

№ 51
2493
проф. 1911 г. ?
по

ПОСОБІЕ КЪ ЛЕКЦІЯМЪ

ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ.

ВЫПУСКЪ ВТОРОЙ.

Обязательства. Часть общая (Отдѣл. I).
Въ связи съ замѣчаніями на Проектъ
книги V Гражданскаго Уложенія.

Заслуженнаго проф. Н. Л. ДЮВЕРНА.



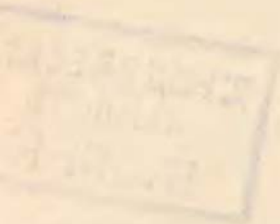
С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28.

1901.

По опредѣленію юридическаго факультета Императорскаго СПб. Университета,
печатать разрѣшается. 29 октября 1900 года.

Деканъ В. Лебедевъ.



ОГЛАВЛЕНІЕ.

Введеніе

СТРАН.
III—XVI

Обязательственное право.

ОБЩІЯ УЧЕНІЯ.

Раздѣль I.

Общая характеристика.

§ 1. Противуположныя тенденціи правъ вещныхъ и обязательственныхъ.—Историческая функція договорно-обязательственныхъ институтовъ.—Понятіе объ обязательствахъ въ отличіе отъ права вещнаго.—Слабое развитіе нашей договорно-обязательственной системы и недостатокъ самостоятельности въ системѣ обязательствъ въ средніе вѣка на западѣ

1—5

§ 2. Имущества наличныя и долговыя.—Удобства построенія той и другой категоріи отношеній съ практической точки зрѣнія.—Отличительныя черты современныхъ конструкцій обязательствъ права отъ латинскихъ, особенно подвижность обязательствъ отношеній въ смыслѣ личномъ и реальнѣй характеръ современнаго исполнительнаго процесса.

5—10

§ 3. Обязательство и искъ.—Тѣсная связь того и другого.—Ослабленіе этой связи.—Натуральныя обязательства.—Опыты опредѣлить ихъ построеніе.—Юридическій эффектъ ихъ въ латинской и современной системахъ.—Составъ обязательствъ отношеній этого тѣна.

10—23

§ 4. Обязательства общія и торговыя.—Происхожденіе различія.—Современное положеніе вопроса.—Критеріи для разграниченія двухъ областей обязательствен. отношеній

23—37

Раздѣль II.

Общій анализъ.

§ 5. Различіе оснований и способовъ возникновенія обязательствъ вообще

37—40

- § 6. Учение о договорѣ какъ основѣ обязательствен. правоотношенія.—Понятіе контракта по Code civil и у Мейера.—Поправки въ Проектѣ.—Солооставленіе понятія договора и обязательств. договора въ особенности по Проекту и по ученію Савинья . . . 40—46
- § 7. Учение объ обязательствен. договорѣ (продолженіе).—Значеніе стипуляціи въ исторіи обработки нашихъ договорныхъ формъ.—I. Verborum solennitas въ латинск. ритуалѣ.—Наша promissio accerta.—II. Наличность сторонъ при вербальной обрядности.—Безобразный консенсъ въ латинской и нашей договорно-обязательств. практикѣ.—Неудобства и ремедура противъ нихъ.—Техническія трудности достиженія *единенія* между отсутствующими. 46—52
- § 8. Обязательствен. договоръ (Продолженіе). — Связанность оферента, независимая отъ акцепта.—Разработка понятія оферты въ современномъ правѣ.—А. Внутренняя сторона вопроса.—1) предварительныя сношенія.—Устойчивость и опредѣленность оферты.—Консумирующее дѣйствіе оферты.—2) Единеніе при наличности 3) и между отсутствующими контрагентами.—Обязательность оферты для оферента.—Выжидательное состояніе въ Нѣм. Улож. и нашемъ Проектѣ.—4) Акцентъ.—Разныя теоретическія попытки легчайшаго образованія *одиначества* 52—62
- § 9. В. Формы высшаго выраженія единенія.—Символизмъ.—Слово.—Письмо и другіе способы соленизировать договорную сдѣлку въ классическ. правѣ и у насъ.—Признаки нѣкоторой оборото-способности земл. сдѣлокъ у насъ.—Дальнѣйшее развитіе и теперешнее значеніе письма для перфекціи договорной сдѣлки. 62—77
- § 10. Явленіе не исполнѣ законченныхъ договорно-обязательств. волеизъявленій.—I. Задатокъ.—Неодинаковая его функція въ процессѣ образованія договорнаго обязательства.—Историческая замѣтка и современное значеніе задатка. 77—104
- § 11. Явленіе не исполнѣ законченныхъ договорно-обязательственныхъ волеизъявленій (продолженіе).—II. Естественная отвѣтственность контрагирующихъ за убытки по несостоявшемуся договору.—Основаніе отвѣтственности и предѣлы ея 104—109
- § 12. Явленіе не исполнѣ законченныхъ договорно-обязательственныхъ волеизъявленій (продолженіе).—III. Аукціонъ.—IV. Публичное обѣщаніе, въ особенности обѣщаніе награды.—Теорія договорная и односторонней силы обѣщанія.—Условность въ ученіи Зигеля.—Авализъ.—Цѣлевое волеизъявленіе 109—131
- § 13. Явленіе не исполнѣ законченныхъ договорно-обязательственныхъ волеизъявленій (продолженіе).—IV. Обѣщаніе въ составѣ договора о совершеніи третьему или договоръ въ пользу третьяго.—Латинскій принципъ.—Гуго Гроціи и кодексы.—Состояніе практики.—Учение Унгера. Гражд. Улож. 96 г. и Проектъ V кн. (ст. 45—48) ¹⁾. 131—149

¹⁾ Учение о бумагахъ на предъявителя, хотя тѣсно связанное съ разработанными въ §§ 12 и 13 темами, отнесено къ послѣдующимъ листамъ этого выпуска.

Изумительно странное впечатлѣніе оставляетъ въ читателѣ Посланіе, никѣмъ неподписанное, съ котораго начинается Пятикнижіе трудовъ Высочайше учрежденной въ 82-мъ году Комисіи по составленію Гражданскаго Уложенія. Эти появившіяся въ исходѣ 99-го года, 17 лѣтъ послѣ учрежденія комисіи, пять книгъ проекта съ объясненіями обнимаютъ не всю задачу, принятую на себя редакторами проекта, а лишь одну пятую долю труда, который имѣетъ быть этой комисіей выполненъ. Отдѣльный оттискъ текста самого проекта, подписанный предсѣдателемъ и членами комисіи, даетъ намъ 1106 статей, которыя всѣ посвящены книгѣ пятой будущаго гражданскаго Уложенія, имѣющей своимъ предметомъ Обязательства ¹⁾.

Названное Посланіе должно составлять, по мысли издателей, Введение,—но въ чему? ко всей работѣ, которой теперь появилась одна пятая часть, или только къ этой пятой части? На это крайне трудно обстоятельно отвѣтить; до такой степени измѣнчивы, непостоянны точки зрѣнія, на которыя становится неизвѣстный намъ авторъ Введенія.

Поразительнѣе всего *приступъ Посланія*, его начало. Это цѣлая діатриба, направленная противъ существующаго нашего законодательства по гражданскому праву. Дѣйствующіе наши законы, по этой оцѣнкѣ, не только безсистемны, противорѣчивы, ненадежны въ смыслѣ терминологіи, но что всего ужаснѣе—*это законы несправедливые!*..

¹⁾ Проектъ пятой книги заключаетъ въ себѣ 222 страницы текста. Пять книгъ Объясненій даютъ свыше трехъ тысячъ страницъ большого формата.

Допустимъ, что все это такъ. Но есть ли малѣйшая надобность съ этихъ удивительныхъ ретроспективныхъ замѣтокъ, съ этого грубаго повального осужденія начинать дѣло обновленія нашего гражданскаго законодательства, конечно и вызваннаго несоотвѣтствіемъ существующихъ нормъ требованіямъ времени и измѣнившимся условіямъ общежитія? Неужели это подобающая для официальнаго установленія или лица манера сужденія, неужели ничего болѣе обдуманнаго, зрѣлаго, обстоятельнаго въ смыслѣ критики дѣйствующей системы не нашла сказать намъ многоголовая коммисія?

По существу, конечно, упреки старому законодательству, особенно упреки *въ несправедливости*, не только неумѣстны *въ кругу лицъ ревностно приводившихъ эти несправедливые законы* въ исполненіе, но до крайности несвоевременны и неумѣстны еще разъ въ составѣ Введенія къ пятой, именно къ пятой книгѣ будущаго Уложенія, къ законамъ объ обязательствахъ гражданскихъ, которые не только не были противорѣчивыми, несправедливыми, но которыхъ у насъ до сего времени въ составѣ дѣйствующаго кодекса (т. X ч. 1) *почти вовсе не было*.

Быть можетъ этому Посланію было свое мѣсто и время, когда коммисія для пересмотра гражданскихъ законовъ едва приступала къ дѣлу. Быть можетъ, многія проблемы этого Введенія слѣдовало коммисіи поставить на очередь восемнадцать лѣтъ назадъ, впереди всѣхъ ея работъ и начинаній, и уже въ ту пору призвать къ соучаствію въ разрѣшеніи основныхъ проблемъ труднаго и сложнаго дѣла свѣдущихъ людей, печать, общество, чтобы не оставлять всю тяжесть отвѣтственности за неудачный планъ, за ошибки въ общемъ направленіи предпріятія на небольшой группѣ лицъ, силы которыхъ, быть можетъ, и вовсе недостаточны для выполнения задачи первостепенной государственной важности!

Теперь это Введеніе неумѣстно, ибо, во-первыхъ, вопросы въ немъ затронутые касаются вовсе не одной пятой части будущаго кодекса; во-вторыхъ, ставить эти вопросы въ составѣ книгъ, уже законченныхъ по ранѣе принятому, хотя, быть можетъ, и неудачному плану, конечно, не время и не мѣсто.

Пора, когда производится предварительныя развѣдки, когда

вырабатывается общій планъ дѣйствія, ставятъ вѣхи, миновала для этой комисіи безповоротно. И если въ этихъ первыхъ шагахъ предпріятія сдѣланы ошибки, если направленіе, данное дѣлу, фальшивое, то пересмотръ и поправка ляжетъ, конечно, не на эту же комисію въ теперешнемъ составѣ, а на другой ея составъ, и, стало быть, всякія пренія съ теперешнимъ ея составомъ по этимъ основнымъ вопросамъ приходится заранѣе признать безцѣльными и излишними.

Если мы, однако, находимъ необходимымъ рассмотреть это Введение, то вовсе не для того, чтобы вступать въ излишнія словопренія, а исключительно съ цѣлью разобраться, вмѣстѣ съ читателемъ, въ вопросъ, въ какихъ собственно видахъ это Введение предлагается намъ *именно теперь*.

Прежде всего это совсѣмъ не есть дѣло недосмотра, оплошности неизвѣстнаго намъ автора. Какъ у юристовъ вообще, такъ особенно у юристовъ долго искупавшихся въ примѣненіи „несправедливыхъ законовъ“, въ этомъ Посланіи труднѣе всего допустимо предположеніе недоразумѣній или плохо сдѣланнаго расчета. Наоборотъ, тутъ все рассчитано, все взвѣшено, во всемъ предусмотрительность, доведенная до нѣкоторой виртуозности, до несомнѣннаго мастерства.

Совсѣмъ *ненапрасно* начали наши кодификаторы съ этой подавляющей картины безправія и неурядицы нашего стараго юридическаго быта! Они начинаютъ съ этого, они къ этому возвращаются въ концѣ своего Введенія. И что же мы находимъ въ заключительныхъ его страницахъ? Это почти сказочное заключеніе! Чего вы ожидали отъ комисіи кодификаторовъ? Ваши самыя смѣлыя ожиданія? Вы ожидали, что это будетъ взамѣнъ стараго хаоса нѣкоторая система, нѣкоторая законченная обработка обширнаго круга плохо систематизированнаго матеріала. Вы ожидали, что тамъ, гдѣ были пробѣлы въ законодательствѣ, редакторы найдутъ чѣмъ ихъ восполнить, закончатъ, завершатъ. Это, конечно, не все. Читатель, особенно хорошо освѣдомленный по исторіи движенія западныхъ законодательствъ къ *объединенію нормъ* и достиженію возможнаго на всемъ пространствѣ государственной территоріи единства системы гражданскихъ институтовъ,

станеть, быть может, ожидать еще и этого результата затянувшегося почти на два десятилетия большого кодификаціоннаго предпріятія. Однако, нѣтъ. Въ этомъ ожиданіи онъ несомнѣнно ошибется. И ошибка въ этихъ ожиданіяхъ почувствуется, несомнѣнно, особенно горько. Это будетъ настоящее разочарованіе! Мы хорошо знаемъ не только изъ исторіи кодификаціонныхъ предпріятій на западѣ, начиная съ 18 в. и до послѣднихъ дней, но изъ тѣхъ усилій, которыя дѣлало наше правительство для достиженія этой цѣли, особенно со времени 2-го изд. Свода Законовъ, насколько высоко ставились эти задачи издавна, еще въ ту пору, когда трудно было и мечтать о ихъ достиженіи.

И вотъ, нынѣ именно эта сторона дѣла, эта задача давно сознанной первостепенной государственной важности, поставлена въ хитро задуманномъ Введеніи не только не на первый, но даже и не на второй планъ.

Въ заключительныхъ страницахъ Посланія, задача *исцѣленія нашихъ старыхъ недуговъ, особенно несправедливыхъ законовъ*, до такой степени выдвинута впередъ, высунута на первый планъ, освѣщена до того ярко, что тутъ поневолѣ навязывается мысль о хорошо разсчитанномъ планѣ совершенно отвлечь вниманіе читателя отъ тѣхъ проблемъ первостепенной государственной важности, о которыхъ мы сейчасъ говорили, и всего приковать къ чудесамъ этого начавшагося процесса исцѣленія отъ насильственно навязанныхъ намъ недуговъ. Весь трудъ кодификаціи направленъ вовсе не къ восполненію только, отнюдь не къ объединенію нашего гражданскаго права. Задача совсѣмъ иная. Мы даже не просто подлежимъ исцѣленію, а, такъ сказать, полному перерожденію при помощи кодификаціи.

Въ основу этого нашего перерожденія Редакціонная коммисія кладетъ рядъ руководящихъ началъ, или положеній, которыя тутъ же не безъ торжественности и изрекаются: 1) *законъ, прежде всего, долженъ быть справедливымъ*. Эту задачу достиженія справедливости не слѣдуетъ, учатъ насъ наши цѣлители, разумѣть, 2) *въ смыслъ только формальной правды*. Цѣль должна быть поставлена выше. И этотъ невѣдомый намъ доселѣ подъемъ духа законодательнаго обѣщаетъ намъ *достиженіе матеріальной правды*;

3) законъ долженъ дать *широкій просторъ усмотрѣнію суда*, такъ какъ только этимъ путемъ отношенія сторонъ могутъ быть опредѣлены справедливо; 4) законъ долженъ *облегчить обращеніе къ суду* ¹⁾. Что же касается договорныхъ отношеній въ особенностях, то они должны покоиться на *началахъ справедливости и добросовѣстности*. И этотъ взглядъ проведенъ, говорятъ редакторы, во многихъ статьяхъ проекта. Такъ, продолжаютъ они, договоры должны быть исполняемы по доброй совѣсти (ст. 65) ²⁾.

Вотъ тѣ свѣтлыя перспективы, которыя общаеетъ намъ раскрыть Редакціонная коммисія 82-го года, не жалѣя яркихъ красокъ, чтобы сдѣлать картину, насколько хватаетъ силъ, въ самомъ дѣлѣ захватывающей!

Зачѣмъ все это? Гдѣ цѣль? Неужели для кого-нибудь еще можетъ и нынѣ оставаться сомнѣніе, что въ вопросахъ *добросовѣстности*, что въ задачахъ *достиженія матеріальной правды*, для области гражданскихъ правоотношеній въ особенности, однѣ нормы, однѣ легальныя гарантіи, какъ бы онѣ хорошо ни были продуманы и формулированы на бумагѣ, не способны не только привести къ цѣли, но даже приблизить общество къ ея достиженію?

Никто лучше юристовъ-практиковъ, изъ которыхъ главнымъ образомъ состоитъ коммисія, не знаетъ тщеты самыхъ лучшихъ намѣреній и начинаній законодателя въ этой области правоотношеній въ особенности! Если бы это былъ кругъ юныхъ мечтателей, можно бы охотно повѣрить по крайней мѣрѣ полной искренности ихъ свѣтлыхъ ожиданій, ихъ вѣры въ магическую силу кодификаціоннаго творчества. Совсѣмъ иное дѣло, когда такими чаяніями наполнено Посланіе официальной кодификаціонной коммисіи юристовъ, издавна искушенныхъ въ примѣненіи къ прак-

¹⁾ Ср. стр. LI—LV Введенія. Мы не можемъ здѣсь остановиться на общихъ мѣстахъ, которыми, повидному, думаютъ поднять цѣну заслугъ коммисіи. Все, что тутъ выставляется съ громкой похвалой какъ *достиженіе матеріальной правды*, вовсе не связано необходимо съ задачей кодификаціи и не составляетъ отнюдь препятствія къ достиженію на ряду съ этой цѣлью и другой цѣли пересмотра дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ, т.-е. устраненія партикуляризовъ.

²⁾ Тамъ же, стр. LI, сверху.

тикѣ „несправедливыхъ законовъ“ на отечественной почвѣ. Здѣсь нельзя допустить никакихъ признаковъ наивности, и мы спрашиваемъ, въ какихъ собственно видахъ дана намъ вся эта яркая, захватывающая картина предстоящаго будто вмѣстѣ съ введеніемъ кодекса великаго торжества новой правды надъ старыми нашими недугами?

Мы постараемся далѣе раскрыть ближайшій расчетъ, который, вѣроятно, побуждалъ нашихъ редакторовъ располагать въ извѣстномъ порядкѣ свои декорации и сосредоточивать весь свѣтъ на однихъ пунктахъ, оставляя другіе или въ нѣкоторой тѣни, или вовсе безъ освѣщенія.

Подойдемъ поближе къ дѣлу.

Высочайшее повелѣніе объ общемъ пересмотрѣ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ 12/26 мая 1882 года, на основаніи коего образована Редакціонная коммисія для составленія проекта гражданского Уложенія, поставило полномочія коммисіи настолько широко и свободно, что весьма многое въ вопросѣ о *предѣлахъ и цѣли кодификаціи* зависѣло отъ разумѣнія и взглядовъ (натурально, не произвольныхъ, а хорошо обоснованныхъ) призванныхъ къ выполненію задачи лицъ.

Этотъ составъ коммисіи понялъ (хотя изъ наличныхъ актовъ не видно, когда именно) свою задачу *отчасти шире*, чѣмъ можно было ожидать, *отчасти поставилъ ее въ такіе тѣсные предѣлы*, которыхъ никакъ нельзя оправдать ни прямыми указаніями законодательнаго акта, ни предшествующимъ движеніемъ отечественнаго законодательства, начиная со второго изданія т. X ч. 1, ни еще менѣе постояннымъ распространеніемъ на всю государственную территорію, не исключая ни Царства Польскаго, ни Прибалтійскихъ губерній, Судебныхъ Уставовъ 20 ноября 64 г. и Нотаріальнаго Положенія 14 апрѣля 66 г. (съ извѣстными отклоненіями отъ общаго типа), ниже какими либо экономическими, социальными, политическими или научными соображеніями.

Введеніе касается обѣихъ проблемъ, и *расширенія задачи кодификаціи* не только на область собственно гражданскихъ институтовъ, но и на институты права торговаго, и *суженія предѣловъ примѣненія*, на которые собственно и рассчитывалась выпол-

ненная нынѣ часть работы, до крайняго минимума, т.-е. до территории нынѣ дѣйствующаго т. X ч. 1, а вовсе не на все пространство примѣненія Судебныхъ Уставовъ и Нотаріальнаго Положенія.

Оглушивъ насъ настоящимъ двирамбомъ наступающему царству правды на Руси вслѣдъ за введеніемъ въ дѣйствіе пресловутаго Уложенія, котораго пока мы видимъ одинъ хвостъ, коммисія старается всячески расположить читателя въ пользу включенія въ проектъ пятой книги не однихъ институтовъ общаго обязательственнаго права, но и права торговаго. Это образуетъ, такъ сказать, второй планъ заманчивой дерокаціи нашего будущаго гражданскаго блаженства! И сколько наговорено въ пользу этого сочетанія! Дивисься только тому, какъ это до сихъ поръ такъ мало нашлось на Западѣ охотниковъ произвести на дѣлѣ этотъ заманчивый опытъ сліянія двухъ системъ, общей и торговой, въ одно нераздѣльное цѣлое. Мы не только проектировали это сліяніе, но, ничтоже сумняся, тутъ же его и выполнили. Посланіе посвящаетъ добрыхъ тридцать страницъ глубокимъ соображеніямъ всѣхъ преимуществъ подобнаго сочетанія ¹⁾.

Остается третій вопросъ. Для насъ въ этомъ третьемъ вопросѣ весь смыслъ и вся цѣль пересмотра дѣйствующей системы.

Господство въ дѣйствующей системѣ началъ неправды есть безусловно навѣтъ и передержка. Видимый всякому недостатокъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ въ ихъ неполнотѣ, неразвитости тѣхъ источниковъ, воздѣйствіемъ коихъ объясняется преимущество западныхъ системъ, обогащенныхъ вѣчно живыми элементами національныхъ институтовъ обычно-правнаго происхожденія и универсальными основами научной юриспруденціи. Наша система мало развита, скудна; она скорѣе есть сборникъ ординасовъ, чѣмъ сводъ институтовъ гражданскаго права. Эту фазу въ свое время переживала каждая изъ кодифицированныхъ нынѣ и по содержанію роскошныхъ сравнительно западныхъ системъ.

На ряду съ нашими школами и практикой судовъ несомнѣнно и кодификаціонныя коммисіи могли служить посредниками въ

¹⁾ См. стр. III—XXXVII подъ заглавіемъ *Необходимость включенія въ проектъ постановленій о торговыхъ сдѣлкахъ.*

Нельзя, впрочемъ, упрекать авторовъ Введенія, что они не знакомы съ настоящимъ значеніемъ *кодификаціонныхъ работъ для цѣлей объединенія разныхъ системъ гражданскаго права*. Они прекрасно повторяютъ *зады* недавнихъ нѣмецкихъ кодификаціонныхъ программъ и не оспариваютъ вовсе высокаго значенія унификаціи гражданскихъ институтовъ по самымъ вѣскимъ основаніямъ. Вотъ эти мысли.

Нѣтъ сомнѣній, читаемъ мы во Введеніи, что для облегченія какъ торговыхъ, такъ и иныхъ сношеній разныхъ частей государства между собой, для сглаженія особенностей отдѣльных мѣстностей, для усиленія государственной связи, другими словами (и найти лучше трудно!), для достиженія экономическихъ и политическихъ цѣлей въ высшей степени важно *зведеніе однихъ гражданскихъ законовъ на всемъ пространствѣ Имперіи* ¹⁾.

Все что мы прибавили бы здѣсь отъ себя къ перечету этихъ высокыхъ цѣлей, къ коимъ приводитъ система общаго права, ограничивается лишь соображеніями научными и дидактическими. Никогда партикулярные кодексы ни првлекали къ себѣ такого обилія научнаго освѣщенія, какимъ пользуются системы права единого и общаго для цѣлаго государства. Наряду съ этимъ идутъ и дидактическія задачи, достиженіе коихъ только тогда легко и удобно, когда оно не встрѣчаетъ непрестанныхъ партикуляристскихъ пороговъ, загромождающихъ русло великаго общаго потока юриспруденціи.

Какой же, однако, конечный результатъ по вопросу о пространствѣ примѣненія новыхъ нормъ у насъ?

Спокойное и холодное изреченіе авгуровъ:

„Но осуществленіе этой мѣры—дѣло будущаго“.

Вотъ тутъ для читателя и раскрылся весь планъ любопытнаго Посланія, вся тайна этой декоративной затѣи. И эта ярко освѣщенная и наименѣе зависящая отъ кодификаторскихъ услугъ

¹⁾ Введеніе, XXXVII. Очень характерно дальнѣйшее разсужденіе на тему о томъ, что *помого* объединенія нельзя достигнуть. Но кто же говорил о полномъ объединеніи? Объ немъ не только не говорятъ, но и не думаютъ ниже въ Германіи. Но развѣ между *полнымъ* объединеніемъ и совершеннымъ его отсутствіемъ нѣтъ средняго? Мы не считаемъ такія реплики ни въ какомъ смыслѣ серьезными.

задача водворенія въ Россіи царства правды на мѣсто тьмы и лжи, которая будто непроглядной толщей лежала на всемъ русскомъ правосудіи до самой минуты появленія проекта пятой части будущаго Уложения, и это ловко задуманное, въ вящую хвалу великихъ научныхъ заслугъ Коммисіи, *насильственное втискиваніе институтовъ торгового*, т.-е. наименѣе удобнаго для партикулярной обработки, права въ систему будущаго *партикулярнаго* гражданскаго кодекса.

Что-жь мы имѣемъ къ этому дню въ результатѣ семнадцатилѣтнихъ трудовъ этого подбора юристовъ для вопросовъ и задачъ ихъ компетенціи?

Торжественное *non possumus!*

Мы взялись за дѣло, котораго выполнить мы, очевидно, не способны, не можемъ, не въ силахъ!

Есть разные, однако, пути къ отступленію. И въ этомъ печальномъ исходѣ возможна искренность, прямота, достоинство. Мы не находимъ ея въ изумительномъ Посланіи.

Въ немъ *все фальшивъ*. Юристы, всю жизнь примѣнявшіе законы, которые они сами почитали несправедливыми, не могли найти другого выхода. И вмѣсто простаго, открытаго *non possumus*, они оставляя сцену (я увѣренъ, что они не вернутся болѣе), укоризненно восклицаютъ... единство въ правѣ хорошо, *но Вы еще до этого не дозрѣли. Quod licet Jovi non licet bovi.*

* * *

Намъ остается сказать нѣсколько словъ объ источникахъ проекта, о коихъ трактуеть очень коротко раздѣлъ Введенія подъ римскимъ III ¹⁾.

Тутъ два вопроса: что это за источники, первоисточники, или такіе, которые уже давно каптированы въ составъ другихъ кодексовъ? и затѣмъ, въ какомъ смыслѣ это источники, въ смыслѣ нормъ нашей или иной дѣйствующей системы, или въ нетехническомъ смыслѣ любого матеріала, изъ коего можно что-нибудь готовое набрать въ циклъ статей своей редакціи?

¹⁾ Стр. ХLI.

Первоисточники, право римское, источники права германскаго, историческіе памятники русскаго права, сколько могу сейчасъ обозрѣть (объ этомъ рѣчь будетъ еще въ курсѣ), не входили въ кругъ изученія кодификаторовъ при составленія кодекса, и ссылокъ на эти источники мы не встрѣчаемъ подъ редижированными въ проектѣ статьями. Гдѣ попадались доступныя литературныя разработки юридическихъ проблемъ, они показаны въ Объясненіяхъ, и нѣтъ сомнѣнія, что въ составѣ исполнителей были вполне по этой части освѣдомленныя лица.

Формулировка статей, о которой мы подробно будемъ говорить въ курсѣ, основывается всегда на сопоставленіи цѣлаго ряда близко или далеко отстоящихъ другъ отъ друга прежнихъ кодексовъ, преимущественно иностранныхъ, и наряду съ ними различныхъ проектовъ, никогда не переходившихъ въ стадію легальныхъ нормъ.

Эта работа нерѣдко совершенно не представляетъ никакого интереса, хотя она стоила порядочнаго механическаго труда Коммисіи. Кодексы и проектъ не сведены къ тишическимъ группамъ и составляютъ нерѣдко многократно повторяемую транскрипцію одной и той же редакціи. Въ дальнѣйшей работѣ мы остановимся на характерныхъ случаяхъ рецепціи чужого, гдѣ цѣль нашей редакціи какъ будто не въ умаленіи партикуляризовъ, а скорѣе въ ихъ разведеніи, въ искусственной ихъ культурѣ. Если унификація составляетъ дѣло будущаго, то натурально для настоящаго это разведеніе отклоненій отъ общепринятыхъ тезисовъ не есть недостатокъ.

Такимъ образомъ внизу, подъ текстомъ статьи, читатель не встрѣтитъ ничего вѣчно, такъ сказать, живого, ни ссылокъ на классическое право, ни прямо на источникъ французскаго, нѣмецкаго, русскаго обычнаго права или судебной практики. Это не живые источники права, а какое-то обширное кодификаціонное кладбище.

Читателя можетъ удивить, что на этомъ кладбищѣ, рядомъ съ извѣстными и дѣйственными и у насъ и на западѣ кодексами, значутся и не дѣйствующіе уже нынѣ, а частью никогда не переходившіе въ стадію закона проекты. Ихъ особенно много въ

Германіи. Читатель может спросить, какъ это случилось, что наряду съ совершенно-зрѣлыми, хотя и отжившими свое время кодексами, положены здѣсь и эти кодификаціонные, такъ сказать, недоноски?

Отвѣтъ совершенно простой. Нѣмцы очень любятъ кодифицировать. Но въ послѣднее время, чуть что въ этихъ работахъ обнаруживаетъ склонность къ партикуляризму, проектъ тотчасъ свозятъ на кладбище.

Эти многочисленныя, теперь не дѣйствующія нигдѣ болѣе или никогда не дѣйствовавшія партикуляристскія работы и образуютъ видный источникъ нашего теперешняго проекта. Надписей о причинѣ преждевременной смерти того или другого проекта не дѣлаютъ, но по названіямъ ихъ, баденскій, гессенскій, саксонскій и иныхъ земель ¹⁾, легко заключить, что недугъ, вѣрнѣе, органическій порокъ, котораго они всѣ сдѣлались преждевременной жертвой, одинъ, это ихъ партикуляризмъ.

* * *

Общія замѣчанія, которыя мы здѣсь дѣлаемъ по поводу Введенія, должны были появиться къ 1-му октября, какъ этого требовала бумага, при которой мы получили рассматриваемыя официальныя изданія. Теперь мы въ небольшомъ опозданіи.

Въ ту пору, когда проектъ пятой книги „Обязательства“ пришелъ къ намъ, нашу задачу составляло изданіе второго выпуска Пособій, которыя предназначаются для слушателей. Этотъ второй выпускъ долженъ былъ содержать именно общія ученія объ обязательствахъ. Мѣнять планъ и ходъ занятій было затруднительно. Мы присоединяемъ въ дальнѣйшемъ наши детальныя замѣтки по поводу проекта къ тексту этихъ Пособій. Для цивилиста весь составъ проекта не представляетъ, конечно, ничего новаго. Это все рецепція разныхъ кодифицированныхъ системъ. Такое сліяніе двухъ задачъ, чисто учебной и крити-

¹⁾ Между этими проектами есть, однако, и по достоинству самостоятельной научной постановки вопросовъ и по благородству задачъ стоящіе несравненно выше Проекта пятой части Гражданскаго Уложенія.

ческой, имѣть, конечно, свои невыгодныя стороны. Но одновременно вести эти двѣ работы врозь было бы тоже почти невыполнимо при обильныхъ иныхъ текущихъ занятіяхъ.

Въ настоящее время появляется только часть названнаго втораго выпуска Пособія; продолженіе слѣдуетъ.

СПЕКТРУ

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО.

ОТДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Общія ученія.

РАЗДѢЛЪ I.

Общая характеристика строения современныхъ системъ обязательственнаго права.

§ 1. Противуположныя тенденціи правъ вещныхъ и обязательственныхъ. — Историческая функція договорно-обязательственныхъ институтовъ. — Понятіе объ обязательствѣ въ отличіе отъ права вещнаго. — Слабое развитіе нашей договорно-обязательственной системы и недостатокъ самостоятельности въ системѣ обязательствъ на Западѣ въ средніе вѣка.

Для характеристики этой системы юридическихъ отношеній въ отличіе отъ системы правъ вещныхъ, Савинья принимаетъ за господствующій признакъ вещнаго права тенденцію къ обособленію, къ разобщенію сферъ обладанія лица. Здѣсь каждому указывается опредѣленная граница матеріальнаго обладанія. Цѣль вещнаго права заключается въ разграниченіи интересовъ, въ размежеваніи правъ. Если бы въ правѣ преслѣдовалась одна эта цѣль, то вопросъ о социальномъ союзѣ былъ бы разрѣшенъ совершенно односторонне. Неоконченную задачу институтовъ вещнаго права призвана довершить именно система обязательствъ, тенденція и задача которой, наоборотъ, связать людей, поставить ихъ въ тѣ отношенія общности и единенія, которыя какъ бы нарушены предшествующей частью гражданской системы, т.-е. принципами вещнаго права.

Это противоположеніе вещнаго права обязательственному, при историческомъ освѣщеніи вопроса, пріобрѣтаетъ еще болѣе инте-

реса. Современныя формы исключительнаго вещнаго обладанія представляют собою, по многимъ признакамъ, *нарушенную старую общность* людей, и люди являются намъ нынѣ, въ этой области отношеній, разьединенными, поставленными врозь, даже враждебно другъ другу. Это исчезновеніе прежнихъ формъ общности вознаграждается нынѣ тѣмъ единеніемъ, которое даетъ намъ въ особенности богато развитое *договорное право*. Характеръ вещнаго права есть вѣчная тѣжба, никогда не разрѣшимая вполнѣ проблема обособленнаго существованія. По мѣрѣ достиженія ея цѣлей, необходимость компенсаціи господствующей розни становится все болѣе и болѣе ощутительной. Необходимость замѣнить старую общность и старое единство новыми, свободными сочетаніями становится настоятельнымъ дѣломъ.

Что это начало сочетанія интересовъ, сознанной общности людей составляетъ именно сущность и конечную тенденцію всей системы обязательствъ — это сознавалось давно. Мысль эту мы находимъ и у юристовъ классиковъ и у новыхъ писателей — не юристовъ, иногда въ аллегорической формѣ, какъ у извѣстнаго французскаго сатирика Рабле, который ставитъ себѣ вопросъ: что было бы, если бы не было долговъ? и отвѣчаетъ на него картинами ужаса и разрушенія, гдѣ всѣ элементы вселенной существуютъ каждый только для себя ¹⁾.

Чтобы составить себѣ правильное *понятіе объ обязательствахъ въ отличіе отъ права вещнаго*, исходной точкой надлежитъ взять опредѣленіе обязательства, которое мы находимъ въ Римскомъ правѣ. Съ этого опредѣленія именно и необходимо *начать*, ибо система обязательствъ нигдѣ не выработана въ такой полнотѣ, какъ въ этомъ правѣ ²⁾. Это обстоятельство придаетъ ученію

¹⁾ „Планеты прекратили бы свое правильное теченіе, солнце отказалось бы свѣтить, облака давать дождь и проч.; не чувствуя въ этому *никакого побужденія* дома, земля стала бы производить однихъ чудовищъ и т. п.“

²⁾ Что касается общихъ литературныхъ пособій, то, прежде всего, и здѣсь слѣдуетъ указать на соч. Савиньи „Das Obligationenrecht“ въ 2-хъ томахъ (1851 и 1853 г.). Общее ученіе объ обязательствахъ въ немъ далеко не исчерпано, и хотя эта работа принадлежитъ не къ лучшей порѣ литературной дѣятельности Савиньи, все же она остается капитальнымъ и незамѣненнымъ трудомъ, дающимъ во многомъ основу обязательственнаго права. Переводъ сдѣланъ въ Москвѣ гг. Фуксомъ и Мандро, и хотя онъ не вездѣ безупреченъ, не менѣе того можетъ служить хорошимъ подспорьемъ при занятіяхъ этой системой. Всѣ лучшія работы по обязательственному праву владутъ въ основу системы римское право, при чемъ, конечно, постоянно слѣдуетъ за отклоненіями нашихъ институтовъ отъ латинскихъ. Такъ, для права французскаго мы можемъ указать обширную и прекрасную работу бельгійскаго проф. Молитора: „Les obligations en droit romain avec indication des rapports entre la législation romaine et le droit français. 2-me édit. 66—68 гг. Это часть 3-хъ томагоу Cours du droit romain approfondi“ въ 2-хъ томахъ; 1-ый же томъ, вышедшій ранѣе, имѣетъ содержаніемъ ученіе о вещныхъ правахъ.

Большую цѣну имѣетъ Lehrbuch des Pandectenrechts, 2-й томъ, Виндшейда,

классиковъ особенную важность. По опредѣленію Юлія Павла (fr. 3 pr. D. 44. 7), „*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*“. Въ этихъ словахъ именно и заключается противоположеніе системы институтовъ связующихъ системѣ институтовъ обособляющихъ.

Тамъ, гдѣ существуютъ старыя формы общности, не можетъ выдѣлиться и развиваться особая система обязательствъ, и нигдѣ она не оказалась столь слабо разработанной, какъ у насъ. Причина этого въ томъ, что нигдѣ формы *старой общности* не были такъ сильно развиты, нигдѣ люди не были такъ закрѣплены разнаго рода зависимостями (особенно крѣпостной, служилой, сословной и проч.), какъ у насъ въ эпоху составленія свода. При связанности старыми формами общности, понятно, развитіе *свободныхъ союзовъ* было невозможно, да въ нихъ не чувствовалось и надобности. Отсюда ясно само собою, что въ то время не могла развиваться система обязательствъ на почвѣ свободного договорнаго начала. Въ Римѣ, гдѣ старыя формы общности людей рано прекратили свое существованіе, смѣнившись началами разединенія, рано развилась и система обязательственнаго права. Наоборотъ, въ Зап. Европѣ, вслѣдствіе продолжительнаго существованія общественныхъ формъ зависимости, *свое* обязательственное право развилось очень поздно. Въ первое время, когда почувство-

3-й т. сочин. Вангерова: „Lehrbuch der Pandecten“ и Pandecten Дернбурга т. 2-ой 96 г.

Нынѣ дѣйствуютъ наряду съ римскими многіе институты обязательственнаго права, не имѣющіе связи съ Римскимъ правомъ, образовавшіеся много позднѣе, которымъ нынѣ присваиваютъ наименованіе институтовъ германскаго права. Мы назовемъ ихъ новыми институтами. Въ совокупности они не составляютъ цѣльной системы обязательственнаго права; поэтому труды, которые посвящены ихъ разработкѣ, по необходимости не имѣютъ характера законченнаго. Изъ общихъ сочиненій, какъ наилучшее, слѣдуетъ указывать сочиненіе Штоббе: „Handbuch d. deutsch. Privatrechts“, 3 томъ (I т. содержитъ общія ученія; II—вещное право; IV—семейственное; V—наслѣдственное право; третій томъ включаетъ право обязательственное).

Для Австрійскаго обязательственнаго права есть хорошая неоконченная работа Hasenöhr'a „Das oesterreich. Obligationenrecht mit Einschluss d. handelsrechtlichen Lehren“ 2-ое изд. 1892 г. Для Прусскаго права цѣбно соч. Дернбурга: „Lehrbuch d. preuss. Privatrechts“, т. 2, совместно разсматривающее институты Прусскаго, Римскаго и Германскаго права. Онъ же нынѣ издастъ новое сочин. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. В. II. Die Schuldverhältnisse. Abt. I. Allg. Lehren. Нѣмецкое новое уложеніе толковалось франц. профессоромъ R. Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand. 1890 г. Для русскаго права дѣйствующаго, лучшую работу даетъ Побѣдоносцевъ, Курсъ, т. 3. Большой интересъ представляетъ Гражданское Уложеніе, кн. 5-ая, Обязательства. Проектъ редакц. Комиссіи по составл. Гражд. уложенія. 5 томовъ.

валась въ немъ потребность, сдѣланы были обильныя заимствованія изъ римской догмы.

Нѣтъ, поэтому, ничего удивительнаго, что въ нашихъ правахъ, рядомъ съ развитіемъ системы вещнаго права, мы не находимъ такой законченной, самостоятельной и цѣльной обработки обязательственнаго права, какую оно нашло у римлянъ. Въ нашемъ сводѣ, равно какъ и во французскомъ и прусскомъ кодексахъ, обязательству не дано того *вполнѣ самостоятельнаго* положенія въ общей системѣ гражданского права, какое оно имѣетъ въ системѣ римской. У насъ, какъ и въ Code civil и въ Прусск. земск. правѣ, обязательство является не столько само себѣ цѣлью, сколько *средствомъ* для тѣхъ цѣлей, къ которымъ направляется система права вещнаго. Въ силу этого, у французовъ, напр., вся система обязательствъ, введена въ категорію „*différentes manières dont on acquiert la propriété*“, которыя составляютъ содержаніе кн. 3-ей Code civil. Очевидно, французскій кодексъ рассматриваетъ обязательство какъ средство. Это видно изъ содержанія Livre III С. с., коей titre I говоритъ: „*des successions; titre II — des donations entre vifs et des testaments; titre III—des contrats ou des obligations conventionnelles en général, titre—IV des engagements sans conventions*, а дальнѣйшіе титулы трактуютъ отдѣльные договорно-обязательственныя формы“ и т. д. Такъ что содержаніе этой книги обнимаетъ все, что ведетъ къ одной конечной цѣли — къ приобрѣтенію собственности. Иную позицію обязательственному праву даютъ римляне. Въ ихъ глазахъ, это право не есть совокупность только *manières*, способовъ для приобрѣтенія вещныхъ правъ. У нихъ право обязательственное и право вещное являются двумя *самостоятельными сферами правоотношеній*, имѣющими каждая свою жизнь, свои особыя цѣли и свою область примѣненія.

Систематики нашего Свода Законовъ, кодифицируя скудный матеріалъ обязательственныхъ нормъ, стояли не на римской почвѣ, а на почвѣ французскаго законодательства. Въ виду этого, книга III тома X ч. I, трактующая „о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности“, въ ея раздѣлѣ III — говоритъ „о порядкѣ *обоюднаго* приобрѣтенія правъ на имущество мѣною и куплею“ (разд. I и II этой кн. соотвѣтствуютъ titre I и II кн. III С. с., съ перестановкой перваго titre на мѣсто разд. второго и второго titre на мѣсто разд. перваго), т.-е. объ институтахъ, по существу своему, принадлежащихъ къ области права обязательственнаго, а не вещнаго. Наши систематики, впрочемъ, были нѣсколько осмотрительнѣе

французских; они не внесли *всѣхъ институтовъ* обязательственного права въ рубрику *manières dont on acquiert* и пр., а выдѣлили нѣкоторые изъ нихъ въ особую книгу IV, трактующую „объ обязательствахъ по договорамъ“. Необходимость такого выдѣленія станетъ очевидной, если принять во вниманіе, что многіе институты обязательственного права вовсе не ведутъ къ приобрѣтенію собственности, таковъ договоръ довѣренности, поклада, ссуды, личного найма, и что, слѣдовательно, ихъ нельзя разсматривать какъ способы приобрѣтенія.

Если, такимъ образомъ, настоящая разработка обязательствъ, какъ въ кодексахъ, такъ и въ теоріи не дастъ имъ той самобытности, которую сообщило имъ римское право, то для насъ становится необходимымъ, ознакомившись предварительно съ римскимъ ученіемъ объ обязательствахъ, рядомъ съ этимъ дать характеристику *тѣхъ особенностей*, которыя замѣчаются въ современной системѣ обязательственного права и которыя отличаютъ ее отъ римской. Такова будетъ цѣль дальнѣйшаго изложенія. Римская основа остается неизмѣемой, не смотря на энергичное стремленіе особенно нѣмецкой юридической литературы поколебать ее; не менѣе того видоизмѣненія въ построенияхъ современныхъ обязательственныхъ системъ весьма существенны.

§ 2.

Имущества наличныя и долговныя.—Удобство построенія той и другой категоріи отношеній съ практической точки зрѣнія.—Отличительныя черты современныхъ конструкций обязательственного права отъ латинскихъ; особенно подвижность обязательственныхъ отношеній въ смыслѣ личномъ и реальный характеръ современного исполнительнаго процесса.

Если мы отмѣтили выше характерную для современныхъ системъ особенность обязательственного права отъ латинскаго чертой самобытности для латинской системы и лишь характеромъ средства для приобрѣтенія вещнаго обладанія у насъ, то несомнѣнно эта особенность должна обнаруживаться и *въ построе- нияхъ* современныхъ обязательственныхъ отношеній, иныхъ чѣмъ они были у римлянъ.

Согласно вышеприведенному опредѣленію Юлія Павла, обязательство существуетъ тамъ, гдѣ есть *личная связь*, силой коей *должникъ* побуждается къ совершенію опредѣленнаго дѣйствія въ интересахъ *кредитора*. Эготъ признакъ обязательства одинаково существенъ для обязательствъ латинскаго и современнаго типа.

И тутъ и тамъ этимъ признакомъ мы отличаемъ понятіе обязательства отъ права вещнаго. Основываясь на этомъ Отгонъ Бэръ говоритъ, что практическое удобство строенія обязательственнаго отношенія, особенно договорнаго, заключается въ томъ, что въ немъ заранѣе извѣстно, кто станетъ эвентуально отвѣтчикомъ въ случаѣ неисполненія добровольно обязательственнаго дѣйствія. Содержаніе обязательственнаго отношенія есть всегда *долгъ*, и въ латинской конструкціи, это долгъ *опредѣленнаго лица*, безъ чего нѣтъ иска, который есть всегда и необходимо личный, *actio in personam*.

Наше право раздѣляетъ весь составъ имущества на двѣ категоріи, на имущества *наличныя и домовыя* (кн. II, разд. I, гл. 3-я). Здѣсь мы имѣемъ въ виду категорію имущества долговыхъ, которыя суть *въ домахъ на друиыхъ лицахъ состоящія* и принадлежащія намъ по договорамъ, заемнымъ письмамъ, векселямъ и всякаго рода обязательствамъ (ст. 418). Нѣмецкій кодексъ 1896-го года называетъ всю систему обязательственнаго права *домовыми отношеніями* (Schuldverhältnisse, см. Bürger. Ges.-buch, кн. 2-ая) ¹⁾.

Обратная сторона, неудобная сравнительно съ правомъ вещнымъ, въ смыслѣ пракческаго осуществленія, заключается, для имущества долговыхъ, въ томъ, что тутъ, въ силу нашего права, мы не прикасаемся непосредственно никакой матеріальной вещи, какъ въ имуществахъ наличныхъ, а достигаемъ пользованія вещью, услуги, лишь *черезъ посредство должника*.

Область обязательственныхъ отношеній способна идти далеко за предѣлы вещнаго міра обладанія въ сферу вещей безтѣлесныхъ (*res incorporales*), услугъ; но она всегда есть область *дѣятрля* въ силамъ должника, кредита, связаннаго необходимо не съ однимъ наличнымъ настоящимъ, но, главнымъ образомъ, съ

¹⁾ Мы выше отмѣтили, что въ X т., въ составѣ кн. III, содержаніе раздѣла II той же книги франц. код. поставленъ у насъ въ гл. I, а раздѣла I того же код. и кн. въ гл. II. Теперешніе наши кодификаторы слѣдуютъ той же методѣ ничего не значущихъ перестановокъ разныхъ частей нѣмецкаго кодекса въ вырабатываемомъ ими проектѣ. У нѣмцевъ Schuldverhältnisse поставленъ впереди, въ началѣ особенной части (2-ая кн.), у насъ ее поставили позади, въ концѣ кодекса (5-ая кн.). У Сперанскаго эта неважная „самостоятельность“ была вполне безвредною. Въ новомъ проектѣ „самостоятельность“ тоже ничего не стоющая, но притомъ еще вредная, ибо несомнѣнно удобнѣе знать впередъ природу разныхъ имущественныхъ правъ, чѣмъ трактовать ихъ переходъ въ составѣ универсальнаго преемства. Здѣсь удержана система т. X. ч. I, гдѣ обязательства поставлены тоже въ концѣ (кн. IV). Но кодификаторы не въ правѣ сказать, что такъ это будетъ *по-русски*, ибо система эта взята у французовъ и составляетъ недостатокъ ихъ кодекса, за который нечего держаться, когда есть на лицо вполне цѣлесообразныя поправки въ новыхъ кодексахъ. Это можно слѣдять развѣ, чтобъ досадить, *zum Trotz*, а не по основательнымъ соображеніямъ.

будущимъ, неизвѣстнымъ. Это несомнѣнно область правоотношеній прогрессирующихъ, знаменующихъ собою успѣхъ, поступательное движеніе общественности.

