенє між промітентом а промісарем заявляє сейчас свої правні наслідки. Де ходить о набуте якоїсь річи, то промісар набуває її сейчас, та може нею орудувати поки-що після постанов заключеної умови, але се триває тільки через якийсь час, та по укінченю реченця мусить промітентови річ звернути. В межичасї правне становиско промісара стоїть на рівні з становиском повірника при повірничім підставленю, він є „обмеженим властителем з правами й обов'язками ужитковця“ (§ 613). Тота роля, яка при починівім реченци припадала промітентови, тепер при *dies ad quem* припадає промісареви. Але коли *dies* відтак наспів, мусить промісар промітентови річ звернути, й так приходить промітент назад, але *ex nunc*, до власти над своєю річю. Доходи з річи, які промісар в межичасї побрав, задержує на свою власність.

При непевнім кінцевім реченци є врешті можливе, що *dies ad quem* не може наспіти, тоді відпадає часове обмеженє промісара й він не потребує нічого звертати.

Коли кінцевий реченець є *dies certus*, то *arg.* з § 708 кн. з. примінують ся тоті самі правила, що при *dies incertus*, з тим обмеженєм, що такий *dies ad quem* мусить наспіти.

III. § 706 кн. з. згадує про неможливі реченці, т. є. такі, що взагалі не можуть ніколи наспіти, ставляючи їх на рівні з неможливими услів'ями. Значить, неможливий *dies ex quo* уневажнює умову, а неможливий *dies ad quem* не має ніякої стійности, та умова лишаєсь важною без ніяких часових границь.

Але крім сего стрічаємо в 2. реченю § 706 постанову, що коли заявляючий помилив ся лиш в обрахованю часу, то така похибка не уневажнює ще умови, тільки треба в дорозі інтерпретації пояснити, яка є справді воля заявляючого. З сеї постанови можемо прийти до загального висновка, що усї правні приписи про вплив реченців на діла правні, є лиш

диспозиційними нормами, які уступають перед іншою волю сторін, о скільки она дасть ся виказати. Така відмінна воля сторін може бути заявлена безпосередно або посередно, („виразно або мовчки“ : § 863 кн. з.)¹⁾.

§ 44.

Прикази*).

I. Приказ (Aufgabe, Auftrag, modus) — се додаткове заявлене волі при безплатних ділах правних, що вкладає на управненого осібний правний обовязок. Тому до понятя приказу належать отєї моменти :

1) Приказ є можливий тільки при безплатних ділах правних, пр. при заявленях послідної волі, перед всім при легатах, та при невідплатних умовах, головно при даровинах. Вправді й при відплатних ділах правних лучає ся чимало, що управнений приймає на себе такі обовязки, які не лежать в понятю дотичного діла пр., але се належить прямо до змісту заключеного діла пр. й не підчиняєсь осібним постановам

¹⁾ Тому може лучити ся, що реченець не сповнив ся, а про тото після волі сторін треба вважати, що він справді прийшов. Пр. я виарендовую мое поле на час, аж мій син покінчить агрономічні студії й сам обійме господарку (dies incertus an, incertus quando). Між тим помер мій син перед укінченням студій; отже реченець не може уже точно сповнити ся. Та мимо того аренда не може тривати по віки вічні, але волі сторін відповідало, що правне відношенє має бути тільки часове, й в міру сего днем укінчення аренды буде сей день, коли-б мій син покінчив студії, наколи-б був при житю.

*) Гл. Cod. Ther. II. 12. n. 163—170; 16. n. 79, 80; Horten II. 9. § 42; 10. § 18; 14. § 8; Martini, II. 14. §§ 13—15; Гал. кн. з. II. §§ 496—499; Prot. I. ст. 424—426; II. ст. 392.

Пор. Zeiller, Comm. II. ст. 681—686; Nippel, Erl. IV. ст. 414—421; Winiwarter, Bürg. R. III. ст. 252—255; Ellinger, Handbuch ст. 329, 330; Unger, Syst. II. ст. 100—103; VI. § 18; Stubenrauch Comm. I.^o ст. 897—899; Kirchstetter, Comm. ст. 375, 376; Schiffner, Lehrbuch I. § 129; Burckhard, Syst. II. ст. 375—378; Pfaff-Hofmann, Comm. II. ст. 613—624; Excuse II. ст. 326—330; Krainz, Syst. I. ст. 289—293; Till, Prawo pryw. I. ст. 360—363; Огоновский, Систем II. ст. 121, 122.

Врешті: Savigny, Syst. III. ст. 226—237; IV. ст. 280—288; Windschei, Die Lehre von der Voraussetzung (1850).

закона про прикази, тільки загальним правилам інтерпретації волі при ділах правних.

2) Приказ може походити тільки від того, хто переносить на другого якусь маєткову чинитьбу (*Vermögenszuwendung*).

3) Приказ вкладає на управненого правний обов'язок. Сей правний обов'язок може полягати в тім, що управнений має з річи зробити якийсь ужиток, чи то для означеної ціли, чи в означений спосіб (пр. на сплату довгів, на виставлене пам'ятника й т. д.), або що він зобов'язаний до певного поведення (*dare, facere, ommittere*; пр. написати драму, перестати гру в карти й т. д.).

Приказ не може однак обов'язувати управненого до відплати, бо в такому випадку діло пр. є відплатне, а при відплатних ділах пр. не може бути бесіди о приказах в технічній розуміню. —

Зрештою треба прикази відмежити від споріднених понять, і так:

а) Від приказу треба відрізнити услівє, бо услівє не вкладає обов'язку до сповнення, наколи приказ лучить ся з правним обов'язком виконання.

б) Богато схожих точок має понятє приказу з легатом, і тому при зарядженнях послідної волі заходить нераз сумнів, чи они містять в собі приказ, чи легат. Ріжниця між одним а другим лежить в волі тестатора, з огляду на се, хто після його волі має бути через дане зарядженє відзначеним, чи спадкоємець, чи трета особа. При легатах відзначає тестатор третю особу, легат має взагалі на меті третю особу с. т. легатара відзначити, а спадкоємця обтяжити. Інакше, коли тестатор дає приказ; тоді він в першій ряді має на думці того, кому дає сей приказ, він хоче відзначити перед всім того, до кого приказ звертає ся, та жадає в обмін за се, аби відзначений сповнив його волю.

в) Врешті ріжнить ся від приказу звичайна рада або звичайне припорученє (*nudum praeseptum*): §§ 695, 711, 901 кн. з. При звичайній раді або припорученю не мож сказати, щоби заявляючий вкладав на управненого правний обов'язок; тому коли із інтерпретації волі виходить, що не було наміру вложити на управненого правного обов'язку, то не може бути бесіди о приказі (*modus*), та свобода управненого

не є нічим обмежена. Се лучає ся звичайно тоді, коли певне припоручене змагає виключно до добра самого управненого, пр. коли є получена з загальними напiмненнями до чесноти, приличного поведєня, ощадности й т. д.

II. Постанови про прикази і їх вплив на дотичні діла пр. стрічаємо в праві спадчини (§§ 709—712 кн. з.). Они примінюють ся анальоґічно до безплатних умов (arg. § 901 кн. з. i. f.). Тому правні наслідки приказу є такі:

Хто наслідком приказу обовязаний до певного поведєня, мусить приказ сповнити. Управнений одержує сейчас по заключєню умови отсю маєткову користь, яка йому з неї припадає, але, як не сповнить приказу, мусить все звернути.

Приказ належить сповнити у відповіднім часі, значить, як час є означений, в означєнім часі, зрештою по змозі найскорше „без непотрібної проволоки“ (§ 904 кн. з.). Інтересовані можуть жадати евентуального означєня часу сповнєня, та суд може спонукати до сповнєня з тим, що коли до якогось часу приказ не буде сповнений, то мусить наступити зворот того, що *sub modo* одержано.

Ті наслідки опирають ся на тiм, що наш закон вважає приказ на рівні з розвязуючим услівєм. Проте до хвилі, поки не сповнено приказу, правне становиєско управненого є таке саме, як повірника по мисли § 613 кн. з. Коли однак рішило ся, що приказ не є сповнений, то мусить він звернути все, що одержав. Тільки зворот наступає тут у відріжненю від звичайного розвязуючого услівя, разом з всіми в межичасі побраними доходами —; недоконанє приказу ділає тому *ex tunc*, не *ex nunc*. Сєго наслідку вправді не висказує закон, але він слідує із сути приказу в противствалєню до услівя. Услівє не родить обовязку до сповнєня, наколи приказ містить в собі правний обовязок. Проте невиконанє сєго обовязку не може управненому приносити користий; він мусить набуті доходи, що йому припали в межичасі, звернути.

Та єще в дечім заходить ріжниця супротив розвязуючого услівя. Сповнєнє услівя мусить бути зовсiм точне (§ 699 кн. з.) — інакше сповнєнє приказу, про що згадує постанова § 710 кн. з. Як приказ не дасть ся точно сповнити, то треба тільки старати ся, аби його по можности сповнити, значить, виконати се, що обєктивно можливе. Коли однак взагалі

сповнене приказу стане неможливим, та всякі старання управненого до сповнення приказу не мають успіху, то закон вважає се суроґатом сповнення, ставляючи фікцію, будь-то-би приказ був дійсно сповнений. В таких випадках управнений не тратить того, що одержав, але є звільнений від точного сповнення приказу.

Але зовсім природно, що суроґат сповнення відносить ся тільки до випадків об'єктивної неможливости сповнення. Де управнений з власної вини не міг опієсля виконати приказу, мусить звернути все, що одержав (§ 710 кн. з. і f.). —

In concreto може заходити сумнів, чи певне заряджене представляєсь як услівє, чи як *modus*. Тоді треба in dubio заявити ся за приказом, не за услівєм, бо приказ не вимагає точного сповнення (§ 710 пр. против § 699 кн. з.), а в сумнівних случаях треба радше прийняти менше обмежене, чим більше (§ 915 кн. з. пр.). —

Коли зміст приказу є *contra bonos mores*, то його прямо счеркує ся (*pro non scripto habetur*), бо не можна вимагати сповнення там, де оно є нездолене¹).

§ 45.

Задатки*).

I. Римске пр. знало задатки (*arrae*), при консензуальних умовах, перед всім при *emptio venditio*, *locatio conductio rerum*, *operarum* і *operis*, і то в двох видах:

¹) Таким нездоленим приказом є т. зв. *roenae nomine relictum* по мисли § 712 кн. з. Коли тєстатор дав свому дідичєви неможливий або нездоленый приказ, та висказав свою волю, що як дідич не сповнить приказу, мусить за кару третій особі виплатити лєґат, — то сей приказ счеркує ся, *legatum roenae nomine relictum* є неважне, але через те не тратить дідич права наслідства; він не може сповнити приказу, не потребує виплатити лєґату, але задержує свою пайку з наслідства.

*) Гл. *Cod. Ther.* III. 9. n. 231—240; *Horten*, III. 9. §§ 109—113; *Martini*, III. 1. § 44; 6. §§ 25, 26; *Гал. кн. з.* III. §§ 44, 198, 199; *Prot.* II. ст. 22, 93.

Pop. Zeiller, *Comm.* III. ст. 96—98; *Nippel*, *Erl.* VI. ст. 130—133; *Winiwarter*, *Bürg. R.* IV. ст. 68—70; *Ellinger*, *Handbuch* ст. 415; *Stu-*

- 1) як *arrha contractu perfecto data* й
- 2) як *arrha contractu imperfecto data*.

В першій случаю був задаток знаком заключеня умови, а в другій случаю був средством, епонукати сторони до остаточного заключеня умови. *Arrha contractu perfecto data* називала ся також *arrha confirmatoria*, бо була знаком дійсно заключеної умови, до чого прилучало ся дальше призначене, забезпечити виконане умови на будуче. Як при заключеню умови дано *arrham confirmatoriam*, співконтрагент не міг уже покликувати ся на се, що умова ще не заключена, та на підставі такого задатку можна було жадати сповнення умови. Коли умову виконано або розв'язано її за обосторонною згодою обох контрагентів (*contratio consensu*), то контрагент, що виплатив другому задаток, міг жадати звороту його, а згл. вчислити собі дану суму до сеї чинитьби, до якої був з умови обов'язаний. Але під певним зглядом ціль римської *arrae* полягала на карі (т. зв. *arra poenalis*) — головно при *arrha contractu imperfecto data*, коли один з контрагентів відтягав ся від ділань, потрібних до довершеня умови. —

Інше значіне мав задаток в старо-німецькім праві (*Handgeld, Gottespfennig, Weinkauf*). Задаток становив тут форму заключеня умови, не лиш знак зяключеня, належав тому до важности умови, та його значіне було проте більше, чим звичайного доказового средства. По сповненю умови не вчислювано задатку (пр. до ціни купна), бо задаток був окремим формальним датком. —

benrauch, *Comm. II. ст. 92—96*; *Kirchstetter, Comm. ст. 473, 474*; *Krainz, System I. ст. 71—75*; *Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 538—553*; *Till, Prawo pryw. III. ст. 168—174*; *Огоновский, Систем II. ст. 70—72*; *Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 23*.

Времї: Ungermann, Zum § 908 a. b. G. B. в Ger. Ztg. 1860 Nr. 17; *Kissling, Gegenbemerkungen в Ger. Ztg. 1860 Nr. 48*; *Johanny, Das Angeld в Ger. Halle 1864 Nr. 25, 26*; *Zródlowski, Zur Lehre vom Angeld und Reugeld в Ger. Ztg. 1867 Nr. 95*; *Jagemann, Die Daraufgabe (1870)*; *Louis, Der Leihkauf в Ger. Ztg. 1871 Nr. 54*; *Canstein, Das Angeld nach Handelsrecht в Ger. Ztg. 1874 Nr. 8, 9*; *Talasiwicz, Ueber das Angeld nach dem b. G. B. u. dem Handelsgesetzbuch в Ger. Halle 1875 Nr. 30—32*; *Madeyski, Bestärkungsmittel der Verträge, в Zeitschr. f. Notar. 1879 Nr. 9*; *Madeyski, Die Conventionalstrafe u. ihre Anwendung bei Verträgen в Ger. Ztg. 1880 Nr. 75*; *Ungermann, Ueber Vadium und Relicitation в Jur. Bl. 1884, Nr. 45, 46*; *Jolles, Syst. Uebersicht über Rechtsprechung в Geller-а Centrabl. 1894 ст. 266 і д.*

II. Австр. пр. прийняло в загальних почерках римський систем, але в деяких точках розвинуло відмінні правила. Поперед усього нема в австр. пр. т. зв. *arrha contractu imperfecto data*, але не вимагає наш закон задатку як конечної формальної вимоги умови. —

Під задатком (*Angeld, Daraufgabe, Handgeld, arrha*) розуміємо сей даток, який один контрагент складає другому при умові на знак заключення умови й для забезпечення прийнятого обов'язку (§ 908 кн. з.).

1) Сей даток при заключеню умови є звичайно грошевий. Але крім грошей предметом задатку можуть бути інші матеріяльні добра, та взагалі все, що можна другому „дати“, не лиш „приречи“. Тут належать м. и. грамотні зобов'язання (*verbrieftte Forderungen*), але ніколи такі вірительности, які контрагент має против свого співконтрагента. Задатком можуть бути такі самі річи, що становлять предмет прийнятого зобов'язання, але в рівній мірі можуть бути річи иншого рода.

2) Задаток складає один контрагент другому при заключеню умови. Він мусить бути „даний“, не лиш „приречений“. Навіть оба контрагенти можуть — кождий про себе — дати другому при заключеню умови задаток (*arrha reciproca*), й тоді оба тоті задатки мають свою осібну правну судьбу. По заключеню умови не може бути бесіди про задаток, та всякі датки в якийсь час по заключеню умови вважають ся як часткові сплати.

3) Задаток має подвійну ціль:

а) Він є перед всім знаком заключення умови. Австр. пр. знає лиш *arrham confirmatoriam*. Тому коли при переговорах один з контрагентів дав другому певну суму гроший, аби тим спонукати другого до заключення умови, то сей даток не має правних наслідків задатку по мисли § 908 кн. з., тільки евентуально наслідки *condicionis sine causa*. Але підготовна умова (*pactum de contrahendo*) є про себе самостійною умовою, проте при ній єсть задаток можливий.

б) Друга ціль, яка вяже ся посередно з задатком, є забезпечене сповнення умови. Хто має в руках задаток, має більшу матеріяльну певність, що співконтрагент сповнить зобов'язанє.

4) Задатки дає ся звичайно при умовах купна, найму, аренди, й умовах о працю. З огляду на особну правну ціль не можна їх вважати на рівні з преддатками (*Vorschüsse*), які полягають на тім, що один з контрагентів сейчас по заключеню умови виплачує певну суму на рахунок сеї чинитьби, до котрої є обовязаний.

Але *in concreto* заходять нераз сумніви, як розуміти виплату сейчас по заключеню умови, чи як задаток чи як попередну сплату на рахунок прийнятого обовязку. § 908 кн. з. вказує на се, що такий даток представляє ся *in dubio* як задаток, наколи з умови не слідна инша воля сторін. Впрочім треба зробити ріжницю між умовами купна, найму й аренди з одного боку, а умовами о працю з другого боку. Як купуючий або наймаючий при заключеню умови складає якусь суму, то можна поки-що припускати, що контрагенти вважали сю суму як задаток в технічнім значію. Але при умовах о працю робітник або підприємець мусить нераз поносити сам багато видатків, чи то на само доконанє діла, чи взагалі на веденє якої небудь роботи, бо платня належить ся доперва по довершеній роботі (§ 1156 кн. з.). В таких случаях, коли замовляючий дає певну суму робітникови або підприємцеви при заключеню умови, треба поки-що припускати, що ся сума має служити на покритє видатків і то на рахунок платні, до якої замовляючий є зобовязаний. Тому при умовах праці заходить *in dubio* преддаток, а не задаток.

III. Правні наслідки задатку є ріжні в міру сего, чи умова, при якій дано задаток, була сповнена, чи ні. Через передачу задатку приймаючий набуває власність, проте евентуальний обовязок звороту може бути тільки облігаційний, а не річевий.

1) Коли умову сповнено, то перестала істнувати правна причина, для якої дано задаток, та приймаючий мусить *causa finita* звернути задаток співконтрагентови. Як предметом задатку була *species*, то мусить звернути річ *in specie*, як були замінні або зуживаємі річи, мусить звернути *tantundem eiusdem generis*. Чимало слідує упрощенє рахунку дорогою компенсації, наколи предмет задатку й предмет довжної чинитьби є рівнородні (*gleichartig*), пр. гроші; тоді той, що дав задаток, потручає собі квоту задатку від чинитьби й платить *a priori*

чинитьбу зменшену о вартість задатку. Але все-таки мусять заходити всякі вимоги компенсації по мисли §§ 1438 кн. зак. і д.

2) Коли одначе не сповнено умови, треба відрізнити, чи причиною того була провина одного з контрагентів, чи припадок.

а) Як з провини одного з контрагентів умова не могла бути сповнена, то невинний контрагент має два ріжні права до вибору, й так :

α) Коли невинний є той, що дав задаток, може від винного контрагента жадати звороту подвійного задатку; а коли невинний є той, що приняв задаток, то не потребує його звертати, лиш задержує задаток для себе. Невинний контрагент вважає тут умову за знесену, та не жадає сповнення умови, тільки користує ся іншими правними наслідками, які закон привязує до задатку.

Се право, яке прислугує невинній стороні з задатку, становить отже виїмок від загального правила § 919 кн. з., з якого виходить, що коли один з контрагентів не сповнив умови, другий не може жадати знесеня умови, тільки „докладного“ сповнення й евентуального повернення шкоди.

β) Але невинний контрагент може також виходити з того, що умова задержує обовязуючу силу, й жадати, щоби винний контрагент сповнив умову й звернув йому евентуальну шкоду.

Коли заявив, що жадає сповнення умови й повернення шкоди, то крім сего не може жадати подвійного задатку, згл. не може задержати того задатку, який одержав від співконтрагента; його обовязком є задаток звернути, або зарахувати.

Невинний контрагент може отже з повисшої альтернативи жадати одного або другого — не одного й другого. Також не може жадати сповнення умови й як звороту шкоди подвійного задатку, згл. задержати принятого задатку, бо жаданя задатку не мож ставляти на рівні з жаданем повернення шкоди: задаток служить лиш як знак заключеня або для забезпеченя умови, але не сповняє функції винагороди шкоди. Таку функцію має умовна кара, не задаток. Тому, коли невинний контрагент вибрав першу альтернативу, то право, жадати подвійного задатку, не погасає по мисли § 1489

кн. з. по упливі 3 літ a tempore scientiae, але доперва в дорозі звичайного — 30 або 40-літнього — задавнення.

Право вибору з § 908 кн. з. прислугує тільки невинному контрагентови. Оно поветає уже в хвили проволоки довжника (mora debitoris противника); тому від хвилі, коли один з контрагентів з власної провини не сповнив зобовязаня, не може вже невинному співконтрагентови против його волі накинути сповнення умови, бо невинний контрагент може вважати умову за знесену й жадати подвійного задатку, або задержати прийнятий задаток.

б) Як оба контрагенти причинили ся своєю провинною до несповнення умови, то жадному з них не прислугує право вибору з § 908 кн. з., та задаток мусить бути звернений *condictione sine causa*. Так само,

в) коли жаден з контрагентів не поносить провини, та несповнене умови мало свою причину в припадку (*casus*) —, бо тоді погасає ціле зобовязане з умови (§ 1447 кн. з.), отже відпадає всіляка причина до задерженя задатку, який мусить бути відтак звернений (§ 1447 i. f.). Врешті

г) контрагенти можуть розвязати умову за обосторонню згодою (*contrario consensu*), — тоді задаток мусить бути звернений (*condictio causa finita*).

§ 46.

Преддатки*).

Уже в науці про задатки сказано, що преддаток (*Vorschuss*) є понятєм, дуже зближеним до задатку, але все-таки заходить основна різниця. Проте на означене німецького слова „*Vorschuss*“ (= польске „*zaliczka*“) мусить бути окремий вислов, та не можна послугуватись тут словом „задаток“. Ми уживаємо слова „преддаток“ або „предплата“.

Преддаток може мати в праві різне значіне:

*) Поп. Schey, Obl. verh. I. ст. 46—49; мое *Wesen des Werklieferungsvertrages* ст. 183, 184.

1) Уживає ся його часто на означене позички, з огляду на певне покритє, на яке її виплачуєсь; пр. з огляду на ручний застав, поруку й т. и.

2) Далі говоримо о преддатку або предплаті при таких позичках, при яких умовлено для сплати право компенсації на будучих вірительностях позичаючого против випозичаючого, пр. предплата на урядничу пенсію.

Тут примінюють ся в загальних почерках правні постанови про позичку. Тільки коли позичка має сплачувати ся в дорозі компенсації будучих вірительностей, то мусять також прикладати ся загальні постанови про компенсацію. Сплата такого преддатку не може наступити інакше, тільки через компенсацію; лиш тоді, коли сама компенсація стане неможливою пр. по причині смерти дотичного урядника, то відтак виступає обовязок до сплати решти без компенсації.

3) Оба повисші значіня преддатку є лиш певними родами позички, проте не представляють ся зовсім як *termini technici*; преддаток в технічнім значіню не є однак нічим иншим, як попередною заплатою в ожиданю противної чинитьби. Коли хтось при відплатній умові платить з гори частину свого довгу, та доперва пізнійше сповняє другий контрагент чинитьбу противну, то можемо сказати, що перший дав преддаток на рахунок свого довгу. Такий преддаток має загальне значіне при облїгаційних умовах, і лиш в тім виді можна його противставити задаткови. Він лучає ся в двох випадках:

- а) коли чинитьба не є ще платна,
- б) коли довг поки-що не існує, але буде існувати.

Хтось платить при заключеню або по заключеню умови се, до чого зобовязав ся, але скорше, як був до того по закону зобовязаний, пр. при *locatio conductio operarum* або *operis* (пор. § 1156 кн. з.); або хтось платить щось, до чого не є ще зобовязаний, але доперва пізнійше буде зобовязаний, пр. предплата чиншу найму за будучий місяць, за будучий чвертьрік і т. и.

Коли мимо такого преддатку другий контрагент не сповнив умови, то не можна жадати звороту преддатку, як після § 908 кн. з., тільки точного сповнення умови, згл. повернення евентуальної шкоди по мысли § 919 кн. з. Лиш при 1. с.

operis становить виїмок § 1154 кн. з., бо коли заходить про-волока (мoга), а реченець сповнення був безумовний (Fixgeschäft), то замовляючий може відступити від умови й тоді може жадати звороту преддатку *condictione causa data causa non secuta*.

Коли однак покаже ся, що умова була неважна, то пред-датов треба звернути *condictione sine causa*.

Впрочім такі преддатки мають правний характер облїга-ційних чинитьб, тому підчиняють ся загальним постановам про чинитьби.

§ 47.

Відступне*).

I. Відступне (Reugeld) має иншу правну вдачу, чим задаток. Задаток служить до скріплення й забезпечення умови, а навпаки відступне ослаблює правні наслідки умови, бо дає управненому можливість, односторонно відступити. За ціну відступного набуває один з контрагентів евентуальне право до відступлення від умови. Зрештою різниця між за-датком а відступним є така :

Задаток мусить бути даний при заключеню умови; відступне прирікає ся при заключеню умови на случай, що промітент не сповнить умови. В випадках, де відступне може бути дане *anticipando* при заключеню умови, має оно

*) Гл. Cod. Ther. III. 9. n. 241—247; Horten III. 9. §§ 114—118; Martini, III. 6. §§ 27, 28; Гал. кн. з. III. §§ 200, 201; Prot. II. ст. 94, 413—414.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 98—101; Nippel, Erl. VI. ст. 133—137; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 70—72; Ellinger, Handbuch ст. 416; Stubenrauch, Comm. II. ст. 96—98; Kirchstetter, Comm. ст. 474; Krainz, Syst. II. ст. 75, 76; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 564—567; Till, Prawo pryw. III. ст. 180—183; Огоновский, Систем II. ст. 72; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 23.

Врешті: Zródlowski, Zur Lehre vom Angeld und Reugeld в Ger. Ztg 1867, Nr. 95; Jagemann, Die Daraufgabe (1870) ст. 137 і д.; Madey-ski, Die Bestärkungsmittel der Verträge, в Zeitschr. f. Notar. 1879 Nr. 9; Madeyski, Die Conventionalstrafe u. ihre Anwendung bei Verträgen, в Ger. Ztg 1880 Nr. 75—77.

спільні прикмети з задатком, значить, лучить в собі правну вдачу відступного з правною вдачою задатку (пор. § 910 кн. з.).

Далі при задатку не має жадна сторона права, відступити односторонно від умови, та коли хтось дав задаток, не може звільнитися від сповнення тим, що лишає задаток в руках співконтрагента, бо співконтрагент, коли є невинний, може все-таки жадати сповнення умови й звороту евентуальної шкоди (§ 908 кн. з. і. ф.). Противно при відступнім той, що його прирікає, може через заплату відступного звільнитися від сповнення умови; та він має вибір, чи сповнити зобов'язане, чи заплатити відступне. —

Мимо того може заходити сумнів, чи ходить о задаток, чи о відступне. *In dubio* треба радше прийняти задаток, чим відступне (arg. § 910 кн. з.).

Зрештою право, відступити від умови, може прислугувати не лиш одному, але обом контрагентам, так що кожний задержує собі право відступлення. —

II. Правні постанови про відступне стрічаємо в §§ 909—911 кн. з. Хто свому співконтрагентови прирікає відступне на случай несповнення умови, набуває лиш право, звільнитися від сповнення умови; але не мож сказати, що є альтернативно зобов'язаний до сповнення або до заплати відступного. З відступного не поветає *obligatio alternativa*, але *facultas alternativa* —, бо правний обов'язок є все-таки лиш один, т. є обов'язок сповнити умову (*unum in obligatione*), але від того обов'язку можна звільнитися тим, що заплатити ся відступне (*duo in solutione*)¹⁾.

