

12 ПРАВНИЧА БІБЛІОТЕКА.

ПІД РЕДАКЦІЮ

ДР. СТАНІСЛАВА ДНІСТРЯНЬСКОГО.

ТОМ II.



Др. Станіслав Дністрианський.



АВСТРИЙСКЕ ПРАВО ОБЛІГАЦІЙНЕ.

— ♦ ♦ ♦ — ВИПУСК III. — ♦ ♦ ♦ —

У ЛЬВОВІ, 1909.

Накладом Наукового Товариства імені Шевченка.

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

н 29653/

12

ПРАВНИЧА БІБЛІОТЕКА.

ПІД РЕДАКЦІЕЮ

Др. СТАНІСЛАВА ДНІСТРЯНЬСКОГО.

ТОМ II.

— — — — —

Др. Станіслав Дністрианський.

— — — — —

АВСТРИЙСКЕ ПРАВО ОБЛІГАЦІЙНЕ.

— — — — — ВИПУСК III. — — — — —



У ЛЬВОВІ, 1909.

Накладом Наукового Товариства імені Шевченка.

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

347.4 (436)





III. Роздїл.

Перехід зобовязань.

§ 62.

Загальні замітки *).

I. Як річеві, так облігаційні права, можуть по своєму повстанню перейти опісля на другі особи, та через те творяться правні відносини між тим, хто право переносить, а тим, хто його набуває. Перехід зобовязань єсть правним інститутом загальної натури, а з огляду на два особисті елементи, які находяться в понятію зобовязання, відріжнаємо дві категорії, а то:

- 1) перехід вірительності;
- 2) перехід довгу.

В історії права були однак ріжні погляди про перехід облігаційних відносин. Первісне право не признавало можливості переходу вірительності і довгів на другі особи. Як в давнім праві римськім, так з початку в старонімецькім праві, було зобовязане так тісно звязане з особами певного вірителя

*) Пор. Hasenöhrl, Oest. Obl. R. II.² ст. 169 і д.; Till, Prawo pryw. austr. III. ст. 220 і д.

Крім цого: Dernburg, Lehrbuch des preuss. Pr. R. II. § 1.; Dernburg, Das bürg. R. des deutschen Reichs II. ст. 299 і д.; Stammier, Studien, §§ 50—55; Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse (1900), ст. 357 і д., 394 і д.

Брешті: Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden (1853) ст. 3—15; Kuntze, Die Obligation und Singularsuccession (1856); Unger, в Jahrh. für Dogm. XXVI. ст. 399 і д.; v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung, (1895) ст. 52 і д., 92 і д.; Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis (1904), ст. 72 і д.

і певного довжника, що не могло бути бесіди про перехід зобовязання на іншого вірителя або іншого довжника.

Сю засаду задержало римське право до кінця. Але з рістом грошової господарки спонукав Римлян до певних уступків на користь правного обороту зобовязаннями. Від кінця пунійської війни уведено способи, якими можна-б переносити вірительності без зміни самої засади. Поступувано ся новацією, опісля процесовим мандатом *ad agendum*; заведено повідомлене (*dennuntiatio*) довжника про відступлене вірительності, аби зобовязати його до заплати цесионареви; а врешті признато цесионареви *actionem utilem*, позивати довжника. Але що-до переходу довгу на нового довжника лишило ся тільки при делегації, т. є. давний довг погасав, а новий повставав. Лише деякі письменники утверждают, що уже римське право знало т. зв. *defensio in rem suam*, яка уможливлюла перехід довгу на нового довжника без погаснення первісного довгу.

Інакше відносило ся до нашого питання пізніше право німецьке. Оно вважало зобовязане як сталу частину майна, проте допускало перехід зобовязання, так що-до вірительностей, як що-до довгів. Тут переважає економічна сторона зобовязання перед чистоюридичною; проте перехід вірительностей і довгів є можливий, а новий віритель або новий довжник не переїмають нове зобовязане, тільки давна вірительність або давний довг переходить на нові особи.

Новітнє право приняло засади старо-німецького права. Економічний оборот вимагає движимості капіталу, за чим йде улекшене переходу вірительностей і довгів. Відступлене вірительності (цесия) і переїм довгу є сьогодні загальними інститутами правними.

Із того виводить пануюча теория висновок, що так при вірительностях, як при довгах є можливе одиничне наслідство (*Singularsuccession*). Однаке сей висновок треба брати з резервою, бо не завсе переходить зобовязане в такому стані, в якому оно було передане; акcessорії і заміти процесові не завсе переходять на нові особи — проте одиничне наслідство тут дещо відмінне від сего правного наслідства, яке стрічаемо при передачі власності або інших річевих прав.

П. Се признає австр. кн. з. через те, що про перехід зобовязань говорить під заголовком: „Зміна прав і обовязків“

(Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten) в П. гл. III. часті (§§ 1375 кн. з. і д.).

Після погляду австр. закона зобовязане через переход на другу особу зміняється, а зміна наступає через вступлене нового вірителя, або нового довжника (§ 1375 i. f.; §§ 1392, 1400 кн. з.). Так наступає зміна облігаційного відношення через приступлене нової особи: але она може після § 1375 кн. з. наступити також без приступлення третої особи через новацію (§§ 1376—1379) і угоду (§§ 1380—1391). Однаке при новації не переходить зобовязане на другу особу, тільки погасає; угода єсть відміною новації (пор. § 1380 кн. з.), і належить до подрібної часті зобовязань.

Австр. право трактує осібно про переход вірительності й про переход довгу. При переході вірительності переходить або она сама, с. е. „власність“ (§ 353 кн. з.) вірительності: т. зв. відступлене або цесия вірительности (cessio); або она переходить на ужитковане: т. зв. ужитковане вірительности (ususfructus nominis); або врешті переходить так, що повстает на ній право заставу набувця: т. зв. застав вірительности (ri-gnus nominis). Ужитковане й застав вірительности належать до права річевого. Що-до переходу вірительности із паперів на держителя й на припоручене єствують осібні правила. Переход довгу доконується через т. зв. переєм довгу (Schuldübernahme), про який говорить австр. кн. з. в трактаті про передачу або асигнацію (Anweisung, Assignation): §§ 1400 й д.

§. 63.

Відступлене або цесия вірительности^{*)}).

I. Відступлене або цесия переносить вірительність з дотеперішнього вірителя на нового (§ 1392 кн. з.). До поняття цесії належить:

*) Пор. Cod. Ther. III. 23. n. 49—87; Horten III. 24. §§ 1—32, 41; Martini III. 16. §§ 20—27; Гал. кн. з. III. §§ 545—553; Protokolle II. ст. 236—239, 445, 446.

Крім сего: Schuster в Zeitschr. für oest. Rechtsgelehrsamkeit 1829. II. ст. 1 і д. — і комментарі: Zeiller-a, Nippl-a, Winiwarter-a, Ellinger-a, Kirchstetter-a, Stubenrauch-a ad §§ 1393—1399 кн. з. ц.

1) **Перенесене** (*Übertragung*). Право, яке прислугувало особі А проти довжника Д, мусить по своїй суті перейти на особу Б; він стає тепер новим вірителем.

а) З правного боку представляє ся се перенесене як обосторонний акт волі. По одній стороні стоїть звичайно давній віритель, що наміряє перенести свою вірительність на другу особу. Але що § 1392 кн. з. не згадує виразно про його особу, то не може бути сумніву, що його волю може заступити осуд судейський, або серед даних обставин воля законодавця, що до якоїсь події привязує перехід вірительності без огляду на волю вірителя. По другій стороні стоїть новий віритель, який мусить виразно або мовчучо згодити ся на цесію. Цесія не може ніколи (навіть т. зв. *cessio legis*) наступити против волі того, на кого вірительність має бути перенесена: *nolenti non acquiritur*. Се висказують слова § 1392 кн. з., що відступлене мусить „бути приняте“ через набувця.

б) Закон каже вправді, що при цесії наступає „зміна права через приступлене нового вірителя“, але про те зміст права, яке переходить на новонабувця, єсть завсе такий самий, як у давнього вірителя. § 1394 кн. з. каже тому, що *in thesi* правне становиско нового вірителя таке саме, як первісного вірителя. Але що-до обему може бути ріжниця, і цесія єсть повна, коли ціла вірительність переходить на набувця, або часткова, коли переносять ся лише частину вірительності на другого.

в) **Перенесене** вірительності відбуває ся або через умову: т. зв. умовна цесія (*cessio voluntaria*); або наслідком судейского осуду: т. зв. судова цесія; або врешті через повстане таких обставин, до яких закон привязує безпосередно правні наслідки відступлення: т. зв. законна цесія (*cessio legis*). Не належить сюди відступлене вірительності

Із системів пор. Krainz, System des oest. allg. Pr. R. II.³ §§ 329—330 (ст 106 і д.); Hasenöhrl, Obl. R. II.² §§ 72—74 (ст. 170 і д.); Огоновский, Систем II. ст. 109 і д.; Till, Prawo pry v. austr. III. ст. 222 й д.; Schuster v. Bonnott, Grundriss des Obl. R. ст. 46 і д.; v. Schey, Das Regressrecht (1891).

Врешті: Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte (1836); Schmid, Die Grundlehren der Cession (1866); Karsten, Die fingierte Cession (1874); Stammle, Studien §§ 50—55; Dernburg, Bürg. R. II. ст. 301 і д.; Schollmeyer, Schuldverhältnisse, ст. 360 і д.

сти в дорозії зарядженя послідної волі (т. зв. *legatum nominis*), бо відступлене не слідує тут безпосередно із зарядження по-слідної волі, тільки спадкоємець єсть зобовязаний відступити, значить, не наступає сама цесия, лише єсть обов'язок до цесії.

г) Закон не вимагає певної форми перенесення вірительності. Тут стоїть загальна засада § 883 кн. з., що цесия може наступити в кождій довільній формі: устно або письменно; судово або позасудово; в формі нотаріального акту; з съвідками або без съвідків і т. д. Однаке не можна забути на перше речене § 427 кн. з. Треба тому відріжнити, чи можна вірительність вважати за движиму річ, чи ні. По мисли § 293 кн. з. вірительність лих тоді може бути річию движимою, коли єсть привязана до грамоти, так що становить з нею інтегральну єдність. Се єсть лише при паперах на держителя, на припоручене і т. зв. легітимаційних паперах. Тут до перенесення вірительності єсть конечна передача паперу (Пор. § 1393 i. f.). В усіх інших випадках вірительність не єсть „річию движимою“, хоч-би була списана в грамоті, бо тоді істнує вірительність независимо від грамоти; через те форма § 427 рг. не може тут мати ніякої пряміни.

2. Цесия єсть перенесенем вірительности. Лиш вірительности можуть бути предметом цесії. Вправді § 1393 кн. з. каже, що „усі позбуваємі права“ можуть бути предметом цесії, але се треба розуміти в безпосередній звязи з § 1392 кн. з., де говорить ся виразно про цесию „вірительности“; проте головний притиск спочиває на тім, чи вірительність дає управненному позбуваємі право, чи ні.

Непозбуваємі є перед усім такі вірительности, що опирають ся на чисто-особистім відношенню між первісним вірителем а первісним довжником. Право, жадати від другого якоєсь роботи (*loc. cond. operarum*), не може лих тоді бути предметом цесії, коли ходить о таку роботу, що не єсть рівнодушно, для кого она робить ся. Права аліментацийні, що опирають ся на родиннім праві (пор. §§ 91, 139, 154, 166, 167 кн. з.), не переходять на других. Але право до поодиноких рат аліментацийних, і право до аліментації на підставі умови, може бути предметом цесії.

Далі є такі правіжі, що уже після своєї правної натури не можуть переходити з одної особи на другу. Сюди належить право установи особистих сервітутів (*ususfructus* можна однак

перенести що-до виконуваня); а право установи реальних сервітутів можна переносити лише разом з пануючим ґрунтом.

В деяких випадках закон виразно не дозволяє цесії. І так не можуть бути предметом цесії:

а) Право відкупу, відпродажи й первокупу (§§ 1070, 1071, 1074 кн. з.)

б) Правіжі, не підпадаючі екзекуції (*unpfändbare Ansprüche*) по мисли §§ 291—293 екз. уст.

в) Коли перенесене вірительності представляє ся як недозволена умова, пр. *actum de quota litis*, або продаж сподіваної спадщини за життя спадчинника (§ 879 кн. з.).

Врешті нема сумніву, що самі сторони можуть уже при заключенню умови згодити ся, аби вірительність не переходила на другі особи.

Поминувши повищі випадки, можуть всякі вірительності бути предметом цесії. Нема ріжниці, чи они слідують з односторонніх, чи обосторонніх умов, і чи є обмежені умовами або реченнями, чи ні.

3) Три особи є при цесії інтересовані: первісний віритель або цедент; новий віритель або цесіонар; довжник (*debtior cessus*). При цесійнім акті мусить виступати конечно цедент і цесіонар, участь довжника не є конечно. Цесіонарем може бути взагалі кождий, хто має здатність правну до набування; але все-таки мусить се бути третя особа, не сам довжник.

П. Як сказано, відріжняємо умовну, судову й законну цесію.

А) Умовна цесія. Тут мусять заходити перед усім вимоги важкої умови. Умова цесійна заключається між цедентом або цесіонаром. Через те акт цесії є вповні довершений, та до переходу вірительності на цесіонара не треба згоди довжника. Хоча довжник нічого не знає, може настути перехід вірительності. Повідомлене довжника (*denuntiatio*) не є конечно до перенесення вірительності на нового вірителя. Але оно має все-таки важне значення, бо поки не наступило повідомлене довжника, може він первісному вірителеві (цедентові) важко заплатити, або в інший спосіб уморити довг (1395 кн. з. і. f.).

а) Як при кождім переході прав, так і при цесії мусить попередник, т. є цедент мати справді се право, яке перено-

сить на другого; вірительність переходить на цесіонара лише тоді ѹ лише о стільки, коли ѹ скілько щедентова справді прислугувала. *Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet.*

б) Віритель, що переносить вірительність на другого, мусить мати до сего причину правну (*causa*). Отся причина правна, що єсть підставою цесії, може бути ріжна: *causa emendi, donandi, solvendi* і т. д. Коли віритель через відступлене своєї вірительності наміряє сплатити цесіонаре довг (*causa solvendi*), то може мати при тім двояку ціль: або дає йому вірительність „у місце заплати“ (*an Zahlungsstatt*), щоби бути зараз звільненим з довгу, — або лише „для заплати“ (*zahlungshalber*), аби цесіонаре дати спроможність через зліквідана відступленої вірительності покрити довг щедента. При цесії „у місце заплати“ погасає зараз довг щедента супротив цесіонара; при цесії „для заплати“ довг поки-що істнє, та погасає доперва тоді, коли цесіонар з відступленої вірительності узискає таку суму, яка рівнає ся його вірительності против щедента. Про се, чи цесія вірительності наступила у місце заплати, чи для заплати, рішав воля сторін; лише в сумнівних випадках (*in dubio*) треба приняти, що цесія наступила „у місце заплати“ (*ex anal. з § 1401 кн. 3.*).

Як при передачі річій матеріальних на власність, так і при цесії вірительностій повстає питане, чи переход прав наступає независимо від *causa*; та се питане рішає ся в обох випадках однаково. Австр. право приняло в праві річевім засаду, що переход власності або іншого річевого права єсть зависимий від важності сего акту, який становить підставу правну передачі — так і при цесії вірительність лише тоді переходить на цесіонара, коли причина правна єсть правдива, значить, коли купно, даровина, заплата і т. д., що дали підставу для цесії, були важні. Цесія вірительності не єсть отже абстрактним ділом правним; она єсть зависима від *causa*.

в) Вірительність, яка має бути відступлена, мусить бути так означена, аби мож пізнати, що має одержати цесіонар. Не треба одначе, аби при заключеню цесії висота вірительності, а навіть особа довжника була точно означена. Поперед усого жаданя звороту шкоди можуть бути предметом цесії, хоч контрагенти не знають нї обсягу сих жадань, нї особи

шкідника. Зрештою важні є цесії *in bianco*, на користь особи, якої назвиско в цесійній грамоті поки що випущено, коли присмеч грамоти виповнить її опісля назвиском цесіонара.

г) Загальні правила умов примінюються при цесії та-жожо-до форми.

Спірне єсть питане, чи треба якої форми, коли цесія відбувається безплатно, дармо. Пануюча теория не вимагає ніякої форми; Hasenöhrli його приклонники домагаються форми нотаріяльного акту на підставі § 1 зак. з 25. липня 1871 ч. 76 В. з. д., вважаючи безплатну цесію за „даровину без дійсної передачі“. Вірна єсть пануюча теория, бо не можна сказати, що безплатна цесія є без „дійсної передачі“. Вправді нема „передачі“ в розумінні річевого права, але все-таки передача або перенесене в розумінні облігаційного права. Але нема сумніву, що коли хтось не переносить віртельності *in constanti*, тільки зобовязується другому дарувати на будуче яку-то віртельність, доконує лише т.зв. приречення даровини, значить: „даровини без дійсної передачі“, — й тоді мусить ужити форми нотаріяльного акту.

г) Що-до змісту умовної цесії, то може она, як кожда умова, бути обмежена услівями, реченцями, приказами й т.д. Коли цесія була заключена під зволікаючим услів'ям, і услів'я опісля не сповнилося, то вважається цесію за неістнуючу, та нема обовязку, платити за неї умовлену ціну. Коли-б однаке цесія не була обмежена ніяким услів'ям, але за те відступлена віртельність була а priori услівна й опісля услів'я не сповнилося, то все-таки цесіонар мусить цедентови заплатити се, до чого зобовязався.

Б). Судова цесія наступає в отсіх випадках:

а) Коли судя в діловім процесі (*actio familiae erciscundae*) признає одному учасником віртельність другого учасника (anal. з § 842 кн. з.).

б) Коли в осуді судейським висказується обовязок якоїсь особи до цесії віртельності й зазначується, що треба рівночасно вважати цесію за доконану.

в) Екзекуційний устав з 27. мая 1896 знає два роди судових цесій в екзекуційнім поступованню, а то: 1) коли хтось має грошеву віртельність до другого, а прийде до екзекуції, то ся віртельність може бути продана на публичній ліцитації; тоді судова цесія наступає через признання її набувцеви

(§ 318 екз. уст.) — 2) коли о грошевий довг веде ся екзекуція, то віритель може в екзекуційній дорозі узискати т. зв. переказ вірительності у місце заплати (*Ueberweisung an Zahlungsstatt*, § 316 екз. уст.). Тут виступають три особи: віритель, що доходить своєї грошової вірительності в дорозі екзекуції (екзеквент); далі довжник, що винен був йому заплатити, але не заплатив, проте веде ся против нього екзекуція (екзекут); але сей довжник має сам грошеву вірительність до третьої особи (т. зв. *Drittschuldner*), і сю вірительність переказує судия вірителеви-екзеквентови у місце заплати. Як вірительність екзеквента до екзекута, так вірительність екзекута до третього довжника мусить бути грошева. Третий довжник мусить бути повідомлений про переказ вірительності через суд, а цесія судова доперва з хвилиною достави вважається за доконану (§ 305 екз. уст.; інакше, як при умовній цесії).

г) Коли спадчину, в якій находяться вірительності, перекаже суд *iure crediti* (на підставі § 73 пат. з 8. серпня 1854 ч. 208 В. з. д.) на віригелів спадчини.

В). Законна цесія наступає по аналогії з §. 1358 кн. з. тоді, коли хтось платить довг матеріально чужий, а лише формально свій; хто се учинив, „вступає в права вірителя“, котрого заспокоїв:

а) Ручитель, який заплатив за головного довжника вірителеви, вступає *ipso iure* в права вірителя супроти головного довжника, як то без осібного цесійного акту (§ 1358 кн. з.).

б) Подібно властитель заставленої річи, коли заплатив чужий довг, який тяжив на його річи; або гіпотечний віритель, котрій заплатив попередника гіпотечного на підставі *ius offerendi* з § 462 кн. з. Пор. також § 171 конкурс. уст.

в) Сюди належить також постанова § 70 цив. проц., що адвокат, який боронить убогої сторони (на підставі права убогих), має право пошукувати призваних коштів безпосередньо на процесовім противнику.

Від законної цесії, яка доконує ся *ipso iure* наслідком певних подій, треба відріжнити т. зв. конечну цесію (*cessio necessaria*), коли закон вкладає на когось обовязок, відступити вірительність. Тут цесія не наступає *ipso iure*, але треба осібного цесійного акту зі сторони дотеперішнього вірителя; тільки доконане сего акту не залежить від його довіль-

ності, але єсть його обовязком, та чусить конечно наступити. Сюди належать постанови §§ 1422, 1423 кн. з. про те, як третя особа платить довг — матеріально й формально — чужий вірителеві.

III. Обсяг відступлення або цесії означує ся головно після правної підстави, на якій опирає ся. Як цесія є умова, то се річ контрагентів означити, чи переходить ціла вірительність, чи лише частина. Коли-б цесія полягала на судейськім осуді, то судия висказує, як далеко она сягає. Врешті при законній цесії залежить від висоти заплаченої суми, чи цесія є часткова, чи повна.

Про того може *in concreto* бути сумнів, що було предметом відступлення; тоді треба (*in dubio*) виходити із того, що перейшла ціла вірительність з усім, що до неї економічно належить, I так:

a) Треба припускати, що з вірительностю переходить також право до умовлених відсотків і до умової кари. Однаке залеглі відсотки або умовна кара, що була вже платна, не переходят без осібної умови, або виразного означення судії. Законні відсотки стоять з вірительностю в нерозлучній звязі, тому переходятъ на цесіонара.

b) З вірительностю переходять також усі права, які закон до неї привязує, як: законне право заставу; привілеї, о скілько не є чисто-особисті; евентуальні права регресу й т. д.

b) Врешті переходятъ на цесіонара усі додаткові права, які установили сторони на користь даної вірительності. Сюди належить право заставу, право з поруки й інші забезпечення.

IV. Головним наслідком правним цесії є переїд вірительності на цесіонара з хвилию доконання цесійного акту (с. т. заключення умови, правосильності судейського осуду, заплати чужого довгу, о скілько закон привязує до того повстане цесії). Проте від хвилі цесії вірителі цедента не можуть пошукувати своїх прав на відступленій вірительності. А коли цедент відступив свою вірительність одному, а опісля хотів ту саму вірительність відступити другому, то другий не може її набути, бо набув її уже перший цесіонар, хоч-би другий не знов про се нічого. Постанова § 430 кн. з. єсть питома річевому праву, та при зобовязанях не має приміни.

Зрештою укладають ся відношення правні в міру сего, чи ходить о відношенні між цедентом а довжником; чи між

цесіонарем а довжником; чи врешті між цедентом а цесіонарем.

А) Відношене між цедентом а довжником. Через доконане цесійного акту цедент перестає бути вірителем, хоч-би довжник не знов про се нічого. Сему однак не противить ся, що довжник аж до хвилі повідомленя про цесію може важко заплатити цедентови, або з ним інакше угодити ся (§ 1395 кн. з. і. f.). Бо ся постанова не єсть видана на користь цедента, тільки на користь довжника, а закон виходить із того, що до самої цесії не треба вправді участи довжника, але довжника може доторкти доперва тоді, коли він про се знає. Закон не вимагає, аби повідомлене довжника наступило через цедента або цесіонара; але самі поголоски не вистачають, та довжник мусить мати певну відомість, що його довг змінив вірителя. Поки не має відомості, може не лиш через заплату цедентови, або через інше порозумінє з ним звільнити ся з довгу, але може також узискати від нього важну прольонгату й т. і. Далі можуть супротив цедента зайти такі події, задля яких він попадає в тога creditoris; а врешті правосильний осуд судейський, який запав між цедентом а довжником, задержує повну стійність, хіба-би довжник вже з початку спору про цесію знов.

Від хвилі повідомленя не стоїть довжник в ніякім правінім відношенню до цедента; його-ж місце заступає тепер цесіонар.

Б) Про відношене правне між цесіонаром і довжником голосить § 1394 кн. з. засаду, що права цесіонара з огляду на відступлену йому вірительність такі самі, як права первісного вірителя, с. т. цедента. Цесіонар має против довжника взагалі ті самі права, які прислугували цедентови. Він може позивати довжника о виконане зобовязання, може з ним згодити ся о *datio in solutum*, може дальше відступити свою вірительність і т. д. А з другого боку довжник може від хвилі повідомленя тільки йому важко заплатити, а не цедентови.

Довжник не може через цесію в своїх правах понести шкоди. Проте прислугують йому против цесіонара

а) заміти процесові з особи цедента (§ 1396 кн. з.); значить, він може против цесіонара боронити ся тими самими замітами, яких міг уживати против цедента, із тих відносин

правних, які заходили між ним а цедентом аж до хвилі відступленя, зглядно аж до тої хвилі, коли він (довжник) дізнався про цесию. Сюди належать не лише такі заміти, які в хвилі цесії існували в цілій повні, але також такі, які існували поки-що в завязку, а опісля розвинулися¹⁾. Вилучити треба:

а) такі заміти, що по своїй суті не можуть звертати ся против третих осіб: они є звязані з особою певного віритељя, й можуть прислугувати тільки против певного віритељя;²⁾

б) всякі заміти з особи цедента відпадають, коли довжник признав супротив цесіонара вірительність за правдиву, а цесіонар ділав при тім в добрій вірі (§ 1396 кн. з.). Таке признання може настутити виразно або мовчко; оно слідує м. и. також із того, що довжник підпише грамоту цесійну. —

Довжник може против цесіонара піднести також заміт компенсації, значить, він може жадати, аби цесіонар зачислив йому вірительність, яка йому прислугує против цедента. Однак в хвили самої цесії, або в хвили повідомлення довжника, мусить заходити усі правні вимоги компенсації (§§ 1438—1441 кн. з.). Коли вірительність є предметом кількоразової цесії й переходить з рук до рук, то против останнього цесіонара може довжник компензувати лише ті вірительності, які йому прислугували против першого й против останнього віритељя; вірительності против середніх віритељів не дають приводу до компенсації (§ 1442 кн. з.).

б) Довжник може виступити против самого акту цесійного й доказати, що сей акт неважкий.

в) Врешті нема сумніву, що довжник може підносити заміти, які прислугують йому против особи цесіонара. Навіть що-до заміту компенсації не ма тут осібних обмежень.

Австр. право не знає обмеження Legis Anastasianae, яка становила, що цесіонар не міг від довжника жадати більше, ніж заплатив цедентові за вірительність. Проте довжник не може боронити ся тим, що цесіонар заплатив цедентові менше, ніж виносила вірительність.

¹⁾ Пр. коли сповнилося опісля розвязуюче услів'я, яке перед цесією було привязане до вірительності.

²⁾ Пр. коли віритель зобовязав ся довжникові на його бажання пролонгувати капітал за оплатою відсотків.

B) Про відношене правне між цедентом а цесіонарем рішає перед усім підстава права, на якій стоїть цесія (умова, осуд судейський, закон). Коли-ж однаке не означенено близше прав і обовязків між цесіонарем а цедентом, треба замітити:

а) Цедент мусить бути по можності помічний цесіонареви при орудованю згл. стягненю вірительності. Вправді се правило висказане в законі лише з огляду на *cessio legis* в § 1358 кн. з., однак нема сумніву, що відносить ся до усіх родів цесії. З осібна сюди належить:

1) Цедент має обовязок дати цесіонареви потрібні вказівки про зреалізоване вірительності.

2) Цедент мусить відступити грамоти, які про вірительність істнують, так диспозиційні, як доказові.

3) Вкінци мусить видати усі средства забезпечення, головно ручні застави, — а що-до гіпотечного права заставу, мусить видати ті грамоти, що є конечні до перенесення права заставу на цесіонара.

Коли цесія була часткова, мусить цедент також відступити цесіонареви потрібні грамоти й доказові средства — бо як рішив ся відступити вірительність (хоч-би в часті), то мусить поносити всякі наслідки сам, хоч-би що-до решти своєї вірительності не мав для себе ніяких доказових средств.

При постепенних цесіях, при яких вірительність переходить з початку на цесіонара Б, опісля з нього на В, а від нього на Г і т. д. — кождий новий цесіонар має право до передачі доказових средств против своего цедента; але против попередніх цедентів такого права не має; він може лише від своего цедента жадати, аби той-же від своего безпосереднього попередника видістав потрібні доказові средства і йому ті средства передав.

б) Осібні постанови подають §§ 1397—1399 кн. з. про одвічальність цедента із запоруки.

Цедент відповідає за правдивість (*veritas*) і стягаємість вірительності (*bonitas nominis*). Се відповідає одвічальністю за евікцію й за потайні хиби.

Через правдивість вірительності (*veritas nominis*) розуміється, що вірительність істнує так, як її цедент цесіонареви представляє. Значить:

1) що вірительність не єсть позірна, але справді *de iure iestnue*¹⁾;

2) що прислугує тому вірителеви, тому цедентови, не іншому, — а врешті

3) що третій особі не прислугують на ній такі права, які обмежували-б сущно виконуване права на вірительності²⁾ (пр. *ususfructus nominis*).

Друга одвічальність цедента, яку австр. закон нормує при цесії, се одвічальність за стягаємість вірительності (*bonitas nominis*). Се нічо інше, як одвічальність за потайні хиби, бо — чайже при цесіях одинокою тайною хибою в розумінію § 922 кн. з. може бути лише обставина, чи вірительність дасться стягнути, чи ні.

Проте в загальних почерках і при цесії примінюють ся постанови §§ 922—933 кн. з. про одвічальність із запоруки. Лиш ся послідна має тут — як сказано — іншу назву. І так бачимо при цесії ті самі вимоги, як при запоруці взагалі. Аби цедент був одвічальний за *bonitas i veritas nominis*, треба отже:

1) щоби цесийний акт був доконаний,

2) щоби цесія наступила за відплатою (§ 1397 кн. з.); — при безплатних цесіях не має цедент одвічальності ані за *verum* ані за *bonum nomen*, лишає ся тільки евентуальна одвічальність за *dolus*;

3) врешті по стороні цесіонара мусить бути похибка що-до стійності перенесеної вірительності. Коли-б він однаке знов, або повинен був знати, що вірительність або не істнует, або не дасть ся вповні стягнути, то цедент не відповідає. § 928 кн. з. находить тут анальгічну приміну. Вислідом сего правила єсть постанова § 1398 кн. з., що, як цесіонар міг поучити ся про нестягаємість вірительності з грунтових книг, цедент не відповідає.

Також вислідом загальних правил про одвічальність із запоруки єсть дальша постанова § 1398 кн. з., що, коли вірительність в часі відстуленя була стягаєма, а опісля з чистого

¹⁾ Се відповідає одвічальності за неістноване річи (*eine nicht., vorhandene.. Sache*) з § 923 кн. з.

²⁾ Оба останні випадки (під 2 й 3) відповідають одвічальності за повну її часткову евікцію.

припадку, чи з вини цесіонара, стала нестягаємою, нема одвічальності. Се слідує з засади, що одвічальність із запоруки осужує ся після хвилі сповнення умови. При цесійній умові головний успіх вяже ся зараз з самою умовою — тому з тою хвиллю вяже ся одвічальність із запоруки. Проте коли в хвили доконання умови цесійної вірительність відповідала не лиш вимозі правдивости (veritas), але була під ту хвиллю стягаєма (bonitas), — однак пізніше через припадок або вину цесіонара стала нестягаємою, то цедент не може відповідати.

§ 1399 кн. з. подає головні випадки, які треба вважати за провину цесіонара супротив вірительності. Коли цесіонар не виповів вірительності на час, хоч міг її виповісти; коли занедбав її стягнути в день платності; коли не старав ся перевести дозволеної екзекуції; коли звільнив довжника, або поробив йому уступки; коли міг постарати ся на час о відповідну забезпеку, а не вчинив сего, т. д. — то не може залишити нестягаємості вірительності позивати цедента. Цедент відповідає однак все-таки за правдивість вірительності.

Одвічальність цедента за правдивість і стягаємість вірительності слідує безпосередно із закона, проте не треба до неї осібної умови, — та виразне приняття такої одвічальності зі сторони цедента при цесії не має сили гарантії. Коли-б однак цедент зложив таку заяву пізніше, т. є по доконанню цесійного акту, то його заява серед даних обставин може бути призnanem, що хоче відповідати без обмеження за стягаємість вірительності, хоч би навіть після законних причин був від сеї одвічальності вільний.

Одвічальність за правдивість і стягаємість вірительності відпадає, коли цесіонар зрече ся сего права при цесійній умові (пор. § 929 кн. з. i. f.); але й тоді відповідає цедент все-таки за *dolus*. Нема сеї одвічальності нї при законній, нї при т. зв. конечній цесії (пор. §§ 1422, 1423 кн. з.); що-до судової цесії, то при т. зв. переказі вірительності у місце заплати, приймає сю одвічальність виразно § 316 екз. уст.

Коли жадане з запоруки стане актуальним, коли — значить — покаже ся, що вірительність не була правдива, або не дала ся стягнути, то повстає питанє, як переводить ся одвічальність цедента? Треба відріжнити одвічальність за правдивість, від одвічальності за стягаємість вірительності.

1) Що-до закиду неправдивості треба знова відріжити, чи вірительність цілком не існувала, чи вправді існувала, але прислугувала іншому вірителеви, зглядно третя особа ставила до неї такі жадання, що обмежували сущно її виконане. Як вірительність зовсім не існувала, то се вважає за сущну хибу, за яку відповідає цедент по анальтої з § 932 кн. з. — може отже жадати знесення цесийної умови й винагороди евентуальної шкоди. В двох інших випадках заходять усі вимоги евікції (повної або часткової), тому є ті самі правні наслідки, які є висказані в § 931 кн. з. про одвічальність за евікцію — значить: *litis denuntiatio*, зглядно винагорода шкоди.

2) Коли-ж показало ся, що вірительність не дасть ся стягнути, то по мисли § 932 кн. з. треба відріжнити, чи взагалі нічо не дасть ся стягнути, чи при стяганню зайшли такі браки, які дадуть ся доповнити. В першім випадку може цесіонар жадати знесення умови й поверненя дальшої шкоди, а в другім доповнення браків зі зворотом шкоди. Се виходить уже із загальних постанов про одвічальність із запоруки. Однак § 1397 кн. з. і. ф. постановляє обмежене для цесії. Цедент відповідає за стягаємість вірительності лише до висоти того, що від цесіонара одержав. Значить: як не дало ся нічо стягнути, то не можна під бажанем знесення умови жадати більше, як звороту заплаченої суми (зглядно звільненя від ще незаплаченої суми) — разом з коштами, видатками й дальшою шкодою. А коли ходить при частковім стягненню о доповнене, то оно може сягати лише до висоти заплати, яку цедент одержав; але й тут лишає ся все-таки одвічальність за евентуальну дальшу шкоду.

Одвічальність цедента погасає по мисли § 933 кн. з. протягом 6 місяців. Після загальних правил надзвичайного задавненя, почин задавчення повинен числiti ся a tempore scientiae. Зрештою треба примітити:

1) Як вірительність зовсім не існувала, то задавнене біжить від хвили, коли цесіонар про се дізнав ся, або повинен був дізнати ся.

2) Як треті особи піднесли свої права до вірительності, то примінюють ся ті самі засади, як при одвічальності за евікцію. Отже реченець задавненя починає ся доперва тоді, коли цесіонар пізнав або повинен був пізнати, що вірительність

є чужа, або що третій особі прислугують на ній права, які дають підставу до часткової евікції. Коли третя особа доходить свого права в дорозі процесу, то ся съвідомість може наступити доперва по правосильнім осуді; але як не було процесу, то рішає хвиля, коли цесіонар не міг вже дальше сумнівати ся, що третій особі прислугують права до віртельності.

3) Де ходить о нестягаємість віртельності, то реченець задавненя не може зачати ся скорійше, аж цесіонар переконає ся, що віртельність не дасть ся стягнути. Се хвиля, коли екзекуційні кроки показали ся без успіху. —

в) Цедент має врешті обовязок, звернути цесіонаре від, що від довжника одержав в заплату, або о скілько наступила компенсація відступленої віртельності з тою віртельностію, яка прислугувала довжникові против цедента.

§ 64.

Перехід віртельності з цінних паперів *).

I. Папери на держителя.

Як сказано — австр. право приняло теорію креаційну посідання в добрій вірті. На тій підставі приходимо до ось-яких висновків :

1) Вірителем є посідач грамоти в добрій вірті. Але хоча він є вірителем, та віртельність з грамоти становить частину його активного майна, то все ж-таки можуть інші особи бути управнені, жадати заплати з паперу: пр. заставний віритель, що має у себе грамоту в заставі, мандатар і т. д.

2) Довжник, с. т. виставник паперу, звільняє ся одинак від свого зобовязання, коли заплатить звичайному держителеві паперу, без огляду на се, чи держитель є посідачем в добрій, чи в злій вірті.

3) Постанови про denuntiatio довжника і її вплив направне відношене супротив давного й нового вірителя не мають тут ніякої приміни, — бо віртельність переходить через

*) Пор. літературу до § 53 (ст. 360 і д.).

саму передачу, а довжник в хвили виставленя грамоти знає, що она призначена до курсовання з рук до рук, і зобовязав ся заплатити управненому посідачеви грамоти.

4) При паперах на держителя, що переходять дорогою передачі з рук до рук, нема щедентів і цесионарів, тільки попередники (*Vormänner*) і наступники (*Nachmänner*). Кождий віритель має тому зовсім самостійне становиско правне; кождий має вповні таке право, яке слідує безпосередно з паперу. Висновки із того правила подано повище¹⁾.

5) Вірительність, яка містить ся в папери на держителя, не може на другого перейти дорогою цесії із тим, аби могла опісля переносити ся на дальших наступників через цесію. Навіть коли-б один з вірителів зазначив виразно на папері, що наступила цесія, то через набуте посідання паперу в добрій вірі стають они самостійними вірителями без огляду на особи попередників. Лише посідач в добрій вірі є вірителем, — але й кождий посідач в добрій вірі є вірителем, і то самостійним вірителем, якому не можна противставити ніяких замітів з особи попередника. Замітка про цесію, подана на папери, відносить ся тільки до безпосередніх контрагентів, не до дальших вірителів.

П. На рівні з паперами на держителя що-до переходу вірительності стоять такі легітимаційні папери, котрі вправді звучать на ім'я, але про те є платні кожному посідачеви. Вірительність єсть тут звязана з посіданем грамоти. Сюди належать головно щадничі книжочки — проте примінюють ся до них ті самі постанови, як при паперах на держителя.

Ш. Папери на припоручене.

Они характеризують ся тим, що до перенесення вірительностій, які в них містять ся, треба крім передачі паперу ще т. зв. індосу. Індос (*Indossament, Giro*) — се письменна замітка, уміщена на папери, з якої виходить, що право з паперу перешло на певну особу. Хто отже хоче із паперу на припоручене перенести своє право на другого, уміщує відповідну замітку на папери — звичайно на відворотній стороні головного тексту (*in dorso*) — і так індосований папір передає

¹⁾ Гл. ст. 366 і 368.

другому. Він називає ся тоді індосантом (жирантом), а дру-
гий, на якого отсім перенесено вірительність, називає ся ін-
досатарем (жиратарем).

Папери на припоручене повстали первісно в купецькім
обороті й були уживані між купцями — сьогодні они вже ма-
ють загальне значення. До таких паперів належать:

- 1) векселі;
- 2) акції, виставлені на ім'я (арт. 182, 223 торг. зак.);
- 3) чеки, купецькі перекази (kaufmännische Anweisungen)
і довжні посвідки (Verpflichtungsscheine) по мисли арт. 301
торг. з.;
- 4) усі переказові папери (Traditionsbriefe), як коносе-
менти, наборові й складові грамоти (Conosemente, Lade- und
Lagerscheine) по мисли арт. 414 торг. з., врешті
- 5) з обороту морського бодмерийні листи (Bodmereibriefe)
й морські поліси асекураційні (Seeassekuranzpolicen).

Про переход вірительності із таких паперів є такі за-
гальні норми:

1) Для легітимації індосатара, що має право доходити
своїх управлень з паперу, треба, аби був посідачем грамоти
й міг виказати ся безпереривно чергою індосів; значить:
перший індос мусить виходити від першого вірителя, який
єсть рівночасно першим індосантом — а відтак кождий даль-
ший індос мусить носити підпис такого індосанта, який в по-
переднім індосі був індосатарем. Отся черга індосів мусить
бути лише формальною правдива, проте на право індосатара
нічо не впливає, чи який з попередників був пр. нездатний
до ділання, чи індос був сфальшований і т. д. Але все ж-таки
лиш посідач в добрій вірі є правдивим вірателем з паперу.

2) Довжник має тільки обовязок переконати ся, чи особа,
що жадає від нього заплати, є справді та сама, яка є в па-
пери означена при кінці індосів, а опісля, чи заходить вима-
гана законом черга індосів. Де се є, може довжник заплатити
й звільнєє ся через те з довгу.

3) Як при паперах на держителя, відпадають і при па-
перах на припоручене постанови про denuntiatio.

4) Правне становиско вірителя є зовсім самостійне
й від попередників независиме. Тому довжник не може ні-
коли виступати з замітами з особи попередників; але може

всє-таки піднести заміти з особи позиваючого посідача; заміти, що слідують із самої грамоти, або доторкають самого акту виставлення.

5) Вірительності з паперів на припоручене можна також переносити дорогою цесії, коли наступить те-ж передача паперу й акт цесії єсть в папері виразно означений. Тоді становиско вірителя є таке саме, як цесіонара при цесії, проте допускають ся против нього заміти із особи його цедента — однак не даліше. Такий цесіонар не може даліше індосувати з тим успіхом, який вяже ся звичайно до індосів; але його індос має тоді тільки значінє цесії.

6) Вправді між індосом а цесією заходить неодна ріжниця, але про те остаточна ціль індосу єсть така сама, як ціль відступлення — т. є. ціль перенести вірительність. Тому, як покаже ся, що індос єсть неважний, то все ж-таки *in dubio* треба йому лишити таку правну силу, яка пріпадає звичайно цесії.

§ 65.

Пересм довгу *).

I. Пересм довгу (*Schuldübernahme*) доконується через те, що до істнущого облігаційного відношення вступає новий довжник. У тім понятю лежать два моменти: перехід зобовязання й вступлене нового довжника.

*) Por. Cod. Ther. III. 23. n. 19—48, 88—90; Horten III. 24. §§ 33—53; Martini III. 15. § 6, 7; III. 16 §§ 28—37; Гал. кн. з. III. §§ 495, 496, 554—563; Prot. II. ст. 211/212; 239—243, 447, 582.

Крім сего: Комментарі Zeiller-a, Nippl-a, Winiwarter-a, Ellinger-a, Kirchstetter-a, Stubenrauch-a ad §§ 1400—1408 кн. з. ц.; далі: Schuster, Ist der Übernehmer eines verpfändeten Grundstückes den Hypothekargläubigern persönlich, folglich mit seinem Vermögen verpflichtet? (1830); Kopetzky, в Zeitschr. f. oest. Rechtsgelehrts. 1837 II. ст. 260 і д.; A. Menzel, Zur Lehre v. d. Schuldübernahme, в Grünhut-a Zeitschr. XI (1884) ст. 581 і д., 655 і д.; Krainer, Ist der Übernehmer einer auf den Kaufschilling pfandrechtlich sichergestellten Forderung gegen Abrechnung vom Kaufschilling als Personalschuldner zu betrachten? — в Ger. Halle 1885 Nr. 70; Unger,

1) Перехід довгу наступає так, що ціле правне відношене, яке існувало між вірителем А а довжником Б, одержує через діло правне *inter vivos* нового довжника В. Облігаційне відношене, яке було первісно заключене між вірителем а довжником, не погасає, та воля сторін змагає до того, аби давне зобовязане удержати в силі, й перенести його на другого довжника. Вправді може лутити ся, що віритель і довжник доведуть спершу зобовязане до погасненя, а отільки таке саме зобовязане заключить віритель в новим довжником, — але се є непрактичне, й треба до сего висліду двох окремих умов, а не вистачає новація, яка після австр. пр. єсть „зміною“ зобовязання „без приступленя третьої особи“ (§ 1376 кн. з. ц.). Проте коли б був сумнів, чи наступив переєм довгу, чи спершу погасло зобовязане між вірителем а первісним довжником, та на сїй підставі повстало нове облігаційне відношене між вірителем, а новим довжником, — треба приняти переєм довгу. Взагалі мусіло-б з умови недвозначно виходити, що віритель і довжник зносять первісне зобовязане, бо інакше зміна довжника має завсе характер переїму довгу.

Schuldübernahme (1889); Krainz System II³. § 335, (ст. 126 і д.); Czoernig в Grünhut-a Zeitschr. XVII. ст. 195 і д.; Hasenöhrl, Obl. R. II². §§ 77—79 (ст. 232—264); Ehrenzweig, Die sog. zweigliedrigen Verträge (1895), ст. 125 і д.; Огоновский, Систем II. ст. 93 й д., 115 і д.; Till, Prawo pryw. austr. III. ст. 241 і д.; Schuster v. Bonnott, Grundr. d. Obl. R. ст. 48 і д.; Horn, Schuldübernahme (1902).

Брешті: Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden (1853); Bähr, Über die sog. Verträge zugunsten Dritter, в Jahrb. f. Dogm. VI (1863) ст. 170 і д.; Gürgens, Die Singularsuccession in die Schuld, в Jahrb. f. Dogm. VIII (1866) ст. 223 і д.; Regelsberger, Das Bayerische Hypothekenrecht II. ст. 455 і д.; Regelsberger в Endemann-a Handb. des Handelsrechts II. ст. 552 і д.; Regelsberger, в Arch. f. d. civ. Prax. LXVII (1884) ст. 24 й д.; Bähr, ibid. ст. 176 і д.; Danz, Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zugunsten Dritter (1886) ст. 84 й д., 142 й д.; v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung (1895); Fluhme, Die Theorie der Passivsuccession (1896); Eck, в Jahrb. für Dogm. XXXV (1896), ст. 294 й д.; Kipp, в Jahrb. f. Dogm. XXXVI (1896) ст. 344 й д.; v. Blume, в Jahrb. f. Dogm. XXXIX (1899) ст. 403 й д., XL, ст. 110 і д.; Regelsberger, в Jahrb. f. Dogm. XXXIX ст. 466 і д.; Dernburg, Das bürg. R. II. §§ 155—159 (ст. 354 й д.); Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, ст. 394 й д.; Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis (1904) ст. 72 й д.

Через переєм довгу переходить той самий довг, що був між вірителем, а давним довжником, на нового довжника; зміст його мусить бути *in thesi* одинаковий. Але з того не слідує, аби правне становиско нового довжника було зовсім тогожне зі становиском давного довжника. Право знаєдякі ріжниці — які виходять м. і. із того, що зміна осіб, значить, дуже важкого чинника в істнованню та розвою облігаційного відношення, не може перейти безслідно. Тому годі постанову § 1394 кн. з. ц. про цесию сюди анальгічно примінити. А далі нема сумніву, що переєм довгу може бути повний, або частковий, в міру сего, чи після волі сторін на нового довжника переходить цілий довг, чи лише частина.

