
ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА
АЛЬТЕРНАТИВНЫХЪ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЪ.

В. М. Гордона.

Существо всякаго обязательства состоитъ въ установленіи опредѣленной обязанности лица, именуемаго должникомъ. *Obligationum substantia in eo consistit ut alium nobis obstringat* ¹⁾).

Для того, чтобы обязанность эта была опредѣленною, нѣтъ необходимости, чтобы при самомъ ея установленіи былъ опредѣленъ предметъ ея выполненія. Достаточно уже, если представляется онъ лишь опредѣлимымъ. Съ такой точки зрѣнія является вполнѣ опредѣленнымъ, когда указываются, при установленіи обязательства, два дѣйствія должника или нѣсколько, изъ коихъ одно должно быть позднѣе выбрано, какъ предметъ исполненія, *inim de certis*.

Обязательство, такимъ образомъ конструированное, именуется альтернативнымъ или раздѣлительнымъ (*obligatio alternativa s. disjunctiva*). Таково, напр., обязательство квартирнаго хозяина отдать внаймы или квартиру № 1, или квартиру № 2, выборъ коихъ долженъ быть произведенъ позднѣе.

Такимъ образомъ, характерные признаки альтернативнаго обязательства заключаются въ слѣдующемъ.

1. Обозначается *нѣсколько индивидуально опредѣленныхъ*

¹⁾ L. 3 пр. D. 44,7.

дѣйствій, изъ коихъ *лишь одно* должно быть предметомъ исполненія по обязательству.

2. *Выборъ* предмета исполненія изъ среды такимъ путемъ обозначенныхъ *отдѣляется* отъ момента установленія обязательства.

Этими признаками альтернативныя обязательства отличаются:

а) Отъ обязательствъ *кумулятивныхъ*, гдѣ называется нѣсколько опредѣленныхъ дѣйствій должника, и всѣ они вмѣстѣ являются предметомъ исполненія; о послѣдующемъ выборѣ не можетъ быть и рѣчи.

б) Отъ обязательствъ *родовыхъ*, гдѣ моментъ выбора предмета отодвинуть, но сферою выбора является не нѣсколько индивидуально-опредѣленныхъ вещей, а тотъ общій родъ, къ коему долженъ принадлежать предметъ исполненія. Напр., обязательство доставить лошадь опредѣленной породы, а не ту или другую изъ двухъ намѣченныхъ лошадей.

в) Отъ обязательствъ *одночленныхъ*, гдѣ, какъ предметъ исполненія, обозначается одно, при самомъ установленіи обязательства, опредѣленное дѣйствіе.

Обязательство, такимъ образомъ построенное, является одночленнымъ, хотя, въ случаѣ неисполненія дѣйствія обѣщаннаго, можетъ быть представленъ его эквивалентъ. Неисполненіе обѣщаннаго зависитъ, говорятъ ¹⁾, отъ лица обязаннаго, отъ него зависитъ исполнить обязательство или представить вознагражденіе за неисполненіе его; поэтому каждое обязательство можно считать раздѣлительнымъ. — Но это вовсе не такъ. Ошибка здѣсь въ соединеніи двухъ обязательствъ, даже не одновременно существующихъ, но послѣдовательно одно за другимъ возникающихъ. Представленіе эквивалента есть предметъ исполненія уже совершенно новаго обязательства, возникающаго вслѣдствіе нарушенія права. Последнее всегда есть *obligatio ex delicto*, тогда какъ неисполненное обязательство можетъ быть и обязательствомъ *ex contractu*.

¹⁾ Мейеръ, Русское гражданское право, 7-е изд., 364.

Въ нашемъ законодательствѣ вовсе нѣтъ общихъ положеній объ альтернативныхъ обязательствахъ. Изъ этого не слѣдуетъ, чтобы русскому праву былъ чуждъ этотъ институтъ. Въ рядѣ статей гражданскихъ законовъ указано, правда, лишь нѣсколько отдѣльныхъ случаевъ, когда должникъ оказывается обязаннымъ альтернативно; таковы—ст. 612, 614, 618, 671, 673, 683 т. X ч. 1. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ нашихъ гражданскихъ законахъ ясно выражено общее начало свободы какъ при заключеніи договоровъ (ст. 1528, 1530, 1536 т. X ч. 1), такъ и при завѣщательномъ установленіи обязательствъ (ст. 1011 т. X ч. 1). Возможно, такимъ образомъ, обличеніе ихъ и въ альтернативную форму¹⁾.

При отсутствіи спеціальныхъ нормъ, при коллизіяхъ, вызываемыхъ альтернативитетомъ, нашему юристу приходится довольствоваться общими началами, установленными наукою и иностранными законодательными системами на почвѣ римскаго права.

Въ источникахъ послѣдняго по вопросу объ альтернативныхъ обязательствахъ имѣется обильный матеріалъ результатовъ работы римской юриспруденціи. Нѣтъ, однако, ни общаго термина, ни обобщеннаго ученія.

Созданіе того и другаго выпало на долю уже позднѣйшихъ юристовъ²⁾. Но работа многихъ вѣковъ не привела къ рѣшительному результату.

Поворотъ къ послѣднему сдѣланъ трудами Windscheid'a³⁾, Ruck'a⁴⁾, и, особенно, Pescatore⁵⁾, установившими полную

¹⁾ Аниенковъ. Система русск. гражд. права, III. Бернштейнъ. Ученіе о раздѣлительныхъ обязательствахъ, 1871 г., стр. 26. Пахманъ въ Журн. Гражд. и Торг. Права, 1872 г. Иначе: Оршанскій въ Журн. Гражд. и Торг. Пр., 1872 г.

²⁾ Изслѣдованія касаются преимущественно лишь римскаго права. Таковы: Pescatore. Die s. g. alternative Obligation. 1880. Bernstein. Zur Lehre vom alternativen Willen. 1878. Бернштейнъ. Ученіе о раздѣлительныхъ обязательствахъ по римск. праву и новѣйшимъ законодательствамъ. 1871. Работа М. Акшеева (1895 г.) представляетъ сводное изложеніе результатовъ изслѣдованій Pescatore и Бернштейна исключительно въ области римскихъ фрагментовъ.

³⁾ Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts, § 255.

⁴⁾ Ruck. D. Z. v. d. Schuldverhältnissen, 1887, 197 сл.

⁵⁾ Назв. соч.

разнородность альтернативныхъ обязательствъ, гдѣ право выбора принадлежитъ *должнику* и гдѣ предоставлено оно *кредитору* или *третьему лицу*.

Въ обязательствахъ, гдѣ выборъ предоставленъ *третьему лицу*, Pescatore ¹⁾ видитъ обязательства *условныя*, неправильно причисленныя къ альтернативнымъ при неудачномъ обобщеніи римскихъ фрагментовъ.

