

Boxoft Image To PDF Demo. Purchase from

www.Boxoft.com to remove the watermark

СЕРИЯ «РУССКОЕ ЮРИДИЧЕСКОЕ НАСЛЕДИЕ»

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М. В. Ломоносова
Юридический факультет

Н. Л. ДЮВЕРНУА

ЧТЕНИЯ

ПО ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

Том 2

Учение о вещах

Учение о юридической сделке

*Под редакцией и с предисловием
доктора юридических наук, профессора*

В. А. ТОМСИНОВА



Зерцало-М

Москва
2015

Дювернуа Н. Л.

Чтения по гражданскому праву. Т. 2: Учение о вещах. Учение о юридической сделке / Под редакцией и с предисловием В. А. Томсинова. М.: Зерцало-М, 2015. — 320 с. (серия “Русское юридическое наследие”).

ISBN 978-5-94373-305-5

Очередная книга серии “Русское юридическое наследие” воспроизводит текст самого значительного труда русского правоведа Н. Л. Дювернуа (1836—1906) “Чтения по гражданскому праву”.

“Редкий из наших юристов отличался такими блестящими дарованиями и всесторонним образованием, такой широтой взглядов и глубиной знаний в своей области, как Н. Л. Дювернуа” — так характеризовал автора указанного произведения Ю. С. Гамбаров. Написанная блестящим стилем данная книга до сих пор сохраняет свое научное значение, поскольку ее содержание посвящено **теории гражданского права**. Текст “Чтений по гражданскому праву” публикуется по четвертому, последнему изданию, вышедшему в свет в Москве в 1902—1905 годах.

Настоящее издание предназначается для студентов, аспирантов и преподавателей юридических и исторических вузов, изучающих и преподающих гражданское право.

ISBN 978-5-94373-305-5

© В. А. Томсинов, предисловие,
составление, редакция, 2004
© Издательство “Зерцало”, 2004

ОГЛАВЛЕНИЕ

ОТДЕЛЕНИЕ ВТОРОЕ

УЧЕНИЕ О ВЕЩАХ

- § 38. Вещи в культурно-историческом процессе. — Особенности латинского и современного права в строении понятия вещи. — Терминология в разные эпохи римского права, в западных системах и в русском праве, старом и в действующем законодательстве. — Имущество и его состав. — Вещи и правоотношения. — Имущество в экономическом и юридическом смысле 1
- § 39. Различие правоспособности (пассивной) вещей. — Общий исторический процесс расширения круга объектов частного обладания и их оборотоспособности. — Соответствие расширению право- и дееспособности лиц. — Особые условия эмансипации и мобилизации вещей. — Комплексы вещей нового типа 9
- § 40. Неодинаковая способность “вещей” быть предметом частного права и гражданского оборота. — *Вещи, общие по их природе*. — Море, морские берега. — Имущества, принадлежащие к составу государственных, в т. X, ч. 1. — Юридические различия, установленные французским кодексом в этом составе имуществ. — Сооружения и промыслы. — *Изъятия из гражданского обладания по легальным основаниям*. — А. Право светское. — Недостаток юридической квалификации разных видов имуществ общественных в т. X, ч. 1. — *Biens communaux publics et privés* у французов и в нашем законодательстве. — Юридическая природа имуществ, предназначенных для общего пользования. — Контроверзы в немецкой юридической литературе. — Выход из трудной проблемы. — В. Право церковное: I. *Res ecclesiasticae*. II. *Res sanctae, benedictae* и проч. в современном праве. — Отдельные виды ограниченной экстракоммерциальности в современных системах 11

- § 41. Главнейшие категории вещей, способных быть предметом гражданского правообладания и гражданского обмена. — Вещи движимые и недвижимые. — Расчленение понятия недвижимости во французском кодексе. — Движимые вещи в Code civil и у нас. — Экономическое и юридическое взаимоотношение того и другого вида имуществ в процессе историческом и в современных законодательствах 27
- § 42. Дальнейшее деление вещей в действующей системе. — Понятие принадлежности. — Крайнее развитие этого понятия и источник его широкого применения в нашем кодексе. — Смещение *состава* и *принадлежности*. — Плоды вещи. — Старая и новая точка зрения нашего законодательства в понятии плода. — Имущества раздельные и нераздельные 34
- § 43. Ограничение оборотоспособности недвижимостей в интересах союзов разного типа. — Союз родовой как общая стадия в истории развития права. — Остатки родовых недвижимостей в Германии. — *Retractus gentilicis* в прибалтийском Своде. — Сделки отчуждения недвижимостей в старом русском праве. — Ограничение права выкупа 40-летним сроком. — Родовые вотчины в эпоху Уложения. — Петровский указ о единонаследии. — Дальнейшее ограничение права выкупа. — Обилие указов. — Жалованные грамоты императрицы Екатерины. — Дальнейшие попытки расширения родового имущества. — Безуспешность. — Современное законодательство. — Попытки распространения толкования закона. — Понятие предваренного наследства и его применение к данному случаю. — Несвоевременность расширения и ошибки в приемах истолкования. — Нематериальные блага. — Деньги. — Права как объекты. — Предел оценочности 48

ОТДЕЛЕНИЕ ТРЕТЬЕ

ОБЩИЕ УЧЕНИЯ ОБ ИЗМЕНЕНИИ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

- § 44. Изменяемость правоотношений в живых явлениях гражданского оборота. — Латинская формула для этих явлений. — Юридическая их переработка. — События; их юридическая известность. — Измерение времени. — Двойственность метода. —

Правила счисления времени по проекту Гражд. улож. — Деяния людей. — Категория. — Юридические сделки. — Выделение в состав Общей части. — Место этих учений в системах кодифицированного права. — План изложения

67

ГЛАВА ПЕРВАЯ

УЧЕНИЕ О ЮРИДИЧЕСКОЙ СДЕЛКЕ

- § 45. Понятие юридической сделки. — Главнейшие литературные явления. — Учение Шлоссмана. — Схоластические проблемы. — Законы физические и правила и исключения в сфере юридических норм. — Параллель со способами счисления времени. — Специфическая цель учения о сделке. — Самоопределение воли в составе института. — Виды сделок, особенно волсизъявления, включающие восприятие и не включающие такового. — План изложения

75

А. РАЗДЕЛ ПЕРВЫЙ

Внутренняя сторона устройства юридической сделки

- § 46. I. Общая гражданская дееспособность лица. — II. Непринужденный произвол и согласие
- § 47. Внутренний формализм воли в составе юридической сделки (продолжение). — Понятие. — Внутренний формализм как черта системы. — Поправки. — Дуализм. — Латинская система. — Средние века. — Искание принципа в немецкой литературе. — Два противоположных учения. — Их исторический смысл. — Наше законодательство
- § 48. Внутренний формализм воли (продолжение). — Действие принуждения на силу сделки. — Понятие принуждения в системах западных, в русском праве эпохи Уложения и современном. — Условия осуществления притязаний потерпевшего
- § 49. Ошибка и ее функция в составе разных институтов. — Общие положения об ошибке в кодифицированных системах. — Литература. — Место учения в системе. — Подлинная и неподлинная ошибка. — Теория воли и волсизъявления. — Проблемы философские и юридические. — Обман. — Независимая от обмана ошибка. — Трудность исследования. — Жизненная основа (преemptивная и одновременная) двойственности докт-

91

95

104

- рин. — Различие стилей. — Общие положения новых кодексов и контрпроекта О. Бэра. — Возможно ли единство принципа? — Общие основы учения. — Проект Гражд. уложения . . . 111
- § 50. III. Содержание волеизъявления. — Волеизъявление и состав института. — Содержание юридической сделки и юридического института в их историческом взаимодействии. — Встречные учения по вопросу о причине, вызывающей эффект сделки. — Поверка учения Виндшейда на примере. — Ошибка в праве. — Требования Code civil и действующего Свода для предотвращения ошибок. — Общие требования относительно содержания сделки. § 138 нем. гр. Ул. 1896 г. 129
- § 51. III. Содержание юридической сделки (продолжение). — Группировка сделок по различию содержания. — Неюридический критерий некоторых группировок. — Сделки абстрактные и материальные. — Общие замечания. — *Вовсе ничего не значащие речи*. — *Естественные побуждения* (мотив) волеизъявления. — Каузальность юридическая. — Разработка вопроса в немецкой литературе. — Условие. — Абстрактные (подвижные) сделки 137
- § 52. Содержание юридической сделки (продолжение). — Условие в составе сделки. — Actus legitimi. — Признак события *будущего* в понятии условия. — Его оценка в современной литературе. — Проект Гражд. уложения. — Модальитеты волеизъявлений. — Сделки со скрытым каузальным моментом 152
- § 53. III. Содержание юридической сделки (продолжение). — Сделки абстрактные или формальные в особенности. — Разнообразные виды и общие черты строения. — Разные степени отрешенности сделки от каузального момента. — Выгоды и опасности таких построений. — Преднамеренное разобщение нормальных реквизитов волеизъявления в сделках *материальных* (сделки фидуциарные, симулированные и проч.) 166
- § 54. III. Содержание юридической сделки (продолжение). — Сделки абстрактные во французском праве. Art. 1132 C. c. — Неблагоприятные условия для развития его смысла. — “Исправление” текста. — Литературное общение с Германией. — R. Saleilles и его попытка спасти престиж C. c. — Практика Остзейского свода. — Сделки фидуциарные, симулированные и проч. 180

В. РАЗДЕЛ ВТОРОЙ

Обрядная сторона строения юридической сделки

- § 55. Обрядности волеизъявлений. — Сделки обрядные или формальные в юридическом смысле. — Юридические обрядности с исторической и практической, с личной и общественной точки зрения. — Декларативный и конститутивный характер обрядностей. — Более или менее тесное сочетание сделки с реквизитом формы. — Разные способы формального волеизъявления. — Скучность обряда в действующей системе. — Причина явления. — Обрядность *речей*. — Русская старина. — Памяти *устных* сделок. — Письмо как *corpus negotii* 205
- § 56. Обрядности волеизъявления (продолжение). — Соучастие свидетелей. — Значение его в старых бытовых условиях. — Качества послухов. — Следы послушества в современных системах. — Code civil и наша действующая система. — Послушество как вспомогательная обрядность при совершении сделки. — Эпоха переворота. — Теперешние реквизиты послушества. — Петровские реформы. — Фискальный интерес. — Сословный характер Екатерининских установлений для укрепления актов. — Очищение гражданских институтов и развитие общих способов корроборации. — Нотариат на Западе. — Нотариальное положение 14 апреля 1866 г. — Черты устройства, различие способов содействия. — Волеизъявления безобрядные 214

С. РАЗДЕЛ ТРЕТИЙ

Основы учения о представительстве в гражданском праве

- § 57. Необходимость представительства в известных условиях развитого гражданского обмена. — Разные виды юридического содействия. — Содействие взамен другого. — Содействие фактическое и юридическое. — Явления, сходные с представительством по отдельным признакам или по их эффекту. — Существенные признаки представительства как особого института в гражданском праве. — Принципы латинского права. — Отступление новых систем. — Заметки по истории русского права. — Суррогаты представительства. — Элементы института в Псковской судной грамоте. — Медленность последующего развития общих норм 237
- § 58. Представительство в главнейших западных кодексах, в действующей нашей системе и в Проксте. — Попытки раскрыть

общие юридические основания для института представитель- ства в современной немецкой литературе	248
--	-----

D. РАЗДЕЛ ЧЕТВЕРТЫЙ

Недействительность юридической сделки

§ 59. Недействительность юридической сделки. — Терминология. — Сделки несостоявшиеся и условные	260
§ 60. Виды недействительности. — Латинская традиция и новые систе- мы. — Попытки свести все учение к общим принципам. — I. Недействительность абсолютная. — Ст. 88 Проекта. — От- ношение ст. 88 и 64 Пр. к 138 нем. гр. Улож. — Состав пре- ступного деяния в ст. 64 Пр. — Поощрительная для ростовщи- чества формула. — Объективный критерий для определения признаков сделки, противной добрым правам. — Общие харак- терные юридические черты ничтожества юридической сделки абсолютного. — II. Недействительность относительная. — Ха- рактерные черты. — Методы инвалидации	267
§ 61. Толкование юридической сделки. — Цель его. — Правила тол- кования в классической системе, по Code civil и по ст. 1538 и 1539 т. X, ч. I. — Анализ этих правил. — П. 4 правил толкова- ния. — Параллель в правилах толкования закона и сделки. — Восполнение пробелов в особенности. — Проект Гражд. уло- жения. — Прекращение юридических актов и изменение назна- чения имущества целевых	292

ОТДЕЛЕНИЕ ВТОРОЕ

УЧЕНИЕ О ВЕЩАХ

§ 38

Вещи в культурно-историческом процессе. — Особенности латинского и современного права в строении понятия вещи. — Терминология в разные эпохи римского права, в западных системах и в русском праве, старом и в действующем законодательстве. — Имущество и его состав. — Вещи и правоотношения. — Имущество в экономическом и юридическом смысле.

Понятие вещи, обособленного объекта внешнего мира, взятое в этом смысле и только, конечно, не было бы связано с историческими фазами, которые проходит жизнь культурных обществ. Земля, вода, воздух, камень, плоды земли, рыбы, птицы и т. д. существуют совершенно вне связи с потребностями в этих предметах людей. В смысле естественного, природного явления и сам человек будет, взятый независимо от культурных воззрений той или другой исторической эпохи, представлять собой такой же объект внешнего мира, такую же вещь, какой нам являются и другие вещи внешнего мира.

Однако некоторые свойства вещей в этом смысле, связанные именно с их природой, оказывают влияние на роль или значение, которое будет принадлежать им и как предметам обладания людей. Это сказывается на некоторых последующих квалификациях вещей именно с этой точки зрения.

Но наряду с натуральными свойствами вещей они приобретают, соответственно воззрениям на них той или другой культурной эпохи, такое множество свойств новых, *вовсе не определяемых их природой*, что натуральные свойства вещей уходят при этом на второй план и уступают место этим определяющим значение вещей *взглядам данного общества*. Те самые земли, воды, камни, животные, которые в природном смысле остаются всегда теми же, могут, под влиянием известных воззрений на них, перейти из круга простых предметов материального пользования в круг вещей, совсем недоступным обладанию, священных, заветных, способных стать разве только предметом по-

клонения, а отнюдь не материального пользования их естественными свойствами.

С этим первым влиянием на свойства вещей *воззрений человеческих обществ* связано, с одной стороны, стеснение, а с другой, расширение круга вещей, способных представлять собой интерес обладания, которое вовсе не дано их внешней природой и определяется именно воззрениями людей.

Достаточно отметить одни эти черты, определяющие *круг вещей и их свойства* с точки зрения обладания ими, со стороны воззрений на них людей, чтобы понять, до какой степени непостоянна, изменчива, *способна к развитию*, вместе с успехами культуры, и эта сторона наших юридических построений, т. е. *объекта права*.

Казалось бы, на этой пассивной материальной, вещной стороне отношения должен лежать момент постоянства, однообразия, неизменности, чем именно и надлежало бы отличать неодушевленную природу от живого и культурного активного деятеля, от человека. Между тем, нет. И на этой стороне также ложится черта той же культуры, та же *историческая печать*, какая лежит на его хозяине.

Определить свойство культуры данного общества, угадать ее историческую ступень возможно также безошибочно, взглядываясь в самого хозяина, как и в тот круг вещей, который входит в сферу его хозяйства.

Эта общая исходная точка в изучении той стороны юридического отношения или субъективного права, к рассмотрению которой мы имеем перейти, осветит нам путь и порядок изучения того, что в общем смысле мы называем объектом права, объектом права гражданского, в разные эпохи его развития, для разных его систем и институтов, лучше всякой другой. *Это историческое освещение вопроса об имуществе, о вещах в гражданском смысле.*

Мы не будем разрабатывать историческую сторону этого вопроса в смысле, исчерпывающем содержание всех видоизменений в понятии вещей, в их круге, категориях, какие представляет собой римская или новая история гражданского права. Это имеют выполнять историки права. Но, разбирая данные нашего действующего права, мы настолько же дадим место историческому критерию в этом анализе, насколько давали ему место при изучении понятия лица.

Выше было видно, что исторические эпохи (общие и главнейшие) в развитии систем гражданского права и его институтов представляют нам сферы то более узкого правообщения (племенного, национального, частью исповедного), то более широкого (международного, универсального). Таковы системы, отдельные институты. Таковы в этих системах лица с их правоспособностью, таковы же *имущества и вещи с их юридически определенной оборотоспособностью, т. е. своего рода*

гражданской правоспособностью, но не в активном как лицо, а в пассивном смысле.

Содержание действующего X т. в учении о вещах так скудно, в то время как жизнь представляет такое разнообразие и богатство вопросов обладания вещами, что разве только при помощи сопоставления универсальной латинской и современных национальных систем мы будем в состоянии обнять это богатство и разнообразие вещей, входящих в круг нашего обладания, и определить различную их гражданскую оборотоспособность.

В условиях современного состояния систем гражданского права нелегко подметить какие-либо общие характерные черты, коими определялось бы в этом отношении различие права римского и прав современных. Повсюду под влиянием рецепции или под более далеким влиянием иноземных кодификаций мы легко заметим одни и те же черты, определяющие понятия вещи, объекта обладания. Однако для различных ступеней в истории праворазвития возможно, независимо от скудости, обилия и разнообразия объектов гражданского оборота, указать еще черту отличия нашего права от римского, заметную и по первому впечатлению. Это именно — сравнительное обилие у нас вещей сложных, *Sachgesammtheiten*, и, напротив, преобладание вещей простых в латинском обмене¹.

Итак, скудость объектов на низших и обилие на высших ступенях культуры, сложность состава наших объектов и простота их в латинском праве дают нам черты, в известной степени соответствующие господству форм коллективного правообладания у нас, сравнительно с чисто индивидуальным у римлян, и вместе с этим менее распространенной оборотности вещей (своего рода дееспособность) на низших и более распространенной оборотности на высших ступенях культуры гражданского права.

Соответственно этим различиям легко заметить очень значительную разницу в терминологии для обозначения объектов гражданского права в системе латинской, в системах западных и нашей.

Мы начнем с этого пункта.

В классической терминологии видны признаки очень рано определившегося противоположения абстрактного понятия лица абстрактному понятию вещи. Это противоположение есть совершенно прямое и резко выраженное. Латинскому термину *res* в римском праве дают применение не только для круга вещей, состоящих в обороте и обладании людей, его применение расширяют на отношения властные, и в силу этого объект супружеской власти, *ихог* (стоящая под властью

¹ Это замечают многие историки германского права, Гирке особенно, то же и догматики. *Dernburg. Preus. Pr. R.*

мужа), причисляется юристами к *ceterae res*. Затем, термин *res* находим в применении к предметам, вовсе не имеющим признаков предельности и осязательности, которые несомненно приличествуют обладанию юридическому, особенно в первоначальном его развитии (*Гай. I, 111, 1. 2, § D. de rer. div. 1, 8*).

Итак, у римлян *res* суть и те предметы, которые по свойству своему, по природе, не способны быть чьими-либо исключительно. Наконец, в позднейшую эпоху термин этот получает двойное применение, к вещам *телесным*, *quae tangi possunt*, и *бестелесным*, *quae tangi non possunt*, каковы, собственно, не вещи, а права, сервитутное, обязательственное, наследственное (*Гай. II, 14*).

Все это понятия и явления, хорошо знакомые из самых начальных учений латинской системы. Для нас здесь важно заключить, что *одним термином*, в самых разнообразных его применениях, обозначается в латинской технике все, что классики хотят охватить в представлении *пассивного элемента юридического отношения* или субъективного права, любые объекты, не выключая и тех, которым хотят дать значение вещей или объектов не индивидуального, а общего обладания или пользования, в самых широких, даже уходящих из области частного права пределах.

Эта общность одного термина в указанном применении соответствует такому же общему термину в смысле активном. Лицо и вещь — вот два противоположащих, общих и технических понятия, из коих слагаются конкретные правонарушения у римлян.

И тот, и другой термин, в разные эпохи, далеко не тождественен в применении к явлениям жизни. В раннюю пору на всех проявлениях правосознания лежит грубый материальный чекан, который лишь со временем сглаживается. По отношению к терминологии то же самое слово приобретает позже более свободный от материи, одухотворенный, так сказать, смысл (*res incorporalis*).

В чисто гражданском применении, однако, *старые термины, лицо, вещь*, сохраняют смысл строгого абстрактного противоположения один другому, и один термин, как другой, удерживают характер формальных, чисто юридических, законченных понятий, соответствующих двум моментам гражданского правоотношения, активному и пассивному.

В *позднейшей терминологии*, преторской в особенности системы, появляется и принимает очень широкое применение другой термин для обозначения того же пассивного момента юридического отношения. В нем нет такого строгого технического смысла, какой отличает термин *res*. Этот новый термин, *bona*, добро, *Güter*, *biens*, не носит на себе такого характера абстрактного противоположения субъекту, лицу, как термин *res*. Здесь слышится несомненный отпечаток *личного к объекту отношения владеющего*. Мы уже тут как бы на склоне к фактичес-

кому, материальному, сложному явлению обладания, общенародному пониманию права, а не тому строгому, общему, абстрактному, какое свойственно старой системе квинитского формализма. Здесь не та абстрактная юридическая техника. И эти явления правосознания и соответствующей ему терминологии много ближе подходят к нам, чем прежний латинский формализм.

Рассматривая *современную терминологию*, мы видим повсюду или латинские влияния, дающие ту же строгую, точную раздельность, формальную, чисто юридическую обработку понятиям, или еще большую нерасчлененность, материальность, “жизненность” явлений и терминов, чем в известном общенародном латинском обиходе. *Code civil* знает хорошо термин *chose* (*choses volées et perdues*), употребляемый в самом общем смысле. Однако в заглавии 2-й кн. это не *chose*, не *res*, не отдел *de rebus, a de la distinction des biens* и т. д., *les biens sont meubles et immeubles* (art. 516, хотя то же и *choses*, art. 551). Точно то же и в применении к таким *biens, qui n'appartiennent pas à des particuliers* (537), наконец, и для *biens vacans* (539, как и у римлян).

То же самое, но много шире, в применении к объекту права у *немцев*, где *Sache*, как и *chose*, встречается, в некоторых кодексах, под влиянием латинской терминологии в очень широком применении; но в массе случаев уступает место наименованию такого же материального типа, как *bona, biens*, в термине *Gut, Güter, Vermögen (patrimoine)*.

В *русском* праве, старом, легко заметить ту же *двойственность* терминологии, общей, искусственной, абстрактной, и рядом с ней идущей терминологии конкретной, приближающейся к материальному, природному различению вещей. Очень долгое время абстрактная, юридическая терминология остается *книжной*, уступая в жизни место наименованиям предметов обладания по свойству этого обладания, по свойствам их материальным, по способу пользования ими.

Итак, в *Кормчей книге*, в летописях, в старинных актах, особенно касающихся имуществ церковных установлений, издавна встречаются наименования предметов обладания термином *вещь, неподвижные вещи, недвижимые, движимые и недвижимые*¹. Наряду с этим, однако, решительно преобладающее в *обыденной речи*, в законе и в практике, употребление имеют термины — земля, вода, рыбные ловли, леса, борти, земли орамы, угодья, села, деревни, вотчины, поместья, дворы, лавки, и с другой стороны — товар, животы, челядь, куны, деньги и *масса иных конкретных способов обозначения вещей*.

Столкновения наименований обеих категорий идет на памяти истории все время, и хотя, несомненно, с некоторым развитием в даль-

¹ *Неволин*. Истор. гр. зак. 1857. Ч. 2. § 218, пр. 27 и 28.

нейшем языке технического насчет обыденного, но длится и в действующей русской системе.

Для старины мы отметили столкновение терминов, переводных с греческого и местных. В теперешней терминологии легко заметить в группировке понятий вещного права влияние французского кодекса, но все же преобладающей остается исторически сложившаяся техника.

Название объекта права *вещью* не выдержано и переходит от чисто технического к обыденному и ненадежному в смысле точности (ст. 538 — обретение вещей и других движимых имуществ; ст. 416 — наличное имущество составляют: земли, дома, капиталы, вещи).

Нет сомнения, что излюбленное наименование объекта гражданского правообладания составляет термин — *имение, имущество*. Его избрал для терминологии Свода гр. Сперанский как наиболее общее в нашей речи и близко соответствующее французскому термину *biens*, сохранившееся и в немецкой речи — *die Habe* (то же *bona, facultates, Vermögen*, точнее — добро, благо, вытеснившее старинное *avoir, tout son avoir*. Итак, X т., ч. 1 говорит о разных родах *имуществ* (разд. I. Кн. 2), *de la distinction des biens* (тит. I. Кн. 2 С. с.); там же *имущества* суть движимые и недвижимые (383), *tous les biens sont meubles ou immeubles*. Соответственно французскому делению *des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent* (указ. кн. Tit. I. Ch. III), наш Свод делит *имущества* на государственные, удельные, разных установлений, общественные и частные (кн. 2. Разр. I. Гл. 2-я). Не только там, где термины *biens, имущество, bona* общеупотребительны (*имущества выморочные*, ст. 408, *biens vacants et sans maître, des personnes qui décèdent sans héritiers*. Art. 539), но и там, где закон указывает *res nullius*, никому не принадлежащие вещи, он все же предпочитает держаться излюбленного термина *имущество*, следуя и здесь французскому образцу (ст. 406).

Нынешние немецкие систематики ищут сколь можно точнее установить и общие признаки объектов права, особенно частного, и наиболее соответствующую существу дела терминологию. Итак, для объекта права гражданского может служить термин *Vermögen*, близкий к нашему термину *имущество*. Но что следует разуметь под имуществом в смысле юридическом и именно цивильном? В этом термине прежде всего выражена *связь некоторого объекта с лицом*, он не есть в той мере чисто предметный, как термин “вещь”. Затем *Vermögen*, имущество, представляет собой *понятие сложное* и именно в этом смысле технически употребляемое у немцев и в нашем законодательстве. Это особенно ясно в применении к имуществу выморочному (ст. 1263), к имуществу безвестно отсутствующего (т. XVI. П. 1 Уст. гр. суд. Ст. 1451), к имуществу малолетнего (“управление имуществом опекаемого”), причем в состав *имущества* входят во всех этих случаях *все юри-*

дические отношения, принадлежащие к составу этого целого, не актив только, но и пассив таких имуществ, особенно *конкурсной массы* (т. X. Ч. I. Ст. 698 и 10, т. XVI Уст. гр. суд. Ст. 21 и друг.).

Наша терминология, однако, зная хорошо употребление понятия *имущество для комплекса* гражданских правоотношений известного типа, пользуется безразлично тем же термином и для *отдельных вещей*, входящих в состав этого целого (имение или имущество благоприобретенное, родовое. Ст. 397, 398, 399).

Во всяком случае, этот термин, очень ходячий для обозначения *целого* состава правоотношений гражданских с их пассивной стороны, несомненно, настолько же пригоден для этой цели, насколько термин “лицо” пригоден для обозначения совокупности гражданских правоотношений со стороны активной.

В состав понятия *цивильной личности* как целого входит масса отдельных его правомочий; и точно так же в состав понятия *имущества* входит масса отдельных объектов, коими определяются гражданские правоотношения со стороны пассивной. Вот эти *отдельные составные части имущества* удобно именовать *вещами в особенности*.

Чтобы достигнуть большей точности в терминологии, некоторые немецкие юристы настаивают на том, что не вещи, собственно, образуют имущество лица, что состав имуществ в юридическом смысле определяется правоотношениями. Таким образом, все, что я имею в *смысле юридическом*, определяется не вещью или услугой, на которую я притязую, а правоотношением моим или к любому кругу лиц, который воздерживается от нарушения моих притязаний к вещи, или к известному лицу, обязанному мне действием, услугой. Это справедливо, ибо наше отношение, напр., к вещи, в юридическом смысле, представляет собой именно *исключение господства других*, а не определение способов ее утилизировать. В этом, собственно, и заключается *формализм* *цивильных правоотношений любого типа*. Раз, однако, приняв это за несомненное, мы лишь упростим обороты нашей речи, когда будем *гражданские правоотношения разного типа* обозначать посредством их результатов, вещь моя, мое требование, а не посредством факторов, коими этот результат достигается.

Говоря об имуществе, о вещи в юридическом, в *цивильном смысле*, мы, во-первых, отличаем это понятие от того же термина, употребляемого экономистами. Регельсбергер правильно замечает, что мы не знаем, в системе *цивильного права*, *Weltvermögen*, *Nationalvermögen*¹.

¹ См. особ.: *Brinz. Lehrbuch*. I B., 2-е Aufl. § 124; *Regelsberger. Pandekten*. I B. § 95. *Виндшейд*, как известно, ставит учение о вещах в систему вещных прав, *Bürgerl. Gesetzb.* § 90—104, говорит: “Вещи в легальном смысле суть только телесные предметы” (§ 93).

Это для нас богатство, достояние, национальное, мировое, а не определенная *юридически* сфера исключительного личного обладания.

С другой стороны, и в имуществе личном есть много факторов, которые определяют его так или иначе в экономическом смысле и которые ровно ничего не изменяют в содержании имущественных отношений в смысле юридическом. Это страна, в которой очень развит кредит, очень прост и легок обмен имуществ, их оборотность, но это ничего не изменяет в *формальной природе* имущественных правоотношений.

Далее, *экономический* результат данного состава имущества, отношение его актива и пассива, решает весь вопрос о состоятельности или несостоятельности *его* обладателя, но не изменяет, силой этого обстоятельства, вопроса о *юридической принадлежности* данного имущества. Имущество остается юридически связанным с определенным субъектом, хотя экономически в нем нет никакого актива, никакого положительного экономического содержания, хотя оно составляет в итоге чистый нуль для его хозяина. Такой *экономически отрицательный* состав имущества не только продолжает существовать, но способен стать предметом передачи, напр., в составе наследства (*hereditas damnosa*)¹.

Очевидно, и здесь в строении института сказывается опять не только лично-, но и социально-служебная функция имущества, коего принадлежность лицу и связь отдельных элементов в некоторое целое продолжается и тогда, когда она уже не нужна, не интересна для его обладателя, а необходима лишь в целях известности и постоянства гражданских правоотношений вообще.

Из этого достаточно ясно, какими признаками мы различаем понятие имущества в экономическом и юридическом смысле.

С другой стороны, указывая в составе имущества *вещи*, мы опять берем для наших целей далеко не все физические свойства их, как существенные для права. Здесь та же *переработка* простого *естественного явления для целей юридических*, как и в строении активной стороны правоотношения, в понятии лица. Для свойства личности, которое принадлежит человеку, в юридическом смысле вполне безразличны те

¹ Классическая литература дает нам образцы и экономического и юридического значения термина *bonum*. Так, Юлий Павел говорит: *bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt* (1. 39. § 1 D. 50, 16). То же у Явленна: *proprie bona dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent* (1. 83 D. eod.). Это смысл термина *экономический, материальный*. Помпоний, говоря, что *hereditas* может быть и *damnosa*, толкует — *juris enim nomen est, sicuti bonorum possessio* (преторская система. 1. 119 de V. S.). По этому же вопросу Ульпиан прибавляет: *sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum., in hoc loco proprie bona appellabantur* (1. 3 pr. D de B. P. 37. 1).

или другие его моральные или физические особенности; и совершенно так же для юридической квалификации вещи могут не иметь никакого значения весьма многие ее физические свойства. В абстрактный состав понятия лица, как и понятия вещи, вводится только некоторая доля действительного содержания понятий человека и вещи (ср. отчасти: *Гирке. D. Pr. R. § 31*).

Установив, таким образом, *юридический смысл* понятий имущества и его составных частей, вещей, и терминологию, сюда относящуюся в разных системах, мы имеем данные, чтобы точнее определить *применение понятия вещи к конструкциям, собственно цивилистическим*.

§ 39

Различие правоспособности (пассивной) вещей. — Общий исторический процесс расширения круга объектов частного обладания и их оборотоспособности. — Соответствие расширению право- и дееспособности лиц. — Особые условия эмансипации и мобилизации вещей. — Комплексы вещей нового типа.

Известно, что не все, что римляне именовали вещами, *res, res cogitatae*, и что мы называем физическими телами, способно составлять объект правоотношений. Затем, не все вещи, имеющие эту способность вообще, способны быть предметами правоотношений одного типа. В числе вещей *вообще правоспособных* найдутся такие, которые, как (в известном смысле) и нормы, регулирующие правоотношения, пригодны *ad utilitatem singulorum*, т. е. могут быть предметом частного юридического господства, принадлежать отдельным лицам, входить в состав их имуществ. Но наряду с этим множество вещей, правоспособных вообще, или вовсе не могут быть предметом исключительного частного господства, или могут составлять предмет юридических притязаний отдельных лиц только частичных, или совокупных, а не полных и исключительных. Мы сейчас пересмотрим эту любопытную категорию вещей не столько *приватно*-, сколько *публично-правоспособных* (пассивно, конечно).

Наконец, латинская система выделила еще категорию имуществ, тоже приемлющих юридические определения, но опять особого типа, не светского, профанного, а священного, сакрального.

В известном соответствии с показанными нами выше видоизменениями правоспособности в активном смысле развивалась и преуспевала, *в системе гражданских правоотношений*, исторически, и другая сторона того же правоотношения, объективная или пассивная. Между право- и дееспособностью субъекта и способностью быть предметом

цивильных притязаний и гражданского обмена всегда видны некоторые черты соотношения и взаимности. В этих явлениях нетрудно различить ту же постепенность *расширения объектов частного правообладания*, какую мы отмечали выше, рассматривая развитие активной правоспособности.

Круг вещей, способных быть предметом *общих гражданских правоотношений*, исторически также развивается и расширяется от партикуляризма, от исключительной способности вещей составлять предмет господства теснейших кругов или союзов лиц к более широким и всеобъемлющим. *Res mancipi* в Риме, в системе квинтитизма, составляли объект обладания одних граждан. Земли, недвижимости в средние века в нашей системе поместного землевладения далеко не составляли общедоступного предмета права.

Если эта пассивная правоспособность вещей не везде и не всегда одинакова, то совершенно так же и в таком же соответствии с активной дееспособностью видны в различные эпохи *разные сферы оборотоспособности вещей*. Это тоже как бы своего рода *пассивная их дееспособность*, способность быть предметом обмена. От очень узкой, очень исключительной она становится все более широкой и общей.

Здесь повторяется в частности тот же закон, который мы выше (см. Введение) наблюдали в общем, в истории развития *институтов* гражданского права. По мере того, как обособляется чисто гражданское строение института от воздействия того или другого круга исключительных воззрений (национальных, исповедных, политических) и смешения с инородными институтами, объект права становится и более правоспособным, и более оборотоспособным.

Все, что здесь следует нам заметить для различения этого процесса *эмансипации объектов* обладания в отличие от эмансипации личности, заключается в том, что для освобождения лица нужны внутренние движущие силы, успехи правовоззрений людей, разрушающие старинные союзные формы, тогда как для эмансипации объектов из тесных старых рамок правообладания и юридического обмена нужна *масса материальных, механических условий* (пути, рынки), в числе коих одно из существеннейших составляет образование и распространение особой категории вещей, денег, денежных знаков.

Только при наличности этого агента обмена распадается на части старинные *имущественные комплексы*, составные части имущественного обладания обособляются, индивидуализируются, совершенно соответственно тому же процессу в личной сфере, и весь состав имущества, в большей или меньшей степени *мобилизуется*, становится предметом гражданского оборота, все более расширяющегося, чисто гражданского и свободного.

Эти определившиеся свойства вещей составляют, таким образом, наряду с образовавшейся чисто гражданской личностью, оба главнейших момента, необходимых для образования в новых экономических условиях чисто гражданских институтов. Если эти индивидуально определенные лица и обособленные, оцениваемые на деньги вещи должны входить в новые сочетания, образовывать новые союзы, *новые комплексы вещей*, *universitates rerum*, то это будут сочетания нового типа, юридически определенного, свободного, оценочного, легко образующегося и разрешающегося, а не того старинного, вековечного, не разрешимого, трудно определяемого, не оценочного, несвободного, какой представляли собой прежние имущественные комплексы владельческих, светских и церковных, поземельных, привилегированных, неизменных богатств.

Наметив, таким образом, общий исторический процесс в развитии юридического понятия имущества и вещей, мы перейдем далее к вопросу о современном состоянии юридической способности вещей, отдельно взятых, быть предметом частного обладания и обмена их или гражданского оборота.

§ 40

Неодинаковая способность “вещей” быть предметом частного права и гражданского оборота. — *Вещи, общие по их природе*. — Море, морские берега. — Имущества, принадлежащие к составу государственных в т. X, ч. 1. — Юридические различия, установленные французским кодексом в этом составе имуществ. — Сооружения и промыслы. — *Изыятия из гражданского обладания по легальным основаниям*. — А. Право светское. — Недостаток юридической квалификации разных видов имуществ общественных в т. X, ч. 1. — *Biens communaux publics et privés* у французов и в нашем законодательстве. — Юридическая природа имуществ, предназначенных для общего пользования. — Споры в немецкой юридической литературе. — Выход из трудной проблемы. — В. Право церковное: I. *Res ecclesiasticae*. II. *Res sanctae, benedictae* и проч. в современном праве. — Отдельные виды ограниченной экстракоммерциальности в современных системах.

В современном праве, совершенно так, как в системе классического права, не все, что можно именовать вещью, телесным объектом, обладает теми свойствами, которые необходимы, чтоб вещь стала объектом *частного права и свободного оборота*. В сложном учении о полной неприменимости к некоторым объектам начал исключительного обладания, о применении к другим более или менее стесняющих такое обладание вещами и ограничивающих в той или иной мере обо-

ротоспособность их норм, большую услугу может оказать почтенная работа Ваппеуса “К учению о вещах, изъятых из гражданского оборота”. Специально по вопросу о предметах священных написан трактат Мейрера¹. Заслуга Ваппеуса заключается в том, что вместо старого и довольно безжизненного способа определять категории вещей оборотных или внеоборотных он тщательно стал изучать *частности* этих общих латинских категорий вещей, подобно тому (хотя без тех же признаков колоссальной учености), как Гирке изучал разнообразие союзных форм. В результате Ваппеус дает нам целую скалу различий, так сказать, *количественных, коими определяется большая или меньшая степень внеоборотности вещей*.

Эта постепенность в развитии пассивной правоспособности разных вещей для гражданского обмена приводит нас в гораздо более близкое прикосновение с нашей исторической действительностью, с различными эпохами общего культурно-исторического, особенно экономического развития европейских обществ, которые, как было сейчас показано, так же отражаются на этой пассивной стороне обмена, как и на развитии активной правоспособности субъектов гражданского права. Немецкая литература дает не только такие работы общего содержания, но и много трудов, освещающих частные вопросы этого рода *для вещей внеоборотных*, предназначенных для общего пользования, для отдельных их видов. Два-три десятилетия назад теоретическая разработка этих проблем почти вовсе не интересовала юридическую литературу. Теперь этот круг задач привлекает много внимания юристов.

Римляне применяли общий, часто не юридический термин *res* к таким материям, которых мы не называем вещами (вещества, тела), правда, для того лишь, чтоб отвергнуть их способность быть предметом исключительного господства. Таковы в особенности *вещи общие* (*res communes omnium*), атмосферный воздух, море, морские берега, реки (большие). Основание неспособности здесь лежит *в природе самой вещи*. Неспособность к исключительному обладанию не мешает, однако, общему пользованию ими; наоборот, общее пользование именно обеспечивается невозможностью подчинить эти объекты чьему-либо исключительному господству².

¹ *Wappäus. Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischen u. heutigem R.* (1867 г.). *Meurer. Begriff u. Eigenthümer der heiligen Sachen* (1885).

² По-видимому, можно бы вовсе не касаться этого круга предметов, так далеко отстоящих от вопросов права. Что всякий может дышать, пить, существовать, — это не даст основы для особых прав такого содержания. Раз пользование вещами общими всем не даст основы для каких-либо юридических построений, юристы могли бы оставить его совершенно в стороне. Однако на этом фоне понятий, чуждых права, тем отчетливее у классиков обрисовывается подлинная природа институтов

Вопрос об исключительном праве на море для отдельных государств принадлежит современному международному праву. Если римляне относили моря и берега морские к *res communes omnium*, согласно самой природе этих вещей¹, то средние века, вопреки этой природе и несмотря на учения романистов, представляют постоянные притязания могущественных торговых республик на исключительное господство то той, то другой частью моря².

В новое время, после знаменитого трактата Гуго Гроция³, эти средневековые воззрения уступают постоянно почву, в интересе *всемирного общения* народов, высокому культурному принципу римского права *mare commune omnium est sicuti aer*, и ныне не только частные лица⁴, но ниже государства, не отстаивают более принципа исключительного господства над морями.

Таким образом, проф. Мартенс, в известных пределах, совершенно основательно настаивает на том, что вопрос о свободе открытого моря не есть установленный только природой вещи, а в особенности *сознанием народов*, что море есть та *естественная* (NB) связь, которая соединяет их всех, ... как членов международного общества⁵.

Эти воззрения имеют, очевидно, свое основание только для *открытого моря*. Наоборот, моря закрытые, т. е. не составляющие естественной связи членов международного общества, представляют собой такое же исключительное достояние государств, как и территории, которые их окружают.

Наряду с этими вопросами международное право определяет особо юридическое положение морей территориальных, берегового моря,

юридических. Пользование, *Genuss*, которое Ihering кладет в основу всех юридических построений, в массе случаев и особенно в рассматриваемом применении остается, как чисто фактический момент, вне вопросов права. Начало юридических построений не там, где есть связь лица с вещью (где ее нет?), а там, где необходима определенность отношений лиц одного к другому в видах обладания вещами. По существу, в праве раскрывается нам именно *Machtbegriff*, вопрос воли, обладания, а не утилизация материи. Таким образом, для картины юридических отношений эта *рамка вещей, всем общих*, которую дали нам классики, далеко не есть излишняя.

¹ L. 2 D. de reg. div. 1. 8; Ульпиан в 1. 13. § 7 D. de injur. 47, 10 говорит: *et quidem mare commune omnium est, et litora, sicuti aer*; Цельз иначе *о морских берегах*, 1. 3 пр. D.: *ne quid in loco publ. 43. 8: litora, in quae populus romanus imperium habet, populi romani esse arbitror.*

² Венеция притязала на Адриатику, Генуя на Лигурийское море, Испания и Португалия на вновь открываемые моря, Дания на Северное и Балтийское, Англия на четыре моря, омывающие британские острова.

³ *Mare liberum*. 1609 г. Selden, *mare clausum*. Ср.: *Das Europ. Völkerrecht* Heffler. Изд. Geffken'a. С. 163 и след.

⁴ Ср.: Остз. код. Ст. 1023 для *litora maris*.

⁵ Современное международное право цивилизов. народов: § 97.

проливов, рек, текущих в пределах разных государственных территорий. Естественно, юридические положения, определяющие взаимоотношения членов международного союза по этим объектам обладания или пользования, не составляют предмета права гражданского, а устанавливаются территориальной властью государства и нормами международного права. Не менее того действующий наш Гражданский кодекс в некоторых своих положениях применяет *понятие имущества* государственного безразлично к податям и пошлинам (407), к вновь открываемым землям и островам (409), к *морским берегам* (406), судоходным рекам (там же) и самым разнообразным доходным статьям, составляющим казенную собственность (там же). Связать все эти виды обладания одним юридическим понятием собственности, хотя бы государственной, очевидно, нельзя. Посему ряд указанных статей ограничивается указанием на *принадлежность* их к составу имуществ государственных, не квалифицируя ближайшим образом юридического характера этой принадлежности. Не подлежит, однако, сомнению, что *по свойству обладания* перечисленными видами имуществ государственных *она в юридическом смысле весьма различно*. Французский кодекс, несомненно оказавший влияние на формулировку указанных статей (в особенности art. 538 и 539), все же дает возможность различить неодинаковый юридический характер обладания отдельными видами вошедших в перечень нашей статьи 406 и французского art. 538 имуществ.

Итак, дороги, пути, улицы, содержимые на счет государства, судоходные и сплавные реки, ... морские берега (в пространстве прилива и отлива), порты..., и вообще все *части французской территории*, не допускающие частной собственности, рассматриваются как *принадлежность* (comme dépendances) публичного обладания (du domaine public).

Точность формулы французского кодекса заключается в том, что "имущества" эти рассматриваются не как *никому не принадлежащие* (ст. 406 X т.), а как *не способные никому принадлежать* в особенности (art. 538).

Таким образом, наши статьи связывают разные явления в одну категорию, в понятие *имущества*, с точки зрения чисто экономической, *материальной* (подати, пошлины, выморочные имущества, морские берега, судоходные реки). Французский кодекс внутри тех же (отчасти) видов имуществ, отмечая в особенности их *юридическую* квалификацию, различает *способность и неспособность быть предметом права частного*. Различие права публичного (domaine public) и частного у французов проведено там, где и нам надлежало бы его проводить.

Мы здесь остановились на одном пункте, на неспособности некоторых вещей (воздух, море, берега моря, судоходные реки) быть предметом частного права, которую римляне основывали *на их природе*.

В частности, современную юридическую литературу интересуют вопросы частного обладания для таких частей моря, особенно прилегающих к берегу, где возможны некоторые публичные и частные *сооружения или промыслы*. Упражнение такого промысла или устройство сооружения (добывание янтаря, рыболовство, проложение кабеля и т. п.), нет сомнения, допускает в некоторых пределах исключительное господство и применение начал права частного, с модификациями, соответствующими различию условий местности (открытое море, береговое; о промыслах во внутренних водах особо; ср. для примера т. XII Уст. сельс. хоз. Ст. 267, 268 и след.). Вообще же исключительное господство над вещами общими этого типа уподобляется праву собственности на дикого зверя, которое прекращается в ту минуту, когда потеряна фактическая власть над этой стихийной силой.

Натурально, всякий раз, когда вещь, не подлежащая нашему обладанию по ее природным свойствам, преобразуется в *покорную человеку силу*, отводы вод в вододействующие сооружения, в каналы, резервуары, сжатый воздух, действующий помощью известных приспособлений электрический ток и проч., юридическое свойство такого обладания тотчас же изменяется, вещь в этих пределах перестает быть общей всем, допускает в той или другой мере господство частное, частное право и его нарушение¹.

Мы сейчас указали, разбирая состав ст. 406, 409, на особое свойство имущества, не связанное именно с его природой (как в вопросе о воздухе, о море) и, не менее того, не допускающее частного обладания им. Это категория вещей, *по их назначению неспособных подчиняться частному исключительному господству*. Основания этой неспособности очень различные. Также различно и юридическое положение подобных вещей. Таких *имуществ* много в любом развитом гражданском быту. Но ни терминология, служащая для отличия их от других, ни в особенности черты, определяющие их юридические строение, нигде не выработаны с достаточной ясностью. Тут нет предела controverзам.

Целые классы подобных вещей группируются в латинской терминологии *по основаниям, кои служат для их изъятия* или из частного обладания вообще, или из свободного гражданского оборота, *на две категории*, на вещи публичные, *res publicae*, которых юридическую позицию определяет закон светский, власть государственная, и на *res divini juris*, судьбу коих определяют законы божеские.

¹ См.: *Dernburg*. Deutsche Juristzeitung 1896 и 1897 гг.; в союзный совет был внесен проект закона для преследов. противоправного захвата электрической работы.

Это противоположение божеского, публичного и частного права вполне характерно для латинской системы. У нас, наряду с этим, свойство обладания вещами и их оборотоспособность определялись и определяются частью и теперь еще особыми нормами разных социальных групп, племенных, сословных, профессиональных, исповедных.

Итак, есть имущества, которые должны, в разных целях, составлять достояние государства, быть общественными, принадлежать городу, установлению, церкви или вращаться в тесном кругу профессиональных, сословных групп, а отнюдь не подлежать действию общих норм гражданского права в смысле их принадлежности или оборота с ними.

Мы возьмем вперед группу вещей, ограниченных в правообладании или обороте:

А) *по закону светскому.*

Эти группы известны нашему закону. Их знают и другие законодательства. Есть между вещами, относимыми, особенно в нашей легальной систематике, к имуществам общим, такие, которые, собственно, *могут быть и частными.* То обстоятельство, что они принадлежат государству, обществу, не кладет на них особого юридического отпечатка. Казна государственная, леса казенные, земли, заводы, оброчные статьи (ст. 406) по своей природе и юридическому строению суть такие же предметы обладания, собственности, пользования, отчуждения, как и частные имущества подобного рода. Для определения их юридической природы нет никакой нужды выделять их в особую категорию, разве для вопросов управления ими через официальных агентов.

Наряду с этим к вещам, принадлежащим государству, наш закон относит *публичные здания, площади, улицы* (сюда же можно отнести все вещи, опущенные нашей статьей 406 и взятые в состав art. 538 С. с.), *большие дороги и другие тому подобные, также и движимые имущества, к ним принадлежащие* (ст. 406). Что может и должно быть отнесено к *тому подобным* имуществам, — это вопрос неисчерпаемый. Существенно только, чтобы *подобие* определялось ввиду определенного *юридического* типа имуществ, большая дорога, площадь, а не *любого типа*, как в статье 406, где, с одной стороны, судоходные реки, с другой, пустопорожные земли, казенный завод, которые способны быть не только казенными, но и частными.

Имущества этого типа, именно *общественные*, могут принадлежать не только государству, но и городу. Западные законодательства относят к ним здания городских, сельских школ, больниц, тюрем, здания для помещения правительственных местных установлений, местные пути сообщения, улицы, площади, водопроводы, водостоки, biens communaux (art. 542), а не любые доходные статьи, могущие принад-

лежать общине (каменоломня, городской лес). Французы называют первую группу достоянием общинным *публичным*; вторую — достоянием общины *приватным*. Однако те и другие имущества подчинены во Франции (1712, 2227), как и у нас, специальной регламентации. Знает ли наше право имущества этого типа? Это несомненно, и это можно доказать наличностью отдельных определений, касающихся этого типа имуществ, но в *общей группировке имуществ* (т. X. Ч. I. Ст. 413, 414) они также мало разработаны и обособлены *юридическими признаками*, как и указанные выше имущества государственные (ст. 406).

Какие именно имущества городов и селений суть имущества *общественные* (*biens communaux publics*), изъятые из гражданского оборота, это ясно из отдельных законоположений, не введенных в состав т. X, ч. I.

Приведем для примера типические виды имуществ общественных, как они определены в актах позднейшего законодательства.

Городовое положение 1811 года в 2-х статьях, 7-й и 8-й, определяет: в 7-й статье — *общую гражданскую правоспособность городов*, по силе коей, в отличие от особого права обложения, принадлежащего городам (ст. 9), город *приобретает, отчуждает, ищет, отвечает на суде на основании общих гражданских законов* (с соблюдением правил, установленных для казенных управлений), в статье 8-й перечисляет целый ряд предметов, *принадлежащих городскому населению*, которые, *оставаясь городской собственностью, состоят в общем пользовании* (см.: Св. Зак. в одн. кн. Вып. I. Столб. 160). Что же находим в этом перечете? *Земли, назначенные по городскому плану под площади, улицы, переулки, тротуары, проходы, бечевники, ...пристани и набережные, ...пролегающие через городские земли водяные сообщения*. Закон не прибавляет и *тому подобные*, хотя здесь такая прибавка была бы более уместна, чем в ст. 406 т. X, ч. I, ибо взятые в состав статьи 8-й имущества достаточно типичны для указанной выше *юридической квалификации, городская собственность, состоящая в общем пользовании*, *biens communaux publics* (с этим положением полезно сопоставить собранные гг. Цветковым и Гожевым к понятию *имущества общественного* статьи разных частей нашего законодательства; указанное сейчас положение статьи 8 см. у Гожева под № 1745 и след.). Если в круг предметов *общего пользования* по городским положениям 1870 и 1892 гг. введены земли, *назначенные для общего пользования*, тогда, понятным образом, *оставаясь собственностью городов*, эти земли *не могут быть отчуждаемы городским общественным управлением без соответственного, с утверждения надлежащей власти, изменения в плане города* (ср.: Сборн. Гожева. № 1748; компетенцию, очень различную, для вопросов этого рода указывает в город. пол. 1892 г. ст. 79, прим. 1, частью 2 и 3).

Другой категории вещей, которые, принадлежа союзу лиц, вовсе не вынуты из гражданского оборота (*biens communaux privés*), мы здесь не касаемся.

Мы имеем, таким образом, в составе нашего законодательства образцы понятий, соответствующих особому виду вещей в латинской системе, вещей публичных, предназначенных для общественных целей, для публичного пользования, *res publicae publico usui destinatae*.

Вещи подобного рода, для определения их юридической или гражданской природы, могли бы подлежать обработке в составе Гражданского кодекса. Некоторые из них, но весьма немногие, встречаются в нашем т. X, ч. I. Таковы *межи генерального межевания* (ст. 563, полосы земли, составляющие отрезки от соседних дач, в размере от одной до трех сажень), судоходные и сплавные реки (в разных местах), известное пространство берега рек и озер для бечевой тяги судов и для причала погонщиков, рыболовов и обсушки сетей, большие дороги (право участия общего — 434, 435, 436, 441), выгоны (1474, 1376).

О некоторых имуществах этого рода законодательство наше дает совершенно определенные указания, не оставляя сомнений об их юридической природе.

Межи вынуты вовсе из предметов гражданского обладания и ввиду *публичного интереса* всей задачи определения границ смежных дач не способны стать предметом завладения частного по давностному сроку¹ (ст. 563). Значительно труднее определение юридического свойства того обладания, которому подлежат судоходные реки, их берега, большие дороги, площади, улицы, выгоны, места, отводимые под кладбища².

Наш закон местами прямо определяет юридическую позицию этих вещей понятием собственности государственной, общественной и даже частной. Таким образом, не только вопрос о бечевнике, но и о больших дорогах разрешался в смысле принадлежности их прилегающим

¹ Мы видели частью выше и увидим полнее впоследствии, что генеральное межевание рассматривалось *не как обыкновенное челобитчиково дело, а как задача пользы государственной*, вследствие чего не подлежало обыкновенным для гражданских актов пошлинам.

² Это вопросы очень controверзные в нашей литературе и практике. Я не считаю удобным их здесь исчерпывать, тем более что подробное изложение этой стороны дела читатель найдет в "Системе" *Анненкова*. Т. I. 1894. С. 351—368. Там же любопытная controверза юристов по вопросу, какие реки суть судоходные и сплавные и какие нет. Теперь многие стороны трудного вопроса освещаются с исторической и практической точки зрения в специальном исследовании *В. И. Курдиновского* "К учению о легальных ограничениях права собственности на недвижимость в России". Одесса, 1899 (см. особ. гл. II. § 1 и 2). К этому предмету мы обратимся еще раз впоследствии в учении о вещных правах по недвижимостям в Особенной части Курса.

к ним землевладельцам на праве частной собственности (Анненков. Указ. места. С. 361). Нечего говорить, что наименование *собственности* общественной, городской, государственной для указанных выше *публичных вещей*, назначенных для общего пользования, применялось без всякой оговорки или ближайшего истолкования *самого понятия права собственности* в его применении к сему случаю.

Потребность юридического определения вещей этой категории занимает далеко не нашу только цивилистическую литературу. Особенно счастливым для разъяснения юридической природы обладания вещами публичными был известный случай срытия крепостных сооружений Базеля, подавший повод к процессу Базеля-города и Базеля-земства (Baselland). Какого свойства было это обладание, каким оно стало по упразднении крепости, это вопрос, который серьезен и важен для юриспруденции как принципиальный, ибо случаи такого превращения вещей суть беспрерывные в юридической практике, при упразднении или изменении направления дорог, находящихся в общем пользовании, общественных сооружений, площадей и проч. Участие в разъяснении вопроса приняли виднейшие немецкие юристы начала 60-х годов, частью и много позже поддерживавшие каждый свое мнение в этом вопросе¹.

Если закон дает нам указания на свойство этого обладания, именуя его *собственностью* городской (см. выше. Ст. 8 город. пол.), *имуществом* государственным (ст. 406. Т. X. Ч. I), *принадлежностью* земли, то все же этой терминологии далеко не достаточно для надлежащего определения юридической природы обладания. Не только наша терминология, далеко не выдержанная², но и латинская не всегда дает твердую опору для конструктивных целей.

Итак, определяя юридическую природу принадлежности вещи лицу понятием права частной собственности, мы предполагаем, прежде всего, способность отдельно взятой вещи быть предметом исключительного личного обладания. Для этого понятия существенны не только нормальные функции гражданского оборота, приобретение самой вещи в частную принадлежность, но и дальнейшие, обширные права пользо-

¹ Общие литературные указания можно найти в указанном выше трактате *Warräus 'a*, для позднейшего времени у Виндшейда, Бринца, Регельсбергера, Дернбурга и у других пандектистов. Очень подробно на этом вопросе останавливается *Беккер*. *System des heutigen Pandektenrechts*. § 77. Veil. III.

² Собственность, как будет позже разъяснено, есть в действующем Своде и полная, и неполная, наконец, временная (1706). Термины "собственник, собственность", употребляются и у французов иногда взамен *субъекта права*, кредитора, *propriétaire de la créance*. Применение этого термина к явлениям до образования Свода есть еще менее надежное, нежели в составе Свода. Технический смысл понятия устанавливается медленным образом лишь в позднейшей юриспруденции.

вания вещью, приобретение плодов вещи, если она есть плодоприносящая, эксплуатация ее иными способами, напр., для целей кредита, ограждение обладания ею фактическими и юридическими средствами. Наконец, совершенно так же характерны для понятия права собственности и способы его прекращения. Если вещь составляет собственность, то прекращение ее, независимо от иных оснований, не может быть произведено общественной властью иначе, как за определенное вознаграждение.

Не столько технические наименования права, сколько именно эти отдельные функции вещи в гражданском быту способны дать нам надежное представление о юридическом свойстве обладания ею.

Что же находим мы в мало выработанном нашем праве по отношению к юридическими функциям вещей, предназначенных для общего пользования?

Может ли частное лицо *владеть* этими вещами, как мы владеем вещами, способными составлять предмет собственности, площадью, рекой, выгоном, кладбищем? Будет ли такое *владение* ограждено владельческими средствами? Нет никакого сомнения, что понятие владения, до какой бы простоты оно ни было доведено, требует, прежде всего, объекта, способного подлежать гражданскому обладанию. В юридическом смысле понятие владения также мало применимо к судоходной реке, выгону, кладбищу, как к телу живого человека. Если невозможно владение, то возможна ли виндикация такой вещи? Возможно ли владение давностное, ведущее к приобретению права собственности?

Мы не решались бы ниже ставить серьезно этих вопросов, если бы не формулировка некоторых статей нашего законодательства и не те мнения, которые поддерживали некоторые из наших юристов (см. выше указания “Системы” Анненкова).

Но мы делаем шаг дальше. В наше время всеобщего задолжания все виды имущества подвергаются опасности стать предметом взыскного процесса, если только на них не лежит специфической печати нецивильного характера обладания ими, внеоборотности их. Возможно ли приватизировать эти самые имущества, чтобы удовлетворить кредиторов? Что такие имущества, несущие общественные службы, сами не могут быть средствами удовлетворения по обязательствам, лежащим на их обладателях (государстве, общине, частных лицах), — в этом не может быть сомнения, но в этой категории имуществ существуют такие, которые способны приносить плоды. Таким образом, не только земли, назначенные для городского выгона, но и городские площади, наряду с их публичным назначением, способны служить источником городских доходов. Точно так же реки, где есть промышленная эксплуатация речных богатств, берега рек, насколько пользование их растительностью не мешает общественно-служебному их назначению

(бечевник и проч.), растительность публичных путей, без всякого сомнения, может, согласно существующим для каждого рода вещей нормам, доставлять выгоды их обладателям и служить средством для тех же целей, для каких служат любые имущества чисто частного типа.

Наше законодательство указывает в отдельных случаях именно такие способы частичной эксплуатации вещей, назначенных для общего пользования. Таково положение для городских выгонов, для придорожных владельцев, для прибрежных собственников по отношению к растительности на пространстве бечевника.

Но заключать от этой доходности, совершенно частного типа, к юридической природе самой вещи было бы столь же ошибочно, как от возможности продать выращенную женщиной косу к праву собственности человека на его тело.

Мы поставили выше еще вопрос о возможности экспроприации таких вещей, натурально, в предположении, что к ним применимо понятие собственности юридического лица, государства, города, напр., на публичное здание, на площадь, выгон, или частного человека, в тех случаях, где речь о бечевнике. Если бы здесь шла речь действительно о *собственности*, тогда, конечно, вопрос об экспроприации и вознаграждении был бы неизбежен. Но так как ни к большой дороге, ни к площади, ни к выгону и бечевнику не может иметь никакого приложения понятие собственности, и эти вещи суть сами назначенные для общего пользования, то изменение назначения площади для постройки на ней храма, театра, выгона, для расширения городского кладбища, бечевника, для проведения рельсового пути не предполагает вовсе экспроприации, а лишь замену одного вида публичной служебности вещи другим.

Что касается в особенности больших рек, дорог, бечевников в нашем законодательстве, то все эти недвижимости, назначенные для публичных служб, межевыми законами исключались из меры дач при их межевании¹.

Собственно, весь вопрос о юридической природе обладания недвижимостями, изъятыми из частного обладания в Германии, и возник по поводу *прекращения* такого назначения вещи. Что станет с землей, на которой лежала публичная служба или тягость, по снятии с нее этой тягости, в указанном выше случае с поземельным участком из-под упраздненных крепостных сооружений? Этот вопрос имеет широкое приложение к самым разнообразным случаям перемен назначения вещей.

¹ Истор. рос. гражд. зак. Ч. 2. § 348, 349. У римлян публичные реки не входили в *modus agrotum*, а частные входили. Теперь еще указан. выше сочин. Курдиновского. По вопросу о публичных реках для права римского, особенно проф. Юшкевича. Учение Пандект о намыве и проч. отдельные вып. с 1895 г.

В отношении к рекам, изменяющим свое течение и при этом обнажающим свое русло и заливающим прилегающие пространства, законодательства старые и новые, не исключая и нашего, дают определенные указания (о чем позже).

Несмотря на явную неприменимость к обладанию публично-служебными недвижимостями всех характернейших для права частного, особенно для собственности, признаков, весьма многие немецкие видные писатели видят здесь право собственности¹, с теми или иными оговорками и модификациями, недостаточно выпукло определяющими подлинную юридическую природу явления.

Наряду с этим, однако, другой ряд писателей ищет, главным образом на почве пандектного права, более или менее отчетливо выделить именно не частно-, а публично-правной характер всего явления. Одни полагали в основу своих построений понятие *государственного верховенства*, коим определяется особое свойство правоотношений, не частноправного, а властного, повелительного, совсем отличного от частного права государства к этим недвижимостям, характера. Другие видели здесь публицистическую собственность (*publicistisches Eigentum*). Признать настоящую собственность над этими вещами, *пока на них лежат публичные службы*, отказывался и Phering, допускавший при этом образование *чистого частного права* государства на недвижимость, способную быть предметом собственности, *с той минуты, когда с нее сняты публичные службы или тягости*.

Наиболее простую и вразумительную конструкцию явления дает французский кодекс, который находит, что все указанные выше недвижимости *ne sont pas susceptibles d'une propriété privée* и, составляя *portions du territoire français*, должны быть рассматриваемы *comme dépendances du domaine public*. Если, как указано выше, многие из этих вещей не входили в меру размежеванных для определения частного владения дач, то нет сомнения, что эти же точки зрения свойственны указанным выше категориям вещей и в нашем праве.

Там, где известные пространства землевладения получают такой же характер изъятых из частного владения имуществ, для какой бы это ни было цели, к ним также нельзя применять понятия частной собственности и всех консеквенций, связанных с этой основой конструкции.

Взгляд Петра, выразившийся при постройке Ладожского канала на предназначение вещей публично-служебных и подлежащих чисто властному ведению государственных органов, отнюдь не есть чуждый и современным понятиям об особой природе вещей этого рода.

Но раз с вещи снята эта тягость общественного служения, как вместе с этим ей возвращается ее способность подлежать приватному зав-

¹ Виндшейд, Дернбург, Ранда и многие другие. См. указ. Виндшейда.

ладению, если этому не противоречат ее природные свойства. Ввиду этого для вещей, *возвращающихся в гражданский оборот*, государство вправе определять соответственно их приватизированию тот или другой способ их обращения к этой цели. Аналогию для этого легко найти в положениях т. X, ч. 1 для тех случаев, когда вещь, изъятая из гражданского оборота для целей общепользованных, возвращается вновь в оборот по ее ненадобности. Основу для распоряжений того или другого рода дают простые принципы финансового управления, в тех видах, чтобы возвратить в государственную казну ее ресурсы, поступившие для операции извлечения недвижимостей из частного владения. Если бы таких мероприятий не последовало, то, натурально, *казенные земли пустопорожние*, не представляя никаких препятствий для освоения их в частную принадлежность, могли бы стать предметом овладения, ограждаемого всеми средствами владельческой защиты, и приобретения в частную собственность. Наш закон не дает этих консеквенций. Но как составляющий простую консеквенцию основных принципов права, такой способ приобретения признан именно во французском кодексе (art. 541) и может быть последовательно признан и для нашего права.

Раз вещь из внеоборотной вошла в круг оборотных, как к ней должны быть применены те начала, которыми определяется порядок укрепления прав по недвижимостям в данной местности. Итак, для вещей, изъятых из частного обладания, в ипотечной книге (если таковые введены в данной местности) лист, где могла значиться такая недвижимость, должен быть закрыт. Если эта недвижимость вновь входит в круг цивильно-правоспособных и оборотных вещей, лист имеет быть или опять открыт, или заведен вновь.

Что касается юридических средств ограждения публично-служебных вещей от правонарушений, то они суть или административно-полицейские, когда речь идет о достижении целей общественного служения вещи, или судебные, в случаях столкновения отдельных возможных по вопросам пользования вещами притязаний заинтересованных лиц.

В) Право церковное.

Наряду с указанными выше основаниями неспособности вещей к приватному обладанию и обороту латинская система ставит как особое основание экстракоммерциальности закон божественный, *jus divinum*. Оттуда исстари идущая категория особых вещей, *res divini juris*¹.

¹ *Res divini juris* подлежат действию особых норм и как изъятые из гражданского оборота такие вещи *nullius in bonis sunt*. Эти вещи суть или *sacrae* (для изъятия коих, кроме *consecratio*, нужен акт светской власти), или *religiosae*, или *sacrae* (городские стены, ворота) § 7. *J. de rer. div.* 2. 1. *Gay* в *Inst.* II. § 4 и след. и в 1. 1 *pr. D. de rer. div.* I. 8.

Те начала, однако, коих держалась латинская система в этом вопросе, частью вовсе не подходят к воззрениям новых народов (*res sanctae* в латинском смысле), частью подверглись видоизменениям, которые трудно согласовать с латинскими основами.

Изучая явления близкого нам византийского права в этом вопросе, один из лучших русских исследователей церковно-имущественного права¹ приходит к заключению, что юстиниановское право идет в разработке церковно-имущественных проблем *путем компилятивным*, выбирая из прежнего права то, что было подходящего для применения его норм к церкви и ее учреждениям. Это новое законодательство составило в результате некоторое плохое сочетание старого *jus sacrum* со светским *dominium sub modo*. Дальнейшее развитие канонического права привело к значительным видоизменениям старых начал вневротности объектов церковно-имущественного права, и в действующих системах следы старых воззрений на вещи священные почти совершенно изгладились.

В кругу предметов церковно-имущественного права в современном русском законодательстве следует различать:

1) *res ecclesiasticae*, церковные имущества в тесном смысле, т. е. такие же материальные ресурсы для поддержки церковных установлений, какими пользуются и другие общественные союзы для достижения каждым его целей. Сюда принадлежат различного рода сборы (особенно через добровольные приношения), составляющие, *по способу производить такие коллекты*, особое право церковных установлений. Наряду с этим церковные установления наделены в определенном размере землями и угодьями, *приписанными к ним* при секуляризации церковных имений в прошлом веке и увеличенными позже отдельными законодательными актами светской власти (частью в связи с задачей межсвания). Так как светская власть, присваивая церковным установлениям подобные недвижимости, очевидным образом имела в виду обеспечение сих установлений материальными ресурсами *на вечные времена*, то нет сомнения, что вопрос о потере прав на эти имущества может возникать лишь в связи с упразднением самого церковного установления. Таким образом, из самого существа таких актов ассигнования и приписки недвижимостей к церковным установлениям ясно,

¹ Мы говорим о почтенной работе проф. Платона Соколова "Церковно-имущественное право в греко-римской империи". 1896. Читатель найдет здесь не только очень ценные результаты для рассматриваемого здесь понятия вещей, изъятых из гражданского оборота по особому основанию, но и историю образования самых воззрений на церковные вещи как священные. Эта сторона дела представляет живейший интерес не только для юриспруденции, но и с общей историко-культурной точки зрения.

что эти наделы не могут подлежать переходу их в чьи бы то ни было руки общими способами гражданского оборота и в особенности давностным владением. Это своего рода *заповедные церковные имущества*. На тот единственный случай, в котором законодатель допускает вопрос о прекращении права церковного установления на приписанный к нему земельный надел, именно на случай упразднения самого церковного установления, ответ дан в том смысле, что и при сем приписанные к церкви земли и угодья *не перестают быть церковными*, а присваиваются той церкви, к коей упраздненная церковь будет приписана¹.

Едва ли возможно иное толкование ставших в последнее время довольно спорными статей 383 и след., особ. 401 по изд. 1876 г., 432, особ. 446 и след. по изд. 1899 г. IX т. Св. Зак. (Кас. Реш. за 1893 г. № 8).

Сопоставить правообладание этой категорией недвижимостей, приписанных к церковным установлениям, будет, кажется, правильнее с имуществами, предназначенными государством для целей общественных, чем с общим поземельным имуществом самого государства, к коему, несомненно, приложимы общие положения для владения защищенного и для давностных владельческих способов освоения частными лицами. К недвижимостям церковным этой категории правильнее прилагать нормы закона, установленные *для имений заповедных*, чем для имуществ свободных.

II) Другую категорию вещей составляют *предназначенные непосредственно служению целям церковного культа*². По Юстинианову праву епископ, сообщаящий храму или богослужебным предметам священный характер, не располагает вовсе тем авторитетом светской власти, коим вынимались в языческую эпоху *res divini juris* из гражданского оборота. Кроме вещей священных (*res sacrae*) и на коих есть благословение (*res benedictae*), служащих для богослужения (по каноническому праву), и двор церковный, служивший местом погребения верующих, почитался тоже освященным вместе с церковью. В православной церкви священными и освященными признаются разные пред-

¹ Вопрос о частноправном характере обладания недвижимостей, принадлежащих церкви, и особенно о действии давности в этом применении в недавнее время был предметом довольно живого обмена мыслей наших юристов (*Карабегов*. Давность на церковных землях; Журн. Пет. юрид. общ. 1894 г. Кн. 3 — Пахман; Русс. обзор. 1894 г. Кн. 12 — Павлов; Журн. Мин. юст. 1895 г. Кн. 5 — Васильковский; Журн. юрид. общ. 1895 г. Кн. 6 — Каминка; в Суд. газ. за 1894 г. были статьи, и за 1895 г. статья г. Карабегова. № 41).

² См. в особенности: *Суворов Н. С.* Курс церковного права. Ярославль, 1890. С. 417 и след. (§ 185); также вышеуказан. работу г. *Платона Соколова*. § 115 и след. и 119 и след., указан. выше. Т. I. С. 515, пр. 2-е.

меты, служащие при богослужении. Иные же предметы, хотя находящиеся в храмах, но не нужные для священнодействий (деньги) или не нашедшие еще себе употребления при богослужении (свечи, не поставленные к иконам), не рассматриваются как священные. Эти различия крайне существенны для состава понятия святотатства. Что касается гражданской стороны вопроса, то нет сомнения, что не только предметы почитания, каковы иконы, частицы мощей и иные священные предметы, способны составлять предмет частной собственности, но что и самые храмы могут составлять собственность не только государства, но и лично Государя (придворные церкви), того или другого союза или общества верующих, наконец, и частных лиц. Естественно, закон не допускает юридической силы для тех актов воли собственников, кои несогласны с назначением предметов этого рода. Устройство домовых церквей разрешается духовной властью по соображению с достоинством лица, испрашивающего такое разрешение, и лишь до последовавшей смерти таких лиц, причем вся церковная утварь упраздненной домово́й церкви имеет перейти в собственность церкви приходской.

Что касается кладбищ, то это суть, с точки зрения гражданской, недвижимости, предназначенные для общественной цели и в этом смысле служащие тому общественному союзу, в интересах коего отведена определенная местность, изъятая из гражданского оборота. Такая служба может быть возложена и на церковную землю.

В том и другом случае церковная власть соответствующего исповедания ведаёт не только административную и хозяйственную сторону дела, но и все, что касается содержания храмов и соблюдения приличествующего месту благочиния.

Ограниченная оборотоспособность икон и других предметов почитания лиц православного и иных исповеданий заключается в том, что самое мастерство иконописания подлежит контролю, а также публичная торговля предметами чествования христиан не допускается для нехристиан¹. Унаследовавшие от христиан идолопоклонники и иноверцы, нехристиане, обязаны передавать предметы поклонения христиан в руки православных в течение 6 месяцев, под опасением иначе их отобрания (1188—1190. Т. X. Ч. 1). Такому же ограничению обмена священные предметы подлежат и в случаях гражданских взысканий, постигающих имущество несостоятельного должника (ст. 1410 и 1411 Т. X. Ч. 1 и 1043 и 1044 Уст. гражд. суд.).

Образцов частной экстракоммерциальности вещей по самым различным основаниям можно найти массу в любом законодательстве. Ограничение оборотности идет или для определенного круга лиц, или для известных операций, или для количества, превышающего норму,

¹ Неискусно писанные иконы отбираются (Уст. пред. прест. Т. XIV. Ст. 95).

или для известных целей¹. Они касаются оружия, ядовитых веществ, фальсифицированных продуктов потребления, зачумленного скота, запрещенных книг и проч. В общецивильном смысле эти ограничения правооборотности представляют собой мало поучительного. В дальнейшем мы будем иметь в виду весьма существенные, именно для общего гражданского обмена, ограничения правооборотности некоторых недвижимостей, особенно имуществ родовых.

Новый немецкий кодекс в общих положениях о вещах (art. 90—104) вовсе не касается вопроса об экстракоммерциальности вещей и разных ее основаниях, натурально, не потому, что таких вещей не знает немецкое право, а потому в особенности, что чисто гражданских норм, которые имели бы составить содержание имперского кодекса, недостаточно для определения их юридической позиции, а нормы смешанного, гражданско-исповедного или гражданско-политического характера, удержались в компетенции партикулярной, а не имперской общей законодательной власти, кроме тех случаев, где речь идет о защите страны, как, напр., в указанном выше *Rayongesetz*'e 1871 г. и тому подобных.

§ 41

Главнейшие категории вещей, способных быть предметом гражданского правообладания и гражданского обмена. — Вещи движимые и недвижимые. — Расчленение понятия недвижимости во французском кодексе. — Движимые вещи в *Code civil* и у нас. — Экономическое и юридическое взаимоотношение того и другого вида имуществ в процессе историческом и в современных законодательствах.

Во главе деления вещей по различию их свойств, важных для конструкции гражданских правоотношений, на отдельные категории наше

¹ Нередко трудно угадать повод сложной процедуры, которой подвергается ввоз самого, по-видимому, невинного предмета торга, каковы, напр., голуби, коих ввоз из-за границы (по нескольким Высоч. повелен. от 1890 г.) допускается не иначе, как по сношению с разными министерствами (особенно военным). Основание в том, что голуби служат для почтовых сношений, трудно контролируемых и посему далеко не безопасных по отношению к неприятельскому лагерю. Немецк. код. 1896 г. не забыл эту птицу в своем *Einführ Ges.*, где партикул. законы о захвате чужих голубей *bleiben unberührt* (art. 136). Также характерна для нашего времени ст. 719. Т. X. Ч. 1, которая взята в состав последнего изд. X Т. Ч. 1 из Высоч. повел. 1887 г., апр. 14. Ею определено для случаев перехода права собственности и иных прав на недвижимость в пределах *крепостного района* обязательное сношение присутственных мест с комендантом крепости, который имеет удостоверить беспрепятственность с его стороны к совершению акта. Закон составляет короткую переработку немецкого *Rayongesetz*'a 1871 г., коим немцы ограждали безопасность *своих* границ после произведенного ими разгрома Франции.

законодательство, буквально следуя французскому образцу, ставит различие вещей (имуществ) *движимых и недвижимых* (т. X. Ч. I. Ст. 383, С. с. art. 516). Вслед за сим французский закон указывает на *основания* для зачисления отдельных объектов гражданского обладания в ту или другую категорию. Этих оснований несколько, и нет сомнения, что каждое из них определяет собой различие имуществ движимых и недвижимых не в одном Code civil. Но нигде эти основания не расчленены настолько ясно и соответственно самой цели деления, т. е. формальной известности той категории, к коей в смысле права надлежит причислять ту или другую вещь, как именно в действующем праве французов.

Эти различные *основания* причисления вещей к той или другой категории у французов (и у нас, как сейчас увидим), суть следующие.

а) Вещи суть недвижимые *по их природе*. Сюда идет не только поземельный участок, но и связанные с ним постройки, жатва на корню, не снятые плоды с деревьев. Трубы, проложенные для провода воды, составляют часть землевладения, с коим связаны, и суть тоже недвижимости.

Наше законодательство не выделяет этого основания для зачисления вещей в особую категорию недвижимых *по их природе*, но все то, что мы находим у французов зачисленным сюда, зачисляется сюда же и нашим законом, но по принципу далеко не тождественному с французским и не выдержанному вполне. Итак, недвижимыми имуществами признаются *по закону* земли и всякие уголья, дома, заводы, фабрики, лавки, *всякие* строения и пустые дворовые места, а также железные дороги (ст. 384).

Нет сомнения, что ряд этих положений мог бы с успехом уступить место французскому положению, находящему для занесения этих вещей в категорию недвижимостей не одно легальное основание, а самую природу вещи.

В дальнейшем ряде статей (386 и след.) мы найдем *такие же строения*, связанные с землей, как у французов, каковы церкви, дворы, *мельницы* (ср.: Code с. art. 519), мосты, перевозки, плотины, гати, но все это не по тому основанию, какое указано в ст. 384, *не по закону*, а по свойству этих вещей *как принадлежностей* населенных недвижимых имений. Мы будем сейчас иметь случай установить понятие *принадлежности*, коему никак нельзя подчинить указанные в статье 386 предметы. Здесь обратим внимание только на то, что ряд положений о недвижимостях и *принадлежностях земель населенных и ненаселенных*, выраженных в статьях 385—387, не имел и прежде значения *юридического разграничения вещей*, а ныне, вместе с уничтожением понятия населенного имения, потерял и прежнее свое значение.

Юридического значения это деление не имело и в старину, ибо и в старину реки, озера, пруды, болота, дороги, источники и другие *места*, сим подобные (ст. 387), не были *принадлежностями* имений, а входили в *их состав*, некоторые по самой природе (реки, озера), а другие, как, напр., дороги (ст. 387), мосты, перевозы, плотины и гати (386), не в тот или другой род имений (населенных или ненаселенных), а в любые поземельные участки.

Точно так же все *произведения*, на поверхности земли обретающиеся, и сокровенные в недрах ее металлы (ст. 387) не составляли того, что юристы называют *принадлежностью*, а были органическими произведениями почвы или входили в ее состав, и что касается последних, были одно время изъяты из частного обладания, а затем вновь соединены с ним. Любая ли, однако, связь постройки или насаждения с землей должна определять собой *состав* недвижимости? Статья 95 Имп. код. 1896 г. исключает отсюда то, что связано с землей для *преходящих целей*; таковы растения в питомниках (Baumschule), в садовых заведениях для торга, леса, помосты, ярмарочные балаганы и т. под.

Итак, нет сомнения, что из статей нашего закона легко извлечь буквально тот же состав понятия недвижимости, который определен в Code civ. на основании *природных свойств вещей*, *immeuble par la nature*.

б) Другое основание, которое дает Code civ. для зачисления вещей в категорию недвижимости, есть *их назначение* (*immeubles par destination*, art. 517). Это крайне характерное и в хозяйственном и в юридическом смысле сочетание двух разных *по природе* вещей, которые ставятся в *юридическую связь вещи главной и принадлежностной* актом воли хозяина, и этой установившейся их связью, или их назначением, определяется *их юридическое свойство недвижимости*, хотя по природе они суть вещи движимые.

В эту, так сказать, подвижную категорию вещей, получающую свойство движимости или недвижимости *по назначению*, французы вводят массу вещей, притом, смотря по назначению самой недвижимости, сельскохозяйственному, промышленному, совершенно разные вещи. Таков рабочий скот, сдаваемый собственником фермеру в составе хозяйственного землевладения (522), сельскохозяйственные орудия, семена, солома, навоз, улья, рыбные пруды, давальни, чаны, кузнечные приборы, принадлежности фабрик и проч., опять соответственно хозяйственному назначению недвижимости (524). Все это данные, очень близкие к вопросам фактического свойства.

Не французское только право, а несравненно шире и полнее право латинское дает нам понятие о *составе вещей сложных*, об отношении одного элемента в этом составе к другому, о связи вещей главных и принадлежностей. Эти же положения выработаны как бы на истори-

ческой почве нашего прошлого права, вернее, наших старых указов и введены, как сейчас увидим, частью в состав положений о разных родах имуществ (383 и след.), частью позже присоединены и развиты в положении о вознаграждении за владение чужим имуществом (ст. 609 и след.).

Но далеко не везде так рельефно выделяется особый *юридический характер этой связи* двух вещей, весь основанный не на природе самой вещи, а на ее назначении, и юридическое последствие, которое получается отсюда, *иммобилизация* вещи, как это видим именно во французском кодексе.

Мы не входим здесь в подробности вопроса о вещах главных и принадлежностях, на коем будем иметь случай остановиться позже.

с) Французы знают, затем, имущества, которые становятся недвижимыми через приложение, *par application, к недвижимости*, каковы повинности, по-латыни сервитуты, у нас права участия частного, которые, будучи собственно *res incorporales*, становятся недвижимыми *через применение к недвижимости* (526). Сюда идут не только предельные сервитуты, но и личные, каков узурфрукт. Сюда же идут иски, направленные на недвижимость. На связь исков с имуществом, на которое иски направлены, дают у нас указание в особенности ст. 417 и 419. Права вещные, особенно право участия в чужих недвижимостях, подчиняются и у нас в отдельных случаях некоторым особым определениям, которые здесь надлежит иметь в виду. Таким образом, права угодий, составляющие остаток старины, прямо зачислены в категорию недвижимостей (384); к фабрикам и заводам, в качестве их принадлежностей, *приписываются* леса, покосы (388). На право иметь окно в стене, построенной на меже, должен быть совершен крепостной акт (446). Указанная статья требует этого ввиду *уступки прав собственности* (446, очевидно, *частичной*). То же находим для долгосрочных аренд (1693). Всех подобных прав, однако, нельзя сопоставлять с правом собственности на недвижимость. По отношению к праву, очевидно, тоже вещному и тоже на недвижимость, какое имеет золотопромышленник на золотой прииск, казенный или Кабинета Его Величества, закон наш, однако, прямо выражает, что оно *признается* имуществом *движимым* (ст. 403). Тут решающий критерий есть прямо позитивный, о чем сейчас же ниже.

д) Наконец, последнюю категорию недвижимостей французское право (последующее, не содержащееся в Code civ.) устанавливает *на основании закона*¹. Эту основу группировки т. X, ч. I указывает в

¹ Французы называют эту категорию технически также *immeubles par déclaration*, ибо для иммобилизации их нужно заявление (*déclaration*) собственника. Это привилегии и фикции, связанные с отдельными движимыми ценностями, каковы напр., акции Banque de France, акции Canal du Midi (*Planiol. I. n. 822 и след.*).

ст. 384, стало быть, там, где решающий критерий должна бы собственно дать сама *природа вещи*. В остальных случаях и у нас легко угадать *эту именно основу имобилизации движимостей*. Таковы в особенности указанные в ст. 391 принадлежности заповедных имений, состоящие из фамильных бумаг, драгоценностей, произведений искусства, собраний редкостей, книг и проч. (иногда и капиталов), *в акте учреждения имений означенных*. Если и не в качестве принадлежности, в точном юридическом смысле, ибо здесь нет понятия особой вещи, то в качестве средства осуществлять права, в тесную связь с недвижимостью должны быть поставлены акты укрепления имущества в частную принадлежность (390).

Мы имеем, таким образом, понятие недвижимости в отличие от имущества движимого и вместе с этим *для операций чисто юридических* мы, в известных случаях, имобилизуем движимости, т. е. подчиняем юридический характер обладания ими нормам, существующим для недвижимых имуществ.

Наряду с этой юридической операцией французское право знает и обратный прием, т. е. *мобилизацию недвижимостей*, как мы это сейчас покажем.

Мы рассмотрели до сего, что и по какому основанию почитается недвижимостью.

Возможно было бы, за сим, *все иные* имущества признать движимыми.

Но этого метода не держится ни французское, ни наше право. Очевидно, великое значение, которое присвоено этому делению не столько латинской, сколько средневековой системой правоотношений, требует возможно большей точности в определении всего состава и всех оснований для отнесения имуществ в ту или другую категорию.

Итак, Code civ. и здесь различает *meubles par leur nature* (528) и *par la détermination de la loi* (обязательства, иски на суммы и движимости, акции и прибыли в товариществах, хотя бы товарищеское имущество было недвижимым, ренты, art. 529). При этом французы различают еще тесный смысл *meuble*, в которую не входят капиталы и предметы торга (533), и *meubles meublants* (обстановку жилищ). Это дает больше точности актам волеизъявления, обнимающим нередко *всю движимость*, или дом и движимость (536), которые у нас невольно открывают широкий простор недоразумениям, особенно ввиду нетехнического употребления терминов *вещь* и *имущество* (все движимые имущества и денежные капиталы, ст. 398, ср. 441, 402, 534, 535).

Итак, у французов имущества, которые могли бы *par application*, через применение к недвижимостям, считаться также недвижимостями (акции, паи), *силой закона* отнесены к движимым имуществам.

Следовательно, вводя в состав товарищеского имущества мою *недвижимость*, я ее этим способом *мобилизирую*.

Наш закон следует в определении категории движимостей простому методу перечисления. Движимые имущества суть: мореходные и речные суда всякого рода, книги, рукописи, картины, все вообще предметы, относящиеся к наукам и искусствам, домовые уборы, экипажи, земледельческие орудия, всякие инструменты, материалы, лошади, скот, хлеб сжатый и молоченый, припасы, выработанные на заводах наличные руды, металлы и минералы и все то, что из земли извлечено (401). Наличные капиталы, засменные письма, векселя, закладные и обязательства всякого рода принадлежат к имуществам движимым (402). Сюда же идет право на золотой прииск на землях казенных и Кабинета Его Величества (403).

Известно, что в средневековом быту основу довольства составляло землевладение, и около недвижимостей сосредоточивались все вопросы права не только гражданского, но и публичного. Обладание имуществом движимым не давало этой постоянной и солидной базы общественному и публичному положению лица или союза. Оттуда эта средневековая паромия *res mobilis res vilis*.

К категории недвижимостей не любили причислять вещей ненадежных. Только здание из камня, которое не уступает стихиям, составляет подлинно недвижимость, такую же постоянную и незыблемую силу, как и земля, в которой, наряду с рабочим скотом, прикреплено нередко и ее население. Имобилизировали в эту пору все, до самого человека включительно. Только непрочная вещь, ненадежная, постройка из дерева, *was die Fackel und der Brand hinwegnimmt*, не есть недвижимость...

Эти незыблемые основы средневекового господства сеньоров были, однако, давно уже потрясены на Западе, когда Петр Великий издал свой знаменитый указ о единонаследии. Что видит Петр в этом старом, переживавшем уже в ту пору свое время порядке вещей? Он видит в этом классе отечественных сеньоров людей, способных прежде всего к потреблению, людей, которым их размножение угрожает в дальнейшем бедствиями и оскудением не для них одних, но и для государства и для подданных. Это, в его глазах, класс людей, консумирующих богатство страны, не созидających ничего взамен для экономических интересов государства и общества. Он хочет старому привилегированному землевладению дать характер, главным образом, установления *публично-правного* и вызвать к деятельности в науке, в искусствах, в технике, в производстве, внутри этой старой семьи потребителей, уснувший созидательный, творческий дух.

Что видим мы, с этой поры, в нашем законодательстве по отношению к занимающему нас вопросу?

В законодательстве, вместо старых основ хозяйства, мы видим движение если не прямо к отмене привилегий служилого класса, то к разрушению, особенно в межевых законах, старых основ общности, вредных для народного хозяйства, к обособлению хозяйственных единиц и привлечению *творческих сил к разработке* скрытых, втуне лежащих богатств, *именно богатств движимых*.

Нет сомнения, что и у нас, как на Западе, по мере устранения старого смешения права публичного и частного, отмены вредных для развития труда форм личной зависимости, отношение имуществ недвижимых к движимым, естественного богатства к промышленному изменяется в пользу последнего.

Уже в составе X т. мы находим наряду с определениями, касающимися населенных имений, много других, где речь идет *об имениях ненаселенных*. Наряду с землевладением определяется состав имуществ промышленного и торгового типа, фабрик, заводов, лавок, приисков, и при этом весь комплекс вещей, способных быть предметом частного обладания, делится на *недвижимости и движимости*.

Мы сейчас указали, что движимости могут иммобилизоваться, входя в связь с постоянными хозяйственными формами эксплуатации недвижимостей. Это явление понятное и носящее на себе еще печать юридического господства недвижимости над движимостью, свойственного особенно средневековому быту.

Но Code Napoléon дает нам и обратную конструкцию. Если это возможно, если обмен способен направиться к тому, чтоб *мобилизовать недвижимость*, то явно, что и в кругу вещей, как в кругу лиц, привилегии недвижимостей уступают место равенству, что *res mobilis* перестает быть *res vilis*, что завоевание начал равенства в области *права гражданского*, стало быть, *общего* — обнимает не только круг лиц, но и круг предметов обладания.

Дают ли, однако, нам такой же прямой ответ на вопрос о *равной правоспособности* вещей другие современные законодательства, особенно наше, какое дает французам их Code civil?

Мы видели выше, в истории развития союзных форм гражданского правообладания, для права немецкого, образец метаморфозы старинной формы коллективного обладания недвижимостями по *реально-раздельным* долям в горнозаводском деле, где каждая доля имеет свой ипотечный лист в горнозаводской книге. Тут каждый долевым собственником обладает, явно, *недвижимостью*, и, как вымирающая, эта форма держится местами и ныне. Чему ж уступает эта старинная форма в новых условиях экономического и промышленного развития? Мы показали выше, что эти недвижимости, со всем составом прав участия каждой в общих угодьях, уступают место новой форме правообладания

ния, где все реально-раздельные доли недвижимости сливаются в одно хозяйство компании, и вместе с этим реально-раздельные права отдельных товарищей превращаются в паи, в акции горнозаводского предприятия. Что ж это значит в юридическом смысле? Это и знаменует собой *мобилизацию* старого обладания недвижимостями.

Не то же ли самое мы видим у нас в тех случаях, где реально раздельные части московского гостиного двора, лавки тамошних торговцев, выкупаются капиталистическим предприятием все, без остатка, частью добровольно, частью принудительно, и для чего же?

Для того чтоб старую привилегированную *недвижимую собственность*, не всем доступную, заменить тем, что средние века клеймили наименованием *res mobilis res vilis*, чтоб в этом смысле *низвести вещи* из категории привилегированных в предметы права общего! И между тем эта операция в условиях новой промышленно-хозяйственной эволюции производится с совершенным успехом!

По смыслу своему и значению *для развития общего права* это, конечно, не менее знаменательное явление наших дней, чем отказ именитого государственного мужа Англии подняться на высоту, очевидно, потерявшую старую заманчивость, достоинства пэра союзного королевства, и предпочтение его остаться на уровне общей политической правоспособности.

§ 42

Дальнейшее деление вещей в действующей системе. — Понятие принадлежности. — Крайнее развитие этого понятия и источник его широкого применения в нашем кодексе. — Смешение *состава* и *принадлежности*. — Плоды вещи. — Старая и новая точка зрения нашего законодательства в понятии плода. — Имущества раздельные и нераздельные.

Действующее законодательство наше, вслед за делением вещей на движимые и недвижимые, в той же главе (гл. 1. Разд. 1. Кн. 2), рассматривает категории вещей делимых и неделимых.

Смысл этого различия, как известно частью из римского права, есть весьма различный. Далеко не все, что занимало мысль классиков в вопросе о свойствах вещей и имуществ, продолжает занимать и современную юриспруденцию.

В классической системе (на основах греческой философии) делили вещи на: а) *единые и цельные*, как один человек, б) *составные из вещей, входящих в этот состав*, как здание, судно; в) *совокупные*, где нет поглощающего отдельные части единства или цельности, а есть

лишь *связь разных вещей*, стадо¹. Наше право знает те же расчленения, но не пользуется ни этой терминологией, ни консеквенциями, которые извлекает из этих делений классическая юриспруденция.

В особенности далеко от классических образцов в вопросе о цельности и единстве вещей, о составе их, об отношении вещи главной и принадлежности, о делимости и неделимости вещей, о плодах вещи, отстоит действующее русское право.

Мы остановимся здесь только на тех различиях вещей в смысле их единства, состава, взаимоотношения частей и проч., которые существенны для понимания действующего нашего права.

Латинская система выработала нам особые понятия и особую связь вещей, которая обозначается термином *принадлежность*, под коим разумеют такую хозяйственную связь *разных вещей*, в силу которой одна из них будет главной, а другая или другие служебными или второстепенными по отношению к первой.

Вот эти понятия и эти отношения вещей главной и принадлежностных, легко отличаемые в латинской системе от понятия вещей *составных* (дом, судно) и совокупных (стадо, библиотека) в некоторых современных системах, особенно же в нашей, до такой степени обезразличены, что указать, где вещь есть составная и цельная, где одна к другой относится как главная и принадлежностная, весьма не легко.

Общую причину смешения понятий состава, единой вещи и связи двух вещей, главной и принадлежностных, в современных системах следует видеть в том, что римляне вообще гораздо дальше шли в обособлении не только лиц, но и вещей, чем мы; а затем им уже легко представлялось, что такое вещь единая и цельная, составная, совокупная, и где есть особая связь двух вещей, главной и ее принадлежности. В наших системах, как замечено выше, преобладает черта союзных образований и для лиц, и для вещей².

¹ Ср. особенно: 1. 30 pr. D. de usurpat. 41. 3. *Göppert*. Ueber einheitliche, zusammengesetzte u. Gesamtsachen. *Dernburg*. § 68, 76, 77, 78 и особ. *Brinz*. Pandekten. I. § 144.

² Попытку *Регельсбергер*. Pandekt. С. 391. IV. С. 392 провести границу для понятия состава и принадлежности едва ли можно признать удачной. В нов. кодексе 1896 г. различены существенные и несущественные составные части вещи (ст. 93, 94). Этому расчленению посвящено немало внимания в новом кодексе; вот, однако, оценка его Дернбургом: aber ihre (т. е. этого расчленения) Bedeutung ist schwer zu erfassen und Missverständnisse liegen nahe (Das bürgerl. Recht d. deutsch. Reichs. III Band. 1901 г. § 5). В этом различении всегда будет много моментов фактических, трудно поддающихся обобщениям. Для освещения вопроса Дернбург берет, как пример, связь печей с домом и замечает, что в прирейнских областях жилец обыкновенно приносит со своей движимостью и свою печь и, стало быть, ее нельзя назвать составной частью здания; а у нас, напр., на берегах Невы помещение без печей, конечно, основательнее будет назвать сараем, чем домом или жилым помещением для людей вообще (там же. С. 21).

По отношению к вещам современные системы допускают весьма обильно нерасчлененные комплексы, которых римляне отнюдь не допустили бы, не зачислив с гораздо большей точностью тот или другой вид сочетания или частей целого, или разных вещей, в ту или другую юридически определенную совокупность.

Наша систематика ушла в этом отношении гораздо дальше не только классических образцов, но, без всякого сомнения, и тех ближайших кодификационных работ, к которым явно старались подойти возможно близко составители нашего Свода.

Когда прочитываем ряд статей, определяющих понятие принадлежности земель, особенно населенных, входивших некогда в состав частных имуществ (385, 386, 387), и тесно связанные с ними положения о существе и пространстве права полной собственности на землю (ст. 424 до 430), то для приученной латинскими образцами к анализу юридических явлений мысли вся масса различий между правом гражданским и публичным, между землевладением и территорией, между обладанием и приобретением, между составом и принадлежностью, между вещами плодоприносящими и их производением сливается в одно безразличное целое.