Коли промітент почав виконане самої умови, й сповнив її хоч-би в частині, то дав до пізнання, що хоче умову сповнити, та не може опієсла через заплату відступного звільнитися від цілковитого сповнення.

¹⁾ Стилізація § 909 кн. з. неясна, бо з неї можна-б вносити, що при відступнім поветає *obligatio alternativa*; але про те не мож сумнівати ся, що такий погляд невірний, бо коли пр. умова є заключена під услівем і відтак показало ся, що услівє не може сповнитися, то не може бути обов'язку, заплатити відступне, що мусіло-б наступити, коли-б була *obligatio alternativa* с. т. обов'язок, або сповнити зобов'язане, або заплатити відступне.

Сповнене умови м же однак стати неможливим; тоді треба відрізнити, чи се стало ся з провини управненого до відступлення, чи з припадку. Коли управнений до відступлення з власної провини не міг чинитьби сповнити, то мусить заплатити відступне (§ 911 кн. з.); але коли неможливість сповнення наступила з припадку, то arg. з § 1447 кн. з. погасає ціле зобовязане, та нема ніякого обовязку ані до повернення шкоди, ані до заплати віпступного (arg. a contr. з § 911 кн. з.).

III. Лучає ся чимало, що при умові дано задаток, та умовлено, аби даючий мав право односторонно відступити. Тут задаток сповняє функцію відступного, й в такій умові стрічаємо сполуку обох задач, що її сповняє задаток і відступне. Ціль сего задатку такий, як взагалі кожного задатку, але поверх сего становить він ціну, за яку можна від умови доволі відступити (§ 910 кн. з.).

Як умову сповнено, то задаток звертає ся по загальним правилам задатку. Але коли управнений до відступлення не сповнив умови, то треба, як при відступнім, відрізнити, чи він її не сповнив тому, бо інакше роздумав ся, або взагалі з власної провини, чи тому, що йому станув припадок в дорозі. В першім випадку другий контрагент задержує задаток, та не потребує його звертати, бо се є ціна, за яку відступивший міг відступити, а в другім випадку, коли не було провини, та неможливість сповнення була припадкова, то контрагент, котрий одержав задаток, мусить його відтак звернути. Так само діє ся, коли провини була обосторонна, значить, так по стороні того, що міг відступити, як по стороні того, що одержав задаток. —

§ 48.

Умовна кара*).

I. Умовна кара (Conventionalstrafe) — се маєткова чинитьба, до якої зобовязує ся довжник на слу-

*) Гл. Cod. Ther. III. 17. n. 197; 18. n. 80; Horten III. 9. §§ 116, 118; Martini III. 14. §§ 26—28; Гал. кн. в. III. §§ 488, 489; Prot. II. ст 201, 202, 577.

чай несповнення або неточного сповнення умови. Про умовну кару згадує австр. кн. з. в § 1336 під назвою „Vergütungsbetrag“ в науці о полагоді шкоди. З того видко, що головною цілю умовної кари єсть, вимірити з гори висоту звороту шкоди на случай несповнення або неточного сповнення умови. Але поверх сего умовна кара має також ціль, спонукати контрагентів до точного сповнення умови й причиняє ся до точности й безпечности правного обороту. Умовна кара є тому так як задаток средством, що скріплює умову, не як відступне средством, що ослаблює правні наслідки умови.

Від задатку ріжнить ся умовна кара тим, що задаток дає ся при заключеню умови, — наколи умовна кара прирікає ся на случай несповнення або неточного сповнення умови; задаток є знаком заключеня умови, або служить для забезпеченя принятого обовязку, та не має нічо спільного з питанєм повернення шкоди, — умовна кара є виправді посередним средством до забезпеченя умови, але головна задача її є означити висоту eius quod interest. Тому невинна сторона не може жадати крім сповнення умови подвійного задатку, або задержати принятого задатку; а при умовній

Pop. Zeiller, Comm. III. ст. 774—776; Nippel, Erl. VIII. ст. 224—228; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 599—602; Ellinger, Handbuch ст. 612; Stubenrauch, Comm. II. ст. 687—691; Kirchstetter, Comm. ст. 660, 661; Krainz, Syst. II. ст. 76—78; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 553—564; Till, Prawo pryw. III. ст. 183—187; Огоновский, Систем II. ст. 126, 127; Schuster v. Bonnott, Grundriss ст. 23, 24.

Врешті: Randa, Zur Kritik des Gesetzentwurfs betr. die Aufhebung der Wuchergesetze. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der §§ 1333 u. 1336 b. G. B. (1868); Randa, Die Lehre von den Zinsen u. der Conventionalstrafe (1869); Madeyski, Bestärkungsmittel der Verträge in Zeitschr. f. Notar. 1879 Nr. 10; Madeyski, Die Conventionalstrafe und ihre Anwendungsarten bei Verträgen, в Ger. Zeitg 1880 Nr. 68—77; Griez, Ueber die Conventionalstrafe, в Gellera Centralbl. III (1885); Dangelmaier, Von der Conventionalstrafe, в Allg. Jur. Ztg 1885 Nr. 19, 20, 22, 24, 27, 29, 31, 37; Neuenfeldt, Ist die Conventionalstrafe ihrem Grundprincipe nach Strafe oder Ersatzleistung? (1885); Piętak, Uwagi nad tłumaczeniem ost. zdania § 1336 u. c. в Przegląd sąd. i adm. 1885 Nr. 1, 2; Jolles, Systematische Uebersicht über die Rechtsprechung, в Gellera Centralbl. 1894, ст. 266 і д.; Гвоздецкий, Причинки до науки про умовну кару в Часописи правничій і екон. III (1901).

карі може управнений жадати нераз побіч неї ще сповнення умови (§ 1336 i. f.).

Далі існує також основна різниця між умовною карою а відступним, бо відступне дає управненому свободу відступити від умови, чого нема при умовній карі; та коли знайде випадок заплати умовної карі, мусить нераз контрагент крім неї сповнити умову (Пор. више під III.).

В понятю умовної карі лежать ось які моменти:

1) Умовна кара основуєсь звичайно на умові. Контрагенти заключають умову й в ній подають певну суму, котру має заплатити промітент на случай несповнення або неточного сповнення умови. Але умовна кара лучає ся також при односторонних приреченях й в зарядженнях послідної волі.

2) Умовна кара не є зобовязанем самостійним, але додатковим, т. є. зависимим від головного зобовязаня. Австр. право не знає умовної карі, що існує незалежно від неважної умови (інакше в римскім пр.). Тому коли головна умова є а рiогі неважна, пр. по причині неможливости сповнення (§ 878 кн. з.), то й умовна кара не має ніякої стійности.

Через те неважні є умовні карі при недозволених умовах, або при умовах *contra bonos mores*. Тут належать м. и. умовні карі при картелях або стрейках.

Умовні карі лучають ся часто для скріплення т. зв. конкуренційних заказів (*Concurrenzverbote*). Підприємець приймає торговельного помічника, й в умові заказує йому на довший протяг літ вести торговлю тими самими товарами, що він; для скріплення умови годять ся відтак на високу умовну кару. Повстає питанє, чи й о скілько має она правну стійність. *In concreto* треба розелідити, чи обмежене особистої свободи й самостійности зобовязаного є так велике, що заказ представляє ся справді неетичним. Тоді умова є неважна, а евентуальні умовні карі не мають також стійности.

Врешті неважні є умовні карі при т. зв. природних зобовязанях по мисли § 1432 кн. з.

Зависимість від головної умови проявляє ся дальше тим, що коли перед платністю (*Fälligkeit*) умовної карі погасли правні жаданя з головної умови (пр. через ком-

пензацию), то відпадає також обов'язок до евентуальної заплати умовної кари. Але як уже умовна кара стала платною, то обов'язок до заплати не може погаснути відтак наслідком погаснення головної умови. Так само й при цесії правних жадань з головної умови: як цесія наступила перед платністю умовної кари, то переходить *ipso iure* також право до умовної кари; але по часі платності цесія головної умови не має про себе ніякого впливу на умовну кару.

Мимо такої залежності від головної умови треба усе точно відрізняти правні жаданя з умовної кари й правні жаданя з головної умови. Коли обов'язок до заплати умовної кари стане актуальним, то різниться все-таки від того обов'язку, який пливе з головної умови. Тому коли в умові сказано, що правні наслідки змінюють ся на случай неправильного поведеня контрагента, тоді є лиш одна умова з застереженнями, а не головна умова з додатковою умовою, котра мала-б представлятись як умовна кара. З того слідує, що т. зв. *lex commissoria* (пор. низше § 49), право виповідження найму за недодержанє умови й т. и., не є умовними карами, й не підлягають постанові § 1336 кн. з.

3) Предметом умовної кари може бути тільки маєткова чинитьба, значить така, що має маєткову вартість. Звичайно она грошева, але її предметом можуть бути також інші добра маєткової вартости. Впрочім не треба, аби довжник мав виплатити умовну кару вірителеви, але віритель може собі вимовити заплату умовної кари до рук третього, пр. до каси робітників.

4) Умовної кари можна жадати з трех причин:

- а) задля несповнення умови,
- б) по причині спізнєня чинитьби й
- в) задля неналежитого сповнення.

Від волі сторін залежить, чи умовна кара має наступити з одної, з другої, чи з третьої причини; *in concreto* можна навіть тоті причини получить з собою. Коли умови не сповнено належито, тільки в части, можна все-таки жадати цілої умовної кари, тому як при праві заставу можемо сказати: *causa mulctae conventionalis indivisa*.

II. Насуває ся питанє, в якій хвили повстає обов'язок довжника до заплати умовної кари, значить, коли умовна кара є платна? В усіх случаях, чи умовна кара означена на слу-

чай неточного, або неналежитого сповнення умови, платність умовної кари повстає в хвили проволоки довжника. Тому треба, аби дотичне зобов'язане було платне, й щоби мимо того, що означений день уже наспів, або віритель звернув ся до довжника з пригадкою, заплата не наступила (§ 1334 кн. з.). Зрештою умовна кара стає платною лиш тоді, коли несповнене або неналежитє сповненє умови має свою причину в провинї довжника; — коли одначе сповненє умови не може наступити з причини припадку, то arg. з § 1447 кн. з. погасає всяке зобов'язанє, проте також зобов'язанє до заплати умовної кари, хіба-би в умові було виразно висказанє, що умовна кара має запла-тити ся навіть тоді, коли-б сповненє умови перепинив припадок.

III. Головна користь, яка слїдує з умовної кари, лежить в тім, що віритель не потребує доказувати окремо, чи з несповнення або з неналежитого сповнення умови мав яку шкоду, й як висока була тота шкода. Віритель покликуєєь тільки на зміст умови, в якій означено висоту умовної кари —, та не потребує далї доказувати, чи й яку мав шкоду.

Але все-таки не можна припускати, аби віритель задля умовної кари одержав подвійне заспокоєнє своїй вірительности. *Ne bis in idem*. Тому хоч § 1336 i. f. висказує засаду, що віритель може на случай платности умовної кари жадати не лиш заплати умовної кари, але також сповнення головного зобов'язаня, то все-таки *verb.* „ausser dem Falle einer besonderen Verabredung“ лишає сторонам волю умовити ся, що віритель має право жадати тільки одного, або другого альтернативно. До того не треба, аби сторони виразно умовили ся про альтернативне відношенє головного зобов'язаня до умовної кари, але вистачає, щоби з даних обставин слїдувало, що після їх волї крім умовної кари не можна жадати сповнення умови (пор. § 863 кн. з.). На підставі сеї тези прийдемо до таких висновків:

Де призначенєм умовної кари є, покривати взагалї цілу шкоду, яка слїдує з цілковитого несповнення, там віритель може жадати тільки умовної кари, або сповнення умови альтернативно.

Де однак ціль умовної кари лежить у тім, аби визначити висоту шкоди задля спізнєнєя чинитьби, або задля неналежитого сповнення, то віритель може жадати не

лиш виконання головного зобов'язання, але й заплати умовної кари — кумулятивно.

Де заходять сумніви що-до волі сторін, треба рішити на користь вірителя, значить, віритель може жадати не лиш заплати умовної кари, але також сповнення головного зобов'язання кумулятивно.

Може однак лучити ся, що віритель пізнійше виконане прийме без застереження, тоді можемо припускати, що приняв пізнійшу чинитьбу як сповнене зобов'язання й зрік ся права до умовної кари. —

З повисших заміток слідує, що віритель може серед даних обставин крім умовної кари жадати також сповнення умови; але за те не має права жадати, аби довжник звернув йому в исшущо шкоду, чим тоту, яку покриває умовна кара. Віритель не може покликувати ся на се, що його шкода з причини несповнення або неточного сповнення умови є більша, чим умовна кара, бо умовна кара після австр. права приватного становить максимум звороту шкоди. Навіть коли-б віритель міг доказати, що мав висшу шкоду, закон сего не узглядняє. Умовна кара служить отже для вірителя, але й против вірителя.

IV. Означене висоти умовної кари не було в римскім пр. нічим обмежене; контрагенти могли умовну кару вимірити доволі високо. Деякі теоретики учать однак, що в повсюднім праві умовна кара не може перевищати подвійної квоти дійсної шкоди. Отсе обмежене, яке впрочім полягає на хибній інтерпретації одної постанови Юстиніяна, не приняло ся в австр. пр. § 1336 кн. з. знає однак инші обмеження:

а) Поперед усього стрічаємо в дусі давнійшого законодавства постанову, що при позичці умовна кара не може перевищати законних відсотків; але тото обмежене відпало відтак по мысли § 1 зак. з 14. червня 1868 ч. 62 В. з. д. — Проте сьогодні умовна кара може бути висша, чим законні відсотки.

б) За те лишило ся друге обмежене § 1336 кн. з. в повній силі. Аби запобігти над'ужитям, а головно лихварському визискови, признає закон судії право відповідного зниження умовної кари. Коли отже з даних обставин виходить, що умовна кара

була за високо вимірена, коли судия видить у віртеля напрям до визиску, або у довжника такі материяльні відносини, що йому не дозволяють без значного економічного ущербу заплатити цілу умовну кару (пор. § 1 зак. з 28. мая 1881 ч. 47 В. з. д. і. ф.), — тоді знижає висоту умовної кари, щоб не було надмірного визиску одного контрагента коштом другого.

Довжник може жадати сего зниження, або в дорозі процесового заміту (exceptio), або в дорозі позву (actio). Тоді має він обовязок, подати мотиви до такого обмеження, та судия рішає відтак по правилах полагідної справедливости дорогою свободного осудження. —

§ 49.

Застережене відступлення від умови*).

I. Уже по римському праву могли контрагенти застеречи собі в умові право відступлення. Сему призначеню служили: *lex commissoria*, *in diem addictio* й *Pactum displicentiae*, що відгривали найважнійшу ролю при купні. Але не слідно в римскім пр. загальних постанов про такі застереження.

Та за приводом римского пр. не бачимо й в австр. кн. з. осібногo трактату про сей інститут, тільки поодинокі постанови про *in diem addictio* при умові купна (§§ 1083—1085), і принагідну та лиш посередну згадку про *lex commissoria* в постанові § 919. Натомісьць ціла наука про *Pactum displicentiae*, обговорена при трактаті про купно до впадоби (§§ 1080—1082 кн. з.), не належить по крайній мірі до повисшої

*) Гл. Cod. Ther. III. 9. n. 329—340; Horten III. 9. §§ 174—178; Prot. II. ст. 17, 18, 78, 79, 559 (ad § 914).

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 117; Nippel, Erl. VI. ст. 151, 152; Winwartner, Bürg. R. IV. ст. 81; Unger, Syst. II. ст. 567 пр. 31; 568 пр. 31а; Stubenrauch, Comm. II. ст. 105, 106; Krainz, System II. ст. 82 пр. 4а, ст. 222, 223, 357; Till, Prawo pryw. III. ст. 79, 188—190.

Врешті: Madeyski, Bestärkungsmittel der Verträge в Zeitschr. f. Notar. 1879 Nr. 12; Schey, Obl. verh. I. ст. 105—107. —

квестиї, бо — як звісно — поки нема виразної або мовчучої заяви купуючого, нема ще жадної умови (тільки одностороннє приреченє продаючого), а з того слїдує, що не може бути бе-сіди про застереженє відступлення від неїстнующої умови.

Мимо того на підставі згаданих постанов та на підставі інших принагідних згадок про „знесенє умови“ (пор. §§ 932, 934 кн. з.) і інших споріднених приписів (пр. про т. зв. право відкупу: §§ 1068—1070 кн. з.) можемо прийти до загальної теорії. Вихідною точкою сеї теорії є постанова § 919 кн. з.

§ 919 ставляє правило, що коли сторона або зовсім не сповнила умови, або не сповнила її в відповідній часї, у відповідній місци, та не в умовлений спосіб, друга сторона не має права жадати знесеня умови (*Aufhebung des Vertrages*), тільки докладного сповнення й повернення евентуальної шкоди. Але та сама постанова допускає виїмки, в котрих сторона може жадати знесеня, с. т. відступлення від умови. Се право може опиратись на осібній законній постанові (так зв. законне право відступлення, *gesetzliches Rücktrittsrecht*), або слїдувати з виразного застереженя контрагентів в умові (*verb. „ausdrücklicher Vorbehalt“*, § 919; т. зв. умовне застереженє відступлення, *vertragsmässiges Rücktrittsrecht*).

Тут говоримо тільки про умовне застереженє відступлення:

1) § 919 має на оці т. зв. *lex commissoria*: сторони можуть умовити ся, що коли одна з них не сповнить або не точно сповнить умови, друга може відступити, значить, вважати умову за розвязану, за знесену („*Aufhebung*“: §§ 919, 933, 934 кн. з., „*Auflösung*“: § 1085 кн. з.).

Однак нема сумніву, що сторони можуть застеречи собі право відступлення також з інших причин; одну з таких причин подають правні постанови про застереженє лішого купця (§§ 1083—1085 кн. з.), але взагалі можна право відступлення вчинити зависимим від якої-небудь будучої та непевної події.

Через те застереженє відступлення від умови має на перший вид дещо схожого зі зволікаючим услівем; тільки від сеї події не залежить сповненє зобовязаня, але від-

ступлене. Сповнене зобовязання не є про себе нічим спинене, а навіть навпаки при *lex commissoria* можна лиш тоді відступити від умови, коли не сповнено зобовязання.

Зрештою застережене відступлення від умови ріжнить ся також від відступного (*Reugeld*, гл. вище § 47). Застережене відступлення дає право відступити від умови з певної, означеної причини, наколи при відступнім прислугує стороні право, зовсім довільно відступити від умови. В першій випадку за право відступлення не належить ся ніяка відплата, а в другій випадку право відступлення мусить бути набуте за відплатою, бо інакше довільність відступлення була-б неможлива. § 919 кн. з. не обіймає тому під назвою „виразного застереження“ відступного, та відступне підлягає особнім постановам §§ 909—911 кн. з. При відступнім не ходить о „знесенє умови“, тільки о звільненє від сповнення умови за заплатою; тому коли управнений до відступлення зачав уже виконанє умови, не може відтак звільнитись через заплату відступного. Інакше при умовнім застереженю відступлення: як зайшла подія, до котрої привязане право відступлення, управнена сторона може умову вважати усе за знесену.

2) Застережене відступлення від умови є додатковою умовою; оно може наступити не лиш при самим заключеню головної умови, але також опісля в окремії умові. При тім треба памятати, що головна умова мусить бути все-таки важно заключена; проте хто оспорує важність умови, сей не відступає від умови.

Застережене відступлення мусить наступити „виразно“ („*ausdrücklicher Vorbehalt*“), та не вистачає мовчуча заява по мисли § 863 кн. з., бо коли-б не жадати виразного застереження, відкрилась-би дорога для т. зв. *clausula rebus sic stantibus*, що в австр. законі не має загального признання.

3) Щоби наслідком застереження можна відступити, треба усе заяви управненого, що хоче користати зі свого права. Подія, до якої є привязане право відступлення, не ділає отже *ipso iure*. Заява управненого може бути односторонна. Через те ріжнить ся застережене відступлення від розвязання умови за обостороннім порозумінєм (*contrario consensu*), бо *contrarius consensus* є нова умова, що зносить наслідки попередної умови *ex tunc*.

Управнений може однак залишити зреалізоване свого права, та хоч зайшла подія, що дає йому право відступити, він не відступає, але жадає виконання умови й евентуальної винагороди шкоди по мысли § 919 кн. з. Відступлене від умови є його правом, не обов'язком.

4) При *lex commissoria* можна відступити від умови, без огляду на се, чи другий контрагент не міг сповнити зобов'язання з власної вини, чи з припадку.

5) Врешті застережене відступлення від умови може бути повне або часткове (*teilweises Rücktrittsrecht*), в міру сего, чи хтось застерігає собі право, відступити від цілої умови, чи лиш від тої частини, яка не була сповнена.

II. Насуває ся питане, які є правні наслідки відступлення від умови. Закон не рішає його *expressis verbis*, тому мусимо шукати аналогічних постанов. Стрічаємо їх в трактаті про право відкупу (*das Wiederkaufsrecht*, §§ 1068—1069 кн. з.).

Правило єсть, що правні наслідки не наступають *ipso iure*, значить, що знесенє умови не слідує в річевій, але в облїгаційній дорозі. Через відступленє повстає обов'язок обох сторін, звернути все, що одержали з умови, *cum omni causa*. Слідує економічне вирівнанє, аби довести до такого економічного стану, який існував первісно перед почином сповнення зі сторони одного або другого контрагента. Отсе приверненє до первісного стану однак тим замітне, що взаїмні доходи з одної й з другої сторони зносять ся, й не є предметом звороту; доходи, які побрала одна сторона з одержаної чинитьби, покривають ся доходами, які побрала друга сторона (*arg. z. §§ 1068, 1085 кн. з.*).

Впрочім подрібні наслідки правні осуджують ся після тих правил, які наведено при одвічальности за хиби (Гл. ст. 186—191). При одвічальности за хиби наступає по мысли § 932 кн. з. „знесенє умови“, котре що-до сути не ріжнить ся нічим від того „знесеня умови“, про яке згадує § 919 кн. з. Ріжниця лиш тота, що при одвічальности за хиби є законне право відступлення, коли тут маємо на оці умовне право відступлення.

Тоті правні наслідки ріжнять ся отже від наслідків розв'язуючого услів'я:

а) *Pendente condicione* правне відношенє контрагентів на підставі розв'язуючого услів'я є таке саме, як між повірником

а повірничим субститутом при т. зв. повірничім підставленю; тому слідує з того обмежене правової сфери. Інакше коли один з контрагентів застеріг собі право відступити від умови. Поки не зайшла причина до відступлення, не може бути бесіди про обмежене правової сфери контрагентів, они в своїй правній розпорядимости нічим не спинені, бо нема ніякої підстави до обмеження.

б) Коли розв'язуюче услівє сповнить ся, наступає зворот того, що одержав дотичний контрагент, *ex tunc*, а навпаки знесене умови при відступленю ділає *ex tunc*, лиш з тим, що доходи з одержаних чинитьб покривають ся. Зрештою при відступленю від умови нема навіть з огляду на недвижимої річевих наслідків, бо відступленє не ділає ніколи *ipso iure*, та евентуальний зворот недвижимої відбуває ся в облїгаційній дорозї — наколи при розв'язуючїм услівю, що є вписане до ґрунтових книг, ділає сповненє *ipso iure*, без посередництва зобовязаного. —

З того слідує, що застереження відступити від умови не можна вважати як умову, заключену під розв'язуючим услівєм, хїба-би сторони хотїли а *priori* таких наслідків, або подібні наслідки були для певних випадків передвиджені в законї (як пр. при *in diem addictio*: § 1084 кн. з.). —

Коли прийде до знесеня умови через односторонну заяву управненого, то представляє ся оно з правового боку як нове облїгаційне відношенє, що слідує з закона. Се відношенє є обосторонне, тому примінюють ся до нього загальні правила обосторонних умов.

III. Від застереження відступити від умови треба відріжнити т. зв. застереженє платности цілого довгу (*clausula cassatoria, cassatorische oder irritatorische Clausel*). Отся клявзула дає вірителеви право, коли довжник не сповнить хоч-би одной рати в означенім реченци, вважати цілий довг за платний і жадати сейчас заплати цілого довгу на раз. Рїжниця є така:

При *lex commissoria* ходить о знесене цілої умови, сли умова не була викоїана, або неточно викоїана. При застереженю платности цілого довгу не ходить зовсім о знесене умови, але коли довжник одной рати не сплатить на час, зобовязанє стає на раз платне в цілости. Проте застереженє відступлення має свою практичну стійність тільки при

обосторонних умовах, наколи застережене платности цілого довгу виступає також при односторонних умовах пр. при позиції.

Розуміне умов*).

§ 50.

Щоби осудити правну далекосяглість умов, треба перед всім зрозуміти їх зміст. Загальні вказівки про се, як розуміти умови, подають §§ 914, 915 кн. з.

Зрозуміне умови є в першому ряді річю сторін, а коли прийде до процесу, річю судії. Умова, се — так-би сказати — *lex privata* для сторін, они мають ся їй повинувати, немов-би закони. Що сказано в умові, має обов'язуючу силу для сторін. Тому й природно, що зрозуміне умови опирає ся на подібних правилах, як розуміне законів.

Відпадає тільки можливість автентичної інтерпретації по мисли § 8 кн. з., а впрочім головною основою для зрозуміння умови є вказівка, подана § 6 кн. з. Ся постанова не є одначе обов'язуючою нормою, та не усе вистачає покликатись на сю постанову, бо й она дає тільки загальні вказівки, а сама інтерпретація „не є знанєм, але штукаю“ (*Pfaff-Hofmann*: „Die Auslegung ist keine Kunde, sondern eine Kunst“).

Підставою інтерпретації умови не є воля контрагентів, але їх заявленя. Інтерпретація заявлень мусить бути граматична й логічна. Граматична розбирає значіне поодиноких слів і поодиноких речень; логічна добачує органічної звязи в цілій заяві.

*) Гл. *Cod. Ther.* III. 2. n. 171—179; *Horten* III. 1. §§ 85—88; *Martini* III. 1. §§ 45, 46; *Гал. кн. з.* III. §§ 45, 46; *Prot.* II. ст. 22, 23.

Pop. Zeiller, *Comm.* III. ст. 104—110; *Nippel*, *Erl.* VI. ст. 139—144; *Winiwarter*, *Bürg. R.* IV. ст. 74—77; *Ellinger*, *Handbuch* ст. 416, 417; *Stubenrauch*, *Comm.* II. ст. 99, 100; *Krainz*, *System* II. ст. 299, 300; *Hasenöhr*, *Obl. R.* I. ст. 686—690; *Till*, *Pravo pryw.* III. ст. 153—162; *Schuster v. Bonnot*, *Grundriss* ст. 22.

Врешті: *Piniński*, *Thatbestand des Sachbesitzerwerbes* II. ст. 350 і д., *Pfersche*, *Irrthumslehre*, ст. 102—105.

Навіть аналїогія (§ 7 кн. з.) дає підставу до пояснення заяв, заключених в умові. А врешті належить звертати увагу на „природні правила обороту“, про які згадувано уже в трактаті про суспільну одвічальність (ст. 145—147). —

§ 914 i. f. дає ще окрему вказівку, що заявленя волі контрагентів треба *in dubio* так розуміти, аби не було ніякої суперечности, й щоби умова змагала до якихсь вислідів. Радше належить тому припускати, що заявлене волі сторін представляє ся справді як важна умова, ніж як заявлене без ціли, без наслідку.

Крім тих загальних правил подає § 915 кн. з. особні вказівки. Ось они:

При безплатних умовах треба *in dubio* припускати, що обовязаний прийняв на себе менший тягар, менший обовязок: *semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*.

При відплатних умовах всяку некористь, яка слідує з неясних або двозначних слів, поносить сам заявляючий, і то без огляду на се, чи він такими висловами послугував ся зі злости (*dolus*), чи взагалі з власної провини (*culpa*), чи навіть без провини.

В) Односторонні приреченя.