Практическое удобство правоотношеній вещныхъ состоитъ главнѣйшимъ образомъ въ томъ, что объектъ обладанія есть здѣсь *наличный*, осязаемый (земли, дома, капиталы, вещи, все что укрѣплено, передано или самимъ произведено и за владѣльцемъ состоитъ, хотя бы и не безспорно, ср. ст. 416 тамъ же). Тутъ не нужно личнаго посредства другого для достиженія цѣли обладанія. Но зато, при возможномъ нарушеніи вещнаго правоотношенія, отвѣтчикъ не есть заранѣе извѣстный, а любой, всякій кто могъ нарушить безпрепятственное обладаніе и пользованіе данной вещью. Здѣсь мы имѣемъ дѣло не столько съ поступательными, какъ въ системѣ обязательствъ, сколько съ охранительными явленіями общественности.

Если въ любой развитой системѣ можно наблюдать оба эти типа гражданскихъ правоотношеній, то наиболѣе чистыми они являются въ системѣ латинской. Въ системахъ современныхъ нѣтъ этой самобытности и чистоты типовъ, и отсюда получаютъ слѣдующія двѣ главныя отличительныя черты *строенія* современныхъ обязательствъ.

I. У римлянъ строеніе обязательства и его индивидуальность были совершенно условлены извѣстностью лицъ, между коими образовалась обязательственная связь, *juris vinculum*. Если лицо вѣрителя или должника мѣнялось въ строеніи обязательства, то и самое обязательство переставало быть тѣмъ же и становилось необходимо другимъ. Такимъ образомъ, связь самого обязательственного отношенія съ опредѣленнымъ лицомъ, вѣрителемъ и должникомъ, есть строго необходимая черта его строенія. Изъ этой строгости, особенно характерной для классической латинской системы, истекали всѣ характерныя черты образованія, замѣны, прекращенія, частью процессуальной защиты обязательственныхъ отношеній. Эта строгая связь индивидуальности обязательственного отношенія съ непременно извѣстными лицами, которыя образуютъ данное отношеніе, является намъ въ современныхъ построеніяхъ въ весьма смягченномъ, весьма ослабленномъ видѣ. Взаимно-отношеніе лицъ, вѣрителя къ должнику, связь ихъ далеко не столь повелительная, рѣзко выраженная, и вмѣстѣ съ этимъ не столь исключительная какъ у римлянъ. Въ виду этого переменна лицъ въ составѣ обязательства вовсе не такъ рѣзко вліяетъ на самое правоотношеніе, какъ у римлянъ. Лица въ составѣ даннаго обязательства стали совершенно иными,

а обязательство, особенно въ нѣкоторыхъ его типахъ, все остается тѣмъ же...

Въ этомъ смыслѣ О. Бэръ очень мѣтко характеризовалъ латинское обязательство свойствомъ неподвижности, какъ у растенія, а черту отличительную нашего обязательства *подвижностью*, какъ у животнаго.

Отсюда получается пригодность нашего обязательства къ такимъ операціямъ передачи его, объѣма производимаго въ этой сферѣ правоотношеній, о которомъ латинская мысль не имѣла вовсе и приблизительнаго представленія.

Чрезвычайная подвижность нѣкоторыхъ нашихъ обязательствъ приближаетъ ихъ юридическую природу скорѣе къ правамъ вещнымъ, чѣмъ къ обязательствамъ, какъ ихъ разумѣло латинское право.

II. Въ самой тѣсной связи съ этой характерной чертой обязательственнаго отношенія, связи его съ данными первоначально для его состава лицами, находится и другая отличительная черта современнаго обязательства отъ латинскаго. Взыскной процессъ, на случай невыполненія должникомъ обязательственнаго дѣйствія добровольно, состоялъ у Римлянъ *въ воздѣйствіи на мнѣность* должника. Это было совершенно послѣдовательно въ виду того, что право вѣрителя заключается именно въ совершеніи должникомъ извѣстныхъ дѣйствій. Въ преторскую эпоху тяжелыя формы личнаго взыскаго процесса смягчились; но все же, однако, вѣритель притязалъ на извѣстное дѣйствіе должника, а отнюдь не на опредѣленный объектъ его имущества. Если должникъ оказывался несостоятельнымъ, то происходила такъ называемая *missio in bona*, вводъ во владѣніе *всей совокупности имущественныхъ правоотношеній должника*. Въ такомъ случаѣ имущество въ цѣломъ составѣ переходило за деньги (*venditio bonorum*) къ покупщику (*bonorum emtor*), который и удовлетворялъ въ извѣстныхъ предѣлахъ требованія вѣрителей. По разнымъ соображеніямъ для должника могло быть удобнѣе добровольно уступить свое имущество въ цѣломъ (*cessio bonorum*) на удовлетвореніе кредиторовъ. Но это опять была уступка *всей совокупности имущества*. Исполнительное производство, имѣющее своимъ предметомъ уступку отдѣльнаго имущественнаго объекта или, когда это возможно, совершеніе отдѣльнаго дѣйствія, составляло и въ позднѣйшую эпоху способъ взысканія экстраординарный, къ которому должникъ побуждался возрастающимъ денежнымъ штрафомъ и эвентуально *manu militari*.

Исторія развитія обязательственныхъ формъ въ жизни новыхъ

народовъ знаетъ тоже на первоначальныхъ стадіяхъ суровыя формы взысканій личныхъ по долговымъ обязательствамъ (у насъ долговое холопство, суровыя формы правева). Но эти формы являлись, главнымъ образомъ, какъ средство вынудить уплату долга въ случаяхъ, *гдѣ не было на лицо другихъ способовъ удовлетворенія кредитора прямо изъ состава его имущества*, или гдѣ существовали сомнѣнія на счетъ его несостоятельности и особенно свойствъ этой несостоятельности. Вспомнимъ, что въ старыхъ бытовыхъ условіяхъ индивидуальное обладаніе вещами было далеко не такъ развито, какъ въ Римѣ. Преобладали формы правообладанія союзнаго съ многообразными вещными притязаніями на одну и ту же вещь. Въ этихъ бытовыхъ условіяхъ много легче было перейти отъ формально-личныхъ процессуальныхъ способовъ взысканія къ экзекуціи *реальной*. А эта реальная экзекуція, обращеніе *отдѣльныхъ чинностей изъ состава имущества*, какъ цѣлаго, на удовлетвореніе долговыхъ притязаній измѣняла въ основѣ самую сущность обязательственнаго отношенія, матеріализовала его, сближала съ притязаніемъ вещнымъ, сглаживала противуположенія обоихъ рѣзко у Римлянъ опредѣлившихся типовъ имущественнаго правоотношенія (вещныхъ и личныхъ), и этимъ еще разъ способствовала развитію подвижности обязательствъ, легкой смѣнѣ лицъ въ ихъ составѣ, безъ измѣненія самого обязательственнаго отношенія ¹⁾.

Въ современныхъ системахъ способы взысканія строго личные (особенно личное задержаніе за долги) повсюду быстро уступали мѣсто *реальной экзекуціи*, особенно, начиная съ 48 г., когда во Франціи, двумя декретами, было отмѣнено личное задержаніе по денежнымъ обязательствамъ. Эти декреты вскорѣ были отмѣнены. Но затѣмъ отмѣна личнаго задержанія была распространена закономъ 27 іюля 67 г. на все гражданскія и торговыя взысканія и быстро засимъ перешла, съ тѣми или другими ограниченіями, въ законодательство австрійское, сѣверогерманскаго союза, Баваріи, Бадена, Вюртемберга, въ общегерманскій процессъ и съ 1879 г. въ наши уставы гражданскаго судопроизводства ²⁾.

¹⁾ Объ исполнителномъ моментѣ особенно Ziebarth Realexecution u. Obligation, особ. стр. 192. У насъ касался вопроса В. Умовъ въ сочин. Договоръ найма имущества по римск. пр. и новѣйш. иностр. законодат. 1872 г.

²⁾ См. ст. 934, 968, 1021 и слѣд. и прилож. III къ ст. 1400 (прим.), ст. 31 и слѣд., У. Г. С.; также Энгельмана Учебн. русск. гражд. судопроизв. Юрьевъ 1899 г. стр. 336 и слѣд. Ср. еще У. Г. С. ст. 365 и слѣд. по изд. Гордона.

§ 3.

Обязательство и искъ.—Тѣсная связь того и другого.—Ослабленіе этой связи.—Натуральныя обязательства.—Опыты опредѣлить ихъ построеніе.—Юридическій эффектъ ихъ въ латинской и современныхъ системахъ.—Составъ обязательственныхъ отношеній этого типа.

Въ виду указаннаго выше свойства долгового правоотношенія, особенно договорнаго, именно—*извѣстности должника*, строеніе его стоитъ несомнѣнно ближе къ строенію *иска*, чѣмъ строеніе правоотношенія вещнаго. Въ римскомъ правѣ оба термина *obligatio* и *actio* являются, какъ извѣстно, очень близко соприкасающимися, способными даже замѣнять одинъ другой¹⁾. Договорное обязательство можетъ получить такое построеніе, что оно совершенно такъ же пригодно къ *непосредственному* осуществленію, какъ состоявшееся судебное рѣшеніе. Это какъ бы самоосужденіе должника, формальное признаніе долга, которое по юридическому эффекту приравнивается судебному рѣшенію (*aeris confessi* XII табл., *in jure confessus pro judicato habetur*) и также приближаетъ истца къ осуществленію его притязанія, какъ кондемнація отвѣтчика судомъ.

Примѣры такимъ образомъ формулированныхъ обязательствъ мы находимъ въ правѣ римскомъ, особенно въ старинной формѣ долгового рабства изъ извѣстной строгообрядной сдѣлки *per aes et libram* (съ обрядными рѣчами — *damnas esto dare*), носившей характерное названіе *nexum*. При взысканіи, направленномъ на личность должника, процессъ начинался съ конца, съ исполнительнаго момента *manus injectio*.

Къ такому же суммарному порядку осуществленія притязаній вѣрителя къ должнику направлены были средневѣковыя итальянскія *instrumenta guarentigiata*, дѣйствіе коихъ обезпечивалось (гарантировалось, *guaranto*) присоединяемой къ нимъ исполнительнаго клаузулой, *mandatum de solvendo*. То же свойство суммарности и близости къ осуществленію притязаній истца удерживаютъ долгое время сдѣлки торговаго права, особенно вексель, сохранившій и нынѣ черту особой строгости исполнительнаго производства, если не въ смыслѣ формальномъ (краткость сроковъ, личное задержаніе, нынѣ почти всюду устраненное), то въ

¹⁾ Kuntze, Die obligation im römischen u. heutigen Recht. 1886 г., стр. 56 и слѣд., 61. Brinz, Pand. I, § 92. Особенно Bekker. Ueber das Verhältniss v. actio u. obligatio. Zeitschr. f. RG. Bd. 9. ...Omnis actio dicitur sive in personam sive in rem sit petitio; sed plerumque actiones personales solemus dicere. I. 178, § 2 de V. S. Виндшейда Пандекты, § 43 и особ. Кирульфа, Theorie, стр. 156 и слѣд.

смыслъ матеріальномъ, т.-е. сокращенія до возможнаго минимума возраженій отвѣтчика ¹⁾.

Это тѣсное прикосновеніе обязательства къ иску побуждаетъ нѣкоторыхъ цивилистовъ опредѣлять самую природу обязательства *принудительнымъ воздѣйствіемъ на волю* должника, которое лежитъ именно въ процессуальномъ способѣ его осуществленія, особенно въ искѣ ²⁾.

Нѣтъ сомнѣній, что для *juris vinculum*, которое открываетъ вѣрителю путь къ формальному осуществленію его права, *искъ къ лицу должника* (*actio in personam*) представляетъ самую существенную черту подлинной *юридической* природы обязательственнаго отношенія. Не только право римское, но и отечественныя нормы даютъ осуществленію обязательства посредствомъ *обращеннаго къ должнику требованія* принципиальное значеніе. Ст. 570, т. X, ч. 1, составляющая обобщеніе узаконеній, касающихся договорныхъ обязательствъ (ст. 568, прим.) говоритъ: всякій договоръ и всякое обязательство, въ случаѣ неисполненія, *производятъ право требовать отъ лица обязавшагося удовлетворенія* во всемъ томъ, что постановлено въ оныхъ.

Было бы, однако, ошибочно наличностью этого признака (иска) ограничивать существованіе самого обязательственнаго правоотношенія. Такая тѣсная связь обязательства съ искомъ, отрицаніе въ обязательствахъ, неогражденныхъ искомъ, юридической природы можетъ составлять черту извѣстной эпохи или свойство особыхъ институтовъ цивильной системы. Это эпоха ригоризма, формализма правосознанія, черта особой строгости въ построеніи извѣстныхъ институтовъ. Но его отнюдь нельзя признавать необходимымъ и постояннымъ свойствомъ построенія обязательственныхъ отношеній любой эпохи и всякаго рода институтовъ гражданскаго права. Въ эпоху юридическаго формализма и въ кругу институтовъ особаго типа, на ряду съ обязательствомъ, огражденнымъ искомъ средствомъ осуществленія, могутъ развиваться другаго рода отношенія между людьми, обязательность коихъ основана на законѣ нравственномъ, на чувствѣ приличія. Но такія отношенія для правового сознанія людей въ этихъ условіяхъ будутъ дѣломъ безразличнымъ, фактомъ безъ всякаго юридическаго эффекта.

¹⁾ Wechselrecht. Grünhut, 97 г. стр. 2, 66, 74. Lyon-Caen Traité de droit commerc. 2 éd. t. IV, n. 344. Старинная поговорка „solve aut mane“.

²⁾ Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem habent... (L. 42, § 1 de O. et A. 44, 7).

Время, смягченіе соціальныхъ отношеній оказываетъ всегда и необходимо влияніе на этотъ ригоризмъ правосознанія и даетъ, на ряду съ институтами строгого долгового права, жизнь и развитіе такимъ видоизмѣненіямъ юридическаго строенія обязательства, въ коихъ вовсе нѣтъ первоначальной исключительности юридическихъ средствъ осуществленія обязательствъ. Въ этихъ условіяхъ обязательственное право перестаетъ быть *правомъ требованія* въ строгомъ и точномъ смыслѣ. *Schuldverhältnisse*, долговья отношенія, остаются отношеніями не фактическими только, а именно юридическими, хотя они не связаны съ правомъ требовать, *Forderungsrecht*, съ правомъ предъявлять къ должнику притязаніе въ судебномъ порядкѣ.

Взятая нами выше ст. 570, т. X, не даетъ намъ неперемѣнной связи гражданскаго обязательства съ искомъ, а указываетъ на такой его эффектъ лишь при условіи *невыполненія* обязательства со стороны должника. Строеніе статьи, однако, таково, что оно (*всякое обязательство* производитъ право требовать) оставляетъ сомнѣніе, мыслилась ли въ этомъ обобщеніи возможность существованія такого обязательства, которое *не производитъ права требовать* и составляетъ все-таки явленіе обязательственнаго отношенія тоже *юридическаго*, основаннаго на *правосознаніи*, а не на правилахъ приличія, на законѣ нравственномъ и проч.

Состояніе нашего гражданскаго права въ ту пору не то чтобы отличалось специфической строгостью, какую видимъ въ системахъ юридическаго формализма, а представляло собою скорѣе крайне неразвитую технику. И не смотря на формулировку довольно строгую статьи 570, мы увидимъ, что и у насъ, при нынѣ дѣйствующемъ кодексѣ, возможно различить, на ряду съ обязательствами исковыми или цивильными, какъ ихъ называли въ латинской системѣ, еще другую категорію тоже юридическаго характера обязательственныхъ отношеній, которыя *не производили* права требованія, но сопровождались нѣкоторымъ, тоже *юридическимъ*, эффектомъ, подобнымъ тому, какой виденъ у римлянъ и въ системахъ современнаго реципированнаго права въ обязательствахъ называемыхъ *натуральными*.

Въ чемъ же состоитъ *юридическій* эффектъ такихъ *натуральныхъ* обязательствъ? Признакъ *отрицательный* юридическаго строенія этой категоріи обязательствъ и для римскаго права и для современныхъ системъ очень легко опредѣлить. *Они не имѣютъ иска*. Въ самомъ ихъ наименованіи въ теперешнихъ системахъ мы находимъ или передачу латинскаго термина, какъ

напр., у Французовъ, obligations naturelles ¹⁾ (С. с. art. 1235, 1965, 1966, 1967), или обозначеніе этихъ обязательствъ именно отрицательнымъ признакомъ, klaglose Obligationen, неисковыя обязательства. Новый имперскій кодексъ не даетъ опредѣленнаго техническаго наименованія этому явленію, хотя допускаетъ его въ принципѣ (§§ 222, 223).

Однимъ отрицательнымъ признакомъ,—это обязательства неисковыя,—нельзя, конечно, ограничиться при изученіи природы натурального обязательства. Но вопросъ о его *положительныхъ* свойствахъ, объ основахъ, признакахъ, юридическомъ эффектѣ этого рода обязательствъ порождаетъ въ современной литературѣ много разнообразныхъ попытокъ юридической конструкціи этого явленія и далеко отъ безспорнаго его разрѣшенія. Нѣмецкіе пандектисты видятъ положительное свойство натурального обязательства въ томъ, что оно допускаетъ, наравнѣ съ исковыми обязательствами, *уплату*, какъ *юридически эффективный* способъ его погашенія, безъ права должника потребовать уплаченное обратно. Другіе находятъ способность подобнаго обязательства *быть признаннымъ* въ его юридической силѣ еще больше для его природы характернымъ свойствомъ, чѣмъ погасимость его платежемъ.

Едва ли отдѣльно взятый признакъ, тотъ или другой, дастъ намъ подлинное представленіе объ этомъ любопытномъ явленіи обязательственнаго права.

Профессоръ Шейрль, отвергая въ строеніи натурального обязательства ему какъ таковому свойственный юридическій эффектъ, находитъ, что оно только въ томъ и обнаруживаетъ свою силу, что представляетъ *фактическую основу* или причину (causa), которая пригодна *для признанія* за ней юридической силы.

Это обобщеніе Шейрля не даетъ всего, что намъ нужно для опредѣленія природы натурального обязательства, но оно даетъ правильную исходную точку для дальнѣйшаго анализа и разработки понятія.

Натуральное и цивильное обязательство представляютъ, такъ сказать, разныя стадіи зрѣлости обязательственнаго отношенія до полной его законченности въ юридическомъ смыслѣ. Обязательство цивильное есть вполне зрѣлый плодъ юридической куль-

¹⁾ Въ латинской терминологіи названіе этихъ обязательствъ obligationes naturales далеко не было вполне установившимся и однозначнымъ. Объ этомъ особенно у Шванерта, Die Naturalobligation des römischen Rechts, 61 г., работа котораго считается вообще классической по этому предмету. На русскомъ языкѣ по этому предмету обширное сочиненіе Московскаго профессора Хвостова.

туры, который для своих функций въ обменѣ юридическомъ не требуетъ никакихъ додатковъ, никакого восполненія. Въ немъ все, и основа, и дѣйствіе, выработались вполне въ смыслѣ *юридической* квалификаціи и этой основы и этого дѣйствія. Это изъ контракта займа, ссуды и прочее, изъ правонарушенія возникающая и въ смыслѣ ея осуществленія юридически вполне дѣйственная связь, настоящее *juris vinculum*, определеннаго, какъ *compedes XII таблицъ*, легально установленнаго, и никакъ не менѣе, вѣса.

Но не всѣ обязательственныя отношенія имѣютъ (въ историческомъ и въ практическомъ смыслѣ) эту степень юридической зрѣлости. Право, система нормъ, можетъ эти незрѣлыя формации вполне отвергать, находить, что данный фактический составъ неполонъ для юридическаго эффекта въ смыслѣ законченной обязательственной юридической формы. Это будетъ методъ строгаго формализма. Это мы и видимъ въ некоторыхъ системахъ (квиритизмъ, сдѣлки торговаго права). Но отношенія объективнаго права къ этимъ явленіямъ можетъ быть и инымъ. За такимъ *сочетаніемъ фактическихъ основъ* обязательственнаго отношенія возможно не признавать *всей* праворождающей силы; но въ то же время не отвергать въ ней некотораго юридическаго эффекта, болѣе или менѣе выраженнаго.

Ясно, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ методою квалифицировать способности оказывать вліяніе на право факты болѣе расчлененной, съ техникой болѣе чуткой.

Эта болѣе тонкая юридическая техника скажется не только въ томъ, что мы за неразвившимися еще вполне основами правоотношенія признаемъ известную юридическую силу. Она будетъ видна и въ томъ также, что за такими основами юридической обязательности, которымъ несомнѣнно принадлежалъ весь юридическій эффектъ, мы, въ измѣнившихся условіяхъ, будемъ отвергать этотъ эффектъ тоже не вполне, а лишь въ той или другой степени.

Вотъ эта болѣе тонкая метода квалифицировать основы юридическаго эффекта разныхъ явленій и составляетъ свойство болѣе развитой эпохи въ исторіи права. Для римскаго права это эпоха *juris gentium*.

Отъ этихъ абстракцій легко перейти къ явленіямъ конкретнымъ, которыя можно отмѣтить въ любой системѣ.

Мы возьмемъ впередъ такія системы, въ коихъ яснѣе обозначаются эти различія. Мы увидимъ ихъ затѣмъ и въ нашемъ правѣ.

И такъ, въ дальнѣйшемъ анализѣ намъ надо будетъ брать 1) тотъ или другой эффектъ, который право связываетъ съ извѣстными основами обязательственныхъ отношеній, и 2) намъ надо разсмотрѣть различіе и самыхъ этихъ основъ.

1) Въ современныхъ системахъ обязательственнаго права, на которыя вліяло право римское, легко различить или полноту юридическаго эффекта, который въ нихъ связанъ съ даннымъ юридическамъ основаніемъ, или большую или мѣньшую степень его неразвитости.

Образецъ вполне развитого обязательственнаго отношенія мы будемъ имѣть тамъ, гдѣ основа его есть признанная правомъ и дѣйствіе заключается въ осуществленіи притязанія посредствомъ иска.

Если основа даннаго отношенія не имѣетъ такого законченнаго въ юридическомъ смыслѣ образованія, то юридическій эффектъ даннаго отношенія будетъ зависѣть отъ того, какъ въ дальнѣйшемъ опредѣлится къ нему отношеніе сторонъ, и сила этого эффекта будетъ очень различна.

Скала этихъ различій опредѣлилась первоначально въ преторской системѣ и удерживается нынѣ въ западныхъ системахъ въ такомъ видѣ. *Минимальный* юридическій эффектъ данной основы можетъ выразиться въ томъ, что лицо, обязанное совершить извѣстное дѣйствіе (уплату), окажется юридически связаннымъ только тогда, когда оно по собственному побужденію совершитъ это дѣйствіе, уплатитъ долгъ. Явно, что здѣсь основа обязательности до того слаба, что *безъ содѣйствія самого должника она не имѣла бы никакого юридическаго эффекта*. Это наименьшая, въ юридическомъ смыслѣ, зрѣлость отношенія, какъ правомѣрно-обязательственнаго. Оно было въ состояніи зародышномъ, и зрѣлость въ юридическомъ смыслѣ дана ему совершеніемъ должника дѣйствія безъ внѣшняго побужденія. Здѣсь послѣдующій добавокъ для юридической зрѣлости отношенія есть явно наибольшій.

Максимальный эффектъ незрѣлой, неискковой основы обязательства будетъ состоять въ томъ, что вѣрителю будетъ представлено, въ случаѣ требованія къ нему предъявленнаго со стороны его натурального должника, этимъ юридически безсильнымъ обязательствомъ встрѣтить исковое требованіе и погасить его посредствомъ зачета.

И такъ, при минимальной силѣ натурального обязательства обязательственная основа даетъ себя чувствовать только когда *должникъ захочетъ заплатить*. Другого способа вызвать ее

эффекта нѣтъ. При максимальной ея силѣ онъ эвентуально можетъ почти сравниться съ искомъ. Надо только, чтобъ стороны обязательственнаго отношенія въ одномъ обязательствѣ оказались тоже сторонами другого обязательства въ противоположномъ смыслѣ. Надо, чтобъ А, натуральный должникъ кредитора В, по первому обязательству на 100, оказался цивильнымъ вѣрителемъ того же В по второму обязательству тоже на 100. Тогда, противъ иска А къ В по второму обязательству, В противопоставить требованіе о зачетѣ, иначе—о вмѣненіи въ уплату его натурального требованія къ А, стало бытъ, *принудительно* осуществить натуральное обязательственное отношеніе, хотя и не посредствомъ иска, а только посредствомъ возраженія, совершенно, однако, независимо отъ желанія А ¹⁾).

Мы взяли минимальное и максимальное юридическое дѣйствіе основъ обязательственнаго отношенія, по той или другой причинѣ не вполне юридически зрѣлаго или утратившаго свою силу. Максимальное дѣйствіе, *компензація*, очень мало привилось къ нашимъ системамъ, и изъ наиболѣе распространенныхъ новыхъ системъ, находить примѣненіе, очень, однако, не широкое, въ прусскомъ ²⁾ ландрехтѣ, въ австрійскомъ правѣ лишь *въ силу особаго соглашенія* сторонъ по этому вопросу, чего не возбранить и никакая другая система.

Между этими крайностями (minimum и maximum) лежатъ еще средніе по эффекту способы поднять безсилную основу натурального обязательства до той или другой высоты юридическаго значенія.

Мы выше брали случай, гдѣ по неисковому обязательству, произведена *уплата*, и законъ разсматриваетъ ее именно какъ уплату, какъ способъ погашать *обязательство*, а вовсе не какъ дареніе, и не допускаетъ кондиционировать ее по отсутствію долга. Мы предполагали уплату по неисковому обязательству *сознательную* со стороны должника, а не ошибочную. Но возможенъ случай, и его знаютъ какъ латинская, такъ и нѣкоторыя новыя системы, гдѣ уплата произведена прямо *въ ошибочномъ предположеніи* объ исковой силѣ обязательства (должникъ не зналъ недостатка обязательства, относительно, напимѣръ, формы его совершенія, или не зналъ объ истекшей давности, и уплатилъ по

¹⁾ Здѣсь и видна недостаточность построенія Шейрлемъ силы натурального обязательства на признаніи. Оно явно способно имѣть силу и тамъ, гдѣ признанія нѣтъ.

²⁾ См. Дерибурга, Preuss. Landr. II, § 3, прим. 10. Hasenöhr, I, стр. 44 (не безспорно). Baudry-Lacantinerie. II, 1014.

неисковому обязательству), и законъ все же не допускаетъ требовать ея возврата ¹⁾).

На ряду съ признаніемъ и уплатой слѣдуетъ поставить *заплату* обязательственнаго дѣйствія какимъ-либо другимъ способомъ удовлетворить вѣрителя, такъ называемую *datio in solutum*, и *обновленіе* неискового обязательства новымъ обязательствомъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ это вообще допустимо.

Кромѣ указанныхъ юридическихъ средствъ осуществленія натурального обязательства, оно способно, въ извѣстныхъ условіяхъ, силой послѣдующаго признанія со стороны должника, *стать искомымъ*, или подлежать осуществленію посредствомъ исковъ, основанныхъ на поручительствѣ или залогѣ, обезпечивающемъ такое обязательство.

Мы рассмотрѣли, такимъ образомъ, *технику*, такъ сказать, оснащенія извѣстныхъ неполнѣ развитыхъ обязательственныхъ основаній меньшимъ или бѣльшимъ юридическимъ эффектомъ. Если въ этой сторонѣ дѣла новое право могло прямо заимствовать для разработки и ближайшаго примѣненія латинскіе образцы, то этого отнюдь нельзя сказать о другой сторонѣ вопроса, которую мы и имѣемъ засимъ рассмотреть, именно:

2) *Какія основы обязательственнаго отношенія признаются въ современныхъ системахъ достаточными*, чтобы связать съ ними тотъ или другой, болѣе или менѣе сильный юридическій эффектъ?

Это вопросъ совсѣмъ другого рода, несравненно тѣснѣе связанный съ основами правосознанія, которыхъ держится данное общество, извѣстная эпоха, чѣмъ рассмотрѣнная нами техническая сторона дѣла. Если тутъ тоже возможны заимствованія изъ готовой *чужой системы*, то только тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о *формальныхъ реквизитахъ* юридической силы обязательства. Но этимъ однимъ не ограничиваются случаи, въ которыхъ новыя системы связываютъ съ извѣстными основами обязательства тотъ или другой юридическій способъ ихъ осуществленія. Вопросъ, что люди признаютъ для себя обязательнымъ, независимо отъ формально-вынужденнаго судебнымъ путемъ выполненія такого обязательства, есть настолько же интимный, *внутренній*, нерав-

¹⁾ Такимъ образомъ, здѣсь нѣтъ со стороны должника *намеренія признать* юридическую силу неискового обязательства, и, однако, законъ даетъ акту *ошибочной* уплаты такую же силу, какую имѣетъ сознательная уплата долга, по коему итъ иска. Здѣсь, очевидно, основѣ обязательственнаго отношенія, неимѣющаго исковой силы, придается болѣе значенія, чѣмъ при сознательной уплатѣ, которая уже сама въ себѣ заключаетъ *намереніе* должника санкционировать натуральное обязательство.

рывно связанный съ возрѣніями общества, какъ съ ними связаны, напримѣръ, вопросы чести лица. Въ дѣлахъ этого рода насъ никогда не удовлетворитъ реценція чужихъ мнѣній. Тутъ неизбѣжно должны имѣть силу на ряду съ общими и *особыя возрѣнія*, свойственныя извѣстному времени и извѣстнымъ общественнымъ сферамъ.

Образцомъ *общихъ* основъ натурального обязательства для права латинскаго и современнаго могутъ служить явленія обязательственныхъ отношеній, для осуществленія коихъ, посредствомъ иска, недостаетъ ривизитовъ чисто формальнаго свойства, или по коимъ истекла исковая давность.

Случаи этого рода знакомы не только западнымъ системамъ, но и нашему праву.

Возьмемъ въ дѣйствующей нашей системѣ положенія, опредѣлявшія, въ составѣ т. X, ч. I, изд. 1857 года, заемныя сдѣлки между инородцами. Ст. 2097 говоритъ: „не запрещается дѣлать займы по словеснымъ условіямъ и безъ явки; но условія таковыя, основанныя на одномъ личномъ довѣрїи, не подлежатъ *никакому разбирательству* ни въ судебныхъ мѣстахъ, ни въ волостныхъ правленіяхъ..., ни въ земскихъ, ни въ городскихъ общихъ и частныхъ судахъ“. „Всѣ займы общественныя, безъ дозволенія губернскаго начальства у частныхъ людей сдѣланныя, по общимъ законамъ суть и признаются ничтожными. Иска по нимъ нѣтъ, и взысканіе нигдѣ не производится“ (ст. 2099 тамъ же) ¹⁾.

Законъ не воспрещаетъ такихъ займовъ, но не вооружаетъ кредитора по такимъ займамъ исковыми способами взысканія, очевидно, опасаясь закабаленія посредствомъ частныхъ сдѣлокъ незрѣлаго для гражданскихъ операцій, подобно несовершеннолѣтнимъ, инородческаго населенія въ руки эксплуататоровъ, дѣламъ коихъ содѣйствовали бы власти.

Но отказывая въ искахъ по такимъ сдѣлкамъ, хочетъ ли законъ погасить въ этомъ населенїи сознаніе обязательности добровольной уплаты взятой взаймы суммы? Отнюдь нѣтъ. Обязательство является намъ здѣсь со всѣми отрицательными и положительными признаками настоящаго натурального обязательства. Произведенная уплата не будетъ подлежать возврату какъ уплата недолжнаго. Но это, конечно, одно, при томъ наиболѣе слабое дѣйствіе неисковаго обязательства, и едва-ли было бы справедливо

¹⁾ Эти и другія статьи, опредѣляющія строеніе заемныхъ обязательствъ у инородцевъ въ т. X, ч. 1-ю изд. 1857 г. не внесены и входятъ нынѣ въ составъ Положенія объ инородцахъ, въ т. II, ч. 1-й; см. особ. стт. 305—309.

поднимать юридическую силу такого обязательства на какую-либо высшую степень юридического напряженія.

Другой характерный случай обязательства, какъ мы думаемъ, тоже натурального, слѣдуетъ видѣть въ положеніяхъ нашего права, по существу очень близкихъ къ латинской системѣ, о погашающей давности.

Вопросъ о погашающемъ дѣйствіи давности разрѣшается въ рядѣ положеній, составляющихъ гл. 7-ю раздѣла 2-го (о существѣ и простр. разн. правъ на имущество) книги второй X тома. Эта глава носить общій титулъ *О правѣ судебной защиты по имуществамъ* (ст. 690 — 695). Ст. 694 говоритъ: „иски, такъ же какъ и тяжбы, ограничиваются общей земскою десятилѣтней давностью. Кто въ теченіи оной иска не предъявилъ, или, предъявивъ, хожденія по оному въ присутственныхъ мѣстахъ не имѣлъ, тотъ *теряетъ свое право*“. Точный смыслъ подчеркнутыхъ нами въ текстѣ словъ (*теряетъ свое право*) не можетъ быть правильно истолкованъ иначе, какъ въ примѣненіи къ тому праву, о коемъ трактуетъ вся глава 7-я. Это есть *право судебной защиты* по имуществамъ, иначе, это *право иска*. Въ широкомъ смыслѣ право иска включаетъ въ себя и право возражать противъ требованій истца по существу. Такимъ образомъ, пропустившій десятилѣтній срокъ погашающей давности, утрачиваетъ *исковые способы огражденія* своихъ правъ по имуществу. Значитъ ли это, что съ этимъ вмѣстѣ субъектъ правоотношенія, въ данномъ случаѣ вѣритель, лишается и внѣсудебныхъ способовъ осуществленія своихъ правъ? Конечно, нѣтъ. И такъ, за нимъ остается право вѣрителя, неогражденное искомъ, неисковое или натуральное обязательство должника, которое должникъ можетъ погасить актомъ уплаты долга, не только признавая этотъ долгъ, коего неисковой характеръ ему извѣстенъ, но также и *ошибочно почитая обязательство за исковое*. Едва-ли можетъ быть сомнѣніе, что залоги и поручительства по такимъ, утратившимъ исковые способы осуществленія, обязательствамъ, могутъ оставаться въ силѣ или быть устанавливаемы вновь.

Если наше законодательство и не даетъ намъ прямого отвѣта на вопросы здѣсь нами поднятые, то это легко объяснить, съ одной стороны, формализмомъ юридическихъ возрѣній стараго времени и неразвитостью юридической техники, съ другой. Въ условіяхъ современнаго правосознанія мы не только можемъ, держась указанныхъ пріемовъ толкованія текста, но должны, обязаны идти по этому пути разрѣшенія задачъ нашей практики въ духѣ времени и новыхъ, чуждыхъ старому праву, стремленій

нашего законодательства къ справедливости, а не къ внѣшнему формализму. Аргументировать это легко въ виду законовъ, ограждающихъ противъ сдѣлокъ, направленныхъ къ эксплуатаціи нужды и крайне стѣсненныхъ обстоятельствъ (Уст. о Нак. налаг. Мир. Суд., ст. 180³ и слѣд.), содѣйствующихъ устройству незаконнорожденныхъ дѣтей и т. под.

Мы имѣемъ еще два случая обязательственныхъ отношеній, въ коихъ вопросъ о юридической силѣ неисковыхъ обязательствъ привлекъ въ правѣ латинскомъ и нынѣ привлекаетъ вниманіе западныхъ юрисконсультовъ. Это вопросъ о силѣ обязательствъ людей недѣеспособныхъ, особенно малолѣтнихъ, и долговъ, происшедшихъ по игрѣ.

Наше законодательство касается вопроса о долгахъ лицъ недѣеспособныхъ въ положеніяхъ о несовершеннолѣтнихъ и о безумныхъ и сумасшедшихъ. Въ положеніи тѣхъ и другихъ есть общія черты. Вопросъ о *недѣйствительности обязательствъ, выданныхъ недѣеспособными* (ст. 220), не возбуждаетъ сомнѣній. Но какъ толковать эту недѣйствительность, въ смыслѣ ли полного ничтожества сдѣлки, особенно заемной, которую чаще всего ищутъ оспаривать въ этихъ условіяхъ, или въ смыслѣ неисковаго характера подобнаго обязательства? Мы только что рассмотрѣли положеніе инородцевъ, которые уподобляются въ отношеніи заемныхъ сдѣлокъ малолѣтнимъ, и мы видѣли, что для этого вида цивильно-незрѣлыхъ людей нашъ законъ объявляетъ заемныя сдѣлки только неисковыми, если онѣ совершены безъ письменнаго удостовѣренія и безъ особаго дозволенія, одобренія и поручительства ихъ начальствъ (ср. стр. 2097 и 2074 по изд. 1857 г.). Тутъ много аналогическаго съ положеніемъ недѣеспособныхъ людей по общему праву. Но положенія общаго права не даютъ намъ прямого отвѣта на поставленный нами выше вопросъ.

Однако, ст. 222, ближе другихъ касающаяся вопроса, не даетъ повода толковать эту недѣйствительность въ смыслѣ ничтожества заемной сдѣлки. Все, что въ ней прямо выражено (несовершеннолѣтній, давшій письменное обязательство, или совершившій какой либо актъ отъ своего имени, безъ согласія опекуна, *не подвергается никакому взысканію и отвѣту* ни во время малолѣтства, ниже по вступленіи въ совершеннолѣтіе), очевидно, ограничивается отказомъ въ судебномъ содѣйствіи, что равносильно объявленію такихъ обязательствъ неисковыми, какъ для инородцевъ, а никакъ не болѣе. Въ виду этого несомнѣнно, что послѣдующее, по достиженіи совершеннолѣтія, *признаніе*

такого обязательства даетъ ему силу исковаго. Въ этомъ смыслѣ мы имѣемъ довольно выдержанную сенатскую практику за продолжительное время (ср. Гаугеръ къ стт. 220, пр. 12, и къ 222, прим. 2-е).

Остается нерѣшеннымъ вопросъ о дѣйствии уплаты по такому обязательству, когда уплата послѣдовала со стороны третьихъ лицъ или самого должника, по достиженіи имъ совершеннолѣтія. Нѣтъ сомнѣній, что обязательство, неисковое, служить достаточнымъ основаніемъ для настоящаго юридическаго смысла уплаты по немъ, безъ права потребовать такую обратную, какъ при уплатѣ недолжнаго. Нужно ли здѣсь со стороны плательщика сознание выполненія именно неисковаго долга, или и ошибка въ этомъ смыслѣ не мѣшаетъ юридическому эффекту уплаты? Нѣтъ никакого основанія ограничивать эффектъ уплаты случаями сознаваемого неисковаго характера долга. Наконецъ, любопытенъ вопросъ о силѣ залоговъ и поручительствъ со стороны третьихъ лицъ по такимъ неисковымъ обязательствамъ. Вопросъ этотъ очень занималъ французскую юриспруденцію, и въ ней совершенно послѣдовательно поддерживается мнѣніе, что такія средства обезпеченія неисковыхъ обязательствъ несовершеннолѣтнихъ должны быть признаны юридически эффективными¹⁾.

Изумительно разнообразными по своему юридическому эффекту являются въ разныхъ современныхъ системахъ обязательства, возникающія *изъ игры или пари*, по коимъ проигравшій обязывается уплатить ставку выигравшему. Нѣкоторые кодексы держатся латинской точки зрѣнія на игру и пари, противопоставляя ихъ дѣлу серьезному и отказывая обязательствамъ по игрѣ въ осуществленіи посредствомъ иска. Даже послѣдовавшую уплату не рассматриваютъ какъ погашеніе обязательства и допускаютъ обратное ея требованіе, особенно по игрѣ запрещенной. Code civil отвергаетъ всякую легальную защиту судебными средствами долга, происшедшаго по игрѣ или для уплаты пари (1965); но, однако, также какъ въ правѣ латинскомъ, игры, служащія упражненіемъ мужества, ловкости (конечно, игры перечисленные здѣсь суть любимыя французскія игры, особенно jeu de romme) не только допускаютъ уплату должника или пари, но предоставляютъ и средства исковыя выигравшему, съ однимъ ограниченіемъ, именно въ смыслѣ предѣла ставки, сумма которой можетъ быть редуцирована судомъ, если будетъ найдена чрезмѣрной (1996). Уплаченный по игрѣ долгъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть

¹⁾ Baudry Lacantinerie III, стр. 563 (n^o. 950, 951).

потребованъ обратно (1967; тоже въ австр. код. § 1432; тоже у пруссаковъ для долговъ по незапрещенной игрѣ, при чемъ, однако, поручительство и новація почитаются вообще недѣйствительными по долгамъ этого рода) ¹⁾.

Наряду съ этими болѣе или менѣе близкими къ латинскому прототипу комбинаціями нынѣшнія системы даютъ силу натурального обязательства совершенно своеобразнымъ основамъ долговыхъ отношеній.

Итакъ, германская практика недопускаетъ обратнаго требованія излишковъ взносовъ, которые оказались бы сдѣланными хотя и ошибкой предпринимателемъ въ пользу кассы его рабочихъ. Тотъ же юридическій эффектъ имѣетъ переплата со стороны несостоятельнаго, по аккорду его съ кредиторами, не только когда онъ зналъ объ этомъ излишкѣ, но и въ случаѣ ошибки его на этотъ счетъ ²⁾.

Очевидно, особенно въ послѣднихъ образцахъ, что нѣкоторымъ эпохамъ въ исторіи развитія социальныхъ отношеній свойственны такія воззрѣнія на социальные обязанности, которыхъ старое время вовсе не хотѣло знать.

Нашъ дѣйствующій кодексъ признаетъ ничтожнымъ долгъ, когда онъ произошелъ по игрѣ или произведенъ для игры съ вѣдома о томъ займодавца (2014, 2019). Указанныя положенія имѣютъ, однако, въ виду тотъ случай, когда такое свойство долга будетъ установлено *судебнымъ разсмотрѣніемъ*, вызваннымъ, очевидно, отказомъ должника добровольно платить по такому заемному обязательству. Это не значитъ, натурально, что и *добровольная уплата* такого долга должна быть разсматриваема какъ уплата недожнаго. Обязательство указаннаго въ ст. 2014 и 2019 свойства, очевидно, способно тоже послужить основой для слабѣйшаго изъ перечисленныхъ выше дѣйствій неисковыхъ обязательствъ, именно эффективнаго погашенія черезъ уплату, когда должникъ платитъ, сознавая свое право оспаривать долгъ, а не по ошибкѣ.

Дернбургъ, стараясь обобщить это явленіе неисковыхъ обязательствъ и раскрыть его внутреннія основанія, выражаетъ по этому поводу такую мысль. Есть-де такія обязательственные отношенія, съ которыми считается *гражданское общество* частью по соображеніямъ доброй славы и меркантильнаго кредита, частью по чувству приличія и по требованіямъ нравовъ, и которымъ, однако, *государство* не рѣшается дать полнаго признанія иско-

¹⁾ Hasenöhrl, стр. 30, пр. 12, Дернбургъ. Preus. Landr. II, § 4.

²⁾ Дернбургъ, тамъ же.

выхъ правоотношеній по цивильно-политическимъ основаніямъ. Въ то же время оно не можетъ отказать имъ въ нѣкоторой силѣ, въ нѣкоторомъ воздѣйствіи на его предписанія (Pandekten II, изд. 1897 г., стр. 10).

Для вопроса объ этихъ основахъ обязательности, конечно, важенъ и *источникъ*, откуда онѣ воспріемлютъ свою силу (*гражданское общество* и его правосознаніе); но несомнѣнно важно и юридическое мастерство, *умѣнье различать оттенки*, въ коихъ обнаруживается юридическая идея, рѣзче или мягче выраженные, и этимъ различіемъ ея напряженія, этими нюансами, опредѣлять степень развитія и относительную силу различныхъ правооснованій.

§ 4.

Обязательства общія и торговыя. — Происхожденіе различія. — Современное положеніе вопроса. — Критерій для разграниченія двухъ областей обязательственныхъ отношеній.

Современное обязательственное право большихъ европейскихъ государствъ представляетъ оригинальное, незнакомое римскому праву раздвоеніе обязательственныхъ системъ на двѣ группы институтовъ: на *институты общаго права* по обязательствамъ и *особеннаго обязательственнаго права торговаго* ¹⁾.

Это обособленіе системы торговаго права вообще и обязательствъ торговыхъ въ особенности составляетъ въ дѣйствующихъ системахъ остатокъ средневѣковыхъ преданій. Въ современныхъ западныхъ литературахъ значеніе и необходимость такого раздвоенія системъ и особенно системъ права обязательственнаго подвергалась неоднократно и съ разныхъ сторонъ большимъ сомнѣніямъ. Защитники общности торговыхъ институтовъ подкрѣпляютъ свое мнѣніе тѣмъ, что въ интересахъ самаго широкаго обмѣна необходимо для обязательствъ торговыхъ въ особенности свойство универсализма и особой подвижности его институтовъ (Гольдшмитъ); крайне важна также быстрота совершенія, легчайшая распознаваемость торговыхъ сдѣлокъ и осуществимость притязаній въ специальныхъ инстанціяхъ торговаго суда. — Противники существующаго дуализма находятъ, что достоинство легкой распознаваемости и осуществимости правъ не слѣдуетъ терять изъ виду

¹⁾ Въ особую систему права торговаго входятъ не одни институты права обязательственнаго, коего мы здѣсь только и касаемся, а еще рядъ другихъ институтовъ права частнаго и публичнаго, о чемъ подробно въ Курсахъ Торговаго Права.

не только для обязательствъ торговыхъ, но и для общихъ, а вмѣстѣ съ этимъ они требуютъ для институтовъ торговаго права устойчивости въ замѣнѣ излишней подвижности, которой они подвергаются. Писатели этого лагеря указываютъ сверхъ того, что въ практикѣ современнаго общаго и торговаго обязательственнаго права граница примѣненія институтовъ той и другой системы все болѣе и болѣе сглаживается, и въ послѣднее время одинъ изъ наиболѣе характерныхъ для торговаго обмѣна институтовъ, именно вексель, повсюду перестаетъ быть исключительнымъ орудіемъ оборота въ кругахъ только коммерческихъ (Дернбургъ). Этотъ споръ западныхъ писателей находилъ нѣкоторый отголосокъ и въ нашей юридической литературѣ ¹⁾.

Не смотря, однако, на эти весьма цѣнные для дальнѣйшей обработки институтовъ обязательственнаго права теоретическія соображенія, мы видимъ, что главнѣйшія системы дѣйствующаго права на западѣ и вслѣдъ за ними нашъ сводъ законовъ держится старой традиціи раздвоенія нормъ общаго и торговаго права и отчасти двойственной организаціи судебныхъ инстанцій для дѣлъ той и другой категоріи.

Не только французы удерживаютъ свой Code de Commerce (вступилъ въ дѣйствіе съ 1-го янв. 1808 г.), какъ особый для торговаго права, но это раздвоеніе нормъ остается въ силѣ и въ тѣхъ территоріяхъ, гдѣ реципированы съ большей или меньшей точностью французскія кодификаціонныя работы начала XIX столѣтія.

Въ самое послѣднее время и нѣмцы оставили этотъ дуализмъ институтовъ обязательственнаго права неустраненнымъ, хотя ими сдѣлано очень много для выработки не только общаго гражданскаго права, но съ 1877 г. (новый Civilprozessordnung) и для *устраненія двойственности судебныхъ инстанцій* по дѣламъ гражданскимъ общимъ и торговымъ.

Мы обращаемъ здѣсь въ особенноти вниманіе на эти образцы французскаго и нѣмецкаго законодательства по тому соображенію, что господствовавшія въ первой половинѣ XIX столѣтія французскія воззрѣнія встрѣчаютъ нынѣ во многихъ вопросахъ права общаго и торговаго конкуренцію нѣмецкихъ ученій. Въ данномъ случаѣ, однако, оба руководящія государства сходятся на практикѣ, не торопясь замѣной указаннаго дуализма кодексовъ права общаго и торговаго одной системой институтовъ гражданскаго права.

¹⁾ Объ одномъ эпизодѣ этого спора см. въ Юридич. Библиогр. изд. Юридич. Факульт. Имп. С.-Петербург. Универс. Годъ 1-ый (1884) Гельбке, Торговое право и Гражд. уложеніе (№ 80, стр. 147).

Задачи, которыя ставятъ на очередь оба руководящія законодательства, заключаются, повидимому, вовсе не въ томъ, чтобы изъ двухъ кодексовъ непременно, и чего бы это ни стоило, составить одинъ свавокъ, какъ бы ни осталось при этомъ пестрое содержаніе. Одно формальное объединеніе такого рода ничего собственно не рѣшаетъ. Расчеты идутъ гораздо далѣе этого.