В самом деле, что же это будет за вещь в смысле права гражданского, которая, во-первых, населена, но пусть население уйдет, которой принадлежности составляют реки, озера, пруды, болота, дороги, мосты, перевозки, мельницы, плотины, дворы, церкви (ст. 387 и 386), все, что заключается в недрах земли (424), все произведения, на поверхности ее обретающиеся (387), плоды, доходы, прибыли, приращения (425), сокрытые в земле сокровища (430) и намывы рек, и обнаженное русло, и вновь образовавшиеся острова (426, 427, 428)?¹

Все это несметное содержание разнообразнейших явлений и юридических понятий должно войти в состав одного объекта обладания, недвижимости и ее принадлежностей!

Но разве это в самом деле вещь, недвижимость? Это целая земля ханаанская, тут все, настоящая Палестина!

Очевидно, то безразличие прав публичного и частного, которое составляло некогда черту любой системы правоотношений, то крайнее осложнение понятия вещи или имущества, включавшее в себя целую бездну самых различных составных частей, совсем нерасчлененных, едва стало в т. X, ч. 1 подвергаться некоторой цивилистической переработке, в которой, однако, спутаны понятие состава с понятием

¹ Статьи 386 и 387 и ст. 424 и 425 повторяют один и тот же перечень вещей, но первые статьи в разделе о разных родах имуществ, а вторые в разделе о существе и пространстве разных прав на имущества.

принадлежности, понятие принадлежности с понятием приобретения и проч., и в этом виде введено в нашу кодификацию.

Понять, откуда взялась эта нерасчлененная масса, совсем нетрудно.

Материалом для содержания указанных статей служили разновременные указы, издававшиеся после Уложения царя Алексея Михайловича, из коих нельзя было вычеркнуть ни одного льготного положения, служившего *к расширению прав привилегированного сословия*. В ту пору, натурально, не было возможности в точности указать границу права публичного и частного. К тому же в кодекс, в учение о составе права собственности, были введены положения из межевых инструкций и многое, взятое оттуда, тоже отмечено понятием *принадлежности*. Наконец, разные манифесты, открывавшие, так сказать, обетованную землю для класса служилого, также своеобразно расширяли подлежащий обработке материал “гражданских” законов. Это беспредельно богатое и пестрое содержание было обработано кодификаторами, *в смысле формальном*, с помощью системы французского кодекса.

Мы не можем здесь войти в подробную характеристику этой системы и возвратимся к ней в учении *о приобретении права собственности*. Заметим только, что Code civ. употребляет нередко именно в этом учении совершенно не технические термины для обозначения не только *состава вещи*, но и *принадлежности вещей*, понятие принадлежности (*res accessoria*) смешивает с приобретением *per accessionem*, вместо термина “приобретение права собственности” говорит “*лицу принадлежит*” (*appartient*) доход, плоды, обезразличивает технический термин “приобретает” с другими чисто фактическим и экономическим “*profite*”, т. е. обращает в свою пользу.

Все эти образцы Code’a далеко не заслуживали подражания, если задача права и его техники не в смешении, а в различении явлений, по существу несходных, в приведении их к легчайшей распознаваемости. Французы, однако, в своих системах вовсе не смущаются этим стремлением Code’a выразить юридические понятия, хотя нетехническим образом, но общепонятно, и в языке науки и школы эти неточности легко побеждаются у них подлинной юридической терминологией и анализом.

Мы пошли по этому пути обезразличения юридических явлений еще много далее французского кодекса.

В той картине принадлежностей, какую дают нам приведенные выше статьи т. X, ч. 1, частное землевладение смешивается с территорией, понятие принадлежности в смысле топографическом и географическом явно идет взамен понятия принадлежности в смысле гражданского права. Где ж в самом деле реки составляют принадлежность клочка земли, отмежеванного в частную собственность? В каком смысле дороги, мосты, перевозы могут составлять принадлежность част-

ной собственности? Разве в смысле поборов с проезжающих, которые, как известно, были рано отменены. Что ж оставалось для прилегающего к дороге землевладельца в смысле его частного притязания на дорогу? Тут место повинностям, а не правам, и, как известно, в числе таких повинностей была очень тяжелая, не закрывать полей до Троицына дня и после Покрова, чтоб гуртовщики могли пускать скот на подножный корм¹. В каком смысле, наконец, могла церковь рассматриваться как *принадлежность* частного землевладения? Натурально, не в смысле хозяйственной ее принадлежности².

Cujus est solum ejus est usque ad coelum et usque ad inferos, такова формула, нашедшая себе выражение в 552 art. С. с. “la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous”. Но это, однако, только принцип, а вовсе не анализ природы юридического явления. Надо взять art. 552 в целом, чтобы понять применение этого принципа. Если наше законодательство к числу *принадлежностей* земли относит сокровища, в недрах ее сокрытые, все произведения и прибыли на ее поверхности, то всякому хорошо известно, что эти сокровища, ископаемые богатства, надо вперед открыть, чтобы их *приобрести*, ибо иначе они ничего не дают, что эти плоды надо вперед разработать, чтоб они были хотя видны, и лишь затем *приобрести* их в частную собственность, как это и ясно в указ. art. 552 С. с.

Если ни материал, бывший в обработке наших кодификаторов, ни образцы обработки, какие были в Code civil, не могли дать удовлетворительных для т. X, ч. I результатов в смысле юридической техники,

¹ Известно, что эта тяжелая, иногда опасная (чума) форма участия общего была вызвана ловко рассчитанной операцией некоторого финансиста XVIII в. из мещан, который снял у придорожных землевладельцев луга, прилегающие к дороге, и вызвал этим заметное повышение цен на мясо в Петербурге.

² Глава 17 ст. 27 Улож. ц. А. М. говорит о продаже и залоге вотчин и указывает, как ценить вотчины, поступившие в продажу или в залог, причем за церковное строение, за боярские и людские дворы, за мельничное и прудовое строение платить по оценке сторонних людей. Можно ли отсюда заключить, что церковное строение есть *принадлежность* земельной собственности, как это делает Свод? Это очень сомнительно, ибо церковь все же стоит вне частного обладания, а понятие принадлежности не может идти дальше этого круга вещей. Церковное здание не может получить другого назначения по усмотрению землевладельца, и пользование им не может быть возбранено или утилизируемо для частных выгод, как это можно сделать с барским строением или мельницей. Уложение не делает церковного строения *принадлежностью* частной собственности, как не могли межевые инструкции сделать принадлежностью лоскута земли реку, дорогу, озеро и проч., которые, однако, в смысле *топографическом* несомненно составляли принадлежность земли. Нахождение в имени церкви и указание на это составляет самое обыкновенное явление в старых грамотах. Именуют не только церковь, но и придел (А. Ю. № 105).

то этого отнюдь нельзя отнести к самому русскому праву, в многочисленных данных коего, подлежащих обработке, легко указать самые ясные следы вполне правильного расчленения понятий территориальных и частноправных принадлежностей землевладения¹.

Совершенно в духе новоевропейских кодексов понятие состава и принадлежности обезразлично в статье о фабриках и заводах (см. ст. 388).

Но много дальше европейских образцов в этом обезразличении мы ушли, описывая *принадлежности дома*, которые “*суть те части (?) оных, составляющие внутреннюю и наружную отделку, и те украшения, которые невозможно отделить от здания без повреждения, как-то: мраморные, красного дерева и другого рода полы, мраморные, медные или чугунные каминны, дорогие обои, зеркала в стенах и т. п.*” (389). Вся *обстановка дома взята*, очевидно, у французов; у нас она могла иметь небольшое приложение. Лучше было бы в данном случае взять у французов *статью их кодекса*, чем этот список предметов роскоши, в круг нашего гражданского законодательства. Art. 525 С. с. указывает не только те предметы, которые так или иначе (то же у немцев) *прикреплены* к дому, но и совсем *отдельные* вещи, имеющие, однако, прямое назначение служить украшению здания (статуи в устроенных для них нишах). При теперешней методе стройки *целая масса вещей* не просто только пригодных, но приспособленных и уже получивших кон-

¹ См., напр., в Акт. Юр. № 53 — раздача Путьской волости помещикам, причем уголья всякие в реках, в озерах, лесах остаются в общем пользовании. Такие виды пользования в общем достоянии волости вводятся в актах отчуждения, залога, в счет *принадлежностей* села, полусела, той или другой недвижимости или поселья, в самых разнообразных оборотах речи. Село земли с дворами и дворницами, с пашнями, лугами, ловищами, хмельниками и с всякими *притеребы*; обозначаются при некоторых угодьях и *движимости* более или менее обстоятельно, рыбные ловли и *поплавные невода рыба ловити*. Часто обозначения очень общие, встречающиеся не у нас только, а и в старинных немецких сделках, каковы известные формулы “куда коса, соха, топор ходили”, и еще общее “со всем, что исстари к тому селу потягло”, иной раз в этих притеребах ищут определить пределы пользования, напр., в покосах “что скосим мы и что скосите вы, а где сойдемся — полно”; в лесном уголье показывают, на что имеет идти лес, деревом ли, дровами ли, или для мелких хозяйственных нужд; для предупреждения злоупотреблений при разверстке общей прибыли от общего бортового промысла весь мед сливали вместе и делили противу дач (А. Ю. № 53). В другом месте названы жернова запасные, что у мельницы лежат (№ 85). Есть, стало быть, случаи, где довольно общего обозначения *всего, что потягло*, или *всех притеребов*. Но старая практика знает и такие случаи, где при покупке вещи, недвижимости, присоединяются в договоре особые приделки, не составляющие принадлежность недвижимости, а лишь *осложнение состава договорной сделки*. Таким образом, покупатель недвижимости выговаривает себе двое порт, шубу, да чюпрюн, да девку Феню (Новгор. данные А. Ю. № 110. VI).

кретное применение для хозяйственного назначения, должны быть рассматриваемы как принадлежность дома, совершенно независимо от вопроса о каком-либо скреплении их с самым зданием (зимние рамы). Таковы приспособления для подъема тяжестей, воды; таковы подвижные лестницы, прилаженные к данному строению, хотя бы и не прикрепленные к нему (в нов. Имп. код. 1896 г., см. ст. 97, 98). Служебное назначение вещи, которое связывает ее с потребностями лица, а не с вещью, недостаточно, чтобы определить ее свойства принадлежности в точном юридическом смысле. Итак, принадлежность в техническом смысле должна быть строго отличима от принадлежности в смысле личного присвоения или обладания.

Сколько-нибудь исчерпывающего учение о принадлежности изложения нельзя достигнуть ввиду изменчивого влияния экономических и фактических интересов, коими определяется в обороте связь вещей в некоторое хозяйственное единство. Здесь не только масса фактического разнообразия, но и различие обычаев локальных, профессиональных дает неисчерпаемый материал.

Что касается юридического значения такой связи *двух вещей*, то оно крайне важно во всех сделках обмена имуществом. Нормально вещи принадлежностные следуют за главными при всех видах отчуждения, а особенно в актах залога недвижимостей. Опасность злоупотреблений, в особенности в случаях принудительного отчуждения вещей, служащих для обеспечения принудительных взысканий, побуждает законодательство тщательно разрабатывать вопрос о принадлежности и составе вещи, особенно недвижимости, на случай ее залога (ст. 392. Т. X. Ч. 1); об этом мы будем иметь случай говорить в своем месте (Уст. кред. изд. 1887 г. Разд. VIII. Ст. 38)¹.

Французское право и под его влиянием, как сейчас увидим, отечественное законодательство разрабатывает вопрос о составе, принадлежности, плодах вещи, особенно в положениях об ответственности владельца добросовестного и недобросовестного по иску собственника.

В том же титуле о существе и *пространстве прав* на имущества (кн. II. Разд. 2), где смешаны столь разнообразные юридические явления, мы имеем особую статью о *приплодах и приращениях от животных*. Закон определяет их "принадлежность" (ибо руководящей служит точка зрения *пространства права*), точнее, однако, присвоение, приобретение приплода по началу материнства; кто хозяин самки, тот

¹ Было бы совершенно ошибочно, точно держась текста нашего кодекса, связывать принадлежность разных вещей, перечисленных в ст. 424, 425 и друг., с правом *полной* собственности на землю, ибо эта же связь будет существовать и при *неполном* праве собственности, указанном в отдельных пунктах статьи 432.

хозяин приплода (431). Наряду с этим приведенная статья указывает годовой срок для отыскания приплода от животных, находящихся в чужом владении. Та же точка зрения “принадлежности хозяину” плододприносящей вещи выдержана и для всех ее *плодов, доходов, прибылей, приращений, выгод* и всего, что трудом и искусством его произведено в том имуществе (ст. 425). Понятие принадлежности явно выдержано не в смысле связи *двух вещей*, а в смысле присвоения *вещи лицу* соответственно французскому *appartenir à quelqu'un*, кому-либо, а не чему-либо.

Имея в виду только эти две статьи, мы не вышли бы из старинной контроверзы, разделяющей издавна западный мир в вопросе о положении плодов вещи в цивильно-оборотном смысле. Составляют ли плоды *часть плододприносящей вещи* или это вещь новая?¹ Это различие исходных точек учения о плодах дает, как известно, в западных учениях, особенно в немецкой литературе, целый ряд консеквенций для всех важнейших пунктов учения о плодах в его дальнейшем развитии. Мы не имеем, однако, никаких оснований предполагать, что наша кодификация не просто заимствовала из кодексов, служивших ей образцом, неудачную терминологию и порядок изложения имевшегося под рукой материала, а избирала одни ученые мнения (Донеля), и отвергала другие, чтобы сделать их руководящими для практики. Называя плод *принадлежностью*, наша кодификация выдерживала принятое ею в основу понятие существа и пространства прав на имущество. Этому *пространству* прав оно подчиняло безразлично и плоды вещи, и обнажившееся русло реки, и вновь образовавшийся остров. Все это входило в *пространство прав* и посему принадлежало *хозяину* прилегающего землевладения, плододприносящей вещи и проч.

Здесь нет принципа *юридического*, который решает вопрос об особой природе состава вещи, плода, дохода, а чисто *статическая* точка зрения разграничения обладания вещами.

¹ Мы не будем здесь приводить контроверзных по этому вопросу мнений французских и немецких писателей, ибо их легко найти в указанных в начале этой книги учебниках. В настоящее время русскому читателю стали доступны, без знания иностранных языков, не только эти контроверзные мнения, но и блестящая разработка и нередко очень счастливое разрешение безвыходных, казалось, противоречий источников, в работах проф. Л. И. Петражицкого, особенно в его книге “Права добросовестного владельца на доходы”. Петербург, 1897, где автор суммирует результаты прежних своих работ, опубликованных частью на немецком языке. В настоящее время мы имеем второе изд. (1902 г.) названной книги, в которой автор тщательно установил свое отношение к вызванным первой публикацией работы литературным мнениям. — Для указан. контроверзы см.: *Vangerow*. § 326. Anm. I. *Göppert*. С. 149. *Углер*. § 56. Пр. 22. *Регельсбергер*. С. 393.

Поэтому нас не удивит, что в других местах кодекса мы встретимся с другими воззрениями на те же плоды вещи. Как только оставлена точка зрения *пространства* и принята точка зрения развития, движения, работы, *производства*, т. е. динамическая, *das Werden des Rechts*, так тотчас плод является вещью новой, коей судьба не та же, что судьба состава или принадлежности вещи, а совершенно иная, смотря по различию правоотношений, в коих находится владелец вещи к собственнику ее.

Если для юриспруденции представляется в высшей степени неудобным смешение понятий состава и принадлежности вещи, то смешение понятия плода и состава вещи или ее принадлежности для сколько-нибудь развитого юридического быта еще несравненно более неудобно.

Обезразличение состава, принадлежности, плода свойственно неразвитому обмену, эпохе застоя, неподвижности. В истории нашего права это точка зрения, обращенная к прошлому. Где речь только о *пространстве*, там господствует недвижимость. С эпохи Петра начинается другая фаза развития и другая точка зрения на правообладание. И обе точки зрения ясны в составе Свода. За вопросом пространства идут, медленно преуспевая, *задачи производства*. С этим вместе наступают новые условия и новая точка зрения на плоды и доходы, где пространство прав собственности не решает вопроса, а встречается с вопросом труда, производства, движения.

С этим вместе вступают на очередь вопросы права, чьими должны стать плоды вещи? Тому ли они имеют *принадлежать* или, вернее, тот ли их имеет *приобретать*, за кем обладание, пространство, или тот, кто их произвел, кто образовал, кто развил продуктивную силу плодоприносящей вещи?

Уже в старом составе статей Свода, различая понятия имуществ недвижимых и движимых, наш кодекс объявляет *принадлежностью* земли только произведения, на ее поверхности *обрастающие*, а также *сокровенные* в ней металлы (387). — Но уже хлеб *сжатый* и *молоченный* перестает быть принадлежностью или составом недвижимости. Он есть *особая вещь*, притом *движимая* (401).

Но этого мало. Точка зрения на плод как на вещь *отдельную*, коей судьба вовсе не связана необходимо с плодоприносящей вещью, определяется окончательно и развивается лишь вместе с дальнейшим движением нашего права. Она есть новая, последующая, и при этом, несомненно, торжествующая, вводящая в тесные пределы старую точку зрения состава, принадлежности, вообще пространства. Это отторжение от старых уз — эмансипация движимости.

Окончательно эта новая точка зрения выработалась и выразилась в нашем кодексе лишь в изд. его в 1857 г., куда был введен закон о

вознаграждении за вред и убытки за владение чужим имуществом (в изд. 1857 г. и послед. это ст. 609 и след.).

Этот закон в целом составе выработан в 1851 г. под очевидным влиянием западных законодательств, особенно французского права, и довольно тщательно соображен с местными условиями обмена. Мы не имеем основания рассматривать его здесь в полном его составе, и вопрос, который занимает нас здесь, есть только *понятие плода*, в нем выработанное и представляющее собой несравненно большее развитие, чем в прежнем составе нашего гражданского кодекса. Шаг вперед настолько значительный, что проф. Петражицкий в указанном выше труде задается вопросом, не следует ли закон 21 марта 1851 г. рассматривать и в составе Свода как последующий, имеющий силу отменять прежние нормы. Нет сомнения, что к статьям Свода нельзя применять хронологического критерия, но, несомненно, метода так назыв. “внутренней хронологии” в данном случае может действительно дать основание для такого вопроса.

Что же дает нам нового этот закон?

Учение о плодах, как было замечено выше, принадлежит к числу крайне controversialных в юридической литературе¹. Под именем плода² следует разуметь любой правильно возвращающийся *приход* (*доход* в легальной терминологии) от любой вещи или составной части имущества, которая образует, таким образом, капитал. Этот момент постоянной *хозяйственной прибыли* выражен именно во французском кодексе. Плоды, не представляющие этого свойства *периодичности*, *revenu*, *reditus*, не составляют в экономическом и юридическом смысле плодов или доходов с капитала. Французская практика не вводит в лесоводном хозяйстве дерево, достигшее предельного роста и идущее на сруб не в очередь, в понятие лесохозяйственного прихода. Это бу-

¹ Обзорение всего учения можно найти у Гопперта, которого труд и теперь очень ценится, несмотря на трудность изложения. Все учение до сих пор покоится на латинских основах, и контрверзы, связанные с толкованием текстов классиков, длятся века. Профессор Петражицкий делает для русских читателей доступным не только изучение вопроса, как он определился в юридической литературе западной, но, идя в исследовании труднейших проблем учения глубже своих предшественников, открывает путь к устранению многих спорных пунктов и дает для разработки вопроса такие солидные и широкие основы, что один из лучших пандектистов нашего времени, берлинский профес. Гейнрих Дерибург становится решительно на его точку зрения и делает существенные изменения в целом ряде соответствующих этому учению параграфов своего пандектного учебника, следуя мыслям профессора Петражицкого.

² *Frugem pro redivu appellari non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Julianus scribit (Юлий Павел. 1. 77 D. de V. S.).*

дет *субстанциальная часть вещи*, так же как валежник. В латинской системе нахождение клада не входит в *доходность* землевладения.

Только этот смысл плода составляет предмет разработки юристов в классическом праве, а *не случайная прибыль* хозяина вещи, связанная с ее обладанием. Мы имеем, стало быть, в этом учении дело с миром отношений, свойственных развитому экономическому быту. Именно к такому быту и к юридическим отношениям, в его условиях образующимся, только и могут быть прилагасмы приемы научного анализа экономических дисциплин и соответственно этому приемы юридического анализа вопросов приобретения, обмена, оценки этого вида имущества, которые мы находим в развитых системах старого и нового времени¹.

К этой точке зрения приближает нас весьма закон 21 марта 1851 года.

Когда мы рассматриваем плоды в этом смысле, то *понятие плода* будет обнимать собой круг явлений, *не связанных* необходимо с *процессом природной продуктивности* вещей. Тут та же *юридическая переработка*, какую мы указывали выше в учении о лице, в общем понятии вещи и проч. Далеко не все, что есть естественный продукт, будет в смысле хозяйственном и юридическом плодом вещи. И, с другой стороны, понятие плода в смысле юридическом вовсе не кончается там, где не имеет места производительность физиологическая, растительная или животная. К кругу плодов относят не только перио-

¹ На этом признаке *экономически правильно построенной доходности* имущества основаны наиболее ценные результаты изысканий проф. Петражицкого для разъяснений многих загадочных вопросов классических источников и для юридической конструкции всего учения о плодах, отдельных приложений этого учения в разных частях системы, особенно в трудной проблеме приобретения плодов вещи добросовестным владельцем. Разработав столь счастливо одну из основных проблем цивилистики, проф. Петражицкий открыл себе верный и самостоятельно им проложенный путь не только к целому ряду других *частных* задач в области нашей науки, но и к общим методологическим и цивилизно-политическим проблемам гражданского права. Для этого недостаточно, конечно, одного усердия, столь распространенного у нас, к наукам экономическим, сопровождаемого обыкновенно нерасположением к гражданскому, особенно римскому праву, а необходима полнота обладания обеими дисциплинами, которая не только у нас, но и на Западе составляет явление весьма редкое. То понятие плода, которое столь долго полагалось в основу всего учения и которое служит заголовком сочинения Гопперта "Die *organischen Erzeugnisse*" есть слишком узкое и направляющее мысль на ложный путь изысканий, ибо не нужно быть *органическим* продуктом вещи, чтобы стать плодом ее эксплуатации, и, с другой стороны, недостаточно этой именно связи произведения с производителем, чтоб иметь критерий экономической доходности данной хозяйственной единицы (ср.: *Дерибурге*. Там же. § 8; Нем. гражд. Ул. 1896 г. держится во многом прежней точки зрения. См. ст. 99 и след.).

дически прибывающие приплоды или приросты в хозяйстве того или другого рода, но наряду с этим массу вещей, имеющих *цивильно-оборотное значение, совершенно независимое от физиологических процессов*. Таков лед, таковы каменоломни, каменноугольные копи, таков торф. По отношению к животным доходность их в хозяйстве и в праве принимается не со стороны только приплода, на который указывают многие статьи рассматриваемого раздела, но еще в массе комбинаций: шерсть, молоко, навоз, рабочая сила скота (см. в нашем законе особ. ст. 620. П. 3 и 643), а также *употребление предметов*, кроме капитала и животных, *если эти предметы могли приносить доход* (643).

В том же смысле периодически возвращающегося плода вещи следует разуметь и все *денежные поступления* от найма, аренды, процентного займа, насколько они представляют собой не умаление субстанции плодоприносящей вещи, а производительный результат хозяйственной функции вещи в гражданском обороте.

Указанный нами выше закон 21 марта 1851 года стоит именно на этой широкой точке зрения на плоды вещи как на постоянные *хозяйственные выгоды*, которые дает производительное употребление вещи в гражданском обмене. Посему в качестве плодов фигурируют в нем, независимо от умаления субстанции, доходы имуществ, в смысле непосредственно поступающих эксплуатирующему имуществу хозяину продуктов хозяйства и в смысле сданных им за деньги отдельных хозяйственных доходных (оброчных) статей для непосредственной эксплуатации их третьими лицами. От поступлений всякого рода, при этом без вычета трат для экономической эксплуатации вещи, закон отличает *понятие дохода чистого*, т. е. остающегося в руках хозяина за вычетом трат (620, 623, 630, ср. с art. 548 Code civ.). При этом в составе законоположения легко различить плоды, еще связанные с вещью и не представляющие собой отдельного объекта обладания. Это так назыв. *fructus pendentes*. По отношению к этим вещам возможны юридические сделки только в смысле вещей, имеющих впоследствии получить отдельное существование, *res futurae*¹. Наряду с этим закон различает понятие плода, *имевшего поступить*, но не поступившего по небрежению в хозяйственной деятельности владельца (624). Известная степень хозяйственной бдительности есть, очевидно, обязательная для владельца плодоприносящей вещи. Наконец, здесь же мы имеем

¹ Из XVII в. к нам дошел любопытный раздельный акт, в коем предметом делажа служат *могущие со временем родиться от пары, еще не состоящей в браке*, некоего Перфилки и девки Ириньиды, *дети* (А. Ю. № 267); римское право не допускало этой заводской точки зрения на рабов *quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur ut pariant*. L. 27 pr. D. H. P. (V. 3. *Ulpianus*); *absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*, читаем у *Гая*. L. 28. § 1. D. 12. 1.

все выгоды и прибыли, пришедшие уже к рукам хозяина, или не пришедшие еще, но долженствовавшие произойти поступления, *связанные с известным периодом хозяйственной эксплуатации вещи*, в отличие от таких, которые принадлежат следующему периоду (620, 626, 635).

Все эти различия в понятии плода сделаны в рассматриваемом законе языком далеко не техническим, очевидно, ради общедоступности, обыденными наименованиями их в разговорной речи. Несомненно, это лишает их прецизности, которая важна для юридических целей, но не мешает, натурально, перерабатывать их в этом смысле правильными приемами юридической интерпретации.

Существует еще весьма важное для юриста деление вещей на категории, одинаковые как в римском праве, так и у нас, именно, *деление имущества на отдельные и нераздельные*. Соответственно понятию делимости, в науке общего права выработаны особые признаки делимости вещей. Имущества со свойствами делимости в нашем законодательстве называются *раздельными*. На это указывают ст. 393 и 394 X т. Из них видно, что понятие делимости и неделимости, установленное в юриспруденции, не соответствует такому же понятию в смысле физических признаков. В природе все вещи делимы до бесконечности. Юриспруденция не всегда признает за ними свойства делимости. Значение такого признания вполне будет понятно, если мы примем во внимание, что, устанавливая свойство неделимости вещей, мы имеем в виду *критерий гражданского оборота*, а не физические свойства вещи. Посему, в тех случаях, где свойство делимости вещи, как физической вещи, неприменимо для оборота, мы называем эту операцию не делением вещи, а ее порчей, уничтожением прежней вещи. Напр., дом, по свойству материала, из которого он выстроен, может быть разделен на части, но будучи разделен, он перестает быть домом. Точно так же разделенное на части животное не тождественно, конечно, с целым животным. В том и другом примере в результате деления получается нередко вещь новая вместо прежней. По договору купли-продажи коня или дома нельзя предоставить покупщику конину или бревна и камни. Итак, существуют вещи, которые от деления их на физические части теряют свои прежние оборотные свойства. Но есть также и такие вещи, которые допускают деление и которые ничего не теряют от этого. К ним относятся все вещи, которые определяются мерой, весом, числом. Сюда относятся также и земельные участки. Таково юридическое значение делимости и неделимости вещей.

Говоря о нераздельности имущества, мы имеем в виду *юридическую невозможность деления самой вещи на части*, но этим не исключается возможность обладания отвлеченными долями такого имущества. Здесь открывается сфера общей собственности. В имуществах

нераздельных, говорит кассационная практика Сената (к ст. 546), нераздельным признается только *предмет* права, а *самое право* представляется раздельным. Таким образом, вещь может быть неделима, но двоим могут принадлежать доли в обладании ею. Разделение на доли не влечет разделения на части, и посему в купле дома, коня, могут участвовать двое, трое и т. д. Тут имеет место то, что технически известно под названием *partes pro indiviso*. Это свойство вещей весьма важно иметь в виду при изучении юридических сделок и вообще явлений гражданского оборота.

Что касается нашего законодательства, то оно в своих постановлениях прямо подходит к вышеустановленному понятию делимости и неделимости. Оно относит к нераздельным вещам именно те вещи, которые хотя физически и способны делиться, но, будучи разделены, совершенно не годятся для гражданского оборота, и потому считаются неделимыми. Таким образом, момент пригодности вещей для гражданского оборота есть решающий при решении вопроса, к делимым или неделимым имуществам следует отнести данную вещь? Когда, напр., недвижимое имущество может быть разделено на такие части, из которых каждая отдельно способна стать предметом отдельного обладания, оно называется раздельным имуществом. Если оно способно делиться, но без последнего условия, оно относится к числу нераздельных имуществ. Таково определение нашего законодательства (X т., 393 ст.).

Это определение относится опять *только к недвижимым* имуществам, причем *закон* наш, независимо от существа их, признает известные имущества нераздельными *на основании экономических и социальных соображений*. Относительно имуществ движимых наш X т. и в данном случае ничего не говорит. В римском праве действовало то положение, что имущества движимые, теряющие при разделении свою ценность, признавались нераздельными. Это положение должно считаться действующим и по отношению к нашему праву. В статье 394 X т. указано, какие именно имущества надлежит почитать нераздельными *по закону*. Сюда относятся: 1) фабрики, заводы и лавки; 2) принадлежащие государственным крестьянам, водворенным на собственных землях, участки земли, не более восьми десятин содержащие; такой именно размер участков признается неделимым, очевидно, *utilitatis causa*; 3) аренды; 4) золотые приски, состоящие на землях казенных и Кабинета Е. И. В.; 5) майоратные имущества; 6) участки, отводимые по Высочайшим повелениям малоимущим дворянам; 7) дворы городских обывателей (допускаются изъятия) и, наконец, 8) железные дороги с их принадлежностями. Сюда же могут быть отнесены и так наз. заповедные наследственные имущества (ст. 395). Такова экзemplификация понятий делимости и неделимости вещи, которую дает нам X т.

Некоторые из перечисленных здесь видов недвижимых имуществ, почитаемых нераздельными, допускают, однако, долевое участие нескольких лиц в их владении. Даже участок величиной в 8 десятин, не могущий быть отчуждаемым по частям, может принадлежать, напр., двум братьям, которые в таком случае являются обладателями каждой долей нераздельного имущества. И такой случай вовсе не будет противоречить закону, который, таким образом, допускает *partes pro indiviso*. Подробно закон не разрабатывает этого различия.

§ 43

Ограничение оборотоспособности недвижимостей в интересах союзов разного типа. — Союз родовой как общая стадия в истории развития права. — Остатки родовых недвижимостей в Германии. — *Retractus gentilicis* в прибалтийском Своде. — Сделки отчуждения недвижимостей в старом русском праве. — Ограничение права выкупа 40-летним сроком. — Родовые вотчины в эпоху Уложения. — Петровский указ о единонаследии. — Дальнейшее ограничение права выкупа. — Обилие указов. — Жалованные грамоты императрицы Екатерины. — Дальнейшие попытки расширения родового имущества. — Безуспешность. — Современное законодательство. — Попытки распространительного толкования закона. — Понятие предваренного наследства и его применение к данному случаю. — Несвоевременность расширения и ошибки в приемах истолкования. — Нематериальные блага. — Деньги. — Права как объекты. — Предел оценочности.

Нам надлежит остановить здесь наше внимание на одном явлении ограниченного правооборота, крайне характерном для известных эпох специального развития, не только удержавшемся, но как будто ищущем расширить свое применение в нашем праве дальше тех пределов, в коих его допускает наш закон.

Это явление связано с особой категорией вещей, имуществ и нашло в X т., ч. 1 себе место в гл. 1 разд. 1-го о разных родах имуществ, кн. 2-й, где мы в титуле главы имеем, наряду с делением имуществ на движимые и недвижимые, дальнейшее деление (только для имуществ недвижимых) их на *благоприобретенные и родовые*.

Явление ограниченного оборота имуществ *недвижимых* в особенности есть исконное в европейском праве. Масса остатков этого некогда господствовавшего порядка вещей удержалась до позднейшей эпохи в особом обилии в Германии и в землях, связанных своими современными юридическими преданиями со старой немецкой империей, именно в наших прибалтийских окраинных губерниях.

Возможно без всякого труда доказать, что эти остатки прошлого не имеют в своей основе ничего национального (ни немецкого, ни русского), ибо признаки буквально тех же ограничений обмена недвижимостей видны в старом итальянском феодальном праве, у французов, частью до конца XVIII в., а более широкое их применение мы найдем не только в старом и современном русском праве, но и в обычных правах некоторых наших инородческих групп.

Трудно исчерпать разнообразие видов этой ограниченной оборотности имуществ, упорно державшихся у немцев особенно до конца XVIII столетия¹.

Старые немецкие правительства охотно поддерживали некоторые виды ограниченной оборотоспособности недвижимостей в интересах светской власти, общин, отдельных родов и семей, для противодействия колоссальным захватам землевладения установлениями церковными разного типа. К концу XVIII в., когда *секуляризация* церковных земель сделала большие успехи, поддерживать разнообразные формы ограниченной оборотности землевладения, особенно в интересах таких исключительных и отживающих союзных форм, какова связь кровная сочленов одного рода, не было больше основания.

В законодательствах передовых западных монархий это почувствовалось тотчас. В ландрехте удержались лишь некоторые остатки старых ограничений оборота недвижимостей, и то больше в пользу таких землевладельческих форм, в коих право частное далеко еще не обособилось от тесного соприкосновения с интересом публичным. Наоборот, там, где одно *начало родства* составляло основу ограничений свободного оборота недвижимостей, — это ограничение было отменено уже в 1807 году, как не соответствующее хозяйственным интересам, правильно понятым и хорошо огражденным. В одном из немецких законодательных актов конца прошлого века выражена мысль, что это в общем одно из учреждений наиболее вредных, связанных для государств с гораздо большим количеством ущерба, чем выгод, которое при этом ослабляет расположение собственника к его родне, убивает предприимчивость, питает алчность и влечет за собой частые распри и гибельные процессы между лицами, связанными узами крови.

Понятно, почему прусское правительство, стоящее всегда очень бодро на страже интересов государства в особенности, решилось не только отменить слабые остатки прежнего порядка, но, отменяя их законом 2 марта 1850 г., не указало *никакого вознаграждения* для тех, у кого оставались еще притязания на выкуп (Retrakt) отчужденных вот-

¹ См. подробности у *Шмоббе* под двумя титулами особенно (Beispruchsrecht u Retrakt). § 87—91 его Handbuch.

чин по какому бы то ни было, особенно основанному на кровном родстве, титулу.

Французское законодательство рассчиталось окончательно со всеми этими заветами старины еще в революционную эпоху, и в Code civ. нет *права выкупа*, как его не было в латинском праве.

Натурально, приведенное нами выше мнение о вреде для интересов экономических и государственных ограниченной, особенно притязаниями родственников, оборотности недвижимостей, будет справедливо лишь по отношению к бытовым условиям известной эпохи (развитие государственности и системы общего гражданского права). Наоборот, в других условиях, как это сейчас было показано (против излишнего развития церковного землевладения), это установление могло приносить свою значительную долю пользы.

Многочисленные *ретракты* удержались до сегодня, как предание старины, в составе 3-й ч. местн. гражд. узакон. губ. прибалтийск. (ст. 1613 и след.), и между ними видное место занимает так назыв. *retractus gentilicius* или *consanguinitatis* (ст. 1654 и след.). Натурально, и здесь та же пестрота норм, которую Зом прозвал на прощанье костюмом арлекина, характерная вообще для старонемецких институтов. Однако общая "цель наследственного выкупа заключается в сохранении за родом, ради поддержки его знатности и блеска (*splendor familiae*), тех недвижимостей, которые сделались в нем потомственными" (1655). Реквизиты образования таких вотчин довольно строгие, нужна не только отчина, но дедина и еще высшее потомственное преемство (1659 ст.); это, конечно, не везде так. Круг лиц заинтересованных есть частью довольно ограниченный¹.

В таком виде и с этими целями, которых никак нельзя назвать общегражданскими, имущества с ограниченной правооборотностью сохранились и в Германии. Но это *специальные* фиденкомиссарные *установления*, существующие для *höchstadeligen*, для *Dynasten*, как их именует Саксонское зеркало. В нашем гражданском праве этому соответствуют не родовые имущества, не право родственного выкупа, а имения заповедные, составляющие совершенно исключительное явление в сфере имущественных институтов.

Насколько интересы *рода вообще* мало ограждены ныне правом выкупа, видно из случаев учреждения *особых союзов* для этой цели, именно для поддержки членов одного рода. Образец такого союза родичей для взаимопомощи мы имеем в учрежденном в 90-х годах обществе взаимного вспомоществования известного рода фон Раден.

¹ Наряду с этим в Прибалтийском крае есть особенное ограничение наследственного преемства, основанное на договоре, в определенном союзе лиц, родонаследственном (2501 и след.).

Наиболее любопытным и важным для нашего изучения является здесь, конечно, удержавшееся до сих пор в *широком приложении* у нас в *составе общего права* различие имуществ на родовые и благоприобретенные и связанное с ним ограничение правооборотности этих имуществ, особенно в виде права выкупа их от покупателей-чужеродцев.

Учение об этом виде имуществ превосходно, как бы монографически, разработано по отношению к его истории именитым русским цивилистом, покойным Константином Алексеевичем Невוליным, в его “Истории российск. гражд. законов”, во-1-х, в связи с общим учением о разных родах имуществ (§ 225—228) и в особенности обширно, в связи с учением о договоре купли-продажи, в особом отделе о выкупе родовых имуществ (§ 413—430). Эту историческую сторону вопроса следует изучать именно с помощью Неволина.

Вопрос об ограничении оборотности имуществ недвижимых вообще и тех в особенности, характер обладания коими связан со старинными повсеместными союзными формами общности, представляет собой громадный интерес для всей истории права. В этих пределах мы не можем его здесь касаться.

Нет сомнения, что много ранее развившихся ныне форм личного обладания имуществом вообще, недвижимостями в особенности, господствующими формами и землевладения, и обмена имуществ были формы обладания и обмена союзного¹. Это давно замечено западными и нашими историками права. Профессор Ф. И. Леонтович в своем замечательном исследовании “Старый земский обычай”. Одесса, 1889, говорит: древнейшие формы частноправного ряда (не одной купли, о которой трактует Неволин) образовались несомненно под влиянием первичного группового ряда *старых родов* и общин; ряд в последней форме, можно думать, предшествовал образованию частноправного ряда... Первичной сферой ряда были не индивидуальная жизнь и отношения отдельных лиц, но именно междусоюзные отношения целых общественных групп, *старых родов* и территориальных общин. Являясь главными и чуть ли не единственными деятелями имущественного оборота, а следовательно, и главными субъектами прав вещных, *роды* и общины вели весь свой имущественный и хозяйственный оборот в форме разного рода сделок, докончаний и проч. *Члены рода* не имели индивидуального объекта для договорной сделки от себя лично, и потому, если участвовали в рядах, то всегда по сделкам своего *рода* и племени (с. 58 и 59).

Эти совершенно верные идеи выработаны проф. Леонтовичем не на изучении только русского и германского права (как у Неволина), а еще и множества славянских исторических бытовых форм.

¹ Мы касались этого вопроса выше, разъясняя историю союзной личности.

Эти идеи прекрасно иллюстрируются обильными памятниками старинных сделок, частью бывших уже в виду у Неволлина, частью вновь опубликованных¹ и разработанных позднейшими писателями.

В этих памятниках юридических сделок мы имеем случаи отчуждения (возмездного и безвозмездного) недвижимостей самого различного свойства, производимых иногда *целым родом* или общиной, причем нет сомнения, что отчуждаемая земля, рыбная ловля и проч. принадлежат всему союзу (см.: Новгор. купчие и данные в Акт. Юрид.).

Наряду с этим идут разнообразные акты, в коих отчуждение или залог вотчины производится самим вотчинником, но *с соучастием*, в качестве свидетелей сделки, послухов, его близких, не только нисходящих, но и его родичей.

Еще более любопытно и характерно для эпохи последовательное очуждение целыми поколениями, дедом, отцом, внуком, все той же отчины их старинной и тому же приобретателю. Своеобразная *iteratio*, без которой право некрепко в руках приобретателя. Очевидно, один акт продажи, залога вовсе не достаточен, чтоб вещь перешла к приобретателю, ибо, закладывая ее или продавая, даря, жертвуя, отказывая, я достигаю в юридическом смысле только того эффекта, которого я способен достигнуть по степени интенсивности моего права. Я продаю за себя, за детей, но если землевладение не мое только, а *наше, старинная наша отчина, дедина*, то явно, что я один не могу разорвать связи ее с нашим родом одной своей силой. Надо, чтоб со мной в сделке отчуждения или соучаствовали эти близкие, или чтоб они подтверждали, как князья подтверждают свои жалованья, мою волю последующими своими сделками, тоже или даровыми или возмездными. Это наблюдение дало основание Неволлину заключить, что сделка купли-продажи (это только пример) не представляла собой в старинном смысле акта окончательного переноса права собственности по недвижимостям на приобретателя. Чтоб дать акту более решительный эффект, прибавляли к купчей или дарственной слова — в век, в прок, в одерень. Но и это, как видно из некоторых примеров², не гарантирует приобретателю бесповоротность укрепления. Правопреемник продавца, нисходящий, родич, нередко может предложить приобретателю деньги, уплаченные им за вотчину, и вернуть ее себе. Здесь зародыш *права выкупа* для разных кругов лиц, особенно для родичей. Купля-продажа приобретает, таким образом, характер как бы только фиду-

¹ Особенно Федотовым-Чеховским в 60-х годах, г. Мейчиком в 70-х (см. выше) и в последнее время С. А. Шумаковым и другими. Молодой московский ученый П. И. Беляев (однофамилец Ивана Дмитриевича Беляева) воспользовался всем наличным материалом в своем последнем исследовании "Анализ некоторых пунктов древнерусского завещания". Москва, 1897, особ. с. 89 до 101.

² Особенно у Мейчика.

циарной формы залога, с переносом права собственности на покупателя до возврата ему покупной цены.

В правосознании еще мало развилась та решающая сила сделки, окрепшая, отвердевшая, которая соответствует и в вопросах права кристаллизовавшемуся сознанию права моего и только моего, без соучастия в его укреплении целых кругов лиц, имеющих на вещь эвентуальные притязания разного типа. И сила личного права, и сила сделки еще в состоянии неокрепшем, текучем, *im flüssigen Zustande*, как выражался Phering. Это особенно ясно везде, где недвижимость отчуждается ценой движимого имущества, денег, которые в эту пору далеко еще не способны составить эквивалент землевладения.

Особое обилие всякого рода актов отчуждения недвижимостей дошло до нас из сделок с монастырями. Установления церковные могли надежнее сопротивляться возобновлявшимся притязаниям родичей на отчужденные им недвижимости.

Но и тут много примеров как бы все возобновляющегося укрепления за монастырем раз проданного, заложенного и просроченного или отказанного монастырю землевладения, пока, наконец, приобретение чужой вотчины у монастыря станет окончательным.

К тому времени, когда стала крепнуть сила Московского государства, в нем самом образовался надежный и постоянный посредствующий орган, который способен был сообщить большую твердость этому состоянию ферментации сделок по недвижимостям. С этим вместе неисчерпаемое, вероятно, у нас, как и у немцев, разнообразие притязаний союзов на подтверждение старых сделок или на выкуп землевладения сводится к одному типу и ограничивается определенным сроком. По отношению к родовым вотчинам уже Судебник Ивана IV ограничивает притязание родичей на выкуп родовой вотчины, правда, крайне продолжительным, но все же *раз навсегда установленным* сорокалетним сроком.

Только в московском законодательстве становится возможным определить более или менее надежным образом и другие черты права родового выкупа.

Здесь же государство было наиболее заинтересовано *в охране землевладения в руках служилых людей посредством выкупа* их не только из обладания чужеродцев, но особенно из обладания церковного.

Уложение царя Алексея Михайловича только точнее определяет те же черты старого института выкупа родовых имуществ и в том же кругу служилого сословия, удерживая тот же сорокалетний срок. В других классах были своего рода ограничения правооборотности недвижимостей, но не интересами рода, а совершенно иными, преимущественно податными.

Указ Петра о единонаследии сделал излишним выкуп, ибо, собственно, и самые акты отчуждения стали по силе этого указа весьма редки. Одно важное видоизменение следует заметить в составе этого законоположения. К числу имуществ, подлежащих действию этого указа, отнесены не только земли, основа служилого фонда в Московском государстве, но и лавки и дворы. До крайности трудно объяснить себе, каким образом, по каким соображениям Петр Великий, требовавший науки и труда, а не суетных ожиданий дарового стяжания от класса служилого, от кадетов особенно, мог расширить на имущества торгового типа (лавки) то же ограничение гражданской правооборотности, которое, по существу, соответствовало, казалось бы, только привилегированным формам обладания служилого класса населенными имениями.

Здесь, кажется, уместно одно предположительное объяснение. Петр знал, какую силу заключал в себе старый класс подьячих для извращения смысла его законов и для их обхода. Абсолютный характер указа, быть может, был направлен именно против этого мастерства обхода указов старым подьячеством.

Со времени отмены петровского закона указом Анны (1831 г.) в практике родового выкупа начинается такое усиленное движение, что во всей сфере прав челобитчиковых нелегко найти другой вопрос, который разрабатывался бы с такой тщательностью и постоянством, как именно *вопрос о родовом выкупе*. Очевидно, что наряду с принявшей после отмены петровского указа крайне широкие размеры коммерциальностью населенных имений привилегированные их обладатели были до крайности заинтересованы именно операциями поворота отчужденных родовых вотчин опять в свой род. В течение XVIII, а затем и начала XIX в. в этой сфере обнаруживаются признаки, носящие тревожный характер. Притязания родичей идут не на недвижимости только. В законодательных сферах возбуждается вопрос о праве поворачивать сделки отчуждения *отдельных крепостных людей в чужой род*. И это, в иных случаях, могло давать некоторые барыши!... Наконец, в александровскую эпоху не только притязают, но достигают, временно, *признания родового характера даже за капиталом*¹. Все средства хороши для обеспечения интересов родичей, кроме своего труда и промысла.

Несомненно, однако, что законодательство даже эпохи Анны вовсе не спешит идти навстречу этому вдруг охватившему общество подъему родственных чувств. Мы видим, что указы этой эпохи не только не спешат отдельно взятых крепостных объявлять родовым достоянием, но отказывают признать характер имущества родового за Высо-

¹ Капитал до 5000 р. может быть объявлен неотчуждаемым из рода (1817—1824 гг.).

чайше пожалованными вотчинами. Сверх сего, и это в высокой степени важно, длившееся на целые сорок лет право выкупа родовых имуществ сокращено до минимальных пределов, до трехлетнего термина (1837 г.).

Указ не только дает нам это поразительное сокращение в свое время, в прежних бытовых условиях, неизбежной меры ограждения интересов родичей, но и разъясняет нам основания для этого изменения. Эти соображения близки к тем, которыми руководились немецкие законодательства той эпохи. Слишком продолжительное выжидательное положение недвижимости, купленной из чужого рода, ведет, в хозяйственном смысле, к тому, что *новый собственник* не только жалеет трат на улучшение благоприобретенного имущества, но прямо *запускает его, чтоб не привлечь родичей к повороту имени ценой выкупа*¹.

Весьма ограниченным оказалось при новом сроке выкупа *право детей* выкупать отчины, отчужденные или заложенные отцом, ибо при жизни отца дети не могут выкупать, а для выкупа после смерти родителя срок обыкновенно оказывался или уже истекшим, или очень кратким.

В екатерининском законодательстве, не только при отсутствии всяких новых поводов к расширению пределов применения типа родового имущества, но и при исчезавших старых поводах, так как церковные имущества усиленно секуляризировались в эту пору, мы находим именно такое расширение, правда, в особом виде законодательных актов, в жалованной грамоте, но все же несомненное их расширение.

Это любопытное явление видно в жалованных грамотах 21 апр. 1885 г. дворянству и городам. Никого не удивит жалованье служилому классу, ибо это было совершенно в духе той эпохи. Но наряду с торжественной речью манифеста, обращенной к дворянству, мы находим, *mutatis mutandis*, изумительную репродукцию того же жалованья мещанам: "мещанин быв первым приобретателем его состоянию приличного имущества, им благоприобретенное имение волен дарить, или в приданое отдать, или передать, или продать, кому заблагорассудит; *наследственным же имением да не распоряжается инако, как законами предписано*"². Таким образом, наш мещанин к концу XVIII века оказался хозяином не только благоприобретенного имущества, его состоянию приличного, которое закон предоставляет ему дарить кому угодно, но еще, сверх того, и имущества *родового*, которое он приобрел, очевидно, от своих предков в порядке законного преемства!

Труднее всего, конечно, для этого мещанина, собственно вечного *homo novus*, ради блеска своего рода, разыскать источники, способ-

¹ Ср.: *Неволин*. Ч. 3. С. 95 (§ 423) и указ 1737 г. Авг. 1-е (7339). П. 12.

² 1785 г. Апр. 21 (16188). Ст. 88. Ср. (16187) ст. 22.

ные удостоверить его генеалогию для выкупа им предполагаемой родовой недвижимости!

Это “жалованье” появилось в составе нашего права в такую пору, когда на Западе, не видя больше цели в старом праве выкупа даже в кругу дворянских родов, спешили устранить эти скорее вредные, чем полезные (см. выше), остатки старины из законодательной практики нового времени.

В таком нездоровом, мало соображенном с интересами действительности состоянии мы оставляем русское законодательство конца XVIII в. по вопросу о родовых имуществах.

Позднейшее право вынуждено было считаться с этой очевидной фальшью в ее практическом, конечно, совершенно спорадическом, применении к жизни. Надо было позже еще, в порядке законодательства, досказать, что выкуп может иметь место *только* в случаях отчуждения имущества *в кругу своего сословия*. Иначе и это давало повод к бесконечным кляузам. Это было досказано в законе 1807 года (т. X. Ч. I. Ст. 1350).

В результате этого законодательного движения, законченного и прецизированного детально в указах весьма различных эпох, мы получили тот институт родовых имуществах, который есть и поныне действующий в системе нашего гражданского права.

В современном своем состоянии институт родовых имуществах является в составе X т., ч. I весьма тщательно и безупречно разработанным по всем данным нашего старого права. Деление имущества на родовые и приобретенные отнесено исключительно к имуществам недвижимым, но к любому их виду (ст. 396), когда самое имущество составляет объект права собственности его владельца; к движимостям и денежным капиталам это деление имущества на два вида не имеет применения, и никакой спор о родовом их происхождении не принимается (398).

Закон наш не устанавливает прямо отвлеченных признаков, коими определяется свойство недвижимости как имущества родового, а дает нам перечень имуществах, которые должны быть рассматриваемы как приобретенные (397), и затем указывает случаи, когда недвижимости становятся имуществами родовыми (ст. 399).

К числу приобретенных отнесены имущества, доставшиеся *из чужого рода* покупкой, дарственной записью или иным укреплением; но сюда идет также имущество, *купленное и у родича*, когда оно у него было приобретенным. Имуществом приобретенным будет поэтому и такое, которое отец купил у сына, если оно досталось сыну от матери, не принадлежащей к одному с отцом роду. Главнейшим же образом приобретенным будет то имущество, которое *нажито собственным трудом и промыслом*. Наряду с этим законо-

датель разрешает еще два вопроса, способные возбудить колебание, именно: 1) каким следует почитать имущество, Высочайше пожалованное? Это вопрос для нас почти непонятный, ибо в наше время служба есть такой же личный труд и промысел, как и другие виды труда. Но вопрос этот возник не в наши дни, а в начале XVIII в. и был тогда разрешен не в пользу родовых притязаний. Наша кодификация занесла поэтому в перечень имуществ благоприобретенных, как особый их вид, имущества, Высочайше пожалованные.

2) Другой вопрос — что такое указная часть супругов? Есть ли это вид *наследования* умершему или это нечто отличное от наследства? Закон наш отличает во многих пунктах понятие *указной доли* от понятия доли наследственной, и статья 397, п. 6 говорит, что указная часть супруга (хотя приобретаемая *в силу закона* по смерти другого супруга) составляет у пережившего супруга имущество благоприобретенное (см. все содержание ст. 397).

Из разобранной статьи мы имеем только, так сказать, отрицательные признаки, т. е. ответ на вопрос, *какое имение не есть родовое*.

Какие же положительные признаки этого понятия?

Дело в том, что именно сколько-нибудь постоянных признаков, прочных, связанных с продолжительным положением недвижимости, вовсе нет.

Нельзя сказать, что родовым имуществом будет та недвижимость, которая *продолжительно* пребывала в обладании круга лиц, связанных кровными узами. Это было так всегда, у немцев, у нас в старину; но это вовсе не так теперь. Распознать в теперешних условиях, какое имущество у данного лица есть благоприобретенное, какое родовое, можно, лишь тщательно исследовав каждый раз, каким это имущество было у правопередатчика и посредством какого юридического акта совершился переход его к новому приобретателю.

При этом имущество, бывшее благоприобретенным, становится родовым у приобретателя, если оно *хотя бы один раз* перешло в руки приобретателя *по праву законного наследования* (кроме указной части супругов), или хотя на формальном основании завещания, но тому, кто и без завещания имел бы его унаследовать.

Итак, чтобы перейти из разряда благоприобретенных в разряд родовых имуществ, *достаточно одного случая перехода недвижимости* от одного лица к другому *в порядке родственного преемства*.

Раз став родовым, такое имущество сохраняет этой свойство до тех пор, пока не выйдет из рук родичей в круг чужеродцев и не останется в этом кругу три года.

Если три года это имущество не будет выкуплено от чужеродцев, оно теряет свойство родового.

Точно так же оно теряет свойство родового имущества, если будет продано с аукционного торга, хотя бы члену того же родового союза (Кас. реш. 92/80). Тогда не нужно выжидать никаких сроков, ибо такая публично проданная недвижимость силой этого акта, так сказать, профанируется и тут же теряет свое специфическое значение для родичей.

Сверх этого, родовыми *par accession*, сказал бы французский Code, становятся все здания, постройки, возведенные владельцем на земле, дошедшей ему по наследству (399, п. 4). Мы не раз выше проводили не без пользы параллель между правоспособностью лиц (активной) и вещей (пассивной). Если бы мы здесь провели эту же параллель, то оказалось бы, что правоспособность, вернее, оборотоспособность одной и той же недвижимости может меняться с очень значительной быстротой, по движению ветра, так сказать, то в сторону расширения, то в сторону сужения ее. И это изменение может повторяться не раз в течение какого-нибудь десятилетия.

Нельзя не сказать, что такая гибкость совсем ни на что не нужна, что эта изменчивость может только мешать надежности обмена недвижимостями, никого ничем не гарантируя.

Мы еще более убедимся в этом, когда рассмотрим, с какими последствиями связано в действующем законе это различие имуществ на две категории, родовых и благоприобретенных.

Надлежит заметить, однако, что из предшествующего изложения ясно, что наш закон рассчитанным образом, именно в целях распространения этого типа имущественных прав (родового) на счет другого, где все решает труд и промысел, никогда не действовал.

Не так смотрят на дело некоторые из наших толкователей закона и в своих позднейших решениях наша кассационная практика.

Как будто отстаивая этот вид имуществ от сокрушающего действия времени, К. П. Победоносцев, вне всякого сомнения, ищет применения этого свойства к имуществам, на которые закон не думает его распространять.

Вопрос ставится так: станут ли родовыми такие имущества, которые, будучи у правопередачака благоприобретенными, перешли к правопреемнику посредством выдела или назначения приданого?

Закон наш не дает ответа на вопрос, таким образом поставленный, и это совершенно естественно, ибо и самая постановка вопроса едва ли соответствует тому взгляду на родовое имущество, который определен в старой нашей практике и в этом виде введен в Свод.

Родовым имуществом почитаются те, которые пришли к данному владельцу по *праву законного наследования* (399, п. 1) или по завещанию, но к лицу родственному, которое имело бы и без завещания *право наследовать умершему* (399, п. 2). Наследство по закону есть *совокупность имуществ, прав и обязательств*, оставшихся после умершего

без завещания (1104). Порядок законного наследования определяется линиями и степенями (1121, 1122), причем закон указывает не только порядок преемства, но и доли соучастия каждого призванного (1127 и след.).

Что такое выдел или приданое? Победоносцев утверждает, не для тех только имуществ, коих родовая природа уже определилась, но и для тех, которые суть свободные от всяких притязаний рода, что выдел и приданое представляют собой *предваренное наследство*. Как трактует наш закон эти явления (выдел, приданое), когда для выдела и приданого служит не родовое, а благоприобретенное наследство? Составляют ли в этом случае выдел или приданое *на праве родственного преемства основанное притязание* на долю участия в совокупности имущества правопреемщика, как указывает ст. 1004?

Вот ответ закона. Родители и восходящие *властны* дать выдел детям, и дети не могут требовать от них выдела (994, 995); из благоприобретенного родители выделяют *что заблагорассудят*, а из родового они *обязаны* выделить определенную законом часть (996). Дети, получившие при жизни родителей выдел из родового на часть, *которая бы им следовала*, почитаются отделенными; если бы часть эта не составляла всего, на что они вправе притязать, то она им впоследствии дополняется (997).

Таким образом, выдел и законное наследование различны не только по свойству в одном случае передачи отдельной вещи, в другом долевого соучастия во всем составе имущества, но еще и тем, что законное наследование определяется *на основании права родича* соучаствовать в обладании и разделе имущества, а выдел, и именно благоприобретенного, не предполагает ни вообще *права* на соучастие, ни в особенности прав на известную долю такого соучастия.

Таким образом, следуя методу Победоносцева, при этом для целей сомнительной пользы (расширение понятия родового имущества), мы смешиваем два положения, существенно, в юридическом смысле, различных.

Кроме того, мы обезразличиваем, в условиях вовсе не регулируемых законом, сделку между живыми (выдел-приданое) и сделку *mortis causa*, тогда как наше законодательство в случаях аналогичных (991) ищет именно избежать этого смешения.

Всех консеквенций ошибочного метода *расширения* свойств родового имущества на не предусмотренные старой практикой и современными нормами случаи нельзя не только предупредить, но даже предусмотреть. Мы ограничимся здесь только некоторыми соображениями.

Легко себе представить, без большого труда, к каким новым осложнениям и трудностям должно привести практику *расширенное* применение понятий родового имущества к случаям так называемого *пред-*

варенного наследства (выдел и приданое), которое предполагает К. П. Победоносцев. Закон допускает выделы и дачу приданого из состава благоприобретенных имуществ, не только в пользу ближайших презумптивных наследников, а вообще в пользу потомков и родственников (994, 1001). Таким образом, выдел и приданое могут в этих актах свободного распоряжения благоприобретенным имуществом по усмотрению собственника совсем утратить всякое сходство с наследованием и совершенно подойти к понятию чистого дарения недвижимости.

Известно, однако, что акты дарственные существенно, по своему юридическому строению, отличены вообще, и отличены нашим законом в особенности, от других безмездных способов приобретения, к числу коих наш закон относит и завещание. Это видно не только в указанной выше ст. 991; но это сопряжено с самым существенным видоизменением юридического действия тех и других актов. Акт завещательный приходит в действие с момента смерти завещателя и в смысле перенесения на наследника прав на недвижимость не подлежит, конечно, возврату их прежнему собственнику. Совершенно иное дело для дарений, которые в указанных (ст. 974) случаях подлежат именно возврату дарителю. Не может быть сомнения, что не только дар, но и выдел, подобно дару (976), может быть сделан под условием, с теми же последствиями, какие указывает ст. 976 для дарения (см. еще ст. 975 и 977).

Рискованный характер применения понятий наследования умершему к сделкам *inter vivos* (*предваренное* наследство) с особой ясностью обнаружится там, где предваряющий наследование приобретатель выдела, эвентуально и приданого, умрет ранее дарителя. Закон наш предусматривает и такой случай в известном применении, где подобный дар (выдел) подлежит возврату родителям не в виде наследования, а jako дар (1142).

Мы спрашиваем, каких принципов могли бы держаться наши практики в этих случаях *предваренного наследства* для определения качеств таких имуществ как родовых или благоприобретенных?

Мы не будем усложнять еще возможной казуистики такого *предваренного* наследования, когда выдел и приданое, или же вообще дар, будет совершен в пользу потомков (детей), во время дарения не принадлежавших к кругу родства законного дарителя и впоследствии узаконенных.

Возможно думать, что затруднения практики в применении понятия *предваренного наследства* для определения свойства недвижимости как родовой будут неисчислимы.

Независимо от этого, правильно ли применять методу расширяющего толкования к институтам, носящим в условиях эпохи характер норм права исключительного, особенного, а не общего?

Мы не можем, по соображениям теоретическим, сужать произвольно сферу действия таких институтов, которые вместе со временем теряют свою прежнюю внутреннюю историческую основу. Они все же остаются в силе, ибо для силы действующих норм юристу нет необходимости всякий раз подыскивать и поверять внутреннюю разумность бесспорного положения. *Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest* (Юлиан). *Et ideo rationes eorum quae constituuntur, inquiri non oportet* (Нераций). Но также бесспорна старая максима истолкования юридических норм, *quod contra rationem juris receptum est non est producendum ad consequentias* (Юлий Павел).

Ввиду этого мы думаем, что правильнее будет совсем отказаться от применения рискованного понятия *предваренного наследства* к сфере правоотношений по имуществам благоприобретенным.

Действующее законодательство явно, для *первоначального* установления надежным образом свойств известного имущества как родового, требует безусловно *хотя бы раз осуществленного притязания родича на определенную долю соучастия в составе целого наследства именно по праву родственного преемства*, а не по чьему-либо усмотрению. Где нет этих условий, там нет и надежного признака обращения благоприобретенного имущества в родовое.

Мы указали, таким образом, какие сочетания притязаний к имуществу определяют в результате *родовое свойство недвижимости* в руках известного его обладателя.

Так же легко и просто, как образуется эта связь определенной недвижимости с родом ее обладателя, также легко и просто она разрешается.

Нам надлежит перейти, засим, к вопросу о *прекращении в имуществвах свойства родовых* и переходе их вновь в категорию благоприобретенных. Этот вопрос, коего мы уже касались выше, полнее разрешается анализом особенностей этого вида имуществ.

В чем же заключаются эти особенности?

Мы сказали выше, что последствия этого свойства имуществ определяются *ограничением*, в известных целях, *оборотоспособности* родовой *недвижимости*.

В чем состоят эти ограничения?

Прежде всего, имущество родовое не подлежит отчуждению *чужеродцу безмездными сделками* *inter vivos* (дарение, пожертвование, выдел, назначение приданого) и *mortis causa* (завещание). По отношению к завещательным актам лишь с 1862 г. наш закон предоставляет одному из супругов отдать родовое недвижимое имение пережившему его другому супругу в пожизненное владение. Это крайне важное вторжение нового законодательства в сложившуюся сферу родовых правоотношений указывает нам тенденцию законодателя скорее расширить,

чем сократить свободную оборотность родовых имуществ со времен освободительных актов императора Александра II (см. т. X. Ч. I. Ст. 533¹ и след.).

Что касается распоряжений родовым имуществом *внутри родового союза*, то собственнику предоставлена в известных *исключительных* условиях некоторая свобода распоряжения ими дарственного, именно посредством завещания. Но это только в том случае, когда у завещателя не останется по смерти его ни детей, ни иных нисходящих по прямой линии. В этом исключительном случае завещатель вправе выбрать себе наследника из круга лиц того рода, из коего к нему пришла подлежащая завещанию родовая недвижимость или часть ее (1068, причем необходимо нотариальное завещание). Иначе родовое имущество подлежит только в той мере безмездным распоряжениям собственника, в какой члены рода вправе притязать на него по закону. Единственное ограничение, допущенное здесь законом, составляет собой *акт карательной власти родителей* по отношению к детям, когда дети вступили в брак вопреки решительному запрещению родителей или без их согласия, если при этом родители принесли на это жалобу, по силе 1566 ст. Улож. о наказ.

Совершенно иначе трактуются акты *возмездного отчуждения* родового имущества его собственником. Возмездными способами (купля-продажа, мена, залог) имущество родовое отчуждается так же, как и благоприобретенное, при этом если имущество родовое отчуждено возмездным способом члену того же рода, то оно *не теряет своего родового* свойства и, натурально, не подлежит выкупу родичей (1347, п. 1). Наоборот, если акт возмездного отчуждения совершен по сделке с чужеродцем, то наступает опасность окончательного выхода родовой недвижимости из сферы действия вотчинных притязаний родичей. В случаях отчуждения родовой недвижимости чужеродцу *посредством публичной продажи* такая недвижимость сразу и безвозвратно утрачивает свое родовое свойство (1347, п. 3 и 4). Если родовая недвижимость отчуждена возмездной приватной сделкой, тогда право выкупа, возврата ее в род, теряет тот из членов рода, который дал свое рукоприкладство к акту возмездного отчуждения и содействовал совершению ее в качестве свидетеля¹ (1362). Права выкупа не имеют дети и внуки продавца при его жизни (1356).

Право выкупа, затем, принадлежит родичам, в порядке, соответствующем порядку законного наследования, о коем мы будем иметь случай говорить в своем месте.

¹ Об этом любопытном остатке старого послушества мы будем иметь случай говорить в учении о юридической сделке.

Срок выкупа есть тот же трехлетний, который определен в законодательстве императрицы Анны Ивановны.

Мы не касаемся и другого вопроса, о цене выкупа, которому должно принадлежать свое место в системе.

Заметим только, что по всему своему строению юридическая природа имущества родового представляет собой отживающую, обращенную к прошлому и не имеющую будущего историческую категорию. Это лежит не только в свойствах самого союза, но наряду с этим и в различии объектов обладания (движимостей и недвижимостей), которые ныне приходят во взаимоотношение, совершенно чуждое эпохе образования понятия родового имущества.

Немудрено в связи с этим, что упразднению этого разделения, несомненно, стоящему на очереди, вслед за подобным явлением на Западе, и у нас, будут содействовать не только крайне легкие обходы легальных норм, стоящих на страже старого порядка, но и прямой перевод обладания недвижимостью в иную форму, образованию коей закон в известных случаях вовсе не препятствует. Такие явления мобилизации недвижимости мы видели в Германии на примере горнозаводских промыслов. То же самое мы наблюдаем и в русской жизни (см. т. 1. С. 486).

Право родового выкупа представляет собой в теперешних бытовых условиях несомненную аномалию. Принудительное отчуждение имущества из рук собственника ныне в системе права общего допустимо, согласно разуму права, только там, где право частного собственника приходит в столкновение с интересом общественным. Вынужденный поворот родовых недвижимостей в пользу родичей может в некоторых случаях быть для собственника отнюдь не менее тяжелым, чем принудительное отчуждение на пользу общественную, причем в массе случаев такие повороты не оправдываются *никакими серьезными соображениями общественного интереса*.

Если под очевидным разрушительным действием времени гибнут старые устои, на коих некогда действительно держалась сила и достоинство кровных союзов и нередко их добрые предания, то в изменившихся бытовых условиях законодательство должно искать для достижения тех же целей иных средств, ближе соответствующих духу времени, а не упорствовать в поддержке старых ресурсов, лежащих на интересы общего обмена затруднениями, которых далеко не уравнивают достигаемые этим путем выгоды. В тех случаях, когда институт родовых имуществ служит эвентуально для ограждения интересов *семьи* против ничем не сдержанной свободы совещаний, он может, несомненно, быть заменен другими средствами, ближе соответствующими именно этой цели, которая вовсе не есть основная в теперешнем строении института. Ограждение интересов *родичей* могло

иметь свое основание в тех бытовых условиях, где действительно охранение имущества в руках данного обладателя можно было поставить им именно, членам этого союза, в их заслугу, но это предполагает *долговременное* пребывание такого имущества или такого хозяйства в кругу лиц, связанных родственными узами. В теперешнем строе института, где довольно *одного перехода* недвижимости в *порядок родственного преемства*, чтобы имущество стало родовым, притязания родичей держатся явно не на заслугах их перед союзом, а представляют собой обыкновенно простой *приятный сюрприз*, который достается ничего не заслужившим людям ценой больших стеснений свободного и правильного имущественного обмена.

Все ли различия вещей, важные для права, мы исчерпали здесь? Нет. Есть ряд таких различий, которые суть общие для римского и современного права, и мы на этих различиях не останавливались ввиду знакомства с ними в пандектной системе. Есть, далее, различия, отмеченные в X т., ч. I (имущества наличные и долговые, ст. 416—420, и тленные и нетленные, ст. 405), далеко не имеющие общего значения ни для систематики гражданского права, ни для практического применения гражданских норм. Чтоб освоиться с этими категориями, достаточно прочитать указанные статьи закона. — Наконец, еще вопрос, все ли виды вещей, входящих в состав имущества в гражданском смысле, мы исчерпали в этой главе? Тоже нет. В имуществе частного лица очень видное место может принадлежать его привилегиям, концессиям, которые ему даны. Здесь все зависит от содержания подобных актов. Такое же значение может принадлежать авторскому праву на произведения литературные, художественные, музыкальные, на изобретения и открытия и тому подобное. Это область так назыв. *immaterielles Güterrecht*, *droit d'auteur*, *propriété industrielle*, *littéraire*. Мы не могли бы здесь трактовать этот вопрос, оставаясь в пределах общих конструктивных элементов и не входя в подробности строения специального института. Наряду с этим лицо может владеть массой ценных бумаг, именных, предъявительных. Мы не касались здесь и этих отдельных видов имущества, ибо каждый из этих видов представляет собой отдельную типическую форму гражданского правоотношения, изучение коего не может быть взято вне связи с особой конструкцией всего института и посему не должно входить в общую часть.

Наконец, мы не остановились на вопросе о деньгах.

Этого последнего вопроса мы коснулись выше, говоря о значении общего мерила ценностей для истории развития гражданской правооборотности вещей.

Деньги, однако, в праве имеют не одно значение общего средства измерения ценностей. Деньги составляют самостоятельную вещь, способную служить предметом многочисленных своеобразных юридичес-

ких сделок. Таковы в особенности обязательства, в массе случаев формулируемые на определенную сумму денег или на определенное количество монеты. Эта сторона вопроса будет нами рассмотрена в связи с особым учением об обязательствах.

Свойства вещей, способных служить орудием для указанных целей, суть очень различные, и вопрос о том, что, собственно, способно функционировать в обмене в качестве денег, есть очень важный экономический и историко-юридический вопрос, которого здесь мы не можем исчерпать.

В современном праве господствующую в обмене роль играют *металлические деньги*. Мы, однако, касаемся здесь не всемирных средств обмена, вопрос о коих может быть достаточно разъяснен лишь в связи с международным правом. Наша задача ограничена ближайшим применением в данной стране общих положений о металлических деньгах как средстве обмена.

В этом применении денежное обращение определяется не общим только экономическим законом, а наряду с этим и позитивными юридическими нормами. Мы имеем, таким образом, законом установленную единицу измерения ценностей (у нас рубль), которую составляет определенное количество металла, и эта денежная единица служит общим легальным способом определения цен и производства платежей во всех случаях, где нет отступления от этой нормы в силу особых оснований, обыкновенно договорного характера.

Металлические деньги получают в оборотных целях вид определенной монеты. Таким образом, в теперешнем денежном обращении мы имеем золотую монету (империал) определенного законом содержания металла, которого одна пятнадцатая часть составляет общую отвлеченную единицу измерения ценностей.

К этой единице сводятся засим вся монетная система и бумажные деньги, коих отношение к монете определяется законодательством неодинаково в разных государствах и в разное время.

Есть еще один вопрос, который занимал особенно немецкую литературу в начале 60-х годов. Это вопрос о том, могут ли быть объектом права не вещи, материальные или не материальные, а *права*. Особое приложение эта проблема находила в праве залога, особенно заклада, напр., заклада долговых требований (*pignus nominis*) или заклада залогового требования (*pignus pignoris*). Германисты ставили проблему широко. Вопрос этот, однако, тоже трудно разбирать в составе Общей части и удобнее рассмотреть в связи с указанными специфическими явлениями¹.

¹ См. особенно указания у *Виндшейда*. *Pandekt. I. § 48. П. 3* и у *Bekker'a*. *System. I. 64* и след. *Bremer Pfandrecht. С. 39*.

Еще один вопрос. Мы рассматривали как объект гражданского права имущество и его составные части. Объекты имущественного обладания оцениваются, в известных условиях гражданского обмена, *на деньги*. Следует ли отсюда, однако, как думает Кавелин, что права гражданские и система имущественных, оценочных правоотношений одно и то же? Нет, и мы это отрицаем в двойном смысле. Во-1-х, возможны имущественные притязания, которые вовсе не связаны с правом гражданским. Сюда должны быть отнесены не только многообразные имущественные притязания государства к частным лицам (подати, повинности, штрафы), но и притязания бедных на денежные пособия. А затем, состав гражданских правоотношений не ограничивается притязаниями только имущественными. В праве союзном нельзя оценивать связанного с обладанием пая или акции права голоса на деньги. Нельзя сводить к денежной оценке всего содержания прав авторских. Нельзя, засим, измерять денежным критерием прав старшинства, принадлежащих сонаследникам в общем имуществе (т. X. Ч. 1. Ст. 1324). Наконец, нельзя оправдать, как это делают некоторые цивилисты и до последнего времени (у нас Кавелин, у немцев Рудольф Зом), исключения из области гражданских прав правоотношений типа семейного.

В заключение следует заметить, что наряду с отношениями чисто имущественного типа существуют таковые же смешанного типа. Наряду с характером оценочным договора найма для услуг, в правоотношениях, отсюда рождающихся, есть и такие, которые не подлежат чисто денежному измерению. Они особенно видны в договорных формах найма домашней прислуги в праве немецком (*Gesinderecht*). Но они вовсе не исключительно свойственны праву немецкому. Нельзя сделать предметом особой гражданской сделки обязательство человека быть вежливым, не употреблять вина. Но вот образец старой сделки найма церковного и земского дьяка в XVII в. Выбранным оказался на эту должность Автономов, и по договору, кроме должностных действий, обязался “гордости и величания не иметь и не пьянствовать” (А. Ю. 286). Понуждать к выполнению или оценить нарушение этих обязанностей трудно, но невыполнение может дать основание для прекращения наемного обязательства.

ОТДЕЛЕНИЕ ТРЕТЬЕ

ОБЩИЕ УЧЕНИЯ

ОБ ИЗМЕНЕНИИ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

§ 44

Изменяемость правоотношений в живых явлениях гражданского оборота. — Латинская формула для этих явлений. — Юридическая их переработка. — События; их юридическая известность. — Измерение времени. — Двойственность метода. — Правила счисления времени по Проекту Гражд. улож. — Деяния людей. — Категории. — Юридические сделки. — Выделение в состав Общей части. — Место этих учений в системах кодифицированного права. — План изложения.

Мы видели в двух предыдущих отделах Общей части развитие учений о лице, субъекте конкретных гражданских правоотношений, и о вещах, объектах гражданского обмена. В целях изучения мы брали оба момента гражданского правоотношения врозь. Не в этом анализе, конечно, а в живом сочетании этих элементов гражданской конструкции лежит приближение к явлениям действительности.

В дальнейшем нам надлежит рассмотреть, каким образом лица *становятся* в конкретном случае *субъектами* гражданских правоотношений, т. е. как *приобретают права* на вещи, на действия, на услуги других лиц, *каким общим изменениям подлежат эти правоотношения* в жизни, под влиянием каких факторов происходят эти изменения, в чем они состоят, в чем находят себе выражение их наличность, на чем держится их известность, как она утверждается, ослабляется, прекращается. Наконец, ввиду общей возможности нарушения конкретных прав, нам здесь же надлежит указать и *общие способы их ограждения*, их восстановления фактическими и юридическими средствами.

Вместе взятые, эти общие учения составляют то, что немцы называют *das Werden des subjektiven Rechts*. Это, собственно, жизненные

(общие) процессы, которым подлежат конкретные юридические отношения любого типа.

Латинская система не выделяла той совокупности общих учений об этих процессах, которая в теперешней систематике составляет содержание общих учений об изменениях юридических отношений. Не менее того этот общий закон жизненных изменений правоотношений любого типа не ушел от внимания классиков, и Ульпиан дает нам очень простое, но вполне законченное обобщение этих явлений, говоря: “totum autem jus consistit aut in acqviendo, aut in conservando, aut in minuendo; aut enim hoc agitur, qvemadmodum qvid cujusqve fiat, aut qvemadmodum qvis rem vel jus suum conservet, aut qvomodo alienet aut amittat” (I. 41 D. de leg. senat. cons. 1, 3).

Много в этих общих учениях знакомо обыкновенно из общих пандектных чтений и в отношении общего права русского не подлежит новой переработке, составляя достояние любой развитой системы гражданского права¹. На некоторых, однако, материях необходимо остановить особое внимание.

В обоих предшествующих учениях, исходя от простого представления отдельного правоспособного человека и круга вещей, образующих условие примитивного существования и обмена, мы затем представляли себе то и другое *в условиях дальнейшего развития* человеческих обществ, где гражданская правоспособность отрешается от отдельного взятого волеспособного человека и становится достоянием не только людей недееспособных, но и коллективных правообладателей. Точно так же и в учении о вещах мы выходили далеко за пределы индивидуальных потребностей людей в примитивных условиях их существования. И в этом моменте нашего анализа мы брали явления *обмена развитого*, идущего не только дальше личных нужд, но и за пределы потребностей локального характера, в необъятный круг интересов и задач универсального обмена.

Вместе с этим взамен простых элементов конструкции, непосредственных факторов обмена, мы видели, начиная с латинской юридической техники, такие приемы искусственной переработки простых данных первоначального быта, которые необходимы, конечно, не для примитивных нужд человека, а для известности, непрерывности, постоянства правоотношений в самых широких условиях их развития.

Та же самая *юридическая переработка* простых элементов, которую мы наблюдали в учении о лицах и вещах, будет составлять нашу

¹ В общих учениях системы права германского нередко эти учения опускаются почти совсем. Таков, напр., Штоббе. Или же этим учениям дают небольшое развитие, как, напр., у Гирке.

задачу и в последующем учении, *в учении об изменении правоотношений*, к коему мы теперь переходим.

В этом непрестанном процессе возникновения, приобретения, прекращения конкретных правоотношений нас мало будет в условиях развитого обмена удовлетворять известность событий и характеристика действий, которую дает нам *непосредственное их восприятие*. Эти события, действия, и этого мало, даже счет времени, получают, в указанных выше целях, такой определенный чекан юридического формализма, который был бы излишним в примитивных бытовых условиях и без которого нельзя обойтись в последующем их развитии.

Мы попытаем объясниться посредством некоторых примеров. Простое событие — рождение человека — в бытовых примитивных условиях не дает обыкновенно никакого повода к сомнениям о происхождении ребенка не только от матери, но и от известного отца, хотя очевидность говорит только о происхождении от известной матери. В позднейших условиях общежития даже этот простой вопрос, вопрос о происхождении ребенка от известного отца, всего чаще вопрос *о законности* рождения и связанных с этим очень важных юридических последствиях, далеко не всегда подлежит решению с помощью *очевидных* данных. И в этом, по-видимому, простом, чисто внешнем событии приходится прибегать к формализму, к *методу юридических презумпций*, которые, правда, должны всегда уступать место фактически достоверным данным, но уступают им в действительности крайне редко. Точно так же не без примеси некоторой доли юридического формализма разрешаются в развитом быту и вопросы зрелости, здоровья, дееспособности человека.

Насколько этот же элемент формализма становится преобладающим в тех событиях, коими определяется возникновение и прекращение гражданской правоспособности *союзов*, мы показали в подробности выше.

И не одни внешние события, образцы коих мы сейчас привели, но и *общие условия их известности*, способы определять их продолжительность, их начало, конец, также близко прикасаются задач юриспруденции. То же следует сказать не только по отношению к задаче измерения времени, но и к задачам определения цены вещей, их веса, меры, пространства, особенно земельных участков (межевание). Последнее мы увидим в системе институтов права вещного по недвижимостям. Задача измерения времени теснейшим образом связана с юридической известностью *любых событий*, определяющих конкретные правоотношения.

В способах определять меру, вес и особенно время *юриспруденция преследует свои цели, отличные от задач научных и технических*. На-

ряду с астрономическим приемом исчисления времени (*a momento ad momentum*), который мы называем *естественным*, в юридической практике, латинской и нашей, принята так называемая *computatio civilis*, представляющая собой методу измерения времени, приуроченную к требованиям юридической техники. Итак, далеко не всегда нам нужно знать последовательность двух событий в естественном порядке их наступления. В массе случаев достаточно для юридической известности события определить начальный момент его наступления и его конечный момент.

И в том и в другом случае мы вовсе *не принимаем в счет мелких единиц* времени и определяем наступление события тем днем, когда оно совершилось.

Таким образом, для общей проблемы определения *терминов времени*, начального, конечного, и *сроков*, которые текут от одного термина до другого, единицей измерения служит *день*, точнее — сутки, состоящие из 24 часов, от полуночи до следующей полуночи. События, происшедшие в течение суток, суть в юридическом смысле одновременные, если нет особого основания точнее определять их последовательность одного за другим. Когда наступает такое основание — это видно в отдельных институтах гражданского права и процесса.

Общей разработки вопроса старое наше право не давало в составе действующего т. X, ч. 1. Некоторые детали указывались в уставах торговом и гражданского судопроизводства. Проект Гражданск. уложения ищет восполнить этот недостаток общих руководящих в гражданском праве правил счисления времени (ст. 78—85). Сроки, устанавливаемые законом или сделкой, исчисляются по данным им правилам. Старый и новый стиль применяются согласно закону места, где совершена сделка, если стороны не выразили иного (79). День при исчислении срока течет от полуночи до полуночи, и тот день, коим определен начальный термин, идет в счет дней, составляющих срок. Если же начальный термин определяется не днем, а событием, то начальным термином для счета срока служит лишь следующий по наступлении события день (80). Конечный термин для сроков, определяемых не днем, а неделями, месяцами, долями года ($\frac{1}{4}$, $\frac{1}{2}$) или целыми годами, наступает *накануне дня*, коим определен начальный термин (со вторника пошла неделя, — срок истекает в понедельник; с 30 июля пошел счет месяца, срок истечет 29 августа). Если в составе месяца нет соответствующего начальному термину числа, то срок истекает в последний день месяца (82). При определении срока годами и месяцами, притом текущими не сплошь, а с перерывами, на годовой срок полагается 365 дней, на месячный — 30 дней; половину месяца составляют 15 дней, а при расчете полуторамесячном или нескольких целых месяцев с по-

ловиной месяца, — эта половина полагается на конец срока (83, 84). Срок, истекающий в не допускающий совершения данного действия день, наступает на следующий день, когда нет означенного препятствия (85). Все эти положения составляют близкую репродукцию артиклей имперск. герм. Уложения от 186—193 (Fristen u. Termine), и если бы они представляли собой еще более точный и толковый перевод подлинника, то от этого ничего не проиграли бы в своем достоинстве.

Стремления юриспруденции направляются к тому, чтоб сделать счисление времени по возможности *однообразным*. Это достигается установлением общего календарного счисления времени. Стремление к однообразию идет даже дальше этого. И для полного однообразия не только в счете дней, но и мелких единиц времени Германия ввела имперским законом 12 марта 1893 г. вместо счета времени по местному положению солнца (местный полдень) одно *законное время*, которое определяется по пятнадцатому градусу восточной долготы для всех случаев общего определения юридических отношений, начиная с 1 апреля 1893 г.

Мы не войдем в подробности правил календарного счета времени, полагая их известными из общих пандектных учений.

Наша цель в том только, чтоб показать присутствие элементов *юридического формализма* не только в способах определять известность событий, важных для права, но и в общем методе измерений, тех или других, особенно измерений времени, когда его течением определяется начало, конец или продолжительность событий, определяющих гражданские правоотношения.

Нигде, однако, в вопросах цивилистики начала юридического формализма не находят столь широкого применения, как *в тех событиях, которые люди производят сами актами своей воли*. Это события, которые не суть исключительно внешние для человека; они всегда в той или другой мере связаны с внутренними скрытыми в психической природе человека процессами. Эти внутренние процессы только тогда способны обнаруживать свое влияние на правоотношения, когда становятся волсизъявлениями, *деяниями людей*.

Из круга актов воли, подлежащих нашему наблюдению, легко выделить такие действия, которые составляют выполнение обязательств, лежащих на лице, тоже несомненно влияющие на изменение правоотношений. Это обыкновенно услуги, носящие характер экономических, а не юридических действий, хотя в этом кругу услуг возможны деяния и чисто юридического свойства. Такого рода деяния, составляющие выполнение лежащих на нас обязательств, связаны со специфическим свойством самого обязательства, основанного на договоре, на должности и проч., и имеют быть рассматриваемы в этой связи. Если мы

тракуем здесь, в Общей части, *деяние человека как фактор изменения правоотношений*, то мы касаемся не этих обязательственных действий; нашу задачу в общих учениях гражданского права составляют в особенности такие деяния, которые свободно направляются именно к цели изменения конкретных правоотношений.

Этот круг деяний современные цивилисты, следуя латинскому образцу, делят на две главные категории: а) юридических сделок и б) деликтов. Учения об этих факторах изменения правоотношений, особенно учение о юридической сделке (*Rechtsgeschäft*) стали вводить в систему гражданского права, именно в *Общую часть*, лишь в начале этого столетия, по примеру именитого немецкого профессора Гуго¹. Примеру Гуго следовали до последнего времени почти все немецкие пандектисты, слегка видоизменяя, еще чаще усложняя состав учения о сделке, которое возрастало, таким образом, в размерах и включало массу вопросов, подлежавших более удобной обработке в связи с отдельными институтами гражданского права.

На это обстоятельство очень стоит обратить внимание, ибо с этим развитием общих учений, по нашему мнению, тесно связано и *самое направление*, и масса совершенно теоретических контrovers, наполняющих нынешнюю немецкую цивилистическую литературу.

В нашей учебной литературе это направление в разработке цивилистических проблем отразилось всего более на курсе Мейера, который посвящает учению о сделке в своем курсе русского гражданского права столь же широкое место, какое ему отводили немцы в своих пандектных учебниках того времени.

Составленные по плану немецких учебников новые кодексы, Саксонский 63-го года (профессором Зибенгааром) и 1-е чтение немецкого проекта (маленький Виндшейд, см. выше), держатся этого же приема систематизации. Иначе *Bürgerliches Gesetzb.* 18 авг. 1896 г., который вовсе выбросил учение о не дозволенных деяниях из состава Общей части². *Code civ.*, следуя Pothier, вводит ряд общих положений для

¹ На это указывают многие, особенно *Schlossmann*. *Der Vertrag*. С. 131, не утверждая за Гуго, безусловно, приоритета в этом приеме; см.: *Lehrbuch*. v. *Vangerow*. § 89, 103.

² *Bürgerl. Gesetzb. f. d. königr. Sachsen*. Ст. 79—126. Имперск. нем. Улож. Ст. 104—185. Нем. Улож. порвало с латинским делением деяний на контракты и деликты окончательно. В 1-м чтении еще видно в составе Общ. части особый отдел для *Rechtsgeschäfte* (4-й) и особый для небрежности и степеней вины в гражд. смысле (*culpa*, 5-й). Это соответствовало делению по двум факторам изменений юридических отношений у Виндшейда (*Rechtsgeschäft*, § 69—100 и *unclaubtes Verhalten*, § 101). Теперь в Общей части Уложения 1896 г. нет учения о гражданской виновности. И в ряду нов. учебников часто выбрасывают или перемещают отдел о гражданской виновности (см.: *Эндеман*. 8-е изд., даже Дербург только вскользь упоми-

договорных сделок в tit. 3 (chap. I—VI, где ряд общ. учений обязательств. права) книги 3-й и вовсе не вырабатывает целого и *общего учения для любых категорий сделок inter vivos и mortis causa*, как мы это находим в новых немецких кодексах. Таким образом, чтобы найти у французов частью те же нормы, какие находим у немцев в общей части, в учении о сделках, надо иметь дело с отдельными актами, касающимися того или другого института гражданского права, брака, завещаний, дарений, ипотек и т. п. Внешняя, обрядовая сторона со-

нает об этом, относя целое учение в систему обязательств. Das bürg. Recht. B. I. § 102. Пр. 7. Эндеман поставил это учение в измененном виде в отдел Общей части, Ausübung u. Schutz der Rechte. Widerrechtlichkeit, Schadenersatz, Straf. § 84b). Другие, как, напр., Crome, Cosack, удержали оба учения, о сделке и недозволенном деянии, в составе Общей части. Наш проект, кн. 1, в этом, как и в других случаях, следует немецкому имперск. Уложению. В пользу удержания учения о небрежности в составе Общей части можно указать то обстоятельство, что все это учение тесно связано с вопросом о дееспособности лица и общих основаниях вменения недозволенных деяний. Мы увидим дальше, что в Общей части следует касаться именно только *основ* учения о недозволенных деяниях, оставляя детали для системы права обязательственного, где будет виден *результат* вменения должного или кульпозного деяния, составляющий обязательство вознаградить вред и убытки. — Обостренный характер принял спор об отношении обоих главных оснований возникновения обязательств (сделки и delict'a, у Гаю. Inst. III. § 89, контракта и деликта) с появлением трактата Шлоссмана (Vertrag). Наряду с целью упразднить учение о юридич. сделке, о чем скажем ниже, Шлоссман доказывает, что в составе одного воллизьявления легко сочетаются признаки и сделки, и деликта. Возможности такого сочетания никто не отвергал. Есть прямо такие деликты, которые не совершаются иначе, как в образе сделки, напр., отчуждение несостоятельным должником имущества во вред кредиторам. Авг. Тон старался ввести наблюдение Шлоссмана в надлежащие границы, допуская, что через заключение сделки может быть совершен деликт, но отвергая безусловно, чтобы момент противоправный мог представлять собой необходимый элемент нормального состава сделки. Регельсбергер указал, что заклад собственнику *его же вещи* не даст в результате юридической сделки, так же как тайное присвоение *бесхозяйной вещи* не образует состава деликта. Таким образом, одно и то же деяние может входить в состав и сделки, и деликта... Но вот чего нельзя допустить, чтобы *целый* фактический состав сделки покрывался *целым* фактическим составом деликта (Pandekten. С. 476. Прим. 13 и 14). — Нстт. Isay отмечает как существенное в этом анализе различие не деяний на две категории, а их фактического состава. Для освещения вопроса о юридическом эффекте сделок с этим деликтным моментом он берет тот же пример отчуждения несостоятельным вещей во вред кредиторам. Это собственно, вопрос о применении гражданской или уголовной нормы к данному деянию, который повел немецкую юриспруденцию, теоретическую и практическую, к важным принципиальным контроверзам (Isay. Die Willenserklärung... 1899. С. 94 и след.). Эти контроверзы вовсе, однако, не мешают противопоставлять *общее учение* о сделке (контракте, по Гаю), которой юридический эффект нормально предусматривается сторонами, и о деликте, где юридический эффект деяния наступает нормально вопреки видам делинквента.

вершения сделок тоже не сведена к общим для любых сделок нормам, а или сосредоточена в общих положениях для обязательств (chap. VI титула 3 книги 3-й), или разбита на особые положения, связанные с отдельными институтами.

Том X, ч. I опять и в этом много ближе к французскому, чем к немецкому образцу. Если возможно найти обобщенные положения для целой категории сделок, то также лишь для области договорных сделок (ст. 568—574 и 1528—1553), где некоторые положения, напр., о правилах толкования, могут иметь и более широкое, чем для одного этого вида сделок, применение (ст. 1538—1539). Затем, общие положения для всех *способов приобретения прав на имущества со стороны внутренней* исчерпаны в пяти, шести статьях, очень кратких, главы 2-й третьего раздела 2-й книги; а вопрос *о порядке укрепления прав на имущества или об актах и способах их совершения* развит широко в ст. 707—933 (гл. III до VIII того же третьего раздела 2-й кн.). Из последнего ряда статей в изд. 1887 и 1900 гг. целая масса выделена из состава десятого тома в особое приложение к ст. 708—709 того же тома для местностей, где не введено Положение о нотариальной части, а для местностей, где оно введено, руководством в вопросах *о порядке укрепления прав на имущества* должно служить это Положение, а для ввода во владение Уст. гражд. судопроиз. Ст. 1424—1437.

Остзейский кодекс заключает в себе очень обширное изложение учения о юридических сделках, с внутренней и внешней стороны (т. е. со стороны способа совершения), в ряде статей от 2909—3104, совершенно в духе немецкого общего учения о сделке, независимо от того или другого ее вида, но все это изложено не в Общей части, как теперь у немцев, которой, собственно, и нет в составе Остзейск. кодекса, а как у французов, впереди учения о договорных обязательствах.

Формальная сторона совершения сделок преобразована в Прибалтийских губерниях, где с 1889 года введено Положение о нотариальной части с видоизменениями, указанными в изд. 1892 г. Ст. 271—377.

Еще ранее (1875 г.) то же Положение введено в Варшавском судебн. округе с видоизменениями по ст. 218—270 того же издания.

Вот вопрос о систематическом положении всего учения об изменении и укреплении конкретных гражданских правоотношений и о главном факторе этих изменений — *о деянии*.

В дальнейшем мы будем излагать это учение в порядке, принятом немецкими пандектистами, избегая, однако, повторения тех учений, которые исчерпываются в пандектных чтениях, и приближаясь к положению их в новых кодексах, в нашем действующем праве и в проекте комиссии по составл. Гражд. уложения. Этот порядок будет та-

кой. В главе 1 этого отделения мы изложим учение о сделках с внутренней и внешней стороны; в главе 2 рассмотрим общие основы вменения гражданского; в главе 3 охрану прав и учение об исковой давности; в гл. 4 учение об осуществлении права путем фактическим; в главе 5 о категориях гражданских правоотношений. Внутри этих расчленений возможно, без опасения нарушить цельность изложения, производить некоторое расширение содержания соответственно существу главной материи.

Проект Гражданского улож., кн. 1 — Положения общие, распределяет эти учения по двум разделам, III разд. — Приобретение о прекращении прав (ст. 54—91), куда введена внутренняя и внешняя сторона строения сделки (принуждение, ошибка, обман, порядок совершения), а также представительство — условие, срок, законная сила сделок, и разд. IV — охранение прав (способы; исковая давность)¹.

ГЛАВА ПЕРВАЯ

УЧЕНИЕ О ЮРИДИЧЕСКОЙ СДЕЛКЕ

§ 45

Понятие юридической сделки. — Главнейшие литературные явления. — Учение Шлоссмана. — Схоластические проблемы. — Законы физические и правила и исключения в сфере юридических норм. — Параллель со способами счисления времени. — Специфическая цель учения о сделке. — Самоопределение воли в составе института. — Виды сделок, особенно волеизъявления, включающие восприятие и не включающие такового. — План изложения.

Мы различили в кругу действий, так или иначе прикасающихся к сфере гражданских правоотношений, такие, которые свободно направ-

¹ Раздел I о лицах и II имущества, в составе той же книги 1-й не могли быть в виду при IV изд. Чтений (1902 г.), ибо кн. 1-я появилась в печати в 1903 г. Вся эта книга покоится тоже на плечах немецкого кодекса 1996 г., но, к удивлению, необычайно скудна по своему содержанию и объему. На 240 статей нем. Уложения здесь всего 124 ст., около половины статей Общей части у немцев, хотя остальные 4 части, включающие некоторые институты торгового права, много объемистее и обильнее статьями, чем то же германское Уложение.

ляются к изменению этих правоотношений в том или другом смысле. Таких действий целая масса. Если нашу задачу в этом общем учении составляет изучение *общей юридической природы* таких действий, то нам надлежит прежде всего обозначить признаки, коими мы отличаем эти действия от других и определяем, таким образом, их общие свойства.

Ввиду крайнего разнообразия таких действий задача изучения общих их отличительных признаков, характерных для права, их общих свойств, представляется одной из самых трудных и controверзных в современной юриспруденции. В этом *отвлеченном* виде такой задачи не ставила себе классическая юриспруденция. В классическом праве мы имеем множество образцов совершенно законченной обработки *отдельных конкретных явлений из этой области деяний*, направленных на изменения того или другого вида конкретных правоотношений. Классическая литература дает нам большое обилие отдельных видов договорных сделок, действий, направленных на приобретение, прекращение вещных прав, на установление, изменение правоотношений семейных, актов последней воли. По отношению к каждому из таких действий мы найдем в классической юриспруденции значительный запас юридических норм, которыми регулируется внутренняя и внешняя сторона волеизъявления или деяния, производящего изменения в данной сфере правоотношений. Но в классической литературе мы не найдем не только цельного и стройного учения *обо всех этих разнообразных проявлениях воли вместе взятых, но ниже общего технического термина* для обозначения всех этих явлений.

Из современных литератур такой общий термин для волеизъявлений или деяний, направленных вообще на изменение гражданских правоотношений, выработан литературой немецкой. Этот общий технический термин есть *юридическая сделка*, das Rechtsgeschäft. Ему соответствуют лишь в некоторой степени, далеко не вполне, латинские наименования, negotium, actus, но в составе пандектов мы не найдем никакой готовой *общей теории* для negotia любого типа.