§ 51.

Загальні замітки*).

I. До понятя кожного зобовязаня треба — як звісно — що найменше двох осіб: одна є вірителем, друга довжником. Але они не потребують виступати уже з самого почину зобовязаня як певно означені особи, та вистачає, що до-

*) Гл. Cod. Ther. III. 1. п. 5, 6, 87, 88, 92; Prot. II. ст. 5.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 9; Kirchstetter, Comm. ст. 439, 684; Burckhard, Syst. II. ст. 406—414; Krainz, Syst. II. ст. 94 й д.; Hasenöhr, Obl. R. II. ст. 1—4; Till, Prawo pryw. III. ст. 194—200.

Крім cero: Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873); Hofmann, Entstehungsgründe der Obligationen (1874); Unger, Das Ver-

тичне зобов'язанє подає само спосіб означеня одної з них у своїм змісті. Се може скласти ся так, що особа довжника з самого почину звісна, а особа вірителя означить ся на будуче через якусь правну подію. Довжник заявляє односторонно, що хоче бути облїгаційно зв'язаний, хоч поки-що нема вірителя; але його заява не є висказана у вітер, тільки в нїй самїй добачуємо, хто має бути вірителем, бо подає спосіб, після якого можна означити особу будучого вірителя. Облїгаційне *vinculum* не повстає тут однак за згодою вірителя на приреченє довжника, але односторонно на саму заяву довжника без участі вірителя. Таке облїгаційне діло правне звісне в науці під назвою односторонного приреченя (*einseitiges Versprechen*).

Одностороннє приреченє, се заява довжника, що подає зміст облїгаційного обов'язку без співучасті вірителя.

До суті односторонного приреченя належать тому отсі моменти:

1) При одностороннім приреченю ходить о основанє зобов'язаня в правнім розуміню (*obligatio*). Проте треба від нього відрізнити инші односторонні заявленя, що належать також до односторонних діл правних, але не мають призначеня, створити нове зобов'язанє, с. г. нове облїгаційне відношенє.

2) Зобов'язанє повстає тут односторонно, через односторонню заяву довжника. Довжник є зв'язаний самою заявою, в хвили, коли ще вірителя нема й хоча його ще нема. Тому обсяг його обов'язку залежить виключно від його заяви. Він є своїм власним словом зв'язаний (*Gebundenheit an's Wort*) і о стілько зв'язаний, як сам заявив. Він є зв'язаний, ще заки найшов ся віритель.

3) Односторонна заява довжника мусить в своїм змісті виразно подавати, хто й серед яких обставин може бути вірителем. Віритель може бути означений точно

sprechen als Verpflichtungsgrund в *Grünhuta Zeitschr.* I ст. 357—374; Unger в *Krit. Vierteljahresschr.* XVII. ст. 112—115; Pernice в *Zeitschr. f. Hand. R.* XX. ст. 288—298; Stobbe, *Handb. des deutschen Priv. R.* III.⁹ ст. 173—186; Lüdinghausen, *Die bindende Kraft des einseitigen Versprechens* (1889).

(*persona certa*), або через якусь правну подію (*persona incerta*). Впрочім належать тут оба випадки, чи одностороннє приреченє має становити тільки підготовний акт до заключеня умови, чи має оно зовсім самостійне значінє, й навіть за приступленєм вірителя не характеризує ся як умова (про сю ріжницю пізнійше).

4) Так як зобовязанє повстає уже через односторонню заяву довжника, так і зміст прийнятого зобовязаня й осібні наслідки правні (ntb. не тоті наслідки, які вже по закону слідують з односторонного приреченя) осуджують ся після заяви довжника; згода вірителя на тоту заяву потрібна є лиш до заключеня умови, а не до правної сили односторонного приреченя.

II. Римське пр. виходило з засади, що до повстаня зобовязаня конечна згода обох контрагентів, та увесь оборот правний стояв на зобовязанях з умови; тому римське пр. не признавало односторонньому приреченю обовязуючої сили. Істнували тільки — як стверджує пануюча теорія — два виїмки: *pollicitatio* й *voluntum*, де з огляду на публичне добро, або з релігійних зглядів обовязувало одностороннє приреченє.

Інакше старо-німецьке пр., що у своїм правнім обороті виплекало понятє „*Gebundenheit an's Wort*“, котрого наслідки були в деяких випадках признані. Не мож вправді сказати, що старо-німецьке пр. стануло свідомо на зовсім відміннім становиску від римського пр., бо там й тут головною підставою облїгаційного обороту лишились все-таки умови, але в старо-німецькім пр. вступают у перве односторонні приреченя як причини повстаня зобовязань, хоч далеко від того, аби мали загальне признанє.

У повсюднім пр. прийалось римське правило: *ex nuda pollicitatione actio non nascitur*. З німецького пр. прийато тільки обовязуючу силу офerti, крім сего узвано подекуди одностороннє приреченє з т. зв. оповістки (*Auslobung*), а надто оборот суспільний прийав т. зв. папери на держителя й на припорученє (*Inhaber- und Ordrepapiere*), що також опирають ся на обовязуючій силі односторонного приреченя.

За повсюднім правом пішли новітні законодатства. Жаден закон не признає загально обовязуючої сили односторонних приречень, лиш в певнім обмеженім обемі обовязуючу силу офerti, а відтак лиш деякі виїмки. Взагалі вимагає й нині

безпечність обороту, аби облігаційне *vinculum* наступало звичайно тільки в дорозі прийнята зі сторони вірителя.

Так і австр. пр. В самій кн. з. не стрічаємо нігде осібної згадки про односторонні приреченя, тільки признане обов'язуючої сили оферти. Навіть про т. зв. оповістку нема осібної постанови, а про папери на держителя й на припоручене нема окремого трактату.

Мимо того нема сумніву, що наш закон признає обов'язуючу силу односторонних приречень, хоча в обмеженім об'ємі.

Перед всім австр. кн. з. виходить із того, що умова не є нічим иншим, як прийнятим приреченем і в § 861 подає у вступі понятє приреченя, та доперва до нього нав'язує понятє умови. „Хто заявляє, що хоче на когось перенести своє право, с. т. що йому хоче на щось призволити, щось дати, для нього щось зробити або задля нього щось залишити, чинить приречене“; — се вихідна точка нашого закону. Проте понятє одностороннього приреченя австр. праву добре звісне. Та в деяких випадках признає австр. пр. односторонньому приреченю обов'язуючу силу, бо при нараді над нинішнім § 861 звернув в компіляційній комісії Zeiller увагу на запитанє низшо-австрійського апеляційного суду, чому в проєкті нема згадки про односторонне приречене, та відповів на се, що осібна виразна постанова є о стільки злишна, о скільки сим питанєм займає ся як раз слідуєчий § (нижшній § 862 кн. з.), котрий признає обов'язуючу силу оферти. Отже не може бути сумніву, що австр. право признає *in thesi* односторонне приречене причиною повстаня зобов'язань, та що головним доказом сего є оферта.

Уже в трактаті про умови було зазначено, що оферта є одностороннім приреченем; крім сего доказано, що такі приреченя виступають також при переторзі, при уставленю автоматів, при т. зв. *negotia claudicantia*, й при купні до вподоби.

Усі тоті випадки стоять одначе в тісній звязи з заключенєм будучої умови, є проте актами, підготовляючими заключене умови. Мимо тої зависимости обов'язуюча сила односторонних приречень не дасть ся пояснити із обов'язуючої сили умови, як се змагають доказати численні романісти, але — як виказав Siegel — із своєї питомої сили, котру закон признає побіч обов'язуючої сили умови. Та все-таки не підлягає ніякому сумнівови, що при таких односторонних приреченях головна вага звернена на будучий акт заключеня умови, й тому

правна сила односторонного приречення не може тут бути така сама, як при умовах; сила тота далеко менша та часово значно ограничена. З огляду на се досить покликати ся на правила, які подано повисше при офертах, згл. на дотичних місцях трактату про умови.

Але австр. пр. знає також самостійні односторонні приречення. Они становлять другу групу, котра характеризує ся тим, що з односторонною заявою повстає сейчас обовязок, виконати зобовязане, наколи тільки зайде отся правна подія, від якої залежить виконане. Односторонне приречене не приготовує тут заключеня умови, але ділає немов заключена умова з тою ріжницею, що правні наслідки наступають вповні без співучасти вірителя. Такі односторонні приречення мають обовязуючу силу на рівні з умовами.

Тут належать в австр. пр. т. зв. оповістки (Auslobungen), і заяви в паперах на держителя та на припоручене (Inhaber- und Ordrepariere).

§ 52.

Оповістка*).

І. Оповістка (Auslobung) — се прилюдне приречене нагороди за виконане якоїсь чинитьби.

1) Оповістка мусить наступити прилюдно, значить, мусить звертати ся або загально до публки, або до значній-

*) Пор. Stubenrauch, Comm. II. ст. 6, 7; Kirchstetter, Comm. ст. 442, 443; Krainz, Syst. II. ст. 54, 55; Hasenöhr, Obl. R. II. ст. 5—17; Till, Prawo pryw. III. ст. 196—200; Schuster v. Bonnott, ст. 17.

Врешті: Ihering, Schadenersatz bei nichtigen Verträgen, в Jahrb. f. Dogm. IV. ст. 93 й д.; Koeppen, Der obl. Vertrag unter Abwesenden, ibid. XI. ст. 362 й д.; Regelsberger, Civ. Erörter. (1868) ст. 196—227; Exner в Krit. Vierteljahresschr. XI (1869) ст. 337—361; Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund, ст. 91 і д.; Unger, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, в Grünhuta Zeitschr. I. ст. 369 і д.; Hofmann, Entstehungsgründe der Obl. ст. 38 і д.; Pernice, в Zeitschr. f. Hand. R. XX. ст. 294—297; Stobbe, Handb. des deutschen Pr. R. III.³ ст. 176—180; Oertel, Die Lehre von der Auslobung (1895).

шого кружка людей з зазивом виконання якоїсь близше означеної чинитьби¹⁾. Ходить о се, аби спосіб оповіщення був такий, щоб взагалі публіка могла легко довідатись про оповістку, хоча *in concreto* не вимагає ся, аби про те могли дізнати ся як раз тоті круги, що є у виконанню сеї чинитьби безпосередно інтересовані²⁾.

2) Нагорода полягає звичайно в грошах, але може бути також іншою річю правною обороту.

3) Що-до чинитьби, за яку приречено нагороду, то она підлягає загалним правилам про облїгаційну чинитьбу; м. и. мусить або для довжника або для вірителя, або для суспільности представляти якийсь правний інтерес³⁾, та не може бути *contra bonos mores*.

4) Зрештою мусить заходити облїгаційне *vinculum iuris*, значить, приречене нагороди мусить бути заявлене серйозно в тій цілі, аби свм актом взяти на себе облїгаційний обовязок. Де прирікаючий наглядно не хотїв брати на себе такого обовязку, оповістка не може мати обовязуючої сили⁴⁾.

II. Уже у римскім обороті правнім була оповістка в уживаню. Одначе не виринала з неї *actio*, та хто доконав означеної чинитьби, не міг позивати о заплату нагороди, бо римске пр. знало тільки умову жерелом повстаня зобовязань, а не признавало тої сили односторонному приреченю. Оповістка удержувалась тільки силою звичаєвого права.

Поняте обовязуючої сили оповістки виплекало доперва право старо-німецке, а за ним пішло також право повсюдне. З новітних законодатств признає оповістну за односторонне приречене виразно кодексе пруский і нова кн. з. для Німеччини; всюди однак признана єсть її обовязуюча сила.

¹⁾ Пр. оголошеня нагороди за написане найліпшої новельки, в щоденній часописи того місця, де промітент мешкає; або оголошеня нагороди за найліпшу розвідку правничу певного змісту, на виднім місци в будинку університетскім.

²⁾ Пр. приречене нагороди для того, хто здобуде першу ворожу пушку на війні, коли війна веде ся в чужім краю.

³⁾ Пр. важна є оповістка поліційного уряду про нагороду за викритє злочинця; але нестійне є пр. оголошеня нагороди за участь в похороні самоубійця.

⁴⁾ Протє нема зобовязаня з оповісток в цілях реклами.

Тільки нема між письменниками згоди що-до підстави, на якій оснований та сила оповістки. В сій мірі існують дві теорії, теорія умови (Vertragstheorie, oder Theorie der Vertrags-offerte), й теорія поліцитації або одностороннього приречення (Pollicitationstheorie oder Theorie des einseitigen Versprechens).

Теорія умови виходить із того, що оповістка є тільки офертою, котра підготовляє заключене будучої умови. Остаточне заключене умови наступає через прийняте зі сторони того, хто сповнить жадану чинитьбу. Тому найважнійша задача сеї теорії доказати, який акт становить прийняте, а головню, як погодити понятя прийнята оферти з тою нормою звичаєвого права, що приймаючий (віритель) не потребує знати про оповістку, а мимо того набуває право до нагороди.

Але доси не удало ся письменникам як слід пояснити тих питань і тому теорія умови не в силі пояснити обов'язуючої сили оповістки й відповісти усім вимогам правного обороту.

Се можна сказати лиш о теорії поліцитації, що вважає оповістку як одностороннє приреченє, котре сейчас зобов'язує заявляючого, без огляду на евентуальне прийняте й без огляду на се, чи чинитьбу виконано в відомости чи без відомости про оповістку.

III. Австр. пр. узнає — як звісно — оферту за одностороннє приреченє, проте в австр. пр. може ходити лиш о те, чи оповістка є звичайною офертою, що (після § 51 II) належить до першої групи односторонніх приречень, чи є самостійним одностороннім приреченем, яке належить до другої групи.

Перед всім треба однак замітити, що австр. кн. з. ні на однім місци не згадує про оповістку, а все-таки оповістка має й в австр. державі — так-би сказати — право горожанства. Она має за собою правний оборот, котрий нею нераз послугуєсь; має за собою по крайній мірі постанову § 862 кн. з., котра признає обов'язуючу силу оферти, та хоч-би не признати її за оферту, то все-таки має на перший погляд дещо схожого з офертою, й тому по аналогії з § 862 треба-би її признати обов'язуючу силу.

Але сама аналогія з § 862 не може нам відкрити правної сути оповістки в цілім світлі. Перед всім реченці § 862 кн. з. не дадуть ся ніяк примінити до оповістки; а далі інші пра-

вила оферти входять нераз у розріз з волю заявляючого й з вимогами, прийнятими в правнім обороті. Проте нема потреби, задля браку осібних постанов, приймати теорію умови, а то тим більше, що сама кн. з. вказує фіртку, якою відкриває ся дорога для теорії односторонного приреченя.

В австр. пр. треба оповістку трактувати по мисли § 7 кн. з. і. ф. в порівнянню з § 914 кн. з., — значить, о скільки не істнують в самім законі такі постанови, що дадуть ся анальоґічно примінити, рішають „природні правила обороту“ (die natürlichen Verkehrsgrundsätze)¹⁾. Проте треба мати на оці:

а) усі загальні правила облїгаційного права та стреміти до того, аби по можности вволити волі сторони;

б) треба примінити тоті засадні норми про умови, що відносять ся в рівній мірі до усіх дїл правних, чи обосторонних, чи односторонних; крім сего допустима є в деяких точках анальоґія з постанов про умову праці;

в) врешті всі тоті правила мусять зливати ся в одну органічну цілість, а то через те, що підчиняють ся „природним правилам обороту“.

Тим-то доходимо до таких висновків:

1) Загальні постанови про вимоги важности умов відносять ся також до оповістки.

2) Оповістка вяже сей час заявляючого. З того однак не слїдує, що він її не може відкликати, та навпаки він сам може в заяві задержати собі право відклику, або оно може слїдувати з його заяви посередно серед даних обставин. (Тут очевидно відгриває т. зв. *clausula rebus sic stantibus* важну роль). Але де право відклику не слїдує ані безпосередно, ані посередно з самої заяви, там заявляючий не може відкликати, бо сего жадає безперечно безпечність, вірність і довіре в обороті. Коли-б одначе заявляючий не хотїв бути звязаний оповісткою, а ніхто не наспів ще з готовою чинитьбою, то мусить кождому, що із за оповістки поробив приготовлення, дати „відповідне нагороджене“ („*angemessene Entschädigung*“ по анал. з § 1155 кн. з.).

3) Щоби на підставі оповістки жадати нагороди, треба лиш, аби тота чинитьба, за яку є вимірена нагорода, справді

¹⁾ Пор. висше ст. 146, 147.

наступила; та байдуже, чи сей, хто підняв ся чинитьби, знав про оповістку, байдуже чи він сам хотів набути нагороду. Через виконане чинитьби поветає ipso iure право для того, хто її сповнив, та се право переходить також на його спадкоємців.

4) Коли до виконання приступило кількох, що ділали незалежно від себе, нагорода належить ся тому, хто перший роботу скінчив, не тому, хто перший зголосив ся. Отя постанова тикаєсь лиш таких випадків, коли нагорода є вимірена тільки за одну чинитьбу. Коли-б нагорода була означена за кілька чинитьб, то сама оповістка подає звичайно, після яких правил має наступити розділ нагороди. Як се не сказано в оповістці, право осуженя, чи чинитьба наступила справді по мисли оповістки, й в якій мірі та кому прислугує нагорода, належить до того, хто прирік нагороду, а в разі спору до судні.

Коли виконане наступило рівночасно, або так, що не дасть ся доказати, хто спершу виконав чинитьбу, то — де нагорода лиш одна — прислугує всім по рівним частям (пор. § 839 кн. з.).

Де одначе кілька осіб виконало чинитьбу спільними силами, то можуть они жадати поділу нагороди; поділ совершає ся після постанов, поданих в самій оповістці, або переводить його по справедливости сам заявляючий, а в разі невдоволення судня. —

Коли розберемо тоті постанови, муємо прийти до вислїду, що австр. пр. признає оповістку як самостійне односторонне приреченє, так як її правні наслідки не є схожі з теорією оферти.

§ 53.

Правна суть зобовязань з цінних паперів*).

Важну ролю в облігаційнім обороті правнім відгрівають грамоти. Їх призначенє може бути різне:

а) Перед всім можна списати грамоту на доказ заключеного діла правного (доказові грамоти (Beweis-Urkunden);

б) поверх сего грамота може бути суцною вимогою важности заключеного діла правного в тім значіню, що до його

*) Гл. Cod. Ther. III. 23. n. 57; Horten, III. 24. § 11; Martini, III. 16. § 22; Гал. кн. з. III. § 548; Prot. II. ст. 236, 237.

повстання після волі сторін або після осібної законної постанови треба виставлення грамоти (диспозитивні грамоти, Dispositiv-Urkunden);

в) врешті зобовязане може бути так тісно звязане з грамотою, що грамота є конечна не лиш до повстання, але й до дальшого трівання діла правного, з грамотою стоїть, та з нею упадає. Сама грамота й тільки грамота носить в собі тоту вартість, яка слідує з дотичного діла правного; проте говоримо тут про цінні папери (Wertpapiere).

У всіх наведених випадках, в яким-будь відношеню грамота стоїть до зобовязаня, говоримо взагалі про грамотні зобовязаня (verbrieftte Forderungen).

І. Цінні папери, се грамоти, що містять в собі нерозривно якісь приватні права, котрі мож виконувати лиш з грамотою в руці. При понятю цінних паперів треба звернути увагу на сі моменти:

Пор. Stubenrauch, Comm. II. ст. 755—758; Kirchstetter, Comm. ст. 682—686; Krainz, Syst. II. ст. 94—102, 120—126; Hasenöhr, Obl. R. II. ст. 18—144; Till, Prawo pryw. III. ст. 200 й д. пр. 8; Огоновский, Систем II. ст. 15—19; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 98, 99.

Крім сего м. и : Kuntze, Inhaberpapiere (1857); Unger, Die rechtliche Natur der Inh. pap. (1859); Gareis, Die Kreationstheorie (1868); Stein, Skizze einer Theorie der Inhaber- und Ordrepapiere, в Ger. Ztg 1871 Nr. 67—72; Geller в Ger. Ztg 1873 Nr. 40—44; Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, ст. 108—128; Krasnopolski, Ueber die rechtl. Natur der Inh. pap., в Mittheilungen des deutschen Juristenvereins in Prag 1873 Nr. 7; Krasnopolski, Zur Geschichte der Inh. pap., ibid. 1878 ст. 150 і д.; Fuchs Die Karten u. Marken des tägl. Verkehrs (1881); Brunner, Die Wertpapiere, в Endemanna Handb. des Handels- See- u. Wechselrechtes II. ст. 196 і д.; Carlin в Zeitschr. f. Hand. R. XXXVI ст. 6 і д.; Affolter ibid. XXXVII. ст. 467 і д.; Lehmann, Zur Theorie der Wertpapiere (1890); Pavliček, в Právník-y 1890. ст. 681 і д., 1892. ст. 37 і д.; Grünhut, в Zeitschr. f. Privat- u. öff. R. der Gegenw. (= Grünhut-s Zeitschr.) XIX. ст. 281 і д.; Brunner, Zur Geschichte der Inh. pap. in Deutschland, в Forschungen zur Gesch. des deut. u. franz. R. 1894 ст. 631 і д.; Pisko, Ein Beitrag z. Lehre von den Karten u. Marken des tägl. Verkehrs в Ger. Halle 1896 Nr. 14—18; Adler, Studien zur Lehre von d. Wertpapieren в Grünhuta Zeitschr. XXVI. ст. 19 і д.; Pisko ibid. ст. 366 і д.; Randa, Beitrag zur Lehre v. Pfandrechte, insb. an Wertpapieren, в Ger. Ztg 1899 Nr. 21.

Врешті: Thöl, Handelsrecht I ст. 663 й д.; Canstein, Handelsrecht § 7; Randa, Eigenthum I.² ст. 311—324, 351—364; Grünhut, Handbuch des Wechselrechtes (1897), і Lehrbuch des W. R. (1900) ст. 29—35; Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen R. (1901).

1) При цінних папєрах грамота є не лиш субстратом, але також дви жником права (Träger des Rechts). Уся правна судьба цінних паперів є нерозлучна від грамоти. Повстане, істнованє та виконуванє права є безпосередно звязане з грамотою; без грамоти не можна орудувати грамотним правом. Лиш в надзвичайних випадках, коли грамота заподіла ся, можна в т. зв. амортизаційнім поступованю (Amortisationsverfahren) жадати обезсилєня правної стійности грамоти, та на підставі амортизаційного рішеня суду доходити прав, висказаних в ціннім папєри; амортизаційне рішенє становить тоді сурогат заподілої грамоти. Та сей позірний виїмок є лиш дальшим доказом безпосередної, тісної звязи між грамотою а грамотним правом.

Тота звязь між грамотою а грамотним правом може бути совершена або несовершена. Совершена тоді, коли у всіх напрямках і у всіх правних відношенях, так що-до повстаня, як що-до перенесєня й виконуваня права, рішає лиш стан фактичної розпорядимости грамотою (т. зв. совершені цінні папєри, vollkommene Wertpapiere); а несовершена тоді, коли не у всім рішає фактичне відношенє якоїсь особи до грамоти, пр. при акциях, виставлених на імя, залежить повстане й виконуванє права також від ииших обставин, що стоять поза грамотою (т. зв. несовершені цінні папєри, unvollkommene Wertpapiere).

Наслідком тісної звязи між грамотою а грамотним правом може управнений доходити свого права звичайно тільки за предложєнєм (Praesentation), за чим йде відтак врученє папєру; де заходить така вимога, говоримо про презентаційні папєри (Präsentationspapiere).

2) Від грамоти залежить також обсяг і зміст дотичного права. Грамота є тут не лиш формою, але також цілим змістом правного відношеня, значить, з цінного папєру можна доходити лиш того, що є сказане в самім папєри.

3) Головнє призначєнє цінних паперів є улєкшенє оборотовости (Negotiabilität). Але про тото істнують такі цінні папєри, що не є призначєні до випущєня в обіг; 'однак тоді не вьжуть ся з ними тоті осібні вимоги й наслідки, які сліднують із легкої й загальної оборотовости паперів. —

4) Грамотнє право, яке становить правний зміст цінних паперів може бути ріжне, й в міру сєго відріжняємо:

а) Річеві папери (sachenrechtliche Wertpapiere), котрі змагають до основаня або перенесеня річевого права, пр. права власности, заставу й т. д. Тут належать заставні листи (Pfandbriefe), які виставляє ся для основаня права заставу в цілі легкого переказуваня його на треті особи; крім сего т. зв. переказові папери (Traditionspapiere), що мають ціль переносити на других права власности або права заставу на тих річах, які є в грамоті подані (грамоти про набір або склад товарів і коносементи, Lade- und Lagerschcine, Konnossemente).

б) Корпорацийні папери (Corporationspapiere). До посіданя цінних паперів є тут привязані членські права якогось правного організму (товариства або корпорації); так пр. при корінних акциях (Stammactien) акційних спілок.

в) Облігаційні папери (Forderungspapiere), що містять в собі зобов'язанє до облігаційної чинитьби. Они мають найважнійше значінє в правнім обороті; лиш про них може тут бути бесіда.

5) Головний поділ, який обіймає усі цінні папери, є поділ на папери на держителя, на припорученє й на імя.

а) Папери на держителя (Inhaberpapiere), се цінні папери, при яких посідач паперу є управнений з грамоти доходити грамотного права, та не потребує „крім посіданя жадного дальшого доказу відступленя“ (§ 1393 кн. з. і. ф.).

б) При паперах на припорученє (Ordrepapiere) треба ще поверх сего дальшого доказу приналежности на підставі певних чисто формальних вимог самої грамоти (індос).

в) Папери на імя (Rectapapiere, Namenspapiere), се цінні папери, виставлені на імя, означене в грамоті. Управнений є лиш той, котрого імя в грамоті подане, або особа трета, на яку він перенїє грамотне право звичайною дорогою.

В тім випадку цінний папір може курсувати тільки звичайною дорогою цесї з усякими її правними вимогами та наслідками. Такі папери на імя різнять ся від диспозиційних грамот лиш о стільки, що як цінні папери вимагають до виконаня грамотного права усе фактичної розпорядимости самою грамотою.

Зрештою не змінюють они в нічїм правного характеру заключеного діла правного. Проте що-до них не може захо-

дити питане, чи повстають на підставі умови, чи на підставі самостійного односторонного приреченя.

Таке питане вириває лиш що-до паперів на держителя й паперів на припоручене — та сим питанем займають ся понизші замітки.

II. Про правну суть зобовязань з паперів на держителя й на припоручене існують в науці ріжні погляди. Сі погляди дадуть ся звести до трех головних груп:

1) Теория умови (*Vertragstheorie*) жадає до повстаня зобовязаня усе умови виставника з першим посідачем-вирителем. Само виставлене паперу є по мысли сеї теорії тільки підготовним актом, що не зобовязує нікого, та до зобовязаня з паперу треба, аби виставник заключив з другою особою умову, в котрій передав би йому папір. Тому не з самого паперу, але доперва з осібної умови, що стоїть поза виставленем паперу (*Begebungsvertrag*), слідує зобовязане. Зі сторони виставника мусить бути оферта, а зі сторони другого мусить бути прийняте оферти.

2) Теория емісії (*Emissionstheorie*) не вимагає вправді до повстаня зобовязаня умови, але все-таки жадає, аби виставник пустив (власним діланем) грамоту в обіг. До сего вистачає односторонний акт правний виставника (пр. виставлене паперу й передача його божевільному).

Але спірне є питане, з яким моментом переходять на набувця права з паперу, коли отже другий може доходити своїх справ з паперу. В рамках теорії емісії існують під тим зглядом два погляди:

а) Після одной теорії другий потребує набути тільки посідане паперу — се звичайна теория емісії (*einfache Emissionstheorie*);

б) після другої теорії набувець лиш тоді управнений, коли став властителем паперу: теория придбаня власности (*Eigentumsverschaffungstheorie*). —

3) Теория односторонного акту, звісна під назвою креаційної теорії (*Theorie des einseitigen Actes, Creationstheorie*). Она жадає тільки виставленя грамоти зі сторони виставника. Таке виставлене є уже само про себе односторонним ділом правним, є самостійним приреченем, що вяже сейчас виставника, без огляду на се, чи він з иншою особою заключив опісля умову, чи пустив грамоту односторонно

в обіг, чи врешті сам папір без його впливу опинився у другого.