Мы намѣтимъ здѣсь стремленія, которыя опредѣлились главнымъ образомъ въ Германіи послѣ 1806 года, когда политическое единство націи и всякіе виды на формальное объединеніе ея права приходилось поневолѣ откладывать на неопредѣленное время. Какую цѣль ставили себѣ въ этихъ условіяхъ нѣмцы? Можно, безъ преувеличенія, сказать, что нѣмцы, въ этихъ неблагоприятныхъ условіяхъ для внѣшней унификаціи права, не теряли ни одной минуты для сближенія, насколько это возможно, внутренняго строенія тѣхъ институтовъ, которыхъ близость хотя бы только по этимъ внутреннимъ признакамъ, по ихъ содержанію, представлялась въ особенности практически важной для интересовъ обмѣна во всѣхъ политически разведенныхъ нѣмецкихъ территоріяхъ. Какія же это были институты? Конечно, прежде всего тѣ, которые, начиная съ средних вѣковъ, опредѣлились какъ особая система институтовъ именно *торговаго права*. Что за дѣло, что это была традиція средневѣковая, а не классическая! Матеріальное сходство строенія этихъ институтовъ компенсировало теперь, какъ и въ средних вѣкахъ, въ весьма значительной степени отсутствіе формальной общности ихъ источника. Сходные институты, дѣйствовавшіе въ разныхъ территоріяхъ, служили прекрасно основой если *не общаго* (*gemeines*), то повсюду *одинаковаго*, и въ этомъ смыслѣ *всеобщаго торговаго права*, *allgemeines Handelsrecht*. Принципіально важное формальное различіе этихъ понятій далеко не давало себя особенно тяжело чувствовать въ примѣненіи къ правителѣ. Этимъ путемъ побуждалась сверхъ того заранѣе трудность, которую не было нужды вторично одолевать тогда, когда, при измѣнившихся политическихъ условіяхъ, оказалась на лицо и единая законодательная компетенція, способная сообщить этимъ готовымъ нормамъ формальную санкцію общаго торговаго права имперіи.

Вотъ то движеніе, которое мы наблюдаемъ въ Германіи до той поры, пока не было на лицо единой имперской законодательной компетенціи.

Но собственно тотъ же результатъ *фактическаго сближенія* если не всѣхъ, то весьма многихъ институтовъ той же области

торгового права достигали и тѣ многочисленныя территоріи, которыя редицировали одна за другою въ первой половинѣ истекающаго столѣтія французскій Code de commerce. Что за дѣло для интересовъ торга, что законъ о векселяхъ въ Польшѣ, Греціи, на востокѣ не есть формально-единый для этихъ земель. Достаточно пока и того, что населеніе разныхъ территорій въ количествѣ свыше 233 милліоновъ жителей на пространствѣ слишкомъ полумилліона квадратныхъ миль ¹⁾ одинаково понимаетъ и примѣняетъ институтъ, напр., векселя, во всемъ жизненномъ торгово-промышленномъ оборотѣ, или другіе подобныя институты торгового права.

Натурально, тамъ гдѣ возможно къ тождеству фактическому присоединить еще начала *легальной общности институтовъ* никто не упуститъ поставить на очередь достиженіе и этой цѣли. Такъ поступили, какъ мы сейчасъ покажемъ, нѣмцы съ своимъ кодексомъ *всеобщаго* торгового права. По отношенію къ завоеваннымъ французскимъ провинціямъ (Эльзась и Лотарингіи) они пошли далѣе и ни минуты не поколебались замѣнить дѣйствовавшій въ этихъ земляхъ Code de commerce, который, съ момента отторженія пересталъ быть кодексомъ права общаго (съ Франціей), своимъ кодексомъ торгового права, который подчинилъ эти территоріи хотя новому, но теперь опять общему торговому праву всей нѣмецкой имперской территоріи.

Въ результатѣ, обособленіе права торгового отъ гражданскаго едва-ли до сихъ поръ способно вызвать сомнѣніе въ своей цѣлесообразности, даже въ теперешнихъ бытовыхъ условіяхъ, когда вопросы торга и обмѣна торговыми обязательствами интересуютъ далеко не однихъ торговцевъ. Германія удержала это обособленіе и послѣ образованія имперскаго общаго гражданскаго права. У нѣмцевъ и теперь, въ отличіе отъ права римскаго, двѣ системы обязательствъ, права общаго гражданскаго (кодексъ 18 авг. 1896 г.) и торгового (Handelsgesetzbuch изд. 1897 г.). Вся перемѣна противъ прежняго въ томъ, что торгового кодекса незачѣмъ называть всеобщимъ, ибо онъ есть такой же имперскій общій, какъ и кодексъ общаго гражданскаго права, и разница изданія торгового кодекса 1897 г. отъ прежняго по содержанию ограничивается тѣмъ, что при наличности общаго гражданскаго и торгового кодексовъ лучше согласованы отдѣльныя ученія, которыя входятъ въ составъ того и другого кодекса.

Въ этомъ своемъ видѣ, какъ отдѣльный сборникъ права для

¹⁾ Borchardt Oscar-Sammlung der... Wechselgesetze (см. Юрид. Библ. № 3, стр. 168).

торгового промысла вообще и для морского торго (Seehandel) въ особенности новый кодексъ несомнѣнно явится сильнымъ конкурентомъ значительно устарѣвшаго Code de commerce на попрощѣ универсальной рецепціи.

Чтобъ освѣтить себѣ еще болѣе вопросъ объ отношеніи обязательственнаго права торгового отъ обще-гражданскаго въ современной практикѣ полезно имѣть въ виду законодательное движеніе Швейцаріи и Скандинавскихъ государствъ въ особенности.

Швейцарская федерація искала объединенія своего гражданскаго права цѣной большихъ усилій и не взирая ни на пестроту ея населенія, ни на его разноязычность и разноисповѣдность. При наличности, однако, очень разнообразныхъ институтовъ, особенно поземельно-вещнаго права, достигнуть этого, безъ насилій, было трудно. Тогда рѣшено было изъ общей системы гражданскихъ правоотношеній выдѣлить область обязательствъ и, соединивъ ее съ институтами частнаго торгового права, ввести этотъ Code fédéral suisse des obligations въ дѣйствіе начиная съ 1-го января 1883 года во всѣхъ кантонахъ федераціи. Такое частичное сочетаніе двухъ системъ обязательствъ имѣетъ цѣну для такихъ земель, которыя пока не имѣютъ общаго гражданскаго права и въ которыхъ, однако, потребность общенія въ правѣ есть уже весьма назрѣвшая. Нѣчто подобное задумывалось и въ Германіи въ неудобную для объединенія всего ея гражданскаго права эпоху. Едва-ли отъ этого сочетанія практика выиграетъ больше, чѣмъ потеряетъ отдѣльно каждая партикулярная система отъ выдѣленія изъ ея состава такой капитальной части цѣлаго, какою является система общецивильныхъ обязательствъ. Это какое то довольно болѣзненное переходное состояніе всего права. Можно навѣрное сказать, что примѣръ Швейцаріи не найдетъ себѣ нигдѣ, особенно въ странахъ развитаго морского торго, никакого подражанія.

Много поучительнѣе примѣръ скандинавскихъ государствъ. Здѣсь мы находимъ санкціонированное парламентами трехъ территорій объединеніе права вексельнаго и ордерныхъ бумагъ вообще, которое введено въ дѣйствіе съ 1-го января 1881 года, опять независимо отъ вопросовъ правосбщенія въ другихъ институтахъ обязательственной системы ¹⁾.

Мы уже отмѣтили выше, что та же двойственность права

¹⁾ Lyon-Caen Traité t. I n° 49 и 52. Читатель найдетъ здѣсь же указаніе и на дальнѣйшее стремленіе къ единенію международному въ области нѣкоторыхъ институтовъ цивильной системы; подробности особенно въ паданіяхъ института международнаго права, Annuaire de l'Institut de droit international

гражданскаго, общаго и торговаго, какую мы видимъ на западѣ, составляетъ, конечно, подѣ господствовавшимъ въ пору образованія Свода французскимъ вліяніемъ, отличительную черту и нашей дѣйствующей системы отъ права римскаго. При этомъ мы удерживаемъ этотъ дуализмъ не только для институтовъ права матеріальнаго, но и для процесса. То и другое входитъ въ составъ разныхъ томовъ свода законовъ (т. X ч. 1-я, и т. XVI ч. 2-я, а для торговыхъ институтовъ т. XI ч. 2-я).

Недостаточность теоретическихъ основаній для подобнаго расчлененія и здѣсь можетъ быть доказываема тоже особенно въ системѣ процессуальныхъ нормъ и институтовъ обязательственнаго права ¹⁾. Эта недостаточность еще, пожалуй, рѣзче сказывается у насъ, чѣмъ на западѣ, ибо распредѣленіе матеріи по указаннымъ томамъ свода законовъ производилось мѣстами у насъ скорѣе подѣ вліяніемъ какихъ-то кодификаціонныхъ случайностей, чѣмъ на основаніи какихъ-либо теоретическихъ или практическихъ соображеній. Мы остановимся на одномъ примѣрѣ этого рода. Code civil и code de commerce составляли въ ту пору, несомнѣнно, виднѣйшій источникъ кодификаціонныхъ вдохновеній по крайней мѣрѣ для области цивилистики. Но если мы сопоставимъ составъ указанныхъ двухъ томовъ, X ч. 1-й и XI ч. 2-й (не перваго, а послѣдующихъ изданій), то уклоненія отъ прототипа окажутся поразительныя. Возьмемъ для примѣра положенія о товариществѣ. Code civil (какъ и нынѣшній Имперскій кодексъ 96 г.) заключаетъ въ себѣ хорошо развитыя положенія для *договорнаго товарищества*. Отдѣльные виды *торговыхъ товариществъ* разработаны у французовъ (особенно до 67 г.) слабѣе, у нѣмцевъ превосходно въ кодексѣ торговомъ (въ изд. 97 тоже въ виду общихъ нормъ для товарищества договорнаго въ Имперскомъ кодексѣ гражданскаго права 96 года). Противъ такого распредѣленія матеріи обязательственнаго права, общей, на ряду съ другими договорно—обязательственными формами, и особенной, для товарищества полнаго, на вѣрѣ и акціонерной компаніи, въ составѣ институтовъ торговаго права, нельзя рѣшительно ничего сказать ни съ какой точки зрѣнія, ниже съ подлинно-латинской, ибо латинское право не знало такихъ формъ товарищества, которыя выработала новая жизнь.

Но вотъ въ нашей кодификаціи по тому же предмету мы находимъ явленія дѣйствительно уродливыя. Начать съ того, что по-

¹⁾ См. выше въ нашемъ Введеніи, гдѣ мы пытались дать скалу пригодности разныхъ частей системы для постепенной выработки началъ права общаго насчетъ партикуляризмовъ (особ. § 4).

нате *договорнаго* товарищества почти вовсе не развито въ системѣ общихъ гражданскихъ институтовъ. А за тѣмъ, одна изъ формъ торговаго товарищества, акціонерная компанія, попала въ т. X ч. 1, а другія двѣ, которыя могли бы во всякомъ случаѣ стать наряду съ первой, оказались въ составѣ т. XI ч. 2-й. Любопытно, куда опредѣлила бы наша кодификація такую смѣшанную форму какъ акціонерно-командитное товарищество! Встрѣчаясь съ такими странностями, дѣйствительно не трудно оспаривать и всякій смыслъ и всякія основанія для распредѣленія всего состава обязательствъ на двѣ системы, общихъ гражданскихъ и особенныхъ торгово-обязательственныхъ договорныхъ формъ...

Мы не защищаемъ именно нашей системы (если это *система!*), но не находимъ въ то же время основанія отвергать значеніе для современнаго права указаннаго нами выше дуализма обязательственныхъ системъ вообще на томъ основаніи, что латинское право не знало этого раздвоенія и что обязательственные институты того и другого типа вмѣстѣ съ временемъ утрачиваютъ тѣ или другія черты своей особенности.

Проектъ Гражданскаго Уложенія, книга пятая, заключающая въ себѣ именно Обязательства, стоитъ на точкѣ зрѣнія прямо противоположной и держится системы швейцарской кодификаціи, съ двумя, впрочемъ, до крайней степени важными отступленіями.

1) Швейцарское право соединяетъ торговое право не съ кодексомъ всѣхъ институтовъ гражданскаго права, а лишь съ *одной частью* общей системы гражданскихъ институтовъ.

2) Швейцарскій кодексъ посредствомъ этого сочетанія ищетъ достигнуть *объединенія*, въ составъ общаго права для всѣхъ кантоновъ, всего, что въ системѣ права частнаго способно къ такому объединенію.

Указанный нами проектъ русскаго гражданскаго уложенія, соединяя нѣкоторую часть нашего торговаго кодекса съ системой всѣхъ гражданскихъ институтовъ, совсѣмъ не имѣетъ въ виду *расширеніе правообщенія* въ какой бы то ни было части системы, тѣмъ менѣе въ цѣломъ ея составѣ. Задача Коммиссіи ставится такъ ¹⁾, какъ ее никогда не ставилъ ни одинъ кодексъ граждан-

¹⁾ Мы позволяемъ себѣ выразить большое сомнѣніе, чтобы эта Коммиссія съ начала и до конца своей дѣятельности, не смотря на безсмысленность своего состава въ лицѣ его руководящихъ представителей, преслѣдовала *одну и ту же цѣль* даже въ главнѣйшихъ своихъ задачахъ. Мы говоримъ здѣсь о двойственности системъ обязательствъ, общихъ и торговыхъ. Первое декабря 1894 г. (12 лѣтъ послѣ учрежденія Коммиссіи, когда былъ весь досугъ обдумать *планъ работъ*), господинъ председатель В. У. Коммис. публиковалъ во всеобщее свѣдѣніе о послѣдовавшемъ *изготовленіи*, очевидно, тогда же, проектовъ, изъ коихъ одинъ, именно проектъ *Обязательственаго права* (нынѣ, въ 1899 г.,

скаго права. Цѣль этой кодификаціи, вопреки всѣмъ извѣстнымъ образцамъ работъ подобнаго рода, указаннымъ намъ выше, составляетъ *укрѣпленіе и дальнѣйшее развитіе на территоріи одного государства партикуляризма*, вмѣсто объединенія ихъ, при наличности при этомъ самыхъ благопріятныхъ условій нашего государственнаго строя, составляющихъ историческое достояніе отечественной культуры права. Она вся направлена къ правообщенію, къ объединенію институтовъ процессуальнаго и матеріальнаго права, притомъ безъ всякихъ проявленій излишняго усердія, которое такъ часто вредило успѣху подобныхъ предприятий на Западѣ. И вотъ этому свободному и естественному стремленію нашего гражданскаго права къ единству для всей Россіи проектъ книги V идетъ явно наперекоръ, прямо навстрѣчу.

Мы имѣли до сего особый кодексъ торговый, заключавшій въ себѣ, по своему содержанію, какъ всѣ торговые кодексы западные, очень много началъ права общаго. Его положеніе, какъ особаго комплекса нормъ, могутъ подлежать дѣйствительно многимъ улучшеніямъ, путь для коихъ указываютъ измѣняющіяся и расширяющіяся потребности правообщенія и успѣхи науки права. Въ этомъ смыслѣ торговое право идетъ впереди другихъ частей общей системы гражданскихъ институтовъ. Оно естественно, по этимъ соображеніямъ, можетъ стоять вышнимъ образомъ, въ смыслѣ кодификаціи, врозь съ другими частями системы.

появившійся въ продажѣ) заключалъ всего „около 800 ст.“ (см. наши Чтенія изд. 3-е стр. 234 примѣч.). Это значительно больше новаго нѣмецк. Уложенія, гдѣ этой части посвящено около 610 статей. Но все же такое увеличеніе числа статей понятно, даже при простомъ расчлененіи слишкомъ иногда обширныхъ, положимъ, нѣмецкихъ параграфовъ на нѣсколько отдѣльныхъ статей въ русской редакціи. Но какъ объяснить себѣ, что вмѣсто 600 нѣмецкихъ или около 800 русскихъ статей, проектъ 1899 года въ дѣйствительности даетъ намъ *больше тысячи ста статей* для однихъ обязательствъ (за дѣлѣ ихъ 1106)?! Откуда могло явиться на 800 статей не предполагаемыхъ только въ 1894 г., но уже *изготовленныхъ*, еще 300, дѣлѣхъ 300 совсѣмъ неожиданныхъ? Не допускаемъ, чтобы господинъ предѣлатель, послѣ 12 лѣтъ работы, не звалъ въ 1894 г., что дѣлаетъ Коммиссія. Онъ, конечно, имѣлъ вполнѣ точныя свѣдѣнія о положеніи дѣла. Чѣмъ же объяснить такой промахъ? *Знали ли Коммиссія въ декабрѣ 1894 года, что въ проектъ обязательствъ имѣютъ войти не только общія, но и торговая обязательства?* Если Кодификаціонная Коммиссія черезъ 12½ лѣтъ работы не знала, какая это работа, какал ея программа, къ чему она направлена, то неожиданный приростъ трехъ сотъ статей на 800 наличныхъ совершенно понятенъ. Включеніе, весьма вѣроятное, послѣ декабря 1894 г., въ составъ обязательствъ гражданскихъ еще 300 статей для обязательствъ торговыхъ рисуетъ намъ, какъ нельзя лучше, внутренніе процессы кодификаціоннаго творчества этой Коммиссіи. Какъ и почему произошло это приращеніе, на чемъ основывалось запоздалое ослобженіе проекта статьями изъ права торговаго, если наше предположеніе вѣрно,—объ этомъ очень серьезно въ вопросѣ „Объясненія“ ничего не объясняютъ. Швейцарскій законъ объ обязательствахъ, вмѣстѣ съ вексельнымъ уставомъ, котораго у насъ не ввели въ общую редакцію кн. V, имѣетъ всего 830 статей.

Путь естественный, коимъ должны идти его институты въ дальнѣйшемъ развитіи, для всякаго, кто хочетъ видѣть, совершенно ясенъ, чтобы не ходить далеко, хотя бы, для примѣра, въ теперешнемъ движеніи нѣмецкаго законодательства. Въ Германіи дѣлаютъ все необходимое, чтобы впередъ устранять *двойственность судебныхъ инстанцій* и процессуальныхъ различій по дѣламъ общимъ и торговымъ, оставляя пока вовсе въ сторонѣ задачу сплетенія институтовъ общаго и торговаго права въ одинъ кодификаціонный спивокъ. Настоящій нѣмецкій юристъ не давалъ и не дастъ подобному пустому дѣлу никакой цѣны.

Что же производимъ мы въ этой области? О дальнѣйшихъ успѣхахъ слиянія двухъ процессуальныхъ компетенцій въ Объясненіяхъ не находимъ ни слова. Можно бы думать, что задача правообщенія поставлена серьезно въ какомъ-либо другомъ смыслѣ! Совѣмъ нѣтъ. Быть можетъ кодификація послѣдуетъ швейцарскому образцу, сливая право торговое съ правомъ обязательственнымъ *общимъ*? Нѣтъ, общаго права *пока* не можетъ, по несчастнымъ идеямъ Коммиссіи, въ Россіи быть никакого. Ни одинъ изъ институтовъ гражданского кодекса не можетъ и не долженъ быть общимъ для всѣхъ русскихъ территорій. Въ Россіи могутъ и должны быть и остаться одни партикулярные кодексы гражданского права. И вотъ къ такому *партикулярному кодексу*, для коего закрыть вовсе доступъ въ территорію другихъ кодексовъ, имѣеть быть, въ цѣляхъ дальнѣйшаго расширенія партикуляризмовъ, прицѣпленъ кодексъ торговаго права.

Отвергая безусловно всякій разумный и практическій смыслъ подобнаго опыта для послѣдующей исторіи русскаго права мы не только не находимъ излишнимъ, но почитаемъ весьма цѣнными для насъ научныя и законодательныя попытки, особенно въ правѣ нѣмецкомъ, провести, насколько это возможно въ современныхъ условіяхъ, опредѣленные границы права торговаго и общаго, особенно въ области отношеній обязательственныхъ ¹⁾.

Границы сдѣловъ торговыхъ и общихъ гражданскихъ видовъ обыкновенно въ легальныхъ нормахъ и ихъ сборникахъ того и другого рода. Мы только-что показали на одномъ примѣрѣ выше, что наша кодификаторы очень плохо умѣли справиться съ этой немаловажной задачей. Слѣдуя образцу французскаго кодекса, у насъ эту задачу ставили въ связь съ разграниченіемъ предметовъ вѣдомства и подсудности торговыхъ судовъ въ отличіе отъ общихъ ²⁾.

¹⁾ Мы не хотимъ напоминать нашимъ кодификаторамъ, какую *встрѣчу* въ свое время дѣлали нѣмцы подобнымъ проектамъ на ихъ роднѣхъ.

²⁾ Таки ставилъ себя задачу г. Меликъ-Оганджановъ въ очень хорошей

Вспомогательнымъ легальнымъ ресурсомъ могутъ служить положенія о пошлинахъ за право торговли ¹⁾. Однако обособленіе обязательствъ торговыхъ не связано необходимо не только съ положеніями фискальными, но ниже съ особой компетенціей торговыхъ судовъ ²⁾. Поэтому, конечно, желательно поставить этотъ вопросъ совершенно самостоятельно, чего и ищутъ нынѣ достигнуть особенно нѣмецкія легальныя и научныя работы въ этой области.

Вполнѣ точнаго и исчерпывающаго разграниченія сдѣлокъ торговыхъ и неторговыхъ въ теперешнихъ условіяхъ достигнуть трудно. Французы держались въ старой литературѣ критерія спеціальной компетенціи, какая установлена процессуальными нормами для сдѣлокъ, разсматриваемыхъ закономъ какъ торговыхъ. Нынче и видные французскіе писатели держатся того критерія, который выработанъ нѣмецкимъ торговымъ кодексомъ прежнихъ изданій и въ существѣ удержанъ въ кодексахъ изд. 97 г. ³⁾.

Въ старину было не трудно ориентироваться въ вопросѣ, руководясь чисто *субъективнымъ* критеріемъ, ибо вся масса торговыхъ дѣлъ сосредоточивалась въ классѣ профессиональныхъ торговцевъ. Когда этотъ критерій сталъ ненадежнымъ, его замѣнили въ литературѣ *объективными* признаками состава самой сдѣлки, по коему дѣйствительно можно въ массѣ случаевъ надежнымъ

работѣ на эту тему, напечатанной въ Запискахъ Новорос. Университета т. XXIX (начало 80-хъ годовъ) и отдѣльно подъ заглавіемъ Разграниченіе подсудности Коммерч. суд. отъ подсудн. суд. учрежден. общихъ и мировыхъ.

¹⁾ Г. Носенко очень основательно присоединяетъ къ св. изд. Устава Торговаго и эти положенія о сборахъ за права торговли изъ состава V т. Св. Закон. Нынѣ слѣдуетъ особенно имѣть въ виду Положеніе о государственномъ промысловомъ налогѣ (Выс. утвержд. 3 іюня 1898 г. Ми. Госуд. Сов.), напечатанное въ Законодательномъ Бюлетенѣ за 1898 г. (1-ое полугодіе) подъ редакц. А. Ф. Волкова и Ю. Д. Филиппова, изд. тип. тов. „Обществ. Польза“, стр. 154. Нов. изд. Торгов. Уст. напечатано съ очень цѣнными приложениями подъ редакцію А. Черкаса (изд. Чичинадзе) 1900 г.

²⁾ Вопросъ о необходимости особой компетенціи для дѣлъ торговыхъ не разъ возбуждался въ нашей литературѣ. Въ послѣднее время крайне интересныя соображенія по этому предмету публиковалъ высоко-просвѣщенный и опытный нашъ юристъ Д. В. Туткевичъ (товарищъ предсѣдателя Варшавскаго Коммерч. Суда) въ двухъ обширныхъ статьяхъ Журн. Мин. Юст. за 1898 г., сентябрь и октябрь „О нашихъ коммерческихъ судахъ“, гдѣ читатель найдетъ цѣнные литературныя указанія.

³⁾ Ориентироваться въ этихъ разныхъ издавіяхъ не трудно, хотя вообще тутъ сдѣланы многочисленныя перестановки статей изъ одной книги въ другую. Нѣмецкаго способа опредѣленія границъ держатся теперь не только коммерціалисты, но и Дернбургъ, для прусскаго права, Газенбурль, для австрійскаго, и Lyon-Saen, Traité, I, 99 и слѣд., для французскаго права. Мы коротко беремъ въ текстѣ тотъ же критерій, ибо онъ дальше другихъ отъ случайнаго и произвольнаго, которое легко найти въ любыхъ позитивныхъ нормахъ. Естественно для спеціальнаго изученія вопроса въ известномъ законодательствѣ надо знать его особія положенія и практику (см. для нашего права особенно изд. Носенко, также Черваса).

образомъ установить, идетъ ли дѣло о торгѣ, или объ операціяхъ общецивильнаго типа. Нынешняя метода состоитъ въ *смѣшанномъ примѣненіи* того и другого критерія ¹⁾.

Такимъ образомъ общій объективный критерій даетъ намъ впередъ *отрицательный* результатъ, исключая вовсе изъ сдѣлокъ торговаго типа:

А) всѣ акты семейнаго права, не имѣющіе прикосновенія къ операціямъ имущественнымъ (бракъ, усыновленіе), хотя бы побужденіемъ къ сдѣлкѣ служилъ несомнѣнно торговый расчетъ.

В) Сюда же должны идти сдѣлки *безкорыстнаго* содержанія, каковы акты послѣдней воли и акты чисто-дарственнаго характера.

С) Неторговыми почитаются и сдѣлки имущественныя, стяжательныя, каковы операціи купли, найма, если *предметъ* ихъ есть *недвижимость*. Однако, операціи торгово-строительныя для фабрикъ, желѣзныхъ дорогъ, домовъ, суть торговыя, ибо предметъ таковыхъ представляетъ собою не сама *недвижимость*, а собственно операція ея переработки (спорно).

За этими отрицательными признаками нѣмецкое право идетъ къ опредѣленію признаковъ *положительныхъ*, воими устанавливается свойство сдѣлки какъ торговой. Здѣсь слѣдуетъ различать кромѣ указанныхъ выше критеріевъ, объективнаго и субъективнаго, еще свойство сдѣлки какъ главной или основной торговой и производной или вспомогательной торговой.

І. *Объективно или абсолютно-торговыми* сдѣлками (*actes commerciaux par eux mèmes*) почитаются:

а) всѣ сдѣлки *приобрѣтенія* движимости съ цѣлью дальнѣйшаго отчужденія (спекуляція). Сюда относится прибрѣтеніе цѣнныхъ бумагъ съ цѣлью перепродажи. Точно такъ же торговой сдѣлкой будетъ прибрѣтеніе, съ той же цѣлью, всякаго рода плодовъ и продуктовъ землевладѣнія. Есть ли это именно купля или иная сдѣлка *возмездная*,—это не дѣлаетъ разницы въ свойствѣ сдѣлки какъ торговой, лишь бы прибрѣтеніе не составляло результата собственнаго производства данной движимости (сельскохозяйственнаго, охоты, рыбной ловли, горнаго промысла и проч.). Къ операціямъ этого рода относятся не только прибрѣтеніе для дальнѣйшаго отчужденія товара въ томъ же видѣ, какъ онъ прибрѣтенъ, но и послѣ нѣкоторой его переработки ²⁾;

¹⁾ Литературныя указанія особенно у Газенбрля, стр. 52.

²⁾ Законодательства всегда ищутъ указать поименно относительные виды такихъ перерабатывающихъ промысловъ, наличностью конхъ устанавливается понятіе торговца и торго въ отличіе отъ простаго ремесла, рукодѣлія, конхъ не устанавливается понятіе торгова. Подробности въ курсахъ торговаго права. Цѣнныя литературныя указанія у Hasenöhrля § 7 (по 2-му изд. стр. 83 и 84).

b) абсолютно торговыми сдѣлками считаются *сдѣлки о поставкѣ* (отчужденіи) *движимостей*, которыя еще *имѣютъ быть приобретены* поставщикомъ. Расчетъ здѣсь идетъ на осуществленіе операціи по прошествіи нѣкотораго времени. Если бы такое осуществленіе поставки произошло не изъ имѣющаго послѣдовать пріобрѣтенія, а изъ наличнаго товара, то это не было бы сдѣлкой абсолютно торговой. — И такъ, это или спекулятивное пріобрѣтеніе (а), или спекулятивное отчужденіе движимостей (b);

с) сюда же идутъ всѣ *страховыя сдѣлки за премію*. Исключаются сдѣлки взаимно-страхового типа, ибо здѣсь нѣтъ спекуляціи. Виды страхованія, отъ огня, града, падежа, страхованіе перевозки, жизни, — дѣло безразличное, лишь бы налицо была *премія*, т.-е. впередъ уплачиваемая страховая сумма;

д) сюда же идетъ рядъ сдѣлокъ морского торговаго права, перевозки людей и товара, бодмерейнаго займа;

е) наконецъ, абсолютно-торговыми будутъ всѣ биржевыя сдѣлки кои совершаются въ публичномъ помѣщеніи биржи въ установленныя закономъ часы по такимъ предметамъ торга, который производится и котируется на данной биржѣ (австрійское право) ¹⁾.

II. *Субъективно* или относительно-торговыя сдѣлки, ст. б. тѣ сдѣлки, которыя получаютъ свойство торговыхъ въ связи съ вопросомъ объ участвующихъ въ нихъ лицахъ (*actes réputés commerciaux à raison de la qualité de leur auteur*).

При этомъ *относительномъ* критеріѣ существенный признакъ сдѣлки, какъ торговой, условленъ упражненіемъ извѣстной дѣятельности *какъ промысла*. Вовсе не нужно, чтобы такая професіонально-торговая дѣятельность исключала въ ея субъектѣ всякую другую. Напротивъ, такой промыселъ можетъ быть упражняемъ лицомъ должностнымъ, художникомъ, мастеромъ... Несущественно также, чтобы торгъ составлялъ источникъ его имущественнаго обезпеченія, приносилъ ему выгоду. Безразлично побужденіе и цѣль, къ которой, въ смыслѣ результата, направлена такая дѣятельность, общая гуманитарная, просвѣтительная. Нѣмецкое право обезразличиваетъ также, для вопроса о свойствахъ сдѣлокъ, какъ торговыхъ, государство ли (желѣзн. дороги, почты, фабрики), или церковныя установленія (книгоиздательство, свѣчной заводъ) упражняютъ торговый промыселъ. Въ этихъ комбинаціяхъ государство и церковная община являются торговцемъ ²⁾.

¹⁾ Нѣмецк. торг. уст. ст. 271, изд. 97 г. ст. I. Code de com. 632 (и весь titre II Кн. IV de la compétence. des tribunaux de commerce. Уст. Суд. Торг. ст. 43 (разд. 1-аго гл. 3, предметы и пространство вѣдомства).

²⁾ Очень спорно, ибо нѣкоторые писатели для разрѣшенія этого вопроса

Въ этомъ смыслѣ, по свойству дѣятельности какъ профессиональной, сфера торговыхъ сдѣлокъ будетъ налицо.

а) Въ промыслѣ фабричной обработки или переработки движимостей для сбыта продукта, когда производство выходитъ изъ предѣловъ простого ремесла ¹⁾.

б) Въ промыслѣ банкира и мѣнялы. Сюда входятъ все операціи вексельнаго оборота, съ цѣнными бумагами, по учету, текущимъ счетамъ, по сдѣлкамъ учредительскимъ (для акціонерныхъ компаній), кредитно-оборотнымъ, залоговымъ и т. п.; причемъ для опредѣленій специфическаго свойства такихъ операцій существенно совершевіе ихъ въ общепринятыхъ для банковаго дѣла формахъ.

в) Въ разнообразныхъ комиссіонныхъ (на свое имя за чужой счетъ), посредническихъ (маклерство, роль сводчика, агента, напр., а не простое механическое содѣйствіе посыльнаго), транспортныхъ (для людей и товара), по сухопутнымъ и водянымъ сообщеніямъ, операціяхъ.

д) Въ издательскихъ и торгово-промышленныхъ по литературѣ и искусствамъ предпріятіяхъ.

Въ отношеніи къ этимъ категоріямъ операцій существенный признакъ тотъ, что тѣ же операціи, по упражняемымъ не въ видѣ профессіи, а въ видѣ отдѣльныхъ дѣйствій, или въ размѣрахъ мелкаго ремесла (извозъ, рукодѣлье), не конституируютъ круга торговыхъ сдѣлокъ. Естественно, въ вопросахъ объ этихъ границахъ легко возникаютъ сомнѣнія чисто-фактическаго свойства.

III. Перечисленные торговыя операціи суть самостоятельныя или основныя въ смыслѣ ихъ значенія въ торговомъ дѣлѣ. Но наряду съ этимъ всякая система знаетъ еще рядъ такихъ дѣйствій, которыя, по значенію своему, суть только вспомогательныя, принадлежностныя къ нимъ. Отличить эту категорію тоже торговыхъ сдѣлокъ важно въ томъ смыслѣ, что если ихъ совершаютъ безъ связи съ торговымъ дѣломъ (денежныя операціи заемныя, поручительскія, наемныя и проч.), то въ нихъ нѣтъ признака сдѣлки торговой, и только этимъ свойствомъ принадлежности къ основной торговой операціи за ними конституируется этотъ, тоже торговый, характеръ сдѣлки.

Сюда слѣдуетъ отнести не только операціи продажи, кредитныя сдѣлки, которыя только по связи съ торговымъ дѣломъ

считаютъ существеннымъ свойство интереса, который при этомъ имѣется въ виду, чисто публичнаго, общественнаго или только финансоваго (Гольдшмитъ).

¹⁾ Торг. Код. ст. 272, 1; вопросъ о разграниченіи фабричнаго и ремесленнаго промысла очень споренъ (см. особ. Hosenöhrl, стр. 74, примѣч.). Въ изд. Торг. Код. 1897 г. это ст. 1 и 2.

становятся торговыми; но и многочисленныя соглашенія съ торгово-служебнымъ персоналомъ, безъ коего немислима развитая торговая дѣятельность.

Всѣ эти развѣтвленія составляютъ предметъ подробной разработки торговаго законодательства и спеціальной литературы торговаго права.

IV. Нѣмецкая практика различаетъ наряду съ торгово-договорными источниками обязательствъ еще и особые *деликты*, тѣсно связанныя съ областью отношеній по торговому праву. Таково, напр., неразрѣшенное пользованіе фирмой, которое можетъ повлечь за собой требованіе вознагражденія вреда.

V. Вопросъ о свойствѣ сдѣлки въ каждомъ данномъ случаѣ, какъ именно торговой, легко можетъ, при ненадежности указанныхъ нами выше разграниченій, служить поводомъ къ спорамъ, коихъ разрѣшеніе трудно потому главнымъ образомъ, что вопросъ о свойствѣ сдѣлки связанъ часто съ чисто-фактическими данными, каковы въ особенности *нампренія и цѣли*, съ коими предпринимаются извѣстныя операціи. Теперешнія системы больше или меньше содѣйствуютъ выходу изъ подобныхъ споровъ *методами презумцій*.

Нѣмецкій кодексъ развиваетъ здѣсь ту же тему, которую даетъ Code de com. въ art. 638, *les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce... lorsqu'une autre cause n'y sera pas énoncé*¹⁾. По нѣмецкому кодексу презумція свойства сдѣлки, какъ торговой, обнимаетъ всѣ заключенныя торговцемъ договоры и иныя юридическія операціи, принадлежащія къ его торговому предпріятію. Исключаются, натурально, сдѣлки о недвижимостяхъ (см. выше) и такія, которыя признаны будутъ по суду не связанными съ даннымъ торговымъ предпріятіемъ.

Для *домовыхъ* обязательствъ, изъ коихъ не явствуетъ прямо, что они не имѣютъ отношенія къ торгу, презумція ихъ торговаго свойства *не допускаетъ опроверженій* (*praesumptio juris et de jure*²⁾).

Вопросъ *объ особомъ складѣ* торговыхъ сдѣлокъ, ихъ *stylus mercatorum*, о специфическихъ свойствахъ юридическихъ отношеній по торговлѣ составляетъ задачу особой дисциплины³⁾, и

¹⁾ Lyon. Saen I n. 168 и слѣд.

²⁾ Эта сила презумціи рассчитана на легчайшую оборотность такихъ обязательствъ.

³⁾ Изъ солидныхъ курсовъ Торговаго права на русскомъ языкѣ см. особенно Учебникъ торговаго права проф. П. П. Цитовича. Короткую удачную

мы здѣсь укажемъ только отдѣльныя черты, которыми опредѣляется ихъ индивидуальность. Особенность торговаго права видна 1) въ болѣе широкомъ примѣненіи здѣсь нормъ права обычнаго, не только общихъ, но и локальных, 2) въ значительно болѣе настойчивомъ примѣненіи сюда началъ солидарной отвѣтственности круга лицъ, соучаствующихъ въ совершеніи торговой сдѣлки, 3) въ повышенной мѣрѣ обязательной для торговца бдительности и связанной съ этимъ повышенной отвѣтственности его за убытки, 4) въ сравнительной легкости условій для вступленія въ договорную сдѣлку между отсутствующими, 5) въ цѣломъ рядѣ простѣйшихъ методовъ перевода долга, уступки требованій, оборота съ движимостями и обмѣна цѣнныхъ бумагъ въ особенности. Это связано съ особой техникой построения обязательствъ, абстрактныхъ или формальныхъ, находящихъ широкое примѣненіе въ кругу торговыхъ операцій. Сюда же относятся 6) общій характеръ услугъ, совершаемыхъ въ дѣлѣ торговомъ, какъ возмездныхъ, 7) повышенный процентъ и болѣе тяжелый способъ расчета по долговымъ обязательствамъ, 8) кумулятивный характеръ неустойки, 9) обязательность книговодства и тяжкія послѣдствія ея невыполненія, 10) особый способъ счисленія времени, характерная краткосрочность обязательствъ, 11) наконецъ широкое развитіе представительства.

Эти черты будутъ несомнѣнно еще долгое время налагать на нѣкоторый кругъ институтовъ, примѣняемыхъ въ мірѣ торговыхъ сношеній, специфическую печать, которой нельзя и не должно съ нихъ снимать ни въ какихъ расчетахъ, всего менѣе въ расчетѣ партикуляристской кодификаціи нормъ гражданскаго права внутри одной государственной территоріи.

РАЗДѢЛЪ II.

Общій анализъ.

§ 5. Различіе основаній и способовъ возникновенія обязательствъ вообще.

Мы показали, такимъ образомъ, общее самостоятельное значеніе и роль обязательствъ въ системѣ гражданскаго права, отличивъ его природу отъ построеній права вещнаго, дали главные характерные признаки различія современныхъ обязательственныхъ системъ отъ латинской, установили возможность построения обя-

характеристку *Дуализма частно-правныхъ системъ* даетъ г. Удинцовъ въ своей вступительной лекціи на эту тему въ Кіевѣ въ 1894 году.

зательства независимаго отъ искового способа его осуществленія и провели границу современныхъ обязательствъ общаго и торговаго права. Намъ надлежитъ, за симъ, перейти къ учению о *способахъ, коими устанавливаются обязательства.*

Обязательственныя отношенія образуются на почвѣ весьма различныхъ отношеній частно-правнаго характера (другихъ сферъ социальныхъ отношеній мы здѣсь не касаемся) и какъ по своему содержанию, такъ и по способамъ возникновенія отличаются величайшимъ разнообразіемъ. Привести это разнообразіе къ нѣкоторому единству и связать хотя бы отдѣльныя группы обязательствъ отличительными для каждой изъ нихъ *юридическими* признаками составляетъ задачу, очень уже давно поставленную на очередь цивилистической литературой. Одна изъ старинныхъ попытокъ такой классификаціи обязательствъ, завѣщанная намъ классиками, беретъ за основу группировки обязательствъ (какъ вообще правъ гражданскихъ) тотъ или другой способъ ихъ возникновенія. По этому принципу, близко примыкая къ извѣстному образцу систематики обязательствъ у Гая, нынѣшніе цивилисты дѣлятъ обязательственныя отношенія на *два главныхъ группы*: на группу обязательствъ, возникающихъ изъ актовъ воли, изъ сдѣлокъ, и на группу обязательствъ, возникающихъ независимо отъ актовъ воли. Эта переработанная и приновренная по теперешнимъ системамъ группировка (контракты и деликты) не есть исчерпывающая, какъ и у латинскихъ писателей, и для второй группы ограничивающаяся чисто-отрицательнымъ признакомъ (обязательства, возникающія независимо отъ актовъ воли). Чтобы подойти ближе къ явленіямъ живымъ въ этой второй группѣ способамъ возникновенія обязательствъ, въ ней различаютъ еще отдѣльныя низшія группы.

Такимъ образомъ въ цѣломъ систематика будетъ такою.

А) Первую группу будутъ составлять обязательства, возникающія изъ актовъ воли, главнымъ образомъ, изъ *договоровъ*. Наряду съ этимъ общимъ способомъ образованія обязательственныхъ отношеній слѣдуетъ, для современнаго права значительно шире, чѣмъ для римскаго, поставить *одностороннее обѣщаніе* какъ самостоятельную основу обязательства.

В) Другая категорія обязательственныхъ отношеній отличается признакомъ *несвободы*. Сюда принадлежатъ обязательства, возникающія *независимо отъ воли должника* (*invito debitore, случайно* въ этомъ смыслѣ).

Сюда относятъ обязательства а) возникающія изъ деликтовъ, б) изъ отношеній родственныхъ, социальныхъ (связь образовалась,

напр., изъ общности имущественнаго обладанія или при упражненіи извѣстнаго предпріятія), е) наконецъ, обязательства могутъ возникнуть вслѣдствіе обогащенія одного лица на счетъ другого безъ достаточнаго правооснованія (напр., уплата недолжнаго, или по основанію, отвергаемому правосознавіемъ, какъ противному добрымъ нравамъ и проч.; это система кондикцій¹⁾).

Классифицируя по основаніямъ ихъ возникновенія разныя обязательства юристы-систематики, начиная съ Гая, не находили такой классификаціи исчерпывающею²⁾. Хотя бы мы и признали недостаточность тѣхъ или другихъ попытокъ классификаціи обязательствъ по основаніямъ ихъ возникновенія; все же классификація на этой основѣ будетъ всегда имѣть для опредѣленія *юридической* природы отдѣльныхъ обязательствъ принципиальное значеніе, к юристы не могутъ отказаться отъ попытокъ такой классификаціи.

Такимъ образомъ, для природы и строенія отдѣльнаго обязательственнаго отношенія очень существенно опредѣлить не только его личный составъ, интересъ имущественный или неимущественный, связанный съ нимъ, но и то основаніе, по которому оно возникло. Обязательство *ex maleficio, ex delicto*, обязательство договорное, хотя бы оно по суммѣ денегъ, по лицамъ, было тождественно съ другимъ, будетъ все же различно по различію, болѣе или менѣе существенному, того или другого изъ основаній его возникновенія. Въ этомъ смыслѣ важно различать не только главныя категоріи и признаки указанной классификаціи (договоръ, правонарушеніе и прочее), но и особую природу каждаго отдѣльнаго договорно-обязательственнаго основанія, на которомъ держится данное отношеніе. Не однимъ и тѣмъ же будетъ обязательство уплатить сто по абстрактному обязательству, или по обязательству съ выраженнымъ матеріальнымъ его осно-

¹⁾ Ср. Савиньи Обязательства §§ 51, 85, Система III § 105 — 112. Дрибургъ Lehrb. d. Preusz. R. II § 10; Hasenöhrl, для австр. пр., Oester. Obligat. 2-ое изд. стр. 333 (*obligationes mediatae*, черезъ посредство воли, и *immediatae*, безъ посредства воли, прямо изъ закона возникающія; первыя тоже называются *dativae*, вторыя *pativae*; это излюбленное дѣленіе старыхъ кодификаторовъ брошено нынѣ). Wendt Lehrbuch § 193. Виндшейдъ § 302. Имп. Ул. 1896 г. имѣетъ въ виду всѣ указан. основанія, но не сводитъ ихъ къ категоріямъ здѣсь показаннымъ. Иначе проектъ V Кн. Гражд. Улож., гдѣ § 2 указываетъ категоріи въ духъ старыхъ кодификацій.

²⁾ Гай *obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* (I. I pr. D. 44,7). За этимъ положеніемъ плутъ, далѣе, многочисленныя попытки такъ или иначе свести всѣ способы возникновенія обязательствъ или къ простымъ логическимъ, или къ исторически-опредѣлившимся, или, наконецъ, обрядно-обособленнымъ категоріямъ. Любонгинъ Модестинъ: *obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato (ex facto)* (I. 52 pr. eod. tit.); *sed et nutu solo pleraque consistunt* (§ 10 *ibid.*).

ваніемъ. Въ числѣ послѣднихъ обязательство на тѣ же сто будетъ *юридически* весьма различнымъ, смотря по тому, какая договорно-обязательственная форма лежитъ въ его основѣ, заемъ, поклада, купля-продажа, дареніе или еще иная договорная сдѣлка ¹⁾.

§ 6.

Ученіе о договорѣ, какъ основѣ обязательственнаго правоотношенія.—Понятіе контракта по Code civ. и у Мейера.—Поправка въ Проектѣ.—Сопоставленіе понятія договора и обязательственного договора въ особенности по Проекту и по ученію Савиньи.

Мы переходимъ къ изученію первой категоріи основаній обязательственныхъ отношеній, именпо къ договорамъ и инымъ актамъ воли, направленнымъ на установленіе или видоизмѣненіе обязательственныхъ правоотношеній.

Впереди должно идти ученіе объ *обязательственномъ договорѣ*, какъ наиболѣе типической основѣ обязательства.

Понятію договора издавна присвоивали такой широкій смыслъ (...duorum vel plurium in idem placitum consensus l. 1 § 2 D. 2. 14, Ульпіанъ), который можетъ имѣть примѣненіе къ соглашениямъ въ любой области отношеній, правомѣрныхъ и неправомѣрныхъ, и ближайшаго отношенія къ праву гражданскому въ особенности не имѣеть вовсе. Мы, натурально, здѣсь не имѣемъ интереса касаться этого понятія договора въ общемъ смыслѣ соглашения многихъ объ одномъ предметѣ, хотя бы и правомѣрномъ, но относящемся къ области вопросовъ государственныхъ, международныхъ, исповѣдныхъ и проч.

При установленіи понятія договора цивилисты должны были вносить въ указанный общій смыслъ договорнаго соглашения тѣ или другіе ограничивающіе признаки, коими имѣлось въ виду точнѣе опредѣлить именно къ области права гражданскаго относящуюся сферу договорныхъ волеизъявленій.

Такого рода попытки установить понятіе договора находимъ не только въ юридической литературѣ, но, вслѣдъ за нею, и въ современныхъ кодификаціяхъ. Таковъ Code civil, дающій, по образцу Pothier, *понятіе контракта какъ соглашения* (conven-

¹⁾ Чтобы уяснить себѣ юридическое значеніе этихъ общихъ соображеній надлежитъ вникать особенно въ ученія современныхъ пандектныхъ системъ. Онѣ имѣютъ цѣну для русскаго гражданскаго права, какъ и для всякаго другого. Но нигдѣ, къ сожалѣнію, не примѣняли этихъ критеріевъ къ наученію конкретныхъ явленій такъ мало, какъ въ нашей юридической литературѣ.

tion), силой котораго одно или многія лица обязуются, въ отношеніи тоже къ одному или многимъ, что-либо дать, совершить, или чего-либо не совершать (art. 1101¹⁾).

Это одно изъ самыхъ ходячихъ опредѣленій, которыхъ охотно дѣржались въ литературѣ, особенно ранѣе разработки общаго ученія о юридической сдѣлкѣ, и которое, съ небольшими видоизмѣненіями, введено въ особенно распространенный у насъ курсъ Мейера. Договоръ у Мейера опредѣляется какъ соглашеніе воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ, которое порождаетъ право (активная сторона отношенія, Forderungsrecht; въ Code civ. показана пассивная сторона того же отношенія, какъ нынѣ и въ Имперек. код., Schuldverhältnisse) на чужое дѣйствіе (въ Code civil указаны, согласно латинскимъ образцамъ, главныя категории этихъ дѣйствій), имѣющее имущественный интересъ²⁾.

Это опредѣленіе (по Code civ. или по Мейеру) есть, очевидно, въ извѣстномъ отношеніи, излишне узкое. Договоры не только порождаетъ право на дѣйствія, но совершенно такъ же прекращаютъ или видоизмѣняютъ прежде существовавшее право

¹⁾ См. особ. Traité des obligations n. 3, гдѣ Pothier указываетъ приведен. выше текстъ Ульпіана; ср. тоже по изд. Code civ. Dard, и у Baudry Lacantinerie Précis II, 784.