Литература этого вопроса, в общем и в частности, совершенно неисчерпаемая. Указания на это богатство легко найти во всяком пандектном учебнике. Ennessegerus пытался дать controверзам некоторую группировку в двухтомном соч. Rechtsgeschäft, Bedingung u. Endtermin. Написанное в 1888 г., это сочинение уже далеко не исчерпывает обилия трудов самого разнообразного содержания и достоинства, направленных на освещение учения в настоящее время. Написавший в 1901 г. целый трактат на тему De la déclaration de volonté (к учению о юрид. сделке по немецк. гражд. Уложению, ст. 116—144) французск. цивилист Raymond Saleilles дает указатель главных работ по вопросу, тоже

не исчерпывающий, но настолько обильный, что вызывает удивление Dernburg'a этим своим усердием проникнуть в глубь этих чисто немецких учений, приевшихся в этом обилии, очевидно, и самим немцам. Из новых толкователей кодекса, несомненно, в данном вопросе впереди следует поставить Zitelmann'a, который еще смолodu углублялся особенно в область психологии, чтоб найти постоянные базы для юридического применения понятий воли, волеизъявления, деяния, движения и проч., и Leonhard'a, тоже с первых своих литературных опытов обнаруживавшего больше склонности к юридическому, чем к философскому мышлению (о первых трудах этих писателей см. в Юридическ. библиографии проф. Андреевского. 1884. № 1. С. 30. П. 24). Теперь оба писателя публиковали свои общие учения по новому Гражд. уложению (Zitelman. D. Recht. d. bürg. ges. buch., allgem. Theil., 1900, Leonhard. D. allgemeine Theil. d. BGB, 1900), где читатель найдет более тщательную, чем в других сочинениях общего содержания, разработку именно этих учений, входящих в Общую часть. Везде богатые библиогр. указания, которые, однако, теперь приходится вновь дополнять текущей литературой. Это литературное движение осталось не без результата и в нашей научной цивилистической литературе. В 1900 г. появился на русск. языке замечательный трактат проф. Д. Д. Гримма "Основы учения о юридической сделке в современ. немецкой доктрине пандектного пр. (пролегомены к общей теории гражданского права) 1900 г.". Достаточно просмотреть обширн. оглавление книги, чтобы убедиться, насколько задача исследования поставлена шире и глубже одного цивилистического учения, взятого хотя бы в связи с общей теорией гражд. пр., и как тесно она прикасается основных вопросов не одной цивилистики, но права вообще, вместе с пересмотром задач психологии и гносеологии. При помощи книги Гримма русский читатель легко освоится с размером задач новой немецкой науки права... Для цивилиста тут виден пока лишь размер задачи и общее направление движения, отнюдь не результаты, которые стояли бы в каком бы то ни было отношении к этим необъятным планам. Нам, в дальнейшем, независимо от интереса этого общего движения, придется останавливать внимание главным образом на тех его сторонах, которые близко связаны с отдельными учениями действующих систем гражданского права. Этим путем идет Saleilles, излагая учения о сделке в последовательном порядке статей Имп. код. 1896 г. За подробностями отсылаем к его обширной монографии, ибо для нас здесь существенно *краткое изложение общих учений о юридической сделке.*

Если этот термин стал очень ходячим в немецкой цивилистике с начала истекшего столетия, то отсюда еще очень *далеко до бесспорности самого понятия юридической сделки.* При зарождении этого

понятия довольствовались такими общими признаками, которые отличали его от действий или безразличных для права, или хотя и производящих юридические последствия, но по существу не правомерных, а, наоборот, правонарушающих.

В дальнейшем развитии учения раскрывались все большие и большие трудности не только в подробностях изучения природы юридической сделки вообще, но даже прямо в установлении самого понятия¹. Эти споры далеко не исчерпаны и теперь. В текущей литературе не только развиваются все далее и далее контroversы по основным проблемам этого учения, но выражаются прямо сомнения в практическом значении самой постановки *теоретического учения о юридической сделке вообще для цивилистики*.

Мы попытаемся установить такое общее понятие юридической сделки, в коем будут заключаться лишь те признаки, без коих деяние или волеизъявление не способно достигнуть желаемого эффекта в области гражданских правоотношений.

Итак, в самом общем смысле под юридической сделкой мы разумеем *такое волеизъявление лица или такое его деяние, коим, в пределах его гражданской дееспособности, достигаются изменения правоотношения, на которое волеизъявление направлено*².

Возможно очень много возразить и против этого, и против любого другого определения понятия сделки. Причина этой небесспорности любых определений заключается в том, что, устанавливая понятия в данном случае, мы вовсе не обнимаем вполне предмет, определившийся как живое явление в какой-либо конкретной системе, а лишь ставим себе задачу предварительного общего изучения предмета в пределах более или менее широких, чтобы затем перейти к детальному изучению того же явления на отдельных институтах гражданской системы. Здесь, стало быть, допустимо некоторое разнообразие в установке пределов понятия, смотря по цели изучения.

Если задача общего учения о юридической сделке будет поставлена широко, исчерпывающим образом, то в этом общем учении нам надо

¹ Чтобы убедиться, сколько труда и времени необходимо для одного очищения понятия сделки от соприкосновения с другими актами воли, достаточно просмотреть у *Эндемана*. Lehrbuch. 8-е изд. § 61. П. 2 и примеч. к тексту, и все же провести вполне точную разграничительную линию между понятием сделки и процессуального деяния, а затем между юридической сделкой в точном смысле и правомерным деянием вообще не удается пока и при самой детальной разработке вопроса. Ср. то же у *Дернбурга*. D. bürgerl. Recht. V. I (1902). § 107. II (С. 330 и след.). Из многочисленных учебников по нов. Гражд. улож. обстоятельнее других все учение о сделке у *Leonhard*. Der allgemeine Theil. 1900. Понятие и разграничения особ. § 68.

² *Crome*. System d. deutsch. bürgerl. R. T. I. 1900. § 79.

будет сосчитаться с любыми явлениями изменения гражданских правоотношений посредством актов воли людей. Есть писатели, которые именно так ставят себе задачу. Выполнить эту задачу так же трудно, как дать единую конструкцию для союзной правоспособности вообще. Это делают германисты, особенно этого старается достигнуть Гирке в своей *Genossenschaftstheorie*. Получается крайне сложная фигура, в которую введены самые различные типы, одни в качестве определяющих главнейшие черты ее строения, другие, дающие бесчисленные видоизменения этих черт. Нельзя себе представить ничего более безжизненного и спутанного. Чтобы добраться сквозь эту путаницу учения до конкретных явлений действительности, надо вновь расчленить и поставить отдельно все разнообразие насильственно введенных в одну фигуру типов.

Другой прием, и его мы будем держать здесь, состоит в том, чтоб определить для понятия и строения юридической сделки только те черты, коими это явление отличается от других факторов изменения правоотношений, и освоиться здесь же *с общими свойствами актов, составляющих проявление в системе гражданских институтов самоопределения личности в сфере гражданских ее правоотношений*. Здесь должны нам раскрыться только общие внутренние и внешние свойства строения юридических сделок.

Все, что вне этих общих свойств приближает сделку к особым реквизитам и эффекту в отдельных группах правоотношений и институтов, мы излагаем только в ближайшей связи с данным институтом.

Мы идем, таким образом, путем средним между излишним развитием общих *теоретических* конструкций в учении о сделке, какое видно в немецкой цивилистике, и почти исключительным изучением отдельных форм у французов.

В числе немецких теоретиков, очень развивших и искавших *углубить теоретическое изучение юридической сделки*, следует назвать особенно Карлову (Гейдельберг), Леонгарда (Бреславль), Цительмана (Бонн), которому принадлежит не одна работа по этому и соприкасающимся с ним вопросам¹.

Обозрение вопроса о сделке, группировку направлений, оценку их дает проф. Ennesseus в сочинении из 2-х отделов, озаглавленном

¹ Не перечисляем этих работ и их заглавий, ибо указания легко найти в любом немецком учебнике пандектного права. Очень обширно эта материя трактуется у Савиньи в его Системе; в последнее время особенно у Беккера (Гейдельберг), частью у Регельсбергера, также у Brinz'a в т. IV его Пандектов, обработанном Лотмаром. По отдельным учениям, об ошибке, принуждении, обмане, сауса в сделке, о сделках симулированных, фиктивных, о сделках абстрактных, материально характеризованных, о стороне обрядной сделок разного типа, в немецкой и французской литературе неисчислима масса работ.

Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin (1-й отдел — Die Grundlagen, 2-й — die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte) 1888—1889 гг.

Крайнее излишество теоретизирования в области этого вопроса вызвало некоторую реакцию в немецкой литературе, очень характерную для самого вопроса о сделке и для способов его обработки у немцев. Ввиду этого мы в двух словах ознакомимся с идеями одного писателя, проф. Зигмунда Шлоссмана, которому принадлежит любопытный трактат по этому предмету “Der Vertrag”. Leipzig, 1876 г.¹

Шлоссман пишет собственно о договоре, но ставит свою задачу значительно шире, для всей области вопросов о юридической сделке. До появления учебника Гуго (см. выше), как частью и теперь (у французов), вопросы, касающиеся сделок вообще, разрабатывались ввиду договорной их формы в особенности. Шлоссман в указанном трактате находит, что все учение о договоре, resp. о юридической сделке, составляет *чисто схоластическую проблему*, вовсе не выдержанную последовательно в юриспруденции.

Мы определили выше понятие сделки признаком *волеизъявления* субъекта в пределах его гражданской дееспособности.

Шлоссман, прежде всего, в пределах взятой им задачи (договор) ставит вопрос так: возможно ли обосновать силу и действие договора *на воле лица?*

Самая постановка вопроса крайне красноречивая. Обличая немецкую юриспруденцию в схоластичности проблем, какие она себе ставит, Шлоссман держится сам на почве совершенно чуждой исторической и практической сущности юридических институтов, и, давая понятию договора совершенно абстрактный смысл, не связанный вовсе ни с какой живой исторической и практической формой договорного права, определяет свою задачу сопоставлением этой задачи с проблемами геометрическими! Чтобы обосновать юридическую силу договора (очевидно, в гражданском праве, хотя понятие договора, нет сомнения, можно расширить далеко за пределы институтов гражданского права), Шлоссман ищет некоторой аксиомы, какие знает геометрия,

¹ Свои мысли, далеко не нашедшие признания у немцев (в числе противников виднейшие — Цитильман, Пернис), З. Шлоссман вырабатывал не в этом только трактате, но еще и в другом, особенно в сочинении *Der Zwang*, и в ряде журнальных статей, несколько смягчающих тон *Vertrag'a*; на все вместе читатель найдет указания у Эннеккеруса. В русской литературе есть ценная *историческая* работа по вопросу, занимавшему Шлоссмана. Это сочинение А. Г. Гусакова “Деликты и договоры”. Свести вопрос на историческую почву, как это делает проф. Гусаков, значит, по нашему мнению, раскрыть совсем другую и более важную область для изысканий, чем та, на которой держится Шлоссман.

чтобы из этой аксиомы вывести, как в геометрии, все фигуры, составляющие содержание договорного права.

Увлеченный общим течением немецкой юриспруденции, Шлосман становится сам, очевидно, на чисто теоретическую почву, далеко не пригодную для разрешения практических проблем юриспруденции.

Шлосман идет далее этого. Он ставит в упрек юриспруденции то именно, что составляет ее сущность, т. е. приближение норм права к действительности, к практическим проблемам, со всеми бесчисленными приношениями, которые общая догма терпит в применении к отдельным институтам гражданского права.

Он обличает уже собственно не юриспруденцию, а самое право в том, что оно допускает наряду с правилами исключения. Он хочет для права таких же законов, какие мы знаем для явлений физических. Если падение барометра происходит под действием атмосферного давления, то пусть раз произошло бы *исключение* из этого закона, самый закон перестал бы существовать.

Отсюда получается следующее заключение для права. Если основу договора составляет воля человека, то раз действие договора (сделки) поставлено вне зависимости от этой основы, как и самый принцип воли ни на что не нужен и не способен служить основанием для силы договора (сделки). Его надо откинуть и искать другого принципа, который соответствовал бы геометрическим аксиомам или физическим законам.

Юриспруденция, однако, как мы показывали выше, не есть ни физика, ни астрономия, ни физиология. Не отвергая ни одного из законов природы, она свойственным ей методом перерабатывает события и явления для своих целей, особенно для целей известности и постоянства правоотношений.

Такой переработке подвергаются не только внешние явления, но самый способ их определения, ближайшим образом, как было показано выше, способ счисления времени.

Казалось бы, не может существовать более незыблемой аксиомы, как равенство двух единиц времени, двух часов, двух дней. Между тем мы видели выше, что наряду с *computatio naturalis* мы имеем *computatio civilis*, где счет времени совсем иной, чем в астрономии. Одно счисление времени, гражданское, принято у нас как правило, а другое тоже принято, но только как исключение. Но мы знаем и еще различия в определении времени, — оно может быть сплошное (*tempus continuum*), где все единицы времени равны одна другой, но оно может идти с перерывами (*tempus utile*), где, в юридическом только, конечно, применении, дни оказываются вовсе не равными один другому. В последнем случае будут *исключены*, совершенно вопреки идеям г. Шлосмана о

тождестве законов физических и юридических, некоторые дни и пойдут в счет другие (*dies fasti, nefasti, comitiales u non comitiales*, дни праздничные, неприсутственные и проч.).

В юридическом смысле, таким образом, окажется невыдержанным, допускающим исключение, не только равенство дней, но и равенство часов, ибо и часы будут удобные для деловых операций (не ночные, *sol occasus suprema tempestas esto*) и неудобные, когда прекращается не только судоговорение, но и торг.

Не только время, но и *место*, пространство не будет сплошным, как этого хотел бы Шлоссман, по законам физики и геометрии. Не войдет в *modus agrorum*, а будет составлять *исключение* из общего правила место, изъятое из частного обладания, по расчетам, неизвестным ни физике, ни геометрии, ни астрономии, но имеющим силу в юриспруденции.

Криминалисты, коим дает Шлоссман предпочтение перед цивилистами, несомненно, идут дальше в изучении *подлинных* психических процессов, чем мы; но и в уголовном праве найдется немало положений, которые по своему построению далеко не будут соответствовать законам физики или физиологии (злая и добрая воля, а не просто воля как некоторый безразличный психический процесс) и еще менее геометрическим аксиомам.

Воля и волеизъявления потому не признаются в указанном учении за достаточное для утверждения силы договора основание¹, что воз-

¹ Мы ограничиваемся здесь указанием отрицательных результатов работы Шлоссмана. Мы находим их характерными для современной постановки учения о сделке у немцев. Шлоссман на этом не останавливается и дает, взамен разрушенного им, как он полагает, учения об основании силы договора, свою конструкцию, которую мы совершенно отвергаем и не почитаем даже любопытной. Это его учение формулировано в разных местах *Vertrag*'а и в журнальных статьях (подробн. указания у *Enneccerus*'а. С. 74); результат учения выражен в двух тезах (*Vertrag*. С. 288 и 289). 1) Тот, кому дано молчаливое или выраженное обещание, испытывает, при невыполнении его, то же *чувство*, что и при нанесении имущественного вреда. 2) Основание, по коему давший обещание обязан устранить испытываемую промиссаром боль (*Leiden*), лежит в общем и непосредственном правосознании, которое может быть выражено как не требующая доказательства аксиома в положении: кто *виновным образом* наносит обиду другому, тот обязывается возместить понесенный от этого ущерб. В этой предположительной аксиоме совершенно непонятно следующее. Каким образом я, промиссар, буду почитать себя *обиженным*, как при отнятии мне принадлежащей вещи, простым невыполнением обещания, *если воля обещающего не связана этим актом*? Если же она связана обещанием, тогда в основе обязательства должна лежать воля, договор, который Шлоссман считает за *juristisches Nichts*. Выбросив *волю*, добрую, из состава сделки, Шлоссман ввел ее же в свое построение вновь, но уже как злую, ибо промиттент *виновным образом* (*schuldhafter Weise*) не выполняет своего обещания. Разве вина может заключаться в том, что я

можны случаи, и мы не отвергаем этого, где воля в смысле психического процесса есть налицо, а договор или сделка вовсе не имеет силы, и точно так же есть случаи, где воля в ее нормальном процессе вовсе отсутствует, или, с другой стороны, процесс ее возникновения вовсе не исследуется, и не менее того сила сделки несомненна.

Совершенно ясно, что здесь, в учении о сделке, больше, чем в другой области права, наша задача не в том только, чтоб сосчитаться с законами физическими или психическими, а чтоб достигнуть *целей специфических*, важных для юриспруденции в особенности.

Немудрено поэтому, что у нас образуется в вопросах воли такая же *двойственность*, какую мы сейчас указали для счета времени в праве. У нас будет не только правило и исключение, чего не может быть в законах физических, но мы будем наблюдать два течения. Воля, воля человека, продолжая составлять главнейший агент исторических и практических процессов осуществления и выработки права, сго норм и всех его институтов, будет, *в составе сделки*, в составе известной категории актов, направленных на изменение конкретных гражданских правоотношений, являться нам то как простой психический процесс, обнаруживаемый в любых признаках (молчаливое согласие), то как совершенно своеобразное проявление юридического формализма, совсем непонятого с психологической точки зрения и объяснимого только в составе юридического акта по соображениям чисто цивилистическим.

Целая масса недоразумений и контrovers, занимавших немецкую юридическую литературу по вопросу о юридической сделке, ее внутреннем и внешнем строении, связана именно, как мы думаем, с со-

не выполняю ein juristisches Nichts (с. 165)? — Для силы сделок юридического лица с этим *чувством* обиды в конструкции едва ли будет легче, чем с *волей*. Воля много легче допускает технические конструктивные операции в цивилистике, чем чувство (см. выше мысли Савиньи об обидах юридическому лицу). “Аксиома” Шлоссмана должна быть отнесена к той же категории смелых бессмыслиц или парадоксов, как и показанная нами выше воля юридического лица, построенная (по Гирке) из *частей воли* входящих в состав союза людей. Это парадоксы, способные произвести неотразимое впечатление на бессильную мысль. Отвергая всякую цену таких “аксиом” и догматических построений, мы вовсе, однако, не отрицаем научного значения *исторических* взысканий, освещающих на почве положительных данных вопрос об отношении чувства обиды и непосредственного правосознания к вопросу о силе договоров. Заметим только, что чувство обиды может вовсе не совпадать с составом понятия деликта или виновного действия. Наконец, и самое понятие виновности есть также условное и изменчивое в истории сознания людей, как это было частью видно выше. Для истории развития договорных форм надлежит, кажется, очень присматриваться к тому, что проф. Леонтович называет *групповым* рядом в отличие от договорных обязательств отдельных людей.

вершенно отвлеченной от живых явлений постановкой всего учения. Когда стали исследовать сделку, то считали возможным вопрос о ее природе совершенно уединить, дать сделке, т. е. отвлеченному представлению, такое положение, какое свойственно разве живому явлению, тому или другому институту юридическому, а не простой абстракции от живых явлений, состав которой входит в целый ряд институтов¹. У Эннексеруса в первом отделе его трактата видны эти бесконечные споры о природе сделки, отношении ее к закону, отношении воли к волеизъявлению, волеизъявления к его юридическому эффекту. Эннексерус совершенно ошибается, утверждая, что Шлоссман сражается с врагом, которого сам себе создал. Этот враг, общий для Шлоссмана и ряда других исследователей, есть, по справедливому замечанию Шлоссмана, *схоластическая постановка вопроса*², но сам Шлоссман все же не справился с этим врагом, оставшись на точке зрения чисто теоретической и не коснувшись живых источников образования понятия юридической сделки, т. е. юридических институтов.

Вместе со Шлоссманом целый ряд ученых немецких юристов находит неодолимую трудность в решении вопроса, на чем держится эффект сделки. Если это не есть воля лица, говорят они, тогда это будет закон. Таким образом, сила сделки условлена не актом воли ее субъекта, а заранее указанным *в законе* эффектом такого или иного волеизъявления. Такие мысли поддерживают совершенно серьезные люди, как Бехман, Лёнель, Лотмар, Кроме³. В результате некоторые приходят к упразднению различия таких очевидно различных институтов, как наследование по завещанию и по закону, ибо не только в последнем, но и в первом случае эффект сделки достигается посредством легальной нормы, а не через волеизъявление, не через testament.

Это очевидное смешение понятий, вызванное совершенно схоластической постановкой вопроса о юридической сделке. Акты воли лю-

¹ Здесь прием такой же схоластической, какой мы увидим позже в учении о давности. Долгое время цивилисты считали существенным трактовать давность совершенно отвлеченно от отдельных институтов, владельческой давности, *usucapio*, и исковой давности, *praescriptio longi temporis*, с такими же результатами, к коим теперь приводят отвлеченные учения о сделке. Против этой схоластики в учении о давности направлял свои усилия Савиньи.

² У некоторых теперешних ученых (Regelsberger), а также в новом кодексе 18 авг. 1896 г. и его литературной обработке задача изучения сделки ставится, так сказать, на один шаг ближе к действительности, как и у Шлоссмана, т. е. в состав общих учений о сделке (в общей части системы и кодекса) вводится и общее учение или общие положения о договоре. Итак, прежде учение о договоре включало нередко, по образцу *Code civ.*, основы общего учения о юридической сделке; теперь, как раз наоборот, общие основы учения о договоре вводят в состав учения о сделке. Мы сейчас будем иметь случай высказаться по этому вопросу.

³ System. T. I. 1900. § 79. Windscheid-Kipp. § 63 и 69, прим. 1a.

дей, как мы видели, действуют и в области образования норм, особенно норм гражданского права, и в области изменения правоотношений. И тут, и там воля человека есть сила творческая в праве. Но там, где мы говорим о юридической сделке, там натурально *действие нашей воли ограничено пределом института, и юридическая сделка направляется не на изменение института, а лишь на изменение правоотношений*. В указанном примере завещательного акта, так же как и в любом другом, самоопределение лица ограничено пределами института, *но все же это есть самоопределение воли*. И этого мало, не только действие, влияние волеизъявления на правоотношения обнаруживается в составе института и никак не иначе, но и самое волеизъявление может иметь силу только в пределах юридической дееспособности лица и в условиях известной обрядности, которая дает волеизъявлению его определенную природу.

Все это ясно как день для того, кто не оставляет почвы действительности при исследовании юридических явлений, и все это способно дать повод к недоразумениям и спорам, как только рассуждения о юридических явлениях терают эту почву и уходят в область схоластических проблем или изысканий чисто теоретического свойства.

Нам остается сказать *о различных видах юридических сделок* и группировке их в те или другие категории по общим их признакам.

Обычные группировки сделок на односторонние и обоюдные, возмездные и безвозмездные или дарственные, *inter vivos* и *mortis causa*, нас здесь не интересуют, ибо все это исчерпывается в пандектных чтениях. С вопросом о сделках или, по нашей легальной терминологии, *о приобретении прав на имущества дарственным или безвозмездном* (т. X, ч. I, рубрика разд. I) и *о порядке обоюдного приобретения* (там же, рубр. разд. III) мы будем иметь случай встретиться позже. — На противоположении же сделок односторонних и обоюдных или двусторонних мы остановимся коротко здесь же ввиду некоторого изменения в систематическом распределении учений в составе частей Общей и Особенной, которые находим в имперском Уложении 1896 г. и у многих толкователей этого кодекса, которые обыкновенно держатся его легальной систематики. Проект наш, Полож. общ., ст. 56, лишь мимоходом отметил эту группировку.

Учение *о договоре*, теснейшим образом связанное с системой обязательств, не вводилось обыкновенно в пандектных руководствах в состав Общей части как отдельное учение о сделке двусторонней в противоположность сделкам односторонним. Савиньи указал, однако, широкий смысл договора, в который входит не только обязательственный договор, но и так называемый *dinglicher Vertrag* (договор с вещным действием) и много других явлений двухсторонних сделок, како-

вы брак, усыновление, эмансипация. Германисты знают еще применение понятия договора в области распоряжений на случай смерти (Erbvertrag). В этом широком применении понятия¹ легко было указать основание для перенесения общего учения о договоре в новом кодексе из области обязательств в часть Общую, куда Vertrag и был внесен в 1-м чтении проекта (IV Abschn. 3-й Titel Vertragschliessung. § 77—90). Вторая комиссия нашла, что широкий смысл понятия Vertrag не соответствует обиходной речи (Sprachgebrauch des Volkes) и заменила во многих случаях слово Vertrag словом Einigung (одиначество, см. указан. внизу ссылку на Виндшейд-Kipp, прим. к § 69. С. 271), что, однако, по существу ничего не меняет². Толкователи теперь действующего Имперского кодекса удерживают, согласно легальной систематике, учение о договоре, особенно заключение договора, *в составе общей части*. — Мы не имеем основания следовать этому образцу, ибо ни в нашей, ни (частью) в системе Code civil понятию договора нельзя давать такого широкого применения, какое ему присваивают немецкие систематики. Сверх того, нет сомнения, что задача изложения абстрактных учений в составе общей части тем больше выигрывает, чем она менее осложнена. При этом само учение о договоре несравненно рельефнее выступает при сопоставлении его с другими основаниями обязательств, особенно с односторонним обещанием, чем в той одинокой, отвлеченной и отрешенной от всякого определенного юридического эффекта постановке, какую ныне дают этому учению, вернее некоторой части этого учения, Имперский кодекс 1896 г. и его толкователи³.

Мы не будем сейчас рассматривать и других двух категорий сделок, материальных и формальных (абстрактных), хотя это учение должно быть отнесено *к общей части*, по тому соображению, что ему надо предпослать некоторое разъяснение каузального момента в составе сделки, о чем мы будем иметь случай сказать впоследствии.

Наконец, новые систематики вводят еще группировку сделок, по одному общему для многих из них признаку, который прежние цивилисты проходили без внимания. Весьма пристальное изучение разнобразного состава сделок, которое было вызвано в особенности кодификационной работой молодой империи, дало такой результат. Есть волеизъявления и правомерные деяния, особенно в цикле односторон-

¹ Savigny. System. III. § 140 (Vertrag). § 141 (продолжение). Ни у Вангерова, ни у Виндшейда этого нет, кроме последнего изд. Kipp'a, где в приложении издателя к § 69 (с. 271) читатель найдет любопытные указания к вопросу.

² Dernburg. D. bürg. R. I. B. (1902). С. 334, конец и примеч. 7.

³ Мы уже держались этого порядка при разработке Пособия, часть особен. Вып. II.

них актов воли, влияющие на изменения правоотношений, которых юридический эффект не зависит от того, *обращены они к кому-либо или нет*. Юридический эффект других категорий сделок, в особенности договорных, более или менее полно связан именно с таким обращением волеизъявления к кому-либо. В работах немецких кодификационных комиссий, участниками коих были цивилисты, практики и ученые, первейшего разбора, есть много следов тщательнейшего изучения этого различия, которому они придавали большое значение. Art. 130, 131, 132, в особенности в составе общей части *Bürg. Gesetzbuch*, и ряд статей части Особой этого кодекса разработан ввиду этого наблюдения. Называли ту и другую категорию волеизъявлений *adressierte und nichtadressierte Willenserklärungen*. Цительман в трактате “*Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe*” (изд. Bekker u. Fischer) предложил новый в цивилистике *термин* для этого явления¹. Для обращенных к кому-либо волеизъявлений *empfangsbedürftigen*, для противоположной категории *nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen*. Новый термин скоро стал общим достоянием литературы, даже учебников; и читатель встретит его у Дернбурга, Козака, Кроме и в самом распространенном учебнике Эндемана (8-е изд.). Даже старый противник Цительмана, профессор Леонгард, нашел его совершенно подходящим. Мало того, его передал на французский язык Saleilles так: для 1-х *implicant réception*, для 2-х *non implicant*. По-русски, быть может, было бы удобно передать это словами: включающая восприятие сделка или нет², но терминология — дело трудное, и мы охотно оставляем пока вопрос открытым².

¹ Указ. соч. Т. I. С. 22 и 23 (Terminologisches).

² Цительман требует для термина 2-х свойств, он должен быть *kurz u. durch sich selbst klar*. Эти качества есть налицо в его термине. Что означает русский термин (включающая восприятие сделка или волеизъявление), это легко уяснит себе всякий юрист; “включающая”, в своем составе, конечно, “восприятие” сделка. *Состав юридической сделки, фактический состав волеизъявления*, это — собственно *corpus negotii*, необходимые элементы, без наличия которых нет понятия сделки такой-то, или волеизъявления такой-то категории. Для краткости мы выпускаем из термина слово *состав*. Термин *corpus negotii* (состав сделки) аналогичен с термином *corpus delicti*, состав преступлений, употребляемым криминалистами, и ныне *mutatis mutandis* совершенно ходячий в цивилистике, особенно немецкой. — Сочинение Леонгарда, указанное в тексте, есть *Der allgemeine Theil d. Bürgerl. Ges. Buch*. 1900. С. 268. Saleilles. *De la déclaration de volonté* дает обширный экскурс к art. 130, 131, 132 *Bürg. Ges. Buch*, см. особ. § 1 к art. 130, 3 (с. 129) и многие другие места.

³ Насколько трудно ладить, особенно в мало дисциплинированном кругу “специалистов”, в этих вопросах, показывают не раз поразительные недоразумения, которые оказываются в работах Редакционной комиссии по Гражд. уложению. Мы скоро будем иметь случай объясниться по вопросу о выброшенном и ничем не за-

Явление сделок, не включающих восприятия, очень частое в цивилистике. Их множество. Таково прекращение владения, обещание награды, креация предъявленной бумаги, признание происхождения детей от известного родителя, волеизъявления на случай смерти, принятие или отречение от наследства. Когда-либо эти волеизъявления или правомерные деяния (прекращение владельческого состояния) будут восприняты заинтересованным. Но для строения сделки характерно то, что юридический эффект их в момент волеизъявления вовсе не стоит в зависимости от этого последующего восприятия. Они сильны сами собой, как *nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen*. Акты эти не суть ни выжидательные, ни условленные наступлением последующего события, какими обыкновенно бывают сделки двусторонние (договор), когда до времени развернута лишь одна сторона целого состава сделки. Эти акты суть сами по себе цельные, решительные и бесповоротные с места и тут же связанные со всем свойственным данной сделке составом ее юридических последствий.

Не включающие восприятия волеизъявления могут, однако, для своего состава требовать обращения их к должностному лицу или установлению. Итак, для отречения от права собственности на недвижимость волеизъявление имеет быть сделано перед ипотечным установлением. Это не значит, что сила его поставлена в зависимость от восприятия или принятия¹ *стороной*. По отношению к заинтересован-

менном термине *дееспособность* (*Handlungsfähigkeit*), который и немцы не находили точным, но заменили его более точным *Geschäftsfähigkeit*, *способность совершения сделки*, а не менее точным и совершенно непригодным *Rechtsfähigkeit*, правоспособность, имеющими совсем другой смысл, как это случилось у нас. Тот же курьез в применении понятия “права вотчинного” к разным явлениям и, между прочим, к “праву авторскому”, которое составляет в системе книги третьей раздел VII (этому трудно поверить, и мы приглашаем читателя убедиться в этом посредством справки с печатным подлинником проекта книги 3-й. 1902, где все это окажется как в оглавлении, так и в тексте. С. 90), именно “Вотчинное право”. Неожиданность побудила нас пересмотреть терминологию книги второй проекта, “Семейственное право”, чтоб видеть, как там обошлись с *правами отца* по отношению к детям, тоже *отцами*, с *отчеством* детей, которые только говором, а не этимологически отличны от *отчины* или вотчины. Что же и здесь та же связь отчины с правом авторским, как в книге 3-й проекта? К радости, оказалось, что редакторы не имели мужества последовательности и удержали старый термин *родительской власти*. Такое же терминологическое недоразумение произошло и с термином “условие”, *условная сделка*, которая, как мы сейчас покажем, по проекту будет налицо там, где нет никакого “условия”.

¹ Мы употребляем термин *восприятие*. Это собственно *Vernehmung*. Цительман и многие писатели говорят не о восприятии, а просто о *принятии*, *Empfang*. Разница может быть уяснена только в связи с учением о договоре. Здесь она несущественна.

ному волеизъявлению для своей силы вовсе не требует его соучастия, восприятия или принятия им этого изъявления. Ввиду этого Цительман различает две категории восприятия сделок, которые характеризует их юридическое построение, это — *amtsempfangsbedürftige* и *parteiempfangsbedürftige Rechtsgeschäfte*, т. е. сделки, для состава коих все же не нужно восприятие волеизъявления *другой стороны*, которые, стало быть, совершаются односторонне (не требуют восприятия в этом смысле), но при том, однако, с непременным требованием явки, уведомления, оповещения их *по начальству*, без чего они не имеют юридического эффекта (*amtsempfangsbedürftige*). Немецкие систематики (Цительман) составляют целые каталоги сделок по новому кодексу, зачисляя их в ту или другую категорию. Это очень ценная для изучения юридической природы сделок, при этом нередко трудная и далеко не бесспорная операция.

Мы ограничиваемся здесь признаком строения сделки той или другой категории, без приложения к действующему праву и к проекту, хотя, вне всякого сомнения, этот анализ, однако, приложим к юридическим сделкам немецкого, французского (Saleilles), нашего и вообще любого права. Детали, как они ни интересны, не могут войти в границы общего курса и общего учения о юридической сделке.

Заметим здесь, что и односторонние волеизъявления, напр., предупреждение должника о наступлении срока (*interpellatio, Mahnung*) или извещение кредитором должника о последовавшей уступке (цессии) требования (*denuntiatio*), должны быть отнесены к категории *empfangsbedürftige Willenserklärungen*.

Что касается сделок двусторонних, договоров, то натуральный состав их необходимо предполагает принятие или восприятие одним контрагентом волеизъявления, обращенного к нему со стороны другого. Контракт есть по своему составу принятая оферта. Это, стало быть, необходимо *parteiempfangsbedürftige Willenserklärung*. Волеизъявление, которое ни к кому не обращено, нельзя назвать предложением, офертой. Оферта представляет собой необходимо выжидательную позицию оферента, до известной поры в принципе допускающую отказ, которым может разрешиться эта начальная стадия образования договора. Новый состав сделки, имеющей в своей основе договор, наступит с момента встречного волеизъявления, с наличностью акцепта. Очевидно, что для образования этого состава сделки необходима способность совершения сделки не только со стороны оферента, но также и со стороны акцептанта. Если бы ее не имел акцептант, то волеизъявление оферента должно быть обращено к компетентному лицу или установлению, и это лицо принимает его или отказывает не в качестве только должностного (как было замечено выше для *amtsempfangsbedürftige*

Willenserklärungen), а в качестве заместителя сторон, стало быть, сделка остаётся по своему строению *parteiempfangsbedürftig*¹.

Дальнейшее изложение учения о юридической сделке мы расчленим на следующие главные разделы. *А. Учение о внутреннем строении сделки*, или о внутреннем ее формализме. *В. Учение о внешней стороне сделки*, о волеизъявлении или обрядности в совершении сделок. Так как в массе случаев акты волеизъявления совершаются ныне не самим субъектом сделки, а с содействием другого лица, и этот вопрос касается как внутренней, так и внешней стороны сделки, то вслед за этими двумя отделами мы укажем здесь же *С. Основы учения о представительстве* в гражданском праве и *Д. Связанные с теми или другими пороками сделки явления ее бессилия* и общие правила толкования волеизъявлений в гражданском праве.

Наше законодательство заключает в себе, в состоянии зародышном, несомненно правильную систематику понятий, которые нас здесь занимают. Раздел 3 книги второй носит титул: *О порядке приобретения и укрепления прав вообще*. Несмотря на это широкое заглавие, в этом разделе отдельные главы касаются *не прав вообще*, а лишь прав по имуществам. Мы будем в учении о сделке ставить нашу задачу шире, ибо юридическая сделка направляется не только на приобретение, но и вообще на изменение, в самом обширном смысле, гражданских правоотношений, притом не одних имущественных, а также семейных (брак, узаконение, усыновление, назначение опекуна, завещание, отречение от наследства и проч.). Книга третья трактует уже не о приобретении и укреплении прав на имущества вообще, а о приобретении и укреплении прав на имущества *в особенности*, т. е. о юридических сделках в составе того или другого отдельного института.

Здесь нас касается, очевидно, только 3-й раздел второй книги.

Положения этого раздела обнимают обе стороны взятого нами учения о сделке, внутреннюю и внешнюю. Сторона внешняя или обрядная (раздел В) развита несравненно шире, чем внутренняя. Для последней мы имеем почти все содержание трех последних глав этого раздела (гл. III, IV и V) *об укреплении прав на имущество* и о совершении актов любого рода, о чем трактуют частью т. X, ч. I (ст. 707—933, с обширным приложением к ст. 708), частью Нотариальное положение и Устав гражданского судопроизводства.

Для внутренней стороны все содержание гл. I и II этого раздела ограничивается пятью-шестью, частью карательными, статьями с очень

¹ Положение art. 151, первая половина, не составляет исключения, как думает Endeman (с. 316), ибо предполагает или заранее данное согласие принять, или установившийся между сторонами порядок деловых сношений именно в этом смысле.

мало развитым содержанием. Правда, что этими статьями не ограничивается учение, но все же для учения о внутренней стороне сделки наш позитивный материал крайне скуден. Это не мешает нам остановиться на нем с необходимой полнотой, так как без этой стороны дела все учение о сделке теряет смысл.

А. РАЗДЕЛ ПЕРВЫЙ

ВНУТРЕННЯЯ СТОРОНА СТРОЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СДЕЛКИ

§ 46

I. Общая гражданская дееспособность лица. — II. Непринужденный произвол и согласие.

Несмотря на краткость общих положений о юридической сделке в указанных титулах, наше действующее законодательство хорошо знает неперемнное условие силы сделки, заключающееся прежде всего:

I. В *общей гражданской дееспособности*¹ лица к совершению юридических актов. Современное право, западное, как и наше дейст-

¹ Мы сейчас указали на произвольное устранение понятия дееспособности из нашего юридического обихода, без замены его другим термином для этого специфического понятия. Это, несомненно, переводное речение, передающее понятие *Handlungsfähigkeit*. Французы обходились для выражения того же понятия словом *capacité* в разных применениях, *capacité d'exercice*, *de jouissance*, *degrès dans la capacité*, *incapacité*. И вот один из французских юристов (*Capitant*. *Introduction à l'étude du droit civil*) находит очень метким терминологическое различие, которое выразилось в немецкой речи для обозначения, с одной стороны, *de l'aptitude à être titulaire de droits*, иметь *Rechtsfähigkeit*, быть правоспособным, а с другой, *de la capacité d'agir*, *de faire des actes juridiques qui produiront les conséquences légales qui y sont attachées*, быть дееспособным. Немцы тем временем успели в своем анализе явлений обмена сделать еще шаг вперед. Термин *Handlungsfähigkeit* остался в литературе. Но в легальной речи для выражения *capacité*, *faculté* (*capacitas*, *facultas agendi*, для процесса — *persona legitima in iudicio standi*) употребляется в теснейшем применении к юридической сделке особый термин — *Geschäftsfähigkeit*, которого нельзя передать ни через *faculté de négociation* или *de déclarer la volonté*, ибо у французов самое понятие сделки не есть настолько выработанное, как у немцев. Это, однако, еще не все, что необходимо для замены старой *Handlungsfähigkeit*. И чуткий Эндеман думает создать особое понятие и термин — *Verkehrsfähigkeit* (см.: *Lehrbuch*. I. С. 122 и 123 по 8-му изд. и примеч.). Все это еще в процессе образования, как и самое понятие и термин *сделка*. Нам кажется, что не выработанному пока термину

щее, разрабатывает реквизит *воли лица* для целей юридических в целом ряде особых положений, которых мы касались выше, в связи с учением о лице, правоспособном субъекте гражданских юридических отношений. В этом учении было видно, что, с одной стороны, законодательство ограничивает и гражданскую дееспособность требованиями возраста, неодинаковыми для различных сделок, требованиями здоровья физического и умственного, наконец, известными реквизитами нравов и не умаленной, в связи с системой наказаний, гражданской правоспособностью лица. С другой стороны, мы указали в том же составе учений о лице расширение гражданской дееспособности на круг субъектов гражданского права, для коих недостаток естественной воледееспособности заменяется юридически установленными органами их гражданской дееспособности. В указанном разделе это расширение выражено в статье 698, где перечислен весь круг лиц, особенно юри-

Verkehrsfähigkeit предстоит определиться и дать большую определенность и поддержку всему учению о юридической сделке. Но это немецкая будущая терминология. Что же делают отечественные редакторы? Различая те же стороны и степени проявления самостоятельности лица в гражданской жизни, как все принятые ими в руководство западные системы, они не только не ищут приближения к ним в терминологической точности, но делают в этом смысле шаг назад даже по отношению к общепринятым в нашей литературе гражданского и частного международного права терминам, подготавливая, таким образом, почву для недоразумений не только в области внутреннего, но и точно так же международного гражданского обмена. Ходячим термином “дееспособность” (гражданская), в отличие от правоспособности, в точном смысле сейчас приведенных толкований французской и немецкой технической речи, пользуются и у нас в кассац. практике (напр., *Гаугер*. Т. XXI. См. предметный указатель), также, с большим успехом. Алфав. указ. Св. гражд. узак. губери. Прибалт. С.-Петербург, 1895, просвещенный переводчик Гражд. зак., действующ. в Царст. Польском, изд. присяжн. поверенного Станислава Шифер. Варшава, 1899 (см. рубрику раздела XI кн. 1 о лицах), из систем международн. права (см., напр., *Мартенса Ф.* Современное международн. право цивилизов. народов. Т. II. 3-е изд. § 70. С. 311 и след. по эт. изд.), где указано, что в применении к личному состоянию иностранцев национальных законов следует различать правоспособность от дееспособности. Правоспособность не определяется исключительно национальным законом (с. 312). Что касается дееспособности, то она определяется, по общему правилу, законами национальными лица (с. 313). Неужели речь официальная (казенная) и литературная должны непременно идти врозь, хотя бы эта рознь не соответствовала ни внутреннему смыслу выбираемых терминов, ни интересам общения разноместных систем одного государства, ни, наконец, удобству международных сношений? — Этой розни совсем не видно в немецком имперском Уложении 1896 г. Тут есть какая-то внутренняя фальшь! То мы очень сильно заимствуем у немцев не только систему, с ее Общей частью, но целые институты, совсем до сего незнакомые русской жизни, то нас берет какая-то этимологическая оторопь перед простым термином, совершенно принятым в обиходе нашей цивилистики, потому только, что его не найти в т. X, ч. I и еще менее в Уложении царя Алексея Михайловича.

дических, которые могут *приобретать все права на имущества* по различию самых имуществ и в пределах, законом определенных. Проект, Положения общие, касается этих материй в ст. 6, 7 для лиц физических и 23 и 24 для лиц юридических.

Таким образом, уже в этом моменте состава сделки ясно, что мы, с одной стороны, регулируем влияние воли человека, как простого психического процесса, формальными реквизитами зрелости, нормального состояния умственного и нравственного и полноты правоспособности человека, без чего воля, как бы она ни была ясна, не произведет юридического эффекта; с другой, мы расширяем применение той же способности самоопределения лица к кругу его гражданских правоотношений на союзы и установления, где акты союзной дееспособности выполняются помощью особой организации, направленной к этой цели. — Работу изменения гражданских правоотношений выполняет то воля естественная отдельно взятых дееспособных людей, то искусственно организованная дееспособность союзов.

Там, где нет дееспособности гражданской, как бы ни был ясен психический процесс, который мы называем волей, он останется без всяких юридических последствий для правоотношений субъекта.

Таким образом, гражданская дееспособность составляет общий реквизит личности в гражданском праве, ибо без этого реквизита нет автономного характера гражданских правоотношений, нет самоопределения их субъекта.

Но и при наличности этого общего реквизита любой юридической сделки *каждый отдельный акт*, направленный на изменение конкретного правоотношения, должен носить известные признаки, без наличности коих не будет *в данном случае состава юридической сделки*. На этих реквизитах останавливается указанный нами 3-й раздел книги 2-й в особенности. Мы возьмем вперед реквизиты внутренние.

II. За общим требованием гражданской дееспособности нашему изучению подлежат дальнейшие положения закона, касающиеся юридической сделки, отдельной взятой.

Термин, коим наш закон обозначает наиболее общим образом понятие, соответствующее нашему понятию юридической сделки, есть *способ приобретения прав на имущества*¹. Мы указали, что это, в смыс-

¹ Слово “сделка”, независимо от отдельных случаев применения (мировая сделка, сделка с премией; 14011. Т. X. Ч. 1), тоже встречается в легальной терминологии X Т. Ч. I и в общем смысле. Так, ст. 1540 говорит: все счета, условия и всякого рода сделки... совершаются на серебряную монету. Также во всех *казенных и частных сделках* должны быть употребляемы одни российские меры и вес. Проект допускает понятие “сделки” в общем смысле, как и этот термин (Полож. общ. Ст. 56, 57). Таким образом, в новой терминологии мы будем иметь весь состав понятия *дееспос-*

ле явлений, подлежащих в составе нашего закона действию общих правил для юридических сделок, термин слишком узкий. Но он все же шире, чем во французском кодексе, где правила, общие для сделок, приноровлены особенно к договорам. Нет сомнения, что общие положения нашего закона для способов приобретения прав по имуществам могут и должны быть отнесены и к способам их прекращения, а также и к актам права семейного и по наследованию. Это расширение понятия сделки содержится в ст. 56 Общ. положен. Проекта.

Главнейшее из положений общего характера заключается в статье 700, которая говорит: все способы приобретения прав (здесь не прибавлено *по имуществам*, но это ограничение видно из титула этой главы), законом определенные, тогда только признаются действительными, когда они *утверждаются на непринужденном произволе и согласии*. Этот же самый рекузит *непринужденного согласия* выражен именно и по отношению к браку в ст. 12 т. X ч. I, и по отношению к договорам в особенности (ст. 1528), к дарению (967), завещанию (1010). Независимо от этого, гарантию свободы совершения сделок представляют обрядности волеизъявлений, указанные в Положении о нотариальной части (ст. 89, 96, 107 и ряд других в той же гл. 2 разд. II), а также многочисленные нормы закона уголовного, угрожающие тяжкими наказаниями за покушения на свободу волеизъявления лиц при совершении ими юридических сделок. Указывая, однако, *непринужденный произвол и согласие* как общую основу для всех способов приобретения прав по имуществам, наш закон, очевидно, не думает момент воли (в сделке односторонней) и согласия (в договоре) сторон сделать исключительным источником юридической силы сделок, ибо

способности. Каждое лицо способно приобретать гражданские права (ст. 1), пользоваться ими (ст. 2), известной квалификации лица (совершеннолетние, умственно-здравые, располагающие органами речи, слуха, люди нормальных нравов и рассудительные. Ст. 6 и 7) признаются способными *самостоятельно располагать собой и своим имуществом* (ст. 6), действовать, выражать свою волю, управлять имуществом (ст. 7). И вот эта сфера самостоятельного проявления личности в правомерных гражданских деяниях, особенно в сделках, и дает весь состав понятия гражданской дееспособности. Весь этот состав виден в Общ. положениях (см. приведенные сейчас статьи), а термин взят не тот, который нужен для обозначения *действительного состояния воли* субъекта правоотношения, не дееспособность, а правоспособность, которая есть налицо и там, где дееспособности нет, нет разума, нет воли, нет зрелости, нет признаков, существенных для *самостоятельности гражданских волеизъявлений*. Этот плюс, эта прибавка к правоспособности и есть то, что немцы именуют *Handlungs-, или Geschäftsfähigkeit*. Это вовсе не полный только объем правоспособности (ст. 6) и не *degrés dans la capacité*; это нечто специфическое, *гражданская самостоятельность субъекта* или гражданская его дееспособность. Термин удобен, потому что ясен и краток.

наряду с этим ставит общее положение, по силе коего *права на имущество приобретаются не иначе, как способами, в законах определенными* (699).

Таким образом, наш кодификатор с достаточной ясностью обозначает существенные элементы строения сделки как волеизъявления субъекта в пределах его дееспособности и в составе определенного юридического института.

В дальнейшем мы попытаемся приблизить отвлеченно указанные реквизиты воли в составе сделки, выраженные в словах 700-й статьи, *непринужденный произвол и согласие*, к конкретным явлениям гражданских волеизъявлений. На изменениях, которые вносят в эти положения статьи Проекта, мы остановимся в детальном изложении.

§ 47

Внутренний формализм воли в составе юридической сделки (продолжение). — Понятие. — Внутренний формализм как черта системы. — Поправки. — Дуализм. — Латинская система. — Средние века. — Искание принципа в немецкой литературе. — Два противоположных учения. — Их исторический смысл. — Наше законодательство.

Выражая общим образом требование непринужденного произвола и согласия в составе сделки, наш закон, однако, вовсе не требует вместе с этим и не допускает *положительного всякий раз исследования или проверки* действительной наличности воли в составе сделки для юридического эффекта, на который сделка направлена. Это было бы в прямом противоречии с автономным характером гражданского обмена.

Для сферы гражданских правоотношений сделка есть то же, что закон для вопроса существования нормы. В латинской терминологии сюда прямо применяется квалификация закона, *lex contractus*¹. Когда речь идет о законе, то сила его условлена публикацией. Воля законодателя существует только тогда, когда есть публикация. Публикация закона не составляет *только средство доказать* наличность воли законодателя. Это нечто большее. Без нее не существует закона. *Это конститутивный элемент* легальной нормы.

Совершенно такое же отношение момента внешнего, волеизъявления, к внутреннему моменту сделки, к воле. Пока нет волеизъявления, нет воли, нет сделки. С того мгновения, когда есть волеизъявление (для односторонней сделки) или единение волеизъявлений (для

¹ *Contractus legem ex conventionione accipiunt* (l. 1. § 6. D. 16. 3), *legem testamento dicere* (l. 14. D. 28. 1).

договора), юридическая сделка есть налицо. *Волеизъявление для сделки то же, что публикация для закона.* Это конститутивный для состава сделки момент¹.

Таким образом, где есть публикация, respective волеизъявление, и текст закона или слова сделки не возбуждают никаких сомнений, там именно *волеизъявление* решает вопрос о наличии нормы или сделки. *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.* Наличие воли не подлежит сомнению и не допускает никаких изысканий предшествующих волеизъявлению процессов, никаких исследований материальной стороны дела, никаких вопросов по существу².

Волеизъявление констатирует формально *наличность не только сделки, но и воли в юридическом, а не психическом смысле.* “Истинная воля” для конкретной сделки остается, как и “истинный полдень” для счета времени по календарю, безразличной. Это и есть то, что мы называем *формализмом воли*, или, для отличия от формализма в смысле юридической обрядности, стало быть, внешнего, *внутренним формализмом воли*³.

Внутренний формализм воли составляет такую же переработку простых натуральных процессов для целей их *юридической известности и применения*, какую в этих же целях дает нам понятие лица, граждански правоспособного субъекта, или вещи, обособленного объекта имущественного обладания, для этих двух конструктивных элементов правоотношения. Это такая же искусственная, техническая операция, образец которой мы видели выше в так называемой *computatio civilis*, отличающейся от *computatio naturalis*.

¹ По вопросу об отношении воли к волеизъявлению есть на немецком языке замечательный трактат покойного лейпцигского профессора, бывшего затем душой проекта гражд. улож. для Германии, *Бернгарда Виндшейда*. Willen u. Willenserklärung. Ср. и здесь особ. *Эттекеруса*. С. 58, где, и особ. в примеч. на с. 59, читатель найдет ряд полезных литературных указаний. То же § 306 и примеч. Lehrbuch d. Pandecten Виндшейда, где разработан особенно момент заключения (Abschluss) договора.

² Приведенный на предыдущей стр. текст толкуют и так, что voluntas и здесь есть *только волеизъявление*, а не самая воля. См.: *Issay Herm. Die Willenserklärung*. 1899. С. 14.

³ Самый термин “внутренний формализм воли”, совершенно употребительный у немцев, стал встречаться в последнее время и в нашей литературе. См., напр., вступительную лекцию молодого профессора В. А. Удинцова (читан. в Киеве 8 марта 1894 г.) “Дуализм частноправных систем”. С. 11. Это талантливая характеристика некоторых особенностей торгового права. В литературе уголовного права соответствующий термин употребителен давно уже и у нас. Это так назыв. внешнее вменение, imputatio externa, в противоположность вменению внутреннему. Значение термина “формализм воли” или “внутренний формализм воли” у цивилистов есть иное, чем у криминалистов.

Эта формула воли или этот внутренний формализм воли виден в целом ряду случаев применения.

Итак, мы принимаем наличность сделки и ее эффектов для такой категории субъектов гражданских правоотношений, в коей нет и быть не может психических процессов, свойственных именно этому субъекту, как он свойственен человеку. Мы это видели выше и только что показали вновь для юридических лиц. В операциях, которые совершаются их именем, посредством органов их дееспособности, мы принимаем наличность воли, где есть, собственно, только *формальные симптомы, конституирующие наличность формальных реквизитов волеизъявления*¹. О воле юридических лиц в материальном смысле не может быть и речи, как не может быть речи о *чувстве обиды*, *чувстве удовольствия*, и иных субстанциальных, а не формальных только моментах их существования.

Но совершенно так же, как для определенного круга лиц, так и независимо от лица, для *сделок определенного типа*, ипотечных, торгового права, формально-договорных, внутренний формализм воли будет составлять характернейшую черту их строения, резко отличающую эти типы или эти отдельные виды сделок от других.

Нет сомнения, что здесь, в области волеизъявления, возможно провести такие же *две разные основы конструкции*, как в учении о лице, о вещах, о счислении времени. Это тот же *дуализм* сделок по их составу, с преобладанием конструктивных элементов или *формального*, или же *материального* характера, который виден и в составе других элементов юридических отношений, и не только юридических отношений, но и юридических институтов.

Можно сказать, что преобладание институтов и сделок того или другого типа *характеризует эпохи* в развитии и в смене целых систем права.

Таким образом, сделки типа чисто формального, в смысле формализма внутреннего, составляли преобладающую черту квинитской системы. Это была именно *черта системы*, которой происхождение и свойство историки любят связывать с особенностями национального характера квинитов, с одной стороны, и с *автономным, абсолютным характером строения частноправовых институтов* этой эпохи, с другой.

В условиях развития дуализма систем в последующую историческую эпоху мы видим постоянное смягчающее воздействие преторской юрисдикции на непосильные для нового общества требования зрелости и бесповоротности волеизъявлений в области гражданских право-

¹ Материальное действие, внутренние события правовых отношений оцениваются шаблонами, установленными законом. *Удницов. С. 1.*

отношений. Известно, что сила сделки продолжала и в эту пору определяться прежней мерой, и то, что раз выражено как акт воли лица в сфере его правоотношений, изменяло их в формальном смысле совершенно независимо от обстоятельств, предшествующих волеизъявлению и, быть может, влиявших на самоопределение субъекта.

Против крайности этого внутреннего формализма воли в сделке претор первоначально мог действовать только *путем экстраординарного исследования каждого случая* и устранять последствия гражданского ригоризма, когда в данном случае становилось ясно, что применение его приводит к опасным последствиям. Таковы были преторские *in integrum restitutiones propter minorem aetatem*, а для лиц зрелого возраста — в случаях отсутствия их (*absentia*), в сфере сделок в особенности для противодействия принуждению (*metus*), обману (*dolus*), ошибке (*error*) в волеизъявлениях.

В позднейшем праве этот случайный характер исправления гражданского ригоризма героическими, экстраординарными средствами уступил, как известно, место общему порядку процессуальной охраны свободы волеизъявления в сделке. Но чтоб не извратить совершенно *подлинную для гражданского права черту самоопределения воли в области сделки*, классическая юриспруденция не лишала ее юридической силы *прямо ввиду признаков слабости воли, незнания, неопытности, ошибок* в волеизъявлении, не объявляла таких сделок *изначально ничтожными*, а лишь *допускала, по требованию самих потерпевших, ослабление или уничтожение их юридических последствий* в более или менее тесных пределах. И в этих условиях все, что дает нам последующая латинская система, *в смысле поправки внутреннего формализма воли*, ограничивается устранением *последствий* такой сделки посредством предъявления возражений, опровержений или споров против силы опорочиваемой сделки, в особом процессе.

Задача различения *прямого ничтожества сделки* при наличии внутренних пороков волеизъявления от простой опровержимости или спорности ее связана, мы думаем, не с тем или другим характером развития права¹, как это принимают многие, а с самым понятием *юридической сделки* в гражданском праве, из коего нельзя вычеркнуть признака самоопределения, выраженного в акте изъяснения воли.

Такая идея юридической сделки не могла быть чуждой никакой эпохе в истории развития нашей системы. Выработана она была, однако, окончательно и отчетливо только в системе римского права.

¹ Причем в основу этого явления ставят двойственность процессуальных методов и противоположение права гражданского и преторского у римлян, чего де мы не знаем. К этому вопросу мы вернемся в заключение учения о юридической сделке, где будет речь о недействительности ее.

Если эту основную идею нетрудно установить в составе латинских классических учений, то по отношению к *средневековой юриспруденции* мы видим, начиная с глоссаторов, попытки поставить учения на основы более постоянные (воля и изъявление одинаково необходимы для силы сделки, как *дух и тело для жизни*), хотя далеко не столь практические и соответствующие духу гражданского права, как это сочетание общей формальной силы волеизъявления с возможностью устранить юридический эффект сделки, *по иску заинтересованного*, ввиду таких пороков волеизъявления, которые в данном случае исключают признак самоопределения, необходимый для состава сделки.

Современная немецкая литература исполнена разнообразнейших попыток указать *руководящий принцип* для выхода из коллизий волеизъявления, формально бесспорного, с наличием фактов, исключających самым несомненным образом *подлинность воли* из состава волеизъявления¹.

Случаев, где приходилось идти на помощь слабой воле, в позднейшей латинской практике развилась целая масса. Приходилось помогать не только несовершеннолетним, отсутствующим, в случаях угроз, обманов, *ошибок*, симуляций, но особенно в известных кругах лиц, далеко не готовых для самоопределений в сфере гражданских правоотношений. Надо было или *низводить их дееспособность*, что далеко не всегда соответствует духу времени; или, допуская ее развитие, в отдельных случаях спешить на помощь женщинам, воинам, иностранцам, людям низших профессий, коим часто был далеко не по плечу этот внутренний формализм гражданских волеизъявлений, бесповоротно решающий судьбу их имущественных интересов по принципам, не для этих людей писанным.

Мы обращаем внимание здесь на эту черту позднейшей латинской и современной рецепированной методы исправления последствий гражданского ригоризма, по силе коей волеизъявление, заключающее в себе тот или другой порок воли, все же не делает гражданскую сделку ничтожной по существу. Она все-таки остается способной юридически действовать.

Ввиду возможности таких разноречий подлинной воли и волеизъявлений и расширения поправок формализма немецкая цивилистика, очевидно, немного затерялась в разумении самого существа гражданской сделки, и в своих поисках за принципом немецкие ученые юристы полагали необходимым, наряду с формальными реквизитами волеизъявления в сделке, разработать еще возможно шире материальную

¹ Прекрасный короткий обзор этих попыток см. в Lehrbuch Эндемана. 8-е изд. Т. I. С. 334. Прим. 4.

сторону волеизъявления, его содержание, чтоб досказать все, что в ней заключается, чем условлен ее эффект, и оперировать отвлеченным понятием сделки уже ввиду всего этого сложного состава данных.

Таким образом, сила сделки в этих учениях условливалась не тем только, что воля изъявлена в пределах дееспособности, но что эта воля имеет определенное содержание и направление произвести известный эффект, и что сторона ясно себе представляет всю фактическую и юридическую сторону своего волеизъявления. В силу этого юридическая сделка из простого акта волеизъявления обращается в целую эпопею¹, тогда как волеизъявление должно быть только типическим, удобоприемлемым, конституирующим наличность воли для установления или изменения правоотношений в составе известного института актом, и только.

Эти попытки исчерпать не только формальную сторону волеизъявления, но и ее содержание тем более неудачны, что немцы пытались дать их основы в общих учениях о юридической сделке, тогда как они могут иметь место разве в отдельных учениях.

Содержание волеизъявления, условненное различием институтов, не может входить *в состав общих учений* о юридической сделке, не производя путаницы понятий.

Но и оставив в стороне эту задачу, все же немецкая юридическая литература в современном состоянии дает *две* одна другую исключаящие *группы учений*.

В одной группе основу силы сделки хотят видеть *в воле лица*, и где нет воли лица, там отрицают силу сделки. В другой группе думают указать как решающий для юридического эффекта сделки момент не волю *в ее подлинных процессах*, а лишь *результат* этих процессов, получаемый *в волеизъявлении*, и этому волеизъявлению приписывают юридический эффект в составе определенного института.

Первое учение именуют *теорией воли*. Второе — *теорией волеизъявления*. Ни то, ни другое не обходится без ряда оговорок и исключений в применении основного принципа.

¹ Что такой сложный состав сделки, исчерпывающий все содержание института, возможен и на известных стадиях развития институтов необходим, — это не подлежит сомнению. В старых юрид. актах мы имеем массу сделок, включающих в себя почти все содержание института, коего касается волеизъявление. Для примера можно взять № 62, 86 А. Ю., хотя таких примеров, где именно сделка, по счастливому выражению Ihering'a, составляет настоящий прииск (Fundgrube) диспозитивного права, везде много. Когда институт достаточно объективировался, этого не нужно более, ибо состав воли легко определяется простым наименованием сделки. Натурально, при этом легко может иметь место и ошибочное представление об этом составе, против чего или допускается поправка, или же получается прямой ущерб для несведущего.

Между тем и другим посредствует так называемая *Vertrauenstheorie*, теория доверия, где задача в том, чтоб примирить крайности обоих учений и дать выход из трудностей широким применением меры добросовестности в случаях столкновения волеизъявлений с действительной волей лица (особенно Hartmann).

Насколько эти группировки писателей в ту или другую категорию по направлению их задач произвольны, легко заключить из того, что иногда один и тот же писатель попадает у одного рецензента в одну, у другого в другую группу¹.

Всего менее удачной надо назвать *третью группу*, которая ставит себе задачу примирения там, где рознь происходит вовсе не по основаниям теоретическим, не по причине разномыслия ученых, а по причине *двойственности явлений* в самой жизни, в самом обороте гражданского.

Не колеблясь, можно сказать, что ни то, ни другое из двух указанных противлежащих учений не есть построение на воздухе и что каждое найдет себе в жизни оправдание, но каждое лишь *в своей сфере* правоотношений и институтов.

В общем, конечно, так называемая *Willenstheorie* обращена скорее к прошлому, чем к будущему, ибо возможность исследования явления обмена *по существу*, со всеми индивидуализирующими состав каждой сделки моментами, предполагает больше простоты и естественности, *примитивности правоотношений*. Наоборот, сделки, сила коих основана вся на *внутреннем формализме* воли, на том *результате* предшествующих процессов, который оказался в волеизъявлении, *Erklärungstheorie*, и где нельзя допустить всякий раз изысканий соответствия этого внешнего момента внутреннему и их поверки, обращены к будущему, к *выработанному деловому обмену*, к кругу лиц и институтов, требующих полной деловой зрелости и способности бесспорно и бесповоротно решать сложные проблемы направления сделок к ясно сознанный и определенно намеченной цели.

Нельзя, однако, сказать, чтоб в какую-либо эпоху один тип строго-деловых и формально-законченных волеизъявлений составлял исключительное явление гражданского обмена, не допускающее отнюдь наряду с ними и такой сферы юридических сношений, где очень возможны принорования силы сделки к обстоятельствам, к свойствам лиц, отношений, целей.

¹ Ср.: Обзорение у Эннекцера, особенно с. 75, у Регельсбергера. Pandekten. § 140. Пр. 3 (с. 512) и сейчас указанный обзор этих попыток у Эндемана. С. 334. Пр. 4.

Это будет в любом жизненном процессе обмена *тот же самый дуализм типов правоотношений, институтов, систем*, которого основные черты до такой степени рельефно выразились в истории развития латинского права.

Соответственные явления есть повсюду, хотя бы не в столь рельефном выражении, и исчерпать это противоположение в общем очерке сделки, не касаясь более или менее полно отдельных институтов, нет возможности.

Мы перейдем засим к положениям нашего законодательства, в коих выраженный статьей 700 реквизит *непринужденного произвола и согласия* подвергается, в практических целях, в той или другой степени, технической обработке.

Мы видели выше, что в случаях, где волеизъявление не обнаруживает никакой двойственности в истолковании его смысла, латинское учение вовсе не допускает вопроса о воле, *voluntatis quaestio*.

Очень близко к этому наш закон требует, чтобы договоры были изъясняемы по *словесному их смыслу* (1538) и только в случаях *важных сомнений* допускает исследование *намерений и доброй совести* в их составе (1539).

Однако в любых ли сделках и всегда ли с одинаковым эффектом, даже при этих ограничениях, может быть допущено такое исследование внутренней стороны волеизъявлений?

Возьмем простой случай, который указывает нам ст. 72 Векс. уст. (ныне заменен.; см. ст. 116). Акцептант векселя *забыл*, что он принял вексель в одном образце, когда этот образец был ему представлен для акцепта (*prima*). По прошествии некоторого времени после принятия ему предъявляют другой образец (*secunda*; ст. 14 стар., 115 нов.). Он принимает ошибкой и этот последний образец. Затем оба образца предъявляются ему один за другим от разных векселедержателей, к коим они дошли по правильным надписям, *к платежу*. Тогда акцептант со всей ясностью представляет себе свою ошибку и забывчивость, вследствие которой он вынужден теперь платить два раза всю вексельную сумму сполна.

Дает ли такая *ошибка*, такое *забвение*, правильное, в смысле вексельного права, основание для отказа в платеже, или акцептант обязан произвести платеж и по первому, и по второму образцу полностью?

Закон наш отвечает без всякого колебания, что акцептант обязан платить по обоим образцам.

Вот простейший пример внутреннего формализма воли, который дает наше законодательство. Есть волеизъявление, никаких пороков воли не видно ни в том, ни в другом векселе, волеизъявление *конституирует наличность воли, как публикация наличности закона*, и ни-

какие дальнейшие изыскания не могут ни на минуту задерживать осуществление нормы или выполнение обязательства.

Нельзя идти дальше в измерении силы сделки одним критерием внутреннего формализма воли. Такова техника этих сделок, которая, вне всякого сомнения, входит здесь в практических целях обмена в самое живое противоречие с подлинной, материальной стороной воли лица.

Нигде не будет больше у места вспомнить латинское изречение — *jus civile vigilantibus scriptum est*. Требование бдительности кажется суровым. Институт не допускает ни на минуту забывчивости, никакой ошибки. Здесь все вменяется.

Какой же результат?

Очевидно, есть эпохи, есть системы, есть институты, где человек актом своей воли, своего самоопределения, создает бесповоротно правоотношения такого чекана, с которыми в практике гражданского обмена не в силах выдержать соперничества никакие в мире материальные ценности.

Составляет ли такой формализм волеизъявления для нашего права особое свойство только одной категории сделок, именно сделок торгового права, или мы видим то же и в общих институтах гражданского права?

В институтах общего права это не есть общая черта, но присутствие ее видно и здесь. Итак, ст. 2015 говорит: не приемлются никакие показания ни должника, ни наследников его о безденежности *крепостных заемных писем*. Множество сделок ипотечной системы, как увидим впоследствии, носит такой же формальный и бесповоротный характер в смысле их силы и действия на правоотношения, связанные с порядком ведения этих записей.

Это отдельные случаи, освещающие нам явление *внутреннего формализма воли в сделках*, направленных на изменение правоотношения в составе того или другого института.

Но нет ли общих руководящих положений в составе нашего гражданского кодекса, коими это свойство юридической сделки определялось бы *в составе любого института*?

Вслед за указанной статьей 700 мы читаем в статье 701: *произвол и согласие* (на коем утверждается сила сделки) *должны быть свободны*. Свобода произвола и согласия нарушается: 1) принуждением и 2) подлогом.

Это два главных явления, в коих закон допускает исследование внутренней стороны волеизъявления, в целях ограждения гражданского обмена от излишеств юридического формализма, способных войти в прямое противоречие с чувством справедливости.

Мы увидим, что стремление исследовать внутреннюю сторону волеизъявления в развитых системах не ограничивается этими двумя случаями. Вопрос о силе волеизъявления подвергается сомнению еще в ряде других случаев. И мы найдем в составе нашего права ответы на эти проблемы, хотя и не в составе общих положений о способах приобретать права на имущества, а или в общем учении о договоре, или в применении к отдельным сделкам.

Итак, в связи с вопросом о силе сделки мы исследуем вопрос *о принуждении, об ошибке, о симуляции, волеизъявлении шутивом, скрытом намерении при совершении сделки и о сделке фидуциарной*. Наконец, здесь же, в связи с общим вопросом об отношении волеизъявления к подлинным процессам воли, мы рассмотрим *строение абстрактной сделки*.

§ 48

Внутренний формализм воли (продолжение). — Действие принуждения на силу сделки. — Понятие принуждения в системах западных, в русском праве эпохи Уложения и современном. — Условия осуществления притязаний потерпевшего.

Современные кодексы находятся в этом учении под общим и очень выраженным влиянием латинского права¹. В составе Общей части (в Остз. код. Кн. 4. Разд. 1. О юридических сделках вообще. Ст. 2981—2989 о принуждении) теперешних кодексов приводятся положения, знакомые из пандектных систем, и в общем мы на них здесь останавливаться не станем. Характернейшую для *внутреннего формализма воли* тезу дает нам знаменитый текст Юлия Павла, возбуждавший во все времена массу истолковательных попыток между юристами. *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui; sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur* (1. 21. § 5. D. 4. 2).

Итак, нет сомнений, что *сделка, вынужденная силой, не теряет формальной действительности по одному этому обстоятельству*, и все, что допущено со стороны претора против юридических последствий такого акта, ограничивается предъявлением спора в течение ко-

¹ См.: Пандектные учебники. Из специальных трактатов особ.: *Schlieman*. Die Lehre v. Zwang (1861 г.). Ст. *Kohler Jos.* в *Jahrb. Ihering'a* B. 25. Есть и русские работы, указанные *Анненковым*; см. также: *Поворинский*. Систем. указ. 2-е изд. (1904).

роткого, обыкновенно годового, срока (ср.: Нов. герм. улож. Ст. 123 и 124).

Наше законодательство в составе Гражданского¹ кодекса, в Положениях его общих², постановляет: произвол и согласие (как условие действительности сделок, см. выше) должны быть свободны. Свобода произвола нарушается 1) *принуждением* и 2) подлогом.

Мы будем говорить здесь только о *принуждении*.

Естественно, что как только в системе преторской римской и в нашей действующей дозволено было оспаривать силу сделки (или способа приобретения прав) доказываемым принуждением или насильем, под влиянием коего последовало волеизъявление, как и там и тут у нас явилась настоятельная необходимость установить с юридической точностью *понятие и квалификацию того насилья или принуждения*, которое способно дать основание для признания судом недействительности юридической сделки.

Закон наш говорит в рассматриваемых статьях не о *vis absoluta*, а о так назыв. *vis compulsiva*. Таков смысл статьи 702. “Принуждение бывает, когда кто-либо, быв захвачен во власть другого, принуждается к отчуждению имущества или к вступлению в обязательство насильственно, страхом настоящего или будущего зла, могущего постигнуть его лицо или имущество”. Проект формулирует понятие принуждения, в ст. 61, крайне сжато, с некоторыми поправками ст. 702, о коих будет сейчас сказано.

Нет сомнения, что весь состав статьи 702 может иметь место и не дать никакого повода к оспариванию сделки, если *metus* не есть *injustus ex parte inferentis*, т. е. если и захват и угрозы произведены призванной к этим актам властью в тех случаях, где подобный образ действия имеет свое легальное основание.

Французский кодекс предусматривает возможность *ссылки на принуждение* для инвалидации сделки в таких случаях, где весь *metus* составляет простая *crainte révérentielle envers le père, la mère ou autres ascendants* (почтительный страх перед старшими), *sans qu’il y ait eu de violence* (без наличности каких бы то ни было насильственных действий, Code civ. Art. 1114). В этих случаях страх не инвалидирует силы сделки.

¹ Наряду с этим идут положения Уголовного кодекса. Ст. 1545—1548 (угрозы), 1601 и след. (завладение), 1686 и след. (принуждение к даче обязательств) и проч., причем наше законодательство далеко не так окончено обособляет *vis ac metus* в гражданском смысле от действий преступных, как это видим в западных системах.

² Есть и особые, напр., для брака. Т. X. Ч. I, и ст. 37. П. 1, и ст. 133, о чем позже.

Немецкая практика предусматривает вопрос, будет ли ничтожной уплата *долга*, когда я вынудил ее угрозой? И отвечает, конечно, отрицательно, хотя бы самый акт угрозы и представлял собой противозаконное действие (ты будешь избит, если не уплатишь в срок). Если, однако, вынужденное действие составляет *дарение*, тогда сделка может быть инвалидирована (*Konrad Cosack. Lehrb. des deutsch. Bürg. R. § 65¹*).

Будет ли *угроза жалобой* духовной власти² со стороны девицы, которой выдано денежное обязательство для устранения ее притязаний к обманувшему ее надежды сожителю, достаточным основанием для признания недействительности обязательства? Мы этого не думаем, хотя в нашей практике есть по этому поводу колебания.

Указание в ст. 702 особого признака насилия в словах, *быв захвачен во власть другого*, не существенно для понятия принуждения, устраняющего *свободу* произвола. Этот признак взят кодификаторами в состав статьи 702 из гл. X, ст. 251, Улож. царя А. М., где читаем: “а будет кто напишет на кого в *большом долгу* заемную кабалу, или иную какую крепость в *большом деле* за очи и написав ему крепость *зазовет* его к себе или к иному кому-либо на *двор* и велит ему к той крепости руку приложить”³. Конец мы сейчас укажем. Но ввиду несомненно *казуистического характера* этого положения следует видеть в нем лишь тот путь, который ищет себе пробить нормальный процесс, направленный, в случаях принуждения, на обнаружение подлинной воли потерпевшего. На каждом отдельном признаке понятия нет, в этих случаях, основания останавливаться как на существенном для самого понятия.

За этой несущественной чертой принуждения указанная статья, не ограничивая, подобно Уложению, споров по поводу принуждения од-

¹ Вопрос о *противоправности* угрозы очень спорен. Литература у немцев обильна. См.: *Эндеман. Учебн. Т. I. § 72. Примеч. 17, 22, 23* и полемику с v. Blume по вопросу о применении ст. 123, где показан признак *противоправности* (*widertrechtlich*), и ст. 138, где речь идет о *добрых нравах* (*gegen die guten Sitten*), к разным случаям и особенно к вымогательству гонорара со стороны хирурга от близких оперируемого (ст. *Блуме в Jahrbüch. Ihering. Т. 38. С. 226* и особ. 259).

² Опасение, которое вызывает жалоба обиженной девушки, заключается в том, что духовная власть может ее не допустить венчания обидчика с другой девицей.

³ Вся статья носит совершенно казуистический характер. Предположен подлог с соучастием площадных подьячих. Для сыска необходима *челобитная*. Санкция закона выражена уже общее и за всякую *нарядным делом по неволе* (в старых памятниках вместо неволи встречается выражение *вымученная* кабала) взятую кабалу указано тяжкое наказание, *кну́т, тюрьма*, а площадным подьячим *отсечь руку*; ст. 254 указывает крайне характерную для эпохи угрозу тяжкими наказаниями для тех, кто *лживить будет крепость прямую, а не нарядную*.

ними *большими делами*, определяет, какого рода угроза должна быть рассматриваема как достаточная для того, чтоб подавить *свободный произвол* и вынудить к совершению требуемого акта. Это должен быть *страх настоящего или будущего зла, могущего постигнуть лицо угрожаемого или его имущество* (702).

Определение свойства страха для этих случаев составляет заботу всякого развитого законодательства и юриспруденции. Старое право шло к устранению наветов в принуждении и угрозах путем угроз тяжкими наказаниями тем, кто лживит подлинные акты (то же ныне, см. ст. 704—706)¹. Позднейшие нормы ищут установить постоянные признаки, при которых угроза может действительно заставить угрожаемого предпочесть меньшее зло большему.

Право римское требовало, чтоб это был *metus non vani hominis*, не пустой страх, а такое опасение, которое может поколебать волю солидного человека (*homo constantissimus* l. 6 D. h. t.). Французское законодательство допускает понятие насилия, *violence*, только при условии *qu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable*, когда при сем угроза внушает страх *значительного, сейчас наличного зла* (*mal considérable et présent*) для лица или имущества угрожаемого (1112). Нельзя не сказать, что это прием весьма целесообразный для улучшения старого метода угроз наказаниями за лживые обвинения. Но и этот комментарий к свойству страха еще все-таки недостаточен, чтобы служить надежным практическим руководством для судьбы в трудной задаче исследования внутренней стороны волеизъявления. Ввиду этого указанный *article* требует, для определения действия угрозы в каждом данном случае, внимания к возрасту, полу и общественному положению лица (*on a égard a l'âge, au sexe et a la condition de la personne*).

Указанные здесь признаки угрозы тщательно выработаны в *Cod. civ.* на совершенно точной основе пандектных текстов и еще ближе разработаны и приноровлены к разнообразию жизненных явлений тоже в духе позднейших латинских учений².

Все, что в нашей статье 702 выражено слишком обще, с одной стороны, и, с другой, не досказано, лежит, скорее всего, на ответственности кодификаторов.

¹ То же в изобилии дают памятники средневековой юстиции на Западе. См., напр., у *Jobbé-Duval*. *Etude historique sur la revendication des meubles*. 1881, где много указаний и на немецкие исследования.

² Ср. особ.: *Савиньи*. *System*. Т. III. § 114; то же в изд. *Code civ.* Dard с указаниями на пандектные тексты. Такие же указан. сделаны в официальной изд. *Свода гражд. узакон. губерн. Прибалтийск.*

Ссылка на гл. X, ст. 251, Ул. ц. А. М., которая одна подведена под статьей 702, ничем не оправдывается, ибо ст. 251 Ул. совсем не содержит в себе требования *страха настоящего или будущего зла, могущего угрожать лицу или имуществу*. По существу, это условие, до крайности широко поставленное и вовсе не соответствующее ни art. Cod. civ. (1112), ни латинской системе¹. Такое зло, которое еще когда-то, в будущем, может угрожать лицу или имуществу, разве в очень редких случаях способно носить характер неотвратимого, против которого нет других средств, кроме подчинения вымогательствам и насилию. Чтоб дать юридическую определенность таким угрозам, их надо разработать в частности, чего не делает наш закон вовсе.

Если мы, таким образом, находим признаки принуждения, данные статьей 702, до крайности широко поставленными и не соответствующими ни национальной, ни латинской традиции, то, с другой стороны, ограничение настоящего или будущего зла *имуществом или лицом только самого угрожаемого* представляет собой столь же неудачное отступление, опять и от национальных и универсальных традиций, не имеющее за себя никаких оснований и соображений. Известный текст Юлия Павла (1. 8, § 3 D. 4. 2) справедливо указывает, что родителей, по их любви к детям, гораздо легче напугать угрозами, направленными на их детей, чем на них самих (...quum pro affectu parentes magis in liberis terreantur). Французский Code допускает инвалидацию сделки по поводу насилий, направленных не только против самой *partie contractante*, но и против ее супруга, или против нисходящих и восходящих ее родственников (*sur son époux ou sur son épouse*², *sur ses descendants et ses ascendants*, art. 1113). Нет никакого сомнения, что эти положения, хотя чуждые нашему кодексу, несравненно ближе соответствуют и нашим нравам, и нашему правовоззрению, чем сухая и черствая статья 702 т. X, ч. I. Аргументировать это нетрудно с помощью того же Уложения ц. А. М., из коего взят не существующий в нем страх *будущего* зла, могущего постигнуть *мое* лицо или имущество, и опущена семейная солидарность, так ярко выраженная в положениях того же Уложения о вознаграждении потерпевших членов семьи *за обиды* то вдвое, то вчетверо, то вполы против главы семьи (см. т. I. С. 298). Мы уходим, таким образом, благодаря неумелым приемам кодификации, в отдельных и далеко не маловажных пунктах, с

¹ Metum praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus (L. 9 pr. D. h. t.). Если бы наш кодекс ввел еще угрозу оклеветания, то это потребовало бы особого толкования. Неотвратимость зла составляла в латинской системе тоже важную черту угрозы (...impetus qui repelli non potest L. 2 D. h. t.).

² По отношению к жене *viris bonis iste metus* (страх бесчестия жены) *major, quam mortis esse debet*. L. 8. § 2 D. 4. 2 (Юлий Павел).

нашим “национальным” кодексом много дальше от национального правосознания, чем совершенно чужие для нас, но хорошо составленные кодексы иноземных прав. В этом отношении проект дает вполне целесообразную поправку, распространяя действие страха на совершающего сделку не за себя только, а также и за его близких (ст. 61).

Дальнейшая и очень существенная *недомолвка* нашего кодекса в этом вопросе заключается в том, что в нем вовсе нет указаний на связь насильственного действия с актом, к коему это насилие побуждало потерпевшего. Нет сомнения, что надлежит самым точным образом локализовать действие страха, возбужденного со стороны, иначе и здесь результаты будут уходить далеко за пределы желательного. Западные кодексы, ввиду классического образца, допускают оспаривать именно только ту сделку, которую вынуждали совершить, не любую, какая по этому поводу могла быть совершена потерпевшим (С. с. Art. 1111, имп. К. Art. 123, 1. 9, § 1 h. t.)¹.

Уложение ц. А. М. и в этом отношении стоит ближе к делу и лучше дает разуметь его сущность, чем неуклюжая абстракция X т., ч. I. В Уложении видно, что речь идет об определенной кабале или крепости, которая подписана неволей. Том X не дает ничего конкретного, ничего осязательного, ибо формулирует лишь самым общим образом указанные признаки принуждения по отношению к способам приобретения прав на имущество вообще.

Больше точности видно в определении дальнейших реквизитов, коими условлена инвалидация сделки, вынужденной угрозами. Уложение требует *немедленной явки (того же дни, како над ним, т. е. потерпевшим, такое дело учинится), а затем челобитья потерпевшего об очной ставке и о сыску вскорее, дни в три, или в четыре, и большое в неделю* (см. ст. 251 гл. X). Буквально то же повторяет ст. 703 т. X, ч. I со ссылкой на указанную статью Уложения. Едва ли, однако, при изменившихся бытовых условиях, эта буквальность передачи статьи Уложения составляет достоинство кодификации. Скорее здесь можно бы допустить те обобщения, которые допущены далеко не к стати в другом месте. Думается нам, что смысл реквизитов Уложения весь в том только, чтобы побудить заинтересованного к *немедленному оглашению* события. И это едва ли не лучше достигается формулой, которую находим теперь в составе имп. немец. Улож. Здесь для подобного случая указан срок предъявления спора не днями (три, четыре дни и не более недели), а отвлеченно — *без умышленного промедления, ohne schuldhaftes Zögern*, что, кажется нам, соответствует много больше не только существу дела, но и настоящему смыслу статьи 251 Улож. ц.

¹ *Thur (Typ A. H.). Der Nothstand im Civilrecht. 1888.*

А. М. Затем немецкое Уложение добавляет, что подобный иск может вообще быть предъявлен в течение годового срока. Французский Code, совершенно в духе всего института, дополняет, что нельзя опровергать силы сделки, по поводу принуждения в случаях молчаливого или именно выраженного ее одобрения впоследствии, или же пропуска положенного для реституции срока (art. 1115), из чего еще раз становится ясным, что подобные пороки волеизъявления не делают его ничтожным по праву (*de plein droit, ipso jure*), а лишь допускают признание недействительности вследствие спора или опровержения его силы со стороны потерпевшего (art. 1117).

Чрезвычайно любопытно и характерно для действующего русского права стремление закона допускать и изыскивать в труднейших проблемах юстиции (для браков, заключенных по насилью, и для судьбы детей, родившихся в недействительном браке), и доньше, в видах уменьшения тяжких последствий инвалидации юридических актов для потерпевших, экстраординарные способы действия, к каким в подобных случаях прибегала и латинская практика (преторские экстраординарные когниции). В таких случаях суд повергает судьбу невинно потерпевших Высочайшему воззрению (т. X. Ч. 1. Ст. 133). Это власть (*impregium*) противодействия ригоризму норм, который может в отдельных случаях претить нравственному чутью человека. Это, стало быть, сила, идущая навстречу самому праву, выделение вопроса вовсе из общепринятых норм, предел индивидуализации, допускаемый только в крайности. Здесь своего рода помилование (*clementer agit praetor...* l. 14 § 1 D. h. t., как выражается в одном случае Ульпиан). Но это в действующей системе только для вопросов права семейного. В сфере институтов имущественных применение подобного метода встретило бы гораздо более серьезные препятствия.

Проект вносит в вопрос о сроке для инвалидации сделки вообще (о чем подробности позже) и признании недействительности вынужденного брака в особенности существенные изменения действующей системы. По отношению к детям "от брака, признанного недействительным", Высоч. утвержд. мнение Госуд. Сов. 1902 г. (Собр. узак. № 562. Отд. I) сохраняет за ними уже отныне права детей законных, а по отношению к тому из супругов, который был вовлечен в брак насильем или обманом, удержано в силе право суда повергать его участь на милостивое воззрение Императорского Величества (см. новую редакцию ст. 133 в указан. Высоч. утв. мнений Государств. Сов. 1902 г.).

§ 49

Ошибка и ее функции в составе разных институтов. — Общие положения об ошибке в кодифицированных системах. — Литература. — Место учения в системе. — Подлинная и неподлинная ошибка. — Теория воли и волеизъявления. — Проблемы философские и юридические. — Обман. — Независимая от обмана ошибка. — Трудность наследования. — Жизненная основа (преемственная и одновременная) двойственности доктрин. — Различие стилей. — Общие положения новых кодексов и контрпроекта О. Бэра. — Возможно ли единство принципа? — Общие основы учения. — Проект Гражд. уложения.

Мы сейчас видели, что N может сделать волеизъявление (акцепт векселя), которое вовсе не соответствует его воле. Второй образец векселя был акцептован только потому, что N *забыл* о сделанном уже им акцепте первого образца. В основании второго акцепта лежит *ошибка*. Намерения, воли платить два раза по одному векселю у N не было.

И *несмотря на это отсутствие воли*, вексельная сделка бесповоротно конституирована простым волеизъявлением. Если оба образца векселя будут предъявлены к платежу, то N придется отвечать и по первому, и по второму акцепту.

Очевидно, в праве, в праве гражданском, есть случаи, где, так же как при наличии принуждения, ошибка не может служить основанием инвалидации сделки, и сделка остается в силе ввиду наличия волеизъявления, без всякого исследования наличия подлинной воли, безупречного психического процесса, который предшествовал волеизъявлению (ст. 72 Векс. уст. старого и 116 нового).

Можно было бы обобщить это явление и заключить, что право гражданское писано для бдительных, и небдительные должны роковым образом терпеть потери везде, где они окажутся в заблуждении, где будет налицо незнание, ошибка.

Такое обобщение будет, однако, совершенно ложным приемом.

Достаточно взять ст. 529 т. X, ч. 1, чтоб увидеть, насколько различно действие ошибки или незнания *в составе разных институтов*. N покупает имение у С, совсем *не зная*, что С не собственник, что он владеет имением, *ошибочно* основывая свое право на положениях о порядке родственного преемства, в то время как это имение было завещано постороннему. Эти ошибки или это незнание не ставят владельца ни в какую опасность гражданской ответственности. Наоборот. Эти ошибки и это незнание составляют положительное условие или

положительное требование, для того, чтобы N оказался в самой выгодной позиции относительно противника. Он может сослаться на добросовестное и притом, быть может, еще давностное владение, чтобы удержать вещь в своих руках, во всяком случае, чтобы не отвечать, в случае присуждения имущества собственнику, за плоды и доходы с этого имущества, коим он владел *по ошибке*, не зная вовсе недостатка легальных качеств своего владения.

Вопросы об ошибке и ее влиянии на гражданские правоотношения встречаются в гражданской практике чаще и занимают нашу науку несравненно больше вопросов о принуждении или насиллии, которые мы выше рассмотрели.

Мы привели два примера из состава нашего действующего права, в коих один раз ошибка падает всей своей тяжестью на ошибающегося (72/116 ст. В. у.), в другой та же ошибка прямо выгодна для ошибающегося.

Это далеко не все случаи, которые знает наше гражданское право по вопросу об ошибке. Но есть ли, однако, в его составе, наряду с положениями о принуждении, какие-либо *общие положения* по вопросу о влиянии ошибки на способы приобретения прав вообще или прав по имуществам в частности?

Их вовсе нет. Выше было видно, что свобода произвола, которой требует ст. 701 для всех способов приобретения прав на имущества, нарушается 1) принуждением (о чем говорено выше) и 2) *подлогом*. Вот все, что дает наше законодательство *по общему вопросу* об ошибке в сфере гражданских правоотношений. Короче сказать, для вопроса об ошибке т. X, ч. 1 не заключает в себе никаких общих руководящих положений ни для всех способов приобретения прав по имуществам вообще, ни для сделок договорных в особенности.

Такие общие положения находятся в любом из действующих на Западе гражданских кодексов или в составе общих учений (часть общая), или в положениях общих для права договорного в частности.

Большим обилием правил руководящих общих и особенно для отдельного их приложения в различных институтах отличается по этому предмету право римское.

В связи с его разработкой в особенности и новые кодексы наполнились содержанием по этому учению. Кодекс французский обогатился особенно этим содержанием через посредство трактатов Pothier (особ. *Traité des obligations*. 1761 г.). Немецкая литература знает в течение истекшего столетия классическую работу Савиньи в III т. его *System* и затем массу работ в составе всех важнейших учебников (особенно Bekker'a) и больших специальных монографий, Цительмана

(Irrthum u. Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung. 1879 г.) и Леонгарда (Irrthum bei nichtigen Verträge. 1881 г.¹).

Большого развития *обобщений* очень избегают даже новейшие кодексы (саксонский, где в общей части всего три статьи касаются ошибки и значительное количество связано с общими положениями по отдельным категориям институтов; то же должно сказать и для имперск. гражд. Улож. 1896 г.).

Наоборот, в литературе немецкой опять и здесь, как вообще в учении о сделке, очень широко ставились *именно общие учения* об ошибке и ее влиянии на правоотношения. Савиньи справедливо заметил, что момент ошибки входит в состав многих институтов гражданского права и поэтому трудно дать ему *одно* место в системе. Можно бы думать, что по этому соображению Савиньи и не даст этому учению одного места в системе, а будет его разбирать в разных местах. Но соображение, выраженное Савиньи, побуждает его излагать учение об ошибке не только в общей части, в учении о деяниях, но еще особо в специальном приложении, весьма обширном, где он именно старается исчерпать все, что важно для учения об ошибке в *одном месте*, хотя и вне общей системы. Очень широко трактует ошибку в составе самых различных институтов и Вангеров тоже в общих учениях (см.: Lehrbuch d. Pandekten. § 83).

Мы не последуем их примеру и будем трактовать в *Общей части ошибку только в составе волеизъявлений*, как момент, оказывающий влияние на юридический эффект волеизъявления, и только.

Наличность ошибки очевидным образом должна оказывать известное влияние на силу волеизъявления. Вопрос не в этом, а в условиях этого влияния и в его силе.

Мы не расширяем учение об ошибке в составе общей части на любые действия и берем лишь в пределах юридической сделки для того, чтобы внести в учение большую определенность и не осложнять бесчисленными оговорками. Это локализирует задачу изучения и делает ее выполнимой именно в этом месте системы. Когда мы говорим о *юридической сделке*, то у нас в виду дееспособный субъект и определенная сфера его гражданских правоотношений, на изменение коих он

¹ О том и друг. см. мою рецензию в Юридической библиографии, изд. юридич. факульт. Петерб. унив. № 1 (1884), 24. Для права французского сравнительно с римским Etude sur l'erreur en droit romain et français Lardie et Varelle. Во французской юридической литературе учение об ошибке чаще всего связывают с контрактами, как оно является в Code civ. Теперь все это весьма обстоятельно у Saleilles. Déclaration de volonté. С. 12—39, по поводу ст. 119 нем. Уложен. В 1903 г. S. Schlossmann опубликовал небольшой трактат "Der Irrthum über wesentliche Eigensch. der Person и d. Sache nach d. BGB".

может, в силу свойственного этой сфере правоотношений характера самоопределения, свободно влиять.

В кругу юридических сделок лицо может действовать, *намеренно* не обнаруживая подлинной своей воли или маскируя ее умышленной сделкой другого типа. Это одна категория явлений, где волеизъявление, момент внешний, и сама воля, момент внутренний, не совпадают один с другим. Другой ряд явлений будет тот, где такое несовпадение воли с волеизъявлением происходит *без всякого намерения*, без расчета ввести кого-либо в заблуждение. В этом последнем ряде явлений противоречие волеизъявления подлинной воле составляет обыкновенно следствие ошибки или незнания.

В этом последнем ряду явлений юристы различают два случая. Я выразил то, чего я не хотел выразить. Это первый случай. Другой случай будет такой: я выразил хотя именно то, что хотел выразить, но это мое волеизъявление вызвано было моей ошибкой.

В обоих случаях я одинаково в ошибке. Но в вопросе о том, в каком отношении находится мое волеизъявление (внешний момент) к моей воле (моменту внутреннему), оба случая существенно различны.

В 1-м случае есть только волеизъявление, без всякого ему соответствующего внутреннего момента. Волеизъявление есть только видимость воли, но существу же это простая *обмолвка, описка*. Здесь воли вовсе нет, а есть только фальшивый, но не предумышленный, а ненамеренно мною данный ее наружный признак.

Во 2-м случае есть налицо не только волеизъявление, но волеизъявление, вполне отвечающее тому, что я хотел выразить, *конгруирующее с моей волей*.

Эти два случая с особой тщательностью старался различить Савиньи. Результат анализа выражен им в особом наименовании той и другой ошибки и в особых последствиях, которые он соединял с этим различием.

В 1-м случае, говорит он, есть ошибка, но она *неподлинная* (*unächt*). Термин неудачен. Это все признают. Но разницу двух случаев и достоинство различения считают и поныне многие большой его заслугой. Первый случай, по мысли Савиньи, отличается тем, что тут не ошибка опорочивает сделку, а *отсутствие воли*, хотя в основе это отсутствие воли причинено все же ошибкой (обмолвкой, опиской). Я вовсе ничего не представлял себе такого, что получилось вследствие обмолвки. Я отказался, когда не думал отказываться, принял, когда не думал принимать. Выражение есть, а воли нет. Это имеет место не только в сделках односторонних, но и в договорных сделках, где принимающий предложение *ослышался* или *прочел не то, что писано*¹.

¹ System. III. С. 263, пр. b и 264. Савиньи приходилось вырабатывать цельное учение из казуистического материала взятых в состав пандектов текстов писателей разных эпох и направлений.

Те учителя, которые все существо сделки сводят к *воле*, а не к волеизъявлению, и в числе их, впереди всех, сам Савиньи, утверждают для случаев обмолвки, описки, отсутствия воли или консенза, недействительность сделки не на том, что есть ошибка, которой свойства могут быть различны (ошибка в праве, в факте, извинительная, неизвинительная, существенная, несущественная), а на том, что *нет здесь вовсе воли*.

Стало быть, для первого случая должно получиться общее правило, что сделки нет, есть только обманчивая внешность ее, бессильная для каких-либо изменений в сфере правоотношений, ибо нет вовсе воли, или, в договоре, нет консенза.

Второй случай будет представлять собой нечто совершенно иное. Известного изменения правоотношений я именно хотел и эту волю я выразил.

Но оказывается, что *воля эта определилась* во мне *под действием ошибочного представления*. Вот тут именно имеет быть рассмотрен *вопрос об ошибке* и ее влиянии на состав сделки.

Этот случай может представить собой нечто родственное с разнообразным выше случаем принуждения. Но, как и в случае принуждения, школа Савиньи (*Willenstheorie*, воля, как решающий принцип) находит, что здесь, при наличии не только волеизъявления, но и воли (*ächter Irrthum*), надо индивидуализировать исследование и оценивать в данном случае особое *свойство ошибки* (в законе, в факте, в сделке, ведущей к стяжанию или нестяжательной, существенной и несущественной, извинительной или неизвинительной по существу, по лицам, в ней виновным, и проч.), чтобы определить ее влияние на силу волеизъявления.

Если бы мы смотрели на вопрос с чисто философской точки зрения, то в этом учении, нет сомнений, много заманчивого в смысле постановки проблемы, выдержки и последовательности ее разрешения.

Все верно и все справедливо. Это справедливо или близко к справедливости не только с точки зрения философской, но и с той, которая так привлекает Шлоссмана, с точки зрения криминалиста. Тут как будто речь идет именно о вменении...