Еще раньше высказывались взгляды о квалифированіи въ качествѣ условныхъ *всѣхъ вообще* альтернативныхъ обязательствъ. Одни (Girtanner) видѣли здѣсь суспензивную условность, другіе (Dionysius Gothofredus)—резолютивную. Взгляды эти давно отвергнуты ²⁾.

Но не можетъ быть признана правильною въ полномъ объемѣ и квалифікація Pescatore. Въ альтернативномъ обязательствѣ является неопредѣленнымъ, *что* именно долженъ кто-либо исполнить, но не то, долженъ-ли онъ исполнить что-нибудь, какъ въ обязательствахъ условныхъ.

Съ такой точки зрѣнія правильнѣе думаетъ Puchta, что выборъ, предоставленный третьему лицу, не непременно является обстоятельствомъ, обусловливающимъ обязательство, но лишь *можетъ* имъ быть. Здѣсь надо различать *два случая* ³⁾.

Когда третье лицо назначено вслѣдствіе особаго личнаго довѣрія къ нему, оно незамѣнимо. Не учинить оно выбора, обязательство свою силу потеряетъ. Такое обязательство лишь по видимости альтернативно, по существу же условно.

Но когда третье лицо выступаетъ лишь въ качествѣ посредника, безъ спеціальныхъ соображеній о личныхъ его достоинствахъ, оно замѣнимо. Неучиненіе съ его стороны выбора повлечетъ къ замѣнѣ лица выбирающаго, но не къ уничтоженію обязательства. Въ этихъ случаяхъ неопредѣленность не въ силѣ обязательства, но лишь въ предметѣ его исполненія. Это обязательство альтернативное.

¹⁾ Pescatore, 73.

²⁾ Обстоятельный разборъ теоріи условности сдѣланъ, напр., г. Бернштейномъ, Ученіе о разд. обяз., стр. 310. Также: Руск., цит., 206.

³⁾ Ср. Бернштейнъ, Разд. обязательства, 85.

Альтернативными же являются бесспорно также и обязательства, гдѣ выборъ принадлежит *должнику*, и тѣ, гдѣ предоставленъ выборъ *кредитору*.

Но и въ этихъ предѣлахъ заключаются *два неодинаковыя группы*. Различіе въ вопросѣ о томъ, что составляетъ *предметъ самаго обязательства?*

Когда выборъ принадлежит *должнику* ¹⁾, нельзя тотчасъ же сказать ни объ одномъ предметѣ исполненія, чтобы онъ составлялъ предметъ долга. Съ другой стороны, разумѣется, вѣрно, что каждый предметъ исполненія *можетъ* быть дѣйствительно предметомъ долга. Но предметъ обязательства составляетъ всетаки одна изъ обѣщанныхъ вещей. Вслѣдствіе этого къ каждой изъ нихъ должнику надлежитъ относиться такъ, какъ будто обязательство сосредоточится на ней.

По существу своему, такое обязательство *едино*, ибо отъ воли обязавшагося зависитъ, какимъ изъ требованій связать себя, и, кромѣ того, вѣритель имѣетъ здѣсь лишь одинъ искъ, формулируемый альтернативно, — иначе бы оказывалось, что для нѣсколькихъ самостоятельныхъ требованій служатъ одинъ искъ ²⁾.

Когда выборъ предоставленъ *кредитору* ³⁾, каждый предметъ исполненія составляетъ также и предметъ долга, такъ какъ кредитору ничто не мѣшаетъ заявить тотчасъ свою волю объ избраніи имъ даннаго предмета. Каждымъ изъ объектовъ, говоритъ Dernburg ⁴⁾, отвѣтствуетъ альтернативный должникъ, но во исполненіе долженъ быть представленъ лишь одинъ изъ нихъ.

Здѣсь не одно обязательство, но *альтернативное сосуществованіе нѣсколькихъ правъ* требованія, совершенно различныхъ по предмету и не зависящихъ одно отъ другого. Связь лишь въ томъ, что исполненіе уже одного изъ требованій

¹⁾ Pescatore, ит. 77.

²⁾ Pescatore, 77.

³⁾ Pescatore, 77, 119, 237.

⁴⁾ Dernburg, Pandekten, II, § 27 къ пр. 4.

исключаетъ возможность другаго, погашаетъ альтернативное обязательство.

Наконецъ, альтернативныя обязательства, гдѣ право выбора предоставлено *третьему лицу*, какъ замѣвному посреднику, надо отнести къ *последней группѣ*, ибо не зависить отъ должника изъять по своему усмотрѣнію тотъ или иной предметъ исполненія изъ числа предметовъ долга. Каждый предметъ исполненія составляетъ и здѣсь, какъ и въ послѣдней приведенной группѣ, предметъ долга.

Изъ состава обязательственнаго отношенія часто бываетъ, однако, не видно, *кому принадлежитъ право выбора?*

Что касается *обязательства по договору*, то здѣсь вопросъ о субъектѣ права выбора рѣшается единогласно и наукою, и законодательствомъ. Въ случаѣ сомнѣнія, право выбора признается за *должникомъ*.

Къ такому заключенію приходятъ отъ общаго принципа толкованія договоровъ: при сомнѣніи толкуется въ пользу должника ¹⁾. Истину эту мотивируютъ тѣмъ: 1) что отъ противной стороны зависить опредѣлить предметъ обязательства съ болѣею точностью; это соображеніе нашихъ гражданскихъ законовъ (ст. 1539 п. 5 т. X, ч. 1) выражено уже въ римскомъ правѣ: *quia stipulatori liberum fuit verba late conspice* ²⁾ и 2) что внѣ того, — какъ формулируетъ Windscheid ³⁾, къ чему должникъ положительно не обязанъ, онъ свободенъ: толкованіе должно всегда склоняться болѣе на сторону свободы ⁴⁾. Такой способъ толкованія вытекаетъ изъ самаго существа обязательства. Въ *дѣятельности должника*, говоритъ Savigny, сущность обязательства. Коль скоро въ договорѣ (или законѣ) оставлена безъ опредѣленія какая-либо

¹⁾ Cp. Mourlon. Répétitions écrites sur le code civil, II (1881), 671.

²⁾ Celsus: l. 99 D. 45, 1. Бернштейнъ (цит., 66) отвергаетъ правильность этого довода, — ибо договоръ дѣло *обоихъ* сторонъ.

³⁾ Windscheid, Z. d. Pandektenrechts, 1891 г., 11, § 254.

⁴⁾ Бернштейнъ, 66 — на основаніи l. 47 D. 44, 7: Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum.