Однак насуваєсь питання, коли другий набуває прав з такого зобов'язання, та під тим зглядом прихильники креаційної теорії є різних поглядів, і так:

а) Одні учать, що друга особа набуває з грамоти права уже наслідком якого-небудь посідання грамоти. Це звичайна креаційна теорія (einfache Creationstheorie), після якої навіть посідач в злій вірі є управнений з паперу.

б) Другі вимагають посідання в добрій вірі — це теорія праведного посідання (Redlichkeitstheorie).

в) Врешті є теорія, що до повстання зобов'язання вимагає вправді тільки виставлення грамоти, але другому признає вірительність лиш тоді, коли набув власність грамоти — це теорія набуття власності (Eigentumserwerbstheorie). —

Усі ці теорії є витвором науки повсюдного права, та у римському пр. не мають жадної підстави, так як римське пр. не знало ані паперів на держителя ані на припоручене. Вони беруть свій почин з торговельного обороту середніх віків, і мають своє головне жерело в Італії, з відки прийнялись опісля в цілій Європі. Легіслатива займалась тільки векселевим правом, та всі інші питання про папери на держителя й на припоручене аж до найновіших часів (з виїмком саксонської кн. з. і нової німецької кн. з.) не удостоїлись загального законного унормованя, й основувалися головно на звичаєвим пр., згл. на науковій теорії.

Як відносить ся до повнших теорій пр. австр.? — Перед всім порішимо се питання для паперів на держителя.

III. Про папери на держителя нема в кн. з. окремого трактату, а з кількох принагідних постанов годі виробити собі ясний погляд на весь правний інститут. Проте перед всім мусимо пізнати загальні провідні ідеї нашого інституту, при чім будемо руководитись „природними правилами обороту“ (пор. §§ 914, 7 кн. з.).

1) Папери на держителя є паперами обіговими, значить, вони служать потребам скорого та безпечного обороту. Ся суцна прикмета виходить на користь не лиш вірителя, але й довжника. Віритель легко й без дальшої одвічальности може їх пустити в обіг, а довжник не потребує досліджувати, чи особа, яка виступає з жаданем заплати, є справді віри-

телем, та може звільнитись від довгу на предложене грамоти до заплати.

Призначенє паперів на держителя для скорого а легкого обороту є так сущною прикметою, що де її нема, там не може бути бесіди про папери на держителя в технічнім розуміню.

Проте від паперів на держителя треба відрізнити т. зв. легітимацийні папери (Legitimationspapiere), пр. театральні, або залізничі білети, значки на зложену одіж і т. д. Легітимацийні папери не призначені до обігу, лиш виставляють ся для улекшеня чинитьби довжникови: довжник не потребує доходити, кому прислугує право домаганя, та хто предложить значок, хто предложить папір, тому він платить, супротив того він сповняє.

Се головна ріжниця. Крім сего виступають ще другі ріжницї, й так:

На паперах на держителя мусить бути виразно зазначене, що они платні на держителя; на легітимацийних значках се не є звичайно подане, хоч довжник має право сповнити супротив кожного держителя¹⁾. Щадничі книжочки становлять в сій мірі найважнійший виїмок, бо хоча виставлені на імя якоїсь особи, то все таки они платні кождому держителеви, та й ся клявзуля в книжочці виразно подана. Що они є лиш легітимацийними паперами, слідує уже із того, що не є призначені до обігу.

Обовязок до виконаня чинитьби з легітимацийних паперів не є безуслівний: не мож пр. позивати театрального підприємства за те, що не виставило штуки, поданої на білеті — тільки при неможливости сповнення повегає обовязок до звороту того, що довжник одержав (*condictio sine causa*).

При легітимацийних паперах має довжник право, а не обовязок, виконати зобовязанє на жаданє держителя, тому може від нього жадати дальшої легітимациї. —

2) Щоби улекшити легкий обіг паперів на держителя, мусить становиско кожного посідача в добрій вірі бути самостійне. На тім опирає ся загальне правило, що пізнійшим набувцям паперу не можна противставити замітів (*exceptiones*) з особи попередників.

¹⁾ З того слідує, що легітимацийні папери не належать по більшій часті до цінних паперів. Пор. висше в тексті під І. 2.

3) Але правні наслідки, що вяжуться з призначенням легкого та безпечного обороту, не можуть стати в колізію з правовою охороною, яка належить ся виставникові. Проте виставник може вправді звільнитися від свого довгу через виконання на руки держителя, але жадати заплати може лиш такий держитель, що набув папір в добрій вірі.

IV. Усім повисшим вимогам відповідає креаційна теорія праведного посідання (пор. під II. 3 б). Її приймає *implicite* пр. австр.

Вихідною точкою є постанова § 1393 i. f.: „Грамоти довжні, що гласять на держителя, відступають ся уже через передачу, та не потребують крім посідання жадного дальшого доказу відступлення“.

З тої постанови слідує:

а) Вірительність, що містить ся в папери на держителя, переходить через передачу самого паперу. Так-то до річового акту передачі привязує ся облігаційний наслідок набутия вірительности.

б) Хто хоче доходити свого права з паперу, не потребує доказувати нічого крім „посідання“ паперу.

Сама *detentio* не вистачає, бо закон робить ріжницю між держанем а посіданем (§ 309 кн. з.), а зрештою § 1393 i. f. вимагає „доказу“ посідання, чого не треба при чисто-фактичним стані держання. Але нема сумніву, що й держане може бути підставою доходження права з паперу, коли держитель виступає іменем третого посідача, й сю обставину зможе доказати.

Та поверх сего насуває ся питанє, чи § 1393 i. f. має на думці посідане в добрій вірі, чи взагалі яке-небудь посідане, отже також посідане в злій вірі. Сего питання закон не рішає, однак з духа закона виходить, що до доходження права з паперу треба доброї віри.

Щоби сего доказати, пригадуємо, що коли ходить о набутие якогось права, а не лиш о саму охорону посідання (§ 339 кн. з.), закон ніколи не покриває злої віри, тільки всюди вимагає посідання в добрій вірі (пор. §§ 367, 372—373, 456, 824 кн. з.). Зрештою на тій самій провідній думці спочиває постанова § 371 кн. з., котра право власности на паперах на

держителя признає посідачеви в добрій вірі. Коли врешті покличемо ся на повисші виводи (під III), що такого порішення домагають ся природні правила обороту, то мусимо прийти до пересвідчення, що § 1393 i. f. має на гадці тільки посідане в добрій вірі¹⁾.

в) § 1393 i. f. говорить про „відступлене“ — але понятє відступлення тут зовсім несхоже з понятєм цесиї, тільки як раз йому противставлене²⁾, проте значіне відступлення тут зовсім популярне. А чейже годі другому відступити щось, що не існує, годі відступити право, якого нема. Проте зобов'язанє з паперів на держителя мусить існувати уже перед передачею паперів, значить, оно мусіло повстати односторонно з хвилию виставлення.

г) До паперів на держителя не приміняють ся законні постанови про цесию, тому відпадають постанови про заміти з особи попередників (§§ 1396 кн. з.). Взагалі правне становиско посідача паперу осуджуєсь з посідання, й з самого паперу. Передає ся папір і з папером того право, що є в папери, тому не може бути бесіди, аби набувець підлягав тим замітам (exceptiones), що звертали ся лично против його попередників.

Тому виставник не може боронити ся замітами з особи якого-небудь попередника. Право кожного управненого посідача є самостійне; він набуває самостійним способом (т. є. bona fide без огляду на власність попередника) власність паперу, то й природно, що самостійне мусить бути також його право з паперу.

Кождий посідач в добрій вірі стоїть в безпосереднім відношеню до виставника, котрий хотів бути а ргіогі звязаний кождому посідачеви. Тому виставник може підносити тільки такі заміти, що прислугують йому лично против позиваю-

¹⁾ Хоч не кождий держитель паперу є вірителем, то все-таки може виставник на його руки сповнити зобов'язанє, хоч-би тойже був посідачем в злій вірі. Пор. в тексті під III. i. f.

²⁾ Пор. Начерк Martini-ого III. 16. § 22: „Schuldscheine hingegen, die auf den Ueberbringer lauten, bedürfen gar keiner Cession“. (= Гал. кн. з. III. § 548).

чого посідача, або заміти, які сліднують з акту виставлення¹⁾.

V. Повисше доказано, що австр. пр. вважає одностороннє приреченє причиною повстаня зобовязань з паперів на держителя. Само виставленє паперу на держителя зобовязує сейчас виставника. Виставленє є самостійним одностороннім приреченєм, не лиш офертою, бо до актуальности не вимагає прийнятя.

Проте виставник є зобовязаний кождому посідачеви в добрій вірі, без огляду на се, чи посідач одержав папір від властителя паперу, чи від особи, котра його забрала без відомости й против волі виставника. Він відповідає навіть зі згублених або вкрадених паперів.

Поки папір находить ся в руках виставника, він є заєдно довжником і віртелем, та правне відношенє спочиває (*das Rechtsverhältnis ruht*); але оно набирає сили, наколи папір опинив ся в руках другого.

До одвічальности виставника не треба емісії, тому діличі виставника відповідають з паперу, хоч емісія паперу наступила пр. по утраті здатности до діланя виставника, або по його смерті. —

Як одностороннє приреченє, підлягає виставленє паперу за гальним постановам про облїгаційні діла пр., проте *mutatis mutandis* примінують ся загальні правила, подані при умовах:

1) Виставник мусить бути здатний до діланя;

2) далі мусять заходити всякі вимоги що-до волі й що-до заявленя волі. При тім треба головно звернути увагу на те, аби виставленє паперу полягало на серйозній воли виставника (*Ernstlichkeit des Willens*), бо де нема волі, прийняти на себе зобовязанє, там акт виставлення неважний. Серйозність волі устає, коли опісля виставник папір нарочно покинув (пр. кинув у воду, *derelictio*) — тому відтак не може ніхто набути права з паперу.

¹⁾ Пр. як папір був підроблений; як виставленє наступило під при-
мусом, або під впливом суцної похибки, а поведене позиваючого було анор-
мальне (по мисли §§ 871 кн. з. і д.); як виставленє не наступило серйозно
й т. д. Пор. впрочім під V. в текстї.

3) Форма мусить бути письменна (бо нема грамоти без письма). Для паперів, що гласять на гроші, вимагає закон державного дозволу (пор. § 1001 кн. з. і надв. декр. з 17. грудня 1847 Nr. 1105 зб. суд. зак.).

4) Грамота мусить мати пригожий зміст; перед всім мусить містити в собі згадку, що є платна держителеви (прим. „платне держителеви“, „zahlbar an den Inhaber“). Впрочім предмет чинитьоби може бути різнородний, і так: не лиш гроші, але й інші цінні річи, species або genus, навіть ділання. Приречене заплати, подане в напери на держителя, є звичайно абстрактне, значить, незалежне від causa, але in concreto може бути causa подана в грамоті. —

VI. Таку саму правну вдачу, як папери на держителя, мають папери на припорученє (Ordrepapier); тільки при тих останних виступає окремий спосіб переказуваня прав через т. зв. індос (Indossament). Впрочім усі загальні правила, які ми пізнали при паперах на держителя, мають і тут повну стійність.

Найважнішим папером на припорученє є вексель, та інші папери на припорученє йдуть в загальних почерках за векселевим правом. Векселеве право приймає також теорію односторонного акту з застереженем, що лиш посідач в добрій вірі може доходити своїх прав з векеля. Ся теорія опирає ся на арт. 22 векс. зак. й на правилах векселевого обороту, опертих на загальних засадах векселевого права. Аргументи й висліди є тут такі самі, як при паперах на держителя¹⁾.

В) Шкода.

§ 54.

Вступні замітки*).

I. На чолі економічного життя одиниці стоять дві провідні ідеї: стремліне до користи й здержанє страти. Змаганє до

¹⁾ Подобиці належать до права векселевого.

*) Пор. Mataja, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationaloekonomie (1888); Steinbach, Die Rechtsgrundsätze, betreffend den



осягнення користи здійснюєсь дорогою умови¹⁾, так як взагалі умови мають призначене приносити сторонам користь; право воляє сему змаганю через узнане свободи заключуваня умов, що є вихідною точкою суспільного устрою. Се лиш одна сторона економічного поведеня чоловіка.

Крім сего тямучий господар мусить ділати також у тім напрямі, аби відвернути від господарства шкоду, та коли-б наспіла, полагодити її без уцербу. Взагалі здержане страти є другою, не менше важною задачею кожного господарства.

До осягнення сеї ціли ведуть ріжні дороги: В першому ряді виступає тут потреба обережності, щоби запобігти будучій шкоді (Meidung des Schadens). Опісля, коли не з'уміємо запобігти шкоді обережними средствами, та шкода наспіє, то чимало треба ужити средств, аби нещасну пригоду знищити в зароді, й її наслідки сейчас відвернути — се називає ся здавлене шкоди (Unterdrückung des Schadens). Врешті, коли й сим чином не можна відвернути наслідків шкоди, треба пошукати інших средств, що могли-би по змозі вирівнати тоту недостачу, яка виринула в господарстві через нанесену шкоду. Усі средства, які до сего змагають, називаємо полагодою шкоди (Schadensregulierung), бо они злагоджують неприязні наслідки шкоди.

Перші дві дороги, с. т. впередної обережності й здавленя шкоди в обемі власного господарства, не виходять ніколи поза обем чисто-економічної діяльності одиниці, та право їх в нічім не доторкає. Одна полагода шкоди є також правним понятєм, що відриває в приватнім пр. замітну ролю. Проте понизші досліди можуть відноситись тільки до полагоди шкоди.

II. Полагода шкоди обіймає усї роди економічного вирівнання, та не обмежує ся лиш на повернене шкоди. Наука послугує ся вправді трохи-не виключно словами: по-

Ersatz von Vermögensschäden (1888) (передрук з Jur. Bl. 1888 Nr. 21—30); Herrmann, Theorie der Versicherung vom wirthschaftl. Standpunkte (1869); A. Wagner, Der Staat und das Versicherungswesen (1881) ст. 59 і д.; A. Wagner, Versicherungswesen, в Schönberg-a Handb. der politischen Oek. II. § 8; — врешті мое, Полагода шкоди з огляду економічного і соціального, в Часописи правн. 1897 ст. 1 і д.

¹⁾ Тому про умови й односторонні приреченя, яких економічна вдача лежить у стремліню сторін до осягнення користи, була бесіда повисше.

вернене, зворот, винагорода шкоди (Schadenersatz), — але її означення обіймаєть тільки найважнійший спосіб полагоди шкоди, яким займає ся право, хоча не мож при тім забути на інші прояви вирівняння шкоди.

Щоби зрозуміти обсяг полагоди шкоди, треба замітити ось що :

Коли шкода наспіла, то нема сумніву, що она в першому ряді звертаєсь усе против управителя сего господарства, де она пригодила ся. Ухилити с ей час тоті наслідки, що повстають вже з самою шкодою — річ неможлива, бо що раз стало ся, не може вважати ся неіснуючим. Але задачію господарства є її наслідки на будуче відвернути. Проте кожде господарство потребує средств, аби усунути недостачу, яка повстала. З тим вяжуть ся два питання :

- 1) хто має обовязок, тоті средства придбати, й
- 2) в якій мірі треба ужити тих средств до полагоди шкоди.

Що-до першого питання — річ природна — кого постигла шкода, буде старати ся скинути її з себе на другого, або по крайній мірі з другим поділити. Проте важно знати, хто має поносити шкоду безповоротно й остаточно: чи сам пошкодований, чи й серед яких вимог може він тягар шкоди скинути на других, чи врешті може він його з другими поділити. З того слідує, що полагода шкоди проявляєсь головно в трех видах :

- а) як поношене шкоди самим пошкодованим,
- б) як повернене шкоди через другого, й
- в) як розклад шкоди.

Звичайно поносить шкоду сам пошкодований; лиш де є осібні причини, може він жадати повернення шкоди від другого, або розкладу шкоди між третих. Тоті причини подає право, та з дотичних постанов, які відносять ся лиш до повернення або до розкладу шкоди, слідує відтак посередно, коли шкоду поносить сам пошкодований.

Під тим зглядом володіють в праві певні загальні правила. Головну ролю відгриває правило причиновости, котре вказує на причину шкоди, та учить, що в міру сего, в чім лежить причина шкоди, поносить її або сам пошкодований, або звертає другий, або она розкладаєсь між третих.

Причини шкоди можемо перед всім добачувати в неекномічнім поведеню, або в провині самого пошкодованого —

тоді він мусить її звичайно поносити; коли одначе шкоду викликала друга особа, чи-то через провину, чи через мимовільне діланє, чи врешті через поведене, несхоже з вимогами суспільного обороту, то мусить її звернути; а вкінці як шкода повстала наслідком непроглядних та сліпих сил природи, то є підстава до розкладу шкоди між третих.

Однак правило причиновости не все вистачає, оно є недостаточне там, де против себе стоять інтереси помітно-нерівної сили. Тому при новітніх змаганнях виступає побіч правила причиновости ідея охорони економічно-слабших против економічно-сильніших.

Врешті сьогодні важне значінє має правило одвічальности при переважній економічній користі „Wessen Interesse, dessen Gefahr“); хто має головну користь з підприємства (підприємець), мусить поносити також небезпеку, яка з ним вяже ся. —

В яким відношеню стоять сї провідні думки до себе, показують позитивні постанови правні. —

Побіч норм, які відносять ся до осіб, обовязаних до полагоди шкоди, стрічаємо в законі постанови про вимір шкоди. Тому трактат про шкоду ділимо на три часті:

- 1) Поверненє шкоди (Schadensersatz) ¹⁾,
- 2) Розклад шкоди (Schadenverteilung) ²⁾,
- 3) Вимір шкоди ³⁾.

§ 55.

Понятє шкоди*).

I. Римске пр. знає тільки понятє маєткової шкоди по мисли процесової засади: ea enim in obligatione consistere,

¹⁾ §§ 55—59.

²⁾ § 60.

³⁾ § 61.

*) Гл. Cod. Ther. III. 1. n. 91; 17. n. 185—188; 21. n. 41—47; Horten, III. 18. § 55; Гал. кн. з I. § 35; Prot. II ст. 184, 438.

Pop. Zeiller, Comm. III. ст. 699—701; Nippel, Erl. VIII. ст. 77—80; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 550—552; Ellinger, Handb. ст. 592; Stu-

quae pecunia lui praestarique possunt. Новійші законодавства не знають однак сего обмеження, проте нема підстави, відкидати шкоду нематерияльну з области права. Суспільна економіка ділить добра на материяльні й нематерияльні, тому й природно, що заєдно й в праві ушкоджене нематерияльних дібр повинно мати подібну охорону, як ушкоджене дібр материяльних. За тим йде, що серед даних обставин можна жадати також полагати нематерияльної шкоди.

В австр. пр. прив. є спірне, чи закон побіч материяльної шкоди узглядняє також нематерияльну. Пануюча теорія не признає нематерияльної шкоди — але невірно.

Тому поглядюви противить ся уже легальна дефініція § 1293 кн. з., далі понятє „знесеня нанесеної обиди“ (Tilgung der verursachten Beleidigung) по мисли § 1323 кн. з., постанови §§ 1325—1330 кн. з., що говорять про нагороду за біль, за нарушене особистої свободи й за нарушене чести, а врешті постанова § 1331 кн. з., з якої слідує, що пошкодований може серед даних обставин жадати повернення вартости особлившого уподобаня (der Wert der besonderen Vorliebe).

Змаганє австр. письменників, звести сї аргументи ad nullum, не є нічим оправдані, проте неоправданій є заміт, що наш закон не узглядняє нематерияльної шкоди. А навпаки — хоч дуже несміло й непевно, то все-таки в дечім жадає закон полагати нематерияльної шкоди; та лиш наслідком непорозуміня постанов законна, наслідком дуже невільничої й з духом закона несхожої інтерпретації, врешті наслідком

benrauch, Comm. II. ст. 594—596; Kirchstetter, Comm. ст. 642; Burckhard, System II. ст. 247 і д.; Krainz, System I. ст. 370—372; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 273—275; II. ст. 148—151; Till, Prawo pryw. III. ст. 201—213; Огоновский, Систем II. ст. 33 й д.; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 28, 29.

Врешті: Schömann, Lehre vom Schadenersatz (1806); Scheidlein Miscellen IV (1821); Zugschwerdt, Das Recht des Schadenersatzes u. der Genugthuung (1837); Kutschker, Die Lehre vom Schadenersatz... zum Gebrauche der Seelsorgsgeistlichkeit (1851); Pfaff, Randa und Strohal, Drei Gutachten über die beim 5. Advocatentage 1880. beantragte Revision des 30. Hauptst. des 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, Replik, ibid. VIII. ст. 613 і д.; Pfaff, Zum oest. Schädenrecht, в Jur. Bl. 1885, Nr. 33 й д.; Ehrenberg, Versicherungsrecht I. (1894).

давнійшого процесового систему, жахала ся судова практика признавати нагороду за нематерияльну шкоду. Сьогодні судия має свободу осудження, та повинен рішучо скинути із себе всякі сумніви й серед даних обставин признати також нематерияльну шкоду.

§ 1293 рг. каже: „Кожда втрата, яку хтось потерпів на своїм майні, на своїх правах або на своїй особі, називає ся шкодою“.

Крім майна вчислює отже закон:

а) права. Під правами треба тут розуміти очевидно всякі управнєня, котрих змістом є жаданє якогось поведєня від других. Проте слово „майно“ в § 1293 мусить мати найтіснійше значіне, бо не обіймає прав, тільки відносить ся виключно до материяльних дібр.

б) Шкода може доторкати безпосередно особи пошкодованого. Тут має закон на думці особові добра чоловіка, як честь, особисту свободу й т. д. З того слідує, що понятє шкоди обіймає також обиду чести, порушенє особистої свободи, тілесне ушкодженє й т. и.

Шкода — се отже подія, що в материяльних або нематерияльних добрах чоловіка викликує некористну зміну.

II. Як бачимо, понятє шкоди обіймає не лиш материяльні, але й нематерияльні добра. Про тото треба однак признати, що й австр. пр. займає ся головно материяльною с. т. маєтковою шкодою. Де бесіда о шкоді, закон має на думці звичайно маєткову шкоду; багато постанов закона виходить просто з понятя маєткової шкоди, та загальні правила про полагоду шкоди приміняють ся в першому ряді до маєткової шкоди. Тому мусимо сказати: Австр. пр. хоронить маєткову шкоду принципіяльно, нематерияльну шкоду лиш серед даних обставин.

Маєткова шкода викликує в маєтку некористну зміну. Ся зміна може бути ріжна, й в міру сєго обсяг шкоди є ріжний:

1) Наслідком шкоди утрачує господарство якусь материяльну вартість, що находила ся вже перед шкідливою подією в майні — се безпосередна втрата (*directe Vermögens-einbusse, positiver Schaden, „erlittener Schaden“*: § 1323 кн. з., *damnum emergens*) — або

2) шкода може стати перепоною до осягнення наміреної користи, через шкоду може завести надія певного зиску, що серед даних обставин звичайно прибуває. Говоримо тоді про страчений зиск (*entgangener Gewinn, negativer Schaden, lucrum cessans*). Про суть страченого зиску і його відношене до шкоди згадує § 1293 i. f. Страту евентуального зиску виразно відріжнює закон від технічного понятя шкоди (*sub 1*), бо каже: „*Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes...*“ Тому в австр. пр. вправді й *lucrum cessans* зачислюєсь до обсягу шкоди, але лиш в обширнійшій значіно, значить, обовязок полагоди страченого зиску мусить мати осібну правну підставу, та поки-що, як закон згадує про шкоду, про поношене шкоди й т. и., має на думці тільки безпосередню втрату (*damnum emergens*). — Врешті

3) некористна зміна маєткова може мати своє жерело в тім, що заходить потреба більшого або меншого накладу маєткового, котрий зменшує майно посередню о дотичну вартість. Сю прояву називаємо посереднім зменшенем майна (*indirecte Vermögensminderung*)¹⁾.

Давнійша романістична теорія знала крім повяшого поділу ще поділ шкоди на *damnum proximum* і *damnum remotum*; *damnum circa rem* і *damnum extra rem* — але значіне тих слів не було усталене, та впрочім для австр. пр. не мають они ні теоретичної ні практичної стійности.

§ 56.

Поверненє шкоди предметом зобовязаня*).

Коли шкода трафляє одного, а вирівнує її другий, то називаємо се поверненем шкоди. Тут пошкодований скидає шкоду на другого, котрий її поносить дефінітивно.

1) Поділ обсягу шкоди на *damnum emergens* і *lucrum cessans* схожий з пануючою теорією; але се, що ми називаємо посереднім зменшенем майна, підносить лиш один письменник: Ehrenberg (*Versicherungsrecht*). Та не може підлягати жадному сумнівови, що й посередне зменшене майна становить складову частину понятя шкоди — має оно особливше значіне при убезпеченю житя.

*) Гл. Cod. Ther. III. 1. n. 87, 91, 97; 21. n. 1—2; Horten III. 18. § 55; 22. § 5; Martini I. 2. § 8; III. 13. §§ 5, 19; Гал. кн. з. III. §§ 415, 429; Prot. II. ст. 185—186.

§ 859 кн. з. зачислює нанесену другому шкоду до причин повстання зобов'язання. Через нанесені шкоди може повстати зовсім нове зобов'язанє, або до старого зобов'язання може долучитись нове. Тому нанесені шкоди може бути безпосередною або посередною причиною повстання зобов'язання. Коли заподіяно шкоду в рамках прийнятого зобов'язання, т. є між контрагентами в рамках умови, при одностороннім приреченю в рамках сего приреченя, то до існуючого вже зобов'язання долучуєсь нове зобов'язанє з ушкодження. Але ушкоджене може бути безпосереднім жерелом повстання зобов'язання, де не було ані умови, ані одностороннього приреченя.

Про поверненє шкоди трактує *ex professo* 30. глава II. части австр. кн. з. § 1295 вказує виразно на се, що поверненє шкоди може приключити ся в області прийнятого зобов'язання, або бути безпосереднім предметом зовсім нового зобов'язання. Але мимо сеї постанови має австр. закон в 30. главі II. части на думці головно такі зобов'язання, що повстають безпосередно з нанесеної шкоди, без звязи з умовою або одностороннім приреченем.

З виїмком §§ 1295—1304, 1323, 1324, 1331—1336 кн. з., що трактують о провнї, й тому прикладають ся також до умов і до односторонних приречень, ціла 30. глава II. части містить в собі постанови про шкоду в позаконтрактних відносинах. Та навіть сї постанови, що трактують про вплив провни на всі облїгаційні відносини, лиш тому находять ся в 30. главі II. части, бо закон відступив у тім зглядї від римського пр., та з'єдинив дотичні постанови без рїжницї, чи *in concreto* ходить о поверненє шкоди в рамках якого-будь контракту, чи в позаконтрактних відносинах.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 704—707; Nippel, Erl. VIII. ст. 83—85; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 553, 554; Unger, Syst. II. ст. 228, 229; Stubenrauch, Comm. II. ст. 599—604; Kirchstetter, Comm. ст. 643; Burckhard, System II. ст. 250—257; Schiffner, Lehrb. I. § 133; Krainz, System I. ст. 375, 383; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 264 й д.; II. ст. 147, 148; Till, Prawo pryw. I. ст. 424 й д.; III. ст. 211—214; Огоновский, Систем II. ст. 48.

Врешті: Schömann, L. v. Schadenersatz; Scheidlein, Miscellen IV; Zugschwerdt, Das Recht des Schadeners.; Pfaff, Randa, Strohal, Drei Gutachten; Unger, Beiträge; Pfaff, Replik (Пор. впрочім літературу до попередного §.).

§ 57.

Причинова звязь*).