²⁾ Наличие *имущественнаго* интереса какъ непремѣннаго элемента строенія обязательства вообще и договорнаго обязательства въ особенности принадлежитъ нынѣ къ самымъ спорнымъ проблемамъ цивилистики. Контроверза развита особенно на почвѣ пандектнаго права. Рѣшеніе вопроса едва ли можетъ быть правильно въ смыслѣ общемъ, безъ примѣненія къ тому или другому институту въ особенности. И въ этомъ смыслѣ нельзя сомнѣваться, что въ область права гражданскаго способны входить интересы не имущественные, а напр. личныя (въ правѣ авторскомъ) и подлежатъ охранѣ юридическими средствами. Старое толкованіе латинскаго принципа, ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt, даже для римскаго права ограничивается тѣсными предѣлами примѣненія и противъ непремѣнности *денежнаго* мѣрила для обязательствъ высказываются нынѣ видѣтѣйшіе пандектисты, какъ Виндшейдъ и Jhering. По Виндшейду, для телереального права, допустимъ уговоръ объ отказѣ отъ фортеціанной игры въ интересахъ сосѣда съ штрафнымъ эффектомъ для обязавшагося (подобный случай у Вигеля, по уговору былъ выпущенъ этимъ извѣстнымъ писателемъ отъ сосѣдки-гувернантки своего рода репрессалиями, ибо Вигель, чтобы заставить сосѣдку умолкнуть къ извѣстному часу, 12 ночи, призывалъ съ этого часа музыканта, который въ свою очередь и началъ спать сосѣдкѣ до часу ночи). Jhering въ пользу расширенія юридич. охраны на неимуществ. интересы приводитъ рядъ образцовъ далеко не изъ области договорно-обязательственныхъ отношеній для права римскаго. Вообще же онъ допускаетъ широкое примѣненіе для роена arbitraria въ договорахъ. Широкое примѣненіе этого принципа можетъ представлять серьезныя опасности (ср. Rechtsgutachten betref. Gäubahn, Jahrb. B. 18). У насъ съ Jhering'омъ Муромцевъ. Ср. еще Laband Arch. f. civ. Praxis B. 73. Общирныя и интересн. литературныя указанія особ. у Hasenöhr'l'a § I, V, стр. 22—25, особ. прим. 79. Имп. код. не даетъ именно расширенія догов. обяз. на область неимуществ. отношеній. Но объяснительная записка въ пользу этого, близко къ возрѣніямъ Виндшейда. У Аридгеса и Унгера наряду съ *прямымъ* имуществ. интересомъ различается непрямою имуществ. интересъ договорнаго обязательства отношенія. Господствующее ученіе и шло въ пользу непремени. наличности общаго интереса. Это несомнѣнно излишне узкое начало.

на дѣйствіе (достаточно вспомнить *acceptilatio, datio in solutum*) ¹⁾.

Въ виду этого и особенно въ виду успѣховъ разработки общаго ученія о юридической сдѣлкѣ въ истекшемъ столѣтіи, особенно въ нѣмецкой литературѣ (см. выше, общая часть § 31 и слѣд.), понятна перемѣна, которую произвели въ указанномъ выше проектѣ Обязательствъ наши кодификаторы, опредѣляя понятіе договора такимъ образомъ:

Договоромъ именуется соглашеніе (NB) двухъ или нѣсколькихъ лицъ о *приобрѣтеніи, измѣненіи или прекращеніи* какого-либо права ²⁾ (ст. 4).

Если эта статья даетъ намъ, такимъ образомъ (вмѣсто *порождаетъ* поставлены подчеркнутыя слова статьи), вполне умѣстную поправку опредѣленія *Code civ.* и Мейера ³⁾, то въ ней все же остается цѣлый рядъ крайне крупныхъ и важныхъ ошибокъ, которыхъ избѣгнуть было вовсе не трудно для лицъ, сколько-нибудь знакомыхъ съ современнымъ положеніемъ вопроса въ юридической литературѣ ⁴⁾.

И такъ, 1. Договоръ, какъ и вообще юридическая сдѣлка, не есть *только соглашеніе* двухъ или нѣсколькихъ лицъ. Это есть сдѣлка, стало-быть, не соглашеніе только, а *волеизъявленіе*

¹⁾ Иначе Вангеровъ.

²⁾ Въ подчеркнутыхъ словахъ мы видимъ поправку Мейера. Какимъ образомъ у Мейера могло въ курсѣ остаться въ концѣ 50-хъ годовъ безъ оговорки это его опредѣленіе („порождаетъ“), мы затрудняемся объяснить. Вангеровъ и позже держался того же тѣснаго понятія договора. Но мысли Савиньи, конечно, заслуживали хотя бы простого указанія на нихъ. Возможно и тутъ, какъ во многихъ другихъ мѣстахъ курса, что мы имѣемъ дѣло вовсе не съ Мейеромъ, а съ его невнимательными издателями. Вангеровъ вовсе отвергалъ договорный характеръ акцептляціи и иначе объяснял *ratum de non ratendo* не какъ либераторную, а какъ обязывающую договорную сдѣлку. Онъ не нашелъ себѣ многихъ послѣдователей.

³⁾ Другая поправка опредѣленія Мейера состоитъ въ томъ, что здѣсь вырощенъ признакъ *имущественнаго интереса*. Въ этомъ наши кодификаторы имѣютъ за себя Нѣм. Улож.; но у нѣмцевъ вопросъ хорошо разработанъ въ литературѣ и частью въ Объяснительной запискѣ къ проекту, чего не даетъ ни наша литература я еще менѣе Объяснительная записка, столь же многословная сколь и скудосодержательная. Если пужно въ законѣ опредѣленіе договора (о чемъ сейчасъ ниже), то обойти *безъ оговорки* признакъ *имущественнаго интереса* для договорной сдѣлки вообще окажется, пожалуй, для *нашей практики* небезопаснымъ.

⁴⁾ Ошибки здѣсь, какъ и вообще въ проектѣ, носятъ характеръ такого явнаго невѣданія, что для обличенія ихъ нѣтъ вовсе нужды входить въ тонкости и детально разбирать дѣло. Это не то, что можно назвать несовершенствомъ научной техники, отъ которой никто никогда не свободенъ вполне, въ виду непрестанныхъ успѣховъ знанія. Нѣтъ, это ошибки элементарнаго свойства, отъ котораго свѣдущій человѣкъ обязанъ быть свободнымъ и имѣть для этого подъ рукой всѣ средства. Входить въ особыя тонкости я не нашелъ бы возможнымъ въ книгѣ, имѣющей ближайшей цѣлью пособіе учащимся. Дальше я буду держать въ самыхъ видныхъ литературныхъ явленіяхъ, безъ знакомства съ коими нельзя юристу братья за перо.

сторонъ. Это очень большая, для разумѣющихъ дѣло, разница признаковъ.

Къ тѣмъ непремѣннымъ свойствамъ юридической сдѣлки, которыя мы описали выше, основываясь на успѣхахъ нѣмецкой цивилистики (см. Введение), для понятія сдѣлки *договорной* необходимо прибавить еще нѣкоторые специфическіе признаки.

Никто до сего лучше и никто вмѣстѣ съ этимъ проще не выразилъ этихъ *специфическихъ признаковъ договора* чѣмъ Савиньи въ своей классической работѣ *Das Obligationenrecht*, появившейся по-нѣмецки въ началѣ 50-хъ годовъ и нынѣ переведенной (безъ содѣйствія комиссіи) на русскій языкъ.

Вотъ чтѣ даетъ намъ гениальный юристъ для понятія договора *въ сферѣ правоотношеній гражданскихъ.* Мы возьмемъ его идею въ цѣломъ, чтобы разомъ обнаружить очевидныя заблужденія нашихъ кодификаторовъ въ опредѣленіи понятія договора во всемъ ихъ размѣрѣ. Вмѣстѣ съ этимъ мы достигнемъ пониманія и различенія юридически точнаго одного изъ важнѣйшихъ моментовъ всей обязательственной системы.

„Договоръ, какъ основаніе возникновенія обязательствъ (обязательственный договоръ), образуетъ лишь отдѣльное примѣненіе болѣе общаго понятія договора“¹⁾...

Въ правѣ частномъ договоръ можетъ рѣшающимъ образомъ дѣйствовать на отношенія права семейнаго, на права вещныя, на обязательства. Савиньи, трактуя современное примѣненіе *римскаго* права, не касается здѣсь натурально еще ряда другихъ явленій, гдѣ, какъ въ системахъ права *германскаго*, договоръ тоже оказываетъ рѣшающее дѣйствіе на гражданскія правоотношенія. Таковы особенно договоры о наслѣдованіи (*Erbverträge*)²⁾.

„Въ области правоотношеній обязательственныхъ договоръ можетъ служить какъ для возникновенія, такъ и для разрѣшенія обязательствъ“.

Для понятія договора, *порождающаго* обязательство необходимые признаки суть слѣдующіе.

„Это есть *единеніе* многихъ въ согласномъ волеизъявленіи, силой коего между ними возникаетъ обязательство“.

И такъ, первое, договоръ, вопреки статьѣ 4-ой проекта, не есть только соглашеніе, а составляетъ, какъ всякая сдѣлка, согласное *волеизъявленіе.*

¹⁾ *Das Obligationenrecht...* § 52. Объ указанномъ здѣсь *общемъ* смыслѣ договора см. *System III* §§ 140, 141. Этому вопросу мы уже коснулись выше.

²⁾ Объ этомъ подробно говорятъ нынѣ не только германисты, но и пандектисты, напр., Регельсбергеръ. Дѣйствующее наше право ихъ не знаетъ. Проектъ именно устраняетъ ихъ и для послѣдующаго времени (ст. 23).

Второе. Для договора, для этой сдѣлки въ особенности, согласное волеизъявленіе должно дать въ результатѣ *единеніе*. Какой высокой и опредѣляющей все существо этого явленія смыслъ имѣетъ это *единеніе* волеизъявляющихъ сторонъ, — объ этомъ позже. Идемъ далѣе.

Третье. Договоръ, какъ сейчасъ показано, можетъ для области однихъ гражданскихъ правоотношеній рѣшающимъ образомъ вліять на весьма многія области цивильной системы. Онъ можетъ, какъ соглашеніе, или согласное волеизъявленіе, вліять на область отношеній права семейнаго (признаніе добрачнаго рожденія, узаконеніе, усыновленіе), на область вопросовъ наслѣдованія (нашъ проектъ это устранилъ), на область правоотношеній вещныхъ (такъ назыв. *dingliche Verträge* ¹⁾), наконецъ, на отношенія обязательственнаго типа.

О какихъ же правахъ трактуетъ почитованная выше статья проекта въ подчеркнутыхъ здѣсь словахъ „соглашеніе о приобрѣтенія *какого-либо права*“? Какъ должна будетъ истолковывать себя практика это странное „опредѣленіе договора“ въ статьѣ 4-й, какъ договоръ вообще, или какъ обязательственный договоръ въ смыслѣ общаго основанія возникновенія, измѣненія, прекращенія не правъ вообще, а именно правъ по обязательствамъ, проще — *обязательственныхъ отношеній* различнаго рода?

Достаточно сопоставить указанные выше (ст. 4-ая проекта) блѣдныя, едва распознаваемые признаки договорнаго обязательства по нашему проекту 1899 съ свѣтлымъ анализомъ, съ выпуклыми чертами, которыми отличилъ почти пятьдесятъ лѣтъ назадъ Савиньи эту основную для всей системы обязательствъ юридическую фигуру отъ другихъ болѣе или менѣе ей родственныхъ, чтобъ опредѣлить цѣну этой работы для нашего времени! Идеи Савиньи съ тѣхъ поръ стали общимъ достояніемъ науки права на западѣ. Ей слѣдуютъ, съ тѣми или другими второстепенными измѣненіями, юристы самыхъ различныхъ направленій мыслей и школъ. Ее найдете у Вивдшейда, Регельсбергера, у Оттона Гирке (*Deutsch. Pr. Recht*, стр. 284); за ними слѣдуетъ масса другихъ. Она, наконецъ, составляетъ пьнѣ, послѣ перевода классической работы Савиньи, достояніе самыхъ обширныхъ круговъ русскихъ цивилистовъ.

¹⁾ Очень широко распространенное, особенно въ институтахъ вещныхъ новаго происхожденія, понятіе. Для римскаго права Ехнег и много другихъ цивилистовъ принимаютъ это понятіе для традиціи. Иначе фонъ-Ваггеровъ. Наша древность не была чужда и договоровъ о наслѣдованіи, см. напр., А. Ю. № 260, I, повгородскія раздѣльныя, XV в; то же Грамоты XIV и XV вв. — изслѣдов. Д. М. Мейчика, Москва, 1893 г. стр. 117, раздѣльная 2, см. конецъ.

И вотъ, именно въ этой *основъ вѣсхъ построеній обязательственнаго права* нашъ проектъ предлагаетъ вмѣсто простаго и яснаго ученія такую путаницу понятій и признаковъ, среди которой не легко ориентироваться читателю, даже совершенно готовому къ разумѣнью подобнаго рода проблемъ.

И такъ, анализъ Савиньи даетъ намъ для понятія обязательственнаго договора рядъ слѣдующихъ необходимыхъ признаковъ. Это есть а) единство, одиначества воли (*Vereinigung*, а не *Uebereinstimmung*, не соединеніе двухъ величинъ, а образованіе новой одной), б) въ согласномъ волеизъявленіи (*übereinstimmende Willenserklärung*), в) между нѣсколькими, д) о возникновеніи обязательства между ними.

То, что въ этомъ построеніи составляетъ наиболѣе видное и цѣнное для современной юриспруденціи приобрьтеніе заключается въ признакѣ *самостоятельности*, обособленности, которая имъ сообщается понятію обязательственнаго договора. Характеръ самостоятельности этой юридической фигуры заключается въ томъ, что изъ двухъ волеизъявленій, которыя лежатъ въ ея основѣ, образуется *совершенно новое нѣчто*, не составляющее только сумму этихъ двухъ волеизъявленій (два голоса), а именно какъ бы новое юридическое тѣло, *единство*, сочетаніе, *Vereinigung*, по счастливому выраженію Савиньи, *одиначество* по русской старинѣ, которое, разъ образовавшись, уже не зависитъ отъ воли или усмотрѣнія той или другой стороны, а существуетъ отдѣльно и самобытно, какъ особая юридическая потенція, съ которой право неразрывно связываетъ или на которой юридическій бытъ основываетъ формальную юридическую силу обязательственнаго отношенія.

Вотъ та живая сторона дѣла, которая совѣмъ выскользнула изъ рукъ бездарной канцелярской обработки понятія договора въ статьѣ 4-ой разсматриваемаго проекта.

Юристы стараются сверхъ того отмѣтить, что волеизъявленіе нѣсколькихъ соучастниковъ только тогда способно дать основу обязательственному договору, когда волеизъявляющіе образуютъ двѣ разныя стороны одного отношенія (вѣритель и должникъ), а не когда эти нѣсколькоіе соучаствуютъ въ волеизъявленіи съ одной только стороны, въ качествѣ свидѣтелей, замѣстителей, представителей и проч.

Германисты, натурально, склонны къ понятію договора прибавить признакъ, допустимый современнымъ правосознаніемъ, именно измѣненіе правоотношеній не только для самихъ соучастниковъ договора, но и для третьихъ (договоры въ пользу третьихъ).

Это видоизмѣненіе, которое мы увидимъ позже. Теперь-же мы остановимся на вопросѣ: необходимо ли въ самомъ дѣлѣ вводить въ составъ кодекса не только положенія чисто позитивнаго характера, юридическія нормы, но и научныя опредѣленія, каково понятіе договора, которое въ такомъ неудачномъ видѣ предлагаетъ намъ ст. 4-ая проекта?

На этотъ вопросъ мы находимъ въ цѣломъ рядѣ нѣмецкихъ кодификацій, начиная съ прошлаго вѣка (въ томъ числѣ и въ Прусск. Ландрехтѣ) и до кодекса 1896 г., отвѣтъ совершенно отрицательный. Дѣло, конечно, не въ томъ, чтобъ изъ состава этихъ кодексовъ нельзя было выработать понятія обязательственнаго договора. Наоборотъ, оно очень легко и просто вырабатывается путемъ самыхъ простыхъ логическихъ операций. Но статьи закона опредѣляютъ конкретныя данныя, которыя даютъ основу отвлеченнаго понятія обязательственнаго договора, предоставляя научной юриспруденціи вырабатывать для ея цѣлей необходимыя ей абстрактныя построенія уже такъ сказать за свой страхъ, а не за страхъ законодателя.

Это путь, вполне соответствующій идеѣ закона и совершенно цѣлесообразный. Какимъ образомъ достигается эта цѣль,—для насъ конечно составляетъ вопросъ первостепенной важности, и мы въ подробности разсмотримъ его въ дальнѣйшемъ нашемъ изложеніи.

§ 7.

Ученіе объ обязательствѣнномъ договорѣ (продолженіе).—Значеніе стипуляціи въ исторіи обработки нашихъ договорныхъ формъ.—I. Verborum solennitas въ латинскомъ ритуалѣ.—Наша promissio asserpta.—II. Наличие сторонъ при вербальной обрядности.—Безобрядный консенсъ въ латинской и нашей договорно-обязательственной практикѣ.—Неудобства и ремедура противъ нихъ.—Техническія трудности достиженія *единенія* между отсутствующими.

Мы выше показали, что для состава обязательственнаго договора необходимо *единеніе* волеизъявленій, одиначество, нѣчто замѣняющее, восполняющее собой простой обмѣнъ согласныхъ волеизъявленій, нѣкоторое юридическое *новообразованіе*, заступающее мѣсто этого обмѣна.

Эту смѣну простого соглашенія договаривающихся сторонъ единеніемъ ихъ волеизъявленій даетъ намъ простое абстрактное понятіе договора, какъ мы его выставили выше. Но для пракческаго обихода, для законодательныхъ задачъ много больше имѣетъ цѣны осязательное изображеніе этого единенія, въ формѣ

конкретной, свойственной практическимъ проблемамъ юриспруденціи (...leges quatenus manu tenere possunt).

Въ виду этого теперешніе юристы, и какъ увидимъ, современные законодательства избѣгаютъ ограничиваться въ постановкѣ основныхъ понятій абстрактными признаками (Begriffsjurisprudenz) и ищутъ замѣнить такіа абстракціи юридическими формулами, прямо обращенными къ практическимъ цѣлямъ.

Въ ученіи объ обязательственномъ договорѣ новое право пробило себѣ путь къ этой цѣли *не вполне самостоятельно*. Ни западно-европейское, ни наше юридическое преданіе не можетъ выставить настолько простой, типической и вмѣстѣ жизненной формы обязательственнаго договора, чтобы мы могли, принявъ такую конкретную форму за отправную точку, съ ея помощью разъяснить себѣ всѣ существенные элементы строенія договорно-обязательственнаго отношенія, сколько бы они затѣмъ ни осложнялись требованіями развитого обмѣна и соответственной ему развитой юридической техники. За то, однако, современная юриспруденція находитъ именно такую простую, типическую и вмѣстѣ вполне жизненную форму договорнаго обязательства въ образѣ вербальнаго контракта, латинской *стипуляціи*.

Юристы давно обратили вниманіе на ея особое свойство включать въ себѣ какъ бы въ зародышномъ состояніи основы всего широкаго развитія, котораго въ дальнѣйшемъ достигла латинская система договорно-обязательственныхъ формъ. Еще Куяцій указывалъ въ этомъ контрактѣ *verbis pandectae omnium contractuum*. Въ наши дни Отгонъ Бэръ видитъ въ ней ту живую типическую форму абстрактной договорной сдѣлки, которая поможетъ *нашему сознанію раскрыть лежащія и въ основѣ нашихъ договоровъ абстракціи*. Но у насъ, прибавляетъ онъ, нѣтъ такого свѣтлаго построенія, которое, подобно алгебраической формулѣ, изображаетъ результаты, не разрушая элементовъ. Для насъ эта типическая форма договорной сдѣлки служила издавна и нынѣ служить средствомъ привести къ сознанію *то, что есть налицо* технически-юридическаго, чисто-формальнаго и въ нашихъ обязательственныхъ договорахъ, но что въ ихъ сложныхъ конструкціяхъ нерѣдко трудно различить безъ помощи сопоставленія съ другими построеніями, вполне жизненными и въ то же время болѣе простыми и типическими. Обрядностей самыхъ разнообразныхъ у насъ множество; но сила и смыслъ ихъ не есть ни столь общій, ни столь постоянный,

какой виденъ въ стипуляціонной обрядности ¹⁾). Стипуляціонная форма не была реципирована на Западъ. Еще меньше она имѣетъ непосредственно-обязательнаго значенія для насъ. Но несомнѣнно, что съ ея помощью и западная наука и наша юриспруденція приводятъ скорѣе и легче къ сознанію юридическую природу явленій нашего очень сложнаго обязательно-договорнаго обмѣна.

Въ виду этого, мы въ дальнѣйшемъ будемъ, васколько найдемъ это полезнымъ и удобнымъ, идти путемъ сопоставленія основъ конструкціи нашей договорно-обязательственной системы съ общими латинскими типическими формами.

I. Стипуляція въ томъ видѣ, какой даетъ намъ послѣдующая исторія Рима, представляетъ собою обрядъ устныхъ волеизъявленій, *verborum solennitas*, между присутствующими (наличными) сторонами, въ формѣ вопроса вѣрителя и конгруирующаго отвѣта должника (*verbis obligatio fit ex interrogazione et responsione*. Гай III, 92) ²⁾, коимъ конституируется

¹⁾ Для эпохи предшествующей рецепціи западные исторические памятники содержатъ много цѣнныхъ указаній на разнообразныя договорныя обрядности, безъ коихъ встарину нельзя было обходиться, но которыя, однако, послѣ рецепціи, не развивались далѣе на практикѣ или до крайности видоизмѣнили свой первоначальный составъ и юридическое значеніе. У насъ подобныя обрядности, притомъ слабо освѣщенныхъ исторической наукой, тоже не мало въ старыхъ памятникахъ; но все съ тѣмъ же непостоянствомъ въ процессѣ развитія, какъ и на Западѣ. Для первоначальной эпохи образованія договорныхъ формъ вопросъ объ *обязательности договора* освѣщается особой обстановкой его совершенія, на которой лежитъ обмененно нѣкоторая религіозная окраска. Въ правѣ греческомъ, старо-латинскомъ и германскомъ договорное обязательство ограждается не свѣтскимъ судомъ, а религіозными ирещеніемъ, ибо и *verborum solennitas* и иные обряды сопровождаются священнодѣйствіями (*εὐχὴ*, *sponsio*, *Weispende*, *Litkauf*), при чемъ, вмѣстѣ съ призываніемъ боговъ, совершалось изліяніе вина, символически обозначавшее пролитіе крови, которое угрожало первому нарушителю единенія. *Leist*, *Graeco-italische Rechtsgesch.* (Исторія *реальной* контракта *пехум* иная). Послѣдующая эволюція отрѣшаетъ формально-обязательную силу обрядныхъ рѣчей стипуляціи (*Spondeo—ne? Spondeo*) отъ всей этой старинной ритуально-религіозной обстановки, и отсюда идетъ широкое и свободное развитіе чистаго вербальнаго контракта. Наши историки, какъ и германисты, отмѣчаютъ признаки тѣхъ же явленій въ нашей старинѣ. „Религіозно-символическій характеръ нѣкоторыхъ договорныхъ обрядовъ, возникшихъ еще въ пору *общественныхъ рядовъ*, виденъ изъ ихъ наименованій: „богомолье“, „литки“, „Zavdavki“ (ниты), указывающихъ на употребленіе въ старое время при рядкахъ „религіозно-жертвенныхъ воззваній“ (см. особ. Леонтовича „Старый земскій обрядъ“. Одесса. 1839 г., стр. 61 и друг., гдѣ обиліе очень цѣнныхъ литературн. указаній). Но у насъ, какъ и въ Германіи, отрѣшенная отъ указанныхъ обрядностей *смысла*, *сгода*, *пословица* (тамъ-же) далеко не даетъ того широкаго и могучаго примѣненія слова, обряда рѣчей на службу обязательственнаго договора, какое видимъ въ исторіи стипуляціи.—Есть и въ нашей старой письменности образцы религіознаго ирещенія (проклятіе) противъ нарушителя гражданской сделки, Мейчика—Грамотка XIV и XV вв., стр. 91.

²⁾ Эта очень характерная форма обрядныхъ рѣчей, вопроса и отвѣта, между присутствующими составляла *непремѣнный реквизитъ* стипуляціи до императора Льва (472), когда стали признавать силу стипуляціи при *любомъ*

строгое исковое обязательство для должника выполнить договоренное дѣйствіе, какого бы оно ни было содержанія (*dare facere*).

Этому единенію предшествуютъ переговоры, коими опредѣляется основаніе, цѣль, содержаніе соглашенія; но вся эта предшествующая стадія совершенно *консумирована* формой вопроса стипулятора (*centum mihi dare spondes?*) и отвѣта промиссара (*spondeo*). Отвѣтъ имѣетъ послѣдовать *in continenti*. И не предшествующимъ соглашеніемъ, а именно *этимъ единеніемъ* въ формѣ обрядныхъ рѣчей устанавливается юридическая сила вербальнаго контракта.

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, для римскаго обихода форму вопроса со стороны вѣрителя, отвѣта со стороны должника, обмѣномъ коихъ достигается цѣль установленія обязательственнаго договора. Это то же, что наша оферта, предложеніе, и акцептъ, принятіе; существенное различіе, однако, въ томъ, что въ нашемъ правѣ формулировка предложенія или вопроса вовсе не связана силой юридической обрядности съ ролью вѣрителя, и принятіе его, или отвѣтъ, съ ролью должника.

Наша практика допускаетъ это взаимодействіе вопроса и отвѣта, предложенія и спроса, для установленія обязательства какъ съ той, такъ и съ другой стороны. У насъ это именно ближе къ вполнѣ матеріальному отношенію *предложенія и спроса*, какимъ является ихъ обмѣнъ *въ смыслъ рыночномъ*, а не технически-юридическомъ. Предлагающимъ, оферентомъ можетъ быть и должникъ и вѣритель, и тоже въ обратномъ смыслѣ для роли акцептанта, т. е. для принятія оферты ¹⁾.

устномъ обмѣнѣ волеизъявленій *quibuscunque verbis*, и въ этомъ уже значительно выродившемся видѣ стипуляція осталась въ силѣ въ эпоху Юстиніана. Не смотря на обычай удостовѣрять документально (*cautio*) вербальный контрактъ, онъ остался и въ эпоху Юстиніана контрактомъ *verbis* съ нормальнымъ обмѣномъ вопроса и отвѣта, какъ *jus commune*, на ряду съ коимъ, какъ *jus singulare*, развился для отдѣльныхъ случаевъ (особ. для *dictio dotis*) другой видъ вербальнаго договора, безъ обмѣна вопроса и отвѣта, *uno loquente*.

¹⁾ Въ виду этого, Siegel сближаетъ наше *Versprechen*, *Antrag* (обѣщаніе, предложеніе) и *Annahme* (принятіе) съ экономическимъ смысломъ понятій предложенія и спроса, см. короткій, но очень удачный германистскій его этюдъ, озаглавленный *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht*. Berlin, 1873. *Code civ.* въ art. 1108, выставляетъ, подобно латинской стипуляціи, *le consentement de la partie qui s'oblige*, въ качествѣ формальнаго (въ числѣ четырехъ) реквизиата образованія договора (*convention*). Три остальные реквизиата суть: 1) дѣеспособность сторонъ (объ ней мы говорили выше въ общемъ ученіи о юридической сдѣлкѣ, и здѣсь къ этому реквизиату не вернемся болѣе), 2) опредѣленный объектъ, составляющій содержаніе обязательства (объ этомъ будемъ имѣть случай сказать позже), 3) дозволенная основа или цѣль обязательства (объ этомъ отчасти была рѣчь въ ученіи объ юридической сдѣлкѣ выше, отчасти будетъ еще впереди). Если заимствовать по оче-

Во всякомъ случаѣ, непрѣмное требованіе строго и точно поставленной офферты, на которую имѣеть, для установленія обязательственнаго договора, послѣдовать конгруирующей отвѣтъ, составляетъ завѣтъ латинской формы вербальнаго контракта, принятый и разработанный въ духѣ времени современной юриспруденціи, какъ основа нашего обязательственнаго договора.

Цѣлый рядъ нѣмецкихъ кодексовъ, начиная съ прошлаго вѣка и кончая Гражданскимъ Уложеніемъ 1896 г., совершенно отказывается, не за скудостью научныхъ ресурсовъ, конечно, отъ абстрактныхъ понятій и опредѣленій договора, подобно art. 1101 С. с. и нашей ст. 4, и ограничивается *указаніемъ составныхъ элементовъ*, изъ коихъ слагается договоръ вообще и обязательственный договоръ въ особенности. Эти оба главные элемента суть именно *объщаніе и его принатіе*, такъ что въ старыхъ кодексахъ въ составъ понятія необходимо вводились эти два совершенно осязательные въ смыслѣ юридической техники момента, *promissio accepta, das angenommene Versprechen*¹⁾. Уложеніе 1896 года вводитъ общее ученіе о договорѣ въ составъ Общей части²⁾, при чемъ абстрактное опредѣленіе договора оставлено совершенно въ сторонѣ. Если при этомъ, однако, потребовалась научная обработка чисто практически конципированныхъ положеній о договорѣ, то составъ понятія приближался бы къ старинному нѣмецкому „*das angenommene Versprechen*“, а не къ странной формулѣ ст. 4 нашего проекта³⁾.

II. Форма вербальнаго латинскаго контракта предполагаетъ необходимо въ составѣ своего ритуала *наличность сторонъ*,

реди статьи, то изъ французскаго, то изъ нѣмецкаго кодекса въ нашъ проектъ, то намъ кажется, было бы цѣлесообразнѣе поставить въ рядъ статей общаго содержанія скорѣе эту 1108 С. сив., чѣмъ 1102, которую передаетъ ст. 5 проекта. Было бы вполнѣ правильно совѣсть забыть понятіе *односторонняго договора* и замѣнить его болѣе грамотнымъ *одностороннимъ обязательствомъ*.

¹⁾ Zeiler, natürl. Pr. recht. (das angenommene Versprechen ist ein Vertrag, ср. австр. кодексъ; тоже для баварскаго кодекса, для прусскаго ланд-рехта). Эти и другія обширныя литературныя указанія у Siegel'я, см. выше, стр. 5 и 6, примѣч. Le contrat n'est parfait que par l'acceptation de l'offre. Lyon-Caen, Traité, III, 25.

²⁾ Эту общую часть въ нашемъ проектѣ можно назвать самой стыдливой частью проекта. Она какъ-то сама покуда ничего не обнаруживаетъ, и если что изъ ея нормальнаго состава можно угадывать уже теперь, то это все видно пока въ составѣ Особенной части.

³⁾ Общая формула „соглашеніе о приобрѣтеніи *какого-либо права*“, конечно, больше подходитъ къ Общей части, къ договору вообще, чѣмъ къ раздѣлу *обязательственнаго* договора. Путаница на каждомъ шагѣ. Не беремся уяснить, зачѣмъ все это нужно; но несомнѣнно, что нѣмецкая метода скорѣе привела бы насъ къ праву *обязательственному общему* для всей имперіи, чѣмъ эта своеобразная система, которая, конечно, навсегда останется *партикулярной*. О договорѣ у насъ работа Нечаева (Теорія договора. Юрид. Вѣстн. за 88-й г.).

обмѣнивающихся вопросомъ и отвѣтомъ. Уже сама латинская практика, однако, вышла изъ этого стѣснительнаго условія, локализирующаго обязательство, и съ развитіемъ системы *консенсуальныхъ* контрактовъ въ особенности, открыла возможность вступленія и *для отсутствующихъ* въ договорныя обязательственныя отношенія. Обрядность волеизъявленій доведена въ латинской системѣ консенсуальныхъ контрактовъ до минимума.

Въ этомъ смыслѣ, въ смыслѣ безобрядности установленія, наша теперешняя договорная система въ цѣломъ несравненно ближе къ эпохѣ развитія контрактовъ консенсуальныхъ, чѣмъ къ обрядному формализму старой стипуляціи.

Мы заключаемъ наши договоры, за немногими исключеніями, именно указанными закономъ, самымъ свободнымъ образомъ. „Порядокъ составленія и совершенія письменныхъ договоровъ и обязательствъ опредѣляется закономъ; порядокъ же заключенія словесныхъ договоровъ состоитъ въ полной волѣ договаривающихся лицъ, *лишь бы оныя утверждались на непринужденномъ произволѣ и взаимномъ согласіи* и не содержали въ себѣ ничего законамъ противнаго (т. X, ч. I, ст. 571) ¹⁾).

Такимъ образомъ, наши контракты въ общемъ смыслѣ, за извѣстными изытіями ²⁾, суть консенсуальные и безобрядные.

Нѣтъ сомнѣнія, что эта свобода, близость къ матеріальнымъ, экономическимъ основамъ обмѣна, представляетъ въ нашей системѣ договорно-обязательственныхъ отношеній свои выгодныя стороны. Но на ряду съ этимъ такая безобрядность вымещаетъ себя несовершенствомъ нашей юридической техники, отсутствіемъ осязательности нашихъ договорныхъ сдѣлокъ и побуждаетъ и насъ идти отъ этой матеріальной основы тоже къ охранительнымъ формамъ и примиряться съ *специфическими требованіями техники* договорныхъ сдѣлокъ, безъ которой совершенно затерялась бы ихъ юридическая извѣстность.

Мы отмѣтили пока одно существенное отступленіе латинскаго консенсуальнаго контракта и нашего теперешняго безобряднаго договора отъ формализма стипуляціи, это именно возможность договора *между отсутствующими*. Связанный съ этимъ интересъ расширенія обмѣна совершенно очевиденъ. Но совершенно также ясны и новыя трудности, съ которыми связано, въ этихъ усло-

¹⁾ См. еще примѣч. къ этой статьѣ и стт. 1529 и 1531 тамъ-же.

²⁾ Особо стоитъ группа реальныхъ договоровъ, основа которыхъ есть таже что и въ латинской системѣ (*re contrahitur obligatio*). Есть мнѣнія въ пользу консенсуальнаго характера и этой группы въ теперешнемъ ихъ построеніи. Въ разработкѣ контрверзы участвовали Brinz, Demelius, Unger. Обзорніе литературы у Eisele Zeitschr. f. Schw. Recht. Neue Folge 3.

віяхъ, *достиженіе* согласія волеизъявленій и *единенія*, одиначества воли контрагентовъ.

При устномъ обмѣнѣ вопроса и отвѣта между присутствующими предшествующіе переговоры и заключительная обрядность связаны тѣсно, и единеніе, не смотря на реквизиты обряда, вырабатывается легко и естественно.

Совсѣмъ иначе ставится задача въ случаяхъ договора между отсутствующими.

Вопросъ и отвѣтъ слѣдуютъ въ стипуляціонной обрядности *in continenti* одинъ за другимъ. Такъ ли происходитъ обмѣнъ предложенія, офферты, и принятія, акцепта, между отсутствующими?

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что оба встрѣчныя волеизъявленія раздѣлены друга отъ друга не только мѣстомъ, но и временемъ. А это совершенно иначе ставитъ всю задачу постановки ихъ въ извѣстную связь, сочетанія ихъ, объединенія воли, какъ необходимаго состава договорнаго обязательства.

Достигнуть этой цѣли простымъ указаніемъ статьи 571 здѣсь, конечно, невозможно.

Западно-европейская юридическая литература и каутеларная и законодательная практика выработали для этой цѣли особую технику, которая и составляетъ основу практическаго ученія объ обязательственномъ договорѣ въ его современномъ развитіи и примѣненіи.

§ 8.

Обязательственный договоръ (продолженіе). — Связанность оферента, независимая отъ акцепта. — Разработка понятія офферты въ современномъ правѣ. — А) Внутренняя сторона вопроса. — 1) Предварительныя сношенія. — Устойчивость и опредѣленность офферты. — Консумирующее дѣйствіе офферты. — 2) Единеніе при наличности — 3) и между отсутствующими контрагентами. — Обязательность офферты для оферента. — Выжидательное состояніе въ Нѣм. Улож. и нашемъ проектѣ. — 4) Акцептъ. — Разныя теоретическія попытки легчайшаго образованія *одиначества*.

III. Латинская стипуляція, въ виду тѣснаго прикосновенія вопроса и отвѣта въ ея ритуалѣ, не возбуждала у юристовъ интереса къ вопросу, насколько *оферта*, разъ выраженная одной стороною, *связываетъ* ее, независимо отъ послѣдующаго акцепта, и какое время должно длиться это состояніе связанности оферента, пока акцептантъ дастъ свой рѣшающій для состава договорной сдѣлки отвѣтъ.

Съ этой проблемой связанъ еще цѣлый рядъ вопросовъ, ко-

торыхъ вовсе не могла возбудить, которымъ, лучше сказать, вовсе не давала мѣста строгая обрядность латинскаго вербальнаго контракта, и которые очень осложняютъ ученіе современнаго безобряднаго обязательственнаго договора. Мы увидимъ эти осложненія въ послѣдствіи.

Впередъ надо поставить основную задачу юридической разработки понятія оферты въ составѣ современнаго обязательственнаго договора. При этомъ ученіе объ образованіи договорно-обязательственной, какъ и всякой другой, сдѣлки легко расчленяется на два вопроса:

А) вопросъ о внутренней сторонѣ дѣла, о юридической техникѣ, съ помощью которой достигается *единеніе* волеизъявленій въ составѣ договора и

В) вопросъ о внѣшней сторонѣ или объ обрядности совершенія договора.

Натурально оба эти вопроса являются въ практикѣ (латинская стипуляція, нашъ вексель) весьма часто неразрывно связанными. Не менѣе того анализъ той и другой стороны дѣла очень важенъ для общихъ цѣлей.

А) Техническая задача достигнуть главнѣйшей цѣли договорной сдѣлки, единенія воли, при томъ возможно легко, составляетъ одну изъ любимыхъ проблемъ цивилистики нашего времени, въ Германіи въ особенности.

Наибольшія заслуги въ этомъ дѣлѣ принадлежатъ нѣмцѣ Ретельсбергеру, Кёппену, Шотту, Марсону ¹⁾. Основанныя на этихъ трудахъ въ особенности положеніе новаго нѣмецкаго уложенія (§ 145 — 157 въ составѣ общей части), заслуживаютъ самого тщательнаго изученія ²⁾.

¹⁾ Подробныя указанія этихъ работъ см. въ общихъ пандектныхъ курсахъ. У французовъ для договоровъ между отсутствующими новое соч. Valéry, *Contrats par correspondance*, прежнее очень солидное Arthur Girault, *Traité des contrats par correspondance*. У французовъ вопросъ особенно разрабатывался въ виду торговыхъ сдѣлокъ. По сему подробныя указанія (общія у Laurent XV т.), особенно для торгов. права у Lyon-Caen *Traité* III 8—46. По русски Евецкій и общія руководства по торгов. праву.

²⁾ Ст. 6—20 Проекта въ томъ, что онѣ составляютъ цѣннаго, списаны съ Нѣм. Улож., къ сожалѣнію, не безъ перестановокъ въ порядкѣ изложенія (впередъ поставлена ст. 154 Нѣм. Улож., ср. ст. 6 проекта, хотя эта статья Уложенія переходитъ отъ главной задачи образованія единенія въ составѣ договора къ другой задачѣ, истолкованія воли, и въ виду этого тѣсно связана съ статьей 155 Нѣм. Проекта; эта связь у насъ нарушена) и особенно не безъ „улучшеній“. Вѣроятно, чтобы мотивировать такіа улучшенія, подъ указанными статьями Проекта помѣщаются безконечныя ссылки, частью неимѣющія никакого отношенія къ дѣлу, частью же не интересныя для русской кодификаціонной, или вѣрнѣе, коммилляціонной работы. Привести указанія на дрезденскій, баварскій и нѣм. проекты, послѣ того какъ они уже приведены въ мотивахъ къ Нѣм. Уложенію, дѣло вовсе не хитрое, но несомнѣнно для насъ не имѣющее вовсе того смысла, какой оно имѣло для составителей кодекса

1. Чтобы существовала *оферта* въ техническомъ, юридическомъ, а не общемъ экономическомъ, рыночномъ, смыслѣ, для этого недостаточно общаго обращенія оферента къ неопредѣленному кругу лицъ, которому оферентъ предлагаетъ услуги, товаръ, съ указаніемъ условій, заработной платы, цѣны и т. под. Такія общія обращенія, въ видѣ циркуляровъ, проспектовъ, афишъ, прейсъ-курентовъ, даже писемъ съ опредѣленнымъ адрессомъ имѣютъ свой смыслъ въ задачахъ обмѣна и фиксированья его условій, но это не то понятіе предложенія, оферты, Antrag'a, которое служитъ *основой* послѣдующаго соглашенія контрагентозъ ¹⁾.

Нормальнымъ образомъ юридической формулировкѣ оферты предшествуютъ не только такія общія обращенія, но и особыя, между данными заинтересованными лицами, сношенія. Это образуетъ иногда очень сложную операцію, требующую болѣе или менѣе обширныхъ письменныхъ проектовъ, смѣтъ, замѣтокъ по данному дѣлу. Но и это все будетъ для понятія оферты, въ юридическомъ смыслѣ, служить только подготовительной стадіей сношеній, ничего для состава оферты обязательно не предрѣшающей.

Собственно оферту въ точномъ юридическомъ смыслѣ, какъ основу договорно-обязательственнаго единенія, мы будемъ имѣть въ предложеніи такъ сформулированномъ, что простой актъ пріятія со стороны облата, дестинатара оферты (лица, коему сдѣлано предложеніе) даетъ вполне опредѣленное въ юридическомъ смыслѣ содержаніе договорнаго обязательства.

Чѣмъ ближе въ этомъ смыслѣ мы подойдемъ къ нормальной формулѣ стипуляціи, тѣмъ больше устойчивости и юридической опредѣленности, прецизности будетъ имѣть эта основа договор-

общаго права въ Германіи, гдѣ несомнѣнно было полезно сосчитаться съ бракованными проектами разнобѣстныхъ кодификацій. Въ наши Объясненія это вносить неужную путаницу и осложненія. Самый текстъ нашихъ статей выигралъ бы много въ простотѣ, еслибы составлялъ точное воспроизведеніе Нѣмецк. Уложенія 96-го года, безъ перетасовокъ статей, а главное — безъ „улучшеній“.

¹⁾ Franken Lehrb. d. deutsch. Pr. R. стр. 132; Lyon-Caen III 15. Вопросъ объ обязательности для предлагающаго цѣны, показанныхъ въ такихъ общихъ обращеніяхъ, весьма сложный и далеко не безспорный. Общія условія договорныхъ сдѣлокъ извѣстнаго рода могутъ составлять предметъ особыхъ предварительныхъ соглашеній или *между тѣми же лицами*, которыя позже будутъ вступать въ конкретныя сдѣлки по заранѣе выработанному обязательному плану (pacta de cambiando, de mutuo contrahendo, de emendo vendendo), или могутъ вырабатываться *въ интересахъ неопредѣленнаго круга лицъ*, публики, черезъ посредство извѣстныхъ публичныхъ органовъ такихъ интересовъ (services publics). Послѣднее имѣетъ мѣсто обыкновенно при концессіяхъ тѣхъ или другихъ службъ предпринимателямъ, для эксплуатаціи путей, сухопутныхъ, водныхъ, желѣзнодорожныхъ, пароходныхъ, почтовыхъ, телеграфныхъ, телефонныхъ и иныхъ средствъ сношенія. Этихъ вопросовъ мы будемъ имѣть случай коснуться частью въ послѣдствіи.

наго обязательства (Нѣм. Улож. ст. 150, 2-й абз., ст. 11 Проекта).

Мнѣніе это далеко не всѣми раздѣляется и практика допускаетъ тѣ или другія отступленія отъ этой строгой формулы, но нѣтъ сомнѣній, всегда на счетъ солидности и опредѣленности юридической концепціи оферты.

Все что предшествуетъ офертѣ должно быть *консумировано* въ ея заключительной формулѣ. Эта консумція, подобная консумціи процессуальной, очень облегчаетъ пониманіе состава договорнаго обязательства.

Нѣм. Улож. 96 года ожидаетъ отъ предварительныхъ переговоровъ соглашенія *по вѣсьмз пунктамз* послѣдующей оферты и договора; причемъ соглашеніе по отдѣльнымъ пунктамъ, хотя бы письменно формулированное, ничего не измѣняетъ въ этомъ требованіи соглашенія *общаго* для состава договора (ст. 154).

При этомъ, естественно, ничто не мѣшаетъ формулировать оферту съ необходимой для ея юридическаго эффекта опредѣленностью, но альтернативно, элективно, на выборъ акцептанта (о чемъ позже), или условно, образцы чего въ обиліи даютъ намъ латинскія формулы стипуляціи.

Нашъ проектъ, слѣдуя въ лучшихъ своихъ положеніяхъ нѣмецкимъ образцамъ, не связываетъ необходимо, со всякимъ отступленіемъ отъ этихъ требованій точности и солидности, недѣйствительности сдѣлки, но, какъ увидимъ дальше, связываетъ съ несоблюденіемъ этихъ требованій большія неудобства и эвентуальную отвѣтственность за убытки, которые могутъ послѣдовать въ результатѣ для небрежной стороны.

2. Разъ есть на лицо оферта въ указанномъ смыслѣ, какъ возникновеніе договора; для присутствующихъ контрагентовъ, представляется дѣломъ совершенно простымъ, какъ при латинскомъ вербальномъ контрактѣ.

Современное право сопоставляетъ съ этой наличностью сторонъ обмѣнъ волеизъявленія посредствомъ телефона. Въ юридическомъ смыслѣ это тоже, что волеизъявленіе сторонъ устное. Наоборотъ, обмѣнъ волеизъявленій посредствомъ телеграфа сопоставляется съ договоромъ между отсутствующими, какъ при сношеніяхъ посредствомъ письма (въ предположеніи, что сданная депеша подписана стороною, отъ которой идетъ волеизъявленіе) ¹⁾.

3. Трудность вопроса объ образованіи единенія и возникно-

¹⁾ Ср. Бэръ Gegenentwurf стг. 92. Нѣм. Улож. ст. 147 вач. Проекта ст. 7 п 8. По русски есть по этому предмету соч. Каткова, Заключеніе договоровъ при посредствѣ электричества (Журн. Юр. Общ. 1896 г.).

веніи договора и необходимость точной выработки руководящих нормъ начинается тамъ, гдѣ обмѣнъ волеизъявленій происходитъ между отсутствующими.

Здѣсь именно современная литература и законодательство даютъ рядъ попытокъ побѣдить такъ сказать разстояніе и установить для волеизъявленія между отсутствующими тотъ же характеръ юридической опредѣленности, какой имѣютъ эти волеизъявленія при устномъ ихъ обмѣнѣ между присутствующими.

Относительная трудность разработки вопроса здѣсь та же, что въ процессѣ, гдѣ, при длительности состязанія и спорнаго состоянія давнаго правоотношенія, искусственно достигаютъ тѣхъ цѣлей, которыя достигались бы совершенно просто при разрѣшеніи спорнаго вопроса немедленно, безостановочномъ послѣ его возникновенія.

И такъ, мы предполагаемъ, что оферта, въ указанномъ формальномъ смыслѣ, есть налицо.

Этого мало для единенія. Для единенія необходимо принятіе, акцептація оферты. Недостаточно одной формальной способности предложенія быть акцептированнымъ. Надо, чтобъ оферта, изъ акта воли совершенно свободнаго, подлежащаго отмѣнѣ по усмотрѣнію, превратилась въ нѣчто *въ юридическомъ смыслѣ болѣе или менѣе устойчивое*.

Чтобы этого достигнуть, при условіи разобщенія сторонъ въ смыслѣ пространства, необходимо допустить: а) нѣкоторую степень обязательности волеизъявленій для оферента, независимо отъ послѣдовавшаго акцепта, б) возможность привлеченія оферента къ ответственности за произвольный и убыточный для противной стороны отказъ отъ оферты ¹⁾, в) наконецъ въ высшей степени важно, для цѣлаго ряда вопросовъ обязательно-договорнаго характера, съ возможной прецизностью, установить моментъ возникшаго договорнаго единенія и основаннаго на немъ обязательственнаго отношенія.

Около этихъ вопросовъ и вращаются главнымъ образомъ проблемы современной цивилистики и практической юриспруденціи.