сторона этой дѣятельности, естественно предположить, что это сдѣлано съ цѣлью предоставить должнику возможность направить ее въ этомъ отношеніи по собственному усмотрѣнію ¹⁾. Которое бы изъ дѣйствій должникъ ни исполнилъ, мотивируетъ проф. Шершеневичъ, ²⁾, исполненіе, будетъ все-таки на лицо. Но вѣдь, съ другой стороны, какого бы изъ альтернативно обѣщанныхъ дѣйствій ни потребовалъ и вѣритель, это будетъ согласно съ существомъ обязательства.

Къ такому же выводу для *нашей юриспруденціи* приходятъ какъ по общимъ приведеннымъ соображеніямъ, такъ и на основаніи спеціальнаго правила, выраженнаго въ ст. 1539⁵ т. X ч. 1: въ случаѣ равнаго съ обѣихъ сторонъ недоумѣнія, сила договора изъясняется болѣе въ пользу того, кто обязался что либо отдать или исполнить ³⁾.

Что касается альтернативныхъ обязательствъ, имѣющихъ своимъ источникомъ *завѣщаніе*, то по римскому праву въ Юстиніановой кодификаціи ⁴⁾ и по Прибалтійскимъ мѣстнымъ законамъ (ст. 2246, 2258, 2926 т. III свода мѣстн. узаконеній), право выбора принадлежитъ *отказопринимателю* ⁵⁾. Въ другихъ системахъ, наоборотъ, *наслѣднику* (ст. 1190 и 1022 code civ., ст. 656 австр. уложенія). Въ послѣднемъ

¹⁾ Savigny, Obligationenrecht § 38.

²⁾ Шершеневичъ, Учебникъ гражд. права, стр. 360 (изд. 2-ое).

³⁾ Такъ: Мейеръ, Бернштейнъ, Анненковъ. Противъ такого пріема возражаютъ (Оршанскій), что ст. 1539⁵ можетъ быть принимаема за основаніе толкованія договора въ тѣхъ случаяхъ, когда воля контрагента опредѣлена, но не ясно только выражена. Но для примѣненія этого правила толкованія не можетъ служить препятствіемъ, по какой причинѣ возникло недоумѣніе. Наличие этого послѣдняго единственное условіе примѣненія ст. 1539⁶. Неправильно и то соображеніе, что въ альтернативномъ обязательствѣ представляется неопредѣленнымъ самый объектъ его, т. е., такая его существенная часть, которая и можетъ подлежать восполненію путемъ толкованія договора. Если бы это было и правильно, то говорило бы лишь противъ допустимости альтернативныхъ обязательствъ по договору, но отнюдь не противъ способовъ толкованія послѣдняго, разъ обязательства допустимы.

⁴⁾ Ср. Бернштейнъ, 75.

⁵⁾ Право выбора принадлежало наслѣднику лишь при *legatum per damnationem* и при фиденкоммисныхъ назначеніяхъ. Съ исчезновеніемъ различія между легатами и фиденкоммиссами, легатаріи стали пользоваться правомъ выбора во всѣхъ случаяхъ.

смыслѣ долженъ быть рѣшенъ вопросъ и для *нашего* права. По ст. 1084 т. X ч. 1, завѣщаніе исполняется либо душеприказчикомъ, либо наслѣдникомъ. Коль скоро не связано, что выборъ одного изъ альтернативныхъ назначеній предоставляется отказоприемателю, должно оставаться въ силѣ общее правило: выборъ долженъ быть произведенъ тѣмъ же, кто исполняетъ и прочія распоряженія завѣщателя.

Въ *обязательствахъ ex delicto* право выбора не можетъ быть предоставляемо сторонѣ обязанной. Было бы несправедливо ставить въ преимущественное положеніе лицо, допустившее нарушеніе правъ другаго. Съ такой точки зрѣнія совершенно ясно, почему во всѣхъ случаяхъ альтернативитета, предусмотрѣнныхъ нашими гражданскими законами, выборъ предоставленъ не обязанному, но имѣющему право требованія: во всѣхъ нихъ основаніе для обязательства дается вторженіемъ въ сферу правъ другаго. Но, разумѣется, нельзя возводить этого въ общій принципъ русскаго права для всѣхъ альтернативныхъ обязательствъ безразлично ¹⁾).

Сторонѣ обязанной не можетъ быть предоставлено право выбора и въ обязательствахъ, возникающихъ въ силу *односторонняго обѣщанія*. Таковы, на примѣръ, обязательства, основанныя на публичномъ обѣщаніи (*Auslobung*) вознаграждать кого-либо однимъ изъ двухъ указываемыхъ способовъ; таковы же обязательства по бумагамъ на предъявителя. Въ этихъ случаяхъ источникомъ обязанности является дѣйствіе лица, принимающаго на себя таковую. Единлично издавая установительный актъ,—производя, на примѣръ, выпускъ бумагъ на предъявителя,—лицо, принимающее на себя обязанность, властно и „опредѣлитъ предметъ обязательства съ болѣею точностью“. Если же, несмотря на то, возникнетъ сомнѣніе, кому принадлежитъ право выбора одного изъ альтернативно обѣщанныхъ предметовъ, выборъ не можетъ быть предоставленъ должнику: онъ могъ обусловить для себя

¹⁾ Ср. Анненковъ, цит.

Жур. Мин. Юст. Ноябрь 1900.

право выбора и не сдѣлалъ этого. Было бы не справедливо толковать недоумѣіе и противъ того, кто не могъ содѣйствовать точности установительнаго акта, ибо при изданіи его не присутствовалъ. Поэтому, если должникъ по бумагѣ на предъявителя обязуется уплатить нѣкоторую сумму золотую или серебряною монетою, выборъ монеты долженъ быть предоставленъ предъявителю.

Право выбора осуществляется, прежде всего, путемъ исполненія обязательства.

I. *Исполненіе обязательства прекращаетъ альтернативитетъ черезъ погашеніе самаго обязательства.* Для этого необходимо представленіе одного изъ обѣщанныхъ предметовъ *сполна*. Частичное исполненіе, не погашая обязательства, не устраняетъ и альтернативитета, ибо *подъ сомнѣніемъ* еще остается, *будетъ ли представлена* и другая часть того же предмета. Представленія вполнѣ части другаго предмета не достаточно: обѣщано было то или другое, но ни то, ни другое не исполнено, ибо выполнена лишь часть одного и часть другаго ¹⁾.

Не будетъ нарушеніемъ существа альтернативнаго обязательства, если предметомъ исполненія являются *періодическія выдачи того или другаго*, и если разъ будетъ представлено одно, другой разъ другое ²⁾. Въ этомъ именно и смыслъ установленія права вѣрителя,—когда выборъ предоставленъ ему,—на періодическія требованія того или другаго. Въ этомъ же смыслъ и обязанности должника, когда въ его власти производить періодическія выдачи альтернативно.