В пользу *Willenstheorie* и основ учения Савиньи высказывалась масса немецких юристов. На его стороне Виндшейд, в последних изданиях книги¹ во многом принявший некоторые результаты обширного исследования Цительмана по этому вопросу (указ. выше трактат). Задача Цительмана собственно психологическая, ибо он ищет установить условия, при наличии коих ошибка исключает вполне наме-

¹ Основные идеи Цительмана введены в примечание учебника Виндшейда.

рение и сознание. Тут речь, стало быть, о психической функции ошибки, смотря по различию содержания и предмета ошибки. Исследования очень ценны для изучения внутренней стороны явлений, *когда есть возможность войти в индивидуальное их рассмотрение*. Целая треть книги (с. 23—200) посвящена этим психологическим штудиям.

Общие и постоянные практические проблемы юриспруденции уходили и уходят у этих писателей постоянно на второй план.

Вот именно этот *недостаток практичности* в учениях этого направления и вызвал реакцию против самого направления изысканий. В цивилистике мы имеем дело не с этими проблемами внутреннего мира человеческой воли, а с волеизъявлениями *в сфере деловой*, где, независимо от вопросов воли, основой сношений служат волеизъявления. Им доверяют, их держатся люди, не уходя вовсе в глубь изысканий подлинной воли. Виднейшие писатели, стоявшие в учении об ошибке на этой точке зрения, были Бэр (Оттон), Август Тон, позже Леонгард, Исай и многие другие¹. Все равно, в тех ли случаях, где есть волеизъявление и вовсе нет воли (неподлинная ошибка, по Савиньи), или где есть воля, но вызванная ошибкой (подлинная ошибка), — волеизъявление в практике есть *конституировавшаяся воля* и не может не произвести эффекта, в особенности, когда у лица, *к которому обращено волеизъявление*, не рождается никакого сомнения насчет подлинности воли. Допустить во всех этих случаях инвалидацию сделки по тому единственному основанию, что сторона в сделке ошибалась, значило бы поколебать надежность деловых сношений и заменить наружный критерий наличности воли при волеизъявлении совершенно ненадежным изысканием внутренних моментов, которые часто могут быть совсем неуловимы. Это значит заменить лучшее из двух зол несомненно худшим. Ввиду этого, и навстречу Цительману, Леонгард ставит себе задачу провести *осязательную* для практических целей границу между задачами философии и юриспруденции².

В огромном большинстве случаев ошибки в сделке односторонней или договорной, особенно если они не касаются существенных сторон волеизъявления, остаются без всякой возможности исправления и ложатся своей тяжестью на ошибающегося. Какие в отдельных случаях возможны здесь исправления, мы сейчас скажем об этом. Но случаи, где сравнительно легче не только установить наличность ошибки, но и устранить ее вредные последствия, выделяются в практической юриспруденции в особую группу.

¹ Подробности у Виндшейда. § 75, прим.

² См. особенно горячо написанный § 4 указан. сочинения zur Grenzregulierung zwischen Jurisprudenz u. Philosophie.

Это те случаи, где ошибка произошла не вследствие какого-либо недостатка во внутреннем процессе самоопределения воли (забвение, недостаток возбужденного внимания, описка, обмолвка), а под очевидным внешним влиянием, при содействии лица, которое ввело в ошибку субъекта сделки.

И не сам ошибся в подписи документа, а сделался жертвой обмана, именно *подлога*. Ему, напр., дали подписать не тот акт, который подлежал подписи.

Наше законодательство, собственно, этим явлением и ограничивает свои определения об ошибке в указанных выше общих положениях. Свобода произвола и согласия нарушается... подлогом (ст. 701). Этот случай есть единственный предусмотренный в ряде положений общего содержания. Закон видит в таком *устранении* свободы произвола из состава односторонней сделки или договора основание для признания недействительности сделки. В ряде статей, выведенных ныне (изд. 1887 г.) из состава т. X, ч. I в Уложение о наказан., указан путь уголовного преследования за этот вид преступных деяний.

Не может быть сомнения, что наш законодатель сопоставляет оба вида покушения на свободу произвола и согласия в юридических сделках (принуждение и подлог) по некоторому внутреннему основанию, ибо в том и другом случае субъект сделки является собственно одинаково *невольным орудием чужих целей* в распоряжении своим имуществом, чего из волеизъявления вовсе не видно. Обманутый или вынужденный насилем совершает наружным образом сделку как бы *sua sponte* (ср.: С. с. Art. 1109).

Исцеление этого *невольного* разноречия между подлинной волей и волеизъявлением *для случаев подлога* предусматривается в той самой 72-й, теперь 116-й ст. Векс. уст., которую мы цитировали выше. Случай, который приводит к необходимости двойного платежа по векселю, может составлять результат подлога, которого нельзя тотчас усмотреть (ибо оба образца векселя пришли к плательщику *от разных векселедержателей* с правильными надписями). Приниматель обязан заплатить по тому и другому образцу. Но материальный убыток от этого платежа может быть ему возмещен посредством иска к тому или к тем, кто участвовал в подлоге. Итак, ошибка, вызванная обманом, в сделках известного формального строения, каков вексель, не колеблет силы сделки, если нет очевидности подлога¹, но эвентуально извбавляет потерпевшего от материальных ущербов, вызванных ошибкой.

¹ Такая очевидность будет, если оба образца векселя совершенно одинаковы и принявший их к платежу убедится в этом через сличение; тогда он вовсе не обязан платить по образцу, позже принятому (та же статья 72, конец), ибо недобросовестный притязатель на вторичный платеж тут же налицо (то же ст. 116. нов. Уст. с рассужд. об основаниях в изд. Государств. канцелярии).

Эта возможность уйти без потерь в случаях подлога условлена личностью ответственного по подлогу лица, которое вызвало ошибку и причинило убыток.

Статья 72 предполагает *забывчивость* у приемателя векселя, которой воспользовался предъявитель второго образца для подлога.

Но возможен обман и другого рода, где обманутый входит в сделку вовсе *не бессознательно*, как в указанном случае подлога; а совершенно сознательно хочет войти в такую-то операцию. Его побуждает к этому хорошо, как ему кажется, сделанный расчет. Но основания для этого расчета суть ошибочные. Ему даны были ложные сведения, которые он считал верными. Здесь не отсутствие воли, как в первом случае, а ложно со стороны направленная воля дает основу для волеизъявления. В этих двух случаях (подпись на подsunутом документе и вступление в сделку под влиянием ошибочных данных) такое же различие ошибки, которое Савиньи обозначал названием ошибки неподлинной (для 1-го случая, где, по Савиньи, вовсе не было воли) и подлинной (для 2-го, где воля была налицо, но под действием обмана).

Для случаев, где есть обман, будет ли это подлог или сообщение ложных сведений, ошибка исцелима, если не всегда в смысле инвалидации сделки, то очень нередко в смысле материального вознаграждения за ущерб со стороны обманщика (Ул. о наказ. 1885 г. Ст. 1688 и 1690).

Конечно, и в том и в другом случае *спор против силы актов*, опровержение их и доказательства подлога или обмана *имеют исходить от потерпевшего*.

Гражданское законодательство наше касается вопросов о силе подобных актов, о способах их инвалидации и последствиях для правоотношений третьих, не в одном случае, а в целом ряде их. И здесь, так же как в вопросах принуждения и насилия, *наряду с ординарными способами* ограждения нарушенных прав, т. X, ч. I *знает чрезвычайные меры*, каково ходатайство перед Высочайшей властью о смягчении участи пострадавших вследствие признания недействительности брака, заключенного под влиянием обмана, самого супруга и детей (ст. 133).

В иных случаях, где в результате обмана получается не это явление недействительного брака (*matrimonium putativum*), а те или другие невыгодные в *имущественном смысле* сделки, закон наш, *в связи с вопросом о виновности* того или другого круга лиц в нанесении вреда и убытка, указывает общие ординарные искивые средства для устранения потерь, проистекающих вследствие обмана.

Для *силы сделки определений общих*, кроме указанной недействительности ее, наш закон не вырабатывает.

Мы, таким образом, взяли вперед случаи ошибки, где выход из трудной проблемы исцеления порока сделки или устранения вредных ее последствий представляется относительно легким.

Как же быть в тех случаях, где нет внешнего воздействия на волю, а есть ошибка, составляющая следствие пороков воли или сознания совершающего сделку (его рассеянность, забывчивость, недосмотр, незнание, ложный расчет и проч.)?

Мы видели выше два выхода, которые указывают нынешние руководящие писатели из этих трудностей. В основе одного учения лежит принцип воли, на коем в этом лагере строят всю теорию сделки. Отсюда получаются все консеквенции этого учения. Где нет воли, не может быть сделки; где есть воля, но вызванная ошибкой, там надо идти путем оценки ошибки, вменения ее в разных условиях (как это было показано выше¹) виновнику и возложения на него лично большей или меньшей тяжести последствий его ошибки. Эта трудная проблема индивидуальных изысканий не только существования ошибки, но и вменимости ее, несомненно, удовлетворяет чувству справедливости. Но в практике она представляет величайшие неудобства. Прежде всего, никакая тщательность изысканий не даст нам в результате полной гарантии от возможного со стороны потерпевшего прямого обмана. Мы только что устранили опасность обманов, где наличность обмана легко установить, ибо он идет извне. Но как устранить обман, когда заинтересованный всеми средствами ищет доказать *свое незнание, свою оплошность*, которая будто повела к роковой ошибке, в условиях, где весь процесс скрыт в его сознании, и выведение его наружу или вымысел несуществовавшей ошибки составляет *ultimum refugium* для потерпевшего от собственной оплошности или азарта человека? Здесь самый очевидный соблазн для обмана! И если такая хорошо придуманная ошибка окажется еще извинительной для него, то мы будем вынуждены инвалидировать сделку, как бы это ни было тяжело для стороны, собственно, ни в чем не повинной².

¹ Общеизвестных, хотя не всеми пандектистами разделяемых начал вменения ошибки по различию ошибки в праве, в факте, существенной, несущественной, извинительной, неизвинительной для всех, для известного круга лиц, в связи с вопросом о доказывании наличности ошибки и ее извинительности, в сделках *inter vivos* и *mortis causa*, мы не будем здесь касаться, ибо все это исчерпывается в общих пандектных учениях и доступно при помощи любого основательного пандектного учебника.

² Мастерство симуляции, притворства, не составляет вовсе особенности служилых людей прошлого века, на притворное дурачество которых сгуют петровские указы. Теперешняя судебная практика даст любопытные образцы симулированной безграмотности простолюдинов для прикрытия проделок, предполагающих именно грамотность для их выполнения.

Отсюда, как было видно выше, реакция в пользу другой основы правоотношений, возникающих из сделки. Сделка односторонняя или договор конституируются не наличием воли или консенза, а наличием волеизъявления или совпадения волеизъявлений. Я обязываюсь силой *выраженного* мною акта моей воли, хотя бы самой воли и не было. Или контракт возникает, ибо оферта принята в том виде, как она была выражена, хотя бы это выражение оказалось впоследствии или ошибочным, или допускающим двойное понимание, в той или другой мере не соответствующим внутреннему моменту, воле, мыслям, сознанию в лице волеизъявляющего.

Исключительность и односторонность каждой из этих доктрин совершенно очевидны. Но дело в том, что та и другая доктрина не представляет собой чисто теоретической продукции. В большей или меньшей мере и та и другая составляют более или менее удачную абстракцию взглядов, свойственных разным эпохам в развитии права, и та и другая есть формула более или менее близко выражающая правовоззрение, характеризующее институты известного типа.

Мы уже указывали это различие, разбирая выше учения о природе самой юридической сделки, независимо от того или другого практического приложения к отдельным вопросам, касающимся волеизъявления (вынужденного, ошибочного). Здесь нам приходится лишь применить те общие воззрения к этим отдельным проблемам.

Система права, характер сделок, может носить типические черты общности, неприменительности к разным условиям, узости и строгости концепции, как строг, общ, неприменителен *сплошной* счет дней для определения текущих сроков. Все и вся должны подчиняться одному шаблону, кто бы это ни был, как бы ни сложились в данном случае обстоятельства дела.

Эта черта сильного развития *формализма* в эпохе, в системе, в отдельных институтах, в отдельных сделках.

Есть внешние данные, есть право, нет их, нет права. И эта мера *внешнего* распознавания права обнимает не только нормы, но и весь юридический стиль эпохи.

Мы говорили об эпохе, о системе... Можно выбросить и эпоху и систему в целом и взять отдельное явление системы, сделку. На ней будет виден весь стиль, как он виден и на целой системе.

Что ж дает этот строгий стиль сделки для вопроса об ошибке? Ее нет и быть не может, не полагается в сделках этого стиля. Почему? Потому что здесь нет метода индивидуального исследования, нет внутренних критериев вменения. Все обще, все шаблонно, и всякое отклонение от шаблона ложится, без всякой возможности поправки, на того, кто не дорос до этой выправки воли, до этой дисциплины бесповоротного самоопределения.

Все приемы строения сделки, весь ее состав, способ обращения с ней будут иными в других бытовых условиях. Едва на место старого ригоризма нормы является потребность и способность к применительности, известная гибкость форм, обилие способов действия, характер сделки локализованный, в кругу лиц того или другого склада, как тотчас же в праве, в способах разумения, толкования, начинает развиваться на место старых шаблонов метод индивидуализации, допускающий в принципе исследование не юридической только обрядности, а всех особенностей случая, всей внутренней стороны отношения, всего конкретного содержания данного казуса. Здесь и время считают не так (*tempus utile*), и скалы зрелости делают мельче и применительнее к действительному преуспеванию сознания человека вместе с возрастом, и, наконец, развивают такое обилие форм сделок, в коих, смотря по стилю сделки, по типу лиц, по свойству операции, она носит на себе или черты подлинного формализма воли, или, наоборот, моменты далеко не законченного, а длежащегося воздействия воли на окончательное образование ее состава.

В этих условиях обыкновенно сходят со сцены¹ старые *santatores formularum*, дельцы на все руки, и уступают место мастерам другого рода, юристам, разумеющим различие стилей, вооруженным не одной интуицией, но и широким познанием то в области практики специфической, в тех или других областях деловых сношений, то в задачах исследования вглубь, в сфере психических процессов, предшествовавших волеизъявлению.

Вот этот *дуализм систем и сделок*, преемственный и одновременный, и должен всегда быть на виду в задачах применения того или другого из двух указанных методов обращения с гражданской сделкой, когда по требованию заинтересованных суд должен рассмотреть отношение волеизъявления к внутреннему составу сделки, к подлинной воле лиц.

Есть случаи, где и ныне нельзя допустить никакой поправки наличных данных по основаниям, до известной поры вовсе не обнаруживавшимся ни в каких признаках. Какие эти случаи? Их очень трудно исчерпать, и ничто здесь не может заменить жизненного опыта суда. Но, однако, есть сделки, в коих преобладающая черта внутреннего формализма воли до того очевидна, что разумение их природы доступно очень широким кругам людей. Таков переводный вексель, коего назначение выходит очевидным образом вовсе из узкого круга людей, лично знакомых со свойствами каждого участника сделки. Тако-

¹ Иногда только со света Божьего, не теряя способности действовать из-за угла (*Winkeladvokaten*).

вы вообще операции торгового типа, рассчитанные на скорейший обмен товаров. Таков в сделках общего права оборот с предьявительными бумагами и особенно ипотечные операции.

Применение формализма воли, внутреннего, в сделках первого рода безопасно ввиду нормальных свойств людей, занимающихся торгом. Применение тех же критериев для ипотечных сделок обставлено обилием обрядностей, гарантирующих от случайности ошибки.

Где, однако, ошибки могли бы обнаружиться, там, как мы видели в статье 72 (116-й нов. Уст. о векс.), *вопрос о силе сделки совершенно отрешается от вопроса о материальных невыгодных ее последствиях*. Векселеприниматель обязан платить, несмотря на свою ошибку, но в то же время потери свои он может взыскивать по таким признакам, коих на самой сделке совсем не видеть. Сила сделки ограждена от колебания вследствие этого выделения болезненного процесса в особое производство. Точно то же видно и в ипотечной системе. Ошибка возможна здесь в ряду случаев, как и везде в жизни. Всякий такой вопрос об ошибке обособляется и составляет проблему отдельного изыскания. Ошибка служебного персонала вменяется ему в вину. Ошибка заинтересованных постигает своим последствием их лично. Самая сделка, рассчитанная на вещный эффект, остается вне всех этих потрясений и колебаний. Она изолирована совершенно от проблемы возмещения убытков между ошибавшимся и потерпевшим. Наконец, не в этого только рода сделках, а и в других, в сделках общего права, могут быть условия, где пересмотр совершившегося факта, как бы ни была вероятна ошибка, недопустим по непрактичности. Таковы массовые расчеты, при производстве коих допускается *поверка, только немедленная*, произведенной операции, о чем заинтересованные обыкновенно и предупреждаются (просьба поверять выдачу, не отходя от места).

Нельзя сказать, что ригоризм бесповоротных волеизъявлений составляет технику юристов, чуждую естественному чувству права. Нетрудно доказать, что незыблемость сделок не составляет вовсе излюбленной темы только у юристов. Признаки такого строгого, формального отношения к делу видны в поговорках, свидетельствующих о народной, а не о профессиональной мудрости в вопросах этого рода.

Wer närrisch kauft muss weislich bezahlen (*Hecusler*. § 14. С. 61).

Wer die Augen nicht aufthut thue den Beutel auf.

Возможна в отдельных трудных операциях *оговорка о последующей проверке* сделанного волеизъявления ближайшим изучением подробностей¹.

¹ Различный смысл и сила тех оговорок, которые немцы, особ. в нов. Уложении, называют *Vorbehalt* (*reservatio*) или *Verwahrung* (*protestatio*) см. у *Isay Herm. Willenserklärung*. С. 66 и след., с указаниями на литературу и статьи Уложения.

Но нельзя представить себе ничего более опасного, чем проверка *уже состоявшейся юридической сделки ex post* оказавшимися пороками внутренней стороны ее состава.

Современные законодательства, особенно французское и имперское немецкое, очень коротко формулируют сюда относящиеся правила.

В обоих кодексах различены случаи обмана от простой ошибки, не условленной ничьим внешним воздействием на волеизъявление (Нем. код. 123, Cod. civ. 1110, 1117). В обоих кодексах сделки, вызванные обманом, или волеизъявления, происшедшие под влиянием ошибки, не признаются ничтожными, а требуют, для признания их недействительности, *предъявления спора* против них (С. с. 1117, Нем. код. 119).

Code civ. допускает уничтожение сделки по поводу ошибки только при условии, что ошибка касается самой сущности той вещи, которая составляет предмет сделки, и в известных условиях тождество лица, с коим контрагируют (1110). Надо сознаться, что это определение свойства ошибки оставляет юриспруденции очень большой простор для толкования всего вопроса об ошибке на тех или других рациональных основаниях, без всякого общего руководящего легального принципа. В последнем отношении Нем. код. 1896 г. много ближе подходит к существу дела.

Прежде всего Нем. код. выставляет очень существенный для предъявления спора против сделки реkvизит, который при общем 30-летнем сроке давности состоит в том, чтобы опровержение сделки было *предпринято без виновного промедления*, т. е. немедленно (*unverzüglich, ohne schuldhaftes Zögern*). Опровергать, по art. 119, волеизъявление по поводу ошибки *в его содержании*, которого субъект сделки вовсе не хотел выразить, можно только тогда, *когда следует допустить предположение, что при знании действительного положения дела и при разумной оценке случая субъект сделки отнюдь в эту сделку не вошел бы*.

То, что не входит в содержание сделки и не касается ее состава, должно остаться в стороне от исследования и в споре о ее действительности. Таковы в особенности *мотивы* волеизъявления, не введенные в состав сделки и не образующие юридически-каузального ее момента (о чем будет еще речь впереди). Почитается ошибкой насчет содержания сделки также ошибка, которая касается таких свойств лица или вещи, которые рассматриваются в обороте как существенные для сделки.

В этих условиях ошибка может послужить основанием для инвалидации сделки и тогда, когда она совершена посредствующим лицом или установлением (120).

Потерпевший от инвалидации сделки вследствие ошибки, если сам он вовсе не виноват в этом исходе, *может искать вознаграждения вреда*, который он вследствие этого потерпел (122).

Возможно ли сомневаться в том, что в этих статьях нового кодекса мы частью имеем дело со знакомыми параграфами маленького Виндшейда, которые возбуждали столько споров в немецкой юридической литературе последнего времени? Они пристроены, так сказать, в штат нового кодекса в качестве своих, близких, заботливым Эннекцерусом, одним из последователей указанной выше Willenstheorie.

Что скажут на это учителя другого лагеря? Вот ответ покойного Оттона Бэра в его Gegenentwurf'e.

Если волеизъявление, которое *не соответствует действительной воле* изъявляющего, сделано им ошибочно, то оно не менее того обязывает его, если оно было сделано так, что ему именно должно быть приписано (или вменено, *in einer ihm zuzurechenden Weise*).

Этого положения нельзя применять, *если принявший волеизъявление знал или должен был знать ошибку*.

Оно тоже не применяется, если бы при удержании волеизъявления в силе дело шло только о выигрыше для принявшего волеизъявление, а не об имущественной его потере (§ 108).

Здесь явно мы имеем дело с теорией волеизъявления, которую новое Уложение не хотело принять принципиально, а искало согласовать с так назыв. Willenstheorie.

Но может ли тот или другой принцип, в его полной исключительности, оказаться пригодным для удовлетворительного разрешения всех проблем, которыми изобилует в вопросах этого рода имущественный обмен Германии или другой высококультурной в экономическом смысле страны нашего времени? Нет сомнения, что сделками одного стиля нельзя исчерпать всех потребностей такого обмена.

Дуализм стилей в современной практике не подлежит никакому сомнению, как истинно живая ее черта. Этому явлению отвечает, как мы только что показали, именно *двойственность доктрин, разделяющих немецкую юриспруденцию в этом вопросе на два лагеря*.

Есть ли смысл в этих условиях насильственно унифицировать юриспруденцию в таком живом вопросе, как самоопределение лица в гражданской сделке?

Ответ может быть только отрицательный. В этих условиях надо искать не единства принципа, а размежевания сфер применения того и другого в духе сделки, института, системы, в которой зарождается вопрос. Скучное доктринерство кодекса не ответит на эту потребность, и живая и свободная практика выбьется вновь на широкий и свободный путь дальнейшей детальной разработки задачи на основах латинского права, с его богатой казуистикой и роскошной скалой то подни-

мающегося, то ослабляющегося *внутреннего формализма воли* в составе сделки по различию самого правоотношения, которое подлежит ее воздействию.

Нельзя предполагать, чтоб немецкая юриспруденция, в распоряжении коей находятся такие классические работы, как учение Савиньи об ошибке, позднейшие труды Оттона Бэра, Цительмана, Леонгарда¹, обмелела на тех параграфах кодекса, которые мы только что привели. Если некоторые передовые люди делают ныне вид поклонников кодекса в любом вопросе, то это с их стороны не ошибка в понимании дела, а скорее вынужденная покорность перед совершившимся фактом (своего рода Zwang или Nothstand) или просто симуляция (патристическая), к определению коей мы скоро перейдем.

За этой неустраненной двойственностью строения гражданских институтов и соответствующим ей различием стилей сделок (о чем, кроме сказанного выше, еще далее, в анализе содержания сделки), а также ввиду неприменимости учения об инвалидации сделки, в целом его составе, к институтам семейного и наследственного права, нам остается далее свести, взамен детальной догмы Савиньи, все основы этого трудного учения к следующим общим руководящим положениям:

1) Ошибка только тогда может повести к инвалидации сделки, когда к этому направлено требование (явка, иск, возражение) заинтересованного. Те же имеет в своей основе самоопределение лица, которое характеризует гражданские акты любого типа в области гражданских правоотношений.

¹ В позднейшей публикации Леонгарда (D. allgem. Theil) автор, несомненно, выражает желание быть отчисленным из лагеря поборников так называемой Erklärungstheorie (с. 464, пр. 2) и с этим вместе как бы переходит в лагерь бывших своих противников (там же). Да, но это перечисление в армию противников Л. производится под условием таких изменений их знамени и программы, на которые едва ли они пойдут. Они, собственно, *отрекается* только от старого термина, *от прозвища* Erklärungstheorie, ибо находит, что Wille и Erklärung не следует противопоставлять одно другому. Изъявление черпает силу в *правильно истолкованной воле*. Догмат воли в учении о сделке надо формулировать так, чтоб вместо содержания воли стало *то, чему воля хочет дать силу*. Это Geltungswille, а не Inhaltswille, т. е. опять, как прежде, формальный момент впереди, не то, что составило бы *истинную волю* в материальном смысле, а именно формально-эффективную волю (с. 464). Это его, Леонгардов, способ выразить соглашение внутреннего и внешнего момента сделки. Едва ли в этом виде проблема учения приблизится к своему разрешению. Что касается принципов, коих держится Уложение 1896 г., то оно уклончиво обходит оба взаимоисключающих принципа, оставляя вопрос открытым, с тем, конечно, результатом, что каждый будет вычитывать в его положениях то, что найдет нужным (464). Неудовлетворительным ему кажется и состояние доктрины, которое вызывает в нем картину vom Nebel der Miessverständnisse verdunkelten Schlachtfelde auf dem Freund und Feind versehentlich auf die eigenen Leute schiessen (462, пр. 2).

2) В требовании, направленном на инвалидацию юридической сделки, недостаточно доказать, что волеизъявление не соответствует воле субъекта сделки. Лицо может оказаться в ошибке по отношению к его расчетам на известный эффект сделки. Но не всякая такая ошибка в расчете (мы разумеем не одни расчеты на материальную выгоду) способна влиять на юридический эффект волеизъявления. Недостаточно также бесспорно установить, что ищущий инвалидации считает ошибку *для себя*, для его интересов *крайне важной*. Такой субъективный критерий опасен *для интересов гражданского обмена*. Необходимо в определении значительности ошибки иметь в виду *объективный масштаб*. Это имеет тот смысл, что важность ошибки устанавливается не личной оценкой, а *общим разумным основанием*, на котором держится такая личная оценка. Надо, чтобы не заинтересованный только, а всякий, по правилам добросовестного обмена, как это водится в сношениях деловых, находил различие между представлением заинтересованного и действительным содержанием сделки, составляющее последствие его ошибки, настолько важным, что при наличности этого различия никто разумным образом не вступил бы в данную сделку. Обыкновенно такой *объективный критерий* для определения важности ошибки будет налицо тогда, когда ошибка касается тождества лица, вещи, ее существенных качеств, природы сделки, которой сила оспаривается. Но и это требует особого изучения в каждом данном случае. Тождество лица бесспорно важно при продаже в кредит и может не иметь никакого веса при продаже на наличные. Тождество вещи или ее качеств может быть крайне существенно при ее покупке для личного обладания или пользования и не иметь вовсе значения, когда вещь предназначается для эвентуального обеспечения ее стоимостью кредита покупателя.

3) Извинительность или неизвинительность ошибки для силы юридической сделки не играет также роли в вопросе об ее инвалидации, ибо здесь мы оперируем *не по вопросам вменения ошибки в вину субъекту сделки*. Наши внутренние изыскания ограничиваются определением *каузального момента*, отношения ошибки к совершению сделки как причины к следствию.

4) Доказыванье как важности (объективный критерий), так и каузальной связи лежит своей тяжестью на заинтересованном.

5) В случаях ошибки, как и в случаях принуждения и угрозы, не любой способен требовать инвалидации сделки. Это вопрос трудный и сложный, к коему мы вернемся в особом учении о недействительности юридической сделки. Здесь укажем только на важность сделанной выше группировки сделок на две *категории, включающих в своем составе принятие адресатом или не включающих его в себе*. В 1-м слу-

чае инвалидацию способен предпринять тот, к кому обращено волеизъявление, во 2-м — любой, кто стал ввиду оферты в положение заинтересованного.

6) Успех инвалидации условлен немедленностью предъявления этого требования.

7) Инвалидация сделки по ошибке заинтересованного не должна вести за собой убытков стороны, не повинной в этой ошибке, и необходимо допускает требование потерпевшего о возмещении ему убытков, связанных для него с инвалидацией сделки.

Более или менее удачно сформулированные, эти положения могут быть извлечены из действующего имперского гражданского Уложения (ст. 119—122). Некоторые писатели (напр., Эндеман) находят в нем даже счастливое примирение двух противоположных доктрин, разделявших немецких цивилистов в учении о сделке на два лагеря. Другие (напр., Леонгард¹) не разделяют этого оптимизма. Несомненно, острота старых контroversз значительно сгладилась, но едва ли оттого, что найдено среднее течение, и не оттого ли скорее, что интерес разработки принципов уступил для практики место задачам изучения и разработки *отдельных статей* нового кодекса. Так ли они, однако, удачно сформулированы, чтоб ученые их толкователи приходили к согласному пониманию и применению их в спорных практических вопросах? От этого очень далеко... Вот один из образцов интерпретации виднейших толкователей статей кодекса. А нанял, согласно букве его волеизъявления, дом № 13, приняв номер дома ошибочно за 15-й, но ввиду злосчастного числа (13), на которое он вовремя не обратил должного внимания, требует инвалидации сделки. Его притязания не находят правильным, ибо нет резона считаться с предрассудками. Однако, если он сошлется на вред, который это обстоятельство причиняет его нервнобольной жене, которая числа 13 на доме вовсе не в силах вынести, то профессор Hölder, Cosack и друг. находят это достаточным для инвалидации сделки. Иначе думает Эндеман, и он, несомненно, найдет много единомышленников по тому основанию, что одно указание на мотив инвалидации, не вошедший в содержание сделки (вред для нервнобольного, когда дело идет не о помещении для подобных больных), недостаточно для этой цели².

¹ См. примеч. выше, а также: *Дернбург*. D. bürg. GB. I B. С. 430. III.

² *Lehrbuch*. I B. С. 348 и 349, примеч. 19. Случай ошибки нанимателя в обозначении этажа (у нас и в Норвегии 1-й этаж есть то, что на Западе *parterre*, а их 1-й этаж есть наш 2-й), когда помещение взято именно для торгового заведения с окном для выставки товара на улицу, может натурально дать основание для инвалидации, если цель найма видна в контракте.

Что же дает нам Проект Гражданск. уложения для этого трудного и почти нового в этом общем виде понятия об ошибке и ее влияний на эффект волеизъявления?

В Общих положениях Проект ограничивается следующим: сделка может быть оспорена как недействительная, когда изъявление воли лица, совершившего сделку, последовало под влиянием... существенной ошибки... и не последовало бы, если бы этой причины не существовало (ст. 60, места статьи, опущенные или отмеченные точками, указывают на то же последствие для случаев принуждения, обмана). Ошибка признается существенной, когда она касается тождества или существенных качеств предмета сделки, и тождества лица, если волеизъявляющий имел в виду определенное лицо. Ошибка в побудительной причине к совершению сделки не служит основанием к (? для) признанию сделки недействительной (ср. ст. 62, немного сокращенная здесь).

Это то же в принципе, что в имперск. Уложении 1896 г., в указанной выше ст. 119 этого Уложения. Опущен, к сожалению, очень важный *объективный* критерий, данный суду в руководство в ст. 119 для определения *существенности* ошибки. Irrthum über den Inhalt есть ошибка в *свойствах* (я думаю, Eigenschaft будет точнее передать этим словом, а не *качеством*) лица или вещи, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, которые в *гражданском обмене* рассматриваются как существенные.

Из сопоставления со сказанным выше легко прийти к заключению, как это все, при верности (в подлиннике, т. е. в немецк. Уложении) принципов, скудно¹ для руководства практики в трудной проблеме инвалидации сделки, совершенной по ошибке.

¹ В нашем Проекте в Положениях общих эта скудость касается не одного этого вопроса, а всего раздела III, посвященного юридической сделке, для которого литературное движение немецкой юриспруденции оказалось наиболее плодотворным, быть может, во всем составе кодекса. Надо, позволю себе сказать, быть почти бессердечным, чтобы представить это учение русской публике в таком оципанном виде, в каком мы его находим в нашем Проекте. Объяснительное к кн. 1-й приложение. С. 188, рассказывает нам о некоторых перипетиях в истории разработки Проекта. В 1897 г. предполагалось закончить вперед книгу V "Обязательства", проект коей и имел быть внесен на уважение Государственного Совета особо от других частей к 1 января 1900 г. И вот, для округления этой 5-й книги, в нее и было внесено многое из того, что входит теперь обыкновенно в состав Общей части. В настоящее время, когда предположение 1897 года, надо думать, не состоялось, эти части вносятся опять в Общую часть. Это и видно в положениях об ошибке, где вместо правил для договоров те же статьи формулируются для сделок вообще. Но это не объясняет ни скудости учения о сделке вообще, ни, тем менее, крайне слабого развития Общих положений в целом их составе в нашем проекте. Весь распорядок материи в пяти книгах проекта такой странный, что неожиданностью распределе-

§ 50

III. Содержание волеизъявления. — Волеизъявление и состав института. — Содержание юридической сделки и юридического института в их историческом взаимодействии. — Встречные учения по вопросу о причине, вызывающей эффект сделки. — Поверка учения Виндшейда на примере. — Ошибка в праве. — Требования Code civil и действующего Свода для предотвращения ошибок. — Общие требования относительно содержания сделки. § 138 нем. гр. Ул. 1896 г.

Мы установили выше (§ 45) понятие юридической сделки и рассмотрели два существенных реквизита волеизъявления, в ней выраженного. Для силы сделки необходима I) гражданская дееспособность лица (§ 46) и II) нужен, выражаясь словами нашего кодекса, непринужденный произвол и согласие (ст. 700 и 701).

Этот последний реквизит (II) составляет необходимое *свойство* волеизъявлений, направленных на изменение юридических отношений.

Мы пытались выше установить юридический смысл этих свойств волеизъявления и пришли, в связи с учением о принуждении и ошибке, к заключению, что наличие известных пороков волеизъявления не влечет за собой необходимо и всегда ничтожества сделки. Понятия принуждения и ошибки введены действующими системами в грани-

ния предметов напоминает квартиру по уходу полотеров. Надо полдня времени, чтоб разобраться, где что найти и куда что поставить. В 1-й книге есть статьи о лицах, но, можно сказать, без начала и без конца этого важного учения. У французов акты гражд. состояния связаны с институтами семейного права (livre I, titre I—XI), потому что их Code не знает Общей части. Мы эту Общую часть, как-никак, соорудили. Но где же начало и конец личности? Где акты гражданского состояния? Здесь сейчас на 1-м плане, как у французов, кн. 1-я, des personnes, тит. 2-й — actes de l'état civil? Не тут-то было. У нас это кн. 2-я. Семейственное право. Разд. V. Ст. 585 — Акты гражд. состояния. У немцев учение о лицах, в составе Общей части, живое и законченное, в Code civil это цельная картина, исполненная силы и движения. Неужели же можно на уважение Государственного Совета или хотя бы даже просто почтеннейшей публике предлагать такую работу, спутанную, разрозненную, урезанную, кастрированную даже (дееспособность выброшена, акты гражданского состояния загнаны в какой-то тупик), какую дает проект 1-й книги?! Тут в толк не возьмешь дела, не найдешься в главнейших материях, не говоря уже о цельности учения, о впечатлении жизненности его и законченности. Для нас не только учение о сделке, но и весь план и вся разработка 1-й книги остается непонятной. Как могло случиться, что вместо публично заявленных покойным председателем Редакц. комис. 296 статей для Общей части уже тогда, в этом составе, изготовленной (см.: Чтения. Т. I. С. 244, прим., по IV изд.), 9 лет спустя, в 1903 году мы получаем опипанный проект из 124 статей, в общем кратких, отчасти уже повторных и все же не дающих ничего цельного?

цы настолько точные, что далеко не везде, где, в *естественном смысле*, могли бы быть указаны признаки несвободы или ошибки, непосредственно за сим должна следовать инвалидация сделки. Право вообще не ставит себе единственной целью *ограждение дееспособных лиц* от возможных воздействий на их волю со стороны и страхование их от ошибок. Наоборот, по соображениям высшего *общественного интереса*, волеизъявления ошибочные и вынужденные остаются, в известных пределах, эффективными, хотя бы с этим связаны были невыгоды и неудобства для субъекта сделки.

Эту переработку естественных *свойств* волеизъявления для целей юридических мы назвали *внутренним формализмом воли* в составе юридической сделки.

Изучая природу сделки, мы не можем остановиться и на этой только стороне ее строения, свойстве волеизъявления. Нам необходимо, наряду с этим, рассмотреть здесь же и третий необходимый общий элемент строения юридической сделки, именно:

III. *Содержание или состав волеизъявления.* Волеизъявление без определенного в *юридическом смысле* состава, без известного содержания не даст в результате юридического строения сделки. Волеизъявление может быть сделано дееспособным, без всякого влияния на него со стороны, без всякой ошибки у самого субъекта сделки и не произвести никакого юридического эффекта, или произвести вовсе не тот эффект, на который волеизъявление было рассчитано.

Выше (с. 85) мы указали, что волеизъявление должно быть направлено на изменение правоотношений не в безразличной, так сказать, среде, а именно *в составе того или другого юридического института*. Изъявляя волю, я, в смысле *цивильном*, достигаю изменения *правоотношений*, но именно только правоотношений, и отнюдь не более, не изменения, напр., самого института, к сфере коего данное правоотношение принадлежит.

Эффект волеизъявления достигается, таким образом, в составе сделки влиянием двух равнодействующих, акта моей воли, с одной стороны, и, с другой, того содержания, каким определяется состав соответствующего института. Это взаимодействие будет иметь всегда место, *если состав данного института есть определившийся, установившийся*. Натурально, это будет иначе в таких условиях, когда институт есть еще *только вырабатывающийся*. В этих условиях будет необходимо ввести в *состав самого волеизъявления* такие подробности, отсутствие коих, при невыработанности института, могло бы лишить сделку необходимой для ее юридического эффекта определенности. Объяснимся на примере. Мы сказали выше, что нельзя сделать эффективного волеизъявления без *юридически* определенного содержания. Итак, я изъявляю желание *приобрести* такой-то дом. Достаточно ли таких

элементов волеизъявления, чтоб ими определилось в должной мере содержание юридической сделки? Натурально нет, ибо, во-1-х, приобретение дома может быть достигнуто и вовсе не юридическими средствами; а затем, *внутри дозволенных способов* приобретения, мы требуем для юридического их эффекта такой определенности содержания, какой не представляет взятая нами формула. Такого рода волеизъявление может послужить исходной точкой для предварительных переговоров о приобретении дома, но для формулировки юридической сделки оно недостаточно.

Если способы приобретения прав по имуществам в данной системе делятся на возмездные и безвозмездные, то будет ли достаточно определенным мое волеизъявление *со стороны его содержания*, если я прибавлю, что я хочу приобрести такой-то дом возмездным способом, куплей, за такую-то цену?

Ответ будет, натурально, зависеть от того, насколько определилось понятие купли в данной системе и какой юридический эффект вызывает приобретение куплей недвижимости для приобретателя. В избранном нами примере самый объект сделки недостаточно определен в юридическом смысле понятием *купли дома*. Это может быть куплей недвижимости, но может дать содержание и совсем иного рода сделке, *купли дома или строения на своз*. А засим, под куплей недвижимости в старой нашей практике (см.: А. Ю., ряд Новгородских купчих под № 71 от I до XXXVII) вовсе не разумелось необходимо акта возмездного отчуждения вещи *бесповоротно*, в вечную и потомственную собственность приобретателя. Проданные земля, дом, нормальным образом, подлежали *выкупу* продавца. Чтоб установить переход права собственности навсегда, потомственно, бесповоротно, надо было *вести в составе сделки особую квалификацию* приобретения, *в прок, в век, в дернь, себе и детям, без выкупа*.

Это свойство *купли в век, себе и детям*, из нормального состава *сделки* перешло в нормальное содержание самого *института* купли-продажи вещей в позднейшем и современном праве. Продавец, который хотел бы оставить за собой право выкупа проданной вещи, должен в новых условиях *особенно выговорить* в свою пользу такую льготу, ибо ныне никто без этой оговорки не поймет и не истолкует волеизъявления *продать*, иначе как в смысле отчуждения *безлетно и бесповоротно*, по выражению Уложения царя А. М., покупщику права собственности на данную недвижимость. Исключения будут составлять только определенные виды недвижимостей, напр., в нашем праве имущества родовые.

Таким образом, содержание сделки купли-продажи недвижимости определяется в практике нашего времени не перечетом всех специфических признаков волеизъявления в составе сделки, а, во-первых, со-

ставом волеизъявления, и, во-вторых, содержанием совершенно, так сказать, *объективировавшегося* ныне института купли-продажи недвижимости. К этому *объективному*, типически определенному составу волеизъявления данной сделки могут опять привходить те или другие, усмотрением сторон внесенные, *субъективные*, в этом смысле, моменты состава волеизъявления, которые так или иначе модифицируют направление волеизъявления и юридический эффект сделки.

Из сказанного ясно, что некоторые элементы строения института вырабатываются, *в смысле историческом*, под прямым и непосредственным воздействием волеизъявлений, как они нормально практикуются. Этой исторической стороны вопроса мы не будем больше касаться. Такой процесс выработки содержания гражданских институтов из состава сделок легко наблюдать на любом их виде, на праве договорном, на залоге, на завещаниях и проч.

Для нас здесь, по вопросу о *содержании* волеизъявления, будет любопытнее остановиться на сравнительном сопоставлении исторически уже определенвшегося содержания одного и того же института в двух разных системах. Для примера мы возьмем куплю-продажу движимостей в латинском и нашем праве. Степень разработки этого института в той и другой системе покажет нам, в каких пределах может колебаться неизвестность содержания сделок однородных в двух разных системах.

Я продаю движимость покупщику N. Известно, что для перехода права собственности на вещь в латинском и нашем праве необходима передача (традиция) покупщику проданной вещи. Когда совершен договор купли-продажи, то, при действии латинского института, содержание сделки будет истолковано в том смысле, что на покупателя, с момента договора, перейдут все плоды и приращения вещи (*commoda rei*), но вместе с этим на него ляжет и так назыв. *periculum interitus et deteriorationis*. Мы берем только эту сторону вопроса. Итак, чего хочет приобретатель, совершая эту сделку, это ясно из его волеизъявления и из состава института. Он хочет передачи ему вещи, а до передачи несет на себе риск ухудшения или гибели вещи и вместе приобретает все выгоды ее доходности и приращений с момента заключения договора. Откуда мы раскрыли все это содержание сделки? Из волеизъявления приобретателя в составе определенвшегося *латинского* института купли-продажи.

Даст ли нам такое же волеизъявление эту меру определенности содержания сделки в составе нашей действующей системы, т. X, ч. I? Далеко нет! За исключением вопроса о повышении цены проданной, но не переданной вещи, о коем трактует ст. 1513, других эвентуальностей за этот промежуток времени наше законодательство не разъясняет вовсе. Ввиду этого было бы несомненно полезно предусматривать всякий раз особо эти эвентуальности *в составе самого волеизъявления*.

Вот что мы хотели сказать, утверждая выше, что содержание сделки определяется при помощи двух равнодействующих, *волеизъявления лица и состава данного института*.

Вопрос о том, *что, собственно, влияет на изменение правоотношения*, когда на такое изменение направлена юридическая сделка, принадлежит к числу крайне спорных в современной цивилистической немецкой литературе. Есть ряд писателей, которые объясняют эффект сделки *действием волеизъявления*.

Causa efficiens перемен лежит именно в направленной к этой цели воле лица, совершившего сделку.

Практический смысл этого учения был бы тот, что то, чего я *не хочу*, что *не входит в содержание моего волеизъявления*, то не войдет в состав сделки и не будет иметь юридического действия. Такой взгляд находим из виднейших писателей у Виндшейда (Pand. § 69, пр. 1a)¹.

Убедиться в односторонности этого учения кажется нам далеко не трудным. Люди, совершая акты юридические, далеко, конечно, не всегда представляют себе *вполне юридический эффект* своих волеизъявлений. Но все же обыкновенно они имеют в виду, так сказать, “эмпирический” (Bechmann) результат выраженной ими воли именно в области права. Регельсбергер хорошо выражает то же, говоря, что, совершая сделку, мы принимаем обыкновенно *все содержание института*, не изучая его на деле, а допуская, что общая норма всегда более или менее удобоприемлема.

Значит ли, однако, что именно только тем, что *мы себе представляем*, и должен ограничиваться эффект юридической сделки? Такая мысль была бы, несомненно, ошибочной. Поэтому реакция против указанного учения Виндшейда совершенно понятна. Писатели другого направления, однако, вместо того чтоб сделать поправку учения Виндшейда, идут гораздо дальше цели и утверждают, что действие сделки зависит *вовсе не от содержания волеизъявления, а всецело от состава данного института*. Юридический эффект сделки ставят, таким образом, в исключительную зависимость от объективной нормы, от закона. К этому кругу писателей принадлежат, между прочим, Лотмар, Шлосман, Бехман, мнения коих тоже далеко не одинаковы (см.: *Enneccerus. Rechtsgeschäft. С. 18 и след.*).

Выше мы пытались в нашей конструкции объяснить силу сделки *сочетанием момента воли с содержанием института*². Это общее

¹ Die Rechtsordnung lässt die Rechtswirkung desswegen eintreten, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäftes gewollt ist.

² Эндеман выражает эту мысль так: стороны создают *фактический состав сделки*, и только его; правопорядок создаст *юридические последствия*, и только их (Lehrbuch. I. 8-е изд. С. 288, прим.).

положение, которого *весь смысл* может быть уяснен лишь при изложении конкретного содержания сделок разного типа, обращенных к тому или другому институту данной системы.

Однако в общем смысле нашу мысль мы можем здесь же пояснить примером. Возьмем институт наследования умершему. Допустим, что в составе этого института в данной системе удержались явные следы старого взгляда на обязанность наследника *очищать душу умершего наследодателя* от лежащих на ней тягостей. На этой основе выработалось положение, что принявший наследство отвечает за долги наследственной массы *ultra vires*. Пусть в данном случае принявший наследование не только не знает соответствующих статей действующего законодательства (у нас это ст. 1259, т. X, ч. I), но и вообще очень далек от подобных “устаревших” воззрений. Возможно ли ограничить состав акта приступа к наследству тем только содержанием, которое доступно разумению наследника, т. е. одними стяжаниями, допуская, что он остального действительно не знал?

Это вопрос *о неведении или ошибке* не по отношению к содержанию сделки, выраженному в самом волеизъявлении, а *по отношению к нормам закона*. Известно, что наше законодательство, как и многие другие, не допускает отговорок, основанных на неведении закона, когда он был обнародован установленным порядком (ст. 62 Осн. Зак.). Этот общий принцип не исключает, однако, возможности ошибки или незнания существенных элементов строения какого-либо института гражданского права или же неправильного и ошибочного его разумения. Ошибка или незнание *в вопросах права* составляет предмет особой разработки в классической литературе. Как известно, в общем латинское право считало ошибку в факте извинительной, ошибку в праве неизвинительной. Нет, однако, сомнения, что в отдельных случаях результат может быть обратный, т. е. что ошибка в праве именно окажется извинительной. Это может усложняться трудностью в данном вопросе найти вполне несомненный выход из спорных мнений¹, а затем и личными свойствами заблуждающегося (у римлян — женщинам, когда дело шло не о выгоде, а об убытке, воинам, простолюдинам, ошибка в праве, как известно, не всегда вменялась). При этом по общему правилу, лицо, ищущее экскульпировать свою ошибку, обязано доказать не только ее наличность, но и извинительность ее для него².

В интересах незыблемости юридических сделок было бы, натурально, весьма важно искать заранее уверенности, что лицо, совершающее

¹ *Savigny. System. III. C. 336 и след.*

² Для французской литературы см. сочинение *Vareilles-Sommières. Etude sur l'erreur en droit romain et en droit français.*

ее, ясно представляет себе все юридическое содержание¹ совершаемой им сделки. Выполнить, однако, это в области гражданских правоотношений, не стесняя свободы и легкости обмена, дело до крайности трудное. Итак, возможность *ошибок в праве* и трудность их поправок ложится обыкновенно своей тяжестью на совершающих сделки. Только в отдельных случаях закон предусматривает необходимость особой уверенности в том, что лица, вступающие в сделку, знают все, к чему их обязывает по закону их волеизъявление. Французский кодекс предписывает в самый день вступления в союз супружеский прочтение, через *officier de l'état civil* сторонам (т. е. брачующимся), в месте, где совершается обряд гражданского бракосочетания, в присутствии четырех свидетелей, всех документов, касающихся их гражданского состояния и обрядностей совершения брака, и *шестой главы титула кодекса "О супружестве"* (это 5-й тит. 1-й кн.) *"О взаимных правах и обязанностях супругов"*, после чего *officier de l'état civil* выслушивает волеизъявление сторон вступить в супружество и именем закона объявляет бракосочетание совершившимся, о чем тут же составляется надлежащий акт (art. 75).

В этом образце как нельзя лучше видны все моменты сделки: 1) дееспособность, 2) матримониальное волеизъявление, 3) ясность из состава указанного титула всего содержания принятых на себя сторонами взаимных прав и обязанностей, 4) обрядовая сторона.

Наше законодательство требует, при совершении юридических сделок с соучастием нотариуса, чтобы последний допросил участвующих в акте, действительно ли они по доброй воле желают его совершить и *понимают ли его смысл и значение* (Пол. о нотар. части. Ст. 89). Старое *общее и подробное наставление* (надсмотрщикам) *о совершении и свидетельствовании* актов требовало, чтоб содействующее публичные органы *предостерегали простых людей от таких распоряжений, которые впоследствии могли бы служить к их ущербу* (т. X. Ч. I, прил. к ст. 708, ст. 63). Последнее постановление взято из петровской инструкции надсмотрщикам 1719 года и в составе теперь действующего Свода вовсе не разработано в ближайшем его применении к гражданским последствиям сделок, совершаемых *людьми простыми* нередко, конечно, к прямому их ущербу.

Если мы берем, таким образом, волеизъявление в составе сделки в прямой связи его с тем или другим гражданским институтом, то нам нет надобности особенно указывать, что содержание волеизъявления

¹ Имперский немецкий кодекс сопоставляет реквизит действительного знания (*Kenpen*) и обязательного знания (*Kenntnüssen*) как равнозначащие моменты в составе сделки (art. 122, 166).

не должно быть противным закону, безнравственным, невозможным в смысле его выполнения. Это само собой разумеется. Законодательство наше, однако, не раз возвращается к позитивному определению состава и содержания сделки именно с этой стороны. Публичные органы, содействующие совершению актов, обязаны наблюдать, чтобы в условиях не было допускаемо *распоряжений противозаконных* (указ. ст. 63. П. 1) и ябеднических вымыслов (там же. П. 2. Ст. 63, исключ. в изд. 1900 г.); то же точнее в ст. 90 Полож. о нотариальной части, где предусмотрено содержание актов, “противных законам, ограждающим порядок управления, общественную нравственность и честь частных лиц”.

Немецкое гражданское Улож. 1896 г. идет много далее в общих легальных определениях, касающихся содержания юридических сделок. § 138 устанавливает ничтожество юридической *сделки, противной добрым нравам*, а затем определяет: ничтожна в особенности та юридическая сделка, *посредством коей кто-либо, эксплуатируя крайность, легкомыслие, неопытность* другого, выговаривает себе или третьему выгоды, явно не соответствующие действиям, за которые они обещаны и стоимость которых они очевидно превосходят. Общие положения нашего Проекта признают недействительность сделки, противной закону, добрым нравам и общественному порядку (ст. 88 и 89). Статья 138 германск. Улож. гораздо содержательнее. Об этих статьях и выраженных в них принципах мы будем иметь случай говорить в учении о толковании юридической сделки. Применение этих принципов в практике суда составляет наиболее важную и трудную сторону дел.

Статья 138 нем. Улож. составляет, несомненно, обобщение легальных мер, которые в последние три десятилетия очень заботили законодательство австрийское, прусское, французское, отечественное, английское даже, и направлялись против крайних консеквенций либеральных экономических доктрин в вопросах о высоте роста, тяжких неустойках и штрафах, под гнетом коих страдали особенно массы людей рабочего класса, заслуживающего лучшей участи.

Выполнение благородной задачи, натурально, тем труднее, чем шире указанная формула захватывает все стороны гражданского обмена в общем понятии юридической сделки. Однако только именно в этом широком применении, а не в частностях, может найти себе удовлетворение чувство справедливости. Статья закона способна, конечно, указать лишь цель, к которой надлежит идти в этом деле, и только продолжительное и настойчивое преследование этой цели *здравой практикой* приблизит нашу действительность к этим *pia desideria* современного законодателя.

§ 51

III. Содержание юридической сделки (продолжение). — Группировка сделок по различию содержания. — Неюридический критерий некоторых группировок. — Сделки абстрактные и материальные. — Общие замечания. — *Вовсе ничего не значащие речи*. — *Естественные побуждения* (мотив) волеизъявления. — Каузальность юридическая. — Разработка вопроса в немецкой литературе. — Условие. — Абстрактные (подвижные) сделки.

По различию содержания юридических сделок их издавна располагают в различные группы. С этой точки зрения, мы имеем весьма распространенные категории сделок *inter vivos* и *mortis causa*, сделок возмездных и дарственных, односторонних и обоюдных, с разновидностями *строения*, указанными выше (с. 86), главных, придаточных, условных, срочных и проч. Элементы, из коих слагается содержание юридических сделок, принято квалифицировать как существенные, нормальные, случайные¹. Некоторые пандектисты, по схоластической традиции, ведут этот анализ состава сделок еще много дальше. Нет сомнения, что, по разным соображениям, дистинкции и сочетания, основанные на содержании сделок, можно сделать очень обильными и крайне разветвленными. Мы вовсе не будем рассматривать всех этих расчленений и остановимся лишь на некоторых, особенно близких к нашей системе, чтобы уяснить себе, к чему, собственно, ведут такие группировки в смысле общих юридических проблем.

Нас интересует именно эта сторона дела.

Некоторые из указанных нами выше категорий сделок служат основой для распределения юридического материала в составе кодифицированных систем. Этот прием виден частью уже в юстиниановской кодификации. Из современных кодексов его можно отметить в *Code civil*, особенно в третьей книге, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* (art. 711, 1101—1106). Наш т. X, ч. 1 книги второй, раздел III (о порядке приобретения и укрепления прав *вообще*) не останавливается на этих группировках. Но книга третья и четвертая расположены именно по этому критерию. В книге 3-й мы имеем соответствующий титулу 2-му книги 3-й *Code civil* (*des donations entre vifs et des testaments*, art. 893—1100) раздел первый, трактующий о *дарственном* или *безвозмездном* приобретении прав на имущество. Сюда входят: по-

¹ Против весьма распространенного расчленения состава сделки на *essentialia*, *naturalia*, *accidentalia negotii* см. особ.: *Bekker*. System d. heut. Pandekt. rechts. II. 97. Beil. III.

жалование, дарение, выдел, приданое, духовное завещание. Раздел 3-й дает нам не противоположение группы дарственных способов группе возмездных, как можно было ожидать, а порядок обоюдного приобретения прав на имущества, куда включена купля и мена, но не другие виды договорных обязательств, для которых, по особым основаниям (о чем позже), наша кодификация резервировала четвертую книгу.

Всмотревшись ближе в эти приемы анализа сделок по различию их содержания, мы легко заметим, что в них далеко не первое место принадлежит собственно юридическим основам конструкции. Сделки дарственные и тестаментарные с известной точки зрения, конечно, могут быть связаны в одну категорию, но эта связь чисто материальная, черта выгоды, стяжания, видная и тут и там, а вовсе не общая конструктивная юридическая основа двух названных видов сделок, дарения и тестамена. Точно так же только экономическая точка зрения подскажет нам сочетание в одну категорию сделок дачу приданого, пожалование, пожертвование. Именно юридическая сторона дела здесь далеко не на первом плане.

Некоторые из этих группировок не заключают в себе ничего характерного для особенностей юридической природы сделок. Другие, например, "обоюдные", сделки всего чаще совсем не выдерживаются последовательно до конца, а представляют какие-то попытки отличить их от односторонних, причем, напр., дарение и традиция (передача) не окажутся в составе обоюдных сделок, тогда как оспаривать их договорный, т. е. тоже обоюдный, в юридическом смысле, характер, конечно, весьма трудно. Очевидно, что под "обоюдностью" наша кодификация понимает тоже взаимно выгодный в экономическом смысле, а не обоюдный в смысле юридическом, т. е. договорный характер сделки.

Такие группировки, несомненно, составляют прием разработки юридического материала внешний, условленный не самим материалом, а необходимостью так или иначе привести его в некоторый порядок, хотя бы, так сказать, навязанный ему. Для системы юридических институтов основы их сочетания и расчленения должны быть юридические, а не внешние, не экономические.

То же, что сказано об институтах, должно быть отнесено и к юридическим сделкам. Для особенности каждой отдельной может быть характерно, конечно, и то, есть ли сделка безвозмездная или возмездная, обоюдно или односторонне выгодная; но на этих чертах трудно строить специфически юридические группы сделок, на каждой из коих лежал бы действительно особый стиль ее конструкции, печать самобытности, юридической оригинальности и характера, с помощью коего мы отличим ее конструкцию от конструкции другой сделки или другой группы сделок совсем иного в юридическом смысле стиля.

Возможно, однако, и здесь уже, при изучении содержания сделок, различить такие характерные особенности, отличающие одни их группы от других, которые не составляют только внешних их свойств, а именно определяют особую внутреннюю природу их юридического строения. Это именно особый их юридический стиль, те черты, коими определяется та сторона дела, которую юрист должен уметь распознавать, прежде всего, для своих специфических целей. Будучи чисто юридическими, эти черты их строения видны далеко не в одной категории институтов и сделок (вещных или договорных), а наоборот, они обнаруживаются в целом ряде их, и посему нам надлежит остановиться на их изучении именно здесь, в составе *Общей части*.

Мы разумеем деление юридических сделок на каузальные или материально-характеризованные, и на сделки с невыраженным каузальным моментом, абстрактные, формальные *в смысле формализма внутреннего*.

Долгое время эта сторона учения о строении юридической сделки оставалась почти совсем в тени. В самом деле, как могло выдвинуться вперед учение о *формализме волеизъявления*, о строгом, решающем, бесповоротном его характере в условиях слабо развитого личного сознания, вялого обмена и в атмосфере схоластики и мистицизма, свойственной средневековой эпохе, или посреди материализма и сенсуализма восемнадцатого века?

Чтобы воскресить эти типы чисто гражданских, строго деловых и решительных волеизъявлений для нового времени, существенным фактором, независимо от широкого развития свободного обмена, было прямое общение новой юриспруденции с первоисточниками классического права, с латинским творческим юридическим духом.

И мы видим действительно, что правильное *понимание и оценка абстрактного построения договорного обязательства*, натурально, сперва на латинских образцах, в новое время обнаруживается у французских романистов XVI столетия (особенно у Куция). Своеобразные применения конструкции того же стиля видны на истории векселя. Pothier прекрасно разумел различие построения *каузальной сделки и сделки с невыраженным каузальным моментом*, что отразилось частью на выработанных под влиянием его работ артиклях Code civil в общих его учениях о сделке, находивших, как известно, в старых системах себе место в общих учениях о договорном обязательстве (art. 1131, 1132).

Блестящую эпоху в развитии учения об абстрактных и материальных *договорах в особенности и юридических сделках вообще* открывает в нашем веке школа Савиньи, на почве изучения общего права, а в связи с этим и новых институтов права торгового. Труды Либбе, Эй-

нерта, Гнейста, Савиньи, Сальпиуса, Оттона Бэра, Эксвера и др.¹ освещают ярким светом во всем размере юридический и технический интерес изучения этого явления в применении к различным институтам цивильной системы.

С частными применениями построений этого стиля мы будем встречаться не раз в обзоре отдельных институтов системы. Здесь мы ограничимся характеристикой явления, насколько оно подлежит изучению в Общей части.

Чтобы подойти к области этих любопытных и важных проблем современной юриспруденции, нам необходимо предпослать им некоторые замечания по вопросу о *содержании* юридической сделки вообще.

К этому мы и приступим.

Та самая ст. 63, прил. к ст. 708 т. X, ч. I, на которую мы только что сделали указания выше, *предоставляя заключающим акты помещать в оных произвольные условия по их усмотрению, предписывает, чтобы в сих условиях не было допускаемо... речей, вовсе ничего не значащих.*

Это любопытное предписание! Оно взято в состав Свода из того же материала инструкций надсмотрщикам, который обильно вырабатывался петровскими и ближайшими последующими указами для надежной постановки у нас актуарной части.

Что же следует разуметь в содержании актов под речами, *вовсе ничего не значащими*? Мы имеем на этот вопрос некоторое официальное разъяснение, которое, однако, с первого взгляда дает только отрицательный результат. Вот оно. Указом 1701 г. марта 7, повелено писать всякие крепости *против образцов*, данных из Оружейной пала-

¹ Заглавие их трудов можно найти в любом учебнике пандектного права, а также в моей работе "Основная форма коррального обязательства. Историко-юридическое и критическое исследование по римскому праву". Ярославль, 1874, где гл. I, разд. I посвящен литературному очерку по занимающему нас вопросу в связи с учением о стипуляции. В недавнее время появилась в Юрьеве новая работа по этому же предмету: "Абстрактные и материальные обязательства в римском и современном гражданском праве" *Кривцова А. С.* 1898. Автор вполне овладел всей трудной проблемой в связи ее с целым рядом тесно соприкасающихся вопросов (учение о *causa*) и литературой, особенно немецкой, до последних дней. С помощью книги г-на Кривцова наши цивилисты, незнакомые с немецким языком, могут без особого труда оценить все значение проблемы для целого ряда практически важных институтов цивильной системы. В дальнейшем мы будем иметь случай не раз возвращаться к названной книге, которой нельзя не пожелать успеха в серьезной читающей русской публике. Г-н Кривцов не делает указаний на предшествующую отечественную, правда, очень небогатую литературу. Из трудов русских, заслуживающих полного внимания, следует назвать работу г. *Окса М. А.* "Женщина как продуктивный деятель в сфере права и учения о кондикции" (Чтение в Одесск. юрид. обществе). Одесса, 1884.

ты. Образцов таких, однако, в действительности дано не было, как видно из дела, хранящегося в Архиве кодификационного отдела при Государственном Совете, о формах крепостям (ст. 62 указ. прил. к ст. 708, примеч.). Итак, ничего не значащие речи были бы те, которые писаны *не против образцов*. Но когда образцов нет, то вопрос о ничего не значащих речах остается, очевидно, открытым.

Известно, что конец 17-го и нач. 18-го в. ссть, в петровском законодательстве, пора острого кризиса, который был вызван весьма радикальным планом Петра Великого вполне взять в руки правительства всю актуарную часть для ее упорядочения, во-первых, а вместе с этим и для эксплуатации имущественного оборота в финансовых целях (гербовая бумага). Столкновение интересов свободного обмена с обязательными нормами повторяется не раз в 18-м в. и вновь принимает очень острый характер в царствование Александра Первого. В эпоху составления Свода Законов план Петра не находил сочувствия в руководящих сферах, и дело ограничилось выработкой формуляров лишь для некоторых видов сделок, о коих и будет сказано в соответствующих местах.

Таким образом, вопрос, что следует разуметь под *речами, ничего не значащими* (указ. выше, ст. 63), остается как будто открытым и ныне для нашей кауелярной юриспруденции. Но так ли это на самом деле?

Мы попытаем в дальнейшем разъяснить этот вопрос.

Выше (т. 1. С. 244—245), рассматривая учение о лице в области гражданского права, мы сказали, что для *юридической* выработки этого понятия нам приходится оставлять без внимания массу таких живых свойств и особенностей, существенных для характеристики отдельного человека, без коих совсем немислима индивидуальность живого характера; и, однако, для *состава понятия лица* в смысле юридическом, гражданском, такие квалификации будут представлять собой именно *ничего не значащие речи*.

Если нам нужна, в наших целях, переработка живого образа человека в такую условную юридическую потенцию, какова *личность в гражданском праве*, то, натурально, и все проявления этой силы должны быть в тех же целях переработаны по этому же методу в типические деяния, в *типические волеизъявления*, которые не могут и не должны, без вреда для дела, заключать в себе ничего в юридическом смысле излишнего, никаких *ничего не значащих речей*. Для нас, таким образом, и здесь будут иметь значение только такие речи, которые или прямо даны легальным формуляром, или могут быть составлены по некоторому заранее определившемуся шаблону. Нельзя не только внешним образом выражать свою волю любыми способами, словом, жестом, начертанием, о чем позже, но и самое *содержание*

волеизъявления, этот *внутренний момент состава* юридической сделки надлежит особым методом переработать в наших целях. В составе юридического волеизъявления нельзя, напр., *хотеть разбогатеть*, что, однако, так часто составляет всю суть действительных побуждений при совершении юридических операций, нельзя *хотеть приобрести* (пример выше), нельзя даже, как сейчас увидим, прямо *соболезновать страждущему человечеству*. Можно только *купить, продать, отказаться от иска, совершить дарственную запись* и прочее подобное. Все остальное для вопросов права — *ничего не значащие речи*.

Метод, коим законодательство и юриспруденция могут достигать *указанной цели* переработки содержания волеизъявлений *в заранее известные типы*, есть тот, который предположен был в петровском указе 1701 г. Тогда все *содержание* сделок было бы сведено к тому внутреннему формализму, который знаком старой латинской системе. Это были бы так называемые *verba legitima*, раз навсегда выработанные образцы, *типы волеизъявлений*, от которых так же недопустимы отступления, как от ритуала религиозного.

Наше законодательство избрало другой путь к цели, другую методу устранения *ничего не значащих речей* из состава волеизъявления, совсем не стеснительную для гражданского оборота. Не только указанная выше ст. 63 (прил. к ст. 708) предоставляет заключающим акты *помещать в оных произвольные условия по их усмотрению*, но ту же свободу дают еще и другие положения действующего Свода для сделок договорных в особенности (ст. 568, 1528, 1530). Словом, мы с нашими требованиями формального состава волеизъявлений по отношению к содержанию сделок очень далеки от квинтитских *verba legitima* и много ближе к преторским *verba concepta*.

Но, отказав нам в готовых формулярах, наш законодатель как будто и вовсе лишил нас критерия для различения *речей, значения не имеющих*, от таких, которые именно образуют все юридическое содержание сделки и определяют весь ее юридический характер. Так ли это, однако? Возьмем пример. N, жертвуя свою вотчину для устройства в ней и из ее доходов благотворительного института, начинает учредительный акт словами *“Исполненный любви к страждущему человечеству”*. Это та самая манера, которой столь часто держались и держатся в актах законодательных, предполагающих по своим свойствам некоторый подъем духа... *“В непрестанной заботе об успехах высшего образования в нашем отечестве”*... В юридическом смысле такие соглашения, натурально, ничего не прибавляют к диспозитивной части указа или учредительного акта частного лица. Однако *почему* истолкование воли в этих случаях оставляет такие речи без последствий? Потому ли, что выраженный в них мотив безразличен, или, быть мо-

жет, что он не соответствует истине? Совсем нет. В отдельных случаях совершенно возможно, что эти безразличные для состава сделки слова покажут вполне живую черту характера, действительное настроение жертвователя, ценную для его биографии подробность. Против этого нельзя ровно ничего сказать. Но дело в том, что *в вопросах права* ни живые черты субъекта сделки, его настроения, ни эти интимные побуждения его волеизъявления совсем не подлежат изучению юристов. И если в одном случае акт благотворительности имеет в своей основе мотив несомненно возвышенный, в другом — простое тщеславие, юридический эффект сделки останется все тот же, без всякой тени какого-либо различия в его силе.

Совершенно так же ничто не изменится в составе договора купли-продажи, если *мотив сделки* для продавца есть нажива, или, может, нечто иное, необходимость к данному сроку иметь, чего бы это ни стоило, такую-то денежную наличность, или, наконец, борьба за рынки, причем целый ряд сделок идет прямо в убыток предпринимателя. То же при займе, каков бы ни был мотив дачи известной суммы в кредит, желание выручить из беды, невозможность в известных условиях отказать в просьбе, или простой расчет поместить хорошо свои деньги, заем останется кредитной сделкой определенного содержания, совсем независимого от указанных *побуждений* дачи займа.

Мотив сделки может быть выражен при ее заключении (я беру этот инструмент для дочери, в приданое; мы займем приморскую дачу, потому что сыну необходимо морское купание), или ясен без такого заявления (*только бы не входил в состав сделки, как условие*; ибо тогда это уже не простой мотив), может быть скрыт в это время и обнаружен позже (я покупал вовсе не для приобретения вещи, ибо она не могла быть мне нужна, и это я докажу, а со скрытой целью — найти признаки преступления, — пример из практики); и все это не делает купли-продажи иной сделкой в одном случае, чем в другом.

Что мотив тот или другой, цель та или иная были налицо, — в этом нет сомнений. Наличность побуждения или расчет составляет “психологическую”, по выражению одного пандектиста, необходимость сделки. Это верно. Ошибочна может быть только квалификация этой необходимости “психологической”, ибо возможна сделка, напр., для юридического лица, и без этой именно психологической необходимости. Но та или другая *необходимость*, конечно, всегда предшествует волеизъявлению. И это нас здесь мало интересует, ибо вызвавший волеизъявление мотив или расчет позже может исчезнуть, не оправдаться, пропасть (дочь не вышла замуж, сыну купанье оказалось вредно, рынка мы не захватили и проч.), а возникшая под их действием купля-продажа, заем, наем имущества остаются налицо, нисколько не по-

колеблются этими изменениями фактических условий их возникновения¹.

Этим методом мы ставим существование юридической сделки в полную независимость от психических побуждений, от экономических видов, житейских соображений, словом, от естественных причин, вызвавших ее образование. Мы их или вовсе выбрасываем *из юридического состава волеизъявления*, или удаляем их на такое расстояние от состоявшегося акта, что они могут послужить нам разве одним из средств для лучшего истолкования волеизъявления, но никоим образом не могут и не должны условливать собой или колебать силу сделки.

В вопросах гражданских правоотношений мы также не имеем возможности и надобности считаться со всеми натуральными и фактическими данными волеизъявления, как в вопросах о личности с биографическими данными каждого носителя гражданской правоспособности.

Естественная каузальность волеизъявления исчезает и уступает место *каузальности юридической*, которая и определяет собой весь состав сделки со стороны ее содержания.

Устранив, таким образом, все, что составляет *вовсе ничего не значащие* (натурально, для юриста только) *речи*, стало быть, отрицательную сторону дела, мы становимся лицом к лицу к *положительной стороне*, к вопросу, что же образует речи или состав, для существа сделки необходимый, определяющий ее юридическую природу, ее особый характер, ее индивидуальность, наконец, стиль ее, т. е. внутренними признаками установленную особенность построения одной группы сделок в отличие от другой?

На этот общий вопрос мы можем дать только общий ответ. При переработке естественного волевого процесса в акт юридический причинность волеизъявления фактическая исчезает и место ее занимает *формально-определенная, постоянная, юридическая каузальность*, которая и дает сделке постоянный, внешне распознаваемый ее состав.

¹ Талантливый франц. цивилист R. Saleilles, усматривая в новом Германск. уложении торжество принципа волеизъявления над принципом воли в положениях о юридич. сделке несомненным (ср. выше. С. 125, примеч.), выражает по этому поводу отношение психологии к праву в такой формуле: *la théorie des actes juridiques du Code allemand a cessé d'être une psychologie juridique pour devenir une forme juridique de psychologie. Le droit a reconquis sa place à l'encontre de la psychologie; et ainsi le veulent les intérêts en cause, le crédit social et l'équité générale. Du moins il est ainsi en matière de droit civil et de transactions commerciales; car s'il s'agissait de droit pénal, ce serait en sens tout opposé, dans le sens de l'individualisation psychologique, que devrait se faire l'orientation juridique (De la déclar. de volonté. С. 217; см. выше. С. 82, примеч., идеи Шлоссмана).*

Мы видели выше, что побуждений для пожертвования, для купли-продажи, для найма, займа и прочее может быть бездна. И не менее того, совершенно независимо от неуловимой пестроты этих побуждений, в одном ряде случаев, каков бы ни был внешний толчок, получится в результате вполне определившаяся типическая юридическая фигура сделки купли-продажи, в другом со столь же определенными юридическими свойствами сделка имущественного найма, денежного займа, пожертвования, быть может, уплаты и так далее, без конца.

На вопрос, чем же юридически определить состав сделки купли-продажи в отличие от любой другой, как ее юридически индивидуализировать? — мы отвечаем: признаком формальной каузальности, которая определяет *в ее составе* волеизъявления лиц. Это будет сделка купли-продажи, совершенно независимо от возможных естественных, скрытых или выраженных расчетов (иметь сейчас наличность, захватить рынок, нажать, раскрыть следы преступления), *потому что* волеизъявление уступить вам вещь *связано в составе сделки* с выговоренной от вас за уступку ее вам цены. В этом специфический, формально-необходимый каузальный момент состава сделки, без коего в юридическом смысле не будет купли-продажи.

Такой же формально-известный момент индивидуализирует сделку дарения, где формально-определенный мотив, *юридическая* каузальность, не есть ни тщеславие, ни человеколюбие, а воля дарителя совершить обогащение одаряемого насчет умаления имущества дарителя¹. Это и будет юридически каузальный момент, индивидуализирующий состав сделки дарения, совершенно независимо от той *causa* естественной, которая тоже может быть налицо или в виде тщеславия, или в виде искреннего побуждения старой дружбы, человеколюбия, ровно ничего не изменяя в юридической сущности дарственного акта.

Если я даю взаймы деньги или иные квантитеты, то формально-известная *causa* заемной сделки есть кредит, дача с видами возврата *tantundem ejusdem qualitatis*. Мотив внутренний — выручить из беды, спасти от несостоятельности, хорошо поместить свободные деньги — несомненно наличный, совершенно натуральный в сделках этого рода, каков бы он ни был — вполне безразличен для особой юридической природы заемной сделки.

То же для случая уплаты. Я плачу, чтоб выполнить обязательство в данный срок. Эта *causa*, эта причина или цель², определяет специ-

¹ Дарение в подлинном смысле *donantem pauperiorem et accipientem locupletioem facit* (I. 5. § D. 8. 24 I).

² Причину и цель в составе сделки обезразличивает один немецкий писатель, как вогнутую и выпуклую поверхность того же тела.

фическую природу уплаты, опять совершенно независимо от радостей, опасений, расчетов, которые побуждали должника к этому действию.

Вот простейшие образцы формально-различных по своему каузальному составу юридических сделок, из коих каждая имеет свою природу, свои необходимые принципы, свое особое содержание.

Мы видели выше, что наше законодательство не выработало готовых образцов для любых сделок, выразив только требование, чтобы в их состав не было введено *ничего не значащих речей*. Это отрицательная сторона вопроса. Но, затем, в составе нашего гражданского кодекса, как и любого другого, нетрудно найти *абстрактно сформулированные признаки сделок* в составе институтов разного содержания, так что мы из этих положений легко узнаем, какие реквизиты необходимы для целого ряда сделок договорных (купля, мена, поставка, наем, подряд, заем, уплата и т. под.), актов укреплений имущества при жизни (дарственная запись, выдел частей или назначение приданого из недвижимых имущества и проч.), распоряжений на случай смерти (назначение наследника, отказы). С помощью таких абстрактно выраженных реквизитов сделки в составе того или другого института мы и без готовых образцов можем сами формулировать сделку любого содержания. Это положительная сторона вопроса.

В этом сочетании акта воли и юридической нормы для понятия сделки также сказывается особая природа *сделки гражданской*, как в сочетании нормы и иска выражается природа *самого права гражданского*. И тут, и там правоспособный и дееспособный субъект приводит в действие отвлеченную норму, чтобы изменять так или иначе свои правоотношения, по своему усмотрению (это *jurisdictio voluntaria*), или чтобы восстанавливать их, в случаях нарушения нормы, исковыми средствами, тоже предоставленными на его волю (это *jurisdictio contentiosa*)¹.

Выше мы брали самые простые примеры сочетаний в составе сделки волеизъявлений с разными каузальными моментами. Я даю деньги *credendi, solvendi, donandi causa*. Естественно, это не единственные случаи подобных сочетаний. Их масса. Обыкновенно внутренний каузальный момент в составе сделки *дает имя самой сделке*. Итак, заемное обязательство именно и характеризуется этим моментом взятия или забора (займа) суммы или количества с обязательством возврата. То же для купли-продажи, где взаимность наличная (*synallagma, contrat synallagmatique* C. c. Art. 1102) обоих обязательств выражена в самом названии. То же в латинском наименовании найма, *locatio conductio*, и если не в названии, то в строении и современного договора найма. В сделках дарения, назначения приданого сказывается также именно им

¹ Границу той и другой далеко не легко провести со всей точностью, см. особенно: *Wach. Handbuch d. deutsch. Civilprozessrechts*. I. § 6.

присущий каузальный момент обогащения одаряемого, устройства имущественной стороны брачного сожития. То же видно, наконец, в сделках вспомогательного или придаточного характера, каковы задаток, неустойка, поручительство. Нам нет, однако, надобности исчерпывать все возможное разнообразие внутренних каузальных моментов состава хотя бы *именованных* сделок. А затем, всем известно, что за контрактами *именованными* латинская система знала целые категории контрактов *безыменных*, в коих сочетания каузальные прямо и ясно входят в конструкции (*do ut des* и т. д.). Наша скудная система сделок и контрактов в особенности может натурально тоже расширяться, по усмотрению сторон, на такие сочетания, для коих не найдется в нашей речи специфических (*nomina vulgaria et usitata*) наименований, общепринятых у юристов и в просторечии (см. ст. 568 т. X, ч. I). В этих разнообразных сочетаниях *causa* является нам то как основание, то как цель волеизъявления. Я уплачиваю, *потому что* считаю себя должным. Я вручаю сумму, *чтобы* получить такое же количество обратно. *Causa* не является, стало быть, в составе сделки необходимо как одновременный обмен юридических актов двух сторон, а также и как последовательный во времени. Это будет *causa praeterita*, когда основание дачи есть предшествующее ей, наличность долга (*solutio*), или *causa futura*, когда дача произошла в целях со временем получить то же количество обратно (*creditum, contractus innominati*).

Мы установили здесь понятия причины или цели волеизъявления *в составе сделки*, и этот анализ, это различие каузального момента, *входящего в ее состав* (юридический каузальитет, формальная причинность или цель волеизъявления), *от каузальности внешней* (фактической), где виден естественный мотив волеизъявления, в указанных выше примерах — тщеславие, человеколюбие, желание обогащения, захват рынка, открытие следов преступления, представляет собой, во-первых, далеко не беспорное учение, и, во-вторых, влечет за собой очень важные юридические консеквенции.

Что касается спорных пунктов этого учения, то мы можем теперь, ввиду названной выше почтенной работы г. Кривцова, на русском языке, ограничиться лишь самыми общими указаниями, ибо русскому юристу вполне доступно, благодаря этой работе, основательное ознакомление с любопытной и очень важной контроверзой во всех ее деталях¹.

¹ Трудное учение о *causa* изложено у г. Кривцова в четырех главах: I. Терминология источников; II. Предположения сторон при договорном обязательстве; III. Виндшейдовская теория; IV. Юридические последствия отсутствия или недостатков эквивалента (с. 15—110). Автор трактует здесь обязательства, а не сделки вообще; но в изучении родственных явлений не всегда возможно провести точную и постоянную границу, если бы мы даже поставили себе это целью.

Итак мы думаем, что мотив естественный, внешний для состава сделки, и причинность формальная, юридическая, в ее составе — две вещи, очень различные по существу и по юридическим последствиям для ее силы. В этом учении мы ближе сходимся с результатами исследования Ленеля, который является в этом вопросе наиболее решительным противником учения Виндшейда¹.

Отправляясь в учении о строении юридической сделки от понятия воли, Виндшейд видит в том, что он называет предположением (*Voraussetzung*), именно те *внешние для сделки* обстоятельства, которые служат для нее побуждением, психически мотивируют ее. Здесь скрыта, по учению Виндшейда, *первоначальная цель* (*erste Absicht*) волеизъявления, за которой, шаг дальше, следуют решающие мотивы. Это, стало быть, некоторая скала, которую далеко не всегда легко разобрать, но которой условливается сила волеизъявления (*Vindsheid*. Пандекты. § 98). Фактически такие *предположения* в отдельных случаях оказывают несомненное влияние на решимость волеизъявления. С точки зрения *свободы воли* это далеко не безразличные моменты. Но крайне *субъективная* окраска подобных мотивов делает их в смысле *общего* критерия для определения силы сделки малопрактичными. В этом смысле Ленель правильно отвергает значение таких невесомых (*imponderabilia*) для юридической силы сделки.

На место этих чисто субъективных моментов другая сторона, и главным образом Ленель, выставляет как решающий критерий для силы волеизъявления — *цель или мотив сделки хозяйственный*, стало быть, *объективно определяемый*. Надо, говорит он, давать значение не всему, под предположением чего лицо действует, а лишь тому, что мы *вправе* предполагать со стороны другого (Ленель имеет в виду сделку договорную) в смысле *общепринятой в гражданских сношениях добросовестности* (*was man voraussetzen nach Treu und Glauben... berechtigt war*, последнее подчеркивает Кривцов. С. 81 и след., и мы сейчас увидим, почему).

Нельзя не сказать, что в этом виде, с этой альтернативой, контроверза как со стороны *субъективистов* (Windscheid и др.), так и со стороны *объективистов* (Ленель и друг.) оставляет желать очень многого для наших целей.

Без всякого сомнения, найти и указать для всей широкой области юридических сделок одинаково приложимый общий практический критерий — задача до крайности трудная. Индивидуальное исследование

¹ Все указания литературные легко найти в названной книге г. Кривцова, где читатель заметит и такие оттенки мыслей, которых мы здесь не можем исчерпать, хотя считаем их важными для дела. В Пандектах Виндшейда для *Voraussetzung*. § 97 и след., но самое учение разработано им еще в 1850 г. монографически.

случая может, по свойству сделки, по особенностям личных отношений соучастников, склонять воззрения юристов то в ту, то в другую сторону. Поэтому было бы большой неосторожностью безусловно отвергать мысли Виндшейда о решающем значении *первых намерений или расчетов* волеизъявления для его силы. Мысли Виндшейда почерпнуты им из классических источников, над которыми он работал с величайшей тщательностью. Все, что можно поставить ему в упрек, это — что он, быть может, с некоторой поспешностью обобщил их. Ленель отвергает значение психических изысканий в этой области вовсе и ставит на их место свой экономически нормальный для добросовестного обмена критерий, которым и думает определять каузальные отношения в составе юридической сделки. Вопрос о силе сделки решает не то, чего хотело бы лицо, а то, чего оно *должно хотеть* по этому критерию.

Никак нельзя отвергать, что этот *экономический* момент в составе гражданской сделки много осязательнее психического и в отдельных случаях может служить совершенно надежным критерием определения основы или цели волеизъявления. Но независимо от того, что не все сделки гражданского права суть только имущественные по своему содержанию, и в самых имущественных сделках, как это было видно выше, нередко бывает далеко не легко установить, что, собственно, в данном случае определяло совершенно добросовестный экономический расчет даже в такой простой сделке, как купля-продажа, наживали посредством этой сделки, или реклама, захват рынка в целях наживы в последующих операциях, или крайность, побуждавшая к уступке товара за ничтожную цену ввиду необходимости иметь в данный момент денежную наличность.

Итак, критерий экономический есть тоже крайне растяжимый и пригодный не столько для нормальных свободных гражданских сделок, сколько для случаев необходимости их проверки ввиду очевидной ошибки в волеизъявлении и особенно обмана, побудившего к совершению сделки.

Таким образом, для определения *основы и цели юридической сделки* мы никоим образом не находим возможным принять, вместе с субъективистами, ни психического, ни, вместе с объективистами, экономического критерия за решающий для ее силы.

Кривцов очень близок к истине, когда заменяет ту и другую (психическую или экономическую) основу или цель “правовой целью”, которая одна и должна служить мерилем для определения силы сделки (с. 81 и толкование “*berechtigt war*” у Ленеля).

Мы остаемся при выраженном нами выше взгляде, что моменты психический или экономический не могут служить *общим* решающим

мерилом силы юридической сделки. Решает в вопросах права не то, чего я хочу, и не то, чего я, по экономическим соображениям, должен хотеть, а лишь то, что составляет *юридическую каузальность* данной сделки. Это суть *внутренние* необходимые для *состава* сделки моменты, коими определяется ее *формальная* основа и цель. В ней, несомненно, находят себе отражение и психические, и экономические моменты. Но они для содержания юридической сделки дают нам лишь внешнюю, фактическую, а не внутреннюю, юридическую ее сущность. Это претворение психических мотивов и экономических расчетов в *юридическую формулу сделки* того и другого содержания и характера, несомненно, уподобляется тому *обновлению или пресуществлению*, образец которого дает нам классический процесс в моменте *litis contestatio*. Только что там новации подвергается прежнее материальное правоотношение, превращаясь в этот момент в новое, формальное или процессуальное. Здесь же весь фактический материал (психический и экономический) *консумируется и претворяется в юридическую сделку*, в составе которой прежние основы и цели фактические получают *новый образ каузальности и отношений юридических*¹.

С этих пор я не потому покупатель, что к этому у меня есть *психическое побуждение или экономический расчет*, а прямо, хотя бы вопреки моего теперешнего желания и расчета, потому что я *обязан* принять на себя все *commoda* и *pericula rei*; так же как продавец обязан tradировать проданную вещь, как бы ни было ему жаль и не расчет расстаться с ней, потому единственно, что он продавец, сторона в юридической сделке, в данном договорно-обязательственном или ином *юридическом отношении*.

Различение в процессе образования юридической сделки этих предшествующих ей внешних моментов, мотивов, расчетов, и тех, из коих окончательно слагается ее формальный образ, с этим внутренним юридическим каузализмом, определяющим ее индивидуальность, влечет за собой очень важные практические последствия. Мы рассматривали выше те случаи, в которых волеизъявление, вызванное принуждением, ошибкой, обманом, может потерять свой юридический эффект именно ввиду этих его пороков. Случаи эти немногочисленны, и вовсе не часты в нормальных условиях совершения юридических сделок (см. § 40 и 49).

Наряду с этим состав сделки может быть такой, что в нем *недостаёт юридической каузальности*, без которой она не должна иметь силы. Я *уплачиваю*, натурально, в предположении наличности *непогашенного дома*. Между тем кредитор раньше этой уплаты погасил уже

¹ См. выше формулу R. Saleilles.

этот долг выдачей расписки о платеже. Можно бы сказать, что уплата в этих условиях *не есть уплата*, и сделка ничтожна по отсутствию юридически казуального для нее момента. Классики, однако, говорят не о ее ничтожестве, а лишь предоставляют уплатившему особый иск, *condictio indebiti*. Путь, гораздо более соответствующий подлинной природе правоотношений гражданских и открывающий возможность ближе к индивидуальному случаю установить последствия обогащения без достаточного, в юридическом смысле, основания.

Классики разработали для подобных недостатков юридического состава сделки целую систему кондикционных исков *ob causam datorum*.

Мы не можем коснуться этого вопроса здесь же. Для этого есть свое место в системе. Ограничиваемся указанием связи вопроса о строении сделки с процессуальными способами противодействия тем или другим недостаткам состава сделки. Ниже, в связи с учением о *causa*, будут даны еще некоторые указания на современные кодифицированные системы.

Наше законодательство и практика до сего очень недостаточно воспользовались сокровищами латинской мысли для разработки этих трудных проблем. Между тем в этих условиях многое не носит на себе ничего специфически-римского, *непригодного* для пользования в гражданских проблемах любой системы. Труды русских ученых, особенно Окса, Гримма, Полетаева, Кривцова, конечно, облегчают путь ознакомления с системой кондикций, хотя, нет сомнения, никакая современная работа не способна заменить хотя трудного и сложного, но увлекательного и не оцененного изучения вопроса на подлинной почве латинской юриспруденции¹.

¹ Развернуть из ст. 574 т. X, ч. I все богатство содержания латинской кондикционной системы столь же затруднительно, как и свести систему кондикций к одной этой или подобной формуле. Практика знает применение выраженного в ней общего принципа в массе самых разнообразных случаев, которые отчасти и разработала гл. 6 раздела II, кн. 2-й X т. Этим вопрос не ограничивается. Учение должно быть расширено на целую область иных расчетов как частных лиц между собой (см. статью проф. Петражицкого в "Вестн. права" за 1900 г. № I, II, III, особенно № I. С. 23—25, где автор освещает латинские категории примерами из любых систем), так и между казной и частными лицами (см. для примера последних т. X. Ч. I. Ст. 825 о несостоявшейся купчей крепости и возврате продавцу внесенных им при совершении акта крепости. пошлин). Проект кн. V. Ст. 1059—1065 и объяснения. Т. 5. С. 375—408, ищет для этого учения основ в классической традиции. В 1903 г. Stammeler опубликовал работу об обогащении без достаточного основания по нов. немецкому кодексу.

§ 52

Содержание юридической сделки (продолжение). — Условие в составе сделки. — Actus legitimi. — Признак события *будущего* в понятии условия. — Его оценка в современной литературе. — Проект Гражд. уложения. — Модальитеты волеизъявлений. — Сделки со скрытым каузальным моментом.

За этим, в учении о содержании сделки нам остается рассмотреть два вопроса.

1) Если *состав сделки* того типа, который мы имели до сего в виду, есть юридически установившийся, материально распознаваемый (из состава видно, что одна есть дар, другая — заем, уплата, усыновление, назначение наследника, отказ) и постоянный, то неужели нельзя вовсе вводить в этот состав ничего к нему не принадлежащего, для него *внешнего*? Сделки, которые в самом деле не допускают в своем составе ничего, кроме необходимых для данного типа сделки элементов, несомненно существуют. Таков брак, его заключение в особенности, таково узаконение, усыновление. В сделках имущественных, в современных системах, есть тоже сделки, не допускающие внешних осложнений, каковы заявление в подлежащем ипотечном установлении о пересвоении занесенных в гипотечные (у нас вотчинные) книги недвижимостей (Auflassung), подписка на акции, приступ к наследству или отречение от него. Но за этим кругом *строго легальных* по составу сделок (actus legitimi), что же могло бы помешать сторонам присоединять к купле, займу, дарению, отказу, такие *фактические внешние моменты*, которые в каждом данном случае более или менее приближают состав такой сделки к *действительному желанию волеизъявляющего субъекта*?

Наше законодательство отвечает на это очень широким разрешением “помещать в оные (акты) *произвольные* условия по их усмотрению” (ст. 63, прилож. к ст. 708), лишь бы в этих условиях не было распоряжений противозаконных и не заключалось ябеднических вымыслов (там же, ср. еще ст. 1528—1530; указ. ст. 63, пр. 708, исключ. в изд. 1900 г.).

Для договорных сделок в особенности закон разрешает вводить в состав волеизъявления “*условия* о сроке, о платеже, неустойках и тому подобные” (1530). Очевидно, в этой статье имеются в виду не столько *условия* в техническом смысле слова, сколько разнообразные клаузулы, не образующие *необходимого* для данной сделки состава. По отношению к некоторым подобным “условиям” закон наш предписывает публичным соучаствующим в совершении акта лицам напоминать

совершающим акты о факультативных, *необязательных непременно* составных частях сделки (ст. 64, прил. к ст. 708; в изд. 1900 г. исключ.).

Мы разумеем, однако, не этот широкий смысл условия, а *его технический смысл, внешнего, не принадлежащего к составу сделки, неизвестного в данный момент, будущего* события, от наступления или ненаступления коего ставится в зависимость действие юридической сделки (*conditio* в тесном смысле, хотя и в латинской терминологии тот же термин употребителен и в широком смысле).

Нет никакого сомнения, что ни наше законодательство, ни наша практика, вне указанных выше категорий сделок (*quae diem vel conditionem non recipiunt*), отнюдь не противятся введению в состав сделок этого элемента, так сказать, постороннего для их необходимого обязательного юридического содержания. В этом смысле закон наш совершенно верно отмечает свойство *условия* как *произвольного* элемента в составе сделки (ст. 1428 т. X, ч. I).

Но учение об условии и сроке принадлежит к числу совершенно не разработанных, точнее, не разработанных *самостоятельно* ни в нашей, ни в одной из западных современных систем. Своим богатейшим развитием оно обязано системе позднейшего латинского права и латинской классической юриспруденции. Основу для этого дала не простая склонность к тонкой разработке трудных технических проблем, не схоластика, а совершенно живая черта римского правосознания. Учение об условии, об условных сделках развилось у них преимущественно в практике волеизъявлений на случай смерти, особенно легатов. В эти акты последней воли, заключительные волеизъявления, обнимающие нередко все стороны гражданских отношений *testator'a*, всего чаще искали вносить не только неизменно и окончательно определившиеся приказы на случай смерти, но и такие, которые в могущих позже наступить комбинациях событий требовали как бы новых решений с его стороны и приходили, так сказать, в новые сочетания с волей, как будто еще продолжавшей жить и обнаруживаться. Очевидно, рельефно выразившаяся в системе гражданских правоотношений правоспособная личность неохотно уступала и самой смерти известную законную сферу своего влияния на дела людей. Юриспруденция относилась к этой черте национального характера латинского общества с величайшей любовью, тщательным вниманием и изучением. На этой почве развилась богатая казуистика условных сделок. Этой почвой она, однако, не ограничивалась даже у римлян. В рецептированной системе не чувствуется более этот жизненный стимул, под действием которого определилась практика условных сделок, и на всем учении об их строении лежит совсем иной дух, иная сфера применения в условиях вялого средневекового обмена, выжидательных, часто

поневоле, притязаний и расчетов. На всей конструкции заметна схоластическая и безжизненная постановка всего учения. Любопытна непредумышленная и этим выдающая себя систематическая позиция, которую нынешние пандектисты обыкновенно отводят условной сделке в общем учении о сделках. Условной сделке и условию дают смысл *самоограничения воли*. Нельзя себе представить ничего более обличительного! В грамматическом смысле это, быть может, и верно, ибо я хочу *только при данном условии*, стало быть, не безусловно и не во всяком случае. Но какое это узкое разумение дела! Оно должно было явиться именно как результат оторванного от живой почвы изучения явления, которое его высушивает, стерилизует, налагает печать мертвящего догматизма.

Что сделал из этого схоластического разумения гениальный толкователь духа римского права Рудольф Иеринг? Поставив *условие* опять в связь с подлинной почвой первоначального образования этого явления, он увидел в нем вовсе не самоограничение воли, а наоборот, всю мощь ее развития. Условие, говорит он, открывает сторонам возможность *подчинить себе будущее вместо того, чтобы себя ставить от него в зависимость* (Geist, § 53). Недаром римляне ставили признак события *в будущем*, как существенный для понятий условия (прим. 208). На этом зиждется *польза и смысл условия в гражданском обмене*. Только в нем мы находим средство захватить в сферу нашего юридического владычества то, что для этой минуты представляет собой одну только возможность, и притом захватить так, как будто эта возможность уже стала действительностью (§ 53).

Несомненно, что именно в этом осложнении состава сделки *фактическими моментами*, отражающими движение нашей воли, ее мотивов, целей, расчетов, мы неизмеримо ближе подойдем к ее действительным процессам, чем при наличности общего шаблона сделки с ее раз навсегда установившимся юридическим каузальным формализмом.

Современные кодексы, все, кроме нашего, останавливаются с большим вниманием на этом могущественном юридическом способе *расширить действие* юридических волеизъявлений на сферу деловых правоотношений не только наличных, но и более или менее отдаленных (Code civil. Art. 1168—1185; герм. гр. Улож. 158—164). Естественно, везде в новой юриспруденции этот технический прием построения юридической сделки представляет собой *не национальное достояние* того или другого местного права, а *общее*, для всех, кто умеет им пользоваться, доступное богатство латинской юридической техники. Такая система институтов и сделок, которая вообще не богата разнообразием юридических средств для живого отражения волеизъявлений в области сделок, могла бы в особенности искать обогащения в этих

ресурсах; но искать их надо в самом источнике, а не в сухих и бесцветных передачах современных кодифицированных систем. В дальнейшем мы вовсе обойдем учение об условии, для коего подлинной почвой должны служить пандектные учения¹.

Нам надлежит здесь остановить больше внимания на другом моменте сделки, имеющем некоторое родство с условием. Это еще более чуткая к *внутреннему процессу образования волеизъявлений форма*. Виндшейд находит, и очень справедливо, что самое условие, как элемент строгия волеизъявления, образуется не вдруг, что есть нечто ему предшествующее в процессе его образования. Что ж это, собственно, будет? Вот с этого и начинаются технические трудности в разработке этого понятия. Виндшейд генетически определяет это явление как *неразвившееся условие*. Это тоже, несомненно, правильно, как мы сейчас увидим. Самое явление нас потому и интересует в особенности, что оно технически далеко не так разработано, как *условие*. Но в этой квалификации (*неразвившееся условие*) очень мало юридической определенности.