Съ этого начинается Нѣм. Улож. 96 г. свои опредѣленія о силѣ оферты: кто предлагаетъ другому заключеніе договора, тотъ *связываетъ себя* этимъ предложеніемъ, развѣ бы онъ именно оговорилъ необязательность его для себя (145; напрасно это положеніе опущено нашимъ проектомъ; это одинъ изъ образцовъ нашихъ „улучшеній“). Если въ этомъ положеніи и не все доска-

¹⁾ Das negative Vertragsinteresse, отрицательный интересъ заключенія договора, culpa in contrahendo, о чемъ позже.

зано, то все же оно прекрасно характеризуетъ понятіе оферты какъ экспектативнаго предшествующаго образованію договора волеизъявленія.

Строеніе выжидательнаго волеизъявленія несомнѣнно рассчитано на увѣренность, которую оферта должна поселить въ дестинатаріи оферты, при условіи ея отсутствія, подобномъ увѣренности наличной стороны, которая непосредственно выслушала и восприняла устное предложеніе оферента (stipulator). Дальше этого нѣтъ надобности усиливать связанное состояніе оферента.

Итакъ, еслибы раньше, чѣмъ до отсутствующаго дестинатарія дошла оферта, или одновременно съ ея сообщеніемъ ему, акцептантъ былъ увѣдомленъ, что оферта отмѣнена или не можетъ быть выполнена, то никакихъ юридическихъ послѣдствій подобное своевременно парализованное покушеніе контрагировать имѣть не будетъ (ст. 146 Нѣм. Улож. и 9 проекта)¹⁾.

Связующее въ извѣстной степени дѣйствіе оферты для оферента есть, какъ сказано, выжидательное. Чтобы дать этой выжидательности юридическую опредѣленность, современная практика и легальныя нормы предоставляютъ оференту установить срокъ, до котораго онъ считаетъ себя связаннымъ, или руководиться общепринятымъ для обмѣна волеизъявленій извѣстнаго рода (обычнымъ) терминомъ.

Если въ такіе сроки акцепта со стороны отсутствующаго не послѣдовало, то обязательность оферты для оферента угасаетъ и она уже не подлежитъ акценту (Нѣм. Улож. ст. 147 и 148; Проектъ ст. 7 и 8 заключаетъ въ себѣ очень опасныя „улучшенія“. Несомнѣнно было бы вѣрнѣе сохранить точный текстъ указани. статей Нѣм. Уложенія)²⁾.

Цѣль, на которую рассчитано выжидательное состояніе волеизъявленія оферента не есть, конечно, эта отрицательная (миноваль срокъ акцепта, возникъ вопросъ объ отвѣтственности за убыточный для акцептанта отказъ, *das negative Vertragsintresse*), а именно положительная, вступленіе въ договорно-обязательственное единеніе.

Въ этомъ состояніи, временно связанномъ волеизъявленіемъ, оферентъ находится до послѣдовавшаго акцепта.

4. *Вопросъ объ акцентѣ*³⁾ требуетъ тщательной разработки

¹⁾ Тутъ нѣтъ „улучшеній“, по ст. 9-ая выражена какимъ-то лубочнымъ языкомъ.

²⁾ Объясненія I стр. 34—48 неубѣдительно въ этомъ отношеніи.

³⁾ Lyon Caen, *Traité* III, 16.

какъ и понятіе оферты, тоже въ особенности для случаевъ обмѣна волеизъявленій между отсутствующими.

Для того сочетанія воли, которое такъ просто и естественно происходитъ при наличности сторонъ, требованія, при разномѣстномъ нахожденіи контрагентовъ, очень, конечно, осложняются.

Желаніе дать ту же законченность такому сочетанію волеизъявленій отсутствующихъ привело новыхъ юристовъ къ требованію, и при этихъ условіяхъ, наличности тѣхъ же реквизитовъ, которые нужны были для совершенія контракта *verbis*. И такъ, необходимо не только, чтобы оферта дошла до ея дестинатара, не только, чтобы дестинатаръ ее принялъ, но сверхъ того необходимо, чтобы о послѣдовавшемъ акцептѣ былъ поставленъ въ извѣстность оферентъ. Буквально тоже, что и при стипуляціонномъ обрядѣ *ex interrogazione et responsione*.

Это ученіе давало, однако, въ его примѣненіи къ отсутствующимъ, такія замедленія и трудности, что въ доктринѣ и практикѣ оказались необходимыми многочисленныя отступленія, которыя отодвинули на задній планъ всю эту тяжелую конструкцію.

Начать съ того, что эта такъ называемая *Vernehmungstheorie*, *doctrine de l'information*, требующая именно такого же освѣдомленія оферента о принятіи оферты, какое имѣетъ мѣсто при стипуляціи, подверглась нѣкоторому формализированью, нѣкоторой технической переработкѣ. Это въ томъ смыслѣ, что для освѣдомленности оферента перестали считать существеннымъ *настоящее воспріятіе* имъ отвѣта объ акцептѣ, что собственно и означаетъ нѣмецкое *Vernehmung*. Достаточно, если къ оференту дошла ожидаемая вѣсть, и вовсе нѣтъ нужды, чтобы онъ фактически въ ней удостовѣрялся. Это будетъ собственно уже не *Vernehmung*, не воспріятіе, а *Empfang*, въ смыслѣ полученія оферентомъ возможности объективной освѣдомиться объ акцептѣ, хотя бы оферентъ этой возможностью фактически и не воспользовался, т.-е. не воспринялъ бы отвѣта на дѣлѣ. Я выслалъ своевременно мой отвѣтъ, онъ пришелъ къ адрессату, адрессатъ отсутствовалъ и не принялъ мѣръ къ поддержкѣ сношеній. Пусть это фактическое обстоятельство будетъ доказано, по ученію такъ назыв. *Empfangstheorie*, это не мѣшаетъ состояться договору, это не препятствуетъ его совершенію, перфекціи ¹⁾. Оферентъ дѣйствительно

¹⁾ Hasenöhrl § 51 Der perfecte Vertrag, гдѣ обширныя литературныя указанія.

не зная объ акцептѣ, но это его дѣло; онъ могъ узнать и въ своихъ интересахъ обязанъ былъ это сдѣлать. Для юридическихъ послѣдствій такія фактическія различія не существуютъ вовсе.

Но нѣтъ сомнѣнія, что и этотъ объективный реэвизитъ *формально дошедшаго* до офферента *акцепта* далеко не всегда составляетъ необходимое условіе перфекціи договора, окончательно состоявшагося одиначества.

И такъ, офферентъ можетъ, въ увѣренности, что его оферта есть вполне подходящая (пусть этого рода сдѣлки совершаются между тѣми же лицами далеко не въ первый разъ), заравѣе, въ составѣ самой оферты, избавить адрессата отъ необходимости увѣдомленія объ акцептѣ. Признакомъ такого же акцепта могутъ служить и другія дѣйствія адрессата, независимыя отъ увѣдомленія, напр. принятіе высланной въ счетъ заказа денежной суммы, минованіе при этомъ срока, когда, по свойству дѣла или по принятому въ сношеніяхъ этого рода обычаю, могъ послѣдовать отказъ (Нѣм. Улож. ст. 151 и 12 проекта). Совершенно достаточнымъ знаменіемъ акцепта можетъ служить, тоже независимо отъ увѣдомленія, приступъ акцептанта въ выполненію принятаго имъ на себя дѣйствія (Проектъ 12).

Въ такихъ условіяхъ современная практика и господствующая доктрина не ставятъ непремѣннаго требованія увѣдомленія со стороны акцептанта въ томъ или другомъ смыслѣ (*Vernehmung* или *Empfangs-theorie*), а довольствуются, примѣнительно къ случаю, наличностью тѣхъ или другихъ признаковъ волеизъявленія (явно или молчаливо-выраженнаго) акцептанта, и это составляетъ основу такъ-называемой *Aeusserungs-theorie*.

Надлежитъ замѣтить, что въ практикѣ спорнымъ является нерѣдко вопросъ не о наличности акцепта, въ чемъ офферентъ все не выражаетъ сомнѣнія, а о *времени*, когда состоялся акцептъ. Для такихъ случаевъ наличность единенія, моментъ перфекціи договора, по указаннымъ выше положеніямъ, связанъ съ этими признаками волеизъявленія (*Aeusserung*, *Willensaeusserung*), а не съ особымъ актомъ увѣдомленія офферента.

Вопросъ о срокѣ состоявшагося договора можетъ имѣть важное юридическое значеніе не только въ этихъ исключительныхъ случаяхъ, но и въ случаяхъ, гдѣ нужно увѣдомленіе объ акцептѣ. Нѣмецкій кодексъ предусматриваетъ возможность промедленія въ доставкѣ отвѣта, независимо отъ воли акцептанта, и обязываетъ офферента, для установленія точной даты промедленія, въ его интересахъ, конечно, тотчасъ увѣдомить объ этомъ акцептанта.

Иначе отвѣтъ предполагается пришедшимъ во время (ст. 149) ¹⁾. И если предложеніе было срочнымъ, то принятіе его будетъ дѣйствительнымъ, не просроченнымъ (ст. 148), каковымъ оно оказалось бы при своевременно оговоренной офферентомъ просрочкѣ (ст. 149 Нѣм. Улож., 1-ый абз.).

Акцептъ, какъ мы утверждали выше, есть только тогда акцептъ въ настоящемъ смыслѣ слова, когда онъ составляетъ, подобно обмѣну рѣчей въ стипуляціи, вполне конгруирующій вопросу утвердительный отвѣтъ.

Если акцептъ такъ или иначе *видоизмѣняетъ* офферту, то онъ перестаетъ быть акцептомъ, а становится новой оффертой.

Въ чемъ бы ни заключалось видоизмѣненіе офферты, въ ея расширеніи, суженіи, иной перемѣнѣ въ ея составѣ, это есть отклоненіе офферты и обращеніе къ прежнему офференту съ новой оффертой.

Просроченный акцептъ офферты есть точно также *новая* ²⁾ офферта (ст. 150 Нѣм. Улож., ст. 11 Проекта).

Вопросъ объ обязательности офферты въ условіяхъ, гдѣ destinatary умеръ или потерялъ дѣеспособность прежде акцепта, не можетъ быть рѣшенъ разъ навсегда въ одномъ смыслѣ, а все зависитъ въ этихъ случаяхъ отъ индивидуальнаго свойства офферты (Н. Ул. 153).

Таковы строгія требованія внутренняго сочетанія волеизъявленій, долженствующихъ достигнуть *единенія* въ составѣ обязательственнаго договора. Не надо терять изъ виду, что выработка ихъ составляетъ результатъ долговременной тщательной разработки трудныхъ и сложныхъ задачъ практики договорнаго права.

Въ краткомъ изложеніи началъ, на коихъ основанъ весь этотъ обмѣнъ волеизъявленій съ послѣдней цѣлью *одиначества*, единенія участвующихъ въ образованіи договорнаго правоотношенія сторонъ, не разъ чувствовалась близость этихъ формальныхъ реэвизитовъ добровольнаго волеизъявленія съ такими же реэвизитами процессуальныхъ обрядностей, которыя завершаются установленіемъ спорнаго правоотношенія, какъ здѣсь соглашенія договорнаго. Параллель обрядностей въ обѣихъ сферахъ юрисдикціи, *jurisdictio voluntaria* и *jurisdictio contentiosa*, замѣчена давно

¹⁾ Мнѣ кажется, что ст. 10 проекта составляетъ неточную передачу (быть можетъ „улучшеніе“) ст. 149 Нѣм. Улож.

²⁾ Неуравиленъ, конечно, переводъ нѣмецкаго *neuer Antrag* порусски *самостоятельное* предложеніе, если это переводъ, а не „улучшеніе“, какового всегда надлежитъ набѣгать, если въ немъ нѣтъ никакой нужды. *Le mieux est l'ennemi du bien!*

въ юридической литературѣ. Ее можно провести и далѣе замѣченныхъ уже до сего явленій, въ роляхъ оферента и акцептанта, во многомъ соотвѣтствующихъ процессуальнымъ ролямъ истца и отвѣтчика, при чемъ возраженіе отвѣтчика, какъ и измѣненія въ содержаніи оферты со стороны акцептанта, мѣняютъ его положеніе въ сдѣлкѣ, какъ измѣняется позиція отвѣтчика черезъ представленіе возраженія (*excipiendo reus fit actor*) въ процессѣ ¹⁾. Отмѣтимъ здѣсь еще ту же формальную силу *консумции*, которую обнаруживаетъ окончательно установившееся единеніе договаривающихся сторонъ на прежнія ихъ отношенія и предшествующій единенію обмѣнъ волеизъявленій, въ которой такъ много формальнаго соотвѣтствія моменту *litis contestatio* для правоотношенія спорнаго. Наконецъ, соглашеніе уже состоявшееся, по силѣ своего дѣйствія для дальнѣйшаго развитія правоотношенія, по юридическому своему эффекту для сторонъ, не есть ли точнѣйшій коррелятъ состоявшемуся окончательно рѣшенію, *res iudicata*, которая *jus facit* для обязательно-договорныхъ правоотношеній, какъ и для правоотношеній сторонъ процессуальныхъ.

Этимъ мы заключаемъ разсмотрѣніе *внутренней стороны* вопроса объ обязательственномъ договорѣ ²⁾.

¹⁾ Въ старинной нашей юридической терминологіи стороны въ договорной сдѣлкѣ именовались *истцами*, какъ и въ процессѣ (А. Ю., № 71, I).

²⁾ Проектъ даетъ наряду съ изложенными нами здѣсь положеніями еще рядъ другихъ, касающихся внутренней стороны волеизъявленій договаривающихся или ихъ представителей, именно положеніе о принужденіи, ошибкахъ, обманѣ (ст. 26—34), а засиѣмъ и объ условіяхъ и срокахъ въ составѣ договорныхъ волеизъявленій (ст. 35—42). Всѣ эти положенія несомнѣнно очень важны и цѣнны въ составѣ гражданскаго кодекса; но мы сомнѣваемся (и это сомнѣніе не имѣетъ въ себѣ ничего личнаго для насъ), чтобы мѣсто этимъ положеніямъ было въ составѣ Книги пятой, объ обязательствахъ. Всѣмъ хорошо извѣстно, что этимъ положеніямъ дадутъ мѣсто въ связи съ обязательствами тамъ, гдѣ въ составѣ системы не выдѣляютъ Общей части. Это мы видимъ въ *Code civil* (art. 1109 и слѣд. и 1168 и слѣд.) и въ 3-ей части мѣстныхъ остзейск. закон. (ст. 3150 и слѣд. и 2936 и слѣд., послѣдній для сдѣлокъ вообще, но въ составѣ кн. 4-ой, Право требованій). Въ нашемъ проектѣ предположена Общая часть, и хотя мы вовсе не знаемъ ея состава (оглашено пока только общее число ея статей, именно 296, съ такой точностью, что даже круглаго счета 300 не допущено; останется ли, однако, то же число 296 и послѣ включенія въ составъ будущ. Уложенія торговыхъ обязательствъ?), но какая же надобность при этомъ планѣ указывать положенія о принужд. и проч., объ условіи, срокахъ, связывать именно съ договорнымъ обязательствомъ, а не со сдѣлкой вообще?— Не касаясь вовсе этихъ положеній, которыя мы ввели въ общую часть нашихъ Чтеній ранѣе появленія проекта, позволяемъ себѣ выразить сомнѣніе въ практичности статьи 35, которая призываетъ условіемъ въ техническомъ смыслѣ событіе *уже наступившее, но еще неизвѣстное сторонамъ*. Мы частью касались въ Чтеніяхъ разумнія этого понятія и его смысла для состава сдѣлки у такого колоссальнаго таланта какъ покойный Рудольфъ ф. Jhering (см. Чтенія стр. 693; подробно мы не разсматривали этого ученія, ибо оно все должно быть отнесено къ курсу Пандектовъ). Хорошо знаемъ, что событіе неизвѣстное только сторонамъ, тоже разсматривается какъ условіе, и эту тезу защищаютъ Унгеръ, особенно Фиттингъ... Но развѣ этого достаточно, чтобы ввестъ это очень непрактичное пониманіе условія въ законопроектъ? Аргументъ

§ 9.

Формы ви́шняго выраженія единенія.—Символизм.—Слово.—Письмо и другіе способы соленнизировать договорную сдѣлку въ классическомъ правѣ и у новыхъ народовъ.—Признаки нѣкоторой оборотоспособности заемныхъ сдѣлокъ у насъ.—Дальнѣйшее развитіе и современное значеніе письма для перфекціи договорной сдѣлки.

В) Другую сторону договорнаго волеизъявленія составляетъ та обрядность, въ которую должно быть облечено договорное единеніе соотвѣтственно юридической природѣ этого единенія.

Мы указали уже отчасти выше (см. Чтенія, ученіе о юридической сдѣлкѣ, стр. 743), что требованія извѣстной обрядности волеизъявленія или единенія воль можетъ имѣть въ своей основѣ объективную норму, или же такія требованія обрядностей отвѣчаютъ только желанію сторонъ, соучаствующихъ въ совершеніи договора.

Это различіе основаній обрядности хорошо знакомо любой системѣ гражданскаго права, хотя не вездѣ съ этимъ различіемъ умѣютъ правильно соединять и различную оцѣнку обрядностей для юридической силы актовъ. Стг. 1530 и 1531, т. X, ч. 1 предоставляютъ въ отношеніи къ способамъ совершенія договоровъ у насъ въ общемъ самый широкій просторъ усмотрѣнію сторонъ какъ для внутренней, такъ и для ви́шней обрядной стороны договорнаго волеизъявленія, исключая изъ этой свободы лишь отдѣльные виды договоровъ, для коихъ законъ (Полож. Нотар. и прил. къ ст. 708, т. X, ч. I) опредѣляетъ именно ту или другую обязательную обрядность волеизъявленія, но очень слабо разрабатываютъ общій вопросъ о юридическихъ послѣдствіяхъ невыполненія различнаго рода обрядностей. Нѣмец. Улож.

тировать здѣсь не беремъ. Обратимъ вниманіе на отзывъ Виндшейда о мнѣніи Фиттинга (Pandekten § 87 пр. 2 и 6): er hat die Quellen gegen sich und die Natur der Sache nicht für sich (стр. 272 по 6 изд.). Ссылки Объясненій (къ проекту, т. I, стр. 93) составляютъ здѣсь прямой курьезъ (см. особ. ссылку на ст. 1530 т. X, гдѣ вовсе о свойствѣ событія, какъ будущаго, нѣтъ рѣчи; въ составѣ Code civ. на art. 1181, который не даетъ событію неизвѣстному только сторонамъ *никакого суспензивнаго эффекта*; наконецъ, всего любопытнѣе ссылка на Остз. Сводъ, гдѣ условіе, относящееся къ прошедшему и настоящему *не есть условіе въ истинномъ смыслѣ*, ср. ст. 3151. Это не мѣшаетъ комиссиі принять именно суспензивный эффектъ условія наступившаго уже, но неизвѣстнаго сторонамъ, какъ будто на основѣ этихъ образцовъ кодификаціи. Это поразительно!) и еще разъ освѣщаютъ намъ неожиданнымъ образомъ подлинный ходъ дѣлъ въ названной комиссиі, въ которой не только не было, повидимому, разногласія, но даже вовсе никакихъ сомнѣній по вопросу до такой степени не только спорному, но именно до послѣдней степени сомнительному! Цѣль, однако, достигнута, и мы, съ нашимъ партикулярнымъ кодексомъ остаемся, при такомъ мнѣніи, которое hat die Quellen gegen sich und die Natur der Sache nicht für sich...

1896 г., а за нимъ и нашъ проектъ (на этотъ разъ съ дѣйстви- тельной поправкой названнаго Уложенія, къ которой мы охотно присоединяемся; ср. ст. 154 Нѣм. Ул. и ст. 16 Проек.) допус- каютъ обязательность извѣстныхъ обрядностей (у нѣмцевъ только облеченіе сдѣлки въ письмо; у насъ въ любую опредѣленную форму; мы именно въ пользу этихъ расширеній), *по уговору сто- ронъ*, при чемъ невыполненіе этого требованія рассматривается указаннымъ закономъ и нашимъ проектомъ какъ несовершенство договора.

Реквизитъ обрядности, особенной, установленный объективной нормой, составляетъ для договоровъ, какъ и для сдѣлокъ вообще, существенную сторону въ исторіи развитія договорнаго права. Въ латинскомъ мірѣ тяжелый духъ символическихъ обрядностей составлявшихъ конститутивный элементъ любой сдѣлки, посредствомъ коей устанавливались правоотношенія цивильнаго типа (особенно мандипація), уступилъ, вмѣстѣ съ самими институтами квинтиской системы, относительно легкимъ способамъ договорныхъ волеизъ- явленій въ эпоху преторскаго права. Полная свобода въ спосо- бахъ волеизъявленія, рассчитаннаго на юридическій эффектъ, со- ставляетъ, однако, характерную чергу лишь позднѣйшей фазы въ исторіи развитія гражданскаго права. Наряду съ контрактами *консензуальными* продолжали жить и въ эту пору договорныя сдѣлки, для коихъ обрядность слова (контракты *verbis*) или письма (*litteris*) составляла конститутивный моментъ состава сдѣлки, безъ котораго самый контрактъ не существовалъ.

Въ позднѣйшую эпоху къ этимъ необходимымъ для состава сдѣлки способамъ волеизъявленія присоединялись еще внѣшнія для ея состава способы *удостоверить* событіе посредствомъ сви- дѣтелей или посредствомъ письма. Это обрядности только деклара- тивнаго, а не конститутивнаго для сдѣлки характера (Чтеніе стр. 745). Различное юридическое значеніе свидѣтеля обряднаго и свидѣтеля событія случайнаго, который только удостоверяетъ событіе на судѣ, есть столь же существенное, какъ и различіе способа совершать сдѣлку *litteris* (литеральный контрактъ) и способа удостоверить, положимъ, вербальный или консензуальный контрактъ письменнымъ актомъ (*cautio*).

Въ позднѣйшемъ правѣ въ числѣ такихъ внѣшнихъ способовъ удостовѣренія актовъ играетъ роль *соучастіе публичныхъ органовъ*, особенно суда (занесеніе сдѣлокъ *apud acta*), коимъ гарантируется публичная достовѣрность событія.

Для обряднаго совершенія договоровъ въ старой практикѣ германскаго и русскаго права видное мѣсто занимаютъ *симе...*

ческие способы волеизъявлений, для договоровъ особенно обряды, обозначающіе *взаимодѣйствіе* и единеніе сторонъ, у нѣмцевъ особенно *Handschlag*, у насъ *рукобитіе* 1).

Значеніе слова, формализмъ рѣчей въ юридическихъ, особенно въ процессуальныхъ обрядностяхъ, засвидѣтельствовано въ старыхъ германскихъ и въ общеславянскихъ и русскихъ памятникахъ старины самымъ несомнѣннымъ образомъ (См. особ. Чтенія стр. 748 и пр.). Для договорныхъ сдѣлокъ значеніе слова первоначально, повидимому, конститутивное видно въ синонимикѣ наименованій ряда (собственно договора, докончанья) съ одиначествомъ, пословицей, смолвкой 2).

Однако, ни старо-германское, ни наше право не знаетъ того обмѣна рѣчей, вопроса и отвѣта, который служилъ въ латинской стипуляціи такимъ простымъ и вмѣстѣ образнымъ выраженіемъ, именно рѣчами сторонъ, *verbis*, достигнутаго единенія договаривающихся.

Наряду съ этимъ надо замѣтить, что вмѣсто послѣдовательнаго развитія одной обрядности, какъ знаменія соглашенія сторонъ, въ практикѣ старо-германскаго и нашего права скорѣе видно нагроможденіе такихъ обрядностей. Наряду со словомъ, крестнымъ цѣлованіемъ, дачей реальной (задатки, пополнки) практикуется широко призывъ послуховъ, радцевъ 3) къ соучастію въ совершеніи ряда, договорной сдѣлки и, наконецъ, письменное начертаніе, памяти такихъ сдѣлокъ, кабалы и проч.

Въ этихъ осложненіяхъ состава договорной сдѣлки много общаго даютъ памятники нашей и германской юридической старины. Такими многообразными путями стороны ищутъ усилить (*roboratio*) или утвердить, особенно чрезъ рукоприкладство на самой памяти, на грамотѣ, крѣпость одиначества (*manufirmatio*).

Такія памяти соленнизируются не только подписями сторонъ. писцовъ, послуховъ, по очень рано, въ 15 и 16 вв., еще удо-

1) Рукобитіе имѣло мѣсто не только при куплѣ-продажѣ, займѣ, но и при *рядахъ* на самомъ судѣ. Напр., при дачѣ срочной грамоты о явкѣ въ судѣ къ извѣстному сроку требовалось крестное цѣлованіе „да по *руцѣ* (тутъ же, передъ судьей) ему *ударити съ истцемъ своимъ*“ (Новгор. Судн. гр. ст. 24; ср. Леонтовичъ, Земскій обычай стр. 61; тоже Невольинъ История § 387).

2) Тамъ же у Леонтовича стр. 58. Соглашеніе соучастниковъ въ должностномъ дѣлѣ именуется *заговоромъ*, надо думать тоже по способу обрядному приходить къ соглашенію изустно. Таковы часто встрѣчающіеся въ памятникахъ *заговоры недѣльничковъ*.

3) См. Особ. А. Ю. № 257 и слѣд. Новгородскія рядныя XV в., гдѣ много очевь цѣннаго для изученія обрядной стороны договоровъ. № 258 упоминаетъ о разборѣ дѣла передъ салманами. Передача документа безпрестанно встрѣчается какъ способъ удостовѣренія права (№ 266 и друг.).

ствѣряются приложеніемъ печатей¹⁾, явкой въ публичныя установленія для записи въ публично-достоверныя книги.

Вполнѣ возстановить всю технику и опредѣлить юридическое значеніе подобныхъ актовъ при свѣдѣніяхъ довольно отрывочныхъ и при слабомъ развитіи юридическаго анализа у старыхъ мастеровъ актуарной части дѣло далеко не легкое не только у насъ, но и на западѣ, гдѣ ранѣе и лучше чѣмъ у насъ дѣйствовала юридическая школа²⁾. Не менѣе того изъ строевія этихъ актовъ мы, какъ и западные историки права, имѣемъ все основаніе заключить, что цѣль ихъ³⁾ стояла не только въ укрѣпленіи силы договорной сдѣлки, но верѣдко и въ сообщеніи такому письменному акту, такой граматѣ, кабалѣ и тому подобное еще и *нѣкоторой оборотоспособности*, способности быть предметомъ негодіаціи (*Negotiabilität*). Актъ, коимъ конституируется долговое правоотношеніе, составляетъ *предметъ передачи*, врученія вѣрителю. Если изъ договора возникаютъ *взаимныя* обязательственныя отношенія, то каждая изъ сторонъ получаетъ списокъ, „противень“, копію документа, которая и служитъ какъ бы знаменіемъ его права⁴⁾.

¹⁾ Отъ печатей „дектемъ“ (Запис. кн. актамъ явлен. дяку Алябьеву Лапо-Данилевскій 1898 г. № 291) идутъ въ смыслѣ прочности операціи къ выслымъ свинцовымъ въ позднѣйшей практикѣ, а у печатей „стонть“ верѣдко особый соучастникъ утвержденія силы акта. Это сперва частныя лица, потомъ публичныя, для коихъ приложеніе печати есть, рядомъ съ удостовѣреніемъ подлинности акта, способъ поборовъ, сильно развитый подъ именемъ печатныхъ пошлинъ.

²⁾ А. Ю. № 232 и слѣд. Случаевъ и требованій такого публичнаго удостовѣренія старина знаетъ массу, не только для укрѣпленія правъ по недвижимостямъ, но и въ сдѣлкахъ по движимостямъ, см. выше, Чтеніе стр. 759 прим., записныя конскія книги, а также въ массѣ недавно опубликованныхъ профес. Лапо-Данилевскимъ актовъ Записной книги дяка Алябьева, въ числѣ коихъ есть очень для правовозрѣпій того времени характерныя, см. напр. № 259 о дачѣ въ приданое *четырехъ годовъ людей*.

³⁾ Мы избѣгаемъ обобщеній, ибо предметъ мало изученъ, и наряду съ грамотами, которыя въ нѣкоторой степени *воплощаютъ* право, основанное на договорѣ, есть такія грамоты, памяти, которыхъ значеніе для права не есть не только конститутивное, но даже декларативное, а скорѣе вспомогательное, какъ значеніе письменной кауціи для стипуляціи. Таковы особенно такъ назыв. *гузетныя памяти*, которыхъ не пишутъ и не подписываютъ должники, а пишутъ постороннія сдѣлкѣ лица, для памяти, со словъ совершающихъ, именно какъ *фактическіе* соучастники сдѣлки. Нельзя также вообще сказать, что плата кабалнаго долга производилась не иначе какъ по врученіи этого документа должнику. Есть случаи въ старой практикѣ, гдѣ удостовѣреніемъ послѣдовавшаго платежа по кабалному долгу служитъ *отпись*, которую выдаетъ вѣритель должнику (см. для примѣра А. Ю. №№ 420 421). Указывая на оборотоспособность кабалныхъ долговъ, мы имѣемъ въ виду технику, которая несомнѣнно *могла* приводить къ этой дѣли и до которой думывались скромныя дѣльцы стараго времени, какой-нибудь Ганка Перекусихинъ, Карло Малый, Истома, Полушка, коихъ изобрѣтательности наградой служили или ведро рыжиковъ, или семга съ калачемъ, каврига, пироги, въ лучшемъ случаѣ гусь (А. Ю. № 376).

⁴⁾ А. Ю. № 107, а си у насъ записи писаны по противнемъ и розныгъ

Стремленіе сообщить документу, хартіи, бумагъ *нѣкоторыя черты оборотоспособности (titre négociable)* обнаруживается натурально въ особенности *въ денежномъ долгу* и заключается въ томъ, что должникъ, естественный отвѣтчикъ, заранѣе отказывается отъ цѣлаго ряда возраженій, которыми онъ могъ бы, особенно въ силу его правъ личныхъ, встрѣтить предъявленное къ нему требованіе.

Въ результатъ становится, такимъ образомъ, совершенно безразличнымъ, *кто явится для осуществленія* обязательственного договора, и въ силу этого съ обладаніемъ документа связывается, въ извѣстной степени, вопросъ о принадлежности требованія и о субъективномъ моментѣ обязательственного отношенія ¹⁾. Словомъ, у насъ, какъ и на Западѣ, вопреки латинской традиціи, право требованія *материализуется, сближается*, въ извѣстной мѣрѣ, *съ обладаніемъ вещью* (напр. кабальной грамотой) и *присвоивается предъявителю документа*.

по себѣ; дьякъ и послуши одинъ (ср. еще № 395). Сказать, что такія записи, особенно кабалы, „воплощаютъ“ въ себѣ право требованія, было бы ошибочно, ибо далеко не всѣ подобные акты назначены для легчайшей оборотности, и сверхъ того есть признаки, что при всей неограниченности напр. кабальныхъ долговъ, потеря кабалы не влекла за собою необходимо и потери права искать долги (см. напр. А. Ю. № 419). Независимо отъ этого наряду съ кабалами всегда были и безкабальные долги.

¹⁾ Мы аргументируемъ эти важныя для исторіи нашего обязательства черты примѣрами, которые, конечно, легко обогатить дальнѣйшей детальной разработкой памятникѣвъ. И такъ, должникъ (или должники, солидарные, съ условіемъ платить долгъ *не разрывивая*, или проратарные, платящіе *по вытѣмъ*, жеребьямъ, или паямъ) обязываются „не отыматись отъ правезу отъ сее кабалы всякими даря великаго князя несудимыми грамотами, ни княжевецкими, ни боярскими, ни слободами, ни Свяжскимъ, ни Казанью, ни Чебоксарамъ (очевидно, здѣсь имѣются въ виду оторочки, такъ назыв. на западѣ *мораторіи*, которыя давались ратнымъ людямъ по случаю походовъ), гдѣ ся кабала насъ, записчиковъ, ни застанеть, тутъ свои деньги правити любымъ приставомъ“ (А. Ю. № 243). „А гдѣ насъ записчиковъ по сей кабалѣ застанеть, на конмъ городѣ, или въ коей волости, подъ коимъ судомъ ни буди, а кой насъ въ лицѣхъ, на томъ деньги и ростъ и убытки всѣ спозна, а кто *монастырскихъ по сей кабалѣ станеть истцомъ, старецъ* (настоящій кредиторъ), *или слуга, той намъ истецъ* (тамъ-же № 253, ср. еще № 234 № 238 для пассивной стороны обязательства и № 415). Нѣтъ сомнѣнія, что такія оговорки снимали съ долгового отношенія характеръ строго личнаго и давали ему, въ тяжелыхъ условіяхъ обмѣна той эпохи, значительную подвижность, оборотоспособность, *связанную именно съ обладаніемъ документомъ*. Шагъ дальше въ этомъ направленіи видимъ въ послѣдующей практикѣ, образцы которой были приведены выше (Чтенія, стр. 750, прим.): *кто (съ) сею кабалюю станеть, тотъ по ней итецъ* (Акты до юр. б. отн. т. II стр. 3 и слѣд.).—Въ указанныхъ образцахъ ясно стремленіе снять съ правоотношеній гражданскихъ столь вредный для ихъ развитія характеръ привилегій, очистить ихъ отъ примѣсей нецивильнаго свойства, первоначально хотя бы путемъ сдѣлокъ, такъ какъ норма легальная вся представляла собою въ эту пору именно осложненіе права гражданского множествомъ совершенно нецивильныхъ элементовъ. И этой цѣли искали достигнуть наши старые дѣльцы въ своей каутелярной практикѣ.—Значеніе передачи документа („державы“, „луги“) вообще и распространенность этого обычая см. у Мейчица—Грамоты XIV и XV вв., стр. 70, 151.

Законодательство послѣдующаго времени, особенно Судебники, Уложеніе, разрабатывали старую практику письменныхъ сдѣлокъ, устанавливая постоянные реквизиты тѣхъ или другихъ для разныхъ типовъ сдѣлокъ, особенно для договоровъ. Однако, значительныхъ успѣховъ по существу дѣла, особенно въ смыслѣ различенія дѣйствія той или иной обрядности на самыя свойства договорнаго обязательства, въ тяжелыхъ условіяхъ обмѣна того времени, достигнуть было трудно. Реформы Петровской и Екатерининской эпохи, касаясь вообще актуарной части, отразились замѣтнымъ образомъ на *отдѣльныхъ договорно-обязательственныхъ*, особенно соприкасающихся съ правомъ торговымъ, формахъ сдѣлокъ ¹⁾.

Въ составѣ Свода законовъ формальная сторона совершенія договорныхъ сдѣлокъ была, согласно этимъ историческимъ даннымъ, разработана тоже лишь по отношенію къ *отдѣльнымъ договорнымъ формамъ*, а не вообще. Въ общемъ же, какъ видно было выше, порядокъ заключенія словесныхъ договоровъ состоитъ и нынѣ въ полной волѣ договаривающихся лицъ, лишь бы договоры утверждались на непринужденномъ произволѣ и взаимномъ согласіи и не содержали въ себѣ ничего законамъ противнаго (ст. 571).

Нотаріальное положеніе 14-го апрѣля 1866 года во многомъ улучшило старый порядокъ корробораціи договорныхъ сдѣлокъ при содѣйствіи публичныхъ установленій, но не измѣнило прежнихъ общихъ основаній договорныхъ волеизъявленій, которыя остаются на полной волѣ сторонъ, если законъ не указываетъ для *отдѣльной договорной сдѣлки обязательной*, въ томъ или другомъ смыслѣ, письменной обрядности (ст. 571 т. X. ч. 1). Нѣкоторыя *общія* правила, коими опредѣляется *относительная сила письменной и устной или иной формы* волеизъявленій договаривающихся, даны еще Уставомъ гражданскаго судопроизводства, особенно ст. 409 и 410. Статьи эти, однако, лишь самымъ общимъ образомъ опредѣляютъ *доказательную силу письменныхъ актовъ*, коими устанавливается опредѣленное *содержаніе* сдѣлки, и не допускаютъ опровергать его показаніями свидѣтелей (ст. 410). И такъ, документъ правильно совершенный, если противъ него не предъявлено спора о подлогѣ, будетъ для договорной сдѣлки служить способомъ удостовѣрить на судѣ со-

¹⁾ По связи этихъ мѣръ съ *отдѣльными договорными формами* мы ихъ здѣсь не касаемся и отсылаемъ читателя къ изложенію Неволіна, почти исчерпывающему всю *легальную* сторону дѣла (см. также въ Читеніяхъ ссылки на его труды по общимъ задачамъ въ этой области).

стоявшееся между сторонами *договорное единение по отношенію къ его содержанію* и возражать противъ этого удостовѣренія ссылкой на какія-либо *рѣчи*, коими стороны при семъ обмѣнивались и которыя прямо противорѣчатъ документу, хотя бы на это нашлись и свидѣтели, законъ нашъ не допускаетъ.

Это въ высшей степени разумное начало, въ истолкованіи коего, однако, не слѣдуетъ идти далѣе прямого смысла положенія.

Точно то же слѣдуетъ сказать и о статьѣ 409. Статья эта, въ самыхъ общихъ выраженіяхъ, допускаетъ примѣненіе, какъ способа доказательства на судѣ, свидѣтельскихъ показаній только для *тѣхъ событій, для которыхъ по закону не требуется письменнаго удостовѣренія*. Изъ этого общаго правила, по очевидно уже не въ примѣненіи *къ событіямъ* вообще, а лишь къ актамъ, о коихъ собственно мы здѣсь и трактуемъ, законъ указываетъ только два исключенія: 1) когда акта (о поклажѣ) нельзя было составить въ виду внезапно постигшаго стороны бѣдствія (наводненія, пожара, словомъ, при тысячи лѣтъ извѣстномъ такъ называем. *depositum miserabile*), 2) когда актъ утраченъ (утрата кабалы не исключала изстари удостовѣренія долга другими способами, кромѣ документа).

Очевидно и это *общее* правило для области сдѣлокъ ограничивается тѣми случаями, гдѣ законъ требуетъ именно письма, какъ способа совершенія или удостовѣренія договорной сдѣлки.

Объими этими статьями отнюдь не измѣняется общій смыслъ ст. 571 для всей области вопросовъ договорнаго права, въ которой наше законодательство, послѣ изданія уставовъ 20 ноября 64 года, какъ и до ихъ изданія, даетъ руководящій принципъ по вопросу объ обрядной сторонѣ договорныхъ волеизъявленій.

Всматриваясь въ эти положенія, мы невольно приходимъ къ заключенію, что наше законодательство сходится, въ этомъ вопросѣ, много ближе съ законодательствомъ австрійскимъ, чѣмъ съ прусскимъ или французскимъ.

Прусскій Ландрехтъ и Code civil условливаютъ обрядный реэвизитъ договорнаго волеизъявленія *цѣльной* сдѣлки, для Ландрехта 50 талеровъ, для Code civil 150 франковъ, достигая которой сдѣлка имѣетъ быть, по силѣ закона, облечена въ форму письма, независимо отъ вопроса, что это за сдѣлка ¹⁾ (для Code civ. см. art. 1341 и 1348).

¹⁾ Взятая въ составъ Уст. Гражд. Суд. стг. 409 и 410 несомнѣнно составляютъ своеобразную переработку или, пожалуй, „улучшеніе“ artt. 1341 и 1348 Code civ. Намъ необходимо хотя немного остановить вниманіе на этой любопытной рецепціи. Она крайне характерна для работъ нашихъ кодификаціонныхъ и иныхъ комиссій, направленныхъ на улучшеніе или восполненіе за-

Юридическое значеніе этого требованія письменной обрядности въ составѣ сдѣлки есть весьма различное. Мы отмѣтимъ здѣсь

конодательства. Этотъ самый приемъ безголовкаго и отрывочнаго выхватыванія отдѣльных статей изъ разныхъ кодексовъ практикуется нашими комиссіями и нынѣ. Мы не беремся разбирать здѣсь, чѣмъ объясняется любопытная манера дѣйствія; быть можетъ, извинительнымъ, но больше для коихъ адептовъ правовѣднія, чѣмъ для достойныхъ всякаго уваженія мужей, стремленіемъ при- дать работѣ нѣкоторый штемпель самостоятельности. Намъ больше интересуютъ здѣсь послѣдствія, которыя влечетъ за собою для практическаго примѣненія этотъ способъ шивать изъ пестрыхъ вѣточекъ разныхъ кодексовъ собственныя институты гражданскаго права. Вырванные изъ своей связи артикли Code civil попали у насъ не въ соответствующій Code civil т. X ч. I, а въ соответствующій французскому Code de procédure Уставъ Гражд. Суд. Это разомъ совершенно измѣнило смыслъ и значеніе французскихъ статей для нашей практики. Обремененіе обрядностей совершенія сдѣлки общимъ ре- квизитомъ письменности измѣло и у французовъ неудобныя для гражданскаго обмѣна послѣдствія. Оно произошло въ условіяхъ отправления юстиціи далеко неблагоприятныхъ (ordonnance de Moulins 1565 г.) и удержалось нынѣ въ составѣ Code civil какъ остатокъ старинны, для котораго современная фран- цузская юриспруденція старается указать возможно тѣсныя границы примѣне- нія. Критики безусловно осуждаютъ эту обширо мѣру стѣсненія обмѣна излпш- ними обрядностями. Лоранъ (Avant-projet, Библиографія Андреевскаго №№ 26 и 57) думаетъ, что такое осложненіе реkvизитовъ сдѣлки представляетъ пе- сомнѣнное удобство лишь для небдительныхъ судей. Общій принципъ, къ которому старались свести указанной реkvизитъ сдѣлки, выражается француз- ской формулой: lettres passent témoins. Нигдѣ этотъ принципъ не нашелъ себѣ болѣе широкаго примѣненія, чѣмъ въ первое время дѣйствія нашихъ новыхъ судовъ, несмотря на широкій просторъ, предоставленный суду въ изслѣдова- нии и оцѣнкѣ силы доказательствъ по убѣжденію суда. Но въд неизмѣримо легче не входя въ дальнй разсужденія, требовать прямо формы, бумаги, какъ основы пѣка и при отсутствіи ея отказывать въ искѣ. Такъ и дѣлалось. Юристы практикѣ Формакоскій, конечно, не безъ основаній настаиваетъ въ своемъ Руководствѣ на необходимости письма для силы сдѣлки во всехъ случаяхъ, гдѣ требуется содѣйствіе суда, кромѣ указанныхъ въ стг. 409 и 410 исключе- ній. Но существу дѣла это прямой отказъ въ правосудіи, для котораго указа- ны статьи даютъ основаніе только благодаря случайности и отрывочности ихъ появленія въ Уст. Гра. Суд.—Въ составѣ Code civ. указанные выше статьи стоятъ въ связи съ рядомъ другихъ, которыя крайне смягчаютъ характеръ требованій выраженныхъ въ этихъ именно статьяхъ. Укажемъ здѣсь на нѣко- торыя. И такъ, 1) хотя противъ письменнаго акта нельзя возражать ссылкой на свидѣтелей, но это ограничивается въ примѣненіи предѣлами указанными ст. 1341 (contre et outre le contenu aux actes, sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, наша ст. 410 говоритъ, правда, тоже о содер- жаниі акта, но и только), при томъ безъ распространенія на торговое право (см. конецъ указ. art.); 2) правило, выраженное въ ст. 1341 (и нашей 409) о недопустимости свидѣтелей ограничено въ Code civ. для тѣхъ случаевъ, когда на ряду съ свидѣтелями для убѣжденія суда приводятся такъ назыв. commencement de preuve par écrit (art. 1347); и такъ, противъ письменнаго акта истца я привоже не только свидѣтелей, но еще его письма ко мнѣ, служація свидѣ- тельствомъ противъ него, замѣтку сдѣланную его рукой, хотя бы и безъ его подписи. Суду предоставлено оцѣнить свободно вѣроятность событій, въ подѣву коихъ говорить и свидѣтели и это commencement de preuve par écrit; 3) смыслъ art. 1341 не расширяется на любыя событія (ср. нашу ст. 409, въ art. 1341— toutes choses), которыя служатъ основой притязаній, а истолковывается въ тѣснѣйшемъ примѣненіи къ актамъ, къ юридическимъ сдѣлкамъ, на коихъ стороны основываютъ свои притязанія. Событія же вообще, а не тѣ только, которыя показаны въ art. 1348 и въ ст. 409 особ. п. 3, могутъ быть доказы- ваемы, по толкованію принятому во Франціи и въ послѣднее время у насъ, натурально не одними письменными актами, а и всеми другими способами доказывать, не исключая и презумцій. По этому вопросу см. Précis. Vaudry Lascantinerie II, п. 1253 и слѣд. (этотъ писатель ошибается, однако, что сила

юридическое значеніе письма въ составѣ сдѣлки въ его главныхъ отдѣнкахъ.

Итакъ, облеченіе волеизъявленія въ форму письма можетъ быть предоставлено *на волю сторонъ* и составлять вовсе не исключительный, а одинъ изъ многихъ способовъ удостовѣренія состоявшейся договорной сдѣлки, которому, *по существу дѣла*, нельзя въ извѣстныхъ условіяхъ не дать преимущества передъ другими средствами для достиженія той же цѣли (ст. 917 и слѣд.)¹⁾.

Значеніе письменной обрядности для юридической силы договорнаго волеизъявленія весьма повышается, когда законъ, подобно указанному сейчасъ для сдѣлокъ выше 150 франк. требованію Code civil, связываетъ съ наличностью письменнаго акта, частнаго или публично-достовѣрнаго (titre authentique въ противоположность titre sous seing privé), особую силу въ томъ или другомъ смыслѣ.

Мы сейчасъ видѣли, что такая обрядность можетъ имѣть существенное значеніе для доказательства состоявшейся сдѣлки.

Дѣйствующее русское право даетъ намъ рядъ частныхъ опредѣленій для отдѣльныхъ видовъ договорной сдѣлки, коими

свидѣтельскихъ показаній находится въ обратномъ отношеніи къ распространенію образованности, см. указ. п. 1253 вач., ибо ослабленіе письменнаго реквизиата сдѣлки въ Нов. Герм. Код. сравнительно съ Прусс. Ландректомъ было бы въ такомъ случаѣ совершенно необъяснимымъ явленіемъ). Прекрасный экскурсъ читатель найдетъ по этому предмету въ III т. Курса Побѣдоносцева, § 8, стр. 50—71 по изд. 2-му. Полезно просмотрѣть практику Сената, по изд. Судебн. Устав. Гордона, къ статьямъ 409 и 410. Кромѣ сдѣланныхъ здѣсь указаній, полезно ознакомиться съ понятіями contre-lettres, разныхъ видовъ écritures privées и copies des titres, которыя все весьма важны для понятія письменнаго доказательства во франц. практикѣ (см. Baudry, тамъ же, п. 1223 и слѣд.). По этому вопросу Проектъ, ст. 15-я, вводитъ крайне серьезное новшество, требуя письменнаго удостовѣренія для *всѣхъ договоровъ, сумма коихъ превышаетъ 300 р.* Въ объяснительной запискѣ одинъ г. Сабуровъ (противъ 9) возражаетъ противъ этого новшества, съ аргументаціей, однако, менѣе убѣдительной, чѣмъ у г. Побѣдоносцева въ указ. мѣстѣ Курса. Аргументація болшинства опять понятнѣе курьезна. Ст. 15 вводится, чтобъ облегчить (?) формализмъ договорнаго права, ибо договоры не превышающіе 300 р. не подлежатъ этому реквизииту, кромѣ въ которыхъ. Но вѣдь до сего такого *общаго* реквизиата не было въ напемъ законодательствѣ вовсе. Въ чемъ же облегченіе? Въ томъ дескать, что письмо требовалось *почти* въ каждомъ отдѣльномъ договорѣ. Здѣсь *почти*, но и въ проектѣ тоже *почти* все договоры до 300 р. будутъ свободны отъ требованій статьи 15-й. Мы спросимъ только: если для всѣхъ *почти* отдѣльныхъ договоровъ требовалось доселѣ письмо, то много-ли было дѣйствительно разработано въ старой системѣ нашего *общаго* права такихъ отдѣльныхъ договоровъ? А если ихъ было очень немного, то въ чемъ же будетъ облегченіе письменнаго формализма, когда письмо составитъ нынѣ *общій* реквизиитъ удостовѣренія договоровъ выше 300 р. и такихъ договоровъ будетъ въ новой системѣ неизмѣримо болѣе чѣмъ въ старой?

¹⁾ По этому предмету особенно для книгъ розничныхъ торговцевъ, а также для употребленія бирокъ (въ Code civ. tailles) см. Цвѣтковъ и Голевъ 10816—10821).