Такого мнѣнія придерживаются юристы, видящіе въ приведенномъ обязательствѣ не одно цѣлое, но нѣсколько отдѣльныхъ обязательствъ по количеству сроковъ исполненія. Такъ полагаютъ Pothier, Touillier, Larombière, Demolombe Laurent и др. Противнаго мнѣнія—Duranton. Посредствующаго

¹⁾ Ср. проектъ нашего гражданскаго уложенія по обязательственному праву, объяснительная записка, I, 201.

²⁾ Mourlon, нѣт. 672.

взгляда держится Dalloz: выборъ обязателенъ, когда изъ договора видно, что таково было желаніе сторонъ ¹⁾).

Недопустимость частичныхъ исполненій *практически обнаруживается* въ случаѣ *преемства въ правахъ лица, управомоченнаго къ выбору*. Его наслѣдники обязаны къ доставленію, наслѣдники вѣрителя могутъ требовать долей лишь *одного и того же предмета* ²⁾.

Разумѣется, *соглашеніемъ* сторонъ можетъ быть допущено исполненіе *части* одного и части другаго изъ обѣщанныхъ дѣйствій. И наоборотъ. То или другое изъ нихъ можетъ быть, по *соглашенію* сторонъ, *вовсе изъято* изъ числа обѣщанныхъ. Соглашеніе о нетребованіи одного изъ нихъ дастъ основаніе для возраженія противъ ранѣ установленнаго альтернативитета (*exsertio potest de non petendo*).

II. Весьма спорно, какую силу имѣетъ *одностороннее изъявленіе воли* объ избраніи предмета исполненія?

Что касается *римскаго права*, то въ немъ, какъ установлено изслѣдованіями Бернштейна ³⁾ и Pescatore ⁴⁾ и не встрѣчаетъ серьезныхъ возраженій, право выбора осуществляется безповоротно *только дѣйствительнымъ исполненіемъ* обязательства; до этого же момента лицо, имѣющее право выбора, имѣетъ право и измѣнять свой выборъ, — право, получившее позднѣе наименованіе „*jus variandi*“ ⁵⁾.

Въ литературѣ *de lege ferenda* и въ существующихъ *законодательствахъ* вопросъ рѣшается *двоюко*.

Одни находятъ, что положеніе римскаго права о *jus variandi* совершенно *соотвѣтствуетъ существу предмета* ⁶⁾. Если въ первоначальномъ договорѣ сосредоточеніе обязательства на одномъ предметѣ поставлено въ зависимость отъ

¹⁾ Dalloz, Répertoire de législation etc., v. 33, № 1326.—Supplément, XI, „Obligations“, 355.

²⁾ Mourlon, цит., 671 Dalloz, Supplément au répertoire, XI, „Obligations“, № 534.

³⁾ Бернштейнъ, 111, 114.

⁴⁾ Pescatore, 178.

⁵⁾ Въ источникахъ чаще встрѣчаются выраженія: *mutare voluntatem sententiam*.

⁶⁾ Бернштейнъ, 121. Также и Dernburg, Pandekten, II, § 27, къ пр. 16.

выбора со стороны того, кому предоставлено на то право, договоръ содержитъ напередъ данное согласіе кредитора на будущее заявленіе должника. При отсутствіи же такой оговорки, одностороннее волеизъявленіе не устраняетъ альтернативитета. Иначе бы произволу одного изъ контрагентовъ оказывалось предоставленнымъ лишать противную сторону удобствъ альтернативитета и измѣнять природу и содержаніе заключеннаго договора; это противорѣчило бы положенію, что договоръ можетъ быть измѣненъ другимъ договоромъ. Такимъ образомъ, одностороннее заявленіе о выборѣ не устраняетъ альтернативитета. Тѣмъ не менѣе, въ случаѣ измѣненія воли объ избраніи можетъ быть основаніе къ возмѣщенію такъ называемаго *негативнаго интереса*, къ возмѣщенію тѣхъ затратъ, которыя, вслѣдствіе заявленія избирателя, противная сторона сдѣлала, подобно тому, какъ и въ случаѣ односторонняго, публичнаго обѣщанія, впоследствии взятаго назадъ.

Такой взглядъ, проводимый Бернштейномъ ¹⁾, Windscheid-омъ ²⁾ и раздѣляемый многими другими, нашелъ выраженіе во французской юриспруденціи. Несмотря на отсутствіе въ Code civil спеціальнаго правила по этому предмету, французскіе юристы согласны въ томъ, что заявленіе о выборѣ не имѣетъ обязательнаго значенія, пока не принято противною стороною ³⁾ *Uaquaesque res eodem modo dissolvi debet, quo fuit colligata*. Разъ по нашему соглашенію, говорятъ, обязательство получило альтернативный характеръ, и потеряетъ свой характеръ можетъ оно лишь путемъ обратнаго соглашенія.

Противъ литературнаго большинства выступилъ Рудольфъ Герингъ во вступленіи къ „Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts“, I, 1857, стр. 31—33.

Въ римскомъ *jus variandi* Герингъ видитъ продуктъ буквального толкованія, соответствовавшего римской теоріи сти-

¹⁾ Раздѣл. обязательства, 96—99.

²⁾ Lehrbuch des Pandektenrechts, 1891 г. II. § 255.

³⁾ Mourlon, 672.

пуляцій. Если право выбора направлено было прямо на волю, — „чего изъ двухъ захочетъ“ (*utrum vellet*), съ выраженіемъ этой воли право выбора и прекращается. Когда же стипуляція гласила „то либо другое должно быть *передано*“ (*illud aut illud dari*), можно было, сколько угодно, измѣнять волеизъявленіе о выборѣ, *quia diversa est causa voluntatis expressae et ejus quae inest*. Всякій зналъ ригоризмъ стипуляціи, могъ принять и мѣры къ огражденію себя отъ опасностей. Совершенно иначе обстоитъ дѣло въ наше время. Принципіальныхъ препятствій нѣтъ. Между тѣмъ соображенія справедливости прямо говорятъ противъ допущенія *jus variandi*. Завѣщатель, напримѣръ, отказалъ кому-нибудь домъ лица X, гдѣ онъ, завѣщатель, жилъ какъ наниматель, или же капиталъ въ 10.000 марокъ. Легатарій заявляетъ наслѣднику, что онъ желаетъ домъ. Наслѣдникъ пріобрѣтаетъ домъ за высокую цѣну отъ лица X. Но когда, засимъ, предлагаетъ этотъ домъ легатарію, послѣдній не принимаетъ его, ссылаясь на *jus variandi*.