Зрештою, як при цесії вірительності, есть три роди переходу довгу, а то: через умову, через судейский осуд, або окрему постанову законну, яка з якоюсь подію лучить переход довгу. Проте можна говорити про умовний, судейский і законний переєм. Судейский може наступити в дорозі судейского розділу; законний переєм стоїть на постанові § 171 уст. 2 екз. уст.:

Коли прийде до екзекуційної продажі недвижимості в дорозі ліцитації, то взиває ся спершу вірителів, які на єй недвижимості мають загіпотековане право заставу, аби до 8 днів перед ліцитацією заявили ся, чи жадають зараз заплати в готівці, чи годять ся полішти дальше свої вірительності, обезпечені на недвижимості. Коли згодилися на послідне, або взагалі до 8 днів перед ліцитаційним реченцем не успіли заjadати заплати в готівці, то набувець екзекуційний набуває опісля недвижимість з тими довгами, він переймає проте загіпотековані довги, звільняючи рівночасно дотеперішнього довжника від заплати. Тут набувець не тільки переймає гіпотечне задовжене, але є обовязаний також особисто за довги відповідати, а то своїм дальшим майном.

2) Новий довжник може приступти до зобовязаня, або через те, що вступає у місце дотеперішнього довжника з тим наслідком, що первісний довжник з довгу звільняє ся; або через те, що новий довжник стає довжником побіч первісного довжника, та оба відповідають опісля спільно.

На сих двох випадках приступленя опирає ся поділ пануючої теорії на звільнючий (*privative, befreiente Schuldübernahme*) і скріпллячий (*accessorische*,

cumulative oder bestärkende Schuldübernahme). Крім сего від-
ріжняє ще теория пануюча т. зв. переєм заплати (Zah-
lungs- oder Erfüllungsübernahme), який має бути ріжний так
від звільняючого, як від скріпляючого перейму довгу. Сей по-
трійний поділ виходить із того, що воля сторін може мати
— мовляв — ріжний напрям, а то:

а) при звільняючім переймі довгу приймає хтось
зобовязане другої особи в тій гадці, аби дотеперішній дов-
жник звільнився, а новий довжник вступив в його місце;

б) при скріпляючім переймі довгу має після
волі сторін дотеперішній довжник лишитися в облігаційній
звязи, тільки крім сего має приступити до того-ж зобовязаня
новий довжник;

в) врешті т. зв. переєм заплати обіймає отсії випадки,
де давний і новий довжник не хочуть відповідати перед віри-
телем, не хочуть отже вірителеви придбати право позивання;
тоді — мовляв — новий довжник переймає не довг, але за-
плату, значить, переймає лише обовязок сповнити давне зо-
бовязане.

Однака сей поділ нестійний. При заключеню умови о пе-
реєм довгу воля сторін не дає трівкої підстави до відпо-
відного осудженя відношеня правного. Лише тоді, коли насту-
пила згода усіх сфер інтересованих, значить, коли крім да-
вного і нового довжника, згодився на переєм довгу осібно
віритель, і коли віритель звільнив опісля давного довжника
з довгу, відгриває воля сторін рішаочу ролю. Але в повищім
поділі о се не ходить, а зрештою така „потрійна“ згода не
лучається часто. Сторони звичайно не здають собі з того справи,
чи після їх волі давний довжник має бутиувільнений, чи ні,
та не здають собі справу з того, чи хочуть дати вірителеви
право позивання, чи ні. Пануюча теория хоче, аби воля сто-
рін означила се, що належить до осібного законного порі-
шеня, а закон на самій воді сторін не може оперти ся, бо із
самої волі сторін не можна прийти до певних висновків.

Вправді може лучити ся, що вже при умові заявить ся
новий довжник за скріпляючим переймом довгу, але тоді
примінюють ся взагалі такі правила, як при солідарних
зобовязанях; — замітне лиш се, що довжник переймає
солідарне зобовязане не з початку, коли зобовязане взагалі

повстало, але пізніше в осібній умові. — Де однаке наступив переєм довгу без виразної заяви нового довжника, що приступає лише побіч дотеперішнього довжника, — там не можна припускати солідарного зобовязання, та примінюють ся ті правила, які є привязані до перейму довгу взагалі.

При кождім переймі довгу, — чи зачислити його після пануючої теорії до звільняючого, чи до скріпляючого, чи до т. зв. перейму заплати, — воля сторін єднається однакова: новий довжник зобовязує ся заспокоїти вірітеля. Які із того вийдуть наслідки, а то: чи й коли вірітель має позивати нового довжника, чи новий довжник відповідає сам, чи разом з давним довжником, чи й коли давний довжник буде вільний від заплати — залежить від осібної законної постанови. Проте чи переєм довгу має бути звільняючий, чи лише скріпляючий, не рішає воля сторін, а інші обставини, до яких закон привязує сей або другий наслідок. Так само діє ся з т. зв. переймом заплати; переєм заплати не ріжнить ся основно від перейму довгу; він являє ся як переєм довгу у внутрішньому відношенні між давним а новим довжником, поки не звернувся на зверх, поки вірітель не увійшов в дане відношене правне. Та про се, доки відношене правне лишає ся внутрішнім відношеннем між давним а новим довжником, рішає не воля сторін, але зверхні обставини, до яких закон привязує сей наслідок.

ІІ. Як сказано — при переймі довгу є три сфери інтересовані: вірітель, давний довжник і новий довжник. Проте відношене правне тут не так просте, як при умовах, де виступають лише дві сторони інтересовані, вірітель і довжник. Через те треба відріжнити:

1) повний і неповний переєм довгу. Повний переєм є тоді, коли обіймає одним спільним узлом усі три сфери інтересовані. До сего треба „потрійної“ згоди, значить, між давним довжником а новим, між новим довжником а вірителем, між вірителем а давним довжником. Неповний переєм довгу є тоді, коли обіймає поки-що лише дві сфери інтересовані. Се є двояко можливе:

а) вірітель заключає з третою особою умову, в якій она переємає довг давнього довжника на себе; поки-що нема на се згоди давнього довжника. Се можемо назвати: віри-

тельний переєм довгу, або з латинська експромісія (Expromission).

б) давній довжник заключає з третою особою умову, в якій она зобовязує ся заспокоїти вірителя; се умова між давним а новим довжником, яка відбуває ся поки-що без згоди вірителя; називаемо її довжним переймом довгу, або переймом довгу в тіснішім значінню (Schuldübernahme im engeren Sinne).

2) З огляду на наслідки правні ділімо переєм довгу на внутрішній і зверхній: Внутрішній (interne Schuldübernahme), поки не ділає на зверх, тільки виступає у внутрішньому відношенню між давним довжником, а новим; зверхній (externe Schuldübernahme), коли ділає на зверх, супротив вірителя.

3) Про звільняючий і скріпляючий переєм довгу була уже бесіда.

III. Австр. кн. з. не знає вислову „переєм довгу“ (Schuldübernahme), як технічного. Вправді §§ 1344 і 1345 кн. з. ц. говорять про се, коли хтось за згодою вірителя „переймає“ довг другого, але в §§ 1400 кн. з. і д., на які вказує кінцеве речене § 1345, не говорить ся уже про „переєм довгу“, але про т. зв. „переказ“ (Anweisung, Assignation).

Проте в наукі австр. права єсть три думки: одні письменники твердять, що австр. кн. з. не має осібних постанов про переєм довгу, бо редактори кн. з. сего приречена, яке дали в § 1345 і ф. — мовляв — не додержали, а постанови §§ 1400 й д. відносять ся тільки до переказу; — другі письменники стоять знова на тім, що як раз постанови §§ 1400 й д. трактують під назвою переказу про переєм довгу в тіснішім значінню; а врешті треті виходять із того, що ті постанови примінюють ся не лише до переказу, але й до перейму довгу. Практика судова послугує ся звичайно постановами §§ 1400 й д. також при переймах довгів.

Сей послідний погляд єсть вірний. Істория редакції австр. кн. з. доказує, що в тересіянськім кодексі були ще осібні постанови про переказ і про переєм довгу, але опісля задля переважаючої схожості злучили ся в одно, та сьогодні постанови §§ 1400 й д. обіймають по думці редакторів закона не лише переказ, але й переєм довгу. Однаке треба зазначити, що не всі постанови §§ 1400 й д. дадуть ся до перейму довгу на-

взяти, та при кождім § треба з осібна провіріти, чи відповідає правній сути перейму довгу, чи навпаки можна його примінити лише до переказу.

Між переказом а переймом довгу ріжниця така: переказ дає право підняти заплату у переказаного на рахунок переказуючого, єсть отже — так сказати-б — посередним середством заплати; переєм довгу не має однак сеї цілі, він змагає до зміни довжника. Економічна causa обох правних інститутів єсть отже ріжна. При переказі спочиває головна вага на відношенню правнім між довжником переказуючим а вірителем; а при переймі довгу є звичайно підставою правне відношене між давним а новим довжником.

Мимо сеї зasadничої ріжниці може однак закон зрівнати в богатьох напрамах правні постанови переказу з постановами про переєм довгу. Се наступило — як сказано — в §§ 1400 кн. з. і д.

Однакче постанова § 1400 кн. з. не може до перейму довгу примінити ся. Она подає дефініцію переказу в технічнім значінню. Говорить про такий випадок, коли довжник хоче вірителеві так заплатити, що переказує йому „трету особу як платника“. Ся дефініція не дасть ся ніяк примінити до перейму довгу, бо при переймі довгу довжник не має наміру „заплатити“ вірителеві, тільки перенести свій довг на другого. Проте що до перейму довгу не можна ніколи покликувати ся на постанову § 1400 кн. з., бо она відносить ся виключно до переказу.

Інакше стоїть з постановами §§ 1401 і 1402 кн. з. Оба сї параграфи є в безпосередній звязі з собою. § 1401 кн. з. виходить із того, що вказаний віритель удає ся по одержанім переказі до переказаного довжника, і сей годить ся на переказ; а § 1402 кн. з. допускає, що порозумінє усіх трох осіб може також наступити в іншім порядку, значить, давний довжник (переказуючий) може вперед звернути ся до нового (переказаного), а опісля они оба до вірителя. Тому обі ті постанови можна примінити анальгічно до перейму довгу. І так, можна собі представити переєм довгу в тій самій формі, т. є. після того самого порядку поодиноких заяв, як повний переказ по мисли § 1401 кн. з. Однакче звичайно порядок пособі ідучих актів буде інший. Звичайно заключає умову в першому ряді не давний довжник з вірителем, але давний

довжник з новим довжником, та опісля приходить ще згода вірителя т. є. новий довжник зобовязує ся супротив вірителя, а віритель приймає його у місце давного довжника. Коли-ж заходять усі ті вимоги, постановляє § 1401, що тоді по правилу не може віритель жадати виконання вірительності від нового довжника.

Обмежене сеї норми подає однак постанова § 1406 кн. з. Ся постанова звучить expressis verbis на переказ, але що стоїть з § 1401 кн. з. в безпосередній звязи, мусить так само, як сей послідний, примінювати ся також до перейму довгу.

Далі навязує ся тут постанова § 1407 кн. з. Она звучить на переказ, а примінює ся анальгічно також при переймах довгів.

В звязи з § 1402 кн. з. стоїть § 1403, та істория редакції виказує, що й постанова § 1403 кн. з. примінює ся анальгічно до перейму довгу. Від близшого аналіза сеї постанови залежить, чи й о скілько примінює ся тут також § 1404 кн. з. Дальші розсліди докажуть врешті, як актуальна є постанова § 1405 кн. з.; она вправді прикроєна до переказів, але містить в собі дуже важний погляд на обовязки вірителя при переймах довгів.

Натомісъ постанови §§ 1408—1410 кн. з. відносять ся тільки до переказів.

IV. Тепер приступаємо до подрібного аналіза законних постанов. Зачинаємо від повного перейму довгу.

Повний пересам довгу може наступити або через спільне порозумінє всіх трьох інтересованих сторін одним актом (upo actu); або спершу є згода між двома сторонами, а опісля приходить ще згода третої сторони, її зводить через те порозумінє усіх сторін до одного, спільному знаменника. Мета, до якої змагає спільне порозумінє усіх трьох сторін, або — як каже § 1402 кн. з. — „потрійна згода“, лежить у тім, що в місце давного довжника має вступити новий (§ 1401 кн. з.). Коли-ж порозумінє не наступило зараз в присутності й за загальною згодою усіх трьох інтересованих сфер, то воно ділить ся на три акти, котрі можуть довільно по собі наступати. Тут можливі ось які евентуальності:

- 1) Спершу заключає умову давний довжник з новим довжником, при чім зобовязує ся новий довжник переймити на себе довг давного довжника. Опісля заявляє один і другий

— виразно, або мовчки — ту волю перед вірителем, а віритель на се годить ся. Звичайно заява нового довжника супротив вірителя, що хоче переймити довг давного довжника, містить в собі мовчучий акт волі давного довжника, коли давний довжник в межичасі не відклікав своєї постанови.

2) Почин до перейму довгу може також вийти від вірителя або нового довжника. Новий довжник зобовязує ся вірителеви переймити довг на себе, а опісля один і другий заявляють се давному довжникові, на що давний довжник годить ся. Але й тут заява нового довжника супротив давного містить в собі *implicite* також згоду вірителя, хіба-би віритель в межичасі відступив.

3) Врешті лучає ся, що почин до перейму довгу виходить від давного довжника й вірителя, котрі порозуміваються що-до особи нового довжника, який мав-би переймити довг. Опісля заявляють се вибраній через них особі, та коли она згодить ся, переймити довг, то переєм єсть повний (§ 1401 кн. з.) Вистачає також заява одного з них, т. е. або вірителя, або давного довжника, коли другий в межичасі не відклікав.

У всіх тих випадкахходить о потрійну „згоду“ (*Einwilligung*), а не о потрійну „умову“ (*Vertrag*): § 1402 кн. з. Згоду одної сторони може заступити судейський осуд.

З повного перейму довгу виходять ріжні відносини правні між давним довжником а вірителем, між вірителем а новим довжником, і між давним а новим довжником.

А) *Становиско правне вірителя.* Зasadу правну про відносини правні між давним довжником а вірителем подає § 1401 кн. з.: По правилу віритель не може жадати виконання зобовязання від давного довжника, тільки від нового. При тім вказує § 1401 на постанови §§ 1406 і 1407.

§ 1406 кн. з. допускає другорядну одвічальність давного довжника. Віритель мусить вправді звертати ся перед усім до нового довжника; але коли новий довжник не виконає зобовязання в відповіднім часі, то все ж-таки може виступити опісля против давного довжника, тільки вже не на підставі давного зобовязання, котре погасло, але на підставі нового обов'язку *ex lege*, котре після постанови § 1406 є таке саме, як одвічальність цедента за (правдивість і) стягливість вірительності.

Однаке треба примітити: § 1406 кн. з. відносить ся в першому ряді до переказу, проте легко було редакторам закона вважати переказ зі сторони давного довжника на рівні з цесисю; але ся конструкція правна не дасть ся примінити до перейму довгу, та мимо того § 1406 примінюється анальгічно до перейму довгу, — значить: Вправді не вважаємо відношення правного давного довжника до вірителя на рівні з цесисю, але все-ж таки поступаємо подібно, як при цесії, т. е. допускаємо право позву против давного довжника, коли новий не заплатить, з такими обмеженнями, з якими цедент відповідає за стягаємість вірительності. Тутходить о нестягаємість тої самої вірительності, яка прислугувала вірителеві до давного довжника, та одвічальність давного довжника буде обіймала взагалі усю шкоду, яку віритель із того цон'є, що не одержав заплати на час (також відсотки проволоки й кошта процесу з новим довжником); коли-ж одержав від нового довжника частину вірительності, то лише що-до решти й евентуальних відсотків та коштів може звернути ся відтак до давного довжника. За правдивість вірительності не відповідає однак давний довжник, бо довг був первісно його довгом, проте він може супротив вірителя оспорювати його істноване, хіба що в самім акті повного перейму довгу лежить *implicite признане*, що довг справді істнує.

§ 1406, що приняв анальгію цесії, покликує §§ 1397 і 1399 кн. з. Однак нема сумніву, що анальгія відносить ся також до постанови § 1398, так як ся послідна не є нічим іншим, як вислідом провідної ідеї інституту груntових книг і вислідом засади, що стягаємість зглядно нестягаємість вірительності осуджує ся після хвили заключення цесійної умови.

Проте давний довжник лиш тоді відповідає за нестягаємість довгу від нового довжника, коли вже в хвили доконання повного перейму довгу, — як настала „потрійна“ згода усіх сторін, — довг від нового довжника не дав ся стягнути. Коли однак нестягаємість наступила пізніше, чи то через провину вірителя, чи через чистий припадок, давний довжник не відповідає. Приміри вини вірителя подає § 1399 кн. з.

Не можна однак примінити кінцевого речення § 1397. Евентуальна одвічальність давного довжника після § 1406 не є що-до висоти обмежена, бо давний довжник не є цеден-

том, а віритель не єсть цесионарем, та давний довжник не одержує від вірителя за згоду на переєм довгу ніякої валюти.

Таке єсть значінє § 1406 кн. з. для повного перейму довгу. Лучить ся з ним постанова § 1407 кн. з.; она подає випадки, коли віритель тратить взагалі всяке право до давного довжника й не може його навіть в другім ряді позивати після § 1406. Коли віритель уже при заключенню повного перейму довгу, або опісля звільнин в и разно давного довжника з довгу, то мусить держати ся нового довжника, й коли-б від нього не одержав заплати, сам мусить шкоду понести. Таке звільнене давного довжника може наступити також мовччи; закон зачисляє тут: поквітоване давного довжника, й видане йому довжної грамоти. Однаке се не є одинокі випадки мовчучого звільненя давного довжника, але все ж-таки треба вважати, щоби віритель своїм діланем дав недвогнано до пізнання, що хоче рішучо звільнити давного довжника з довгу. Та коли-б поведене вірителя допускало також інші толки, не можна-б примінити постанову § 1407, але мусіло-б лишити ся при постанові § 1406. Тому не вистачає умова з новим довжником що-до способу умореня довгу або що-до прольонгати; не вистачає принімане поодиноких рат від нового довжника й т. д. Але все ж-таки можна сюди зачислити постанову § 171 уст. 2 екз. уст.:

Вірителі, що перед судовою ліцитацією недвижимості не зажадали виплати в готівці, дали *implicitlye* до пізнання, що приймають ліцитаційного набувця за виключного платника. Тому сей випадок представляє ся як повний переєм довгу, тільки він єсть законним переймом довгу, значить, не має підстави в умові між давним довжником а новим, але в постанові закону, яка заступає місце їх добровільної умови.

Спірне єсть в науці й в практиці питанє, в якім відношенню стоїть § 1407 до § 1401 кн. з. Чи до повного перейму треба конечно виразного або мовчучого звільненя давного довжника через вірителя? З дотеперішнього представлення слідує, що може бути повний переєм з виразним, зглядно мовчучим звільненем давного довжника, і тоді підпадає під постанову § 1407 кн. з., але може бути також повний переєм без такої заяви вірителя. § 1401 кн. з. не вимагає до поняття повного переказу, отже й до поняття повного перейму такого звільненя від вірителя. Коли-ж § 1401 покликує ся не лиш на по-

станову § 1406, але ѹ на постанову § 1407, то тільки тому, аби вказати на се, що „по правилу“ може віритель звертати ся до давнього довжника по заплату. Се „правило“ стверджує як раз постанова § 1407, а а contr. з § 1406 слідує, що закон приймає за правило заплату через нового довжника, і доперва в неправильних випадках, коли новий довжник не заплатив, можна позивати давнього. § 1406 кн. з. відносить ся отже як раз до тих випадків переказу, зглядно перейму, коли не було нї виразного, нї мовчучого звільнення давнього довжника через вірителя.

Проте, аби примінити постанови правні про повний переєм довгу, треба лише „потрійної згоди“ після § 1401 кн. з. Чи при цім уживано слів: „до одинокої та виключної заплати“ („zur Selbst- und Alleinzahlung“), чи інших, до них подібних, або неподібних, не відгриває тут рішучої ролі.

Найважніші випадки перейму довгу є: переєм довгів через набувця недвижимості за вчисленем гіпотечних довгів до ціни купна (in Anrechnung auf den Kaufpreis, in partem pretii); купно спадчини з довгами, зглядно купно цілого майна з довгами; продаж купецької торговлі з фірмою, або без фірми.

а) Набуття недвижимості за вчисленнем гіпотечних довгів до ціни купна може вважати ся як повний переєм довгів лише тоді, коли вірителі, на недвижимості загіпотековані, при самій умові між давним а новим довжником участвують, або опісля, про переєм довгів повідомлені, заявляють згоду свою на переєм. Взагалі мусить бути „потрійна згода“ по мисли § 1401 кн. з., аби переєм довгів був повний. Заява згоди зі сторони вірителів мусить бути недвозначна й мусить звертати ся до самих контрагентів. Та внесене позуву через вірителя не в силі застути осібної заяви, бо аби взагалі з повного перейму довгу можна було позивати нового довжника, треба уже згоди вірителя на сей переєм, проте внесене позуву против новонабувця не може зробити з неповного перейму повний. Зрештою заява згоди вірителів на переєм довгів при продажі недвижимості, може опирати ся або на постанові §. 1407, або § 1406 кн. з.; значить: вірителі можуть на відомість про переєм довгів через новонабувця виразно або мовчки заявити, що давнього довжника с. т. продаючого звільняють з довгів; або заявляють тільки згоду на переєм, але про

звільнене давного довжника не згадують — в першім випадку примінююється постанова § 1407, в другому § 1406 кн. з.

б) Також набуте спадчина з довгами через третього на-
бувця може мимо постанови § 1282 кн. з. містити в собі пов-
ний переїм довгів. До сего однак потреба, аби вірителі спад-
чини, повідомлені про продаж спадчини, згодилися на нового
довжника і в тім змислі заявилися супротив продаючого
новонабувця. Приняте через вірителів підходить тоді раз під
постанову § 1406, раз під постанову § 1407 кн. з. Через само
внесене позу зі сторони вірителя неповний переїм довгу не
може стати повним.

в) Взагалі у всіх випадках, де ціле майно переходить
з довгами *inter vivos* на другого, треба до повного переїму
довгів приступленя вірителів. Само повідомлене вірителів
і само приречене заплати зі сторони нового довжника — хоч-
би як торжественне — не зможе ніколи з неповного переїму
довгів зробити повний. Але коли вірителі приступили так, що
була „потрійна“ згода, там примінююється в міру даного ви-
падку або § 1406, або § 1407 кн. з.

г) Так само продаж торговлі з фірмою або без фірми
може наступити в формі повного переїму довгів. Коли ж за-
ходять в данім випадку усі вимоги повного переїму, то при-
мінюються вповні повніші постанови.

Однак треба признати, що усі ті випадки приходять
частійше в виді неновного переїму довгу, ніж як повний
переїм з всіма вимогами його-ж.

Б) *Становиско правне нового довжника.* Про відносини
правні нового довжника до вірителя стоїть правило, що довг
переходить на нового довжника в такому стані, в якому він
находився в хвили доконаного повного переїму довгу. Тут
нема ріжниці, чи переході наступив після § 1406, чи § 1407
кн. з. *Causa debendi* через переїм довгу не змінюється, а
проте зобовязане задержує усі ті особливості, які виходять із
causa даного облігаційного відношення між вірителем а дав-
ним довжником.

Крім сего із самим довгом переходять на нового довж-
ника також акцесориї, пр. обовязок до сплати відсотків,
до евентуальної заплати умової карти т. д., хіба-би за
спільним порозумінням згодженося на інший наслідок прав-
ний. Що-до залеглих відсотків, то переїмає їх новий довжник.

лиш тоді, як се виразно умовлено. Порука третих осіб і право заставу, що обтяжує річ третьої особи (а не давного довжника), потребує до переходу на нового довжника згоди ручителя, зглядно властителя заставної річи.

Новий довжник може боронити ся ріжними замітами, як так:

а) Спершу такими замітами, які доторкають істновання довгу. Але такі заміти, які вяжуться лично із самою особою давного довжника, не прислугують новому довжникові; чи й о скілько сюди належить також exceptio compensationis, буде залежало від сего, чи при спільнім порозумінню усіх трох інтересованих сторін звернено увагу на вирівнане довгу через компенсацію, чи ні, — та коли не взято за підставу вирівнане довгу через компенсацію, тоді новий довжник не може супротив вірителя компензувати сими вірительностями, які прислугували давному довжникові до вірителя.

Взагалі при усіх замітах сеї групи треба вважати на зміст самої умови о переєм довгу, ю о питані реґресу давного довжника до нового. Тому відпадають сї заміти, коли новий довжник, чи то при самім переймі довгу, чи опісля довг виразно або мовчки супротив вірителя узняв, або коли давний довжник в повній съвідомості про неістноване довгу його на нового довжника переніс, не вказуючи на те, що довг підпадає оспореню. Хто однаке переймає довги від давного довжника, хоча давний довжник про спірність зобовязання на разі ще нічого не зняв, або також хто переймає довги як спірні, зглядно коли переймає в загалі усі довги давного довжника у тім стані, в якім у послідного находяться, — прислугують переємцеви ті самі заміти, які прислугували давному довжникові против вірителя.

б) Далі може новий довжник у кожному разі боронити ся сими замітами, які ю ому прислугують особисто против особи вірителя.

в) Лишають ся врешті заміти, які доторкають самого акту перейму довгу. Тут треба відріжнити, чи „потрійна згода“ наступила uno actu, чи постепенно. В першім випадку доторкає нового довжника не лиш його власна заява супротив вірителя, але також його заява супротив давного довжника, та обі вяжуться при присутності вірителя безпосес-

редно в одну цілість. Проте й віритель не має прав не лише тоді, коли було непорозуміння між ним а новим довжником, але також тоді, коли було непорозуміння між давним довжником а новим. В другім випадку, коли акт повного перейму довгу відбув ся постепенно, може новий довжник покликувати ся на тоті хиби, які доторкають самого акту між ним а вірителем, бо другі акти стоять оподалік від послідного. Чи й о скілько може новий довжник боронити ся також замітами із його відношена правного до давного довжника, подамо понизше під В).

B) Становиско правне давного довжника. Про відносини правні між давним а новим довжником рішають перед усім постанови §§ 1406 і 1407 кн. з. В випадку § 1407 кн. з. давний довжник звільняє ся з довгу, а віритель не може його уже позивати. В випадку § 1406 кн. з. відповідає однак давний довжник за заплату в другому ряді, а то подібно як цедент цесионареши за стягаємість вірительності; коли однак прийшло до сего, мусить новий довжник звернути давному все те, що давний мусів вірителеви заплатити, разом із шкодою, яка з того вийшла. Се право — регресу давного довжника против нового.

Але серед даних обставин може новому довжникови прислугуввати право регресу до давнього. Се тоді, коли новий довжник, запізваний вірителем, мусів йому заплатити, а показало ся, що зобовязане нового довжника до заплати опиралося на неважнім відношено правнім між давним довжником а новим.

Але питане, коли новий довжник мусить заплатити вірителеви, хоча відношене правне між ним а давним довжником було неважне? Чи й коли можна сказати, що переєм довгу має абстрактну натуру, значить, що обовязок нового довжника до заплати є независимий від того, на якій підставі правній (між давним а новим довжником) зобовязав ся новий довжник переняти довги? Чи пр. набувець камениці з довгами, що зобовязав ся сплатити довги, а віритель згодив ся на цього, мусить вірителеви заплатити довги, хоча опісля вийшло, що умова о набутє камениці між давним а новим довжником була неважна? Коли б він все ж-таки мусів вірителеви заплатити, то переєм довгу мав-би абстрактну натуру;

коли-б нї, тоді про абстрактну натуру перейму довгу не могло бути бесіди.

Се питанє в науці спірне. Пануюча теория висказує ся за абстрактною натурою перейму довгу, й в богатьох випадках треба справді признати, що відношенє правне між давним довжником а новим стоїть так оподалік від зобовязаня нового довжника до вірителя, що обовязку нового довжника до заплати не можна чинити зависимим від важності, чи успішності дїла правного, на якім стоїть переєм довгу між новим а давним довжником. Але про те не можна сего правила ставляти як виключну засаду, — та богато письменників припускає то в однім то в другім напрямі виїмки. При тім треба оглядати ся завсে на особлившу натуру даного заміту, треба розібрati обставини даного випадку, головно звязь сего заміту з самим переймом довгу, розважити відповідно інтереси усіх інтересованих сфер, та на ей підставі прийти до висліду, чи в данім випадку повинен перед усім бути хоронений віритель у своїм довірю до нового довжника, чи радше хоронити нового довжника, аби не потребував уживати для свого покриття утяжливої дороги регресу против давного довжника.

При переймі довгу вчислює новий довжник нераз переняті довги до ціни купна, пр. хтось купує реальність вартості 60.000 К. за готівку 40.000 К. і за переймом гіпотечних довгів до висоти 20.000 К. — тоді повстає питанє, чи отсю решту, яку вчислив новий довжник до ціни купна, буде мусів коли-небудь звернути продаючому?

Повний переєм довгу єсть на рівні з заплатою (*Schuldübernehme ist Zahlung*) — значить: новий довжник, що замісьць заплати готівкою переняв на себе довги, має довги вірителеви сплатити, але ме може бути одвічальний давному довжникови за рештуючу суму, як ціну купна. Через переєм довгу наступає уморене зобовязаня до заплати ціни купна. Ціна купна вирівнує ся, а давний довжник не може нового позивати о решту; переєм довгу ділає наче *datio in solutum*.

V. Поки нема „потрійної згоди“ зі сторони усіх інтересованих сфер, але наступила згода що найменьше між одною парою інтересентів, переєм довгу єсть неповний, та § 1402 кн. з. видає загальну постанову, що тоді вяже зобовязане ті сторони, які між собою порозуміли ся, які про переєм довгу заключили поки-що умову. Вправді в § 1402 кн. з. читаємо,

що „тільки“ ті сторони є звязані, що з собою порозумілися; але се виключене всякої одвічальності супротив других інтересованих, відносить ся лише до переказу; чи оно дастє ся також анальгічно примінити до неповного перейму довгу, показує доперва точний аналіз §§ 1403 кн. з. і д. (Про се пізнійше).

Як відомо, неповний переєм довгу виступає в двох видах: як вірительний переєм довгу (експромісия), й як довгий переєм довгу (п. д. в тіснійшім значенні).

А) Вірительний переєм довгу наступає через умову між вірителем а новим довжником. (Пор. § 1345 кн. з.). Третя особа (с. т. новий довжник) переймає чужий довг (давного довжника) супротив вірителя, без попередної згоди з давним довжником. Такий переєм довгу найбільше зближається до повного, бо містить в собі згоду вірителя, а брак згоди давного довжника єсть тому маловажний, бо по мисли § 1423 кн. з. може третя особа, без волі а навіть против волі довжника сповнити за нього зобовязане й увільнити його через те від довгу, коли віритель на заплату згодився. Проте до вірительного перейму довгу примінюють ся *mutatis mutandis* ті самі постанови, як до повного перейму довгу.

З осібна треба примінити:

а) Новий довжник зобовязує ся до того самого, чого віритель має право жадати від давного довжника. Довг мусить *de iure* існувати, проте новий довжник може боронити ся усіми замітами, які доторкають істновання довгу. *Excepit compensationis* на підставі вірительності, прислугуючих давному довжникові против вірителя, була-б недозволеною компенсацією *ex iure tertii* (§ 1441 кн. з.). Взагалі що-до замітів против істновання довгу нема тут тих обмежень, які стрічаємо при повнім переймі довгу. Нема теж сумніву, що новий довжник може підносити заміти із самого акту, яким він переняв довг на себе, й заміти, які йому прислугують особисто против особи вірителя.

б) § 1407 кн. з. має тут повну приміну; значить: коли наступило виразне або мовгуче звільнене давного довжника через вірителя, то уступає давний довжник із зобовязання, а новий довжник вступає в його місце. Натомісъ нема підстави до анальгічної приміни § 1406 кн. з., та коли не було

вимог, поданих в § 1407, віритель вправді набуває права до нового довжника, але не тратить прав до давнього довжника; значить сей неповний переєм довгу ділає тоді скріплючо, а не звільняючи. Бо в тім випадку остається в повні при анальготі з § 1402 кн. з., та сей неповний переєм довгу, ділає справді тільки між тими особами, які між собою порозумілися, т. є. між вірителем, а новим довжником; постанови §§ 1403 й д. тому не противлять ся.

Б) Коли переєм довгу наступає спершу через умову між давним довжником, а новим, то маємо до діла з довжним переїмом довгу, або з переїмом довгу в тіснішім значенню. Се — як сказано — звичайна дорога, якою йде переєм довгу. Нераз єсть такий неповний переєм лише хвилявим підготовленем повного, але про те лишається він часто й на будуче неповним переїмом. Тому то потреба, аби право на се правне відношене звернуло свою увагу.

1) Перед усім ділає такий переєм довгу у внутрішнім відношенню між давним довжником а новим (§ 1402 кн. з.). Новий довжник зобовязується за спокоїти вірителя, та його річчу єсть, або заплатити на час вірителя, або в інший спосіб погодити ся з вірителем, щоби віритель не мав уже ніякої підстави, позивати давнього довжника. Взагалі мусить новий довжник поступати так, аби віритель не запізвав давнього довжника; та коли-б все ж таки новий довжник не постарався про те, аби віритель не запізвав давнього довжника, тоді новий довжник мусить давному відповісти за усю шкоду, яку понеє через те, що віритель пізвав його перед судом.

Чимало кінчить ся відношене правне на такій внутрішній одвічальноти між давним а новим довжником. Тоді говорить наука про т. зв. переєм заплати — але се не єсть, як було сказане, інститутом правним, ріжним від переїму довгу, але якраз неповним переїмом довгу у своїм внутрішнім діланю між контрагентами (т. зв. внутрішній переєм довгу, *interne Schuldübernahme*).

2) Але не завсігди кінчить ся на внутрішніх наслідках довжного переїму довгу між обома довжниками. Вправді з § 1402 кн. з. можна б вносити, що такий переєм довгу може ділати „тільки“ між самими контрагентами, але між тим з анальготі §§ 1403 кн. з. і д. виходить що іншого.

Придивім ся перш усього постанові § 1403 кн. з. Ся постанова відносить ся в першому ряді до переказу, ѿ вважає відношене правне між переказуючим а переказаним як припоручене, mandatum. Конструкція правна з § 1403 має також приміну до довжного перейму довгу, значить: переєм довгу, який повстав поки-що на підставі умови між давним а новим довжником, являє ся з правного огляду як мандат. Та коли схочемо примінити сюди правні постанови мандату, то мусимо відріжнити в австр. праві дві його категорії:

а) Мандат, з якого виходить безпосереднє, чи посереднє заступництво правне по мисли § 1019 кн. з.

б) Мандат, звісний в науці під назвою умови на користь третих по мисли § 1019 кн. з.

Ad б) Зачинаємо з послідного¹⁾). Виходить, що коли-б заходили вимоги § 1019 кн. з., можна б вважати умову о довжний переєм довгу між обома довжниками за умову на користь третьої особи, с. т. вірителя. З теоретичного огляду треба однак замітити, що між умовою на користь третих а переймом довгу заходить ріжниця, а то:

а) При умові на користь третих зискує трета особа нове — дотепер неістнуще — право; при переймі довгу однак зискує віритель що найвише нового довжника, але не нову вірительність.

β) Умова на користь третих має на меті придбати третьої особі матеріальну користь; а переєм довгу не може мати на меті ніякої користі для вірителя.

Однаке мимо тої ріжниці єсть богато схожого між переймом довгу а умовою на користь третих; проте коли § 1403 кн. з. вказує просто на мандат, а через те також на постанову § 1019 кн. з. про умови на користь третих, — то не можемо ані хвилі жахати ся, постанову § 1019 сюди „аналогічно“ примінити — значить о стільки, о скілько така анальгітія справді сягає.

¹⁾ Що-до відношення §§ 1019 і § 709 кн. з. до науки про умови на користь третих, подаю понизше погляд дещо відмінний від того, який в своїм часі подав я при § 41 систему.

Проте треба перед усім розібрати коротко постанову § 1019 кн. з., оскілько она тут підходить. Она єсть так загадочно уложеня, що можна її лиш тоді вирозуміти, коли розберемо історию редакції. Істория-ж редакції § 1019 кн. з. виказує:

α) Що „припоручене“ (Auftrag), про яке згадує § 1019, єсть що-до свого змісту тотожне з „приказом“ (Auftrag) по мисли § 709 кн. з., а ріжнить ся від нього лиш тим, що послідний (с. т. приказ із § 709) єсть тільки односторонною заявою, наколи „припоручене“ на користь третих з § 1019 єсть обосторонне, значить, мусить бути „одержане й приняте“ (erhalten und angenommen);

β) що право позивати мандатара або манданта (промітента або промісара) дістало ся до закона (теперішнього § 1019) тільки через очевидну протоколярну помилку, й через непорозумінє, яке між редакторами із того вийшло.

З того витягаємо для перейму довгу ось які висновки:

αα) Аби довжний переєм довгу можна підтягнути під анальтою з § 1019, мусять заходити усі вимоги, які є конечні до „приказу“ по мисли § 709 з тою відміною, що не ходить о односторонну заяву, а о обосторонну згоду. „Приказ“ по мисли § 709 кн. з. є можливий лиш тоді, коли сей, що приказує, тому, котому приказує, щось дає, якусь маєткову вартість на нього переносить (Vermögenszuwendung). Без такої „datio“ зі сторони приказуючого, приказ не має стійності. Так і умова на користь третих після §. 1019 вимагає, аби промісар переніс на промітента якусь маєткову вартість, аби йому спершу щось дав, а доперва на підставі того може умовити ся з ним о якусь користь для третьої особи. Проте, аби сюди примінити довжний переєм довгу, мусить він опирати ся на якісь „datio“ зі сторони давного довжника: Давний довжник переносить якусь маєткову річ на другого й зараз каже йому переймити довги; пр. продаж камениці з довгами. Лиш в таких випадках можна примінити анальтою з § 1019 кн. з.

ββ) Коли-ж право, позивати промісара з § 1019 опирає ся на редакторські помилці, й єсть аномалією в теорії умов на користь третих, — то не можемо сеї аномалії примінити до перейму довгу між давним довжником а новим.

Лишає ся тому тільки право позивати нового довжника а не також давнього. —

Ad a) § 1403 кн. з. допускає — як сказано — також анальотію мандату з § 1017. Тут будуть належали усі ті випадки довжного перейму довгу, котрі не можуть підходити під анальотію з § 1019. Отже, коли довжний переєм довгу не опирається на ніякій „*datio*“ зі сторони давнього довжника, не може бути бесіди о анальотії з § 1019, тільки о анальогії з посередним заступництвом по мисли § 1017. Тоді віритель не може набути про себе ніяких прав против нового довжника, так як із самого мандату між мандантом і мандатарем третя особа не може набути ніяких прав против мандатара.

VI. На цій підставі можемо відповісти на питання, чи ѹ коли з неповного перейму довгу між давним а новим довжником набуває віритель право позивати нового довжника, чи ѹ коли давний довжник перестає бути одвічальній за давній довг вірителеві. Треба відрізнити, чи довжний переєм довгу опирається на „*datio*“ зі сторони нового довжника, чи не має ніякої реальної підстави.

А) Переєм довгу наступає наслідом перенесення якоїсь маєткової вартості з давнього довжника на нового.

1) Віритель набуває право, позивати нового довжника, коли заходять отсії вимоги:

а) Коли давний або новий довжник повідомить вірителю про переєм довгу (§ 1019 кн. з.). Вистачає само „*повідомлене*“ — чи устне, чи письменне; оно мусить викходити від одного з контрагентів, значить від нового або давнього довжника. Повідомлене єсть одностороннім актом — не офertoю; бо оферту ставляє ся там, де має наступити приняття, а повідомлене вірителя про переєм довгу має лише призначене, аби віритель про переєм довгу знав, а не, аби його виразно чи мовччи приняв.

б) Віритель може однаке відкинути переєм довгу, та заявити, що не годить ся на нового довжника. В такім разі мусить віритель зараз т. є. без проволочко відповісти. Вправді про се не згадує ся виразно в законі, але се слідує з „природних правил обороту“ (пор. § 7 кн. з.

i. f. й § 914 кн. з.), а далі з анальгії з § 1405 кн. з. § 1405 звучить вправді на переказ, але дастъ ся анальгічно примінити до перейму довгу: віритель мусить отже безпроволочно відповісти давному довжникові, коли не хоче згодити ся на нового, в противному разі поносить він злі наслідки, значить, як не відповів безпроволочно, тратить право до давного довжника в обмін за права до нового довжника. При екзекуційній примусовій продажі назначує екз. уст. (§ 171 уст. 2) 8 днів до намислу; проте можна-б по крайній мірі приняти сей протяг часу також до продажі з вільної руки.

2) Поки віритель не набув права до нового довжника, бо його не повідомлено, може давний довжник відстути від умови. Що в § 1404 кн. з. сказано про „приняті“ зі сторони вірителя, наступає тут уже за повідомленем вірителя (ex anal. з § 1019 кн. з.). З хвилию повідомлення вірителя погасає право відклику довжників.

Коли-ж зараз по повідомленю відкиче віритель переєм довгу, не тратить він прав до давного довжника — але між давним довжником а новим лишає ся переєм довгу в давній стійності, значить, ділає тільки у нутрі, а не на зверх. Хоча віритель відкинув, мусить новий довжник давному все таки відповідати за се, аби віритель не позивав давнього.

3) Віритель, що набув права до нового довжника, тратить їх против давнього. Але тут не може бути сильніший наслідок, як при повнім переймі довгів, проте мусимо arg. a maiori ad minus примінити постанову § 1406 кн. з. i. f. Коли отже давний або новий довжник повідомляє вірителя про переєм довгу, а віритель не відповів зараз, що не годить ся — то може позивати нового довжника, але, коли-б новий довжник усього на час не заплатив, може в другому ряді звернути ся до давного довжника, який відповідає йому в таких границях, в яких відповідає цедент цесионареvi за нестягаємість віртельності.

4) Що до замітів процесових і акцесорій довгу, примінюють ся mutatis mutandis загальні правила, подані при повнім переймі довгу.

Б) Коли-ж довжний переєм довгу не опирає ся на ніякій „*datio*“ зі сторони давнього довжника, то зобовязує лише давнього й нового довжника, але вірителевi не дає ніяких

прав до нового довжника. § 1402 кн. з. примінює ся без зміни. Так само після § 1404 кн. з. може давній довжник відкликати переєм довгу аж до хвили, коли віритель згодився на переєм, коли приступив до умови. Аби умова між давним а новим довжником ділала також на зверх, мусить віритель приступити до умови, значить, неповний переєм довгу мусить стати ся повним. Аж тоді повстає питання про переход замітів і аксесорий довгу на нового довжника, ї рішався після правил повного переїму.

VII. Найважнішим випадком переїму довгу є продаж недвижимості за вчисленем гіпотечних довгів до ціни купна. Що така продаж може мати форму повного переїму довгу, згадували ми давніше. Однаке звичайно лучить ся така продаж з неповним переїмом довгу, та умову заключають тільки продаючий з набувцем, значить давній довжник з новим.

Сей випадок розглянемо подрібно на підставі сих правил, які ми вище подали.

Сама умова між продаючим а набувцем о набутті недвижимості не містить в собі конечно переїму тих довгів гіпотечних, які тяжать на недвижимості. Проте лучається, що продаючий сам зобовязує ся супротив набуваючого, довги, що тяжать на недвижимості, вповні або в частині сплатити. В такім випадку не бере набувець на себе особистого обовязку до заплати тих довгів, хоча они все-таки гіпотечно звязані з річию і як чисто гіпотечні тягарі переходять на набувця.

Аби набувець був за довги також особисто одвічальний, мусів їх на себе „переймити“; се діється через те, що переїмає гіпотечні довгі, які тяжать на недвижимості, *in partem pretii*.

Крім сего треба, аби вірителі набули безпосередні права до набувця. Се наступає через те, що або продаючий або набувець повідомляють об тім вірителів, а вірителі сему зараз не противляться. Як вірителі занехають по повідомленю відкинути зараз переєм довгу, то вважається, що они не противні, та набувають безпосередні права против новонабувця. Они можуть його впрост позивати — а він відновідає їм не лише річево з гіпотеки по мисли § 443 кн. з., але також особисто дальшим своїм майном.

Натомісць тратять они право против давногого довжника, та можуть його лиш тоді позивати, коли новонабувець не заплатив на час; в тім посліднім випадку примінює ся анальгічно постанова § 1406 кн. з. і. ф.

Недвижимість переходить з довгами нераз з рук до рук: спершу набуває її Б, опісля В, далі Г і т. д. Се т. зв. постепений переєм довгу (sukzessive Schuldübernahme). Коли-ж при кождім переході на нового набувця заходять усі повисіші вимоги — а то: Кождай набувець переймає довги *in partem pretii*, набувець або продаючий повідомляють про переєм довгу вірителів, а вірителі сему зараз не протиляться — відношене правне вірителів і довжників укладає ся просто й дефінітивно: Б переймає особисто усі гіпотечні довги свого попередника А, котрий перестає бути одвічальним; опісля купує недвижимість В і він переймає усі довги на себе, а Б звільняє ся; врешті набуває недвижимість Г, переймає довги й звільняє свого попередника. Лише послідний набувець відповідає особисто за гіпотечні довги, не тільки з гіпотеки по мисли § 443 кн. з., але також дальнішим своїм майном. Доперва коли б він (Г) не був в силі заплатити на час, можуть звернути ся вірителі до первісного довжника, що затягав довги (А) (anal. з § 1442 кн. з.), але тільки серед таких умовин, в яких цесионар може позивати цедента за нестягаємість вірителівности (§ 1406 і. ф.); середні довжники (Б, В) зовсім не відповідають.

Коли-б однаке при переході на ріжних набувців бракло одної з повисіших вимог — значить: перенята довгів *in partem pretii*, повідомленя вірителів, або коли-б вірителі на час протиалися — тоді вірителі не набувають прав до новонабувців, та не тратять їх до первісних довжників; кождий новонабувець набуває недвижимість з гіпотечним обтяженем, і поки не переніс недвижимість на другого, відповідає річево з гіпотеки (§ 443 кн. з.), але не особисто дальнішим своїм майном.

Важне єсть врешті питанє про переход замітів і акцесоріїв довгу на нового довжника. Оно єсть лиш тоді актуальне, коли віритель набув права до нового довжника.

Обговоримо понизше найважнійші випадки:

1) Що до акцесоріїв згадаємо про поруку й право заставу.

а) Коли віритель крім гіпотечного забезпечення вірительності зажадав ще поруки й така порука наступила, а опісля обтяжена цею вірительностю недвижимість перейшла на нового довжника, — тоді порука не переходить сама собою, але сам ручитель мусів би заявити ся, чи годить ся на переход поруки в користь нового довжника. Проте коли-б віритель привязував велику вагу до поруки, то лишає ся йому лише те, аби по повідомленю про переїзд довгу зараз відповісти, що не годить ся. Але якби нічого не відповісти, то переїзд доконується, а порука (без згоди ручителя) погасає.

б) Подібно діє ся з такими довгами, що були загіпотековані на чужій реальності.

2) Що-до процесових замітів, треба відріжнити відношене давного довжника до вірителя і відношене давного довжника до нового.

а) Чи новий довжник може вірителеви противставити такі заміти, які прислугують давному довжникові проти вірителя? Сюди примінюють ся по можности отсі загальні моменти, які ми подали при повнім переймі довгу. Але все ж таки не можна для усіх випадків подати загальної норми, проте треба розглянути найважливіші евентуальності:

а) Поперед усого можуть заходити при самім вписі формальні недостачі, які роблять впис формально неважним (пр. впис на підставі сфальшованого судового рішення; коли зміст впису не відповідає жданню подання; коли через похибку змінено назви осіб управлених і зобовязаних; коли з'явила похибка що-до предмету, на якім вписано вірительність і т. д.). Такий впис не може нікому давати ніяких прав; проте так першінний псевдо-довжник, як новонабувець можуть боронити ся тим, що впис неважний.