опредѣляется юридическое значеніе письма именно какъ непремѣннаго реквизита доказанности данной сдѣлки. Мы возьмемъ здѣсь для освѣщенія вопроса въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ одинъ примѣръ такого требованія закона.

Обязательство по займу можетъ быть составлено порядкомъ нотаріальнымъ (или у крѣпостныхъ дѣлъ), явочнымъ, или домашнимъ (ст. 2031).

Всѣ эти способы составленія заемнаго обязательства суть *письменные* съ весьма различнымъ эффектомъ по различію порядка ихъ письменной перфекціи.

Нормальнымъ образомъ заемная сдѣлка совершается посредствомъ одновременнаго реального врученія суммъ со стороны кредитора должнику и заемнаго обязательства (письменнаго акта) со стороны должника вѣрителю.

Это нормально, но это вовсе не необходимо. Реальный моментъ врученія должнику извѣстнаго количества можетъ предшествовать во времени выдачѣ заемнаго документа (стг. 2045 и 2046). Это не мѣшаетъ договорной сдѣлкѣ быть настоящимъ займомъ. Но отсутствіе „заемнаго обязательства“ (документа) очень принижаетъ юридическое значеніе займа для упражненія вѣрителемъ его правъ вѣрителя (передачи ихъ другому лицу, цессіи, ст. 2058 и слѣд.) и особенно для осуществленія его притязаній къ должнику (см. особ. ст. 2046 и 2047).

Такимъ образомъ, письмо можетъ въ составѣ сдѣлки имѣть значеніе выпыпающаго во многихъ отношеніяхъ ея юридической эффектъ обряднаго реквизита.

Мы отмѣчаемъ здѣсь главнымъ образомъ *легчайшую доказуемость и осуществимость обязательства*, которая связана именно съ письменной обрядностью.

Но то же письмо можетъ имѣть не только это приводящее для юридической силы договора, хотя и очень существенное, но все же только внѣшнее значеніе. Юридическое значеніе письма для состава договора можетъ имѣть характеръ конститутивнаго, внутренняго реквизита, безъ котораго затруднены не только тѣ или другія функціи договорнаго обязательства, но и оно само юридически вовсе не существуетъ, хотя бы наличность всѣхъ другихъ волевыхъ и матеріальныхъ реквизитовъ договорнаго единенія не подлежала никакимъ сомнѣніямъ.

Наше законодательство не даетъ и этому вопросу общей разработки, хотя письменная обрядность въ составѣ договора какъ внутренній, конститутивный его реквизитъ, знакома ему такъ же хорошо, какъ и западнымъ системамъ. Такимъ образомъ, цессіи

заемнаго обязательства не можетъ быть совершена иначе какъ указаннымъ въ законѣ обрядомъ письменной перфекціи, которая именуется передаточной *надписью* (ст. 2059). Такой же письменный реквизитъ виденъ въ способѣ удостовѣренія послѣдовавшаго долевого или полнаго вноса своей ставки въ акціонерный капиталъ, а также въ способахъ передачи предварительныхъ свидѣтельствъ и именныхъ акцій (2163, 2167).

Техника выполненія письменной обрядности, какъ реквизита договорнаго волеизъявленія, весьма различна. Возможно совершеніе письменнаго акта личное, чрезъ начертаніе всего документа, или одной надписи на готовомъ документѣ, собственноручно, а въ извѣстныхъ условіяхъ (безграмотность) съ содѣйствіемъ другого, при томъ съ соучастіемъ или безъ соучастія обрядныхъ свидѣтелей (*призванныхъ* совершающимъ *частныхъ* лицъ извѣстной квалификаціи). Это домашніе акты, способные вполнѣ удостовѣрять событія только по отношенію къ тѣмъ лицамъ, которыя ихъ совершили. Эта сторона вопроса была слабо разработана въ нашей дѣйствующей системѣ въ составѣ т. X ч. I, а нынѣ, подъ несомнѣннымъ вліяніемъ Code civil (art. 1322 и слѣд.), мною обстоятельнѣе, введена въ составъ Уст. Гражд. Судопроизв. (стт. 438—479). Такіе домашніе акты могутъ составлять лишь подготовительную стадію для послѣдующей корробораціи съ содѣйствіемъ органовъ публично-достоверныхъ. Но и независимо отъ этого они могутъ имѣть извѣстную силу именно по отношенію къ совершающимъ. Такова въ особенности сила актовъ, предназначенныхъ для эффекта по отношенію къ третьимъ, ограничивающихъ свое дѣйствіе самими соучастниками, и въ этомъ смыслѣ не подлежащихъ оглашенію ¹⁾.

¹⁾ Code civ. въ отдѣльной статьѣ (1321) опредѣляетъ силу такихъ скрытыхъ актовъ, когда они расчитаны на извѣстную модификацію эффекта другого акта, открытаго, по почему либо не выражающаго подлиннаго намѣренія договаривающихся. Таковы такъ назыв. *contre-lettres*, которыя, если не составляютъ ничего противнаго закону и праву, способны въ извѣстной степени связывать стороны, отнюдь, однако, не третьи лица, именно въ смыслѣ такого скрытаго акта (*contre-lettres*). Акты этого рода, направленные на запрещенныя дѣла (напр., сокрытіе подлинной дѣны въ избѣжаніе платежа пошлины, обходъ запрещеннаго даренія), не только не могутъ имѣть юридическаго эффекта, но способны подвергать виновныхъ отвѣтственности, напр., штрафу. Въ другихъ случаяхъ скрытая сдѣлка можетъ не быть ничтожной для совершающихъ, но не имѣть никакого эффекта для 3-хъ. Таковы, напр., фидуціарныя сдѣлки для дѣлей залога, въ свое время восполнявшія отсутствіе снѣдифической залоговой сдѣлки въ Римѣ и натурально ни къ чему не обязывавшія третьихъ. Для самихъ участниковъ сила такой сдѣлки, при трудности прямого ея осуществленія, можетъ быть подкрѣплена страхомъ инфаміи (въ Римѣ), конвенціональнымъ штрафомъ (для фидуціи вообще см. выше, въ объемѣ ученія о сдѣлкахъ, Чтенія § 38, особ. стр. 729, 734, 736). Неправильные расчеты на юридическій эффектъ такихъ скрытыхъ сдѣлокъ встрѣчаются въ практикѣ весьма черѣдко. Понятіе *скрытой* сдѣлки не исключаетъ возможности укрѣпленія ея содѣй-

Ограниченный юридическій эффект акта домашняго обнаруживается въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда для силы акта существенна достовѣрность мѣста, особенно времени совершенія акта, или когда дѣйствіе договорной сдѣлки не ограничивается первоначальными непосредственными ея участниками, а имѣетъ распространиться на третьи лица.

Въ такихъ случаяхъ актъ, совершенный домашнимъ порядкомъ, подлежитъ корроборациі при помощи публично-достовернаго лица или установленія. Этимъ способомъ *явки* акта можетъ быть достигнута публичная достовѣрность *руки*, т.-е. начертанія самого акта или подписи его одною только или каждою изъ соучаствующихъ въ совершенія договора сторонъ (Пол. о нот. ч. ст. 128 п. 2, 133—135, 147, уст. гр. суд. 456, 458, 459, 460, 542, 543), а также *времени*, когда актъ явленъ (Пол. о нот. ч. ст. 128 п. 3, ст. 136—138, уст. гр. суд. ст. 477, 476).

Договоры въ нѣкоторыхъ случаяхъ могутъ, въ другихъ должны быть *не только являемы*, но именно и обязательно *совершаемы письменно чрезъ посредство публично-достоверныхъ лицъ или установлений* (Пол. о нот. ч. 66, 79, 84, 86, 88). Образцы факультативной явки или совершенія договора при содѣйствіи публично-достовернаго лица даютъ намъ въ составѣ дѣйствующаго права *заемныя обязательства*, которыя, по закону, могутъ быть *явочными и крѣпостными* (т. X ч. I стт. 2031, 2036, 2039, 2045—2047, 2033, 2034).

Юридическое или процессуальное достоинство публично-достовернаго акта повышается, какъ это видно въ приведенныхъ статьяхъ дѣйствующаго законодательства, въ различной степени, смотря по способу корроборациі, предписанному легальной нормой. Они вообще имѣютъ силу предпочтительную въ отношеніи *изъ даты и эффекта для третьихъ лицъ*. Но, сверхъ того, имъ можетъ быть присвоена специфическая сила безспорности въ извѣстномъ моментѣ ихъ состава (напр.: не пріемяются никакія показанія ни должника, ни наслѣдниковъ его о безденежности крѣпостныхъ заемныхъ писемъ, т. X. ч. I ст. 2015), или же ускоренной, иногда непосредственной взыскной способности. образцы коей видимъ въ нашемъ Уст. гражд. суд. ст. 365¹⁻²⁴ 1),

ствіемъ публичнаго органа. Она есть *скрытая* не въ смыслѣ способа совершенія, а въ относительномъ смыслѣ такихъ видоизмѣненій содержанія другой сдѣлки, которыя имѣютъ связывать лишь ограниченный кругъ вошедшихъ въ это *особое* между собою соглашеніе лицъ (ср. С. с. art. 1321 и Baudry Lascapinerie Précis II n^o. 1223).

1) См. по изд. Гордона съ указан. на Отчетъ Гос. Совѣта, стр. 211 и слѣд.; также Энгельмана Учебникъ рус. гражд. судопроиз. § 63.

объ упрощенномъ порядкѣ судопроизводства, и въ стг. 141—160 Правилъ о понудительномъ исполненіи по актамъ (съ очень ограниченной компетенціей земскаго начальника и городского судьи, на сумму не выше 300 р., тамъ же ст. 20 п. 4) ¹⁾. Въ послѣднемъ случаѣ резолюція о понудительномъ исполненіи безъ вызова отвѣтчика полагается на самомъ актѣ (съ продолженіемъ, если нужно, на пришитомъ къ нему листѣ, 149), который и возвращается истцу для дальнѣйшаго производства понудительнаго взысканія (151).

Французскій процессъ соединяетъ исполнительное производство по актамъ (*titre exécutoire*) съ непремѣннымъ требованіемъ нотаріальнаго совершенія акта (*actes notariés*) и подъ условіемъ, что противъ него не заявлено спора о подлогѣ, при чемъ акты подобнаго рода подлежатъ исполнительному производству (*seront exécutoires*) на всемъ пространствѣ республики ²⁾. Исполнительная формула также должна быть положена на самомъ актѣ ³⁾. Нѣмецкій процессъ, знаетъ подобные *titres exécutoires*, *vollstreckbare Titel*, такіе документы и акты, исходящіе отъ нѣмецкаго нотаріуса или суда, въ предѣлахъ ихъ компетенціи, направленные на уплату опредѣленной денежной суммы или выдачу опредѣленнаго количества замѣнимыхъ вещей или цѣнныхъ бумагъ, въ коихъ должникъ заранѣе подчинился немедленному принудительному исполненію (*Zwangsvollstreckung*) и для осуществленій коихъ нѣтъ нужды въ искѣ ⁴⁾.

Мы получили, такимъ образомъ, обрядности совершенія дого-

¹⁾ Т. XVI ч. I Правила объ устройствѣ суд. части и произв. суд. дѣлъ въ мѣстностяхъ, въ котор. введено положеніе о земск. участков. начальникахъ (Св. Зак. Рос. Имп. неофид. изд. Волкова и Филиппова стр. 331). У Энгельмана, см. выше, § 65.

²⁾ Старый способъ производства дѣлъ по такимъ заявленіемъ см. указан. выше соч. *Sosthène-Berthelot, Esprit du notariat, art 19 loi du 25 ventose an XI*. Нынѣ это положеніе выражено съ видоизмѣненіями въ art 1319 Code civ.

³⁾ Нынѣ она начинается словами: *République française. Au nom du peuple français* и заключается „en consequence le président de la R. F. mande et ordonne“. См. особ. *Leçons de procédure civile par Boitard...* édition mise au courant par Glasson, leçon 36, titre VI C. de proc. civ., art 545 и слѣд., *règles générales sur l'exécution forcée des actes et jugements*.

⁴⁾ *Civilprozessordnung* кн. V *Urkunden u. Wechselprozess*, ст. 555 и слѣд., особ. ст. 702 и 5. См. коротенькій, какъ у Энгельмана, и прекрасный обзоръ нѣмецкаго *Civilprocess'a* у проф. Hermann Fitting *Der Reichs-Civilprocess* §§ 65, 78, 80 и слѣд. Сопоставленіе съ нашими нормами полезно для правильной оцѣнки нашихъ кодификацій, составляющихъ очевидныя попытки приспособленій, а быть можетъ и „улучшеній“ западныхъ подлинниковъ.—Процессъ, съ его расчлененнымъ составомъ можетъ имѣть мѣсто и здѣсь, но лишь eventualmente (Fitting, указ. соч. §§ 83 и 84), подобно старому процессу *per legis actionem* въ Римѣ, гдѣ тоже, въ извѣстныхъ его формахъ (*l. a. per manus injectionem* и *per pignoris capionem*), процедированье начиналось съ конца, съ исполнительной стадіи.

ворныхъ сдѣлокъ, помощью коихъ повышается ихъ юридическая или процессуальная эффективность въ смыслѣ ихъ достовѣрности, способности къ передачѣ, легчайшей осуществимости. Но все же эти обрядности являлись намъ какъ моментъ для состава сдѣлки придаточный, внѣшній, служебный для тѣхъ или другихъ цѣлей, главнымъ образомъ декларативныхъ. Документъ такого рода, *Urkunde, titre* ¹⁾ не воплощаетъ въ себѣ договорную сдѣлку, а лишь сопровождаетъ ее, правда, при этомъ, придавая ей тотъ или другой особый юридическій эффектъ. Заемъ есть, хотя нѣтъ еще документа его удостоверяющаго. Заемъ будетъ палицо, хотя документъ исчезъ, утерянъ, похищенъ, сгорѣлъ. Эту связь письменной обрядности сдѣлки съ самой сдѣлкой для ея силы, связь только декларативную знаетъ современное право и знало прекрасно старое право, которое отнюдь не соединяло съ утратой кабалы какъ непремѣнное послѣдствіе прекращеніе и самого долговаго отношенія.

Несравненно болѣе интимною, внутреннею и до извѣстной степени неразрывною является намъ связь волеизъявленія съ письменнымъ совершеніемъ тамъ, гдѣ безъ такого письменнаго акта договорная сдѣлка вовсе не можетъ возникнуть. Таковы договоры и вообще акты, направленные на *пересвоеніе* или *ограниченіе правъ по имуществамъ недвижимымъ*. Извѣстный порядокъ (крѣпостной, съ соучастіемъ старшаго нотаріуса) ихъ совершенія является не факультативнымъ только, какъ для заемной сдѣлки, не декларативнымъ, по его эффекту, а необходимымъ и конститутивнымъ, безъ коего сдѣлка такого содержанія не можетъ быть совершена, не способна произвести никакого юридическаго эффекта для правоотношеній этого типа (см. выше Чтенія стр. 769—770). Для насъ здѣсь достаточно отмѣтить это именно *конститутивное* значеніе письменной обрядности и содѣйствія публичныхъ органовъ для *совершенія* этой категоріи сдѣлокъ, чтобы провести существенную черту различія такихъ обрядностей волеизъявленія для юридическихъ сдѣлокъ разнаго строенія. Для однихъ сдѣлокъ это только оболочка, для другихъ это органическая основа ихъ построенія. Различіе крайне существенное для права. Его возможно свести приблизительно къ тому различію, какое имѣютъ для наличности сдѣлки случайныя свидѣтели, которые удостоверяютъ какъ пло дѣло, въ коемъ они собственно вовсе не участвовали сами, и обрядные свидѣтели, послухи, безъ юридическаго соучастія коихъ сдѣлка совсѣмъ не

¹⁾ Французы употребляютъ этотъ терминъ въ двоякомъ смыслѣ, *titre-titulus*, правооснованіе, и *titre* въ смыслѣ *instrumentum, Urkunde*, документъ.

можетъ состояться, какъ бы ни было несомнѣнно волеизъявленіе договаривающихся сторонъ.

Письменная обрядность можетъ, однако, приходиться и въ еще болѣе тѣсное и неразрывное сочетаніе съ договорно-обязательственнымъ отношеніемъ, которое въ ней воплощается. Если въ указанныхъ сейчасъ случаяхъ (пересвоеніе и ограниченіе правъ по недвижимостямъ) *возникновеніе* сдѣлки органически связано съ реквизитомъ скриптуры, то въ другихъ случаяхъ *самое существованіе* договорнаго-обязательственнаго отношенія сочетается приблизительно столь-же тѣсно съ наличностью бумаги, акта, документа, Urkunde, titre, какъ вещное право съ существованіемъ вещи. Это любопытное явленіе современной договорно-обязательственной системы, которое мы наблюдаемъ въ бумагахъ ордерныхъ и на предъявителя и съ которымъ ближе мы ознакомимся въ дальнѣйшемъ нашемъ изложеніи.

Письменная обрядность составляла въ нашей договорно-обязательственной системѣ весьма нерѣдко въ старину, частью еще и нынѣ, требованіе болѣе или менѣе существенное для сдѣлокъ по соображеніямъ не юридическаго, а чисто финансоваго характера и влекла за собою обыкновенно штрафы для уклоняющихся, во вредъ казны, отъ представленныхъ формальностей совершенія сдѣлокъ. Фискъ не всегда выходилъ торжествующимъ изъ этихъ столкновеній свободы гражданскаго оборота съ интересами казны ¹⁾. На этой сторонѣ дѣла мы остановимся въ ученіяхъ объ отдѣльныхъ договорно-обязательственныхъ формахъ.

Способомъ волеизъявленія для обязательственнаго договора, когда онъ есть безобрядный, могутъ, какъ и въ другихъ сдѣлкахъ, служить не только специфическіе признаки, символы, рѣчь, письмо, врученіе, но и любыя другіе общія формы обнаруженія воли, отъ коихъ возможно придти къ заключенію и ея существованію. Это будутъ конклюдентныя факты, отъ коихъ легко, иногда обязательно, заключать къ наличности извѣстнаго акта воли. Таковы—уничтоженіе знаковъ, служащихъ свидѣтельствомъ состоявшейся сдѣлки, возвращеніе заемнаго обязательства (документа)

¹⁾ Острый характеръ такое столкновеніе имѣло не разъ, особенно въ царствованіе Александра I, когда военныя потребности, послѣ 12-го г., повели къ чрезвычному повышенію бумажныхъ реквизитовъ для сдѣлокъ торговыхъ и вызвали такое упорное сопротивленіе торговаго класса, что въ результатѣ пришлось поневолѣ слагать постепенно, а затѣмъ и окончательно сложить накопившіяся безнадежныя недоимки (ср. особенно изд. въ 1826 г. В. Оомпильмъ Собраніе (частное) узаконеній о векселяхъ, банкротсахъ и проч., гдѣ читатель найдетъ, стр. 343 и слѣд., рядъ указовъ, вызванныхъ трудностью примѣненія § 140 и слѣд. Банкротскаго Уст., которые именно направлены были къ осложненію письменныхъ реквизитовъ для сдѣлокъ торговаго права).

должнику, наддраніе такого документа (ст. 2053). Таковы же, для удостовѣренія возобновленнаго на новый терминъ аренднаго или заемнаго обязательства, приѣмъ арендной платы или процентовъ. Такимъ же конклюдентнымъ фактомъ будетъ выдача квитанціи въ полученіи платежа за позднѣйшій терминъ для вопроса о платежахъ по прежнимъ терминамъ. Вопросъ о силѣ и значеніи такихъ косвенныхъ способовъ волеизъявленія не связанъ съ договорно-обязательственными формами въ особенности и имѣетъ общее значеніе для любыхъ сдѣлокъ, притомъ и не для одной какой-либо системы, а для любой, если въ ней не отклонены позитивнымъ образомъ такого рода презумціи; поэтому мы его здѣсь и не касаемся въ особенности (см. Чтенія стр. 774). Особый интересъ въ ученіи о внѣшней сторонѣ договорнаго волеизъявленія представляетъ для насъ здѣсь *задатокъ*, значеніе котораго, какъ сейчасъ увидимъ, не ограничивается одной этой функціей *ознаменованія* состоявшагося договора, а идетъ и нѣсколько далѣе этого.

§ 10.

Явленіе не вполне законченныхъ договорно-обязательственныхъ волеизъявленій. — I. Задатокъ. — Неодинаковая его функція въ процессѣ образованія договорнаго обязательства. — Историческая замѣтка и современное значеніе задатка.

Уже въ самомъ наименованіи *задатка*, у нѣмцевъ *Angeld*, *Haftgeld*, *Draufgabe*, слышится нѣкоторая двойственность его назначенія, то какъ при самомъ установленіи обязательства, *впередъ* произведенной дачи, то какъ дачи имѣющей возмѣстять, восполнить нѣчто недостающее, неконченное. Въ послѣднемъ смыслѣ это очень ходячая въ старой русской каутелярной практикѣ *пополнка*, назначеніе которой, хотя вообще довольно загадочное, можетъ этимъ путемъ получить нѣкоторое освѣщеніе въ исторіи развитія нашихъ договорно-обязательственныхъ формъ.

Новыя изысканія въ исторіи развитія обязательственнаго договора приводятъ изслѣдователей къ заключенію, что латинская *arrha* составляетъ сдѣлку совсѣмъ не латинскаго происхожденія. Широкое распространеніе *arrha* имѣетъ въ греческой (*ἀρραβών*) и еще ранѣе въ семитической практикѣ торговаго права, такъ что и самую этимологию этого рѣченія нынѣ сводятъ къ еврейскому корню¹⁾. Изобрѣтенію этого способа *знаменованія* и *укрѣп-*

¹⁾ См. Schulin Lehrbuch d. Geschichte d. römisch. Rechtes (есть русскій переводъ) § 79, стр. 372 прим. 1, гдѣ сдѣланы и литературныя указанія.

дять договорное обязательство изслѣдователи старины приписываютъ очень большое значеніе въ исторіи распространенія и международнаго примѣненія договорныхъ сдѣлокъ въ древности вообще.

Весьма вѣроятно, что въ первоосновѣ задатка лежатъ религіозныя обрядности, сопровождавшіяся возліаніями, слѣды коихъ остались въ юридической терминологіи разныхъ народовъ, на что мы выше дѣлали указанія (см. стр. 48, прим. 1). Возможно также, что въ этихъ обрядностяхъ на лицо, неисполнившее принятое на себя обязательство, падала матеріальная тягость тратъ, съ коими было связано заключеніе договора, особенно угощенія сторонъ и послуховъ. Но для исторіи задатка и его послѣдующаго развитія это лишь зародышная стадія. Аггѣна получаетъ самостоятельное значеніе и приобретаетъ широкую распространенность общаго способа выраженія и укрѣпленія договорной сдѣлки лишь съ той поры, когда она стала отдѣльнымъ актомъ, несвязаннымъ ни съ какими иными обрядностями, особенно религіознаго характера. Задатокъ, аггѣна, въ этихъ условіяхъ сталъ простымъ актомъ *врученія реальной ипнности* тому, кто принималъ на себя выполнение обязательства. Такой актъ, сперва по всей вѣроятности реальный, потомъ быть можетъ и символическій только, служилъ прежде всего *знаменіемъ* перехода простыхъ переговоровъ (*Vorverhandlungen*) въ стадію рѣшительнаго обязательственнаго договора, а вмѣстѣ съ этимъ, при реальной дачѣ, и нѣкоторымъ *обезпеченіемъ* силы обязательства страхомъ матеріальныхъ потерь для того, кто не выполнитъ принятаго на себя обязательства.

Вотъ именно въ этой стадіи отдѣльнаго акта, реального врученія, *материализаціи*, хотя бы только частичной, обязательственныхъ отношеній, лежитъ та черта, которая дала задатку то обширное и повсюдное примѣненіе въ античной торговой практикѣ, которому историки даютъ цѣну важнаго изобрѣтенія и поступательнаго шага въ исторіи договорнаго обязательства.

Аггѣна встрѣчается вездѣ въ томъ или другомъ видѣ. Но именно въ Римѣ она далеко не имѣла того обширнаго примѣненія, которое ей принадлежало въ древности вообще. Причина понятна. Реальное врученіе цѣнно, практично для договора, связываетъ дѣловыхъ людей особенно тогда и тамъ, гдѣ самъ договоръ, само единеніе, независимое отъ матеріальнаго сопровождающаго момента дачи, задатка, недостаточно выраженъ, безсиленъ, мало обезпечиваетъ. Въ Римѣ рано опредѣлилось и развилась *формальная* обязывающая сила слова въ составѣ сти-

пуляціи. Вербальный контрактъ и со стороны его содержанія, и со стороны формы, оферты и акцепта, вопроса и отвѣта, а наконецъ, со стороны его юридической силы составлялъ въ исторіи культуры обязательнаго права ступень до такой степени высокую, что въ кругу лицъ, признававшихъ эту форму, конечно, менѣе всего должна чувствоваться потребность въ какомъ нибудь материальномъ суррогатѣ въ родѣ задатка для общихъ функцій обязательственнаго обмѣна.

Agtha у римлянъ примѣняется, но именно въ отдѣльныхъ случаяхъ, гдѣ еще не развилась формальная сила контракта, или гдѣ соглашеніе предшествующее обязательственному выполнению трудно укрѣпить чѣмъ-либо, кромѣ угрозы потерей реальной сопутствующей договору дачи. — Гдѣ-жъ мы находимъ у Римлянъ примѣненіе такой реальной дачи? При спонзалияхъ, гдѣ не только нельзя было придти къ цѣли помощью иска, но гдѣ не допускалась и штрафная стипуляція, неустойка. Что-жъ оставалось дѣлать? Впередъ брать задатокъ, какъ знаменіе состоявшагося соглашенія и вмѣстѣ, какъ реальное обезпеченіе и побужденіе не уклоняться отъ выполнения обязательства. Кто отступалъ, тотъ или терялъ сумму, врученную имъ другой сторонѣ, или имѣлъ возратить принятую имъ сумму, обыкновенно вдвое ¹⁾. Этимъ однимъ не ограничивается въ Римѣ примѣненіе задатка. Пока не завершилось развитіе системы и особаго юридическаго строенія консензуальныхъ контрактовъ, юридическій эффектъ сдѣлокъ купли-продажи, также найма, обезпечивается или облеченіемъ соглашенія во всезаключающую формулу контракта *verbis*, — но вербальный контрактъ былъ удобенъ только для точнаго примѣненія *inter praesentes*; тогда, для эффективнаго примѣненія соглашеній о куплѣ-продажѣ въ самыхъ широкихъ кругахъ должна была и дѣйствительно была способна служить эта форма обезпеченія силы соглашенія посредствомъ сопутствующей состоявшемуся уговору *реальной дачи*, состоявшей обыкновенно въ нѣкоторой части условленной цѣны товара. Когда окончательно опредѣлилась и сложилась формальная исковая сила консензуальныхъ контрактовъ, тогда натурально не было больше побужденія, въ нормальныхъ условіяхъ взаимнаго довѣрія сторонъ, обращаться къ этимъ суррогатамъ для укрѣпленія силы контракта купли-продажи или найма, или въ нихъ искать средство обезпечить себя отъ опасности невыполненія контракта. Для этого были налицо другія средства, вытекавшія прямо изъ исковой природы

¹⁾ Schulin см. выше § 51, стр. 208.

контракта. Однако, и здѣсь мы все еще видимъ дѣйствующее примѣненіе задатка. Это обуславливается *безформенностью* совершенія консенсуального контракта. Задатокъ продолжалъ, такимъ образомъ, служить *знаменіемъ*, свидѣтельствомъ состоявшагося соглашения, *argumentum* или *testimonium perfectae emtionis*. Это *argha confirmatoria* классической эпохи. Когда такой контрактъ оказывался выполненнымъ, то задатокъ или шель въ счетъ цѣны, или подлежалъ возврату, въ крайности съ помощью кондикціоннаго иска. Естественно, и здѣсь наряду съ этой функціей, и особенно въ позднѣйшую императорскую эпоху, задатокъ евенуально, въ условіяхъ матеріальной ненадежности обязывающейся стороны или особаго свойства формальной незаконченности даннаго договора, легко могъ получить и ту силу укрѣпляющаго средства и штрафнаго эффекта, какая ему принадлежала ранѣе ¹⁾.

Легко себѣ представить, какую широкую сферу примѣненія нашла себѣ эта форма *реальной дачи* въ ознаменованіе и для нѣкотораго матеріальнаго обезпеченія выполненія договорнаго обязательства въ условіяхъ, съ одной стороны, уже опредѣлившейся потребности свободнаго имущественнаго обмѣна, а съ другой, еще слабо выработанной обрядной стороны и особенно формальной извѣстности и обязательственной силы договора у новыхъ народовъ.

Повсюду, на всѣхъ языкахъ въ каутеллярной практикѣ новаго времени, мы находимъ примѣненіе задатка въ самыхъ своеобразныхъ сочетаніяхъ и съ очень разнообразными послѣдствіями. Всегда, однако, это есть дача *впередъ!* Это главная отличительная черта его отъ неустойки. Эта черта составляетъ въ то же время свидѣтельство именно невысокой культуры договорнаго обязательства, какъ сдѣлки по существу кредитной, гдѣ все собственно рассчитано на будущее. Въ эту раннюю пору неразвитаго договорнаго права, если нѣтъ для него иной основы обязательности, кромѣ слова, знаменія, если силу сдѣлки не укрѣпляетъ личная или сословная честь ²⁾, или религіозное чувство (при дачѣ присяги), то одно, что можетъ восполнить несовершенство договорной техники и особенно ненадежность практическаго осуществленія обѣщаннаго,—это предшествующая реальная дача

¹⁾ Тамъ-же § 79, стр. 374. Вопросы эти, конечно, не безспорны въ современной литературѣ пандектнаго права (Дернбургъ, Pandecten, II, § 12).

²⁾ Есть масса свидѣтельствъ, что именно „честью своею“ особенно извѣстные классы нѣкогда укрѣпляли силу договоровъ. Нынѣ это тоже еще удерживающаяся форма укрѣпленія сдѣлки *честнымъ словомъ*, не для всѣхъ, однако, одинаково цѣннымъ, см. по этому вопросу Stobbe III, § 174 (стр. 141 и слѣд. по 2 изд.).

и страхъ потери ея для одной или возврата вдвое для другой стороны.

Въ виду этого мы повсюду находимъ на западѣ, какъ и у насъ, постоянное и общее примѣненіе задатка къ самымъ разнообразнымъ сдѣлкамъ, прежде всего, какъ знаменія послѣдовавшаго договорнаго единенія. Наряду съ этимъ задатокъ играетъ роль матеріальнаго понужденія, а затѣмъ и простѣйшаго способа расчета для удовлетворенія убытка, который несетъ сторона, оставшаяся вѣрною договору отъ невыполненія его другой стороной. Наименованіе такой реальной дачи въ старой юридической терминологіи очень различное, частью удержавшееся и въ нынѣшней каутелярной практикѣ. Это *denarius Dei*, *Sancti Spiritus*, *denier à Dieu* у французовъ, *Gottespfennig*, *Heiligergeistpfennig* у нѣмцевъ, особенно для тѣхъ случаевъ, когда задатокъ шель хотя частью въ пользу церкви, *arrhes*, *Draufgabe*, *Handgeld*, когда его назначеніе исключительно и исполнѣ свѣтское.

Форма укрѣпленія и обезпеченія договорнаго обязательства посредствомъ задатка носить въ нашей старой практикѣ признаки какъ будто еще болѣе ранней поры развитія, вѣрнѣе — неразвитости договорно-обязательственной сдѣлки, чѣмъ на западѣ.

Мы видимъ во множествѣ нашихъ старинныхъ купчихъ, въ особенности наряду съ указаніемъ цѣны вещи, обыкновенно недвижимости, еще нѣкоторый придатокъ, носящій, какъ сказано было выше, весьма загадочный характеръ. Это какъ будто необходимая принадлежность такихъ сдѣлокъ. Гдѣ нѣтъ при куплѣ-продажѣ особо прибавленнаго къ цѣнѣ вещи подобнаго придатка, тамъ въ купчей находимъ такую оговорку: *а тутъ* (т. е. въ составѣ цѣны) *и пополнокъ*¹⁾. И такъ, это въ составѣ купчей осложненіе обязательствъ покупателя въ отношеніи къ продавцу нѣкоторымъ придаткомъ. Въ знакомыхъ намъ образцахъ старой практики такой *пополнокъ* или такую *пополнку* составляетъ далеко не всегда додатокъ къ цѣнѣ вещи, образующій затѣмъ общую съ ней сумму, стало быть нѣкоторое количество денегъ (гривенъ, рублей, кунъ, бѣлокъ), а всего чаще иной объектъ, иногда тоже квантитетъ (пополнка два сугреба желѣза)²⁾, всего же чаще вещь, движимость, опредѣленную индивидуально (конь воронъ, конь рыжъ, свинья пополнка, весьма часто — овца пополнка, куница съ шерстью за овцу, кура пополнка)³⁾.

¹⁾ А. Ю. Новгород. купч. 14 и 15 вв., № 71, V.

²⁾ Тамъ же III.

³⁾ А. Ю. № 71 повгор. купчія XIV и XV вв., II, VI, X, XXVII, XXXI, XXXVI, № 82 и друг.

Какъ это ни трудно, но для исторіи развитія договорнаго права было бы весьма цѣнно приподнять нѣсколько завѣсу, за которой въ этихъ купчихъ скрывается юридическій и практической смыслъ этой *пополнки*. Быть можетъ этотъ додатокъ къ цѣнѣ вещи въ составѣ купчей способенъ раскрыть намъ такія перспективы въ исторіи обязательственнаго договора, какія въ исторіи договора на западѣ или совсѣмъ не видны, или которыя тамъ еще труднѣе различить, чѣмъ у насъ.

Тѣ акты, въ которыхъ мы встрѣчаемъ любопытный прида-токъ къ цѣнѣ, суть всѣ законченные въ своемъ образованіи сдѣлки. Изъ состава нѣкоторыхъ (напр. № 71, V) легко придти къ заключенію, что загадочная пополнка въ этомъ своемъ значеніи додатка къ цѣнѣ является именно послѣ того, какъ вся сдѣлка представляетъ собою законченное договорное обязательство, *negotium* или *actum perfectum*.

Нельзя сомнѣваться въ томъ, что *ранне* перфекціи купли-продажи (купчая собственно и служатъ удостовѣреніемъ, что недвижимость продана и цѣпа получена продавцемъ) пополнка, эта часть послѣ образовавшейся суммы, которая составляетъ цѣну вещи, имѣла *не* этотъ *смыслъ пополнки*, а именно *значеніе задатка*, врученіе котораго продавцу служило для него матеріальнымъ побужденіемъ выполнить принятое имъ на себя обязательство ¹⁾.

Для историческаго освѣщенія вопроса любопытно, что въ этой функціи задатка, который позже обращается въ придадокъ, въ пополнку, въ нашей старой практикѣ всего чаще встрѣчается не часть цѣны, не деньги, не пфенигъ, не динарій, а вещь, индивидуально опредѣлимая, конь рыжъ, куница съ шерстью и прочее. Обычай такого рода задатковъ уносить насъ, какъ

¹⁾ Неволинь знаетъ пополнку, но разумѣетъ ее только какъ *придаточную плату*, не разъясняя смысла этой двойственности состава цѣны (Истор. рос. Гр. Зак. §§ 407 и 408, стр. 43 и 45, т. V. Полн. Собр. сочин., 1858 г.). Такимъ образомъ, онъ беретъ ее только въ составѣ уже *завершившейся* купчей. Между тѣмъ составъ законченныхъ купчихъ, особенно № 71, V, служитъ намъ въ то же время указаніемъ на тотъ процессъ, который прошла сдѣлка *передъ* ея *завершеніемъ*. Въ купчей, именно въ указан. образцѣ, цѣна опредѣлена извѣстной суммой, какъ и въ другихъ; но весьма вѣроятно, что равнѣе уплаты этой суммы *вполнѣ*, о чемъ свидѣлствуетъ купчая, продавцу была вручена *часть ея*, которая теперь, при завершеніи сдѣлки, и зачисляется въ эту сумму, чтобы образовать весь ея составъ. Иначе трудно объяснить смыслъ словъ этой купчей „а тутъ“ (т.-е. въ составѣ цѣны) и *пополонокъ*. Мы считаемъ весьма вѣроятнымъ, что то, что служитъ въ *завершившей сдѣлкѣ* пополнкой цѣны, составляло въ *предшествующей ея стадіи*, которая закрыта отъ насъ окончательной письменной формулировкой сдѣлки, именно *задатокъ*. Вопросъ, конечно, заслуживаетъ самаго тщательнаго и подробнаго изученія, которое не можетъ войти здѣсь въ нашъ планъ. Его слѣдуетъ брать въ связи съ изученіемъ понятія „цѣны“ въ составѣ купчей. Естественно, и пополнка не всегда носила одно и то же значеніе задатка и вознагражденія, въ ней могъ со временемъ рѣзче опредѣлиться смыслъ *вознагражденія* продавца въ особенности.

пережитокъ, въ эпоху мѣнового торга. Историческая перспектива, въ которой является этотъ обычай, еще болѣе глубокая, чѣмъ обмѣнъ денежный. Несомнѣнно, въ этихъ, болѣе отдаленныхъ отъ опредѣлившейся въ послѣдствіи формальной силы обязательственнаго договора, условіяхъ, задатокъ имѣлъ еще болѣе смысла и значенія, чѣмъ въ послѣдствіи. Мы знаемъ, что въ послѣдствіи онъ составляетъ знаменіе состоявшагося соглашенія и вмѣстѣ *средство побудить* принявшее на себя обязательство лицо довершить въ послѣдствіи это *ratum imperfectum* ¹⁾ настоящимъ выполненіемъ условленнаго дѣйствія.

Въ той отдаленной перспективѣ, въ какой задатокъ является намъ въ старыхъ нашихъ сдѣлкахъ въ значенія *пополнка*, его юридическій и практическій смыслъ не ограничивается и этими двумя функціями. Когда цѣль достигнута, когда ожидаемая заключительная сдѣлка окончательно состоялась, то задатокъ можно или зачислить въ цѣну вещи, или же потребовать его возврата покупщику, какъ превышающаго цѣну вещи количества, какъ недолжнаго.

То ли мы видимъ въ практикѣ стараго *пополнка*, какъ она является намъ въ старинныхъ нашихъ сдѣлкахъ? Изъ свойства этого придатка, который въ наиболѣе характерныхъ случаяхъ есть вещь совершенно не связанная съ цѣной, а также изъ самаго термина (*пополнокъ*) ²⁾ совершенно ясно, что функція задатка здѣсь не есть только знаменіе или символъ начавшагося реального выполненія обязательства, не есть также только побужденіе къ завершенію, къ перфекціи сдѣлки угрозой невыгодъ, а рядомъ съ этимъ еще иная, природу которой надлежитъ уста-

¹⁾ Hasenöhrl находитъ эту квалификацію соглашенія, укрѣпленнаго реальной дачей въ виду будущаго дѣйствія обявшагося, какъ *ratum imperfectum* неправильнымъ, вопреки мнѣнію Arndts'a и друг. (см. стр. 540, пр. 12). Несомнѣнно, что задаточная сдѣлка есть сама по себѣ *ratum perfectum*, но пока она составляетъ средство для послѣдующей окончательной перфекціи купли-продажи и допускаетъ отказъ стороны съ единственнымъ его послѣдствіемъ, потерей задатка, какъ своего рода отступного (отличіе отъ отступного будетъ въ томъ, что отступное не предполагаетъ необходимо реальной дачи *впередъ*, какъ задатокъ), такое выжидательное соглашеніе можно по отношенію къ послѣдующей сдѣлкѣ совершенно правильно квалифицировать какъ *ratum* или *negotium imperfectum* и возникающее изъ него обязательство, какъ *obligatio imperfecta*. Здѣсь будетъ нѣкоторое соответствіе понятію *lex imperfecta*, тоже неизмѣющему свойства законченной обязательности его примѣненія. Именно этотъ смыслъ не *вполнѣ законченнаго договорно-обязательственнаго волеизъявленія* мы и дали задатку въ заглавіи этого параграфа. Задатокъ, какъ *argua reoventialis*, имѣетъ здѣсь значеніе отступного (Hasenöhrl, § 42).

²⁾ Кажется мужской родъ, *пополнокъ*, правильнѣе употреблять, чѣмъ женскій, *пополнка*. Мейчикъ, впрочемъ, видитъ здѣсь женскій родъ, *пополнку* (см. Грам. XIV и XV в.), также какъ Неволнинъ (Ист. Рос. Гр. Зак., ч. III, изд. 58 г., стр. 43 и 45).

новить сообразно культурнымъ для силы договорнаго обязательства условіямъ той отдаленной эпохи.

Эту задачу не мы ставимъ себѣ впервые. Ее уже ставили себѣ и пытались разрѣшить нѣмецкіе историки права для вопросовъ ихъ старой практики¹⁾. Однако, ихъ памятники даютъ основанія скорѣе для догадокъ, чѣмъ для полнаго освѣщенія вопроса. Дѣло въ томъ, что при слабомъ развитіи формально-обязательной силы договора, кромѣ побужденій къ его выполнению страхомъ потерять задатокъ, привлеченіемъ должна была служить и нѣкоторая *прямая выгода* его выполнить. Можно думать, что къ этой цѣли и шелъ *пополнокъ* или *пополнка*, составлявшая *положительный* придатокъ къ уговоренной цѣнѣ²⁾. Это *личное удовлествореніе*, своего рода *премія*, которая вознаграждала продавца за вѣрность слову, за отказъ иначе воспользоваться подлежащей его распоряженію вещью, продать ее другому, за выжидательное состояніе, въ которомъ онъ находился до той поры, пока ему была вручена вся условленная цѣва вещи.

Такое толкованіе задатка, какъ *придатка*, вполне соответствуетъ духу времени, недостаточно развитой формальной силѣ договорнаго обязательства и находитъ себѣ подтвержденіе въ цѣломъ рядѣ аналогическихъ явленій той же эпохи, во всемъ строѣ правоотношеній того отдаленнаго времени, когда сила права покоилась, несомнѣнно, гораздо болѣе на *личномъ сознаніи должника*, чѣмъ на объективной легальной юридической нормѣ.

Въ исторіи договорнаго обязательства, западные историки отмѣчаютъ, какъ поворотный пунктъ, *процессъ рецепціи* латинскаго права. При этомъ освоеніи чужого права весьма многое въ его строеніи видоизмѣнялось соответственно историческимъ условіямъ новаго времени. И не смотря на все это, въ общемъ результатѣ рецепціи, культура договорнаго обязательства очень выиграла, очень повысилась сравнительно съ предшествующей

¹⁾ Въ изслѣдованіяхъ этой матеріи мы находимъ лучшія имена нѣмецкой историко-юридической литературы: Sohm'a, Brunner'a, Heusler'a, Stobbe. Есть и отдѣльныя монографіи, посвященныя вопросу о задаткѣ, напр., Jagemann'a Die Daraufgabe (arrha) 1873 г., гдѣ разработана историческая сторона вопроса. Слѣдуетъ особенно принять во вниманіе соображенія Andreas Heusler'a, Institutionen, I, § 19 (стр. 84). См. тоже Siegel, Das Versprechen... стр. 33 и слѣд., особ. прим. 17—pretium implere, непонятное для автора.

²⁾ Самое понятіе *цены* слагается не одинаково въ разныя историческія эпохи и заключаетъ въ себѣ субъективные моменты, о чемъ позже, въ ученіи о куплѣ-продажѣ; нѣкоторое напоминаніе стараго обычая пополнки, видятъ нынѣ въ rot de vin, удержавшемся у французовъ въ ихъ кутюмномъ правѣ, составляющемъ, однако, нормально минимальный придатокъ къ цѣнѣ вещи при куплѣ-продажѣ. У нихъ это выродилось изъ стараго denier à Dieu. Не тоже ли въ нѣмецкомъ Trinkgeld, который можетъ быть сухимъ, какъ и нашъ могарычъ, и составлять тоже придатокъ къ цѣнѣ.

рецепции эпохой. Та *материальная* основа обязательности договорной сделки, которую мы показали выше, разбирая многообразное значение для силы договора реальной дачи, задатка, уступала постепенно место другому взгляду на обязательную силу договора, свойственную болѣе высокому уровню правосознания въ латинскомъ мірѣ. Новые народы не восприняли всей системы латинскихъ исковыхъ контрактовъ съ ея расчлененіями на вербальные, консензуальные, реальные, безыменные и проч. Въ рецепированной системѣ, вмѣсто этихъ расчленій, имѣвшихъ весь свой историческій смыслъ въ обязательственной системѣ латинской, всѣ обязательственные договоры суть безобрядные ¹⁾ и собственно консензуальные.

Для измѣренія успѣха въ правосознаніи подѣ влияніемъ рецепции важно собственно не это. Успѣхъ культуры договорнаго права у новыхъ народовъ опредѣляется тѣмъ, что *формально-обязывающая* сила договора держится съ этихъ поръ не на материальной основѣ, которой принадлежало старину такое рѣшающее значеніе, а на простомъ *единеніи воли договаривающихся лицъ*. И этотъ успѣхъ, который для западныхъ системъ связанъ въ особенности съ процессомъ рецепции, имѣлъ, несомнѣнно, для дальнѣйшей культуры договорнаго права поворотное значеніе.

Съ этимъ вмѣстѣ значеніе реальной дачи, задатка, какъ очень ходячаго въ старину способа укрѣплять или утверждать обязательственную силу договора стала замѣтно упадать.

Главнѣйшіе кодексы нѣмецкой работы отводятъ задатку совершенно второстепенное въ вопросѣ объ обязывающей силѣ договора значеніе. По Прусскому Ландрехту, это только *знаменіе*, знакъ (Zeichen) заключенія договора, и только въ договорѣ о наймѣ прислуги это *форма* заключенія сделки, ранѣе выполненія которой стороны еще не связаны договоромъ. Если это деньги, то сумма задатка должна идти въ счетъ платы по договору (для челядинскаго договора, Gesindevertrag, — это спорно). Задатокъ, по правилу, *не имѣетъ значенія отступнаго*. Чтобы дать ему силу отступнаго, надлежитъ *это особенно выговорить*. Въ задаткѣ, такимъ образомъ, *можетъ* заключаться штрафъ для виноватой въ невыполненіи обязательства стороны, но *независимо отъ этого* идетъ вопросъ и о вознагражденіи вреда ²⁾.

Австрійскій кодексъ предоставляетъ заинтересованному въ выполненіи обязательства, обезпеченнаго задаткомъ, когда противная

¹⁾ О спорности выдѣленія группы контрактовъ реальныхъ было сказано выше.

²⁾ Dernburg, Das Oblig. R. Preussens. II, § 17.

сторона виновна въ его невыполненіи, альтернативу: а) или требовать выполненія, иначе вознаградить вредъ, б) или же удержатъ за собой задатокъ, если отъ виновнаго невыполненія обязательства (напр. непринятія товара) терпитъ принявшій задатокъ; если же терпитъ вручившій задатокъ, то требовать его вдвое. Таеимъ образомъ, задатокъ здѣсь *можетъ имѣть* штрафное дѣйствіе. Это будетъ *argha poenalis*. Вопросъ объ отступномъ и возможной для задатка именно этой функціи отступнаго, не разрѣшается здѣсь такъ категорически, какъ въ Прусскомъ Ландрехтѣ. Толкователи, однако, тоже допускаютъ для задатка этотъ смыслъ отступнаго, только въ томъ случаѣ, когда это было именно выговорено ¹⁾).

Съ точки зрѣнія этихъ кодексовъ дѣйствіе задатка, какъ отступнаго, представляется совершенно инымъ, чѣмъ это было въ старину. Въ условіяхъ, гдѣ не была выработана общая основа обязательности договора, независимо отъ реальной дачи, задатокъ былъ способомъ *укрѣпить силу договора*. Теперь, когда обязывающая сила договора легально связана съ наличностью простаго единенія волеизъявленій сторонъ и вовсе уже не зависитъ отъ реальной дачи, законодатель избѣгаетъ давать ему смыслъ отступнаго, ибо въ этомъ *теперь* заключалось бы *ослабленіе обязывающей силы договора*. Такъ, по крайней мѣрѣ, думаютъ нынѣ весьма авторитетные нѣмецкіе юристы.