Уже давно не существуетъ *jus variandi* въ австрійскомъ законодательствѣ (ст. 906), въ саксонскомъ (ст. 699), въ нашемъ для губерній Прибалтійскихъ (ст. 2928). Нѣтъ *jus variandi* и во французскомъ правѣ ¹⁾. Въ новѣйшее время идея Геринга нашла выраженіе и въ *Германскомъ гражданскомъ уложеніи*.

По ст. 263 этого уложенія, выборъ учиняется черезъ заявленіе противной сторонѣ. Германское уложеніе, — поясняется въ мотивахъ къ нему, — держится того принципа, что учиняемый должникомъ или кредиторомъ выборъ есть связующая избирателя одностороння сдѣлка, совершаемая передъ противною стороною какъ участникомъ, не зависящая въ своемъ проявленіи отъ акцепта со стороны послѣдняго. Нѣтъ права измѣнять выборъ. Молчаливый или ясно выраженный выборъ концентрируетъ обязательственное отношеніе на избранномъ исполненіи, и, при томъ, съ обратнымъ дѣйствіемъ къ моменту установленія отношенія ²⁾.

¹⁾ Dalloz, Supplément, „Obligations“, № 535.

²⁾ Haideln. Bürgerliches Gesetzbuch, 1897, 324.

Недавно опубликованный *проектъ* книги пятой *нашего гражданскаго уложенія* не посвящаетъ особаго постановленія вопросу объ *ius variandi*. Само существо дѣла,—полагаетъ одинъ изъ авторовъ проекта ¹⁾,—рѣшаетъ вопросъ или, вѣрнѣе говоря, не допускаетъ его возбужденія. Въ понятіи права выбора,—говорится въ другомъ мѣстѣ ²⁾,—*нисколько не вмѣщается право измѣнять однажды сдѣланный выборъ*: по своимъ послѣдствіямъ это было бы болѣе тягостно для противной стороны, нежели самое право выбора. Для разрѣшенія этого вопроса считаются достаточными выраженное въ договорѣ намѣреніе сторонъ и общія правила объ условіяхъ обязательности односторонняго изъявленія воли по отношенію къ другой заинтересованной сторонѣ, или, по объяснительной запискѣ редакціонной комисіи ³⁾, аналогичное примѣненіе правила, что „назначенный стороною размѣръ вознагражденія признается для нея обязательнымъ *со времени доведенія о томъ до свѣдѣнія другой стороны*“.

Въ *нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ*, не заключающемъ специальныхъ постановленій по вопросу объ *ius variandi*, нѣтъ однако, и препятствій для примѣненія общаго правила о недопустимости измѣненія разъ произведеннаго выбора.

Указываютъ ⁴⁾ какъ препятствіе на ст. 1545 т. X ч. 1. Она гласитъ: „*договаривающіяся стороны могутъ уничтожить договоръ по обоюдному согласію*“. Для того, чтобы уничтожить договоръ, установившій альтернативитетъ, выборъ предмета, къ этой дѣли направленный, долженъ имѣть, такимъ образомъ, значеніе обоюднаго согласія. Но это и имѣется. Когда одна сторона альтернативнаго обязательственнаго отношенія предоставляетъ другой одно изъ двухъ на выборъ, она впередъ даетъ свой акцентъ для той офферты, которую впослѣдствіи сдѣлаетъ управомоченный на выборъ. Такимъ

¹⁾ Голевинскій, Первонач. проектъ общ. положеній объ обязательствахъ. Спб. 1890, 278.

²⁾ *И.*, 277.

³⁾ Стр. 260.

⁴⁾ Бернштейнъ, 129.

образомъ, когда оферта, одностороннее заявленіе о выборѣ, доводится до свѣдѣнія соконтрагента, имѣются всѣ элементы обоюднаго согласія, договора. Разъ же установленъ договоръ, онъ долженъ быть, согласно ст. 569 и 1536 т. X ч. 1, и исполненъ по точному его разуму, т. е. должно быть исполнено то дѣйствіе изъ ранѣе альтернативно обѣщанныхъ, на коемъ остановился выборъ; измѣненіе его—нарушеніе договора.

Начало безповоротности выбора признаетъ въ нашемъ правѣ и г. Анненковъ¹⁾. Но г. Анненковъ выставляетъ какъ доводъ то положеніе, которое именно и надо доказать. Разъ сдѣланнымъ выборомъ настолько уже опредѣляется предметъ обязательства, то перемѣна его по одностороннему желанію *какой-либо изъ сторонъ обязательства* врядъ-ли можетъ считаться допустимою и по смыслу названныхъ ст. 569 и 1536 т. X ч. 1.

Нѣтъ надобности въ особомъ акцептѣ со стороны контрагентовъ по альтернативному обязательству и въ томъ случаѣ, когда выборъ предоставленъ былъ третьему лицу и, согласно съ этимъ, послѣдовало одностороннее его волеизъявленіе о выборѣ. Объявленіе выбора сторонамъ отрѣзываетъ возможность измѣненія. Тутъ уже не можетъ быть такого возраженія, какъ въ первыхъ двухъ случаяхъ, когда можетъ быть рѣчь о выборѣ путемъ волеизъявленія или же путемъ исполненія со стороны должника (когда право выбора принадлежитъ ему), либо путемъ предъявленія иска со стороны вѣрителя, управомоченнаго на выборъ. Роль третьяго лица и заключается лишь въ одностороннемъ изъявленіи воли о выборѣ предмета исполненія²⁾.

Какъ же быть въ томъ случаѣ, когда лицо, имѣющее право выбора, *не осуществляетъ своего права?*

¹⁾ Анненковъ, Система русск. гражд. права, 111 (1896), 33.

²⁾ Безповоротность выбора выводятъ изъ самаго существа права выбора; „Wahlrecht“ относятъ къ числу „Rechte des rechtlichen Könnens“, особенность которыхъ и состоитъ въ способности къ осуществленію только одинъ разъ. Hellwig. Anspruch und Klagerecht, 1900.

Здѣсь надо различать названныя уже три группы альтернативныхъ обязательствъ: когда выборъ принадлежитъ должнику, когда предоставленъ вѣрителю и когда—третьему лицу.