Інакше має ся річ, коли впис був формально важним, але з інших матеріальних причин міг бути зачіплений. І так:

β) Коли давний довжник заключив довг в малолітності без дозволу опікунчої влади, а малолітність не була втягнута до ґрунтових книг — то треба відріжнити, чи також продаж недвижимості наступила під час повнолітності, чи навпаки першінний довжник був тоді вже повнолітній.

В першім випадку ходить о се, чи на продаж був дозвіл опікуючої влади, чи ні; як був дозвіл, тоді новий довжник не може зачіпляти вірительності, значить, не може супротив вірителя покликувати ся на те, що його попередник заключив довг в малолітності. Так само, коли-б в другім випадку давній довжник прийшов опісля до повнолітності й в повнолітності продав недвижимість з усіми довгами новонабувцеви.

Аналітично треба рішити такі випадки, коли довг був заключений через умово хорошого, слабоумного, взагалі в стані неосудності.

γ) Припускаємо, що при заключенню довгу ділав довжник під примусом, або був в похибці (*exceptio metus, exceptio erroris*). Тоді треба відріжнити, чи довжник при продажі недвижимості про се знат, чи не знат, чи се при продажі підніс, чи не підніс, і чи новонабувець має противного право реґресу, чи ні.

Коли довжник, продаючи реальність, знат, що при заключенню умови з вірителем, був в похибці або ділав під примусом, і нічого не кажучи, переніс сей довг разом з реальністю на новонабувця, то новонабувець не може із того вносити ніяких замітів. Але коли-б довжник тоді ще не знат, що при заключенню умови ділав під впливом похибки, тоді новонабувець може всеж-таки против вірителя винести заміт; але в цім випадку буде мав продавець звичайно реґрес до набувця.

Може однаке продавець при продажі реальности виразно зазначити, що дотичний довг є спірний — а тоді має набувець право, боронити ся против вірителя замітом. Так самодіє ся, коли новонабувець переняв на себе гуртом усі довги в тому стані, в якому они в часі продажі находяться.

δ) *Exceptio non ad impletum contractus i exceptio non numeratae pecuniae.* Пр. хотіть купув від другого за 50.000 К. машин, та заки toti машини доставлено, вписано що-до 50.000 К. право заставу на недвижимості купуючого, котрий опісля недвижимість з довгами переніс на трету особу. Тут є можливі ріжні евентуальності:

Той, що купив машини, хоче задержати собі й далі право до тих машин — тоді він мусить виразно вилучити по-

висших 50.000 К. при продажі недвижимості, так що они не обтяжуть зовсім новонабувця.

По друге єсть можливе, що купуючий машини не знав про се, що продавець машин йому ще не доставив і в сїй несвідомості переносить він свій довг (50.000 К.) на трету особу. Тоді набувець недвижимості має *exceptio non adimpleti contractus*, але що через те зискав, мусить опісля дорогою репресу звернути свому попередникові.

Далі може лучити ся, що при продажі недвижимості продаючий (с. т. давній довжник) знав об тім, що машини йому ще не були доставлені, а все ж таки переносять без всякої застереження обовязок до заплати 50.000 К. на новонабувця. Тут можна припустити по стороні продаючого *apudim donandi* на річ вірителя — значить, продаючий хоче звільнити доставника машин від обовязку достави, а мимо того йому признати 50.000 К. через новонабувця; — тоді заходить комбінація між переймом довгу й умовою на користь третих, і новонабувець не може підносити против вірителя *exc. non adimpl. contr.*

Врешті може бути волюю продаючого зробити новонабувцеви даровину через те, що 50.000 К. не вчислює до ціни купна і дозволяє йому від вірителя відібрати машини. Тоді — природно — має набувець *exc. non adimpl. contr.*

ε) Що-до *exceptio compensationis* треба перед усім памятати, що в компензації єсть інтересований не лише довжник, продаючий реальність, але також віритель. Віритель позичив пр. давному довжникові 10.000 К. на гіпотеку, але між тим знова давній довжник позискав против вірителя вірительностій також до висоти 10.000 К., так що заходять усі вимоги компензації. Опісля переносять довжник реальність разом з довгами на новонабувця. Чи новонабувець може боронити ся компензацією, залежить від становиска давнього довжника й вірителя.

А тут примітити треба, що так давній довжник, як віритель, можуть вважати свої взаїмні довги за вирівнані, але з другого боку не можна їм відказувати права, аби обі вірительності трактували окремо. Тому довжник, продаючий реальність, може вилучити свій довг 10.000 К. від звязі із свою вірительностю тої самої висоти, і перенести його на

новонабувця, вчислюючи тих 10.000 К. до ціни купна. А з другого боку може знова первісний віритель мати підставу, не допустити до такого окремого трактування його вірительності й довгу, та жадати, аби обі вірительності вважати за взаємно вирівнані. Проте треба його запитати, чи він годить ся на окреме трактування обох вірительностей, чи ні. Коли-б згодився, то справа була-б поладна, бо тоді новонабувець мусів-би все таки тих 10.000 К. опісля заплатити, не могучи піднести exc. compensationis. Але коли-б не згодився, та за-жадав вирівнання обох вірительностей, тоді зобовязанє до 10.000 К. погасає і новонабувець, пізваний через вірителя, може все-таки боронити ся exc. compensationis.

Але звичайно буває так, що вірителя не визиває ся до заявлення згоди — а тоді віритель не тратить права против давного довжника жадати компенсації, зглядно може пози-вати новонабувця о 10.000 К., та новонабувець не може боронити ся exc. compensationis, тим більше, що тих 10.000 К. почислено йому до ціни купна.

Довжник, продаючий реальність, може також зараз з гори вважати обі вірительності за вирівнані, й тоді сам робить з права компенсації ужиток, а віритель не може тому проти-витись. Досить для нього, що про переєм довгу буде повідом-лений. Тоді новонабувець не пероймає 10.000 К. довгу, а ко-ли-б його пізвав віритель, має exc. compensationis.

5) Чи новий довжник може вірителеви противставити заміти із його відношення до давного довжника? чи може покликувати ся на се, що умова купна-продажі була неважна, або підлягає оспоренню? Подамо понизше кілька примірів.

α) Як показало ся, що продаючий мимо впису до ґрунтovих книг не був справді властителем реальності, то продаж камениці й переєм довгу стають через те безпідставні, та псевдо-набувець може боронити ся тим про-тив вірителів.

β) Коли продаючий в малолітності продав реальність без „правдивого призвolenя“ опікунчої влади, то продаж неважна, а набувець, пізваний через вірителів, має експензію.

γ) Коли при купні реальності заходила суща по-хибка, то перед усім новонабувець може виступити против

продаючого. В сім випадку повинен продаючий знова довгі взяти на себе. Про се повинні сторони повідомити віригелів, та від сеї хвилі не можуть вірителі позивати новонабувця. Коли-б однаке вірителі про се не довідали ся, то можуть все-таки позивати новонабувця, котрому не прислугує тоді exc. erroris.

δ) Найважнійше єсть тут *excerptio non ad impletum contractus*. Она прислугує новонабувцеві проти вірителям, бо поки він не був ще вписаний за власника до ґрунтових книг, або не обняв даної реальноти в посідане, не може відповісти супротив вірителів. До сеї пори відповідає давній довжник.

IV. Розділ.

Погаснене зобовязань.

§ 66.

Загальні замітки*).

I. Трета глава III. часті кн. з. ц. говорить у заголовку про „знесене прав і обовязків“ (Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten), але займає ся de facto причинами погаснення зобовязань. § 1411 кн. з. подає засаду, що права стоять з відповідними обовязками в так тісній звязі, що з погасненем права погасає також обовязок, і наоборот з погасненем обовязку гасне й відповідне право. Ся засада, примінена до зобовязань (в технічнім значенню), висказує лише се, що кожде облігаційне відношене мусить мати сторону управнену й сторону зобовязану, та коли відпадає або управнене, або зобовязане, мусить погаснути правне відношене.

Одієля подає австр. кн. з. поодинокі причини погаснення зобовязань, та займає ся з осібна:

- 1) сповненем або заплатою (§§ 1412 – 1437). Тут згадує також про дане у місце заплати (datio in solutum) в §§ 1413, 1414, і про зложене до судового депозиту в § 1425;
- 2) компенсацією, в §§ 1438 – 1443;

*) Гл. Codex Theresianus III, 1. n. 131, 132; 24 n. 186 – 190; Horten III, 25. § 119; Martini III, 17. § 1; Гал. кн. з. III. § 564; Ofner, Prot. II. ст. 243, 244.

Пор. Stubenrauch, Comm. II.⁸ ст. 831; Krainz, System II.³ § 343 (ст. 155); Hasenöhrl, Obl. R. II.² § 87 (ст. 377/378); Till, Prawo pryw. III. ст. 319, 320.

- 3) звільненем з довгу, в § 1444;
- 4) сполукою вірительности з довгом, в §§ 1445, 1446;
- 5) неможливостію сповнена, в § 1447;
- 6) смертию вірителя або довжника, в § 1448;
- 7) упливом часу й задавненем, в § 1449.

Се не є однаке усі причини погасненя зобовязань. Сюди належить перед усім також новация (§§ 1376—1379 кн. з.), про яку говорить авст. кн. з. в розділі про „Зміну прав і обов'язків“; далі т. зв. *contrarius consensus* при умовах (*arg. a contr. z* § 920 кн. з.); врешті сповнене розвязуючого усліва, або укінчене кінцевого реченця, про що була вже бесіда в науці о змісті умови. (Пор. вище § 42 і § 43). Загальне значене може мати також відступлене від умови, коли опирається на попереднім умовнім застереженю (Пор. вище § 49). Т. зв. *concursum duarum causarum lucrativarum* не становить сьогодні осібної причини погасненя зобовязань, бо припадки, які належали тут після римського права, підходять тепер або під категорію неможливості сповнення, або під категорію сповнення зобовязання після заявленої волі сторін.

II. Римське право робило ріжницю, чи зобовязаня погасають *ipso iure*, чи *ore exceptionis*. Ся ріжница полягала на тім, що в першім випадку зобовязане переставало взагалі (обективно) існувати, а в другій випадку треба було, аби пізваний підніс проти жаданя відповідний заміт в процесі. Она й тепер істнє, але не має сего значіння, як давніше, уже тому, що сьогодні спочиває головна вага облігаційного відношення на економічнім висліді, який має наступити, а з огляду на те повища ріжница не має значіння. З правного боку лежить ріжница між обома випадками хіба у тім, що коли зобовязаня погасають *ipso iure*, то не можуть на ново віджить (се, що прийшло б на місце погаслого вже зобовязаня, будо-б новим зобовязанем), натомісъ, коли можуть тільки погаснути *ore exceptionis*, то не є виключене, аби давне зобовязане віджило, а то через те, що довжник зрече ся права експензії.

Далеко важніший єсть такий поділ, який опирається на економічних чинниках. Зобовязане погасає або так, що дає вірителеви материальне заспокоене, або так, що не дає йому заспокоеня, та не вирівнує сеї економічної люки,

яка повстала з вірительностю. Значить: віритель може одержати се, що покриває ся матеріально з його вірительностю, — або не одержує нічого такого, щоби заспокоювало економічно його домаганн. Причини погасненя зобовязань без матеріального заспокоення вірителя опирають ся знова або на умові, або на іншій правній події. Проте відріжняємо:

а) Причини погасненя, що дають вірителеви матеріальне заспокоене. Сюди належать:

- 1) Сповнене або заплата.
- 2) Datio in solutum.
- 3) Зложене до судового депозиту.
- 4) Компензация.

Три послідні випадки є сурогатами сповнення.

б) Причини погасненя без матеріального заспокоення вірителя, а то:

а) на підставі умови або іншого діла права:

- 5) Новация.
- 6) Звільнене з довгу.
- 7) Contrarius consensus.

8) Сповнене розвязуючого услівя, або укінчене кінцевого речення.

9) Відстуцлене від умови на підставі умовного застереження.

β) на підставі інших правних подій:

- 10) Припадкова неможливість сповнення.
- 11) Сполука вірительности з довгом.
- 12) Уплив часу й задавнене.

Смерть не єсть загальною причиною погасненя зобовязань (пор. § 1448 кн. з.)

§ 67.

Сповнене або заплата*).

I. Характерною цією зобовязання єсть *solutio*, с. т. сповнене. Його-ж головна ціль лежить як раз у тім, аби довжник виконав се, що вірителеви прирік, і так, як йому

*) Гл. Cod. Ther. III, 24. n. 1—82, 161; 2. n. 102; 9. n. 123; 10. n. 24; Horten III, 25 §§ 1—77, 92; 7. §§ 57, 71; 18. §§ 15, 32; 9. §§ 59, 69;

прирік. Словене — се виконане того, до чого довжник обовязаний. Оно єсть природним закінченем облігаційного відношення, а то в тім розумінку, що погасають як раз ті зобовязаня, яких словене доторкає ся; коли-одначе існувало таке облігаційне відношене, яке давало-б можність повставання щораз нових довгів і вірительностій, то через виконане одного зобовязаня, не погасає ще ціле правне відношене. Се послідне відносить ся головно до т. зв. організаційних умов.

Австр. кн. з. послугує ся для означення словеня зобовязаня назвою „заплата“ (*Zahlung*) — так після давнішої романістичної доктрини з часів редакції кн. з. ц. Се слово обімає не лише заплату в гроших, але взагалі всяке словене чинитьби: § 1412 кн. з.

До словеня треба, аби чинитьба, яку виконує ся, відповідала що-до змісту сему, що було предметом зобовязання; проте коли-б віритель на покрите вірительности одержав або не ту саму річ, або не так, як було умовлене, чи іншим робом було підставою зобовязаня, то не може бути бесіди про словене або заплату, тільки у крайному разі про суроати словеня.

10. § 10; Martini III, 17. §§ 2, 3, 8—16, 18—21; 18 §. 35; 5. § 8; 6. § 15; Гал. кн. з. III, §§ 565, 566, 571—579, 581—583, 622, 150, 188; Ofner, Prot. II. ст. 244, 246—248, 252—254, 582, 583, 82, 90.

Пор. Zeiler, Comm. IV. ст. 115—131, 135—143; III. ad §§ 1052, 1062 кн. з.; Nippel, Erläut. ad §§ 1412—1424, 1426—1430; 1052, 1062 кн. з.; Winwarter, Bürg. R. V² ст. 85—94; 96—102; IV² ad §§ 1052, 1062 кн. з.; Ellinger, Handbuch ad §§ 1412—1424, 1426—1430, 1052, 1062; Kirchstetter, Comm. ст. 689—693, 694—695, 535; Stubenrauch, Comm. II⁸ ст. 832—848, 853—858, 271 і д., 284; Krainz, System II³ §§ 344—347 (ст. 155 і д.), § 339 (ст. 146 і д.); Hasenöhrl, Obl. R. II² §§ 87—89 (ст. 377—423), ст. 577 і д., 525 пр. 23, 347—366 (= § 84); Till, Prawo pryw. III ст. 321—337, 352—356; 15, 77, 78; Schuster v. Bonnott, Grundriss ст. 37—39.

Врешті: Gruchot, Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld (1871); Cohn в Endemanns Handb. des Handels- Wechsel- und Seerechtes III ст. 998 і д., 1003 і д., Unger, Fragmente aus einem System des oest. Obl. R., у Grünhuta Zeitschr. XV (1888), ст. 529 і д.; Oermann, Zahlung fremder Schulden, в Arch. für die civ. Prax. LXXXII ст. 367 і д.; v. Schey, Mora creditoris (1884); v. Schey, Regressrecht; André, Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1890).

З цього поняття сповненя слідують ось які висновки:

1) Все, що може бути предметом зобовязання, є також предметом сповненя, значить: dare, facere, omittere, pati. Після ріжниці предметів представляється сповнене як діло правне (Rechtsgeschäft), або як інша подія правна (juristische Tatsache). Коли ходить о dare або facere на певних матеріальних річах, то сповнене єсть ділом правним, і то обосторонним, т. е. умовою. Тоді крім чинитьбу зі сторони довжника треба також відповідного співділаня вірителя. Тут наступає сповнене в намірі уморення зобовязаня; значить: хто виконує зобовязане, мусить мати намір, його уморити, а віритель мусить обявити волю, приняти чинитьбу як сповнене зобовязаня. Таку умову називаємо звільнючою умовою (liberatorischer Vertrag), бо її метою є звільнити довжника. Від неї треба відріжнити умову, де чинитьба наступає не solvendi ale contrahendi causa, прим. виплата грошей позичаючому при затягненню позички — бо в сім випадку повстає нове зобовязане, а не погасає старе.

Натомісъ коли предметом сповненя єсть пасивне поведене довжника (omittere або pati), згайдно якесь ділане, але не на річах, які довжник мав-би передати вірителеві, — не може бути бесіди про співділане вірителя; проте де ходить о пасивне поведене довжника, сповнене не єсть взагалі ніяким ділом правним, бо може наступити i p s o f a c t o без осібно на се зверненої уваги довжника, — а де ходить о особисті послуги, там оно єсть лише односторонним ділом правним, не умовою.

2) Предметом сповненя мусить бути те саме, що єсть предметом довгу. Не можна вірителеві накинути чого іншого — аві іншої річи у місце заплати, ані вартості довжної річи.

Коли проте предмет чинитьби не відповідає зовсім тому, до чого довжник зобовязався, може віритель його відкинути.

Однака віритель може добровільно приняти таке виконане, і то або з застереженями або без застережень. Коли віритель приняв чинитьбу тільки з застереженнями, там нема сповненя; оно єсть неповне, хибне — та не має наслідків § 1412 кн. з., значить, зобовязане не погасає, аж до хвили, поки не полагодить ся справа з застереженнями. Але коли-б віритель приняв чинитьбу як сповнене певного зобовязаня, і то

без застережень, то через те погасло давнє зобовязане, та не може бути бесіди о приміненю § 919 кн. з. — і на будуче може віритель доходити своїх прав лише на осібній правній підставі, т. є. із запоруки (§ 931, 932 кн. з.).

II. Що-до особи, яка сповнє зобовязане, постановляють §§ 1421—1423 кн. з. отсє:

1) У першому ряді має сам довжник обовязок сповнити зобовязане. В міру сего, чи сповнене чинитьби єсть ділом правним, чи ні, стоїть вимога здатності правої довжника; значить, коли сповнене представляє ся як діло правне, тоді до його важності треба по правилу здатності до ділания по стороні довжника; де оно не єсть ділом правним, там немаєї вимоги. Але хоча в першім випадку треба здатності до ділания, то все-ж таки навіть нездатний до ділания довжник може звільнити ся від довгу, коли заплатив довг, який справді істнував, і в такій самій висоті, в якій істнував, і коли сей довг був дійсно уже платний; зрештою мусіло сповнене наступити в такий спосіб, як умовлено. Тоді нездатний до ділания довжник не поносить ніякої шкоди, та не можна тут робити ріжниці, чи нездатність до ділания довжника була повна, чи лише часткова, а то тим більше, що — як понизше докажемо — навіть третя особа може за довжника важно заплатити, то чайже й сам довжник, хоча нездатний до ділания, може важно за себе заплатити, коли в данім випадку зробив все те, чого можна жадати від довжника здатного до ділания.

Коли однаке довг справді не істнує, або є сумнів, чи він істнує, там нездатний до ділания довжник не може його важно заплатити. Так само тоді, коли зобовязане було зависиме від услівя, тай ще не рішилося, чи оно сповнить ся, чи ні. В сих випадках можуть правні заступники довжника жадати звороту заплати (§ 1421 кн. з. i. f). Однак се обмежене не може відносити ся до сего майна, яким особи з обмеженою здатністю до ділания можуть вимково заряджувати (пор. §§ 151, 246, 247 кн. з.).

Коли сповнене не представляє ся як обосторонне діло правне, значить, коли ходить о *mittere* або *pati*, зглядно о особисті послуги, — тоді до важності сповнення зі сторони довжника не треба зовсім здатності до ділания, бо она тут не відграє ніякої ролі.

2) Замісць довжника може сповнити зобовязанє його правний заступник. Усі новітні законодавства принесли засаду, що кожний може підприєммати усій дії правні через заступників — але правні заступники мусять відповідати усім вимогам безпосереднього заступництва, тоді наслідки сповнення є для довжника ті самі, як коли-б він сам виконав зобовязанє.

Те саме можна сказати також про виконанє зобовязанія через помічників, що є орудями волі довжника. Не даром в правничій літературі підносяться голоси против основної ріжниці між післанцями, помічниками а заступниками.

Коли-б віритель від повновласника, зглядно законного заступника довжника, або його післанця зглядає помічника не приняв сповнення, попадає в тога creditoris. Однаке годі забути, що є зобовязанія, які мусить сам довжник особисто сповнити, так що сповнене через іншу особу не може взагалі уходити за сповнене, пр. при услугах або ділах, деходить о особисті прикмети, здатність, вірність і т. д. Тут заступництво є немислимим.

3) Врешті й трета особа, що не має ані повновласти, ані припоручення від довжника, може заплатити за довжника довг з тим успіхом, що довжник звільняє ся. З правничого боку треба тут відріжнити два роди випадків: у перве, коли трета особа платить материально-чужий, але формально свій довг, — а в друге, коли она платить так материально як формально чужий довг.

а) Коли пр. ручитель платить довг за головного довжника, то платить формально свій довг, але материально-чужий. Віритель мусить приняти сю заплату.

Так само мусить віритель приняти заплату від кожного солідарного довжника, без огляду на се, чи сей останній затягнув довг на свою користь, чи лише приступив формально до зобовязанія.

β) Але австр. право знає також заплату чужого довгу, і то формально й материально чужого довгу, через трету особу. Тоді виривають два питання, чи й коли мусить віритель приняти таку заплату від третьої особи, і яке правне відношене повстає між третою особою, котра заплатила чужий довг, а довжником, за якого она заплатила. Сими питаннями займаються ся постанови §§ 1422 і 1423 кн. з. ц. Треба відріжнити, чи заплата через трету особу наступила за порозу-

мінem з довжником, чи без його дозволу або навіть против його волі:

αα) Коли трета особа платить довг за призволенем довжника, то віритель мусить приняти заплату, й довг погасає через заплату. Коли-б віритель не приняв, виставляє ся на наслідки morae creditoris. Навіть за дозволом довжника не може віритель приняти від третьої особи грошової кари, бо інакше стратила-б она знамя кари.

ββ) Де однак не було згоди довжника, не має віритель обовязку, від третьої особи приняти заплату. Він може її відкинути. Але є виїмок: Коли один з вірителів гіпотечних, виконуючи своє ius offerendi для здережання ліцитації, заплатить довг другому вірителеві гіпотечному за довжника (§ 462), мусить віритель приняти заплату.

Нема однаке сумніву, що — хоча віритель не має обовязку — то все ж таки має право приняти заплату від третьої особи навіть без згоди довжника. А тоді погасає довг, значить погасає зобовязане сего довжника супротив сего вірителя; натомісъ повстає чимало зобовязане довжника супротив третьої особи.

Взагалі в обох випадках, коли за довжника заплатила трета особа (§§ 1422, 1423 кн. з. ц.), треба розглянути, чи між довжником а третою особою було якесь правне відношене, задля якого она за нього заплатила, чи ні. Як перед заплатою було між ними¹⁾ якесь правне відношене, то й по заплаті осуджують ся після сего відношення їх права й обовязки. Але коли не було осібного відношения правного, тай заплата не наступила animo donandi, то трета особа може тепер стати вірителем довжника. Се не настуває ipso iure, як при поруці (§ 1358 кн. з. ц.), лише трета особа має право жадати від вірителя, аби відступив її свої домагання правні до довжника. Се есть т. зв. cessio necessaria: значить, віритель є обовязаний відступити свою вірительність третій особі, котра через те стає цесіонарем. Віритель не потребує однак відповісти за bonitas i veritas nominis, т. е. за правдивість і стягаємість вірительності — зовсім природно, бо не намагав ся від третьої особи одержати заплату, а трета особа заплатила з власної волі, проте мусить поносити евентуальні злі наслідки.

¹⁾ Пр. внутрішний переїзд довгу.

III. До кого має звертати ся сповнене зобовязання, каже § 1424 кн. з.

1) Управнений єсть віритель. Йому належить ся перед усім заплата. Коли сповнене єсть ділом правним, мусить віритель бути здатний до діланя. Нездатний до діланя віритель мусить мати законного заступника. Довжник не може тому заплатити важно такому вірителеви, котрый „не може заряджувати своїм майном“. Се обмежене не відносить ся отже до тих зобовязань, котрі доторкають того майна нездатних до діланя осіб, яким они виймково можуть вільно орудовати (§§ 141, 246, 247 кн. з.).

Але хоча заплата на руки нездатного до діланя вірителя єсть неважна, не може наступити через те неоправдане зобачене. Проте заплата задержує фактично свою стійність о стільки, о скілько она дійсно лишила ся в майні вірителя, або дійсно обернула ся на його користь (§ 1424 і. ф.). Коли сповнене не єсть ділом правним, та ходить тільки о об'єктивний ефект, або суб'єктивне поведене довжника — то виконане зобовязання наступає без огляду на здатність до діланя вірителя.

Вірителем єсть не лиш той, що був ним від самого почину, але й той, що став ним опісля через загальне або однинче наслідство: спадкоємець або цесіонар.

2) Вірителя може застуپити й при заплаті „до приняття спосібний повновласник“ (§ 1424 рг.) Сюди належить крім законного заступника також уповноважений мандатар і т. зв. *solutionis causa adjectus*.

Повновласть, яку віритель уділяє другому, щоби в його імені приняв чинитьбу, може бути або загальна, необмежена, або спеціальна, обмежена. Тільки там, де ходить о грошеві або такі чинитьби, котрих предметом є вартні папери, постановляє закон (§ 1008 кн. з. ц.), що повновласть мусить бути спеціальна й мусить означувати виразно дотичну категорію діл правних (значить: загалом принімане заплат від довжників), не конечно поодинокий випадок, о який ходить (не треба отже виразно подавати, що повновласть відносить ся тільки до тої заплати, а не інакшої). Повновласть до приняття заплати від довжника підлягає загальним правилам повновласти, може отже бути відкликана через вірителя (§ 1020 кн. з. ц.), тай погасає правильно через його смерть (§ 1022 кн. з. ц.).

Коли-б тому мандатар по відклику повновласти або по смерти вірителя приняв від довжника чинитьбу, то се приняте не звільнило довжника з довгу¹⁾.

Але віритель може також в порозумінню з довжником, чи то при самім повстаню зобовязаня, чи пізніше означити особу, якій може довжник намісць вірителя заплатити. Значить, довжник має вибір, чи заплатити вірителеви, чи третій особі. Трета особа, котрій довжник може заплатити, се *solutionis causa adjectus*. Таке означене третьої особи в цілях приняття заплати може мати двояке значене: або оно наступило в інтересі вірителя, щоби міг в разі потреби заступити ся певною, собі відданою особою — або навпаки причина установленя сеї особи лежить тільки в інтересі довжника, котрому залежить на тім, аби мати свободу, заплатити вірителеви або отсїй третій особі. В першім випадку стоїть *solutionis causa adjectus* на рівні з повновласником, може бути тому через вірителя односторонньо відкліканій і тратить правильно своє управнене через смерть вірителя; а в другім випадку він ріжнить ся зasadничо від повновласника, й не може бути відкліканій через вірителя, ані через його смерть не тратить свого управненя, бо довжник набув через установу підставленого платника право, йому заплатити. Чи *solutionis causa adjectus* є установлений в інтересі вірителя чи в інтересі довжника, залежить від інтерпретації волі сторін — есть отже *quaestio facti*.

3) В імково може наступити заплата також на чужі руки; значить, трета особа, що не єсть ані вірителем, ані „до приняття спосібним повновласником“, може приняти важно заплату. Нема сумніву, що віритель може довжникови позволити, аби заплатив третьій особі; або може затвердити ех *post* таку заплату — бо приняте заплати есть способом орудовання вірительностію, котре прислугує вірителеви. Так само може неважна заплата стати важною або через те, що трета особа по принятю заплати набуває вірительність чи дорогою спадкоємства по вірителю, чи дорогою цесії; або наоборот через те, що віритель стає спадкоємцем третьої особи. Отсї випадки слідують уже з загальних правил.

¹⁾ Але все-ж таки лишає ся наслідок правний після анальготії з § 1424 i. f.

Крім сего можна заплатити третій особі в отсіх випадках:

а) коли довжник платить цедентови перед т. зв. *denuntiatio* (§ 1395 кн. з.); тут єсть вірителем цесіонар уже від хвили покінчення цесійного акту, а про те може довжник цедентови важно заплатити, як ще не дізнав ся про цесію;

б) коли довжник платить не на руки свого вірителя, але того, що на сїй вірительності має право заставу (*pignus nominis*) або ужитковання (*ususfructus nominis*);

в) коли прийде до екзекуції, може довжник сповнити зобовязане до рук екзекуційного органу судового (§ 25 екз. уст.).

Врешті не може віритель доходити своєї вірительності, о скілько заплата все-таки до нього дісталася, або о скілько мав з неї економічну користь (ex anal. з § 1424 і. ф.).

В усіх інших випадках заплата до рук третих не єсть сповненем зобовязаня й не звільняє довжника. Навіть коли-б довжник находив ся в оправданій похибці тай думав, що платить вірителеви, не може через заплату третому з довгу звільнитись. Тоді має він лише *condictionem indebiti* против того, кому заплатив (§ 1431 кн. з.).

IV. Зобовязане мусить бути належито сповнене; не-відповідне виконане може віритель відкинути. Що треба, аби сповнене було належите, пояснюють §§ 1413—1416 кн. з.

1) Перш усого мусить зміст сповнення відповідати точно змістови зобовязання. Про те була вже висше (під I 2) бесіда. Вислідом сїї засади єсть, що виконане зобовязане мусить бути повне (*vollständig*). Довжник єсть тому зобовязаний заплатити в день платності все, що винен, так капітал як відсотки — та коли не платить всего, не платить разом і капіталу й відсотків, — чинитьба його єсть лише часткова, не повна. Віритель не потребує приняти часткової чинитьби, хіба була така умова, що заплата має наступити в ратах, або що осібно мають платити ся відсотки, а осібно капітал. Через відкинене часткової чинитьби не попадає віритель в тога *creditoris*, а навпаки довжник мусить поносити наслідки тога *debtoris* не лиш що-до недоплаченої решти, але взагалі що-до цілої довжної суми.

Є однак вімкни, що віритель обовязаний приняти часткову заплату. Перед усім належить тут постанова арт. 38. векс. уст.; але й в загальнім праві приватнім стрічамо такий

виїмок implicite в постанові § 904 кн. з. Коли довжник приняв на себе обовязок сповненя „по можності“ або „після обставин“ (nach Möglichkeit oder Tunlichkeit), тоді мусить віритель згодити ся також на часткові сплати. Не можна однак зачисляти сюди випадку, коли довг, що зобовязував первісно одного довжника, перейшов опісля дорогою спадкоємства на кілька осіб, — бо через те поділилося одно зобовязане на кілька зобовязань pro rata, та кождий спадкоємець єсть лише довжником певної частини первісного довгу, і коли її сплачує, не платить частини свого довгу, але цілий довг.

Хоча віритель не є обовязаний приняти часткової чинитьби, то все ж таки має право її приняти, а тоді погасає отсяча частина довгу, що є покрита заплатою.

Але що діє ся тоді, коли довжник має у того самого вірителя кілька довгів, і платить, але не все, тай його заплата не покриває усіх довжних позицій?

Тут треба перед усім розглянути, чи сповнене представляє ся з огляду на свій зміст як ділом правним, чи ні. Коли єсть ділом правним, то по стороні довжника мусить заходити намір, уморити зобовязане: *animus solvendi*. *Causa*, задля якої наступає сповнене, єсть *causa solvendi*. Де сповнене не єсть ділом правним (пр. при зобовязанях, що змагають до занехання чогось), *animus solvendi* єсть злишний.

А далі, коли сповнене єсть ділом правним, і то обосторонним, с. т. умовою, то й віритель мусить приняти чинитьбу довжника як заплату; значить, мусить заходити порозуміння сторін що-до *causa solvendi*. Се порозуміння відносить ся однак тільки що-до питання, чи довжник сплачує довг, чи ні; а все-ж таки може заходити сумнів що-до того, який довг платить довжник, головно там, де довжник має у того самого вірителя не один довг, але більше. Сим останнім питачем займає ся друге речене § 1415, і § 1416 кн. з.:

а) Спершу залежить від обосторонної згоди довжника й вірителя, до якого довгу відносить ся заплата. Згода може наступити виразно або мовчкою (пор. § 863 кн. з.); довжник платить і каже, який довг, або віритель каже, на рахунок котрого довгу приймає заплату.

б) Але де взагалі не можна пізнати, який довг мав довжник на думці, або коли віритель противить ся довжниковий не хоче з ним згодити ся, тоді треба відріжнити:

а) Коли вправді єсть один довг, але на відсотки, й віритель згодився на часткову заплату, — то з заплати покривається у перве відсотки, а решта обертається на часткову сплату капіталу. Тому хоч-би довжник заплатив суму до висоти цілого капіталу, то перше відчислюється відсотки, а опісля капітал, так що лишається до сплати решта капіталу, котра мусить бути дальше опроцентована.

б) Де єсть кілька довжних позицій, там заплата відноситься перед усім до тих довгів, які вже є платні, а між платними до тих довгів, яких давнійше зажадав віритель. Опісля приходять ті довги, що для довжника є більше утяжливі, та яких йому найбільше залежить позбути ся. Коли-б і сего не можна сказати, треба — хоча закон нічого не каже — на всії довгах заплату розмірно розділити.

V. Закон каже, що точність сповнення зобовязання відноситься не лише до самого предмету, але й до способу, місця й часу виконання (§ 1413 і. ф.).

1) Зобовязане мусить бути в той спосіб виконане, як слідує із його змісту. Коли-б між змістом заключеного зобовязання а способом його виконання заходила ріжниця, може віритель чинити відкинути.

Тут вириває питане, чи довжник має обовязок чинити вірителеві принести на місце заплати, чи віритель має сам прийти по неї до довжника і її собі від нього відобрести: чи *in concreto* маємо до діла з довгом до приносу (*Bring-schuld*), чи з довгом до відбору (*Holschuld*)?

Що-до позаконтрактових зобовязань, с. т. таких, що повстали не через умову, або через одностороннє приречене, постановляє закон (§ 1420 кн. з.), що має їх заплатити (*abzuführen*) довжник на місці своєї осіlosti. Сл. постанова не рішає однак нічого про наше питане, тільки означає місце чинити. Та взагалі австр. кн. з. нігде не рішає сего важного питання, тому треба ужити дальших інтерпретаційних средств по думці § 7 кн. з.

Немає сумніву, що в першій мірі рішає про те виразна або здогадувана (§ 863 кн. з.) воля сторін. Зрештою для деяких випадків стрічаємо відповідь в анальготії з § 905 кн. з.;

о скілько не було заявленої волі сторін, треба рішити наше питання з натури самого зобовязання або з метою, до якої оно призначено. Взагалі де предмет зобовязання не надається до приношення або відбирання, само питання є безпредметове. Далі може сам закон видати для певних випадків осібний припис, чи заплату має довжник сам принести, чи віритель по-нью прийти й собі відобрести: пр. при зобовязаннях з презентаційних паперів (векселів і т. д.) мусить віритель відшукати довжника й по запрезентованню паперу взяти від нього заплату (довг до відбору). Се слідує зрештою уже з мети, до якої такі зобовязання є призначенні.

Але коли ані з волі сторін, ані з натури річі, зглядно із ціли, якій зобовязане має служити, не можна прийти до певного висліду, чи зобовязане єсть довгом до приносу, чи до відбору, — рішають „природні правила обороту“ (die natürlichen Verkehrsgrundsätze) по мисли §§ 7 i. f. і 914 кн. з., с. т. оборотовий звичай місця чинитьби, або загально приняті вимоги вірності й довіря в обороті.

2) Про місце, в якім має бути сповнене зобовязане, була бесіда в науці про чинитьбу взагалі¹⁾.

3) Так само й про час виконання зобовязання була вже бесіда в першім розділі, а то в науці про чинитьбу²⁾ й про облігаційне *vinculum iuris*³⁾. Австрійський закон говорить однак про час чинитьби не лише в науці про умови взагалі (§§ 902 до 904 кн. з.) і про проволоку довжника (§§ 1333, 1334 кн. з.) — але ще в науці про погаснене зобовязань через сповнене (§§ 1417 — 1420).

§ 1417 кн. з. не приносить супротив давніших постанов нічого нового, а єсть баламутно уложеній. Коли реченьце заплати — каже § 1417 — не єсть означений, ані через постанову закона, ані через умову, то обовязок сповнити зобовязане наступає доперва тоді, як наступила пригадка зі сторони вірителя. Тут покликує ся закон виразно на § 904 кн. з., а всеж таки говорить що іншого. Але через те, що як раз покликує ся на § 904, не може бути сумніву, що не зносить його постанову. § 904 каже, що коли час сповнення зобовязаня не єсть означений, то віритель може чинитьбу жадати „зараз“, с. т. „без непотрібної проволоки“; але до сего додає § 1334

¹⁾ § 16. ²⁾ § 17. ³⁾ § 25.

кн. з., що до проволоки довжника при таких зобовязаннях, де час сповненя не був означений, потреба пригадки зі сторони вірителя. Так і постанова § 1417 не може нічого змінити в сих постановах, тільки представляє ся як висновок обох тих постанов. Не можна тому сказати, що обовязок до заплати (платність) часово неозначених чинтьб наступає доперва по пригадці вірителя; він наступає „зараз“ по повстанню зобовязання й довжник може заплатити навіть без пригадки зі сторони віргеля, тай віритель мусить тоді заплату приняти, як не хоче почасті в тога creditoris.

Так само й § 1418 кн. з. не зміняє загальних правил про час сповнення зобовязання. Як місце чинитьби так і час чинитьби може слідувати із самої натури річи; тоді не треба осібної умови, бо воля сторін що-до часу не може підлягати ніякому сумнівови. При сей нагоді подає закон осібну постанову про реченець сплати аліментів, вважаючи, що она слідує з натури річи. Хто обовязаний платити аліменти — треба додати: аліменти в грошах, а не в натураліях (пр. §§ 91, 141, 166 кн. з.) — має їх платити (коли не було іншої умови) з гори, що найменьше на місяць у перед. Управнений до аліментів мусить з заплати покривати кошта удержання, й т. д. — тому належить ся йому платня з гори, а не з долини. Вислідом сего правила єсть, що коли наступила виплата аліментів у перед, а управнена особа померла протягом місяця, то її спадкоємці не потребують нічого видавати, бо управнений одержав се, що йому належалось.

Перед часом віритель не обовязаний приймати заплати, а довжник не має права її накинути вірителеви. Виміки від сего правила подають постанови § 8 зак. з 6. лютого 1869 ч. 18 В. з. д. про виділене тіл табулярних; § 29 зак. з 19. мая 1874 ч. 70 В. з. д. про вивласнене зелізниць; § 14 конк. уст. з 25. грудня 1868 ч. 1 ех 1869 В. з. д.

Про постанову § 1420 кн. з. була бесіда давнійше.

Постанова § 1419 кн. з. говорить про проволоку вірителя.

VI. Аби зобовязане могло бути сповнене, мусить нераз і сам віритель бути в певнім напрямі чинний, мусить чинитьбу приняти, або при виконаню чинитьби інакше співділати. Не лише довжник мусить із свого боку зробити те, що до нього належить, але й віритель мусить із свого боку бути чинним, аби чинитьбу довершити. Однаке лучають ся й такі ви-

падки, що не треба ніякого приняття, ніякого співділання зі сторони вірителя, пр. при зобовязанях до занехання чогось, при зобовязанях до виконання одержаного припоручення й т. д.

З того виходить, що при сповненню зобовязання треба оглянути ся звичайно не лише на особу довжника, але й на вірителя. Тільки правне становище довжника є зовсім інакше, ніж правне становище вірителя. In thesi має довжник обов'язок сповнити, і може бути в правній дорозі до того примушений, — між тим віритель не має обов'язку приняти чинитьби, не має обов'язку зробити сего, що на нього припадає при сповненню зобовязання, його-ж не можна в засаді примусити до приняття, до співділання, бо до чинитьби він має лише право, з котрого до вподоби може скористати, або ні. Закон може однак виїмково постановити, що в певних випадках має віритель обов'язок приняти, має обов'язок при сповненню відповідно співділати. Чи такі виїмки знає австр. право, побачимо пізніше. Але все ж таки мусить віритель поносити наслідки свого поведіння, та довжник не може через те стратити, що віритель не хотів приняти його чинитьби, або не зробив із свого боку того, що належало до сповнення. Говоримо тоді, що віритель попадає в проволоку; се єсть т. зв. *mora creditoris*.

Австр. закон постановляє в § 1419 ляконічно: „Як віритель зволікає з приняттям чинитьби, спадають на нього всі злі наслідки“. Що закон говорить про „приняте“, відноситься до всіх родів співділання зі сторони вірителя.

До *mora creditoris* жадає отже закон, аби віритель зволікав з приняттям чинитьби. В тім лежать ось-які моменти:

1) Перш всего мусить довжник бути готовий все те виконати, чого закон вимагає до сповнення того зобовязання; значить:

а) зобовязане повинно бути вже платне;¹⁾

б) виконане мусить бути предложене через особу, яка єсть до того спосібна (§§ 1421, 1422 кн. з.);

в) зміст чинитьби повинен відповідати вповні принятому зобовязанню, й

¹⁾ Але коли-б довжник мав право заплатити й перед днем платності, і дійсно скористав з того права, тоді віритель може попасті в *mora creditoris*.

г) чинитьба повинна бути предложена на відповіднім місці (§ 904 кн. з.) і в відповіднім часі (§§ 902, 904, 1420 кн. з.).

У всіх випадках вистачає сама готовість сповнення (*Erfüllungsbereitschaft*) зі сторони довжника; — тільки не плятонічна готовість, але актуальна, с. т. така, що носить в собі знамена повного виконання за співділанем зі сторони вірителя. Довжник мусить зробити все, що до нього належить, так що віритель потребує тільки простерти руку, або що віритель потребує довжником лише покермувати, з його роботи зробити ужиток, і т. д. — а сего не робить. Таку готовість — а радше ступінь сеї готовості означують „природні правила обороту“ (§ 7 в полученю з § 914 кн. з.). В одних випадках буде досить предложить чинитьбу словами (*oblatio verbalis*), в других буде треба предложить дійсно сам предмет чинитьби (*oblatio realis*). Є врешті такі випадки, що не треба навіть устного предложеня. Звичайно вимагає ся реального предложеня чинитьби через довжника. Зрештою велику ролю відграє ріжниця між довгами до приносу й довгами до відбору. Де віритель має предмет чинитьби сам відібрати, вистарчить устне предложене чинитьби, значить заява довжника, що готов сповнити; коли-ж тоді віритель не прийде до довжника й в день платності не відбере собі чинитьби, попадає в *mora creditoris*. Так само вистачає зовсім *oblatio verbalis*, коли віритель заявив з гори серіозно, що не прийме чинитьби. А врешті, коли до чинитьби треба було певного співділання зі сторони вірителя, й умовлено, що се ділане має наступити в означеній день, а про те віритель занедбав се зробити, — настає *mora creditoris* навіть без *oblatio verbalis* зі сторони довжника¹⁾.

2) Віритель мусить відказати приняття; мусить занехати сего співділання, яке з його боку має довершити сповнене через довжника. Він не приймає довжної річи, яку йому приніс довжник (при довгах до приносу), або із свого боку не

¹⁾ Се є найважніші випадки, які слідують уже з правил оборотового звичаю; тому они примінюють ся в австр. праві, так само, як після нового німецького кодексу, хоча в сім останнім існують про се осібні постанови (§§ 295, 296 нім. кн. з. ц.), а в австр. законі їх не бачимо.

хоче відшукати довжника, аби приняти від нього чинитьбу (при довгах до відбору); де має уділити вказівок, не уділяє їх; де робітникові має дати якісь річи, не дає їх — і т. д.

Де є отсії вимоги по стороні довжника й вірителя, можемо сказати, що віритель „зволікає“ з принятем чинитьби. Саме те, що довжник зробив, що належало до нього, а не міг виконати зобовязаня, бо віритель не зробив того, що на нього припадало, містить в собі усі знамена „проволоки“ — подібно як при проволоці довжника. Тай годі тут дошукувати ся вини вірителя, бо — як сказано — віритель не має в засаді обовязку приймати чинитьби, тай не може бути винен, коли її не привяв. Вина вірителя не належить тому до поняття *morae creditoris*. Потверджують це постанови §§ 1107 і 1155 кн. з. Противники цього погляду, що домагаються ся превини по стороні вірителя, покликають ся м. и. на §§ 965 і 1154 кн. з., котрі не дають найменьшої підстави до близшого пояснення „проволоки“, а далі на постанову § 1051 кн. з. при купні. Ся остання постанова вимагає дійсно до *mora creditoris* превини вірителя при купні. Але ся постанова єсть віймком, і мусить бути уважана за віймок, бо нема сумніву, що редактори не здавали собі справи з далекосягlosti сеї постанови, а зрештою були противниками превини при проволоці.

По моюму треба при *mora creditoris* абстрагувати від превини, так само, як і при *mora debitoris* вина не належить до сути проволоки. Але все ж — таки може превина мати посередний вплив на „*mora creditoris*“. Сей вплив може бути тільки негативний.

Се не слідує однак з аналогої інших законних постанов, але з того, що про розтяглість поняття „проволоки“ по мисли § 1419 кн. з. рішають „природні правила обороту“ (пор. § 7 в полученню з § 914 кн. з.). Коли н. пр. довжник єсть готовий до сповнення, а віритель не може приняти чинитьби, бо прийшла повінь, що унеможливила приняти, то годі сказати, що віритель „зволікав“ з принятем — і тоді нема *mora creditoris*, — але не тому, що нема превини, але тому, що після „природних правил обороту“ не можна тут вірителеви закинути проволоку. Одначе коли-б віритель без власної превини думав, що не єсть вірителем, або йому хібно здавало ся, що чинитьба довжника не відповідає вимогам зобовязаня — тай показало

ся, що він дійсно єсть вірителем, і що чинитьба була відповідна, — то мусить наступити тога creditoris, хоча віритель не був винен. Також не відповідає віритель за тога creditoris тоді, коли вправді не приняв чинитьби, або взагалі не зробив сего, що до нього належало, але причиною того був підступ зі сторони довжника. Бо природні правила обороту вимагають, аби ніхто із свого злого наміру чи підступу не мав ніяких користей. —

Про наслідки правні тога creditoris існує загальна постанова § 1419 кн. з., що усі злі наслідки, які повстають з проволоки, спадають на вірителя; а далі осібні постанови при декотрих умовах, головно при умові обміну й купна (§§ 1048 – 1051, 1064 кн. з.) і при умові про працю (§§ 1155, 1157, 1160 кн. з.).

Загальна постанова висказує загальне правило — она не означає однак близше, на чим полягають отсі наслідки, які мають спасті на вірителя. Проте треба добачувати міри тих наслідків („widrige Folgen“) знова в „природних правилах обороту“. Зрештою деякі вказівки подають осібні постанови закону — й так доходимо до ось-яких висновків:

1) Колиходить о передачу річи або перенесене якогось права, то всякі припадки, що лучають ся опісля (від хвилі проволоки) на дачі річи, або на данім праві — чи они річ нищать цілковито, чи її лише погіршають, або зменшують вартість — поносить віритель.