Быть может, это *мотив* волеизъявления, нечто скрытое, хотя и несомненно существующее? Виндшейд очень близок к тому, чтобы именно *внутреннему мотиву* дать, в вопросе о силе сделки, прямое юриди-

¹ Обширное изложение всего учения чисто латинского происхождения см. в указан. выше сочинении Энекцеруса. § 18 (с. 171 и след.); действие условия и срочной сделки. § 33 (с. 305); для тестаментарн. распоряжений. С. 393 и след. Заключение. § 79. Проект 5-й кн. нашего Гражд. улож. не только не приблизился к подлинному источнику этого учения, но и существующие теперешние переработки совершенно исказил, выбросив признак события *будущего*, столь характерный для понятия условия (см. мое Пособие о вып. II. С. 61, прим.). Это обстоятельство относится к 1899 г., когда появился проект книги 5-й “Обязательство”. Очевидно и здесь, при выработке Общих положений, пришлось опять взяться за учение об условии в составе сделки, как выше при обработке учения об ошибке (см. выше. С. 128, примеч.). “Объяснения” к Общ. положениям приподнимают нам немного завесу, скрывающую дебаты по ученому предмету *о существенных для понятия условия признаках*. Начав с учебника Мейера, составленного, как известно, не всегда с достаточной осмотрительностью слушателями покойного профессора, кодификаторы вспомнили об источниках римского права, старых и новых кодексах, покоящихся на этой классической основе, и не отвергая, что “ученые писатели обыкновенно требуют, чтобы событие, коим обуславливаются последствия договора, было непременно *будущее*”, поставили эту проблему на *голоса*, совсем по образцу знаменитого Citirgesetz’a времен Феодосия II и Валентиниана III, и *большинством голосов* решили вычеркнуть раз навсегда признак *события будущего* из понятий условия для нового кодекса, как подобает настоящим реагирующим юрисконсультам (см. указ. “Объяснения”. С. 217—220). Аргументация большинства (“покупка товара под условием, если он окажется сходным с образцами”. С. 220) в самом деле может дать творцам *нового учения* притязание на бессмертие!

ческое значение. Но *скрытый*, не выраженный именно, мотив — это такая неуловимая вещь, что вводить его в строение юридической сделки значит подвергать силу ее совсем неюридическим, формально не распознаваемым, чисто случайным влияниям. Это, несомненно, должно быть чем-то более *явным*, чем мотив, и Виндшейд находит для этого явления другое название, *die erste Absicht*, стало быть, *то, что имел в виду* волесизъявляющий и *под действием каких расчетов* определилась его воля. *Психически* это очень понятно. Но мы только что показали выше, как и почему этот, быть может, *подлинный*, момент уходит легко за пределы всякой *юридической* известности. На этом нельзя остановиться.

В отличие от простого мотива для этой *erste Absicht* нужен шаг ближе к *юридической известности*, но не такой крупный и решительный шаг, какой мы делаем, когда выражаем нашу волю *условно*, чтобы она или вполне наступила, или вовсе не наступала. Виндшейд, чтоб приблизить эту стадию развития, это *эмбриональное состояние* условия к цели известности, чтобы *проявить* его, так сказать, дает этому явлению особое имя. Это не просто только стадия развития условия, не его зародыш, а нечто все же своеобразное, и посему назвать его следует *особым термином*. Это, по Виндшейду, *Voraussetzung* — предположение. Тут как будто уже значительная мера известности, как в латинской *praesumptio*, например. И в этом смысле нельзя бы не одобрить идеи Виндшейда. Нет сомнения, что волесизъявления совершаются постоянно в *предположении* чего-либо. Но Виндшейд, к сожалению, дал этому понятию такое широкое толкование, что в область *таких* предположений легко ввести и чисто внутренние моменты процесса образования воли (для силы сделки *ничего не значащие речи*), и чисто внешние юридические каузальные моменты сделок.

Заслуги Виндшейда по разработке источников несомненны и до сих пор сохраняют свою цену. Но, обращаясь именно к классической литературе, мы спрашиваем, дано ли там этому любопытному явлению в составе сделки, которое не есть ни только мотив, ни внутренний необходимый для состава сделки ее элемент, ни внешний для нее придаток, каково условие, дано ли в источниках этому явлению *особое наименование*? В классической литературе для этого явления мы находим общее наименование *modus*¹. Если для условия нормальная грамматическая форма есть *si...*, то для *modus* это будет *ut...*, хотя надежным для юридического различения этих явлений этого признака

¹ De conditionibus et demonstrationibus, et causis, et modis eorum, quae in testamento scribuntur (Dig. Кн. 35. Тит. 1). De his quae *sub modo* legata (с. 6. 45). De donationibus quae *sub modo* (там же. 8. 54).

назвать нельзя. Но что же это за наименование, имеет оно ближайшее отношение к содержанию, к действию такого осложнения сделки в смысле юридическом? Всего меньше! Оно имеет массу приложений. Это и *мера*, и *способ*, и *предположение* (см. s. v. *modus* в *Handlexikon Neumann'a*, 7-е изд. Thon'a 1891 г.). Передать сколько-нибудь точно и определенно в технико-юридическом смысле этого слова совсем нельзя. Навязывать ему строго установившийся смысл было бы насильем. В этой *обширности применения и незаконченности образования* явления именно и лежит характерная для него черта. И есть ли в самом деле необходимость давать каждому явлению в составе сделки непременно заранее определенный юридический чекан, заранее вырабатывать для него готовый шаблон? В этом ли заключается назначение условия и других модальностей в составе сделки? Чем больше здесь простора, чем гибче форма, тем удобнее в не отвердевших еще формах выразить любые сочетания в составе волеизъявления.

Нет сомнения, что многие не установившиеся первоначально элементы строения сделки со временем отвердевали, входили в ее состав как существенные, необходимые для известного типа признаки. Но потребности гражданского обмена никогда не находятся в состоянии застоя, и после того, как состояние брожения в известной сфере правоотношений прекратилось и мы получили определенные для этой сферы отношений устойчивые понятия и типы, состояние того же брожения, той же неустойчивости обнимает дальнейшую сферу отношений. В этом несомкнутом творчестве нас занимают не одни только его результаты, а наряду с этим и самое движение, самый процесс образования, само неустойчивое состояние элементов, их брожение...

Задача развитой юриспруденции не в том только, чтоб налагать грубые разграничительные линии, печать формальной известности на любые явления, хотя бы далеко еще не определившиеся окончательно. Мы знаем в истории латинской системы такие сочетания фактических элементов строения сделки, которые не допускают дать этим сочетаниям *технического наименования*, и они отличаются от других сочетаний именно тем особым признаком, что их нельзя определить ни одним из многочисленных терминов, выработанных для завершившихся в своем образовании типических сделок. Это *contractus innominati*, все вместе не носящие никакого технического названия, хотя построение их в эпоху Лабейона определилось уже настолько, что они были зачислены в определенные категории или типы сочетаний (*do ut des*, *do ut facias* и проч.), и для процессуального осуществления порождаемых ими юридических отношений были разработаны соответствующие исковые формулы (*condictiones*, *actiones praescriptis verbis*), образуемые из сопоставления фактических данных. Нечто подобное мы

наблюдаем и в том, что латинская терминология обозначает общим образом в понятии *modus*. Здесь так же трудно найти технический термин для всей области явлений, сюда принадлежащих, как и в латинских инноминатконтрактах. Разница в том, что там определялся весь *состав двусторонней сделки заново*. Это был целый цикл новообразований в системе контрактов. Где идет речь о *modus*, там, как и в *условии*, к типу сделки *уже совершенно готовому*, отвердевшему, присоединяется некоторый фактический момент, который не дает нового типа, а лишь *видоизменяет* содержание и эффект волеизъявления личной сделки.

Юриспруденция и здесь не вправе ограничивать состав сделки раз навсегда определившимися ее очертаниями. Развитая техника должна и тут уметь отмечать не одни основные черты, но и тонкие нюансы волеизъявлений, способные возможно ближе, вернее отражать подлинное направление воли и ее изгибов. Где система определившихся типов сделок необильна, даже скудна, как, напр., в нашем законодательстве, там это умение еще ценнее, чем при богато развитой системе сделок разнообразных типов.

Итак, особое свойство *modus*'а в том, что мы *присоединяем* к сделке определившегося состава такой *оттенок* волеизъявления, который не меняет типического свойства сделки, не делает ее сделкой другого типа, а лишь *видоизменяет* ее в той или другой степени, именно точнее определяет направление, тенденцию волеизъявления.

Покуда, стало быть, латинский термин *modus* нельзя не признать удачным при всей его многосодержательности. Если бы этому нюансу, *модалитету* в составе волеизъявления, желательно было дать больше силы, резче, настойчивее его выразить, то, быть может, пришлось бы преобразить эту сделку в другую, изменить ее основные черты. В *модалитете* волеизъявления мы именно даем только оттенок, только особый изгиб того же волеизъявления именно вот в этом случае, у данного лица, в данном правоотношении. Тут очень легко перейти черту должного, и чтоб избегнуть недостаточной определенности этого нюанса, излишне настоять на нем и этим исказить подлинное назначение таких модалитетов в составе сделки. Некоторая незаконченность тенденции, направления воли, в *юридическом смысле* будет, конечно, всегда иметь свои невыгодные стороны, но вместе с этим даст возможность облекать в образ *модалитета юридической сделки* такие волеизъявления, которые иначе, быть может, вовсе не вошли бы в сферу юридических проблем. Чтоб сделать более осязательными эти мысли, мы осветим их примерами.

Вы за службу получаете в известной провинции доходный земельный участок. Это несомненное *пожалование*. Вся сделка носит имен-

но этот несомненный характер квалифицированного дарения. Но если дарение таких недвижимостей делается служилым русским людям в провинциях присоединенных, где более или менее слабо сознание связи с центром, то пожалование такого рода обыкновенно принимает специфический вид дарения *sub modo*, с тем, чтобы пожалованный вступил в сословие дворян той губернии и уезда, где имение находится, пользовался предоставленным им правом, как по выборам, так и во всех других отношениях, управлял имением лично и по возможности имел в оном свое пребывание (т. X. Ч. 1. Ст. 495 и 506). Другой пример. Я отказываю мою вотчину такую-то моей дочери N с тем, чтобы она не только дала пожизненный приют моим бывшим слугам, но и похоронила их рядом с могилами их близких. Еще пример. Я дарю N мой дом с тем, чтобы он усыновил оставшегося сиротой моего молочного брата. — Или: я оставляю С моим единственным наследником с тем, чтобы он исходатайствовал присоединение к своей фамилии моей, которой я был последним представителем. Наконец, образец постоянно повторяющихся в старой практике наших духовных грамот распоряжений: вотчину нашу старинную (имярек) отказываю такому-то монастырю на вечный помин душ родителей моих, братьев и моей¹.

Возможно представить себе массу такого рода приказов самого разнообразного содержания (с тем, чтобы сын мой издал после моей смерти сочинения, поддерживал в имении, которое идет ему сверх доли братьев из состава наследства, заведенную мною культуру растений, пород скота, птицы и проч.²).

По сущности своей это всегда только модалитет волеизъявления в составе вполне определенной в юридическом смысле сделки. Нет надобности прибавлять, что, захватывая в сферу юридического воздействия задачи, иначе не подлежащие этому влиянию, разбираемая форма не допускает волеизъявлений характера безнравственного, противного социальному или правовому сознанию. Точно так же модалитета сделки юридической не могут составлять чисто моральные наставления или советы, которыми субъект сделки думал бы осложнить свое волеизъявление.

¹ См. особенно *Беляева П. И.* Анализ некоторых пунктов древнерусского завещания. Москва, 1897. С. 67 и след. С. 69, 70, 71, 80 и 86 (примеч. 3). То же почтенный труд г. *Руднева*. О духовн. завещ. по рус. гражд. пр. в истор. развитии. Киев, 1895, особ. с. 91, 117, 122, 181.

² В распоряжениях такого характера всегда будет много спорного. Сверх указан. выше писателей, особенно Виндшейда и Ленея, см. освещение вопроса и критику учения Виндшейда особенно у *Bekker'a*. System d. heut. Pand. rechts. § 118, Beil. I и II, и в указан. выше ст. *Ленея* (Civ. Arch. LXXIV. С. 225, ряд примеров).

Наши юристы употребляют для определения этого явления в составе сделки разные технические названия. Прежде всего переводный с немецкого термин *возложение* (Auflage). Это совершенно искусственное выражение, которое едва ли когда способно привиться к русской речи. Весь смысл немецкого подлинника в том, что модальитеты волеизъявлений указанного типа обыкновенно содержат *приказ* или *наказ* destinatarиию сделки совершить что-либо, *налагают на него, стало быть, обязанность* (урок в старину; у франц. donation avec charges). Легальный термин есть *условие* (ст. 976), *назначение* (1092), *цель, способ употребления* пожертвованного (1094). Некоторые из этих выражений совершенно пригодны для определения свойства распоряжения. Но едва ли какое из них так верно в общем смысле оттеняет ту отличительную черту рассматриваемого придатка, как латинское — *modus*, ибо в нем видна та существенная для юридической природы этого именно придатка черта, что *основное волеизъявление в составе сделки остается тем же*, каким было, лишь с некоторым модальитетом, с некоторым нюансом в целях, в направлении его для данного случая. Найти в нашем обиходе термин в таком же определенном и общем применении едва ли возможно, потому в особенности, что характерный латинский термин выработали ввиду твердо установившихся типов сделок с их точно определенным каузальным составом, с одной стороны, и технически выработанным понятием *условия* — с другой, чего в нашей системе нельзя найти¹.

Чтоб установить собственно юридическую природу этого явления в отличие от других подобных или близких, надо иметь в виду следующие моменты:

1. Модальитеты волеизъявлений вводятся *обыкновенно* в состав сделок дарственных, особенно *дарения и legata*. Здесь, собственно, выработалось своеобразное значение этого вида придатков к волеизъявлению, хотя нет ничего невозможного в присоединении их и к другому рода сделкам.

2. Указанная связь так называемых наказов или возложений со сделками дарственными потому *нормальна*, что *обязывающая сила* такого модальитета заключается главным образом *в дарственном характере основного волеизъявления*, в предоставлении одаряемому всех средств выполнить связанный с дарением наказ или урок.

¹ Название *условия* употребляется у нас в самом разнообразном применении, и необходимых составных частей сделки, и произвольных к ней присоединяемых осложнений, иногда очень близко к модальитету волеизъявления, чаще для обозначения самой сделки, взамен слова *акт* (см. т. X. Ч. 1. Ст. 937—939, 1464, 1540 и особенно Гожева и Цветкова. Указатель, s. v. Условие).

3. Содержание наказа составляет обыкновенно со стороны приемлющего дар какое-либо *действие*, совершение которого становится для него обязательным с того времени, как он начал пользоваться выгодной стороной сделки.

4. Выполнение наказа или урока *не составляет эквивалента* выгод, которые приобретает дестинатар, ибо тогда вся сделка легко переходила бы в другой тип, не дарственного, а возмездного характера, с несравненно более надежным по свойству принудительности, *юридического* напряжения, эффектом, в куплю-продажу, наем, безыменный контракт и проч.

5. Само содержание наказа может не иметь никакой рыночной цены и представлять собой простой акт пietetа, уважения к личности, к памяти волеизъявляющего, подобно встречающемуся в классических источниках потестативному условию, носящему характер простой покорности воле завещателя (*ut testamento pareatur v. Vangerow. Lehrb., II § 435*; лишь бы это не были так назыв. *nuda praecepta*, см. выше. *Руднев. С. 91*).

6. Наказ может носить характер близкого к условию осложнения состава сделки. Модалитет волеизъявления имеет некоторые черты сходства с условием потестативным, когда такое условие суспендирует эффект волеизъявления. При таком составе условия субъект сделки, очевидно, тоже имеет в виду *побудить дестинатара* к совершению известного действия, к выполнению его наказа или урока. Это тоже как бы *предположение* (по Виндшейду) волеизъявления, ненаступление коего лишает сделку ее эффекта. Разница, однако, видна в *меньшей степени принудительности*, юридического напряжения, при модалитете, чем при суспензивном условии. При суспензивном условии дестинатар сделки находится в *ожидании*, покуда не совершит своего урока по наказу волеизъявляющего. При модалитете ему сделаны вперед все авансы. Он уже принял дарение, пользуется легированным имуществом. Не он ждет наступления эффекта сделки, а *от него ждут* выполнения наказа. Виндшейд был вправе сказать, что здесь неразвившееся условие в том точном смысле, что присоединенный к составу сделки *modus далеко не столь интенсивно* влияет на эффект сделки, как подлинное суспензивно-потестативное условие и как условие вообще.

Ввиду этого будет вполне правильно к спорным случаям, где неясно, какой характер должно иметь волеизъявление, условного, или сделанного *sub modo*, применять общий принцип *in rebus dubiis* в пользу меньшего, т. е. в пользу простого модалитета, а не условности сделки (*in dubiis benigniora praeferenda sunt. L. 55 de R. I.*)

7. Может казаться странным, что лицо, желая достигнуть цели, прибегает не к тому средству, которое всего вернее приведет к ней, а к

другому, *менее надежному*. Даритель или завещатель *sub modo* не только побуждает к выполнению своего наказа, но даст все средства для этой цели, и вместо повелительного отношения к дестинатару ставит себя скорее в отношении прекарное, с оттенком доверчивости, расчета, прежде всего, на его добрую волю. Чем это объяснить? Это объясняется, несомненно, тем кругом интересов, на ограждение коих рассчитана эта форма волеизъявления и этот состав сделок. *Нельзя и нежелательно вынуждать юридическими средствами патриотического настроения, религиозных чувств, уважения к памяти умершего, любви к делу, предприимчивости, которые необходимы, чтоб побудить к выполнению наказов, взятых нами выше в пример для освещения особого характера распоряжений, не входящих в состав сделки, не делающих ее условной и образующих только модалитет волеизъявления.*

8. Составляет ли, однако, эта форма волеизъявления *sub modo* *бессильный в юридическом смысле придаток* сделки, *ничего*, в смысле права, *не значащие речи*, или заинтересованный даритель, наследник, третьи лица, для коих безразлично выполнение или невыполнение *наказа*, могут настаивать на выполнении обязательного для дестинатара деяния, возложенного на него этим наказом?

Далеко не всегда нарушение закона или невыполнение обязательства влечет за собой необходимо ничтожество всей сделки. Однако, нормально, недобросовестная эксплуатация чужого доверия влечет за собой, хотя менее решительно, но все же юридические понудительные последствия, цель коих настоять на выполнении принятого на себя, ценой явных выгод, обязательства. Основанием такого требования для заинтересованного будет служить *недобросовестность* в исполнении принятого на себя обязательства, а критерием для определения последствий такой недобросовестности судом будет если не строгое право, то начала справедливости. В случае, который мы здесь разбираем, есть некоторая *аналогия с обратным требованием дарения* ввиду благодарности принявшего дар.

Утверждать, что во всех случаях невыполнения наказа должно иметь место требование возврата всего дара или всех выгод, предоставленных основной сделкой, за невыполнение какого-либо модалитета в волеизъявлении, было бы ошибкой. В вопросах такого неустойчивого характера, как рассматриваемый нами здесь, не может быть ничего фальшивее применения одной мерки, одного шаблона к любым комбинациям. В этом смысле мы и указываем для выхода из осложнений необходимость всякий раз индивидуального исследования случая, отношений лиц, отношений модалитета к главной сделке, словом, применительности, что мы и выражаем в нашем *требовании начал справедливости, а не строгого права*, как мерил для определения последствий невыполнения наказа в составе безмездной сделки.

Новый немецкий кодекс знает понятие *Auflage* только в составе дарственных сделок между живыми (art. 525) и в распоряжениях на случай смерти (art. 1940 и ряд других).

Наше законодательство подходит очень близко к вопросу в двух статьях о дарении. Статья 976 постановляет: если дар учинен под условием, и условие со стороны получившего дар не исполнено, то дар возвращается. Едва ли было бы правильно толковать здесь условие в узко техническом смысле, строго отличном от возложения или урока. В отдельных случаях волеизъявлений в нашей практике, наверно, нет никакой возможности дать *условию* тот именно точный смысл, какой дают ему нынешние немецкие пандектисты и какого оно не всегда имело даже в латинских источниках. А в таком случае, конечно, невыполнение *условия* и его последствия могут быть применены и к невыполнению того, что мы называем уроком или возложением (ср. особенно по Гаугеру указания на кассац. практику). Статья 974 сверх того допускает требование возврата дарения, когда одаренный *вообще* окажет *непочтение* дарителю. Связанные с актами завещательными весьма обычные в нашей практике возложения мы пытались выше осветить историческими примерами (см. указания на работы П. И. Беляева), и едва ли было бы правильно теперешнюю практику завещаний ограничить одними *условными* волеизъявлениями, отнюдь не допуская в их состав иных модальностей волеизъявления.

Натурально, для применения начал справедливости к рассматриваемым проблемам было бы далеко не достаточно повсюду практиковать только возврат дарений *sub modo*, а не иные, более подходящие к случаю средства воздействия на недобросовестного приобретателя, чтобы понудить к выполнению им *назначений* (с. 1096), *возложений, наказов, уроков*, добровольно им на себя принятых¹.

2) *Другой вопрос*², подлежащий здесь же нашему рассмотрению, касается природы сделки, *материальной или абстрактной*. Мы уже отчасти коснулись выше (с. 96, 97) этого любопытного различия их стилей. Но, не установив предварительно, с возможной в кратком очерке точностью, понятия *юридической каузальности* в составе сделки, нам было трудно ближе подойти к указанному различию их строения. Мы знаем теперь, что *выраженная в составе сделки основа или цель* волеизъявления очевидным образом определяет ее типический характер, ее постоянное, неизменное *юридическое* содержание. Это будет одна из многочисленных именованных сделок или это будет вполне

¹ Виндшейд. § 99. См. наряду с этим очень ценные положения нем. гр. Улож. в ст. 525, 1940, особ. 2193—2195.

² См. выше. С. 91.

определившееся каузальное сочетание без ходячего общепринятого наименования. Общее свойство тех и других сделок будет заключаться в том, что их строение есть *неизменное, постоянное, точнее, материально* характеризованное. Это будет купля, дарение, уплата, заем и проч. Такой постоянный характер допускает лишь незначительные колебания и приближения к особым намерениям сторон для данного случая в виде условия, срока и проч. Это шаг ближе к действительному, фактическому содержанию воли в составе сделки.

Практика юридическая, наряду с этим *приближением* строения сделки материального характера к действительному содержанию воли, знает совершенно противоположный прием построения сделок, и это будет, именно, возможное *удаление* состава сделки не только от естественной причинности волеизъявления, но *даже от тех видов выраженной в составе сделки юридической каузальности, о коих мы до сего говорили.*

Если мы называем сделку купли, уплаты, займа *материально определенной*, то, натурально, сделку, в которой воля не поставлена в связь с определенной материально причиной или целью, мы правильно обозначим этим отрицательным признаком *отрешенности, абстрактности* ее состава от какой-либо выраженной в нем материальной причины или цели.

Нет сомнения, что первая категория сделок есть по внутреннему ее составу, по выраженному в ней содержанию воли более близкая к действительности, в этом смысле *более естественная*; вторая — более далекая от действительности, более *искусственная*, формальная.

Это противоположение состава волеизъявления встречается не в одних сделках, но и в законе, напр., где тоже в составе нормы может быть более или менее выражена или ясно чувствоваться связь, положим, запрещения с его мотивом или с его целью; но эта связь может быть и совершенно скрыта. В последнем случае это *формальный* запрет с указанными, быть может, для нарушителя последствиями, но без указания каких-либо соображений и расчетов, руководивших волей законодателя. Под страхом штрафа воспрещается движение по таким-то местам, ношение таких-то знаков... Нас здесь интересуют только *сделки.*

По отношению к этому различию состава сделок и стилю их конструкции французский кодекс ставит категорические положения, как будто вполне определяющие существо дела. Обязательство, не имеющее никакой каузальной основы (*sans cause*), или построенное на ложном или противном закону основании, неспособно произвести никакого действия (art. 1131). *Сила соглашения (convention) не умаляется, хотя бы каузальная его основа осталась невыраженной.* La convention

n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée (1132). Все дело, однако, в том, как истолковать это положение для природы и построения юридической сделки¹.

Французское право широко применяет абстрактную методу построения сделок за пределами одних имущественных договоров. Возьмем для примера развод (*divorce*). Code Napoléon знал две категории оснований развода (*causes du divorce*). Одну составляли так называемые *causes déterminées* (*adultère, excès, sévices, injures graves, condamnation à une peine afflictive et infamante*); другую категорию составляли тоже, несомненно, существующие, но скрытые, *не выраженные*, не прецизированные основания, известность коих заменяет взаимное *формально выраженное и неизменное* (*mutuel et persévérant* — неизменность определяется тоже внешним критерием) *соглашение развестись*. Очевидно, в последней категории мы имеем сделку отрешенного, абстрактного характера, с *невыраженным каузальным* моментом. Нас интересует здесь не эта метода построения сделок любого содержания, а именно *сделок имущественных*. — Вопрос очень далек от того, чтобы быть бесспорным. Мы рассмотрим вперед понятие абстрактной сделки как оно определилось в классической системе и разработано современными немецкими пандектистами, чтобы поставить затем на очередь и толкование art. С. с.

Латинская система знает ряд сделок этого рода, договорно-вещного и договорно-обязательственного характера. Сюда подойдет не только *traditio* и *stipulatio*, но еще ряд других сделок, старый *pexum*, *mancipatio*, литеральные контракты. Ihering в своем *Geist'e* рассматривает абстрактное строение юридического акта с общей точки зрения *метода упрощения фактического состава юридических построений* вообще, и в небольшом, но изумительном по талантливости очерке разрешает целую массу трудных проблем не только в области гражданского, но и в области публичного права, не только в общих приемах построения юридических актов, но и юридических отношений и целых юридических институтов, каково, напр., понятие юридического лица.

Мы не последуем за ним в эту область общих проблем юридической методологии, юридического формализма в особенности, на котором мы имели случай не раз останавливаться в различных частях на-

¹ По этому вопросу краткие указания см. у *Crome*. Allgemeiner Theil d. modern. französ. Privatrechtswissenschaft. 1892. § 31, там же указ. франц. литер.; особ. *Laurent*. Principe. Т. XV (№ 450 и след.), XVI (№ 106, 157, 160), *Zachariae*. (Dreyer). II. С. 455, *Aubry-Rau*. IV. С. 320, *Demolombe*. 24. № 344 и след., *Saleilles*. De la déclaration de volonté, сопоставляет немецкую и французскую доктрину о каузальном моменте сделки в связи с учением о недействительности сделки и о кондиции. Эти сопоставления особенно для нас ценны, и мы дальше на них остановим внимание.

шего курса. Если задача изучения *юридических абстракций* может быть сведена, с одной стороны, к таким *общим* вопросам метода, то, с другой, она уясняется детально и вполне лишь в применении к *отдельным* институтам, в особенности *цивильным институтам имущественного обмена*, в обилии и разнообразии коих только и возможно более или менее близко освоиться со всеми трудностями этой задачи.

В этих пределах мы и будем рассматривать это явление в дальнейшем изложении.

§ 53

III. Содержание юридической сделки (продолжение). — Сделки абстрактные или формальные в особенности. — Разнообразные виды и общие черты строения. — Разные степени отрешенности сделки от каузального момента. — Выгоды и опасности таких построений. — Преднамеренное разобщение нормальных реквизитов волеизъявления в сделках *материальных* (сделки фидуциарные, симулированные и проч.).

Современное право, говорят нам немецкие пандектисты, не реципировало латинской стипуляции. Это справедливо¹. Но было бы совершенно ошибочно заключать отсюда, что в современном праве нет целого ряда понятий и сделок, по особенностям своего строения, по своему стилю вполне соответствующих существеннейшим особенностям латинских абстрактных обязательств. Скажем более. Несмотря на отсутствие рецепции вербального контракта, стипуляция, ее разнообразные функции в латинском обмене, акцептиляция, служат до сих пор и еще долго будут служить исходным, правда, только исходным, а не исчерпывающим, моментом для изучения разнообразных явлений теперешнего права.

Наряду с латинской стипуляцией надлежит, в смысле общего изучения явлений абстрактных сделок, поставить традицию², которая сохранила во многом свои подлинные черты и в современном применении к операциям договорно-вещного характера.

Выше мы имели случай указать, что элементы внутреннего формализма особенно обильны в строении сделок торгового права (см. выше).

¹ В Юстиниановой кодификации далеко и не легко, особенно без историко-критического метода, восстановить подлинный стиль старого вербального контракта и то же еще труднее по отношению к контрактам литеральным.

² Для традиции в современном франц. праве см. указан. выше сочин. *Crome*. С. 301.

В кругу этих сделок первое место принадлежит, несомненно, векселю, в строении и функциях которого легко указать целый ряд операций, в основе коих лежат *абстрактные* волеизъявления. Вексель рано развился и приобрел колоссальное применение в торговом мире совершенно независимо от теоретического изучения особенностей его природы, прямо под влиянием торговой практики. Уже в первой половине истекшего столетия он стал предметом постоянного изучения немецких ученых-юристов, частью в связи с латинской стипуляцией, частью независимо от этого прототипа абстрактного договора, во всех особенностях, определяющих его специфическую юридическую природу¹.

Применение абстрактных сделок вовсе, однако, не ограничивалось одной областью *торговых* операций.

В области *права общего*, в договорных сделках с вещным эффектом в особенности, давно отмечена *традиция*, по некоторым чертам своего строения и по эффекту своему во многом родственная стипуляции. В разработке вопроса об абстрактной сделке и это учение играет ныне весьма видную роль².

Но ни на каком явлении вопрос о подлинной природе абстрактного обязательства не подвергался такому тщательному, всестороннему и глубокому изучению, как на *договоре признания, служащем основой обязательства*. Знаменитый трактат по этому предмету *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* 1867 г. (2-е изд., 1-е в 1855 г., 3-е изд. 1894 г.), принадлежащий первоклассному германскому юрисконсульту, ученому и практику, Оттону Бэру, продолжает и ныне, почти полвека после первой его публикации, служить центральным пунктом изучения и контроверз по всем главнейшим вопросам строения абстрактных обязательств в современном праве. Во многом взгляды О. Бэра остаются доминирующими, несмотря на массу сомнений, возражений и споров, которые ими были вызваны. Никакого цельного учения, которое способно было бы вытеснить основоположения учения Бэра, мы пока не имеем, и масса контроверз развивается больше ввиду *частных приложений* основ этого учения к отдельным явлениям абстрактных сделок, чем по поводу общих положений, им выработанных³.

¹ Труды Einert'a Liebe, Beseler'a, Thöl'я, Куше, Штоббе и друг.

² По истории рецензии и обширной контроверзной литературе особенно *Hoffmann. Die Lehre v. titulus und modulus acquirendi* 1873. Очень ценная работа по догме *Exner'a*. О том и другом подробно в своем месте.

³ Есть, однако, противники и всей конструкции Бэра. Я указывал на это частью в моей работе о стипуляции (см. выше). Теперь следует иметь еще в виду общий трактат *Hasenöhrl'я*, австрийского юриста, *Das oesterreichische Obligationenrecht. Erster B. (2-е Aufl.)*. 1892. § 37. Также указ. выше работу *Кривцова* и привод. им работу *Kindel'я. Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund*. Berlin, 1892.

Здесь опять детальное изучение вопроса для русских читателей, не владеющих немецким языком, стало возможно лишь после появления указанной выше работы г. Кривцова¹. Сам Кривцов все время полемизирует с Бэром, но, как кажется, тоже скорее ввиду частных проявлений и применения абстрактного строения сделок к отдельным институтам, договору признания, расчетной сделке, делегации, разным ее видам, а не общих основ его учения.

В частности возможны поправки воззрения О. Бэра; но в общей постановке изучения явлений абстрактного обязательства нельзя найти ни в какой литературе ничего более законченного и исчерпывающего, чем это общее учение, творцом которого является Оттон Бэр. Отдельные поправки его учения делались уже и будут еще делаться; основы его, несомненно, останутся надолго непоколебимыми.

Чтобы точнее выразить нашу мысль, мы позволим себе заметить следующее. Мы видели выше, что сделки с установившимся, в материальном смысле, каузальным составом могут быть, с помощью различных внешних придатков к волеизъявлению (условие, *modus*), еще больше приближаемы к *действительным видам* (*erste Absicht* Виндшейда) сторон в каждом отдельном случае. От установившегося общего типического материального состава сделки мы, таким образом, по ступеням, так сказать, спускаемся к еще более полной материализации данной сделки, к ее ближайшей, теснейшей индивидуализации в каждом данном случае.

Но совершенно такую же *скалу* легко наблюдать и в обратном направлении. Начиная от простой абстракции состава сделки от каузальных ее моментов, мы можем и все другие элементы ее строения (объект, обещанную по существующему курсу сумму; круг лиц, более или менее широкий) тоже, как бы по ступеням, отрешать все больше и больше от всего, что ее и в этом смысле локализирует и связывает с определенным кругом лиц или вещей, возвышая ее до вполне отрешенного и от известного круга вещей (какой нужен в традиции), и от известного круга лиц абстрактного обещания известной суммы, и только, для круга лиц, тоже более или менее легко изменчивого.

В этих последних стадиях возвышения, на крайних ступенях абстракции, сделка, несомненно, будет все же носить тождественный ха-

¹ Вполне сделать ясным отношения разных писателей к Бэру можно только при детальном изучении дела. Мы этого здесь не имеем в виду. К числу неудобств, которые читатель найдет при пользовании почтенным трудом Кривцова, следует отнести иногда обильные тирады прямо немецкого текста, без перевода на русский. Это хорошо в целях точности передачи, иногда это неизбежно; но все же для русского читателя большое неудобство. Нередко и русский язык почтенного автора слишком далек от желательной чистоты.

рактически с явлениями простой отрешенности построения ее от каузальных моментов. Из этого круга явлений, разных, так сказать, зон, легко черпать возражения не только против конструкции Бэра, но против любых попыток определить основные особенности абстрактной сделки вообще. Но такой прием едва ли будет правильным. Обобщения имеют свою цену, и они вовсе не исключают необходимости достоинства изучения явления того же типа со всеми деталями и неизбежными отклонениями от основных линий в частности.

Насколько эти частности могут видоизменять природу отдельных видов абстрактной сделки, — это нетрудно осветить примерами. Таким образом, вексель, который по своей конструкции, несомненно, должен быть причислен к высшим типам абстрактных построений, *вовсе неспособен принять в свой состав каузальный момент*. Вексель с этим придатком перестанет быть векселем. Напротив, традиция и стипуляция *факультативно допускают в своем составе именно каузальный момент*. Такие эвентуальные уклонения отдельных видов от типических для целой группы признаков служат нередко источником недоразумений.

Следует заметить, что некоторые немецкие писатели допускают абстрактные сделки в сфере торгового права и оспаривают их применимость для *права общего*¹. Этот вопрос имеет совершенно локальный интерес, но тоже очень содействует развитию недоразумений при изучении дела по существу.

Для самих немцев изучение абстрактного обязательства только для территории действия реципированного (римского) права теряет с каждым днем свой смысл, ибо на место латинского права ныне вступает в

¹ К этому вопросу мы будем иметь случай вернуться еще раз позже. То, что утверждали немецкие юристы для своего *общего права* до последнего времени, можно было принять за бесспорное, допуская, натурально, в принципе, что *реципированное* право должно навсегда быть тем, каким оно определилось в Юстиниановой кодификации и в итальянской рецепции. Последнее принимали, однако, не все немецкие юристы; прежде всего, в рассматриваемом вопросе не принимал этого исключительно формального критерия О. Бэр. Реципированное право тоже подлежит развитию, как всякое другое. Писателям прогрессивного лагеря совершенно основательно в этом смысле приписывают *дальнейшее творчество* в сфере гражданских институтов, в чем они и являются настоящими продолжателями латинского творческого юридического гения. Впереди весьма многих других в этом направлении шел до конца своей славной деятельности О. Бэр. — Что касается именно абстрактных обязательств, мы видим их широкое развитие в сфере институтов немецкого торгового права и частью в ландрехтах (о чем позже), и только в области *права общего* они должны были оставаться так же мало развитыми, как в кодификации Юстиниана. — Нас эта формальная сторона дела мало интересует, но ею, несомненно, весьма часто объясняются контрверзы немецких юристов и по самому существу вопроса.

действие национальный кодекс. С другой стороны, и прежняя межа, отделявшая некогда сферу применения общих институтов гражданского права от институтов права торгового, тоже отходит в прошлое.

Место этих только формальных трудностей в вопросе об абстрактных обязательствах занимают ныне другие, касающиеся самого существа дела.

Итак, прежде всего спрашивают, на чем может держаться сила договора, в котором не видно материального основания принятого на себя промиттентом обязательства? Эта проблема чисто юридическая, стоящая даже выше задач исключительно практических, в этом смысле чисто научная или философская¹. С ней связаны не локальные только интересы, а общие, так как и для нас вопрос о силе абстрактных обязательств и об основании этой силы связан тоже не с одними торговыми сделками, и самые торговые сделки не составляют ныне и у нас исключительного интереса торгового класса, как и на Западе².

Какие же трудности встречаются в проблеме общей теоретической конструкции института?

Мы имеем здесь, очевидно, дело с существенной модификацией нормального состава или содержания сделки, в которой выражено близкое к подлинным материальным расчетам сторон отношение ее каузальных моментов (продаю вещь, обязуюсь уплатить цену; уплачиваю, погашаю долг; даю займы, приобретаю обязательство на ту же сумму). Эта модификация заключается в том, что, обещая кредитору уплату суммы (стипуляция у римлян, простое обещание суммы у нас), или заявляя, что получил удовлетворение (акцептиляция у римлян, долговая расписка у нас), я не указываю при этом материального основания принятого мною на себя обязательства или последовавшего мне платежа. При этом я принимаю на себя обязательство или освобождаю от долгового обязательства не с целью обогатить дестинатара сделки. Это чисто деловая имущественно обязательственная сделка или операция, которой объективные нормы присваивают такую же юри-

¹ Виндшейд. Пандекты. § 318, пр. 3.

² Т. Х. Ч. I не дает никакого повода рассматривать особую категорию абстрактных сделок или абстрактных договоров по крайней отсталости его техники от современных нашему Своду западных кодификаций. Но было бы несправедливо, ввиду выше нами указан. соображений, приписывать нашему законодателю намерение стеснять развитие договорных форм там, где для этого нет никаких предусмотренных законом опасностей (ср. ст. 1528—1530). Успех самого законодательства нашего в этом направлении обнаруживается не в общих руководящих гражданских нормах, а в частных законодательных актах, видных особенно в уставах кредитных, в учреждениях новых форм товарищеских союзов и в операциях банковых разного типа.

дическую силу, как и другим сделкам с отчетливо в их составе выраженным материальным каузальным моментом.

Ввиду этого отступления от *нормального* строения юридической сделки с *видными в ней каузальными сочетаниями* ряд писателей-немцев находит, что сделка без материального каузального момента представляет собой нечто *психически невозможное*. Воля, говорят они, никогда не является беспричинной самодовлеющей потенцией. *Естественный ее процесс* есть всегда каузальный в смысле причины или цели, которая вызывает ее деятельное состояние. Это верно! — Существование такой *causa* необходимо *предполагается* не только в материальных, но совершенно так же и в *формальных*, абстрактных сделках. Если бы ее в данном случае не было, то *порок воли*, принуждение, ошибка, обман, неразумность волеизъявления должны быть доказаны заинтересованным, и сделка может быть инвалидирована.

Вся разница обеих категорий сделок ограничивается тем, что наличное основание или цель (*causa efficiens* или *causa finalis*) остается для одной их категорий в той же фазе развития, в какой нормально находятся в любых сделках *субъективные каузальные моменты*, несомненно, всегда и везде существующие. Я приобретаю, чтобы разбогатеть, чтобы раскрыть следы преступления, чтоб захватить рынки (см. выше). Эти каузальные (психические) моменты существуют несомненно, но их *нет в составе* сделки, они в ней *не выражены*. Чтобы точнее выделить их смысл и значение, полезно отличить *субъективный* их характер термином *мотива* волеизъявления, причем причину или цель, определяющую именно состав сделки, технически следует отличать термином *causa*, каузальный момент, который имеет для силы сделки *объективное* значение. То же иногда обозначают терминами *causa naturalis* — мотив, *causa civilis* — юридический каузальный момент сделки. Сила сделки поставлена вне зависимости от субъективных моментов. Эта сделка будет *куплей*, какие бы ни были *мои* побуждения или мотивы для этой операции!

Но... мы можем ровно ту же абстракцию от налично существующих и несомненных каузальных моментов провести и дальше. Я *обещаю уплатить вам такую-то сумму в такой срок* (*reines, einfaches, formelles Summenversprechen*). Я *признаю себя должным С 1000 франков* (договор признания, *Anerkennungsvertrag*). Здесь абстракция сделана не от тех или других *психических побуждений*, а еще *сверх того и от юридической каузальности*, в связи с коей нормально возникают такие обязательства платежей с юридическим эффектом в сделках *материально-каузальных*. Методы наши тут и там совершенно тождественны.

Нам возражают далее. В том виде, в каком нам является абстрактная сделка, она представляет собой *не всю волю*, как она *натурально*

возникла или определилась под действием не только психических, но уже и прямо *деловых* соображений, причин, целей, а только оторванную *частицу ее*, ее половину. В этом думают обличить неудобство такого частичного обнаружения расчетов и целей вне совокупности действительно существующих данных делового обмена. Это вполне справедливо. Нормально в сделке абстрактной нечто остается скрытым, невыраженным, и выраженное составляет действительно лишь некоторую часть за ним лежащего целого.

Но разве в сделках материальных выраженным является непременно *все*, что мотивирует волеизъявление? В них тоже нормально обнаруживаются только *юридически* каузальные сочетания. А сколько остается еще побуждений, расчетов, целей, в коих, быть может, по существу, скрыта именно вся суть данной имущественной операции, которой вам, со стороны, будет видна одна показная часть. Я жертвовал вовсе не ради жертвы, я приобретал вовсе не для приобретения, а с исключительной целью разгромить соперничающую фирму! Нет сомнения, что и в этом “нормальном” составе мы имеем *не всю* волю, а тоже лишь некоторую ее часть, далеко не соответствующую органической целостности волевых процессов. Это тоже абстракция, хотя, правда, не столь высокой пробы, не этой степени очистки, как в сделке формальной, чистой, отвлеченной вполне от материальной каузальности в ее составе.

Итак, воля та же тут и там! Но волеизъявление в составе одной сделки образуется из акта воли и института купли-продажи, займа или иного *материально-каузального*, или тоже из акта воли и института торгово-обязательственного, вексельного, ипотечного или иного *формально-каузального*, с не выраженной в составе самой сделки ее материальной основой. — Разница обеих категорий вовсе не в методе, как сейчас было показано, и, собственно, не в наличии или отсутствии *внутреннего формализма* в той или другой категории сделок. Доля абстракции и формализма юридического есть и в той и в другой категории сделок. Разница для обеих категорий в *количественном отношении* элементов формального и материального, причем количественное преобладание элементов формализма естественно будет там, где сила сделки является отрешенной от материальной каузальности в ее составе. — Но и здесь опять далеко нельзя проложить между обеими категориями неизменной демаркационной линии. На построении сделок всегда будут видны черты тех *живых* явлений воли, волеизъявлений, коих отражением должны служить эти построения; и в непрерывном ряду сделок обеих категорий, между обоими крайними типами, чистой абстракции (вексель), с одной стороны, и какого-нибудь дарения или легата *sub modo*, с самыми интимными наказаниями и уроками

одаряемому, с другой, мы найдем такие *переходные типы*, как традиция и стипуляция, которые одинаково способны и материализоваться, и вовсе уйти в область абстракции... настоящие амфибии в этой живой смене форм и видов юридических волеизъявлений!

Мы увидим позже, что и между чисто материальными сделками возможно различить такие, которые, *в их применении на практике*, крайне легко ускользают из своей категории сделок и служат целям, какие должны собственно достигаться при помощи другой категории сделок...

Против строения абстрактных сделок вообще и главным образом против бэрвского договора признания выставлялось и выставляется поднесение сомнения такого рода. Не составляет ли то, что мы здесь трактуем *как сделку*, совсем не сделку, не волеизъявление, направленное на установление или прекращение правоотношений, а нечто иное, хотя иногда и близко подходящее к юридической сделке¹, но по существу своему принадлежащее вовсе не вопросам права, а вопросам процесса, *именно способа доказать на суде свое притязание?* Этим сомнением встретила немецкая критика конструкцию *договора признания*. Вопрос, стало быть, формулируется так: имеет ли договор признания силу *конститутивную*, правообразующую или только *декларативную*, удостоверяющую наличность известного процессуального данного²?

Бэр прекрасно знает это процессуальное средство доказывать. Такое *medium probationis* все подчиняется процессуальным максимумам. Такое доказательство направлено на убеждение суда в том, что составляет предмет признания. Сила его условлена оценкой со стороны суда его достоверности, способности признающего уразуметь сущность данного им признания, соответствия его содержания обстоятельствам дела. Если бы противная сторона убедила суд в несоответствии такого признания действительности, то суд *отверг бы всю его силу*. Бэр вовсе не оспаривает его значения как средства доказывать, но это совсем не то, что *договор признания*, и для его отличия от подлинного признания Бэр называет его *unächte Anerkennung*, *признанием неподлинным*.

Договор признания есть прямо *конститутивный акт*. Ему, так же как и другим видам абстрактных сделок, принадлежит подлинно конститутивная для юридического отношения, а не декларативная только сила. Абстрактная сделка скорее может быть сближена с *судебным решением*, чем со способом доказательства. Это будет именно автоном-

¹ Гражданский процесс допускает соглашения и договоры *о доказательстве*, — это *Beweiskontrakt*, *Beweisvertrag* по Брунсу (подробности: *Кривцов*, § 33).

² Мы не можем, конечно, здесь исчерпать любопытной контroversы; подробности см. у *Кривцова*. Что касается отношения *Code civil* к договору признания как правотворящему титулу, мы об этом скажем в заключение этого учения.

ный акт самоосуждения (*Selbstverurtheilung*). Действие его есть *правотворящее*, а не подтверждающее только наличность существующего уже права. Это такая же *основа* для возникновения, прекращения юридического отношения, какой способна служить дача денег для займа, обоюдные обязательства сторон, установленные их консенсом, в договоре купли-продажи, но эта основа есть только *формальная*, без указания материального момента, который за нею скрыт.

Наличность такого *формального правооснования* (договор признания, обещание долга, расчетная сделка, *Abrechnung*) вовсе не заменяет и не исключает необходимости *доказать* эту наличность теми или другими *media probationis*. *Code civil* выражает это вполне осязательным образом, требуя представления суду и *titre primordial*, дающего основу требованию, и *actes r cognitifs*, служащих доказательством признания долга документов (art. 1337)¹.

Когда мы имеем дело с *подлинным договором признания*, то это будет всегда обязывающий промиттента в отношении к акцептанту акт воли, *сделка*, направленная на изменение правоотношений согласно намерениям сторон. Силу *подлинного* договора признания нельзя разрушить доказательством того, что содержание признания (я признаю себя должным N сто рублей) *не соответствует истине*. Достаточно, если это формальное волеизъявление *соответствует моей воле*. Было ли налицо материальное основание для такого волеизъявления — это вопрос для его юридического эффекта вполне безразличный. Я могу сделать волеизъявление такого содержания (признаю себя должным 100) не потому, что занял, не потому, что не доплатил цены вещи, нанес ущерб этого размера, а потому, быть может, что я хочу акцептанта сделать богаче, подарить ему эту сумму денег (это *positive Anerkennung*).

С таким же эффектом возможно сделать волеизъявление, *погашающее* обязательство или долг прямой абстрактной сделкой, из коей видно только, что я принял от N известную сумму в уплату по нашим счетам, без всякого указания тех или других материальных оснований вступления в эту погашающую сделку (акцептиляция, *negative Anerkennung*). Какие бы ни возбуждались со стороны сомнения насчет действительного существования погашенного таким способом долга, *этим одним* нельзя поколебать силу такого договора.

¹ *Кривцов*. С. 174. Провести границу между признанием права и факта очень не легко в отдельных случаях подобных сделок. Бэр не раз возобновлял попытки осветить вопрос примерами, особенно в позднейшем его изд. *Urtheile d. Rechtsgerichts*. Ряд примеров для освещения вопроса даст *Bekker* в св. *System*. II. С. 251. У последнего весь § 10, посвященный так назыв. *Feststellungsgesch fte*, куда он относит *Anerkennung-Zugest ndniss*, очень поучителен (здесь же 5 *Beilage*).

Когда этим методом заключают продолжительные и разнообразные *имущественного характера*¹ правоотношения, то юридическая сила такой *расчетной сделки* (Abrechnung) будет держаться не на тех материальных данных, которые побуждали нас рассчитывать, а на *формальной основе* договорного обязательства, которое по содержанию своему может быть выражено совершенно абстрактно, с обязательным уговором именно считать завершенными прежние отношения и счета. Это консумирующая и новирующая сила сделки, которую можно уподобить тому же эффекту *litis contestatio* в классическом процессе².

Для того чтобы абстрактное волеизъявление произвело весь свой эффект, необходимо, натурально, чтоб оно последовало по отношению к тому, кто заинтересован в установлении или погашении данного правоотношения, и было им принято. С этим вместе правотворящая сила абстрактной сделки, в чем бы она ни заключалась (быть должным или почитать долговое обязательство погашенным, *positive u. negative Anerkennung*), есть вполне выраженная и так же мало подлежит колебанию, как любой иной, соответственный гражданским нормам акт воли дееспособного лица.

Если абстрактная сделка имеет несомненную *правотворящую* силу и не подлежит тому рассмотрению и оценке, каким подлежат доказательства вообще и признание в особенности, то это не значит, что в известных условиях сила такой сделки не может быть оспорена *тем именно лицом*, от которого она исходит. Мы с компаньоном закончили расчетную операцию по известному делу, которое переходит ко мне, и я обещал, в заключение, произвести ему, не выражая при этом основы, платежи в такие-то сроки, разумея, что передача мне дела есть уже завершившаяся. Между тем оказывается, что по расчетной операции я был в ошибке, в ошибке извинительной; тогда, натурально, я могу оспаривать силу моего обещания, выведя теперь, *ex post*, то материальное основание, которое побудило меня дать обязательство, доказав 1) наличность этого материального основания, не выраженного в сделке, 2) ошибку, под влиянием которой я принял на себя это обязательство и 3) извинительность этой ошибки. В этом примере содержание абстрактно-договорной сделки есть *положительное*, я принял на себя платежи. Но я мог вступить в такую же договорно-обязательную сделку *отрицательного* содержания, т. е. удостоверяющую, что долг такого-то погашен. Между тем погашение имело лишь последовать. И в

¹ К правоотношениям другого типа, родственным, семейным, супружеским — это не применимо. Ср. опять у *Беккера*. § 109. *Weil.* III (С. 251 и 252. Т. II).

² См. выше и, как кажется нам, близко к этому *Bekker*. Там же. II. С. 255 под лит. D.

таком случае, естественно, на мне будет лежать тяжесть доказать, что погашающая сделка имела своим предметом такое-то мое притязание, что ввиду удостоверения, оказавшегося впоследствии обманом, о высылке мне платежа, я заключил указанную сделку, которую теперь прошу инвалидировать.

Это иски и процессы кондикционного типа, подобные для 1-го случая *condictio indebiti*, для 2-го *causa data causa non secuta*.

Если бы в 1-м примере промиссар стал требовать тех платежей, к которым я обязался, с меня, то я имел бы вывести в суд и доказать те же данные, какие необходимы для иска (см. выше), в моем возражении против иска.

Естественно, этим вовсе не исчерпываются все юридические и процессуальные последствия, которые могут наступить для участников сделки и для третьих лиц из подобных абстрактно-договорных обязательствных и вещных сделок; но исчерпывающее представление всех таких эвентуальностей нельзя обстоятельно сделать здесь, *в общем учении*, а надлежит иметь в виду при изучении отдельных сделок этого типа, традиции, признания долга, погашения обязательств, вексельных операций и прочее.

Мы разъяснили себе, таким образом, в чертах общих, свойственных, более или менее, всем сделкам этого стиля, особенности их строения и специфические признаки, которые отличают их от сделок материально-каузальных.

Спрашивается, с какой целью мы наряду со сделками этого материального пошиба создаем еще особый тип отрешенных от материальных основ сделок?

Насколько возможно, избегая осложнений, связанных с отдельными видами этих сделок, ответить на этот вопрос в общем смысле, мы заметим здесь следующее.

1. Сделки абстрактные представляют по составу своему значительно большую простоту строения сравнительно со сделками материальными. Мы разумеем здесь их состав, а не технику их построения. Это совершенно понятно. Несравненно проще и короче выразить фацит расчета, чем выводить все факторы, из коих получился известный результат. В огромной массе случаев все дело именно только в том, что получилось в результате из всего ряда операций, а не отдельные стадии движения к этому результату. Итак, собственно те сделки, где есть возможность такого *сводного результата*, таких итогов, предмет коих составляют в особенности обещания или погашения определенных сумм, должны всегда приходиться к таким простым выводам, к результатам, где отдельные факторы можно считать покрытыми этим расчетом, погашенными.

2. С другой стороны, этой простоте состава сделки в смысле *юридическом* содействует в особенности то обстоятельство, что само волеизъявление в ней является тоже без указания материальных мотивов, под действием коих оно образовалось. Это тоже *упрощение* юридического состава сделки. Здесь дело в том, что каждое входящее в состав сделки осложнение, которое приближает волеизъявление к действительности, само по себе легко даст повод к сомнениям и задержкам, которые до крайности могут затруднить и замедлить достижение цели. Упрощением состава волеизъявления мы *уменьшаем количество спорных пунктов*, на коих притязание основывается. Если взамен всех данных в основу обязательства мы ставим простое *признание* с моей стороны известного *долга*, которое и вы, мой веритель, принимаете как базу наших последующих правоотношений, то в массе случаев весь спор будет касаться только вопроса о подлинности волеизъявления, о подлоге документа или акта, к коему сведены наши расчеты, а вовсе не о всех операциях, которые предшествовали его выдаче.

3. Когда сделка приведена к этому простейшему результату в смысле объекта притязаний (определенная сумма, известная вещь) и вместе с этим мотивы волеизъявления все сводятся к *формальному соглашению произвести уплату*, погасить долг, *традировать вещь*, то во множестве случаев возможные последствия спора о действительных побуждениях и расчетах, которые повели к указанному абстрактному обязательству, не распространятся на весь эффект сделки и ограничатся отдельными пунктами и кругом ближайших участников этой заключительной операции; общий же ее результат и в особенности эффект ее *для третьих лиц* останется вовсе не тронутым, не поврежденным несогласием чисто личным между ближайшими, притом первоначальными только, участниками сделки.

Итак, я обязался произвести уплату вам (N) или кому вы прикажете такой-то суммы денег. Вы приняли это мое *абстрактное* обещание вместо наличного платежа, и, не требуя с меня обещанной суммы, уступили это ваше требование, этот документ (*titre*) 3-му, который, зная мою состоятельность, охотно принял документ. Оказывается впоследствии, что мы (я и N) сделали расчет неправильно и что сумма, выраженная в абстрактном обещании уплатить, легко может быть мною оспорена. Мы ведем процесс, я выигрываю. Но 3-го ни этот спор, ни этот результат не коснется вовсе, ибо из перешедшего к нему моего абстрактного обещания уплатить ему (N) или кому он прикажет известную сумму не видно ни оснований, ни возможных ошибок нашего расчета. *Материальные основы соглашения касаются нас двоих*, а не 3-го участника сделки. И это может повториться для каждой предшествующей пары лиц относительно любых последующих, интерес коих

в ограждении силы *абстрактной сделки* есть независимый от соучастников в ней на прежней стадии ее *материального обоснования*.

То же самое мы увидим позже в подробности для случаев абстрактно формулированной договорно-вещной сделки традиции. Мы ошибались насчет *договорно-обязательственных основ* передачи права собственности на переданную вещь, но самая передача (*traditio*) с целью пересвоения произошла. Возможные споры о договорной основе передачи локализуются между первыми соучастниками сделки, а вещный эффект сделки переходит ко всему ряду последующих приобретателей собственности во всей его целости.

Талантливый Эрнст Цительман в публичной лекции “Об осуществимости идеи универсального права”¹ указал именно в *этом расчленении единого состава сделки на средство и цель*² одну из плодотворнейших побед человеческой мысли, без которой невозможно было бы достигнуть тех успехов в развитии всесветного имущественного обмена, которые составляют достояние развитых систем современного гражданского права.

Итак, сделки абстрактные удобнее в смысле простоты и *краткости* расчетов с их помощью, в смысле *легчайшей осуществимости* притязаний, на них основанных; наконец, и это наиболее веский в их пользу аргумент, они чрезвычайно удобны в видах *надежности операций* с ними *в широких кругах лиц*, могущих *впоследствии явиться соучастниками обмена* и осуществления притязаний, основа коих вся в их составе сводится к простым, очевидным, формальным, не требующим и даже не допускающим, без особого повода, никаких исследований по существу, чисто объективным данным.

В смысле интереса широкого и легкого обмена эту конструкцию неправильно было бы оценивать *с исключительно частной точки зрения*. Она одновременно *отвечает и интересу общественному*.

Но в сделках этого типа, в связи с этими свойствами, стараются раскрыть и такие черты, которые возбуждают с известной точки зрения опасение у “предусмотрительных”. В самом деле, если материальная основа сделки не видна из ее состава, то, натурально, одно и то же формальной обещание дачи известной суммы может последовать для какой угодно цели, для уплаты, дарения, кредита, ибо подлинная цель скрыта на этой абстракции (*cautio quae indiscrete* или *indistincte loquitur*, см. знаменитый 1. 25 § D. 22.3, откуда нынешняя так назыв. *cautio indiscreta*). Brinz, ввиду этого свойства абстрактной сделки,

¹ Möglichkeit eines Weltrechts, прочитан. в Венск. юридич. обществе в марте 1888 г., напеч. в Allgem. oesterreich. Gerichtszeitung.

² Та же идея сказывается в построении Бэром учения о договоре в пользу 3-х.

способности ее служить разным целям, называет ее *подвижной*¹. Вот именно эта *черта подвижности*, неуловимости сделки для проверки ее, невыраженности в составе сделки ее экономического баланса, которая, однако, несмотря на это, как бы освещается законом, и побуждает “предусмотрительных” так или иначе ограничивать допустимость таких абстрактных волеизъявлений в практике.

С другой стороны, за этой *формальной основой* сделки легче, как полагают многие, способны скрываться неблагоприятные, противные добрым нравом и легально непозволительные операции, чем в сделках, в составе коих обязательно имеют быть выражены лежащие в их основе материальные расчеты сторон. На этом вопросе мы остановимся дальше, сопоставляя положения Code civil. и нов. германского Уложения по этому предмету.

Особенно ярко эти опасения выдвигались на первый план *старопрусскими* юрисконсультантами². Применение сделок такого строения считали безопасным только в кругу искушенных, бдительных, в среде торговых людей. Когда круг людей торговых и промышленных потерял свойство замкнутости, на этой точке зрения, конечно, стало трудно держаться юристам, недоверчивым к деятельности людей в сфере их же личного интереса. Бэр отмечает, впрочем, и для старого времени много непоследовательности во взглядах самих руководящих сфер в Пруссии. Почитали опасным широкое применение абстрактного обязательства, а трассировка векселя на поземельную собственность (Grundschuld) не возбуждала в то же время никаких беспокойств (теперь см. то же: art. 1191 Bürgerl. Ges. buch). В новых бытовых условиях, когда стало трудно отстаивать прежнее недоверие к частной автономии в вопросах строения гражданской сделки, место прямо отрицательного отношения к этим операциям заменили некоторые меры *предупредительного* характера, хотя тоже весьма сомнительные по их целесообразности. Мы не имели бы интереса останавливаться на этих мерах, если бы эта старопрусская метода не оставила некоторого следа в новом немецком имперском гражданском кодексе.

В основе этот новый германский кодекс дает, несомненно, торжество интересам и учениям, на страже которых так долго стоял Оттон Бэр. Ограничивать систему общего права такими конструкциями, которые приноровлены к низкому уровню общественного сознания, чтоб этим предотвратить опасность для небдительных, было бы большой

¹ Лотмар думает, что у Бринца этот термин не выдержан. Это не мешает ему быть метким. Сделки материально-каузальные будут в этом же смысле *неподвижными*, и это верно в известной степени; хотя мы увидим, что и они не столь неподвижны, чтобы ими нельзя было воспользоваться для скрытых, за выставленной для виду целью, намерений.

² Надо сказать, что это было вообще в духе прусского ландрехта (см. выше).

ошибкой. И этой ошибки, к счастью, избегнул новый имперский гражданский кодекс. Новый немецкий кодекс прямо признает юридическую силу *абстрактного признания и абстрактного обещания долга* (die Gültigkeit eines Vertrags, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses *anerkannt* wird. — Schuldanerkennniss; а также действительность договора, коим известное действие обещано так, что *самостоятельной основой обязательности служит именно это обещание*, — Schuldversprechen), какая бы ни была основа подобных договоров, мировая ли сделка, или расчетная операция (ср. art. 780, 781 и 782).

След старого прусского взгляда на особые (опасные) свойства сделок этого строения выражается в том, что для всех случаев, где нет особых реквизитов формы для подобных волеизъявлений, она должна быть *письменной*, кроме случаев мировой сделки и расчетной операции¹.

Об отдельных видах абстрактных сделок, независимо от этой общей договорной формы, мы будем иметь случай сказать впоследствии.

§ 54

III. Содержание юридической сделки (продолжение). — Сделки абстрактные во французском праве. Art. 1132 C. с. — Неблагоприятные условия для развития его смысла. — “Исправление” текста. — Литературное общение с Германией. — R. Saleilles и его попытка спасти престиж C. с. — Практика Остзейского свода. — Сделки фидуциарные, симулированные и проч.

Разъяснив, таким образом, особенности строения и юридическое значение абстрактной сделки, особенно *договора признания* как основы обязательства (Anerkennung als Verpflichtungsgrund), хотя не бесспорного в немецкой литературе, но вошедшего в состав действующей системы имперского германского права, мы открыли себе путь для правильного понимания того же явления в праве французском и истолкования приведенного выше art. 1132 Code civil.

Code civ. знает, несомненно, отдельные имущественные сделки, юридический эффект коих является отрешенным от каузального мо-

¹ Как окончательно формулировал сам Бэр реквизиты подобных волеизъявлений в своем Контрпроекте, — это, конечно, заслуживает самого тщательного изучения, и мы оставляем здесь его формулу в стороне, только чтобы избежать излишних осложнений. См. в Контрпроекте 20-й (§ 721—724) и след. титул; особенно же примеч. к ук. титул. на с. 149 и 150 и указания на отдельную работу его по этому предмету.

мента в их составе, напр., делегацию (С. с. Art. 1275), погашение долга (art. 1282), многие сделки семейно-имущественного и наследственного права (принятие, отказ от наследства, от легата)¹. Нас занимают здесь, однако, не отдельные проявления внутреннего формализма гражданских волеизъявлений, а *общая* принципиальная *постановка вопроса в Code civ.*

В этом отношении первостепенное значение имеет истолкование указанной выше ст. 1132 С. с., поставленной наряду с двумя другими артиклями кодекса (1131 и 1133) под общую и для юриста крайне заманчивую рубрику *De la cause* (здесь *cause des contrats* специально, ибо понятие *cause* имеет и более общее применение). Такой общей рубрики немец. имперск. Уложение не знает, и самый термин, столь ходячий и развитой в латинской цивилистике, почти поглощен в учении о сделке понятием *ее юридического состава*. Причина отчасти в трудности установить общий точный смысл понятия *causa*, особенно в отличие его от понятия мотива волеизъявления².

Art. 1132, отдельно взятый и буквально понятый (*la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée*), заключает в себе, по-видимому, то самое, что нам нужно для точного и краткого обозначения *понятия сделки с не выраженным в ней основанием*, за которой юридическая норма (art. 1132 С. с.) признает всю силу (*est valable*) самостоятельного правотворящего волеизъявления.

Такое понимание art. 1132 казалось бы тем более обоснованным, что нигде разумение классического контракта *verbis* (*stipulatio*) не было так верно поставлено, как у французов в эпоху *renaissance*, особенно у Куяция. И хотя контракт *verbis* вообще не был реципирован на Западе, но наряду с правильным его пониманием в указанную эпоху практика кутюмов знала отдельные виды своих, отрешенных от каузального момента в их составе, сделок³. Уже в истории стипуляции на ее подлинной почве легко отметить значительные колебания формальной

¹ Образцы, частью небесспорного в этом смысле строения сделок см. у *Crome. Allgemein. Theil der modern. französis. Privatrechtswissenschaft. 1892. С. 301 и 304.*

² *Baudry Lacantineric*, желая дать осязательность соотношению обоих терминов, прибегает к сравнению из области физических явлений; *c'est en physique le brouillard "un nuage dans lequel on est", et le nuage "un brouillard dans lequel on n'est pas"*, и точно так же *cause c'est le motif prochain, immédiat, essentiel, le motif c'est la cause éloignée (causa remota)* — *Précis t. II no 848.* Из тумана нас, однако, почтенный *Mr. Baudry* так и не вывел.

³ Ряд коротких и очень верных заметок по этим вопросам читатель найдет в трактате *Saleille R. Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civ. allemand. 1890. С. 275—293*, где вместе сделаны литературные указания немецких и французских работ по этому предмету; см. также: *Довернуа Н.* Основная форма коррелятивного обязательства. 1874. Гл. I. С. 70—115.

ее природы в разные эпохи развития. В эпоху рецепции на Западе, вместе с устранением внешнеобрядной стороны образования этого контракта, утрачено было в теории правильное и законченное разумение способности договорной сделки отрешаться от указания в ее составе каузального момента (материального), которым определяется ее сила. Цивилистическая литература 18-го века (особенно сочинения Domat, Pothier¹) поддерживает связь с латинским преданием, посредствуемым рецепцией, и в результате этих работ, положенных в основу Code civil, мы имеем выраженные в art. 1132 общие положения.

В послекодификационной литературе смысл этих положений подвергся очень controверзным приемам истолкования в ученой и практической юриспруденции.

Прежде всего смысл обязательности сделки без выраженного в ней правооснования сводили не к отрицанию необходимости материального каузального момента в ее составе², а к *легальному предположению* его существования (*présomption légale*). Прикрываясь этой презумпцией, веритель, согласно сему учению, не обязан, требуя выполнения принятого на себя должником обязательства, в коем не выражена его основа, не имеет нужды сам выводить перед судом скрытую его основу. Если бы обязательство, так сформулированное должником, оказалось порочным в этом отношении, то обязанность доказать, что оно дано *sans cause, sur une fausse cause*, или, наконец, *sur une cause illicite*, легла бы на должника; и только доказав этот порок сделки, должник лишил бы ее эффекта (к art. 1131 С. с.), который ей до сего присваивал art. 1132 того же С. с.

По этому толкованию, art. 1132 несомненно уже заключает в себе освященные законом элементы института формально обязывающего договора. И возможно, что эта французская доктрина развила бы из этих слабых зачатков все строение абстрактной сделки и договора признания, как формальной основы выраженного в нем обязательства, ранее разработки его у немцев, *при* одном, конечно, *непременном условии постоянного общения этой доктрины с классической почвой*, где ее родина и весь блеск ее завершившейся культуры. Но в том именно и состоит прирожденный порок (первородный грех) всякой кодификации, что она ищет разорвать связь кодифицированных институтов с их подлинной почвой и указать толкователю предел общения и источник творчества в элементах раз навсегда замкнувшейся системы тех

¹ Очень краткое, но основательное обозрение взглядов этих предвестников Code'a и других французских цивилистов в трудном учении о каузальном моменте в составе сделки дает *Marcel Planiol* в его *Traité*, Т. II.

² Особенно, конечно, для состава обязательства одностороннего, а не синалагматического, где каузальный момент виден.

понятий, которые данный свод ввел в свой состав, которым он оказал свое гостеприимство (*in sinus suos receperit*).

Что же могла найти в этом Code'e *послекодификационная* французская юриспруденция для культуры института формального обязательства, для общего учения о *causa* в составе договорной сделки? Ответом для практики служит art. 1108 C. с., который непререкаемым образом указывает нам *les quatre conditions qui sont essentielles pour la validité des conventions* (4 существенных условия силы договорных сделок), *consentement* (согласие сторон, ее заключающих), *capacité* (дееспособность этих лиц), *objet certain qui forme la matière* (известность содержания сделки), *une cause licite dans l'obligation*.

Конечно! Сделки не может быть, если в ее составе нет налицо легально установленной основы обязательства. Такая основа должна быть налицо. Без нее недопустимо, немыслимо никакое цивильно-действительное волеизъявление лиц в составе сделки. Этого мало! *Causa* не только должна быть видна в ее составе, но она еще должна быть законодозволенной; последнего нельзя определить, если эта *causa* только презумпруется, только подразумевается. Она должна быть именно выражена. И в этих пределах остается только разобраться в вопросе, насколько должна быть показана не просто только материальная каузальность в общем смысле (по расчетам между нами за товар, за такую-то отрасль торговых операций), а именно индивидуализированная всеми существенными для строения сделки известного типа данными (по займу на такую-то сумму, от такого-то числа и проч., по купле-продаже, по мировой сделке такого-то содержания¹). Без этих более или менее прецизных *материальных* основ в составе сделки она не должна иметь силы, ибо иначе контрабандой может пройти и получить санкцию *une cause illicite*, и что всего опаснее — *une convention particulière*, которая пойдет навстречу *aux lois qui interessent l'ordre public et les bonnes moeurs* (C. с., art. 6).

Итак, даже в институтах частного права, в строении договоров, интересы контроля со стороны суда выдвинуты на видный план и этим, несомненно, стеснен автономный характер гражданского обмена. Не может быть сомнения, что все это недоверие, вся эта материальность французской юриспруденции в покодификационную эпоху выросла не на живой почве действительных оборотных сделок, а на мертвой почве согласования статей кодифицированного права... Какой отсюда получился результат для толкования и практического применения рассматриваемого art. 1132 C. с.? Юриспруденция, в позднейшей своей фазе, вместо дальнейшей разработки заложенной в ее основе общей

¹ Это контрroversы мы здесь не коснемся.

идеи обязательной силы абстрактной сделки, договора без выраженной в нем материальной каузальности, специально договора признания, как основы обязательства, стала находить, что article 1132 est mal rédigé, имеет несоответственную (чему? делу? — этого нельзя сказать!) другим статьям Code'a, особенно art. 1108, редакцию. Находили даже, что этот art., трактующий явно вопрос о скрытой, не выраженной в составе сделки, а вовсе не об отсутствующей cause, чего, конечно, отнюдь не должно смешивать, противоречит art. 1131, по силе коего l'obligation sans cause... ne peut avoir aucun effet!

Устранить опасность (воображаемую) от art. 1132 взялись посредством исполнения ее “плохой” редакции. Вот в чем должно состоять это исправление. К концу текста art. (см. выше) следует прибавить слова “dans l'écrit qui la constate”. Весь текст в новой редакции (interprétation supplétive) читается так: la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée dans l'écrit qui la constate. Цель всей операции в том, чтобы смысл статьи свести не к признанию силы обязательства, в составе которого не показана его материальная основа, а к доказательству посредством письменного документа существования долга¹. Итак, признание долга само по себе, независимо от легального предположения материальной основы, самостоятельно, вовсе не создает обязательства. Это вовсе не есть Anerkennung als Verpflichtungsgrund, это не договор признания, Anerkennungsvertrag, создающий для обязательства формальную основу, независимо от указанной легальной презумпции. Тут речь не о том, достаточно ли обосновано обязательство, когда должник на вопрос дарителя “spondesne mihi centum dare?” ответил “spondeo” (как в латинской стипуляции), или когда *N* выдал *M* документ “je reconnais devoir a *M*... 1000 francs” или “je promets de payer a *M*... 1000 francs”. Art. 1132 вовсе не касается вопроса об образовании обязательства verbis, как в латинской стипуляции, и точно так же этот article не думает дать правотворящую силу абстрактной сделке или простому договору признания. Дело не в этом. Толкователи думают, что art. 1132 трактует вовсе не самую сделку, négoce juridique, не состав волеизъявления, а только письменный акт, в который сделка облечена. Если текст закона (art. 1132) употребляет термин convention, то это неточность, встречающаяся де не в этом только месте Code'a, собственно же вместо convention следовало бы точнее сказать l'acte, l'instrument².

Итак, все толкование сводится к тому, что Code civil признает, в силу art. 1132, существование долга доказанным, хотя бы в акте не было

¹ Planiol. Traité. II. no 1180—1183.

² Baudry-Lacantinerie. Précis. T. II. no 855.

указано основание (*cause*), по которому возникло данное обязательство. Это *acte récongnitif*, составляющий *medium probationis*, подлежащее опровержению, оценке суда, как и всякое иное процессуальное средство доказывания на суде.

Само собой разумеется, что *доказанность* принятого на себя должником обещания уплатить 100 не заменяет и никоим образом не предвещает вопроса об *основе обязательства*, которая независимо от доказанности акта может существовать, но может и отсутствовать. Если должник ничего не возражает по этому предмету, тогда легальная презумпция существования такой основы могла бы заменить собой ее наличность в акте. Вся детальная сторона дела представляет, однако, много недосказанного и возбуждает большие контroversы. На такой основе презумптивной *causa* трудно, конечно, строить ответ на вопрос о пригодности подобного притязания для случаев изменения в личном составе обязательств, о юридическом действии таких сделок вне круга первоначально связанных сделкой лиц и отношений. Натурально, в тех случаях, где возбуждено сомнение по вопросу о каузальном моменте сделки, одна *презумпция* его существования ничего не решает — суд может быть вынужден сверх этого *acte récongnitif*, т. е. сверх наличности письменного признания как средства доказательства, потребовать от верителя предъявления всего состава, из коего в своей первооснове сложилась юридическая сделка и на коем покоится ее юридическая сила, т. е. того, что французы называют *titre primordial*. Только ввиду этого состава сделка, как договорно-обязательственная основа требования, явится в глазах суда не в отрывке, не в отрешенном от каузального момента образе, а во всей той юридической законченности, которой требует от нее art. 1108 С. с.

Вопрос о том, в какой момент обязательственное отношение, основанное на таком последовательно обнаруживающемся материальном и формальном его составе, следует почитать *возникшим*, принадлежит тоже к контroversным. Если вся правотворящая сила частного акта скрыта в том моменте сделки, который французы отмечают термином *titre primordial*, — тогда, натурально, и возникновение сделки и, эвентуально, начало течения исковой давности должно быть отнесено ко времени его образования. Это составляет прямую консеквенцию отрицательного взгляда на самостоятельное значение последующего акта, в коем не выражена каузальная основа сделки, и низведение этого акта на степень простого процессуального орудия доказывания, простого *acte récongnitif*.

Так стоял во Франции *общий вопрос* о силе абстрактной сделки в покодификационную эпоху. Литература не проявляла к нему живого интереса, и кроме отдельных трактатов, принадлежащих особенно

бельгийским цивилистам¹, французская цивилистика в общих вопросах была мало продуктивна и если посвящала внимание этой стороне строения сделки, то разве в частном применении к отдельным видам сделок и к отдельным институтам общего и торгового права, каковы бумаги на предъявителя и операции вексельные в особенности.

В общем недостаточность разработки вопроса об абстрактной сделке едва ли в эту пору и сознавалась во Франции. Наоборот, в Германии, особенно в территориях применения латинских источников, проблемы изучения явлений современного гражданского обмена, не стесненные никакими кодификационными рамками, оживали и расширялись постоянным общением немецкой юриспруденции с первоисточниками классического права. Для учения о строении и силе абстрактной сделки это общение было настоящим откровением. С начала 40-х годов, с появления работ Либбе и Эйнерта и до классического сочинения Бэра о договоре признания, эти успехи перестают составлять достояние одной Германии и ее ученой литературы и, с одной стороны, быстро переходят в сферу судебной и законодательной практики², а с другой, привлекают к себе внимание французской юридической литературы. Учение Оттона Бэра, подвергавшееся и у немцев большим нападкам, нашло энергическую поддержку в лице Рудольфа ф. Ihering'a

¹ Особенно следует отметить небольшой трактат *Ernst'a*, проф. в Льеже (Liège). *La cause est elle une condition essentielle pour la validité des conventions?* (помещ. в Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste. 1826. Т. I. P. 250—264), перепечатанный позже в диссертации (thèse) *Timbal* — *De la cause. Ernst*, которому Laurent не раз воздавал долг признательности как профессору, совсем отвергает принятое в Code civ. учение о causa, как служащее источником путаницы и ошибок. Однако идеи Эрнста не нашли отголоска в Бельгии и имели успех только в Голландии, где появился ряд работ в духе Эрнста (тоже указаны у *Timbal* и приводятся в сочинен. *Marc. Planiol. Traité*. П. П. 1077, примеч. 3). Идеям *Ernst'a*, которые прошли во Франции незамеченными, дал новый полет Laurent. Laurent находил 4-е условие действительности контракта (art. 1108 C. c.) излишним, различие предмета (по-нашему, состава) сделки от основания (cause) ненужным. Эти взгляды Лорана вызвали оживление, по крайней мере в литературной обработке вопроса, во Франции (ряд диссертаций, посвященных этой материи, см. в том же примеч. *Marcel Planiol*).

² Для Германии см. ст. 300, особ. 301 *Allgem. Handelsgesetzbuch* 5 июня 1869 г. (введен. как *Bundesgesetz* Сев.-Герм. союза и ныне заменена *Handelsgesetzbuch*'ом 10 мая 1897 г.). Швейцарский федеральный кодекс об обязательствах совсем оставил в стороне требование *cause réelle et licite* для обязательств и ограничивается требованием, чтобы *предмет договора* не был невозможным, воспрещенным и противным добрым нравам (art. 17). Итальянский кодекс держится французской традиции, а испанский 24 июля 1889 г. (перевод *Levé*) art. 1275 воспроизводит коротко art. 1131 и 1133 Code civ., а в art. 1276 видоизменяет art. 1132 C. c. в том смысле, что при невыраженном каузальном моменте он *презюмируется* существующим и дозволенным, пока должник не докажет противного.

(см.: Verhandlungen VIII и IX Juristentag'a) и скоро стало известным в Бельгии (Rivier) и во Франции (Bufnoir)¹.

С появлением 1-го проекта Гражд. уложения Германской империи (1888 г.), 2-я кн. которого (Recht der Schuldverhältnisse. § 683 и 684) кратко формулировала учение о принятом верителем *обещании уплатить* или *признании* должником своего *долга*, в коем индивидуальное основание обязательства вовсе не показано или обозначено лишь вообще (ein besonderer Verpflichtungsgrund nicht angegeben oder nur im Allgemeinen bezeichnet wird, ср. § 683; очень близко к точному смыслу art. 1132 С. с., только более детально), учение Бэра получило легальную санкцию. Долговое обязательство этим абстрактным обещанием или признанием несомненно конституируется ровно так же, как в договорах материальных наличностью выраженного в их составе материального основания долга. Если должнику открывается возможность так или иначе отклонить принятое им на себя выполнение формального обязательства, то лишь при наличности таких же оснований, которые служат для этой цели и в сделках материальных, в особенности кондикционным процессом², или, эвентуально, упразднением юридического эффекта обязательства, противного добрым нравам и публичному порядку. Но это дело должника; и пока сила абстрактного обещания или договора признания не устранена этим способом, веритель сам не имеет надобности выводить в суд никаких иных, кроме этих чисто формальных, оснований обязательства. При этом следует заметить, что, поражая кондикционным или иным путем силу сделки, должник не всегда устраняет весь ее эффект; этим путем могут нередко быть устранены только лично для него невыгодные последствия сделки, а не весь ее эффект (о чем, по поводу векселя, отчасти была речь выше и будет позже, в связи с другими институтами).

Все, чем, притом исключительно с обрядной стороны, осложняется в указан. проекте этот упрощенный состав абстрактной сделки, — это требованием *письменного* волеизъявления со стороны должника (§ 683 I-го проекта).

Учение об обязательствах в проекте 1888 г. тотчас стало известно во Франции вместе со всем литературным движением, предшествовавшим его выработке в целом, и с ходом разработки абстрактного обещания и договора признания в особенности, как оно определилось с начала 40-х годов и подвигалось вплоть до публикации этого проекта.

¹ Rivier в Revue de droit internat. 1872 г.; Bufnoir, бывший présid. de la soc. de législ. comparée в Bulletin этой Société (1871—1872 г.).

² См. систему кондикций, с. indebiti, causa data causa non secuta, с. ob turpem causam, sine causa в соответствующ. титулах кн. XII Пандект. и кн. IV Код., а также в любом учебн. пандектн. права.

Всю эту обширную работу выполнил тогда же (1890 г.) дижонский, теперь парижский, профес. Raymond Saleilles¹.

Насколько эти положения первого проекта подверглись видоизменению в последующих чтениях и как они формулированы в составе действующего ныне Гражданского уложения немецкой империи, — это было нами выше показано в связи с анализом понятия абстрактной сделки вообще. Независимо от общего улучшения редакции статей в действующем уложении, в отношении к рассматриваемому учению новая редакция (§ 813 и 814) подчеркивает свойство абстрактного договора не только как отрешенной от правооснования (материального), но именно как *самостоятельно дающей основу* (формальную) *обязательству* сделки. Этот новый оттенок редакции особенно важен ввиду того, что Виндшейд² до конца настаивал на том, что *смысл признания* и должен собственно состоять в том, что оно дает силу некоторому *предшествующему* (каузальному) моменту сделки. Это было бы необходимо отметить, если бы мы трактовали признание как *medium probationis*. Между тем мы здесь признание рассматриваем как *Verpflichtungsgrund*, как *основу обязательства*. Дело вовсе не в подлинности того, что признано, а в нем самом, в признании как *самостоятельной правотворящей обязательство силе*.

Это и есть прегнантное выражение автономного характера гражданского обмена. Весь юридический эффект сделки сконцентрирован *в одном волеизъявлении, в нем самом*, без всякой опоры извне. И этому вовсе не противоречит *последующая* возможность упразднить так или иначе эффект сделки, когда должник докажет, допустим, свою ошибку в основе принятого им на себя обязательства (813, 814), или когда обязательство окажется противным добрым нравам или публичному порядку³.

¹ Сочинение его, посвященное I-му проекту, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand* (460 с.) появилось в 1890 г. Теперь перед нами и 2-й обширный его трактат, посвященный учению о юридической сделке, не раз выше нами цитированный, *De la déclaration de volonté*, публик. в 1901 г. Здесь, в учении о каузальном моменте сделки вообще и договора в особенности, оба трактата одинаково ценны для нас, ибо в обоих автор сопоставляет новое немецкое учение о разных предметах обязательственного права и общих учениях с теми же учениями по Code civil.

² Объявляющий в последнем своем обзоре вопроса (см.: *Windscheid-Kipp*, § 412а и примеч.) это учение незаконченным (*unfertig*). Это еще незавершенное состояние учения, его незаконченность, не убавляет, а усиливает его значение и притягательную для дальнейшего изучения силу. Это не безнадежность, а исполненная самых светлых ожиданий незаконченность учения.

³ Ср. тот же *Виндшейд-Кипп*. II. С. 504 и 505 примеч. Kipp'a.

Такой глубокий знаток той и другой техники строения сделки в обеих современных системах, французской и немецкой, как Raymond Saleilles, не мог не угадать и не почувствовать всего достоинства легкости, силы, подвижности новой немецкой конструкции в сравнении с отечественной, французской.

Вопрос о том, за какой конструкцией будущее, в которой из двух виден залог возможности будущей общей, универсальной системы строения гражданской сделки, которой так смело коснулся Цительман (см. выше. С. 178), тоже не ускользнул от пытливого мысли ученого — критика обеих систем.

Сознание своих несовершенств — всегда дело тяжелое. И чтобы сделать этот гнет полегче, вот выход, которого ищет Saleilles из трудной дилеммы. Цивилисту всегда особенно тяжело отречься от этой черты *самоопределения воли*, поступиться самобытностью строения сделки... Салейль и ставит свою задачу в этом духе. Если, говорит он, наш Code хочет в принципе во что бы то ни стало наличности материально-каузального момента в составе сделки, если ему необходим этот контрольный над самоопределением аппарат, то вот и компенсация, которую дает нам наш Code за это вмешательство в автономию обмена. *La théorie de la cause, dans le Code civil français, constitue, à la fois, une atteinte et une garantie, à l'égard du principe de l'autonomie de la volonté; elle en trace les limites, mais, en même temps, elle marque comme une frontière infranchissable aux investigations du juge*¹.

Вот что хочет сказать Салейль: наш закон предоставляет суду вмешаться в расчет сторон, когда они совершили сделку. Да, но зато этот же закон ставит тому же суду нерушимую границу его взысканиям тем только, что обязательно (art. 1108) должно быть дано *самым составом сделки*, и ни шагу дальше этого предела. Немецкий кодекс де идет другим путем. Волеизъявление в строении сделки, по новому уложению, бесконтрольно, автономно и не стеснено ничем. Но в то же время суд, призванный ограждать заинтересованного в порядке кондикционных исков, или вооружаясь против сделки во имя публичного интереса, ограждения добрых нравов, защиты неопытных, беспомощных против эксплуатации сильного, вынужден выходить для этой цели за пределы данного сделкой состава.

Итак, французская практика требует материально-каузального момента, но не идет дальше этого предела, *в область мотивов*. Для сделки

¹ Учение о *causa* в Code civ. дает сразу и некоторый ущерб, и своего рода гарантии по отношению к принципу автономии воли; теория Code'a указывает ей (автономии воли) предел, но в то же время она намечает род границы, которой не должно переступать судебское выслеживание, см.: *Saleilles. De la déclaration de volonté*. С. 252. § 1 (разбор art. 138. нем. кодекса).

немецкого стиля, формальной, — этот момент материально-каузальный не нужен. Но вот, минута сомнений, спора, и немецкий судья не остановится на границе данного в составе сделки содержания, он пойдет дальше, внутрь волевого процесса.

Мы сочлись, таким образом, с немецким кодексом, с его совершенствами, и наш Code, посягая на автономию воли, в то же время ограждает ее нам, не пуская исследовать внутренних процессов воли, ее мотивов.

Так ли это, или это только выход из-под гнета сознания своих несовершенств, чтобы легче вздохнуть?

Мы именно так думаем! Вопрос сведен к различию *мотива и основания* (cause). Но разве мы установили это различие? Vaudry думает (см. выше), что это brouillard и nuage, который, будучи существенно все тем же, принимает для нас то вид тумана, то образ облака, смотря по расстоянию, на которое мы отошли от явления.

Разве можно сказать, что, уплачивая недолжное и требуя кондиционным процессом возврата, я указываю ошибочный *мотив*, а не ошибочную *основу* (cause) солиции? Saleilles говорит: cause есть то, что в составе сделки, мотив — то, что вне ее состава. Пусть causa будет то, что в составе сделки. Но сделки есть двух родов, один род со скрытой, *хотя и существующей causa* (это формальные сделки), другой род с выраженной в их составе causa. Causa платежа не перестанет быть каузальным моментом сделки (solutio), потому только, что, высылая Авлу Агерию платеж долга, я не специфицировал этой цели.

Итак, немецкий кодекс, допуская инвалидацию сделки путем кондиций, исследует не мотив, а основание, каузальный момент уплаты.

То же самое следует сказать и о других случаях кондиционного процедиования. В них вообще основой требования служит тот или другой порок в *каузальном моменте*, а не в лежащем за этим *юридическим* составом строения сделки, внешнем, экономическом, психическом двигателе, *не в мотиве*. При этом кондиции могут иметь приложение безразлично и к сделке с выраженным, и к сделке с не выраженным в ней основанием.

Разве это иначе во французском праве? По art. 1132 в ее теперешнем толковании все контракты суть материально-каузальные. Но разве эта статья исключает применение двух других, 1131 и 1133, которые допускают *une fausse cause, une cause illicite, prohibée par la loi* и проч. (art. 1133)? И разве этот порок *каузального* момента будет или должен быть виден из самого состава сделки-акта, и не может быть скрыт, замаскирован фидуцией, симуляцией, которую открыть возможно *из данных, лежащих вне сделки-акта*, особенно из так назыв. *contre*

lettres¹? Это должно быть ясно почтенному критику. И ввиду этого едва ли правильно компенсировать несомненную в Code atteinte à l'autonomie такой garantie, которая будто полагает нерушимый предел изысканиям суда данными состава сделки, за которыми все неприкосновенно!

Для сопоставления двух систем нам остается сделать еще один шаг. Это вопрос об инвалидации сделки противозаконной, вредной для интересов публичных, противной добрым нравам, направленной на эксплуатацию нужды, легкомыслия и проч. (последнее особенно по § 138 нем. гр. Улож.). Эта проблема (недействительность сделки) имеет свое место в системе, и мы коснемся ее здесь лишь для проверки мыслей Saleilles о пределах вмешательства суда в оценку сделки наличными в ее составе данными, без покушения исследовать мотив, внутреннее побуждение субъекта сделки, интимную сторону дела.

Так ли это? То есть может ли какой угодно судья, французский, немецкий, определить опасное для добрых нравов, для публичного интереса свойство операции, облеченной в гражданскую сделку, исключительно из данных ее состава, отнюдь не переступая, в интересах ограждения частной автономии, этой границы? Если это возможно, то разве в тех редких случаях, когда операцию совершает новичок в деле. Нормально опасные для добрых нравов, для публичного интереса, направленные на эксплуатацию нужды, легкомыслия сделки выполняют люди бывалые, во всяком случае умеющие скрыть концы своих проделок. Итак, применять § 118 нем. гражд. Уложения. art. 1131, 1133 С. с. судье придется не иначе, как именно переходя границу ее состава и обнаруживая то, что скрыто за этой ширмой, за пределами сделки-акта, на территории сделки-титула (titre primordial по французск. терминологии).

При этом надо иметь в виду, что вопрос об опасном для добрых нравов, для публичного интереса, для социального равновесия сил направления сделки заключает в себе две стороны. При наличности в деяниях подобного рода состава преступления судебному рассмотрению будет подлежать вовсе не вопрос о силе сделки, а о *вменении*, и тогда суд не обойдет ни одного из внутренних моментов, побуждений, мотивов, которыми, так или иначе, устанавливается степень виновности лица. В задачах такого рода все направлено на внутреннюю сторону *деяния, на индивидуальное исследование*. Это задача суда уголовного. Инвалидация сделки будет составлять только простую кон-

¹ Об этих поводах инвалидации сделки речь впереди (для справки см.: *Planiol*. По. 1240). Не показанная в составе сделки-акта основа есть, по смыслу art. 1131, все же *cause*, так же как и запрещенная законом, а не мотив только.

секвенцию наличности преступления как мотива операции с виду гражданской¹.

Вопрос о применении к сделке критерия добрых нравов, расчетов на неопытность или нужду ближнего не связан необходимо с деянием преступным или противонаравственным и не ограничивается этими пределами (С. pén. Art. 406). Опасными для добрых нравов, вредными в смысле эксплуатации чужой неопытности, нужды, могут быть деяния, не признаваемые преступлениями. Для оценки сделки с этой точки зрения вовсе нет нужды судье входить во внутренний мир контрагента. Никакого индивидуального расследования не нужно. Гражданская юрисдикция не выходит вовсе из своих пределов, она ограничивает свое изыскание *составом юридической сделки*, натурально, не тем только ее составом, который выражен, обнаружен в ней, но и той *юридической каузальностью*, которая скрыта, не выступила наружу. Критерий, по которому судья определяет допустимость сделки с точки зрения добрых нравов или безобидности в пользовании неопытностью или нуждой ближнего, тоже не есть идеальный, построенный на одних мечтах о желательной чистоте нравов и высоком разумении задач социальной солидарности. Это *критерий деловой*, объективный, общий, который устанавливается знанием существующих, практикуемых в общественной поряdkов, судебским опытом. Такое изучение и такая оценка состава сделки для признания ее силы или для ее инвалидации не выходит вовсе из пределов требований хорошо функционирующего органа гражданского правосудия; она составляет прямую их задачу. В этих границах неуместны никакие опасения за целостность приватной автономии. Там, где эта автономия угрожает добрым нравам или определившимся в жизни основам социальной солидарности, она перестает быть только приватной автономией, а переходит в злоупотребление ею, слегка, быть может прикрытое наружной правильностью операции.

Нет сомнения, что в этих общих задачах гражданского правосудия территория применения немецк. гражд. Улож. и Code civ. не представляют никаких существенных различий. Из этой области нечего взять для компенсации того ущерба (*atteinte*) приватной автономии, который терпит она во Франции вследствие неправильного понимания art. 1132 или незрелости во французской доктрине учения об абстрактной сделке, о самобытной, не зависящей от наличности в составе сделки ее материально-каузального момента, силе одностороннего волеизъявления или договора признания, как достаточного само-

¹ Налицо договор товарищества (*contrat de société*), совершенный с особой точностью в соблюдении всех гражданских его реквизитов, а в основе это настоящее мошенничество (*escroquerie*. Cod. pén. Art. 405).

го по себе основания обязательности сделки (*Anerkennungsvertrag als Verpflichtungsgrund*).

Итак, atteinte a l'égard du principe de l'autonomie de la volonté в действующем Code civ., как его ныне понимают, есть налицо, а никакой компенсирующей за это garantie по отношению к той же автономии в указании frontière infranchissable aux investigations du juge, выраженными в составе сделки данными, в Code civ. нет и быть не может.

Читатель легко убедится в этом, внимательно проштудировав прекрасный этюд в названной книге (*Déclaration*), который Saleilles посвятил изучению § 138 нем. гражд. Ул. в особенности¹. В нем очень много меткого и важного, кроме общего исходного выписанного нами положения, назначенного, очевидно, скорее для замирения взволнованного чувства, чем для настоящей оценки двух систем строения сделки.

Мы не можем заключить этого небольшого очерка учения об абстрактной сделке, не указав здесь же на заметку г. А. Гасмана, напечатанную им в журнале Мин. юстиции за 1896 г. (март), с. 332 и след. *“Обещание как абстрактный договор”*². Это случай из практики прибалтийских судов. Дело шло о применении ст. 2907, 2910, 3105, 3106 и 3134 Св. местн. узакон. губ. Остз., ч. III, по силе коих “сделанное кому-либо обещание платить, если только оно принято другой стороной, само по себе устанавливает вполне действительное право требования (ст. 3209 и 3212), независимо от основания, побудившего должника дать обещание” (см. с. 333 указ. кн. Журн. Мин. ю.). Здесь мы имеем случай прямого и категорического применения учения Бэра о договоре признания (*Anerkennungsvertrag*), которое усвоено практикой прибалтийских судов со времени³ появления в свет этой классичес-

¹ См. 251—302 указ. соч.

² Практика б. межевого и 3-го департ. Правительств. Сената по вопросам прибалтийского права. Определение Правительств. Сената от 29 окт. 1891 г. за № 1810 по делу Гофмана со Штраусом.

³ Указанные выше статьи местн. Свода содержат в смысле буквальном немного больше позитивных оснований для построения на них абстрактного обязательства, чем наш Т. X. Ч. I. Плохо скомбинированные общие положения этого свода все держатся на реципированном праве. Старинная немецкая практика этого права, несомненно влиявшая и на Остзейский кодекс, считала невозможным применение латинской абстрактной конструкции, вербального контракта у нас, потому что мы не реципировали необходимых для его силы обрядных речей (*verborum solennitas*), на которых держалась стипуляция. В духе подобных учений немецкие юрисконсульты возбуждали вопрос, скорее потешный, чем дельный, не следует ли, однако, допустить применение абстрактного обязательства между учеными, когда у последних окажется достаточный запас знаний, чтобы обменяться вопросом и ответом, согласно обрядным требованиям латинского вербального контракта?.. Светлые идеи Бэра рассеяли и у немцев, в системе их общего права, остатки подобных преданий; на русской почве, в прибалтийской окраине, эти светлые построения имели, несомненно, большой успех.

кой работы (с. 339, там же). Весь случай крайне характерен и вразумителен для ознакомления с учением Бэра, как оно было выше нами изображено, в приложении его к жизни. Весьма, конечно, было бы желательно, чтобы применение этого учения нашло себе место не в одних остзейских судах, а повсюду, где цивилистическая техника достаточно развита, чтоб отвечать прямым и разумным требованиям живого имущественного обмена.

Наш проект, по крайней мере в составе его Общих положений, не заключает в себе никаких данных для рассмотрения этого важного вопроса в Общей части.

Этими учениями мы, собственно, могли бы заключить нашу задачу сделать *общий анализ содержания волеизъявлений в составе сделки* и определить основные черты различия их стилей. С этим вместе мы все время имели в виду существенную для всего чтения о юридической сделке основную черту ее построения, которую мы назвали *внутренним формализмом* воли, составляющую в той или другой степени свойство всякого волеизъявления, рассчитанного на юридический эффект. В учении о сделке нам следовало бы перейти к другой стороне дела, к *формализму внешнему или обрядности волеизъявлений*. Но мы считаем удобным здесь же коротко указать на ряд явлений в практике юридических сделок, который представляет собой любопытное *отклонение* от нормального способа волеизъявлений, но не невольного, какой мы видели в случаях принуждения или ошибки, а *преднамеренного*, рассчитанного.