I. Обовязок, повернути другому шкоду, має лиш той, хто її другому наніє¹⁾. Проте

1) мусить перед всім істнувати якась шкода;

2) про поверненє шкоди може лиш тоді бути бесіда, коли між чоловіком а шкодою, що наспіла в господарстві другого, істнує якась звязь. На самім діланю сліпих і непроглядних сил природи не мож про себе основувати жаданя поверненя шкоди —

3) ся звязь може полягати на провинї, або на иншій причинї без огляду на вину.

II. Як сказано, можна жадати від другого поверненя шкоди, коли він дав почви до шкоди, значить, коли шкода від нього вийшла; звязь, яка заходить між ним, а шкодою — се звязь причинова (Causalzusammenhang). Она може бути двоякого рода: або звязь строго причинова, або звязь економічної й соціальної вдачі.

Пристапаємо перед всім до науки про звязь строго-причинову.

*) Пор. Stubenrauch, Comm. II. ст. 605, 606; Burckhard, Syst. II. ст. 459—462; Krainz, Syst. I. ст. 373—375; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 275—282; Till, Prawo pryw. I. ст. 432—434; III. ст. 211 і д.; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 29.

Крим cero: Pernice, Zur Lehre von d. Sachbeschädigungen (1867); Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte (1871); Bar, Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhange, в Grünhuta Zeitschr. IV (1877) ст. 21 і д.; Binding, Die Normen u. ihre Uebertretung II. (1877) §§ 50—55; Pernice, Labeo II; Buri, Die Causalität u. ihre strafrechtlichen Beziehungen (1885); Birkmeyer, Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht (1885); Lammasch, Handlung u. Erfolg, в Grünhuta-Zeitschr. IX. ст. 211 і д.; Kuhlenbeck, Schuldbegriff (1892); Rümelin, Zufall im Recht (1896); Liszt, Lehrb. des Strafrechtes § 28; мов, Полагода шкоди ст. 14, 15, 37—39.

¹⁾ „Den Schaden ersetzen, kann nur derjenige, der ihn gesetzt hat“ — каже Mataja (Das Schadenersatzrecht im Entw. e. b. G. B. für d. Deutsche Reich, в Archiv f. bürger. R. I. ст. 267 і д.).

В австр. законі нема нігде осібних постанов про причинову звязь. тому в сїм згляді мусимо побіч наукових дослідів мати на увазі головню практичну вимогу життя.

Не треба, аби звязь була безпосередна, бо й така шкода, яка повстала через те, що крім діланя якоїсь особи долучились відтак інші події — значить, т. зв. посередна шкода, може бути предметом звороту. Також не мож сказати, що звертає ся лиш таку шкоду, яку мож предвидіти, бо се вказує уже на провину, а підставою повернення шкоди може бути серед даних обставин також випадок (про що пізнійше). Тому повстає питанє, де шукати границі одвічальности за причину шкоди?

Коли схочемо виходити з філософічного понятя причини, то після новійшої криміналістичної теорії мусимо в причиновій черзі зійти *ad infinitum*, та вважати причиною взагалі все, що є услів'єм наспілого наслідку. Хотячи відтак сю теорію приноровити до правного відношеня, в якім стоїть причина до повернення шкоди, ми мусіли-б прийти до вислїду, що кождий відповідає за найдалші наслідки своєї чинности, де лиш можна виказати яку-небудь, хоч-би найдалшу причинову звязь між його чинностию а шкодою¹⁾.

Такі висновки противлять ся однак вимогам життя й йдуть рішучо за далеко. Проте обмеженє причинової черги є конечне.

Перед всїм не мож забути, що вихідною точкою є сама шкода. Від шкоди йде ся причиновою чергою в зад, аж натрафить ся на чоловіка, що стоїть найблизше безпосередних проявів шкоди. Коли покаже ся, що від нього вийшла така зміна теперішного стану, яка стала конечним услів'єм наспілої шкоди, то його чинність є причинова (кавзальна), та кажемо, що між ним, а шкодою заходить звязь причинова. Зрештою треба замітити :

¹⁾ Пр. хтось через недотряд збив вікно в моїй каменици, та зобовязує ся його своїм коштом вставити. В тій цілі вислав робітника, котрий викрадає мені моїх 100.000 К з бюрка. Чи можна того, що вислав робітника, робити одвічальним за крадіж? Чи має звернути шкоду той, що через недотряд збив вікно й для вправлення вікна вислав робітника?

Двох сусідів побило ся, та один з них мусів відтак наслідком бійки піти до шпиталя, де опісля вибухла холера й він на холеру помер. Чи сусід мусить звернути шкоду, яка повстала з причини смерти другого?

1) Причиною шкоди є чоловік, коли своєю чинністю впроваджує в рух сили природи. Се може наступити безпосередно, або посередно. Чоловік може безпосередно своєю чинністю спровадити шкідливі наслідки, пр. розбиває чужу касу, товче каменем зеркало й т. д. Але його чинність може також посередно спровадити шкоду, й то в двоякий спосіб: Він виставляє чуже добро на шкідливий вплив сил природних, пр. чужу дитину виносить на зимно, та она замерзає; або виставляє чуже добро на ушкоджене через треті особи, пр. лишає випозичений золотий годинник при вітвертім вікні без нагляду, та краде його злодій й т. д.

2) Аби осудити, чи чоловік був *in concreto* причиною шкоди, треба поставити питанє: чи шкода була-б серед даних обставин наступила, хоч-би чоловік не сповнив сеї чинности? Та коли-б шкода й її наслідки наступили навіть без його чинности, то чинність не є причинова, она не належить кснечню до причинової черги, й чоловік не є за ню одвічальний¹⁾.

3) Коли одначе доказано, що чоловік дав почин до шкідливої події (по мисли повисшої тези), то повинен відповідати за найдалші наслідки шкоди, без огляду на те, чи їх предвидів, чи ні. Але з практичних зглядів і тут потрібні деякі границі. Перед всім судия не може признати причинової звязи, сли через спільне діланє найріжнородніших причин трудно виказати, що було головною підставою шкоди, чи первісна *causa*, що лежала в чинности чоловіка, чи інші причини²⁾. Причинова звязь має також певні часові границі, та чинність чоловіка, що зайшла давно перед часпілою шкодою, не є звичайно причиновою. Врешті при розсуджуваню причинової звязи й при відповіди на питанє, чи хтось має звернути пошкодованому шкоду, треба звертати увагу на вимоги вірности й до-

¹⁾ Пр. парубок переходить коло стайні, та курить люльку. За хвильку гасне огонь в люльці; він витягає сірники й світить. Відтак кидає сірник, але рівночасно знімає ся огонь, когрий повстав у внутрі з причини неосторожности другого парубка. Проте діяльність першого парубка не є причинова.

²⁾ Пр. хтось пострілює смертельно другого; почувши відгук, надходить жінка раненого, та вважаючи свого чоловіка мертвим, дістає нагло удару, та гине на місци. Она була уже давно хора на блуд сердца. Чи винювик відповідає тут також за смерть жінки?

віря в обороті. Коли певні жаданя повернення шкоди протівлять ся сим вимогам, судия відкаже їм правної стійности.

4) Врешті ще одно обмежене причинової звязи стрічаємо в випадку перерви (*Unterbrechung des Causalzusammenhanges*). Причинова звязь устає в хвили, коли наступить перерва. А перерва причинової звязи наступає через другу самостійну причину, котра перетинає біг причинової черги так, що наслідки шкоди відносять ся відтак тільки до сеї нової причини. Ся нова причина, що перепинює біг дотеперішної причинової черги може полягати

а) на поведеню другого чоловіка. Тоді стоїть він ближе нанесеної шкоди, чим його попередник, і мусить тому за ню відповідати. Виїмок становить тут лиш евентуальна одвічальність за помічників, що полягає однак на економічній або соціяльній звязи. Коли шкода є наслідком ділання одного й другого, то кожний поносить наслідки своєї чинности. Далі

б) нова причина може полягати на випадковій пригоді; — тоді треба відрізнити, чи нова причина дала почин цілій шкоді, чи тільки до певних наслідків шкоди долучила нові наслідки. В першім случаю через перерву причинової звязи відпадає одвічальність, в другім відповідає виновник за ті наслідки, які пливають з його чинности аж до нової причини¹⁾.

III. Нинішні соціяльні й економічні відносини знають крім строго причинової звязи також звязь економічну й соціяльну, яка *in concreto* оправдує обовязок повернення шкоди.

Де причиною шкоди є випадок, що приключив ся без людської участі, га є прямим наслідком елементарних сил природи, або непроглядних сил новітньої техніки, там не мож найти строго причинової звязи між чоловіком а шкодою. Тому в до-

¹⁾ Пояснено се на різних примірах:

а) Хтось випозичає від другого коня до волочення, але уживає його до їзди верхом, та над'уживає його так, що мусить спровадити коня до найближшої хати. Між тим в ночи хата згоріла, а кінь згинув. Одвічальність за цілу шкоду.

б) Хтось другому підбиває око. Ранений удає ся відтак до лікаря, котрий так нескладно заходить ся коло ока, що хорий тратить око. Тут кожний поносить наслідки своєї чинности.

в) Хтось равить другого, відтак приходить третій і його убиває. Тут друга чинність спроваджує цілий наслідок, проте піла одвічальність переходить на третого.

розі строго-причинової звязи годі найти підставу до повернення шкоди. Тут володіє правило: „*casum sentit dominus*“ — та обовязок повернення шкоди дасть ся лиш тоді оправдати, коли між наспілою пригодою а чужою областю правною заходить якась звязь економічна або соціальна. Недостачу строго причинової звязи заступає звязь економічної або соціальної вдачі.

На таку звязь вказує нераз наше суспільне житє. Коли глянемо на ріжнородні движеня новітнього обороту суспільного, та застановимо ся над роздробленєм людских робучих сил у величезнім устрою новітнього поділу праці, то мусимо звернути увагу на безсильність поодиноких робучих сил супротив непобідимої, а сліпої сили оборотової й продукційної техніки. Тисячі робітників, занятих у фабриках, копальнях і т. д., жертвувє для других свою індивідуальну економічну самостійність, ставляє сьміло чоло небезпекам, що грозять скрізь їх здоровлю або житю — наколи управитель підприємства, що застерігає собі з нього головний зиск, стоїть оподалік від небезпеки, та змагає лиш до того, аби витягнути для себе з підприємства як найвиші зиски. Проте природна річ, що всякі шкоди, які пригодають ся другим в області підприємства, повинен поносити той, що тягне з нього головні зиски. Сего жадає нинішний лад суспільний; тут примінює ся теза: чия головна користь, того й безпека.

Підприємець мусить отже поносити навіть випадкові шкоди, що доторкають других в області його підприємства, — та в тім видадку між ним а шкодою нема вправді строго причинової звязи, але все-таки існує якась звязь —, котру ми називаємо економічною й соціальною звязію. —

На сій звязи опирає ся взагалі одвічальність підприємця при всяких промислових заведенях, хоч-би они не містили в собі постійної небезпеки, та давали робітникам можливість свободнішого поведєня. Бо в усіх тих випадках володіє правило, що хто має головний зиск з підприємства, мусить поносити усякі шкоди, які з нього виринають.

Звязь економічна й соціальна має також свою основу в охороні економічно-слабших, або в причинах публичного добра. Взагалі виступають в ній за верх усі тоті провідні думки, які побіч правила причиновости приняв нинішний лад суспільний

(Пор. више § 54 при кінці). Ниткою, що вяже шкоду з певними особами, є будь-то економічні, будь-то соціальні згляди.

§ 58.



Правило провини й правило причини*).

I. В старо-римській пр. не треба було провини шкідника до обовязку повернення шкоди, але вистачала яка-небудь чинність, що давала почин до шкоди. Шкідник відповідав первісно лиш за безпосередне ушкодження. Lex Aquilia обовязувала до повернення шкоди, сли *damnum* було *corpore corpore datum*; тому причинова звязь мусіла бути безпосередна, очевидна. Однак ніхто не питав, чи хто шкоду провинив, чи її не провинив.

Але мало-помалу відпала конечність тілесної звязи між шкідливою чинністю, а шкодою, та римські правники почали звертати увагу тільки на шкідливий вислід без огляду на спосіб, яким шкода повстала. За те у місце безпосередної причинової

*) Гл. Prot. II. ст. 182—184.

Пор. Unger, System II. ст. 230—233; Stubenrauch, Comm. II. ст. 596, 597, 600, 601; Burckhard, System II. ст. 254 пр. 15, 16; Krainz, System II. ст. 378—380 (головно ст. 379 пр. 39 а); Schiffner, Lehrb. I. § 133; Hasenöhr, Obl. R. II. ст. 152 пр. 34; Till, Prawo pryw. I. ст. 432 й д.; IV. ст. 354 й д.; Огоновский, Систем II. ст. 50 і д.

Крім сего: Schömann, Lehre vom Schadenersatz I. (1806); Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts (1838); Ihering, Das Schuldmoment im röm. Privatrecht (1867); Binding, Die Normen u. ihre Uebertretung I² ст. 433 й д.; Pfaff, Zur Lehre vom Schadenersatz u. Genugthuung im oest. R. (Gutachten, 1880), ст. 7 і д.; 54 і д.; Strohal, Gutachten (1880) ст. 10 і д.; Unger, Beiträge в Grünhuta Zeitschr. VIII. ст. 232 пр. 6; Pfaff, Replik *ibid.* VIII. ст. 700 і д.; Mataja, Das R. des Schadenersatzes ст. 32 й д.; Steinbach, Rechtsgrundsätze, betreffend den Ersatz von Vermögensschäden (1888) ст. 19 і д.; Krasnopolski, в Krit. Vierteljahresschr. XXII. ст. 502 й д.; Unger, Handeln auf eigene Gefahr (1893) ст. 97-і д., 104 і д.; Sjörgen, в Jahrb. f. Dogm. XXXV. ст. 343 й д.; Rümelin, Der Zufall im Recht (1896); Schoberlechner, Der Zufall im Straf- u. Civilrechte (1897); Rümelin, Culpahaftung, в Archiv f. d. civ. Prax. LXXXVIII. ст. 285 і д.; мое Полагода шкоди ст. 13—15, і Das Wesen des Werklieferungsvertrages ст. 59 і д.; Mitteis, Schadenhaftung ohne Verschulden в Gellera Centr. bl. 1897 ст. 274 і д.

зв'язи вступив новий чинник: провина. В клясициві римськім пр. відпадають строгі вимоги legis Aquiliae, та провина стає головною підставою повернення шкоди. Клясицине римске право приняло отже правило провини (Verschuldungsprincip). Справедливо характеризує Ihering становиско римского пр. словами: „Без провини нема одвічальности, нема обовязку до повернення шкоди; провина, — не шкода, — обовязує другого до повернення шкоди“.

Інакше старо-німецке право. Вправді й оно признає, що провина є головною основою повернення шкоди, але знає багато случаїв, коли за шкоду відповідає сей, що був причиною шкоди, хоча її не провинив. Проте в старо-німецкім пр. має жерело правило причини (Verursachungs- oder Veranlassungsprincip), котре становить, що шкоду звертає той, хто її викликав, без огляду на се, чи був винен, чи ні.

Новітні законодацтва приняли за вихідну точку правило провини. Мимо того не могли они показатись байдужними на основний перестрій суспільности й мусіли вдолжити оправданям та коначним змаганям новітнього обороту суспільного. Через те мусів наступити сильний перелом в правилі провини; виїмки від сего правила почались помалу збільшати ся, й правило причини вибороло для себе, та усе ще виборює собі нові круги, й так стало оно неначе рівнобіжником правила провини й заєдно важним жерелом, з якого пливе обовязок повернення шкоди.

Причини сего перестрою треба глядіти в нинішнім обороті суспільнім. Одиниця, що в римській державі була головним мотором суспільного життя, стратила багато із своєї індивідуальної стійности в новітнім системі поділу праці. Сьгодні не можна нераз віднайти провини одиниці, бо лучає ся, що немов сам оборотовий устрій викликає шкоди, й тому-то треба-би по крайній мірі йому вини приписати¹⁾. Врешті тоті самі мотиви, що причинились до того, що побіч строго-причинової зв'язи виступає

¹⁾ Найліпшим доказом сего т. зв. закони про одвічальність (Haftpflicht-gesetze) й про обезпечене робітників: пр. австр. зак. з 5. марта 1869 ч. 27 В. з. д., німецкий закон з 7. червня 1871 (т. зв. Reichshaftpflichtgesetz), австр. зак. про обезп. роб. на случай пригоди з 28. грудня 1887, В. з. д. 1888 ч. 1, німецкий зак. про обезп. роб. з 7. липня 1884 й т. д. —

зв'язь економічна й соціальна, промовляють також за значним розширенням правила причини¹⁾.

В дуєї новітніх законів лежить тому, правило провини погодити з правилом причини, та поставити їх побіч себе, признаючи одному й другому певну область правну²⁾.

II. Як відносить ся до сих правил право австр.? В науці й практиці володіє теорія Iheringa, що приймає правило провини в повній стійности. Приклонники сеї теорії учать: Тільки від того можна жадати повернення шкоди, хто її провинив. Де нема провини, нема повернення шкоди. Сеї тези добачують они в § 1295 кн. з. рг., та забувають, що в сїм § нема слівця „*nur*“, яке они так рішучо маркують.

Тому против сеї теорії виступив сильно Pfaff у своїй критичній розвідці „*Zur Lehre vom Schadenersatz und Genugthuung nach oest. R.*“, та на підставі протоколів нарад змагав доказати, що наші кодифікатори не прийняли правила провини без застереження, але навпаки побіч провини знали ще інші правні основи повернення шкоди.

На підставі його вислідів мусимо рішучо піднести, що романістична теорія для австр. пр. зовсім нестійна.

Уже сам хід редакційної роботи може нас доволі поучити, що австр. пр. має що-до повернення шкоди зовсім инший систем, чим римске пр.

¹⁾ Однак так само, як правило строгої причиновости є все-таки в головних почерках підставою винішного ладу суспільного, так не можна сьогодні закинути зовсім правило провини, та заступити його правилом причини. Через те ми попали-б у другий екстрем. Правило провини бере в оборону виключно того, від кого шкода виходить, бо звільняє його від повернення шкоди, сли з його боку нема провини; натомісьць правило причини є прихильне для пошкодованого, бо каже шкідникови звернути шкоду без огляду на вину. Одначе обставини житеві є так ріжнородні, що не мож в усіх випадках рішити ся виключно за одним з тих правил. Та раз треба буде пошкодованого зеволити до поношення шкоди, сли шкідник не провинив ся, бо з економічного боку пошкодований все-таки ближше звязаний з наспілою шкодою, чим шкідник — а з другого боку будуть знова заходити такі випадки, що треба буде навпаки шкідника спонукати до повернення ванесевої шкоди, хоча її не завинив.

²⁾ Задачю нинішного законодатства є, точно розслідити, в яких випадках прийняти правило провини, а в яких правилом причини, та при тім треба оглядати ся на вимоги полагідної справедливости, на нинішний суспільний устрій і на потреби безпечности обороту.

Підставою нарад над нашою кн. з. була галицька кн. з. В ній стрічаємо в III. часті розділ: „Von dem Verschulden“, де знаходять ся постанови про повернене шкоди. Галицька кн. з. стояла отже на становиську римского систему, що лиш провинна може дати підставу до повернення шкоди.

Але референт Zeiller не згодив ся на сей погляд, та коли прийшло до дискусії над сим розділом, заявив, що відкидає поки-що постанови галицької кн. з., і що виготовив внший елябрат, де по своїй думці уложив правила для кн. зак., бо — як каже — зайшла потреба основної переміни що-до змісту, сути й впорядкованя поодиноких постанов. Так відпав поперед усего заголовок: „Von dem Verschulden“, а на його місце прийшов новий: „Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung“.

Елябрат Zeillera є підставою нинішних постанов кн. з. Але заки він приступив до поодиноких §§ свого елябрату, подав загальний огляд своєї думки. Він каже м. и.: „Перед всім заходить питане, чи шкідник має повернути кожду шкоду, хоч-би навіть таку, що її наніс без провини через мимовільне ділане? Я сам признаю ся до сеї школи права натури, що признає право жадати повернення шкоди навіть тоді, коли шкода повсталала через мимовільне ділане другого. Отже чоловік мусить відповідати за кожду шкоду, яка від нього виходить“. Тільки з утилітарних зглядів не міг Zeiller сеї гадки перевести в повні, але її вплив на постанови елябрату показуєсь все-таки на кождім кроці.

Проте бачимо, що Zeiller, а за ним і сам закон, знає не лиш провинну, але також інші причини підставами повернення шкоди. Се слідує також безпосередно із заголовків до §§ 1295 і дальших.

Як правні підстави повернення шкоди вичислює наш закон:

- а) провинну (§§ 1295—1304 кн. з.),
- б) уживане свого права (§ 1305 кн. з.),
- в) мимовільне ділане (§§ 1306—1310 кн. з.),
- г) випадок (§§ 1311—1312 кн. з.),
- ґ) чужі ділання (§§ 1313—1319 кн. з.),
- д) ушкодження через звірі (§§ 1320—1322 кн. з.).

Хоч при поодиноких постановах сих §§ сказано, що при уживаню свого права, при мимовільнім діланю й т. д. не відповідає ся звичайно за шкоду, то все-таки головна вага

спочиває як раз у тім, що є такі случаї, коли хтось відповідає навіть за уживанє власного права, навіть за мимовільне діланє, навіть за ділання других людей. Що-до припадку (§§ 1311, 1312 кн. з.), то викажемо понизше (§ 59 під VI.), що § 1311 кн. з. установає як раз обовязок до повернення шкоди в разі припадку.

Тому сли в самім законі побіч провини подані ще інші причини одвічальности за шкоду, то се вказує на погляд Zeilera, котрий хотів висказати правило, що провинна не є одинокою підставою повернення шкоди. Сї постанови, що вказують на можливість одвічальности за шкоду без провини, не є отже виїмком від вдуманого правила, але доказують, що причини, про які згадують §§ 1305—1322 кн. з. є побіч провини (§§ 1295—1304 кн. з.) рівнорядним жерелом одвічальности за шкоду¹⁾. —

Ще на одно мусимо звернути увагу. Кожда з тих причин, які наш закон (в §§ 1295—1322) подає за підставу одвічальности за шкоду, має свою власну область, так що те, що належить пр. під назву уживаня власного права, не може підпадати під постанови про мимовільне діланє або припадок, далі закон робить ріжницю між мимовільним діланєм по мисли §§ 1306—1310, а припадком по мисли §§ 1311 і 1312, і т. д.

Тому задачію інтерпретації є, відмежити сї понятя строго від себе, бо лиш на сій підставі можна зрозуміти волю законодавця, та лиш в тій дорозі можна усунути тоті контроверсені, які панують в теорії й практиці австр. пр.

§ 59.

Правні підстави повернення шкоди*).

I. Головною підставою одвічальности за шкоду є провина. Хто наніс другому шкоду власною провинною, мусить її звернути. Се загальне правило без виїмка (§ 1295 пр.).

¹⁾ Що в §§ 1305—1322 кн. з. не ходить тільки о виїмки від правила провини, доважемо доволі в § 59. —

*) Гл. Cod. Ther. III. 1. n. 12—15, 28, 37, 38, 99, 100, 109—128; 19. n. 99—114; 20. n. 1—4; 21. n. 1—62, 148—157; 22. n. 1—30; Horten, III.

В обов'язку винного до повернення шкоди лежить не лиш охорона правна для пошкодованого, але також репресія карна супротив винного. Проте наш закон трактує тут провину заєдно, чи зайшла она в рамках умови, чи в позаконтрактowych відносинах (§ 1295 i. f.).

Нема впрочім ріжницї, чи *in concreto* ходить о *dare, facere*, чи *omittere*.

Врешті приняв наш закон нову тезу против римского пр., бо римске пр. знало при контрактах деякі нюянси одвічальности за провину, так що подекуди обмежувалась она до звороту шкоди за *dolus i culpa lata*, накопи в австр. пр. істнує лиш одна спільна міра одвічальности за провину: усе відповідає ся за *omnis culpa*, значить за *dolus, culpa lata i culpa levis* — так при контрактowych як позаконтрактowych відносинах.

1. §§ 9, 73—81; 16. §§ 9, 10; 18. §§ 56—60; 19. § 5; 20. §§ 25—34; 21. §§ 1—3; 22. §§ 1—25, 46; 23. §§ 2—18; Martini I. 2. §§ 8—10; II. 3. § 10; 9. § 3; III. 4. § 2; 13. §§ 2, 3, 8, 12, 16—24, 27—30, 43, 45—47; 14. §§ 13—17; Гал. кн. в. II. §§ 82, 255; III. §§ 412, 413, 418, 422, 426, 429—434, 437—440, 453, 455—457, 474—478; Prot. I. ст. 246, 302; II. ст. 44, 45, 184—192, 203—205, 437—440, 562, 563, 575, 576.

Pop. Zeiller, Comm. III. ст. 703—756; Nippel, Erl. VIII. ст. 83—181; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 553—582; Ellinger, Handbuch ст. 592—604; Stubenrauch, Comm. II. ст. 599—646; Kirchstetter, Comm. ст. 639—653; Schiffner, Lehrb. I. § 133; Burckhard, System II. ст. 247 i д.; Krainz, System I. ст. 373—380; II. ст. 102—104, 322—342; Hasenöhr, Obl. R. II. ст. 148—164, 167, 168; Till, Prawo pryw. I. ст. 424 й д.; III. ст. 211—216; IV. ст. 332—379; Огоновский, Систем II. ст. 47—59; Schuster v. Bonnot, Grundriss ст. 28—36.

Крім сего: Hepp, Zurechnung; Pfaff, Gutachten; Strohal, Gutachten; Unger, Beiträge; Pfaff, Replik; Unger, Handeln auf eigene Gefahr; Scherberlechner, Der Zufall; мое Пологадо шкоди ст. 12—39, i Werklieferungsvertrag ст. 55—86. (Гл літературу в попереднім §).

Врешті: Scheidlein, Miscellen IV.; Zugschwerdt, Das Recht des Schadenersatzes u. der Genugthuung; Mages, Gesamtschuldverhältnisse ст. 38 i д.; 92 й д.; Ihering, Jahrb. f. Dogm. VI. ст. 81 i д.; Mages, Ueber Nachbarrecht; Unger в Grünhuta Zeitschr. XIII. ст. 715 i д.; Steinbach, Ersatz von Vermögensschäden, ст. 12 i д.; Randa, Wasserrecht ст. 139 i д.; Randa, Eigentum I.² ст. 113 i д.; Jaworski, Szkoda, wyrządzona wykonywaniem swojego prawa na nieruchomościach; Kornitzer, в Grünhuta Zeitschr. XXII. ст. 625 i д.; — Scheu, Mora creditoris ст. 22 пр. 1. i ст. 85 i д.; Grünwald, в Zeitschr. f. Notar. 1882.

Але за те знижає наш закон рівень одвічальности, що в римскім пр. являлась як одвічальність за *diligentia boni et exacti patris familias*, — та вимагає одвічальности за занедбане такої пильности й уваги, якою повинен руководитись чоловік при звичайних здібностях (§ 1297 кн. з.). Се обмежене відносити ся заєдно до контрактної й до позаконтрактної провини¹⁾.

Однак не все вистачає пересічна міра звичайної здібности, та й природно, що люде, від котрих жадає ся загально осібних відомостей й надзвичайної пильности, мусять в річах свого звання відповідати за свої заводові відомости й за надзвичайну пильність. Для них не вистачає загальна міра пересічного чоловіка, але особливша міра пересічного знатока.

Після § 1299 кн. з. вимагає ся сеї звичайної одвічальности

а) від людей, що представляють публично якийсь уряд, признають ся публично до якогось заробітку, ремесла, рукоділа, або приписують собі публично знане певної штуки²⁾.