Натомісъ не можна нігде віднайти засади, принятой в повсюднім праві, що довжник не відповідає під час тога creditoris за culpa levis, лише за dolus i culpa lata. Та на-впаки австр. право знає лише одиноку міру одвічальності задля провини, у всіх випадках за omnis culpa, але тому й т. зв. culpa levis має тісніші граници, ніж в праві римськім (пор. § 1297 кн. з.). Коли-ж у всіх облігацийних відношеннях єсть одвічальність за omnis culpa, то не може она зменшитись при тога creditoris, так як через тога creditoris не погасає vinculum iuris між вірителем а довжником.

При тім треба оглядати ся на „природні правила обороту“, тай треба зробити ріжницю між движимими й недвижимими річами.

Движимі річи може довжник задержати у себе, або може їх зложити до судового депозиту, зглядно, коли-б річ була непридатна до судового депозиту, постарати ся, щоби суд видав зарядження до її переховання (§ 1425 кн. з.). Як лишились у довжника, відповідає за *omnis culpa*. Лиш тоді, коли річ єсть так мало вартна, що кошта удержання переносять висоту вартості, й не могла прийти до судового депозиту, може довжник її односторонньо позбутися, тай віритель мусить понести отсі наслідки проволоки.

Коли-ж предметом чинитьби єсть передача недвижимих річей, а віритель не хоче приняти посідання й через те попадає в тога *creditoris* — то довжника не можна привалити задержати посідане, він може посідане покинути. Так наймаючий може випровадити ся й лишити мешкане пусткою, хоча винаймаючий не хоче переняти посідання від нього.

2) Що-до родових зобовязань, то *periculum* переходить лиш тоді на вірителя, коли довжник виділив певні species з даного genus в цілі сповнення зобовязання. Се слідує із сути родових зобовязань (*genus perire non censemur*).

3) Віритель мусить звернути довжникови шкоду по загальним правилам.

4) О скілько ходить о сам процес праці, або взагалі о якесь *facere*, а віритель не хоче або не може з праці користати, зглядно не хоче або не може зробити сего, що з його сторони до сповнення потрібне, — мусить довжникови дати „відшовідне нагороджене“ по думці § 1155 кн. з.

5) Підчас тога *creditoris* не потребує довжник платити ні умовлених, ні законних відсотків, бо коли-б віритель приняв чинитьбу, довжник був-би звільнений, а тоді не могло-би бути мови о обовязку до плаченя відсотків. § 1419 кн. з. не дає підстави до ріжниці між умовними а законними відсотками.

6) Але довжник мусить звернути вірителеви всякі доходи (*fructus*), які мав з річи під час його проволоки; проте мусить звернути відсотки, які припали йому з даної річи, коли віддав її на відсотки. За *fructus percipiendi* нема однак одвічальності.

З другого-ж боку довжник може жадати звороту видатків, як мусів річ носити, переховувати й удержувати. Тоді представляє ся він як negotiorum gestor.

Врешті повстає питання, чи „злі наслідки“ (widrige Folgen: § 1419 кн. з.), що спадають на вірителя за проволоку, обіймають також обовязок вірителя, приняти чинитьбу. Вправді такий обовязок не існує *in thesi*, але закон може мати певні причини, установити такий обовязок в деяких випадках. В австр. законі не стрічаемо про се виразної норми. Але сего наслідку можуть домагати ся виїмкової „природні правила обороту“. Тому в данім випадку повинен судия подумати, чи примінене повисніх наслідків проволоки не сприяє обороту суспільного, та чи не ліпше усунути колізію обосторонних інтересів (довжника й вірителя) через простий обовязок вірителя до приняття. Коли обставини даного випадку так зложать ся, то й після австр. права можна установити обовязок вірителя до приняття чинитьби. Не можна однак сказати з гори, що є такий обовязок при певній категорії зобовязань — пр. при обосторонних умовах, як купнї, locatio conductio operis¹⁾ і т. д. — бо сей виїмок відносить ся лише до виїмкових обставин, а не до певних, стало означених зобовязань. Також не можна сказати, що винаймаючий має обовязок приняти, коли йому наймаючий віддає недвижимість а й мандант не має за все безуслівний обовязок приняти се, що мандатар для нього набув. Все залежить від „природних правил обороту“.

Наслідки проволоки вірителя відпадають, а через те й проволока кінчить ся (*mora purgatur*):

1) за згодою обох сторін, коли умовлено ся, що зобовязане має лишити ся дальше;

2) через приняти, зглядно співділане вірителя, потрібне до сповнення зобовязання. Через те погасає *mora creditoris* на будуче, але дотеперішні наслідки прополоки удержануться в силі.

VII. Доси пізнали ми вимоги, яким мусить відповідати сповнене, аби зобовязане погасло.

¹⁾ § 1164 кн. з. pr. не допускає *arg. a contr.*

Коли однаке сповнене не наступило, або в невідповідний спосіб, в невідповіднім місці, зглядно в невідповідній часі, — тоді зобовязане не погасає. Що-до інших наслідків правних, треба відріжнити зобовязання з умов, і інші позаконтрактові зобовязання.

1) До умов відносить ся постанова § 919 кн. з. Віритель не може відступити від умови, може тільки жадати доказуального сповнення й винагороди евентуальної шкоди. Під доказувальним сповненем треба розуміти таке сповнене, яке що-до змісту відповідає вимогам заключеної умови.

Тому коли довжник не виконав умови, не може віритель відступити, але може домагати ся, аби довжник все-таки виконав умову й звернув ще шкоду, яку через те поніс, що зобовязане не було сповнене на час.

Коли заплата не наступила в відповіднім часі, наступає *mora debitoris*, про яку була бесіда в I розділі¹⁾.

Як довжник мав намір заплатити, але не у відповідному місці, може віритель відкинути заплату й жадати заплати в відповіднім місці, та винагороди евентуальної шкоди за спізнене.

Так само врешті, коли довжник хотів заплатити, але в невідповідний спосіб, значить коли чинитьба не відповідала умовинам, поданим в умові, може віритель відкинути чинитьбу й жадати належитого сповнення з винагородою евентуальної шкоди.

Пануюча теория звертає ся проти тих постанов *de lege ferenda* — чи й о скілької сї заміти оправдані, годі на сї місці сказати.

Однаке треба сконстатувати:

а) § 919 кн. з. не дає вірителеви права до повної винагороди шкоди задля несповнення; віритель не може жадати зараз еквіваленту намісць чинитьби;

б) після § 919 не може віритель жадати знесеня умови; законне право відступленя від умови є австр. праву не-звісне, та нема його навіть тоді, коли сповнене умови стало неможливим.

Та все ж-таки засада § 919 має дуже важні обмеженя:

¹⁾ Пор. вище § 25.

а) коли віритель застеріг собі в умові право, відступити від умови — тоді може відступити, а § 919 не має примінні. Се є т. зв. застережене відступлення від умови, про яке була уже бесіда¹⁾;

б) закон може для деяких випадків видати інші постанови.

Що-до сеї точки, нема сумніву, що постанова § 919 кн. з. не може змінити загальних правил про полагоду шкоди. Проте коли чинитьба стала неможлива до сповнення, тоді не може бути бесіди про приміну § 919 — але примінюють ся засади про полагоду шкоди при неможливих чинитбах.

В віймкових випадках можна вже після постанов закону жадати знесення умови; сюди належить постанова § 908 кн. з. про задаток, і § 1153 про locatio conductio operis: коли при заключенню умови дано задаток, може сторона невинна задержати задаток, зглядно жадати подвійного задатку й відступити від умови; — коли опис мало сущні хиби, може замовляючий відступити від умови. При купні не може однак жадна сторона відступити. В сїй мірі ріжнить ся право приватне від торговельного.

2) До односторонніх приречень і позаконтрактових зобов'язань, головно тих, що слідують з проступків (деліктів), не має § 919 кн. з. приміни. Тут приноровлюють ся в міру даного випадку загальні постанови про полагоду шкоди, про неможливість чинитби й добровільне зрешене по мисли § 1444 кн. з.

VIII. Довжник, що сповнив зобов'язане, має тягар доказу; в разі защеречення мусить доказати, що сповнив, що сповнене доторкало справдї тої вірительності, а не іншої, і що сповнене було належите. А що сповнене лиш тоді звільнє остаточно довжника, коли віритель його приняв, зглядно зробив се, що треба було, аби сповнене наступило, — мусить довжник в разі заперечення й се доказати.

Для улекшеня доказу може довжник жадати від вірителя квіту (Quittung)*)

¹⁾ Пор. висше § 49.

*) Пор. фрагмент Exner-a у Grünhuta Zeitschr. XXII ст. 670 і д.; Spiegel, Wer ist zur Tragung der Quittungskosten verpflichtet? в Jur. Vierjahrsschrift (Prag) 1889 ст. 203; Reinhold, Quittungskosten und Quittungspflicht (1892).

Квіт може мати взагалі в правнім житю ріжне призначене:

а) віритель посъвідчає, що одержав від довжника певну чинитьбу; А констатує, що Б йому щось заплатив, щось дав;

б) віритель посъвідчає, що звільняє довжника від певного довгу, або взагалі від всіх довгів; тут має квіт успіх звільняючий для довжника, без огляду на се, чи заплатив вірителеви, чи ні. Такий квіт, подібний до римської *acceptilatio*, єсть диспозиційною грамотою;

в) віритель посъвідчає, що одержав чинитьбу Х дійсно на покрите довгу У від довжника Б. Тут квіт висказує виразно, в якій цілі єсть виставлений: він єсть доказовою грамотою, хоча в нім находитися звичайно замітка, що „отсім вважається довг У за уморений“. Про такі квіти трактує австр кн. з. в §§ 1426—1430.

Квіт — це письменна грамота, в який приймаючий посъвідчає, що приняв чинитьбу як матеріальне уморене істнущого довгу. В отсім понятію лежать ось які моменти:

1) Квіт єсть після § 1426 кн. з. посъвідкою від бору зі сторони вірителя (*Empfangsbestätigung*). Довжник сповнює зобовязане, а віритель посъвідчає йому, що дістав чинитьбу. Вправді § 1426 говорить про „платячого“ довжника (*Zahler*), але розуміє, як в цілім тім розділі, взагалі не тільки грошеву заплату, але всяке сповнене зобовязання.

2) § 1426 говорить лише про такі квіти, котрі посъвідчають матеріальне „заспокоєнє“ вірителя. Проте мусить наступити матеріальне заспокоєнє вірителя, а до-перша тоді може довжник зажадати виставлення квіту. Матеріальне заспокоєнє вірителя може наступити або через сповнене, або через сурогаті сповненя. До тих сурогатів належать *datio in solutum*, і компенсація. Не належить тут зложене до судового депозиту, хоча оно єсть сурогатом заплати, бо при судовім депозиті істнєє сильніший доказ, що заплата наступила, а то в дорозі публичної грамоти, яку виставив суд.

Віритель посъвідчає отже, що зобовязане сповнене й що він заспокоєний.

Лиш такий квіт підходить під постанову § 1426 і д., лиш такий квіт обовязаний віритель виставити на ждане довжника. Вправді лучає ся й після австр. права, що віритель ви-

ставляє квіт, хоча не було ані сповненя, ані сурогату сповнення зі сторони довжника — пр. коли віритель звільняє довжника з довгу і виставляє йому квіт, що вважає зобовязане за погасле — але такий квіт не осуджує ся після §§ 1426 і д., і має інший правний характер.

3) Квіт є після § 1426 кн. 3. доказовою грамотою, бо довжником має служити доказом, що сповнив зобовязане. Але довжник може послугувати ся також іншими доказами, тому до переведення доказу квіт не єдиний. З другого боку, як кождий доказ, так і сей допускає доказ противний.

В новійших часах стрічаемо однаке погляд, що супротив новітньої системи свободного осуду судії в процесі квіт не може бути доказом, тим більше, що в щоденім житю лучають ся чимало поквітовання про фікційну заплату, т. є. поквітовання, що заплата наступила, хоча не було взагалі заплати. Отака теорія хоче призвати квітови більше значіння, та поставити його на рівні з римською acceptatio; она приходить до висліду, що квіт містить в собі завсе абстрактне уморене довгу, без огляду на се, чи була заплата, чи ні, — що квіт є завсе звільненем з довгу. Через те доказ противний, що заплата в дійсності не наступила, не може мати буття.

Однаке ся теорія невірна. Перед усім тому, що австр. закон називає квіт виразно посвідкою „сповненого зобовязання“; а се не відповідає теорії, яка в поквітованню добачує „звільнення з довгу“. Далі само уміщене постанови § 1426 в безпосередній звязи з науковою про сповнене й сурогати сповнення, а не в науці про звільнене з довгу, дає доказ, що квіти є в засаді доказовими грамотами, а не диспозиційними. Тому взагалі де істнє поквітоване, мусимо поки-що припускати, що було зобовязане й що се зобовязане уморено через заплату, або через сурогат заплати — та треба-би осібного доказу, щоби провірити, що в данім випадку сторони хотіли лише видати письменне узnanie, що довгу нема, хоча не було заплати. Правда, що сьогодні принятто в процесі засаду свободного осуду судії, — а всеж таки арт. 7 впровідного закона до процесового уст. постановляє, що лишають ся без зміни всії приписи приватного права, котрі ставляють певні жадання до доказової сили приватної грамоти — тому не може бути сумніву, що й в нинішньому процесі не єдине рівнодушно, чи поквітоване від-

повідає усім вимогам § 1426 кн. з., чи ні. Коли вдоволено отсім вимогам, а спеціально, коли задержано приписану форму, тоді квіт має силу повного доказу, — та може його обезсилити тільки доказ противний. Се не перешкаджає однак, що судия ї в іншій дорозі може набрати сего пересувідченя, що наступила заплата, — навіть тоді, коли-б квіт не відповідав формі § 1426.

Се форма така: Квіт мусить подати називко довжника й вірителя, предмет довжної чинитьби, місце ї час заплати, тай мусить бути підписаний через вірителя, або через його правного заступника. В сути річи лежить те, що квіт мусить містити в собі заяву, що заплата наступила, ѹ що наступило матеріальне уморене довгу (verb. „Gegenstand der getilgten Schuld“).

Де ходить о заплату такого довгу, що є вписаний до книг публичних і має бути счеркнений, може довжник жадати від вірителя квіту в такій формі, якого треба при грамотах табулярних.

Віритель єсть зобовязаний, виставити квіт, коли довжник сего жадає — але доперва по словненю зобовязаня. Коли-б одначе про те не виставив квіту, може бути до сего приневолений в судовій дорозі — не попадає однак в *mora creditoris*, бо зобовязане уже погасло.

Але повстає питанє, хто має поносити кошта, які вяжуться з виставленем квіту: віритель, чи довжник? Пануюча теорія каже вірителеви поносити кошта поквітовання, бо — мовляв — він право зобовязаний, виставити квіт. Одначе ся аргументация нестійна, бо квестія обовязку виставленя не вяже ся конечно з поношенем коштів квіту. Можна бути обв'язаним до чинитьби, між тим коли кошта сей чинитьби поносить другий. Взагалі кошта повинен поносити сей, в кого інтерес ї лежить якесь ділане. Виставлене квіту лежить звичайно в інтересі довжника — проте звичайно мусить довжник поносити кошта виставленя квіту. Віритель є до сего лиш тоді зобовязаний, коли була така згода між сторонами, ѹ коли обставини даного випадку були такі, що виставлене квіту наступило або виключно або також в інтересі вірителя.

Лучає ся, що квіт звільняє з довгу, без огляду на се, чи довжник довг заплатив, чи ні. Аби квіт мав таке значінє, мусить бути така воля сторін зараз при виставленю грамоти. Такі квіти приходять при умовах, що спроваджують погаснене зобовязання без матеріального заспокоєння вірителья, при звільненню з довгу, угоді, новациї т. д. Чи супротив таких квітів є можливий доказ противний, залежить від волі сторін і від призначення квіту. Коли воля сторін має на меті абстрактне звільнене з довгу без огляду на фактичний стан річи, тоді доказ противний єсть неможливий. Але коли квіт має тільки деклараційне значінє, т. є, віритель посьвідчає, що квітує зобовязане на підставі новациї, на підставі угоди т. д., — тоді мусить примінити ся дотичні правні постанови про новацию, угоду т. д., з котрех опісля слідує, чи й о скілько сила такого поквітовання може бути оспорювана, або ні.

Австр. право знає ще інші облекшення доказу сповнення в §§ 1427—1430 кн. з. Сі облекшення виступають в формі правних здогадок. І так:

1) Побіч квіту має найбільше значінє довжна грамота (*Schuldschein*). Коли довжник виставив про вірительність довжну грамоту, с. т. грамоту, яка подає зміст заключеного зобовязання, то при сповненню того-ж може довжник жадати, аби віритель крім поквітовання видав йому ще довжну грамоту. О видачу сеї грамоти може довжник позивати віритель в судовій дорозі. Де піднесено сумнів, чи довжна грамота була виставлена, чи ні, мусить довжник доказати, що була дійсно виставлена. Коли-б довжник заплатив тільки частину чинитьби, а віритель її приняв, — може жадати, щоби віритель відписав сю часткову заплату на довжній грамоті, с. т. на грамоті посьвідчів, що частина чинитьби була заплачена.

Коли-б однаке віритель втратив довжну грамоту й тому не міг її віддати, — може довжник домагати ся, аби віргель в судовій дорозі перепровадив т.зв. амортизацію паперу. Та амортизація є лише тоді практична, коли ходить о папері на держителя або на припоручене. Поверх сего має довжник до вибору два права: або може жадати від вірителя забезпеки на случай, коли-б третя особа доходила з грамоти яких-то прав; або може зложити чинитьбу до судового депозиту по мисли § 1425 кн. з., і так звільнити ся з довгу.

Коли віритель віддав довжникові довжну грамоту, то се служить доказом, що довжник виконав зобовязане. Ся здогадка правна (*prae sumtio iuris*) існує навіть тоді, коли віритель не виставив жадного поквітання. Але в дійсності міг віритель звернути довжникові довжну грамоту, не одержавши від нього заплати. Проте здогадка правна допускає доказ противний.

Здогадка правна з § 1428 кн. з. вимагає однак, аби довжну грамоту віддав віритель — можемо ще додати: або його правний заступник. Але коли-б довжник найшов ся в посіданю довжної грамоти, та не міг виказати, що грамоту віддав йому віритель, то не промовляє за ним здогадка правна; але все-таки судия може звернути на сю обставину увагу й прийти про те до пересувідченя, що довжник сповнив зобовязане.

2) Поквітанене заплаченою капіталу основує здогадку правну, що й відсотки від капіталу заплачені: § 1427 кн. з. Доказ противний єсть можливий.

3) Коли довжник має у одного вірителя ріжні довги з ріжних правних причин, то поквітанене пізнішіх довгів не дає ще доказу, що й в часнійші довги уже поплачено. Але є такі чинитьби, що опирають ся на одній, спільній правній підставі (*titulus*), і є платні правильно в певних відступах часу. Се т. зв. поворотні чинитьби. Тут є перший виїмок від повисшого правила. Хто представить квіт про заплату такої чинитьби в певнім реченці, має здогадку правну, що й за попередні реченці заплатив вірителеві. До поворотних чинитьб зачислює § 1429 кн. з.: дачки, оплачувані властителеві ґрунту (при чиншовім поділі); ренти, до яких зобовязує ся хтось у відплату за капітал, або іншу вартну річ, з тим, що в певних відступах часу буде сплачувати певні суми (§§ 1285, 530 кн. з.); далі такі відсотки, які сплачує хтось чи то від довжного капіталу (*Kapitalszinsen*: § 1331 кн. з.), чи навіть там, де нема довжного капіталу (*Geldzinsen*: §§ 514, 947, 954 кн. з.); чинші за уживане ґрунту або помешканя, с. т. чинші аренди або найму (*Grund- und Hauszinse*). Се вичислене є однак тільки примірове — тому належать тут і інші поворотні чинитьби, як аліментаційні рати, рентові лєгати (§ 687 кн. з.) і др.

Другий виїмок від негативної тези першого речення § 1429 подає § 1430 кн. з. У купців або інших промисловців буває

що они зі своїми покупнями замикають в певних реченнях рахунки — тоді припускає закон, що коли поквітували заплату в пізнійшім реченці, наступила заплата й за попередні реченці. Сюди належать книжочки й конта, які виставляють купці для своїх покупнів, де записують ся біжучі закупна і квітують ся одержані заплати. Поквітоване за останній місяць каже припускати, що заплачено й за всі попередні місяці. Доказ противний не є виключений.

4) Коли платня служби залягає більше ніж три роки, то по трьох роках переходить тягар доказу на вірителя — єсть здогадка правна, що протягом трьох літ заплата наступила (декр. надв. канц. з 10. цвітня 1839 ч. 355 зб. суд. зак.).

IX. Загальні правила про сповнене примінюють ся також до обосторонніх умов. Однаке при обосторонніх умовах повстають певні комплікації, що впливають на правне відношене чинитьби одної сторони до чинитьби другої сторони. При обосторонніх умовах прирікає одна сторона лиш тому чинитьбу, аби від другої одержати противну чинитьбу; тут єсть — так сказати — обмін одного приреченя за друге, одної чинитьби за другу. Чинитьба й противна чинитьба стоять з собою в нерозлучній звязі; они об'условлюють ся взаємно.

Форма взаємної залежності чинить при обосторонніх зобовязанях може бути однак ріжна — тай істория права вказує два ріжні напрями, які приняло право для означення її залежності. Римське право вважає зобовязаня одної й другої сторони за самостійні, але пізваний стороні дає засідство оборони, т. зв. *excerptio non adimplete contractus*, коли-б противна сторона зажадала сповнення, а сама ще свого зобовязання не сповнила. Натомісъ пруське й французьке право стоїть на становищі сталої й безуслівної залежності обох зобовязань: вони не є зовсім самостійні, але як у своїм істнованню, так у правній судьбі постійно від себе залежимі. Після сеї системи мусить віритель, що жадає сповнення, доказати, що сповнив своє зобовязане, свою чинитьбу — але коли-би сего не виказав, не може від довжника нічого жадати, хоч-би довжник не явив ся зовсім на судовій розправі. Після римської системи потребує віритель лише покликати ся на зобовязане довжника, а довжник мусить тоді боронити ся *exceptione non adimplete contractus*; коли-би однаке довжник не скористав з права оборони або на судовій

розділі не явов ся — має віритель право жадати сповнення, а довжник мусить опісля осібно доходити свого права.

Австрійське право приняло римську систему; але висказує її не з огляду на всі обосторонні умови, тільки при умові обміну й купна. Постанови §§ 1052 й 1062 кн. з. не дають ніякої підстави припускати, що австр. пр. принадло що-до обосторонних умов іншу систему.

Правило подає § 1052 кн. з.: „Хто хоче домагати ся передачі, мусів своє зобовязане уже сповнити, або бути до сповнення готовим“. Се із становища вірителя. Сю засаду припровождає до довжника § 1062 кн. з., і каже що довжник обовязаний своє сповнити, бо інакше може віритель з свою чинитьбою здергати ся, може йому її відказати. § 1052 кн. з. висказує матеріальну зависимість обох чинитьб, а § 1062 подає формальний наслідок сеї засади: право відказати чинитьбу противну. Се право характеризує ся як *ex sérptio non adimplenti contractus*.

Не можна дивувати ся, що австр. закон норму, яка доторкає усіх обосторонних умов, висказує тільки при умові обміну й купна. Перед усім треба зазначити, що т. зв. *exc. non adimpl. contr.* єсть вислідом потреб суспільного обороту, та мусить уступити там, де сторони що іншого між собою умовили, ѹ де оборот суспільний жадає чого іншого. Проте вже з постанови § 1062 пр. слідує посередно, що сторони можуть інакше умовити ся; они можуть постановити, хто з них має перший сповнити, а хто опісля. В такім випадку не може бути бесіди о строгій залежності обох чинитьб від себе. А далі сам закон дає для дуже важливих умов, а то для умови найму, аренди й праці (§§ 1100, 1156 кн. з.), інші постанови, і каже одній стороні сповнити перед другою: винаймаючому або виарендовуючому перед наймаючим або арендуючим, робітниками перед замовляючим. Так лишаються ся як найважливіші умови щоденного життя: обмін і купно — тай при них має *exc. non adimplenti contr.* найбільшу приміну. Не може однак бути сумніву, що §§ 1052 і 1062 кн. з. відносять ся анальгічно й до інших обосторонних умов. *Exc. non adimpl. contr.* можна отже підносити при всіх обосторонних умовах, оскілько не протилють ся виразні або здогадочні постанови сторін, згідно виразні постанови закона.

Наука й практика відріжняє два роди „заміту несповненого зобовязання“, а то: exc. non adimpl. contr. в тіснішім розумінню, ї т. зв. exc. non rite adimpl. contr. Перший заміт вказує на те, що противна сторона не виконала свого зобовязання, згл. не була до неї готова; другий заміт признає вправді, що противна сторона уже до сповненя приступила, але сповнене було неточне, невідповідне, або неповне, с. т. часткове.

1) Exceptio non adimpleti contractus в тіснішім значенню полягає на тім, що одна сторона здержує доси виконане свого зобовязання, аж друга сторона сповнить чинитьбу противну, зглядно буде до сповненя готова. Метою її є, спонукати другу сторону до виконання, а средством до сеї мети є здержане виконаня власної чинитьби. Через те має exceptio non adimpl. contr. дещо схожого, але й відмінного від права задержання або ретенції (exc. retentio-nis, Zurückbehaltungsrecht). Право задержання має також на меті спонукати противну сторону до виконання, але оно є можливе на чужім предметі, с. т. на предметі противника (§ 471 кн. з.)¹⁾.

Exceptio non adimpl. contr. прислугує при обосторонних умовах:

а) одній або другій контрактовій стороні, — де ходить о зобовязаня, що мають бути раз у раз (Zug um Zug) сповнені. Сюди належать умови, коли час сповненя не був виразно означений, або був вправді означений, але з тим, що обі стороны мають сповнити рівночасно. Не належать тут умови найму, аренді (§ 1100 кн. з.) і праці (§ 1156 кн. з.)

Не належать сюди такі умови, що творять одно головне зобовязане одної сторони, хоча серед даних обставин можуть

¹⁾ Коли-ж нове німецьке право (§§ 273, 202 уст. 2) розширює поняття права задержання до здержання власного зобовязання, затирає ся декуда ріжниця між exc. retentionis, а exc. non adimpleti contr., лишає ся однаке та ріжниця, що exc. non adimpl. contr. виступає тільки при обосторонних умовах в тіснішім значенню, де ходить о правне відношене чинитьби до противної чинитьби на тій самій правній підставі (з тої самої умови), а exc. retentionis при таких умовах, де не ходить о взаємні чинитьби, але головно о чинитьбу одної сторони, тільки з тим, що задля певних окремих причин може й для другої сторони повстati якесь зобовязане (actio directa — actio contraria; пр. при commodatum, depositum і т. д.).

виринути й для другої сторони які-то обовязки (*actio directa* й *actio contraria*). Тому ані депозитареви, ані комодатареви не прислугує *exc. non adimpl. contr.* задля тих домагань, які їм признає закон (§§ 967, 981 кн. з.) — они не можуть здережати видачі довжної річи аж до повернення евентуальної шкоди, зглядно звороту коштів. Права ретенції по мисли нового німецького закона не знає право австр.

Врешті не може бути мови про *exc. non adimpl. contr.*, де віритель має обовязок виставити квіт, віддати довжну грамоту, цедувати свою вірительність після § 1422 кн. з. — бо се законні обовязки, що стоять поза обемом відношення між контрактовими сторонами.

6) Крім сего прислугує *exc. non adimpl. contr.* тій контрактовій стороні, що мала право сповнити пізніше, коли протиная сторона не виконавши свого зобовязання, зажадала від неї сповнення. Де чи то на підставі осібної умови, чи з осібної законної постанови одна сторона має обовязок виконати перед другою, там перша не може мати *exc. non adimpl. contr.*, а й сама не має права жадати сповнення зобовязання від другої сторони, поки не сповнила свого зобовязання. Але коли-б про те виступила з таким жаданем, то друга сторона може боронити ся замітом несповненого зобовязання.

в) Право до *exc. non adimpl. contr.* може прислугувати врешті одному довжникові против кількох вірителів. Коли пр. хтось зобовязав ся заплатити гроші кільком особам, в обмін за те, що разом дадуть йому якусь річ, то хоча зобовязане представляє ся як зобовязане *pro rata*, може довжник відказати кождому з вірителів заплати припадаючої частині довгу, поки не передадуть йому цілої річи, згл. поки не будуть готові йому річ передати.

На рівні зі сповненем стоїть готовість до сповнення. *Exc. non adimpl. contr.* відпадає, коли противна сторона була готова до сповнення, а про те сповнене не наступило. Готовість до сповнення мусить бути така, як при проволоці вірителя.

Правна суть заміту несповненого зобовязання єсть в науді предметом спору. Сей спір стоїть в звязи з натурою замітів процесових взагалі, а далі із ступенем взаїмної залежності чинить при обосторонних умовах. Але питане, чи *exc. non adimpl. contr.* представляє ся як правдивий заміт в технічнім значінню, чи як звичайне заперечене (*Exception* чи пе-

gative Litiskontestation) стратило своє значіння в праві матеріальнім, бо висліди лишають ся ті самі, чи вважаємо її як правдиву exceptio, чи як пряме заперечене. Пануюча теорія узнає її як exceptio в технічному розумінню, та сей вислід признає implicite австр. право в § 1062 кн. з. і. ф. (verb. „verweigern“). Exc. non adimpl. contr. належить до замітів, якими пізваний може після власної волі доходити своїх прав, т. зв. „rechtsverfolgende Einreden“ після теорії Thona. Зачіпленій через вірителя довжник може зробити з неї ужиток, або ні. Коли віритель зажадав сповнення чинитьби від довжника, не вказуючи на се, чи сам виконав своє зобовязане, тоді довжник може боронити ся замітом, але може також занехати сеї оборони, мусить однаке опісля сповнити, без огляду на се, чи віритель своє сповнив, чи ні.

Важне єсть питанє про тягар доказу. Річ представляє ся так:

Звичайно признає віритель, що єсть обовязаний до противної чинитьби, й жадає виконання раз у раз. Тоді довжник не потребує підносити exc. non adimpl. contr., а й осуд судейский звучить на заплату раз у раз.

Але віритель може виступити з жаданем, не згадуючи про своє зобовязане. Тоді довжник піднесе exc. non adimpl. contr., с. т. зверне увагу на се, що зобовязане було обосторонне, так що й віритель єсть юому зобовязаний. Проте тягар доказу спочиває на вірителю, котрий мусить евентуально доказати, що вже заплатив, або був готовий до сповнення: він може також доказати, що довжник мав перед ним заплатити.

В виїмкових випадках спочиває тягар доказу на довжнику. Коли віритель виступив зі своєю чинитьбою а довжник приняв чинитьбу як сповнене зобовязання — то все-таки може довжник виступити опісля з замітом, що не узнає сего сповнення, — але тоді мусить доказати, чому його не узнає, чому се сповнене зі сторони вірителя не єсть точним сповненем. Так само тоді, коли довжник покликує ся на те, що річ, яку дістав від вірителя, єсть чужа, й тому сповнене є недостаточне.

Коли судия признає exc. non adimplenti contr., видає осуд на сповнене раз у раз; значить: довжник має сповнити, коли віритель своє сповнить, або буде до сповненя готовий. На підставі сего осуду можна приступити до екзекуції. Але

само призволене екзекуції може бути видане, зака віритель своє сповнив; коли-ж однаке прийде вже до переведеня екзекуції, тоді віритель мусить своє сповнити, й то найпізнійше до рук екзекуційного органу, — бо інакше екзекуція не могла-б відбути ся. Се слідує з духа екзекуції й посередно з загального правила § 1052 кн. з.

2) *Exceptio non rite adimplete contractus* є тоді, коли одна контрактова сторона сповнила зобовязане неналежито або неповно (частково), а про те від другої жадає, аби сповнила чинитьбу противну. Друга сторона може тоді здергати ся від сповнення своєї чинитьби, поки перша не доповнить, зглядно не поправить своєї чинитьби.

Австр. закон не згадує нігде про осібну категорію такого заміту, але про те признає її загально практика. В теорії єсть однак погляд, що она не становить в праві осібної категорії. Тому треба се питане близьше розібрата.

Сама назва не опирає ся на жерелах римского права, але витворила її наука в половині 18. віка. Після пануючої теорії повсюдного права виступає она в двох видах: або в дійсності не єсть нічим іншим, як правдивою *exceptio non adimplete contractus*; або пізваний підносить самостійний заміт, жадаючи винагороди шкоди, знесеня умови задля хиб, обніження цілі купна й т. д. В першім випадку приноровлюють ся після сеї теорії загальні правила про *exc. non adimpl. contr.*, в другім випадку не можна здергати ся від чинитьби противної, але треба осібно доходити свого права задля неточного сповнення. Про те признає практика повсюдного права *exc. non rite adimpl. contractus* як осібне средство оборони, а й в теорії підносять ся поважні голоси за нею.

Так і в австр. праві не можна сумнівати ся, що *exc. non rite adimplete contractus* є осібним средством правним. Коли закон признає виразно заміт несповненого зобовязання, то не можна сумнівати ся, що признає *implicite* також заміт неточно або недостаточно сповненого зобовязання, бо цілковите несповнене тай неточне сповнене підлягає після § 919 кн. з. тим самим правилам. § 1052 кн. з. вимагає від того, що до противної сторони ставить жадання, аби сам сповнив зобовязане, або був готовий сповнити. А неточне сповнене не єсть сповненем — проте й оно підходить під загальну норму австр. права про відношене обох чинитьб при обосторонних умовах.

Але обсяг exceptionis non rite adimleti contractus єсть далеко більший, ніж exceptionis non adimleti contractus: Коли одна сторона хоче сповнити, але се сповнене єсть недостаточне, то друга сторона може чинитьбу відкинути — тоді нема сповненя, а exc. non rite adimleti contractus представляє ся в сути річі як exceptio non adimpl. contr. Але коли она приняла чинитьбу тай опісля виступила з замітом неточного сповненя, тоді не можна замітити exc. non adimpl. contr., бо сповнене вже наступило — але exc. non rite adimpl. contr., бо оно було недостаточне, невідповідне.

Взагалі коли по сповненню покажуть ся хиби, має пошкодований ріжні средства правні: він може в разі похибки оспорювати важність сповнення після §§ 871 кн. з. і д.; далі жадати із запоруки знесеня умови або доповнення браків після § 932 кн. з.; але не можна йому відказати средства оборони, коли противник виступить з жаданем, — аби свою чинитьбу здергати доси, аж противник сповнить свою чинитьбу належито. Отсє осібне средство оборони дає йому як раз exc. non rite adimpl. contr.

Exc. non rite adimpl. contr. ріжнить ся тому від замітів задля понесеної шкоди, із запоруки й т. і., не так що-до змісту оборони, як що-до реального висліду, до якого змагає. При останніх ходить о повернене шкоди, знесене умови, доповнене браків; при exc. non rite adimpl. contr. ні-коли о знесене умови, тільки як раз о удержане умови в повній силі, а головно о здержане своєї чинитьби аж до повного виконаня зі сторони позиваючого противника.

Практичний висновок єсть отже такий: При обосторонних умовах може одна сторона здержані ся з своєю чинитьбою, хоча друга сторона сповнила, але се сповнене показало ся опісля неповним або неточним — і то аж до доповненя, зглядно точного виконаня. Готовість точного сповненя стоїть на рівні з самим сповненем.

Маємо в австр. законі одну постанову, яка вказує на допустимість exc. non rite adimpl. contr. Се постанова § 1153 i. f. про locatio conductio operis: Коли виконане діла (opus) було хибне, може замовляючий виступити не лиш з жаданнями винагороди шкоди й із запоруки, але може також „здержати відповідну частину платні“. Се останнє не єсть ius retentionis, але exc. non rite adimpl. contr., та цікаве при тім лиш се, що

замовляючий не може здіржати цілої платні (с. т. цілої чинитьби противної), а лише відповідну частину.

Про те ся постанова дуже характеристична й дає підставу до близшого поясненя дальших питань, які вяжуться з нашою exceptio.

Єсть питанє, чи одна сторона може здіржати сповнене цілої чинитьби, хоча друга сторона має лише малу частину своєї чинитьби сповнити, або як хиби сеї чинитьби є дуже незначні? In thesi так, бо правило § 1052 звучить загально й слідує з тісної звязи обох чинитьб при обосторонних умовах. Але й тут мусить настути зміна, коли сего домагаються ся *in concreto* „природні правила обороту“ (§§ 7 і 914 кн. з.) так як exc. non rite adimpl. contr. єсть вислідом потреб обороту суспільного. Зрештою з анальгії § 1153 і. ф. слідує, що колі, обі чинитьби є ділімі, й ані намір сторін¹⁾, ані специальни оборотові звичаї тому не протилять ся, можуть сторони здіржати лише „відповідну“ частину своєї чинитьби, значить таку частину, яка відповідає ще не виконаній часті чинитьби противної²⁾.

Тягар доказу єсть при exc. non rite adimpl. contr. інший, ніж при exc. non adimpl. contr. Вправді коли довжник відкинув спершу чинитьбу вірителя як недостаточну, його становище таке саме, як при exc. non adimpl. contractus; значить він потребує лише покликати ся на несповнене зобовязання зі сторони вірителя, а віритель мусить доказати, що його сповнене було точне та повне. Коли однаке довжник приняв від вірителя чинитьбу як сповнене зобовязання, але все-таки підносить опісля недостачі виконання зі сторони вірителя — тоді він має тягар доказу, значить: мусить виказати ті недостачі, сли хоче удержати ся з замітом неточно сповненого зобовязання. До сих недостач належать природні хиби самої речі, але й чужі права, що річ обтяжують.

Зрештою примінюють ся при тій exceptio ті самі правила, як при exc. non. adimplenti contractus.

¹⁾ Пор. § 882. кн. з.

²⁾ Так приходимо уже в австр. пр. до подібного висліду, як нове німецьке право в § 320 уст. 2.

§. 68.

Datio in solutum*.

I. Матеріальне заспокоєнє вірителя наступає не лише через сповнене довжного зобовязання, але й тоді, коли довжник замісць довжної річи дасть ниньшу, а віритель прийме її в місці сповнення. Се есть *datio in solutum*. З правничого боку представляє ся она як звільнююча умова між вірителем а довжником, що через подачу й приняті має на меті уморити істнуюче зобовязане, мовби наступило дійсне сповнене. Проте в понятю *dationis in solutum* находимо ось-які моменти:

1) *Datio in solutum* есть умовою — треба до неї конечно згоди вірителя. Віритель має повну свободу, приняти *datio in solutum*, чи ні. Взагалі примінюють ся загальні вимоги важності умов, а крім цього й анальгія правних постанов про сповнене має тут свою приміну:

a) Сю умову заключають звичайно довжник і віритель; обі сторони мусять бути здатні до ділання, й то потреба т. зв. здатності набування й позбування (*die Veräußerungsbefugnis*), бо *datio in solutum* належить до способів набування й позбування; обі сторони можуть ділати самі, або через заступників. Але замісць довжника може сю умову заключити з вірителем навіть третя особа — она може (ex. anal. з §§ 1422, 1423 кн. 3.) заспокоїти вірителя навіть без дозволу зі сторони довжника.

б) Крім цього прикладають ся до *datio in solutum* загальні правила про волю й заявлене волі й про зміст умови.

*) Гл. Cod. Ther. III, 24. п. 23, 24; Horten III, 25. § 13; Martin I, 17. § 8; Гал. кн. з. III, § 571; Ofner, Prot. II. ст. 246.

Пор. Zeiller, Comm. IV. ст. 118, 119; Nippel, Erl. ad. § 1414 - Winiwarter, Bürg. R. V². ст. 87; Ellinger, Handb. ad. § 1414; Kirchstetter, Comm. ст. 692; Stubenrauch, Comm. II⁸. ст. 833; Krainz, System II³, ст. 156; Hasenöhrl, Obl. R. II². § 95 (-ст. 512—519); Till, Prawo pr. III. ст. 365 і д.; Schuster v. Bonnott, Grundriss ст. 38.

Врешті: Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt (1866); Cohn у Endemann, Handb. III. ст. 1075 і д.; Unger, Fragmente, у Grünhuta Zeitschr. XV (1888); Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, ст. 280 і д.

2) При *datio in solutum* умова є реальна; значить: разом зі згодою мусить відбути ся реальна передача (*datio*) умовленого предмету в місце сповнення — та сей предмет мусить віритель дійсно приняти. Вправді є можливе приречене, дати якусь річ *in solutum* і таке приречене вяже на будуче обі сторони (*pactum de dando in solutum*) — але не має про себе наслідків справдішної *datio in solutum*.

3) *Datio in solutum* представляє ся як відплатна умова, що має правні наслідки обосторонніх, відплатних умов (§ 1114 кн. 3.) Нема ріжниці, чи *datio in solutum* уморює відплатне, чи безоплатне зобовязане. Тому примінюють ся усі правні постанови про запоруку, вкорочене більш половини й *exc. non adimpl. contr.* також до *datio in solutum*.

4) Предмет *dationis in solutum* мусить ріжнити ся від того предмету, до якого довжник був зобовязаний. Мусить бути інша *species*, або річ іншого *genus*; замісць *dare* — *facere*, або наоборот замісць *facere* — *dare*. Де ходить лише о незначні дрібнички що-до способу виконання — там не може бути бєсіди о *datio in solutum*, але о неточнім сповненню (*solutio*). *Alia res* є конечна; але *alia res* не істнє, коли заплата мала наступити в грошах, а довжник заплатив банкнотами, або такими курсовими паперами, якими в обороті правнім між даними особами, уморює ся звичайно грошеві зобовязаня¹⁾). Зрештою предметом *dationis in solutum* можуть бути всякі річи, що можуть бути також предметом сповнення, отже діланя, авторські права і т. і. Сюди належать також вірительності довжника до третих осіб.

5) Ціль *dationis in solutum* є уморене давного довгу. Се є ціль перворядна, яку обі сторони мусять мати на очі. *Datio in solutum* є сурогатом сповнення, мусить дати вірителеви материяльне заспокоєнє. Не можна однак зобовязане через те уморити, що на місце одного зобовязання заключує ся друге, пр. на покрите дотеперішнього довгу виставляє ся вексель. Така „зміна“ зобовязаня не єсть ніколи *datio in solutum*, але може бути новацією. Ріжниця *dationis in solutum* і новації лежить як раз у цілі: *datio in solutum* має ціль умореня відношеня правного між вірителем а довжником, покінченя — так сказати — рахунків між ними; а новація не кінчує відношеня між ними, але удержує його

¹⁾ Пор. мое Das Wesen des Werklieferungsvertrages, ст. 145 і д.

дальше, хоча у зміненій формі, в формі нового зобовязання. Тому при *datio in solutum* можна передати свою вірительність до третьої особи, але не перенести новий довг супроти того самого вірителя.

Одинока ціль, до якої змагає *datio in solutum*, с. т. ціль уморення істнюючого зобовязання, надає її марку однomanітного діла правного. *Datio in solutum* не єсть тому злішкою двох діл правних, продажі й компензації, або двох контрактів обміну — але однім ділом правним, однією звільняючою умовою.

Аби осягнути ціль уморення, установляє довжник для вірителя звичайно якесь нове право: право власності, сервітуту й т. д. на переданий річи, або переносить на нього певні користі через свою силу робочу й т. д. Не можна однак сказати, що до важності *dationis in solutum* треба важного перенесеня; *datio in solutum* наступає через саму передачу й приняті в цілі уморення зобовязання. Против всяких недостач, які показалися-би опісля, прислугують вірителеві відповідні средства правні, як: доходжене право із запоруки, вкорочення більш половини й т. д. — але *datio in solutum* не тратить через те на стійності, хіба з дотичних постанов австр. пр. слідує, що пошкодований може жадати „знесення умови“ (пор. §§ 932, 934 кн. з.) Але навіть отсе средство вказує на те, що мимо недостачі *datio in solutum* була важна, лиш опісля її наслідки мусять „бути знесені“.

6) *Datio in solutum* має призначене уморити істнуюче зобовязання; коли-б показало ся, що зобовязане між тими особами дійсно не існувало, що було неважне — тоді й *datio in solutum* є лише фікцією. Навіть т. зв. природні зобовязання можуть дати підставу до *datio in solutum*; § 1432 кн. з. має й тут свою приміну.

II. *Datio in solutum* має одинокий правний наслідок: она уморює зобовязане між довжником а вірителем. Се уморене наступає *ipso iure*.

Коли нема усіх правних вимог, *datio in solutum* не має сего наслідку. Перед усім тоді, коли сам акт правний *dationis in solutum* був нестійний (пор. пр. §§ 870—883 кн. з.), не погасає попередне зобовязане, і віритель може з нього позивати; але сам має тоді звернути сей предмет, або вартість, яку одержав від довжника (§ 1435

кн. з. *condictio causa finita*; §§ 878 i. f., 1447 i. f.). Далі не можна уморити такого довгу, який правно не істнував: коли значить, показало ся, що вірительність була неважна, а довжник лише в хибнім пересувідченю, що она істнует, заключив з вірителем *datio in solutum*, тоді може *condictione indebiti* жадати звороту того, що вірителеви дав (§ 1431 кн. з.). Так само тоді, коли зобовязане було обмежене розвязуючим услівем, а опісля сповнило ся усліве. Спірне є питанє, що діє ся, коли довжник був в похибці й думав, що винен більше вірителеви (пр. замісць 500 К — 500 fl.), і в міру сего дав йому більше вартний предмет (пр. в вартості 500 fl.) в місце заплати. В австр. праві треба се питанє рішити по анальгії з § 1447 i. f. *Datio in solutum* не тратить стійності, але віритель мусить довжникови звернути надвижку вартости під формою „неоправданого збогаченя“.

Врешті може віритель — як висще сказано — доходити своїх прав із запоруки, вкорочена більш половини, й із понесеної шкоди. Через те давне відношене правне між довжником а вірителем не відживає, — лиш тоді, коли віритель має право жадати „знесеня умови“ або „приверненя попередного стану“, може домагатись, аби привернено давне відношене правне.

III. Від даня в місце заплати (*Geben an Zahlungstatt*) треба відріжнити дане для заплати (*Hingabe zahlungshalber*). При даню в місце заплати єсть ціль уморити зобовязане зараз (*in constanti*); при даню для заплати одержує віритель доперва средство, яке має опісля зліквідувати, й з того покрити своє домагане. Тому дане для заплати не спроваджує зараз погасненя зобовязання, але залежить від того, чи й о скілько успів віритель з одержаного средства справді заспокоїти ся. Він одержав пр. книжку, й має її продати тай з ціни купна покрити свою вірительність; він одержав вірительність против третьої особи та має її стягнути, — і т. д. Погаснене зобовязане наступає тут доперва тоді, коли віритель зліквідував одержане средство заплати й з того покрив ся. Коли-б се средство не покривало цілого зобовязання, може віритель позивати довжника о решту. Інакше — природно — тоді, коли була *datio in solutum*: тут погасло ціле зобовязане від разу, без огляду, чи віритель вспів одержану річ продати, чи й кілько вспів з неї добути.