Въ первомъ случаѣ, если *должникъ* не осуществить своего права выбора и не исполнить ни одного изъ альтернативно обѣщанныхъ дѣйствій, *вѣритель* можетъ предъявить *искъ* объ исполненіи обязательства, поименовавъ все тѣ предметы, изъ коихъ одинъ ему причитается; въ *альтернативной формѣ* постановляется, равнымъ образомъ, и судебное рѣшеніе. Затѣмъ, вѣритель направляетъ (у насъ—согласно ст. 935 уст. гражд. суд.) исполненіе рѣшенія по своему выбору на одинъ изъ обѣщанныхъ предметовъ; должникъ, однако, въ правѣ доставить вѣрителю другой изъ присужденныхъ предметовъ и прекратить такимъ образомъ взысканіе (ср. ст. 952 нашего уст. гражд. суд.). Въ этомъ непосредственное слѣдствіе альтернативитета, не нуждающееся въ особомъ законодательномъ регламентированіи ¹⁾. Согласно съ этимъ въ проектѣ нашего гражданского уложенія и нѣтъ на этотъ счетъ особаго постановленія. Въ Германскомъ уложеніи особое постановленіе есть. Если должникъ, имѣющій право выбора, гласитъ ст. 264, не совершить его до начала принудительнаго исполненія, кредиторъ можетъ направить принудительное исполненіе на то или другое по своему выбору. Впрочемъ, если кредиторъ еще не принялъ избраннаго исполненія вполнѣ или отчасти, должникъ можетъ снять съ себя обязательство путемъ одного изъ другихъ исполненій.

Когда право выбора представлено *кредитору*, оно принадлежитъ какъ ему, такъ и его правопреемникамъ, къ коимъ переходитъ какъ составная часть кредиторскаго права ²⁾. Но какъ обстоитъ дѣло съ кредиторскимъ правомъ выбора, когда срокъ исполненія по обязательству наступилъ, *кредиторъ же медлитъ въ выборѣ*, допуская, такимъ образомъ, тогдаш ассі-

¹⁾ Dernburg, 11, § 27, къ прим. 9. Проф. Дювернуа, Конспектъ лекцій по гражд. праву, выч. IV, стр. 78. Голеницкій, 274 и ми. др.

²⁾ Dernburg, цит.; къ пр. 13.

riendi? Было бы возмутительно, говорить Dernburg ¹⁾, если бы кредитор могъ тормозить должнику въ осуществленіи послѣднимъ права освободиться отъ долга. Вообще, тогда accipiendi имѣеть послѣдствіемъ 1) то, что должникъ *не несетъ ответственности* за неисполненіе въ срокъ обязательства и 2) въ правѣ исполнить его *представленіемъ предмета въ судъ*. Но какой же именно изъ альтернативно обѣщанныхъ долженъ быть представленъ? Первое послѣдствіе при альтернативныхъ обязательствахъ, означаетъ, что рискъ гибели всѣхъ обѣщанныхъ вещей несетъ вѣритель: какая бы вещь не погибла, вѣритель не въ правѣ требовать другой. Здѣсь положеніе должника то же, что и въ томъ случаѣ, когда право выбора принадлежало ему, вѣритель же допустилъ просрочку въ принятіи выбраннаго. Но въ этомъ послѣднемъ случаѣ должникъ можетъ вовсе освободить себя отъ долга, внеся его въ депозитъ суда. Дѣло обстоитъ сложнѣе, когда выборъ принадлежитъ вѣрителю. Права этого въ принципѣ никто и не оспариваетъ. Спорятъ лишь о томъ, *можетъ ли* должникъ опредѣлить предметъ по своему выбору, т. е. *переходитъ ли къ нему право, предоставленное кредитору?*

Съ просрочкою вѣрителя, предоставленное ему право выбора,—полагаютъ одни,—²⁾ переходитъ къ должнику, ибо,—говорятъ,—кредиторъ не долженъ служить препятствіемъ для освобожденія отъ долга. Въ этомъ смыслѣ можно говорить, что право выбора принадлежитъ инициатору исполненія ³⁾.

Въ совершенно *противоположномъ* смыслѣ высказался Windscheid ⁴⁾; просрочка кредитора, говоритъ онъ, не оказываетъ вліянія на принадлежащее ему право выбора. Такой

¹⁾ Dernburg, цит.; къ пр. 17.

²⁾ Dernburg, цит.; къ пр. 17. Азаревичъ, Система римскаго права² II, 60.

³⁾ Такъ: Проф. Гольмстенъ. Также собственно и Koch, Das Recht der Forderungen, I (1858), § 34. Переходъ, говоритъ онъ, допустимъ лишь тогда, если должникъ доводитъ процессъ до исполненія. Ср. Бернштейнъ, Разд. Обязательства, 198.

⁴⁾ Windscheid, Pandektenrecht, II, § 346, къ пр. 10.

взглядъ раздѣляетъ и Pescatore ¹⁾). Также и Германскій Рейхсгерихтъ ²⁾).

Среди нихъ долженъ быть поставленъ взглядъ, считающій необходимою здѣсь *предварительную interpellatio*. Должнику предоставляется въ разбираемомъ случаѣ просить судъ о назначеніи кредитору преклюзивнаго срока для осуществленія своего права выбора, и по истеченіи только этого срока право выбора, не осуществленное вѣрителемъ, переходитъ къ должнику. Въ такомъ видѣ представляется дѣло въ *Германскомъ гражданскомъ уложеніи* (ст. 264). Раньше этого въ этомъ смыслѣ высказался Friedrich Mommsen ³⁾.

При существованіи такой контроверзы, едва ли можно утверждать категорически,—какъ это именно дѣлается въ объяснительной запискѣ къ *проекту нашего уложенія*—⁴⁾, что въ случаѣ просрочки вѣрителя предоставленное ему право выбора переходитъ къ должнику по *логической необходимости*, безъ особаго о томъ постановленія въ законѣ. Не было бы, развѣ, болѣе соответствующимъ справедливости и „логической необходимости“ предоставить *суду* сдѣлать, вмѣсто кредитора, выборъ, и засимъ уже принять выбранное въ депозитъ,—какъ это было по свидѣтельству Koch'a ⁵⁾, въ прусской практикѣ.

Наконецъ, когда не производитъ выбора исполненія по альтернативному обязательству *третье лицо*, надо различать отмѣченныя уже выше категоріи случаевъ. Выборъ, предоставленный данному третьему лицу, *не можетъ быть перенесенъ на другое*, когда назначенный избиратель представляется, по смыслу назначенія, *незамѣнимымъ*. Иначе—въ случаѣ, когда третье лицо назначено было *лишь какъ безпристрастный посредникъ*, дабы самимъ сторонамъ не рѣшать вопроса о предметѣ исполненія. Несовершенство выбора такимъ лицомъ влечетъ замѣну его другимъ,—если стороны

¹⁾ Pescatore, 258.

²⁾ Reichsgerichts Entscheidungen, томъ 30 (1893 г.), № 29.

³⁾ Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, I (1853). Ср. Endemann Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs, II, 511.

⁴⁾ Стр. 198—199.