Они відповідають за шкоду, яку понесли другі через брак у них фахового знання, або через брак сеї пильности й уваги, що у таких людей є звичайною. Сю гадку стрічаємо теж в осібних законах, пр. в §§ 5 і 39 нот. уст. з 25. липня 1871 ч. 75 В. з. д.; в арт. 69 і 81 зак. з 4. цвітня 1875, ч. 68 В. з. д., і т. д. —

б) від людей, що не ведуть вправді публично ані уряду, ані ремесла, рукоділа й т. д., але приймають на себе приватно такі діла, такі підприємства, до яких треба особливших, заводових відомостей. Тут треба відрізнити два випадки:

α) Коли хтось підняв ся такого діла з конечности, пр. тому, що в разі потреби не було знатока, то не мож від нього жадати, аби поведив ся як знаток; тому відповідає він тільки за занедбане такої пильности й уваги, якої жадає ся від пересічного чоловіка при звичайних здібностях.

β) Коли однак приняв ся повести таке діло без конечної потреби, то дав до пізнання, що зможе його повести мов знаток,

¹⁾ Близше пояснене подано висше на ст. 129—132.

²⁾ Се наступає пр. через оголошене в часописях, через виставлене візиски, або в инший уживаний спосіб.

тому мусить відповідати після міри пересічного знатока, значить, мусить повернути шкоду, яку наніс другому через недостачу заводового знання, через поведене діла против приписів дотичного заводу, або через занедбане сеї надзвичайної пильности, якої при таких ділах загально жадає ся. —

У всіх тих випадках, в котрих § 1299 кн. з. жадає здвиженої одвічальности, з провинною знатока або псевдо-знатока може зійти ся також провинна пошкодованого. Тому § 1299 становить і. ф., що хто другому припоручив поведене якогось діла, хоч знав про недостачу його заводового знання (*scientia*), або при звичайній увазі повинен був знати (*culpa*), мусить поносити наслідки своєї провини, значить, ділить шкоду з другим по мысли § 1304 кн. з. (о чім пізнійше в тексті).

Чимало лучає ся, що головною основою якогось уряду, або промислу є уділюване ради, пр. у лікарів, адвокатів, в інформаційних бюрах і т. д. Тоті знатоки відповідають за ради, яких уділюють другим в річах свого звання, уже по мысли § 1299 кн. з., але в сій мірі вводить § 1300 кн. з. певне обмежене. Они відповідають за уділюване рад лиш тоді, коли уділюють їх за нагородою. Коли-ж уділюють їх безплатно, то чейже не мож від них вимагати такої точности, якої треба до фахового дослідку. Одначе навіть за безплатну раду відповідає тоді, коли уділив її злобно, с. т. в повній свідомости, що рада є зла (*dolus*).

Зрештою, хто не є знатком до уділювання певних рад, не відповідає взагалі за раду, якої уділив другому. Другий міг чейже сеї ради послухати, або ні, та коли з такої ради вийшла для нього шкода, то мусить сам її поносити. Але за злобну раду відповідає кождий — чи знаток, чи не-знаток. Хто отже уділив другому злої ради в пересвйдченю, що она принесе шкоду, й шкода справді наступила, то мусить за се відповідати. Се правна репресия против злого наміру (*culpa lata* не вистачає, мимо постанови § 1324 кн. з.), бо против злого наміру має держава супротив пошкодованих усе обовязок, вимагати від шкідника повернення шкоди. —

Провина виступає на внї або як ділане, або як залишене. За провинене залишене (*schuldhaftes Unterlassung*) існує така сама одвічальність, як за провинене ділане (§ 1301 кн. зак. і. ф.).

Під залишенем розуміємо несповнене конкретного правного обов'язку. Тому перед всім мусить існувати правний обов'язок до ділання, та сей обов'язок мусить бути залишений. Обов'язок до ділання може повстати на підставі діла правного, або має основу в нормах поліційних або карних (пр. обов'язок, повідомити владу о злочині). При залишеню заходить провина тоді, коли хтось про свій обов'язок до ділання й про спосіб ділання знав, або повинен був знати, та міг сей обов'язок сповнити, а мимо того не сповнив¹⁾.

До провиненого залишеня примінюються ті самі правила, що до провиненого ділання. —

За нанесену шкоду може відповідати один або кількох, в міру сего, чи провина заходить по стороні одного, чи кількох (§§ 1301, 1302 кн. з.). Ся провина може бути ріжна:

а) кілька осіб причиняє ся безпосередно до шкоди другого; кождий з них участвує власною провиною в безпосереднім спровадженю шкоди;

б) всі они можуть бути лиш посередною причиною шкоди, коли крім їх діяльності зложились на шкоду інші обставини,

в) врешті може скласти ся так, що один або кількох були безпосередною, а другі посередною причиною шкоди. Посередна участь других може лежати в намові, погрозах, приказі, похвалі, приреченю заплати, в помочи й т. д.

Сяк чи так, сли провина заходила по стороні всіх, всі за ню відповідають, всі мусять її звернути. По загальним правилам (§§ 888, 889 кн. з.) всі они повинні відповідати *pro rata*. Тому § 1302 кн. з. постановляє пр., що кождий з них відповідає по правилу лиш за ту частину шкоди, яку своєю провиною наніс, — природно, наколи єї частини можна точно означити. Але сли годі точно вимірити, яка частина шкоди припадає на одного, яка на другого, третього й т. д., то заходять всякі вимоги солідарного зобов'язання: одно зобов'язане, кількох довжників, та пошкодований не може як віритель одержати подвійного звороту шкоди — тому через повну заплату

¹⁾ Провина лежить пр. у тім, що родичі або опікуни не доглядають малолітних і через брак догляду малолітні заподівають другим шкоду (пор. § 1309 кн. з.).

одного з них погасає ціле зобов'язане. Се солідарне зобов'язане ex lege¹⁾. Проте сли один з них звернув пошкодованому всю шкоду, має право у других, що крім нього провинили, пошукувати регресу (§§ 1302 i. f., 896 кн. з.).

Сей вислід опирає ся уже на загальних правилах солідарних зобов'язань.

Однак по мисли позитивної постанови § 1302 кн. з. солідарне зобов'язане поветає також тоді, коли участь кожного винного в шкоді дасть ся вимірити, але всі, або лиш деякі ділали нарочно, с. т. в злім намірі (dolus).

Збираючи в одно повисші висліди, мусимо відрізнити, чи особи, що провинили шкоду, ділали в злім намірі (dolus), чи лиш допустили ся вини (culpa) в тіснійшій розуміню :

а) За dolus відповідає кождий, та пошкодований може від нарочного шкідника жадати все звороту цілої шкоди, хоч їх було більше.

б) Як шкода наступила через culpa lata або culpa levis, то важно знати, чи участь кожного виновника дасть ся точно вимірити, чи ні. В першій случаю відповідає кождий pro rata, в другій відповідають всі солідарно.

§§ 1301, 1302 кн. з. говорять тільки про позаконтрактіві відносини, значить, про шкоди, які нанесли другі поза обсягом умови або поза обсягом односторонного приреченя. Про одвічальність кількох осіб при облїгацийних умовах трактують §§ 891—896 кн. з. На се вказує виразно постанова § 1303 кн. з. —

Між учасниками заподілої шкоди може находитись також сам пошкодований, та закон нормує тому в § 1304 питане, як представляє ся одвічальність за шкоду, коли провиня лежить не лиш по стороні шкідника, але й пошкодованого. Вже в самім законі стрічаємо приміри таких випадків: в § 1299 кн. з., коли хтось припоручив другому діло, яке вимагає фахового знаня, хоч знав, або при звичайній увазі повинен був знати, що він не є знатоком; далі в § 1320 кн. з., сли хтось переходить дорогою й подражняє пр. чужого пса, наслідком чого псє робить йому шкоду, й т. д.

Австр. право не приняло в тім згляді теорії повсюдного права про т. зв. compensatio culpaе, але в деяких точках стоїть

¹⁾ Гл. више ст. 106 під 5.

на іншій основі. Як причиною шкоди була не лиш провина другої особи, але також провина самого пошкодованого, то звучить правило, що носять шкоду разом, і то „розмірно“ (verhältnismässig), та доперва тоді, коли годі віднайти міри, котрою один, а котрою другий причинив ся до шкоди, ділить ся одвічальність на рівні часті: одну половину носять сам пошкодований, другу звертає шкідник.

Се одначе лиш другорядна евентуальність; та невірно поступала давніша судова практика, що при конкуренції провини пошкодованого обовязок повернення шкоди ділила все на половину. — Зрештою треба примітити:

а) Постанова § 1304 кн. з. примінюєсь лиш тоді, коли шкода має своє жерело не лиш в провині другого, але також в провині пошкодованого. Супротив шкідливої події мусить взагалі пошкодований поводити ся по загальним правилам пильності й уваги, якої вимагає ся від пересічного чоловіка при звичайних здібностях (arg. § 1297 кн. з.). Тому за власну недбалість він одвічальний, та як шкода поветала також з провини другого, оба є одвічальні.

Провина пошкодованого може однак відносити ся не лиш до повстаня шкідливої події, але також до обсягу й наслідків, до яких дійшла шкода уже по повстаню. Як наспіла шкода, повинен тямучий господар („добрий хозяїн“: § 513 кн. з.) підприняти певні міри, аби відвернути, або зменшити по зможі наслідки шкоди. Коли однак пошкодований не учинив сего через крайну недбалість, якої не допустив-би ся навіть пересічний чоловік при звичайних здібностях, мусить поносити шкоду разом з шкідником.

б) Як судья уже провірив, що заходить причинова звязь з одного боку між шкодою, а її наслідками, й з другого боку між провиною шкідника, а провиною пошкодованого, то мусить далі застановити ся, о скільки повстане або наслідки шкоди треба приписати шкідникови, а скільки пошкодованому. Судья зверне увагу на всі обставини даного випадку й рішить свободно та по совісти. Не треба, аби участи одного й другого дали ся немов анатомічно розділити, — досить, що судья по розсудженю усіх обставин зможе виробити собі погляд,

в якій мірі спадає одвічальність на пошкодованого, а в якій на другого¹⁾.

в) Що-до ступеня провини не стрічаємо в § 1304 кн. з. ніякої постанови, але *ex anal.* з § 1302 кн. з. мусимо прийняти такі висновки:

За *dolus* відповідає кожний. Тому коли по стороні одного або другого заходить злий намір, то він сам мусить поносити, згл. звернути цілу шкоду. При *dolus* нема розмірного поділу тягару шкоди після § 1304 кн. з. Тільки коли по обох сторонах заходить *culpa*, може бути бесіда про розмірне розділене шкоди між шкідника й пошкодованого.

г) Коли кілька осіб нанесло собі шкоду взаїмно (пр. в бійці), то не можна приміняти постанови § 1304 кн. з., бо тут заходять різні шкоди, та кожда шкода має про себе особні наслідки по загальним правилам. —

Приходимо врешті до питання, хто поносить тягар доказу, сли ходить о повернене шкоди задля провини. Сим питанням займають ся *ex professo* §§ 1296, 1298 кн. з. Треба відріжнити:

а) При умовах, згл. односторонних приреченях поносить довжник тягар доказу. Віритель не потребує доказувати, що несповнене або неточне сповнене умови (згл. одн. приреченя) наступило з провини другого, але потребує покликатись тільки на сам факт, що умови не сповнено. Против того може однак довжник боронити ся тим, що не був винний, і тоді мусить він доказати, що по його стороні не було провини. Довжник може покликати ся на випадок (*arg.* з § 1447 кн. з.), або на ділане третої особи.

Сли однак довжник не докаже, що був вільний від провини, а віритель схоче на підставі § 1323 *i. f.* жадати повного удоволення (*volle Genugthuung*), то віритель має тягар доказу, та мусить виказати правний субстрат свого здвиженого жаданя. Висшу ступінь провини довжника, значить, його *dolus* або *culpa lata*, мусить віритель доказати, наколи хоче жадати повного удоволення шкоди, бо без сего особного доказу мусів-би вдоволити ся зворотом оцінкової вартости (*verae rei aestimationis*, § 1323 *pr.*).

¹⁾ Нераз буде ходити о се, від кого переважно вийшла шкода, й в таких випадках, де участь другого майже зникає, судия буде міг засудити одного з них на поношене цілої шкоди.

б) Часто повстає шкода через те, що хтось переступив сі постанови закону, які змагають до усунення припадкових ушкоджень (verb. „ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht“: § 1311 кн. з.); в тих випадках заходить звичайно провина по стороні шкідника. Тут не потребує пошкодований доказувати провини другого, але подібно як під а) довжник мусить поносити тягар доказу, сли схоче звинити ся, що не поносить вини.

в) Інакше при інших позаконтрактних шкодах, головно при проступках (деліктах). Тягар доказу поносить не шкідник, а пошкодований. Поки-що припускає закон, що шкода наспіла без провини шкідника, тому коли пошкодований покликуюєсь на провину другого, мусить її доказати. —

II. Австр. пр. виходить із того, що кожний відповідає звичайно лиш за власну провину, не за провину других (§ 1313 кн. з.). Та справді, поки маємо на оці звязь строго-причинову, не можна ніколи пояснити собі, як хтось, що не находить ся зовсім в причиновій черзі, відповідає за другого, котрий у причиновій черзі стоїть найближше наспілої шкоди.

Мимо того знає закон вїмки від сеї засади, але они не можуть опирати ся на строго-причиновій звязи, тільки на звязи економічній, або соціальной. Подають їх §§ 1314—1319 кн. з.

Невірно єсть за приводом австр. письменників учити, що поведене того, котрий після §§ 1314—1317 відповідає за чужу провину, стоїть з шкодою в строго-причиновій звязи, бо по загальним правилам причиновости весь тягар шкоди спочиває тут на безпосереднім виновнику (т. є. на слугі, на злочинци, на помічнику й т. д.)¹⁾; — проте сли взагалі між шкодою а поведенем того, що за другого відповідає, є яка звязь, то се

¹⁾ Хтось приймає пр. слугу, що має наклін до крадежи, та она обкрадає когось в каменици, то годі сказати, що приняте її через господаря без свідoctва (§ 1314 кн. з.) є причинове, бо слуга могла-б по крайній мірі украсти, хоч-би мала добре свідoctво, або хоч-би не служила в сій каменици. Она є в причиновій черзі найближша, тому тільки она може бути одвічальна по строго-причиновій звязи. Навіть тоді, коли-б господар довідав ся про її наклін до крадежи, та її свідомо придержував, то крадіж слуги перепинює кавзальну чергу, та наступає перерва причинової звязи на некористь безпосередного (найближшого) виновника.

зв'язь економічної, або соціальної вдачі. З того виходить, що постанови §§ 1314—1319 є справді виїмками від правила, поданого в § 1313, та сам закон називає їх виразно виїмками. Ось они:

1) Не можна приймати слуг без службових свідочств. Всі службові устави (Gesinde-Ordnungen) жадають, аби слуги, що задумують увійти в перше у службу, мали від уряду службову грамоту, а коли вже були на службі, службове свідочство від того, у кого служили. Тому коли хтось прийме слугу на службу без грамоти згл. без свідочства, відповідає за шкоду, яку нанесла слуга властителям згл. іншим жителям дому; ся шкода мусить однак стояти в звязи з її небезпечними свійствами („gefährliche Beschaffenheit“), та господар відповідає лиш тоді за шкоду, нанесену слугою, коли шкода є вислідом такого свійства слуги, про яке він, коли-б знав, не повинен був слуги прийняти.

2) Коли господар опісля по прийнятю слуги пересвідчив ся, що є небезпечна з огляду на свої фізичні або моральні свійства, повинен її сейчас відправити. „Сейчас“ — значить, за законною виповідію, зглядно в надзвичайних випадках, передвиджених службовими уставами, без проволоки та без виповіди. Коли однак господар мимо того слугу свідомо в службі придержує, відповідає за всяку шкоду, яку по тій причині нанесла она властителям, або другим жителям дому. Він відповідає лиш за таку шкоду, що пливе з тих небезпечних свійств слуги, про які він дізнав ся.

3) Закон не може підмагати тих, що придержують у себе злочинців. Коли такий злочинець властителям або іншим жителям дому наніс шкоду, яка вийшла з того самого мотиву, як його попередній злочин, то за сю шкоду мусить відповідати той, хто його у себе свідомо придержував. Вправді закон говорить про „звісного злочинця“ (bekannter Verbrecher), але через те не розумієсь загально ноторичного злочинця, тільки такого злочинця, про якого другий знав, що він сповнив злочин, а мимо того його у себе придержував. Не треба також, аби злочинець був вже за сей злочин караний, але все-таки треба, аби допустив ся злочину (Verbrechen), не лиш провини (Vergehen), або переступства (Uebertretung). Але правні наслідки, передвиджені § 1314 i. f., уступають, коли каригідність злочину

з правної причини погасла, пр. через відсиджене кари, через задавнене й т. и. —

В усіх повисших випадках (1—3), які нормує § 1314, відповідає хтось за чужу провину через те, що супротив винників не поводив ся так, як приписує закон. Зрештою відповідає лиш за таку шкоду, яка слідує з небезпечних свійств другої особи, наколи він про них знав, або вправді не знав, але не повинен був сих осіб до себе приймати. —

4) § 1315 кн. з. говорить про одвічальність підприємців за помічників в позаконтрактowych відносинах, т. є за тоті проступки, яких они допустили ся в обсягу підприємства. Про се була уже бесіда в § 24 III. 2 (ст. 151).

5) Осібні постанови існують в нашім законі про одвічальність гостинників, корабельників та візників за своїх помічників.

Австр. право знає в сій мірі два средства правні, що відповідають римській *actio de recepto* і *actio adversus nautas, caupones et stabularios*, в постановах §§ 970 і 1316 кн. з. § 970 відповідає римській *actio de recepto*, й є позовом *ex contractu*, а § 1316 відповідає римській *actio adv. nautas etc.*, й є позовом *ex delicto*.

По мысли § 970 відповідають гостинники, корабельники й візники рівно як депозитарі („gleich einem Verwahrer“). За тим йде, що *receptum nautarum etc.* не характеризує ся під правним зглядом як *depositum*, бо не треба, аби подорожний дав свої річи гостинникови, корабельникови, або візникови в переховок, але відношенє правне *ex recepto* поветає мовчки вже через те, що їх слуги, або їх заступники, взяли річи подорожного в опіку, щоби пр. віднести їх до гостинниці, на корабель і т. д.; далі не треба, щоби сї річи зіставали в переховку гостинників, корабельників і т. д., а можуть находити ся поки-що в тій комнаті, в якій перебуває сам подорожний, а мимо того гостинники й т. д. відповідають так, мов-би мали сї річи у себе в перехованю. Тому від хвилі, коли слуги, або заступники слуг гостинника, корабельника або візника переняли від подорожного річи, прийшло отсім між подорожним а гостинником і т. д. ех ге до умови, що характеризуєсь як реальна умова та звієна після римської назви як *receptum*.

При таким *receptum* з § 970 відповідає гостинник, корабельник, або візник за *salvum fore* перенятих річий так як де-

позитар; може отже звільнити ся від одвічальности, коли зможе доказати, що не лиш він, але й всі його слуги вільні від провини. Зрештою він одвічальний уже від хвилі передачі річи до рук слуг або їх заступників, т. є вже перед тим, заки річи наспіли до гостинниці, або корабля.

Інакше представляє ся річ при *actio adversus nautas, cau-pones et stabularios* по мисли § 1316 кн. з. § 1316 має на думці тільки одвічальність за проступки слуг і їх заступників. Наколи в § 970 ходить о *salvum fore* річий, ходить в § 1316 о одвічальність за *factum alienum*, за *delictum alienum*; тому після § 970 мусить гостинник, корабельник або візник відповідати нераз навіть за випадкові шкоди, сли не зможе доказати, що шкода не вийшла з провини жадного зі слуг, згл. заступників тих-же; — а після § 1316 тільки за проступки тих слуг. Після § 970 відповідає ся уже за шкоду, яку слуги нанесли по дорозі від хвилі перенятя річий від подорожних; а після § 1316 доперва за таку шкоду, яку слуги нанесли своїми проступками в самій гостинниці, на самім кораблі й т. д.

Часто буде мав пошкодований дві дороги до вибору — іменно тоді, коли шкода наступила в гостинниці, або на кораблі; однак звичайно *actio de recepto* з § 970 буде сягала дальше, чим *actio adv. nautas etc.* з § 1316, але все-таки є можливе, що *actio de recepto* не має в данім случаю підстави, а про те можна виступити з *actio adv. nautas etc.* по мисли § 1316. Се пр. в такім випадку, коли гостинник оголосив в гостинниці, що не приймає одвічальности за дорогоценности й гроші, котрі подорожні носять з собою, бо тут *actio de recepto* по мисли § 970 є виключена (*actio ex contractu!*), а все-таки лишає ся *actio adv. nautas etc.* по мисли § 1316, т. є подорожний може доказати, що гроші вкрав йому готелевий слуга, й на сій підставі може пошукувати шкоди на самім господарю. —

По тих замітках можемо приступити до близшого поясненя § 1316, о котрий ходить.

а) Під гостинниками (*Wirte*) розуміємо тих, що займають ся заводово приймаєм подорожних в гостину — проте не належать тут господарі шинків, каварнь і т. д., далі такі, що переночовують других у себе лиш принагідно, не в вико-

нуваню свого заводу¹⁾. На рівні з гостинниками треба вважати таких господарів, що беруть від подоружних коні або иншу тяглу худобу в опіку (т. зв. *stabularii*).

б) Корабельником (*Schiffer*) не є *magister navis* (капітан корабля), але *exercitor navis* с. т. сей, що його виставив для власної користі, та займає ся перевозом людей і їх річий на морі.

Врешті в) належать тут візники (*Fuhrleute*), що займають ся заводово перевізкою дібр на суші.

Усі наведені особи відповідають по мысли § 1316 кн. з. за проступки, яких допустили ся їх слуги, або заступники тих слуг на річах подорожних, але лиш тоді, коли проступок совершив ся в самій гостинниці, на самім кораблі, або підчас перевозу сего добра, яке припоручено перевізникови. За поведене самого подорожного, або його власних слуг не відповідають ні гостинники, ні корабельники ні перевізники.

Тягар доказу спочиває по загальним правилам § 1296 кн. з. не на шкіднику, але на пошкодованім, тому коли подорожний покликує ся на *actio adversus nautas etc.* з § 1316, мусить доказати провину слуги або заступника. (Інакше при *actio de recepto* після § 970, де корабельник, гостинник, або візник має тягар доказу *arg.* § 1298 кн. з.):

Сі постанови нашої кн. з. підпали опісля деяким змінам з огляду на перевізників і таких корабельників, що держать свої кораблі по річах, або по континентальних озерах, бо в сім згляді рішають виключно постанови торговельного закона (арт. 391 і д.). —

б) Так само як перевізники відповідають за проступки своїх слуг і їх заступників публичні пересилкові заведеня (*öffentliche Versendungsanstalten*: § 1317 кн. з.). Тут належить почта й залізниця. Про їх одвічальність за проступки їх органів і взагалі за шкоду, заподіяну пересилковим предметам, існують впрочім окремі законні постанови (устав перевозової почти з 12. червня 1838, ч. 280, зб. суд. зак.; устав листової почти

¹⁾ Взагалі, коли хтось переночовує другого, не як гостинник, то його відношене правне до річий подорожного не представляє ся як *receptum*, але як звичайне *depositum*, згл. як *loc. cond. operis*.

з 6. падолиста 1838, ч. 302 зб. суд. зак.; світовий поchtовий договір з 4. липня 1891 ч. 97 В. з. д.; регулямін залізничого руху з 10. грудня 1892 ч. 207 В. з. д.).

7) Тут належать також постанови окремих законів, що установляють одвічальність за поведене своїх людей, пр. § 9 державного зак. водного з 30. мая 1869 ч. 93 В. з. д.; §§ 196 і д. гірничого закова з 23. мая 1854 ч. 146 В. з. д.; § 4 зак. з 19. червня 1866, ч. 85 В. з. д. — і т. и.

8) §§ 1318 і 1319 кн. з. зачислюють тут *actio de effusis et dejectis*, і *actio de posito vel suspensio*. Після тих постанов спадає нераз на чужу особу обовязок повернення шкоди, хоч она невинна, а то тому, аби пошкодованому улешити можливість доказу й повернення шкоди.

Коли хтось викинув, або вилляв щось з хати, й ушкодив прохожих, коли вивисив якусь річ, або її на вітвертім вікні поклав, та она відтак упала, й ушкодила прохожих, — мусить відповідати. Однак не все можна означити, хто був виновником — проте становить § 1318, що пошкодований може потягнути до одвічальности того, що мешкає в тій частині, з відки річ випала, без огляду на се, чи він сам її викинув або вилляв, чи се зробив хто инший, пр. слуга, гість і т. д. Властитель хати, що не мешкає в дотичній стороні, не відповідає за нанесену шкоду. Сли кількох замешкує разом хату, то треба відрізнити, чи розділили комнати між себе, чи мешкають спільно. В першім случаю відповідає лиш той, що замешкує дотичну сторону, в другім відповідають всі солідарно, сли не дасть ся вимірити, яка частина шкоди припадає на кожного.

Як на підставі сеї постанови звернув хтось другому шкоду, хоч був невинний, може пошукувати звороту заплаченої суми на виновнику (§ 1313 кн. з.).

Поки однак ніхто з прохожих не поніє шкоди, не мож вносити судового позву про се, що хтось у своїй хаті виставив якісь річи, та що прохожі наражені через те на небезпеку. Австр. право не приняло сего правного средства з римского права, але вказує на адміністраційну дорогу, та дозволює донести про се політичній власти, котра відтак зарядить в своїм обсягу, що треба (§ 1319 кн. з.).

9) Врешті зачислює тут закон одвічальність держави за своїх урядників¹⁾; однак се питанє дотикає уже права державного.

В австр. праві нема загальної одвічальности держави за провини урядників, тільки існують поодинокі закони, що для різних катогорій становлять різні приписи — пр. що до одвічальности за провини судових урядників: § 1341 кн. з., арт. 9. основного зак. про судейську власть з 21. грудня 1867, ч. 144 В. з. д., і зак. з 12. липня 1872 ч. 112 В. з. д. —

III. За шкоду, яку хтось потерпів від зьвірів, нема звичайно обовязку до повернення шкоди. Се зовсім природно, бо в таких випадках не мож правильно виказати причинової звязи між шкодою, а поведенєм якогось чоловіка. Але де in concreto така звязь існує, там можлива є одвічальність за шкоду. Ся звязь може бути строго причинова, або економічна й соціяльна.

Строго причинова звязь заходить по мисли § 1320 кн. з.:

1) Хто через подражненє або підбурканє зьвірини дав почин до шкоди, мусить її другому звернути. Тут причиною його одвічальности є провинна.

2) Так само відповідає за шкоду той, хто мав обовязок, доглядати зьвірів, а занедбав догляду. Причина шкоди лежить тут у провиненім залишеню догляду.

З браку нагляду існує далі обовязок повернення шкоди, коли чиясь худоба зайшла в чужу реальність і зробила шкоду. Жаданє звороту шкоди є в тім випадку забезпечене законним правом заставу по мисли §§ 1321, 1322 кн. з. Подробиці належать до права заставу. —

Але крім сего знає наше право такі виїмки, що хтось відповідає за шкоду зьвірини, хоч сам не поносить провини. Тоді між шкодою а його поведенєм заходить звязь соціяльна й економічна:

а) Коли скажений пес покусав людей, то властитель пса, сли є маючий (vermöglіch), мусить без огляду на провину звернути всі кошти ліченя; сли однак властитель пса є бідний, то

¹⁾ Ся одвічальність характеризує ся впрочім як розклад шкоди. Пор. низше § 60 II.

сей обов'язок поносити в одній третині громада¹⁾, а в двох третинах скарб державний²⁾ (декр. канц. надв. з 11. січня 1816, зб. пол. зак. XLIV ст. 2, і з 16. марта 1837; зб. пол. зак. LXV. ст. 94).

б) Коли скажений пес покусає чужу худобу, котру треба було відтак убити, то сю шкоду звертає або властитель пса, ели є маючий, або мусить її поносити сам пошкодований, ели властитель пса є бідний (декр. канц. надв. з 17. мая 1821).