При даню для заплати не тратить віритель давної вірительності, а зискує нове право. Однаке відношене тих двох прав до себе мусить опирати ся на „природних правилах обороту“. Проте віритель, який приняв якийсь предмет для заплати (*zahlungshalber*), обовязаний ужити всяких способів, аби одержаний предмет відповідно зліквідувати, він мусить доложити відповідної уваги й пильності (§ 1297 кн. з.), щоби одержане средство обернути на покрите своєї вірительності. Евентуальну звижку мусить віддати довжникovi. Коли-б однаке йому не удалось добути покриття, може доходити прав з давного зобовязання.

In concreto може заходити сумнів, чи *datio* наступила в місці заплати, чи для заплати. Се *quaestio voluntatis*. Треба тому розглянути, чи при самій *datio* одержав віритель після волії сторін повне заспокоєння а різіко зліквідовання предмету взяв на себе; чи навпаки не хотів переняти різіка, лише згодився пошукувати покриття за помочию даного средства. В першім випадку єсть дане в місці заплати, в другім дане для заплати. В сумнівах випадках треба пропустити, що віритель не хотів брати різіка на себе — треба приняти дане для заплати, а не дане в місці заплати. *Datio in solutum* стоїть і упадає з ціллю безпосереднього уморення довгу. Ся ціль мусить ясно виступати.

§ 69.

Зложене довгу до судового депозиту.

(*Depositio*)*)

Складки до судового депозиту можуть мати двояку ціль: вони настають або в ціли забезпеки якоєї вірительності

*) Гл. Cod. Ther. III, 24. п. 121—134; Horten III, 25. §§ 78—88; Martini III, 17. § 17; Гал. кн. з. III, § 580; Ofner, Prot. II. ст. 252—258, 447—448, 683.

Пор. Zeiller, Comm. IV. ст. 132—135; Nippel, Erl. ad § 1425; Wienerburg. R. V² ст. 94—96; Ellinger, Handb. ad § 1425; Kirchstetter, Comm. ст. 693, 694; Stubenrauch, Comm. II⁸ ст. 848—853; Krainz, Sy-

в формі т. зв. кавції, або в цілі умореня довгу як сурогат заплати. Першим родом депозитів займає ся право векслеве або процес цивільний (пр. арт. 25 векс. уст.) — другий належить до загального права приватного тай находит приміщене як раз в науці про погаснене зобовязань. Але й в цім останнім випадку можуть бути дві евентуальності: або закон наказує прямо довжникам зложити якусь суму або якийсь предмет до судового депозиту, вкладаючи на нього обов'язок сповнити зобовязане через зложене до депозиту (тоді depositio є приспаною Formoю сповнення), — або закон дає йому право звільнити ся з довгу через зложене до депозиту, але спершу був обов'язок до сповнення, а не до депозиції (тоді depositio є сурогатом заплати, с. т. заступає місце заплати).

Найважніший випадок безпосереднього обов'язку до сповнення зобовязання через зложене до депозиту подає § 34 зак. про вивласнене з 18. лютого 1878 ч. 30 В. з. д., який постановляє, що заплата відшкодування наступає через depositio. Однака тут не належить постанова § 234 кн. з. ц., котру австр. письменники сюди зачислюють — бо закон лише довжникам волю або заплатити безпосередно до рук опікуна з задержанем певних формальностей, або зложить довжну річ в судовім депозиті. Се єсть facultas alternativa, але не обов'язок довжника до депозиції; а само зложене до депозиту не є «сповненем», тільки повним сурогатом сповнення.

На цій місці можемо говорити лише про таке зложене довгу до судового депозиту, що є сурогатом сповнення.

I. Довжник може звільнити ся з довгу, коли зложить довжну річ до судового депозиту. Але щоби се наступило, му-

stem II³ ст. 164 і д.; Hasenöhrl, Obl. R. II² § 94 (= ст. 487—512); Till, Prawo pryw. III. ст. 357 і д.; Schuster v. Bonnott, Grundriss ст. 29, 40.

Врешті: Ulrich, Die Deposition und Dereliction behufs Befreiung des Schuldnerns (1877); Czyhlarz, Die gerichtliche Deposition der Schuld, в Grünhuta Zeitschr. VI (1879) ст. 657 і д.; A. P-k, в Gellera Centralblatt (1884); Prettenhofer, Bis zu welchem Zeitpunkte kann ein nach § 1425 abGB. bewirkter gerichtlicher Erlag vom Erleger einseitig zurückgefordert werden? в Ger. Ztg 1895 Nr. 15, 16; Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse (1900) ст. 298—326.

сить він відповісти певним вимогам; зложене до депозиту єсть лише тоді сурогатом сповненя, коли було „правне“ (rechtmässig). Про це говорить § 1425 кн. з., та на цій підставі приходимо до ось-яких висновків:

1) Управнений зложити довг до депозиту, єсть довжник, зглядно правний заступник, але й третя особа, що за його дозволом хотіла сплатити довг (arg. з § 1422 кн. з.). Третя особа не має однаке сего права, коли не порозуміла ся з довжником, с. т. коли довжник не згодився, бо без згоди довжника не може третя особа вірителеви накинути навіть самого сповнення (§ 1423 кн. з.), отже тим менше не може виступити з сурогатом сповненя, с. т. зі зложенем до депозиту.

2) Однак не кождий довг може бути зложений до депозиту й лише певні предмети можуть бути зложенні до судового депозиту, а далі треба осібної правної підстави для депозиту; закон вимагає відповідного предмету й відповідної правної підстави:

а) § 1425 кн. з. ділить предмети на такі, що придаються до судового переховку й такі, що не є до сего придатні. Після § 8 розп. мін. правосудия й фінансів з 16. падолиста 1850 ч. 448 В. з. д. приймає суд в депозит лише гроші, публичні облігації, приватні довжні грамоти й інші грамоти, що мають грошеву вартість, а врешті й коштовності (преціоза). Сі речі переховують на припоручене судів депозитові уряди й австро-угорський банк.

б) Як правні підстави для зложення довгу до депозиту узнає закон отсій причини:

а) „Коли віритель не вдоволений з предложеного сповнення“. Під тим розуміється проволоку вірителя, бо она полягає як раз на тім, що довжник „предкладає“ чинитьбу вірителеви (oblatio realis або в виїмкових випадках verbalis), а віритель не хоче її приняти. Коли отже віритель попаде у mora creditoris, може довжник звільнити ся з довгу тим, що зложить предмет чинитьби до судового депозиту. Але сама обава, що віритель мабуть не прийме чинитьби, не дає підстави до депозиту.

β) „Коли віритель незвісний“; — се єсть в ріжний спосіб можливе: Він є незвісний, коли його особа не дасть ся точно означити, чи то тому, що єсть спір між кількома претендентами, чи тому, що довжник має певні розумні підстави

сумнівати ся про ідентичність особи вірителя, або про принадлежність вірительності до даної особи. Безпідставні сумніви, оперті на надзвичайні скрупультності довжника, не входять в рахунок і не дають підстави до судового депозиту. Довжник мусить поступати взагалі з такою увагою й оглядностю, якої вимагає ся від пересічних людей зі звичайними здібностями (§ 1297 кн. з.).

γ) „Коли віритель не присутній“ на місяці заплати, в часі призначенім до заплати — та не лишив ніякого заступника. Хвилева неприсутність не вистачає, та малі спізнення або взагалі малі пропущеня, які в обороті доволі часто случаються, не можуть оправдати зложення довгу до судового депозиту. Тут оборотовий звичай має дуже важне значення. Коли однак віритель заподів ся, коли у безвість пропав, не лишивши у місяці своєї давнії осілості правного заступника, — може довжник приступити зараз до судового депозиту.

δ) Закон згадує врешті про „инші важні причини“, задля яких довжник не міг сповнити зобовязання. Як всюди, так і тут „важні причини“ є такі, котрих або закон або „природні правила обороту“ (§ 7 і. ф. в полученню з § 914 кн. з.) у认нають за важні. В законі стрічкою осібні постанови, котрі дають право до судового депозиту: сюди належать:

αα) постанова § 234 кн. з., коли віритель єсть нездатний сам приняти заплату, а його заступник не в силі виказати потрібну легітімацию;

ββ) постанова § 455 кн. з. про subpignus за повідомленем довжника, коли довжник дав свою річ в застав, а віритель її обтяжив дальше заставом тай повідомив довжника;

γγ) постанова § 890 кн. з. про зобовязаня до неділімих чинить, коли є кількох вірителів, які не згодилися на одного, що мав-би від довжника чинитьбу приняти;

δδ) постанова § 1428 кн. з., коли віритель не в силі віддати довжникови при виконаню зобовязання довжної грамоти й

εε) врешті постанови § 184 уст. 3 конк. уст. і арт. 202 уст. 2, 343, 407 торг. зак.; арт. 40 вексл. зак.; і §§ 294, 307, 312, 315, 329, 379, 382 екз. уст. Не належить тут спеціальна постанова § 19 адв. уст. з 6. липня 1868 ч. 96 В. з. д., що опирає ся на спеціальних обставинах стану адвокатського.

Не можна однак сумнівати ся, що „природні правила обороту“ можуть й в інших випадках дати довжникови під-

ставу, зложити довг до судового депозиту. При тім треба виходити із того, чи після вимог обороту довжник має оправданий інтерес, звільнити ся як найскорійше з довгу, й чи не можна сего осiąгнути в інший, звичайний спосіб.

З) Довжник зголосує зложене довгу до судового уряду депозитового. Компетентний є який-небудь суд, при котрім находить ся депозитовий уряд (арт. XVIII. впrow. зак. до юрисд. нор.). Судия не може однак доходити, чи є усі вимоги § 1425 кн. з., тільки приймає даний предмет, оскілько придає ся до депозиту й повідомляє про се вірителя; де є кількох претендентів, — їх всіх; де особа вірителя зовсім невідома, установлює для нього куратора, і каже його повідомити. (Пор. мін. розп. з 16. падолиста 1850 ч. 448 В. з. д. і з 28. липня 1856 ч. 137 В. з. д.).

Вже § 1425 кн. з. прикладає велику вагу до повідомлення вірителя. Се повідомлене може також наступити через самого довжника.

ІІ. Зложене до судового депозиту єсть сурогатом сповнення подібно як *datio in solutum*, але ріжниця є та, що *datio in solutum* залежить від волі вірителя — чи на се годить ся, чи ні — а *depositio* від волі довжника — чи хоче зробити з неї ужиток, або ні. Вправді судова практика виходить чимало із того, що й при зложеню довгу до судового депозиту може віритель жадати від довжника, аби се зробив — але сей погляд правильно невірний; він не має ніякої підстави в законі, § 1425 кн. з. йому противитися (verb.: „steht dem Schuldner bevor“), а мотив, — що *depositio* єсть сурогатом заплати, й тому віритель може її, мовляв, так само жадати, як і сповнення, — нестійний, бо чей-же ѹ *datio in solutum* єсть сурогатом сповнення, а все ж-таки віритель не може її жадати замість заплати! Про те можна однак в віймкових випадках признати вірителеві право жадати депозиції зі сторони довжника, але лише тоді, коли того домагають ся „природні правила обороту“ (§§ 7 і 914 кн. з.), пр. тоді, коли кілька осіб виступає рівночасно з претенсіями до тої самої чинитьби, та є спірне, кому з них она належить ся.

ІІІ. Ціль, до якої стремить депозиція, єсть уморене зобовязання; довжник хоче бути вільний від довгу, неначе б вірителеві заплатив, а віритель приняв. Але не можна зараз знати, чи ся ціль осiąгнена, чи ні — а то головно тому, бо не

певно, чи довжник дійсно зложив се, до чого був обовязаний і чи зайдли усі вимоги, яких право жадає до депозиції, як сурогату сповнення. § 1425 кн. з. постановляє, що довжник звільняє ся з довгу, коли депозиція була „правна“ (*rechtmässig*)¹⁾ і про зложене до депозиту повідомлено вірителя (згл. *куратора*, установленого *ad hoc*). З того не слідує однак, що уморене зобовязання наступає аж тоді, коли довжник вспіє доказати, що зложене до депозиту відповідало правним вимогам, й що віритель був повідомлений — але сам факт зложення уморює від хвилі зложення зобовязане, о скілько опісля не показало ся, що *depositio* не відповідала правним вимогам, або віритель про ню не був повідомлений.

Тут є можливі такі евентуальності:

1) Довжник складає якийсь предмет до судового депозиту на покрите довгу X. Судя приймає. Віритель не підносить ніяких замітів і вносить подане о виданні депозиту. Судя видає йому депозит, провіривши ідентичність особи вірителя. Тут нема сумніву, що зобовязане довжника погасло зараз з хвилию зложення до депозиту.

2) По зложеню до депозиту виступає віритель з позовом против довжника. Довжник вказує вірителеві, що зложив жаданий предмет для нього до депозиту й що він може собі його підняти. Коли віритель на се згодився — то справа покінчена, а зобовязане погасло *ex tunc* від хвилі зложення даного предмету до депозиту. Але віритель може

3) виступити против депозиції з двоякими замітами:

а) може покликати ся на те, що предмет, зложений до депозиту, не відповідає точно предметові зобовязання; або

б) може вказати на се, що довжник не доповнив правних вимог депозиції по мисли § 1425 кн. з., значить, що зложив до депозиту, не будучи до сего управненим; — або на се, що віритель не був про депозит повідомлений.

Про се веде ся процес, який кінчується судейским осудом. Із осуду виходить опісля, чи депозиція була „правна“ чи ні, чи довжник мав право депонувати, чи ні, чи настутило уморене зобовязання, чи зовсім не настутило.

¹⁾ Що до того потреба, сказано вище під I.

У всякому разі судейский осуд має лише декларативне значене, бо узнає, чи зложене до депозиту було справді сурогатом сповненя, чи ні.

„Правне“ зложене довгу до судового депозиту має ще один правний наслідок: *periculum* що-до предмету переходить на вірителя, — треба додати: о скілько отсе *periculum* не перейшло вже скорійше на нього. При тога *creditoris* переходить *periculum* уже від проволоки, а не доперва від зложеня до депозиту на вірителя. А далі: від зложеня до депозиту поносить віритель всі кошти, які лучать ся з депозитом (*arg. a maiori ad minus*). Тільки все те залежить від сего, чи *depositio* наступило після правних вимог (§ 1425 кн. з.), чи ні. Коли-б показало ся, що довжник не відповів правним вимогам, *periculum* не могло перейти на вірителя, тай довжник мусить поносити кошта депозиції.

IV. Спірне єсть в науці питане, чи довжник має право по зложеню довгу до депозиту взяти депозит назад. Закон мовчить — тому є два противні погляди: більшість не дозволяє довжникови жадати звороту, меншість дає йому се право, але лише до певної хвилі — й тут знова повстас питане, до якої хвилі, чи до повідомленя вірителя о видане депозиту, чи аж до самої передачі вірителеви. Вірна єсть теорія більшості: довжник не може жадати звороту депозиту¹⁾, хіба показало ся, що не мав права до депозиції. Тут треба зачисляти й сей випадок, коли через 30 літ ніхто не зголосив ся по депозит, так само тоді, коли ніхто не зміг виказати вірительних прав до депозиту. По упливі 30 літ задавнює ся право вірителя.

¹⁾ Коли довжник платить довг, не може жадати звороту; коли ж складає довг до судового депозиту, аби через те сплатити довг, не може також жадати звороту. Закон може вправді установити право жадати звороту (так римське й нове вімецьке право), але така установа противна признанню депозиції, бути сурогатом заплати. Она була-б противна провідній ідеї австр. права — тому не можна її приняти в австр. пр. Не можна теж покликатись на „природні правила обороту“, бо они — на мою думку — такому праву довжника прямо противні. По знаменитих виводах Hasenöhrла юридичні сумніви ся, що довжник не може депозиту взяти назад. Від хвилі, коли зложив довжну річ до депозиту, не може ним вже заряджувати.

V. На сих висновках опремо правну натуру зложеня довгу до депозиту.

Правний інстітут зложеня до депозиту доторкає трьох чинників: довжника, вірителя й уряд депозитовий. Сей останній репрезентує державу. Так поміж довжника й вірителя, як приватних осіб, вступає держава, як особа публичного права, тай в інтересі перших виконує задачу державної охорони й правної адміністрації. Через інтервенцію держави набирає ціле відношене правне, яке виходить із зложеня довгу до депозиту, подекуди закраску публичного права. Се мусимо мати на увазі, коли хочемо пізнати правну натуру депозиції.

Однаке о скілько ходить о провідну ціль зложеня довгу до депозиту, то она має приватно-правний характер, так як умовене зобовязання поміж вірителем а довжником належить безперечно до обсягу права приватного.

З того виходить, що depositio є правним відношенем *sui generis*, що містить в собі елементи публичного й приватного права. Відношене сторін до уряду депозитового має в собі богато познак публичного права; на томісць відношене сторін до себе належить до обсягу права приватного — а уесь інстітут правний прошибає одна приватно-правна ціль.

Не можна сказати, що уряд депозитовий, який приймає довжну річ в депозит, робить се лише в інтересі довжника — бо коли переховує її для вірителя, то має і його інтерес на думці, а в випадках, де віритель є на разі незвісний, інтерес вірителя що-до перехованого предмету є очевидний. Зрештою неможливість звороту депозиту довжникові є доказом, що уряд переховує депозит не лиш в інтересі довжника, але й вірителя.

Далі відношене правне довжника до депозитового уряду не є ані приватно правним depositum, ані mandatum, ані врешті зліпкою обох тих умов. Зложене довгу до судового депозиту не є взагалі умовою права приватного, ані тим менше офertoю до заключення умови, тільки актом державної адміністрації в приватно-правних цілях. Тому можна послугувати ся лише певними анальгіями з обсягу права приватного, як анальгією dationis sub modo, або умови на користь третих по мисли § 1019 кн. з. — але

в уживаню тих анальотій треба бути дуже остережним. А врешті всякі внески на підставі мнимої анальотії з умовою депозиту (§§ 957 кн. з. і д.) є прямо хибні. Уряд депозитовий не є ані правним заступником довжника, ані вірителя; є тільки публично-правним посередником поміж сторонами для береження й справедливого вирівнання їх прав.

З хвилино зложеня довжної річи до депозиту тратить довжник її власність: він хоче позбутися сеї річи на користь вірителя, але що в відносинах вірителя зайшла перешийода, передає її до рук суду. Віритель не набуває однак на зложеній річі зараз власності, бо зложене до депозиту не підходить під ніякий спосіб набуття власності через вірителя. Тому власність переходить на уряд, як репрезентанта державної влади — тільки через зміну підмету (з приватного підмету на підмет публичного права) змінює ся власність приватна в руках уряду на спеціальну власність публичного права, на цілеву власність в інтересі правної охорони обох приватних сторін. Суд має передати одержану річ вірителеві, або коли-б показалося, що она має повернути до довжника, довжникові: в руках вірителя або довжника дана річ стає знова власністю приватною. По переході на вірителя або по повороті до довжника власність уряду на даній річі тратить для права приватного всяку стійність — та вважається так, мовби уряд ніколи не мав власності (— знаємо, що приватної власності він взагалі не мав). Значить: власність вірителя датується від хвили зложеня; а коли-б довжник дістав річ назад, вважається так, начебін в межичасі власності не стратив (*ex tunc*).

Коли-би суд безправно не хотів видати депозиту вірителеві (або віддати його в певних випадках довжникові), тоді можна виступити против суду з позовом синдикатским на підставі зак. з 12. липня 1872 ч. 112 В. з. д.

VI. Не всі річи можуть бути предметами зложеня до судового депозиту — проте § 1425 кн. з. дає можність судовий депозит заступити зложенем у третьої особи.

Коли довжний предмет не є придатний до судового депозиту, може довжник удати ся до суду, аби суд зарядив перевозане у третьої особи. До сего треба конечно інтервенції суду; зложене довжного предмету у третьої особи з власної ініціативи довжника без інтервенції суду не має наслідків

§ 1425 кн. з. Але коли суд зарядив переховане через трету особу, примінюються усі правила судової депозиції. Третя особа заступає суд в функції публічно-правного посередництва поміж довжником а вірителем. Проте й відношене правне третої особи до вірителя є довжника в суті річи таке саме, як відношене суду.

Мусять заходити ті самі вимоги, що при судовій депозиції; ціль і правні наслідки зложення є також тодіожні. Можна в той спосіб зложити до депозиту річи движимі й недвижимі.

Третя особа, який суд припоручив довжний предмет до переховку, має такі обовязки, як суд. Сюди належить перед усім обовязок до т. зв. *custodia*, яка є конечна при кождім депозиті. Він не може звернути депозиту на одностороннє жадане довжника. Зрештою має берегти інтереси одної і другої сторони так само, як суд, коли-б депозиція наступила в суді. Врешті має звернути річ одній або другій стороні — знова після тих самих правил, які ми висше пізнали.

Коли-б однаке не хотів видати річи до рук управненого, тоді управнений може його запізвати в звичайній процесовій дорозі, а про синдикатський процес не може бути бесіди.

VII. При судовій депозиції є при зарядженню переховку у третої особи, заступає суд — як сказано — не лише інтерес довжника, але й інтерес вірителя. Проте суд не прийме ані не передасть третому до переховку такої річи, котрої переховане є получене з надмірними коштами, або коли річ може легко зіпсuti ся. Про сі випадки не згадує виразно австр. закон, а все ж-таки довжник має й в тих випадках такий самий інтерес звільнити ся від довгу, як в інших. Сю люку мусять тому виповнити „природні правила обороту“ (§§ 7 і 914 кн. з.); они-ж дають довжникові право продати дану річ серед загально принятих вимог обороту суспільного — а тоді узискані гроші можуть становити предмет судового депозиту. До сего треба однак, аби заходили всі вимоги § 1425 кн. з. не лиш в хвилі зложення еквіваленту до судового депозиту, але вже в хвилі продажі довжної річи. Коли-ж повстане спір по зложенню до депозиту, довжник буде мусів доказати, що існувала підстава до продажі, що она оперла ся на „природних правилах обороту“, ю що сама продаж наступила після тих правил.

§. 70.

Компензация.*)

Слівце „компензация“ означає вирівнане або знесене через почислене одному, що йому від другого належить ся. В облігаційнім праві єсть компензация способом погасненя зобовязань. Она може наступити або за згодою обох сторін, або односторонно силою законної постанови. Так і компензация може бути умовна, або законна: умовна, що приходить до буття на підставі умови між обома сторонами, котрі вирівнюють взаїмні довги між собою — се є т. зв. компензацийна умова (*Kompensationsvertrag*); а законна, яку установив закон загальним средством погасненя зобовязань (*gesetzliche Kompensation*). Умовна компензация стоїть на обостороннім порозумінню; проте залежить від умови, як далеко она йде і які має мати наслідки, залежить від диспозиції сторін, які є її вимоги, чи они менші, або більші від тих, яких закон

*) Гл. Cod. Ther. III. 24. n. 89—120; Horten III, 25. §§ 93—114; Martini III, 17. §§ 4—7; Гал. кн. з. III, §§ 567—570; Prot. II. ст. 244—246, 448, 584.

Пор. Zeiller, Comm. IV. ст. 165—174; Nippel, Erl. ad §§ 1438—1443; Winiwarter, Bürg. R. V. ст. 110—123; Ellinger Handb. ст. 655—658; Kirchstetter, Comm. ст. 699—705; Stubenrauch, Comm. II⁸ ст. 875—888; Krainz, System II³ § 348 (ст. 173—178); Hasenöhrl, Obl. R. II² § 97 (ст. 543—574); Till, Prawo pryw. aust. III. ст. 369—381; Schuster v. Bonnott, Grundriss ст. 40—42.

Крім цього: Wagner, Über die Kompensation im oest. Civ. proc. (1817); Schuster, Wie ist das Compensationsrecht geltend zu machen? (1830); Staudinger, Über Geltendmachung der Compensation im Executionswege, в Zeitschr. f. oest. Rechtsgelehr. 1835 I. ст. 279 і д.; Habietinek, Beiträge zur Theorie der Compensation nach oest. R., в Haimerl-a Magazin XVI (1857) ст. 185 і д.; Habietinek, Über das Errfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen im Sinne des § 1438 a. b. G. B., в Haimerla, Vierteljahrschrift II (1858) ст. 59 і д.; Unger, Fragmente, в Grünhuta Zeitschr. XV. ст. 543 і д.; Schrutka, Die Compensation im Concuse (1887); Roztočil, в Not. Zeitg 1883, No. 3—9; в Jur. Bl. 1887 No. 27; Schrutka в Ger. Zeit. з 1900 No. 15—17; Karplus, Über Comp. vollstreckbarer Forderungen, в Jur. Bl. 1902 №. 27—32.

Врешті: Dernburg, Geschichte und Theorie der Compensation nach rom. u. neuem R. (2. вид. 1868); Fr. Leonhard, Die Aufrechnung (1896); Sieber, Kompensation u. Aufrechnung (1899); Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse (1900) ст. 326 і д.

жадає до законної компенсації. Компензаційна умова представляється як обосторонна звільнююча умова, с. т. як обосторонне звільнене з довгу (gegenseitiger Erlassvertrag) по мисли §. 1444 або §. 920 кн. з. Проте її правна судьба такої умови осуджується після загальних правил про умови й постанов про звільнене з довгу. Але все таки носить она характерну признаку кождої компенсації, бо є сурогатом заплати. Особні постанови існують натомісъ для законної компенсації, що є компенсацією в технічному значенні. Она має осібне місце в правній системі, та про ю буде бесіда понизше.

I. Законна компенсація — се вирівнане взаємних зобовязань силою закона.

Правна суть компенсації в науці спірна; головним предметом спору є питане, в якім відношенню стоїть компенсація до заплати.

Старинне римське право не знало компенсації законним способом погаснення зобовязань. Коли сторони стояли в правних зносинах з собою, то їх зобовязаня були зовсім самостійні; кождий міг позивати зі своєї вірительності, без огляду на се, чи противник мав до нього із своєї вірительності які жадання. Але постепенно розрісся оборот правний і показалася потреба компенсації, спершу при т.зв. bonae fidei iudicia, а після також при iudicia stricti iuris під формою т.зв. exceptio doli. Після засади: dolo facit, qui petit, quod redditurus est, нашла компенсація в класичному праві загальне узnanе; а про її ціль кажуть жерела: „Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere“.

В ниніших часах долучається до сеї цілі ще та сама ціль, до якої стремить новітня кредитова господарка, аби зменшити непотрібну висилку грошей, де їх треба зараз відплатити.

З того виходить, що компенсація може бути сурогатом заплати, але не стоїть з заплатою на рівні. Заплата є природним та конечним средством погаснення зобовязань, компенсація лише тоді, коли відповідає цілям свободного обороту суспільного; так само її наслідки правні компенсації не спроваджують конечно погаснення зобовязання, але мусять бути приноровлені до цілі, якій она служить. Тому закон означує згори границі компенсації — а де сам закон не

говорить, там рішують „природні правила обороту“. Римські правники кажуть про наслідки правні компенсації: *ipso iure compensantur obligationes* — але се „*ipso iure*“ не єсть таке саме, як при заплаті. Тому й в австр. праві не можна зрівнати компенсацію з заплатою, а постанова § 1438 і f. не дає до сего підстави.

Придивім ся її близше. Она висказує ту саму гадку, що римська паремія про „*ipso iure compensari*“, тому як ся остання допускає ріжні толки.

Загально залишено погляд, що компенсація наступає зараз від хвилі, коли повстали ті взаїмні зобовязання, що надають ся до компенсації. Сей погляд зрівнує компенсацію з заплатою, єсть тому невірний.

Після другого погляду треба до переведення компенсації висказу судиї в процесі на підставі внесення сторони; але коли наступив такий висказ, ділає компенсація *ex tunc i жаданя* противні зносять ся від хвилі, коли заходили правні вимоги компенсації. Однак і сей погляд нестійний. Вправді компенсація переводить ся звичайно в процесі, але она може наступити також без інтервенції суду на одностороннізаяву одної сторони. А зрештою коли приайдо процесу, то підставою компенсації є не судейский осуд, але заява сторони; судейский осуд констатує лише, що компенсація уже наступила.

Для австр. пр. можлива тільки третя теория, що жадає одностороннізаяви довжника, а наслідки правні завертає до хвилі, коли в даних зобовязанях зайдли інші вимоги компенсації. Се слідує

1) із того, що кн. з. нігде не згадує, будь-то компенсація мусить наступити в процесі, але понятє й вимоги компенсації опирає тільки на моментах матеріального права;

2) із того, що § 1438 і. f. порівнює компенсацію з заплатою. З того порівняння, яке беремо *cum grano salis*, виходить, що анальгія може заходити лише з такою заплатою, котра представляє ся як діло правне. Як сі сурогати заплати, так і компенсація є ділом правним, але не обосторонним, тільки одностороннім. Длятого заява одної сторони єсть окончна. Що-до наслідків правних каже закон, що знесене взаїмних зобовязань наступає так, наче-б наступила заплата; отже закон фінтує заплату в тій хвилі, коли зайдли ви-

моги компенсації. На єї опирає ся ділане компенсації ех тунс. Слівце „*für sich*“ значить тільки, що „силою закона“ — в відріжнену від компенсації умовної.

Так приходимо до отсих висновків:

Компенсація представляє ся як односторонне діло правне: довжник заявляє, що хоче на рахунок свого довгу почислити собі те, що йому винен віритель. Поки не було сеї заяви, стоять оба зобовязання, самостійно побіч себе (пор. § 1442 кн. з.); доперва коли заява наступала, упадають оба зобовязання, оскілько взаємно покривають ся. Заява довжника може наступити в суді або поза судом. Заява, зложена в суді, є не лише ділом правним в розумінні приватного права, але також діланем процесовим в розумінні процесового права.

Хоча компенсація може бути заявлена позасудово, то все ж таки має она найбільше значене в процесі. Она витворила ся в процесі, тай сьогодні надає її процес свою питому форму. Римський процес витворив для неї певні приватно-правні вимоги, м. і. вимогу плинності обох зобовязань (*Liquidität*) — а новітній процес приноровив свій апарат до вимог правного обороту — й так істнує тісна звязь між компенсацією як інститутом матеріального права, а замітом компенсації (ex. *compensationis*) в процесі. Постанови приватного й процесового права доповнюють ся взаємно й дають образ компенсації, як сурогату заплати, а то з тими обмеженнями, які роблять її витвором потреб обороту суспільного.

ІІ. Першою вимогою компенсації є відповідна заява довжника, згл. вірителя, про яку була бесіда повище. Ся заява мусить відповідати загальним правилам про облігаційні заялення.

По друге мусить заходити тісна звязь між зобовязанем довжника а зобовязанем вірителя. Ті против себе стоячі зобовязання мусять бути здатні до компенсації (*compensabel*); а до того треба:

1) Аби зобовязаня „взаємно сходили ся“ — значить довжник в одній зобовязанню мусить бути вірителем в другім зобовязаню; обі особи мусять взаємно бути собі щось винні (§ 1438 кн. з.). Поняття „взаємності“ обох зобовязань не стоїть на рівні з поняттям „обосторонних зобовязань“; при обосторонних зобовязанях єсть одно відношене правне, що стоїть на одній, спільній правній підставі (*causa*); компен-

зация доторкає однак не лих тих зобовязань, але звичайно таких, що повстають з ріжних правних підстав¹⁾ — тому взаїмні зобовязання в понятію § 1438 обіймають значно більше ніж сінагматичні зобовязання, отже не лих obl. bilaterales aquales, але т. зв. obl. bilaterales inaequales, а надто независимі від себе зобовязання з ріжними правними підставами, але з тим, що довжник в однім зобовязаню єсть віри телем в другім і наоборот.

„Взаїмність“ єсть можлива тільки між тими самими особами; так і компенсація може наступити тільки між тим довжником і тим вірителем, між вірительностю того довжника а вірительностю того вірителя. Compensatio ex iure tertii не має бутя. З того слідує:

а) Довжник не може компенсувати вірительностями, що прислугують третим особам; пр. чоловік не може компенсувати вірительностями, які прислугують жінці, батько не може підносити компензації вірительностями, що прислугують його дітині, хоча она є *sub patria potestate*. Виїмком від сеї засади єсть правило, що ручитель може боронити ся замітом компензації із тих вірительностей, які прислугують головному довжникови (arg. з § 1363 кн. з.).

б) „Довжник не може почислити свому вірителеви сего, що віритель третьї особі, а трета особа довжникови має заплатити“ (§ 1441 пр.). Коли сей припис розширимо, то прийдемо до правила, що довжник не може компенсувати тими вірительностями, акі йому прислугують против третих осіб; пр. довжник не може против корпорації або товариства підносити компензації тих вірительностей, які прислугують йому против поодиноких членів. (Пор. § 58 зак. з 9. цвітня 1873 ч. 70 В. з. д.; арт. 121 торг. зак.). Австр. закон іде так далеко, що навіть фіскуса не вважає з огляду на компензацію за одну корпорацію, але ділить його на поодинокі державні каси; тому постанова, що супротив довгів в одній державній касі не можна компенсувати вірительностій до другої каси (§ 1441 кн. з. і. f.) — компензація єсть можлива тільки між довгами й вірительностями супротив тої самої каси державної.

в) Однаке нічо не шкодить, коли в місце давного вірителя прийшов новий віритель, в місце давного довжника новий

¹⁾ Пр. одна особа винна гроші за купно, а друга винна її за чинш наїму.

довжник; але новий віритель, згл. новий довжник мусить вступити зовсім у місце давного вірителя, у місце давного довжника. До компенсації не треба, аби обі противні вірительності стояли з самого почину против себе; тому довжник може компензувати такими вірительностями, які набув опісля, чи то в дорозі цесії чи в дорозі спадку. Ходить лиш о те, аби в тій хвили, коли довжник робить з компенсації ужиток, між його довгом а вірительностю заходила взаємність.

Однаке є випадки, що про взаємність обох вірительностей рішає не хвиля заяви зі сторони управненого, але хвиля давнійша, коли обі вірительности становили против себе. Сюди належить задавлене одної вірительности. Коли н. пр. хтось винен другому гроші, а другий позичить опісля від нього таку саму суму гроший, то можна припускати, що они вирівняли свої вірительности й що оба нічого собі не винні. А все-таки не настутила компенсація, поки один з них не заявив, що жадає компенсації. Але годі дивувати ся, що они вважають рахунок за покінчений, і жаден з них не звертає уваги, що його вірительність улягла задавненню. Проте, коли по задавненню одної вірительности виступив противник зі свою вірительностью, не можна оглядати ся на задавлене, — але „природні правила обороту“ домагаються ся, аби допустити заміт компенсації, хоча одно із взаємних зобовязань уже погасло. До того самого висліду дійшли також редактори кн. з., котрих погляд подають протоколи.

г) Коли одній стороні прислугує кілька вірительностей, що надають ся до компенсації, тоді залежить в першім ряді від компензанта, яку вірительність він хоче вирівнати. Але коли-б він не означив, або коли-б сему противилась друга сторона, тоді треба поступити по анальгії з § 1416 кн. з., значить: першеньство мають відсотки, а за ними доперва капітал; де ходить о кілька капіталів, там приходить до компенсації той, якого компензант жадав давнійше, а по нім той, що в противникови найбільше утяжливий — та коли-б і сего не можна було сказати, мусить компенсація розділити ся розмірно на всі вірительности.

2) Зобовязаня, що мають бути предметом компенсації, мусять бути одного роду („gleichartig“ §§ 1438, 1440 кн. з.). Оба зобовязання повинні стояти в такій звязі з собою, „щоби річ

яка належить ся одному як вірителеви, через нього як довжника могла бути другому передана" (§ 1438 кн. з.) — значить: предмет чинтьби в однім зобовязаню мусить рівнати ся предметами чинтьби в другім зобовязаню.

§ 1438 ставить отсюю послідну вимогу побіч першої (verb.: gleichartig und so beschaffen... etc.), хоча в теорії пояснює ся як раз першу вимогу через другу. Однаке — по моему — оба поняття не є зовсім тодожні, й перше ставляє дальші жадання, чим друге:

а) Предмети чинтьб в обох зобовязанях повинні бути рівні, так що одним можна заплатити другий. Гроші компензуються грішми, коли виступають як загальне средство заплати; тоді нема ріжниці, які сорти грошей були підставою обох зобовязань (в якім сорті була означена довжна сума). Де з одного боку був означений сорт, в якім заплата має наступити, коли з другого боку не було такого обмеження, то компенсація не може наступити односторонно, хіба-би зобовязане до заплати означеного сорта змінило ся задля певних правних причин на зобовязане до валюти даного часу й місця. Не може бути мови о компенсації, коли предметом обох зобовязань є певні species. Але можлива є компенсація тоді, коли предметом одного зобовязання є genus, а противного така species, що належить до того самого genus; тоді однаке мусить внести на компенсацію той довжник, котрому прислугує право вибрати собі певний предмет з даного роду. Зрештою компенсація є можлива тільки між родовими зобовязаннями, де против себе стоять річи того самого роду, й то річи замінні, що дадуть ся застутити другими. Врешті зобовязане виборові дадуть ся вирівнати поєднаними зобовязаннями, о скілько предмети є того самого роду, а управнений до вибору вибрав як раз сей предмет, який належав до сего роду.

б) Поняття роду є широке: той самий рід не є однаковий рід. Пр. зобовязане доставити 5 кірців банатки, їй зобовязане доставити взагалі 5 кірців пшениці — доторкає того самого роду, але все ж-таки не однакового роду. Мусить бути той самий рід і та сама якість — та без того компенсація є неможлива.

Але на тім не конець. Вимоги „рівного роду“ (Gleichartigkeit) при компенсації відносяться не лише до предмету обох зобовязань, але й до змісту. Зміст обох зобовязань му-

сить бути на стільки рівний, що після „природних правил обороту“ (§§ 7 і 914 кн. з.) може наступити взаємне вирівнання без економічної втрати для одної або другої сторони. Коли ж однак виходить, що обом сторонам або навіть одній стороні мусіло залежати на докладній заплаті, й що з докладною заплатою вязалися важні економічні (торговельні, промислові і ін.) інтереси вірителя, котрі через взаємну компенсацію мусили б понести шкоду, — тоді зміст обох зобовязань не є рівний, хоча сам предмет чинитьби (пр. гроші) по обох сторонах рівний, — тоді нема компенсації. Австр. право знає також нерівність змісту під етичним зглядом. Переїдемо з осібна найважніші випадки:

α) Оба зобовязання звучать на гроші й є вже платні. Однак що-до одного зобовязання означено місце сповнення, що-до другого се місце не є означене, але все-таки умовне місце сповнення одного зобовязання ріжнить ся від законного місця сповнення другого зобовязання. Або місце сповнення обох зобовязань згори означене, одно для одного, друге для другого зобовязання. Тут треба розглянути, в чиїм інтересій для якої мети місце чинитьби було означене. Коли інтерес вірителя вимагав безперечно, аби заплата наступила як раз на означенім місці, ѹ коли заплата мала обернутися на сім місця для певних економічних цілей вірителя — то чинитьба набирає через те індівідуальної марки й не може підлягти компенсації. Де нема сего, т. є де противна сторона не може виказати ані такого інтересу, ані осібної цілі, ѹ де се не слідує з обставин даного випадку, — там ріжниця місця не відграє ніякої ролі, та компенсація може настути.

β) Взагалі коли предмет одного зобовязання був через *lex contractus* призначений для певної цілі, так що ся ціль становила головну підставу того зобовязання, — не може бути мови о компенсації з другим зобовязанем, хоч-би предмети обох зобовязань були рівні.

Сюди належить постанова § 1440 кн. з. і. ф. Річи позичені в дорозі комодату, або приняті в депозит не можуть бути предметом компенсації. Але закон вичисляє тільки приміри, котрі є висновком загальної засади. Провідна ідея є тут така сама, як при кунецькім праві задержання (ретенції: арт. 313 уст. 2 торг. зак.). По мислі свої засади виключ-

чає § 1108 кн. з. компенсацію при річах переданих в наем або аренду, теория й практика австр. права при зобовязанях до аліментації; а — надто треба виключити компенсацію при річах переданих в застав, в адміністрацію й т. д.

γ) Лучає ся, що зобовязання, заключені в спеціальніх правних обставинах, прибирають осібний характер і ріжнятися проте від зобовязань, заключених в інших обставинах. Так робить конк. уст. ріжницю, чи зобовязання були заключені перед відкритем конкурсу, чи по відкритю. Вірительності, набуті против кридатара по відкритю конкурсу, не можуть бути ужиті до компенсації з тими вірительностями, які набув кридатар перед конкурсом (§ 21 конк. уст.).

δ) Врешті компенсація може бути здержана також з етичних зглядів, які впливають на ріжницю змісту противних зобовязань. Не можна компенсувати такими річами, які хтось самовільно забрав другому (§ 1440 кн. з. і. ф.), без огляду на те, чи се наступило vi, чи clam, чи praeceatio (пор. § 345 кн. з.). Сеї постанови не можна однак розвести на всій зобовязання з деліктів, бо „природні правила обороту“ (§§ 7 і 914 кн. з.) не дають до того підстави. Але все ж таки не можна зобовязань до заплати приватної карі (пр. з § 1325 кн. з.) компенсувати вірительностями з контрактів.

Сюди можна врешті причислити отсії випадки:

αα) Компенсація є неможлива, коли хтось набув вірительності против кридатара вправді іще перед відкритем конкурсу, але уже в тім часі знав про внесене на відкрите конкурсу, або — як ходило о зареєстровану фірму — про завіщене заплати через кридатара (пор. § 1 зак. з 16. марта 1884 ч. 36 В. з. д.). Далі в процесі о оспорене діл правних, піднятих *in fraudem creditorum*, не може пізваний компенсувати вірительностями, які має до кридатара (§ 26 *ibidem*). Тут бракує до компенсації не лиш рівного змісту, але й взаїмності (*Gleichartigkeit und Gegenseitigkeit*).

ββ). Після промислової новелі з 8. марта 1885 ч. 22 В. з. д. промисловець не може своїм робітникам давати в місце платні товари або артикули живности на кредит. Коли одначе ділав против сего заказу, не має права компенсації (§ 78).

3) Предмети обох зобовязань, що стоять против себе, мусить бути точно означені (*bestimmt*: § 1440 кн. з. рг.) Не вистачає можність означення предмету в будучності

(Bestimmbarkeit). Однак не шкодить, як предмети не були первісно точно означені, але в хвили піднесення компензації були вже певні. В хвили піднесення компензації ані одно ані друге зобовязане не може бути обмежене ускладненнями, не може доторкніти будучих а тепер не існуючих предметів і т. д.

4) Само собою розуміється, що лише важні зобовязання можуть бути підставою компензації. Коли-б опісля показалося, що одно з них є неважнє, тратить компензація свою стійність, а друге зобовязане відмискує своє значине.

Obligatio naturalis не надається до компензації; хто має отже т. зв. природну вірительність, не може внести на компензацію против запозивасмої вірительності противника. Але все-таки можна свою запозивасму вірительність компенсувати з незапозивасмою вірительностю противника. Проте по стороні компензата мусить існувати вірительність, хоч-би в формі т. зв. природного зобовязання.

5) Оба зобовязання мусять бути платні (*fällig*). Навіть коли-б вірительність тільки по стороні компензата не була ще платна, хоча вірительність компензанта уже запала, не може бути компензації, бо взагалі „між платною а неплатною вірительностю нема компензації“ (§ 1439).

6) Австр. закон з 1811 говорить ще про т. зв. „правдивість“ (*Richtigkeit*) обох зобовязань. § 1438 вичислює між прикметами обох вірительностей, що мусять бути „правдиві“ (*richtig*), а § 1439 постановляє виразно, що між правдивими а неправдивими вірительностями нема компензації. Під „правдивостію“ не можна однак розуміти, що оба зобовязання мусять бути важні, — бо на се не треба осібної постанови, а ми бачимо між тим аж дві постанови, що говорять про „правдивість“. Зрештою друга постанова іде рівнобіжно зі звісною паремею, принятою в теорії повсюдного права, що: „*illi quid i cum liquido nulla compensatio*“. Врешті в компіляційних роботах, що попередили теперішній закон, виразно сказано, що „правдивість“ означує те саме, що „плинність“ (*Liquidität*) в розумінню тодішньої доктрини. Тому австр. кн. з. приняла вимогу „плинності“ до компензації. Се стверджують також §§ 1396, 1397 і 1406 кн. з., в яких „правдива вірительність“ є протиставлена до „непевної“ вірительності („*ungewisse Forderung*“).

Вимога „плинності“ зобовязань до компенсації має свою підставу в потребах правного обороту. Право до компенсації здержує вірителя, аби не жадав того, що й так мусить довгникови віддати; але з другого боку треба знова спинити довгника, аби через підношення проблематичних претенсій не здержував права вірителя до вірительності. Тому поставлено вимогу „плинності“ обох зобовязань.

Однаке не було усталено в науці, як далеко ся вимога має сягати; провадив ся спір головно в обсягу процесу, бо не було означено, якого треба ступіння певності, аби зобовязане було плинне, та які є потрібні доказові средства, зглядно в якім часі має бути переведений доказ.

Ся неясність проявляє ся також в області права австр.

Тут треба відріжнити два законодатні періоди — один від оголошення книги зак. аж до обовязуючої сили нового процесу цивільного, а другий від заведення сего останнього аж до ниніших часів.

У першому періоді була „плинність“ зобовязань матеріальною вимогою компенсації; коли в хвили піднесення компенсації не були обі вірительності „плинні“ — не могла наступити компенсація, хоч-би опісля переведено доказ, що вірительність справді істнує. Через брак „плинності“ устає звязь між обома зобовязаннями, й суд мусить відкинути компенсацію між плинними а неплинними вірительностями. Виймок становить тільки § 16 ціс. розп. з 16. падолиста 1858 ч. 213 В. з. д., який не відбирає вірителеви права компенсації, але позиває по переведеню доказу зробити з нього ужиток.

Поняття плинності показує ся доперва в процесі. Тут позываючий і пізваний старають ся доказати істноване своїх вірительностей, уживаючи до сего усіх средств давного процесу. Коли-ж позываючому удало ся скорійше доказати, що його вірительність істнує, що она „правдива“ — а пізваний не успів до сеї пори виказати, що і йому прислугує взаємна вірительність, яка була-б придатна до компенсації, — тоді вірительність позываючого єсть плинна, а заміт компенсації зі сторони пізваного неплинний. Проте пізваний тратить процес, а з ним і право компенсації. Але коли-б пізваному удало ся в рівнім часі перевести доказ, що його вірительність істнує — тоді она є плинна й судия мусить признати компенсацію.

Сей стан правний змінив ся однаке з заведенем нового процесового уставу в Австрії. § 391 уст. З проц. уст. з нїс вимогу „плинності“ в понятію матеріального права (§§ 1438, 1439 кн. з.), а вніс замісць сего певний спосіб судового поступовання, що рівноважить давну вимогу „плинності“. Ціль того поступування есть така сама, як ціль, задля якої введено в науці її практиці вимогу „плинності“ — однаке она не йде так далеко, як остання, — она годить процесуальні наслідки з матеріальными, бо не здержує осуду судейского при плинних вірительностях, але не відирає права компензациї тоді, коли доказ противної вірительности наступив пізніше.

Після теперішнього права треба відріжнити, чи ходить о такі вірительности, що стоять з собою в правній звязи, чи такі, що не вяжуться правно з собою. Така звязь заходить лише при обосторонних зобовязаннях, значить при компензациї між такими вірительностями, що виходять з того самого правного відношення. Сюди належать тільки obligationes bilaterales в технічнім значінню, що допускають exc. non adimpl. contractus.