⁵⁾ Koch, цит.; § 5. Бернштейнъ, Разд. об., 195.

придуть къ соглашенію о томъ,—или, въ противномъ случаѣ, судомъ. Сомнѣніе можетъ представить тотъ случай, когда третье лицо, назначенное для производства выбора, является лишь *замѣстителемъ одного изъ контрагентовъ*, коему предоставлено право выбора. Не исполнивъ назначенія, такое лицо, обязанное сдѣлать выборъ лишь отъ имени даннаго контрагента, можетъ быть замѣнено этимъ послѣднимъ, либо, по назначенію его, другимъ замѣстителемъ.

Осуществленіе права выбора есть нормальный способъ прекращенія альтернативитета. Но послѣдній можетъ быть устраненъ и помимо воли сторонъ, силою превозмогающихъ обстоятельствъ. Альтернативное обязательство *можетъ* обратиться въ простое, когда наступаетъ *невозможность представить одинъ изъ альтернативно обѣщанныхъ предметовъ*.

Но обстоятельство этого рода *можетъ* влечь за собою лишь модификацію состава обязательственного отношенія черезъ замѣну исчезнувшаго предмета его эквивалентомъ (*oblatio aestimationis*).

Для разграниченія этихъ возможностей надо различать невозможность случайную, по винѣ должника и по винѣ кредитора, дабы, засимъ, установить вліяніе каждой изъ нихъ на названныя три группы альтернативныхъ обязательствъ.

I. Невозможность случайная концентрируетъ какъ альтернативное обязательство, гдѣ право выбора принадлежит должнику, такъ и такое, гдѣ выборъ предоставленъ кредитору или третьему лицу ¹⁾. Это вытекаетъ прямо изъ существа альтернативитета; для того и обѣщано альтернативно двѣ вещи или нѣсколько, чтобы одна могла замѣнить другую. Противорѣчило бы, поэтому, природѣ альтернативнаго обязательства *oblatio aestimationis*, доставленіе, вмѣсто погибшей вещи, ея стоимости. Такимъ путемъ,—говорять,—ухудшается поло-

¹⁾ Такъ: Moullon, 673; Шершеневичъ, цит.; Бернштейнъ 203—222.

женіе должника. Но вѣдь установленіе обязательства имѣетъ цѣлью удобство не должника, а вѣрителя: выговаривая въ свою пользу альтернативно двѣ вещи, вѣритель и имѣлъ въ виду получить одну изъ нихъ во всякомъ случаѣ.

Если случайная невозможность одного изъ обѣщанныхъ дѣйствій концентрируетъ обязательство на другомъ, то послѣдующее наступленіе и другой случайной невозможности вовсе прекращаетъ обязательство, за отсутствіемъ предметовъ исполненія ¹⁾).

Таково положеніе дѣлъ по *римскому праву* и *французскому* (ст. 1193—1195, 1302, 1303 Code civ.). При случайной гибели одной изъ обѣщанныхъ вещей по Своду мѣстныхъ узаконеній губерній *Прибалтійскихъ* допускается *oblatio aestimationis* по обязательствамъ, гдѣ право выбора принадлежитъ *должнику* (ст. 2930).

77 108 П. А. Невозможность, наступившая *по винѣ должника*, концентрируетъ альтернативное обязательство, гдѣ право выбора принадлежитъ *должнику*. Въ пользу такого рѣшенія говорить слѣдующее.

Коль скоро право выбора принадлежитъ должнику, онъ воленъ представить одну изъ обѣщанныхъ вещей, распорядившись, какъ знаетъ, другою. Поступая такъ, онъ выбираетъ предметъ исполненія. Даже тамъ, гдѣ есть *jus variandi*, становится несомнѣннымъ избраніе предмета исполненія. По винѣ должника обязательство сконцентрировалось на одномъ изъ предметовъ.

Но здѣсь и открывается поле для сомнѣній. Послѣ сконцентрированія обязательства на данномъ предметѣ наступаетъ *невозможность представленія и этого послѣдняго*. Оказывается, вѣритель не можетъ получить вовсе исполненія. Но это обстоятельство все-таки не даетъ основанія для иного рѣшенія вопроса.

Въ это время есть лишь одинъ предметъ обязательства. Если гибнетъ онъ не по винѣ должника, послѣдній вовсе свободенъ отъ обязательства. Нельзя указывать на то, что

¹⁾ Mourlon, 673, Бернштейнъ, 216—218.

не будь должникъ виноватъ въ гибели перваго, этотъ послѣдній и могъ бы быть представленъ теперь, когда погибъ второй: — онъ дѣйствовалъ въ своемъ правѣ. Другое дѣло, если и второй гибнетъ по винѣ должника: *стоимость этого* послѣдняго должна быть возмѣщена. Если первая вещь, разсуждаетъ Mourlon, погибла по винѣ должника, а вторая случайно, по послѣдняя *меньшей* стоимости, чѣмъ первая, — должникъ отвѣчаетъ въ размѣрѣ послѣдне погибшей: онъ могъ выбрать вещь менѣе цѣнную. Въ размѣрѣ послѣдне-погибшей отвѣчаетъ должникъ и тогда, когда она оказывается *высшей* стоимости, чѣмъ первая. *Dura lex, sed lex!*

В. Если *невозможность* наступаетъ *по винѣ должника*, но право выбора принадлежит не должнику, а вѣрителю или третьему лицу, обязательство не концентрируется: имѣетъ мѣсто *oblatio aestimationis*. Вѣритель можетъ требовать или вещь уцѣлѣвшую, или стоимость погибшей ¹⁾. Было бы непоследовательно по винѣ должника лишать вѣрителя предоставленнаго ему удобства выбора между нѣсколькими способами исполненія ²⁾. Соответственно съ этимъ, если *по винѣ* должника погибли, одновременно или одна за другою, обѣ вещи, вѣритель можетъ потребовать стоимость любой изъ нихъ. Иначе, когда должникъ виноватъ въ гибели лишь одной изъ вещей. Если должникъ виноватъ въ гибели первой, вторая же погибаетъ случайно, альтернативитетъ не прекращается: вѣритель можетъ потребовать стоимость любой: по винѣ должника вѣритель не можетъ быть лишенъ удобства альтернативы. Наоборотъ, если по винѣ должника погибла вторая, вѣритель въ правѣ требовать лишь стоимость послѣдней ³⁾: случай, — видѣли мы, — концентрируетъ обязательства на остающемся предметѣ.

III. Невозможность, наступившая по винѣ *вѣрителя*, не должна концентрировать альтернативное обязательство, въ коемъ право выбора принадлежит *должнику*: послѣдній

¹⁾ Такъ: Mourlon, 675, Шершеневичъ, цит.