в) Військовий скарб³⁾ відповідає за шкоди, нанесені полям, сіножатям, пасовишкам і т. н. через транспорти коний (декр. канц. надв. з 28. липня 1843. ч. 726 зб. суд. зак.).

г) Хто має право польованя, відповідає за шкоду, нанесену дикою звіриною по полях, садах і на винограді в обсягу дотичного лісового ревіру, та без огляду на власну провину (пат. з 28. лютого 1786). —

IV. § 1305 кн. з. трактує про шкоду „з уживаня права“ (aus dem Gebrauche des Rechtes). Закон постановляє:

„Хто із свого права робить ужиток в правних границях, не відповідає за шкоду, яка впливає для другого“.

Пануюча теорія добачує в сій постанові перемію римського пр.: „Qui iure suo utitur, neminem laedit“. Але она не може сьогодні мати того самого значіня, що в римскім пр., а впрочім історія редакції сеї постанови надає її осібною змісту. З протоколів обрад слідує:

а) В першому ряді звертає § 1305 кн. з. увагу на те, що лиш тому, що хтось в виконуваню свого права наніс другому шкоду, не є ще зобов'язаний, шкоду звернути.

б) Головна вага § 1305 кн. з. лежить в „правних границях“ права, які мусять бути задержані. Тому коли зважимо, що § 1305 кн. з. належить до черги тих §§, котрі вичислюють правні підстави одвічальности за шкоду, зрозуміємо, що треба на нього головно глядіти а contrario. Значить, § 1305 кн. з. висказує тезу: „Хто виходить поза „правні границі“, установлені його праву, мусить звернути другому шкоду, яку через те поніс.“

¹⁾ Пор. попередню примітку.

²⁾ Пор. попередні примітки.

³⁾ Пор. попередні примітки.

в) § 1305 кн. з. стоїть в безпосередній звязи з § 364 кн. з. Для означеня, хто виходить поза правні границі, треба сягнути до постанови § 364 кн. з. Тим чином § 364 і § 1305 кн. з. доповнюють ся взаїмно: Перший висказує правило, що навіть власність не управнює нікого, через безпощадне виконуванє того-ж посягати в чужу область правну, або виступати против обмежень, заведених в законах для піддержаня й здвигненя загального добра — а другий становить на сей случай обовязок переступника до звороту шкоди; та навпаки „правні границі“, про які говорить § 1305 кн. з. не можуть бути інші, лиш ті, на які звертає увагу § 364 кн. з. Тому можемо сказати, що після § 1305 кн. з. всякий може виконувати своє право лиш в соціальних границях, та хто переступає сі границі, та наносить другому шкоду, мусить її звернути.

До сих заміток навязуємо дальші висновки:

1) Житє суспільне вимагає, щоби ніхто не над'уживав свого права виключно для шикани (Chikane) супротив других осіб, тому кождий повинен бути одвічальний за шкоду, яку заподіяв другому з шикани. Але сеї постанови не стрічаємо в австр. пр. Напротив, при редакційних нарадах виступив референт Zeiller против заказу шикани в галицькій кн. з., та підніс ось що:

В праві натури (Zeiller був приклонником права натури) є спірне, чи можна уживати свого права так, що оно не приносить управненому жадної користи, але є получене з кривдою других. Зрештою хибно покликають ся деякі письменники на правило: *quod alteri prodest, et nemini nocet, cuivis concedendum est* — бо оно не є нігде висказане в жерелах римского права. Вкінци звернув Zeiller увагу на практичну сторону заказу шикани, бо судова практика дала доволі доказів, що через заказ шикани повстало велике число спорів та над'ужить, заходила впрочім нераз потреба розсмотреня домових відносин, а суди рішали в сій мірі дуже довільно.

Тому на внесенє Zeillera відкинено дотичну постанову гал. кн. з, та заказ шикани не увійшов до обовязуючого права.

В австр. праві нема одвічальности за виконуванє свого права задля шикани — лиш о стільки, о скілько се виконуванє представляє ся як нарушенє (Eingriff) чужої области правної.

2) Хто через виконання свого права посягає в чужу область правну¹⁾, є за те одвічальний. Ся одвічальність полягає на обовязку полагати шкоди, яку поніє другий через таке на-рушенє його области; та она є безусловна, без огляду на се, чи посяганє в чужу область правну було безпосередне чи посередне, провинене чи непровинене, дозволене чи недозволене.

Навіть дозволене посяганє в чужу область правну основує обовязок до поверненя шкоди. Се слідує перед веім із того, що „правні границі“ § 1305 кн. з. не призвають на ніяке посяганє в чужу область правну, а § 354 кн. з. говорить без обмеженя про нарушенє чужої области, мусить отже обіймати також таке діланє, на яке право позволяє з певних зглядів, хоча оно нарушує чужу сферу.

Нераз лучає ся, що нарушенє чужої области правної є конечно, головно в обсягу новітних оборотових підприємств. Коли отже держава таким підприємствам, пр. залізницям, уділить концесії, то отсим дозволяє на всякі ділання, які вжуть ся з веденєм сего підприємства (з залізничим рухом); сли однак сумежні сфери правні ноносять через те шкоди, то чейже годі покликуватись на концесію, аби звільнити ся від обовязку звороту шкоди! Власть, що уділює концесії, не може мати ні волі ні сили, давати підприємству волю, свобідно й без одвічальности нарушувати чужі права. Через концесію посяганє в чужу область правну не тратить ціхи материяльного нарушеня, а оно вимагає конечно полагати.

3) Нарушенє чужої сфери може рівнати ся повному нехтованю чужого права; та лучає ся, що одиниця мусить в даній хвили сплатити суспільности данину через пожертвованє свого права на публичні ціли. Приватна власність має сьогодні багато суспільних обовязків, що сягають нераз до поневольної передачі власности для загального добра, або для сильнійшого приватного інтересу.

¹⁾ Поняте „посяганя в чужу область правну“ (Eingriff in die Rechte eines Dritten: § 364 кн. з.) стоїть в безпосередній звязи з так зв. „правом сусідским“ (Nachbarrecht), тому близше поясненє належить до права річєвого.

Тоді стоять против себе дві сфери: до одної належить управлений (власитель), що принципіально поборює всяке нарушене своєї області правної; а з другого боку виринає загальний інтерес, що як раз домагає ся дозволу на нарушене чужої області. Держава призвляє *in concreto* на таке нарушене — для загального добра — тому одиниця мусить своє право відступити, але чи можемо вимагати, аби одиниця жертувала ціле своє право — чи то для загального добра, чи для чужих приватних інтересів — без ніякої нагороди? Так само, як при концесиях мусить і тут одиниця відступити своє право, але лиш за повнок винагородою шкоди.

Тут належить перед всім вивласнене (*Enteignung*, пор. § 365 кн. з.). Оно відгріває в нинішнім обороті суспільнім замітну ролю — тому було-б противне всяким економічним і соціальним правилам, відказувати вивласненим права до вирівняння шкоди, бо загальне добро не може полягати на руїні поодиноких господарств.

Повисші замітки прикладають ся також до т. зв. висвобождения ґрунтів с. т. знесеня напщини (*Grundentlastung*). В 19. віці сповнило оно дуже важну задачу соціальну, але було по більшій часті получене з нагородою шкоди для пошкодованих. Та й годі заперечити, що се був одинокий спосіб справедливого порішення пекучої справи, бо чейже над так значним числом діткнених господарств годі перейти безслідно до дневного порядку.

4) До виших вислідів мусимо однак прийти при т. зв. стані конечности (*Notstand*). Тут не мож сказати, що хто в стані конечности наніс другому шкоду, мусить її конечно звернути, бо до стану конечности не примінюють ся постанови §§ 364, 1305 кн. з., але §§ 1306 і д.

Стан конечности не є ні прямо дозволений, ні прямо праву противний — та займає осередок між дозволеним а забороненим нарушенем чужої сфери правної; лад правний не заборонює, але терпить його — з конечности.

Сли хтось в стані конечности наніс другому шкоду, то питанє повернення шкоди є *in thesi* дуже скомпліковане: шкідник не має вправді охорони права за собою, але й не против себе; а пошкодований потерпів страту без власної провини, й жадає тому повернення шкоди. Як шкідник, що ділав в стані конечности, так пошкодований, що не викликав того

стану, є майже без всякої провини — тому оправдана є анальоґія з мимовільним діланєм по мысли §§ 1306 кн. з. і д. Проте мусимо примінити сі правила, які подає наш закон в науці о мимовільнім діланю (під V.). Головно треба мати на оці постанову § 1310 кн. з., що про поверненє й висоту звороту шкоди рішають маєткові відносини шкідника й пошкодженого. —

V. Дальшою підставою одвічальности за шкоду є мимовільне діланє по мысли §§ 1306—1310 кн. з.

Вправді австр. закон говорить тут про „schuldlose oder unwillkürliche Handlung“, але не має на думці самого противствалєня до провини, тільки мимовільні ділєня таких осіб, яким право не признає волі.

Що таке є значінє слів „schuldlose oder unwillkürliche Handlung“ в §§ 1306—1310 кн. з. слїдує перед всїм з систематичного порядку, в яким закон говорить про мимовільні ділєня, а далі з самих постанов дотичних §§, що вказують безпосередно, які ділєня зачислює закон до мимовільних.

Пригадуємо, що після заголовків до §§ 1295 кн. зак. і д. мимовільне діланє становить самостійну підставу обовязку поверненя шкоди, та обік нього вчислює закон м. и. з одного боку провину, а з другого боку припадок. З того видко, що мимовільне діланє по мысли §§ 1306—1310 кн. з. не сходить ся ані з понятєм провини, ані з понятєм припадку по мысли § 1311 кн. з. Що §§ 1306 і д. називають мимовільним діланєм, не можна назвати припадком по мысли § 1311, бо припадок є на сім місци осібною підставою одвічальности за шкоду, й підпадає иншому осудженю (Пор. також два перші речєня § 1294 кн. з., котрі від безправного ділєня виразно виріжнюють припадок, а безправне діланє ділєть на провинене й мимовільне, так що мимовільне діланє є також антитезою припадку).

Крім сєго треба пригадати, що §§ 1306—1310 кн. з. мають на оці тільки позаконтрактіві відносини, бо в контрактівих відносинах побіч понятя припадку не істнує осібне понятє мимовільного ділєня¹⁾. Лиш поза рамами умови або односторонного приречєня може бути бесіда о осібній правній

¹⁾ Пор. впрочім више ст. 136, 137.

області мимовільного ділання, що різнять ся від припадку. Та сю область можемо відмежити на підставі тих примірів, про які згадують §§ 1307—1310 кн. з. Мимовільне ділане мусить тут бути:

а) діланем якогось чоловіка, не ділом сліпих сил природи, бо інакше був-би casus по мысли § 1311 кн. з. —

б) ділане мусить походити від такого чоловіка, котрому право не признає волі. Тому не вистачає, що хтось є вільний від провини, але шкода мусить походити від особи, якій право відказує будь-то зовсім стійности волі, будь-то не признає її волі в данім випадку.

Слова „schuldlose Handlung“ не може наш закон розуміти технічно, бо інакше противив-би ся сам собі, кажучи в §§ 1307, 1310, що таке ділане треба приписати провині ділаючого. Проте наш закон уживає слів „schuldlose“ й „unwillkürliche Handlung“ в тім самім значіню; они означають ділане такого чоловіка, що не має правом признаної волі.

Ділане дітий, божевільних, сомнамбулістів, цілковито запитих і т. д. є мимовільним діланем, і про них каже § 1306 кн. з., що не дають про себе підстави до одвічальности за нанесену шкоду. Між тим се правило зовсім переломане, бо §§ 1307—1310 доходять в богатях точках до інших висновків, і так:

1) Хто сам з власної провини попав в стан перехожої непочитальности, й в тім стані наніс другому шкоду, мусить за ню відповідати так, мов-би її сам завинив. Сли трета особа, або сам пошкодований спровадили у другого такий стан і він в тім стані заподіяв шкоду, то шкоду поносить трета особа, згл. сам пошкодований (§ 1307 кн. з.), — і то виключно, або разом з шкідником, наколи й він провинив ся (arg. з §§ 1301, 1304 кн. з.).

2) Зрештою, коли діти низше 7 літ, божевільні або глуповаті заподіяли другим шкоду, то відповідають за ню перед всім тоті, що обовязані їх наглядати, та занедбали сего (§ 1309 кн. зак.).

Сли почин до мимовільного ділання другого дав сам пошкодований, то задля власної провини не може жадати повернення шкоди (§ 1308 кн. з.).

В обох повнших випадках (під 1 і 2) не мимовільне діланє, але провина, є підставою одвічальности за шкоду. —

3) За те § 1310 кн. з. містить в собі постанову, що виходить поза обєм одвічальности за провину. Вправді § 1310 стоїть в безпосередній звязи з попередніми постановами про діти, божевільних і глуповатих, але стилізація його й провідні думки, якими руководили ся наші кодифікатори, вказують на се, що постанова § 1310 кн. з. примінює ся взагалі до всіх родів мимовільного діланя.

Тому § 1310 ломить засаду, висказану в § 1306, мов-то за мимовільне діланє не мож жадати повернення шкоди. Бо коли пошкодований не успів доказати, що мимовільне діланє має посередню причину в дійсній провиї (§ 1307 кн. з.), або що брак нагляду викликав шкоду (§ 1309 кн. з.), го всеж-таки може він пошукувати своїх прав з мимовільного діланя в 3 випадках :

а) Чимало лучає ся, що право не признає комусь правної волі, пр. дитині або божевільному, а про тото він в даній хвили заявив *de facto* тільки свідомости й сили волі, що судия може йому сей вчинок почислити. Діланє є вправді мимовільне в правнім значіно, але в дійсности представляє ся як свідоме заподіяне шкоди; та з такого свідомого заподіяня шкоди (пр. у дуже розвиненої дитини, або підчає *lucida intervalla* у божевільних і т. д.) повстає обовязок повернення шкоди.

б) Коли пошкодований з огляду на особу шкідника (пр. дитини, божевільного й т. д.) здержав ся від оборони против його напасти, й допустив до сего, що шкода справді повсталала.

в) Врешті, як уже не можна покликати ся на жаден з повнших аргументів, повинен судия розділити тягар шкоди в міру обставин маєткових шкідника й пошкодованого. Коли шкідник є в силі без трудности й без значного ущербу звернути пошкодованому цілу шкоду, а навпаки пошкодований з економічних зглядів не може поносити шкоди, то судия засудить шкідника на поверненє цілої шкоди. Взагалі є обовязком судії зважити точно маєткові обставини одного й другого, й вважати на те, щоби розділити тягар шкоди розмірно до їх маєткового стану, та одного не обмежити за сильно на користь другого. При рівних маєткових відносинах поносять шкоду оба

по рівній частині, так що пошкодований одержує тільки половину шкоди, а другу половину мусить сам поносити¹⁾.

VI. Врешті й чистий випадок (*casus*) може бути підставою одвічальности за шкоду. Се слідує з постанов §§ 1311, 1312 кн. з. Сі постанови мають на оці тільки поза контрактіві відносини, бо при контрактівих відносинах випадок є одною з головних причин погаснення зобов'язань по мисли § 1447 кн. з., а тому що наслідком випадку погасає звичайно всяке зобов'язане з умови, то відпадає теж обов'язок до повернення шкоди (виразно зазначене в § 1447 кн. з.). Обов'язок повернення шкоди може слідувати тільки з т. зв. об'єктивного випадку, т. є такого випадку, що лучив ся поза об'ємом умови або одностороннього приречення²⁾.

Коли так обмежуємо постанови §§ 1311 і 1312 кн. з., то відкидаємо рівночасно пануючу теорію, яка в § 1311 добачує тільки римської царемії „*casus a nemine praestantur*“. Ся царемія прикладає ся тільки до контрактівих, не до позаконтрактівих відносин і є висказана в § 1447, не в § 1311 кн. з.

Далі через обмежене § 1311 до позаконтрактівих відносин упрощує ся зрозуміне того §, бо як всі попередні §§ говорять о обов'язку повернення шкоди, так і § 1311 подає також правну підставу до одвічальности за шкоду. Тому, як § 1311 рг. каже: Випадок дотикає того, в чийм майні або в чийй особі він пригодив ся, — то се значить: за об'єктивний випадок звертає шкоду той, в чийм майні або особі він пригодив ся.

1) Чоловік відповідає поперед усього за такі об'єктивні випадки, що доторкають безпосередно його особи. Такий випадок що-до особи (*Zufall in der Person*) заходить по мисли § 1311 тоді, коли цілий процес випадку відгриває ся в людськім організмі, так що організм чоловіка є осередком випадку. Випадки що-до особи є — так сказати — ударами судьби, та кождий повинен їх поносити, тому всякі некористні наслідки, які з того виходять, мусить поносити

1) Ся постанова, вельми оригінальна й поступова, викликала в правничій літературі багато гамору. Але треба все-таки признати, що відповідає она зовсім вимогам полагідної справедливости, проте всякі теоретичні заміти романістів неоправдані. Ми йдемо дальше, й не вважаємо сеї постанови як виімкову, але як гадку, що дасть ся в дусі нашого закона дальше розширити.

2) Пор. в тексті ст. 134—138.

діткнений; отже як трета особа потерпіла через те шкоду, мусить він її звернути. Кождий чоловік носить неначе в собі самим постійну небезпеку, та коли в його особі зайде нещаслива подія, то мусить не лиш сам тій шкоді піддати ся, але й на зверх за ню третим відповідати.

Припадок що-до особи ріжнить ся від мимовільного діланя (§§ 1306—1310) тим, що мимовільне діланє є діланєм певної особи, наколи припадок що-до особи по мысли § 1311 є наслідком непроглядних сил природи, що впливають на фізичний стан особи; при мимовільнім діланю ділає той, від кого шкода виходить, а другий терпить сю шкоду; при припадку що-до особи *spiritus movens* є сили природи, а чоловік є безпосереднім предметом шкоди, та другий може лиш посередно через те понести шкоду.

Коли отже в § 1311 рг. припадок що-до особи є об'єктивним припадком і відносить ся тільки до позаконтракткових відносин, то ріжнить ся він дальше від того припадку що-до особи, про який згадує наш закон подекуди при умовах, іменно при умові найму й аренди (§ 1107 кн. з.) і при умові праці (§ 1155 кн. зак.). При умовах припадки що-до особи обіймають всякі особисті перепони й пригоди, які унеможливають управненому з'ужиткованє прав, признаних умовою; тому їх зміст далеко ширший, чим при тих припадках що-до особи, про які згадує § 1311 кн. з. В області умов не мають припадки що-до особи нічого до діла з тою постійною небезпекою, що існує в самім чоловіці, тому основна ріжниця супротив припадків з § 1311.

б) Далі відповідає кождий за такі об'єктивні припадки, що пригодились в його майні (*Zufall im Vermögen*). Що розуміє закон під припадками в майні?

Як чоловік має організм, що криє в собі постійну небезпеку, так можна представити собі також майно, котре містить в своїй організації постійну небезпеку для людей. Коли в безпосереднім обсягу такого майна повстане якась шкода, то се майно повинно відповідати по крайній мірі так, як чоловік відповідає за особисті припадки. Але се майно мусить подібно як чоловік становити самостійний організм.

Нещасливі пригоди в обсягу такого майна належать до т. зв. припадків в майні після § 1311 рг., — они мають в сім майні свій осідок, свій осередок, та звідси ділають ошієля на

зверх. Они проявляють ся або безпосередно на органах сего соціального організму, на органах сего майна, — або мають також вплив на чужі маєткові сфери. Але як через припадки що-до особи по мысли § 1311 рг. треба розуміти тільки такі об'єктивні припадки, що доторкають фізичних органів чоловіка, так до об'єктивних припадків в майні зачисляємо тільки ті припадки, що тикають ся соціальних органів маєткового комплексу — бо коли з таких припадків відносять шкоду чужі маєткові сфери, то примінює ся постанова § 1305 кн. з., а не § 1311 рг. —

В щоденнім життю стрічаємо такі припадки в обемі оборотових підприємств. Як чоловік мусить відповідати за свою фізичну особистість і звернути другим шкоду, яку потерпіли з його особистого припадку, — так відповідає він також за свою соціальну особистість, яка виступає на зверх в нинішних оборотових підприємствах. По мысли § 1311 кн. з. мусить він відповідати за сі нещасливі пригоди, які лучились в обсягу підприємства його органам, т. є тим робучим силам, що трудились для підприємства, й в його обемі. Сю гадку розводять дальше новітні закони про убезпеченє робітників, але головна підстава лежить уже в постанові § 1311 рг. — тільки закрита. Наші нисьменники її там на жаль не відкрили, тому не могли зрозуміти далекосяглости сеї постанови для нинішних часів^{1) 2)}. —

З повисших заміток слідує, що за об'єктивний припадок відповідає ся лиш тоді, коли пригодив ся в особі або в майні (в повисшім значію). За инші припадки нема одвічальности,

¹⁾ Вправді наші кодифікатори не представляли собі ясно тих вислідів, але з протоколів можемо вносити, що коли-б були свідомі величезного перестрою нинішних соціальних відносин, були-б сі висліди виразно висказали. Они признавали вже всі консеквенції при об'єктивних припадках що-до особи, а сли їх далі не рзширили на об'єктивні припадки в майні, то лиш тому, що не могли винайти ніякої звязи між шкодою органів підприємства, а самим підприємцем. Між тим створили нинішні відносини таку звязь — звязь економічну й соціальну — тому й одинокий сумнів кодифікаторів уступав. Проте повисше поясненє § 1311 рг. лежить зовсім в дусі закона, в дусі його кодифікаторів.

²⁾ § 1311 не відносить ся до *vis major*, бо *vis major* заявляє головну вагу доперва у відношеню до умов, а § 1311 не має на думці контрактowych відносин (Пор. впрочім ст. 139—141).

бо нема ніякої звязи між шкодою, а чоловіком, нема навіть звязи економічної ні соціяльної. З огляду на се можемо сказати: *casum sentit dominus*.

Але *in concreto* може все-таки лучити ся, що заходить причинова звяз між чоловіком а випадковою шкодою, й так повстає обовязок до повернення шкоди. Тому 2. реч. § 1311 постановляє:

а) Як хтось спровадив об'єктивний випадок через власну провину, мусить шкоду звернути (т. зв. *casus mixtus*), —

б) як хтось переступив закони, видані для усуненя випадкових ушкоджень, мусить за се відповідати й шкоду звернути. Дотичні постанови стрічаємо в карнім зак. в §§ 373, 374, 380—386, 422—426, 430, 434—459 і т. д. —

в) врешті хто без потреби мішає ся в чужі справи й наносить йому такі шкоди, яких не було-б без його інтервенції, мусить їх звернути. Закон зачислює отже *negotiorum gestio* подекуди до проступків, чого дальшим доказом є постанова § 1312, о котрій може бути бесіда доперва в подрібній части зобовязань. —

§ 60.

Розклад шкоди*).

I. Доси гляділи ми на шкоду лиш з огляду на повернене шкоди, що відгривало ся виключно між двома сферами інтересованих: з одного боку стояв пошкодований, що оглядав ся за другим, аби скинути на нього цілий тягар шкоди, а з другого боку шкідник намагав ся оправдати своє поведене, аби ухилити ся від обовязку повернення шкоди. Але обік сего індивідуалістичного та приватно-економічного принципу (*privatwirtschaftliches Princip*) повернення шкоди існує в праві й в економіці такий спосіб полагоди шкоди, що обіймає не лиш безпосередних інтересентів, але розтягає ся на ширші круги людей, прямо не інтересованих. Се суспільно-економічний принцип (*gemeinwirtschaftliches Princip*), при котрім не

*) Пор. літературу, подану при § 54.

ходить о відношене між шкідником а пошкодованим, але о розділене наспілої шкоди між других, що не стоять зі шкодою в безпосередній звязи. Тут за шкоду одного відповідає якийсь звязок суспільний; між членів сего звязку ділять ся шкода, проте говоримо тут про розклад шкоди (Schadensverteilung).

Кілька приватних господарств лучить ся в один економічний звязок, котрий має задачу, спільними силами полагджувати всі шкоди, які пригодять ся їх членам. Такий звязок складає ся з меншого або більшого числа одиниць, а шкода, заподіяна одному членови звязку, розділюєсь відтак на цілий звязок, т. є між всіх членів, що всі разом поносять шкоду одного члена.

Розклад шкоди є доповненєм тих браків, які існують при обовязку повернення шкоди після правила причиновости. Хоча обік строго-причинової звязи поставимо звязь економічну або соціальну, то все-таки годі полагодити всю шкоду між самими одиницями, та виринає нераз потреба получения спільних сил для поборення значнійшої шкоди.

Далі вносить систем розкладу шкоди до права новий елемент, так що можна хоча в частині примінити се, що каже Матаја: „Кожда шкода все менше діймає, коли її розділимо на кількох, а найбільше вражає, як мусить її поносити лиш одна особа“.

Проте систем розкладу шкоди є в богатях пригодах поправкою індивідуалістичного систему повернення шкоди, головню там, де задля припадку нема особи, обовязаної до звороту. Правило розкладу шкоди не знає паремії „*casum sentit dominus*“, та ухляє її наслідки для членів звязку.

II. Насуває ся питане, в яких правних відношенях совершає ся розклад шкоди, й як переводить ся його *in concreto*?

Найважнійшим правним інститутом, де розклад шкоди відгриває замітну ролю, є ubezpieчене. Провідна ідея ubezpieченя спочиває на розкладі шкоди одного члена звязку між всіх членів; ubezpieчене має задачу, розділити тягар заподіяної шкоди на членів дотичного збірного звязку, щоби тим чином поодинокі приватні господарства спасти від великих страт. Уbezpieчене ухляє безсильність одиниць і неможність поношеня непередвиджених, звичайно припадкових, економічних страт, та

через сполуку більшого числа інтересованих в один економічний зв'язок, додає сили, що всеїе легше побороти заподіяні шкоди. Асекураційний зв'язок повстає через те, що приступає до нього більше число членів, які забезпечують ся від певного рода пригод, пр. від огня, граду, на случай недуги, каліцтва, немочи, старости, смерти й т. д., й коли один з членів понесе таку шкоду, розкладає ся її між всіх членів. Се діє ся в двоякий спосіб: або від шкоди до шкоди, значить, розклад наступає лиш принагідно, як один з асекурованих поніє *de facto* шкоду; або на случай евентуального розкладу платять члени періодично якісь суми (премії), що становлять фонд на покритте будучих шкід поодиноких членів.

Розклад шкоди наступає також у всіх тих випадках, де держава, край або громада обов'язує ся покривати чужі шкоди, бо тоді сей обов'язок переходить дорогою оподаткованя на ширші круги населеня.

Найважнійші під тим зглядом є два інститути, що в публичнім життю відгрівають замітну ролю, а то: одвічальність держави за провини своїх урядників і обов'язок звороту шкоди невинно засудженим на кару. В обох случаях заподіяна шкода не лишаєсь при пошкодованім, та не звертає її той, що її наніє, але обов'язок полагоди шкоди переходить на державу, котра розкладає її відтак на населенє. В першім случаю обов'язок держави рівнобіжний з обов'язком провинившого урядника, але в другім случаю обов'язок держави самостійний, о скілько не заходить і тут провиня урядників. Про одвічальність за провини урядників згадувано уже повисше (§ 59 II 9), а обов'язок держави до повернення шкоди невинно засудженим нормує зак. з 16. марта 1892 ч. 64 В. з. д. Оба питання належать впрочім до права державного.

§ 61.

Вимір шкоди*).

I. В теорії повсюдного пр. володіє правило, що предметом полагоди шкоди є різниця між дійсним станом маєтковим

*) Гл. Cod. Ther. III. 1. n. 109; 17. n. 190—206; 21. n. 41—246; Horten II. 18. §§ 55—62; 22. §§ 23, 29, 35—71, 73, 89—121; Martini, III.