а) Де між взаємними зобовязаннями нема такої звязи, обовязує постанова § 391 уст. З проц. уст. Судия не має права відкинути заміту компензациї задля браку плинності одної вірительности, але має до вибору: або доси вести процес, аж не вияснить ся на певно, чи дана вірительность істнє, згл. не істнє, її на сїй підставі висказати ся в кінцевім осуді (Endurteil), чи компензация є оправдана, чи нї; — або покинути в частковім осуді (Teilurteil) висказати ся про істноване тої вірительности, яка є вже доказана, її вести дальнє розправу про противну вірительность і про заміт компензациї: ся остання кінчить ся осудом кінцевим, який м. и. висказує, чи противна вірительность істнє, чи нї, а через те рішає, чи заміт компензациї був оправданий чи нї; коли був оправданий, то попередний частковий осуд тратить ex tunc свою стійність.

б) Де ходить о компензацию в обсягу обосторонних зобовязань, там не може бути бесіди о частковім осуді, лише судия мусить розправу вести так довго, аж не покінчить її кінцевим осудом.

III. Правним наслідком компенсації є знесене проти себе стоячих зобовязань, оскілько взаємно покривають ся. Не треба, аби покривалися цілковито; але коли лише ся зважка, то може її доходити сей, на чию користь она припадає. Компенсація ділає *ipso iure*, навіть без порозуміння обох сторін, силовою закону, як *ex tunc*, бо коли на заяву одної сторони узнато компенсацію за оправдану, вважається обосторонне знесене взаємних зобовязань довершеним від хвили, коли оба зобовязання були до компенсації спосібні. Аби знесене наступило, треба заяви одної сторони, але само знесене датується уже від хвили, коли оба зобовязання станули против себе з усіми прикметами, потрібними до компенсації. З сего слідує:

1) Від тої хвили — а не доневра від заяви компензанта — перестають бічі відсотки від зобовязань, оскілько они взаємно покривають ся; але від зважки біжути відсотки дальше;

2) від тої пори жадна сторона не попадає в проволоку;

3) і не може по жадній стороні бути мови про умовну кару.

Врешті навіть сама можність компенсації в будучності, не може з'упинити ся через зміну правних обставин, і так:

4) пізнійше задавнене одної вірительності не може — як знаємо — спинити знесення обох зобовязань, сли піднесено опісля заміт компенсації;

5) цесія одної вірительності не зміняє нічого у відношенню до противної вірительності. Debitor cessus може вірительність, яка йому прислугує против цедента, приставити цесіонарею (§ 1396 кн. з.). До того не треба, аби вірительність була платна вже в хвили цесії, — вистачає, що її платність наступить пізнійше, але все-таки перед заявкою компенсації.

Консеквентне переведене сего висновка може однак мати для цесіонара великі небезпеки; раз тому, що довжник (debitor cessus) міг би йому приставити не лише ті вірительності, що прислугують йому против нього, але при частійшім цедуванню тої самої вірительності, також вірительності против всіх попередніх цедентів — а далі тому, що при вірительностях, які є предметом грунтових книг, цесіонар, що набув вірительності в довірю до книг публичних, не міг би бути певний, чи

против неї стоїть противна вірительність з правом компензації. Проте австр. пр. знає два виїмки від повисшого правила:

а) Коли одна вірительність перейшла постепенно через руки кількох цесионарів, то довжнак (*debitor cessus*) може в дорозі компензациї протиставити лише ті вірительності, що прислугували йому в хвилі цесії против першого й против послідного цедента; вірительностями против прочих цедентів, що були між першим а послідним вірителем, не можна компензувати (§ 1442 кн. з.).

б) Коли вірительність, що є вписана до грунтovих книг, переходить в дорозі цесії на цесионара, то вимагає *publica fides*, щоби він або знов про існування противної вірительності, або міг про се довідатись з грунтovих книг; проте постановляє § 1443 кн. з., що компензация може лиш тоді наступити, коли він про противну вірительність знов, або коли й она була побіч цедованої вірительності записана в грунтovих книжках. Запис довершує ся в формі замітки (аднотації) по анальгії з надв. декр. з 29. серпня 1818 і § 20 таб. зак.

§ 71.

Новация*).

I. Уже в давнім римськім праві була новация способом погаснення зобовязань, але було обмежене, що предмет обох

*) Гл. Cod. Ther. III, 23. n. 1—18; Horten III, 24. §§ 1—9; Martini III, 16. §§ 1—6; Гал. кн. з. III, §§ 526—531; Prot. П. ст. 230—232, 445, 581.

Пор. Zeiller, Comm. IV. ст. 53—63; Nippel, Erl. ad §§ 1375—1379; Winiwarter Bürg. R. V² ст. 43—49, Ellinger, Handb. ст. 629—631; Kirchstetter, Comm. ст. 674—676; Stubenrauch, Cömm. II³ ст. 773 до 783; Krainz, System II³ § 354 (= ст. 186—189); Hasenöhr, Obl. R. II². § 96 (= ст. 519—543); Till, Prawo pryw. III. ст. 381—392; Schuster v. Bonnott, Grundriss ст. 42/43.

Врешті: Salpius, Novation und Delegation nach röm. R. (1864); Skłowski, Zur Lehre von der Novation nach röm. R. (1865); Gide, Etudes sur la novation et le transport de créances (1879); Hruza, Zur Lehre von der Novation nach oest. und gem. R. (1881); Strohal, в Grünhuta Zeitsch. X. ст. 410 і д.; Randa, в Jur. Blätt. 1882 ч. 2 і 3; Unger, Fragmente в Grünhuta Zeitschr. XV. ст. 554 і д.; v. Schey, Obligationsverhältnisse I. ст. 169 і д.

зобовязань не міг бути змінений; до новациї треба було тотожності предмету, — тільки замісць давної підстави правної вступала стіпулация; пр. хтось був зобовязаний до певної суми з контракту купна, а зобовязався заплатити ту саму суму на підставі стіпулациї. Через те погасало давнє зобовязане *ex vendito*, а повстали нове зобовязане *ex stipulatu*.

Однака пізнійша римська юриспруденция робила виймки й допускала новацию також в таких випадках, коли й предмет чинитьби в давнім зобовязаню ріжнився від предмету нового зобовязання; новация наступала правильно при зміні осіб і при зміні правої підстави, але між тим і тоді, коли побіч зміни правої підстави була зміна первісного предмету.

Також що-до т. зв. *animus novandi* були інші погляди в первіснім римськім праві, а інші за часів римських цісарів. Первісне римське право не знало вимоги „*animi novandi*“ при новациї, та новация наступила сама собою, коли заходили повисіші об'єктивні вимоги. Доперва в часі римських цісарів повстала теорія, що сторони мусять ділати з наміром знесення давного зобовязання через заключене нового; а Юстініян постановив, що сего наміру навіть тоді не можна догадувати ся, коли предмет обох зобовязань не змінився: *animus novandi* мусить після цього ясно виходити з новаційної умови.

Теорія повсюдного права пішла двома дорогами: Давнійша теорія, що існувала під час редакції австр. кн. з., приймала новацию не лише при зміні правої підстави, але й при зміні головних предметів обох зобовязань; після неї суть новації лежала в самім факті знесення давного зобовязання через заключене нового, в підставленю нового зобовязання у місце давнього. Се є теорія підставлення або субституції (*Substitutionstheorie*). Новійша теорія, що повстала доперва по оголошеню австр. закона, ставляє ся на становищі первісного римського права й проголошує зasadу, що при зміні предмету нема новації, бо новация вимагає, аби предмет давного зобовязання перейшов без зміни у нову форму, у нове зобовязане. Після сеї теорії переноситься „маєтковий зміст“ (*der Vermögensstoff*) давного зобовязання у рамці нового зобовязання. Ся теорія звісна є під назвою теорії переносу або трансляції (*Translationstheorie*).

Обі теорії приймають вимогу *animi novandi* по мисли Юстініана.

Австр. право стоїть в загальних рисах на першій теорії — але більше що-до обсягу, ніж що-до суті. Однак і що-до обсягу є спірне, чи новация австр. права можлива при самій зміні осіб; а вже що до суті самого інституту наступила в австр. пр. — може несвідомо — дуже важна зміна. Австр. пр. звертає увагу радше на економічні, ніж на правничі моменти. В австр. пр. є новация в першому ряді „зміною прав і обовязків“, зміною того, що становить суть зобовязання — а доперва в другому ряді знесенем давного зобовязання, а основанем нового. Зміна правного й економічного стану єсть підставою — знесене зобовязання єсть наслідком сей зміни; проте сама зміна головного предмету або правної підстави є перворядною появою (*causa efficiens*), а знесене, згл. основане зобовязання другорядною появою (*effectus*).

Доказом сего є §§ 1375—1377 кн. з. Легальна дефініція новациї виходить із поняття „zmіни“ (*genus proximum*: §§ 1376, 1377 кн. з.) — се обективний субстрат новациї. Наслідком сего обективного стану (значить: зміни головного предмету або правної підстави) є погаснене давного зобовязання, а постане нового (§ 1377 кн. з. і. f.).

При тім говорить § 1377 і. f. виразно про погаснене „головного зобовязаня“ (*Hauptverbindlichkeit*), — отже не заряджує погасненя „побічних точок“ (*Nebenverbindlichkeiten*) давного зобовязання; тому й дальша постанова § 1379 і. f., що давне зобовязане не можна доси вважати за погасле, о скілько разом з новим може істнувати. Тим чином наслідок правний, т. є знесене давного зобовязання, — єсть зависимий від „zmіни“, яку сторони хочуть перевести, т. є. від економічної причини цілого відношення правного. За тим іде, що й давна вимога *animi novandi* прибирає тепер іншу форму. Намір не може звертати ся на правний наслідок новациї, т. є. на знесене давного а постане нового зобовязання, бо сей наслідок наступає *ex lege*; але вихідна точка новациї, т. є. зміна головного предмету або правної підстави зобовязання, мусить оперти ся на волі сторін. Таке єсть значінє § 1375 кн. з. для нашого питання, а постанова § 1379 і. f. не висказує ся зовсім за вимогою *animi novandi*, але радше против

ней. *Animus novandi* в розумінню пануючої теорії не єсть вимогою новації.

ІІ. Новація — се зміна головного предмету або підстави правної зобовязання через волю сторін.

1) Ся зміна наступає в дорозі умови. Проте мусять спершу заходити усі вимоги важкої умови; а потрібна до сего здатність правна характеризує ся як здатність до позбування (*Veräusserungsbefugnis*).

Підставою новації може бути тільки справдішне зобовязане, а не т. зв. природне зобовязане, бо незапозидаємість давного зобовязання не може новому дати сили запозидаємості.

Австр. пр. не знає ріжниці між т. зв. *novatio voluntaria*, а *necessaria*, так як сю останню відкинула загальнонаукова практика: осуд судейський не має сьогодні значення новації.

Ціль новаційної умови є основна зміна істинного правного відношення. У тім лежать два моменти:

а) Змінити можна лише те, що справді істине; але з того не слідує, що не можна змінити того, що хтось може правою оспорювати. Тому новація є важна, хоча давнє зобовязане підлягало оспоренню. Але про те є два виїмки, що слідують із сути речі:

α) коли мала настути зміна головного предмету, а показало ся опісля, що довжник був в сущій похибці що-до нього;

β) коли мала настути зміна правної підстави, — тоді сущна похибка що-до первісної підстави правної уненажнює новацію¹⁾.

В першім випадку (α) приходимо отже до того самого висліду, як при угоді (§ 1385 кн. з.).

б) „Зміна“ правного відношення не приносить знесення усіх правних зносин між довжником а вірителем; вправді на-

¹⁾ Бо не можна „змінити“ предмет X на предмет Y, коли не X але Z був дійсно *in obligatione*; а не можна „змінити“ обовязку до заплати 200 К на вексель про ту суму, коли показало ся, що довжник припустив зобовязане з купна, а між тим противник думав о даровині.

слідком зміни має погаснути давне зобовязане, але у його місце приходить нове, що під економічним зглядом продовжує кредитове відношене між тим самим довжником а тим самим вірителем. Се кредитове відношене має тільки нову форму; віритель не одержує через новацію „матеріального заспокоєння“, але ролі вірителя й довжника в нічім не змінюються. Новація — се обмін зобовязання за зобовязане.

Однаке „продовжене“ кредитового відношения між тими самими особами єсть лише тоді можливе, коли й первісне зобовязане було заключене між тим вірителем а тим довжником. Проте коли опісля показалося, що при первісному зобовязаню зайдла сущна похибка що-до особи одного або другого контрагента, новація тратить свою стійність. Тим чином анальтоїя з § 1385 кн. з. єсть повна.

2) Зміна може доторкати або головного предмету або правової підстави зобовязання.

а) Що-до предмету зобовязання (*Hauptgegenstand*), та новація є лише тоді можлива, коли обі сторони змінюють реальні, економічні основи первісного зобовязання. Як *pratio in solutum*, так і в тім випадку ходить о *alia res* в буквальнім розумінню. Лише тоді, коли така зміна має наступити, має й право повну підставу, знести давне зобовязане, а підставити йому нове. Головний предмет зобовязання — се не головний зміст зобовязання, бо у змісті можуть бути й такі сущні точки, які відносяться вправді до предмету зобовязання, але самі не є предметом зобовязання. Такі сущні точки можуть бути змінені без новації — але се, що є основою самого предмету зобовязання, може бути змінене лише через новацію. Сюди належить зміна річи X на річ Y: довжник зобовязує ся пр. дати замісць грошей пшеницю; далі зміна ужитковання одного предмету (пр. камениці M) на ужитковання другого предмету (камениці N): зміна зобовязаня де певного *facere* (пр. викопання рова) на інше *facere* (пр. скочене вівса); зміна зобовязаня до *dare* на зобовязане до *facere* й т. д. Скількість і якість даного предмету не доторкають однаке самих основ того-ж; проте коли наступила зміна що-до скількості або що-до якости, не може бути новації, бо не мож сказати, що через те „головний предмет“ цілком змінився. Пр. до важності купна потрібна єсть річ і ціна —

отже річ яко така й ціна яко така становлять основу зобовязання; натомісъ якість річи й висота ціни можуть змінити ся, не нарушуочи в інчім того, що єсть головним предметом зобовязання, хіба-би означене якости індівідуалізувало в данім випадку саму річ. Тут треба пригадати собі правила про error in qualitate, в міру сего, чи він сущний, чи несущний.

З осібна приходимо до ось яких висновків:

α) Нема новациї при зміні всіх *naturalia* й *accidentalia negotii* — значить: при зміні часу, місця й способу виконання зобовязання (§ 1379 кн. з. рг.), і при установі нових або зміні давних *reacta adjecta* про відсотки, доходи, услівя, задатки, відступне, умовну кару й т. д.; а далі

б) при зміні таких сущних точок зобовязання, котрі не змінюють основ самого предмету, пр. при зміні якості або кількості довжної річи.

2) Новация наступає теж через зміну „правної підстави“ (*Rechtsgrund*). Тут зміняють ся не економічні а правні основи облігаційного відношення. З осібною „підставою правою“ в'яжуть ся осібні постанови, осібна правна судьба — тому й не диво, що її зміна доторкає правного істновання самого зобовязання.

Зміна „правної підстави“ — се зміна *causae obligationis*, по мисли §§ 435, 1461 кн. з. Сюди належить: зміна зобовязання *ex delicto* на зобовязане *ex contractu*, зміна каузального с. т. матеріального зобовязання на зобовязане з іншою *causa*, — й зміна каузального зобовязання на абстрактне зобовязане.

α) Хтось наніс пр. другому шкоду й умавляє ся з пошкодованим про висоту звороту; тоді у місце давнього зобовязання *ex lege* вступає нове зобовязане *ex contractu*, а умова представляє ся як новация.

β) Так само наступає новация, коли *causa* давнього зобовязання, як: *causa donandi, credendi, emendi, solvendi* (§ 1461 кн. з.) й т. д. перемінила ся після умови на іншу *causa*; пр. хтось винен якусь суму з купна-продажи, та задержує її у себе як позичку, наче-б її позичив від продаючого. Але що й заплата може бути „правною підставою“ облігаційного відношення (*causa solvendi*; пор. § 1461 кн. з.), то й заключене нового зобовязання в місце заплати становить новацию. Натомісъ сама зміна що-до форми або що-до средств доказових не змінює правої підстави в давнім зобовязаню.

Проте влучно постановляє § 1379 кн. з., що само виставлене нового скрипту довжного, або іншої грамоти про давне зобовязане, не приносить новації. Також виставлене квіту про погаснене зобовязання не єсть навіть тоді новацією, коли б довжник виплатив тільки частину свого довгу; бо тоді треба припустити або звільнене з решти довгу (*Erlass*), або інше відношене правне між вірителем а довжником. В останнім випадку може бути вправді новація, але не задля виставленя квіту, тільки задля осібної *causa obligationis*, на яку що-до решти обі сторони згодились.

γ) Найбільше значінє має новація, коли в місце давного каузального зобовязання вступає абстрактне, значить: в місце одного або кількох зобовязань, опертих на певній *causa* вступає нове зобовязане без огляду на *causa*, зобовязане, при котрім не оглядає ся в правнім обороті на *causa*. Тут можна б зачислити умови обрахункові (*Abrechnungsgeschäfte*), а головно папери на держителя або на припоручене, виставлені для вирівнання зобовязань. Обрахункові умови мають ціль, довги обох сторін разом счислити і замісць кількох позицій поставити одну, що виходить із загального обрахунку; тоді в місце давних зобовязань з ріжними „підставами правними“ вступає одно зобовязане з обрахунку¹⁾). — Зовсім абстрактну натуру мають папери на держителя й папери на припоручене: пр. хтось виставляє вексель на покрите давного зобовязання. Виставлене векселя на покрите давного зобовязання може бути новацією; тільки мусить настутити серед таких вимог, які є взагалі до новації потрібні. М. и. мусить між довжником а вірителем бути умова о новацію й з тої умови мусить нагладно виходити, що они хочуть змінити „підставу правну“ дотеперішнього зобовязання, — що віритель зрікає ся права доходити зобовязаня з давної *causa* (з позички, купна й т. д.), а хоче оперти ся виключно на самім папері, й що довжник в тій мислі виставляє вексель. Тут єсть подібна ситуація, як при даню в місце заплати. Але як побіч даня в місце заплати (*an Zahlungsstatt*) може бути також дане задля заплати (*zahlungshalber*), так і побіч ви-

¹⁾ Тут можна-би однак сам обрахунок вважати як нову *causa obligationis*.

ставленя векселя в цілі новациї може бути також виставлене векселя в тій цілі, аби вірителеви дати средство, з котрого він мав-би шукати покриття. In dubio треба однак припустити, що віритель не схоче приняти на себе різка тай не схоче втратити зараз своїх прав на давних правних підставах (пор. §. 1379 кн. з. і. f.). Тоді має він вправді обовязок доходити поки-що своїх прав з векселя, але коли вексель не допише, може оперти ся на давнім цивільнім зобовязаню, на давній causa.

3) Не мож сумнівати ся, що наступає новация, коли зміняє ся не лише головний предмет, але й causa obligationis.

4) Австр. право не знає новациї того самого зобовязання з тим самим предметом, з тою самою „правною підставою“ — але зі зміною осіб, довжника або вірителя. Кн. зак. робить виразно ріжницю між зміною прав і обовязків з приступленем третьої особи, й без приступлення третьої особи (§ 1375 кн. з.) — першу називає новациєю (§ 1376), а другу цесиєю або асигнацією с. т. переймом довгу (§§ 1392, 1400 кн. з.). Проте зміна вірителя або довжника підходить не під поняття новациї, але під поняття цесії, згл. перейму довгу. Зрештою коли при зміні довжника або вірителя сторони хочуть справді викликати той успіх, щоб давне зобовязане погасло, а друге повстало, то закон їм сего не забороняє, але не називає новациєю. Отсії випадки є дуже рідкі й не потребують осібних правних постанов — бо тоді настувають два акта правні независимо по собі: знесене давного зобовязаня між первісними сторонами (пр. contrario consensu), а повстане нового зобовязаня того-ж самого змісту між одною стороною а третою особою; коли-б сторони хотіли удержані звязь з давним зобовязанем, то на се вистачає для них цесія або переєм довгу, коли-ж одначе сего не хочуть, то розривають її, а тоді новация їм непотрібна.

III. Про наслідки правні новациї каже § 1377 кн. з.: „Попередний обовязок головний погасає, а рівночасно починає ся новий“.

Проте треба відріжнити, чи ходить о зміні головного предмету, чи о зміні правної підстави.

а) При зміні головного предмету погасає зобовязане о стільки, о скілько в місце давного предмету вступає нова чиннітьба, alia res. Все друге з давного зобовязаня лишає ся, о скілько в новім зобовязаню може лишити ся (§. 1379 i. f).

Про се рішав воля сторін і натура нової чинитьби. Погасають получені з давною чинитьбою побічні права (*Nebenrechte*), як права поруки, заставу й т. д., але не тому, що — мовляв — новация нищить ipso iure давне зобовязане, тільки тому, що ті права є того рода, що є прикроєні до давнього предмету, та не можуть існувати побіч нового (§ 1379 i. f.). До поруки треба-би згоди ручителя; подібно тоді, коли застав походив не від самої сторони, але від третьої особи. Проте й постановляє § 1378 кн. з. i. f., що учасники (значить сторони й ті особи, що давали первісно поруку або застав) можуть згодити ся на розведені поруки, заставу й т. д. на нове зобовязання. Ся постанова не єсть виїмком, тільки як раз вислідом того становища, яке австр. право заняло в квестії новаций.

β) При зміні „правної підстави“ погасає ціле зобовязане в давній формі, та починає нове жите в новій формі. Настає нова правна судьба для зобовязання — оно не датувє ся уже від повстання давнього, але від повстання нового зобовязання. Природно зміст зобовязання давнього зміняє ся лише о стільки, о скілько сторони на се рішили ся. *In dubio* лішає ся при давнім (§ 1379 i. f.). Тільки про побічні права, як поруку, застав і т. д. не можна сего сказати. Так само, як в попереднім випадку, не годять ся они з новою правною ситуацією, хіба учасники новациї перенесуть їх до нового зобовязання. Проте й тут примінює ся постанова § 1378 кн. з.

§ 72.

Звільнене з довгу й розвязуюча умова*).

З римською *stipulatio* згинула теж *acceptilatio*, а новітнє право не знає тих форм, які до них були потрібні. Але ціль акцептіляції — т. є. звільнене з довгу на підставі діла правного між довжником а вірителем — єсть звісна також в новітнім праві.

*) Гл. Cod. Ther. III, 24. n. 83—88, 145—148; Horten III, 25. §§ 89—92, 119; 1. § 25; Martini III, 17. § 22; 5. § 31; Гал. кн. з. III, §§ 584—585; Prot. II. ст. 255, 585; 85.

Так і австр. пр. узнає звільнене з довгу загальним способом погасненя зобовязань, тай постановляє: „У всіх випадках, в яких віритель є управнений, позбути ся свого права, може також зреши ся його на користь свого довжника, й через те знести зобовязане довжника“. (§ 1444 кн. з.).

I. Звільнене з довгу — се діло правне між довжником а вірителем, силою котрого віритель звільняє довжника від сповнення зобовязання.

Се єсть найширше поняте звільненя. Зрештою може оно виступати в різних формах, як: звільнене з довгу в тіснійшім значінню, як розвязуюча умова або *contrarius consensus*, як *pactum de non petendo*, а врешті в формі т. зв. негативної умови узнання.

1) Звільнене з довгу в тіснійшім значінню. Його має на думці § 1444 кн. з. До нього треба:

а) односторонного або обосторонного діла правного, в якім віритель висказує свою волю, що звільняє довжника з довгу. Пануюча теория жадає вправді, що до звільнення треба конечно умови між вірителем а довжником, але так з самого тексту закона, як з протоколів нарад слідує, що до звільнення вистачає також односторонна заява зі сторони вірителя. Тота односторонна заява мусить бути однак зложена на руки довжника (*eine empfangsbedürftige Willenserklärung*), що слідує із сути речі й з природних правил обороту суспільного.

б) Ціль звільненя мусить бути (часткове або цілковите) знесене самого зобовязання, а не лиш відпустка для певного довжника з задержанем права, доходити довгу евентуально

Пор. Zeiller, Comm. IV. ст. 174—175; Nippel, Erl. ad §§ 1444, 920; Winiwarter Bürg. R. V. ст. 124, 125; Ellinger, Handb. ст. 658, 419; Kirchstetter, Comm. ст. 705, 706, 476, 477; Stubenrauch Comm. II³ ст. 888—891, 104; Krainz, System II³ § 353 (ст. 183—185), I. § 134; Hasenöhrl, Obl. R. II² § 98 (ст. 574—582); Till, Prawo pryw. III. § 323 (ст. 414—420).

Врешті: Völderndorff, Zur Lehre vom Erlasse (1850); Unger, Fragmente, в Grünhuta Zeitschrift XV. ст. 560 і д.; Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung (1871) ст. 31 і д.; Hartmann в Arch. f. d. civ. Prax. LXXXV ст. 1 і д.; Seuffert, в Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung des Entwurfs eines bürg. G. B. für das Deutsche Reich, Heft XI § 10; Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, ст. 353—357.

против інших осіб. А далі не належить сюди узанав вірителя, що довг не істнує, хоча-б *de iure* істнував.

Звільнене з довгу може наступити в формі виставленя квіта, або віддання довжної грамоти; однака *in dubio* мусить доказати довжник, що така була ціль тих грамот.

в) Звільнене з довгу в тіснішім розумінню ділає єх пись; сторони не хочуть заключеного зобовязання вважати за неістнуюче, але істнуюче зобовязане знести. Проте таке звільнене може наступити так в односторонніх як в обосторонніх умовах, може доторкати одної сторони, або й обох сторін взаїмно. Але мусить бути певно, що сторони не хочуть знести давного контракту, які заключили з собою, тільки звільнити ся взаїмно від тих зобовязань, які істнують в хвили звільнення. В останнім випадку єсть звільнене з довгу в тіснішім значінню (§ 1444 кн. з.), а в першім т. зв. *contrarius consensus* (§ 920 кн. з.)¹⁾.

2) Розв'язуюча умова або *contrarius consensus* полягає на тім, що обі сторони годять ся обосторонно, контракт, який давнійше з собою заключили, розвязати так, нечака-б між ними не було ніколи контракту. До поняття *contrarius consensus* належить:

а) умова між довжником а вірителем — не вистачає односторонна заява вірителя;

б) воля обох сторін, привернути все до такого економічного стану, який був перед заключенем того контракту, котрий вони зносять.

Про *contrarius consensus* згадує § 920 кн. з. Така розв'язуюча умова не може наступити, коли давний контракт був уже в цілості сповнений. При обосторонніх умовах мусіли-б обі сторони в цілості сповнити, щоби *contrarius consensus* не був вже можливий. Поки хоч-би частина одної чинитьби не була сповнена, можуть сторони привернути спо-

¹⁾ Пр. купно 1000 книжок за 1000 К. — опісля доставляє продавець 900 книжок, а купуючий платить йому 900 К тай оба звільняють ся взаїмно від решти (т. є. з одного боку 100 книжок, з другого боку 100 К): се єсть звільнене з довгу в тіснішім значінню; коли-б они однака хотіли єх поспішити цілу умову, тоді один мусів-би віддати всі книжки, а другий всі гроши — та коли-б була воля сторін, то був-би т. зв. *contrarius consensus*.

trario consensu усе до попередного стану¹⁾). По цілковитім сповненню не можна однак говорити про contrarius consensus, тільки евентуально про іншу умову, що зобовязує обі сторони до привернення попередного стану; така умова не розв'язує давногого контракту, але нав'язує інше відношене правне (§ 920 кн. з.). Суть правна розв'язуючої умови лежить в її діяланні ex tunc.

3) Як в римськім, так і в австр. праві може віритель зобовязати ся проти довжника, що не буде його позивати о вірительності. Се есть т.зв. pactum de non petendo. Оно не звільняє в дійсності з довгу, але дає довжникові оборону (excepitio) против позву. До такого pactum є конечна умова. Лише дотичний довжник може робити з нього ужиток, і то або тільки через означений час (intra certum tempus), або взагалі через ціле життя, в міру сего, що в умові було сказано.

4) Врешті звільнене з довгу може прибрати форму узnanня: віритель узнає, що довжник йому нічого не винен (der negative Anerkennungsvertrag). Мимо сеї форми нема звільненя, коли дійсно не було жадного довгу, або коли віритель не гадав довжникови що-небудь відпусгти. Коли-би одначе віритель видав таке узnanе, та при тім висказав надію, що довжник сповнить опісля зобовязане (Voraussetzung), то все ж таки довжник звільняє ся зараз, хоча-б не сповнив давногого зобовязання.

II. Звільнене з довгу мусить відповідати усім правним вимогам діл правних взагалі. Віритель мусить мати здатність позбування, а коли її не має, мусить заступити ся відповідним правним заступником. Всяке звільнене з довгу, в якій небудь формі оно виступає, належить до „важних змін“ маєткових по мисли § 233 кн. з., проте опікун або куратор вірителя потребує до важності звільненя затвердженя опікунчої влади. Коли віритель послугує ся умовним повновласником, то треба відріжнити, чи звільнене з довгу має наступити за відплатою (зі сторони довжника), чи безплатно. До відплатного звільненя з довгу потребує повно-

¹⁾ Обосторонна умова погасає доперва по цілковитім сповненню обома сторін — проте її contrarius consensus можливий, хоча одна сторона уже своє сповнила.

власник вірителя осібної, на сей рід діл правних (значить: що-до звільнень із довгів взагалі) виставленої повновласти; до безоплатного звільненя треба більше: повновласть мусить зуточнити впрост на заключене того діла правного, с. т. того звільненя (§ 1008 кн. з.).

Коли звільнене з довгу представляє ся як умова, тоді й по стороні довжника мусить заходити здатність до ділання, й так з огляду на се, як з огляду на евентуальне заступництво правне примінюють ся загальні правила: При відплатних звільненях мусить довжник мати здатність позбування, при безоплатних тільки здатність набування (пор. §§ 865, 151, 246, 247 кн. з.).

Звільнене з довгу може бути оспорюване з тих самих причин, з яких взагалі всі умови або обосторонні діла правні підлягають оспореню — пр. ізза сущної похибки, примусу й т. д.

По правилу всякі зобовязаня можуть бути предметами звільнення; віритель має право звільнити свого довжника із всяких довгів, але не може через те порушити прав третих осіб (а contr. з § 1444 кн. з.) — а все-ж таки може звільнити довжника з застереженем прав третих. Віритель не може однак зреchi ся деяких облігацийних прав. Сюди належить:

а) загальне та близьше не означене зреchenе ся замітів против важностi умови (§ 937 кн. з.);

б) зреchenе ся оспорювати т. зв. інтереси на раті із запоруки або із вкороченя більш половини (§ 4 зак. з 27. цвітня 1896 ч. 70 В. з. д.);

в) зреchenе ся права виповіди при такій накладничій умові, при якій зобовязане доторкало тільки неозначені або будучі діла (§ 16 зак. з 26. грудня 1895 ч. 197 В. з. д.)

г) зреchenе ся права поновної розпорядимости авторским правом, коли в протягу певного часу не настутило видання його діла (§ 20 ibid.):

г) зреchenе ся прав із евентуального задавненя (§ 1502 кн. з.).

Що-до змісту самого звільненя, то оно є звичайно безуслівне, але можуть бути поставлені також усілівя, реченці й прикази. Навіть будучі довги можуть бути предметами звільненя, але мусять бути точно означені.

Кожде звільнене мусить мати свою causa. Тут приходить causa donandi; далі causa solvendi в тім значенні, що звільнене має муті відплатою за якусь чинитьбу довжника; дорогою угоди й т. д. Звільнене з довгу єсть правно зависиме від своєї causa; оно не є абстрактне, але каузальне, с. т. материяльне діло правне. Коли-б отже показало ся, що правна підстава, яка спричинила звільнене, не існує, або є неважна — тоді звільнене з довгу тратить свою стійність, наче-б його не було.

Про форму звільнення з довгу нема осібної постанови, проте лише ся тільки загальна постанова § 883 кн. з. З того слідує, що звільнене з довгу не потребує осібної форми. Се правило відносить ся перед усім до відплатних звільнень. При безплатних звільненях є оно спірне, бо не певно, чи безплатні звільненя характеризують ся як „даровини без дійсної передачі“ по мисли § 1 d зак. з 25. липня 1871 ч. 76 В. з. д. Пануюча теория, а за нею найвищий суд у Відні, не вважає безплатних звільнень як „даровини без дійсної передачі“, але „дійсна передача“ лежить — мовляв — у тім, що при звільненню з довгу наступає зараз погасене зобовязання, наче б наступила виплата даровини й вирівнала ся *in constanti* з існуючим довгом. Проте й висновок, що також при безплатних звільненях не треба осібної форми, а спеціально не треба форми нотаріального акту¹⁾.

III. Наслідком правним звільненя з довгу є знесене зобовязання. Знесене сягає так далеко, як далеко іде звільнене; часткове звільнене єсть частковим знесеним, а повне звільнене єсть повним знесеним. Лише при растут де non petendo не зносить ся зобовязане як таке, тільки звільняє ся певну особу довжника, не доторкаючи самого зобовязання.

Звільнене з довгу не є однаке ніколи материяльним заспокоєнem вірителя; в його суті лежить, що віритель не одержує повного еквіваленту за свою вірительність, бо коли-б він у відплату одержав від довжника повний екві-

¹⁾ Сей вислід не відповідає однаке вимогам *de lege ferenda*. Тому з огляду на звільнене з гіпотечних довгів домагає ся новійша судова практика всіх-таки форми нотаріального акту.

валент своєї вірительності, тоді була-б *datio in solutum*, а не звільнене з довгу. Проте треба памятати, що звільнене з довгу може вправді наступити за відплатою зі сторони довжника, але ся відплата не може бути повним еквівалентом за відпущенний довг, тай момент ліберациї мусить бути не лиш у формі, але й в самій річи.

Знесене зобовязання наступає зараз і безпосередно — не лиш оре *exceptionis* — тільки при *pactum de non petendo* повстає для довжника *exceptio* против евентуального позву.

Зрештою головну ролю відграє воля сторін. Она рішає про обсяг знесеня: при звільненню в тіснійшім значенню ділає знесене *ex nunc*; при *contr. consensus ex tunc*; при негативнім узnanю — о скількою єюди належить — звичайно *ex tunc*, хоча й ділане *ex nunc* може бути через сторони умовлене. При обосторонних умовах звільнене з довгу може відноситися до одного зобовязання, або до обох зобовязань. В єм останнім випадку може наступити осібно звільнене з одного зобовязання а осібно звільнене з другого зобовязання; або з гори наступає взаємне звільнене з цілої обосторонної умови.

Коли покаже ся, що звільнене з довгу було неважне — вертає усе до попереднього стану, значить: вважає ся так, мов-би ніколи не було звільнення, а давні зобовязання істнували далі. Подібно має ся річ, коли *causa* звільненя була неправдива, або справді не істнувала. В цих випадках одвічає довжник з давного зобовязання, а не на підставі неоправданого зображення. Взагалі не можна тут примінити правил про *condictiones sine causa*.

§ 73.

Припадкова неможливість сповненя*).

Первісна неможливість сповненя спинює повстане зобовязання, пізнійша спроваджує погаснене. Про першу була мова в § 9. II; друга належить єюди.

*) Гл. Cod. Ther. III, 24. n. 149—154; 1. n. 117—128; Horten III, 25. § 119; 1. §§ 52, 73—81; Martini III, 12. §§ 1, 2; 17. § 24; Гал. кн. 3. III, §§ 380, 381, 586; Præt. II. ст. 171, 257, 258.

Про пізнійшу неможливість трактує § 1447 кн. з. До погаснення зобовязання треба, аби неможливість була припадкова. Тим ріжнить ся постанова § 1447 від § 878 кн. з., деходить лише о об'єктивний факт неможливості. Сам факт неможливості здержує важне повстане зобовязання, чи неможливість була провинена, чи ні. Інакше після § 1447 кн. з. Тутходить не о сам факт неможливості, тому як раз о те, чи неможливість була провинена, чи тільки припадкова. Через те спочиває увесь притиск § 1447 не так на неможливості, як на її причині, с. т. на припадку, котрий викликав неможливість. Тому її ся неможливість може бути не лиш об'єктивна, але й суб'єктивна; бо коли головний *spiritus movens* лежить в тім, що зайшов припадок, який унеможливив сповнене, то є рівнодушно, чи через сей припадок ніхто не міг-би сповнити зобовязання, чи тільки довжник не має можности сповнити.

§ 1447 кн. з. відносить ся тільки до зобовязань контрактових; а на рівні з контрактами стоять односторонні приречення. До позаконтрактових зобовязань відноситься ся § 1311 кн. з.

Врешті важну ріжницю робить § 1447 між родовими а індівідуальними зобовязаннями. До родових зобовязань не примінює ся постанова § 1447; родові зобовязання не погасають через припадкову неможливість сповнення, о скілько даний рід істнє.

I. Через припадкову неможливість сповненя погасає зобовязане. До сего треба:

Пор. Zeiller, Comm. IV, ст. 179—182; Nippel, Erl. ad. § 1447; Winiwarter, Bürg. R. V², ст. 127—129; Ellinger, Handb. ст. 659; Kirchstetter, Comm. ст. 459—462, 648, 649; Stubenrauch, Comm. II⁸, ст. 893, 894; Krainz,¹ System II⁸, § 340 (ст. 148—150), § 351 (ст. 182, 183); Hasenöhrl, Obl. R. II², § 100 (ст. 585—596); Till, Prawo pryw. III, ст. 429—431.

Врешті: Wächter, в Arch. f. d. civ. Prax. XV, ст. 97 і д., 188 і д.; Fr. Mommsen, Beiträge zum Obl. R. I, ст. 27 і д., 228 і д.; Hartmann, Obligation, ст. 222 і д.; Дністрянський, Das Wesen des Werklieferungsvertrages, Cap. II.; Schollmeyer Recht der Schuldverhältnisse ст. 94—99, 195—210.

1) Аби чинитьба, що була спершу можлива до сповненя, стала опісля неможливою, й то неможливою для всіх, або неможливою для самого довжника.

а) Про обсяг неможливості не згадує закон нічого. Тому треба памятати, що тут ходить о погаснене істнуючого зобовязання, й треба оглядати ся на „природні правила обороту“ (§§ 7 і 914 кн. з.). З того виходить, що неможливість має релятивне значінє; оно не дається ся обективно усталити, але залежить від даних обставин.

І так мусимо вважати за неможливість, коли зайдов та-
кий припадок, що довжник мусів-би ужити немов надлюдеских
сил або надзвичайних средств, аби сповнити зобовязане, а об-
ставини були такі, що сего не міг ніхто від нього жадати;
далі, коли виконане могло наступити лише з небезпекою житя,
здоровля, чести й т. д.; коли задля публичного добра треба
занехати сповненя й т. і. Богато залежить від способу, часу
ї місця виконаня, — чи означений спосіб виконаня, означене
часу або місця були сущні, чи несущні.

б) Важна єсть ріжница між трівалою а перехожою
неможливостю. Лише трівала неможливість спроваджує
погаснене зобовязання; перехожа здержує право жадати вико-
наня в даній хвили, аж до усуненя перешкоди — але через
хвилеву неможливість не погасає зобовязане, хіба-би через
таку хвилеву перешкоду ціль даної умови не могла уже бути
осягнена (тоді однаке хвилева перешкода має характер трі-
валої).

§ 1447 не робить вправді сеї ріжницї, але она слідує
з духа сеї постанови й з сути річи. Закон говорить перед усім
про цілковите знищене довжної річи (species), а опісля ставить
на рівні припадкову неможливість сповненя. Тому й ся не-
можливість мусить мати подібний характер, як припадкове
знищене річи — мусить отже бути трівала, а не лише хвилева.

Чи неможливість є *in concreto* трівала, чи лиш перехожа,
не дається ся завсе сказати. Зрештою лучає ся, що те, що сьогодні вважаємо за неможливе, по якімсь часі стане нечайно
можливим. Проте на неможливість можемо глядіти з подвій-
ного становища: або погаснене зобовязаня лишає ся *in suspenso*, поки не покаже ся, що сповнене єсть все-таки можливе,
— тоді мусіло-б сповнене наступити; або вважає ся зобовязане
за погасле, коли після оборотових норм або наукних поглядів

даної доби треба вважати неможливість за трівалу. В першім випадку треба-би по упливі 30 чи 40 літ признати задавнене; а в другім випадку треба-би подумати над тим, що стане ся, коли сповнене зобовязання стане опісля можливе.

Оба толки є оправдані, — але австр. пр. прихильє ся мабуть до останнього. Проте зобовязане погасає, коли неможливість сповнення є така, що після „природних правил обіроту“ треба її вважати за трівалу; а що раз уже погасло, не може віджити¹ на ново — отже хоть сповнене зобовязання стало-би опісля можливим, то довжник не має його сповнити, але мусить все-таки по загальним правилам (що є зазначені в § 1447 i. f.) звернути неоправдане збогачене.

в) Не лиш повна, але й часткова неможливість сповнення впливає на правну судьбу зобовязання. Звичайно доторкає она тільки відповідної часті зобовязання, ю довжник звільняє ся лише від твої часті; часом однаке потягає она за собою ціле зобовязане.

г) Лише пізнійша неможливість зносить зобовязане; она мусить повстаги що йно по заключеню умови. Чимало є неможливість наслідком ріжних причин, з яких деякі існували вже перед повстанем умови. Тоді рішає хвиля самого припадку, хвиля, коли неможливість стала актуальною, трівалою; сей припадок мусить лучити ся по повстаню зобовязаня — байдуже, чи дальші причини припадку зайшли вже давніше.

2) Неможливість мусить бути припадкова. Закон має на думці субективний припадок, що єсть антіезою провини. Де нема провини довжника — єсть припадок. Провина вірителя єсть для довжника припадком — проте зобовязане погасає, коли неможливість повстала через провину вірителя. Але на рівні з провиною довжника стоять припадки, за які він віймково відповідає.

Коли-б неможливість наступила через провину довжника, не погасає зобовязане, але триває дальше; тому не примінює ся § 1447 кн. з., а постанова про одвічальність за провину.

3) Через припадкову неможливість погасають зобовязання з умов і односторонніх приречень. В позаконтрактових відношеннях може бути припадок причиною повстання зобовязаня.

Що-до умов, нема ріжниці, чи они односторонні, чи обосторонні.

4) Закон говорить в першому ряді про припадкове знищеннє означеної річи (*species*), а отільки ставляє на рівні з ним іншу неможливість сповнення, викликану через припадок. Родові зобовязання не погасають правильно через неможливість сповнення, бо про них є правило: *genus perire non censetur*. Тому хто в день платності грошевого зобовязання не має довжної суми до розпорядимости, не може покликатись на неможливість сповнення, та зобовязане істнує й викликує відповідні правні наслідки, пр. *mora debitoris*. Але й при родових зобовязаннях може погаснути правне відношене через неможливість сповнення, коли загинуло ціле *genus*, що є предметом зобовязання, або коли через припадок зайдеш такі обставини, що після „природних правил обороту“ (§§ 7 і 914 кн. з.) треба вважати довжника звільненим, бо не можна пр. від нього жадати, щоби добув усіх сил, згл. ужив надзвичайних засобів до сповнення зобовязання.

ІІ. Що-до правник наслідків пізнійшеї неможливості треба відріжнити, чи она наступила через припадок, чи через провину вірителя, або провину довжника. Крім сего треба звернути увагу на ріжницю між повною а частковою неможливостію.

1) Припадкова неможливість звільняє довжника з довгу; його зобовязане погасає, а віритель не може від нього жадати нічого, навіть еквіваленту за довжну чинитьбу (§ 1447 кн. з.). Довжник не обовязаний вірителеві звернути шкоду.

При обосторонних умовах звільняє ся той довжник, у котрого зайдла припадкова неможливість.

Так при повній неможливості. Що-до часткової неможливості, то її наслідки сягають природно лиш так далеко, як є неможлива чинитьба. Тоді по аналогії з § 882 кн. з. (в полученню з § 1447 кн. з.) погасає зобовязане що-до неможливої частини, а лишає ся що-до можливої. Але коли-б після ціли умови часткове сповнене було проти волі сторін, тоді часткова неможливість має характер повної неможливості (пор. також § 882 кн. з.), і спричиняє погаснене цілого зобовязання.

2) Через провину вірителя погасає зобовязане довжника, в повні або в часті, в міру сего, чи неможливість була повна чи часткова. Так поносить віритель сам наслідки своєї провини, бо тратить вірительність, і не має права до еквіваленту. Коли-б для довжника повстало поверх сего шкода, мусить віритель звернути її по загальним правилам.

3) Як неможливість сповненя наступила через провину довжника, то зобовязане задержує свою стійність. Так само тоді, як коли вправді не було його провини, але він мусів відповідати виїмково за припадок.

Через неможливість зміняє ся предмет чинтьби. У місці довжного предмету вступає еквівалент (*arg. a contr. z § 1447 кн. з.*), чи то в формі винагороди шкоди задля неосновненя, чи в формі умовної карі, чи в іншій. При хвилевій неможливості відкладає ся сповнене на пізніший час, а віритель може від довжника жадати пізнішого сповненя й винагороди шкоди за спізнене (*§ 919 кн. з.*). Так само при неточнім сповненню.

Що до часткової неможливості, то треба пригадати правило § 1415 кн. з., що віритель не обовязаний приняти часткову заплату. Тому коли її відкинув, може виступити з жаданем винагороди шкоди задля неосновненя; а коли її приняв, може жадати повернення шкоди за те, що замісць цілої чинтьби одержав лише частину.

III. Дуже важну постанову подає кінцеве речене § 1447 кн. з. Хоча зобовязане погасло через неможливість сповнення (висше під II 1, 2). „мусить довжник звернути те, що одержав для виконання зобовязання, вправді так, наче-б був посідачем в добрій вірі, однаке в той спосіб, аби із шкоди другого не мав ніякої користі“.

Придивім ся близьше сїй постанові.

Зобовязане погасло через припадкову неможливість сповненя й довжник не має обовязку до еквіваленту. Але як віритель йому дав щось з огляду на заключену умову, то довжник не може сего задержати у себе, бо через те він збогатив-би ся коштом вірителя, — він мусить се звернути вірителеви, або як сего не має, дати відповідний еквівалент. Що-до тих річей вважає його закон як посідача в добрій вірі; він набув їх від вірителя в переконаню, що йому належать ся — але тепер, коли його зобовязане погасло,

то сі річи є дані *sine causa*, й він мусить їх звернути або *in natura*, або в відповіднім еквіваленті, а все-таки так, „аби із шкоди“ вірителя „не мав ніякої користі“. Хоча зобовязане погасло, істнує одвічальність довжника з „неоправданого збогачення“.

Що розуміє закон під річами, які дав віритель довжнику з огляду на заключену умову, або — як § 1447 каже — в тій цілі, щоби виконав зобовязане? Перед усім те, на чим або з чим мало бути сповнене зобовязане, пр. матеріял, даний до перерібки, знаряди й т. д. Сюди належать всякі передплати (*Vorschüsse*), які довжник побрав від вірителя (пор. § 1156 кн. з.), — але не менше й виплата цілої чинитьби зі сторони вірителя. Отже хоча довжник звільнений через припадок, мусить все-таки звернути вірителеві чинитьбу, що її від вірителя одержав. З того слідує дальше, що як віритель не заплатив, то не потребує вже платити — значить: через припадкову неможливість сповнення звільняє ся не лиш довжник від свого зобовязання, але й віритель від свого; довжник тратить право до чинитьби противної. Наука називає сей обяв: *periculum* і розуміє під тим утрату права до противної чинитьби через неможливість сповнення. Оно приходить при обосторонних умовах, та після дотеперішніх вислівів поносить його звичайно довжник.