И вотъ, на этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и новый имперскій гражданскій кодексъ 1896 года. Общая тенденція новаго кодекса въ этомъ ученіи совпадаетъ съ Прусскимъ Ландрехтомъ. Если *при вступленіи* въ договоръ данъ задатокъ, то это лишь *знаменіе* (Zeichen) заключенія договора. *Въ случаяхъ сомнѣній задатокъ не долженъ быть разсматриваемъ какъ отступное* (336). Задатокъ идетъ въ счетъ дѣйствій, къ коимъ обязался выдавшій его; если жъ это не можетъ имѣть мѣста, то задатокъ имѣетъ быть возвращенъ при выполненіи договора. То же слѣдуетъ сдѣлать и въ томъ случаѣ, когда договоръ прекращается (337). При виновномъ со стороны давшаго задатокъ невыполненія обязательства, принявшій задатокъ въ правѣ его удерживать. Если же онъ требуетъ возмѣщенія убытковъ, то задатокъ или идетъ, если это можно, въ счетъ вознагражденія, а если этого нельзя, то подлежитъ возвращенію (338).

Формулировка этихъ положеній въ кодексѣ 96 года несомнѣнно отличается простотой и краткостью.

¹⁾ Hasenöhr, §§ 40 и 42 (стр. 550—553 и 560).

Въ связи съ этими положеніями о задаткѣ (Draufgabe), въ томъ же титулѣ, нѣм. кодексъ разрабатываетъ и положенія о *неустойкѣ* (договорной), рассматривая и ее здѣсь тоже въ ея значеніи *заранѣе* выговоренной, но не *врученной* сторонѣ, суммы, которая составляетъ вознагражденіе убытковъ для вѣрителя и штрафъ для должника за неисправное выполненіе принятаго имъ на себя обязательства. Въ неустойкѣ, даже такъ взятой, есть, несомнѣнно, точки соприкосновенія съ задаткомъ; но отличіе отъ задатка видно здѣсь, во-первыхъ, въ томъ, что неустойка есть уговоръ *о дачѣ въ будущемъ*, и сверхъ этого въ томъ еще, что неустойка предполагаетъ такое невыполненіе обязательства, которое *вмѣняется должнику въ вину*, а не предоставляется на его усмотрѣніе, какъ при задаткѣ, съ однимъ только условіемъ потери задатка.

Эта угроза отвѣтственностью за убытки или штрафомъ дѣйствительно *усиливаетъ* бдительность должника, побуждаетъ его къ исправности въ соблюденіи принятыхъ на себя обязательствъ.

Договорная неустойка и штрафъ, очевидно, однако, могутъ сопровождать только *только выполненную*, законченную договорно-обязательственную сдѣлку, а не такую, которая *еще находится въ процессъ образованія и допускаетъ отказъ* договаривающихся подъ опасеніемъ потерять только задатокъ. Въ виду этихъ свойствъ неустойки намъ нѣтъ надобности рассматривать ее въ связи съ задаткомъ, какъ это дѣлаетъ нѣмецкій кодексъ.

Нѣмецкій кодексъ, не соединяя съ задаткомъ значенія отступного, если это не выговорено именно сторонами, не отказываетъ, однако, договаривающимся въ правѣ именно ослабить дѣйствіе договора, дать ему ограниченное, незаконченное обязательственное дѣйствіе, если стороны именно этого хотятъ и прямо выразить это въ сдѣлкѣ. Для такого выговореннаго стороною для себя отступленія (Rücktritt) кодексъ разрабатываетъ еще особый рядъ детальнѣхъ положеній (§§ 346—361). Но и эти положенія опять важны не столько для вопроса насъ здѣсь занимающаго о возникновеніи, сколько для вопроса о *прекращеніи* договорно-обязательственной сдѣлки. Притомъ право отступить отъ договорной сдѣлки характерно *не для строенія договорно-обязательственной сдѣлки вообще*, а лишь для отдѣльныхъ договорно-обязательственныхъ формъ, о чемъ мы будемъ имѣть случай сказать въ своемъ мѣстѣ¹⁾.

Французскій кодексъ, въ вопросѣ о задаткѣ, не широко, впро-

¹⁾ Ср. особ. Виндшейдъ, Lehrbuch, § 323.

чемъ, разработанномъ, не обнаруживаетъ вовсе того опасенія передъ ослабляющимъ обязывающую силу договора его дѣйствіемъ, какое видно въ кодексахъ нѣмецкаго типа. Наоборотъ, Code civil признаетъ за задаткомъ, и именно въ договорѣ купли-продажи, силу *отступного*, хотя бы это вовсе не было особенно выговорено при его врученіи. Art. 1590 говорить: Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractans est maître de s'en départir. Celui qui les a données en les perdant. — Et celui qui les a reçues en restituant le double.

Смыслъ статьи простъ и ясенъ. Если обѣщаніе продать сопроваждалось врученіемъ задатка, то каждая изъ сторонъ *въ правѣ отступиться* отъ сдѣлки, вручившая задатокъ сторона, теряя его, а принявшая, выплачивая противнику двойную сумму задатка.

Мы видѣли выше, что этотъ институтъ повсюду развивался какъ обычно-правный съ довольно значительными видоизмѣненіями въ его примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ. Несомнѣнно, что значеніе *пополка*, *преміи*, онъ утрачивалъ повсюду, гдѣ поднимался общій уровень сознанія обязательной силы договора, независимо отъ какихъ бы то ни было поощреній. Но, далѣе, для тѣхъ случаевъ, гдѣ обычный смыслъ задатка имѣетъ не это значеніе *преміи*, а *только отступного*, трудно сказать, насколько такое примѣненіе задатка способно именно ослаблять въ общемъ надежность и безвозвратную силу договорныхъ сдѣлокъ, и насколько, наоборотъ, это примѣненіе задатка, какъ отступного, содѣйствуетъ *расширенію* договорнаго обмѣна. Хорошо разработанная система примѣненія задатка, конечно, не произведетъ неблагоприятнаго дѣйствія на сознаніе обязательности договоровъ въ культурномъ обществѣ. Весьма возможно, что опасенія этого рода въ нѣмецкихъ кодексахъ составляютъ результатъ полицейскихъ задачъ, которыя такъ часто вліяли на кодификаціонныя работы въ Германіи. Никто, конечно, не рѣшится утверждать, что подъ дѣйствіемъ art. 1590 Code civ. во Франціи *понижилось уваженіе* къ обязательности договора ¹⁾. Точно такъ же трудно думать, чтобъ уваженіе къ договорамъ въ Германіи находилось въ какой-либо связи съ статьями Прусскаго кодекса или новаго

¹⁾ Французы удержали это кутюмное значеніе задатка какъ отступного вовсе не потому, что *не догадались* насчетъ опасности, которую нынѣ видятъ въ этомъ нѣмецкіе законодатели. Вопросъ этотъ составлялъ въ литературѣ предшествовавшей образованію кодекса предметъ очень горячихъ споровъ. Для краткаго ознакомленія съ этой контроверзой см. Molitor, Les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la légis. rom. et le droit français, t. I, 2-me édit., стр. 212 и слѣд.

уложения, принимающими значеніе задатка главнымъ образомъ только какъ знаменія состоявшагося единенія.

Въ исторіи русскаго права изслѣдователи отмѣчаютъ *вымираніе пополнка* уже въ практикѣ XVI вѣка. Составляя чисто—обычно-правный институтъ, пополнокъ вовсе не разрабатывался послѣдующимъ законодательствомъ. Весьма возможно, что причину вымиранія стариннаго обычая *поощрять исправность* выполненія договора (особенно купли-продажи), а не угрожать только штрафами, составляетъ повысившееся, *въ эпоху указной дѣятельности* государства, смѣнившую прежнее господство обычно-правныхъ нормъ, сознаніе обязательности договора, тоже, какъ и на западѣ, независимо отъ какихъ бы то ни было поощреній ¹⁾). Но вмѣстѣ съ пополнкомъ и задатокъ очень мало разрабатывается въ послѣдующемъ правѣ ²⁾). Это объясняется, конечно, не тѣмъ, что задатокъ вышелъ изъ практики, а общимъ состояніемъ нашего позднѣйшаго писаннаго права, особенно гражданскаго, составъ котораго опредѣлялся главнымъ образомъ указами, а не обычно-правными нормами.

Источникомъ дѣйствующаго гражданскаго кодекса въ вопросѣ о задаткѣ служатъ указы девятнадцатаго столѣтія, хотя нѣтъ сомнѣнія, что задатокъ въ разнообразныхъ случаяхъ его примѣненія (особенно въ торгахъ съ наддачей цѣны) практиковался гораздо ранѣе, въ теченіе всего восемнадцатаго вѣка, и изъ этого стараго указнаго матеріала образовались главнымъ образомъ опредѣленія о задаткѣ, особенно при публичныхъ торгахъ въ положеніи о взысканіяхъ гражданскихъ въ составѣ прежней ч. 2-й т. X, нынѣ т. XVI, ч. II (изд. 92 г.), особ. въ ст. 271 и слѣд. названнаго положенія, а также въ уставѣ гражд. судопроизв., ст. 1057 и слѣд. 1161, 1170 и 3, 1176 (съ приведенной по указ. внизу изд. Сенатской практикой ³⁾).

Въ дѣйствующей практикѣ примѣненіе задатка весьма разнообразно, и юридическое значеніе его не сведено къ единству въ разныхъ случаяхъ его примѣненія. Среди этого ничѣмъ *необ-*

¹⁾ Вымираніе пополнка г. Мейчикъ относитъ уже къ практикѣ XVI в. (см. особ. его Грамоты XIV и XV. в., стр. 85 и 86). Самому обычаю пополнка названный писатель даетъ весьма остроумное объясненіе, отвоя его къ переходной эпохѣ отъ оборота мѣноваго къ денежной сдѣлкѣ купли-продажи (для оцѣнки этого предположенія надлежитъ въ особенности прочесть, стр. 86 указ. книги). Это тѣмъ болѣе вѣроятно, что пополнокъ рѣдко составляетъ часть цѣны, а чаще другая вещь, индивидуально, а не количественно опредѣляемая.

²⁾ Объ угрозахъ имущественными потерями для несправнаго должника мы скажемъ позже. Здѣсь замѣтимъ, что такой угрозой часто служили неустойки, заряды, зарядныя записи, практика которыхъ, однако, мало разработана въ нашей историко-юридической литературѣ.

³⁾ См. особ. частн. изд., составлен. Влад. Гордономъ (1899 г.).

единеннаго понятія, скорѣе даже просто *наименованія задатка*, мы видимъ его употребленіе для обозначенія *безпроцентной ссуды впередъ* нѣкоторой денежной суммы по договору подряда или поставки подрячку или поставщику. Обыденная рѣчь не выдерживаетъ этого термина и охотно замѣняетъ его другимъ, иноземнымъ, не соотвѣтствующимъ передачѣ латинскаго *agtha*, французскаго *agthes*, а чисто-французскимъ — *авансъ*. Дѣйствительно, съ подлиннымъ понятіемъ *agthes*, задатокъ, эта операція не имѣетъ ничего общаго. Это *не есть знаменіе* состоявшейся сдѣлки, ибо перфекція договора поставки и подряда, особенно съ казной, гдѣ именно и употребляется терминъ авансъ, есть совершенно другая. Но, засимъ, авансъ не имѣетъ значенія выговореннаго сторонами себѣ *права отступиться* отъ договора цѣной потери задатка или уплатой его вдвое. Дача аванса вовсе не исключаетъ ни неустоекъ, коими можетъ быть обезпечено выполненіе договора, ни иска о вознагражденіи уцербовъ и убытковъ, происшедшихъ отъ виновнаго невыполненія обязательства. Авансъ составляетъ въ этомъ легальномъ его примѣненіи *кредитную операцію*, и весь юридическій эффектъ ея, въ случаѣ надлежащаго выполненія обязательства, будетъ заключаться *въ погашеніи долга послѣдующимъ расчетомъ* съ подрячкомъ или поставщикомъ. Нашъ законъ именуетъ этотъ особый видъ задатка *пособіемъ* отъ казны (полож. о казен. подряд. и поставкахъ ст. 27; пособие это безпроцентное, но обезпеченное залогами), *денежной ссудой, выдачей впередъ* (авансъ) части договорной платы, то же, однако, и задаткомъ (ст. 28). Юридическое дѣйствіе такого аванса опредѣляется нашимъ закономъ въ указанныхъ нами выше чертахъ въ ст. 29 п. 2, 36, 43, 188 и 208. Полож. о казен. подряд. въ особенности.

За выдѣленіемъ этого специфическаго смысла задатка, какъ аванса, намъ надлежитъ установить его значеніе въ болѣе широкомъ примѣненіи *общаго способа знаменованія* состоявшейся договорной единеніе сторонъ и нерѣдко, на ряду съ этими, *гарантировать* стороны отъ опасности безнаказаннаго отступленія отъ обязательства и связанныхъ съ этими убытковъ.

Задатокъ въ этомъ общемъ значеніи примѣняется по дѣйствующему законодательству къ цѣлому ряду договорныхъ сдѣлокъ. Таковъ въ особенности договоръ личнаго найма. Въ большомъ разнообразіи сдѣлокъ этой категоріи (см. т. X ч. 1 ст. 2201 примѣч., по Продолж. 1895 г.) врученіе задатка служитъ иногда именно *признакомъ* окончательно закрѣпленнаго соглашенія (см. также уст. Торг. стг. 265 и 267—269, гдѣ требуется не только

подписанія договора, но сверхъ того врученія задатка, чтобы имѣть право потребовать на судно водоходца или корабельнаго служителя съ содѣйствіемъ полиціи; иначе въ уст. горн., гдѣ для найма горнорабочихъ на частн. золотые промыслы договоры могутъ быть и словесные, но тоже съ выдачей задатка, см. Уст. Горн. Прилож. къ ст. 661 по Прод. 95 г., стт. 6, 13). Правила эти не объединены, что, несомнѣнно, много цѣлесообразнѣе въ виду большого разнообразія условій осуществленія взаимныхъ притязаній сторонъ, чѣмъ механическое подчиненіе всего разнообразія этихъ жизненныхъ отношеній одному шаблону. Побѣдоносцевъ справедливо замѣчаетъ, что путемъ врученія задатка предприниматель нерѣдко ищетъ еще и *обзадачить* рабочаго, *связывая его этимъ способомъ* (Курсъ 3-ій 2 ч. изд. 90 г., стр. 294), конечно, вѣрнѣе всякихъ иныхъ обрядностей. Получается, въ результатѣ, своего рода кабала, чему, какъ справедливо думаетъ Побѣдоносцевъ, подтвержденіемъ могутъ служить и наше обычное право¹⁾. Законодательство, однако, особенно

¹⁾ См. тамъ же Курсъ Побѣдоносцева III, стр. 294, съ указаніями на *обычное право*, какъ на источникъ нормъ для этого вида повседневныхъ сдѣлокъ, особенно предпринимателей съ рабочими. Несомнѣнно, источникъ этотъ очень цѣнный, особенно для этого рода проблемъ. Къ тому времени, когда у насъ была поставлена задача пересмотра гражданскаго законодательства, къ этому источнику стали обращаться очень часто и не безъ успѣшности принялись обобщать собранныя наблюденія. Иногда результаты получались совершенно неожиданные. Оказывалось, напр., что нормы обычно-правныя очень близко походятъ на легальныя, тогда какъ вѣдь хорошо извѣстно, что основу нашего законодательства дали указыныя нормы, а не обычно-правныя. Такой собственно неожиданный и довольно багальный результатъ обуславливался несомнѣнно свойствомъ матеріала подлежащаго изученію, въ составъ котораго входили далеко не всегда личныя наблюденія самого изслѣдователя, а чаще всего готовые труды какихъ-либо официальныхъ комиссій, работавшихъ обыкновенно пѣскоро и не имѣвшихъ вовсе въ виду именно изученія обычного права (какъ это видно, напр., на извѣстныхъ трудахъ комиссіи по преобразованію волостныхъ судовъ). Неожиданныя черты сходства легальныхъ и обычныхъ нормъ въ рѣшеніяхъ волостныхъ судовъ легко могли составлять результатъ мастерства волостныхъ писарей, ихъ вліянія на рѣшенія судовъ, а вовсе не обычныхъ правовозрѣній народа. Такой матеріалъ при неподходящей къ дѣлу механической его обработкѣ по готовому шаблону еще болѣе обезцѣвливается и утрачиваетъ весь свой жизненный смыслъ. Для оцѣнки трудовъ, очень различнаго достоинства, въ этой области мы имѣемъ въ недавнемъ изданіи Е. И. Якушкина „Обычное право“, особенно въ вып. II этого изд., 1896 г., (особенно въ обширномъ предисловіи, I—XXXVII) ничѣмъ незамѣнимое руководство. Натурально, впереди другихъ должны быть поставлены работы, основанныя на личныхъ наблюденіяхъ изслѣдователей, тщательно проверенныя по даннымъ продолжительной практики и правильно освѣщенные исторической критикой явленія. Работы такого рода могутъ быть выполнены съ успѣхомъ конечно только въ очень опредѣленныхъ, тѣсныхъ рамкахъ наблюденія и первоначально способны освѣщать вопросы только локальнаго, а вовсе не общаго значенія. Весьма цѣнныхъ наблюденій этого рода указано не мало въ назв. трудѣ Якушкина. Случается, однако, что и самые почтенные изслѣдователи не умѣютъ вполне воздержаться отъ слишкомъ поспѣшныхъ обобщеній. Такъ, напр., Костровъ, въ результатѣ изслѣдованія мѣстныхъ обычаевъ старожиловъ Тобольской губерніи, заключаетъ, что *выдача задатки употребле-*

въ послѣднее время, ищетъ ввести эти *обзадачиванія*, имѣющія, конечно, больше характеръ экономическаго, чѣмъ правомѣрнаго насилія, въ возможно тѣсныя предѣлы. Въ приведенныхъ сейчасъ образцахъ новаго движенія нашего законодательства значеніе задатка и какъ знаменія, и какъ средства укрѣпленія сдѣлки хотя не отвергнуто, но введено въ границы именно въ смыслѣ устраненія злоупотребленій этимъ *обзадачиваньемъ* нуждающихся людей. На ряду съ задаткомъ способомъ перфекціи сдѣлки съ обрядной стороны служить и *письмо*, и вмѣстѣ съ этимъ *для размѣровъ задатка указаны границы*. Въ приведенныхъ выше примѣрахъ по уст. торгов. размѣръ задатка для водоходцевъ есть плата за мѣсяць, если уговоръ помѣсячный, и одна четверть, если водоходецъ нанятъ на весь путь (ст. 265); по уст. горн. при задѣльной платѣ задатокъ не долженъ превышать ста рублей, въ другихъ случаяхъ одной трети годовой наемной платы (ст. 13). При этомъ, уст. о промышл. за выданныя впередъ деньги при расчетахъ не допускаетъ вычета разомъ большихъ суммъ, а въ предѣлахъ лишь одной трети съ причитающейся выдачи для холостого и одной четверти для женатаго или вдоваго рабочаго съ дѣтьми (ст. 100 и дополн. по Прод. 95 г.).

Вмѣстѣ съ этими вполне цѣлесообразными гарантіями договаривающихся отъ слишкомъ тяжелыхъ послѣдствій *обзадачиванья*, особенно людей нуждающихся въ пользу предпринимателей, которыя находимъ въ новыхъ *спеціальныхъ положеніяхъ*, дѣйствующія *общія нормы* заключаетъ въ себѣ еще и повинѣ такіе остатки старины, которые ждуть своего упраздненія или исправленія. Такимъ образомъ, рядъ статей X т. ч. 1 допускаетъ еще и нынѣ нѣкоторый родъ задатка—пособія, или *аванса*, притомъ не без-

тельна при всякъ договорѣ. Несомнѣнно, однако, что не всѣ договоры возмездны и не всѣ имѣютъ обязательственное дѣйствіе (подробныя указанія содержанія этой почтенной работы см. у Якушкина № 2289).—Объяснительная записка къ проекту V книги ссылается между прочимъ и на нѣкоторыя работы по общему праву, особенно на тѣ, которыя заранѣе приваривались къ задачамъ кодификаціи, собственно безъ всякихъ послѣдствій для самаго проекта, ибо весь проектъ совершенно не сообразенъ не только съ русскимъ обычнымъ правомъ, но ниже съ русскимъ законодательствомъ, старымъ и новымъ, которое все огуломъ осуждено какъ *несправедливое*, устарѣлое, противорѣчивое и проч. (Объясненіе I, Введеніе, стр. 1).—Натурально и приведенное нами въ текстѣ движеніе новаго законодательства по занимающему насъ вопросу (особ. прод. 1895 г.) только тогда достигнетъ своей цѣли, когда дѣйствительно войдетъ въ жизнь, а не останется мертвой буквой. Прослѣдить за этимъ процессомъ освоенія подобныхъ нормъ жизнью составляетъ задачу для круга лицъ, привыкшихъ къ наблюденіямъ этого рода, отнюдь не менѣе важную, чѣмъ раскрытіе старыхъ обычаевъ, господствующихъ въ юридической практикѣ. Новыя законодательныя положенія нерѣдко напоминаютъ, что отреченіе отъ легальныхъ гарантій договаривающихся, которое такъ часто практиковалось въ старое время (напр., въ уставахъ старыхъ артелей), безсилно въ глазахъ закона.

процентнаго, какъ для подрядчиковъ, и въ договорахъ съ рабочими *вз жизни*. Все противодѣйствіе законодателя закабаленію состоитъ лишь въ ограниченіи срока такого найма пятью годами (стт. 2214, 2215, 2239).

На ряду съ этимъ довольно гибкимъ значеніемъ задатка въ договорѣ личнаго найма дѣйствующее законодательство, въ рядѣ статей стараго указнаго происхожденія, притомъ крайне неловко выраженныхъ, даетъ задатку опять смыслъ *только знаменія состоявшагося договора*, именно при *купль движимости*. Случай, который имѣетъ въ виду ст. 1513, предполагаетъ врученіе задатка (или всѣхъ денегъ; вмѣсто денегъ было бы для договора купли-продажи умѣстнѣе сказать *всей цѣны*) продавцу, который затѣмъ отказывается выполнить обязательство, т.-е. традировать вещь (*отдавать не будетъ* по выраженію показан. статьи, видя въ цѣнѣ возвышеніе...) Вопросъ въ послѣдствіяхъ невыполненія обязательства. Законъ рѣшаетъ его съ кажущейся простотой: продавецъ вынуждается къ *отдачѣ* вещи *судомъ по условленной цѣнѣ*. Задатокъ здѣсь, очевидно, не есть ни отступное, ни неустойка, а только *знаменіе* состоявшагося договора. При другой гипотезѣ, тоже мало вѣроятной, когда принятый уже покупщикомъ товаръ окажется ниже образца, дѣйствіе договорнаго обязательства, конечно, по требованію покупателя, обезсиливается судомъ, и продавецъ обязывается принять товаръ обратно съ возвращеніемъ задатка покупщику (ст. 1518). Здѣсь опять задатокъ не имѣетъ никакой юридической функціи, кромѣ служебной, знаменующей только заключеніе договора и ничего болѣе.

Очевидно, что ни въ первомъ случаѣ (задатокъ-ссуда, авансъ), ни во второмъ (задатокъ-знаменіе), *специфическая и самобытная договорно-обязательственная функція* задатка не выступила еще въ достаточной степени.

Но этими двумя случаями примѣненія наша дѣйствующая система и не ограничивается по отношенію къ задатку. Въ нашей практикѣ уже издавна установился *обрядъ публичной продажи вещей*, особенно недвижимостей, посредствомъ *наддачи*, т.-е. повышенія объявленной продавцемъ цѣны кругомъ лицъ, ищущихъ купить продаваемое *съ молотка* имѣніе ¹⁾. Что бы ни

¹⁾ Терминъ *наддача* встрѣчается уже въ Улож. Царя А. М. (гл. XVII ст. 21, гдѣ установлена особая пошлина по сдачамъ на откупъ посредствомъ наддачи разныхъ казен. сборовъ; наддача озапачаетъ еще прибавку къ земельному окладу служилыхъ людей, см., напр., П. С. З. № 830). Обрядъ сдачи на откупъ и продажи черезъ наддачу, то, что позже называлось аукціономъ, по Адмиралт. реглам. опредѣлялся сгораніемъ свѣчъ, что было въ послѣдствіи замѣнено указаніемъ часа, до коего имѣетъ длиться торгъ (тамъ же № 6524).

составляло предметъ публичнаго торга, цѣль аукціонной операціи будетъ всегда заключаться въ привлеченіи возможно большаго количества конкурентовъ для повышенія цѣны, и въ извѣстныхъ случаяхъ (сдача работъ, поставка товара) ея пониженія. Въ случаяхъ продажи съ аукціона въ расчетѣ продавца будетъ всегда допустить къ торгу возможно больше конкурентовъ и поставить для этого заключеніе сдѣлки въ возможно болѣе льготныя для широкаго круга лицъ условія. Цѣль будетъ достигнута, если къ торгу явятся не только тѣ лица, которыя *сейчасъ способны внести всю цѣну* идущаго съ молотка имущества, но и тѣ, которыя могутъ немедленно произвести уплату лишь *нѣкоторой доли*, опредѣлившейся черезъ наддачу цѣны. Доля цѣны, имѣющей санкціонировать состоявшееся между сторонами (покупщикомъ и аукціонистомъ) договорное единеніе, не должна быть ничтожною, чтобы не открывать, цѣной небольшого риска, легкой возможности сорвать аукціонъ. Отыскивая подходящую середину между слишкомъ высокимъ и слишкомъ низкимъ ея размѣромъ, нашъ законодатель опредѣляетъ ее для продажи съ молотка *движимостей* размѣромъ одной *двадцатой*, для *недвижимостей* одной *десятой* доли состоявшейся цѣны.

Эта доля цѣны имѣетъ быть *тотчасъ внесена*, иначе аукціонъ будетъ продолжаться. Нашъ законодатель называетъ эту долю цѣны *тоже задаткомъ*. Но юридическое значеніе ея не есть ни только признакъ заключеннаго договора, ни еще менѣе авансъ. Чтобы опредѣлить именно юридическій смыслъ этого рода задатка, слѣдуетъ имѣть въ виду альтернативу, которую можетъ принять дальнѣйшее развитіе сдѣлки. Операція продажи недвижимостей станетъ *безповоротной*, если покупатель внесетъ *въ теченіе 15 дней* остальную часть цѣны проданной съ молотка *недвижимости*, или *не позже 12 ч. утра* слѣдующаго дня всю цѣну купленной имъ *движимости*. Это одинъ исходъ. Задатокъ въ этомъ случаѣ будетъ *зачтенъ* въ составъ цѣны проданнаго имущества. Это *не придатокъ*, не пополнокъ, а лишь уплата всей состоявшейся цѣны *вещи*. Такой исходъ наиболѣе обычный и наименѣе характерный для юридическаго строенія задатка при аукціонѣ.

Другая альтернатива будетъ состоять въ томъ, что покупатель не будетъ въ силахъ или не захочетъ внести всей цѣны вещи. Въ такомъ случаѣ, совершенно согласно основной тенденціи этого способа торга, купленная вещь *не будетъ навязана по-*

Продажа съ молотка (subhastatio) составляетъ тоже ходячій терминъ еще въ XVIII в. (тамъ же № 5858).

купщику, какъ это постановляетъ ст. 1513 т. X ч. 1 для простой купли движимостей; наоборотъ, покупщику предоставляется *отступить* отъ несомнѣнно состоявшагося договора *цѣной утраты внесеннаго имъ задатка* ¹⁾.

Безъ всякаго особаго уговора на этотъ счетъ, прямо по свойству дѣла, задатокъ имѣетъ здѣсь юридическій смыслъ заранее выговореннаго для *покупщика права отстать*, отступить отъ сдѣлки, *ничѣмъ не мотивируя* этого отказа и *не отъчаая*, кромѣ потери задатка, ничѣмъ за невыгоды и убытки, которые могутъ отъ этого послѣдовать для продавца. Съ другой стороны, *продавецъ*, если онъ не отказывается отъ этого обогащенія насчетъ покупщика, не обязанъ допускать нарушенія договора безмездно и *не можетъ требовать больше* того, что поступило въ задатокъ, имѣющій свойство отступного.

Понятіе *отступного* въ практикѣ нашихъ сдѣлокъ связано не съ этимъ только явленіемъ *впередъ внесенной* при аукціонѣ доли состоявшейся цѣны. Отступнымъ называютъ также ту плату, которую предлагаютъ *стакнувшіеся конкуренты сопернику*, котораго они хотятъ устраниль отъ конкуренціи. На ряду съ этимъ *отступнымъ* называется не только эта внесенная при *совершеніи сдѣлки реально* часть состоявшейся цѣны, а тоже и *условленная лишь* за могуцій послѣдовать позже отказъ отъ исполненія договорнаго обязательства *плата*, замѣняющая для кредитора интересъ его исполненія.

Въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ не задатокъ, а *уговоръ объ отступномъ*, т.-е. на ряду съ главнымъ договоромъ вспомогательный или разрѣшительный тоже обязательственный договоръ, допускающій *альтернативу выполненія* принятаго на себя обязательства (эта альтернатива именно *не въ обязательствѣ*, не *in obligatione*, а *въ исполненіи*, *in solutione* ²⁾).

Случаи такой альтернативы и купли *съ задаткомъ-отступнымъ* имѣютъ очень широкое примѣненіе въ сдѣлкахъ общаго и торговаго права какъ на западѣ, такъ и у насъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ видна нѣкоторая двойственность, нерѣшительность, незаконченность волеизъявленія, допускающаго поворотъ, отказъ отъ состоявшагося уже единенія, входящій *какъ конститутивный мо-*

¹⁾ См. указан. выше Положеніе о взысканіяхъ въ составѣ т. XVI ч. 2-ой ст. 271 и слѣд., а также Уст. Гражд. Судопр. стг. 1057 и слѣд., 1161, 1170 п. 3, 1176.

²⁾ Въ старой письменности словомъ *отступился*, *отступная грамота* обозначается вообще отказъ или отреченіе отъ какого-либо права (А. Ю. № 23; также у Мейчика, гл. 5 и 8), отъ права соучастія въ выгодахъ, въ наслѣдованіи, отъ права выкупа и проч.

ментъ въ самый составъ сдѣлки, при самомъ ея заключеніи. Собственно, для понятія договора, какъ мы старались его установить выше, необходима *promissio accepta*. Принятіе оферты можетъ быть условное, срочное. Это видоизмѣняетъ строеніе договора, сдѣлки вообще; но не измѣняетъ свойства ея законченности съ субъективной точки зрѣнія. На ряду съ такимъ *negotium perfectum* практика развила разсматриваемый здѣсь особый видъ не вполне законченной договорно обязательственной формы, гдѣ на волю стороны предоставлено отступить отъ состоявшагося единенія, или отказываясь отъ впередъ уплаченнаго задатка, или выплачивая заранѣе выговоренную сумму, какъ нѣкоторую пеню нерѣшительности, расплату за порывъ, неприведшій къ цѣли. Нѣмцы прекрасно именуютъ этотъ особый видъ штрафа терминомъ *Reugeld*, отъ *reuen*, раскаиваться, или *Wandelpön* отъ *wandeln* — странствовать, *Wandelbarkeit* — непостоянство, превратность. Если штрафная сумма внесена впередъ, — это *здатокъ*. Если она только выговорена на случай отказа (отпяти, въ старой терминологіи), — это *договоръ объ отступномъ*.

Слѣдуетъ ли допускать въ практикѣ такія незаконченныя договорно-обязательственныя формы, — это вопросъ гражданской политики. Современная практика допускаетъ этотъ способъ вступленія въ договорную сдѣлку не только тамъ, гдѣ надо привлечь возможно большее число конкурентовъ для подъема или пониженія цѣны, но и въ другихъ случаяхъ, съ расчетомъ *ограничить рискъ* тамъ, гдѣ безъ подобнаго ограниченія расплата за порывъ угрожала бы неизмѣримо большей опасностью. Таковы особенно биржевыя сдѣлки, объектомъ коихъ служатъ цѣнности, подверженныя значительнымъ колебаніямъ. Чтобы ограничить рискъ такой сдѣлки на срокъ, *покупщикъ* выговариваетъ себѣ право отступить отъ принятія упавшаго въ цѣнѣ товара (или уплаты всей разницы, образовавшейся вслѣдствіе паденія цѣны), внося вмѣсто этого только условленную премію, *Reugeld*, *Wandelpön*, или тѣряя задатокъ, врученный въ этихъ видахъ поставщику при заключеніи сдѣлки. Это у нѣмцевъ *Vorgrämiengeschäft*. Тоже, въ обратномъ смыслѣ, для ограниченія риска *продавца*, которому предоставлено ограничить рискъ повышенія цѣны на подлежащій поставкѣ товаръ, такой же преміей, которую нѣмцы называютъ *Rückgrämiengeschäft* ¹⁾,

¹⁾ Здѣсь только общее понятіе; подробности въ торговомъ правѣ. См. Lyon-Caen, *Traité de droit commercial*, t. 4 (изд. 2-ое) § 960 и слѣд. 988 и слѣд. (*Nature juridique des reports*). Здѣсь обильныя литературныя указанія и со поставленіе иностранныхъ законодательствъ. То же кратко въ *Manuel de droit commerc.* того же автора 4-me édit. § 838 и слѣд. То же по-нѣмецки у Gareis,

Гдѣ бы и съ какою бы цѣлью ни производились подобныя осложненія сдѣлокъ обязательственно-договорныхъ съ *разрѣшительнымъ эффектомъ задатка* или уговора объ отступномъ, ихъ слѣдуетъ строго различать отъ сдѣлокъ осложненныхъ *договорными неустойками*.

Неустойка присоединяется къ договорной сдѣлкѣ *вполнѣ законченной* въ смыслѣ ея обязательственнаго эффекта, *negotium perfectum*, безповоротной для оферента и акцептанта. Если задатокъ, какъ было выше видно, полезенъ въ цѣляхъ *расширенія круга лицъ*, конкурирующихъ въ одной операціи, если связь, *juris vinculum*, въ которую вступаютъ лица *въ договоръ рисковомъ*, умѣстно сдѣлать въ известной степени разрѣшимой, то, наоборотъ, неустойка существуетъ *для самаго тщательнаго противодействія всякимъ колебаніямъ*. Дѣйствующее законодательство такъ и понимаетъ тенденцію неустойки. Неустойка включается въ договоръ для *подкрѣпленія силы доловыхъ обязательствъ* (ст. 1583). По мѣстнымъ законамъ Черниговской и Полтавской губерн. количество неустойки не должно превышать суммы самого обязательства (1584). По общему праву не существуетъ и этого ограниченія для договорной неустойка, тогда какъ для задатка, какъ было показано выше, это количество нормально для сдѣлокъ по движимостямъ есть $\frac{1}{20}$, по недвижимостямъ $\frac{1}{10}$ ихъ покушной цѣны. Совершенно ясно, что *задача неустойки и ея тенденціи есть совершенно обратная тенденціи задатка*. Если позволено сравненіе, неустойка связываетъ волю сторонъ въ неразрѣшимое одиначество, подобно неразрѣшиму соединенію двухъ металловъ посредствомъ ихъковки, *ferruminatio*. Наоборотъ, задатокъ дѣлаетъ эту связь именно легко разрѣшимой, какъ въ простой спайкѣ, *adplumbatio*, которую латинскіе юристы противопоставляютъ ковкѣ, давая этой формѣ сочетанія вещей смыслъ именно *разрѣшимаго, несовершеннаго* сочетанія, когда двѣ вещи, или, какъ здѣсь, двѣ воли не вполнѣ слились воедино, тогда какъковка изъ двухъ вещей раздѣльныхъ образуетъ новую, *res unіta*, какъ и въ законченномъ договорѣ изъ двухъ волей возникаетъ нѣчто новое, поглощающее эту двойственность неразрѣшимое одиначество.

Несомнѣнно, что и тотъ и другой способъ сочетанія двухъ волей въ договорномъ обязательствѣ, какъ и въ сочетанія вещей, имѣеть, въ различномъ примѣненіи, каждый свой смыслъ, свое

Das Deutsche Handelsrecht (kurzgefasstes Lehrbuch) § 62 и слѣд. То же въ различн. отечествен. учебникахъ торговаго права и у проф. Певзорова, Русскія биржи. Юрьевъ. Вып. I—III.

техническое и практическое достоинство и значеніе. Наше право, какъ и право классическое, знаетъ хорошо оба приѣма сочетаній, оба техническіе метода. Но, несомнѣнно, тамъ, гдѣ обязательство есть *само себѣ цѣль*, гдѣ связь договорно-обязательственная устойчива, неподвижна, тамъ и метода сочетанія есть *болѣе законченная, неразрѣшимая*, какъ въ латинской стипуляціи. Наоборотъ, въ условіяхъ, гдѣ обязательство составляетъ скорѣе *средство для вѣнъ его лежащихъ цѣлей*, гдѣ задача массы обязательственныхъ отношеній есть обмѣнъ ихъ же самихъ, движеніе, тамъ и констракція обязательственного договора тоже, конечно, не можетъ не отражать на себѣ этихъ свойствъ обязательственной системы и должна допускать въ болѣе широкомъ примѣненіи методу *сочетаній болѣе лежащихъ, менѣе законченныхъ, легче разрѣшимыхъ*, каковыми будутъ договорныя сдѣлки съ задаткомъ, имѣющимъ эффектъ отступного, разрѣшительный, цѣною сравнительно небольшого штрафа, связаннаго съ колебаніемъ воли, съ правомъ односторонняго отказа отъ обязательственного договора. — То что подобныя сдѣлки *теряютъ въ прочности*, въ неизблѣмости ихъ построенія, то онѣ *выигрываютъ въ широтѣ ихъ примѣненія, въ ихъ подвижности*.

Различеніе задатка и отступного или задатка въ роли отступного отъ неустойки¹⁾, существенно не только для вопроса о вліяніи того и другого на силу договорнаго единенія, которая есть укрѣпляющая при неустойкѣ и разрѣшающая при задаткѣ; оно существенно также и въ самомъ основаніи примѣненія той и другой мѣры къ случаямъ неисполненія принятыхъ на себя стороною обязательствъ. Отказъ *обѣихъ сторонъ* отъ договора (*mutuus dissensus* или *consensus contrarius*) несомнѣнно одинаково способенъ устранить всякую ответственность за невыполненіе обязательствъ, укрѣпленныхъ неустойкой или сопровождаемыхъ задаткомъ. Неустойки въ этихъ случаяхъ нельзя взыскивать, а задатокъ слѣдуетъ возвратить. То же имѣетъ мѣсто и при наступившей впоследствии невозможности выполнить обязательственное дѣйствіе.

Но за этими общими способами разрѣшенія силы договорныхъ обязательствъ слѣдуютъ существенныя различія основаній взысканія неустойки или потери задатка. Въ виду того, что строеніе неустойки направлено на понужденіе должника выполнить ею укрѣпленное обязательство, задача взысканія будетъ направ-

¹⁾ Мы обходимъ пока историческую сторону вопроса, которая очень любопытна, но мало разработана нашими историками права. Неустойку старыя сдѣлки пменуютъ *перѣдко зарядомъ*.

лена въ установленію момента *неисправности* (ст. 1574), стало быть, *вмѣнимой должника виновности* въ неисполненіи обязательства и соотвѣтственно этому взысканія не только неустойки, но, эвентуально, и убытковъ, которые понесъ вѣритель отъ виновнаго невыполненія обязательства (ст. 1585). Натурально, отсутствіе момента виновности невыполненія обязательства, укрѣпленнаго неустойкой, необходимо устраняетъ и вопросъ объ отвѣтственности ¹⁾.

Совершенно иначе строится вопросъ о потерѣ задатка. Здѣсь вовсе нѣтъ цѣли настаивать на выполненіи главнаго обязательства, взыскивать убытки, опредѣлять мѣру виновности, мѣру отвѣтственности. Въ этой комбинаціи отказъ отъ выполненія принятаго на себя обязательства составляетъ заранѣе выговоренное себѣ должникомъ право, и, не выполняя этого обязательства, должникъ не отвѣчаетъ ни за что и ничѣмъ, кромѣ заранѣе врученной суммы или той суммы отступнаго, которую выплатить онъ обязался въ случаѣ отказа отъ выполненія подлиннаго обязательственнаго дѣйствія.

Мы разсмотрѣли, такимъ образомъ, задатокъ въ разныхъ его функціяхъ, *знаменія сдѣлки, аванса, отступнаго* въ одностороннемъ договорно-обязательственномъ отношеніи.

Но законодательство наше знаетъ еще очень важную функцію задатка въ договорно-обязательственныхъ отношеніяхъ *характера обоюднаго*, гдѣ стороны взаимно принимаютъ на себя выполненіе извѣстныхъ обязательствъ (*synallagma, ultro citroque obligatio, contrat synallagmatique ou bilatéral* по Code civ. art. 1102, ср. fr. 7 § 2 D. 2. 14); у насъ порядокъ *обоюднаго* приобрѣтенія правъ на имущества, т. X, кн. третьей, Разд. III. Договорныя обязательства этой категоріи (по Code civ. особенно купля-продажа, у насъ не только купля-продажа, но и договоръ запродажи) могутъ быть совершаемы врученіемъ задатка. Такимъ задаткомъ обыкновенно сопровождаются *предварительныя условія* о совершеніи формальной запродажной записи (тоже обыкновенно сопровождаемой неустойкой) или купчей крѣпости (ст. 1685). Для удостовѣренія такого *предварительнаго* договора не достаточно простаго словеснаго волеизъявленія сторонъ, сопровождаемаго врученіемъ задатка, а необходима выдача со стороны продавца покупщику *задаточной росписки* (тамъ же).

Конституированное, такимъ образомъ, обязательство крайне

¹⁾ По этому предмету, коего мы коснемся еще въ другомъ мѣстѣ, въ послѣднее время мы имѣемъ цѣнную монографію М. Я. Пергамента, Договорная неустойка и интересъ въ римскомъ и современномъ правѣ. Одесса, 1899 г.

любопытно по своему строению и действию и въ этомъ смыслѣ очень близко сходится съ приведенной выше art. 1590 Code civil.

Особенность строения этой формы заключается въ томъ, что для одной стороны, покупателя, это есть задатокъ въ точномъ смыслѣ слова, т.е. *дача впередъ* известной суммы денегъ (или другихъ квантитетовъ), а для другой—задатокъ будетъ лишь той же суммой, количествомъ, которою другая сторона, продавецъ, *только обязуется удовлетворить* покупателя за свой отказъ выполнить свое обязательство, безъ всякой реальной дачи. Такимъ образомъ, для обѣихъ сторонъ это будетъ лишь *одинаковая сумма отступного*, которая идетъ въ пользу того, кто потерпитъ отъ отказа контрагента выполнить договоренное дѣйствіе. Статья 1688, т. X, ч. 1 выражаетъ ту же идею задатка-отступного, какую находимъ въ 1590 art. Code, но, въ созвѣнію, трактуетъ одновременно задатокъ и неустойку, чѣмъ отличается отъ Code civil и, конечно, способствуетъ скорѣе смѣшенію, чѣмъ различенію этихъ существенно разныхъ понятій. То что можно извлечь изъ ст. 1688 именно для *задатка отступного* такъ же просто и понятно, какъ французскій art. 1590. Мысль такая: если отъ совершенія формальнаго акта (купчей крѣпости или запродажной записи) *откажется продавецъ*, то онъ *обязанъ возратить задатокъ въ двойномъ количествѣ*. Итакъ, для продавца это *есть обязательство*, принятое имъ на себя на случай отказа отъ выполнения главнаго обязательственнаго дѣйствія. Если же, продолжаетъ ст. 1688, помянутые акты не будутъ совершены вслѣдствіе отказа покупателя, то онъ теряетъ свой задатокъ. Отличіе ст. 1688 отъ art. 1590 Code civil въ томъ только, что art. 1590 выражается не только совершенно опредѣленно, но и коротко, не смѣшивая двухъ разныхъ вещей, чѣмъ, несомнѣнно, весьма облегчаетъ анализъ не всегда легкихъ проблемъ договорной практики.

Въ нашу статью 1688, кромѣ *права отказаться*, отступить, вполетена еще возможная *виновность* невыполненія обязательства, а затѣмъ еще и срокъ, въ который имѣло послѣдовать выполнение. Это очень спутываетъ простое понятіе задатка—отступного съ неустойкой, гдѣ элементъ виновности существененъ вообще, и съ запродажной записью, которой дѣйствіе есть въ нашемъ законодательствѣ (по особымъ соображеніямъ, о чемъ позже) всегда срочное.

Несмотря, однако, на этотъ недостатокъ анализа и кодификаціонныя осложнения, нѣтъ никакого основанія заключать, что теперешнее наше законодательство не хочетъ различить задатка-от-

ступного въ этомъ его примѣненіи къ обоюднымъ обязательствамъ отъ неустойки ¹⁾. Если въ указанныхъ статьяхъ сторона *отказывается* отъ выполненія обязательства, отвѣчая только задаткомъ, то, несомнѣнно, здѣсь скрывается разрѣшающій или ослабляющій для обязательства (ст. 569) эффектъ задатка. Таковъ собственно и есть и долженъ быть специфическій его эффектъ. На ряду съ задаткомъ, но съ тенденціей прямо ему противоположной, наше законодательство знаетъ, въ составѣ договорной сдѣлки, и неустойку. Она вовсе не гарантируетъ договорившемуся возможность или право *отказаться* отъ исполненія, какъ задатокъ; а наоборотъ, включается въ договоръ *въ подкрѣпленіе силы договорныхъ обязательствъ* (ст. 1583 и слѣд., ср. ст. 569). Неустойка взыскивается *съ виновнаго* въ невыполненіи или въ неисправномъ выполненіи обязательства. Но независимо отъ неустойки стороны въ правѣ требовать выполненія и самаго договорнаго обязательства, которое и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ (ст. 1585). Это, такъ сказать, антитодъ поползка. Пополнонь идетъ сверхъ дѣны въ пользу *исправнаго* должника, какъ настоящая награда. Неустойка падаетъ *на виновнаго* сверхъ выполненія обязательства, какъ *настоящее наказаніе*, какъ настоящій штрафъ за вину, а не вознагражденіе только за убытокъ (ст. 1585).

Правда, возможно особымъ соглашеніемъ неустойку поставить *взаимнъ* выполненія главнаго обязательства. Но для этого *замѣняющаго* эффекта во всякомъ случаѣ, при современномъ состояніи законодательства, полезно именно къ этому направленное волеизъявленіе сторонъ.

Стремленіе нашего законодателя предоставить на волю сторонъ включеніе въ договоръ любыхъ условій (ст. 1530; условіе здѣсь не есть именно *conditio*, а то или другое осложненіе, *clausula*, видоизмѣняющая дѣйствіе обязательственнаго договора), лишь бы они не были противны законамъ, раскрываетъ весь просторъ построенію такихъ вводныхъ или придаточныхъ къ нормальному составу договора осложненій по усмотрѣнію контрагентовъ и даетъ возможность значительно отклоняться въ каждомъ данномъ случаѣ отъ обыденнаго, ходячаго у насъ употребленія понятій задатка или неустойки въ точномъ значеніи слова. Въ виду та-

¹⁾ Трудность провести это различіе составляетъ скорѣе черту старыхъ формъ задатка-аванса, задатка-отступного и неустойки. Неустойкой въ широкомъ смыслѣ можно назвать всѣ формы невыполненія принятыхъ на себя обязательствъ, кромѣ случаевъ не зависящей отъ человѣка невозможности его выполнить. Старина знала задатки и авансы и отступные и заряды, зарядныя записи съ неустойками, но точно различить эти понятія и въ ту пору и особенно теперь далеко не легко.

кой свободы в статьи закона формулируются как будто на случай возможных осложнений этих простых понятий в составъ отдельныхъ соглашений (сл. особ. ст. 1688 и 1689). Этимъ, однако, вовсе не слѣдуетъ пользоваться, чтобы вообще сглаживать типическія особенности обоихъ понятий, которыя, наоборотъ, должны ясно выступать всякій разъ когда онѣ не осложнены особыми для даннаго случая соглашениями сторонъ.

Итакъ, задачу нашего изложенія составляло именно различіе понятія задатка, опредѣленіе основной тенденціи, направленной именно къ *разрушительному эффекту*, къ ослабленію непремѣнной необходимости выполнить обязательственное дѣйствіе, которое можетъ далеко не соответствовать правильнымъ расчетамъ заинтересованныхъ въ каждомъ данномъ случаѣ.

Таковъ несомнѣнный *специфическій* смыслъ и эффектъ задатка въ нашей и во французской дѣйствующей гражданской системѣ.

На ряду съ этимъ возможны указанныя нами выше отклоненія отъ этого дѣйствія задатка - отступного въ видѣ задатка только знаменія, задатка - аванса въ разныхъ видахъ его примѣненія.