пошкодованого, який є наслідком шкоди, а імовірним станом мастковим, який-би був, коли-б не було шкоди. Жерела римського пр. називають сю ріжницю *id quod interest*. Оно обіймає все не лиш безпосередну втрату (*damnum emergens*), але також страчений зиск (*lucrum cessans*).

Але сьогодні се правило не може відповідати у всіх випадках, коли зважимо, що новітні законодавства побіч повернення шкоди знають також розклад шкоди, побіч полагоди шкоди задля провини, знають також багато случаїв полагоди шкоди без провини.

Далі против загального правила, що за кожду шкоду треба звернути *id quod interest*, промавляють економічні згляди: *id quod interest* має на оці тільки пошкодованого, й тому жаданє таке могло-б нераз невинного, або мало винного шкідника привести несправедливо до економічної загибели. А вжеж навіть з огляду на самого пошкодованого ходить головно о се, аби в першій хвили, т. є сейчас відвернути безпосередні наслідки шкоди; та втрати посередних користий (*Vorteilsentgänge*) й евентуальні зиски (*Gewinne*) стоять доперва на другім пляні, й не можуть становити загального субстрату до виміру шкоди. Тому головну ціль полагоди шкоди осягнемо вже через те, що жадати мемо повернення безпосе-

13. §§ 9, 12—19, 34—45; 14. §§ 18, 19; Гал. кн. з. III. §§ 419, 425, 428 444—449, 454, 455; Prot. II. ст. 193—199, 441, 577.

Пор. Zeiller, Comm. III. ст. 756—768; Nippel, Erl. VIII. ст. 181—212; Winiwarter, Bürg. R. IV. ст. 582—593; Ellinger, Handbuch ст. 605—608. Unger, System I. ст. 374—378, 507 пр. 11; 571 пр. 15; II. ст. 230 пр. 8, 237 пр. 1; 242 пр. 22, 23; 364 пр. 16; 535 пр. 9, 10; Stubenrauch, Comm; II. ст. 646—679; Kirchstetter, Comm. ст. 639—643, 653—656; Schiffner, Lehrb. § 133; Burckhard, System II. ст. 265—271; Krainz, System I. ст. 384—388; II. ст. 307—322; Hasenöhr, Obl. R. I. ст. 267—269, 271, 272, 283—290; II. ст. 164—167; Till, Prawo pryw. III. ст. 216, 217; IV. ст. 379—392; Огоновский, Систем II. ст. 33—45; Schuster v. Bonnot, Grundriss, ст. 34, 35.

Врешті: Pfaff, Gutachten ст. 11—23, 89—118; Replik, ст. 654—700; Strohal, Gutachten, ст. 24—29; Mages, в Ger. Ztg 1880. Nr. 47; Krasnopolski в Krit. Vierteljahresschr. XXII. ст. 506 і д.; Benedikt, Der Antrag auf Reform des Schadenrechts bei Ehrenbeleidigungen (1884); Unger в Grünhuta Zeitschr. VIII. ст. 209 і д.; Degenkolb, Der spezifische Inhalt des Schadenersatzes, в Arch. f. d. civ. Prax. LXXVI. ст. 1—88; Unger, Handeln auf eigene Gefahr, ст. 2 пр. 2; моя Полагода шкоди ст. 92—102.

редної втрати (*damnum emergens*), без огляду на страчений зиск (*lucrum cessans*), хіба що серед даних обставин уся шкода обмежує ся до *lucrum cessans*. Страчений зиск виходить уже поза обем шкоди в тіснійшій розуміню, бо між шкодою а зиском заходить в економіці основна різниця, так що самі економічні причини не можуть про себе дати підстави до звороту страченого зиску, тільки мусять існувати окремі правні причини, задля яких поагода шкоди має обіймати in concreto крім *damnum emergens* також *lucrum cessans*.

Такою причиною може бути тільки провина шкідника, — бо кожда провина містить в собі карний чинник, який тут лежить як раз у тім, що провинивший звертає не лиш *damnum emergens*, але й *lucrum cessans*. Але не при кожній провині зазначає право так сильно сей чинник карний, та привязує обовязок до евентуального звороту зиску до висшої ступени провини. Тому при *culpa levis* нема обовязку до звороту страченого зиску.

Де нема жадної провини, там так економічні причини, як справедливе бережене обосторонних інтересів велять шукати цілої поагоди шкоди виключно в *damnum emergens*. Віймково вимагає однак оборот суспільний від одиниці висшої одвічальности, так що в деяких випадках вимір шкоди обіймає засадничо *damnum emergens* і *lucrum cessans*, — головно в тих случаях, коли безпечність обороту є найсильнішим мотором, який ухляє всякі інші економічні згляди. На сій одвічальности основує ся пр. торговельний оборот, проте торговельне право приняло римську тезу одвічальности за *id quod interest* (арт. 283).

II. Австр. пр. не приняло римского правила про повернена *eius quod interest*, але стоїть на тім становиску, яке ми подали повиеше *de lege ferenda*.

Тому ціла розвязка питаня, яка шкода має бути повернена, залежить від того, чи підставою поагоди шкоди є провина, й далі, чи ся провина характеризує ся як *dolus* або *culpa lata*, чи як *culpa levis*.

Головні правила подають §§ 1323 і 1324 кн. з., а дальше розведене тих-же до особливших случаїв шкоди стрічаємо в дальших §§ 1325—1332 кн. з.

Баламутне є тільки перше реченє § 1323 кн. з., бо вводить до систему виміру шкоди непотрібну комплікацію. Одначе

по ближшій розвазі мусимо над ним прийти до дневного порядку.

§ 1323 рг. постановляє: „Для повернення заподілої шкоди, треба звернути все до первісного стану, або, як неможливо, заплатити оцінкову вартість“. Ся теза не годить ся просто з головною ціллю повернення шкоди. Повернене шкоди не може ніколи наступити через те, що шкідник повертає первісний стан перед шкодою.

Перед всім що-до умов. Пр. хтось не виконує умови купна через те, що не платить в означенім часі ціни купна. Тоді продаючий може жадати тільки „докладного“ сповнення умови й крім сего повернення евентуальної шкоди (§ 919 кн. з.). Сповнення умови жадає він *actione ex contractu*, але се не є про себе жадане повернення шкоди, бо побіч сего існує ще осібне жадане повернення шкоди, та се жадане обмежує ся до заплати тої вартости, яку представляє шкода (задля спізнєня). — Коли-ж одначе умова не може бути сповнена, то належить ся повернене (цілої) шкоди задля несповнення — та й тут повернене до первісного стану просто неможливе, а навіть законно не дозволене (§ 919 кн. з.).

Що-до позаконтракткових відносин, таке повернене до первісного стану є вправді *in concreto* можливе, але оно не зможе ніколи вирівнати повно сеї економічної недостачі, яка повсталала через шкоду¹⁾; бо м. и. уже сама ріжниця часу мусить все-таки входити в рахунок.

Зрештою само противставлене повернення первісного стану до оцінкової вартости вказує на випадки, які наш закон мав на думці. Де має бути звернений певний означений предмет, повинен бути звернений *in natura*, та доперва тоді, коли-б се було неможливе, треба звернути оцінкову вартість предмету. Одначе такий обовязок слідує або *ex contractu*, або з річевого права, тому не підпадає під понятє повернення шкоди.

Тому за *Degenkolb*-ом мусимо сказати, що повернене шкоди має лиш економічну функцію вирівняння вартости, а не повернення первісного стану. Вправді коли пошкодований

¹⁾ Пр. хтось через необережність зливає другому убрание карболовим квасом — чейже не може звільнити ся від повернення шкоди тим, що прийме ся уеунути плями.

вдоволяє ся самим приверненем первісного стану, то оно вистачає, але не представляєсь тоді як повернене шкоди, а як згода на иншу чинитьбу. Полагода шкоди наступає все після вартости. При матеріяльних шкодах сповняє она функцію еквіваленту, при нематеріяльних чимало функцію особистого удоволення.

III. Приступаємо відтак до виміру шкоди при матеріяльних шкодах. Тут мусимо відповісти на два питання:

1) що має бути звернене — коли *damnum emergens*, а коли *id quod interest*?

2) після якої вартости має ся оцінити, згл. звернути шкоду?

Ad 1). а) Коли шкоду наніс другий з провини, то треба відрізнити, чи його поведене представлялось як *dolus* або *culpa lata*, чи як *culpa levis*. При *culpa levis* звертає він тільки *damnum emergens* — і се називає ся звичайним відшкодованєм (*Schadloshaltung*); при *dolus* або *culpa lata* звертає *id quod interest*, значить не лиш *damnum emergens*, але й *lucrum cessans*: наша кн. з. називає се повним удоволенєм (*volle Genugthuung*). Се є загальне правило так при умовах, як при позаконтракткових відносинах.

При умовах треба відрізнити два роди *eius quod interest*: позитивний інтерес сповнення (*das positive Erfüllungsinteresse*), й негати́вний інтерес умови (*das negative Vertragsinteresse*). В деяких випадках треба звернути позитивний інтерес сповнення, значить все, що мав-би пошкодований, коли-б умова справді мала успіх, т. є коли-б була справді сповнена. В инших випадках звертає ся знова негати́вний інтерес умови, с. т. сю шкоду, яку контрагент потерпів через те, що числив на важність умови, та вважав її за важно заключену¹⁾.

¹⁾ Ся ріжниця має також практичну стійність. Пр. продаю другому льос, котрий відтак виграє. Але я продав сей льос також третій особі, й її сей льос передав. Через те не можу його передати тому, кому я спершу продав. Він позиває мене й ліквідує собі шкоду. Сли в тім випадку повернене шкоди має обіймати позитивний інтерес сповнення, то мушу йому звернути се, що дістав-би, коли-б я йому передав льос — значить, мушу йому звернути вартість виграної. Інакше, коли-б повернене шкоди обіймало негати́вний ін-

б) Хто має другому звернути шкоду, яку наніс мимовільним діланем, відповідає тільки до висоти безпосередньої страти (*damnum emergens*). За страчені зиски нема тут одвічальности.

в) Хто через уживанє свого власного права переступає социяльні границі, зачеркнені правом (§§ 1305, 364 кн. з.) і через те наносить другому шкоду, мусить звернути або тільки *damnum emergens* або навіть *id quod interest*, в міру сего, чи маєткові сфери шкідника й пошкодованого є економічно-рівні, чи навпаки шкода вийшла від особи або від правного організму, що під економічним зглядом далеко сильнійші від пошкодованого (*ex anal. z § 1310 i. f., 365 кн. з.*). При т. зв. стані ко-нечности (*Notstand*) обіймає одвічальність тільки *damnum emergens*, як при мимовільнім діланю.

г) При чисто-припадковій шкоді по мысли § 1311 кн. з. може бути бесіда тільки о *damnum emergens*, ніколи о *lucrum cessans*.

ґ) В області інституту ubezpieчення (з виїмком морського ubezpieчення, що служить головнo торговельним інтересам) обіймає полагада шкоди тільки *damnum emergens*. Се зовсім схоже з сутію ubezpieчення як звязку небезпечностей (*Gefahrengemeinschaft*), бо коштом звязку годі покривати евентуальні зиски членів. До такої здвиженої одвічальности дотичного звязку треба-би осібної умови.

При ubezpieченю життя асекураційна сума не є нічим иншим, як скристалізованим *damnum emergens*, бо дотичне господарство одержує через виплату асекураційної суми лиш таку квоту, яка на підставі попередного обчисленя була потрібна для покритя накладу маєткового¹⁾. Але заєдно у всіх инших случаях особового ubezpieчення, іменно: на случай недуги, пригоди, немочи й старости, виплачує асекурація лиш *damnum emergens*, та нічо не змінє ся через те, що нераз говорить ся тут про зворот утрати зарібку, бо все-таки далеко від того, аби згаданий зворот покривав повний можливий заробок на

терес умови, то я мусів-би звернути лиш се, що він стратив тому, що спустив ся на важність умови, що не вважав уже за потрібне, купити инший льос того самого рода, — значить мушу звернути курсову вартість льосу.

¹⁾ Асекураційна сума вирівнує тут тоту шкоду, яку мала-би забезпечена особа, коли-б треба було зробити наклад маєтковий в висоті асекураційної суми.

будуче, а далі виплата дотичної суми або ренти не обіймає ніколи евентуальних зисків¹⁾. —

Ad 2). Насуває ся питання, яким способом обчислює ся безпосередна страта (*damnum emergens*), і як числить ся страчений зиск (*lucrum cessans*).

Що-до маєткової шкоди займають ся сим питанням §§ 1331, 1332 кн. зак. Як доказав Pfaff, трактують сі постанови про об'єм шкоди (*Umfang des Schadens*), яка має бути предметом звороту.

Damnum emergens обчислюєсь після таких правил:

а) Як шкоду провинив другий, то треба відрізнити, чи по його стороні заходить *dolus* або *culpa lata*, чи *culpa levis*. При *culpa levis* обчислює ся безпосередну страту після об'єктивної с. т. звичайної вартости (*ordentlicher Wert*, § 305 кн. з.), а при *dolus* або *culpa lata* після суб'єктивної, т. є надзвичайної вартости (*ausserordentlicher Wert*, § 305), та коли заходить особливий *dolus* шкідника, значить, коли допустив ся карного злочину й через те наніс другому шкоду, або коли ділав з таких мотивів, як самоволя або зловна радість (*Mutwillen und Schadenfreude*), щоби другому зловно дошколити, — то мусить звернути вартість особливого уподобаня (*Wert der besonderen Vorliebe*, *Affectionswert*: § 305).

Так об'єктивна, як суб'єктивна вартість ділять ся на вартість торгову (*Kaufwert*)²⁾, продажну (*Verkaufswert*)³⁾, дохідову (*Ertragswert*)⁴⁾, й иншу маєткову вартість (*Vermögenswert*)⁵⁾ — тому виринає питання, після якої вартости наступає *in cons.* зворот шкоди? Про питання, чи вимір шкоди обіймає вартість торгову або продажну, дохідову або маєткову,

¹⁾ Нігде нема тут бесіди про нагороду страченого зиску, на що вказують сі правні норми, котрі виміряють ренту не на підставі повного денного зарібку, але обнижують ренту в певнім процентовім відношеню до звичайного зарібку.

²⁾ Се вартість, потрібна до закупи або набути річи.

³⁾ Вартість річий, призначених господарем на продаж.

⁴⁾ Вартість річий, призначених давати якийсь дохід в господарстві.

⁵⁾ Вартість річий, призначених до піддержуваня раціональної господарки.

рішають економічні відносини пошкодованого при узглядненю його суб'єктивного призначеня¹⁾.

б) При шкоді, викликаній мимовільним діланем другого, чистим випадком або переступленем правних границь, зачеркнених уживаню власного права, обчислює ся *damnum emergens* все після об'єктивної вартости (торгової або продажної, доходової або маєткової).

в) В цілій області інституту убезпеченя володіє об'єктивна вартість, — та в міру дотичної умови, торговельного звичаю, або волі пошкодованого виступає она як вартість торгова або продажна, доходова або маєткова. —

Більші труднощі виринають при вимірі страченого зиску (*lucrum cessans*). Тут рішає все більша або менша імовірність; до прямої певности годі змагати, бо її не мож ніколи досягнути. Сама імовірність має ріжні ступені: щоби жадати страченого зиску, мусіло совершити ся в причинівій черзі хоч-би одно услівє, або кілька услів'їв, потрібних до набутя певного зиску, але все-таки не всі услів'я, бо тоді зиск був-би уже дефінітивно набутий, проте не представляв-би ся як *lucrum cessans*, тільки як *damnum emergens*. Висота імовірности означаєсь після числа й сили вже сповнених услів'їв (в черзі причинівій), в прирівнаню до числа й внутрішньої сили ще злишних, т. є. недоповнених (та через шкоду з'упинених) услів'їв. При означеню імовірности не мож забути також на висоту евентуальних зисків, та при низшій ступені імовірности підлягають висші зиски значнійшому обмеженю. Зиски, за якими промавляє тільки дуже далека імовірність, повинні бути також в певній мірі узгляднені, хоч їх означенє получене з великими труднощами.

Справедливий вимір страченого зиску представляє ся отже в сути річі як вельми трудний рахунок імовірности; точність тут недостижима, — проте всякі математичні, з оборотом суспільним згідні улукшеня, законні такси або законні упрощеня цілого рахункового систему мають велику практичну вартість,

¹⁾ Так-то річ, яку господар призначив до власного ужитку, буде цінити ся після торгової вартости; шкода, яка відносять ся до товару торговельного, вимирить ся після продажної вартости; річ, що мала служити управителєви господарства для доходу, звертає ся після доходової вартости; а врешті в усіх інших випадках рішає маєткова вартість в тіснійшій розуміню.

бо причиняють ся до певного а скорого виміру справедливости.

Таке упрощене стрічаємо в загальній постанові § 1293 кн. зак. і. ф. Можна жадати тільки повернення такого зиску, „якого мож надіяти ся при звичайнім обороті справ“ (nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge). З того слідує дальше, що лиш такий зиск може бути предметом звороту, що серед даних обставин, з огляду на зроблені підготовлення, мав вигляди на успіх, та через нанесену шкоду відпав¹⁾.

IV. Що-до нематерияльної шкоди, то може она мати також певні маєткові наслідки, що підлягають тим самим правним постановам, як маєткові шкоди.

Але насуває ся питанє, чи нематерияльна шкода може мати поверх сего інші правні наслідки, значить, чи з нематерияльної шкоди слідує коли обовязок полагоди без обмеження на маєткові наслідки. Се питанє в науці австр. пр. доволі спірне, — але коли австр. пр. признає взагалі побіч маєткової шкоди також нематерияльну шкоду, то уже сама консеквенція наказує, щоби істнували осібні способи полагоди нематерияльної шкоди.

Правило звучить: „Хто нарушив нарочно чужі нематерияльні добра, є обовязаний до ухилення сего нарушення, до т. зв. „знесеня нанесеної обиди“ (Tilgung der verursachten Beleidigung). Закон зачислює таке знесенє нанесеної обиди в § 1323 кн. з. виразно до повного удоволення (volle Genugthuung) побіч *damnum emergens* і *lucrum cessans*. Пануюча теория з Unger-ом на чолі усуває сей вислов з § 1323 кн. з. і каже, що він не означає нічого иншого, як звичайну одвічальність за *id quod interest*, отже за *damnum emergens* і *lucrum cessans*. Але виказав Pfaff, що ся теория невірна й несхожа з намірами наших кодифікаторів. Слова, висказаного в законі, не мож без причини счеркувати, тим більше, що оно на сім місци має як раз означене, установити одвічальність за не-

¹⁾ Пр. віритель має право до певних річий, які йому довжник прирік, та з огляду на се найшов уже дуже доброго купця, що за сі річі зобовязав ся дати високу ціну; коли однак довжник сих річий не доставив на час, стратив віритель сего купця, проте мусить йому довжник серед даних обставин звернути також евентуальну надвижку, яку міг від купця одержати, але з вини довжника не одержав.

материяльні шкоди через відповідну сатисфакцію за нанесену обиду, за порушене нематерияльних дібр чоловіка. Слово „Beleidigung“ вказує однак виразно на злий намір (*dolus*) того, хто порушив нематерияльні добра другого¹⁾. Проте учить справедливо Pfaff, що „знесеня нанесеної обиди“ по мысли § 1323 кн. з. можна жадати лиш тоді, коли нематерияльна шкода має підставу в злім намірі (*dolus*) винувника.

Але що раз стало ся, не може уже перемінитись, проте таке знесенє нанесеної обиди полягає головно у тім, що пошкодований мусить одержати якусь сатисфакцію за порушенє свого нематерияльного добра. Пр. при обиді чести — відклик в певній формі, при ушкодженю тіла — нагорода за біль, при зведеню жінки — нагорода за безчесть її нанесену, й т. и. —

Тому що-до полагоди нематерияльної шкоди є таке загальне правило: перед всім мусять бути поладжені евентуальні маєткові наслідки нематерияльної шкоди після тих загальних правил, які існують що-до маєткової шкоди взагалі, — але крім сего, коли заходить *dolus* зі сторони того, що наніс шкоду, мусить дати пошкодованому відповідну сатисфакцію для знесеня нанесеної обиди.

Відтак обговорює закон в §§ 1325—1330 важніші роди нематерияльної шкоди, й в сих постановах або стверджує загальні правила, або підвищає одвічальність. Тут належить:

1) Тілесне ушкодженє (*Körperverletzung*, §§ 1325—1327 кн. з.)²⁾. При тілеснім ушкодженю не відріжняє закон ступенів провини, й виміряє шкоду після загальних правил, але без огляду на се, чи ушкодженє тіла наступило через *dolus*, *culpa lata*, чи *culpa levis*. За кожду провину може жадати пошкодований повного удоволення, значить: *damnum emergens*, т. є. звороту коштів лічення й звороту того будучого зарібку, який тратить наслідком часткової або цілковитої нездатности до зарібку, — далі *lucrum cessans*, т. є. звороту того зиску, який міг він серед даних обставин зробити, — а в решті т. зв.

¹⁾ Нема обиди без злого наміру.

²⁾ До понятя тілесного ушкодженя не треба тут вимог злочину після закона карного (§§ 152 й д.), але вистачає таке внішне ушкодженє, що викликало недугу або взагалі порушенє здоровля.

знесеня нанесеної обиди, що виступає тут у формі обовязку до нагороди за біль (Schmerzensgeld).

Нагорода за біль, се сатисфакция за понесені болі — тому не треба, аби пошкодований уживав лікарської помочи. Сю нагороду виміряє судия після свобідного осудження даних обставин. Її може жадати лиш сам пошкодований; проте коли він сам не поставив в суді сего жаданя, не може оно перейти на його спадковеців. Нагорода за біль є взагалі правом, звязаним з особою (höchstpersönliches Recht, § 918 кн. з.). —

Коли через ушкоджене тілесне наступило з'огиджене тіла (Verunstaltung), то винний мусить пошкодованого нагородити, як через те пропали його вигляди на ліпше становиско, або взагалі на ліпшу материяльну судьбу (пр. втрата краси у жінки, а з тим погіршене виглядів на добре одружене).

Врешті коли наслідком тілесного ушкодження була смерть, то провинивший мусить звернути поперед усього всі кошти, які з того повстали (в першому ряді кошти похорону), крім сего вдові й дітям помершого звернути взагалі се, що стратила через смерть чоловіка згл. батька. Навіть треті особи, що через смерть якогось чоловіка втратили певні доходи, або коли через те відпала для них на будуче надія доходів, можуть від убійця жадати звороту шкоди.

Як при тілесних ушкодженнях взагалі, так і тут обовязок повернення шкоди не залежить від ступени провини.

Осібні постанови про одвічальність залізничі за тілесні ушкодження й убійства стрічаємо в законі з 5. марта 1869 ч. 27 В. з. д. Всі залізничі підприємства відповідають за тілесні ушкодження наслідком певної події в залізничім руху, значить, мусять звернути шкоду, яку хто небудь поніс на тілі через внутрішню пригоду оборотову (innerer Betriebsunfall). Одвічальність сягає аж до vis major; зрештою она відпадає, наколи підприємство зможе доказати, що шкода наступила з провини самого пошкодованого, або з провини третьої особи, що не належить до залізничого персоналу. Повернене шкоди наступає впрочім після правил тілесного ушкодження.

За ушкодження тілесні й убитя залізничих урядників, помічників, робітників і т. д. відповідає заклад асекураційний (Unfallsversicherungs-Anstalt) після арт. 7. зак. з 20. липня 1894. ч. 168 В. з. д.

Взагалі — як знаємо — кожде оборотове підприємство відповідає за пригоди, що лучають ся занятим силам робучим в обемі підприємства, уже по мысли § 1311 кн. з., але через інститут забезпечення перейшов сей обовязок на асекураційні заклади, котрих фонди складають ся головно з тих гроший, які платять самі підприємці. Такі асекурації на случай пригоди є по крайній мірі не забезпеченем робітників, але забезпеченем самих підприємців, котрі мають правний обовязок до полагоди тих шкід, що лучають ся в обсягу підприємства їх робітникам, начальникам і т. д. Они забезпечують ся на случай, коли будуть мусіли сповнити сей обовязок супротив своїх робітників¹).

2) Хто другого нарочно й безправно позбавив свободи через насильне або підступне уведенє, безправне арештованє, або забранє в приватну неволю й т. д., мусить за се відповідати.

Приватно-правна одвічальність обіймає обовязок повернення материяльної шкоди, яка вийшла з такого поведеня (*damnum emergens i lucrum cessans*), — а крім сего полагоду нематерияльної шкоди, т. є знесенє нанесеної обиди по мысли § 1323 i. f. Се полягає в тім, що провинивший мусить перед всім привернути пошкодованому свободу, а далі й тут належить ся пошкодованому якась сатисфакция, котрої близше означене повинно залежати від uznаня суди²). Право до сатисфакції є чисто особисте (§ 918 кн. з.).

Подібні правні наслідки має позбавленє свободи другого, наколи опирає ся на *culpa lata* — але в тім випадку відпадає сатисфакция за нарушенє свободи. Врешті при *culpa levis* може бути бесіда тільки про *damnum emergens*.

3) За нарушенє чести (*iniuria*) *animi iniuriandi* звертає ся також в першому ряді маєткову шкоду, й то: *damnum emergens i lucrum cessans*. Але крім сего мусить наступити знесенє нанесеної обиди через відклик, та на сїм кінчить ся

¹) Подобиці належать до права адміністрації (§§ 45—47 зак. про убезп. роб. на случай пригоди).

²) На жаль ні пануюча теория ні практика, не хочуть сего признати, хоч оно слідує із загального правила § 1323 i. f., й відповідає намірови наших кодифікаторів.

звичайно весь обов'язок полагоди шкоди, бо віделик дає пошкодованому за словні обиди належиту сатисфакцію; тільки при тілесних зневагах належить ся ще инша сатисфакція, яку вимірить судия¹⁾, а коли они характеризують ся як тілесні ушкодження по мысли § 1325 кн. з., то повстає евентуальний обов'язок до нагороди за біль. Право жадати сатисфакції, є чисто особисте (§ 918 кн. з.).

Сї наслідки правні нарушеня чести погасають в 3 літах або в 1 році в міру сего, чи ініція представляє ся як чинна, чи як словна обиди; — се є надзвичайне задавненє, що пливе а tempore scientiae (§§ 1489, 1490 кн. з.). Але сли зневага характеризує ся як злочин, або як пошкодований взагалі не довідав ся о зневазі, погасає она в протягу часу звичайного задавнення, значить в протягу 30 літ.

4) Осібним родом нарушеня чести є зведенє жінки. § 1328 кн. з. розуміє через те спонуканє жінки до позапоздружних полових зносин, наслідком чого жінка стала вагітною. Тут нема ріжницї, чи чоловік прврик жінці одружитись з нею й сего приреченя не сповнив, чи лиш иншим підступним способом спонукав її до полових зносин. Правні наслідки зведеня поносить зводитель — отже перед всім мусить звернути *dammum emergens*, т. є кошти породу й злогів, також евентуальні кошти ліченя з причини злогів за весь час злогів; (§ 1328 кн. зак. згадує про обов'язок зводителя до сповнюваня обов'язків неслубного вітця супротив дитини, але се не є наслідок зведеня, тільки наслідок неслубного вітцївства) — далі він мусить звернути страту зарібку жінці й *lucrum cessans* (ex anal. з § 1325 кн. з.); — а врешті мусить наступити знесенє нанесеної обиди через сатисфакцію, яку судия вимірить після даних обставин. Зведеній жінці належить ся нагорода за обиду чести²⁾ (тільки не можна зводителя спонукати до заключеня подружа), хоч пануюча теория й практика сего права не признає, але невїрно, бо оно слїдує із загальних правил про „знесенє нанесеної обиди“ (§ 1323 i. f.) при нематеряльних шкодах.

¹⁾ Пор. попередню примітку.

²⁾ Жаданє сеї сатисфакції є чисто особисте, проте не переходить на спадкоємців.



И 29.653
2

12

Правнича
Бібліотек

2