Однак обосторонні умови є ріжні, бо чинитьби, які можуть бути їх підставою, є дуже ріжнородні. При одних ходить о обмін дібр, при других о працю, при третих о організацію заробітку — тому сама засада, що довжник поносить *periculum* припадкової неможливості, не є в силі розвязати всіх питань, які повстають, коли одна чинитьба стала неможлива до сповнення, а ходить о те, що має стати ся з противною чинитьбою. Тому австр. право знає осібні постанови про *periculum* при обміні й купні (§§ 1048, 1049, 1064 кн. з.), при наймі й аренді (§§ 1104—1108 кн. з.) тай при умові о працю (§§ 1155, 1157, 1160 кн. з.) Тут повисша засада є по часті змінена, а по часті дальше розведена.

Закон знає тільки провідну ідею, де ходить о правне відношене до противної чинитьби, як друга чинитьба не могла бути сповнена: она голосить загально: що одна сто-

рона не може мати ніякої користі зі шкоди другої сторони (§ 1447 i. f.), — що одна не може збогатити ся коштом другої. Се є одноке загальне правило, на якім стоїть наука про periculum при обосторонних умовах. Се правило має також дуже важне значінє при тих умовах, при котрих находитъ ся в законі осібні постанови.

Після сего правила треба також порішти питанє, що діє ся, як довжник від третьої особи одержав винагороду за припадок, що унеможливив сповненє (пр. виплату аsecураційної суми, повернене шкоди, нанесеної третою особою т. д.). Зобовязане погасло зараз, та на сїй підставі наступає між довжником а вірителем вирівнане з огляду на чинитьбу противну. Як се вирівнане наступає за взаїмним порозумінєм, то обі стороня беруть звичайно на увагу евентуальність звороту через трету особу. Як однаке нема порозуміння, або не звернено на сюю евентуальність уваги, то примінюють ся поки-що загальні, згл. спеціальні норми про periculum. Тоді заплата через трету особу єсть поум, котре може дати почин до нового правного відношеня між давним довжником а вірителем на підставі неоправданого збогаченя — се відношене повстає ex lege по мисли § 1447 i. f.:

Як довжник не звернув вірителеви ще його чинитьби, то мусить дати йому сей еквівалент, який дістав за припадкову шкоду, тай віритель мусить се приняти (arg. з § 919 кн. з.). Евентуальна звижка або знижка вартости мусить бути однак вирівнана. Так само тоді, коли довжник мав у себе частину чинитьби від вірителя, тоді може жадати доповненя, але сам мусить звернути одержаний еквівалент.

Інакше є тоді, коли довжник нічого не має від вірителя й через припадкову неможливість стратив право до чинитьби вірителя. Тоді довжник не потребує звертати одержаного еквіваленту вірителеви, але мусить звернути лиш тілько, о скілько збогатив ся коштом вірителя. Віритель мусить виказати, що через припадкову неможливість сповненя у довжника поїс шкоду й що довжник через заплату третьої особи віднє в тій самій мірі користь. Такої суми може жадати віритель.

§ 74.

Сполука довгу з вірительностю.

(Confusio *).

I. В римськім праві була confusio формальним средством погаснення прав через сполуку протилежних правних свійств в одній особі. Сюди належали три випадки: сполука власності з іншим річевим правом, сполука довгу з вірительностю й сполука головного зобовязання з порукою.

Що-до сполуки довгу з вірительностю в одній особі, виходило первісне римське право з формально правничого боку, що коли небудь війдуть ся з собою управнене й зобовязане, погасає тим самим (ipso iure) одно й друге, одно й друге вза-їмно зносить ся. Але в класичнім періоді римського права нашла ся теза з економічних та практичних зглядів декілька виїмків. Загальне правило лишило ся однак без зміни, тому confusio являє ся загальним способом погаснення зобовязань: через confusio погасають права й обовязки, але права третих осіб не можуть бути нарушенні.

Австрійське право стойть на іншім становищі. Вправді й тут через confusio погасають тотожні права й обовязки, але лише о стілько, о скілько „ніхто не може бути рівночасно довжником і вірителем тої самої річі“, а про те они задер-

*) Гл. Codex Ther. III, 24. n. 135—144; Horten III, 8. §§ 64—66 25. §§ 115—118; Martini III, 17. § 23; Гал. кн. з. Ш, § 585; Prot. II. ст. 257, 448.

Pop. Zeiller, Comm. IV. ст. 176—179; Nippel, Erl. VIII, ст. 236 і д.; Winiwarter Bürg. R. V. ст. 125 і д.; Ellinger, Handb. ст. 658; Kirchstetter, Comm. ст. 706; Stubenrauch, Comm. II ad §§ 1445, 1446; Krainz, System II³ ст. 180 і д. (§ 350); Unger Erbrecht § 14 пр. 13; § 40 пр. 13; Hasenöhr, Obl. R. II. ст. 584 і д.; Огоновский, Систем II. ст. 96 і д. Till, Prawo pryw. III. ст. 420 і д.

Крім сего: Exner, Hyp. R. ст. 627 і д.; Mages, Gesamtschuldverhältnisse ст. 133 і д.; Mikolasch, Erliest das pers. Forderungsrecht durch Übergang der Hypothek an den Hypothekargläubiger? — в Zeitschr. für oest. Rechtsgelehrts. 1842 II. ст. 257 і д.

Врешті: Girtanner Bürgschaft ст. 503 і д.; Sachs, Die Wirkungen der Confusion (1898); Kretschmar, Die Thenrie der Konfusion (1899).

жують свою первісну самостійність, о скілько існує осібна економічна ціль, що попри правничу сполуку їх розеднює, або о скілько доторкають они прав третих осіб.

Сей погляд виходить доволі ясно з конструкції § 1445 кн. з., який подає загальні постанови про сполуку вірительності з довгом в одній особі: Як наступить така сполука, то погасає управнене й зобовязане; се не наступає однак при т. зв. *beneficium separationis*, і тоді, „як зайдуть зовсім ріжнородні обставини“, значить такі обставини, що вказують на „ріжнородність“ поміж управненем а зобовязанем. Приміри сеї ріжнородності подає друге речене § 1445.

На сей підставі приступаємо до близшого розсліду постанов про сполуку.

II. До погаснення зобовязання через сполуку треба:

1) щоби управнене до чинитьби X зійшло ся зі зобовязанем до тої самої чинитьби. При ділімих чинитьbah може настути погаснене дотичної часті зобовязання, яка зійде ся з тотожним управненем;

2) щоби сполука наступила в тій самій особі, значить: аби зобовязане перейшло на вірителя, або управнене на довжника. Нема тому сполуки між вірительностями а довгами чоловіка й жінки, байтька й дітей, опікуна або куратора а пупілів і т. д. Коли тому в руках правного заступника зійде ся його власне зобовязане з тотожним управненем заступленого, або наоборот, не погасає зобовязане;

3) сполука може настути або через загальне, або через одиничне наслідство (*Universal- oder Singulärsukzession*). Найчастійше через загальне наслідство, с. т. в дорозі спадчини, коли віритель стає спадкоємцем довжника, або довжник вірителя. Далеко рідше лучає ся сполука довгу з вірительностю в дорозі одиничного наслідства, чи то через цесію, чи через переєм довгу (довжник набуває від вірителя його вірительність против себе; або віритель переїмає довги свого довжника, між ними також свою власну вірительність), бо де має злучити ся в одній особі вірительність з довгом, там звичайно не треба цесії або переїму довгу, лише ходить о заплату або о звільнене з довгу. Однаке не можна сумнівати ся, що сторони можуть мати свій осібний інтерес в тім, аби замісць заплати або звільненя з довгу ужити цесії, згл. переїму довгу

й через те підготувати сполуку довгу з віртельностю в одній особі. Практика знає такі випадки, а між ними найважніше є купно недвижимості з довгами (*in partem pretii*), до яких належить також віртельність самого купуючого.

Врешті може сполука настути через те, що третя особа стане правним наслідником так довжника як вірителя. І тут наслідство може бути загальне або одиничне;

4) сполука мусить бути остаточна, дефінітивна; набувець мусить набути віртельність на остаточну власність, без прав третих осіб до неї. Поки треті особи можуть підносити до неї якінебудь права, не може зобовязане погаснути через сполуку. Тому постановляє § 1445 і. ф., що через наслідство довжника у спадчину вірителя не зміняються в нічім права довжників спадчини, співспадкоємців і легатарів. Поки їх відношене до спадчини не поладнане остаточно, поки не наступить дефінітивний обрахунок усіх прав і обовязків, що в'яжуться зі спадчиною, не може бути сполуки довгу з віртельностю в руках спадкоємця, і як довг так віртельність становлять поки що самостійні правні позиції. Та що йно по поладненю всіх тих відносин можна говорити про сполуку довгу з віртельностю, і о скілько она справді наступила, погасає дотичне зобовязане.

По мисли сего правила постановляє § 1445 рг., що нема сполуки, як віритель спадчини, легатарі або конечні спадкоємці зробили ужиток з прислугуючого їм *beneficium separationis* по мисли § 812 кн. з., они мають тоді право відділити віртельності спадчини від майна спадкоємця, ї отсім спинити сполуку; —

5) сполука мусить бути трівала. Коли-б наступила серед таких обставин, з яких виходить, що є лише позірна або хвилева, зглядно що набувець має очевидний інтерес, розділити віртельність від довгу, тоді сполука не зносить зобовязання. Сюди належать ось які випадки:

а) коли перехід зобовязання чи віртельності на набувця покаже ся опісля неважним; пр. завіщане неважне, цесия або переєм довгу неважний;

б) коли набуте довгу або віртельності було обмежене на час, зглядно залежне від услівя, то погаснене зобовязання або зовсім не наступає або що йно тоді, аж наступить означений реченець, зглядно сповниться поставлене услівє.

Ті оба висновки (а, б) слідують уже із загальних правил.

в) Коли набувець має право узнаний інтерес, мимо фактичної сполуки трактувати віддільно вірительність від довгу. Такий інтерес існує:

а) тоді, коли приняв спадчину cum beneficio inventarii (§§ 1445, 802 кн. з.);

б) на підставі анальгії з попередного випадку тоді, якходить о права його до третих осіб, котрі лишаються без зміни (пр. хтось набуває якусь річ від невластиеля, та стає опісля спадкоємцем правдивого властителя; тоді йому прислугують жаданя з евікції против спадкової маси);

г) коли при самім набутю вірительності або довгу виходило, що набувець хоче вірительність трактувати віддільно від довгу;

д) як вірительність була предметом грунтових книг, не погасає зобовязане через сполуку доси, аж дотична позиція буде в книзі счеркнена (§ 1446 кн. з.). Сим чином набувець має можність мимо фактичної сполуки орудовати дальше вірительностями для окремих економічних цілей. Доперва через счеркнене позиції з грунтових книг погасає зобовязане, бо тоді єсть доказ, що сполука є трівала.

ІІІ. Як сполука довгу з вірительностю відповість усім повисшим вимогам, то зобовязане погасає. Се правна сполука в відріжненю від фактичної сполуки, що наступає через сам факт зединення довгу й вірительності в тій самій особі, заки сповняться повисші вимоги. Стан фактичної сполуки єсть перехідним станом, який має рішити, чи сполука стане дефінітивною, правоюю, чи навпаки відірве ся вірительність від довгу й заче знає осібне правне істноване. Заки се рішить ся, є відношене вірительності й довгу *in suspenso*; зобовязане спочиває, бо й в тім стані не може набувець против себе винести позув.

Коли-ж опісля покаже ся, що сполука єсть дефінітивна, тоді погасає зобовязане разом з усіми средствами забезпеки що в'яжуть ся з ним, отже з правами заставу, порукою й т. д.

Погаснене зобовязаня через правну сполуку вірительності з довгом має богато схожості з правдивою заплатою або компенсацією, та все-таки не дає вірителеви матеріального заспокоєння. Доки фактична сполука є ще *in suspenso*, не

може бути бесіди про заспокоєнє вірителя. Але й тоді, коли зобовязанє погасло через сполуку, не можна сего сказати. Коли віритель переймає свій довг, котрий гасне через сполуку, то як раз за свою вірительність не одержує він ніякого еквіваленту, а еквівалент, який він одержує евентуально за переем довгу або через приняті спадчани, не доторкає в нічім його вірительності. Тим менше можна добачувати матеріального заспокоєння тоді, як довжник набуде свою вірительність і наступить правна сполука, бо тоді віритель не дістаеть нічого за свою вірительність, а сполука унеможливлює як раз заплату.

Правна сполука єсть тому осібним способом погасненя зобовязання.

§ 75.

Смерть вірителя або довжника *).

Через смерть не погасають права й обовязки помершого лише переходять правильно на спадкоємців (§§ 918, 1448 кн. з.). Однаке є такі правні відношення, що є звязані з певною особою (*höchstpersönliche Rechte*: §§ 531, 918 кн. з.); они погасають зі смертю управненого, зглядно зобовязаного.

Крім сего й сторони можуть обмежити триване відношення правного на протяг життя.

Тому смерть є лише виїмковою причиною погасненя зобовязань (§§ 548, 1448 кн. з.), як сторони обмежили зобовязане на протяг життя¹⁾, або коли закон виключає певні зобовязання від переходу на спадкоємців. До останніх належать:

1) Подача або оферта тратить свою стійність, коли-б хоч одна контрактова сторона померла в часі, поліщенім до на- мислу (§ 918 i. f.);

*) Гл. Codex Ther. III, 24. n. 158—160; Horten III, 25 § 119; Martin i III, 17. § 25; Гал. кн. з. III, § 587; Pret. II. ст. 258, 449.

Пор. Zeiller, Comm. IV. ст. 183; Nippel, Erl. VIII. ст. 244; Winiwarter Bürg. R. V. ст. 129; Ellinger, Handb. ad §§ 1448; Stubenrauch Comm. П⁸ ст. 895; Kirchstetter, Comm. ст. 707; Krainz, System II⁴. § 350 (ст. 177, 178); Hasenöhrl, Obl. R. II². § 99 (ст. 582 й д.); Till, Prawo pryw. III ст. 427 і д.

¹⁾ Сюди належать м. и. умови про досмертну ренту і т. и.

2) обов'язок до заплати грошової кари, коли обов'язаний помре іще перед правосильним засудом на кару (§ 548 кн. з.); так само обов'язок поносити кошта карного процесу, коли не було ще сказуючого засуду (§ 389 проц. кар.);

3) подібно обов'язок до заплати нагороди за біль по мисли § 1325 кн. з. з тим самим обмеженем, як під 2);

4) крім цього належать тут обов'язки з деяких умов, а то: з умови відкупу, відпродажи первокупу (§§ 1070, 1071, 1074 кн. з.); з умови про даване підмог в означених реченнях, що скілько нічо іншого не умовлено (§ 955 кн. з.); далі зі смертю тратить стійність мандат (§ 1022 кн. з.), контракт спілки (§ 1206 кн. з.), однаке поодинокі зобов'язання, що постали вже із спілки або мандату за життя помершого, переходять все-таки на спадкоємців; врешті погасає через смерть робітника такий контракт праці, після якого вимагається особливих прикмет і особистих здібностей робітника (§ 1162 кн. з.).

§ 76.

Задавнене й часове обмежене права *).

Час творить, час нищить, час лічить. Як в природі, так в праві. Тому час єсть великою силою й в праві, а право му-

*) Гл. Cod. Ther. II. 9. n. 1—132, n. 147—165; III. 24. n. 155—157. Horten II. 7. §§ 1—2, 14—20, 25—33, 40, 43, 45—47; III. 25. § 119. Martini, III. 18. §§ 1—8, 12—13, 18, 24, 27—45. Гал. н. з. III. §§ 588—594, 598, 599, 604, 610, 613—631. Prot. II. ст. 258—277, 449—453, 586.

Пор. Zeiller, Commentar IV ad §§ 1449, 1451—1452, 1456—1459, 1478—1502; Nippel, Erläuterung IX. до тих самих §; Winiwarter V так само; Ellinger, Handbuch, так само; Unger, System II. ст. 249 і д.; ст. 401 і д.; Schiffner, Lehrb. I. §§ 136, 146; Stubenrauch, Comm. II^o ст. 895 і д.; Krainz System I^o §§ 141, 152—157 (= ст 391 і д., 427 і д.); Bureckhard, System II. ст. 498 і д.; Hasenöhrl, Obl. R. II^o § 101 (= ст. 596 і д.); Till, Prawo pryw. austr. I. ст. 495 і д., III. ст. 292 і д.

Крім цього: Scheidlein Über Verjährung und Ersitzung — в Miscellen V (1822); Winiwarter, Die Verjährung nach dem oest. bürg. R., — в Materialien VIII (1825); Pachmann, Die Verjährung nach dem a. b. G. in Oesterreich (1833); Perthaler, Die Theorie der Verjährung, — в Zeitschr. f. ö. R. 1842 II. ст. 29—64; Unger, Sächs. Entw. (1853) ст. 93—100; Żródlowski, Die Verjährung nach oest. R. (1878); Grawein, Verjährung und

сить їому підчинити ся в нормованю відносин людського життя. Довголітній спокій має в людському житію загальну пошану; фактичний стан, що триває довгі літа спокійно та без перерви, мусить мати й в праві загальне признання. Після цього, що довго істнє, що розвинуло ся через довгі літа в спокою, укладають ся житєві відносини, а за ними мусить піти й право, воно мусить тим відносинам прибити свою печатку. Правний лад не може спинювати, але протиправно мусить піддержувати спокійний а праведний розвій фактичних житєвих відносин; через те, що не було правом, може стати правом, що було правом, може перестати бути правом, що мало хиби, може через уплив літів стратити сі хиби. Сії цілі служить правний інститут задавлення.

Задавнене — в сім найширшим розумінню — се уплив законом означеного часу, з яким стан фактичний переходить у своїм спокійнім розвою в стан правний; як фактичний стан був уже правним, то одержує через задавнене нову, а трівку правну підставу; як одначе не був правним, стає через те правним.

Через задавнене можна набути нові права: набуваюче задавнене або засиджене (*erwerbende Verjährung oder Ersitzung*); через задавнене можна також втратити давніше право: відбираюче задавнене (*erlöschende Verjährung, Extinktiv-Verjährung*); а врешті можна звільнити ся від пев-

gesetzliche Befristung (1882); Strohal в Grünhut-a Zeitschr. VIII (1882) ст. 61—77; Krasnopol'ski, Krit. Vierteljahrsschr. XXIII ст. 354—363; Дністрянський, Трилітній речинець в § 1487 з. к. з. ц. — в Часописі працьничій з 1895 ст. 88 і д.

Врешті: Unterholzner, Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten; 2 томи (1. видане 1828; 2. видане 1858); Demelius, Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht I. (1856); Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856); Bekker, Über die Wirkung der Klagenverjährung — в Jahrb. des gem. R. IV (1860) ст. 408—441; Schwalbach, Gesetzliche Befristung und Verjährung, в Jahrb. für Dogm. XX. (1882) ст. 265—284; Hölder, в Archiv f. die civ. Prax. LXXXIII ст. 144 і д., LXXX ст. 48 і д., Archiv für bürg. R. XI. ст. 217 і д.; O. Fischer, Recht und Rechtsschutz § 8; Bähr i Hanausek, Gutachten in den Verhandlungen des XX. deutschen Juristentages I. i IV.; Regelsberger, Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsverjährung — в Jur. Zeitschr. 1900 ст. 28 і д.

них ограничень: звільнююче задавнене (die Ersitzung der Freiheit).

Від задавненя треба відріжнити часове обмежене прав (Befristung der Rechte). Задавнене змагає до того, щоби фактичний стан признати задля його спокійного розвою правним; а часове обмежене права змагає до того, аби правний стан привести по упливі якогось часу до кінця. При задавненню фактичний стан розвивається без огляду на правний стан, і проте стає правним; при часовім обмеженю виходить ся і лише ся при правнім стані, але сей правний стан має свої граници.

I. Римське право не знало загального правного інституту задавнення для означення зміни фактичного стану на правний через уплив довшого часу. Оно знало різні форми, з яких проявляла ся провідна гадка сего загального інституту, а то: usucapio, longi temporis praescriptio, vetustas i non usus. Сі форми розвивалися незалежно від себе. У першому ряді почала usucapio для охорони обороту в добрій вірі; про неї знає вже lex duodecim tabularum. Незалежно від сего існували т. зв. actiones temporales, які полягали у тім, що вношене позуву було з гори обмежене на короткий протяг часу, та по упливі сего часу тратили actiones свою стійність. Такі actiones temporales була признані лише виймково, бо в зasadі були первісно всі actiones perpetuae. Значно пізніше, що йно в часі християнського цісарства, розвинув ся в Римі загальний інститут задавненя позувів, що задавнювалися давніші actiones perpetuae по упливі 30 літ — але ціль сего інституту була інакша, ніж ціль засидження (usucapio). Задавнене позуві виходило із того, що управнений занедбав внести позив через довший час і тратив се право через недбалість. Про охорону доброї віри не було бесіди. Подібно при vetustas і при non usus, де управнений занедбав через довший час виконувати саме право.

Тому римське право різко відріжчує usucapio як набуте права, від longi temporis praescriptio (згл. vetustas або non usus) як утрату права.

Старинне німецьке право не знало однаже нії засидження, нії задавненя в розумінні римської usucapio або longi temporis praescriptio. Місце обоїх заступали т. зв. промовчане (Vergeschweigung) і давніна (Unvordenklichkeit). Хто знає, що якийсь

стан є безправній, не може довго мовчати, але мусить — звичайно протягом року й дня — виступити против сего; як не піднесе (звичайно перед судом) спротивлення в правно означенні часі, то не може вже противити ся, та мусить мовчати. Але як промовчав ся, то неправний стан стає правним, а противник набуває се право. Се інститут старонімецького промовчання, що містить в собі елементи римської *praescriptio i usucapio*. Побіч сего інституту, що мав лише дуже обмежений обсяг, виробив ся в старонімецькім праві погляд, що всякий фактичний стан взагалі, що єствував в давну давнину, без опору та без спротивлення, заслугує на правну охорону. До промовчання не треба довгого часу, натомісъ до утрати чи набуття права через давнину треба дуже довгого часу, обіймаючого звичайно дві генерації.

Отсї оба інститути старонімецького права причинили ся до того, що в науці повсюдного права виробило ся опісля загальне поняття задавнення, яке обнало не лиш *usucapio*, але й *longi temporis praescriptio*. Перші гльоссатори видвигнули загальний інститут задавнення, зібрали засиджене й задавнене в одно, а важку ролю відіграво при тім і канонічне право, яке вимогу доброї віри (*bona fides*) поставило загально не лиш при *usucapio* але й при *longi temporis praescriptio*. Відріжньювано вправді два головні роди задавнення, т. зв. набуваюче (*praescriptio acquisitiva*) й відбираюче задавнене (*praescriptio extinctiva*), що підлягали відмінним приписам правним, але все ж таки узнато спільну ідею обох тих родів і віднесено багато постанов до цілого інституту, що обіймав не лиш задавнене в тіснішім значінню, але й засиджене. Так під спільною назвою задавнення найшло поміщене не лиш засиджене річевих прав, але й всі роди утрати прав через уплив часу, *praescriptio, non usus i usucapio libertatis* з одного боку, давні *actiones temporales*, а й новітні випадки старонімецького промовчання з другого боку.

На тім становищі стоять усі великі законодавства з кінця 18 і початку 19 віка, між іншими також австрійське право.

Однаке против сего погляду виступив з початком 19. віка *Savigny*. Він старав ся завернути теорію до правдивого становища римского права, та вказав на зasadничу ріжницю між засидженем і задавненем: засиджене — се набуте права, а за-

давнене — се втрата права. За Savigny'м пішла панюча теорія 19. століття.

Повстає тому питане, як треба на цю квестию глядіти з огляду на постанови австрійского права?

Остання глава III. части кн. з. носить спільній заголовок: „Про задавнене й засиджене“ (Von der Verjährung und Ersitzung) і містить в собі правні постанови як про засиджене, так про задавнене. Відношене засидженя до задавненя представляє собі австр. закон так: На самім чолі (§ 1451 кн. з.) стоїть легальна дефініція задавнена: „Задавнене — се втрата права, що його не виконує ся протягом означеного в законі часу“. На рівні з невиконуванем права стоїть по мисли § 1479 кн. з. „мовчанка“ зі сторони управненого (ein so lange Zeit beobachtetes Stillschweigen“). Легальна дефініція задавненя обіймає однак також засиджене, котре австр. закон представляє собі як спеціальний рід задавненя, бо § 1452 кн. з. каже: „Як задавнене право силою законного посідання перейде рівночасно на другого, то називає ся засиджене право, а спосіб набуття засиджене“. Австр. закон привязує отже головну увагу до того, що хтось тратить якесь право по упливі певного часу (§ 1451), та що йно в другому ряді призадумує ся над тим, чи й о скілько таке утрачене право може хтось набути (§ 1452). Панюча теорія ділить від себе два явища: утрату права й набутє права, та при набутю в дорозі засидженя не звертає увагу на те, що рівночасно мусить хтось втратити се право, якє набуває другий. Австр. закон зазначує навпаки втрату права по стороні управненого й підносить, що аби другий набув в таке право, мусять заходити ще інші вимоги. Можна стратити право, хоч ніхто його не набув; але не можна заспідіти права, як хто другий його рівночасно не втратив.

Тому становище австр. права зовсім оправдане, о скілько на тім не терплять подрібні постанови про засиджене й задавнене. Однаке сего закиду не можна зробити австр. законови — й тому приходимо до ось якого теоретичного висновку:

Задля спільної ідеї задавненя збирає австр. закон засиджене й задавнене в один правний інститут. Та все ж таки задержує так засиджене як задавнене в тіснійшім розумінню свою правну окремішність. Тоту правну окремішність призна-

ють подібні постанови останньої глави III. часті кн. з. Вона опирається теоретично на тім, що при засидженню спочиває головна вага на набутю, при задавненню на утраті права; а практично на тім, що є осібні правні вимоги до засидження, хоч все те, що слідує з загальної ідеї задавлення, є таке саме при задавненню, як при засидженню.

II. Новітна наука права ставляє перед усім питанє, що задавнює ся: право, правне відношене, позив, правіж, чи вірительність? Се питанє належить до найбільше спірних в науці цивільного права.

До порішення сего питання треба порівнати римську систему з новітньою.

В римськім праві пізної цісарекої доби є *actiones* загальним предметом задавнення. Римська *actio* характеризується тим, що дає стороні певний вигляд на *iudicium*. Аби мати такий вигляд на *iudicium*, мусить прислугувати стороні матеріальне право. *Actio* лучать в собі формальні чинники — с. т. можність судової охорони — з матеріальними чинниками, — значить з правними вимогами, що мають вказувати на се, чи дане право *in concreto* існує, чи ні. Римський процес аналізує точно сі два чинники і виходить з засади: *Nullum iudicium sine actione*. Хто має право *in concreto*, має також і відповідну *actio*; нема в римськім праві загального поняття правної охорони, лише система поодиноких *actiones* для кожного права з осібна. *Actio* є інстітутом цивільного права.

Інакша є однак новітня система. Новітні законодавства розділюють точно сферу приватного права від публичного; правна охорона належить до публичного права. Приватне право є системою *actionum* в розумінні римського права, лише системою прав *in concreto*, а що-до правної охорони сих прав є загальне правило: „Кожному, хто вважає ся нарушеним в своїм праві, вільно внести жалобу перед законною означенюю владистю“. (§ 19 кн. з.).

Супроти такої зміни мусіла й теория заняти відмінне становище. Признано загально, що римські *actiones* належать до історії, та що новітнє право мусить оперти ся на іншій основі. Одначе що-до позитивних дослідів, не прийшла наука до трівких та неоспоримих результатів. Серед великого числа теоретичних змагань відріжнаємо в науці два головні напрями:

один напрям, що у давнім понятю *actionis* підчеркує матеріальні підстави, а другий напрям, що вказує противно на формальну, процесову сторону поняття. Творцем першого напряму *Windscheid*, другого *Wach*.

Windscheid ставить в місце давної *actio* поняття „правіжа“ = *Anspruch*. Правіж, на його думку, се право, від другого чогось домагати ся. Се приватне право загальної природи, що обіймає як особисті так річеві права, в міру чого треба відріжнити особисті й річеві правіжи. Не кожде приватне право є зараз по своїм повстанню правіжом після теорії *Windscheid-a*; оно мусить прийти в таке положене, щоби дана особа могла його домагати ся lawfully (від другого¹). Правіж є посередником між приватним правом *in concreto* а публичним правом правної охорони.

Інакше після теорії *Wach-a*. Вихідною точкою його системи є т. зв. „домагане правної охорони“ (*Rechts-schutzanspruch*). У місце давної *actio* ставить він публичноправного посередника між приватним а процесовим правом. Домагане право охорони є право, жадати судової охорони в справах приватного права. Се домагане ріжне після ріжних форм процесового поступування, як: домагане усталення, домагане судейского осуду, екзекуції, конкурсу і т. д. Але таке домагане не прислугує кождому без огляду, чи доходить дійсного, чи лише мнимого права; та лиш той має правне домагане, кому прислугує дійсно й право приватне, о яке ходить.

Обі теорії не зовсім вірні. Хоч як они й прямували до того, щоби в місце римської *actio* поставити новий інститут, то все ж таки не удалось їм висвободити ся зовсім від впливу римської системи. Приватне право не потребує осібного поняття правіжа, бо оно стоїть на правних відношеннях і правах *in concreto*. Правіж не є нічо інше, як право *in concreto* в певній стадії розвою. Право *in concreto* містить в собі можність виконування. Се виконуване може бути двоякє: виконуване матеріального змісту права, або доходжене його в судовій дозрії. Тому приватне право мусить подавати також норми, коли може доходити право судово. Сама можність, доходити

¹) Пр. річеві права стають ся аж тоді річевими правіжами, як хтось їх нарушить.

право в судовій дорозі, не є нічим, що стояло би поза понятем самого права *in concreto*.

А з другого боку нема потреби, приняти за Wachом осібного посередника між процесовим а приватним правом у формі домагання правної охорони. Взагалі між приватним а процесовим правом є строго розділені ролі: Приватне право означає, чи й коли повстало право *in concreto*, чи й коли може оно бути дохodжене перед судом; а процесове право рішав, як се право має бути переведене перед судом. Та не зискуємо нічого, як право, зріле до судового дохodження, охрестимо назвою правіжа (Windscheid), або домогання правної охорони (Wach).

Далі треба примітити: Слово „правіж“ (Anspruch) приходить в науці в ріжнім значенні. Поперід усого виступає оно в абстрактному значенні, як право *in concreto*, о скілько лежить в нім можність, доходити його проти других. В отім значенні правіж не дає ще підстави до судової охорони. До сего треба, аби правне домаганє звернуло ся проти певної особи або проти певного правного організму. Треба, аби особа, згядно правний організм, поводили ся інакше, ніж вимагає право другої особи. Тоді правіж стає актуальним, та управнений може зараз ужити судової дороги, може зараз позивати. Се друге, тісніше значення правіжа. В науці говорить ся про право позивання або право позуву (Klagsanspruch, Klagerecht). Тут ходить о се, чи хто має дійсно таке право *in concreto* і чи справді заходять такі вимоги, що можна його доходити в судовій дорозі.

Слово „правіж“ уживають далі деякі учени ще в тіснішім значенні, називаючи так право від хвилі його нарушення через других. Вони ставлять вимогу нарушення права (Rechtsverletzung).

Врешті стрічаємо формальне значення правіжа і розуміємо через те бажанє, звернене до судії, аби видав судейський осуд на користь позиваючого. В тім значенні може позивати навіть такий, котрий не має права до того, чого жадає, котрий мусить отже програти процес.

Австрійска кн. з. цив. не знає технічного поняття правіжа. А маючи далі на увазі, що слово „правіж“ приходить в тільки ріжних значеннях, мусимо прийти до висліду, що нема підстави, наукову теорію правіжів приняти в австрійськім

праві. Для австрійського права понятє правіжа зовсім злише. Хто хотів-би одначе увести слово „правіж“ до теорії австрійського права, мусів-би його схарактеризувати інакше, ніж Windscheid. В австрійськім праві мусіло-би оно оперти ся на першім речень §. 19 кн. з. В тім значенню треба-би до поняття правіжа дійсного або мнимого нарушения права. Але на такім правіжи не можна оперти науки о задавненню.

З того слідує, що предметом задавнення не може бути правіж. Наука говорить одначе нераз про задавнене позив (Klagenverjährung), та нераз стрічаємо ся з поглядом, що задавнене є загальною причиною погасненя позивів. Через „позив“ розуміє наука звичайно право позивання (das Klage-recht); але з повищшого слідує, що таке право не є безпосереднім предметом задавнення, так само як правіж. Коли ж „позив“ бере ся як процесовий акт, то такий акт не може бути предметом задавнення в розумінні приватного права.

Тому лишає ся тільки одно: предметом задавнення є право *in concreto*, або правне відношене.

Через те не сказано одначе, який є обєм задавнення, чи оно обіймає ціле право *in concreto* або ціле правне відношене, чи лише якусь частину, або поодинокі прояви права, чи-то правного відношення, — чи по задавненню лишає ся що-небудь, чи не лишає ся взагалі нічо. Про се може бути бесіда що йно в трактаті про правні наслідки задавнення.

На сім місці мусимо лише провірити, як відноситься ся до сеї теорії австрійське право.

Поперід усого годить ся вказати, що кн. з. говорить про задавнене в осібнім (останнім) розділі третьої часті. Ся часть має заголовок: „Про спільні постанови що-до особових і річевих прав“; а четвертий розділ про „задавнене й заси-джене“ стоїть в безпосередній, тісній звязи з попереднім (третім) розділом про „знесене права і обовязків“. З того виходить, що предметом задавнення є „права й обовязки“, або — після наукової номенклатури — взагалі права *in concreto*.

Сю тезу потверджують подрібні постанови кн. з., з яких слідує дальше, що не лише поодинокі конкретні права, але й цілі правні відношення можуть бути предметами задавнення. Але не йде за тим, що всякі права *in concreto* і всякі правні відношення підлягають задавненню; а далі пригадаємо, що як виконуване права може бути двояке: виконуване мате-

риального змісту права, або формальне доходжене того-ж в судовій дорозі — так і задавнене може обійтися або оба роди, або тільки один рід виконування. Маючи се на увазі, стрічаемо в австр. пр. отсі обмеженя:

1) Після §. 1456 кн. з. права, що прислугують голові держави, с. т. монархови, як такому, пр. право накладати цла, вибивати монети, розписувати податки і інші реалії, не можуть бути ніким засиджені, а обовязки других, що слідують із тих прав, не можуть ніколи задавнити ся. Однаке ся постанова стратила богато із свого значіння вже через основні конституційні закони; а що-до задавнення, то вийшла пізнійше ціла черга законів, котрі постановлюють виразно, що є такі публично-правні обовязки, які підлягають задавненню. Суди належать зак. з 18. марта 1878 ч. 31 В. з. д.; §. 10 зак. з 13. червня 1880 ч. 70 В. з. д.; §. 21 зак. з 15. цвітня 1881 ч. 43 В. з. д.; §. 13 зак. з 20. червня 1888 ч. 95 В. з. д.; §§. 7 і 22 зак. з 26. серпня 1891 ч. 140 В. з. д.; §§. 136, 151, 237, 284 зак. з 25. жовтня 1896 ч. 220 В. з. д.; §. 33 зак. з 9. марта 1897 ч. 195 В. з. д.; §. 4 зак. з 22. січня 1902 ч. 40 В. з. д.

У всякому разі повища постанова §. 1456 кн. з. не належить до приватного права.

2) „Права чоловіка про свої діланя... , пр. (право) купувати денебудь товари“ — не підлягають після §. 1459 кн. з. задавненню. Се права, слідуючи з особистої свободи чоловіка, які можна-би після §. 16 кн. з. зачислити до „вроджених прав“ одиниці. Они звісні в давній доктрині права натури під назвою: iura metae facultatis. Однаке новітна теория виказала, що они не є ніякими правами в правничім розумінні, они не є ніякими правами *in concreto*. Проте й ся постанова, хоча сама собою зовсім зрозуміла, не має ніякого значіння в науці приватного права.

3) Загальне обмежене містить в собі постанова §. 1481 кн. з., що зобовязаня, які слідують з родинних або особових прав (пр. обовязок дати дітям конечно удержане), не можуть задавнити ся. Тим чином обмежує ся задавнене лише на право маєткове.

Але й що до маєткового права є обмеженя. А то:

4) Після §. 1459 кн. з. не підлягають задавненню права, що прислугують комусь ізза власності, о скілько сам закон

не постановляє, що через залишене виконування наступає втрата права власності. Сю постанову стверджує ще §. 1481 кн. з., де сказано, що й зобовязаня других, які відповідають праву власності, пр. обовязок, згодити ся на поділ спільної річи або на означене границь не можуть ніколи задавнити ся.

Тому учить пануюча теория, що право власності не єсть предметом задавненя, та правне відношене, яке слідує з права власності, не підлягає задавненню. Але таж сама теория робить виїмок, що не само право власності, але позив о власності підлягає задавненню. Сю тезу опирає пануюча теория на постанові §. 1479 кн. з.

Що-до права власності має ся річ ось як:

а) Австр. право ставляє побіч себе засиджене й задавнене, так що засиджене права власності через другого спроваджує втрату, с. т. задавнене права власності у дотеперішнього властителя. §. 1478 рг. постановляє загально: „О скілько кожде засиджене містить в собі й задавнене, кінчати ся оба з приписаними вимогами в тім самім часі“. Тому право власності задавнює ся завсе, коли другий набув його через засиджене.

б) Далі задавнює ся право власності о стілько, о скілько властитель не доходив його судово против третього через законно означеній протяг часу. По упливі сего часу не може він доходити свого права против третього в дорозі позву (§. 1479 кн. з.). Ся теза має однак основні виїмки, про які згадаємо понизше.

в) Поза тим лишає ся загальна засада §. 1459 зглядно §. 1481 i. f. Ніхто не тратить права власності через те, що його не уживає, що не користує ся ним хоч-би як довгий час. Коли сей висновок порівнаємо з тезою висказаною під б), то може лучити ся, що хтось по упливі часу задавненя не буде міг доходити свого права в судовій дорозі, як занедбав його доходити, а всеж-таки не стратить ще права власності. Коли-б річ найшла ся пізнійше у третього, котрий не може вказати на задавнене права позву, тоді первісний властитель мав-би право доходити права власності против третього.

Мусимо однак примігнти, що сі евентуальні, майже ніколи не лучають ся в практиці. Взагалі правний стан, що хтось має право власності *in thesi*, але через утрату права позивання не може його доходати, правний стан, звісний в науці

під назвою „dominium sine re“, се аномалія, яка не відержує критики de lege ferenda. Тому він дуже виїмковий. Та коли розглянемо ся в поодиноких постановах кн. з., то мусимо прийти до пересувідчення, що такий стан не лучає ся майже ніколи.

Перед усім належать сюди постанови про охорону оброту в добрій вірі, а то: §§. 367, 371, 824 кн. з. Тоді переходить право власності на набувця в добрій вірі і погасає для дотеперішнього властителя. Через те відпадає не лише питане про dominium sine re але й питане про задавнене. Сей висновок признаний загально в наукі. Але є ще друге обмежене, і то з противним успіхом, однаке на се обмежене наука австр-права не звернула доси уваги. Се обмежене містить ся в постанові §. 1464 кн. з.

г) Постанова §. 1464 кн. з. находить ся вправді між постановами про вимоги потрібні до засидження — але як раз на сім показує ся, що трактоване засидження спільно з задавненем має також практичне значінє. В черзі §§. 1460—1464, що говорять про вимоги засидження, задержана всюди наукова номенклатура, що вказує на „засиджене“ в технічному значінню. Лише в однім §. 1464 уживає закон слова „задавнене“ („verjähren“). Перше речене §. 1464 постановлює, що посідане мусить бути праве (echt). Друге речене звучить: „Як хто дістає у свою владу річ насильством або підступом, або в посідані тайно вкрадає ся, або посідає річ лише на просьбу; — то не може вона задавнити ся ані в него самого, ані в його наслідників“. Колиб се речене відносило ся тільки до самого засидження, то було-би зовсім злишне, бо перше речене висказувало-би все, що треба, а то тим більше що поняття „правого“ посідання подає уже §. 345 кн. з. Проте воно мусить мати дальше значінє і обійтися не лиш засиджене, але й задавнене в тіснішім значінню.

З того слідує для задавненя:

Ніколи не може право власності — а також й інші річеві права — задавнити ся, як другий набув посідане річи в неправий спосіб, значить: vi, clam, або precario. Ся загальна засада відносить ся також до задавненя після §. 1479 кн. з. Властитель лишає ся властителем і не потребує навіть по упливі трийцять літ бояти ся задавненя, та мимо загальної постанови §. 1479 може по упливі трийцять літ виступити

з позвом против всяких набувців vi, clam або precario і їх наслідників. Против рабівників і злодіїв dominium властителя не є ніколи, навіть по трийцяльтній мовчанці, dominium sine re, тільки dominium cum re, з усіми правами, що з того виходять.

Збираючи все, що доси сказано про задавнене права власності, приходимо до ось яких висновків:

Право власності задавнює ся, як другий набуває власність річи через засиджене.

Зрештою задавнює ся се право власності лише в виїмкових випадках. Набувці в добрій вірі набувають чужу власність, як заходять вимоги: §§. 367, 371, 824 кн. з. Навпаки ніколи не задавнює ся право власності против набувців річи vi, clam або precario. Що-до решти випадків, то примінює ся постанова §. 1479 про т. зв. задавнене позву о власністі.

5) Аналогічні постанови про задавнене стрічаємо при служебностях. Є лише дві ріжниці:

а) Австр. право знає задавнене служебностій через non usus, без огляду, чи другий засидів се право, чи ні;

β) австр. право знає трійлітне задавнене права служебності, хоча нема всіх вимог, потрібних до дійсної usucapio libertatis (пор. §. 1488 кн. з.).

З осібна представляє ся правний стан так:

а) Повне задавнене цілого права служебності наступає через usucapio libertatis противника після всіх вимог, потрібних до засидження (пор. §. 1478 pr.). Де нема сих вимог, головно правного титulu і доброї віри, може наступити повне задавнене права служебності вже по трьох роках, як є вимоги, подані в §. 1488 кн. з. (невиконане через управненого, спротивлене що-до виконування з боку зобовязаного і занехане судового доходженя через управненого — все протягом 3 літ).

б) Право служебності задавнює ся через 30 літнє (згл. 40-літнє) невиконуване того, що належить до матеріального змісту цього права — через non usus (пор. §§. 524, 351, 1478, 1485, 1472 кн. з.).

в) Не можна судово доходити права служебности (actio confessoria задавнє ся) по трийцяльтнім (згл. 40 літнім) за- недбаню внесеня позву (пор. §. 1479 кн. з.).

г) Валім у сих правилах стрічаємо в постанові §. 1464 кн. з. Нема задавненя супротив набувців vi, clam або precario.

6) Що сказано про задавнене служебностій, примінюється mutatis, mutandis також до т. зв. реальних прав (Realrechte) sensu stricto.

7) Задавнене права заставу звязане тісно з його правним характером, раз з зависимою натурою права заставу, а далі з окремими прикметами ручного і гіпотечного заставу (пор. §. 451 кн. з.). З того виходить про ручний застав осібна постанова §. 1483 кн. з., а про гіпотечний застав загальна засада §. 469 і. ф.

Право заставу не задавнює ся доси, доки ручний застав находитъ ся ще в руках вірителя, і то навіть тоді, коли-б відповідна вірительність уже задавнила ся. Але як вірительність підлягла вже задавненню, то віритель, що має ще застав в руці, може доходити свого права лише до висоти той вартисти, яку представляє застав (§. 1483 кн. з.)¹⁾.

Гіпотечне право заставу підлягає лиш о стільки загальному задавненню, що по упливі 30, зглядно 40 літ, довжник може жадати счеркнення відповідної позиції з публичних книг (§. 1499 кн. з.).

8) Право наслідства *in abstracto* не може бути предметом задавнення; але як чисто маєкове право підлягає задавненню конкретне право до спадчини. Оно задавнює ся лиш тоді, як хтось виступив против права до спадчини другого, а сей занедбав оперти ся тому. Задавнене права спадчини наступає отже лише в загальних рамках постанови §. 1479 кн. з. —

По сїм короткім екскурзі приступаємо до головної теми, с. т. до задавнення облігаційних відношень, до задавнення вірительностій. До того відносить ся як раз постанова §. 1479 кн. з., якій тепер придивимо ся близше.

§. 1479 кн. з. постановляє: „Усі права против третього, чи вони вписані до публичних книг, чи ні, погасають у правилі найпізнійше через трийцятьлітне неуживане, або через так довго заховану мовчанку“.

Се загальне задавнене, яке відносить ся так само до невиконування матеріального змісту права, як до занедбаня дохо-

¹⁾ Закон (§. 1483) каже крім сего, що й право довжника до викупу-своєго заставу не підлягає задавненню. Се відносить ся однаке до сего, що довжник може завсе викупити свій застав через заплату довгу. Але як уже заплатив довг, тоді його право, жадати звороту заставу, підлягає все таки загальному задавненню.

дити права в судовій дорозі, обіймає — після законної номенклатури — „права против третього“.

С права, що вже з разу звертають ся против певної особи; але є й такі права, які не звертають ся против певної особи, тільки існують спокійно, аж опісля зайде якась обставина, що право зверне свій напрям впротив против певної, означененої особи. З одного боку управнена особа або організм правний, з другого боку третя особа або організм правний: особа против особи або правного організму; конкретне управнене против конкретного правного обовязку.

Коли право находить ся в такій стадії, тоді оно є предметом задавненя в розумінню австрійського права.

Сюди належать головно всії облігацийні права, с. т. права з облігацийних відносин. Проте у правилі підлягають всякі вірительності задавненю, так як кожда вірительність є вже по своїй суті правом зверненим против певної конкретної особи¹⁾. Кожда вірительність може бути вже від хвили повстання предметом задавненя, бо кожда є від тої хвили „правом против третього“. Але сему не стоїть на перешкоді, що в деяких випадках почин задавненя відкладається на пізнійшу пору. Право може що-до почину задавненя ставляти дальші вимоги — про які розкажемо пізніше. Тут вказуємо лише на те, що кожде облігацийне право *in concreto* становить з природи вже від хвили повстання пригожий ґрунт для задавненя. Проте вірительності за віповідію (*Kündigung*) підлягають загальному задавненю вже від хвили повстання.

Кожде облігацийне право *in concreto* містить в собі правну можливість судової охорони. Проте пануюча теорія звертає на себе при задавненню вірительності головну увагу і говорить радо про задавнене позув, або задавнене права позув, не про задавнене вірительності. Між тим із того, що сказано доси, слідує, що й після австр. права відповідніше говорити про задавнене вірительності, ніж про задавнене позув, уже з огляду на саму постанову §. 1479 кн. 3. — абстрагуючи від вище згаданих випадків задавненя річевих прав. Предметом задавненя є вірительність яко така; що головна сила вірительності лежить як раз у правній можності судової охо-

¹⁾ Роняте „права против третього“ обіймає також річеві права від хвили, коли вони звертають ся против певної особи. Се наступає через нарушене (*Verletzung*).