Мы довольно близко подходили к этим явлениям, когда трактовали выше внутренний формализм воли в составе сделки. Мы разумеем здесь сделки *фидуциарные, симулированные*, так называемую *reservatio mentalis* и *шутливые волеизъявления*. Такие *отклонения* от нормы будут замечаться не в сфере сделок абстрактных, хотя некоторые из них возможны и здесь, а чаще всего в сделках материальных. Стороны, обе или одна, хотят *скрыть* подлинные свои виды и так маскировать их показным составом сделки, чтобы этим достигался юридический эффект *показной* сделки, которого иначе, почему-либо, или вовсе нельзя, или трудно достигнуть. В сделке абстрактной всегда, согласно ее конструкции, остается скрытой ее подлинная материальная основа. Это ее нормальная черта. Сделки фидуциарные и симулированные не представляют собой особого применения этой *легальной* техники. Скрытие и маскирование в них подлинного основания или цели представляет собой технику *нелегальную*. Это некоторым образом юридическая контрабанда, прикрытое пропускным флагом или свидетельством товара, который, собственно, пропуску не подлежал бы.

Такой способ действия никогда не будет нормальным и даже безвредным для следующих ему. Есть случаи, где такое прикрытие под-

линного содержания операции *показной* сделкой не представляет собой ничего прямо воспрещенного и недобросовестного, а лишь *непредусмотренную*, в скудных категориях выработанных в данной системе типов сделок, *комбинацию*. Тогда стороны поневоле и все же не без некоторого риска будут следовать этой методе.

Мы знаем ее в разных образцах классической и современной практики. Слабо выработаны институты *вещного кредита*. Ввиду этого, у нас в старину совершается сделка, по составу своему направленная вся на *пересвоение* имуществ (mancipatio, купля-продажа недвижимости), совершаемая нормально *alienandi* или *dominii transferendi causa*, никогда не *credendi causa*.

В данном, однако, случае мы прикрываем ею *именно кредитную* операцию, продаем, с уговором перепродать вещь вновь нам (точнее, удерживаем право выкупить вещь), *cum pacto fiduciae de remancipando*, так что *подлинная* цель сделки будет не отчуждение вещи, а кредит продавцу суммы, которую составляет цена вещи. В основе операции лежит взаимное доверие сторон. Однако фидуциарный собственник, перепродав имущество дальше, воспользовался бы формально принадлежащим ему правом распорядиться вещью, и для доверчивого продавца не оставалось бы другого средства вознаградить свои потери, как иск об убытках, ничего более. Итак, фидуциарная вещно-кредитная сделка, в смысле своего эффекта, опирается на понятие отчуждения права собственности, стало быть, на институт, выработанный правом вовсе не для тех целей, для коих его здесь утилизируют, и ввиду того, что специфического института кредитно-вещного в данной системе вовсе нет.

Фидуциарные операции совершаются часто между людьми близкими или близко заинтересованными в одном и том же деле. Мы, товарищи, однако, приобретаем недвижимость для общего дела так, что я буду фигурировать как собственник на ипотечной книге, а N, мой товарищ, как ипотечный веритель. Мы приобретаем имение на общий капитал. N никогда не кредитовал мне ни копейки, и между тем, ввиду слабого развития в нашем законодательстве применительных и легких для возникновения и прекращения форм товарищества, мы вынуждены облечь коллективное приобретение в эту форму кредитной операции, которая, допустим, совершается проще и надежнее. Неудобства, которые могут произойти от этой фидуциарной кредитной сделки, лягут, конечно, эвентуально, на нас, ибо мы не могли воспользоваться прямо подходящими к случаю нормами правоотношений товарищеских, а прибегли к искусственному, не подлинному для данного случая типу правоотношений и сделок кредитных. То же будет иметь место, если вместо доверенности для взыскания с моего должника я фидуциарным путем *уступлю* моему поверенному, цедирую мое требование.

Когда взыскание будет произведено и долг погашен, то невыполнение поверенным условия фидуциарной сделки откроет мне путь для его преследования, но не по нарушенной доверенности, ибо таковой не было заключено, а лишь по убыткам, которые я понес ввиду так или иначе приноровленной к случаю цессии требования.

Указанные сделки (продажа имущества, занесение двух лиц в разные отделения ипотечной книги, уступка требования) суть совершенно легальные, но *искусственно и иной раз невпопад прилаженные* к отношениям, для коих они не подходят, юридические формы. Это то же, что платье не впору. Никто в этом не виноват, кроме тех, кому оно нужно и кто не умеет себе устроить надлежащего выбора готовых образцов. Типы сделок составляют своего рода готовые облачения. Если не во что облачиться, приходится брать платье не впору или не по сезону, лишь бы вовсе не остаться в деле серьезном без всякого юридического облачения.

В указанных случаях фидуциарной сделки мы имели дело, очевидно, с несовершенной техникой, которая встречается всегда и везде на невысоких ступенях развития юриспруденции. Стороны хорошо знают, чего они хотят, не преследуют при этом никаких противоправных целей и, однако, не могут прийти к легальной цели иначе, как путем *обходным*, фиктивным, во всяком случае, не прямым, не прямо рассчитанным на предположенную цель¹. Сделке *неподвижной* (см. выше) они дают некоторую подвижность. На одном этом основании нет возможности инвалидировать силу сделки, не представляющей собой никаких иных пороков.

Но вот именно этот самый метод, который в указанных случаях применяется к задачам обмена добросовестного, нормального, в других случаях служит для целей, совершенно не согласных с законом или даже прямо ему враждебных. Таких случаев практика сделок в разных бытовых условиях знает массы. Для них трудно приискать общую и одинаково подходящую к любым явлениям этого рода квалификацию. Это суть действия *in fraudem legis*, обходные пути (*Schleichwege*), предпринимаемые для достижения таких целей, для которых не только нет, но и не должно быть путей прямых, легальных, дозволенных.

Казалось бы, логический результат таких действий должен заключаться в отрицании всякой силы подобных сделок. Если сделка есть результат взаимодействия волеизъявления и состава данного института, то, натурально, при отсутствии одной из равнодействующих (норм)

¹ Выше мы имели случай указать очень любопытную игру юридического формализма в деле принудительного выкупа реальных участков московского гостиного двора городу Москве и замены, затем, старой тяжелой товарищеской организации новой формой акционерной компании (см. т. I. С. 531).

волеизъявление не должно иметь юридического эффекта. Это и выражают юридической паремией — *quod in fraudem legis — contra legem*. В вопросах, однако, этого рода всего опаснее теоретизирование. Общие мысли, как и общие меры, могут в этой области всего скорее обмануть наши ожидания. Общих мер против неправильного пользования гражданской свободой указать нет возможности. Начать с того, что нормы закона сами очень различны по своему строению и далеко не всегда рассчитаны на полное обесценивание юридического эффекта волеизъявлений, не согласованных строго с законом. Естественно, в тех случаях, когда закон объявляет прямо возбраненным, под страхом ничтожества, всякий обход известной запретительной нормы, мы неизбежно придем в результате к ничтожеству сделки, совершенной *in fraudem* такой строгой нормы. Но это вовсе не общее правило. В подобных случаях, больше чем где-либо, необходимо близкое изучение особенностей данного явления и противодействие ему такими юридическими средствами, которые наиболее соответствуют особенностям случая. Иногда здесь может оказаться достаточным простой штраф, в других случаях тот или другой способ инвалидировать силу сделки, наконец, возможны преследования злоупотреблений и более энергическими мерами¹.

Чтобы правильно разобраться среди очень пестрых явлений подобной борьбы частной автономии против давления легальных норм в сфере частного права, мы постараемся выделить такие явления этой борьбы, где цель ее составляют не личные корыстные виды, прикрытые легальной внешностью и направленные в обход закона к вреду отдельных лиц, а цели, поставленные *выше этого*, хотя далеко не всегда *возвышенно* в лучшем значении этого слова. В подобной борьбе целью может быть не интерес отдельного человека и не к этому направленный обход закона, а противодействие самой установленной норме, самому закону, целому институту, быть может, целой системе. Противодействие в таких случаях бывает обыкновенно массовое, за практикой симулированных сделок скрывается в этих случаях встречное закону движение общества. Здесь мы имеем явление печального антагонизма между сознанием общественным и задачами, которые ставят себе руководящие сферы. Закон перестает быть отражением общественного сознания и идет навстречу ему. Это имеет место, естественно, в особенности в эпохи социальных кризисов, когда вместо гармонического сочетания социальных интересов мы видим грубое, разрушительное столкновение социальных групп.

¹ Всю область этой проблемы обширно, хотя, быть может, несколько расплывчато, старался осветить Ihering в *Geist'e* в ближайшем применении к римскому праву (см. особ. § 46 и 58).

Мы не раз имели случай говорить выше, что сделка в сфере частного права составляет настоящий прииск норм диспозитивного права, источник образования вполне жизненных институтов в этой области. В случаях рассматриваемых столкновений общественного сознания с легальной нормой мы видим обратный процесс. Та же сделка ищет подорвать силу легальной нормы, подрывает ее основу, поколебать крепость закона, вернуть захваченную им сферу частной автономии, хорошо еще, если не для простых разрушительных, а опять для новых созидательных целей в этой области.

Картины этой борьбы с легальной нормой довольно часто освещают собой различные эпохи движения законодательства в очень различных условиях национальной и социальной жизни. Богатые иллюстрации их дает нам вся заключительная эпоха старого республиканского режима и первые десятилетия нового порядка вещей в Риме именно для области институтов права частного. Отдельные явления этого же характера легко указать в средние века.

Известно, что церковь не допускала в обществе христиан процентных займов, ростовщических сделок вообще, которые противоречили нравственным принципам христианского вероучения. Под влиянием таких этических стимулов процентные сделки считались вообще противозаконными для христиан (иначе для евреев, частью и для иноземцев вообще, для итальянских банкиров из Ломбардии в особенности). Но этот запрет очень мало соответствовал весьма императивным экономическим потребностям той же эпохи. И мы видим, что закон, воспрещающий проценты, не только обходится постоянно, но что наряду с этими обходами образуется особый институт *купли ренты*, который в практике весьма удовлетворительно заменяет запрещенные прямые операции денежных процентных займов.

Массовое сопротивление легальным нормам и целому институту вызвал известный указ 1714 года о единонаследии, при помощи которого Петр Великий, несомненно, искал поднять дворянское сословие, оградить "подданных" от неправильных взглядов на населенное имение единственно как на ресурс личных и семейных радостей владельцев. Цель не была достигнута, закон был весь подрыв мастерами обхода, юридическими минерами, и крепость этого института была разрушена, не для того чтоб дать место добрым начинаниям нового рода, а чтоб рассеять как можно шире те злые семена, которые возбуждали в Петре самые тяжелые предчувствия (см. т. 1. С. 195 и след. и т. 2. С. 53)¹.

¹ Обходы закона и симуляции как средства для этого не ограничиваются одной областью сделок; они способны отравлять весь юридический быт. При Петре мы видим *симуляции* дурачества (см. т. 1. С. 308—309), которые повели к необходимости свидетельствовать умалишенных в Сенате. Русское общество и самые жертвы психозов до сих пор расплачиваются невозможно тяжелым способом удостове-

Мы не будем останавливаться здесь, как бы мимоходом, на этом крайне характерном для живых процессов взаимодействия сделок и институтов юридических явлений, ибо оно само заслуживает глубокого и всестороннего изучения в связи с общими проблемами истории права. Мы отметили некоторые особенно видные исторические явления этого разрушительного действия частной сделки на легальные нормы для того лишь, чтобы показать, с какими трудностями и осложнениями иногда связан вопрос об обходе закона, о сделках притворных, призрачных, о симуляциях в области частного права.

Затем мы знаем такие явления притворных сделок, где *нет и мысли о противодействии норм* или институту и где вся цель игры ограничивается одними более или менее низменными видами воспользоваться формальными признаками сделки, чтоб утилизировать их, вопреки их подлинному назначению, для нелегальных целей и обыкновенно во вред третьим лицам. В этих случаях симулянт направляет усилия не на разрушение института, а наоборот, ищет в нем опоры, чтобы с помощью нелегальной сделки произвести желательное для него изменение в данном юридическом отношении. Ничего более!

Опять и здесь крайне трудно установить какие-либо общие правила для противодействия эффекту таких симулированных сделок. Новый немецкий кодекс не входит вовсе в подробности и ограничивается короткими общими положениями, коих практическое применение, несомненно, будет встречать немало трудностей.

Вот эти положения: волеизъявление, которое сделано по отношению к другому лицу, по соглашению с ним — *только для виду*, — ничтожно. Если такой (т. е. для виду совершенной) сделкой прикрывает-

рять болезненное состояние рассудка за те проделки, к коим любили прибегать в старые годы люди высших классов, чтобы уклоняться от выполнения связанных с правами обязанностей. Мы только что осуждали выше методу общего строения гражданских институтов по мерке способностей людей незрелых. Наше время приносит нам любопытную аргументацию против этого неправильного приема. Наша практика знает случаи *симулированной неграмотности* со стороны именно этих незрелых ввиду того, что закон щадит неграмотных, и люди со слабо развитым сознанием долга ищут стать в ряды глупых, незрелых, неграмотных, только бы не нести наряду с другими ответственности, пользуясь наравне со всеми удобствами юридического быта. Есть случаи в кассационной практике, где лица весьма видных служебных положений, состоящие в то же время под опекой за неоплатные долги, настаивают, чтоб им, в качестве опекаемых, по силе особых указов, предоставлена была вся *безответственность настоящих детей*, без лишения их, однако, возможности опять делать долги на праве совершенно взрослых людей (кас. реш. за 1877 г. № 30, 156). Итак, иной раз хорошо иметь в руках свидетельство грамотности, аттестат зрелости; но есть случаи, где свидетельство незрелости, безграмотности окажется ценнее всяких других.

ся другая, тогда имеют быть применены те правила, действию коих принадлежала бы прикрытая сделка (§ 117).

Симулированная, притворная сделка может быть *совершенно призрачной*. Я вовсе не был должен целому ряду лиц, которые предъявляют к конкурсной массе свои требования. Это призрачные долги, для коих нет никаких оснований, или основания коих суть подложные. Code civil говорит: *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* (1131). Вся трудность только в том, чтобы *доказать* отсутствие или подложность оснований этой призрачной сделки, но это часто почти неодолимая трудность. Наша практика давно знает это явление. В петровском законодательстве строго взыскивалось не только с самого несостоятельного за операции этого рода, но и с людей, *подставой* принявших заемное обязательство от несостоятельного¹. Действующее законодательство объявляет недействительными, в числе прочих, договоры и обязательства, направленные к *подложному переукреплению* имений во избежание платежа долгов (ст. 1529, п. 2). Итак, здесь имеется в виду целый обширный круг операций, бессилие коих основано на подложном составе волеизъявления, в чем бы ни заключался этот подлог, в отсутствии ли оснований или в наличности оснований неподлинных (*obligations sans cause, ou sur une fausse cause*).

К этому случаю общее положение нем. код., § 117, первый абзац, подходит, несомненно, так же, как art. 1131 С. с. и наша ст. 1529, п. 2 (ср. ст. 2014, п. 2). Но вопрос — обнимает ли это *общее* правило все случаи призрачных или подложных сделок и будут ли такие сделки *ничтожными* и по отношению к третьим — остается открытым².

Гораздо ближе к настоящему смыслу сделки притворной, симулированной, будет та сделка, которая не есть *призрачная*, не имеющая никакой основы, а которая имеет свою каузальную основу или цель, но этой каузальной основы стороны, по тем или другим соображениям, не хотят выдать и заменяют ее другой каузальной основой или целью, которая есть вымышленная. В этом случае мы имеем, собственно, *две сделки*, одну, которой содержание должно быть скрыто (диссимулировано), и другую, которая своим составом должна скрыть или зак-

¹ См. для примера указ от 1700 г. в П. С. З. № 1805; подобных немало в Полном Собрании Законов.

² Бэр, безусловно, против выражения "...сделка ничтожна" в указанном выше параграфе 117-м нем. код. смысле. Его аргументация любопытна (см.: Контрпроект. С. 28, примеч. к § 112). В указанном параграфе нем. код. не видно последствий, которые "ничтожная" сделка может повлечь за собой по отношению к третьим лицам, особенно, если в ее совершении соучаствовали публичные органы (*Регельсбергер*. Pandekten. С. 517. § 141 и прим.). С явлениями этого рода мы будем иметь случаи не раз встретиться в курсе.

рыть первую сделку. Иногда случай этой подлинной симуляции очень близко подойдет к фидуции. Напр., мы не находим возможным, по простым фактическим неудобствам, совершать заемное письмо и облачаем собственно заемную сделку в образ поклажи, достигая этим достоверности факта вручения известного количества денег и удаляя затем все крайне различные по существу элементы строения сделки займа и поклажи как не значащие для нас. Мы маскируем одну сделку другой и в массе случаев, давая составу сделки неподвижной некоторую подвижность, приходим к тому же практическому результату, как при сделке с невыраженным основанием¹. Здесь, натурально, также возможны неожиданности, как и при всяком нелегальном способе действия². Другой образец сделки симулированной будет налицо в том случае, когда мы облачаем сделку безмездную, дарение, в возмездную, куплю-продажу, с целью обойти закон, который запрещает дарение между супругами (в латинской и многих, кроме нашей, современных системах), или дарственное отчуждение родовых имуществ (в нашем праве).

Для этих обоих случаев указанная нами выше ст. 117 нем. гражд. Улож. (второй абз.) дала бы такой результат. Для первого случая — вместо поклажи мы имели бы признать силу заемной сделки. Буквально то же даст нам ст. 2114 т. X, ч. I (см. особенно удачную практику Кассационн. департ. по Гаугеру). Для второго случая мы имели бы признать наличность не купли-продажи (сделки притворной, симулированной), а наличность сделки дарственной, которая подлежит инвалидации со стороны заинтересованных (родичей), ибо безмездное отчуждение родовых имуществ воспрещено в их интересах (ст. 967 т. X, ч. I).

Мы видели, таким образом, ряд случаев, где состав волеизъявления есть вымышленный, в смысле полной его прозрачности или замены подлинного волеизъявления притворным, и во всех случаях последствия далеко не одинаковы. В одном случае сделка ничтожна и не способна иметь никакого юридического эффекта, по крайней мере, для самих договаривающихся. В других случаях задача юриспруденции состоит в том, чтобы раскрыть сквозь призрак, сквозь симуляцию, подлинный юридический состав волеизъявления и обсудить силу сделки по этому ее составу. Для силы сделки решающим будет, стало быть,

¹ Из сделок “неподвижных” (по терминологии Бринца) наиболее для этой цели пригоден, конечно, заем, который хотя не представляет собой *абстрактного* обещания суммы, но все же *обещание суммы* и будет иметь силу не только когда в основе лежит реальная *дача суммы*, но и в таких случаях, где дачи не было, и заемным обязательством покрываются долги, возникшие по другим основаниям (Т. X. Ч. I. Ст. 2017).

² Неудобства дадут себя чувствовать в случае пропажи принятых на сохранение денег и в разных комбинациях конкурсного производства (см. частью ниже указ. на ст. 2114. Т. X. Ч. I).

волеизъявление дееспособного лица, направленное на изменение гражданских правоотношений в пределах известного института (см. выше. С. 35 и 36), и притом *волеизъявление подлинное*, соответствующее *действительно происшедшему юридическому* событию.

Наряду с рассмотренными случаями отклонения волеизъявлений от их *нормального* юридического состава мы имеем еще два случая таких же отклонений. Это, во-первых, так назыв. *reservatio mentalis*, и, во-вторых, волеизъявления несерьезные. Ни тот, ни другой не разработаны в нашей действующей системе, хотя и тот и другой, несомненно, известны нашей практике. Для нас здесь оба эти отклонения от нормы любопытны потому в особенности, что на них выдерживает пробу учение о *волеизъявлении*, которое мы положили в основу строения сделки, заменяя этим прежнюю основу учения, которую указывали в *самой воле*, во внутреннем, а не во внешнем ее моменте.

Для первого случая мы возьмем пример из нашей практики, который приводили уже выше. Я приобретаю вещь в совершенно нормальных, в юридическом смысле, для возмездной сделки, купли-продажи, условиях, и затем доказываю совершенно убедительным образом, что приобретение было мною совершенно без нормального для подобных случаев намерения иметь эту вещь как собственность, а с исключительной целью раскрыть следы преступления, для чего мне было необходимо нужно иметь эту вещь в руках как свою.

Это настоящая *reservatio mentalis*. Мы спрашиваем, следует ли допустить инвалидацию сделки ввиду несомненно доказанной *именно этой цели приобретения* или нет? и если не следует, то по каким соображениям?

На этот вопрос последователи учения о *воле* как основе сделки (*Willenstheorie*, см. выше. С. 101 и след., 114 и след.) отвечали и должны были отвечать, конечно, *утвердительно*, ибо *воли* приобрести вещь в данном случае у покупателя действительно не было.

Но давая последовательный, в смысле принципа, ответ, писатели этого лагеря не могли не видеть, что они, при помощи *reservatio mentalis*, открывают возможность колебать силу любой сделки по этому до времени скрытому и в надлежущую минуту выставляемому мотиву *отсутствия воли*.

Ввиду этого необходимо было искать, так или иначе, выхода из трудной позиции. И мы видим, что выхода действительно ищут, и притом такого, который дал бы в результате ответ *отрицательный* не по одним только практическим неудобствам положительного ответа, а по *внутренним основаниям*, которые не допускают ссылки на *reservatio mentalis* как на повод для инвалидации сделки.

Один из виднейших последователей *Willenstheorie* в немецкой литературе, покойный проф. Бернгард Виндшейд, конструировал свой

ответ так. Инвалидировать сделку ссылкой на *reservatio mentalis* нельзя потому, что право не может допустить, чтобы кто-либо ссылался на собственную ложь¹.

Ответ поистине неожиданный!.. Если сила сделки держится на воле, то какое же может быть основание мешать раскрытию, когда бы то ни было и каким бы то ни было способом, подлинной основы сделки, *настоящей воли*, взамен волеизъявления, которое было ложным? Такого основания быть не может! С этой точки зрения, путь к истинной воле должен быть всегда открыт. — Другой вопрос, *отчего* Виндшейд не допускает замены лжи истиной в этом вопросе о подлинной воле? Оказывается, что справиться с принципом подлинной воли совсем не легко, когда речь идет не о теоретических построениях, а о практическом применении таких учений. Невозможность, прямая практическая невозможность применить это учение и заставляет Виндшейда пресечь путь к раскрытию истины взамен лжи, да одновременно с этим порешить собственно и со всей *Willenstheorie*, которая оказалась совсем неспособной выдержать настоящего практического искуса.

Мы вовсе не держимся этой основы в учении о силе сделки. Для силы сделки мы не исследуем психических процессов, которые должны были предшествовать волеизъявлению. Если волеизъявление не есть вынужденное и не включает в своем составе признаков существенной для этого состава и притом извинительной ошибки, то весь вопрос, *почему захотел* N купить, продать, нанять, занять, подарить — есть для нас безусловно праздный. Это *ничего* для сделки не значащие речи. Мы имеем в праве, в праве гражданском, в юридической сделке, дело вовсе не с подлинным психическим процессом. Это для нас не-весомые, *imponderabilia*. Этого нельзя ни счесть, ни определить по нашему методу. Мы имеем дело с волей в известных ее проявлениях, с тем, что мы выше назвали *внутренним формализмом воли* (см. выше. С. 96 и след.).

Если покупатель утверждает, что он *не имел намерения* приобрести вещи через куплю, а покупал, чтоб раскрыть следы преступления, то это может быть правда, но такая, которая ничего не изменяет в юридическом эффекте сделки. *Намерение приобрести вещь мы разумеем не в смысле внутренних побуждений для этой операции* (вещь понравилась, подошла кстати, может пригодиться, выгодно перепродам, уличу мошенника и проч. подобное), а в смысле чисто формального *animus domini acquirendi*, такого намерения, которое все вылилось вполне и окончательно в самой *сделке купли-продажи*, и никакому колебанию

¹ *Pandekten*. 8-е изд. Т. I. С. 324 (§ 75, примеч. I c.): die Mentalreservation ist desswegen unwirksam weil das Recht nicht zugestehen kann, dass Jemand sich auf seine Lüge berufe. Ту же вся предшествующая литература.

под влиянием предшествовавших внутренних процессов (перестала нравиться, оказалась не нужна, никто не покупает, следов преступления, а может, и самого преступления вовсе нет) не подлежит, пока не последует *нового волеизъявления* или новой сделки, в которой обнаружится другое *юридическое* намерение, другой *animus*, напр., *animus domini transferendi* и проч.

Вот в чем мы разнимся по этому вопросу от последователей Willenstheorie. Мы тоже не допускаем инвалидировать сделку посредством так назыв. *reservatio mentalis*; но основания наши иные. Для нас внутренние психические мотивы не существенны ни для возникновения, ни для эффекта сделки, а посему, если б было доказано, что они вовсе не те, каким следовало быть, то мы этому обстоятельству не даем никакого значения и в вопросе об инвалидации сделки (см. § 116 нов. герм. гражд. Улож.). Немцы дают еще любопытный пример *reservatio mentalis*. N делает почин подписки на памятник такому-то, выражая при этом полную уверенность, что подписка никогда не достигнет необходимой суммы и что платить подписных денег не придется. Подписка, однако, сверх чаяния, пошла очень удачно и достигла положенного предела. Натурально N не вправе отказать в уплате, ссылаясь на указанную *reservatio mentalis*.

Итак, критерий внутреннего формализма волеизъявления мы выдерживаем всюду, и применение его к рассматриваемому вопросу оправдывает вполне солидность сделки и обеспечивает интересы правильного гражданского обмена.

Последний вопрос, которому ныне дают видное место в учении о внутреннем строгости сделки, есть вопрос о несерьезном (шутливом) волеизъявлении. Если шутка очевидна для лица, к которому волеизъявление обращено, то оно, натурально, останется без юридических последствий. Но если бы шутка осталась неразгаданной вовремя, и волеизъявление было бы принято как серьезное, то указание на шутливый его характер не избавит такого шутника от неудобных для него последствий его шутки¹.

Волеизъявления *несерьезные* являются нередко под влиянием упадка сознания, который может, в свою очередь, быть вызван болезнью или внешним аффектом, напр., опьянением. К таким волеизъявлениям нельзя применять, в смысле их юридических последствий, тех критериев, которые рассчитаны на нормальное состояние дееспособного субъекта. Это будет временная, преходящая недееспособность, часто весьма трудно уловимая. Для устранения опасности от таких состояний

¹ Ср. § 118 и 122 нов. имп. Улож. По этим вопросам не мало потрудился Иосиф Колер (Kohler) в ряде статей в Jahrbücher Ihering'a (Bd. 19 и 28), также Hartmann (там же. Bd. 20).

современное в сфере гражданских правоотношений общее право, наше действующее и новое германское Уложение, не дает иных средств, кроме внешних, обрядных реквизитов волеизъявления, о чем мы скажем впоследствии. В отдельных случаях вся гарантия сознательной деятельности ограничена удостоверением соучаствующих в сделке лиц, что совершающий ее находился в это время в состоянии здравого ума и твердой памяти. Тут возможны, натурально, ошибки и злоупотребления; но доказательство болезненного состояния, бреда, опьянения, по существу дела, крайне трудно. Если бы, однако, эти условия волеизъявления могли быть доказаны, то сделка, совершенная в состоянии временного ослабления или помрачения сознания, подлежала бы инвалидации по тем же принципам и в тех же пределах, в коих законодательство допускает инвалидацию сделок лиц недееспособных.

Широко ставить условия инвалидации сделок по поводу временной потери сознания, особенно при опьянении, которое достигнуто не по воле, было бы опасно для надежности юридических волеизъявлений, ибо состояние опьянения, потери сознания и его степени, нетрудно симулировать; а затем нет основания облегчать уклонения от гражданской ответственности для лиц невоздержных.

Вопрос о лицах, пользующихся болезненными состояниями волеизъявляющего для своих целей, стоит, натурально, совершенно особо от вопроса о силе юридической сделки.

В. РАЗДЕЛ ВТОРОЙ

ОБРЯДНАЯ СТОРОНА СТРОЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СДЕЛКИ

§ 55

Обрядности волеизъявлений. — Сделки обрядные или формальные в юридическом смысле. — Юридические обрядности с исторической и практической, с личной и общественной точки зрения. — Декларативный и конститутивный характер обрядностей. — Более или менее тесное сочетание сделки с реквизитом формы. — Разные способы формального волеизъявления. — Скучность обряда в действующей системе. — Причина явления. — Обрядность *речей*. — Русская старина. — Памяти *устных* сделок. — Письмо как *corpus negotii*.

Для того чтобы воля лица вызвала в каждом конкретном случае, как *causa efficiens* известного события, ту или другую перемену в юри-

дических отношениях, недостаточно одной ее наличности, необходимо еще, чтобы она была субъектом сделки выражена¹, и притом выражена известным образом. Реквизит волеизъявления для состава сделки мы разобрали выше в ряде учений *о внутреннем формализме воли* (с. 101, 114 и след.). В дальнейшем нашу задачу будут составлять *способы внешнего выражения воли* или учение *об обрядности волеизъявлений, о наружном формализме волеизъявлений*.

Мы ограничимся здесь (в Общей части) немногими общими положениями, частности же найдут место в учениях об отдельных видах сделок.

Есть сделки, для существования и юридического эффекта которых необходим *определенный обряд* волеизъявления; есть другие, для коих *внешняя сторона* волеизъявления *безразлична*. Мы их называем обрядными, формальными, в первом случае, и безобрядными, неформальными, во втором.

Признаков этих, однако, далеко не достаточно, чтоб иметь в *юридическом смысле* достаточный критерий для различения обеих категорий сделок. Лицо может обставлять, по собственному усмотрению, свои имущественные операции такой помпой, которую нельзя объяснить ничем, кроме его личных склонностей. Безобрядная сделка не станет от этого формальной или обрядной в юридическом значении этой квалификации. Ввиду этого Савиньи, а за ним и Pheing принимают за решающий для этой группировки сделок критерий *легальный, объективный*, а не личный. Если обрядные реквизиты сделки установлены объективной нормой, тогда и ее юридический эффект будет, в той или другой мере, зависеть от выполнения этих обрядностей, и сама сделка

¹ В учение о сделке входит, как было указано выше, только волеизъявление. Регельсбергер думает, что воля как сущность мыслимая (Gedankending) вовсе *не выходит из мира внутреннего*, и то, что мы в праве называем волей, есть лишь *отражение ее* (Pandekten. § 136). Но, прибавляет он, эта *неточность* не есть большая, чем, напр., в суждении — лес зелен, тогда как, собственно, таковым лес лишь отражается в наблюдателе. Заметим по этому поводу, что для юридической техники суждение, воля выражена, так же как — лес зелен, не может рассматриваться как *неточность*, ибо задача юриспруденции не есть познание сущности вещей, и поправка Регельсбергера — воля отразилась вместо выразилась будет для наших целей представлять *излишнюю* точность; здесь то же, что в измерении времени, пространства, веса, где мы также не идем далее известных, необходимых для юридической техники пределов точности. Пусть наличность воли так или иначе была бы констатирована, независимо от *ее выражения со стороны субъекта*, для нас это не имело бы цены. Заключение о наличности воли от известных данных, *facta concludentia*, не противоречат реквизиту выраженной воли, ибо, как увидим, в известных условиях и простое молчание есть тоже волеизъявление в юридическом смысле.

должна быть рассматриваема как обрядная, формальная в юридическом смысле. Иначе это будет сделка безобрядная, хотя бы соучастники и установили для совершения ее те или другие реквизиты формы. При этом закон может предоставить заинтересованным не одну обрядность, а несколько, на выбор сторон, от чего обрядный характер сделки не изменится.

Необходимо, однако, чтобы несоблюдение установленных объективной нормой обрядностей сделки *отражалось на ней самой*, а не на субъекте сделки. Если бы все последствия невыполнения легального требования ограничивались, напр., удвоением сборов с уклонившегося от платежа пошлины (напр., гербового сбора), без всякого ослабления силы сделки, то требования этого рода, конечно, касались бы только лица, а вовсе не самой природы сделки, которая может при этом в юридическом смысле остаться безобрядной.

Мы убедимся в дальнейшем, при рассмотрении отдельных способов обрядного волеизъявления, что требования объективных норм в вопросах этого рода не представляют собой ничего произвольного, а наоборот, обыкновенно очень рельефно выражают общее состояние культуры в данную эпоху и в данном обществе¹. Заметим здесь только, что отдаленным эпохам и невысокому уровню культуры вовсе не соответствует простота и бесформенность сделок, а скорее, наоборот, упрощение обрядностей достигается успехами культуры и общим подъемом ее уровня. Мы утверждаем это для такой сферы волеизъявлений, где волеизъявление рассчитано *на юридический эффект*, на высшее свойство определенности, известности и надежности правоотношений, а не на простой фактический их эффект.

¹ В общем эту сторону вопроса разрабатывали не юристы исключительно, а в особенности историки, которые ставили себе целью освещение успехов сознания и культуры с помощью любых бытовых данных, языка, религии, права. Таков *Grimm*, которого знаменитое исследование *Von der Poesie im Recht* появилось в *Zeitschr. f. d. geschichtl. R. Wissenschaft*. В свое время *Michelet*. *Origines du droit franç. cherchées dans les symboles et formules*. 1837, передавал французскому ученому миру эти изыскания, обогащая их своими работами. Новое изд. "Origines" *Michelet* сделал *Faguet*. Ныне между историками немецкого права, дающими этим вопросам богатое освещение из общих бытовых данных, впереди стоит *Brunner*. У французов *Glasson*, *Henri Beaulieu* (*Droit coutumier français*, особ. 3 т., *Les contrats*. 1889). Мы не берем на себя исчерпывать этого вопроса; с некоторыми частностями встретимся впоследствии. Для русского права разработка историческая этих проблем идет частью в связи с задачей изучения обычного права, и тоже опять с общими проблемами изучения языка, верований, нравов. Богатые указания читатель найдет в сочин. проф. *Ф. И. Леонтовича* "Старый земский обычай", о коем скажем ниже. Необыкновенной жизненностью взглядов на эти вопросы отличаются давнишние работы *Ihering'a*, из лучшей поры его литературной деятельности. Обращаем особое внимание читателя на блестящие обобщения в § 43—47 *Geist'a*.

Независимо от исторического освещения вопроса об обрядности волеизъявлений, юристы давно уже ставили себе задачу разъяснить практический смысл обрядной обстановки юридических актов вообще, сделок в особенности. Савиньи различал здесь две стороны дела. Прежде всего, думает он, осложнение волеизъявлений в вопросах права обязательным обрядом имеет всегда большую цену для лиц, совершающих сделку, стало быть, в субъективном смысле. Редко сознание содержания, значения сделки и решимость вступить в нее созревает у человека вдруг. Обыкновенно этому предшествует некоторое колебание, за которым следует решимость. Обрядная обстановка сделки нередко очень содействует тому, чтобы *пробудить* в субъекте соответствующее серьезности акта настроение¹. Ihering прямо называет обрядность будильником сознания. Нет никакого сомнения, что во многих случаях, где волеизъявление могло быть несерьезным (у человека больного, с сознанием, смущенным каким-либо эффектом внешним, испуг, опьянение), обрядность способна послужить сигналом тревоги, перед которым отступит слабая, незрелая воля.

Это одна сторона дела. Но наряду с этим юристы дают высокую цену обрядности волеизъявлений с точки зрения удобств, которые доставляет хорошо рассчитанный формализм целям известности правоотношений в широких кругах лиц заинтересованных. Это точка зрения общественная, — *объективные*, по выражению Савиньи, преимущества сделок обрядных перед безобрядными. Ihering обращает, с этой точки зрения, особое внимание на легкость, быстроту обмена, сбережение труда и времени, которые получаются в результате хорошо выработанной и приноровленной к цели наружной стороны волеизъявлений. Это то же, что чекан монеты, который избавляет нас от необходимости исследовать всякий раз достоинство металла, определять его вес. При массовом обмене стереотипный обряд юридических волеизъявлений имеет в этом смысле большую цену.

При этом значение, которое дает закон соблюдению обрядовой стороны волеизъявления в составе юридической сделки, есть далеко не одинаковое.

Есть обрядности, рассчитанные главным образом на удобство судебного осуществления притязаний, основанных на сделках. В этих случаях невыполнение обряда влечет за собой только некоторое замедление или неудобство в достижении цели сделки, не делая вовсе волеизъявления ничтожным. Эта обрядность только *декларативного* характера. Образцов легко указать множество в любой системе (см., напр.,

¹ ...in dem Handeluden den Zustand gesammelter Besonnenheit zu wecken. (System. III. С. 238).

по Code civil реквизит письма для сделок на сумму выше 150 фр., art. 1341 и след.; по нашему общему праву такой же реквизит формы в ст. 2045, 2046, 2047 т. X, ч. I).

Совершенно другое дело, когда выполнение обряда составляет самый *corpus negotii*, и без него вовсе не существует сделки, хотя бы в данном случае было совершенно легко доказать наличие безобрядного волеизъявления. В таких случаях указанная объективной нормой обрядность волеизъявления будет составлять *конститутивный* реквизит строения сделки, без которого она вовсе не существует. Примером может служить реквизит письма для волеизъявлений на случай смерти, который устанавливает наша действующая система. N., находясь в здравом уме и твердой памяти (ст. 1061), сделал, в присутствии совершенно достоверных свидетелей, волеизъявление о своем имуществе на случай смерти (ст. 1010), но сделал его устно (ст. 1023), и эта несомненная воля умершего не будет его духовным завещанием, ибо *законным*, в смысле обрядности, будет только такое волеизъявление, которое совершено на письме.

Такая *связь сделки с воплощающим ее обрядом* может быть более или менее неразрывная. Обрядность может быть необходима как конститутивный реквизит *возникновения* сделки (заемное письмо, которое затем утрачено при какой-либо случайности), или еще и в известной стадии ее *осуществления* (домашнее завещание явлено по смерти завещателя и утверждено в надлежащем порядке), или, наконец, самое существование сделки может быть неразрывно связано с наличием данной формы, в которой воплотилось волеизъявление (некоторые виды предъявительских бумаг, не допускающих амортизации, напр., купоны).

Мы подвергли, таким образом, некоторому анализу обрядовую сторону волеизъявления. Мы указывали пока одни выгодные стороны юридических обрядностей и наружных обличий волеизъявления. Но это не одна их сторона. Обрядности часто могут тяготить обмен, а в этих случаях здравые интересы общежития ищут обойти их по возможности без вреда для существа дела. Вместе с успехами культуры множество формальных реквизитов волеизъявления отживают свое время, уступают место обрядам менее тяжелым, менее обременительным для гражданского обмена и, наконец, открывают все более и более простора для таких способов изъявлять волю, которые необходимы, совершенно независимо от требований легальных норм, для того, чтобы обеспечивать за ними достоверность, прочность, огласку, которая существенна для предполагаемого эффекта сделки. Таким образом, на более высоких степенях культуры мы находим в этой области права, наряду с остатками старого формализма и обрядности в юридических

волеизъявлениях, множество сделок, производящих весь свой юридический эффект совершенно независимо от какой-либо специфической торжественности, к которой обязывает объективное право, при наличии простейших безобрядных средств изъявлять свою волю, письма, слова, знака, даже молчаливого допущения совершиться событию, о наступлении коего лицо было своевременно осведомлено и, в случае нежелания допустить тот или другой его эффект для себя, могло в этом смысле, в смысле протеста, изъявить свою волю.

Эту смену обрядных и необрядных способов волеизъявления мы проследим в дальнейшем, рассматривая отдельные способы или средства, какие право признает как необходимые или достаточные для совершения юридической сделки.

Что касается *отдельных способов обрядного волеизъявления*, то их можно насчитать весьма много. Это может быть знак, смысл которого вполне определился в юридической практике, символ, слово, письмо, тот или другой способ оставлять письменный след волеизъявления, соучастие обрядных свидетелей, общины, органов, удостоверяющих юридические события, суда, администрации, органов власти церковной и светской, начиная от низших до высших ее представителей. К числу формальных реквизитов сделки могут принадлежать реквизиты места (торг, площадь, биржа, суд, храм) и времени (дни, *dies fasti*, *nefasti*; у нас различия церковные и светские; также часы дня).

Если дух формы и обряда составляет продукт известного состояния общества, то, натурально, в процессе развития форм и обрядностей юридических легко наблюдать некоторую закономерность и преемственность форм и обрядов волеизъявления, соответствующую уровню развития общественного сознания, и замену тяжелых и грубых способов выражения понятий и актов воли более совершенными, простыми и легкими средствами достигать тех же целей.

На службу юридических актов, для внешнего их выражения, идет впереди *знак*, знамение (*signum*), эмблема, символ, образ. В истории права раньше других способов волеизъявления мы видим такие, которые в образном виде выражают мысль, делают ее осязательной для сознания, не привычного к абстракциям. С помощью таких демонстрированных, осязательных признаков для слабой мысли невидимое (власть, господство) становится видимым (меч, копье), отдаленное — близким (дерн, клоч шерсти, осколок колонны), скрытое — явным (необходимость *лицом* показать, чего именно требуют, “оже лица не будет, дати ему железо”, обрядное прикосновение, весы). Обрядовая сторона юридических актов, с их знаками и условной обстановкой, неизбежно сопровождает первоначальные явления юридического обмена во всех его видах. Эту же привязанность к внешнему, к обряду, к

принятой обстановке легко наблюдать и ныне в жизни наиболее консервативных классов общества. И наряду с этим для нас важно отметить, что эта черта в действующем нашем гражданском праве и процессе не только мало заметна, но положительно менее заметна у нас, чем в обиходе западной гражданской практики и гражданского процесса. Из всего, что можно назвать символической обрядностью при совершении гражданских сделок у нас, почти не осталось следов в составе т. X, ч. I. Это разве *передача вещи или ввод во владение*, которому закон присваивает известное значение в вопросе об укреплении прав на имущество, *наддрание* заемного документа, коим в коммерческом суде доказывался платеж, если документ при этом передан должнику и не будет доказана иная цель такого действия¹, вручение задатка, как *знака* состоявшейся сделки, удары молотка при аукционах. Эту скудость обрядного в официально действующих способах волеизъявления нельзя объяснить отсутствием преданий или потребности в обрядах этого рода. Причина лежит в том, что источником действующих норм служило не обычное наше право, как во многих западных системах, а почти исключительно указная деятельность старого времени.

Более свободным и более гибким становится дух формы, когда на службу для выражения воли приходит *слово*. Историки права замечают, однако, что и на самом слове долгое время лежит печать тоже известной обрядности. Для знаменования юридических волеизъявлений далеко не безразлично употребление той или другой *verborum solennitas*, тех или других обрядных речей, коими обмениваются лица при совершении сделок и в процессе. Этой *обрядностью речей* очень изобилуют старые наши памятники сделок и процесса, на коих, несомненно, лежит печать строгости и условности. Русская Правда именно указывала обрядность речей, когда требовала, чтобы стороны в процессе известным образом вызывали друг друга или обменивались речами: *не рци* ему мое, а *рци* ему тако: поиди на свод..., по сего *речи* емлю то; ... *нельзя рци*: не ведаю у кого купил. То же не только для сторон, но и для послухов. Псковская судная грамота опорочивает послушество, когда *послух недоговорит или переговорит*, требуя явно формального тождества речей сторон и людей, на коих стороны *шлются*. То же, наконец, и много позже, в Судебнике: “а хотя и *не великим словом* не договорил” (указ к Судебнику 21 авг. 1556 г.). *Формализм слова* удерживается в процессе и в XVIII в., во времена Татищева, когда истец проиграл процесс, потому что, указав свидетелей, “не домолвил

¹ В практике наших судов известен случай такой передачи документа в руки должника (куп. Плотников в Воронеже) с целью написать новый, чем должник решил воспользоваться для доказательства уплаты долга.

и на *tex illi*»¹, — та же *nimia subtilitas*, приводящая к той крайности, *ut vel qui minimum errasset, litem perderet*.

Слово, речь, в этих условиях служит средством юридического волеизъявления сторон и свидетелей (послухов) далеко не как обыденный способ обнаружения мысли, воли. Для силы слова часто нужен сопровождающий его обряд, известный ритуал, особая способность к этому акту со стороны волеизъявляющего, которую далеко не все имеют. Это *юридический* акт, а не простой разговорный обмен мыслей, для которого не нужно никаких формальных реквизитов. Точно так же не в любой обстановке речь производит свой юридический эффект. Обмен речей имеет нормально произойти перед *людьми*, на миру, гласно, перед созванными для этого свидетелями-соучастниками, послухами, на торгу, на суде. Какая в подробностях необходима обстановка для юридического эффекта обрядных речей, — это зависит от свойства совершаемого этим способом волеизъявления. Иной раз довольно гласно выразить решающую волю в кругу своих, семьи; в других случаях необходимо соучастие свидетелей из другого, более широкого круга лиц, родичей, общины того или другого состава, соседской, поземельной, людей одного сословия, исповедания.

Такая обязывающая сила слова в составе юридической сделки держится, несомненно, и ныне; но ныне нередко в целях упрочения известности содержания сделки устное волеизъявление сопровождается еще письменным ее начертанием. Письмо при этом может не составлять существенной для перфекции сделки обрядности и служит только средством легчайшего запоминания и воспроизведения состава сделки.

Это то же, что письменное начертание *обычных* юридических норм, которые от этого не перестают быть *jus non scriptum*. Неволин дает нам в своей “Истории рос. гражд. законов” образцы таких *памятей*, в которых вполне отражается живой драматизм волеизъявления сторон и послухов, тут же присутствующих и знаменующих этим свое *обряд-*

¹ Образцы этого формализма слова прекрасно собраны у П. И. Беляева (Очерки права и процесса в эпоху Русской Правды в Сборнике правоведения. V и Специальное назначение судей и судебн. грам. в древнерусском процессе, там же. VIII). То же в исследовании *Jobbé-Duval*. Etude historique sur la revendication des meubles. 1881 и параллельно с этим *ego же*. Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les romains. 1896, tome premier, la procédure par le pari (agere per sponsionem). То же особенно в трудах Brunner'a, на которых основываются последующие писатели (особ. Jobbé-Duval) и которые соединены из разрозненных журнальных статей в собрании сочинений *Forschungen zur Gesch. d. deutsch. u. französ. R.* 1894. С. 272, 277 (*Parole une fois volée ne peut plus être rappelée*); особ. статьи *Wort u. Form im altfranz. Proz.*, также *Die fränk-roman. Urkunde*.

ное соучастие в совершении юридического акта. Форма волеизъявления есть или очень близкая к латинской, в первом лице, “Се аз такой-то”, или в третьем “Се купи такой-то” (новгородские акты); затем следует содержание акта, указание послухов “а на то послуси...”, иногда наименование писца, приложение печати, но без подписи соучастников (с. 51, 55). Так что весь письменный акт представляет собой только *память* сделки с необходимой для ее юридического эффекта обстановкой.

Кто были у нас, как и на Западе, эти *писцы*, — нетрудно угадать по общим традициям грамоты и школы, которые повсюду долгое время составляли обычное призвание класса лиц духовных, у нас в особенности.

Но письмо не всегда составляет *только внешнюю* принадлежность сделки, приводящий элемент ее строения. Мы имеем весьма ранние указания такого назначения грамоты и письма, где явно этот способ волеизъявления образует самый *corpus negotii*.

Это ясно из тех случаев, когда обладание грамоты составляет необходимое условие осуществления права, в ней воплощенного, и вместе легчайший способ легитимации для любого ее обладателя. Такие грамоты были, несомненно, известны в древнерусской, допетровской практике сделок (кабалы)¹.

Итак, внешние знаки, речь, письмо, с тем или другим его значением для совершения сделки, составляют очень ранние сменяющиеся обрядные способы юридических волеизъявлений.

Мы увидим впоследствии, что письменный способ совершения сделок представляет значительное разнообразие в смысле самого метода выполнения этого обряда.

¹ Профессор Нерсесов в своем трактате “Бумаги на предъявителя” указывает *белые хартии* с великокняжеской печатью, коими были снабжены великокняжеские посланцы в Константинополь, чтобы пользоваться ими, в случае необходимости кредитоваться, посредством начертания на этих бланках заемных обязательств, кабалы. Тут же указан образец кабалы на 80 р. с клаузулой на ней: а кто с кабалой на суд станет, тот истец (с. 70 и 71). Таких примеров старая юридическая письменность дает немало; см. напр. в Актах, до юрид. быта относящ. Т. II. С. 3 и след., где мы имеем закладные с XIV в., на столб. 11 закладная на полную девку с клаузулой: где ся закладная кабала выляжет, тут по ней суд и правож, кто (с) сею кабалою станет тот по ней истец (1663 г.); то же см. с. 16. На с. 17 любопытный образец послушества при закладе жены за долг якутом, “а у закладной сидели шаманы”.

§ 56

Обрядности волеизъявления (продолжение). — Соучастие свидетелей. — Значение его в старых бытовых условиях. — Качества послухов. — Следы послушества в современных системах, Code civil и наша действующая система. — Послушество как вспомогательная обрядность при совершении сделки. — Эпоха переворота. — Теперешние реквизицы послушества. — Петровские реформы. — Фискальный интерес. — Со словный характер Екатерининских установлений для укрепления актов. — Очищение гражданских институтов и развитие общих способов corroborации. — Нотариат на Западе. — Нотариальное положение 14 апреля 1866 г. — Четыре устройства, различие способов содействия. — Волеизъявления безобрядные.

Здесь нам следует особенно остановить внимание на только что указанном старинном обрядном реквизите совершения сделки непременно *с соучастием свидетелей*, которые тут же присутствуют, сидят, перед которыми и происходит формальное волеизъявление. Для силы сделки может не быть достаточным, в смысле формальных ее реквизитов, ни одно слово, речь, ни письмо, и быть совершенно необходимым волеизъявление именно *перед людьми*. Это в высшей степени характерная и живая сторона *всего вопроса о правотворящей силе сделки*. Обрядность эта освещает нам не только историческую сторону вопроса; но она сохранила, несомненно, решающее значение в отдельных случаях и для теперешней каутелярной практики.

Необходимость обрядного соучастия свидетелей, послухов, людей, мужей особенно рельефно выступает в старых бытовых условиях, когда не только правоспособность отдельного человека, но и самое правосознание далеко не есть настолько объективное, каким мы его наблюдаем ныне, при действии общеобязательных легальных норм и судебных органов, обязанных *ex officio* восстанавливать нарушенное право. В условиях субъективно сознаваемого права нельзя сослаться на готовую объективную норму. Ее нет. Скрытое право надо еще раскрыть, обнаружить всякий раз, и для поддержки его найти опору *в людях*. Вот на какой глубокой бытовой основе держится необходимость к совершению сделки всякий раз призывать живых соучастников, на коих, собственно, и будет держаться действительная ее крепость. Более не на чем ей и держаться в этих условиях.

Какие именно нужны в отдельных случаях люди, это зависит от содержания сделки. Мы указали на это выше. Это будет всегда *те, кому ближе правоотношение, подлежащее изменению* по воле субъекта сделки. Соучаствовать будет нормально или весь союз (семейный, ро-

довой, поземельный и прочее), когo касается дело, или отдельные члены союза, более или менее солидарные с целым.

Подтверждением для этого общего обрядного реквизита совершения сделки могут служить явления латинского права на разных ступенях его развития, немецкого, русского, безразлично, ибо необходимость этого соучастия комиций, союзов самого различного типа, повсюду вызывается одной и той же причиной, глубоко лежащей в состоянии правосознания людей в известную эпоху его развития¹.

Мы остановимся здесь на одной формальной стороне этого обряда. Такие соучастники сделки не фактически, а *юридически* соучаствуют в ее совершении. Они нужны не для того, чтоб выполнить какую-либо услугу фактического характера при совершении сделки, доставить вещь, сосчитать, записать, когда сделка не есть по существу письменная. Для совершения таких действий не нужна ни гражданская правоспособность соучастника, ни разумение существа юридической сделки. Обрядные у сделки свидетели суть именно соучастники *юридической* операции. Отсюда следует, что это не могут быть *случайные свидетели события*. Они должны быть *призваны* к такому соучастию. Это не могут быть люди, не знающие языка, на котором выражена сделка, чуждые общения, особенно общности правосознания с субъектами сделки. Они нормально суть мужи, откуда и старое обозначение их деятельности словом *мужевать*. Стороны должны *ссылаться на них* в смысле готовности их содействовать той стороне, которая на них *илется*. Возможно, что отсюда образовалось их название *послухами*. Они должны быть не только право-, но и дееспособные люди, стало быть, совершеннолетние, ибо содействие их перед обществом, перед судом, в подтверждение юридической силы сделки, только при этом условии и может быть юридически эффективным. Каким способом этот соучаствующий союз или эти призванные к содействию совершения сделки люди, мужи, послухи, должны выразить свое обрядное соучастие, на это нельзя дать общего ответа. Все зависит от смысла, содержания, значения сделки и особых обрядностей, свойственных данному виду волеизъявлений самих субъектов сделки. Итак, союз или призванные

¹ Для исторического освещения вопроса мы посвятили ему в свое время особое внимание в сочинении, вышедшем 35 лет назад под заглавием "Источники права и суд в древней России". Москва, 1869. Русская юридическая литература не раз принималась за разработку этой очень важной историко-юридической проблемы. Но едва ли где эта задача получила такую всестороннюю разработку, как в замечательном трактате *Ф. П. Леонтовича* "Старый земский обычай". Одесса, 1889 (из IV т. "Трудов VI Археологического съезда в Одессе"), в котором функция "мужей", "послухов" у сделки и на суде поставлена опять в тесную связь с процессом образования юридических норм обычного права.

соучастники могут именно речами, действиями выразить свое соучастие в совершаемом акте. Мы видим в отдельных случаях мужей, которые *делают обход границ* вместе с приобретателем поземельного участка, или послухов, которые *говорят в те же речи*, что и стороны, *подписывают акт, прилагают печати*. Возможно, что они при сем удостоверяют отдельные моменты, коими обуславливается юридический эффект сделки (т. X. Ч. 1. Ст.1050). Соучастие может все ограничиться *молчаливым присутствием* при совершении обряда, при заключительном его акте, при прочтении письменного текста. Возможно, наконец, что *простая осведомленность* известного круга лиц, независимо от какого-либо выражения их одобрения, при одном отсутствии протеста, обнаруживает тоже отказ от права протестовать, коим тоже укрепляется юридический эффект сделки.

Эта старая, вековечная основа юридической силы акта, переживает нередко, как простой, но все же существенный для сделки ритуал, ту некогда живую движущую силу, под влиянием которой первоначально определялась, в известных исторических условиях, его необходимость¹. Для нас эта сторона дела здесь особенно любопытна. Итак, старинные, автономные некогда, союзные формы давно отжили или вовсе свою силу в вопросах права, права гражданского в особенности, или удержали лишь слабые следы прежнего своего значения, уступив прежнее свое значение нивелирующему влиянию государства, и, однако, обрядное послушество в том или другом виде и с тем или другим юридическим эффектом все же удержалось в силе как необходимая обстановка сделки.

Мы возьмем несколько примеров для освещения этой тезы. Code civil ставит, как общий реkvизит для занесения в акты гражданского

¹ Для старого права это соучастие живых представителей правосознания образует в составе юридической сделки ту равнодействующую, которую позже, вместе с волеизъявлением, дает для силы сделки объективная юридическая норма, или известный институт (см. выше). Значение для юридической силы акта соучастия таких послухов тем выше, чем менее известно право, чем менее выработаны его нормы; где есть установившаяся норма, обычная или легальная, там в силу этой известности права роль свидетелей-послухов является уже только *субсидиарной*. Эта роль много значительнее, она носит характер *правотворящего* соучастия, когда право находится в состоянии, предшествующем норме выраженной, в состоянии скрытом. В сделке правосознание сторон и свидетелей из этого состояния скрытой энергии переходит в новую фазу, выраженного в соучастии в сделке состояния; *latente Rechtssätze* из субъективно сознаваемых становятся определившимися, воплотившимися в данном конкретном явлении правосознания. Натурально, чем яснее сознается право как общая руководящая объективная норма в виде сложившегося обычая или в законе, тем перед этим светом сознания больше и больше меркнут первые его проблески в соучастии свидетелей, призванных дать юридическую силу сделке.

состояния какого-либо данного, явку личную или через представителя, самого заинтересованного в сопровождении *призванных* им свидетелей (*témoins choisis par les personnes intéressées, testes rogati*), которые должны быть *мужьями* (*ne pourront être que du sexe masculin*¹, непременно *совершеннолетние* (*agés de 21 ans au moins*). Запись в актах имеет быть *им прочитана* и ими или за них *подписана*. Все, что в этом старом обряде изменил *période intermédiaire*, бесследно поглотивший такую массу остатков старой союзной автономии, в данном случае — это разве безразличие родственных связей этих свидетелей с заявляющим (*parents ou autres*, art. 37). Остальное удержалось в том виде, как определилось исстари, в совершенно другую эпоху правосознания. Это живой остаток настоящих старинных послухов-мужей, обрядных соучастников многочисленных юридических актов прежнего времени.

Мы имеем в составе действующего законодательства некоторые, доовольно слабые, остатки некогда очень могущественной в вопросах права союзной организации, именно родовой, сочлены коей в известных пределах стесняют и ныне свободу распоряжения со стороны собственника имуществом, носящим свойство родового. Если, однако, продавая родовое имение, собственник *призвал* к соучастию в совершении купчей одного или нескольких родичей, которые подписались на этом акте свидетелями (обрядными, послухами), то этим они настолько укрепили силу акта, что отчужденное имущество не может уже быть ими опять возвращено в род по праву выкупа². Это живой остаток настоящего юридического содействия обрядных свидетелей, служащего для укрепления силы волеизъявления самого субъекта сделки. Здесь соучастие, выраженное в обряде *письменного* совершения сделки, без которого и сама главная сделка не имеет никакой силы. Но такое же соучастие родичей, дающее крепость акту продажи родового имущества, может быть и *молчаливым*, когда продажа родового имущества оглашается во всеобщее сведение при акуционе на удовлетворение долгов собственника. Родичи здесь молчаливо, своим невмешательством, укрепляют бесповоротно силу оглашенной таким образом сделки с тем же ровно эффектом, как призванные к совершению и подписавшиеся у купчей или в крепостных книгах рукоприкладчики и свидетели (ср. т. X. Ч. 1. Ст. 1347, 3 и 4, и 1362, 2).

¹ Закон 7 дек. 1897 г. допустил к этой роли свидетелей-послухов и женщин, но не мужа и жену одновременно (см. art. 37. Code civ. и *Planiol*. V. I. n. 517).

² Мы не сомневаемся, что здесь послушество не связано исключительно с правоспособностью *мужей*, ибо и женщины являются здесь равноправными с ними сочленами родовой организации и сохраняют имуществу, к ним поступившему и через них наследуемому, свойство родового. Этого начала равноправности нельзя, однако, расширять на все случаи обрядного послушества. См. ст. 1055. Т. X. Ч. I.

Мы указывали выше, что в допетровскую эпоху компетенция духовного суда обнимала, кроме ряда вопросов права брачного, еще и дела по наследству, особенно по духовным завещаниям. Особое основание близости власти духовной к вопросам завещательного права усложнялось воззрением на завещание как на акт устроения души отходящего из сего мира. Сведущими в этом деле и содействующими цели сделки были, конечно, прежде всего лица духовные, особенно отец духовный тестатора. Эти верования могли уступить времени; но в обрядностях, касающихся обстановки гражданских сделок, везде упорно консервативных, удержался и ныне совершенно живой след господствовавших в старину верований. Ввиду этого, для соленизации духовного завещания домашнего, писанного не самим завещателем, а им лишь подписанного, закон и ныне требует или трех свидетелей, или двух, если между ними находится *духовный отец* завещателя (ст. 1048). Это, однако, в теперешнем общем праве одиноко стоящий памятник *старого послушества* у сделки, не требующего дальнейшего осложнения юридическим соучастием еще других лиц, официальных. Во всех других случаях мы видим, что обрядные свидетели появляются у сделок, совершаемых с участием нотариуса и иных официальных агентов утверждения их силы. Таков даже тот второй взятый нами образец старого послушества, который мы указали сейчас при сделках об отчуждении в чужой род родового имущества.

Не будет ошибкой заключить, что эта старая обрядность, как *самостоятельный* способ укрепления силы сделки, почти исчезла в нашей теперешней каутелярной практике. Послухи являются ныне скорее как *вспомогательная* обрядность при других, внушающих нашему законодателю больше доверия.

Когда и как произошел этот поворот в истории нашего права? Несомненно, он составляет одну сторону того явления, которое заметно повсюду, на Западе и у нас, именно разрушения старинных союзных форм, с которыми связан был и прежний богатый источник правосознания в праве обычном. На Западе, напр., во Франции, это явление видно в XVI веке, где вместе с переработкой и гомологацией обычаев упадает значение свидетелей вообще. Но у французов обычай все же удержался как источник образования кодекса, и в самом кодексе понятие *призванных к юридическому соучастию* свидетелей вполне ясно. У нас тот же поворот произошел значительно позже, и притом много резче.

Мы сейчас покажем подробно, откуда и как шло движение к замене старого, вполне подручного и необходимого для некоторых видов сделок, способа обрядно обставлять их совершение. Здесь заметим только, что этот поворот произошел главным образом под влиянием петровской реформы актуарной части. Тогда окончательно была разбита в этой области автономия прежних союзов, поглощение всех ис-

точников права одним указом и замена соучастников сделки, свидетелей и вольных дьяков, новыми официальными органами ее удостоверения.

В действующей системе свидетели у сделок являются естественно не в тех только случаях, которые мы показали выше (духовная и купчая), а в массе других случаев, но уже повсюду в роли *субсидиарно-обрядной*. Общие определения о роли свидетеля у сделки в старом законодательстве, сохранившемся еще и ныне в составе т. X, ч. 1 для мест, где не введено Нотариальное положение 1866 года, даются не самостоятельное, а в связи с Инструкцией надсмотрщикам, выработанной главным образом на основании петровских и некоторых (особенно из царствования Анны Ивановны) последующих указов. В старых изданиях Свода они помещались в ст. 809—816 (мы берем изд. 1857 г., которое повторяет прежние, мало их изменяя); в новых (с 1887 г.) то же находим в приложении к ст. 708, ст. 67—72 в изд. 1900 г. исключены. Достаточно сопоставить эти издания, чтоб ясно видеть, как исчезают последние следы прежнего самостоятельного значения обрядных свидетелей. В изд. 1857 г. даны положения, общие для свидетелей у актов, в коих едва возможно узнать характерные черты этих свободных мужей, призванных сторонами для юридического соучастия в совершении сделки, и наряду с этим общим правом поставлены партикуляризмы Литовского статута для губерний Черниговской и Полтавской, на которых и в этом виде легко узнать *подлинные черты свидетелей* у сделки, стало быть, *конститутивных* соучастников акта, отличающие их от свидетелей с второстепенным обрядным значением у нотариального акта, во многом уже приблизившихся к *декларативной* роли, какую играют свидетели на суде, как простые *средства доказательства* сомнительных для суда, здесь *для нотариуса*, данных.

По Литовскому статуту в указанных статьях эти свидетели именно *призванные* сторонами, *лично приглашенные* (ст. 809), сами прописывающие в рукоприкладстве род и существо акта (810), преимущественно *почетные местные люди*, из поместных дворян (814). Для общего права все эти черты очень затушеваны. Если это свободные граждане, то, конечно, далеко не из лучших времен республики, а из эпохи падения, когда они с охотой отдавали свои голоса за хлеб и зрелища. В издании 1887 г. в указанных ст. приложения к ст. 708 уже не оказалось нужды напоминать Литовский статут с его почтенной стариной, ибо на место прежних особенностей и там стал общий нотариальный порядок совершения актов. Подлинные черты старого послушества стали чистой археологией; а новое Нотариальное положение, взамен прежних *лично приглашенных местных помещиков, собственно-ручно прописывающих содержание акта*, ограничивает ценз самостоятельности новых послухов требованием, чтоб они не состояли на

службе у нотариуса и в особенности не находились у него в услужении (см. в art. 10 loi du 25 vent. au XI для *témoін instrumentaire*, о чем ниже).

В общей ныне действующей системе роль свидетеля у сделки определяется Положением о нотариальной части 14 апр. 1866 г., представляющим собой не обработку отечественных источников института, а прямое *заимствование иноземных уставов* этого рода. По силе этого положения свидетелями при совершении актов могут быть только совершеннолетние, *грамотные*, известные нотариусу лично (общие определения даются ввиду актов, совершаемых с соучастием нотариусов) или по достоверному о них засвидетельствованию (ст. 86 Полож. 1866 г.). Не могут быть свидетелями: а) лишенные прав состояния или права быть свидетелями; б) имеющие физические недостатки, указанные законом и мешающие восприятию и соучастию в актах (слепые, глухие, немые), душевнобольные; в) не знающие русского языка; г) лично заинтересованные в совершаемой сделке; е) служащие у нотариуса и его прислуга. Подлинное старое значение послушества слабо освещено в этих новых законоположениях.

Не в одном этом виде послушества обнаруживается *юридическая* деятельность одного лица *вместе* с другим в юридических актах. То же самое видно еще и в отдельных институтах, напр., брачного права, где для вступления в союз супружеский требуется согласие родителей, имущественных сделок несовершеннолетних, когда сила сделки укрепляется соучастием попечителя в ее совершении; но это формы соучастия, связанные с особыми институтами, а не общие. Мы там с ними и встретимся.

Мы указали выше, что в процессе историческом повсюду видна, вместе с успехами общественного сознания и, конечно, с развитием обмена, замена обрядностей сделок примитивных более совершенными и надежными. Тот же процесс виден и у нас. Знамение и символ уступили место слову, письму; простейшие способы обрядного свидетельства должны уступить место способам укрепления более надежным и общим.

Мы не можем в подробности проследить здесь эту любопытную смену исторических форм волеизъявления и ее закономерность.

Заметим здесь только, что нет необходимости полного и внезапного вытеснения одних, более простых и доступных способов содействия более трудными, малодоступными, хотя бы и несомненно более надежными, как нет нужды в вытеснении одними легальными нормами иных, менее совершенных, но более близких к правосознанию живых общественных групп, юридических норм, или новыми, хотя бы весьма совершенными союзными формами (акционерная компания) старинных, простых, но все еще крепких и живых народных сочленений.

Рассмотрим же, какие общие признаки этой смены дают нам наши исторические памятники.

Первые сведения о юридическом содействии публичных органов, именно высшей духовной власти, совершению имущественных сделок приходят нам из XII в. Об одном из многочисленных княжеских жалований (Андрея Боголюбского Киево-Печерской лавре) монастырям мы имеем сведение, что оно было внесено в книги *Константинопольского патриархата*. Неволин не считает этого известия достоверным¹. Но если б это известие и было вне всяких сомнений, то, конечно, оно мало осветило бы характер *повседневного обмена* в ту пору в России. Позднейшие известия о соучастии публичных, духовных и светских властей в актах частного права идут к нам в обилии из вольных волостей и из Московского государства и притом в большом разнообразии (Неволин, там же). Наиболее типический способ такого соучастия заключался в *письменном начертании акта, с соучастием послухов, площадными подьячими и явке*, затем, *акта в то ведомство, к которому акт относится* по своему содержанию. Таким соучастием публичных органов достигалась вовсе не одна только частноправная цель, но и ограждались интересы союза, коего ближе всего касался акт, ибо для его совершения нужны обрядные свидетели, обыкновенно члены этого союза, и охранялись интересы тягла и службы, очень рано начавшие, особенно в Московском государстве, играть весьма видную роль. Примеров легко указать массу. Для духовных завещаний явка совершается у епархиальных архиереев. Для крепостей на вотчины и поместья в Поместном приказе, для дворов и дворовых мест в Земском приказе, для холопов — в Холопьем и т. д. Акты, совершаемые по городам, могли быть укрепляемы с содействием местных воевод. Такие сведения имеют часто для нас один исторический интерес². Самый способ та-

¹ Ист. рос. гражд. зак. § 233, пр. 231 на с. 53 2-й части. Изд. 1857 г.

² Не только акты по недвижимостям, но и сделки по движимым вещам совершались с содействием власти. Независимо от указаний Неволлина, см. особ.: Акты, до юрид. быта относящиеся. Т. III. 1884, напр., № 350, где списки с записных площадных конских книг (конския площадки голова Веденихт Ступаков с товарищи совершают рукоприкладство к этого рода сделкам). Там же. Т. II. С. 17, где при сделке *залога жены* якутом на 12 лет, под каковой заклад взята этим якутом в долг на 21 р. кобыла бережая (жеребая) и другие предметы хозяйства, послухами у закладной сидели *шаманы*. Там же. № 147. XXV, из конца XVI в., обязательство продавца в книги написать купчую на имение жены в Поместном приказе в Москве к известному сроку под опасением неустойки. Утверждение акта лицом властным или установлением отмечается на самом акте *на затыли*, см., напр., там же. № 2. XXVI, XXVII, где виден обряд записи и справки в Поместном приказе; то же в № 148. XIX для двора городского в Земском приказе; на четверть лавочного места в Приказе Большие Казны перед окольниковичим А. И. Ржевским с товарищи. № 150, XVI и масса других характерных операций.

кого содействия заключался, независимо от особых приемов исследования внутренней стороны сделки, *в занесении акта в подлежащие книги*, подписи на акте (на затыли) о справке, приложении печати, со взысканием при сем разных сборов. Ко времени Уложения царя Алексея Михайловича этот порядок сложился, вполне окреп и был утвержден как общий легальный обрядный способ совершения актов самого разнообразного содержания¹.

В общем этот порядок заключал в себе несомненно здоровые начала публичного удостоверения частных сделок, совершенных с участием сведущих людей, посредством регистрации их в книгах должностных лиц. Но уже весьма скоро после введения в действие Уложения мы находим, в новоуказных статьях, признаки неудовлетворительности этого порядка. Он мог представлять излишнюю сложность для совершающих сделки, с одной стороны; с другой, мы видим на практике многообразные обходы правильного способа совершения сделок. Эти обходы направлялись, по-видимому, к тому, чтобы расширить свободный обмен имуществ, особенно недвижимостей, *вопреки интересам разнообразных союзов*, которые отвечали перед центральной властью за исправность службы и тягла сочленов, владевших обремененным этим тяглом и службой имуществом. Трудно, конечно, с полной достоверностью разобраться в оценке этого порядка. Но вероятнее, что его слабые стороны угрожали скорее интересам публичным, чем частным.

Наступившая в самом конце XVII в. эпоха реформ актуарной части характеризуется вся стремлением дать *преобладание интересу публичному*, точнее — *фискальному*, над частным в порядке совершения сделок любого рода. Для этого прежде всего, начиная с 1699 г., идут то очень крутые, то более примирительные меры к тому, чтоб дать публичным писцам, площадным подьячим Ивановской площади, постоянную обязательную организацию со слабыми признаками корпоративного строя и строгими началами легальной регламентации всей их деятельности и подчинением надзору частью своих же ответственных сочленов, частью разных властей и установлений, с центральным ведомством сначала Оружейной палаты, впоследствии Юстиц-коллегии. Не может быть сомнения, что задача Петра при этом заключалась вовсе не в облегчении гражданского обмена. Введение гербовой бумаги для совершения актов ложилось значительной тягостью на всякого рода акты, и деятельность новых органов корроборации была рассчитана прежде всего на неукоснительное поступление в казну этой новой отрасли государственного дохода. Этим, собственно, довершается кар-

¹ В Уложении см. особ. гл. X, XVI, XVII, XVIII, XX (указание статей в этих главах по *Неволину*. § 234, примечания).

тина поглощения дел частных, челобитчиковых, задачами общенародными, особенно “интересными”, которую мы дали выше, трактуя понятие лица и вещи в эпоху Петровских реформ (Введение. С. 189).

Интерес казны требовал величайшей централизации надзора за совершением актов, и эта цель шла впереди, преследовалась неуклонно на счет удобств пользования содействием таких центральных установлений для совершения сделок в местах, отдаленных от центра. Это особенно ясно на обмене с недвижимостями, с обладанием которыми был связан интерес службы. Сделки этого рода могли быть совершаемы неограниченно только в центральных установлениях, а в местах, удаленных от центра, — только в городах значительных, где были разряды, ведавшие дела службы, и притом обыкновенно на небольшие суммы. Все виды сделок, подлежавшие корроборации публичных органов и новой пошлине, разделены были на *разряды крепостей* по различию их юридического эффекта и по размеру сборов, коим эти крепости подлежали. Налог шел вперед, и размер его был очень значительный. С купчих на недвижимости по указу о единонаследии брали по гривне с рубля. В связи с этим преобладанием фискальных целей над служебными для частных лиц, при этой новой системе, идут постоянные уклонения от тягостей и неудобств пользования содействием публичных органов для силы и действительности актов и тяжелые последствия таких уклонений для той и другой стороны.

В Екатерининскую эпоху, в связи с Учреждением о губерниях в 1775 г., установления для содействия в совершении гражданских сделок несомненно *приближаются к местам и лицам*, имеющим интерес в этом содействии. Юстиц-коллегия, которая служила центральным органом этой функции, уничтожена, и совершение актов передано гражданским палатам, уездным судам, вернее, состоящим при них установлениям для крепостных дел, а затем целым разрядам маклеров и нотариусов по разным специальным отраслям частноправных сделок (частные маклеры, маклеры слуг и рабочих, ремесленных управ, судоходных расправ, цеховых, магистраты и ратуши, словесные суды и проч.¹

В этих старых бытовых условиях мы никоим образом не могли для охраны общих имущественных интересов граждан выработать единой системы установлений судебных, ибо право гражданское в ту пору нельзя было отделить от сословных основ всего государственного и социального строя. Мы не могли, естественно и в связи с этим, иметь и общих установлений для публичной корроборации гражданских сделок. Вся актуарная часть также распадалась на разные группы, на отдельные, специфические задачи, как были разбиты установления судебные, как разобщены были и самые нормы, и самые институты граж-

¹ Подробности у *Неволина*. § 237—245.

данского права, в коих была масса элементов розни и крайне мало начал общности. Если что-либо продолжало связывать всю эту рознь цивилизных норм в некоторое единство (внешнее), то разве все тот же *интерес фиска*, который продолжал стоять впереди всего, осложняя, замедляя, ставя на второй план деятельность всех нотариальных установлений на пользу заинтересованных лиц и выдвигая на первое место задачу сборов, гербового, пошлин крепостных и иных наименований ото всех актов, которые требовали в том или ином смысле содействия публичных органов и занесения в официально-достоверные реестры или книги. В Банкротском уставе 1900 г. с реквизитами некоторых форм и обрядов при совершении сделок и особенно с требованием ведения торговых книг для торговых операций связаны были не только очень важные юридические последствия, каково, напр., определение свойства несостоятельности, но наряду с этим стоящий на самом видном месте опять интерес фискальных сборов. Александровская эпоха, как и петровское царствование, особенно после ряда разорительных войн, поставила в актуарной части задачи сборов вновь на первое место. На этот раз борьба против налогов пошла со стороны людей торговых, которые всячески избегали подчинять свои операции обязательной записи в торговые книги, обремененные тоже гербовой пошлиной. Сопротивление было массовое. Согласно закону торговцы за уклонения, кроме разных невыгод, подлежали еще платежу пеней и судебным преследованиям. Количество неисправных достигло таких размеров, что отдавать под суд приходилось едва не все купечество. В 24-м году, после целого ряда понудительных мер, найдено было, по журналу Комитета министров от 22 янв. и 26 февр. этого года, более целесообразным отменить отдачу под суд за невыполнение требований закона, а начатые дела прекратить, на что испросить Высочайшее соизволение, каковое 26 февр. 1824 года и воспоследовало¹.

Екатерининская система нотариальных установлений и старые порядки актуарной части, с частными видоизменениями, удержались вплоть до эпохи великих реформ. Это не могло быть иначе. Для того чтоб старый, разбитый на массу специфических органов и способов укрепления сделок, порядок уступил место новому, необходимо было, чтоб на место привилегированной правоспособности стала гражданская правоспособность общая, для лиц и вещей, чтобы на место сословных судов и интересов защиты гражданского права, смешанных с задачами нецивильными (служба, тягло) и в особенности с фискальными целями, наступили другие условия имущественного обладания и

¹ Ср. особ. *Фомина В.* Собрание узаконений о векселях, банкротах и прочее 1826 г., заключающее в себе обозрение законодательного движения по этим вопросам за продолжительную эпоху, особ. с. 343 и след.

способа защиты гражданских прав. Только в связи с этим изменением всех старых бытовых основ и очищением гражданских институтов от нецивильных примесей могли и должны были измениться и способы публичной корроборации гражданских сделок, и только с этой поры они могли стать общими для всего государства.

Время для этой реформы наступило вслед за освобождением крестьян и введением общих судебных установлений по уставам 20 ноября 1864 г. Акт, которым установлена эта новая общая организация нотариата и разработан общий порядок совершения гражданских сделок с содействием специально для этой цели назначенных органов, составляет Положение о нотариальной части 14 апреля 1866 г., ныне входящее в состав тома XVI, части первой. С тех пор это новое Положение успело почти вовсе вытеснить из практики не только старое приложение к ст. 708 т. X, ч. I, но распространилось и на губернии Варшавского судебного округа, и на губернии Прибалтийские, с некоторыми видоизменениями, как это видно из раздела V и VI Нотариального положения в его теперешнем составе в т. XVI, ч. I Св. Зак. Росс. имп.

Содействующим для совершения гражданских сделок, как увидим позже, при обозрении отдельных институтов, является у нас не один нотариат. Но что нотариат есть *главный* и *общий* орган, которого существеннейшая функция есть ныне именно *эта служебная для корроборации частных сделок*, в этом не может быть сомнения, хотя нотариусы и ныне наряду с этим выполняют и другую функцию, отвечающую целям фискальным (ст. 193 и след. Пол. о нот. ч.).

Так как самое установление нотариальной части, хотя в общих своих основах вовсе не чуждое и нашему старому праву, есть, в его новом виде, несомненно, заимствованное, то в дальнейшем для нас не лишено будет интереса короткое обозрение судьбы этого учреждения на Западе, откуда оно пришло к нам в его теперешнем виде.

Еще в Риме существовало однородное с нотариатом понятие *tabelliones*, хотя там нотариат и не выработался в теперешние его формы и не исполнял современных нотариальных функций. Не играя видной роли в латинской каутелярной практике, римский нотариат, эти *tabelliones*, пережил Рим и был впоследствии утилизирован церковью, особенно и главным образом для засвидетельствования и закрепления церковных ординаций, даруемых церкви пожертвований и привилегий. В эпоху Каролингов нотариусы служат целям публичного удостоверения собственно процессуальных действий, и около этой функции со временем развивается вся их роль содействующего публичной достоверности многообразных сделок специального органа. В 12-м в. мы находим их в Италии образующими уже могущественную корпорацию, действующую, сообразно своим статутам, на широком пространстве тогдашних разрозненных земель и опирающуюся на авто-

ритет императора или папы. Члены этой корпорации, которой принадлежала сильно развитая дисциплинарная власть, действовали повсюду именно как органы удостоверения событий и сделок, важных не только для частного, но и для публичного права. Эта форма нотариата, самобытная и крепкая организация коллегии нотэров, удерживалась в Италии во всю средневековую эпоху. Так как юридическая сила публично ими в надлежащей форме удостоверенных актов, *instrumenta gaurentigiata*, признавалась и предполагалась бесспорной, то к услугам этой корпорации прибегали и церковь, и светские власти, и городские общины, и частные лица. Коллегия нотэров достигла, так сказать, всеобщего признания надежности совершаемых с ее содействием юридических операций, и этим она была обязана могучему развитию корпоративного строя со своей юрисдикцией на случай пререканий и столкновений, которые могли произойти между нотэрами, с одной стороны, и нотэрами и их клиентами, с другой. В этой организации порядка и самоуправления общины нотариусов лежал прочный залог их независимости, а следовательно, и способности правильно и надежным образом удостоверять важные для правовой жизни события и акты. С этим значением и с этими качествами итальянский нотариат привился очень хорошо во Франции, поддерживаемый королевской властью (*notaires royaux*), и выдержал тут не только все друг друга сменявшие системы государственного управления, но и большую революцию, так что нотариат во Франции и до сих пор функционирует самостоятельно, наравне с судом, со значительной долей корпоративных прав, в очень широкой сфере публично достоверного и необходимого для частных лиц юридического содействия. Во Франции суд никому не делает никаких услуг, он только судит; все формы *содействия* частным лицам в их юридических актах лежат исключительно на обязанности *gens de la plume*, особенно нотариусов. Совершенная с *содействием* нотариата сделка способна приобрести не только характер публично достоверной, но и подлежащей без содействия суда исполнительному производству¹.

¹ *Sosthune-Berthelot*. *Esprit, législation et jurisprudence du Notariat*. Эта небольшая книжка, кроме текста закона 25 Ventose an XI, содержит толкования и защиту существующего порядка от постоянных покушений его улучшить, в форме переписки с сыном (*cher Isidore*). По указан. пункту автор говорит: "les actes notariés ont entre les contractants la force d'une loi et sont, comme les jugements et arrêts, exécutoires au nom de l'autorité sousveraine sur la grosse ou copie qui en est délivrée par le notaire quand il y a lieu; car tous les actes ne sont pas susceptibles d'une exécution forcée" (с. 27 и art. 19. С. 132). Литература неисчерпаемая: есть энциклопедии нотариата (*Lausel et Didiot* — 22 vol.), практические руководства (*Defrénois*. *Traité pratique et formulaire général*. 5 vol.), периодические изд. (тоже *Defrénois*. *Répertoire général du notariat*).

Таково значение французского нотариата. Что касается его организации, то существенные стороны ее таковы. Это суть публичные должностные лица (*fonctionnaires publics*). Но в способе назначения их (по закону, служащему основой и теперешнего порядка, 25 марта 1811 года или 16 марта 1803 г.) *главой государства* (тогда первым консулом, art. 45), *по представлению предшественника* (*droit de présentation*), лежит существенное отличие от общего порядка определения на публичные должности, ибо предшественник не представляет кандидата иначе, как *за денежное вознаграждение*, обыкновенно очень высокое, соответственное доходности округа, который он ведает (art. 5). Отсюда упрек в продажности (*vénalité*). От вступающего в нотариусы требуется 25-летний возраст, 6-летний практический искус по части ведения дел у нотариуса (art. 35, 36 и след.), нравственная безупречность и обладание известной степенью моральных качеств (art. 43), имущественный, довольно больших размеров, ценз и, наконец, внос определенной суммы в виде залога (art. 33, 34). Лицо, удовлетворяющее всем этим требованиям, может вступить в *сословие нотэров* и вместе с сим приобщается к пользованию большими правами и обширной юрисдикцией, получая полномочие удостоверять разнообразные сделки и акты. Над деятельностью нотэров учреждается надзор в виде особой дисциплинарной камеры (*chambre de discipline*), задача которого заключается частью во внутренней дисциплине сословия, частью в рассмотрении возникающих между нотариусами и их клиентами споров и пререканий, которые разрешаются судом (Sect. III art. 50, 51 и след.¹).

¹ Упразднение этого сочетания публичных и в то же время состоящих как бы на откупу функций не может быть произведено без вознаграждения заинтересованных, а “выкуп”, несомненно, представлял бы колоссальные суммы. Между тем, обращение к нотариусу далеко не всегда есть дело вольное, ибо

Soit sous un seing-privé, soit devant un notaire
Toute obligation, tout contrat doit se faire,
Si l'on s'est occupé d'objets plus importants
Que la somme ou valeur de cent cinquante francs

(art. 1341, C. c. en vers).

Французский кодекс признает *достоверным* (*authentique*), с очень важными юридическими последствиями, те акты, которые совершены с соучастием *officiers publics*, имеющими право совершать подобные акты (*instrumenter*) в данной местности (C. c. Art. 1317); *la compétence des notaires est territoriale*. Соучастие нотариуса обязательно в массе случаев, по делам семейным (развод, *par consentement mutuel* по Code Napoléon, дела семейного совета, выбор опекунов, акты раздела, низведение правоспособности и дееспособности и ведение списков этих лиц), в продажах с аукциона, даровых отчуждениях имущества, в массе договорных сделок, в актах последней воли, в удостоверении событий, важных для возникновения и прекращения правоотношений, в выдаче разнообразных документов, в хранении актов и проч.

Учреждение французского нотариата было реципировано Германией в начале XIX столетия, особенно теми областями ее, где введен был Code civil вскоре после войн Наполеона I, как напр., в Рейнских провинциях. Французский нотариат в этих областях, однако, был несколько видоизменен в ущерб его самостоятельности в том смысле, что он подчинен надзору суда. В других частях Германии, отчасти в крупных государствах, а по большей части в мелких, в деле установления нотариата существенную и часто решающую роль играл вопрос о доходности, которую имели в виду извлекать из этого института, и мелкие Landesherr'ы неохотно отказывались от эксплуатации доходной статьи от нотариальной функции, которую они возлагали на своих личных секретарей. Такая организация нотариата, конечно, вредила его самостоятельности, вовсе не обеспечивала правильности его действий и достоверности сделок, актов и событий, которые он регистрировал или которые он удостоверял. Очевидно, принцип *фискальный*, определявший организацию нотариата, в корне подрывал главную цель этого учреждения — непоколебимую надежность нотариальных операций.

Наряду с этим во многих немецких и еще ранее в славянских землях развивался особый вид публичной корроборации одной специальной области сделок, именно по укреплению и ограничению прав *на имущества недвижимые*. С этим явлением мы ознакомились частью выше, давая очерк способов укрепления вотчинных прав по недвижимостям в старом русском праве. Весь этот вопрос в целом мы рассмотрим лишь позже, в связи с системой современных вещных прав по недвижимостям.

Что касается нашего Положения о нотариальной части, то для его генезиса существенно иметь в виду два исходных пункта, именно, что 1) образцом для него послужила нотариальная организация во Франции и что 2) для его устройства у нас реципирован был не чисто французский порядок, а тот, который был установлен в Германии и видоизменил французскую организацию, в смысле подчинения нотариата надзору суда.

Заведование нотариальной частью принадлежит старшим и младшим нотариусам. Организация этих лиц не корпоративная, а зависимая и подчиненная суду, под наблюдением которого нотариат и исполняет свои функции. В чем заключается эта зависимость и наблюдение суда за деятельностью нотариусов — это видно из разных статей указанного Положения. Прежде всего, зависимость нотариата от суда выражается в самом способе назначения нотариусов, которое предоставляется председателям судебных палат (ст. 16 Полож. о нотар. части). Старшие нотариусы назначаются *по представлению министра*

юстиции Высочайшей властью (Учр. суд. уст. Ст. 212). Затем общим образом определяется, что “заведование нотариальной частью, *под наблюдением судебных мест*, поручается нотариусам и состоящим при нотариальных архивах старшим нотариусам” (ст. 1 Полож.). В этом положении сразу показан весь состав нашего нотариата: *судебное место, старший нотариус, нотариус и архив*. Наблюдение суда над нотариатом не только пассивное, но может, в случае надобности, осуществляться в форме *разъяснения смысла законов*, которым нотариусы и обязаны руководствоваться. Рядом с нотариальными учреждениями для исполнения их функций могут действовать и судебные органы в лице мировых судей там, где нет нотариусов (ст. 2, *ibid.*), а также временно и секретарь или другие чиновники окружного суда (44, *ibid.*). Нотариусами могут быть только русские подданные, совершеннолетние, не опороченные судом или общественным приговором, не занимающие никакой другой должности ни в общественной, ни в государственной службе (5). Судебное заведование нотариальной частью или наблюдение за нею выражается еще и в том, что *умение нотариуса правильно излагать акты, знание форм* нотариального делопроизводства и необходимых для исполнения этой должности законов подлежат удостоверению особого присутствия, состоящего из председателя окружного суда, старшего нотариуса и прокурора (15, *ibid.*). В Германии, в Прирейнских ее провинциях, от лица, желающего быть нотариусом, требуется университетское образование. Нотариусы приносят установленную присягу; удаляются от должности они не иначе, как по суду (16, *ibid.*), кроме исключительных случаев, предусмотренных законом 24 апр. 1887 г., к коим применяется статья 59 Нот. полож. Характерная черта строения новой нотариальной части заключается в том, что главные функции деятельности упражняются нотариусом *только в своем округе*, так что связь деятельности старшего нотариуса в особенности с нотариальным архивом самая тесная и существенная (21, *ibid.*) Соблюдение правил для деятельности нотариуса в каждом подлежащем его ведению деле, т. е. ограждение интересов частных лиц, прибегающих к услугам нотариата, в других государствах обеспечиваемое жалобами, приносимыми в особо для того установленные советы нотариусов, у нас гарантируется правом подачи жалоб на нотариуса в окружной суд (60, *ibid.*), причем срок их подачи полагается двухнедельный, исчисляемый со дня отказа от исполнения своих обязанностей или со дня совершения нотариусом деяния, послужившего предметом жалобы (61, *ibid.*). Жалобы вручаются непосредственно нотариусу или старшему нотариусу, причем они обязываются представить в окружной суд врученные ему жалобы не далее семи дней со времени их предъявления, с надлежащими объяснениями (62, *ibid.*). Иск о

вознаграждении за причиненные действием нотариуса убытки предъявляется в подлежащем окружном суде (64, *ibid.*). Нотариус, для обеспечения взыскания на случай неправильных его действий, обязан представлять залог в определенной сумме денег (8, *ibid.*).

Каждый нотариус обязан вести: 1) *реестр* для обозначения всех актов, протестов, засвидетельствований, явленных у него обязательств и договоров, 2) две *актовые книги* для записи актов, совершенных нотариальным порядком, одну для актов о недвижимых имуществах, другую для всех прочих, 3) *книгу* для записывания *сборов*, 4) общий *алфавитный указатель* для всех актов и засвидетельствований, 5) *ведомость* всем отдаваемым ему на хранение *документам*, 6) алфавитный *указатель лицам*, которых гражданская дееспособность умалена или восстановлена, по особ. форме (ст. 26). Это тоже подлежит надзору и ревизии окружного суда (ст. 58).

Что касается до отношения сторон, обращающихся к услугам нотариусов, к сим последним, то тут важно отметить следующие черты. Стороны могут совершать акты *или домашним порядком, или явочным* (нотариальным), причем в зависимости от того или другого способа совершения самые акты, по различности содержания, приобретают ту или другую юридическую силу. Рядом с актами, совершаемыми этими способами, имеется еще круг актов, которые не могут быть совершаемы иначе, как с *помощью нотариуса*, и совершение которых без его участия будет недействительным. Таковы акты о переходе или ограничении прав на недвижимые имущества (ст. 66 и 157). В этом случае содействие нотариуса есть *составной элемент сделки*. Таким образом, есть круг актов и сделок, для которых содействие нотариуса не имеет значения состава сделки, и есть другой круг их, где деятельность нотариуса принадлежит к составу сделки. Это различие актов и сделок, по степени силы и значения, которое имеет для них содействие нотариуса, для нас чрезвычайно важно. С отдельными видами этих актов мы познакомимся позднее, в специальных частях нашего курса.

К актам явочным наш Нотариальный устав относит такие, которые не совершаются нотариусом, а лишь принимаются им, по силе 65 ст. Положения о нотариальной части, к засвидетельствованию. Засвидетельствование может касаться разных предметов (128, *ibid.*): верности копий, подлинности подписей, времени предъявления документов у нотариуса, нахождения лиц в живых, заявления объяснений от одной стороны другой, для того чтобы сделать текст объяснения достоверным, обстоятельства и время его вручения по принадлежности несомненными, явки доверенностей, заемных обязательств, договоров, разного рода протестов, мировых записей и прошений и, наконец, явки третейских записей. Затем нотариус участвует также и в совершении

актов о переходе или ограничении прав на недвижимые имущества; но участие нотариуса в этих актах есть лишь *подготовительное* действие. Так, с содействием нотариуса пишутся условия о продаже дома, земли, о праве проезда, об аренде, о праве пользования недвижимостью и т. п. С его участием совершается эта письменная работа, подготовляющая сделку, но через это сама сделка, по которой отчуждается или приобретается недвижимость, не становится еще способной пересвоивать, передавать или ограничивать права на недвижимое имущество. Для этого требуется, чтобы сделка, принявшая письменную форму с неременным содействием нотариуса, была им *совершена и затем утверждена старшим нотариусом*, на руках которого находится нотариальный архив. Следовательно, крепостной акт, утверждаемый старшим нотариусом, совершается тоже явочным порядком и только через утверждение старшим нотариусом обращается в крепостной (*ibid.*, ст. 66 и 157).

Для утверждения старшим нотариусом нотариального акта *выпись из актовой книги младшего нотариуса* должна быть предъявлена старшему нотариусу в *годовой* со дня совершения акта срок (161, *ibid.*). Основанием для утверждения акта, заключающегося в выписи, служит проверка титула лица, отчуждающего имущество, и проверка способности этого лица совершать отчуждение (167, 168 и прим. к ней, 168, *ibid.*). И только после этой проверки такой акт для своего утверждения *вносится в крепостную книгу* (которую ведет старший нотариус), причем на самой выписи делается надпись об ее утверждении, а о внесении ее в книгу — пометка в реестре крепостных дел, который также ведет старший нотариус (169, *ibid.*). Лишь с наступлением всех этих условий сделка считается действительной. Лицо отчуждающее может иметь несомненное желание и волю (напр., продать дом), может иметь неоспоримое право привести ее в исполнение, может, наконец, иметь необходимую для того дееспособность, точно так же все необходимые условия могут быть налицо и у приобретателя отчуждаемого имущества, — и все-таки, нет соучастия нотариуса в сделке отчуждения и приобретения, нет и самой сделки. На этой способности и на этом значении нотариального содействия мы будем иметь случай подробнее остановиться впоследствии, при рассмотрении ипотечной системы и ипотечных книг.

Мы рассмотрели, таким образом, различные способы обрядного волеизъявления в юридических сделках. Наряду с указанными *общими* формами соучастия в совершении юридических актов публичных органов, практика гражданских сделок знает множество *особых* видов соучастия в тех или других юридических актах в особенности. Таково особенно соучастие *духовных властей* в удостоверении актов граждан-

ского состояния, о чем было сказано выше, в учении о лице физическом. Такое же соучастие мы находим во множестве случаев со стороны как *высших органов власти светской* (при учреждении заповедных имений, утверждении уставов компаний, когда для них испрашиваются особые привилегии, при передаче усыновленным потомственными дворянами фамилий усыновителей)¹, так и *низших* (напр., волостного правления, при коем ведется книга сделок и договоров на сумму не свыше 300 р. и где могут быть свидетельствуемы духовные завещания сельских обывателей до 100 р.)². Соучастие в совершении сделок имущественного и семейного права оказывает в массе случаев и *власть судебная* в нашей практике. Укажем здесь, для примера, соучастие компетентных органов судебной власти в актах ввода во владение недвижимыми имуществами при переходе права собственности, соучастие окружных судов в актах узаконения и усыновления по закону 16 марта 1891 г.³

Мы не имеем интереса перечислять сколько-нибудь исчерпывающим образом этих отдельных видов необходимого обрядного соучастия в совершении юридических сделок тех или других органов власти, с чем встретимся впоследствии при изложении отдельных институтов гражданской системы.

Здесь нам следует остановиться еще на следующих общих вопросах. Мы видели выше, что вместе с успехами культуры тяжелые обрядности, рассчитанные на пробуждение сознания примитивными средствами, уступают место более простым методам волеизъявлений. Это, как было указано выше, прежде всего *слово*, затем *письмо*, осложненное некоторыми обрядностями, рассчитанными на возможно более тщательное и точное выражение волеизъявлений⁴, наконец, волеизъявление, сделанное *любым*, совершенно безобрядным *способом*, лишь бы не было сомнения в том, что этим способом лицо действительно хотело изъявить свою волю, пусть это будет *простое молчание*, которое в известных условиях может также служить совершенно достаточным средством изъявления воли.

Сфера обрядовых волеизъявлений, вместе с успехами культуры, ограничивается тесным кругом сделок, где обрядности необходимы по тем или другим специфическим соображениям, и вместе с этим самое

¹ Т. X. Ч. I. С. 481, 2196, 2197, 152.

² Общее полож. о крестьянах, вышедших из крепости. зависим. Ст. 91 и примечания (по Своду узакон. и Распоряж. Горемыкина по изд. 1904 г.).

³ Устав. гражд. суд. (Т. XVI. Ч. I). Ст. 1424 и след., 1460 и след.

⁴ Для письменной формы, когда средством передачи волеизъявления служит телеграф, нов. гер. Улож. 1896 г. дает общее положение в ст. 127 и 126, повлиявшее и на наш проект.

свойство обрядностей упрощается до возможного предела, за которым можно опасаться неясностей волеизъявления.