²⁾ Ср. Бернштейнъ, 225.

³⁾ Ср. Mourlon, 675.

вправѣ представить или вещь уцѣлѣвшую, или стоимость уничтоженной. Вина вѣрителя, вызвавшая невозможность исполненія одного изъ обѣщанныхъ, концентрируетъ альтернативное обязательство, въ которомъ право выбора принадлежит не должнику или третьему лицу, а *вѣрителю*. Онъ не можетъ требовать той вещи, въ гибели которой должникъ не виноватъ: онъ не можетъ претендовать на альтернативитетъ, невозможность котораго наступила безъ вины должника. Разумѣется, вина вѣрителя даетъ должнику право на возмѣщеніе, на общемъ основаніи, причиненныхъ убытковъ.

Обобщая все изложенное, можемъ сдѣлать такой выводъ. Въ альтернативитетѣ заключается для стороны, коей принадлежитъ право выбора, обезпеченіе исполненія по обязательству, черезъ расширеніе круга предметовъ исполненія. *Вина одной изъ сторонъ въ гибели вещи не должна лишать другую удобствъ альтернативитета*. Въ виду этого,—какъ это и нашло выраженіе въ ст. 265 германскаго гражданскаго уложенія,—концентрація альтернативнаго обязательства не имѣетъ мѣста, если удовлетвореніе становится невозможнымъ вслѣдствіе обстоятельства, за которое отвѣчаетъ сторона, не имѣющая права выбора ¹⁾).

Согласно этому, лишь такая невозможность удовлетворенія концентрируетъ обязательство, наступленіе коей не можетъ быть поставлено въ вину сторонѣ, не имѣющей права выбора.

Если право выбора предоставлено *должнику*, обязательство концентрируется, когда невозможность одного изъ обѣщанныхъ дѣйствій наступила либо случайно, либо по винѣ должника, но отнюдь не по винѣ вѣрителя.

Если, наоборотъ, право выбора предоставлено *вѣрителю*, обязательство концентрируется, когда невозможность наступила либо случайно, либо по винѣ вѣрителя, но отнюдь не по винѣ должника.

¹⁾ Ср. Endemann—Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzbuchs, II, 511, къ прим. 11 и 12.

Но какъ же въ томъ случаѣ, когда выборъ предоставленъ третьему лицу?

Выходитъ, что такое обязательство концентрируется всякій разъ при наступленіи случаевъ невозможности одного изъ обѣщанныхъ дѣйствій, ибо ни одна изъ сторонъ не имѣетъ права выбора, и не можетъ поэтому имѣть значенія то обстоятельство, отвѣтственна-ли та или другая изъ нихъ за наступленіе невозможности.

Отъ случаевъ *последующаго наступленія* невозможности исполненія одного изъ обѣщанныхъ дѣйствій, когда альтернативное обязательство *становится* простымъ, надо отличить тотъ случай, когда *невозможность имѣла мѣсто уже съ самаго начала*. По правилу „Utile per inutile non vitiatur“, обязательство не теряетъ своей дѣйствительности. Но альтернативитетъ его мнимый. Обязательство, въ сущности, простое. Простымъ, а не альтернативнымъ представляется, напр., обязательство продать мнѣ домъ А или домъ Б, если домъ Б оказывается и, безъ того, моею собственностью; тогда какъ *res sua nemini deberi potest* ¹⁾.

Въ послѣдствіяхъ невозможности исполненія обѣщаннаго обнаруживается съ особою силою различіе между обязательствами альтернативными, съ одной стороны, и обязательствами факультативными, съ другой.

Въ обязательствѣ факультативномъ должникъ обязуется къ выполненію одного заранѣе опредѣленнаго дѣйствія, съ правомъ, однако, замѣнить его другимъ по своему усмотрѣнію (*facultas alternativa*). Напр., факультативное обязательство лежитъ на наследникѣ, который, согласно завѣщанію, долженъ отдать легатарію домъ, или, если найдетъ для себя болѣе удобнымъ, замѣнить его участкомъ земли. Это представляется сходнымъ съ альтернативнымъ обязательствомъ,

¹⁾ Baudry-Lacantinerie—Précis de droit civil, II (1892), 688.

гдѣ право выбора принадлежит должнику. Но сходство лишь по внѣшности. По существу же въ самомъ альтернативномъ обязательствѣ двѣ вещи состоятъ *in obligatione*. Въ факультативномъ обязательствѣ имѣется *una res in obligatione et altera in facultate solutionis* ¹⁾, т. е. предметъ обязательства составляетъ *одна вещь*, а погашено оно можетъ быть черезъ представленіе другой ²⁾.

Едва ли правъ г. Анненковъ ³⁾, говоря, что факультативнымъ обязательствомъ возлагается на обязанность должника совершеніе, по его усмотрѣнію, одного дѣйствія, но только въ двухъ его видахъ. Но г. Анненковъ имѣлъ въ виду лишь тотъ случай, когда должнику предоставлено замѣнить предметъ исполненія его стоимостью.

Различіе между обязательствомъ факультативнымъ и обязательствомъ альтернативнымъ заключается въ слѣдующемъ:

1) Предметъ факультативнаго обязательства опредѣляется при самомъ его установленіи, въ альтернативномъ же обязательствѣ опредѣленіе предмета отодвигается къ моменту позднѣйшему.

2) Когда одна изъ альтернативно обѣщанныхъ вещей оказывается несуществующею, обязательство имѣетъ силу простаго относительно другой изъ обѣщанныхъ вещей. Факультативное же обязательство вовсе ничтожно, если вещь, состоящая *in obligatione*, оказывается несуществующею; вещь, состоящая *in facultate solutionis*, не становится, черезъ то, *in obligatione*.

3) Случайная гибель вещи, состоящей *in obligatione*, влечетъ уничтоженіе факультативнаго обязательства: вещь *in facultate solutionis* не замѣняетъ ея. Случайная же гибель одной изъ альтернативно обѣщанныхъ вещей концентрируетъ обязательство на остающихся ⁴⁾.

¹⁾ Л. 6, § 1 Д. 42, 1.

²⁾ Азаревичъ, цит., 63.

³⁾ Анненковъ, цит. 35.

⁴⁾ Ср. Шершеневичъ, цит., 361.

4) Въ альтернативномъ обязательствѣ должникъ можетъ быть вынужденъ искомъ какъ къ одному, такъ и къ другому исполненію. Въ факультативномъ же обязательствѣ искъ можетъ быть направленъ лишь къ принятому на себя должникомъ обязательству: замѣнительное исполненіе зависитъ вполнѣ отъ воли должника ¹⁾.

¹⁾ Ср. Ваудру-Ласантинеріе, цит., 689—690.