рони, се річ другорядна, яка слідує що йно з натури вірительності. А можність задавненя вірительності за виповідю від хвилі її повстання, є також практичним доказом, що задавнене австр. права не є задавненем позивів, але в облігаційнім праві задавненем вірительності.

Пануюча теорія, що говорить взагалі про задавнене позивів або задавнене правіжів, знає ввімкні від такого задавненя, так як не всі позви, чи правіжі підлягають задавненню. Сюди вчислює она т. зв. пересудні правіжі, далі позив о ручній застав (actio pignoratitia in rem: §. 1483 кн. з.), ділові позви (actio communi dividundo, actio familiae erciscundae: §§. 830, 1481 кн. з.) і позив о розмеженні границь (actio finium regundorum: §. 850 кн. з.). Сі ввімкні не доторкають однаке з правила облігаційного права, тому що-до вірительностій лишає ся загальне правило, що вони підлягають задавненню. Однакі ввімкні відносяться ся лише до тих вірительностій, які є обезпечені заставом. Після §. 1483 кн. з. вірительність так довго не може задавнити ся, поки ручній застав находити ся в руках вірителя.

III. До задавненя вірительності треба:

- 1) Повстання вірительності по мисли §. 1479 кн. з.
- 2) Щоби управнений не уживав свого права, або заховав мовчанку, с. т. промовчав ся (§. 1479 кн. з.).

Закон підносить виразно оба способи виконування права, матеріяльний через уживане змісту права і формальний через доходжене. Так і в облігаційнім праві може настути задавнене як через залишене виконування матеріального змісту права, так через залишене доходження в судовій дорозі — пр. невиконуване права найму або аренді з одного боку, а залишене внесеня позву о заплату купленої ріchi з другого боку. Залишене судової дороги є загальною підставою задавненя вірительності.

- 3) До задавненя треба далі „уливу законом означеного часу“ (§. 1451 кн. з.).

Вже сама легальна дефініція задавненя, подана на чолі останньої глави кн. з. (§. 1451) вказує на се, що час є найважнішим чинником задавненя. Щоби оно наступило, треба, щоби право не було виконуване через законно означений час. Час — се *spiritus movens* усього правного інституту задавненя, тому љ не диво, що австр. закон бере його за основу голов-

ного поділу. Закон відріжняє звичайний час задавненя (пор. заголовок до §. 1478 кн. з.: *Verjährungszeit. Ordentliche*) і надзвичайно скорочений час задавненя (пор. заголовок до §. 1486 кн. з.: „*Ausserordentliche kürzere Verjährungszeit*“). Звичайний час задавненя виносить з правила 30 літ (§§. 1478, 1479 кн. з.), а для у привілеєніх 40 літ. У привілеєні є по мисли §§. 1485, 1472 кн. з. усі правні організми¹⁾. §. 1472 кн. з. вичислює з осібна: фіксус, управителів державних дібр і державного майна, управителів церковних дібр, управителів громад і інших дозволених корпорацій. Проти всіх них може наступити задавнене що йно по упливі 40 літ (§. 1485 кн. з.). Сей привілей доторкає ся також всіх тих осіб, що стоять зі згаданими правними організмами в приватно-правній спільноті (§. 1473 кн. з.). Надзвичайно скорочений час задавненя (§§. 1486 і д.) виносить найвище 3 роки; звичайно-ще менше.

Ся ріжниця між звичайним а надзвичайним часом задавненя єсть далеко більша, ніж припускає пануюча теорія. Она лежить уже на перший погляд у тім, що ріжниця що-до часу незвичайно велика: з одного боку 30—40 літ, з другого-ж боку що найвище 3 роки. До сеї ріжниці навязують ся дві групи законних постанов.

Тому робимо сущну ріжницю поміж двома родами задавненя: одно, що триває 30, згядно 40 літ, називаємо звичайне задавнене, а друге, що триває що найвище 3 роки або й менше, надзвичайне задавнене. До звичайного задавненя відносять ся постанови §§. 1478—1485 кн. з., до надзвичайного постанови §§. 1486—1492. До звичайного задавненя відносять ся також постанови §§. 1494—1502 кн. з. ц. — чи і о скілько они дадуть ся примінити також до т. зв. надзвичайного задавненя, не можна з гори сказати. Також і постанова §. 1432 кн. з., що доторкає ся теорії про т. зв. природні зобовязаня, обіймає звичайне задавнене, а не надзвичайно скорочене задавнене.

Що було доси сказано про задавнене взагалі, відноситься як до звичайного, так до надзвичайного задавненя. Пізнішее пізнато подрібні ріжниці сих двох родів задавненя. Тут значимо на разі, що они й що-до загального правного харак-

¹⁾ Після пануючої в науці номенклатури „правничі особи“.

теру ріжнятъ ся через ріжну ratio iuris. Звичайне задавнене відносить ся до прав, що мають в собі зарід вічного тривання, лише задля оборотових причин, які лежать в загальній ідеї задавненя, погасають по довшім часі. Інакше при надзвичайнім задавненю. Тут ходить о такі права, що вже з гори носять в собі зарід знащеня, їх істноване а рігорі що-до часу обмежене і тому перестають існувати по упливі сего часу.

Пануюча теория знає натомісъ інакшу ріжницю. Она відріжняє реченці задавненя і реченці преклюзийні (Verjährungsfristen, Präklusivfristen). Однаке доси не удало ся в науці потягнути між сими поняттями трівких границь, а й що-до практичного переведеня сеї ріжниці існує постійний спір, котрі реченці в реченці задавненя а котрі преклюзийні.

Всяка трудність відпадає, коли замісъ сего подїлу, прийме ся подїл на звичайне й надзвичайне задавнене. Австр. кн. з. не знає слова: „преклюзийні реченці“, а натомісъ виразно відріжняє звичайний і надзвичайно скорочений час задавненя.

Ся ріжница виступає зараз з огляду на постанову §. 1475 кн. з. Тут читаемо: Час добровільної а безвинної неприсутності вірителя поза краєм, що триває що найменьше без перерви через один рік, числитъ ся при звичайнім задавненю лише по половині (рік числитъ ся за 6 місяців).

Неприсутність вірителя мусить бути добровільна, не спричинена через цивільну або військову службу. (В останнім разі було-би спинене задавненя по мисли §. 1496 кн. з.). Она мусить бути безвинна, значить, не може бути сама про себе пересупом (пр. при дозерції), ані не може бути наслідком безправного діланя (пр. утеча кридатара). Далі віритель мусить находити ся поза краєм (с. т. поза сею провінцією австрійської держави), де находити ся предмет спору. Врешті закон вимагає, щоби час неприсутності вірителя трівав що найменьше безперервно один рік, та коротші протяги часу, де-би він находив ся поза краєм, не входять в рахунок.

Коли є сї вимоги, то час неприсутності числитъ ся до задавненя лише по половині. З того виходило би, що як-би задавнене було по закону обчислене на 30 літ, а віритель через уесь час був неприсутній, то задавнене мусіло-б тягнути ся аж 60 літ, а при задавненю, яке по закону триває 40 літ оно мусіло-б тягнути ся аж 80 літ. Але закон (§. 1475) каже, що до численя приходить що найвище трийцять літ

задавненя, тому навіть при повній неприсутності через 40 літ задавнене не може перевищати подвійного часу трийцяти, значить: разом 60 літ. Таке є значінє дотичної постанови §. 1475 кн. з., яка є в науці доволі спірна. Однаке не повинно підлягати ніякому сумнівови, що постанова §. 1475 кн. з. відносить ся лише до звичайного (30 або 40-літного), а не до надзвичайно скороченого задавненя. Се слідує безпосередньо з кінцевого речення сего §-у.

4) До задавненя треба, щоби реченьце задавненя почав ся і задавнене тривало безпереривно до кінця. Тут є інші норми при звичайнім, інші при надзвичайнім задавненю.

a) Що-до звичайного задавненя, треба зазначити, що постанова §. 1478 кн. з. і. ф. відносить ся лише до звичайного, не до надзвичайного задавненя. Звичайне задавнене починає ся від хвилі, коли право можна було про себе („an sich“) виконувати, а про те його не виконувано. Пануюча теория розуміє сю постанову після теорії римского права про т. зв. *actio nata* — і учить, що й в австр. праві треба до задавненя, щоби була *actio nata*, та що реченьце задавненя не може почати ся без *actio nata*. Нема сумніву, що редактори кн. з. мали на думці романістичну теорію про *actio nata*, але передали її сьвідомо в іншій формі, яка відповідала зміненим модерним поглядам на інститут задавненя. Замісць римської „*actio*“ они поставили „право“ і через те прийшли до висліду, що задавнене починає ся що йно тоді, коли була абстрактна можливість виконування права *in concreto*. Не вистарчить, щоби право повстало — але й не треба, щоби право було нарушене; на-томієць треба, щоби правні обставини були такі, що управлений мав-би можливість виконувати своє право, чи матеріально чи формально, чи виконувати його матеріальний зміст, чи доходити його з успіхом з судовій дорозі.

§. 1478 кн. з. розуміє через можливість виконування („das an sich schon hätte ausgeübt werden können“) очевидно абстрактну можливість, об'єктивну можливість. Значить: До звичайного задавненя не треба оглядати ся на се, чи особа, якій прислугує право, мала відомість (*scientia*) про се право, чи ні; чи она знала, що її се право прислугує, чи ні. Досить, що право є, і можна-б його було виконувати, чи доходити. Тому паремію римского права: *Agere non valenti non currit prae- scriptio* (= *agere valenti currit prae scriptio*) треба й в австр.

праві брати в предметовім, не в підметовім значінню — але треба замітити, що ся засада відносить ся тільки до звичайного, не до надзвичайного задавненя.

Коли примінимо ці принципи до облігаційного права, то будуть такі висновки:

Звичайне задавнене вірительності починає ся з правила з хвили повстання вірительності, так як правний характер вірительності є такий, що вже від хвили повстання можна її звичайно виконувати, зглядно доходити.

Тому її вірительності за виповідю, де прислугує вірителеві право виповісти в довільнім часі, починають задавнене від повстання вірительності, а не з хвили виповіді, бо віритель мав абстрактну можність виповісти вірительність зараз по повстанню.

Лише тоді задавнене вірительності починає ся пізніше, коли зобовязаня були заключені під услівем, або означенено реченець, в якім зобовязане має бути платне. В таких випадках заходить обективна можність виконування вірительності аж по сповненню услівя і по настаню реченця. Тому коли була вірительність за виповідю, але умовлено, що платність вірительності має наступити що йно в певний означений час по виповіді, тоді звичайне задавнене починає ся по упливі означеного часу, числячи однак не від виповіді, але вже від повстання вірительності — бо віритель міг вірительність *in abstracto* виповісти зараз в хвили повстання вірительності, але все таки мусів чекати через умовлений час по виповіді.

Особі постанови про біг реченця задавненя існують при т. зв. *iura discontinua*. Се права, які вже по своїй суті можуть бути виконувані лише дуже рідко. При таких правах закон не вдоволяє ся обективною, абстрактною можністю виконування, але жадає крім сего:

1) щоби в протягу 30 чи 40 літ було що найменше з такі випадки, в яких управнений міг виконувати своє право, і 2) щоби в жаднім з тих 3 випадків управнений не зробив зі свого права ужитку (§. 1484 кн. з.).

б) До надзвичайного задавненя не відносить ся постанова §. 1478 кн. з. Тому треба оперти ся або на виразних постановах, що доторкають ся поодиноких випадків надзвичайного задавненя, або по мисли §. 7 кн. з. і. ф. на „природних засадах права“.

Про надзвичайне задавнене згадують постанови §§. 1486—1492 кн. з. В §. 1491 кн. з. є вказівки, що bogato випадків надзвичайного задавненя находить ся в ріжких місцях к. з. Сюди належать §§. 156—159, 933, 936, 967, 982, 1097, 1111, 1367 кн. з. — і т. і. Крім сего стрічаемо й в пізніших за-конах випадки надзвичайного задавненя.

В деяких випадках рішає сам закон, коли починає ся реченець задавненя; пр. в §. 1489, 156, 158, 967, 982 кн. з. В усіх других випадках, де нема в законі осібної постанови про почин реченця, треба оглядати ся на правну влачу даного випадку, вимоги суспільного обороту та мати завсе на очі засаду полагідної справедливості. Звичайно будуть усі аргу-менти¹⁾ промовляти за тим, що до почину надзвичайного за-давненя не вистарчить обективна можність виконування, але що ся можність мусить бути субективна, т. е. що управнений буде сам в можності виконувати, чи доходити право — а до сего потрібно, щоби він знов про своє право. При надзвичайнім задавненню буде рішати звичайно не лише обективна можність виконування права, але й відомість (*scientia*) управненого про істноване права. Надзвичайний реченець задавненя починає ся тому з правила *a tempore scientiae* управненого. На те вказу-ють уже подрібні постанови австр. кн. з., як: §§. 1489, 156, 158; а й постанови §§. 967 і 982 опирають ся на тій самій теорії.

в) Як звичайне, так надзвичайне задавнене мусить бути без перерви. Однак може наступити т. зв. *accessio temporis*. Постанова §. 1493 кн. з. відносить ся так до звичайного як до надзвичайного задавненя. Зміна що-до управненої особи не впливає на задавнене. До задавненя треба, щоби уплинув за-коном означений час; а як між тим наступив переход обліга-

¹⁾ Закон (§. 1491 кн. з.) „обмежує“ очевидно всі права, що підля-гають надзвичайному задавненню, лише на „дуже короткий час“. Тому *ratio iuris* є така, що они по упливі сего часу погасають зовсім і не лишають ні-чого по собі. (Пор. пізше під V.). Коли-б тут до почину реченця не треба було відомості управненого про своє право, тоді нераз мусів-би управнений протягом дуже короткого часу стратити усе своє право без ніякої провини, навіть не знаючи про се. Тому повинен перед усім знати про се. Коли-б одначе уплинуло 30 зглядно 40 літ від повстання права, та управнений про се взагалі не довідав ся, то все ж таки тратить його, але вже на підставі звичайного, а не надзвичайного задавненя.

ційного відношеня, чи по стороні вірителя, чи по стороні довжника, на другого правного наслідника (як однічного, так загального) — тоді час задавненя, що уплинув у попередника або супротив попередника, вчислює ся до часу задавненя, що пливе на користь наслідника або супротив наслідника.

До задавненя не треба ані доброї віри, ані безвинної несвідомості того, на чию користь пливе задавнене, тому й accessio temporis наступає без огляду на злу віру або завинену несвідомість довжника (§. 1493 i. f.).

Нема accessio temporis, коли зайдуть обставини, подані в §. 1500 кн. з. Взагалі все право, що слідує з задавненя, не може вийти на шкоду того, хто набув якесь право в довірю до ґруntових книг ще перед табулярним вписом; тому й не може бути бесіди, щоби accessio temporis наступила на некорист набувця по мисли §. 1500 кн. з.

Спірне є в науці питане, після якого метода вчислюється accessio temporis, коли настають по собі упривілесні що-до задавненя особи (§. 1485 кн. з.) і неупривілесні. Тут виступають головно два погляди: Один покликує ся на уст. 6 опов. пат. до кн. з. ц. і доходить до висновку, що розпочате задавнене пливе дальше після дотеперішнього способу, оскільки правний наслідник не рішить ся, час задавненя розпочати на ново; а другий погляд висказує засаду, що час попередника треба почислити розмірно, значить в відношенню 40:30. або 30:40. Другий погляд є вірніший і має за собою практику найвищого судового трибуналу.

г) Про причини спинення або перерви задавненя поговоримо як раз понизше.

IV. Задавнене може в своїм бігу з'упинити ся, або може наступити повна перерва задавненя. З'упиняє ся задавнене тим, що зайдуть обставини, які зержують задавнене або в самім почині, або пізнійше, коли оно вже почалось. Коли однаке устане перепона, пливе задавнене дальше; оно навязує до того, що було перед перепоною. Час задавненя, що уплинув перед перепоною, вчислює ся до часу задавненя, який пливе по перепоні — з обчислення випускає ся лише цілий протяг часу спиняючої перепони.

Перерва задавненя сягає глибше. Як зайдла причина, що перервала задавнене, то уриває ся все, що було дотепер, та час задавненя, який уплинув перед перервою, не може

уже числiti ся, а по перерві може вправдї плисти задавнене, але воно починає ся зовсім на ново.

Австр. закон подає причини спинення задавнення (Hemmung der Verjährung §§ 1494—1496 кн. з.) і причини перерви задавнення (Unterbrechung der Verjährung: § 1498 кн. з.). Тут треба відріжнити — як уже сказано — звичайне задавнене й надзвичайне задавнене.

1) §§ 1494—1497 кн. з. відносять ся в першім ряді до звичайного задавнення.

а) Причини спинення є такі:

а) Недостача умових сил у невласновільних осіб, оскілько вони не мають правних заступників (§ 1494). Малолітній умово хорі, що задля недостачі умових сил не можуть орудувати самі своїми правами, стоять під особливим опікою законів (§ 187 кн. з. ц.). Ся опіка лежить у тім, що власти мають постарати ся для них о осібних правних заступників, себ-то: опікунів або кураторів. Однаке лучає ся нераз, що протягом якогось часу вони не мають de facto ніяких правних заступників. Тому § 1494 постановляє, що доки малолітній умово хорі не мають правних заступників, задавнене не може против них почати ся. Те саме діє ся тоді, коли задавнене вже почало ся, але в межичасі вірительність опинила ся у малолітніх або умово хоріх, що не мали або перестали мати правних заступників. На цілий час, коли не мають правних заступників, задавнене спиняє ся. Від хвилі, коли правні заступники вже є, або що найпізнійше від хвилі, коли згадані особи не потребують уже правних заступників, бо самі можуть довільно орудувати своїми справами (пр. через осягнене повнолітності), задавнене пливе дальше, а час, що упливув перед перепоною, вчислює ся до задавненя.

§ 1494 кн. з. висловлює ся вправдї з початку загально, але опісля наводить тільки пупілів і умово хоріх. Спинене задавнення наступає лише з огляду на пупілів і умово хоріх, не наступає на користь малолітніх, що стоять під вітцівською властию, ані на користь судово узаних марнотравців. Сюди не належать також правні організми.

Важне обмежене висказує кінцеве речене § 1494 кн. з. ц.: Навіть по усуненю перепони задавнене не може ніколи скінчити ся перед упливом двох літ. По перепоні мусить упли-

нути що найменьше 2 роки, навіть тоді, коли-би перед перевеною уплинуло тільки літ, що не треба-би було до докінчення в засаді цілих 2 років. Се обмежене відносить ся лише до звичайного задавненя й до випадку, поданого в §. 1494 кн. з.

β) Дальшу причину спиненя надзвичайного задавненя подає §. 1495 кн. з. Задавнене спиняє ся поміж подругами на час подружжа, поміж дітьми й стоячими під опікою з одного боку а родичами й опікунами зглядно кураторами з другого боку — на час вітцівської чи опікунчої власти. Спиняє ся початок, або продовжуванє початого задавненя.

γ) Таке саме спинене повстає далі через неприсутність управненого в своїм питомім місці осілості гадля цивільної або війскової служби, тай через цілковитий застій судоводства (т. зв. *iustitium*): § 1496 кн. з.

δ) Причини спиненя находять ся також і в інших законах. В науці є спір, які випадки сюди належать. Після вірного погляду не можна тут зачислити випадків, що виходять із загального припису § 1478 кн. з. про *actio nata*, так як причини спиненя доторкають ся лише осібних постанов поза обемом загальної норми про почин задавненя. Тому належить сюди: загальне уділене мораторій, с. т. законне уділене пролонгаті; далі зголошене вірительности в конкурсі, о скільки управитель конкурсової маси спротивив ся піднесеному домаганню (§ 8 конкурс. уст.)¹⁾; врешті внесене на видане наказу заплати в упоминаючім поступованю²⁾ (*Mahnverfahren*: § 13 зак. з 27. цвітня 1873 ч. 67 В. з. д. Пор. Арт. XXVIII. впров. зак. до уст. цив. проц.).

ε) До причин перерви задавненя належать:

α) Признане довжника, що зобовязане істнус (Anerkennung: § 1497 кн. з.); се признане може настутити виразно, як довжник заявить вірителеви виразно, що почувався довгу, — або мовчки с. т. через т. зв. здогадочні діланя, по яких не можна сумнівати ся, що довжник признає істноване зобовязання³⁾.

¹⁾ Спинене триває від дня зголошення аж до дня, в якім видано вірителеви алеяти для виточеня або зновлення спору.

²⁾ Тут спиняє ся задавнене від внесеня подання о наказ заплати аж до піднесення протесту.

³⁾ Пр. вплата рати.

Аби перерва наступила, треба, щоби признане було заявлене перед упливом задавненя. Коли-б воно наступило що йно по упливі часу задавненя, то задавнене вже покінчилося, та не може бути бесіди о перерві. Таке признане можна-би серед обставин важати так, наче-би довжник зрік ся, підносити заміт задавненя.

Перерва задавненя через признане довжника є характерним знаменем звичайного задавненя. Довжник, який супротив вірителя признає ся до довгу, не може покликувати ся на те, що віритель занедбав доходити своїх прав; від признання довжника задавнене мусить почати ся на ново.

β) Далі перериває ся задавнене через внесене позву (§ 1497 кн. 3.). Хто доходить свого права в дорозі позву, сей робить як раз ужиток із свого права, тому дотеперішній хід задавненя відпадає. Але по внесенню позву може задавнене почати ся на ново. Щоби перерва задавненя наступила, треба:

αα) Аби віритель вніс позив. Вистачає само внесене позву по мисли § 232 уст. цив. проц., не треба одначе, аби позив був доручений. (Інакше в векслевім праві).

Задавненя не переривають тому такі акти, що не представляють ся як „внесене“ позву, а то: поданя о реченець для внесення позву (надв. декр. з 30. січня 1819 ч. 1540 зб. суд. зак.), ані інші заходи, що мають підготовити процес; далі позасудова пригадка; судове зголошене під час пересправи спадщини; впис вірительності до публичних книг, — і т. д.

Натомісъ перерва задавненя може наступити й без осібного позву, коли віритель виступить з дотичним жаданем в тоці іншого процесу (§ 232 уст. цив. проц.) при устній розправі (арт. XLV. вprov. зак. до уст. цив. проц.), або коли внесе своє жадане в формі процесового заміту дорогою межиспорового внесення на усталене (§§ 236, 259 уст. цив. проц.), або врешті коли піднесе з успіхом дотичне жадане в формі компезаційного заміту (§ 411 уст. цив. проц.).

На рівні з цивільним позвом перериває задавнене карна жалоба, внесена до карного суду через пошкодованого; введене екзекуційних кроків на підставі нотаріального акту з екзекуційною силою; зголошене вірительності в конкурсі по мисли § 8 konk. уст., о скілько не взято зголошеня назад,

а управитель конкурсової маси не підніс протесту; подане о видане наказу заплати в упоминаючім поступованю, о скілько не піднесено против сего протесту (§ 19 зак. з 27. цвітня 1873, ч. 67 В. з. д.); а врешті зголошене в адміністраційній власти, о скільки в законі приписано, що перед вибранем судової дороги треба звернути ся до адміністраційної власти (пор. губерніальна пост. з 15. марта 1828 для Льомбардії і Венеції).

ββ) Позив мусить внести ся перед принадлежний суд після законних приписів. Коли-б суд відкинув позив а *limine*, то нема в задавненю перерви. Що сказано про позив, відносить ся також до подань, які (після *aa*) переривають задавнене.

γγ) § 1497 кн. з. вимагає, щоби віритель продовжував ведене спору („позив“) аж до покінчена процесу. Як одначе з поведеня вірителя посередно виходить, що він залишує опісля вести процес, то перерва задавненя не може настуپити. Але до сего не вистачає, щоб позиваючий віритель випустив який судовий реченець і не ставув на нім, тільки треба, щоби було певно, що він не хоче вести далі процесу. Чи воно так є, має рішти судия по зрілій розвазі та після свободного осудження. В кождім випадку занедбане процесу мусить тривати довший час, аби судия міг признати, що віритель не продовжував як слід процесу по мисли § 1497 кн. з.

δδ) Вкінці жадає закон, аби судия не признав жаданя позву безпідставним: Як судия відкине жадане позиваючого вірителя і його осуд уросте в правосильність, то вважає ся так, наче-би задавнене не було взагалі перерване (§ 1497 i. f.).

2) Що-до надзвичайного задавненя, то австр. закон не має осібних постанов про причини спиненя й перерви, тому постанови про причини спиненя й перерви, що відносять ся до звичайного задавненя, можуть лиш тоді й лиш о скільки прикладти ся до надзвичайного задавненя, о скілько правний характер сего останнього не противить ся сим приписам. При кождім випадку надзвичайного задавненя треба з осібна розібрati, чи й о скілько причини спиненя або перерви задавненя дадуть ся прикладти без зміни. Кін-

цеве речене § 1494 кн. з., що по спиненю задавненя мусить уплинути що найменше 2 роки, не прикладає ся однак до надзвичайного задавненя.

V. Про деякі випадки надзвичайного задавненя була згадка при науці про запоруку, вкорочене більш половини і похибку. Інші випадки належать до подрібної часті системи. На межі поміж звичайним а надзвичайним задавненем стоїть постанова § 1480 кн. з. ц. Вона має загальне значення, та належить якраз сюди. § 1480 постановляє: „Домагання залітаючих ріжних дачок, наростів, рент або услуг погасають в трьох роках, само право задавнює ся через неуживане протягом трийцять лт”.

Аби пізнати мету, до якої ся постанова змагає, треба пригляднути ся близше, яка є її *ratio legis*. Zeiller характеризує *ratio legis* сеї постанови так: „При обмеженю наведених залегlostей до короткого часу, мав законодавець намір, ратувати легкодушних довжників від занепаду або повної матеріальної руйни, щоби не допустити до того, аби через накопичене відсотків, які при розумнім обмеженню хоздйства могли-би вони платити що рік, не були приневолені заплатити за них утратою засновного майна і усього добутку, а то тим паче, що позірні уступки вірителя звичайно не є що інше, як лише ліхварська штучка, щоби в дорозі екзекуції за брати реальноти довжника, його промислове підприємство і т. д.”

Далі виходить закон із того, що при періодичних чинтьбах, які становлять сталий дохід вірителя, віритель має після загальних норм взірцевого господарства, стягати їх в означених реченнях — та коли б занедбав того, то вже по короткім часі заслугує на те, щоби поносив всії консеквенції свого занедбання.

Постанова §. 1480 відноситься до періодичних чинтьб, що повертають стало в точно означених реченнях. Вправді закон говорить лише про „річні“ дачки, нарости, ренти й услуги — але нема сумніву, що сюди належать і такі поворотні чинтьби, які повторяють ся в коротших реченнях.

Однаке не всі періодичні чинтьби підпадають під постанову § 1480. Із самої постанови слідує, що сюди належать лише такі періодичні чинтьби, які стоять на одностільній а самостільній правній основі, бо закон робить ви-

разну ріжницею між поодинокими періодичними чинитьбами, а правом в цілості („das Recht selbst“). Се мусить бути таке право, з якого пливуть якраз поодинокі періодичні чинитьби, і то таке право, що не погасає через те, як погас обовязок до поодиноких чинитьб. Тому не можуть належати сюди такі права, котрі у своїм матеріальнім виконаню ділять ся з гори на певну скількість частий, так що кожда періодична чинитьба спричиняє також погаснення відповідної частини самого права. Тому сплата ратами не підходить під постанову § 1480.

Зрештою постанова § 1480 не обмежує ся лише до „дачок, нарости, рент і услуг“, але прикладає ся й до інших поворотних чинитьб, коли заходять вище виказані вимоги. Тому до трилітнього задавнення з § 1480 треба, щоби поворотні чинитьби:

а) були платні в стало означених реченцях, річних, чи навіть коротших,

б) щоби були висновком одноцільного самостійного права, з якого пливуть, не нарушуочи її не обмежуючи вінчим його істновання.

в) Врешті поворотні чинитьби мусять дійсно „зalягати“. Коли право до поворотної чинитьби не є ще актуальне, то не входить зовсім в рахунок.

З осібна треба примітити: Закон причисляє тут:

1) **Дачки.** Сюди належать дачки при дідичній аренді, дідичнім чиншовім політю і праві поверхні після §§ 1122, 1123, 1125 кн. з., а крім сего приватно правні чинитьби на громадскі, шкільні і церковні ціли.

2) **Нарости.** Німецке слово „Zinsen“, якого уживає закон, значить тільки, що „відсотки“. На означене „чинів“ слугить слово „Zinse“. Однака постанова § 1480 обіймає одній друге, як чині, так відсотки від капіталу. Се було первісно спірне, а головно був спір о те, чи й відсотки від капіталів підлягають трилітньому задавненню з § 1480. Спір обертається головно коло сего, як трилітнє задавнене відсотків від капіталу по мисли § 1480 погодити з постанововою § 1335 кн. з. Отсе питанє пояснив надв. декр. з 21. падолиста 1812 ч. 1016 зб. суд. зак. Він констатує, що § 1480 відносить ся також до відсотків і інших належностей (Interessen) від капіталу — а супротив § 1335 замічає, що сей останній не противить ся

постанові § 1480. Вправді відсотки від капіталу задавнюють ся по упліві трьох літ, але все-таки є можливо, що те задавнене з причин спиненя і перерви протягне ся так довго, що відсотки уростуть аж до висоти самого капіталу. Се діє ся головно так, що віритель вишле перед упливом кожних 3 літ довжникови позасудову пригадку, а довжник звинить ся або упросить собі дальшу прольонгацію. Такі акти признання довгу переривають задавнене після § 1497, і через те відсотки можуть зрівнати ся опісля з висотою самого капіталу. На сей випадок є обчислена заборона дещо зросту відсотків *ultra alterum tantum* (§ 1335 кн. з.).

Трилітному задавненню з § 1480 підлягають не лише умовні відсотки, але й відсотки проволоки (пор. надв. декр. з 22. серпня 1836 ч. 151 зб. суд. зак.).

Врешті нема сумніву, що сюди належать чинші найму й аренди (пор. надв. декр. з 22. серпня 1836, ч. 151 зб. суд. зак.).

Зі сказаного слідує далі, що відсотки підлягають лише тоді трилітному задавненню, як стоять побіч капіталу, від котрого залежать. Але як залагаючі відсотки пропищуть ся за згодою сторін до капіталу, так що становлять інтегральну частину самого капіталу, то вони не є вже самостійні відсотки та не підходять під постанову § 1480, лише задавнюють ся в тім самім часі, що й капітал. Подібно є тоді, коли відсотки вписані до ґрунтових книг як самостійні гіпотечні позиції без звязи з капіталом — тоді вони не підлягають трилітному задавненню з § 1480 кн. з., тільки мають свою самостійну судьбу. Врешті після тих самих правил треба осуджувати й ті відсотки, що їх признає судия разом з капіталом в правосильнім судейським осуді: о скілько сі відсотки були вже платні перед виданем судейского осуду, становлять вони від хвилі осуду інтегральну частину призначеного капіталу, і можуть тому задавнити ся лише разом з капіталом. Тут не прикладає ся вже З літне задавнене з § 1480. Однаке як судейский осуд признає не лише запавші відсотки, але й орікає, що на будуче мають платити ся дальші відсотки від призначеного капіталу, то сі відсотки задержують свою самостійну правну натуру й підлягають З літньому задавненню з § 1480. Отсі висновки що-до впливу судейского осуду на задавнене відсотків були первісно спріні, але рішило їх по

мисли повищих вислідів розп. мін. правосудня з 21. липня 1858 ч. 105 В. з. д.

Що до задавненя відсотків знає австр. право деякі привілеї. І так постановляє § 18 регулятиву для щадниць з 26. вересня 1844 ч. 832 зб. суд. з., що постанова § 1480 кн. з. не примінює ся до щадничих вкладок, та що єї останні підлягають звичайному задавненню; а арт. 15 зак. з 28. мая 1882 ч. 56 В. з. д. каже виразно, що постанова § 1480 кн. з. не відносить ся до відсотків від вкладок поштових щадниць. Далі відсотки галицького станового закладу кредитового підлягають 30 літньому задавненню (§ 11 статутів з 3. падолиста 1841 ч. 569 зб. суд. зак.); відсоткові купони заставних листів краєвого гіпотечного банку в Чехії (§ 12 статутів, оповіщених розп. мін. з 26. грудня 1864, ч. 99 В. з. д.) і відсоткові рати від державних записів довжних (§ 1 зак. з 28. марта 1875 ч. 49 В. з. д. і розп. мін. фін. з 16. січня 1860 ч. 21 В. з. д.) задавнюють ся аж по упливі 6 літ.

На рівні з відсотками від капіталу підлягають трилітньому задавненню також і нарости *in natura*, так як правна натура таких паростів є та сама, як відсотків.

3) Ренти. Кн. з. ц. згадує про ренти в двох формах:

а) як постійні річні ренти в § 530. Сі ренти визначають ся по вічні часи, звичайно в дорозі осібної умови, знатої вже в старонімецькім праві під назвою рентового купна (*Rentenkauf*). Купуючий набуває для себе й всяких своїх правних наслідників (як загальних так одиничних) право до періодично поворотної чинитьби, що називає ся рентою. Се право до постійної ренти можна також набути в дорозі заяленя послідної волі (*legatus*), та й такі ренти підлягають З літньому задавненню з § 1480.

б) як досмертні ренти в §§ 1284 – 1286. Сюди належить умова про досмертну ренту (§ 1284), коли хтось за гроши або річ на гроши оцінену, прирік другому, що буде аж до смерті якоєсь особи виплачував що рік (або й в коротших реченнях) означену суму, с. т. ренту. На рівні з такою умовою стоїть легат досмертної ренти, при чим поодинокі ренти задавнюють ся так само, як при умові, по З літах.

Врешті треба тут причислити:

в) періодичні датки на удержанє (аліменти), до яких хтось був зобовязаний з умови або із заявленя послідної волі. Тут

належать річні або в коротших реченцях платні датки, що не сягають до кінця життя, тільки є обмежені на точно означений час, або приноровлені до даної потреби. Отсі датки належать також до „рент“ в розумінку закона і підлягають 3 літньому задавненню з § 1480.

На рівні з періодичними датками на удержані стоять пе-
ріодична плата за перенесені торговлі, о скільки має управне-
ному забезпечити сталій дохід на якийсь час.

Тут не належить жадані звороту коштів, які хтось поніс на удержані чужої неправесної дитини. В цім випадку можна від неправесного батька жадати звороту по приписам § 1042 кн. з.; але се право не підходить під постанови § 1480, та задавнює ся після загальних приписів про зви-
чайне задавнене.

4. Услуги. На перший погляд могло би здавати ся, що сюди належать періодичні плати на підставі службових умов. Однака так не є, бо плата за працю, хоча-б опирала ся на постійнім службовим відношенню, та хоч-би після умови була платна в річних чи коротших реченцях, не відповідає отсім вимогам, на яких стоять постанова § 1480. Поперід усого не є вони висновком одноцільного самостійного права, тільки опирають ся завсе на працю, яку дає робітник, бо за кожду хвиліс праці належить ся відповідна нагорода. А далі говорить § 1480 про домагання услуг, а не про домагання за услуги, тому предметом домагання є самі услуги, а не еквівалент за услуги.

З того слідує: Постанова § 1480 відносить ся лише до таких періодичних услуг, що є вислідом якогось самостій-
ного права, з котрого вони виходять. Сюди належать головно періодичні услуги на підставі вимови (*Ausgedinge*), коли вимовлено певні услуги в річних або ще коротших реченцях.

5) Крім повислих періодичних чинитьб, про котрі ви-
разно згадує закон, задавнюють ся в 3 літах і інші періо-
дичні чинитьби, що відповідають загальним вимогам § 1480. Судова практика причислює сюди періодичні оплати, запи-
сані на відправу богослужень, удержані церквей, шкіл і ін-
ших загально пожиточних закладів; однака не належать тут аліменти, котрі одна особа має ех *lege* давати другій. Законні аліменти не задавнюють ся протягом трьох літ. Але всеж-таки

підлягають трилітному задавненню такі аліменти, котрі судия призначав в осуді на будуче (*pro futuro*).

Врешті не належать тут періодичні чинтьби публично-правної натури.

Трилітнє задавнене з § 1480 кн. з. є надзвичайним задавненем по мисли §§ 1486 і д. Треба однак примітити, що воно находить ся в законі в тій черзі §§, котрі трактують прозвичайне задавнене. Се пояснює ся лише тим, що се трилітнє задавнене стоїть в безпосередній звязи зі звичайним, с. т. 30 або 40 літним задавненем, котрому підлягає се право, з якого випливають поодинокі періодичні чинтьби § 1480.

Поодинокі періодичні чинтьби опираються — як сказано — на одноцільним самостійним праві. Се право *in toto* є неустаючою підставою що раз нових періодичних чинтьб. Але й воно може задавнити ся, та до задавненя треба — як сказано — 30 або 40 літ. Коли-ж само право *in toto* погасне через задавнене, то не можуть по його задавненню повстати домагання дальших періодичних чинтьб; але все-ж таки може управнений, опираючи ся на передше існуючім праві, зажадати тих попередніх чинтьб, що-до яких не зайдло ще трилітнє задавнене.

Трилітнє задавнене з § 1480 підлягає загальним правилам надзвичайного задавненя. Лише що-до почину речення треба примінити загальні норми § 1478 къ. з. про звичайне задавнене. Трилітнє задавнене періодичних чинтьб починяється тому звичайно від дня платності. Про почин задавненя відсотків від державних довжніх записів постановляє § 2 зак. з 28. марта 1875 ч. 49 В. з. д.: „Реченець задавненя починяється при довжніх записах, що звучать на ім'я або є вінкульовані, з днем платності першої відсоткової рати, не піднятої з державного скарбу; при довжніх записах що звучать на держителя, з днем платності відсоткової рати, слідуючої зараз по виданю останнього відсоткового купона через фінансову управу“. Пор. також § 12 мін. розп. з 26. грудня 1864 ч. 99 В. з. д.

Чи й о скільки причини спиненя й перерви звичайного задавненя (§§ 1494—1497 кн. з.) прикладаються також до трилітнього задавненя періодичних чинтьб, залежить від обставин. Поперід усого не примінюється тут кінцеве речене § 1494, що — як висше виказано — є привязане до звичай-

ного задавненя. Далі ratio legis § 1480 противить ся тому, щоби задавнене періодичних чинить спиняло ся в випадках § 1496. А врешті й що-до причин перерви задавненя є деякі зміни. Признає не в усіх випадках перериває трилітнє задавнене з § 1480. Позив, внесений о само право, не перериває задавненя поодиноких періодичних чинить. Коли судия признав судейским осудом обовязок до плачення відсотків *pro futuro*, то кождий екзекуційний крок перериває задавнене. Після арт. 15 зак. з 28. мая 1882 ч. 56 В. з. д. кожда нова вкладка та кожда виповідь і дописане відсотків в щадничій книжці перериває задавнене поодиноких вкладок поштової щадниці. А § 3 зак. з 28. марта 1875 ч. 49 В. з. д. постановляє про задавнене відсотків від державних довжників записів: „У місце судового позву (§ 1497 кн. з.) перериває біг задавненя: предложене довжного запису при державній касі, управненій видавати нові купони, — а то для узискання записи, унормованої § 4 закона з 2. червня 1868 ч. 88 В. з. д.; преложене просьби о переписане або ліквідацію відсотків, до урядів, яким повірено управу державного довгу — і то навіть без оказання довжного запису; врешті предложене поданя о амортизацію довжного запису перед принадлежним судом. Аби перерва задавненя наступила дійсно, треба кождий з тих кроків підняти протягом 6 літ від дня першого заходу о підняті відсотків, зглядно підняті купонового аркуша“.

VI. Що-до правних наслідків задавненя, нема згоди ні в теорії повсюдного права, ні в теорії австрійського права. Є дві головні теорії. Одна теорія признає сильніший наслідок (*stärkere Wirkung*) задавненя, вказуючи на те, що з упливом задавненя погасає само матеріальне право (*das Recht selbst*). Друга теорія приймає натомісъ слабший наслідок задавненя (*schwächere Wirkung*) через те, що — мовляв — через задавнене погасає лише право позиваня, с. т. можність доходити права дорогою позву (*Klage, Anspruch*), а не само матеріальне право, — та лишають ся інші посередні наслідки права, як можність виступати з процесовими замітами (*exceptiones*) і якийсь останок самого права в виді т. зв. природного зобов'язання (*naturalis obligatio*).

Щоби порішити сей научний спір, треба поперід усого пригадати, що є ріжниця між „предметом“ задавненя, а між „наслідками“ задавненя. Предметом задавненя є — як

вишше доказано — права (*in concreto*) й правні відношення, а наслідки задавненя виказують, як далеко сягає задавнене, який є його „об'єм“, значить, чи задавнене нищить до нащадку само право з усіма найдальше ідучими консеквенціями, чи що лишає ся, що в який-будь спосіб нагадує істновання давнього права. Про становище австрійського права рішає в сім питаню розумінє § 1432 кн. з., о скілько воно відносить ся до задавнених чинить і до т. зв. природних зобовязань взагалі. Тому мусимо вийти із своєї постанови.

Значінє § 1432 кн. з. виложено повисше при науці про т. зв. природні зобовязання. По задавненню лишає ся природне зобовязане. Але щоби могло лишати ся взагалі природне зобовязане, мусить погаснути спершу само право та що йно по погасненню первісного зобовязання може на новій правній основі повстати т. зв. природне зобовязане. Сею новою правною основою є після § 1432 кн. з. *solutio* або її сурогат.

Отже погасає само право, а за ним в першій лінії право доходити свого управління в судовій дорозі. А правне *residuum*, яке наука називає природним зобовязанем, стоїть вправді в далекім звязку з давним правом, але виступає на верх аж тоді, коли буде до сего нова правна основа: *solutio*.

Крім сего *residuum* в формі т. зв. природного зобовязання лишає ся по задавненню ще другий останок, що пригадує істновання давнього права. Сей останок доторкає ся питання про задавнене процесових замітів.

Питане про се, чи процесові заміти (*exceptiones*) підлягають задавненню, чи ні, є в науці вельми спірне. Заміти, які доказують, що право не істнє, та заміти які опираються на фактах, що спиняють повстання права (т. зв. *rechtsvernichtende* und *rechtshindernde Tatsachen*) не можуть ніколи задавнити ся, бо вони фактами збивають інші факти. А що-до замітів в технічнім, матеріальнім значінню, то треба відріжнити такі заміти, що можуть бути підношенні виключно в формі заміту і знова такі, які могли-би бути доходжені також в формі позву. Отсі заміти, що можуть бути підношенні лише в формі оборони, є залежні від того, чи хтось другий виступить з позвом. Тому не може тут бути бесіди о задавненню. Тільки при замітах, що могли-би бути також предметом позву, є можливість задавнення. Австр. закон не говорить нігде про се, тому мається рішати природні засади права по мисли § 7 i. f. А коли

схочемо приклади природні засади права до питання про задавнене процесових замітів, то відповідь мусить випасти інакше, ніж при задавненню права позву. Інакше є становиско віриителя, що занедбав доходити свого права через час потрібний до задавнення, коли ходить о се, чи він сам має право виступити активно з жаданем виконання, — чи протищно він сам не виступає з позвом по упливі часу задавненя, але хотіть другий зачіпить його в судовій дорозі, а він має лише боронити ся супроти зачіпленя зі сторони противника. В останньому разі треба відріжнити три випадки:

- а) Позиваючий ділає підступно, знаючи про задавнене права у пізваного, так що його виступ проти пізваного являється як підступне ділане;
- б) у позиваючого було-би несправедливе, неоправдане збогачене, як би пізваний не міг покликати ся на своє протищне право (*exceptio*) наслідком його задавнення (пр. *exceptio non adimpleti contractus*); врешті
- в) є такі випадки, що нема ані підступу, ані неоправданого збогаченя по стороні позиваючого.

В перших двох випадках (а і б) треба пізваному признати право оборони навіть по задавненню дотичного права; тоді заміти (*exceptiones*) не задавнюють ся. Тут стойть засада: *quaes ad agendum sunt temporalia, ad excipiendo sunt perpetua*. У всіх інъих випадках (в), задавнюють ся також і процесові заміти.

Всі повисші висновки про правні наслідки задавненя відносять ся одначе лише до звичайного задавненя. Се тикає ся не лише постанови § 1432 кн. з., але й вислідів що-до задавненя процесових замітів.

Надзвичайне задавнене має відмінний правний характер; права, які сюди належать, в після вислову § 1491 кн. з. „ограничені“ через закони на короткий час. Надзвичайне задавнене заявляє вже через своє зasadниче обмежене на короткий час свою *ratio iuris*, яка змагає до того, що по упливі реченця погасає само право й не лишає по собі ніяких останків.

На основі повисших виводів приходимо до отсіх вислідів:

Треба відріжнити звичайне й надзвичайне задавнене. При звичайнім задавненню єсть слабший, при надзвичайнім сильніший наслідок. Але як в однім так другім випадку погасає

через задавнене само право; тільки при звичайнім задавненню лишає воно певні останки, а то: т. зв. природне задавнене по мисли § 1432 кн. з. і в великім числі випадків сей наслідок, що: quod ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua; надзвичайне задавнене не лишає взагалі ніяких останків.

VII. Ріжниця між звичайним а надзвичайним задавненем виступає врешті з огляду на дві останні постанови кн. з. §§ 1501 і 1502 відносить ся лише до звичайного задавненя.

Як ходить о право, що задавнилося по упливі 30—40 літ, то судия не може сего задавненя узгляднити в процесі ex officio, навіть коли-би з актів було зовсім певно, що таке задавнене справді наступило; судия може лише тоді признати звичайне задавнене, як сам противник покликав ся на нього в процесовім заміті (exceptio praescriptionis).

Постанова сего §-у є чисто позитивна, та мотиви, з яких вона виходить, не дадуть ся прикладти до надзвичайного задавнення. На надзвичайне задавнене може покликати ся судия ex officio, хоч-би управнений не підніс осібного заміту задавненя.

Так само постанова § 1502 відносить ся лише до звичайного задавненя: Сторони не можуть навіть за згодою зреchi ся права до звичайного задавненя та не можуть поставити довший, ніж 30—40 літній реченець задавненя.

Натомісъ сторони можуть зреchi ся права до „надзвичайно скороченого реченця задавненя“ (§§ 1486—1491 кн. з.), і можуть поставити довший реченець (т. зв. гарантія) — але всеж-таки не можуть переступити ніколи границь 30—40 літнього задавненя.

VIII. § 1449 кн. з. постановляє: „Права й обовязки погасають через уплив часу, на який вони обмежені через послідну волю, умову, судейский осуд або закон“. Друге речене сего §-у відріжняє від сего виразно погаснене зобовязань через задавнене.

В чим полягає ріжниця між задавненем, а часовим обмеженем прав, сказано повинше¹⁾.

Часове обмежене є способом погасненя зобовязань, як було установлене в умові, в заявлению послідної волі, або

¹⁾ У вступі до сего трактату (§ 76).

в судейськім осуді. Крім сего ѹ сам закон висказує нераз постанову, що по упливі якогось часу зобовязане кінчить ся. Тут належить пр. постанова §§ 1243, 1321 і др.

Про часове обмежене прав нема в австр. законі осібних постанов. Правні приписи про задавнене не прикладають ся до часового обмеження, а з осібна нема бесіди нї о причинах спиненя ѹ перерви нї о яких-небудь останках по погасненю зобовязання. Часове обмежене визначує дотичному праву строгі часові границї; по упливі часу право перестає існувати.