От несвободы и искусственности мы переходим, таким образом, к свободным и простым, естественным способам волеизъявлений. Задача юриспруденции в разумении и толковании актов частной воли становится вместе с этим нередко более трудной и требующей умения и навыка со стороны толкователя.

Требование более тяжелых и с этим вместе стеснительных обрядностей удерживается в области таких волеизъявлений, где 1) необходима незыблемая известность даты волеизъявления или их последовательности. Достигнуть этого часто нельзя иначе, как при непрременном соучастии публично-достоверных записей (см. С. с. Art. 1328). 2) Такое же формально-необходимое соучастие не только публично-достоверных органов, но наряду с этим и содействие *печати*, необходимо в ряде случаев, где известное волеизъявление или событие требует, для своего юридического эффекта, его оглашения в более или менее широком кругу лиц. Примеров наша практика дает массу не только в вопросах об *учреждении* правоспособных в гражданском смысле союзов, в случаях *вызывает* самого разнообразного содержания, но наряду с этим во множестве операций финансового и денежного характера, общих и частных, с оглашением коих посредством печати закон соединяет тот или другой юридический эффект¹. Наконец, 3) известные обрядности необходимы в тех случаях, где с отдельной имущественной операцией (выпуски облигаций, акций и проч.) соединяются особо важные в общественном смысле последствия, напр., легчайшая оборотность выпущенных ценностей.

За этими изъятиями гражданские сделки, соединенные нередко с весьма важными юридическими последствиями, являются нам ныне в таком упрощенном составе обрядностей, что их можно причислить к самым безыскусственным и простым актам волеизъявления. Некоторые образцы заслуживают в этом отношении особого нашего внимания. Таков, напр., в действующем французском кодексе *testament holographe*, для вполне законченного и эффективного в юридическом смысле совершения коего закон не требует ничего, кроме *собственноручного* письменного начертания своего волеизъявления *в целом его составе*, без всяких осложнений призывом свидетелей или явкой этого акта публично-достоверным агентам (art. 970). Некоторое повышенное значение *собственноручному начертанию* акта последней воли дает и наше законодательство (ст. 1046, 1048, 1051). Французский *testament holographe* рецепирован новым имперским немецким гражданским

¹ На эту сторону дела в учениях Общей части обратил должное внимание *Franken. Lehrbuch d. deutsch. Pr. Rechts.* 1894. § 14. С. 131 и след.

Уложением (2231). — С расчетом только субъективного характера, для пробуждения внимания и предупреждения ошибок, закон ставит осложненные требования письменного начертания актов. Так, при указаниях в составе сделки количеств, сумм, закон требует обозначения их не цифрами, а словами или предписывает выполнять собственноручно целый текст, которым устанавливается отношение соучаствующего в сделке лица, а не ограничиваться ссылкой на чужой текст. Это обряд, рассчитанный только на сосредоточение внимания к совершаемому акту! Итак, Code civ. требует для домашних актов (*billet ou promesse sous seing privé*), если они не написаны с начала до конца собственноручно, по крайней мере, подписи обязывающегося и *собственноручного начертания именно словами, а не цифрами*, суммы или количества, составляющего предмет обязательства¹. Наш закон дает образец такого же значения собственноручной *детальной письменной формы* во многих случаях, особенно при совершении сохранной расписки, в коей, кроме других точных показаний, определяющих принимаемый на сохранение объект индивидуально, необходимо обозначить *сумму не цифрами, а прописью* (2111). То же, в смысле начертания собственноручно *всего текста*, в указанном нами выше акте утверждения сделки свидетелями (послухами) по Литовскому статуту (т. X. Ч. I изд. 1857 г. Ст. 809).

Нотариальное положение 1866 г. требует для актов, совершаемых с соучастием нотариуса вообще, чтобы всякие суммы, числа, номера и сроки означались, *хотя один раз, прописью* (ст. 99).

Наше законодательство вовсе *не ставит общего реквизита письменности* для всех сделок выше определенной суммы, как это мы видим во французском кодексе, где для сделок выше 150 фр. требуется для *доказательства на суде* письменное удостоверение, против прямого содержания которого не допускаются свидетельские показания (art. 1341). Это совершенно иначе у нас, где такого общего реквизита письма нет, и обязательность *письменного совершения* связана с отдельными актами, а не с любыми, превышающими по цене известную сумму (ст. 1531). Не менее того наша практика, ввиду статей 409 и 410 Уст. гражд. судопр., ограничивающих допущение на суде свидетельских показаний крайне тесными пределами, склонна расширять значение письма как необходимой обрядности именно совершения сделки, гораздо далее прямых требований нашего гражданского кодекса². Проект Гражд. Уложения, кн. 1, касается этого вопроса кратко в

¹ Il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose (С. с. 1326, 1327. См. еще ст. 1323).

² Крайне любопытную и контroversную практику наших судов см. по изд. Влад. Гордона. Устав гр. судопр. с разъяснениями и проч. 1899 г. (теперь нов. изд.).

ст. 57—59. Статьи формулированы лишь самым общим образом и в этом виде открывают широкое поле для споров.

Расширение требования письма не только как средства доказывать на суде, но и как *конститутивного элемента для самого состава сделки*, не раз заслуживало упреков французским судьям в нерадении и в прямом отказе в правосудии. Для суда, действительно, не может быть ничего удобнее такого рода абсолютизма обрядных требований, особенно письменных, для частных сделок. Это, однако, далеко не соответствует ни интересам обмена, ни правильно истолкованным требованиям закона, особенно когда закон, как у нас, допускает совершение сделок письменно и устно и указывает легальные реквизиты *совершения сделок* не для всех их родов, а для каждого вида отдельно (т. X. Ч. I. Ст. 1531) и не всегда с одинаковыми последствиями.

Независимо от такого рода прямо направленных на изъявление воли более или менее простых и безобрядных способов, наше законодательство дает нам случаи, в коих такого прямого воплощения воли в специфическую, хотя бы и свободную, форму вовсе не требуется, и не менее того волеизъявление и сделка юридическая все-таки будет налицо. В этих случаях волеизъявление явствует *из фактов, от которых* более или менее *легко заключить*, куда, собственно, к какой цели направлено волеизъявление. Это как бы область *улик*, но не в применении к деяниям преступным, а к гражданским волеизъявлениям. Такие события или данные, от которых мы делаем наши заключения, *facta concludentia*, могут сами по себе носить или положительный, или только отрицательный характер. На этих учениях, особенно на молчаливом волеизъявлении, мы не находим уместным останавливаться в изложении действующего русского права, так как научное освещение этих довольно контroversных проблем несравненно удобнее найти в хороших пандектных курсах (Дернбурга, Regelsberger'a, Виндшейда¹). Здесь мы ограничимся отдельными случаями такого безобрядного волеизъявления в нашей действующей системе. Чтобы вступить в наследство со всеми юридическими, крайне важными в личном и общественном смысле этого акта последствиями (1258, 1259), нет необходимости облекать волеизъявление этого рода в какую-либо специфическую, указанную законом форму, а вполне достаточно *владеть и пользоваться*

¹ Для вопроса о *facta concludentia*, для толкования молчания и общего поведения (*Gesammtverhalten*) субъекта сделки в литературе нов. герм. гражд. Уложения см. особ.: *Эндеман* (8-е изд.). § 64 и прим. 7, 15 и друг.; особенно на совокупности данных и на заключении о воле лица из его *Gesammtverhalten* останавливается *Hermann Isay. Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgechäfts* (1899) и след., для *empfangsbedürftige* (с. 37 и след. 54) и *nicht empfangsbedürft* (с. 45, 61—63, 85, 86, 90—92).

ся наследственным имуществом в личную себе прибыль (1261). Для отсрочки заемного обязательства наше законодательство указывает специфические формы (2040); но кассационная практика наша видит и в *принятии* залогодержателем *процентов* достаточное данное, чтоб заключить об отсрочке долга (см.: Гаугер в указан. ст. кассац. решения за 1873 г. № 395). Это настоящие образцы так назыв. конклюдентных фактов, данных, из коих легко извлечь весь необходимый состав волеизъявления в этих случаях.

Наш закон допускает, в известных условиях, *от молчания* лица, которое имеет все основание и всю возможность для волеизъявления, *заключать к его согласию*, явствующему именно из этого молчания. Обобщения в этой области, как известно, очень опасны (ср.: *Regelsberger*. § 138. С. 505). Закон наш ставит в числе реквизитов вступления в брак *дозволение родителей* (6). Вопрос в том, как это дозволение имеет быть выражено, необходима ли письменная форма (ср. ст. 9), или вопрос о форме не имеет здесь вовсе значения, и мы вправе заключить о согласии родителей даже от простого их молчания, когда они знали о предстоящем бракосочетании и имели всю возможность выразить свое несогласие на брак? Наша практика и руководящие писатели склоняются к истолкованию простого молчания в этих условиях за достаточный признак согласия родителей (ср.: *Победоносцев*. Т. 2. § 4, по 3-му изд. С. 25 и примеч.). В пользу этого мнения говорит и ст. 1566 Улож. о наказан., которая для состава карасмого законом деяния, направленного против власти родителей, дает следующие признаки: вступление в брак, явно или тайно, против *решительного запрещения* родителей, или *без испрошения* их согласия. Надо полагать, что в случаях, где от родителей ничто не было скрыто, просьба о согласии к ним была обращена и *решительного запрещения* не последовало, ни состава запрещенного деяния, ни нарушения ст. 6 т. X, ч. I видеть нельзя.

Но всегда ли *молчание* должно иметь этот смысл отказа заинтересованного от осуществления своего права? Законодатель наш как бы опасается именно этого обобщения и постановляет: *молчание* законного наследника при споре сонаследников его против духовного завещания *не почитается отречением* от наследства... (1267). Есть, очевидно, случаи очень заманчивые для расширения смысла молчания, но не дающие к этому никакого основания.

Обозрением этих безобразных способов волеизъявления мы заключаем учение о внешней стороне волеизъявления в составе юридической сделки.

С. РАЗДЕЛ ТРЕТИЙ

ОСНОВЫ УЧЕНИЯ О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВЕ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

§ 57

Необходимость представительства в известных условиях развитого гражданского обмена. — Разные виды юридического содействия. — Содействие взамен другого. — Содействие фактическое и юридическое. — Явления, сходные с представительством по отдельным признакам или по их эффекту. — Существенные признаки представительства как особого института в гражданском праве. — Принципы латинского права. — Отступление новых систем. — Заметки по истории русского права. — Суррогаты представительства. — Элементы института в Псковской судной грамоте. — Медленность последующего развития общих норм.

В общих учениях о юридической сделке мы предполагаем субъектом волеизъявления отдельно взятое дееспособное лицо, от которого и исходит сделка. Такой субъект сделки представляет собой вполне нормальное явление развитого гражданского обмена. Как сами субъекты прав суть главным образом правоспособные люди, так и сделки составляют проявление их индивидуальной воли. Не с этого, однако, начинаются, как мы отчасти уже видели выше, летописи гражданского общежития. Этому предшествуют разнообразные формы *союзного общежития*, в условиях коего далеко не легко обособляются ни сферы отдельного правообладания людей, ни связанные с этим способы чисто личного, индивидуального волеизъявления в области гражданских правоотношений. И тут, и в области сделок, как увидим впоследствии яснее, первоначально господствуют тоже формы союзной, коллективной деятельности, “групповых рядов”, а не индивидуальных сделок.

Здесь, в учении о представительстве, к коему приступаем, мы будем пока держаться не этой исторической точки зрения, а той, которая лежит в основе современных систем гражданского права.

Если в современных бытовых условиях правоспособными являются нам, главным образом, отдельно стоящие в гражданских правоотношениях люди, то возможно ли, чтоб они, в операциях гражданского обмена, являлись непременно самостоятельными, всегда и везде, независимо от фактических данных и обстоятельств, в коих они находятся? Возьмем состояние детства, отсутствия, болезни, развития деловых сношений за пределы сил одного человека... В современных ус-

ловнях, когда нет союзных бытовых форм, возмещающих невыгоды этого *одинокого* положения человека, нет сомнения, необходимы особые институты гражданского права, которые заменяли бы прежнюю роль союзов в этих вопросах восполнения или замены недостающей, по тому или другому основанию, самодеятельности одного лица в его юридической сфере юридической деятельностью другого. На этой потребности и развился ныне в особенности институт представительства в гражданском праве.

Чтоб выделить это понятие из круга других, более или менее близких ему, Phering, в небольшой, но очень удачной работе *о содействии в чужих юридических сделках*¹, провел более рельефно, чем это делали до него, отдельные виды такого содействия и установил, более или менее твердо, необходимые признаки каждого из них.

Итак, в сделке *чужой* содействие другого, несубъекта сделки, может быть или фактическим, или юридическим; в то же время это содействие может идти *вместе* с главным субъектом сделки, или же *вместо*, взамен его.

Различения эти очень ценны для современной юриспруденции, где понятие представительства в гражданском праве необходимо выработать со всей точностью, и в то же время они далеко не бесспорны. Что касается прежних бытовых условий, то в них до крайности трудно было проводить вообще различия союзной и личной правоспособности и точно так же различие “групповых рядов” и индивидуальных сделок. С другой стороны, в тех условиях преобладания союзного над личным далеко не всегда можно было поставить сколько-нибудь определенную границу между содействием фактическим и юридическим и еще менее отличить содействие вместе с другим от содействия взамен другого. Лишь медленным процессом вырабатывались и обособлялись исторически те различия понятий и институтов в этой области, которые для современной мысли и юридической техники являются как уже определившиеся и до известной степени законченные.

В дальнейшем мы будем рассматривать *содействие одного лица взамен другого* и установим для этого явления, во-первых, *различие содействия фактического от юридического*, во-вторых, разграничим его от других, более или менее близких к нему *по отдельным внешним признакам или по эффекту явлений*.

Берем содействие посыльного, которое так часто случается ныне в деловых сношениях. Это агент, который действует по нашему поручению и услугами коего мы пользуемся, когда нам нужно дать весть,

¹ Mitwirkling für fremde Rechtsgechäfte (Jahrb. f. Dogmat. B. 1. С. 273 и след., и В. 2. С. 67 и след., 1857 и 1858 гг.).

доставить что-либо, принести ответ. Чем ближе содержание оказываемого им содействия подходит к чисто механическому, тем легче отличить его от подлинного представителя. Чисто механическим посредником такой *nuntius* будет тогда, когда он, найдя требуемого адресата, передаст ему письмо, посылку, как это мы видим постоянно в операциях письмоносца. Его посредство будет приближаться к юридическому содействию по мере того, как ему предоставляется больший или меньший *простор личного усмотрения в выполнении поручения*. Есть случаи, где механический характер выполняемого содействия выразится совершенно рельефно, и тогда будет вполне безразлично, кто выполняет эту функцию, человек, почтовый голубь, выдрессированное для этой цели животное (пес), тот, кому поручено выполнение, кто поднял на улице посылку и доставил ее по адресу. Такой содействующий орган во всех подобных случаях не есть и не может быть представителем в юридическом смысле, а лишь фактическим, механическим посредником, слугой волеизъявляющего.

Различение этой механической от формальной юридической роли посредника необходимо для нас в том смысле, что для первого вида содействия совершенно безразлична юридическая квалификация такого посредника. Это, как мы видели, может быть человек, правоспособный или нет, дитя, умалишенный, дрессированное животное. Совершенно иные реквизиты должны иметь место для случаев, когда содействующий *юридически соучаствует* в сделке, *лично* содействует субъекту сделки, *изъявляет свою волю*, как необходимый, образующий состав сделки, момент. Тут требования формальные, личные квалификации такого *юридического* заместителя или представителя будут не только юридически необходимые, но нередко специфически осложненные сообразно особенностям совершаемой через представителя сделки.

В отдельных случаях возможно, что роль настоящего представителя будет настолько прецизирована в данных ему инструкциях, что он ничего своего, личного, не внесет в процесс образования сделки; с другой стороны, и деятельность вестника способна, в указанных выше условиях, значительно приблизиться к решающей для самого состава сделки. Возможность таких случаев не устраняет, однако, пользы и необходимости проводить принципиальные различия обеих категорий явлений там, где нет подобных уклонений от подлинных типических свойств того и другого.

Ближе и опаснее смешение юридического представителя и фактического агента в тех случаях, где агент действительно *содействует совершению* сделки, но не в смысле образования ее юридического состава, а в смысле приискания покупателя, продавца, подходящего товара и проч., стало быть, в стадии *подготовительной* для последующего образования из этих фактических элементов содержания сделки.

Это роль *сводчика, маклера*, крайне существенная, особенно в операциях торговых, но именно не для юридического, а для фактического, экономического сближения интересов лиц, имеющих, засим, быть может, войти в формальное соглашение, совершить юридическую сделку, или непосредственно, без представителей, или опять через представителей, но уже не сводчиков, а юридических агентов, уполномоченных их именем вступать в сделки, юридически обязательные для принципала.

Опять и в этом сопоставлении (сводчик и поверенный) надо иметь в виду, что для маклерства вовсе не существенны такие *юридические* квалификации, которые необходимы для представительства в смысле соучастия в совершении сделки одним лицом (представителем) взамен или вместо другого (принципала).

Есть в практике юридической немало случаев, когда одно лицо не фактически только, а именно юридически соучаствует в сделке или содействует юридическим целям другого, не будучи при этих актах вовсе представителем заменяемого им другого лица в смысле *цивильном*. Таков судебный пристав в операциях, положим, по взысканиям, таков поручитель, уплачивающий за главного должника. Первый действует вовсе не вашим именем и не по вашему полномочию. Второй совершает сделку, уплату, очень тесно связанную с главным обязательственным отношением, но совершает он эту сделку, уплату, по силе обязательства, которое принял *сам на себя*, своим именем, а не вашим, главного должника, именем, не по вашему полномочию.

Современные системы знают в области договорных сделок любопытное явление *договоров в пользу третьего*. С этим явлением мы встретимся позже, в учении о договоре. Оно само далеко не настолько устойчиво, чтобы сопоставлением с ним удобно было пользоваться для прецизирования понятия представительства. Подробности строения этого явления будут нам ясны в связи с целым составом института. Здесь, однако, не излишне будет заметить, что стипулянт, совершая сделку *в интересах третьего*, действует *не по его полномочию*, не как юридический представитель принципала, не его именем, *а самостоятельно*, своим именем, *хотя и не в свою пользу*, а в пользу третьего.

Возможны, наконец, случаи, где лицо, совершая юридическую сделку, вне всяких сомнений, оперирует ради другого, *переводит* весь эффект операции, и именно *юридический эффект ее*, без остатка для себя, на имя другого лица. Примеров легко найти много. Возьмем образец из латинской практики. *Heres fiduciarius* принимает наследство и становится в полном смысле правопреемником наследодателя, но не для того, однако, чтобы остаться таковым, а чтобы выдать все наследство наследнику фиденкомиссарному, причем для такой выдачи, в республиканскую эпоху, у него существовало одно внутреннее побужде-

ние совести и никакого юридического стимула. В современной *торговой* практике такие юридические операции, с виду исключительно для себя, по существу в интересах комитента, совершает комиссионер, торгующий от своего имени, но за счет комитента (см., напр., Нем. торг. код. 10 мая 1897 г. Ст. 383—406). Наконец, действие по поручению, скрытому от одной из сторон, имеющих соучаствовать в сделке, может быть совершаемо и действительно постоянно совершается и *в общем праве*. Вот случай. N имеет особый интерес приобрести соседнее землевладение, через присоединение которого к наличному у N участку цена этого участка очень значительно повысится. Это, конечно, хорошо известно владельцу соседнего участка, и с N он потребует, именно ввиду этого, такой цены, которой ему не даст никто, кроме этого соседа. Тогда N дает деньги *подставному лицу*, которое покупает участок *на свое имя*, но единственно для того, чтобы тотчас перепродать этот участок N-у.

Спрашивается, с какой операцией мы имеем здесь дело? Будет ли *heres fiduciarius*, комиссионер, подставной покупатель *юридическим* представителем фиденкомиссарного наследника, комитента, соседа-приобретателя? В немецкой и русской литературе вопроса нам отвечают на него частью утвердительно, полагая, что такое представительство, особенно в последнем примере, следует отличить от *прямого* представительства только особым названием, другим термином, напр., наименованием его представительством *непрямым, косвенным, фактическим*. Ihering совершенно основательно применяет сюда вполне отличный от подлинного для случаев настоящего представительства термин — *Stellvertreter*, другой термин, именно — *Ersatzmann*, который, собственно, ближе соответствует понятию просто *подставного агента*, заместителя, *а не представителя в юридическом значении* этого слова.

Мы думаем, что там, где институт представительства вполне определен, там существенные для него черты будут заключаться в *юридическом содействии* одного лица *взамен другого* при совершении им сделки *от своего* (представителя), *имени, но с прямыми юридическими последствиями* не для него самого, а для его *принципала*.

Если нет этих признаков, то нет в гражданском праве представительства, как особого юридического института.

В указанном примере покупки участка на свое имя, чтобы перепродать соседу, мы имеем случай, где посторонний покупатель должен скрывать подлинного дестинатария сделки, действовать именно *не в качестве представителя*, а в качестве самостоятельного покупателя. Продажа этого участка соседу совершается опять как *новая простая сделка отчуждения* собственником вещи новому приобретателю. К этим двойным операциям приходится прибегать именно там, где

прямой путь неудобен или где институт представительства не развит. Называть такой вынужденный обходный путь именем представительства так же ошибочно, как ошибочно именовать продажу (*mancipatio* в старом латинском праве) с условием об обратной продаже (*cum pacto de remancipando*) залогом, ибо и эта сделка находит место только там, где институт залога не развит самостоятельно. Тут и там, в этих сделках фидуциарного типа, можно видеть *суррогат* не образовавшегося специфического института залога, представительства, особый вид симуляции, притворства, а вовсе не модификацию подлинного института. Для института представительства, повторяем, существенно, чтобы сделка, совершаемая представителем, произвела прямо и непосредственно весь свой эффект в сфере правоотношений представляемого. В этом вся физиономия, весь характер этого института.

Установив, таким образом, основные черты понятия представительства в гражданском праве, мы обращаемся к вопросу о положительной разработке этого института в главнейших известных нам системах гражданского права.

Известно, что в праве римском этот институт вовсе не развился как самостоятельный и законченный для широкого применения его к многообразным формам гражданских сделок. Принцип старого права, *per liberam personam nobis acquiri non potest*, удержался до самой поздней эпохи как общий руководящий, хотя, как это хорошо известно, и старое право отступало от него в отдельных случаях *utilitatis causa*, и лишь новая эпоха довольно широко развила отступления от этого общего принципа. Если шкипер чужого судна (*magister navis*), заведующий чужим промышленным заведением (*institor*), отвечал по своим сделкам прежде всего лично, то преторская система, наряду с этим, *in subsidium*, призывала к ответственности и принципала, распространяя, таким образом, эффект сделки прямо на лицо, в ней не участвовавшее. Любопытного процесса развития этой системы *actionum adjectitiae qualitatis*, столь роскошно разрабатываемого ныне романистами, мы здесь вовсе не касаемся, ограничиваясь замечанием, что старый принцип, несмотря на неоднократные отступления, остался все же неустранимой характерной особенностью латинского права; и рецепированное право не дало нам готовых основ для института представительства, подобно тому как мы нашли в нем настоящие основы для целого ряда других институтов гражданской системы.

Вопрос о том, что, собственно, помешало в Риме развитию института представительства *per liberam personam*, довольно спорен в теперешней литературе¹ и может здесь занять нас только в той мере, в какой способен осветить другой, более близкий нам, — именно, чем

¹ См. мысли *Регельсбергера*. *Pandekten*. § 162, пр. 1.

объясняется необходимость этого института в современных действующих системах? В Риме, конечно, необходимость этого института чувствовалась слабее, чем у нас, ибо *persona sui iuris* в условиях античного социального быта стояла *не так одиноко* со своей обособленной частной сферой правоотношений, как у нас. Для расширения сферы его гражданских операций такому лицу не было необходимости прибегать к совершению сделок взамен принципала через *свободного* представителя, *per liberam personam*, ибо, совершенно независимо от этого института, сделки лиц подвластных, *personae alieni iuris*, и особенно несвободных, *в силу связи их с домовладыкой или хозяином*, влекли за собой неизбежно изменения в сфере его правоотношений. Это не были представители принципала, но эффект их операций мог часто заменять собой тот, которого мы ныне достигаем *per liberam personam*, делая такое лицо представителем нашим в сделках гражданского права. — Наряду с этим играла, конечно, известную роль возможность, в отдельных случаях, обходиться указанными выше *суррогатами* этого института или пользоваться постепенно образовывавшимися изъятиями из указанного принципа, причем принцип все же оставался как непоколебленным.

Став на эту точку зрения, несомненно, правильную для классической системы, мы открываем себе заранее некоторую перспективу для уяснения условий, в коих у нас стала чувствоваться и определилась необходимость развития рассматриваемого института, идущего прямо навстречу латинскому принципу *per liberam personam nobis acquiri non potest*.

История института возбуждает не только у нас, но и на Западе много сомнений. Некоторые исследователи полагают, что основы его лежали в правосознании, предшествующем эпохе рецепции, хотя доказать это трудно¹. Толь связывает процесс его образования на новой почве с институтами торгового права в особенности; Бухка указывает на каноническое право как на источник принципиального допущения представительства в гражданском праве².

Самое наименование, техническое, и состав института, совершенно отличный от рецептированного права, определились, для Германии в особенности, не ранее XVII в. В теперешних кодифицированных системах представительство в гражданском праве выработалось вполне в составе институтов общего, а не специально-торгового права. Догматическое строение института мы покажем дальше. Здесь несколько слов по истории института у нас.

¹ *Stobbe. Handbuch. III. § 170, пр. 2.* Для истории догмы особ.: *Buchka. Die Lehre v. d. Stellvertretung и проч. (1852 г.)*.

² *Thöl. Handelsrecht. 6-е изд. § 70, пр. 1; Бухка. Указ. соч. С. 158.*

История нашего права, несомненно, включает в себе немало ценных данных по вопросу о развитии института представительства у нас. К сожалению, эти данные почти совершенно не разработаны нашими историками и цивилистами, особенно для документов петровского периода нашей истории. В ожидании монографической разработки любопытного вопроса мы не откажемся в дальнейшем сделать несколько общих указаний по истории института, составляющих результат общего понимания явлений разных эпох, а не детальной разработки самого института¹.

Выше, в связи с учением о лице, особенно о союзных формах правообладания в старое время, мы показали, что правоспособность отдельного человека долгое время остается теснейшим образом связанной и условленной принадлежностью его к тому или другому союзу. Особая, индивидуальная правоспособность отдельного человека выделяется слабо и медленно из этих уз союза, с коим индивидуум более или менее тесно связан. То же, что мы говорим о правоспособности лица в старых бытовых условиях, следует сказать и о его *дееспособности*, и об особенностях, которые отличают *способы волеизъявлений* и порядок совершения сделок в эту пору.

По отношению к последнему, т. е. к способу изъявлять волю с определенным для гражданских правоотношений лица эффектом, мы установили выше различия между волеизъявлениями юридических лиц, союзов, которые достигают указанной цели посредством своих органов (общее собрание, правление, его члены, директор и проч., ср. выше, § 21). С другой стороны, мы различили непосредственные волеизъявления отдельных людей и волеизъявления, которые совершаются или с содействием других лиц, соучаствующих в их волеизъявлениях вместе с субъектом сделки, или взамен его. Только в последнем явлении, при наличности, сверх того, указанных выше квалификаций, мы и находим необходимые признаки особого института представительства в гражданском праве.

Но все эти различия и возможность точного анализа явлений заместительства обусловлены потребностями развитого обмена и высокой юридической техники. Этих различий вовсе нельзя сделать в явлениях мало развитого обмена, особенно при условии господства союзных форм правообладания, и при малоразработанной юридической технике.

¹ Лишь в самое последнее время учение о *дееспособности* стало предметом обстоятельной исторической разработки, для русского права в особенности, в обширной монографии Ник. Ник. Дебольского, посвященной этой задаче. На этой общей основе удобно было бы впоследствии хорошо поставить и другие специальные проблемы учения о сделке, о представительстве и проч. Преждевременная кончина талантливого молодого ученого лишила нас надежды скоро увидеть разработку этой основы в деталях учений, тесно с нею связанных.

Старые памятники нашего права касаются вопроса о замещительстве в сделках и процессе далеко не часто. Выше других памятников старого права в этом, как и во многих других отношениях, стоит Псковская судная грамота. В ней сохранились любопытные, хотя и отрывочные указания на *пособничество на суде за известных недееспособных людей*, которое грамота допускает вопреки общему запрету *ходить помочью на суд* (ср. ст. 58, 21, 36). За церковную землю тоже запрещено *ходить соседям помочью на суд*, а допущено только *хождение старосты* (70). Наконец, в вопросах защиты общего владения грамота требует процессуального соучастия всех совладельцев (сябров), а для крестного целованья допускается замещительство одним из соучастников всех других (ст. 106)¹. Этот же памятник указывает нам любопытную функцию послуха на суде, который, собственно, должен *подтверждать* притязание стороны, на него сославшейся, стало быть, содействовать стороне в ее процессуальной деятельности, но может и *заменять ее* не только в принятии присяги, но и в бою² (ст. 20). Замечательны определения этой же грамоты, воспрещающие посаднику за друга тягаться, опрочь своего орудия, или где церковное старостение держит (ст. 68), и еще более широкое ограничение брать на себя процессуальное представительство всякому лицу, облеченному властью, столь близко напоминающее подобное ограничение в праве латинском для так назыв. *personae potentiores*, которые, скупая иски (*redemptores litium*), могли своим влиянием угрожать началу равенства сторон в процессе (ст. 69; ср. v. *Vangerow*. *Pandekten*. § 574).

В этом замечательном по наличности признаков высокого развития, именно гражданских институтов, памятнике русской старины в строении представительства (только процессуального) заслуживает нашего особого внимания влияние союзной общности лиц на способность их *заменять* одного другим в чисто юридических актах, каково целованье креста на суде (присяга, ст. 106). Вместе с этим соучастие лица (опять только процессуальное, в качестве послуха) в юридическом акте *совместное* легко *переходит в такое же соучастие взамен стороны* (ст. 20). Несмотря на то, что понятие сделки гражданской в рассматриваемую эпоху далеко не совпадает с современным и разработка всего института соучастия разных лиц в юридических операци-

¹ Толкование статьи не бесспорно (см. особ. указание *Владимирского-Буданова* в его *Хрестоматии*).

Тут же, для исторических проблем, идущих в глубину прошлого, высокую цену имеет запрещение соучастия всей общины (ст. 58, 106, 27, 34, 56, и друг.; тоже см. особ. ст. 6 Новгород. судн. грам.).

² Хочет с послухом на поле лезет, или послух (послуху?) у креста положить чего искал (см. примеч. *Владимирского-Буданова* к этой статье Грамоты. Ср. еще ст. 22 и 23).

ях других относится в рассматриваемой грамоте к актам процессуальным, вопрос о представительстве вообще, несомненно, освещается в значительной мере и этими данными.

В последующем развитии нашего права мы далеко не найдем таких общих норм, хотя бы косвенно, но все же надежным образом уясняющих нам положение всего вопроса. Материал, способный служить для изучения задачи, для последующей эпохи есть, главным образом, практический, дошедший к нам в составе юридических сделок той эпохи. Долгое время мы не видим здесь сколько-нибудь твердо установившихся норм для определения юридической роли представителя в совершении сделок. Но зато и условия, которые делали слабую разработку института не особенно ощутительной в ту пору, тоже ясны для нас. Вместо института представительства мы имеем много образцов таких операций, которые служили, как было показано выше, *суррогатами* этого института.

Итак, лица, связанные одно с другим *общностью интересов* (напр., совладения, как в указанном примере сябров в Псковск. судн. грам.), *принадлежащие к одному союзу* (напр., родовому, натурально, только для дел этого союза, также супружескому, семейному вообще, но опять не по любым делам), *к сообществу исповедному* (тоже по делам известного характера, прикасающимся области верований, особенно тогда, когда такая связь из отдаленной становится близкой, приобретает свойство конкретного отношения между известными лицами, как у отца духовного, у крестного отца, у церковного старосты и тому подобное), наконец, лица, зависящие одно от другого, в смысле ли службы, или холопства, или же, в позднейшее время, отношений крепостной зависимости, — во всех этих и подобных случаях одно лицо могло легко замещать другое в его юридических актах, не будучи в подлинном смысле его представителем в сделке гражданской, или на суде.

Нет сомнения, что и операции, указанные нами выше, с неопределенным верителем или истцом (см. выше. С. 178—180), или сделки, совершаемые фидуциарным способом, подставой, служили той же цели (выше. С. 195 и след.).

Заменяли ли, однако, такие *суррогаты представительства* институт, формально сложившийся для этой специфической цели, — это вопрос, которого разрешение не затруднит нас, конечно. Это способы, несомненно, могущие в отдельных случаях служить для тех же целей, как и специфический институт представительства. Они способны, как это видно в римском праве, задерживать развитие этого специфического института, и конкурировать с ними даже при полном его развитии. Но нет сомнения, что указанные нами выше способы содействия взамен другого лица кем-либо из близко с ним связанных могут иметь применение только в тесном кругу сделок известного типа, где

данный круг лиц, по существу дела, более или менее солидарен с видами сторон, совершающих сделку. При этом связь этого рода не всегда и необходимо делает каждое лицо, находящееся в подобных отношениях к принципалу сделки, желательным и надежным орудием достижения его целей. Тут часто могут иметь место сомнения, всегда необходимо или точное знание, или ближайшее исследование каждого конкретного случая. Наконец, здесь очень возможны ошибки и недоразумения. Эти суррогаты не устраняют необходимости развития постоянных и специфически для цели представительства рассчитанных форм и обрядов установления свободного представительства и точной разработки возникающих этим путем правоотношений как между принципалом и представителем, с одной стороны, так и между этими лицами и третьими, входящими в сделку, с другой.

С Петра Великого в числе актов, которые должны быть совершаемы с соучастием публичных органов, названы верчие крепости (см. выше). В указе о форме суда (1723 г.) сторонам предоставлено посылать вместо себя других людей с верящими письмами, в коих должно быть обозначено, что веритель во всем, что поверенный учинит, прекословить не будет.

Очень слабо, правда, но в этих актах уже определились некоторые черты прямых юридических последствий для доверителя от тех действий, на которые он уполномочивает поверенного. Известно, однако, что указ о форме суда мало привился к практике, и в дальнейшем движении законодательства 18-го в. мы видим большие колебания практики в вопросах самых существенных, касающихся порядка удостоверения доверенностей¹. Законодатель занят более частными случаями замены одного лица другим в совершении гражданских актов, где дело не терпит промедления (напр., в вопросах межевания), или где выдача доверенностей прикрывает собой другие цели, напр., обход закона, воспрепятствующего владеть разночинцам населенными имениями, или уклонение от платежа пошлин за право торговли посредством выдачи доверенностей лицам неторгового класса.

Практика этого рода не могла уяснить природу представительства в гражданском праве и она осталась в Своде Законов мало разработанной. Причина скудости нашего позднейшего права в этом учении сравнительно даже с теми здоровыми основами института, которые были выше указаны для эпохи Псковской судной грамоты, совершенно понятны ввиду неразрывного сплетения “дел челобитчиковых” с “делами интересными”, которое составляет характерную черту послепетровской указной деятельности, и бытовых условий этой эпохи, где в каждом институте гражданского права видна примесь нецивильных основ,

¹ *Неволин.* Ист. рос. гр. зак. Ч. 3 (изд. 1858 г.). С. 221, особенно и § 465, вообще.

начал привилегии, служебных или податных целей, влияющих на все его построение. В подобных условиях часто гражданская конструкция института представительства не могла никаким образом самостоятельно развиваться.

§ 58

Представительство в главнейших западных кодексах, в действующей нашей системе и в Проекте. — Попытки раскрыть общие юридические основания для института представительства в современной немецкой литературе.

Представительство разработано ныне более или менее широко в любом современном кодексе гражданского права общего и торгового на Западе¹. Для наших целей мы ограничимся здесь главнейшими положениями общего права в новых кодексах, особенно в имперском гражданском Уложении 16 авг. 1896 г., где учение это нашло себе законченную обработку *в составе Общей части кодекса*.

В современных гражданских системах волеизъявление через представителя, направленное на изменение правоотношения принципала, допускается, вопреки латинской традиции, в самом широком применении к любым юридическим сделкам имущественного типа *inter vivos*. Не допускается волеизъявление через представителя в актах последней воли и вступления в союз супружеский. Французский кодекс требует *личной явки* усыновителей или усыновляемого перед судом для выражения согласия их на *усыновление* (С. с. Art. 353 и след.). То же требование выражено нашей ст. 1460¹ Уст. гр. суд. для *узаконения* детей: подача просьб (об узаконении) через поверенных не допускается².

¹ Для прус. ландрехта. I. 13. § 85, 153; для Code civil особ. art. 1997, 1998; Цюрихск. кол. § 949; Саксонск. § 788, 1217; Швейцарское обязат. пр. art. 36; нов. имперск. гражд. Улож. Ст. 164—181; Торгов. имп. код. 1897 г. § 48—58.

² Русская литература по вопросу о представительстве в гражданском праве включает в себе немало почтенных трудов наших цивилистов. Для знакомства с целым учением особ. *Нерсесова* "Понятие добровольного представительства в гражданском праве". 1879. Больше полемического характера с учениями западных цивилистов, не самостоятельна и не закончена работа покойного проф. Казанцева. Очень ценной и содержательной для русской практики являются работы *Г. Гордона* "Представительство в гражд. праве". 1879 и его же "Представительство без полномочия". 1893. Особо должна быть поставлена выдающаяся диссертация проф. *Ю. С. Гамбарова*. Добровольная и безвозмездная деятельность в чужом интересе. 2 вып. 1879 и 1880 гг., по широкой постановке задач исследования и разработке общих основных вопросов цивилистики, для коих исследуемый институт служит только средством освещения. В посмертном изд. "Курса торгового права" *Нерсесова*, выполненном профессором А. Г. Гусаковым в 1896 г. см. § 13.

Для тех случаев, где данная система допускает волеизъявление через представителя, *основанием* такого заместительства принципала может служить: а) легальная норма, б) полномочие на совершение или последующее одобрение со стороны принципала сделки, уже совершенной его именем, но не им непосредственно. В первом случае представительство будет необходимым или законным, во втором — добровольным или договорным.

а) Если в основе представительства лежит *легальная норма*, то право *представлять* личность другого может быть связано с институтом приватной зависимости одного лица от другого, имеющего власть отцовскую, супружескую, над другим. В этих случаях нет надобности ни в каком *особом акте*, уполномочивающем отца заступать место сына, несовершеннолетнего, в сделках, касающихся правоотношений (т. X. Ч. I. Ст. 226, 230, 180, 181) подвластного лица. Если это опекун или попечитель, то нормально в современном праве его *определяет к лицу или имени опекаемого* опекунское установление (251), и такое определение служит основанием полномочия легального представителя. Случаи установления легального представительства, состав лиц, ведающих опеку, содержание их полномочий, способ прекращения опеки, так же как вопросы, касающиеся опекунских функций родителей опекаемого, могут быть рассмотрены лишь в связи с соответствующими институтами данной системы. Родители и опекуны, в свою очередь, способны уполномочивать другие лица для совершения, именем опекаемого, юридических актов, касающихся его имущественных отношений, взамен их. — Нет сомнения, что право действовать через представителя не ограничивается физическими лицами и принадлежит в равной мере казенным управлениям, сословиям лиц, монастырям, духовным установлениям (2291). Для процессуального представительства закон наш *обязывает* общества, товарищества и компании искать и отвечать на суде через особого поверенного (ст. 27, 26 Уст. гр. суд.). — Вопрос о таком поверенном, *представителе* обществ и союзов, действующем взамен их, следует строго отличать от *органов* таких юридических лиц, через которые они непосредственно упражняют, в пределах, указанных законом или статутом, свою гражданскую дееспособность. Итак, правление общества, если дело идет, напр., об акционерной компании, *должно* уполномочить *особого* поверенного для иска на суде. Для земской или городской управы таким уполномоченным может быть председатель или член управы (*орган* указанного установления) или особый уполномоченный (*представитель* его) (см.: Уст. гр. судопроиз. Ст. 27 с разъяснен., составил Вл. Гордон, 1903 г., ср. ст. 2291 и 2292. Т. X. Ч. I). Право несостоятельного искать и отвечать на суде, по объявлении несостоятельности, переходит к конкурс-

ному управлению (Уст. гр. суд. Ст. 21); но конкурс тоже может посредством особой доверенности уполномочить одного из своих членов искать на суде. Для лиц, безвестно отсутствующих, закон указывает особую процедуру для установления опеки над его имуществом (Уст. гр. суд. Ст. 1453 и след., ср. т. X. Ч. I. Ст. 1243 и след.).

б) Наряду с этими легальными способами заменять недееспособных в гражданском праве субъектов представителями или юридическими заместителями, которые получают свои полномочия не от принципалов, а силой закона, определением судебной власти, современное право широко развило институт представительства, в основе коего лежит акт доброй воли представляемого, который или предшествует замене одного лица (принципала) другим (поверенным, представителем), или сопровождает уже совершенные именем другого сделки. В обоих случаях эффект волеизъявления представителя явно находится в самой тесной связи с намерениями, с видами принципала. Это и составляет отличительный признак этой категории явлений от рассмотренных выше случаев представительства малолетнего, безумного, безвестно отсутствующего, где о воле этих лиц не может быть речи, и весь эффект действия их опекунов, попечителей и проч. должен быть отнесен к легальной норме, по силе которой они призваны возмещать отсутствующую дееспособность названных лиц.

В одном случае, стало быть, эффект представительства условлен волеизъявлением принципала, который, чтоб действовать через другого, должен прежде всего сам быть юридически дееспособным, — в другом от принципала не зависит ничего, ибо он не дееспособен. С другой стороны, для юридического эффекта сделки, как в том, так и в другом случае, представитель должен необходимо сам иметь дееспособность, без которой его волеизъявление не произведет никакого юридического действия.

Идея представительства в том и другом случае одна. Волеизъявление, рассчитанное на известный эффект, исходит от представителя. Он автор юридической сделки. Но эффект этой сделки вовсе не касается его юридической сферы и обнаруживается прямо и непосредственно в изменениях правоотношений самого принципала.

Для наступления этого эффекта представитель должен иметь ту силу или ту способность, которая называется *полномочием* (Vollmacht, pouvoir) или *властью представлять принципала* (Vertretungsmacht). Эта юридическая сила или это полномочие и сообщается представителю или легальной нормой, или актом доверенности, поручения действовать именем принципала, или, наконец, эта юридическая сила образуется впоследствии, когда принципал дает свое одобрение сделке, совершенной его именем без его полномочия.

Действующие кодексы дают всему институту то или другое место в системе, смотря по тому, какой момент *внутренний* — доверенность, поручение, или *внешний* — полномочие, власть представлять, выдвигается в этом институте на первый план.

Французский кодекс определяет все основные черты института в титуле о договоре доверенности (Livre III, titre 13, du mandat, art. 1984—2010), с коим по эффекту сближается последующее одобрение совершенных на имя другого без полномочия сделок (art. 1338, абз. 3, и art. 1998, абз. 2). При этом положении учения в системе идея представительства не выражается в целом ее объеме, и для полноты ее изучения надо иметь в виду случаи полномочия, основанные на законе, в составе отдельных указанных выше институтов.

В учении о доверенности Code civil, как и наш т. X, ч. I в соответствующей главе II раздела IV, кн. 4, рассматривает преимущественно внутреннюю сторону института, составление доверенности и совершенные верящих писем, исполнение и прекращение доверенности (ст. 2291—2334). Эта сторона вопроса интересует нас здесь меньше, и мы будем иметь случай коснуться ее в учении о договорах вообще и о договоре доверенности в особенности. Заметим здесь только, что свойство договора и полномочия, на нем основанного, у нас, как и в латинском праве, отличается для той и другой стороны особой чуткостью к изменениям воли принципала подчиняться последствиям совершенных поверенным сделок и воли поверенного совершать за другого волеизъявление. Акт доверия и полномочия представлять принципала могут и с той и с другой стороны быть прекращены в любое время, хотя, правда, не всегда без обязательства вознаградить потерпевшего за происшедшие от того убытки (С. с. Art. 2003—2010; особ. для доверителя, art. 2004, право уничтожить доверенность *quand bon lui semble*, то же т. X. Ч. I. Ст. 2330 и след.). Это настолько в свойствах этого типа правоотношений, что отказ от этого права обыкновенно не имеет силы, хотя бы был именно введен в состав договора. С другой стороны, сила доверенности и полномочия обыкновенно прекращается смертью доверителя или поверенного, разве бы поверенный или третье лицо не имело сведений о последовавшей смерти доверителя (Code civ. 2008 и след., то же частью и для других способов прекращения доверенности). Обязанности наследников поверенного введены в этом случае в самые тесные границы (там же, art. 2010; см. также т. X. Ч. I. Ст. 2330 и 2334 со значительными осложнениями, условленными реквизитом письменности).

Прусский ландрехт, как и французский кодекс, но с большими подробностями, разрабатывает вопрос о содержании полномочий, основанных на доверенности для отдельных, специальных сделок, особен-

но для дарений, отказов, мировых сделок, отчуждения и приобретения недвижимостей, занесения ипотек, дачи присяги, уговора о третейском суде и проч., которые должны быть в доверенности именно показаны (I, 13. § 99—110). С другой стороны, ландрехт, как наш т. X, ч. I, шире применяет требование письменной формы для доверенности (там же, § 7—11).

Целесообразнее, в смысле системы, все учение о представительстве (*Vertretung*) и полномочии (*Vollmacht*) в целом составе и независимо от тех или иных оснований полномочия новое германское Уложение выделяет *в общую часть* (раздела 3, о сделках, титул 5).

Обыкновенно полномочие и доверенность являются связанными одно с другим. Мы *доверяем*, входим в договорную сделку (контракт *mandatum* у римлян) и силой этой сделки *уполномочиваем* доверенного; но эта связь двух сделок не есть необходимая. Возможны акты доверенности, мандаты, поручения, ни на что не уполномочивающие (“веди мою торговую книгу”). Возможны и полномочия, когда доверенность не имеет силы (не так совершена), или когда ее вовсе нет (я вовсе не уговариваюсь с определенным поверенным, а уполномочиваю должника произвести уплату такому-то или туда-то)¹.

Новое немецкое Уложение по вопросу о влиянии пороков воли или случаев ошибки на силу сделки дает решающее значение этим недостаткам волеизъявления в лице поверенного, а не в лице принципала (§ 166 абз. 1, ср. т. X. Ч. I, прил. к ст. 694. П. 5. Ст. 2326, 2328; Проек. Ст. 71).

Полномочие может быть эффективно выражено не только лично поверенному, но и третьему, с коим поверенный имеет входить в сношение именем принципала (нем. гр. Ул. 167); то же и для прекращения полномочия (171, абз. 2). То же достигается публичным уведомлением о даче или прекращении полномочия (там же). Вопрос о форме предоставления полномочия поставлен в немецк. кодексе независимо от обязательной для сделки, на которую дано полномочие, формы (167). Полномочие может быть выражено и молчаливым допущением известных операций (прием платежей с ведома кредитора постоянно известными лицами). Для силы сделок, совершенных именем другого без полномочия, нужно последующее утверждение принципала (*ratihabito*, 177); в случае неодобрения сделки со стороны принципала потерпевший имеет иск об убытке с представителя без полномочия, разве бы соучастник сделки с таким представителем знал заранее об отсутствии

¹ Весь этот вопрос особенно важен для торгового права. См. особ.: *Laband*. Die Stellvertretung beim Abschluss v. Rechtsgeschäft. nach d. allgem. Handelsges. buch (в Журн. Гольдшмита). Вопрос очень спорен (см. особ. полемику между Нупка (о молчаливом полномочии) и Шлоссманом (*Stellvertret.* Т. II. С. 508. Exc. II).

полномочия со стороны представляемого (179). Если доверенность возникает из *договорной* сделки, то полномочие есть, несомненно, *сделка односторонняя*, не предполагающая для наступления своего эффекта момента восприятия, обращенного именно к данному лицу предложения (*nichtempfangsbedürftig*), ибо для силы сделки достаточно простого оглашения полномочия (§ 171, абз. 1).

Все современные, указанные здесь кодексы общего, а также и торгового права, которого мы не касаемся, относят *последствия совершенных уполномоченным сделок непосредственно к сфере правоотношений принципала* (С. с. 1998, ландрехт I, 13. § 85, 153. Т. X. Ч. I, 2326, имп. герм. Улож. § 164) и требуют от него соответственной этому правоспособности.

Прекращается полномочие и доверенность с прекращением задачи, на которую оно было рассчитано, или правоотношения (служебное по найму, агентское...), его обосновавшего. Несомненно, смерть той или другой стороны имеет то же действие (с некоторыми ограничениями для торговых операций и для процессуального представительства), потеря правоспособности, наконец, отказ доверителя или поверенного, заявленный в форме соответствующей даче полномочия или доверенности.

Таким образом, идея прямого представительства в сделках гражданского права, и особенно имущественных, есть в практике главнейших современных систем, несомненно, господствующая и общеприменимая. Вся разница определяется более или менее законченной и детальной разработкой частных институтов, причем наша система является и здесь совершенно отсталой. Разработка, данная этому институту в Проекте Гражд. улож. (кн. I, Полож. общие. Гл. IV. Ст. 67—71), поражает своей скудостью и незаконченностью, тем более странной, что кодификаторы поставили себе целью обнять в этом проекте не только общее, но и торговое право. Чтоб убедиться в *ничтожестве* этой работы, достаточно сопоставить ее с art. 164—182 нем. гражд. Улож., хотя бы не принимая во внимание немецк. торгового кодекса.

Вопрос о том, однако, на чем, собственно, держится это странное воздействие волеизъявлений одного лица (представителя) на правоотношение другого (принципала), принадлежит в современной немецкой литературе, ищущей внутренних оснований для объяснения строения институтов, к числу весьма контроверзных¹.

¹ Кроме монографий, указываемых в любом пандектном учебнике, полезно иметь в виду обозрения спорных учений и оценку их у *Vitteis. Die Lehre von der Stellvertretung* (1885 г.); коротко *Windscheid. Pandekten. § 73, пр. 16в.; Regelsberger'a. § 159* и особ. позднейшую работу Шлоссмана.

Группировка разных учений идет так. Те писатели, которые хотят видеть в сделке продукт внутренних психических процессов (Савиньи, см. выше), особенно затрудняются отделять эффект сделки от этой *естественной* его причины. Я хочу известного изменения моих правоотношений, я же, для этой цели, и совершаю сделку. Связь причины и последствия неразрывна в этом применении моей дееспособности к моим же правоотношениям. К этому простому и естественному первообразу писатели этого направления стараются свести и действия через представителя. Итак, если мой представитель действует за меня, то он есть только орудие *моей воли*, и, следовательно, изменения, которые в этом случае произойдут в сфере моих правоотношений, будут составлять все же продукт моей воли. Казавшаяся нарушенной *естественная* связь причины и следствия этим методом как будто вновь восстановлена. — Но правильно ли это? Начать с того, что представительство в гражданском праве имеет место не там только, где у принципала может быть и действительно есть налицо воля, но и там, где ее нет и быть не может, как у малолетних, умалишенных, отсутствующих. Как же здесь установить *естественную* связь волеизъявлений принципала с последствиями для юридической сферы этих недееспособных? Воли у них нет, и это не мешает их представителям совершать за них всякого рода сделки с несомненным эффектом для их правоотношений. Но и там, где у принципала есть волеспособность, все же, несомненно, сделка его представителя есть именем принципала, по его полномочию, но *не им*, а именно его представителем совершенная.

Чтобы спасти эту *естественную* связь причины (воли) с последствием (изменением правоотношений), пробовали дать делу еще такой оборот. В сделке через представителя творцом сделки почитается он сам, она составляет продукт его воли. Но и действие сделки *первоначально* возникает тоже только для него, и лишь *впоследствии* это действие некоторым актом молчаливой цессии, уступки, переходит на принципала (Пухта, Вангеров). Но это только воображаемый процесс, которого в действительности вовсе не знает право, ибо действующие системы в особенности требуют от представителя дееспособности только для совершения сделки (с ограничениями, нем. Улож. § 165), которой он является автором, а правоспособность воспользоваться ее эффектом нужна именно со стороны принципала.

Как будто шаг ближе к делу принадлежит конструкции названного выше *Mittels'*а, который *отчасти* справедливо, хотя опять *только для добровольного представительства* и далеко не для характерных его случаев, полагает, что здесь действует не одна воля (представителя) взамен, вместо, другой (воли принципала), а *обе воли вместе*. Но

когда воля принципала будет ясно чувствоваться в составе сделки? В тех именно случаях, где принципал очень близко и детально руководит представителем, т. е. в случаях, наименее характерных для рассматриваемого института, где представитель начинает походить на посыльного. Наоборот, в случаях общих полномочий, где явно все, в пределах этих полномочий, решает *воля представителя*, а также в случаях представительства необходимого, это учение оставляет задачу совсем нетронутой.

Итак, точка зрения *естественной концентрации* волеизъявления и его эффекта в одном лице ни к чему не приводит, не дает ответа на вопрос, как возможно относить эффект или результат волеизъявления одного лица к сфере правоотношений другого. Очевидно, надо искать иного пути для объяснения как будто ускользающего от *естественной* закономерности явления.

Эту особенность строения представительства давно уже отметила, хотя немногими чертами, прозорливая мысль Рудольфа Ihering'a, в неисчерпаемом по богатству идей его сочинении о духе римского права на разных ступенях его развития (см.: Geist. § 53). Ihering отмечает, как *первичную* стадию в истории сделки, именно эту *естественную концентрацию причины и последствия в одном лице*.

Старые сделки совершаются непременно лично самими их субъектами и при наличности *тут же* всех данных, необходимых для законченного юридического их состава¹. Успех развития сделки в дальнейшем заключается в некотором расчленении этой ее первобытной цельности. Мы выше видели, что сделки позднейшей формации допускают *условное волеизъявление*, причем явно состав сделки определяется *последовательным* сочетанием разновременных данных. В смысле исторического возраста и юридической техники сделка, совершаемая через представителя, имеет несомненное родство с явлением условной сделки. Вот что говорил Ihering для характеристики этой конструкции. “Настоящее, подлинное представительство покоится на *разъединении* (Trennung) *причины и действия* в юридической сделке. Причина, т. е. деяние, приходится на долю представителя, а действие, последствие этого деяния — на долю принципала. Оно (представительство) заклю-

¹ Процесс разложения этого строгого стиля старой сделки имеет свои фазы, коих частью мы касались выше. Сделки впоследствии допускают не только срочность и условность волеизъявления, но и различные суррогаты представительства; в праве римском, напр., в виде обязательства с двумя верителями или должниками (сogrei credendi u debendi, о чем см.: *Доверна Н. Л.* Основная форма корреального обязательства. 1874. С. 143). В новое время то же достигалось формулировкой обязательства на неопределенного верителя (см. выше здесь же. С. 791—793). Подробности обходим.

часть в себе, стало быть, *искусственное раздвоение* (Spaltung) того, что в *естественном* образовании отношения является единым¹.

В дальнейшем для правильного разумения института нам необходимо разобрать два вопроса: 1) что же это разрушенное естественное сочетание причины и последствия в строении сделки через представителя так и остается разрушенным и ничем не возмещенным, или на место этой связи наступает некоторая другая и какая именно? 2) что в результате дает нам для юридической техники и для развития гражданской свободы эта замена связи естественной новым сочетанием сделки представителя с эффектом ее для принципала?

Итак, первый вопрос касается замены естественной концентрации причины и последствия сделки в одном лице. Институт представительства настоящего, подлинного, дает нам не только разорванную естественную связь сделки с ее эффектом, но и замену этой естественной связи новой, искусственной. Что же служит для этой цели, какой *технический* прием цивилистики? Не знаем ли мы в истории сделки такой же смены простого, естественного сочетания некоторым иным? Вспомним куплю-продажу. Первоначальная, естественная связь волеизъявления с действием его в этой сделке будет такая: *мне нужна вещь, я ее и покупаю*. Потребность для меня в этом приобретении определяется подлинным назначением данной вещи, этого платья, этого дома, поля, инвентаря. Ничего не может быть безыскусственнее такой концентрации всех моментов сделки в одном фокусе. Все данные тут же налицо... Но ведь обмен не может остановиться на этом. Мне вещь вовсе не нужна для пользования ею согласно ее назначению. Я ее, однако, купил, и затем ищу разрушить сделку доказательством на суде скрытого в ту пору мотива купли, который заключался в желании раскрыть следы преступления. Юриспруденция, не допускающая инвалидации сделки по этому скрытому мотиву, делает этим, так сказать, первый шаг к замене естественного сочетания момента воли с его последствием. Если нет воли в подлинном, естественном значении, то эту волю, это истинное побуждение, для юридической силы акта, заменяет абстрактно, в этих пределах, сделанное мной волеизъявление "я покупаю"; здесь выступает то, что мы называем внутренним формализмом воли, определяющим состав сделки приобретения движимости посредством купли-продажи совершенно независимо от того или другого конкретного побуждения или расчета в данном случае. Разрушенная естественная связь причины (я хочу иметь платье, дом, чтобы пользоваться им как своим) и следствия (и с этой целью поку-

¹ Geist. Ч. III. Изд. 1865 г. С. 166 и особенно пр. 225, где Ihering дает указание на вдохновивший его текст из Юлия Павла L. 11 D. de O. et A. (44. 7).

паю вещь) заменяется связью юридической, формальной, которая своеобразно укрепляет силу сделки, сообщая ей особый чекан, бесспорную, непоколебимую известность *чисто юридической* операции (см. выше. § 53).

Сделаем шаг дальше. Я покупал *для себя*. Но я мог, покупая для себя с виду, приобретать участок *фактически* как агент соседа, которому особенно желательно это присоединение (цивильная аннексия) соседнего землевладения. Этого, однако, не видно из состава сделки, и операция проходит, так сказать, мимо таможенной линии. — Но вот я прямо говорю, показываю в составе акта, что я покупаю, но *не для себя*. Будет ли это пороком сделки? Если это порок, то, во всяком случае, ничтожный, который легко удалить, ибо указанная клаузула (*не для себя*) составляет для сделки купли-продажи *ничего не значащие речи*, выкинув которые, мы вовсе не повреждаем *формального состава волеизъявления*. — Совершенно другое, если я не просто осложняю операцию ничего не значащими речами, а произвожу *настоящий разрыв* волеизъявления и его эффекта, указывая не только, что я покупаю или совершаю иную сделку не для себя, но *называю при этом малолетнего, умалишенного, которого я опекаю, моего доверителя, который и имеет стать подлинным дестинатарием сделки*. Сила сделки поставлена здесь в зависимость не от наличных тут же данных, которые образуют ее состав. Связь причины (мое волеизъявление, я *покупаю*) с последствием (эффект сделки, чтоб собственником стал опекаемый, доверитель) явно разорвана. Сделка будет недействительна, если покупать для другого, совершать сделки *per liberam personam* не дозволено, как не дозволено за другого вступать в брак, усыновлять или легитимировать. Но если такая операция за другого не есть недозволенная, тогда *разрыв естественной связи* причины и следствия в указанном примере *возмещается*, как видно было выше, *искусственной, юридической связью*, формальным их *сочетанием, основу которому дает или полномочие* (легальное или договорное), *или последующее утверждением (ratihabitio)* сделки, совершенной на имя другого без полномочия.

Юридическая сила подобной сделки через представителя, где разорвана естественная связь причины и следствия, условлена не волей принципала, коей орудием служить представитель (Савиньи), и не волей представителя, с последующим переносом эффекта ее на принципала (Пухта, Вангеров), а заменой естественной связи причины и следствия, искусственной, юридической каузальностью, которая хотя лежит вне сделки, подобно условию, но также определяет особенности ее сложения, как и условие.

Данная здесь конструкция одна дает понятию представительства самостоятельное значение в системе гражданских институтов. Это насто-

ящая *теория представительства* в гражданском праве, которую, лишь при помощи фикции (к сожалению)¹, поддерживал один из виднейших пандектистов, Виндшейд, и которой ныне держится Регельсбергер. Действие сделки даже самим принципалом совершенной держится не всегда *на естественной причинности* (Natural-causalismus). Норме юридической (einem Spruch der Rechtsordnung) обязано своим бытием все, что производит юридический эффект (Pandecten. § 159 кон. С. 586). И эта норма юридическая принимает здесь, в этой задаче восполнить разорванную связь причины и последствия, особый образ института представительства в гражданском праве, широкому развитию которого наше время обязано самодеятельности новой юриспруденции, которая, исходя, быть может, от отдельных образцов представительства в римском праве, ушла в своем развитии далеко за его пределы.

Искусственность строения представительства и несомненное родство его с условием в составе сделки видно в том, что в сделке через представителя (необходимого и добровольного), если она совершается по полномочию, *эффект сделки обеспечивается раньше наступления события, имеющего его вызвать*, т. е. волеизъявления представителя. При последующем одобрении сделки, совершенной за другого без его полномочия, этот эффект переносится к началу сделки (ретротрагируется ad initium negotii). В обоих случаях мы имеем несомненное раздвоение (Trennung, Spaltung) нормально связанных моментов сделки, подобно тому, какое видим при условной сделке. Это развитие или вперед данного полномочия, или за сделкой следующего одобрения новый немецкий кодекс делает не только для случаев содействия одного взамен другого (Vertretung, представительство), но и для некоторых случаев содействия в сделке одного вместе с другим, различая Einwilligung для предшествующего и Genehmigung для последующего содействия этого последнего рода (§ 182—185).

Другой вопрос, который мы думаем здесь же рассмотреть, заключается в том, какого же результата мы достигаем, заменяя естественную связь причины с последствием этой искусственной связью сделки представителя с эффектом ее для принципала?

Результат для случаев необходимого представительства ясен сам собой. Правоспособное, но не дееспособное лицо, в современных условиях *разложения старинных властных, семейных и родственных союзов* и полного обособления в сфере гражданских правоотношений (см. выше. § 23), было бы вполне беспомощным, *если бы мы не имели налицо хорошо развитого института представительства*. — Но для случаев представительства добровольного не дает ли нам этот инсти-

¹ См. особ. § 73. С. 208 по 6-му изд.

тут того же *самоограничения воли*, которое известный круг писателей думал видеть в допущении сделки условной (см. выше)? Принципал как будто действительно ставит себя в большую зависимость от своего юридического агента, когда дает силу поставленному *независимо* от хозяина уполномоченному действовать его именем, заранее гарантируя перед третьими беспорочное воздействие его операций на свою юридическую сферу. Мы указали выше (с. 154) правильную оценку значения условия в составе сделки. С помощью условных волеизъявлений мы подчиняем воздействию нашей воли *будущее*, вместо того чтобы себя подчинять ему. Это несомненное расширение сферы воздействия частной воли в *пределах времени*. Та же внутренняя оценка должна иметь место и для вопроса о значении института представительства в области гражданских правоотношений. Если условие расширяет сферу воздействия частной воли в пределах времени, то хорошо развитой институт представительства даст тот же результат расширения сферы воздействия частной воли в *пространстве*.

Современная Германия поставила задачи развития своего всеветного влияния в этом смысле в самые выгодные условия 1) широким развитием в своем новом кодексе разнообразных форм союзного правообладания; 2) точной разработкой понятий и видов условной сделки и 3) в особенности мастерским, как в этом кодексе общего права, так и кодексе торгового права (новая редакция 1897 г.), развитием института свободного представительства в гражданском праве.

Мы остановились здесь на учении о представительстве, которое обыкновенно излагается в связи с общим правом (пандектами) по тому соображению, что сам институт не есть в его современном виде латинский, а вполне современный, и особенно в виду того, что характерная, по нашему мнению, черта строения юридической сделки на основах внутреннего формализма воли, абстрактной, отрешенной от интереса автора сделки формулировки волеизъявления выступает здесь особенно рельефно¹.

¹ Новый обширный и блестящий трактат Шлоссмана (два тома), посвященный этому учению (*Die Lehre v. d. Stellvertretung...* (1900—1902 гг.) включает в себе, кроме обычного укора направлению современной юриспруденции к догматизму и указания правильного пути изучения частных известностей института, действительно ценные труды талантливого автора в области деталей этого института, из коих многие как для римского, так и для современного права являются ярко освещенными в новом трактате.

Д. РАЗДЕЛ ЧЕТВЕРТЫЙ

НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ЮРИДИЧЕСКОЙ СДЕЛКИ

§ 59

Недействительность юридической сделки. — Терминология. — Сделки несостоявшиеся и условные.

Выше мы установили понятие юридической сделки (с. 78), в состав которого, наряду с другими признаками (волеизъявление, пределы гражданской правоспособности лица), мы ввели и достижение этим актом воли *изменения того правоотношения*, на которое волеизъявление направлено.

При наличности всего своего состава данная сделка (усыновление, брак, завещание, купля-продажа, залог и т. д.) будет заключать в себе не только акт воли, производящий известный юридический эффект, но и самый эффект, им вызванный. Браком будет установлено правоотношение супружеское, усыновлением — родительское, куплей-продажей, залогом — имущественное, личное или вещное, определенного содержания. Также и в отрицательном смысле, разводом, эмансипацией, отказом принять товар при наличности известных пороков вещи, погашением долга.

В этих условиях мы имеем налицо сделку (устанавливающую или прекращающую правоотношение) в связи с ее эффектом, *эффективное юридическое волеизъявление*.

Образование сделки с этой полнотой ее состава может требовать не одного волеизъявления, а или одновременного, или последовательного наступления еще других волеизъявлений или событий, которыми окончательно определяется весь производимый этим комплексом данных юридический эффект. Существуют, как было показано выше, сделки, юридический эффект коих не связан с «восприятием» волеизъявления субъекта сделки кем-либо, и есть сделки, включающие в себя такое восприятие (*empfangsbedürftige u. nichtempfangsbedürftige*, выше. С. 86), существуют сделки, эффект волеизъявления коих поставлен в зависимость от наступления или ненаступления событий известной квалификации (выше, сделки условные).

Во множестве случаев эффект изменения гражданских правоотношений наступает под влиянием *нескольких* последовательно наступающих волеизъявлений, односторонних или договорных, из коих каждое отдельно взятое производит свой эффект, более или менее интен-

сивный, и только в результате всего последовательного ряда таких отдельных актов образуется то окончательное изменение правоотношения, для коего предшествующие акты составляли лишь подготовительные шаги. Примеров легко найти много из самых различных областей системы гражданского права. Таковы для брака — согласие родителей, сговор, обручение, венчание, запись в метрические книги, для пересвояния недвижимости — купчая, *совершаемая*, под опасением недействительности, у нотариуса (Полож. о нот. части. Ст. 66, при 3-х свидетелях, 85), *утверждаемая* старшим нотариусом по месту нахождения имущества (там же. Ст. 158), через что акт становится крепостным, *оглашаемая* известным порядком и *сопровождаемая* вводом во владение (там же. Ст. 179, Уст. гр. суд. Ст. 1424 и след.). Ряд подобных последовательных операций нужен для установления и прекращения залога недвижимости.

Каждая отдельная сделка и каждая сделка, образующая часть последовательного ряда подготовительных моментов целой юридической операции, имеет свой состав, свои реквизиты, условия, влияющие на ее эффект, и свой эффект. Естественно, здесь, *в составе общей части*, мы имеем рассмотреть только общие учения, общие основы, коими определяется юридическая сила сделки, или отрицательную сторону того же явления, *общие учения бессилия, неспособности, непригодности* данных реквизитов сделки для ее эффекта, для образования ее полного состава, т. е. для изменения данного правоотношения.

Выше мы рассмотрели положительную сторону общего учения о юридической сделке. Мы анализировали ее состав в этом смысле. Уже в ряду тех учений нам пришлось в отдельных явлениях (принуждение, ошибка, симуляция и прочее) отмечать пороки волеизъявления, несоответствие внешнего и внутреннего строения сделки, как отрицательную сторону ее состава.

Данный состав волеизъявления не достигает цели, не производит того юридического эффекта, на который рассчитан и который ему свойственен. Взятая в своих общих чертах и в целом составе эта отрицательная сторона учения о сделке также необходима и существенна для правильного понимания природы юридической сделки, как и ее положительная сторона.

Сведенное к одному фокусу это будет учение *о недействительности юридической сделки*.

Выше мы установили понятие волеизъявления, как деловой, к определенной практической цели направленной юридической операции. Это *negotium*, это юридическая сделка, *Rechtsgeschäft*! Не составляет ли этот отрицательный признак, недействительность, отсутствие делового исхода, юридического эффекта волеизъявления прямого отри-

цания понятия сделки? Сделка, которая ни к чему не ведет, *ungültiges, unwirksames Rechtsgeschäft, negotium nullum, nullius momenti*, должна ли все же именоваться сделкой, не составляет ли она в этом своем составе безразличного для юридического обмена явления, которое, как простой факт, не нужно и не следует отмечать особым юридическим термином?

Логически такое игнорирование в учении о сделке явления, не носящего необходимых для состава понятия признаков, было бы несомненно правильным. И, тем не менее, мы встречаем в терминологии литературной и законодательной это отступление от строго требования логики повсюду.

Некоторые современные цивилисты (особенно Беккер) причисляют все учение о недействительности юридической сделки к самым запутанным (*zu den verworrensten*) во всей юриспруденции и указывают как на одну из главных причин этой путаницы ошибочность в употреблении терминов (Leonhard). Этот недостаток замечается не в каких-либо неудавшихся опытах литературной обработки вопроса, но в самых серьезных работах, наконец, и в таком крупном, коллективном цивилистическом труде, какой представляет собой новое немецкое гражданское Уложение.

Мы не остановимся на изучении и оценке именно этого крупнейшего явления современной юриспруденции в особенности; но те сомнения, которые этот кодекс вызвал в литературе по занимающему нас вопросу, нельзя оставить без внимания и в учении о недействительности юридической сделки вообще. В дальнейшем мы будем иметь в виду терминологию этого учения в германском кодексе и особенно технические недочеты его в нашем действующем законодательстве.

Если мы называем *сделкой* и такое волеизъявление, которое не производит юридического эффекта, свойственного понятию сделки известного типа, то этот термин, но сопровождаемый необходимо известной его квалификацией, несомненно, перестает угрожать опасностью путаницы понятий. Мы называем *монетой* денежный знак, служащий орудием имущественного обмена, не только тогда, когда в нем есть необходимые внутренние признаки и способность служить указанной цели, но то же название *монеты* мы удерживаем и для таких знаков, которые когда-то служили целям обмена, а теперь вышли из обращения, потеряли тот или другой признак *ходячей* монеты (вес, чекан), или же такие денежные знаки, которые имеют наружное сходство с подлинной монетой и вовсе не имеют ее свойств. Чтобы наименование таких знаков монетой не вело к смешению понятий, надо отмечать специфический признак данной монеты, старинной, стертой, фальшивой, и опасность неточного наименования предмета будет ус-

трансна. То же для сделки. Я купил, но вещь, мне проданная, оказывается внеоборотной, нанял, но вовсе не то помещение, которое нужно для торгового предприятия, хотя все признаки, улица, дом, его номер, число комнат в проектированной и в состоявшейся сделке вполне сходятся. Это купля, но без результата подлинной купли, наем, но без собственного ему эффекта; купил, но то, что не может мне принадлежать, нанял, но ненужное мне вовсе помещение.

Сделка-акт разошлась со *сделкой-эффектом*, и если мы обозначим признаком *недействительности именно сделку-эффект*, то в этом словоупотреблении не будет ничего страшного, никакой опасности смешения. Сделка-акт останется куплей, наймом, но без принадлежащего ей эффекта, на который волеизъявление было рассчитано, и в то же время, как мы будем иметь случай показать, эвентуально, с эффектом, тоже юридическим, но не тем, который имели в виду стороны¹.

Это один повод к путанице в учении о недействительности *сделки*, когда двоякий смысл слова “сделка” не установлен точно. Независимо от этого и сверх этого употребление термина *недействительность*, *ничтожество* сделки в литературе, законодательствах и практике также до такой степени *подвержено колебаниям*, что, в свою очередь, способно еще усугубить путаницу этого учения.

Сделку квалифицируют как недействительную или ничтожную не только в тех случаях, когда она есть сделка-акт, а не сделка-эффект, но точно так же и в тех, где волеизъявление в юридическом смысле не существует не только как сделка-эффект, но и как сделка-акт. Между тем различать эти стадии развития волеизъявления необходимо не только потому, что юридические последствия таких явлений совершенно неодинаковы, но еще и потому, что методы противодействия волеизъявлениям в том и другом случае вполне различны.

Итак, сделку-акт называют недействительной не только тогда, когда мы имеем налицо *законченный состав* волеизъявления, но и в тех случаях, когда перед нами *одна только предшествующая*, незаконченная, незавершившаяся *стадия* ее развития, на которой не только не может быть речи о сделке-эффекте, о действительности или недействительности сделки, но где сомнению подвергается прямо существование самой сделки акта, *наличность ее*.

Мы сейчас покажем, что такая неправильность постановки вопроса действительно существует опять не в литературе только, но и в законодательной практике.

Таким образом, для совершения сделки возмездного отчуждения недвижимого имущества крепостное установление, по требованию

¹ Ср.: *Leonhard*. Der Irrthum bei nichtigen Verträgen n. röm. Q. C. 295.

продавца, заготавливает акт, коим продавец объявляет о продаже им своего имущества за определенную, *взятую им цену*. Законченная внесением полагающихся по пересвоению недвижимых имуществ пошлин и выдачей из крепостного установления *продавцу купчей крепости*, операция представляет собой лишь известную предшествующую эффекту сделки купли-продажи стадию, а отнюдь еще не весь состав купли-продажи недвижимости. Закон, предусматривая возможность неплаты покупщиком цены или другую эвентуальность, не соединяет с этим моментом никакого действия, коим совершается переход права собственности от продавца к покупщику. За этим, в определенный термин, имеет последовать вручение купчей крепости *покупщику*. Допуская, что такой передачи не произошло, ст. 1424 т. X, ч. I (по изд. 1900 г.)¹ предоставляет продавцу “просить об уничтожении действительности оного (крепостного акта) то же должностное лицо, которое сей акт совершило, и притом в семидневный срок, считая оный от дня получения акта от старшего нотариуса”. По истечении этого срока крепостной акт может быть *уничтожен* только *по суду* (там же, in fine).

Что же это за явление? *Действительность* какого акта подлежит уничтожению? Сделки купли-продажи недвижимости? Должны мы уничтожить *сделку-эффект* этого содержания? Очевидно, нет, ибо совершение купчей крепости на этой стадии ее развития, ранее вручение акта покупщику, до истечения 7-дневного срока, *никакого гражданского эффекта*, никакой силы для перехода прав от продавца к покупщику собой не знаменует. Если уничтожению, признанию *недействительности* подлежит что-либо в этом положении дела, то не сделка-эффект, а разве только *сделка-акт*. Это именно и выражает ст. 825 т. X, ч. I, определяя, что старший нотариус, удостоверившись, что акт не состоялся, приобщает его к *недействительным*, отмечает о *недействительности оного* в крепостной книге и в реестре крепостных дел и возвращает крепостные пошлины (по цене имения), удерживая в пользу казны одну трехрублевую актовую пошлину.

Очевидно, понятие недействительности применено здесь не в том техническом смысле, какой дает ему юриспруденция, относя его именно к сделке, которая представляет собой законченное волеизъявление, направленное на изменение правоотношения, а к такому акту, который безусловно правильнее назвать несостоявшимся не только в смысле сделки эффекта, но даже в смысле сделки-акта. Это не только не купля-продажа, но и не одностороннее волеизъявление, влекущее за

¹ См. там же по изд. 1857 г. Ст. 1420 и прилож. к ней (примеч. 2, по продолжению) и 1424; ср. те же номера статей в позднейших изд., причем ст. 1424, по существу, удержана в силе.

собой какие-либо юридические последствия; это предварительная скриптурная операция, *канцелярская заготовка документа*, удостоверяющего поступление в казну пошлин, и в гражданском смысле, до истечения 7-дневного срока, не влекущего за собой никаких последствий. Указанная выше ст. 825 в начале так и называет *подобную продажу несостоявшейся*; но тут же, дальше, причисляет акт к *недействительным*, хотя понятие недействительности и у нас нередко имеет совершенно правильное применение к *сделкам законченным* и по тому или другому основанию не производящим изменений, на которые они направлены, неэффективным.

То же, что в ст. 825 находим для купчих крепостей, ст. 909 (изд. 1857 г. и послед.) постановляет для несостоявшихся заемных писем, которые, очевидно, за *несостоявшейся* заемной сделкой не вручены кредитору. Это опять не недействительный заем, а заем несостоявшийся.

Скриптурную операцию, документ, раньше чем он успел, в 7-дневный срок, послужить ступенью или орудием образования сделки купли-продажи, признает несостоявшимся то должностное лицо, которое заготовило этот документ. Уничтожение акта *по истечении этого срока* может быть произведено не иначе, как по суду.

Для обозначения сделок несостоявшихся, не имеющих всего состава сделки, а одну лишь ее видимость, не волеизъявление, а только документ, внешность операции, *une apparence*, западные системы знают особый термин. Такой термин определился во французской юриспруденции, хотя он не есть легальный. Несостоявшийся акт не есть недействительный, ни в смысле ничтожества, ни в смысле опровержимости (*nullité* и *annulabilité* или *rescission*). Это *acte non avénu, inexistant*¹. Итак,

¹ Между французскими цивилистами большое различие мнений по вопросу о достоинстве этого учения и о круге применения понятия *acte inexistant*. Этого термина нет ни в старой юриспруденции, ни в *Code civ.*; его происхождение новое. Некоторые писатели связывают образование этого термина с замечанием, которое сделал первый консул по вопросу о браке. "Нельзя смешивать брака несуществующего, с браком, который может быть признан недействительным. Брака нет вовсе, когда *из актов видно*, что женщина отвечала *да*, тогда как она сказала *нет*; но совсем будет другое дело, если женщина ответила действительно *да*, но этот ответ был у нее вынужден насильем, — тогда брак есть, но он должен быть аннулирован, признан недействительным. Традиции этого различия поддерживали де во французск. юриспруденции, под немецким будто влиянием, особенно *Zachariae*, поддерживали особенно *Laurent, Demolombe, Aubry et Rau* (указан. мест у *Planiol. Traité*. II. по 333 примеч.; ср. то же у *Baudry Lacantinerie. Précis*. I. по 496). Едва ли возможно согласиться с мнением, что различие ничтожества (*nullité de plein droit*) и *inexistence, actes non existants*, излишне. Под несуществующими не следует разуметь таких сделок, которых никто не совершал; мы разумеем здесь не *фактическое* несуществование сделки, а лишь отсутствие в сделке существенного для ее образо-

брак — обряд, совершенный между лицами одного пола, или брак — обряд (*solennité*), на совершение коего не было *согласия* брачующегося, составляет *mariage inexistant, non avenue*, для уничтожения коего не нужно признания его недействительности судом, ибо он и независимо от этого признается несуществующим. Этот же вид бессилия сделок имеет место и для других несостоявшихся, недовершенных, в смысле наличности необходимого для их образования состава, сделок, как мы это уже указали выше на образцах купчей крепости и заемного письма, признаваемых недействительными, хотя их было бы вернее назвать *несостоявшимися*, незаконченными, *unfertige, unvollkommene Rechtsgeschäfte, negotium inexistent, acte inexistant* или *non avenue*.

Такая же неточность терминологии встречается еще и в другом применении, когда *недействительным* называют волеизъявление, которого эффект поставлен в зависимость от будущего неизвестного события, чуждого составу сделки и наступление которого не зависит от воли участников сделки. Это есть то, что мы называем *условной сделкой*, когда условие есть резолютивное. Натурально, если такое усло-

вания состава, что, однако, может не мешать ей иметь видимость, внешние признаки настоящей сделки. Их нет надобности признавать ничтожными, ибо они в *юридическом смысле* не существуют и без такого акта юрисдикции. В массе случаев наступает, однако, необходимость так или иначе устранить и *самую видимость сделки*, которая способна влиять настолько же вредно, как обращение испорченной монеты в стране. Виндшейд, желая образно провести границу юридической сделки нормального состава и ничтожной уподобляет последнюю бездыханному телу (*Körper ohne Seele, Lehrb. I. С. 361, примеч. 2*). Для сделки, изначала не имеющей необходимого состава, немецк. язык знает выразительный термин — *unfertiges Rechtsgeschäft*, это скорее соответствует понятию недоразвившегося плода. Козак думает, что сделка ничтожная имеет аналогию с понятием покушения. Леонгард правильно замечает (*Allgem. Theil. С. 428*), что сделка ничтожная представляет *законченный состав*, не влекущий почему-либо эффекта, на который сделка рассчитана; ее посему вернее сравнивать с понятием безнаказанного преступного деяния, какова, напр., кража между супругами, если вообще сопоставление понятий уголовн. права с гражданскими может быть полезно. На сравнение с покушением напрашивается скорее *das nicht vollendete Rechtsgeschäft*, причем пример, взятый выше, брака, заключенного с переодетым в девичье платье юношей Леонгард сблизает с покушением *mit einem untauglichen Mittel* (с негодными средствами, о чем Леонгард писал в видах улучшения терминологии Гражд. улож. в разн. журналах и теперь повторяет в *Allgem. Theil. С. 424, 425, примеч.*). — Мероприятия, направленные против сделок незаконченных, но имеющих видимость сделки, ее наружные признаки, *une apparence*, всего чаще будут носить не юридический, а полицейский характер, подобно изъятию из обращения испорченной монеты. — Точное различие сделки ничтожной в техническом смысле, о чем позже, *negotium nullum*, и сделки несуществующей, в смысле незаконченности, при наличности наружных признаков существования, *negotium inexistent*, несомненно, полезно для прецизирования терминологии в этом трудном учении.

вие наступит, то сделка потеряет свой эффект. Но правильно ли рассматривать такую условную, с резолютивным эффектом условия, сделку как недействительную, ввиду того, что она утрачивает, при наступлении разрешающего события, свой эффект? — Ответ не возбуждает сомнений. Такая условная сделка, в самом деле, потеряла свой эффект, но это произошло в силу содержащегося в ее составе условия. Она потеряла эффект *под действием именно этого условия*, стало быть, признать ее недействительной было бы ошибочным. Она вполне действительна, и в силу этого результат ее будет не положительный, а отрицательный, т. е. *ненаступление* возможных, при ином исходе события, составляющего условие, *последствий волеизъявления*. Такой эффект сделки справедливо можно назвать *самоуничтожением*, *Selbstvernichtung*, содержащегося в ней волеизъявления, стало быть, актом *автономным*, совершенно отличным по самому существу от ничтожества сделки, которого вовсе не предусматривал и не хотел субъект сделки и которое наступает по требованию заинтересованного или в силу закона определением суда.

§ 60

Виды недействительности. — Латинская традиция и новые системы. — Попытки свести все учение к общим принципам. — I. Недействительность абсолютная. — Ст. 88 Проекта. — Отношение ст. 88 и 64 Пр. к 138 нем. гр. Улож. — Состав преступного деяния в ст. 64 Пр. — Поощрительная для ростовщичества формула. — Объективный критерий для определения признаков сделки, противной добрым нравам. — Общие характерные юридические черты ничтожества юридической сделки абсолютного. — II. Недействительность относительная. — Характерные черты. — Методы инвалидации.

Для дальнейшего учения о недействительности юридической сделки мы будем брать, в результате сделанного нами анализа, только тот круг сделок, который является законченным по своему составу и коих стороны не осложнили заранее сами эвентуальной потерей их юридического эффекта при наступлении известных событий, хотя нет сомнений, что и условная сделка может оказаться недействительной независимо от этого осложнения; но в таком случае к сделке условной имеют быть применены общие основы инвалидации сделок.

В этих границах мы имеем в общей части рассмотреть только общие, для любых сделок, не связанных с особенностями того или другого гражданского института, пригодные основы учения о недействительности юридической сделки. Это составляет то, что французские цивили-

листы называют *la théorie des nullités*. Такое общее учение о недействительности юридической сделки далеко не исчерпывает трудностей, прикладных к тому или другому институту проблем того же учения. Собственно только в связи с живыми образами конкретного института учение о ничтожестве сделки само является живой чертой его строения и дает законченность самому институту как целому. Стоит вспомнить особенность строения институтов права брачного и связанных с ними вопросов о гражданском состоянии детей, чтоб представить себе неисчерпаемое богатство содержания одного учения о недействительности брака. Со своеобразной окраской то же учение о недействительности, ничтожестве, инвалидации сделки для участников ее совершения, для 3-х лиц, для вещного эффекта сделки, для личных расчетов между ближайшими ее субъектами, является в составе институтов ипотечной системы. Всего этого богатства содержания учения о недействительности сделки в особом его приложении к этой области нельзя вырвать из целого состава института и изложить абстрактно в одной общей *Théorie de la nullité*. Наконец, такова же область явлений инвалидации тестаментов в целом и в отдельных его частях, с бесчисленными нюансами условий, последствий, способов противодействия окончательной инвалидации, полному разгрому актов последней воли в целом их составе или в частностях.

Несомненно, правильным в смысле научного метода было бы, исходя от обильных частных фактов, искать основ для построения цельного общего учения¹. Такие опыты с этим учением делались в литературе французской еще в 18-м в., делаются и теперь; но один неудачнее другого. Обыкновенно подавляющая масса деталей, вырванных из живого состава разных институтов, производит безжизненное впечатление и не дает в результате ничего внутренне цельного для всего учения. Одну из позднейших попыток этого рода сделал в обширном двухтомном трактате Solon — *La théorie sur la nullité des actes et des conventions de tout genre en matière civile* (не раз изд. после 1835 г.²).

Общую основу для группировки различных видов недействительности сделок берут из латинской традиции и сводят все их разнообразие к двум главным типам, которые определились собственно в позднейшую эпоху развития римского права, в эпоху строения систем институтов цивильного и преторского права. Первоначально, в условиях квиристикого формализма, господства в процессе и в сделках legis

¹ На этом методе особенно настаивает талантливый Шлосман в учении о представителе, и он выполняет бесспорно превосходно разработку частных фактов. Но это не исключает необходимости и важности общих построений.

² По-русски на эту тему обширное сочин. г. Растеряева.

actionum и к ним приноровленных *verba legitima*, эффект сделки или был весь налицо, или его, по свойству формальных реквизитов закономерной речи, *ipso jure* вовсе не было и быть не могло. Разнообразие методов и способов аннуляции сделки стало на очередь в практике лишь в условиях развития *формулярного процесса* и нового способа формулировать требования и сделки при помощи более свободных, чем *verba legitima*, формул, так называемых *verba concepta*. Ничтожество сделки, наступавшее силой легальной нормы, *ipso jure*, могло в новых условиях преторской юрисдикции быть вызвано содействием претора, сначала путем экстраординарным (*cognitio extraordinaria*) через *in integrum restitutio*, или со временем при помощи введения в формулу таких возражений, *exceptiones*, ответчика, которые, не уничтожая в основе гражданского иска, исключали лишь возможность condemnation ответчика.

В этих новых условиях юридическая сделка и основанное на ней притязание могла утрачивать свой эффект, стать *недействительной* не *ipso jure* только, но наряду с этим еще и *по инициативе* заинтересованного, при содействии претора, *ope exceptionis*. Таким образом, наряду с двумя способами укреплять силу сделок, определились в классической системе и два способа их инвалидировать, гражданский и преторский.

Уже у некоторых французских цивилистов XVIII века достаточно ясно сознается общий смысл этой двойственности в учении о недействительности юридической сделки. Если непосредственно латинская традиция не могла найти себе применения в условиях иного исторического процесса образования наших систем, чем в истории римского права, к нашим учениям о недействительности сделок, то все же и у нас наблюдается та же *принципиальная двойственность основ этого учения*. Для латинского права эта двойственность давала вполне живую историческую основу в составе целого учения о недействительности, составлявшего абстракцию, если не от детального изучения отдельных институтов, то, во всяком случае, абстракцию от вполне жизненного противоположения двух исторически развившихся систем. В современной практике эта же двойственность определялась частью под прямым влиянием латинских преданий. Но и для наших систем она не представлялась чем-либо произвольным, не соответствующим строению наших сделок, наших институтов гражданского права и наших процессуальных способов ограждать неприкосновенность гражданских норм и интересов соучастников совершения юридических сделок. Как в понятии права гражданского вообще, так и в строении отдельных его институтов легко различать наряду с интересами индивидуализма и интересы социальные, общие, которые находят согласование или

примирение в юридических нормах наших гражданских систем¹. При этой двойственности состава норм легко уяснить себе и определить общую основу и для той двойственности, которая обнаруживается в этом учении и в нашей цивилистике, совсем не чуждой дуализма, связанного и у нас прямо с теми же необходимыми элементами, которыми определяется, в тех или иных сочетаниях, жизненная природа любого гражданского института.

У d'Argentré легко различить ту идею, что не все причины или основания (*causae*) порождают одинаковое действие в вопросе о ничтожности сделок. Существуют между ними такие, которые поражают сделку сами по себе (*ipsum actum per se afficiunt*), *ex publicis causis*. Для них не требуется особого действия, направленного на уничтожение (*rescissio*), ибо самое несоблюдение закона, нормы делает их ничтожными. Но есть и другого рода ничтожества, которые рассчитаны на причины и интересы частные, *quae privatas causas et interesse respiciant*².

Трудно не узнать в этом противопоставлении двух видов недействительности аналогии с указанным выше различием ничтожества сделки *ipso jure* и *ope exceptionis*, из коих одно наступает действием самой нормы, *ipso jure*, *автоматически*, как выразился образно французский цивилист, другое требует инициативы со стороны заинтересованного³.

D'Argentré сводит это противоположение к различию интересов и прав публичных и частных; мы сейчас вернемся к этому вопросу.

Как у французских, так у немецких цивилистов в основу группировки видов недействительности сделок полагают и ныне *одно понятие ничтожества* или недействительности сделки, *Nichtigkeit* или *Unwirksamkeit*, которому дают общий смысл результата противодействия юридическому эффекту сделки, с расчленением его, однако, *по методу, которым такой эффект может быть достигаем* на два вида ничтожества, которые вполне соответствуют французскому делению *nullité* на *nullité de plein droit* и *nullité*, вызываемой иском, *action en nullité* или *en rescission*, т. е. собственно *annulabilité*.

Савиньи в IV т. своей *System* (§ 202, 203), поставил в основу деления видов недействительности тоже вполне жизненное противоположение понятий сделки *ничтожной*, *ein nichtiges Rechtsgeschäft*,

¹ См. выше.

² См.: *Planiol. Traité*. I. 331, где читатель найдет ряд интересных литературных данных и указан текст d'Argentré в пр. 1 к указ. номеру.

³ Французские историки раскрывают основу этого противоположения не в римском только праве, но и в *droit coutumier*, хотя нет сомнения, что разработка этого источника не была свободна от влияния латинской техники.

Nichtigkeit, и недействительной в силу предъявленного против нее спора или опровержения, *Anfechtung*, откуда, по почину Савиньи, вполне привившийся ныне термин *Anfechtbarkeit*, оспариваемость сделки, ein anfechtbares Rechtsgeschäft, опровержимая сделка. Чутье жизненности этого понятия и этих видов ничтожества сделки для современного права, как и для латинского, воздержало Савиньи от детальной разработки учения, оторванного от состава отдельных живых институтов в общей части системы; и его общее учение о недействительности юридической сделки вышло из-под его пера хотя кратким, но выражающим характерные и приложимые к любым сделкам юридически существенные различия видов возможной их недействительности (*Unwirksamkeit, Ungültigkeit*).

Виндшейд держится, собственно, тех же начал, сообщая целому учению несколько более схоластическое общее обоснование¹.

Если в основу различия методов инвалидации сделки положено различие интересов и прав публичных и частных (см. выше), то нет сомнения, что предоставить а priori постоянную разграничительную линию для любой системы права — дело невозможное. Это вопросы исторической жизни и положительных систем². К интересам первой категории, несомненно, имеют быть отнесены не только интересы, касающиеся государства, но наряду с ними многое из области интересов социальных, исповедных, чистоты нравов. Строение норм, направленных к ограждению этих интересов, есть обыкновенно императивное или прогибитивное. Они ограждаются независимо от инициативы частного лица, заинтересованного, *ex officio*, хотя нет ничего принципиально невозможного и для частной инициативы. Нормы, ограждаю-

¹ Философски настроенная немецкая мысль пыталась дать этому противоположению постоянную основу, отрешаясь от явлений исторического порядка. Тогда термину *ipso jure* находили соответствующий в *Unwirksamkeit an sich*, абсолютной, которой противопоставлялась недействительность относительная (*nullité relative* у французов), условленная требованием инвалидации сделки со стороны заинтересованного. В этой идее *ничтожества сделки an sich* скрывается признание некоторых вечно неизменных основ права, отрешенных от какой бы то ни было исторической системы. Не принимая, однако, гипотезы существования такой неизменно разумной основы права, в духе права естественного, господствующая доктрина не находила практического применения для этой категории видов ничтожества сделки *an sich*, и с этим вместе кредит конструкции оказался подорванным (*Leonhard. Der Irrthum. C. 303. Vindueyð-Kunn. I. C. 275 (§ 70), там же. C. 360—368 и примечан.*)

² *Montesquieu. Lettres persanes. T. I. Lettre XII* говорит: "...l'intérêt des particuliers se trouve toujours dans l'intérêt commun" и т. II. *Lettre XCIV* "on dirait qu'il y a deux justices différentes, l'une qui règle les affaires des particuliers, qui règne dans le droit civil, l'autre... qui tyrannise dans le droit public: comme si le droit public n'était pas lui même un droit civil".

щие частные интересы, имеют в массе случаев диспозитивный характер, присваивают заинтересованному инициативу противодействия эффекту сделки, угрожающей его интересам, с целью ее инвалидации. Об интенсивности этой инвалидации мы будем иметь случай говорить впоследствии.

Всему учению суждено было очень оживиться в последнее десятилетие ввиду выработки проекта немецкого гражданского Уложения и затем критической разработки его для второго чтения, получившего законодательную санкцию в 1896 г. В этом литературном и законодательном движении определилась настоятельная важность более точной терминологии, о чем мы говорили выше, и с другой стороны, необходимость сообщить способам инвалидации сделок, в практических целях, *больше легкости и применительности в смысле метода осуществления*, чего именно ищет достигнуть новое германское Уложение.

Это оживление учения о недействительности сделки отразилось очень выгодно не только в немецкой, но и во французской литературе, где особенно проф. Saleilles с большой тщательностью проследил в указанном выше сочинении (*Déclaration*) все движение вопроса и частью даже сопоставил результаты немецкой и французской доктрины в применении к практике.

Что касается отечественного законодательства и литературы, то техническая разработка *общего учения* о недействительности сделки гораздо скуднее частного приложения разных способов инвалидации к отдельным видам сделок. В литературе мы имеем журнальные статьи, несомненно, практически ценные, и краткие указания на виды недействительности сделок то в общей части учебников и курсов, то в связи с общим учением, об обязательствах из договоров¹, все с тем же противоположением сделок недействительных *ipso jure* и только оспариваемых, которое было указано выше.

Нас не удивит, конечно, что эти основы классификации слабо согласованы с действующим законодательством, которое, в свою очередь, не знает постоянных научных традиций и представляет терминологию еще менее выдержанную, чем западные кодексы. Выше мы видели, что недействительными называются сделки несостоявшиеся, которые полатыни будут составлять *negotium inexistentis, inane*, у немцев *unfertige Rechtsgeschäfte*. Хотя местами ясно различение смысла *ничтожества* и *недействительности* сделки, но в общем тот и другой термин упот-

¹ Вербловский, Исаченко (см.: *Никонов*. Гражданское право. Указатель литературы. С. 21), обширное, с деталями, сочин. г. *Растеряева*. Недействительность юридических сделок по русскому праву. 1901.

ребляются довольно безразлично. Итак, ст. 1529 т. X, ч. I признает в ряде случаев (подлоги, лихоимство, вред государственной казне, расторжение брака, присвоение прав состояния) договор *недействительным* и обязательство *ничтожным* в виде общего положения для всех сделок (договорного характера). Но, засим, для отдельных договоров: заем почитается *ничтожным*, если по судебному рассмотрению найдено будет, что он безденежный, подложный во вред конкурса, произошел по игре и сделан для игры с ведома о том займодавца (ст. 2014). Однако ст. 2019 о том же займе по игре говорит уже как о *недействительном*, повторяя то же условие с ведома о том со стороны займодавца. Завещание, не представленное к явке или утверждению, признается *недействительным* (ст. 1063) и *ничтожным* (1066), причем ничтожество завещания в этом случае исцеляется, если заинтересованный докажет наличие оснований, экскульпирующих просрочку. Этих образцов достаточно, чтобы убедиться в ненадежности нашей терминологии¹.

¹ Мы не касаемся здесь пока разнообразия, весьма обильного, которое дает наше законодательство в смысле ресурсов противодействия сделке, в том или другом смысле недействительной, также и вопроса о силе и общем эффекте инвалидации сделок. Очень многих сторон дела нельзя касаться иначе, как в связи с цельным учением о том или другом виде сделок. Достаточно представить себе, сколько своеобразного и в смысле способов инвалидации и в смысле последствий ее для самих агентов сделки и для 3-х представляет собой, напр., вопрос о *недействительности брака*, где наряду с прекращением союза супругов идет необходимо дело о положении детей, рожденных в браке недействительном, хотя бы, напр., путативном. Наше законодательство в последнее время невольно привлекает внимание к этой стороне дела, как по крайней отсталости наших норм в этой проблеме для насущнейших интересов общества до самого последнего времени, так и ввиду неожиданного порыва вперед в новом законе 1902 г. об улучшении положения незаконнорожденных (термин отменен) детей (Собр. узак. этого года. № 62. Отд. I), которое во всем его составе, еще не исчерпанном в указанном положении, следует отнести к несомненным заслугам Комиссии по составлению нового Уложения. Мы здесь останавливаемся дольше, чем следует, на этом законе, так как в предшествующих выпусках Чтений нам не раз приходилось касаться этой стороны дела в отрицательном смысле. Взамен ст. 132 т. X, ч. I, которая объявляла всех детей, родившихся в браке, признанном по суду недействительным, *незаконными*, допуская лишь по отношению к записанным в метрики, всякий раз отдельно поворачать судьбу таких детей на Милостивое воззрение Императорского Величества (133). Под влиянием германских учений, не вполне выразившемся ввиду исповедного характера нашего брака, удержанного и в проекте, весь ряд этих статей т. X, ч. I, переработан существенно. Ходатайство суда на Высочайшее Имя устранено статьей 1311—6, 132 и 1321—15 нов. редакц., по коей дети от брака, признанного недействительным, сохраняют права детей законных. Нем. Улож. 1896 г., по коему брак есть установление граж-

Проект Гражданского уложения, книга I, Положения общие, опубликованная в 1903 году, восполняет почти полный недостаток общих положений по этому предмету в действующем законодательстве. Мы находим их в главе VI разд. III (приобретение и прекращение прав), под общим титулом “Законная сила сделок” (ст. 86—91) и в гл. III того же раздела, в связи с общими положениями о принуждении, ошибке, обмане. Все эти трудные вопросы разработаны в книге первой в таких бледных очертаниях, что ими весьма трудно заменить ту обстоятельную обработку этого общего учения, какую мы находим в составе титула второго 3-го разд. кн. I немецкого гражданского Уложения (ст. 116—144). Ни этой развитой терминологии, ни этой гибкости руководящих норм, ни, наконец, сокращения и упрощения пути к инвалидации сделки, на которое мы укажем позже, наш проект не воспроизвел в бедном количественно и скудном по содержанию цикле сейчас указанных его статей. Однако и в этом бедном составе легко различить те два вида недействительности сделки, которые определились в западной практике учения. Недействительность и здесь связана или с противозаконностью сделки, когда достижение цели сделки воспрещено легальной нормой, или когда сделка противна добрым нравам и общественному порядку (ст. 88). Очевидно, в этих условиях нет необходимости противодействовать эффекту сделки исковыми средствами. Это соответствует понятию ничтожества сделки, наступающего *ipso jure*. Другой вид недействительности имеет место тогда, когда сила сделки может быть именно оспорена заинтересованными в ее инвалидации лицами, коим это право и присваивается (91). Это будет недействительность, соответствующая по своему строению противодействию силе гражданской сделки преторскими способами, спорность, опровер-

данское, идет много далее, где и самый брак, совершенный вопреки формальным реквизитам для выражения матримониального согласия сторон и в силу этого *ничтожный* (ст. 1317), если он, однако, занесен в акты гражданского состояния, и супруги, до смерти одного из них или в течение 3-х лет, находились в брачном сожитии, почитается *действительным* (1324: ср. наш проект. Ст. 216 и след., где иски о признании *недействительным* брака повсюду введены в возможно тесные границы времени и круга лиц, способных требовать кассацию). Ввиду этого примера легко сделать себе совершенно очевидным, какое решающее значение *для всего строения института* имеет применяемый к сделке метод проверки ее действительности и последствий пороков в составе сделки (*corpus negotii*, *Thatbestand des Rechtsgeschäfts*). Весь институт брака, вся конституция семьи, под влиянием этой только отрицательной стороны его строения, будет утрачивать свой формальный характер, станет ближе, жизненнее, интимнее для членов этого союза и дороже для общества. Немцы ушли много дальше нашего в признании силы формально-ничтожного брачного союза (ср. ст. 1325, 1326). Итак, *multa fieri prohibentur quae, si facta fuerint, obtinent firmitatem*.

жимость сделки, недействительность относительная в смысле лиц, существующая лишь эвентуально *opre exceptionis*¹.

Хотя это весьма скудные основы для учения о недействительности сделки, но все же они много удобнее как исходные моменты для уяснения общего юридического строения обоих главных видов недействительности, чем совершенная неразработанность законодательства и опасное колебание терминологии, которое наблюдается в настоящее время.

В дальнейшем мы и попытаемся дать общему учению ничтожества сделки и ее последствиях то развитие, какое оно получило ввиду этой двойственности способов инвалидации сделки в западных системах.

I. Мы начнем с учения о недействительности сделки *ipso jure*, абсолютной.

Проект Гражданского уложения дает в ст. 88 Общ. полож. такую тезу: недействительны сделки, противные закону, добрым нравам и общественному порядку. Сделка признается противозаконной, когда клонится к достижению воспрещенной законом цели.

Мы выше сказали, что эпоха строгой подзаконности всего состава сделки есть обыкновенно ранняя в истории права (*verba legitima, legis actiones*). В отношении к некоторым видам сделок, *actus legitimi*, этот строгий характер их подзаконности удерживается и в позднейшие эпохи. Читая первый абзац ст. 88, мы невольно возвращаемся к этой поре строгой подзаконности сделок. Выраженное в *общей руководящей норме*, это положение не соответствует теперешнему строению сделок. В истории французской кодификации известна попытка Порталиса дать известной латинской поговорке "*qui contra legem agit nihil agit*" общее применение, соответствующее ст. 88 абз. 1-й в *titre préliminaire*. Но там этому положению думали дать общее применение только к нормам *законозапретительным*². Оно было отвергнуто как излишнее и

¹ Трудно взять на себя разъяснение причин этой скудости. Выше было замечено то же по отношению ко всей 1-й книге, ко всему содержанию положений общих. В рассматриваемом учении скудость могла иметь еще особое основание в расчетах Комиссии, не оправдавшихся позже, провести вперед в законодательном порядке обязательства и ввести туда некоторые общие положения о недействительности главного вида сделок, договорных именно. Теперь эта скудость тем менее оправдывается, что Проект заключает в себе не одно общее гражданское, но и торговое право. Для институтов, таким образом связанных в одну систему, в интересах ограничения количества частных положений о недействительности, связанных с тем или другим отдельным институтом, следовало дать больше содержания общим положениям.

² *Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée* (см.: *Planiol*. I. п. 337). То же говорит ст. 134 нем. Улож.: ничтожна юридическая сделка, которая идет против *запрещения* со стороны закона (*gegen ein gesetzliches Verbot*), но и это с оговоркой *если из закона не видно иного последствия*. Как это далеко от грубой формулы ст. 88, пр. 1.

даже в этих пределах допускающее изъятия. Рядом с запретительными нормами закон знает нормы повелительные (императивные), коих несоблюдение хотя бы составляло акт несомненно противозаконный, отнюдь не влечет за собой необходимо ничтожество сделки и в массе случаев ограничивается теми или другими неудобными для лиц, действовавших вопреки легальной нормы, последствиями, кроме ее инвалидации. Нужно ли приводить массы примеров, в коих невыполнение легальной нормы ведет за собой штрафы (напр., ст. 1684 т. X, ч. I), эвентуальные невыгоды иного рода (напр., ст. 6, там же), обязательство вознаградить вред и убытки (ст. 569, 570) и проч.? Французский кодекс не содержит в себе общей нормы, подобной ст. 88 проекта. *Мы полагаем бы устранить указанную общую тезу ст. 88-й вовсе из состава проекта.* Те или другие последствия нарушения легальной императивной или прогибитивной нормы (кроме уголовной) могут явствовать из существа сделки, быть связаны со специфическими признаками (как, напр., в ст. 1529 т. X, ч. I, а также сделки, противные добрым нравам и общественному порядку, по ст. 88 Проекта) или, наконец, всякий раз именно указываем в связи с данной нормой (напр., ст. 1023 т. X, ч. I).

Вопрос о недействительности сделок, *противных добрым нравам, общественному порядку* (ст. 88 Пр.), а также *клонящихся к эксплуатации* (извлечению для себя выгод) *крайности, легкомыслия, неопытности* другого в пользу свою или третьего лица (ср. ст. 64 Проекта¹), принадлежит в западных литературах (особенно французской и немецкой) к числу трудных и сложных проблем современной юриспруденции.

¹ Эта статья (64) Проекта вместе с 88-й представляют собой *разорванную надвое ст. 138* герм. гр. Уложения, при этом в той части немецкой 138-й статьи, которая соответствует 64-й нашего Проекта, переданную по-русски очень неудовлетворительно. Мы здесь не передаем дословно ст. 64-й Пр. Ее формулируют наши редакторы в заключение так, что при наличии указанных в ней условий сделка будет недействительной, если эксплуататор чужой слабости заключит с эксплуатируемым чрезмерно невыгодную для него сделку, чтобы мотивировать такое заимствование очень важного положения из чужого кодекса, да сверх того, чтоб это чужое положение, очень солидно в его источнике разработанное и мотивированное, переиначить, разорвав на части и поместив в разные титулы, ни для нашей, ни для лучше нас в трудностях цивилистики искушенной практики, не могут быть признаны удовлетворительными те *истинно жалкие по скудости* "Объяснения", которыми редакторы сопровождают в общих положениях и в обязательствах свои изделия (кн. V Проекта. Ст. 31), ссылаясь при сем весьма развязно на Equity jurisprudence, действующую в колониях Англии и в Штатах Северной Америки (Общ. пол. Кн. 1-я. С. 196), как будто такие ресурсы познания также доступны нашему судебному сословию, и редакторам Проекта, допуская, что гг. редакторы сами хорошо разумеют практику англо-американской Equity jurisprudence.

Уже те признаки сделки, которые более или менее общи для наших статей 64 и 88 и приведенной статьи 138 герм. Уложения (противны добрым нравам, общественному порядку, ведут к эксплуатации нужды, несчастья, слабости воли), возбуждают некоторые сомнения насчет компетенции суда гражданского по этим материям. Задача критики и толкования этих положений направляется в литературе немецкой и французской к тому, чтоб разграничить вопрос о недействительности сделки с указанными признаками, насколько это возможно, *от исследования злой воли, преступных побуждений*, которыми руководился субъект сделки. Если и там это не всегда легко и требует ясного сознания пределов, далее которых не может идти *суд гражданский*, то при осложнении переработанной с немецкого подлинника ст. 64 Пр. признаками *злоупотребления*, со стороны вовлекшего в сделку, *принадлежащей ему властью или оказываемым ему доверием*, мы уже совершенно входим в область *вменимых виновнику законом преступных деяний*. Немудрено поэтому, что наши редакторы не нашли для *своей* формулы ссылок под статью 64 ни в одном европейском кодексе *гражданского права*, указав ст. 138 нем. Улож., *в которой подчеркнутых осложнений вовсе не имеется*, и вынуждены были для этой будущей¹ нашей практики искать образцов для рецепции *в уголовных кодексах*, чтобы внести признаки преступных деяний в кодекс гражданского права.

Если сделки, противные добрым нравам и общественному порядку, и наряду с ними, по существу вовсе им не противоположные, а лишь конкретно воплощающие те же черты противообщественности, сделки ростовщические, направленные на эксплуатацию нужды, несчастья², слабости воли, будут подлежать, по данному законодательству, уголовному преследованию, то, нормально, наряду с карательными последствиями они будут признаваемы и ничтожными. Но и совершенно независимо от наличия данных, которые предполагают применение закона уголовного³, сделка, если это потребует, подлежит инвали-

¹ Надеемся, что этой *ошибки редакторов*, очень серьезной, не оставят, в свое время, без должного внимания, натурально, при условии, что не те же лица будут решать окончательно вопрос о наличии ошибки, которые в ней изобличаются.

² Едва ли это восполнение состава статьи 138 можно назвать удачным и гармонирующим с другими, с крайностью, легкомыслием, неопытностью, на коих лежит общая окраска *субъективного* момента, определяющего данное состояние эксплуатируемого и не возбуждающего вопроса о причине бедственного положения лица, который виден в признаке *несчастья*, введенном в наш проект. Это осложняет дело.

³ Известный ростовщик NN мирно почил на 90-м году от рождения, родственники заранее с признательностью отклоняют возложение венков на его гроб, благодаря при сем всех, показавших им свое участие к их невознаградимой утрате. При действии ст. 138 нем. Ул. такие объявления станут реже, особенно если ростовщик

дации как ничтожная. Это ничтожество будет и в этом последнем случае *d'ordre public*, в том смысле, что оно вовсе не требует необходимо иска со стороны заинтересованного и отнюдь не будет исцелена, если заинтересованный такую сделку одобрит впоследствии или пропустит давностный срок для ее оспаривания.

Германская ст. 138 эту идею ничтожества, *Nichtigkeit, nullité*, а не опровержимости только, не *Anfechtbarkeit*, и выражает именно, *объявляя все сделки*, противные добрым нравам, общественному порядку, предоставляющие непомерные выгоды за вовсе не соответствующие им услуги, выговоренные в свою пользу или в пользу третьего эксплуататором крайности, легкомыслия или неопытности обязавшегося, *ничтожными*.

Когда мы берем статью 138 немецк. Улож. во всем ее составе, она дает законченное впечатление действительного ограждения социальных интересов против покушений своекорыстия и алчности людей, для коих институты гражданского права служат лишь маской для прикрытия вожделений совершенно антисоциального характера. Надо знать, какой борьбы, какого труда стоила надлежащая формулировка и проведение этого положения в состав кодекса, чтоб отнестись к этому делу с должным уважением и не позволять себе, по усмотрению, уродовать ее содержание и исказить весь его смысл произвольными манипуляциями.

Мы указали выше на смешение в ст. 64 Общ. полож. признаков состава преступления и сделки, на произвольное внесение одной из возможных *причин*¹ нужды наряду с самой нуждой в состав условий инвалидации сделки. Но главнейший и наиболее серьезный упрек вовсе не в этом. Содержание статьи 138² разбито надвое и обе части этого целого попали под разные титулы. Если статья 88 Общ. пол. дает основание признать ничтожество сделки, противной добрым нравам и общественному порядку, ничтожеством *d'ordre public*, то все опера-

не будет ждать инвалидации сделки со стороны, а сам ее инвалидирует, в чем ему, как думает Дернбург (*D. bürgerl. R. T. I. Изд. 1902 г. С. 382, пр. 14*), при известных условиях, нельзя отказать.

¹ Статья 64 ставит признак *несчастья* рядом с нуждой, слабостью воли. Несомненно, большое *несчастье* для игрока в клубе или для профессионала на бирже прогореть на одной ставке вконец и *перехватить* тут же, чтоб отыграться, на тяжелых, конечно, условиях, но едва ли сюда следует применять *nullité d'ordre public*, а не просто ст. 2019. Т. X. Ч. I.

² Которая, конечно, не обязательна для кодификаторов, как ни для кого не обязательны и их мнения, но состав которой мог быть или реципирован, или, раз они ее ввели в число источников, *по достаточным основаниям* устранил; на деле нет ни того, ни другого, и ст. 138 только изуродована, для чего никаких оснований не может быть достаточно.

ции ростовщиков, им же несть числа, по силе ст. 64 подходят под тип сделок, вовсе не отвергаемым правом, как ничтожные, а лишь допускающим опровержение со стороны потерпевшего, подобно опровержению силы сделки вынужденной или основанной на ошибке. Весь указанный состав признаков ростовщических сделок приравнивается в Проекте к волеизъявлению ошибочному, вызванному обманом (ст. 63), когда признание недействительности сделки происходит *по требованию потерпевшего* (там же). Статья 64 занесена под рубрику “Принуждение, ошибка и обман”.

Если бы немецкие кодификаторы вместо ничтожества *d'ordre public*, наступающего *ipso jure*¹, приняли смягченную форму недействительности, какую дает подобным сделкам ст. 64 Проекта Общ. положений, немецкие ростовщики, без всякого сомнения, воздвигли бы во славу их торжественный памятник. Если возможно раз опутать человека, попавшего в беду по легкомыслию, неопытности, то что же хитрого отвести ему глаза и еще раз обещанием ничтожных выгод, ценой которых он откажется от иска, признает силу сделки и никогда не выйдет из расставленных ему его благодетелями сетей².

Итак все содержание статей 64 и 88 опять должно быть введено в ту органическую целостность, какую оно имеет в составе art. 138 герм. гр. Уложения; или указанные в них положения теряют всю свою цену.

Но эта статья, объявляющая ничтожными сделки, противные добрым нравам или выговаривающие несуразные барыши эксплуататору за сравнительно мелкие услуги, в расчете на крайность, легкомыслие, неопытность жертвы хищника, сама по себе служит источником ряда затруднений и недоразумений практики.

Впереди всего идет вопрос о пределах противодействия неправильной наживе в указанных условиях. Следует ли ограничить примене-

¹ Сделка с признаками ростовщической не может быть совершена с содействием нотариуса, суд откажет по такой сделке применить меры взыскания, хотя потерпевший вовсе об этом не просил; такая сделка лишена всякого юридического эффекта, даже если бы эксплуатируемый хотел дать ей силу.

² Если ничтожество ростовщической сделки признать *d'ordre privé*, как это делает Проект, то необходимо оговорить, что нельзя *заранее* отказываться от права оспаривать ростовщическую сделку, ибо иначе эта клаузула будет нормально входить в операции ростовщиков. Такую оговорку находим в ст. 683. Т. X. Ч. I. П. 3, которая объявляет недействительными частные соглашения пассажиров с железнодорожн. и пароходными управлениями о неответственности их за вред и убытки потерпевших. — Как трактуют нем. цивилисты, положения ст. 138 против ростовщических сделок см.: *Cosack. Lehrb. I. § 90* (в изд. 1898 г. С. 312, *absolut nichtig*), *Crome. System. I. § 85* (С. 376, *es handelt sich um ein in öffentl. Interesse aufgestelltes Verbot. Die Folge der Zuwiderhandlung ist Nichtigkeit*; *Endemann. Lehrb. 8-е изд. С. 600, 689*; *Dernburg. D. bürg. R. I пер. и втор. изд. С. 380—383. См. особ. пр. 14 на с. 382*; *Saleilles. Déclaration к art. 138 BCB со С. 269. § 3 и след.*

ние ст. 138 одним денежным ростовщичеством? На это немецкая цивилистическая литература и практика отвечает расширением действия указанной нормы не только на *денежное* ростовщичество, но и на так назыв. *Sachwucher*, вещные сделки, дающие при тех же условиях тот же результат несуразной наживы непомерным угнетением и таким же подъемом действительной цены операции купли-продажи вещей. Такими же ростовщическими будут, по этому воззрению, чрезмерный гонорар врачу, адвокату, посреднику не только по имущественным операциям, но и в особенности по делам матримониальным.

Но не одними этими пороками сделки определяется, согласно art. 138 и нашим ст. 64 и 88, ничтожность сделки. Здесь условие порочности ее лежит в некотором *субъективном моменте* ее состава, в крайности, легкомыслии, неумелости субъекта.

Наряду с этим немецкое, французское и отечественное действующее и проектированное право ставят, в том или ином сочетании, *объективные моменты*, при наличности коих сделка станет также недействительной и тоже не в смысле ее спорности, а в смысле ничтожества *ipso jure*. Это главным образом тогда, когда она противна добрым нравам (*gegen die guten Sitten, contra bonos mores, contraire aux bonnes mœurs*¹, или общественному порядку, *ou à l'ordre public*²).

Вот здесь именно самый трудный, боевой пункт законодательства. Спрашивают, да разве нашему судье принадлежит не судебная только функция, а наряду с этим и цензура нравов? Где же свобода обмена, где личная автономия в области правоотношений, свободно устанавливаемых гражданами в своих интересах? Где предел вмешательства внешнего в наши приватные интересы и расчеты?..

Эти вопросы и недоумения должны бы действительно возбуждать опасения и тревогу в общественном сознании, и именно за неприкосновенность гражданской свободы, вызывать протест против бесконтрольного вмешательства публичной власти в дела частные, если бы такие полномочия были предоставлены *на личное усмотрение органов судебной власти* без всякого постоянного руководящего отправления этой функции начала.

Ничего подобного, натурально, не представляет собой, в территориях применение ст. 138 и 1133, полномочие суда аннулировать юридический эффект сделки, противной добрым нравам и общественному порядку.

¹ Art. 1133 С. с. и нем. Улож. § 138. То же наша ст. 88.

² Та же ст. в С. с. и в нашем Проекте. О третьем реквизите недействительности сделок, по ст. 88 Пр., когда они *противны закону*, было сказано выше; у франц. в той же ст., близко к нашему тексту ст. 88, второй абзац, *cause prohibée par la loi*. Мы к этому еще вернемся.

Нет никакого сомнения, что с этой задачей противодействия эффекту сделки не только прямо и под страхом ничтожества запрещенной законом, но и такой, которая противна добрым нравам и общественному порядку, компетенция гражданского правосудия заметно расширяется. Закон устанавливает только принцип, который распространяет влияние суда за пределы легальных норм. Те нормы, которые должны служить руководящими для судьи в этой новой широкой сфере его влияния, не составляют necessarily чего-либо нового, не существовавшего до этой минуты к общественному сознанию. Если бы мы действительно открыли судье в этой области весь простор для применения его *личных воззрений* в вопросах, где сталкивается частная автономия с требованиями общественного порядка или уважения добрых нравов, мы этим, конечно, поставили бы интересы гражданского правопорядка в полную зависимость от совершенно случайного и крайне непостоянного критерия. Существуют не только отдельные лица, но целые доктрины, которые требуют такой меры преобладания интереса социального над индивидуализмом, которую практически вовсе нельзя примирить с гражданской свободой. Также высоко считают иногда возможным поднимать и уровень требований чистоты нравов. И здесь, естественно, так же как в задачах социального совершенствования, суд не вправе руководствоваться одними личными или партийными программами того или другого органа гражданского правосудия. Таким образом поставленные задачи и давали пищу опасениям, обнаружившимся в литературе, в борьбе мнений, в дебатах, вызванных законодательной промоцией ст. 138 гражд. Уложения Германской империи в особенности¹. Нет сомнения, что в сфере этих вопросов деятельность суда перестает быть только подзаконной, ибо закон устанавливает лишь принцип, коим предотвращается облечение в образ юридической сделки интересов антисоциальных или угрожающих чистоте нравов. Детальная разработка этого принципа принадлежит всецело судебной практике, и объективную основу суд находит не в нормах

¹ Почву, на которой развивалась эта борьба мнений, представляет собой, конечно, состояние экономической и социальной жизни Германии в эпоху кодификационных работ. Здесь трудно было бы обстоятельно изложить эту сторону дела. Но насколько она отразилась в направлении работ немецких цивилистов, ее очень тщательно в коротких чертах описал проф. R. Saleilles в указ. выше книге *De la déclaration de volonté*, в указанном выше толковании к art. 138, начиная с 251-й с. книги, особенно по 21 и след., для парламентских дебатов по 41 и след. Тут же некоторые полезные литературные указания по литературе франц. и немецкой. 1-й проект формулировал положение о ничтожной сделке ближе к франц. art. 133 и нашей ст. 88 Пр. (*contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*), 2-е чтение устранило *ordre public* (мотивы у Saleilles), находя, что правильно истолкованные требования неприкосновенности *bonnes moeurs* устраняют сами собой опасность для *ordre public*.

закона, а в правилах общежития, источник коих лежит в общественном сознании тех кругов лиц, коих ближайшим образом касается дело.

Такая практика, черпающая руководство из надежного, постоянного и притом живого источника, способна вместе со временем сама приобрести вполне устойчивый характер, составить таким путем предшествующую стадию для образования юридических норм и стать в этом смысле поистине творческой для правообразования силой.

В таком виде вмешательство суда в область приватной автономии вовсе не угрожает свободе обмена, не ведет к стеснению гражданской свободы, а лишь направляет ее на надлежащий путь удовлетворения того круга индивидуальных интересов высшего порядка, социальных и чистоты нравов.

Совершенно так же, как разнообразны круги лиц¹, сознание коих служит для суда руководящим источником в этой практике, так же и свойство оградженных интересов может быть весьма различно. При этом содействие суда в ограждении интересов высшего порядка будет в практике проявляться не как положительный реквизит состава сделки, а именно только как противодействие вторжению в эту область влияний, противных чистоте нравов и общественному порядку, стало быть, отрицательным путем.

Для освещения вопроса мы возьмем некоторые образцы установившейся таким путем практики сделок недействительных, ничтожных *ipso jure*, по этому признаку опасности, которой они угрожают добрым нравам и общественным интересам, как их понимает культурное общество нашего времени.

Итак, из области семейных отношений ничтожной будет сделка, по силе коей супруг обязывается за деньги содействовать разводу посредством отречения, напр., от права обжаловать неправильное решение суда, посредством отказа заранее от преследования виновной стороны. В этом же смысле ничтожны будут перед судебным органом соглашения супругов об отказе от супружеской верности.

Ничтожным почитается соглашение об уступке за деньги детей для их усыновления.

Не подлежит, под страхом ничтожества сделки, ограничению и отказу свобода гражданской личности в самых разнообразных ее проявлениях. Нельзя отречься за деньги от свободы выбрать или изменить религиозное исповедание в пределах, допустимых действующим законом, принять обет безбрачия или пребывание на продолжительное время во вдовстве. Недопустимо соглашение о подчинении себя опе-

¹ Это может быть общее национальное сознание или более тесных общественных групп, исповедных, сословных, профессиональных.

кунской власти другого лица, об отказе от свободы договорных сделок, от принадлежности к частным товариществам, от свободы выбора места жительства, от свободы экономической деятельности, напр., в виде заранее обещанного обязательного самоустранения от конкуренции в вопросах столкновения или борьбы за экономические интересы.

Ничтожными почитаются соглашения об обязательности лечения у данного врача или в данном лечебном заведении, так же как о подчинении себя производству операции под страхом имущественной ответственности за невыполнение такого обязательства.

Признаются ничтожными многообразные операции, направленные на монополизацию производств, предпринимательской или торговой деятельности в известной отрасли под страхом штрафов, с видами эксплуатации публику насильственным повышением цен.

Ничтожными почитаются уговоры о передаче адвокатской клиентели за вознаграждение.

Вознаграждение, выговариваемое в свою пользу агентами по делам брачным, когда для успеха операции пускают в ход обман, ложь, чувственное возбуждение, признаются тоже ничтожными.

Ничтожными признают суды условия, подчиняющие сценических деятелей произволу антрепренера.

Нередко *мотивы* сделки, сулящей крупные барыши за операции скандального свойства, угрожающие чистоте нравов, возбуждают деятельность суда и ведут к ничтожеству сделки. Тут есть, натурально, много незаконченного, спорного в деятельности судов, направленной к ограждению общества от укрепления силы сделок, опасных для чистоты нравов и интересов общественного порядка.

Нередко эксплуатация самая недостойная вредных промыслов не встречает надлежащей реакции, когда эксплуатируется публика иноземная, когда опасности подвергаются интересы, особенно экономические, иностранного государства¹.

Нам надлежит обозначить характерные юридические черты ничтожества сделки. Их сводят к четырем главным:

а) действие этого вида инвалидации есть по существу непосредственное, в принципе не требующее никакого особого соучастия суда. Если бы, однако, простого отрицательного отношения к сделке в дан-

¹ Для дополнения этих данных и дальнейшего развития важной практической стороны дела и множества controverzных, в немецкой и французской литературе, сторон этого учения могут служить указанная выше работа *Saleilles. Lehrbuch Endemann'a*, особ. § 103 и 103а, а также *Dernburg. D. bürger. Recht. I Band* (1902 г.) § 125. Интерес изучения в полной мере вознаграждается натурально только постоянным и пристальным ознакомлением с практикой сделок и суда, обнаруживающей особенно в судебных решениях по спорным вопросам.

ных условиях не было достаточно, так что вопрос о ничтожестве возбуждал бы сомнение, то все содействие суда должно будет ограничиться признанием сделки ничтожной *силой закона*, констатированием ее ничтожества, nullité de plein droit, совершенно независимого от интересов стороны и ее иска об аннулировании сделки (Feststellungsklage), ибо в сделке ничтожной ipso jure нечего аннулировать;

б) эффект ничтожества не есть ограниченный стороной, искавшей его констатирования. Будучи в основе своей ничтожеством d'ordre public, оно в принципе действует не по отношению к определенному кругу лиц, а безотносительно, с абсолютной силой не только на самый акт, на сделку, но и на все возможные ее консеквенции¹;

с) сделка ничтожная не может стать действительной посредством последующего ее утверждения, и это опять простая консеквенция того свойства ничтожества, что оно, по эффекту, абсолютно, существует для всех, а не для известного только круга лиц². В силу этого никакое отдельно взятое лицо не способно восстановить ее эффект своим одиноким последующим утверждением;

д) наконец, к ничтожеству сделки не применяется как исцеляющее его средство истечение срока, который установлен для предъявления иска, как способа восстановить нарушенное право, т. е. к этому виду недействительности не может иметь приложения исковая давность. И это вполне понятно, ибо ничтожество сделки вовсе не зависит от предъявления спора, направленного против ее силы. Это ничтожество наступает *само собой*, находит себе применение *при всякой попытке дать сделке эффект* (при содействии суда, органов бесспорной юрисдикции, нотариата), прежде всякого иска. Стало быть, истечение срока исковой давности не может, для сделки изначально ничтожной, служить источником укреплению ее силы в дальнейшем³.

¹ Выше были указаны случаи, где "nichtig" в германск. Улож. и "недействительный" (брак) у нас не имеют этого смысла.

² Известно, что применение этого положения было весьма спорным в литературе общего права (*Дернбург*. Pandekten. Bd. 1. § 122. Anm. 5). Применение § 141 abs. 2. нем. гр. Ул. возбуждает то же различие мнений (см.: *Saleilles*. Большой курс по этому предмету. С. 324—352). Вообще сделка последующая рассматривается как новая, но есть возможность ее эффект весьма сблизить с настоящим утверждением прежней сделки, напр., в случаях, когда недееспособный подтверждает совершенный им в болезненном состоянии (сумасшествие) акт по выздоровлении.

³ См. особ.: *Дернбург*. D. bürger. Recht. § 116, примеч. 8 и текст на с. 350. VI. Для брака то же отступление от принципа в указан. выше art. 1324, 1325 нем. гр. Улож. Возможно, что сделка формально ничтожная не была своевременно оставлена без последствий, а получила исполнение, — тогда наступает процесс возможно в данных условиях устранения этих последствий всеми направленными на это юридическими средствами, напр., виндикационным иском, иском из незаконного обогащения, об убытках из деяния недозволенного.

II. Другую категорию явлений недействительности сделки образуют те случаи пороков или недостатков ее состава, которые более или менее безразличны в смысле ее легальных реквизитов, но в то же время угрожают *правам и интересам соучастника сделки*. Если недостатки первого рода и по их природе, и по их эффекту правильно отличать признаком абсолютных, d'ordre public, поражающих весь эффект сделки в целом, а не относительно только определенного круга заинтересованных, то недостатки второго рода составляют и по своему свойству, и по эффекту явление, прямо противоположное первому типу ее пороков. Это категория сделок *относительно ничтожных*, недействительность коих частноправная, d'ordre privé.

Мы уже не раз имели случай говорить выше, в анализе положительных реквизитов волеизъявления, об этих возможных дефектах сделки, которые не обнаруживаются necessarily, а лишь *эventуально могут быть* противопоставлены юридическому эффекту сделки, если заинтересованный найдет это нужным. Это прежде всего случаи волеизъявления, вызванного ошибкой субъекта сделки, принуждением, под влиянием которого он находился. Сюда же идут частью случаи обмана, симуляции, скрытой оговорки (reservatio mentalis). Нам надлежит здесь, в общем учении о недействительности сделок, точнее установить юридическую природу этого вида недействительности сделки и соответствующие ей особые способы ее инвалидации.

Главнейшие признаки этой категории пороков сделки, эventуально поражающих ее эффект, заключаются в том:

а) что они не вызывают *непосредственного* эффекта обессиления сделки одной своей наличностью. Эту черту и обозначают в науке термином annulabilité, оспариваемость, в отличие от nullité в тесном смысле недействительности сделки ipso jure. Сейчас сделка действительна. Ее существование уподобляют, однако, больному, ненадежному организму, для которого всякое потрясение может быть опасно.

Выход из этого состояния двоякий. Если заинтересованный предъявит спор против сделки, она легко может после этого утратить весь свой юридический эффект. Возможен, однако, и такой выход. Никто не пользуется своим правом инвалидировать силу сделки, истекает срок, указанный для этой цели; тогда сделка крепнет, и из состояния выжидательного, ненадежного переходит в состояние бесспорно действительное, при том так, как бы в ней изначала не было никаких дефектов, никаких пороков, угрожавших ее существованию. И эта альтернатива наступает не ipso jure, а непременно *при посредстве* заинтересованного, его выраженным или молчаливым последующим воздействием на укрепление или инвалидацию силы сделки;

б) наряду с этим другая характерная черта для этого вида недействительности сделки заключается в том, что не любой третий и от-

нюдь не тот или другой орган юрисдикции *ex officio*, а лишь определенный круг заинтересованных в инвалидации сделки может достигнуть этой цели, или непосредственно отвергая силу сделки, о чем сейчас скажем, или оспаривая ее перед той или другой инстанцией; это ограничение круга лиц, способных инвалидировать сделку, дает основание отличать этот вид недействительности признаком *относительной* недействительности, тогда как первый род недействительности есть абсолютный. Будучи недействительной для одного, двух заинтересованных, сделка, пока ими не оспорена, сохраняет всю свою силу для любого третьего и воздействием третьего отнюдь не может быть инвалидирована;

с) в тесной связи с этими двумя характерными чертами этого вида недействительности стоит возможность устранить порок сделки отказом со стороны заинтересованного от принадлежащего ему права инвалидировать силу сделки. Эта *устранимость* угрожающего силе сделки порока есть одна из наиболее ярких отличительных черт так называемой оспариваемости сделки, *annulabilité*, *Anfechtbarkeit*, от ничтожества, *nullité* в тесном смысле, *Nichtigkeit*;

d) та же цель достигается молчаливым путем, когда заинтересованный, как указано в пункте а, пропускает срок, в который сделка может быть инвалидирована, или допускает истечение исковой давности, погашающей право иска. Эту черту можно обозначить признаком недействительности сделки *преходящей*, в отличие от недействительности постоянной или ничтожества в точном смысле.

Это наиболее простое противоположение двух видов недействительности сделки, которое в достаточной мере исчерпывает общие характерные юридические признаки¹ явления ясно определившейся как в латинской, так и в современных системах двойственности типов бессилia сделки.

В этом учении нам остается сказать о *методах инвалидации* сделки, т. е. о путях, которые ведут к этой цели, простейших и более сложных. Наряду с этим важен вопрос *об объеме* инвалидации, т. е. главным образом о двух ее видах, об инвалидации сделки во всем ее составе, или об инвалидации только частичной, т. е. объемлющей лишь отдельные моменты целого состава сделки (Пр. кн. I. Ст. 89). Этот вопрос ставит нашу задачу в очень тесную связь с общим учением о толковании юридической сделки. Насколько возможно, мы в дальнейшем

¹ При особом усердии можно, конечно, и менее существенным признакам дать такое же решающее значение. Леонгард в указанном выше трактате *Der Irrthum bei nicht. Verträge*, насчитывает *sieben wichtige Begriffe*, которые образуют один *Collectivbegriff* для *Anfechtbarkeit* и столько же для *Nichtigkeit* (с. 320—321). Тут есть и те 4 признака, которые имеют общее юридическое значение.

коснемся этой трудной цивилистической проблемы, отмечая при этом прежде всего, что учение о толковании сделки только одной своей стороной касается задачи ее инвалидации. Общая цель и направление учения о толковании рассчитано на сохранение ее силы если не в целом, то хотя в частях.

Независимо от этого юридическая техника располагает многочисленными ресурсами, направленными к тому, чтобы сделка, которой нельзя удержать в силе, утрачивая то действие, на которое была рассчитана, не давала в результате имущественных ущербов для стороны, не виновной в причинении этого ущерба (Пр. кн. I. Ст. 66). Каждая из этих сторон учения о толковании сделки, направленная на возможное ограждение ее от грубых приемов и тяжелых последствий инвалидации сделки, найдет себе место или в общих положениях, или в детальном изучении явления. Здесь мы остановимся сначала на вопросе о методах инвалидации сделок вообще.

Мы уже имели случай указать выше, что в первоначальном строении сделки, типическим образцом коих могут служить строго обрядные сделки квинтиской эпохи, абсолютизму реквизитов их состава соответствовало и безусловное их ничтожество, когда всех реквизитов для их юридического действия не оказывалось налицо. Точно так же при наличности их обрядного состава никакие *ординарные* средства защиты не могли первоначально предотвратить или устранить их эффекта, хотя бы в основе обрядностей лежала ошибка, насилие, обман. Только путем *экстраординарного исследования*, с прямым содействием высшего органа правосудия, возможно было, как бы актом помилования, уйти, избавиться от этих тисков неумолимо обрядной юстиции. Слабые следы экстраординарных способов охранения прав в случаях инвалидации сделки, — когда вслед за признанием сделки (брака) незаконной и недействительной участь потерпевших, в данном случае невиновного супруга, вовлеченного в брак обманом или насилием, и детей, рожденных от недействительного брака и записанных в метрические книги, ограждается от тяжких последствий инвалидации брака, посредством особого всякий раз ходатайства на Высочайшее Имя, в результате коего гражданское состояние этих лиц может быть оставлено неприкосновенным или восстановлено подобно *restitutio in integrum* преторской системы, — удерживались до последнего времени в нашей практике. Ныне этот экстраординарный порядок законом 1902 г. (об утвержд. правил об улучшен. положен. незаконнорожд. детей; Собр. узак. за 1902 г. № 62. Отд. 1, 2) удержан для восстановления гражданского состояния невинно потерпевшего супруга (см. указ. закон, III, нов. редакц. ст. 133 Зак. гр. Т. X. Ч. I, по изд. 1900 г.). Что же касается последствий инвалидации брака для детей, рожденных в

оном, то к ним имеет быть применено положение ст. 131 указ. закона (дети от брака, признанного недействительным, сохраняют права детей законных). И, следовательно, к ограждению этих прав имеют быть поправлены *ординарные* гражданско-процессуальные средства¹.

Преторская юрисдикция стала несравненно более чуткой к внутренним порокам юридической сделки, которая, при их наличности, может подлежать инвалидации не одними только экстраординарными средствами. К этой же цели, наряду с ними, отчасти в замену их, направлены сначала *возражения* (exceptiones), которые обязавшийся, должник по сделке, ответчик в процессе может противопоставить иску, доказывая принуждение, обман, ошибку, лежащие в основе сделки, а позже к той же цели ведут и прямые *исковые притязания* потерпевшего. Эти возражения, а впоследствии и целый ряд *исков* (actiones, напр., *doli, quod metus causa*), направленных на ниспровержение силы сделки (Anfechtung, annulation) стали в латинской, а затем и во всех новых системах *ординарными* способами инвалидировать сделки второго из указанных нами типов, т. е. типа относительно ничтожных, посредственно недействительных, опровержимых сделок. Эти ординарные процессуальные средства одинаково практиковались и в системе общего права, и на основании Code civ., и по австрийскому гражданскому уложению и по действующему т. X, ч. I (ст. 703), крайне скудному и подлежащему ныне замене статьями проекта, составляющими *рецепцию старых западных образцов* (Пр. кн. I. Ст. 65).

В тесной связи с пересмотром действовавших в Германии старых систем, с задачей отторжения от латинских образцов и выработки норм, возможно близко отвечающих практическим требованиям юстиции, уже в 1-м чтении Проекта Гражд. уложения для Немецкой империи, старый способ инвалидации сделок посредством исков и возражений со стороны аннулятора заподозрили именно в непрактичности. Практика опровержения сделок старым методом, особенно в территориях Code civil, заслуживала двоякого упрека. Если стороне, вошедшей в сделку по ошибке, под влиянием принуждения или обмана, приходилось оспаривать ее силу посредством иска, то на нее, как на истца, должна была вместе с этим падать тяжесть доказывания фактов. Это первое эвентуальное неудобство для лица, сделавшегося жертвой ошибки, обмана, насилия. Но отношения сторон могут принять и такую конфигурацию. Исполнения по сделке еще не последовало, а кредитор его-то именно и требует. Между тем сделка и, стало быть, самое требование, на ней основанное, может быть опорочено *exspirando*, посредством

¹ Этот же путь замены экстраординарных способов ординарными в свое время был применяем и к узаконению детей.

возражения о порочности волеизъявления, вызванного насилием, обманом и проч. В этом случае неудобство для ответчика будет состоять в том в особенности, что не он, а истец выбирает время, когда предъявить иск, и *выбор времени* легко может оказаться совершенно подходящим для истца и неподходящим для ответчика. Недостаток старого метода лежит, очевидно, *in modo procedendi*, и смелая мысль редакторов первой кодификационной комиссии направлена к его исправлению (1-е чтение. § 114). Последующий пересмотр вопроса дал действительное обновление и обогащение всего института инвалидации сделок при наличии указанных пороков волеизъявления (см. особ. обширный и очень содержательный art. 143 нем. гр. Улож.¹).

Чтобы разом парировать и ту и другую опасность, немецкая кодификация выработала простейший способ действия, направленный прямо, *без обращения к суду*, к инвалидации сделки. Обе редакции указанных статей (§ 114 перв. и art. 143 втор. чт.) в почти тождественном обороте речи предоставляют аннулятору (*d. Anfechtungsberechtigte*) сделать свое волеизъявление с целью аннулировать эффект сделки прямо своему противнику. Это *внесудебное волеизъявление*, не связанное ни с какими необходимыми реквизитами форм и обрядов. Все, чего требуют положения немецкого кодекса об ошибке, принуждении, обмане, — это *безотлагательности*. Заявление, опорочивающее сделку, должно заключать указание повода инвалидации, ошибки, обмана, который обнаружился по совершении сделки, или насилия, под влиянием коего последовало волеизъявление. Но все это необходимо выполнить *unverzüglich, ohne schuldhaftes Zögern*, вовремя, и отнюдь не позже одногодичного срока, после коего такое волеизъявление не будет иметь никакого инвалидирующего эффекта (нем. Ул. Art. 119—121, 123, 124). Такой внесудебный акт может сразу парализовать весь эффект сделки, если в руках нападающего есть сейчас налицо все средства для инвалидации. Инвалидация в этих условиях не составляет, однако, непременного последствия нападения. Противник может допустить наличие оснований для инвалидации сделки. Стороны могут затем найти тот или другой миролюбивый выход из кризиса. Если нападающий по тем или другим соображениям уступит противнику, придя к тому или другому соглашению насчет спорной сделки, то сделка становится уже *раз навсегда бесспорной* и действительной (art. 144). Но это не исключает возможности и другого исхода. Сторона, кото-

¹ Это положение служило и во время кодификационных работ, и после введения в действие нового Уложения предметом очень оживленного обмена мнений не только в Германии, но и во Франции (указания см. в обширных комментариях и учебниках по новому кодексу и в книге *Saleilles. De la Déclar. de volonté. C. 359* и след., где читатель найдет много ценных данных). В кодификационных трудах у нас эта проблема не оставила никакого следа.

рой заявлена в указанный краткий срок инвалидация, может оставить ее без последствий, и это не мешает ей защищать *судебным порядком* свои притязания, основанные на сделке, *в течение общего тридцатилетнего давностного срока*, погашающего иски притязания (см. только что приведенные статьи и art. 195 нем. гражд. Уложения).

Нет никакого сомнения, что новый метод инвалидации юридической сделки относительно недействительной (*anfechtbares Rechtsgeschäft*) не составляет института реципированной системы. Его не знали ни система общего права, ни *Code civil*. Это своеобразный и в этом применении введенный новым немецким Уложением в практику способ инвалидации относительно бессильной сделки. Нельзя, однако, не заметить, что *как метод* он вовсе не нов и хорошо известен, хотя в другом приложении, именно латинскому праву. В чем, точнее говоря, заключается особенность, своеобразная черта этого прямого заявления противнику в кратчайший срок своего опровержения? Своеобразие все в том, что здесь *процесс начинается с конца*, с исполнительной стадии, причем эвентуально он может тут же достигнуть цели. Но возможно, что сторона пойдет на судебное состязание, если она уверена в своих шансах. В латинской, притом *старой* системе, в числе пяти легисакционных форм процедиования есть две, *per manus injectionem* и *per pignoris capionem*, которые отличаются от других тем же оригинальным способом начинать процесс с исполнительной стадии. Этим суммарным способом спор может быть эвентуально разрешен так же, как внесудебным опровержением сделки, в известном отношении порочной. Но совершенно так же допустима и другая альтернатива, когда является возможность отстоять свое право, несмотря на захват залога или наложение рук, или когда в вопросе об инвалидации сделки противник рассчитывает восторжествовать против нападения при помощи ординарных судебнo-процессуальных способов защиты права.

Вот двоякий путь инвалидации сделки относительно недействительной. Что касается возможного, смотря по особенностям сделки, выбора того или другого способа действия, то нет сомнения, что метода инвалидации, принятая нем. гр. Уложением, имеет за себя все преимущества.

В вопросах, так близко касающихся практической стороны дела, общие соображения не должны, однако, иметь решающего значения. Легко может оказаться на практике, что предоставление сторонам выбора вместо ускорения поведет на деле к замедлению в достижении цели. Эти опасения мотивировали различие мнений, обнаружившееся особенно при выработке второго чтения. Наиболее спорную и трудную проблему предоставлял вопрос, *к кому имеет быть обращено заявление об инвалидации*. В некоторых случаях это совершенно просто, напр., в контракте, когда ясно видны обе заинтересованные сто-

роны и особенно противник, который подвергается нападению. И тут могут встретиться трудности в вопросе о том, кому адресовать заявление о нападении, в иных случаях особенно, где не один участник контракта с той и с другой стороны. Такие же осложнения являются и там, где в связи с двусторонней сделкой есть еще 3-и, заинтересованные в непоколебимости сделки (договоры или обещания в пользу 3-го). Но во всей силе трудность применения внесудебной инвалидации чувствуется там, где сделка есть односторонне обязывающая (публичное обещание награды) с этими разновидностями, на коих мы остановили уже внимание выше (С. 86—90). Вот на этих-то осложнениях и должны были сосредоточить все внимание редакторы 2-го чтения. Следовало предусмотреть в общих положениях хотя бы главнейшие разновидности разнообразных типов одностороннего волеизъявления. Если оно принадлежало к категории *empfangsbedürftige*, то нападение имело быть заявлено тому, чье восприятие необходимо для юридической силы односторонней сделки. Если для перфекции сделки нужно восприятие публичного установления, суда, опеки, ипотечного учреждения, то и *Anfechtung* имеет быть сделана перед этими установлениями, ибо сделка есть *amtsempfangsbedürftig*. Натурально, опять иначе решается вопрос об адресате инвалидации, когда юридическая силы сделки не связана с восприятием с чьей-либо стороны волеизъявления (*einseitige nichtempfangsbedürftige Rechtsgeschäfte*); таковы некоторые волеизъявления тестаментарные, принятие, отказ от наследства, некоторые ипотечные сделки, публичное обещание награды, для инвалидации коих достаточно той формы ее оглашения перед инстанцией судебной, административной, перед публикой, посредством которой была перфицирована сделка в положительном ее смысле. При их посредстве происходят сношения и с самим заинтересованным. Натурально, эффект такой инвалидации может получить распространение не по отношению к определенному только противнику, а безотносительно, *erga omnes*.

Поводы к сомнениям в практичности нового метода были устранены *детальной разработкой* трудной задачи указать, при всевозможных комбинациях, адресата вне судебной инвалидации сделки. Указанные сейчас руководящие правила были занесены в одну общего содержания *статью 143 кодекса*. Некоторые частности указаны в связи с отдельными институтами (права брачного, наследования), в состав коих входит инвалидируемая сделка¹. Новая метода была одобрена при голосовании в последующих инстанциях, разрабатывавших вопрос, превозмогающим большинством.

¹ См. большие учебники по нов. Кодексу — *Козака, Эндемана, Дерибурга, Leonhard'a, Crome* и др.

§ 61

Толкование юридической сделки. — Цель его. — Правила толкования в классической системе, по Code civil и по ст. 1538 и 1539 т. X, ч. I. — Анализ этих правил. — П. 4 правил толкования. — Параллель в правилах толкования закона и сделки. — Восполнение пробелов в особенности. — Проект Гражд. уложения. — Превращение юридических актов и изменение назначения имущества целевых.

Порок волеизъявления может касаться не всего состава сделки и не тех ее частей, с неизбежностью коих связан весь ее строй; он может быть частичный. И если задача юриспруденции направлена к возможному ограждению ее целостности от крушения, то, натурально, эффект аннуляции будет ограничен теми частями, без наличности коих сделка продолжает держаться в силе. Эту охранительную для целостности сделки максимум латинское право выражало в общей тезе — *utile per inutile non vitiatur*.

Наряду с этим, во множестве случаев, где по тем или другим недостаткам состава сделки ей угрожала бы недействительность, хорошо развитые системы черпают из самого строения института средства все же, в той или другой мере, достигнуть той конечной цели, к которой направлено волеизъявление, посредством субсидиарной сделки. Эта сторона дела ясно выступает наружу при изучении отдельных институтов, особенно некоторых из них. Такого рода рассчитанные препятствия разрушительному действию разных дефектов сделки встречаются и в сделках имущественного обмена *inter vivos*, но они обильны в актах права семейного и особенно в сделках на случай смерти.

В Риме двойственность строения институтов гражданской и преторской системы весьма содействовала этому охранению силы сделки от опасности полной ее недействительности, так как та же конечная цель волеизъявления, которой не удавалось достигнуть формальными актами гражданского права, достигалась, нередко ввиду менее строгих требований гонорарного права, хотя с менее законченным юридическим эффектом, но все же под достаточной эгидой преторской юрисдикции. Особенно яркую картину таких препятствий к вполне бесследной инвалидации сделки дает нам латинский тестамент, доминирующая цель которого составляет установление универсального преемства тестатору. Если бы, по какому бы то ни было поводу, назначение наследника не состоялось, то наступают условия для трансмиссии деляции. Если трансмиссия не привела к цели, к ней может повести субституция. Нет субституции — наступают условия для приращения долей, для акресценции. То же самое во множестве других условий бессилия сделки,

по одному, более строгому, для ее действительности, и по другому, менее строгому, критерию другой системы. Та же традиционная тенденция к охранению *последней воли умирающего* в современных культурных обществах и в законодательствах, разрабатывающих этот вопрос с должным вниманием. Иллюстрацией этой тенденции могут служить ст. 2084, 2100—2103 нов. нем. гражд. Уложения.

Воспитанная на этом традиционном уважении к личности, к волеизъявлениям в сфере права частного, европейская юриспруденция разных областей и территорий *крепко держится латинского предания* и ищет, ценой многочисленных аккомодаций, оградить эффект сделки от инвалидации, если не вполне, то хотя отчасти, если не в отношении ее буквы и слова, то в отношении ее общей тенденции, конечной цели, которой волеизъявление имело достигнуть.

Задача эта, которую, по существу, справедливо следует назвать задачей *охранения силы сделки* против безмерного разрушительного эффекта ее инвалидации, обнимает все институты нашего действующего права, как и старого латинского, теснейшим образом связана, как уже было замечено выше, с основами учения *о толковании юридической сделки*. Нам необходимо посему здесь же, в связи с общим учением о юридической сделке, остановить внимание и на этом учении в особенности.

Собственно, все стороны учения о сделке, о дееспособности лиц, о внутренней и внешней стороне волеизъявления, существенны для правильного понимания ее природы и ее действия. Трактую здесь вопрос о толковании в особенности, мы имеем в виду *специфические приемы* раскрытия возможно точного и полного содержания волеизъявления, когда состав сделки в конкретном ее применении способен возбудить те или другие колебания относительно его смысла и значения.

Эта задача толкования направляется в современном, как и в римском праве, все к одной и той же конечной цели. Лучше, чем в других современных кодифицированных системах, эта задача выразилась в новом германском гражданском Уложении¹. Раскрытие всего содер-

¹ И здесь опять редакторы кодекса были больше проникнуты и лучше вооружены верно усвоенными преданиями и методами классической юриспруденции, чем составители старых кодексов, как Code civ., Preusz-Landr. и австр. Allg. bürgerl. Gesetzb. (то же видно и на ст. 700 т. X, ч. 1), составители которых, находясь под господствующим влиянием школы естественного права, в основу учения о сделке ставили *принцип воли человека, сознательной и свободной*, а не волеизъявления, допускающего в вопросе о его образовании те или другие пороки и дефекты, которые способны влиять на его юридический эффект. И новая нем. кодификация не вполне свободна от некоторых традиций прусского ландрехта, о чем скажем впоследствии.

жания волеизъявления имеет быть сделано из наличного его состава и той ситуации, в которой оно последовало. В достижении этой цели важно избежать двоякой возможной крайности, или пуститься без всякого видимого побуждения, по принципу, к исканию естественной воли, со всеми свойственными подлинным психическим процессам осложнениями, или же, прямо наоборот, хвататься за одну внешнюю сторону волеизъявления, цепляясь за букву, привязываясь к слову (*verba capere*). На эту идею раскрытия, именно выраженного в обряде, в слове *действительного волеизъявления*, art. 133 гражд. Ул. и указывает как на подлинную задачу толкования. Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille¹ zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.

Действительная воля (d. wirkliche Wille) в смысле ст. 133 есть та, которая в составе сделки ставит волеизъявление в теснейшую связь с его юридическим эффектом, стало быть, которая включает в себя не только сделку-акт, но и сделку-эффект (см. выше. С. 264 и след.).

Это основное правило толкования дает нам вместе и *руководящую нить* для всех истолковательных операций, коих последняя цель всегда и необходимо должна быть *охранительной* в возможно точном и исчерпывающем все содержание сделки смысле, и если нельзя сохранить всего в целом составе, то поступаться надлежит возможно меньшим. И только то истолкование заслуживает своего имени, в котором принята во внимание *каждая черта* выраженной воли и в итоге осталось как можно меньше разноречий или ничего не значащих речей. При хорошо и умело сформулированном волеизъявлении такой результат и есть всего чаще нормальный.

К сожалению, это не всегда бывает, и роль толкователя и судьи тем труднее, чем меньше умения обнаруживается в формулировке сделки.

¹ Не надо думать, что наше толкование art. 133 бесспорно. Мы будем иметь случай указать далее массу трудов юристов, какого угодно направления, трактующих вопрос и с философской, и с психологической, и с экономической точки зрения, и натурально эти расходящиеся методы и направления толкования статьи дадут статье разное освещение и очень различный смысл. Der Wille im Sinne d. 133 ist nicht das, was von der Partei gewollt ist und möglicher Weise d. anderen Theile verborgen bleibt, sondern was dem Erklärungsempfänger als gewollt erscheint... Anderen Falls würde 133 befehlen das Unerforschliche zu erforschen (передаем сокращенно мысль Leonhard'a в сочин. d. Allgem. Theil. С. 350, о коем была речь выше). Его точка зрения есть чисто цивилистическая и для понимания тез Гражданского уложения доминирующая, определяющая подлинный смысл ст. 133. Это не значит, что критерий деловой и экономической, в известных случаях и мотив психический должны остаться совсем в стороне в задачах столь сложных, как толкование волеизъявления в составе юридической сделки. См. также у *Herm. Isay*. Die Willenserklärung. С. 14 и след. литературн. указания по этому вопросу.

Непосредственный объект исследования и путь к раскрытию содержания волеизъявления составляет доступная восприятию *внешняя сторона волеизъявления*. Задача развитой системы деловых сношений вовсе не в том, чтоб стеснять их обмен требованиями определенной и никак не иной формы выражения воли. Кроме тех случаев, где реквизи́т формы есть раз навсегда установленный и обязательный, средством для волеизъявления могут и должны служить даже немые сами по себе факты, определенное положение, принятое лицом в известной обстановке, его безмолвие, а также и специфические способы юридического волеизъявления, движение, знак, слово, письмо со всеми усиливающими, гарантирующими, увековечивающими эффект сделки осложнениями, которые мы рассмотрели в учении об обрядной стороне волеизъявления.

Чем менее специфический характер именно юридического акта носит на себе волеизъявление, тем задачи толкования труднее. Этих трудностей на пути к раскрытию смысла волеизъявленного не следует, однако, опасаться интерпрету. На то или другое деяние, на безмолвие стороны, допускающее толкование в ту и другую сторону, проливает свет *обстановка, в которой факт произошел*, принятое вообще лицом положение в деле, его *Gesammtverhalten*. Есть область отношений, в которых безмолвие, взятое в связи с обстановкой, в которой оно обнаруживается, свидетельствует вовсе не о волеизъявлении безмолвствующего, а о его *полном безразличии* к тому, что происходит. Есть ряд других комбинаций, где тому же факту молчания совершенно правильно дать смысл настоящего волеизъявления лица, хотя и безмолвного¹. Я получаю книжные новости, которых не заказывал, лотерейные билеты, ассортимент сигар, которых я не курю, на пробу. И эти все попытки меня заинтересовать суть только вызов со стороны оферента, ни к чему меня не обязывающий, и мое молчание не должно быть толкуемо в смысле волеизъявления, хотя бы на посылках было отмечено, что безмолвие в течение такого-то срока рассматривается как принятие предложения. Совсем иной смысл и иную силу будет иметь то же безмолвие, когда лицо, к которому сделано обращение, находилось в постоянных деловых сношениях с оферентом в известной отрасли операций. Молчание толкуется, наконец, нормально как согласие, когда оно служит ответом на обращение к торговцу, которого торговые операции обращены именно к посредству в данной отрасли дел. Чтоб отклонить такое толкование, агент (комиссионер, спедитор) имеет своевременно дать отрицательный ответ².

¹ *Isay. Willenserklär. С. 26, кон.*

² См. эти сопоставления институтов разного характера и хорошо разработанные подробности у *Дерибурга. Dé burgerl. R.*, который сопоставляет нормы права

Очевидно, в способах волеизъявления не специфически юридических необходимо, для их истолкования, всякий раз считаться с общим принятым данными лицами положением, с характером их сношений вообще (*Gesamtverhalten*). Сделки разного типа, биржевые, торговые вообще, вексельные в особенности, или сделки общего права, различаются не только свойственным им стилем¹, но и требуют особых приемов, толкования, иногда необходимо с помощью профессиональных или сведущих в местном обычае людей.

Индивидуализация в толковании волеизъявления может оказаться необходимой не при этих только случайных, так сказать, средствах определить наличность воли, но и тогда, когда путь к раскрытию воли открывает слово, письмо, обрядная речь, специфическое средство волеизъявления. Ибо и здесь нередко надо вперед установить способ выражения *известного лица*, быть может, своеобразный, но не оставляющий сомнений, объективно известный в кругу людей, ему близких². Если задачу интерпретации составляет охранения волеизъявлений, а не высмеивание их, то средства, ведущие к этой цели, одинаково хороши. В тех случаях, где волеизъявление не вызывает сомнений, надо держаться *прямого* выраженного в нем смысла. Юлий Павел дал этому положению характер общего правила интерпретации по отношению к *словесным* волеизъявлениям. *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*³. Это положение может быть применимо не к одному волеизъявлению посредством слова, но и к другим способам изъявлять волю. Наше действующее право выражает то же правило в применении к *договорам*⁴ в особенности. Наше право,

торгового, общего с большой пользой для освещения разных систем не только в особенной, но и в общей части своего трактата. У нас редакционная комиссия задумала в известном отношении широко свою задачу (в другом, как я имел случай указывать, слишком узко, рассчитываю проект общего и торгового права только на территории действия X т., ч. I). Следовало, согласно этому, натурально, и учениям Общей части дать надлежащее развитие. Мы, однако, в кн. I проекта не находим не только правил толкования, применительных к сделкам общего и торгового права, но и вовсе никаких в составе общих положений. Не хватило времени! Всего ведь каких-нибудь двадцать лет! Где ж тут все сообразить?..

¹ Об этом выше. С. 102 и след.

² Немецкая практика знает случай отказа своей “библиотеки” хорошему приятелю, причем, однако никакой библиотеки не оказалось налицо; но зато было бесспорно установлено, что покойный “библиофил” этим термином всегда именовал свой винный погреб. Что касается самого разделения между *ausdrückliche* и *stillschweigende Willenserklärung*, то вопрос имеет у немцев обширную литературу (см. обильные указания у *Herm. Isay. Die Willenserklärung. С. 27—52*).

³ L. 2501. D. de leg. III.

⁴ Т. X. Ч. I. Ст. 1538, где по заглавию, не толкование, а *исполнение* договора составляет предмет регламентации закона.

как и западные его образцы, ставит в вопросе об исполнении договоров *точный разум оных* (1536), как руководящий критерий исполнения их¹. Только в тех случаях, где слово или иной способ изъявления воли допускает двойственность, *ambiguitas*, путь к раскрытию смысла волеизъявления из прямого, кратчайшего, становится *обходным* и более или менее отдаленным.

Но каковы бы ни были трудности, встречаемые интерпретом на пути к раскрытию смысла волеизъявления, он должен этого достигать в интересе *охранения* силы правомерных волеизъявлений и ограждения гражданского обмена от колебания юридических сделок.

Примирия интересы личные и социальные в составе юридической сделки, нормы развитых гражданских систем и постоянная практика истолкования сделок дают в результате некоторые *руководящие максимы* для случаев устранения неясности и восполнения недосказанного в составе волеизъявлений. Дальше общих руководящих максим правила толкования не должны идти, ибо исследование смысла частных волеизъявлений не может быть заранее введено в рамки детальных указаний и неизбежно должно предоставлять суду некоторую свободу индивидуальных изысканий и применительной к отдельным случаям оценки значения и силы того или другого способа выразить волю в данном случае.

При этом наиболее общее руководящее правило интерпретации, которое новое немецкое Уложение ставит во главе угла, для любых сделок, выражено им в ст. 157, но в применении особенно к сделкам договорным. Это общее правило, которое, по весьма распространенному мнению, должно быть отнесено не только к договорам, но и ко всем сделкам, требующим восприятия (*empfangsbedürftige*). Таким образом, новейший из современных кодексов считает критерий *добросовестности* обязательно применимым к массе гражданских волеизъявлений. Всякий раз, когда надо истолковать неясное в той или дру-

¹ Неустойчивая формулировка статей т. X, ч. 1, особ. в этом вопросе ст. 1538, 1536, конечно, не заслуживает подражания. Эти статьи, как и более или менее им соответствующие статьи других нов. кодексов (мы их все далее исчерпаем) об истолковании сделок, как и законов, основаны на всех известных латинских текстах, касающихся того же предмета. Но посреди этих статей поставлена ст. 1537, которая неподражаема не в смысле неустойчивости, а в смысле *наивности*. Вторую часть этой статьи надо прочесть в подлиннике. Вопрос может быть поставлен так: по какому соображению казна должна соблюдать свой договор? Для всех лиц этот вопрос разрешается тем соображением, что такова общая для всех норма гражданского права (см. ст. 569. Т. X. Ч. I), а для казны ст. 1537 знает *особый мотив* верности данному слову, притом весьма практический, *для сохранения народного доверия*. Значит, только по расчету и ничего более?! Это наивное заявление давно пора выбросить из Свода гражданских законов.

гой мере волеизъявление указанной категории, толкователь обязан следовать тому смыслу сделки, которого требует *вера и верность* в применении к гражданскому обмену, *wie Treu und Glauben es erfordern* (157). Если речь идет об *исполнении* (как это выражают наши ст. 1536 и 1538) сделки, то кодекс немецкий, несравненно точнее указывая этой задаче место в системе, ставит *для должника* обязательство *выполнить* принятое им на себя совершение (*Leistung*) *wie Treu und Glauben es erfordern* (BGB. Art. 242).

Статья 1539 т. X, ч. I говорит, что договоры должны быть изъясняемы по намерению и *доброй совести*, но ничего приближающего в общем этот реквизит к практике наши легальные нормы не указывают.

Мы уже имели случай сказать выше, что такое идеальное для гражданского обмена требование законодателя, выраженное в абстрактной форме и подлежащее ближайшему применению в истолковательной деятельности суда, могло бы открыть широкий простор личным взглядам того или другого толкователя или исполнителя и подвергнуть критерий добросовестности в обмене опасности величайшего непостоянства. Законодатель, расчетом которого в этой максиме руководит главным образом *интерес социальный*, не мог оставить этой стороны дела без внимания. И он действительно вводит в состав указанной истолковательной максимы, наряду с совершенно абстрактным и идеальным понятием *Treu und Glauben*, вполне практический и *деловой* общий критерий для определения наличности этих признаков в конкретном случае в этих словах *mit Rücksicht auf die Verkehrssitte* (см. указ. 157 ст. BGB).

Таким образом, судья не ищет всякий раз, когда ему приходится толковать сделку *wie Treu u. Glauben erfordern*, идеальных начал взаимного доверия, а ограничивается применением *общепринятых* в социальных кругах, коих ближе касается данная сделка, *правил и постоянных обычаев обмена интересов*, и в духе этих установившихся обычаев из двоякого возможного понимания сделки (*ambiguitas*) дает перевес тому, который ближе отвечает указанному требованию. Это и составляет, по господствующему пониманию толкователей нового кодекса, смысл указания на *Verkehrssitte* в только что разобранных нами § 157 и 242 BGB. Отсюда получается хотя единый в принципе, но легко прилаживаемый к отдельным типам сделок постоянный руководящий критерий добросовестности, иной для сделок общего права, иной для торговых, банковских, биржевых операций.

Такая же тенденция сохранить, *при возможном двояком смысле волеизъявления*, тот его смысл, при котором сделка останется в силе, отвечает также социальному интересу *надежности* гражданского обмена. К этому принципу постоянно возвращаются *in ambiguis*

orationibus *классики*¹. Если часть сделки допускает двойственность понимания волеизъявления, то надо выбрать тот смысл, который более соответствует целому ее *составу*. Если приходится избирать тот или другой смысл, из коих один удобнее для верителя, другой для обязавшегося, толкование должно склоняться в пользу последнего. Наконец, есть ряд отдельных сделок, ненарушимость коих фаворизуется правом в особенности, таковы тестаменты (fr. 12 de R. I.), назначение приданого, отпущение раба на волю (римское право), брачное сожителство (право каноническое)².

Множество этих охранительных правил толкования и этих оптимистических заветов перешло в нашу практику и вошло в состав действующих и поныне западных кодексов. Некоторые из этих правил утратили свое прежнее обоснование³, но для старых правил подыскиваются *новые* основания (все же в пользу заемщика, как нуждающегося в кредите, в пользу нанимателя, покупателя), часто вовсе не соответствующие действительности. Впереди других в репродукции классических правил толкования идет Code civ., за ним другие европейские и наша кодификация (ст. 1539, п. 5).

По образцу Code civ., не выделившему еще понятие сделки вообще, и наш т. X, ч. I трактует правила толкования (только под титулом *исполнение*, а не *толкование*, *interprétation*, как в Code civ.; так оно своеобразнее, да, кстати, и безграмотнее!) в применении к договорам, а не к сделкам вообще (ст. 1536 и след.). Они все введены в состав ст. 1538 и 1539, и если бы не были частью дурно переведены⁴, частью скомканы из ряда хорошо расчлененных отдельных артиклей (С. с. Articl. 1156—1164) все почти в одну долговязую и ничего от этого не выиг-

¹ *Марциан* (I. 96 de R.I.), особенно *Юлиан* (I. 67, *ibid.*, из двух возможных сентенций та удержится в силе quae rei gerendae aptior est) I. 12 de reb. dub., *Ульпиан* и друг. (см.: *Vangerow. Lehrb. d. Pandekt.* 7-е изд. В. I. § 102).

² Там же.

³ См. у *Вангерова* № 6 и 7 в § 102, где Цельз и Папиниан склоняют, при возможном двойственном выходе, весы в пользу обязывающегося, в пользу покупателя, съемщика в насме, ибо от противной стороны зависела точность формулировки сделки. В наше время далеко не всегда эта сторона (кредитор, продавец, сдатчик) диктует условия.

⁴ Трудно допустить, чтобы слова clause susceptible de deux sens (латинская ambiguitas) следовало переводить *слова двусмысленные*; между тем перевод старых кодификаторов так пришелся по вкусу и юным, что они выпустили только букву *х* из прежнего текста и удержали *слова двусмысленные* в ст. 67 кн. 5 Проекта, как они украшали текст нашего Свода (самый закон, откуда все это взято от 1830 г.) с 1832 г. Не следует, конечно, смешивать понятия ambiguitas с так назыв. эживоками, тоже своего рода двусмысленностями, но больше водевильными, которые могут faire insulte à le pudeur des dames.

рывающую статью¹, то не заключали бы в себе ничего неправильного. Детальные правила толкования по Code civ., имеющие корень в пандектах, хотя далеко не отчетливо, удачно и законченно, воспроизведены в последовательных пунктах и нашей статьи 1539.

¹ Кодификаторы старые сбивали несколько *articl. Code* в одну статью, новые разбивают одну на несколько, внося, конечно, и сверх этой хитрой работы кое-что *собственное* в обиход отечественной юриспруденции. Новые кодификаторы никак не хотят удержаться за понятием договора единственного свойственного ему и всякому сразу понятного смысла, именно, сделки существенно двусторонней. Их тянет какая-то неведомая сила к различению непременно двух видов договоров, односторонних и двусторонних. То, что они под этим разумеют (ст. 5) — детски простая вещь, но термин *односторонний договор* создан для того, чтоб производить путаницу. По обязательствам, которые порождает *обязательственный договор*, могут быть различаемы договорные *обязательства односторонние и двусторонние*. Рядом с обязательственным договором некоторые систематики ставят договор *с вещным действием*, *dinglicher Vertrag* (напр., *traditio*). Когда эффект договора не вещный, а именно обязывающий, то по этому признаку одностороннего или обоюдного *обязательства*, на нем основанного, не договоры (*pacta, conventions, соглашения, условия*), а тем или другим способом (*consensu, re, verbis, litteris*) возникающие из соглашения *долговые обязательства, исковые требования, контракты* могли быть односторонними или обоюдными. Это расчленение знает исстари латинская система (1. 7 § 2 D de pactis, 1. 50 de R. I.). Французские кодификаторы, люди грамотные, передают это противоположение, приводя не только латинские, но и греческие речения, которыми принято было обозначать две категории на соглашениях основанных исковых обязательств. *Le contrat est une convention, par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent...* (art. 1101). *Le contrat (a ne la convention) est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* (у классиков *ultra citroque*). Итак, не договор, который не может быть односторонним (если мы не хотим договориться до чего-либо, *до греха*, у Даля под словом “договорить”), а возникшая из договора связь, обязательство, будет односторонним или обоюдным. Остзейский свод именно к этому и идет в своих разъяснениях понятия *договора*, для коего необходимо *взаимное соглашение* и только, — тогда это договор в обширном смысле, и *долгового договора* (*Schuldvertrag*, имеющего целью установить право требования) или договора в тесном смысле (ст. 3105). Только к последней категории договоров, т. е., по нашей терминологии, к обязательному договору, *Schuldvertrag*, также *obligatorischer Vertrag*), согласно его существу, относится обещание одной стороны и принятие другой, или взаимное с каждой стороны обещание (ст. 3106). Здесь же в скобках указаны для одностороннего обещания термин односторонний, для взаимного дву- и многосторонний договор (там же). Этих нелепых терминов чуткая к грамотности мысль переводчика вовсе не придерживается; в других статьях свода мы встречаем везде термины *право требования у одной стороны, обязательство или обязанность другой стороны или обеих* (ст. 3031, 3116—3119). Упрек, который можно сделать составителям в том только, что они понятие одностороннего договора не вычеркнули вовсе, лишь поставили в скобках. Наоборот, в нашей легальной и литературной терминологии постоянно видно смешение и *безразличное употребление терминов договора и обязательства* (ст. 15491, ст. 569, 570, 571). С терминологическими недочетами счи-

Начало статьи (*initium*, без номера) говорит: если словесный смысл (ст. 6., *волеизъявление*, как его сделало лицо) представляет важные сомнения, — тогда договоры должны быть изъясняемы (дело явно о толковании) по намерению их и доброй совести (art. 1150 C. civ. тоже оттапливается на *intentions des parties*, предпочитая их *au sens littéral*).

Пункт 1 рекомендует слово “двухсмысленные” изъяснять (опять толковать, а не исполнять, как дает фальшивый *Wegweiser* этого учения в гл. II, разд. 1, кн. IV, т. X, ч. 1) в разуме, наиболее сообразном *существу главного предмета* в договорах (близко к art. 1158, *matière du contrat*).

Пункт 2 ст. 1539 касается, казалось бы, очень важного вопроса интерпретации, когда трудность истолкования касается не двух возможных смыслов волеизъявления, а таких *опущенных* в его составе *слов и выражений*, которые вообще и обыкновенно употребляются и посему сами собой разумеются (ст. 1539, п. 2). Закон, однако, говорит только *не ставить в вину*, когда в договоре упущены слова и выражения и т. д. Можно было бы думать, что здесь речь будет о так называемой *interprétation supplétive*, которой касается art. 1160 C. c. Но C. c. в этой статье имеет в виду обыкновенные составные части сделки, *clauses qui y sont d'usage, quoique elles n'y soient pas exprimées*. Указание на нечто близкое к этому мы найдем далее, в п. 4 разбираемой статьи. Здесь не легко дать п. 2 юридически определенное содержание. Если упущение касается только слов и выражений, а не самого содержания волеизъявления, то это может быть лишь редакционная ошибка или описка, которая вовсе не оставляет сомнений в истолковании волеизъявления, и тогда нет места вопросам интерпретации, а только исправления редакции, недостатки которой нельзя ставить в вину сторонам.

Пункт 3 ст. 1539 продолжает трактовать вопрос, которого коснулось уже вступление в эту статью, но вступление ограничилось выражением предпочтения раскрытию в составе договора *намерений сторон*, соответствующих требованиям доброй совести, сомнительному его словесному смыслу, не указав, из какого источника толкователь должен черпать средства устранения сомнительного словесного смысла и замену его добросовестными намерениями сторон. В пункте 3 этот

таться трудно, но если где возможно противодействовать привычным ошибкам в этом отношении, то именно *при общем пересмотре* легального материала. Наши кодификаторы, однако, не являют надлежащей бдительности и ровного настроения в этом отношении, и то пугаются совершенно устойчивого термина *дееспособность* (см.: *Даль*, под словом “делать”), то вводят “права вотчинные”, к коим причисляется право авторское, промышленное, на фирму, то обогащают нас праздным термином “односторонний договор”... Натурально против термина “обязательственный договор, или договор односторонне- и обоюдно обязывающий” нельзя ничего возразить.

источник указан. Это суть другие статьи той же сделки и общий разум всего договора. Эта идея в более законченной точной и краткой формуле выражена в art. 1161 C. civ.

Следующий п. 4 вызывает особые трудности в его уразумении, хотя сам он назначен именно в руководство для правильного понимания и устранения возможных трудностей истолковательной практики.

До сего речь шла, очевидно, *о неясных* в том или другом отношении сделках (сомнения может возбудить разве п. 2, где речь об упущении), п. 4 имеет, по-видимому, другую задачу, близко соответствующую art. 1160 Code civ., где указан метод не истолкования неясного, а восполнения недосказанного. Но образ выражения нашего п. 4, особенно в гипотетической части статьи (“когда выражения, помещенные в договоре, *не определяют предмета во всех частях с точностью*”) далек от безупречного. Для устранения *неясностей* надлежит, согласно п. 3, обращаться к статьям договора несомнительным и к разуму договора. Для устранения *неточностей*, указанных в п. 4, ресурсы истолкования не ограничиваются тем, что дает сам договор в остальных частях и в целом. Здесь *источник изъяснения волеизъявления не внутренний, а внешний*. Это видно из диспозитивной части п. 4, которая говорит “тогда *принадлежности* его (т. е. договора) изъясняются обычаем, если не определены законом”. Из всего текста п. 4 ясно как день, что речь идет, собственно, вовсе *не о неясности*, как в п. 3, и не о редакционных недостатках договора, как в п. 2, а о совершенно ином недостатке волеизъявления. *Неопределенность предмета обо всех частях с точностью*, очевидно, вовсе не составляет одной только недостаточности, а указывает на *незаконченность волеизъявления*. При этом эта незаконченность относится вовсе не к редакции сделки (п. 2), а прямо к *юридическому составу волеизъявления*. В сделке не оказывается *одной из ее обыкновенных принадлежностей* (п. 4, диспозитивная часть).

В таком случае, совершенно очевидно, речь должна идти далее уже вовсе *не об изъяснении* только намерений сторон или одной части сделки другими несомнительными или разумом всего договора, а о совершенно другой операции. Изъяснять можно только неясное, а отсутствующее следует не изъяснять, а *восполнять*. Вот об этом, собственно, и имел трактовать п. 4 ст. 1529, и это совершенно ясно не только из диспозитивной части этого пункта (указания на *принадлежности договора*, которые в нем опущены), из уклончивого оборота речи в гипотетической части (неопределенность предмета во всех его частях с точностью), но еще из источника, откуда реципирована вся статья (Code civ.) со значительными неправильностями перевода и неточностями передачи. Несмотря на слабое и незаконченное выполнение снимка,

нет сомнения, что тут нет своего ничего, кроме оплошностей, а все остальное, хотя плохо, но отражает подлинник.

Пункт 4 ст. 1529, как и другие пункты ее, воспроизводят art. 1150—1162 С. с. (1163 и 1164 не реципированы); 4-й передает то, что французы выразили в art. 1160. Мы недаром останавливаемся продолжительно на этом пункте. Это не разъяснение смысла неясностей договора из наличных в нем несомнительных частей. Операция гораздо более важная, трудная и вызывающая поэтому многочисленные не только в деталях вопроса, но и принципиальные контroversы в цивилистической, частью и в публицистической, литературе последнего времени.

Когда в составе юридической сделки *не хватает* какой-либо нормальной для нее части или обычной клаузулы, то может возникнуть двойкий вопрос, составляет ли, ввиду этого недочета в составе, сама сделка законченное волеизъявление или это не вполне заверченный акт. В сделках типического характера этих двух вопросов нельзя смешать. Отчуждение недвижимости бесспорно, не решен только вопрос о ее принадлежностях. В этом акт представляет *une lacune*, пробел. Если нет оснований допустить предположение о намеренном опущении, то пробел в составе сделки должен быть не изъяснен только, как это уклончиво обозначает п. 4, а заполнен обычной для сделок этого рода принадлежностью (текст закона говорит: тогда принадлежности оно-го, т. е. договора, изъясняются обычаем¹). Соответствующий этому пункту текст art. 1160 С. с. говорит: *on doit suppléer dans le contrat les clauses, qui y sont d'usage, quoique elles n'y soient pas exprimées.*

Но что же и из каких ресурсов в данном случае имеет быть восполняемо? Сделка по своей природе есть проявления частной автономии в сфере того или другого гражданского института. Допустимо ли такого рода полномочие суда без очевидного покушения на основной принцип автономного в частной сфере обмена интересов? Очевидно, вопрос очень близко прикасается и угрожает ясности демаркационной линии публичного и частного права. При той руководящей точке зрения, которой держался прусский ландрехт и профес. Руд. в. Ihering в своем *Zweck*, где вышестоящему всегда яснее видно, что лучше не только в общественном, но и в личном смысле, граница публичного и частного легко не только может, но и должна быть переступаема предусмотрительным “для блага недалековидных”. Но эту точку зрения нельзя назвать не только общепринятой, но и сколько-нибудь распространенной.

¹ Обычай будет действительно средством изъяснения, но операция, совершаемая над сделками, будет изъяснительной разве в самом широком смысле, собственно же — восполнительной.

Вопрос о пробелах в составе частных волеизъявлений, как и всю проблему истолкования, в этой ли области, или в области толкования и восполнения легальных норм принципиально сопоставлялся и сближался и у юристов-классиков и в наше время¹. В том пункте, где закон и юридическая сделка, выраженная именно *в слове*, наиболее сходятся, способы и цели толкования по необходимости сближаются. Наше время дает взамен массам исчезающих кодексов все новые попытки такой же кодификационной деятельности. Натурально забота о том, как быть с этими возникающими кодексами, чтобы они не обваливались так же часто, как плохо построенные жилища, опять начинает занимать очень видное место в юриспруденции. Вопрос о продолжительной жизнеспособности легальных норм, особенно их сборников, так же как и вопрос о солидности волеизъявлений в составе юридической сделки, тем легче разрешается, чем правильнее поставлена метода выражения и легальных норм, и частных актов в словесной форме и чем лучше функционируют посредствующие между абстрактной нормой закона или сделки и истолкованием и применением ее к конкретным проблемам органы их применения и истолкования. Не обилием деталей и навязчивой регламентацией достигается в практике законодательства долговечность руководящих легальных норм. Иначе самым долговечным кодексом был бы, наверное, прусский ландрехт и наименее жизнеспособным законодательство децемвиров.

Мы сопоставляем подлежащую истолкованию и особенно восполнению норму закона и волеизъявления частного лица. Латинская мысль как нельзя более дает толчок подобным составлениям, называя закон молчаливым соглашением граждан, общим обетом республики (*tacita civium conventio, communis reipublicae sponsio*), и определяя силу контракта как *lex contractus* и частные его клаузулы как *lex commissoria, lex fundi, lex venditionis*.

Та же симметрия в разумении норм закона и смысла сделки отпечатлелась и на французском *Code civ.* Судья не смеет отказать в решении дела *sous prétexte du silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la*

¹ Литература последнего времени по этому предмету очень возрастает. В Германии, где темы касаются все серьезные работы цивилистов по новому кодексу, появляются особенно развитые обработки вопроса в книгах более общего содержания: *Stammler. Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897. Saleilles R. De la déclarat. de volonté. C. 194—233 (к art. 133 B. G. B.). Ego же. Introduction à l'étude du droit civil allemand. 1904. C. 88—104. X. Danz—Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1897. Hölder. Kommentar zum allgem. Theil d. B. G. B., Géný. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Lambert. La fonction du droit civil comparé, Ehrlich-Freie. Rechtsfindung u. freie Rechtswissenschaft (1903 г.) и много других. Впереди других в этом направлении Л. И. Петражицкий в его трактатах о приобретении плодов и особенно в его почти вещем учении о гражданской политике.*

loi (С. с. art. IV), также интерпрет в вопросах добровольной юрисдикции, истолкования сделок обязан установить смысл темных мест, выяснить недосказанное в одной статье из целого состава и из других статей, наконец, *восполнить* (suppléer) то, что в ней вовсе не выражено, где соответственно указанному выше недостатку закона, silence (но не в смысле молчаливо выраженного согласия или безмолвного волеизъявления), вовсе не указаны обыкновенные принадлежности сделки (clauses qui n'y sont pas exprimées, art. 1160), вследствие чего в составе сделки образуется une lacune, пробел...

Прервать это молчание, заполнить эту lacune и составляет задачу судьи и толкователя сделки... но как это сделать, откуда взять средства восполнения пустоты?

В отношении пробелов закона старая метода шла к предполагаемому источнику всякой легальной нормы, *к воле законодателя*. Она не выражена для данного случая, но она существует, она скрыта если не в норме этого содержания, то в любой другой, где волю законодателя определяли те же двигатели, те же основания. Итак, нет прямого ответа, но вот ответ, данный в *аналогическом случае*, и мы должны, сообразно легальной основе этого закона, secundum rationem legis в одном случае, принять в руководство ту же волю законодателя по тем же основаниям и для другого случая. Молчание законодателя прервано. Наш метод есть метод *легальной аналогии*, воля презумптивная заменила действительную. Не всегда, однако, возможно непосредственно извлечь из легального материала ответ на не решенную законодателем позитивную проблему. Тогда приходится искать ресурсов в органическом единстве института, которым освещены если не известные основания для данного вопроса, общие с другим, то выражены общие юридические принципы, способные дать выход из не решенной позитивным образом проблемы. Это уже не легальная, а *юридическая аналогия*.

И это оба метода восполнять пробелы, которые рассматривались еще в I-м чтении проекта герм. гражд. Уложения как единственно правильные! Были юристы, которые ставили аналогическое толкование в число источников образования юридических норм.

Эта метода была заподозрена в особенности при выработке второго чтения. Руководящая идея в этом новом направлении прежде всего отвергала всякую возможность, при теперешнем способе вырабатывать легальные нормы, добраться до того источника нормы, который лежит в воле законодателя. Достаточно вспомнить тройное чтение проекта, поправки, переработки, борьбу партий, уступки, соглашения, последний удар кисти мастера перед отпуском работы в решающую инстанцию на голосование, чтобы понять всю безличность, всю загадочность авторства и величайшие сомнения насчет воли законодателя,

которая будто все решает, всему дает жизнь, источает не только сейчас все это богатство идей, норм, институтов, но способна и в будущем из скрытых в недрах кодекса сил служить таким же решителем всяких сомнений, недомолвок, пробелов и проч.

Новые учителя находили, что зиждущий источник права в составе кодекса не так далек от жизни. Если законодатель не ставит себе целью все заранее предусмотреть и исчерпать, и закон даст для состава института вовсе не детальные его черты, а укажет лишь руководящие принципы, коими определяются органические черты строения института и его функций, уясняется социальная или экономическая цель этого организма, то для дальнейшего его развития нет надобности обращаться к таинственному первоисточнику его образований, скрытому будто в воле законодателя. Если роль суда поставлена в соответствие с его задачей применения так определившегося института к изменчивым экономическим и социальным условиям жизни, то правильное разумение цели института, в связи с этими явлениями жизни, будет служить судье лучшим ресурсом не только истолкования неясно выраженных норм, но и восполнения пробелов и недомолвок закона.

Мы вели покуда речь о восполнении пробелов в нормах закона. Прямая задача наша, однако, не в этом. Мы имеем ответить на вопрос, откуда взять ресурсы для *восполнения недостающих составных частей сделки*, когда в ней явно, наряду с частями (clauses) законченного волеизъявления, остаются не только редакционные, стилистические недомолвки, но целые пробелы, недосказанные распоряжения, касающиеся того же предмета, того же правоотношения, которое регулируется этой сделкой, как в указанном выше умолчании о судьбе принадлежностей передаваемого имущества¹. Мы видели, что закон обыкновенно нормирует правоотношения абстрактно, для любого применения в неопределенном будущем (la loi ne dispose que pour l'avenir, art. 2 C. c.). Так ли это в сделке? Возможно, что и в сделке виды направлены на более или менее отдаленное будущее, во всяком случае, в пределах более тесных, чем идут расчеты закона. Но в массе случаев сделка может ограничить свое действие прошлым, настоящим, прекратить прежние отношения, и это ее весьма нормальная функция. В этом лежит уже, при различных чертах сходства нормы легальной и приватно-договорной, существенная разница для вопроса о способах толкования норм легальных и волеизъявлений в составе сделки. Последние обыкновенно близки к конкретному правоотношению, нормы легальные, напротив, удалены от них, абстрактны.

Кроме этого, в толковании сделки вопрос о воле, о намерениях субъекта обыкновенно может быть разъяснен без всяких чрезмерных

¹ Наилучшая иллюстрация в той же работе проф. Петражицкого.

усилий, именно ввиду близости волеизъявления к его практическому эффекту.

Итак, при многих точках соприкосновения интерпретации закона и сделки, есть между той и другой очевидная разница задач и способов действия истолкователя. Если разыскивание воли законодателя редко достигает цели, то в отношении к сделке это метод во многих случаях совершенно практичный. Но в том вопросе, который нас здесь именно занимает, т. е. в способе восполнить пробел в составе сделки и молчание законодателя, методы действия истолкователя опять существенно сближаются. Основные линии легальной нормы, определяющие состав института, не могут и не должны быть исчерпывающими, но от них легко прийти, по связи института с жизнью, к заключению об экономической и социальной цели института, и ввиду обнаруженной таким образом цели дать ответ на недосказанное в его текстах в ближайшем соответствии с этой целью. То же самое, но не в области абстрактных данных легальной нормы, а в вопросах *пробелов конкретного волеизъявления в составе сделки*. И здесь, для восполнения недосказанного, пробела, неразработанного в деталях волеизъявления, надо сделать себе ясным *социальную и экономическую цель конкретного волеизъявления*. Ввиду этой определившейся цели сделки возможно заполнить пробел волеизъявления в полном соответствии с очевидной для истолкователя целью сделки, с задачей, которую хотели разрешить субъекты сделки или стороны, если эта сделка двусторонняя.

Во взятом нами примере, в случае отсутствия в акте отчуждения распоряжений (*clauses*), касающихся *принадлежностей недвижимости*, толкователь восполнит этот пробел, соответственно цели сделки и в этом пункте по тому соображению, что нормально судьба принадлежностей связана с судьбой главной вещи. Такова экономическая функция принадлежности в смысле гражданской связи двух вещей одной с другой. Возможно ли, что стороны иначе разумеют в данном случае акт отчуждения? Несомненно. Но в таком случае они имеют это именно выразить. Наш метод от социальной, экономической цели института, сделки, заключать к недосказанным частностям его содержания представляет собой, по-видимому, только отвлеченное заключение, простую логическую операцию, не имеющую *формальной санкции* обязательной для суда нормы. Но обыкновенно такая метода находит себе и формальное подтверждение в предшествующей установившейся практике, в праве обычном, даже в законе. Art. 1160 С. с. предписывает *suppléer les clauses non exprimées*, если эти *clauses sont d'usage*. Немец. код. распространяет, *в случае сомнения (im Zweifel)*, обязавшегося к отчуждению или обременению вещи распространять таковое и на принадлежности (art. 314), п. 4 нашей 1539 ст. на случай неопределенности предмета договора во всех его частях с точностью указыва-

ет изъяснять (восполнять) *принадлежности одного обычая*, если они не определены законом.

Но и в тех случаях, когда не было бы налицо подобной формальной санкции, деятельность интерпрета этим методом должна пробивать себе, ввиду пробелов нормы или сделки, и новые пути, отвечая социальным и экономическим целям института, согласно развивающимся требованиям жизни *сначала в отдельных случаях*, прилаживая норму и сделку к условиям живого обмена и восполняя и обновляя ее недосказанное содержание из этого непосредственного прикосновения при неперменном условии отзывчивости органов юриспруденции к изменениям развивающегося гражданского быта.

Несомненно, что именно этим путем сжатые нормы старых гражданских кодексов, этим оживлением и обновлением их практикой судов и добровольной юрисдикции, приобретали способность держаться в силе века, не подвергаясь никаким радикальным операциям то постоянных пересмотров, отмен и замещений старых ошибок новыми.

Раскрывая ныне эти скрытые способы согласовать отвлеченную норму или волеизъявление в составе сделки с требованиями жизни, мы уходим от того метода заранее разработать все детали вопроса в законе, в сделке, образцом коих в законодательной практике могут служить прусский ландрехт и позднейшие новеллы в латинской практике, и приближаемся к классическим методам свободной разработки легальных норм и типических образцов сделки, которые сохранила нам и вызвала вновь к жизни историческая школа юриспруденции.

Но применима ли такая восполнительная метода толкования сделки к сделкам *любого типа*, любого юридического стиля?

Нет никакого сомнения, что ни восполнение пробелов, ни устранение из состава сделки той или другой части, оставляя целое в силе, далеко не везде может и должно найти себе приложение.

Ни на минуту нельзя терять из виду, что мы здесь находимся в сфере частной автономии, самоопределения личного совершенно бесспорного и безапелляционного. Ввиду этого всякое прикосновение к составу сделки, которое идет не от субъекта сделки, которое не оправдано его волеизъявлением, а *приходит извне*, угрожает самой сильной реакцией со стороны заинтересованных. Посему, как бы ни было малочувствительно такое прикосновение, его нельзя предпринимать иначе, как в целях ограждения той же автономии в случаях важных сомнений, когда иначе сделке угрожает опасность колебания, недействительности, ничтожества. Но сверх того, мы выше показали скалу образования состава сделки от более выраженных в нем материальных моментов ее строения до совершенно абстрактных волеизъявлений. Наряду с этим, разбирая обрядную, внешнюю сторону волеизъявления и ее отношение к самой сделке, мы видели, что форма, обряд может

являть собой или один из многих возможных способов волеизъявления, или же связь обряда с самой сделкой такова, обряд настолько полно покрывает собой сделку, что малейшее отступление от обряда ведет к гибели всей сделки.

Натурально, те манипуляции толкования, особенно восполнения пробелов¹ сделки, о коих мы трактовали выше, приложимы только к сделкам *не строго формального и обрядного стиля*. В этой же категории сделок, наоборот, всего чаще сделка способна иметь силу *только в данном ее составе и с нетронутыми реквизитами формы*. Всякое внешнее прикосновение угрожает опасностью целому.

Мы уже сказали выше, что в составе сделки может последовать изменение или посредством восполнения пробелов ее в отдельных принадлежностях (*clauses*), или же в смысле опровержения, признания ничтожества или недействительности тоже не в целом составе, а по частям. Натурально, и здесь эта частичная инвалидация не везде одинаково приложима, не к сделкам любого строения или стиля и не к любым составным частям сделки. Эта задача истолкования разъясняется ближе в учениях об отдельных видах сделок, в целом особенно в пандектных учениях (ср. Пр. Гр. улож. Кн. I. Ст. 89 и кн. V. Ст. 73).

Проект Гражд. уложения касается вопроса о толковании сделки в разных местах, в общем смысле в некоторых статьях гл. 6 разд. III кн. I и в гл. 2 разд. I кн. V, в ст. 65—73 “Исполнение *договоров*”.

Все, начиная с ошибочного заглавия (*исполнение договоров* вместо толкования), удержано как было, но положения разбиты на статьи, как это видно в *Code civ.* В качестве источника объяснения неясных выражений указаны между прочим предшествующие, переговоры — см. ст. 68. Содержание договора, не определившего в каком-либо отношении права и обязанности сторон, *восполняется* на основании закона или обычая (кн. V, ст. 69). Сомнения толкуются в пользу должника (ст. 70, оговорено, однако, что только те сомнения подлежат действию этого правила, коих не устраняют другие правила толкования).

По старой привычке пандектных руководств учения о толковании сделки заключают обыкновенно вопросом о так назыв. *conversio actus iudicij*. Характер этого учения, однако, выработанный на типах латинских гражданских сделок, яснее вообще в связи со всей системой понятий пандектного права². Это тоже вид ограждения силы сделки от ин-

¹ В кратком изложении мы принимаем, что провести границу восполнительной и только изъяснительной интерпретации возможно всегда; мы этого и не отрицаем, но проведение такой границы в практике встречает большие трудности и дает пищу к большим контроверзам в теории, в чем легче убедиться из детального ознакомления с вопросом с помощью указанной выше литературы.

² *Vangerow. Lehrbuch*, § 101, *Dernburg. Pandekten*, § 124, *d. Bürgerl. Recht*, § 119, III.

валидации, когда в ней нет реквизитов одной сделки, но их достаточно для другой такой же цели (тестament и кодицилл, недействительный собственный вексель торговца, который, однако, достаточен как долговая расписка).

Много ценнее для нас в составе сделок, имеющих свойство односторонних волеизъявлений с благотворительной целью, в особенности пожертвований, открытая законом возможность, в тех же благотворительных целях (*ria causa*), сохранить силу волеизъявления жертвователя, заменяя лишь конкретное, быть может, уже несвоевременное, назначение ресурсов для другой, ближайшей по существу благотворительного предназначения цели. Этот вопрос был уже разработан в действующем праве в ст. 986 т. X ч. 1 и вновь трактуется в ст. 27 и следующ. Пр. Гражд. уложения. Со стороны метода это изменение конкретного назначения пожертвования ближайшим подходящим к нему по цели вполне соответствует *идее охранения автономных волеизъявлений от случайных причин их инвалидации* или упразднения.

Интернет-магазин издательства «Зерцало»
<http://zercalo.net>

По вопросам приобретения книг
издательства «Зерцало» и
Издательского книготоргового дома «Зерцало-М»
обращаться по телефонам:
(495) 689-75-36
(495) 689-72-45 (факс)

Николай Львович Дювернуа

ЧТЕНИЯ ПО ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

Т о м 2

Учение о вещах. Учение о юридической сделке

Набор — *В. В. Рыжова*
Корректор — *Т. В. Кочемасова*
Компьютерная верстка — *А. В. Плотников*

Издательство «Зерцало-М»
Подписано в печать 27.01.2015. Формат 60x90/16
Усл. печ. л. 20,0. Тираж 150 экз.