Въ общемъ нѣтъ сомнѣнія, что примѣненіе задатка въ нашемъ законодательствѣ и практикѣ весьма развитое, разнообразное и въ большинствѣ случаевъ общепонятное. Все, чего можно было желать отъ пересмотра дѣйствующей системы, — это разработки общихъ положеній о задаткѣ, точнаго различенія этого понятія отъ другихъ соприкасающихся съ нимъ осложнений строенія договорнаго обязательства и прецизирования, точнѣйшаго опредѣленія его юридическаго дѣйствія въ разныхъ случаяхъ примѣненія.

Вмѣсто этого проектъ даетъ намъ, во-первыхъ, рядъ совершенно неожиданныхъ новшествъ въ этомъ институтѣ, очень ужившемся въ нашемъ законодательствѣ и приладившемся къ нашей практикѣ; во-вторыхъ, сопровождаетъ свои положенія совершенно очевидными недосмотрами.

Ошибки составляютъ несомнѣнно вполне самостоятельное достоинство проекта, а новшества выбраны, не безъ „поправокъ“ и столь часто связанныхъ съ ними ухудшеній, изъ нѣмецкаго уложенія 96 года.

Къ числу явныхъ ошибокъ слѣдуетъ отнести начальную, 49-ю статью этого раздѣла, гдѣ задатокъ (денежная сумма, по проекту; отчего, однако, непремѣнно *денежная*, а не иное что, какъ въ нѣмецкомъ текстѣ *etwas*, ср. ст. 336 Нѣм. Ул. и 1590 С. с.? Просто для оригинальности, или чтобы было больше

партикуляризмовъ, которые въ будущемъ станутъ сводить къ единству?) опредѣляется какъ *доказательство* заключенія договора. Въдѣ *доказательство* имѣетъ въ цивилистикѣ техническій смыслъ и по-латыни именуется *probatio, medium probationis*. Возможно въ литературѣ найти указаніе на задатокъ, какъ на *argumentum*, въ общемъ смыслѣ *приведенія подтвержденія* или *способа придти къ заключенію*, а вовсе не въ техническомъ смыслѣ *средства доказать* юридическое событіе. Совершенно понятно, почему нѣмцы въ своемъ Уложеніи называютъ задатокъ *знакомъ* (*Zeichen*, указ. ст. 336), знаменіемъ, а не доказательствомъ состоявшагося договора. При этомъ нѣмецкій редакторъ статьи, очевидно весьма привыкшій давать себѣ отчетъ въ каждомъ изгибѣ рѣчи, не говоритъ о задаткѣ, выданномъ одною изъ *договорившихся сторонъ*, а о выдачѣ чего либо въ задатокъ при *вступленіи въ договоръ* (*bei der Eingehung eines Vertrages*). Отсюда легко заключить, что задатокъ - знаменіе составляетъ конститутивный моментъ сдѣлки, а не сопровождающій только ее для послѣдующей аргументаціи.

Нѣтъ ни одного оборота рѣчи въ этой маскированной передачѣ, крайце неуклюжей, чужого текста, которая не возбуждала бы не то сомнѣній, не то негодованія при сопоставленіи подлинника и дрянного перевода.

Не беремъ на себя аргументировать этого дальше, ибо всякій немного смыслящій въ языкѣ нѣмецкой юриспруденціи легко придетъ къ одинаковому съ нами заключенію.

Перейдемъ къ *новшествамъ*. Главнѣйшее изъ нихъ клонится къ тому, чтобы поставить задатокъ самъ по себѣ, а отступное само по себѣ. И такъ, кодификаторъ стоитъ не на томъ, чтобы схватить вѣрно идею существующаго института задатка - отступного, какъ онъ есть у насъ, у французовъ, и сочетать наше право хоть съ польскимъ кодексомъ. Нѣтъ. Это не оригинально, да и даетъ вовсе не тотъ результатъ, котораго мы ищемъ. Задача въ томъ, чтобы существующій институтъ, какъ бы онъ ни сжился съ нашимъ сознаніемъ, вытолкать вонъ и замѣстить совершенно чуждымъ нашему пониманію извращеніемъ его смысла, при томъ опять замѣнить не чѣмъ либо хотя заимствованнымъ, но простымъ и толковымъ, а именно чужимъ, да еще спутаннымъ и безтолковымъ.

Возьмите все ту же ст. 336 у нѣмцевъ и въ ней прочтете коротко и ясно: въ случаяхъ сомнѣній задатокъ не есть отступное. Прекрасно! Это пойметъ всякій. Это то опасеніе ослабить обязывающее дѣйствіе договора, о коемъ была рѣчь выше. У

нась, какъ и у французовъ, нигдѣ нѣтъ и слѣда этого опасенія. Проектъ хочетъ *принять его намъ*. Но какъ производится эта прививка?! Не выразивъ вовсе такъ хорошо и просто основную идею *новаго задатка*, какъ она выражена у нѣмцевъ, въ двухъ словахъ, нашъ проектъ въ слѣдующей же ст. 50 затягиваетъ канитель о виновномъ ¹⁾ невыполненіи обязательства и о потерѣ вслѣдъ за симъ задатка, да сверхъ того о вознагражденіи потерпѣвшаго отъ невыполненія за убытки, которые превышаютъ задатокъ. Вотъ тутъ уже и становится сразу ясно, что задатокъ собственно вовсе не есть задатокъ, какъ его до сего всѣ привыкли понимать, — надо думать, не скоро отъ этого и отвыкнуть, — а что его обязательно впредь понимать прямо какъ *неустойку* по исполнѣ законченному, безповоротному договорно-обязательственному отношенію. Это безусловное *новшество*! Если-жъ, продолжаетъ проектъ въ дальнѣйшемъ развитіи очень вязкихъ статей объ отступномъ, о задаткѣ, о неустойкѣ, каждая изъ сторонъ при заключеніи выговорить себѣ право отступить отъ договора, то задатокъ имѣетъ значеніе отступного (стт. 52 и 53). Тогда-де не нужно и вознагражденія за убытки (56).

Словомъ, до сего мы всѣ разумѣли задатокъ по-русски и очень близко къ французамъ. Проектъ же предполагаетъ собственно такой принципъ: если хочешь, чтобы тебя поняли по-русски, то ты имѣешь для этого именно и особо, а если васъ нѣсколько, то каждый отдѣльно, заявить объ этомъ твоимъ или вашимъ желанію; иначе мы и тебя и васъ всѣхъ поймемъ не въ русскомъ, а именно въ нѣмецкомъ смыслѣ, ибо всякому человѣку надлежитъ прежде всего быть нѣмцемъ и уже за сямъ, по особому всякій разъ соглашенію, сверхъ того, и къмъ либо еще другимъ.

§ II.

Явленіе не исполнѣ законченныхъ договорно-обязательственныхъ волеизъявленій (продолженіе). — II. Евентуальная отвѣтственность контрагирующихъ за убытки по несостоявшемуся обязательственному договору. — Основаніе отвѣтственности и предѣлъ ея.

Мы только что разсмотрѣли случаи такой степени *обязательности* договорнаго единенія, въ коихъ легко, цѣной небольшой жертвы (потери задатка), *развязаться* съ операціей, когда ея невыгода далеко могла бы превысить всѣ ожиданія сторонъ при

¹⁾ Любопытно, что въ ст. 57 проекта, гдѣ рѣчь о неустойкѣ, моментъ *виновности* опущенъ.

ея заключеніи (биржевыя сдѣлки на срокъ), или когда сторона была вовлечена въ операцію лихорадочнымъ соперничествомъ конкурентовъ торга (при аукціонѣ, *salvo licitandi*, *Auktionsfieber*). Мы видѣли, что германская литература и законодательство спѣшили, особенно въ послѣднее время, ввести въ самые тѣсныя предѣлы примѣненіе задатка, какъ способа *ослаблять* обязательственный эффектъ договора.

Мы говорили выше, что задатокъ тутъ не причемъ и что хорошо разработанная система задатковъ не столько усиливаетъ ненадежность договорно - обязательственныхъ сдѣлокъ, сколько способствуетъ расширенію круга заинтересованныхъ въ соучастіи въ дѣловыхъ операціяхъ, и этимъ путемъ приносить свои выгоды обмѣну.

Неустойчивость договорной сдѣлки обуславливается далеко не возможностью отступить, теряя задатокъ. Не задатокъ составляетъ *причину* нѣкоторой незаконченности теперешнихъ обязательственныхъ сдѣлокъ, а прямо наоборотъ, самъ онъ вызванъ этимъ ихъ несовершенствомъ, составляетъ его послѣдствіе и вмѣстѣ нѣкоторую его поправку. Договорныя сдѣлки *inter praesentes*, облеченныя въ болѣе или менѣе строгую обрядность, совершаемыя самими сторонами, будутъ всегда устойчивѣе договоровъ между отсутствующими, совершаемыхъ безобразно, часто черезъ посредниковъ, въ довольно растянутые между офертой и акцептомъ промежутки времени. То что мы въ этихъ условіяхъ теряемъ, сравнительно съ латинской практикой, въ прочности и неизблемости договорныхъ сдѣлокъ, то мы съ избыткомъ возмѣщаемъ въ ихъ расширеніи..

Какъ выше средствомъ для устраненія опасности быстрыхъ и безповоротныхъ рѣшеній служилъ намъ задатокъ, дающій противнику нѣкоторое возмѣщеніе неудобствъ выжидательнаго состоянія, такъ же точно, въ другихъ случаяхъ, противъ несовершенствъ, неконченности современныхъ договорныхъ формъ, наука и практика старается найти такія же поправки, такія же цѣлительныя средства.

Выше мы, въ ученіи о договорѣ, исходили изъ предположенія, что между стадіей подготовительной къ договорному единенію и окончательно состоявшимся единеніемъ лежитъ рѣзко опредѣлившаяся грань, не дойдя до коей контрагирующіе вольны отступить отъ переговоровъ, но перейдя которую, они безповоротно подчиняются дѣйствию наступившаго единенія. Это совершенно вѣрно, и строгимъ образомъ такой грани служила намъ *verborum solennitas* латинской стипуляціи. *Сказано—сдѣлано*; и эту непо-

колебимую, законченную, рѣшающую силу слова пѣмцы прекрасно выражаютъ въ поговоркѣ — ein Mann, ein Wort, несравненно болѣе характерной для римскаго, чѣмъ для современнаго юридическаго сознанія. Не говоря о томъ, что уже въ латинской практикѣ первоначальный ригоризмъ обряда сильно уступилъ дѣйствию времени, договорно-обязательственные типы *новаго происхожденія* въ самой своей основѣ, какъ это было показано выше, далеки отъ этихъ требованій единаго и опредѣленнаго обряда совершенія договора. Новая договорная практика, нерѣдко тяжело испытывая неудобства этой безобразности въ выраженіи состоявшагося договорнаго единенія, не хочетъ, однако, возвращаться къ прежнимъ тяжелымъ реквизитамъ формы и къ старому стѣсненію оборота кругомъ лицъ, непосредственно соучаствующихъ въ дѣлѣ и наличныхъ.

Изъ кодифицированныхъ новыхъ системъ раньше другихъ Прусскій Ландрехтъ ¹⁾ искалъ и указалъ выходъ изъ этой коллизіи недостаточно рѣзко выраженныхъ признаковъ уже состоявшагося договорнаго единенія и необходимости оградить надежность дѣловыхъ сношеній сторонъ. Несклонный къ задатку, какъ къ средству будто-ослабляющему обязательность выполненія подлиннаго договореннаго дѣйствія (Erfüllungsinteresse), Ландрехтъ допустилъ, однако, что при добросовѣстной увѣренности одной стороны въ безповоротности оферты, эта сторона въ правѣ требовать, чтобы отказавшійся отъ оферты оферентъ вознаградилъ ей тѣ убытки, которые она понесла по его милости. И такъ, въ данномъ случаѣ не только нѣтъ налицо прямо и точно условленнаго обязательственнаго дѣйствія, но, по мнѣнію одного изъ контрагирующихъ, вовсе нѣтъ никакого окончательно установившагося договорнаго единенія; но если, однако, явно, что другая сторона терпитъ убытки, то ей хотя нельзя дать иска на выполненіе договореннаго (Erfüllungsinteresse), но можно и слѣдуетъ дать искъ на возмѣщеніе убытковъ отъ несостоявшагося, независимо отъ нея, договора.

Любопытная доктрина Ландрехта о защитѣ въ извѣстныхъ условіяхъ интересовъ контрагирующаго по несостоявшемуся еще контракту, впрочемъ, далеко не безспорная, нашла себѣ въ новой литературѣ блестящаго представителя въ лицѣ Рудольфа Ihering'a ²⁾.

¹⁾ См. I, 5, § 234. Толкованіе положеній Ландрехта не безспорно; см. особ. Дернбургъ Lehrb. d. Pr. Landr. II, § 16, пр. 2 и 4. Для герм. торгов. права, тамъ же, пр. 3.

²⁾ Ihering, Jahrbücher für die Dogmat., IV. Литература у Виндшейда, § 307, прим. 5.

Имъ собственно создано очень характерное для нашего времени учение о нѣкоторой *обязательной въ дѣловыхъ сношеніяхъ бдительности*, отступленіе отъ коей налагаетъ на виновнаго въ этой небдительности, *culpa in contrahendo*, обязанность отвѣчать за такъ называемый *отрицательный интересъ договора*.

Выраженіе *отрицательный интересъ договора* (*das negative Vertragsinteresse*, собственно — интересъ имѣвшаго быть заключеннымъ, но не состоявшагося на дѣлѣ договора) не считаютъ удачнымъ (Бэръ и друг.). Оно, однако, станетъ достаточно яснымъ при противоположеніи его съ понятіемъ *положительнаго интереса* выполнения договореннаго дѣйствія (*Erfüllungsinteresse*). Смыслъ его будетъ тотъ, что, въ извѣстныхъ случаяхъ, потерпѣвшій отъ отозванія оферты акцептантъ можетъ требовать съ содѣйствіемъ суда не выполнения того, что еще не было окончательно договорено, а возмѣщенія интересовъ, которые ему вознаградили бы состоявшійся договоръ.

И такъ, N, оферентъ, не далъ своевременно знать акцептанту, что наступила невозможность выполнить оферту, что онъ утратилъ полномочіе, что неожиданно послѣдовала смерть предлагавшаго операцию ¹⁾. Акцептантъ, однако, имѣлъ всѣ основанія ждать выполнения, отказывалъ другія оферты, сдѣлалъ все нужное для принятія оферты. Это все ставитъ его въ положеніе потерпѣвшаго.

Чтобы возмѣстить свои потери, онъ имѣетъ а) доказать виновность оферента въ небрежности, *culpa in contrahendo*, и б) установить размѣры своего интереса въ наступленіи невосполновавшаго единенія (*das negative Vertragsinteresse*).

Возможно-ли утверждать, чтобы подобныя иски, построенныя на такихъ основаніяхъ, направленные на разрѣшеніе такихъ нерѣдко проблематическихъ цѣлей, какъ возмѣщеніе отрицательныхъ интересовъ заключенія договора, вполне насъ удовлетворяли?

Несомнѣнно, нѣтъ! Это крайне трудныя, нерѣдко едва достижимыя задачи. Этотъ способъ рѣшать дѣла, конечно, ничѣмъ не выше отступленія отъ главнаго договорнаго дѣйствія цѣной утраты задатка. Но это, въ то же время, для извѣстныхъ случаевъ коллизіи интересовъ, единственный возможный путь, чтобы противодѣйствовать опасной шатости дѣловыхъ сношеній, какъ и задача, который открываетъ выходъ изъ трудностей выполнения

¹⁾ Предполагается именно только небрежность, ибо доозныя дѣйствія этого рода влекутъ къ другимъ послѣдствіямъ.

быстро-состоявшихся рѣшеній, коихъ безповоротность шла бы дальше всякихъ разумныхъ дѣлей.

И тутъ и тамъ мы сохраняемъ, насколько возможно, силу дѣловыхъ операцій текущихъ или уже до извѣстной степени отвердѣвшихъ, не прибѣгая къ стѣсненію обмѣна ни тяжелыми обрядностями, ни налпчностью извѣстныхъ формальныхъ реквизитовъ для силы сдѣлки, которые въ концѣ концовъ отзовутся неизбѣжно неблагоприятными послѣдствіями на свободѣ и широкое развитіе обмѣна.

Не одни незыблемые устои неподвижныхъ мостовъ, а на ряду съ ними и любяя другія, гораздо менѣе постоянныя, но въ тоже время болѣе послушныя волѣ, легче приновимыя къ извѣстнымъ даннымъ средства должны, въ построеніяхъ юридическихъ, какъ и въ путяхъ сообщенія, служить этимъ дѣлямъ сношенія и обмѣна, на интересы коихъ и имѣютъ быть главнымъ образомъ рассчитаны всѣ построенія общей обязательственной гражданской системы.

Мы называемъ эти методы построенія договорно-обязательственныхъ отношеній *неконченными, несовершенными*... Да, это съ извѣстной точки зрѣнія несомнѣнная черта такихъ построеній. Но эта неконченность, несовершенство *не составляетъ ихъ порока*, отъ котораго такъ легко было бы отдѣлаться. *Это ихъ свойство*. И это свойство юридическихъ построеній извѣстной эпохи, извѣстнаго стиля, видно вовсе не на одномъ типѣ юридическихъ конструкцій, именно договорно-обязательственныхъ. Нѣтъ, оно обнаруживается вездѣ. И норма юридическая не всегда есть *императивъ*, сопровождаемый всей грозой ничтожества и даже наказуемостью, штрафомъ за то, что не подошло подъ ярмо этой нормы. На ряду съ императивомъ закона развитая юриспруденція ставитъ свои *конъюнктивы*, очень гибкіе, но далеко не лишены большой доли эффекта въ практикѣ гражданского права. Довольно вспомнить, что эти конъюнктивы и на будущее время направленные обороты глаголовъ составили въ свое время въ латинской рѣчи любимую грамматическую форму преторскаго эдикта ¹⁾. Извѣстнаго дѣленія легальныхъ нормъ по степени законченности ихъ эффекта на *leges perfectae, imperfectae* и *plusquamperfectae* мы здѣсь не коснемся ²⁾.

Не то же ли свойство несовершенства, неконченности па-

¹⁾ См. классическіе экскурсы въ этой области юридической техники у Ihering'a въ его Geist'е, § 47.

²⁾ Ulp. fragm. tit. 1 § 2 и какое-либо изъ безчисленныхъ толкованій всего, что содержитъ и чего не содержитъ въ себѣ этотъ текстъ.

блюдаемъ мы нынѣ въ извѣстныхъ формахъ сложенія юридическаго лица, неримскаго происхожденія, въ коихъ многіе цивилисты строгаго обряда и нынѣ отказываются признать свойства настоящей, законченной личности, и которому эта неконченность отнюдь не мѣшаетъ обслуживать массу самыхъ настоятельныхъ нуждъ современнаго цивилизно-соціального строя?

Не та же ли, наконецъ, неконченность и выжидательное состояніе правоотношенія видно въ столь распространенныхъ, приуроченныхъ именно къ отраженію живой дѣйствительности съ ея отгѣвками и полутѣнями, *предварительныхъ отмычекъ* нашихъ теперешнихъ ипотечныхъ книгъ?

Эти *несовершенства*, эти свойства неконченности постоятъ за себя, если мы сопоставимъ ихъ съ надежными, правда, но неподвижными, неповоротливыми конструкціями стараго типа, и попытаемъ опредѣлить ихъ сравнительную полезность для интересовъ практики, прямо связанной съ жизненными задачами гражданскихъ институтовъ нашего времени.

Что касается ближайшей нашей проблемы, именно системы обязательствъ нашего времени, то эти черты не довершенной, но все же крайне цѣлесообразной техники нашихъ построений, мы наблюдаемъ далеко, конечно, не въ этихъ только понятіяхъ задатка, *culpa in contrahendo*, отличающихъ нынѣшнія системы отъ латинскихъ, но и во многихъ другихъ, совершенно оригинальныхъ и крайне плодотворныхъ для нашего обмѣна новообразованіяхъ, которыя съ точки зрѣнія латинской техники могутъ, конечно, тоже быть пазваны неконченными, недовершенными основами для правоотношеній обязательственнаго типа.

§ 12.

Явленіе не вполне законченныхъ договорно-обязательственныхъ волеизъявленій (Продолженіе).—III. Аукціонъ—IV. Публичное обѣщаніе, въ особенности обѣщаніе награды—V. Юридическая природа бумагъ на предъявителя.—Опыты юридическаго построенія этого явленія въ современной, особенно нѣмецкой, литературѣ.

III. Вопросъ объ аукціонѣ, о юридической квалификаціи обмѣна волеизъявленій въ этой операціи, весьма занималъ и занимаетъ нынѣ западную юриспруденцію¹⁾. Практика публичныхъ продажъ *посредствомъ мизитаций* была хорошо знакома, какъ

¹⁾ Работы Унгера, Геринга, Регельсбергера см. въ учебникахъ Пандектн. права, особ. у Вилдшейда § 308 примѣч.

Для этого *второго* случая, когда аукціонистъ заранѣе обязываетъ себя своей офертой передъ любымъ торгующимся, нѣтъ необходимости, чтобы онъ же непременно ставилъ отъ себя цѣну купли или поставки и подряда. Онъ можетъ *связать себя* такими условіями аукціона, что *цѣна, импьющая опредѣлиться посредствомъ наддачи или сбавки, получитъ для него значеніе обязательной для него цѣны, какъ бы отъ него самого исходящей.*

Въ послѣднемъ случаѣ предполагаютъ важную опасность стачекъ между торгующимися. Ихъ можно осуждать; но дѣло не въ этомъ, а въ возможности противодѣйствія такимъ неправильнымъ способамъ пользованія аукціономъ. Практически такая опасность злоупотребленій со стороны торгующихся легко устраняется агентами со стороны аукціониста, которые своимъ соучастіемъ парализуютъ весь эффектъ подобныхъ стачекъ.

Что касается судебного аукціона въ особенности, то о немъ мы будемъ имѣть случай говорить впоследствии.

Наряду съ общими легальными нормами и особенностями отдѣльныхъ случаевъ, въ вопросахъ аукціонной практики имѣютъ перѣдко весьма важное, рѣшающее для обсужденія дѣла значеніе локальныя обычаи (*usances*), которые издавна примѣняются въ операціяхъ извѣстнаго рода или въ извѣстныхъ кругахъ лицъ.

Любопытною и отступающею отъ началъ латинскаго права въ аукціонной практикѣ нашего времени чертой является здѣсь, прежде всего, *широкая допустимость оферты in incertam personam*, при чемъ *обязательность* для оферента такимъ образомъ сдѣланной оферты можетъ распространиться на болѣе или менѣе *значительный промежутокъ времени*, смотря по условіямъ аукціона, по кругу лицъ призываемыхъ къ торгу, только наличныхъ или отсутствующихъ, и связанному съ этимъ способу выраженія волеизъявленій, только словесному, или письменному, съ указаніемъ предѣльнаго срока принятія такихъ заявленій.

IV. Въ весьма тѣсной принципиальной связи съ этимъ явленіемъ оферты, обращенной къ неопредѣленному кругу лицъ при аукціонѣ, стоитъ и другое, тоже весьма характерное и широко-примѣняемое въ наше время явленіе *публичныхъ обещаній наградъ*, которыя обыкновенно рассчитываются на поощреніе извѣстнаго рода дѣйствій или дѣятельности въ неопредѣленномъ, болѣе или менѣе широкомъ, притомъ нормально совершенно неизвѣстномъ общающему кругу лицъ.

Это явленіе не безызвѣстно и римскому праву. Но оно тамъ далеко не имѣло того широкаго примѣненія, которое получило въ новое время, особенно въ примѣненіи къ цѣлямъ промышленнымъ.

Публичное обѣщаніе награды надлежитъ строго отличать отъ простаго *обѣта* имущественныхъ пожертвованій для какой-либо общепользевой *цѣли*. Въ латинской практикѣ такія *pollicitationes* имѣли нѣкоторый ограниченный кругъ примѣненія, и въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ латинское право признавало обязательность подобныхъ обѣтовъ, юридическая сила ихъ удерживалась въ земляхъ реципированнаго юстиніановскаго права ¹⁾.

Наше законодательство не знаетъ *юридической* обязательности подобныхъ обѣтовъ, хотя обѣты были очень въ ходу въ старое время и ограждались если не закономъ свѣтскимъ, то силой вѣры и прещеніями власти церковной, особенно противъ обратнаго требованія уже выполненныхъ въ пользу церквей и монастырей обѣщаній ²⁾.

Новый нѣмецкій кодексъ гражданскаго права совсѣмъ не упоминаетъ реципированныхъ латинскихъ положеній объ этихъ обѣтахъ, *vota, pollicitationes*. Мы не находимъ ихъ и въ нашемъ проектѣ V кн. Гражданскаго Уложенія.

Подлежащая здѣсь разсмотрѣнію публичныя обѣщанія наградъ отличаются отъ указанныхъ *vota, pollicitationes* тѣмъ, что въ нихъ ясно выражается признакъ *возмездія*, притомъ любому, кто совершитъ поощряемое наградою дѣйствіе, кто возьметъ съ боя непріятельское знамя, напишетъ маршъ на вступленіе Роберта въ Преторію, откроетъ убійцу секретаря консисторіи Комарова. Тутъ вовсе не богоугодная цѣль, какъ въ обѣтѣ, тѣмъ менѣе пожертвованіе заранѣе извѣстному лицу, общинѣ, городу, какъ въ *pollicitatio*. Это *обѣщаніе только*, притомъ обѣщаніе *любому* за имѣющее быть выполненнымъ или уже выполненное дѣйствіе.

Вопросъ о свойствахъ дѣйствія, для поощренія коего допустимъ юридическій эффектъ такого односторонняго обѣщанія, принадлежитъ, натурально, къ числу весьма существенныхъ для характеристики этой обязательственной формы. Мы указывали выше въ нашей старой практикѣ форму поощренія, награды за *выполненіе* принятаго стороною на себя *обязательства*. Это такъ называемая *пополнка*. Здѣсь есть награда за выполненіе уже состоявшагося договора. Это, такимъ образомъ, награда, которую стяжаетъ опредѣленный контрагентъ, награда рассчитанная на поощреніе къ соблюденію договорныхъ обязательствъ, имѣющая весь свой практическій смыслъ въ условіяхъ невысокой культуры обязательственнаго права.

¹⁾ Виндшейдъ § 304.

²⁾ Павловъ. Помоканонъ при большомъ требникѣ, ст. 116.

Совсѣмъ иной смыслъ и иное значеніе будетъ имѣть обща-
ніе награды неизвѣстному, не связанному съ общающимъ ни-
какими и всего менѣе юридическими, договорными узамъ. Со
стороны самого общающаго или сулящаго награду, несомнѣнно,
можетъ существовать какой-либо личный интересъ вызвать желаю-
щихъ ее получить къ выполнению предположеннаго имъ дѣйствія
(находчику потерянной вещи, который вернетъ мнѣ ее, общаю
уплатить ея цѣну или вдвое противъ цѣны; за лучшей проектъ
моста, станціи въ такомъ-то городѣ, по изученіи его практи-
ческаго достоинства, — такая-то премія), но такого интереса для
общающаго можетъ вовсе и не быть (за лучшее оригинальное
драматическое сочиненіе, признанное таковымъ словеснымъ фа-
культетомъ такого-то университета).

Независимо отъ вопроса о свойствахъ дѣйствія, которое
такимъ образомъ вызывается и поощряется, нельзя не замѣтить,
что разработка въ современной практикѣ юридической обязатель-
ности одностороннихъ публичныхъ общаній награды составляетъ
несомнѣнный шагъ впередъ сравнительно съ латинской обяза-
тельственной техникой. Мы соединяемъ въ этихъ случаяхъ юри-
дическій эффектъ съ волеизъявленіями *не имѣющими того закон-
ченнаго характера, какой имѣетъ договоръ*, подобно тому, какъ
мы возводимъ тоже на степень личности, также, конечно, незакон-
ченной, нѣкоторыя союзныя формы, коимъ римляне отказывали
совершенно въ этомъ свойствѣ¹⁾. Въ смыслѣ юридическаго метода
мы здѣсь, какъ и тамъ, съ относительно слабыми реквизитами
связываемъ болѣе сильный юридическій эффектъ, чѣмъ въ латинской
техникѣ.

Въ этомъ вопросѣ, какъ и въ вопросѣ строенія юридическаго
лица, трудно между современными юристами указать сколько-
нибудь согласныя мнѣнія не только въ подробностяхъ ученія, но
ниже въ основныхъ его пунктахъ. Не только виднѣйшіе пандек-
тисты уже сошедшаго со сцены поколѣнія, но и многіе пред-
ставители новаго движенія науки прѣва въ Германіи относятся
недовѣрчиво ко всякому отступленію отъ латинской догмы. Савиньи
съ рѣшительностью отвергаетъ *искъ*, обращенный къ публично-
общавшему награду за поимку вора или въ вознагражденіе за
возвратъ потерянной вещи. Вознагражденіе можетъ быть дано
лишь *добровольно*, подобно уплатѣ долга по игрѣ, и только въ
случаѣ доказанныхъ со стороны поимщика или находчика тратъ
по сдѣланному публично вызову допускаетъ *doli actio* противъ

¹⁾ Чтенія §§ 19 и 20.

объщавшаго ¹⁾. Такимъ образомъ, юридическая сила общанія въ пользу неизвѣстнаго сводится почти на нѣтъ не только для римскаго права, но и для современнаго его примѣненія. Въ этомъ отношеніи Савиньи идетъ далѣе другихъ послѣдователей такъ называемой *Vertragstheorie*, *теоріи договора in incertam personam*, который и полагается въ основу этой несовершенной, незаконченной обязательственной формы. Для системы права общаю эта договорная теорія находитъ приверженцевъ до послѣдняго времени. Хотя далеко не столь рѣшительно, однако, съ прямымъ недовѣріемъ къ противоположному ученію, къ такъ назыв. *Pollicitationstheorie*, *теоріи односторонняго общанія*, относится Виндшейдъ даже въ непосредственно предшествовавшемъ появленію имъ же взлелѣяннаго Проекта Герм. Улож. 88 г. изданіи своего учебника, отдавая предпочтеніе теоріи договорной ²⁾.

Если въ ученіи объ обязывающей силѣ публичнаго общанія награды мы поставимъ въ основу именно договоръ, тогда, натурально, ранѣе послѣдовавшаго такъ или иначе акцента со стороны соискателя награды не можетъ быть и рѣчи о настоящей обязывающей силѣ такого общанія для поллицитанта. Именно такого момента и ищутъ послѣдователи договорной теоріи. И въ этомъ огромная трудность, а вмѣстѣ и бесплодность всего построенія. Нельзя утверждать, что я вступилъ въ договорную сдѣлку, если я выполнилъ поощряемое дѣйствіе, но хотя немного ранѣе послѣдовавшаго общанія награды. А съ другой стороны, если готовый выполнить требуемое дѣйствіе такъ или иначе сначала заявитъ, что принимаетъ на себя выполнение, или докажетъ, что уже предпринялъ направленную къ этой цѣли дѣятельность, то вся операція потеряетъ подлинный характеръ вызова къ дѣятельности, поощренія къ соперничеству, и получитъ нѣкоторый характеръ заказа. Въ массѣ случаевъ цѣль не будетъ достигнута. Далѣе, опредѣленіе, при многихъ конкуррентахъ, скрытаго момента начавагося исполненія, чтобъ установить наступленіе признаковъ договорной сдѣлки для каждаго особо, должно на практикѣ встрѣчать такія трудности, которыя дѣлаютъ и вообще сомнительной примѣнимость этого ученія къ дѣлу. Для тѣхъ, наконецъ, случаевъ, гдѣ договорный моментъ безъ труда устанавливается окончаннымъ исполненіемъ поощряемаго дѣйствія, вопросъ

¹⁾ Савиньи. Обязат. право, § 61.

²⁾ § 303, гдѣ, въ прим. 3—5 сгруппированы послѣдователи обоихъ крайнихъ мнѣній и указаны видѣвшія отклоненія въ ту или другую сторону отъ латинской догмы. Виндшейдъ выражается по этому предмету крайне осторожно, находя, несмотря на всѣ сомнѣнія, *болѣе надежной* теорію договора (пр. 3).

о предшествующей обязывающей силѣ самой оферты остается вполне открытымъ, и обѣщаніе, никѣмъ не принятое и не имѣющее самостоятельной юридической силы, не способно ни въ комъ вызвать довѣріе, ибо подлежитъ ежеминутному отзыванію. Такимъ образомъ, теорія договора съ послѣдующимъ неизвѣстнымъ вѣрителемъ встрѣчала массу сомнѣній и крайне мало прикасалась жизненнаго опыта, несмотря на всю видимую свою законченность въ смыслѣ абстрактнаго построенія.

Тѣмъ временемъ, пока юристы *общаго права* упорно отстаивали свои старыя позиціи, въ практикѣ *торговаго права* все болѣе развивалось и укрѣплялось сознаніе *обязательности оферты* независимо отъ акцепта, а вмѣстѣ съ этимъ и внѣ предѣловъ торговаго права расширялась *практика одностороннихъ обѣщаній награды* въ самомъ разнообразномъ примѣненіи. Изъ круга мѣстныхъ правъ весьма смѣлое отступленіе отъ латинской доктрины въ этомъ новомъ направленіи и совершенно въ духѣ времени мы находимъ уже въ прусскомъ ландрехтѣ ¹⁾.

Это очень замѣчательное по своему практическому смыслу положеніе довольно долгое время оставалось мало разработаннымъ въ юридической литературѣ и затѣненнымъ, такъ сказать, противоположными теченіями *господствующей договорной доктрины* общаго права.

Если мы, однако, смѣряемъ разстояніе отъ той поры, гдѣ силу даже вполне законченной договорной сдѣлки приходилось скрѣплять особыми поощреніями (пополнка), до этого явленія *самостоятельной юридической обязательности простого односторонняго обѣщанія*, то, несомнѣнно, успѣхъ расширенія и развитія юридической силы свободныхъ волеизъявленій въ примѣненіи къ социальнымъ интересамъ явится намъ во всемъ его величіи!

Прусскій ландрехтъ указалъ собственно только принципиальное отступленіе отъ господствовавшихъ возрѣвій, и дальнѣйшее развитіе института шло путемъ практической и ученой разработки его нѣмецкими юристами. Историки германскаго права хорошо подготовили почву для этого новаго ученія, а наиболѣе крупныя заслуги въ его разработкѣ критической и догматической принадлежатъ I. Э. Кунце, покойному профессору Лейпцигскаго, и Гейнриху Зибелю ²⁾, проф. вѣнскаго университета. У послѣдняго въ особенности выступаетъ впередъ *національная точка зрѣнія* въ

¹⁾ Allg. Landr. I, tit. 11 § 988 и слѣд.

²⁾ У Зибеля Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, который выгодно отличается отъ Кунце прекраснымъ изложеніемъ, читатель найдетъ массу литературнаго матеріала (см. особ. § 11 стр. 91 и слѣд.).

разработкѣ этого и другихъ соприкасающихся съ намъ явленій юридической силы односторонняго обѣщанія.

Явленія совершенно подобныя этимъ, какъ въ этомъ легко убѣдиться, встрѣчаются, однако, далеко не въ одной только практикѣ германскаго права.

Быть можетъ, въ этихъ успѣхахъ новыхъ ученій на западѣ, въ особенности по отношенію къ реципированной системѣ, правильнѣе было бы указать историческую аналогію подобнаго же вторженія въ старую цивильную систему, подъ влияніемъ расширившагося обмѣна и измѣнившихся экономическихъ условій, *свободныхъ творческихъ силъ общенароднаго права*. Если германисты видятъ здѣсь особую заслугу именно германскаго правосознанія, то вѣдь на то они и германисты...

Подъ влияніемъ указанной практики и ученій, въ законопроектахъ и законодательствахъ ¹⁾, особенно же и главнымъ образомъ въ новомъ нѣмецкомъ Уложеніи 96 года эта *независимая отъ реквизитовъ договора основа обязательства* разработана вполне самостоятельно и занесена въ кругъ *отдѣльныхъ договорныхъ отношеній* ²⁾ на ряду съ договорами и иными основаніями обязательства.

Выработанный нашей комиссіей проектъ V кн. Гражд. Ул. здѣсь, какъ и во множествѣ другихъ договорныхъ формъ, воспроизводя совершенно близко соответствующія статьи нѣмецкаго уложенія, не входитъ вовсе въ противорѣчіе ни со старымъ сознаниемъ обязательности у насъ по крайней мѣрѣ нѣкоторыхъ формъ обѣтовъ, ни съ дѣйствующей, крайне скудной, легальной нашей системой, ни съ достаточно распространенной у насъ практикой самыхъ разнообразныхъ формъ публичныхъ обѣщаній наградъ. Такимъ образомъ, дальнѣйшее движеніе нашего законодательства необходимо пойдетъ по этому пути общей точнѣйшей разработки и укрѣпленія юридической силы публичнаго обѣщанія награды. Проектъ ничего своего не прибавляетъ къ этому стремленію, заимствуя у нѣмцевъ, наряду со статьями закона, и теоретическую основу института (въ объяснительной запискѣ) и всю технику его построенія, опредѣляя лишь иную чѣмъ у нѣмцевъ позицію этого института въ общемъ составѣ системы ³⁾.

¹⁾ Stobbe, § 171, пр. 12.

²⁾ Седьмой раздѣлъ книги 2-ой Герм. Улож. носитъ именно этотъ общій титулъ, *einzelne Schuldverhältnisse*, о чемъ мы сейчасъ скажемъ нѣсколько словъ.

³⁾ Эта перестановка его у насъ въ особый отдѣлъ и въ ближайшее прикосновеніе съ незаконнымъ обогащеніемъ, веденіемъ чужихъ дѣлъ безъ полномочія и съ недозволенными дѣяніями едва ли дастъ ему лучшее освѣщеніе.

Мы остановимся въ дальнѣйшемъ, на слѣдующихъ главныхъ пунктахъ ученія:

1) Какимъ должно быть обѣщаніе награды, чтобъ самостоятельно, т.-е. независимо отъ акцепта, породить извѣстный юридическій эффектъ?

2) Нужны ли специфическія свойства въ поощряемомъ дѣяніи, чтобъ вызвать юридическій эффектъ публичнаго обѣщанія награды?

3) Какія главнѣйшія разновидности подобныхъ обѣщаній мы находимъ въ практикѣ и въ дѣйствующихъ нормахъ нѣмец. уложенія и нашего проекта?

4) Какой *самостоятельный* юридическій эффектъ, болѣе слабый и болѣе сильный, современныя системы связываютъ съ обѣщаніемъ награды?

5) Какія попытки *теоретическаго обоснованія* самостоятельной юридической силы одностороннихъ обѣщаній на ряду съ договоромъ были предприняты до сего и какъ собственно всего легче въ духѣ современныхъ системъ найти и это основаніе и построенную на немъ технику этого института?

По 1-му вопросу невозбуждающій споръ отвѣтъ состоитъ въ томъ, что обѣщаніе награды, подлежащее регламентаціи въ общемъ кодексѣ гражданскаго права, должно быть обращено не къ болѣе или менѣе тѣсному кругу извѣстныхъ поллицитанту лицъ, въ коемъ регуляторомъ способно служить сознаніе необходимости добровольнаго (какъ въ игрѣ, пари) выполненія (см. выше Савинья), а къ неопредѣленно—большому кругу неизвѣстныхъ людей, среди котораго оно дѣлается *яснымъ посредствомъ* доступной такимъ кругамъ лицъ *публикаціи* обѣщанія награды. Итакъ, обѣщаніе награды, о коемъ трактуютъ современныя законодательства, какъ объ особомъ цивильномъ институтѣ, есть всегда *публичное* обѣщаніе.

Съ другой стороны, практика современнаго торгово-промышленнаго обмѣна вызвала необходимость еще другихъ оговорокъ относительно свойствъ подобныхъ *публичныхъ* обѣщаній наградъ. Начать съ того, что не все, что привыкли называть въ различныхъ публикаціяхъ *наградой, преміей*, составляетъ въ самомъ дѣлѣ награду, а не такой же товаръ, какъ и тотъ, въ коему ищутъ привлечь вниманіе посуломъ награды. Одно наименованіе здѣсь ничего не измѣняетъ въ свойствахъ дѣляки, такимъ образомъ обставленной. Но вмѣстѣ съ этимъ и тамъ, гдѣ публичный вызовъ, повидимому, направленъ только на поощреніе, гдѣ награда должна служить какъ будто именно возмездіемъ достойныхъ съ точки зрѣнія поллицитанта трудовъ и усилій, такой

вызовъ далеко не всегда дѣйствительно направленъ на эту цѣль ¹⁾. Подлинныя намѣренія полицитанта, лишь слегка прикрытыя маской безкорыстной преданности высокимъ интересамъ, могутъ явно ничего не заключать въ себѣ кромѣ самой обыденной рекламы, площадного выкрикиванія высокихъ свойствахъ товара, за открытіе малѣйшаго недостатка въ которомъ торгашъ сулитъ горы золота. „Тысячу талеровъ тому, кто откроетъ одну прядь бумаги въ моемъ полотнѣ (складъ тамъ-то)“. Открытіе не требуетъ никакихъ усилій, ибо *полотно* наполовину бумажное. Такія же преміи за изобрѣтеніе вѣчной свѣчи, мази, которая превзойдетъ въ чудодѣйственной силѣ мою помаду для роженія волосъ и т. под. Нѣмецкіе суды, тщательно избѣгаютъ соблазнительнаго (для любителей дешевой наживы) смѣшенія *подминныхъ* обѣщаній награды съ этими обыденными приѣмами привлекать вниманіе праздной толпы къ ничему нестоющему дѣлу. Сдѣлать такое различеніе не всегда легко, но достигать его всегда необходимо. Мы увидимъ далѣе, что нѣкоторыя требованія въ составѣ такихъ обѣщаній сами собою облегчаютъ достиженіе этой цѣли.

Итакъ, одностороннее обѣщаніе влечетъ за собой юридическія послѣдствія, когда оно есть *публичное* и выраженное *съ очевиднымъ намѣреніемъ* полицитанта *стать* именно *въ обязательственныя отношенія къ неизвѣстному*, *in personam incertam*.

По *второму вопросу*, о свойствахъ дѣйствія, которое можетъ быть поощряемо такими юридически-эффективными публичными обѣщаніями награды, старыя законодательства заключали въ себѣ любопытныя ограниченія. Такимъ образомъ прусскій Ландрехтъ соединялъ именно *исковой* эффектъ односторонняго обѣщанія не съ любымъ дѣяніемъ, а лишь съ дѣяніемъ *общепольнымъ или съ умственно-польнымъ трудомъ* ²⁾. Юридическій чеканъ получаетъ такое обѣщаніе цѣною не въ немъ самомъ лежащей, а лишь цѣной особо-заслуживающаго поощренія дѣянія, какъ бы *по принципу авторства*, чего собственно вовсе здѣсь не предполагается необходимо.

Дальнѣйшее развитіе ученія объ обязывающей силѣ такого обѣщанія вышло изъ этихъ первоначальныхъ стѣсненій. Значитъ ли это, что предметомъ поощренія способно служить любое дѣй-

¹⁾ Виндшейдъ II § 308, пр. 9; Побѣдоносцевъ Курсъ III § 14 приводитъ Кас. Рѣш. по дѣлу Шандора и Врадн, 71 г. № 114, гдѣ Шандоръ понатился за свое обѣщаніе обѣщанной преміей.

²⁾ Pr. Landr. I, tit. II § 988 ср. Dernburg Lehrbuch des Pr. Landr. II § 12, пр. 7. Общепольность и умственно-полезное свойство можетъ, натурально, тоже подлежать спору, если нѣтъ особаго ареопага для безапелляціонныхъ рѣшеній.

ствіе, безъ всякой квалификаціи со стороны его допустимости вообще, пригодности для обязательственныхъ отношеній въ особенності? Натурально, нѣтъ. Предметъ поощренія въ составѣ односторонне-обязывающей сдѣлки могутъ составлять, конечно, только дѣйствія, входящія по своимъ свойствамъ въ кругъ пригодныхъ для сдѣлокъ договорныхъ вообще. Въ виду этого ни новый герм. код., ни нашъ проектъ не квалифицируетъ никакими особыми признаками этотъ родъ дѣяній, подлежащихъ поощрительнымъ наградамъ.

По *третьему вопросу*, какія главнѣйшія разновидности подобныхъ обѣщаній даютъ намъ современныя, наиболѣе законченныя системы, замѣтимъ слѣдующее.

Нашъ проектъ (ст. 1045 и 1046), какъ и нѣмецкій кодексъ (657 и 658) допускаютъ публичныя обѣщанія награды *безъ указанія срока*, до поступления котораго обѣщающій остается связаннымъ своимъ обѣщаніемъ. Формулированное такимъ образомъ волеизъявленіе, безсрочное въ этомъ смыслѣ, обязательно для обѣщавшаго, какъ и срочное. Но юридическій эффектъ безсрочнаго обѣщанія слабѣе, ибо промиттентъ въ этомъ случаѣ вправе въ любое время отказаться отъ обѣщанія ¹⁾. Законъ указываетъ лишь необходимую для юридическаго дѣйствія такого отказа обрядность, которая состоитъ въ томъ, что *отказъ имѣетъ быть оглашенъ тѣмъ же способомъ*, какимъ было оглашено самое обѣщаніе ²⁾. — Если бы, однако, по сдѣланному поощрительному вызову *исполненіе* было уже *предпринято*, то отказъ хотя бы публично оглашенный, не будетъ имѣть отмѣняющей силы (ср. указан. выше статьи ³⁾).

Наряду съ такимъ обѣщаніемъ безъ срока, допускающимъ

¹⁾ Такое ослабленное дѣйствіе безсрочнаго обѣщанія и вообще различіе обѣщаній срочныхъ съ усиленнымъ дѣйствіемъ, и безсрочныхъ, со слабымъ эффектомъ, полезно между прочимъ имѣть въ виду въ тѣхъ случаяхъ публичнаго обѣщанія награды, которые даются не въ цѣляхъ вызвать поощряемое дѣйствіе, а для рекламы. Реклама всегда ширеобъщательна. См. еще дальше замѣчаніе по поводу 661 ст. Герм. Уложенія.

²⁾ У насъ (ст. 1046) непременно *публичное объявленіе*; у нѣмцевъ еще *особое сообщеніе* (ст. 658). Последнее можетъ несомнѣнно имѣть свой кругъ примѣненія и его напрасно выбросили въ нашемъ проектѣ.

³⁾ Указанныя статьи проекта нѣсколько видоизмѣнены сравнительно съ Уложеніемъ 96 г. и, по нашему мнѣнію, не къ выгодѣ проекта. Просимъ слѣдить, но не беремъ на себя здѣсь подробнаго разбора, чтобы не осложнять разсмотрѣнія дѣла. Тяжелое начало нашей ст. 1046: *пока не приступлено еще къ исполненію*, совсѣмъ не то что *Vornahme der Handlung* въ Нѣмецк. Уложеніи. Нѣмецкій текстъ лучше и точнѣе выражаетъ то, что слѣдовало выразить и вовсе не имѣетъ смысла *только приступа къ дѣйствію*. Въ институтѣ еще не достаточно выдержавшемъ практическій искусъ всегда окажется кое что недосказаннымъ, какъ въ этомъ положеніи. Но у нѣмцевъ все же недосказаннаго меньше въ ст. 658 начало, тѣмъ у насъ въ ст. 1046 тоже начало.

въ указанныхъ предѣлахъ отказъ промиттента, нашъ проектъ, какъ и Герм. Уложение, знаетъ другую форму волеизъявленія, несравненно болѣе эффективную въ юридическомъ смыслѣ. Это именно обѣщаніе, сопровождаемое въ самомъ его составѣ *отказомъ отъ права измѣнить впоследствии свою волю*. Наряду съ этимъ и тоже въ направленіи къ усиленію дѣйствія обѣщаній этого рода должно быть поставлено обѣщаніе, *устанавливающее срокъ для выполненія награждаемаго дѣйствія* (ст. 1046 пр. и 658 конецъ). Когда указанъ такой срокъ, то отказъ обѣщавшаго, сдѣланный ранѣе срока, признается недействительнымъ ¹⁾.

Нельзя придумать ничего надежнѣе въ цѣляхъ увѣренности заинтересованныхъ въ юридически-обязательномъ эффектѣ публичныхъ одностороннихъ обѣщаній награды, какъ именно эту форму, которую создаетъ Нѣмецкое Гражд. Уложение и реципируетъ нашъ проектъ. Но при этомъ для всякаго также очевидно, что обѣщанія награды осложненные отказомъ отъ права позже измѣнить свою волю, если они идутъ не на срокъ, а навсегда, могутъ лечь тяжелымъ и безцѣльнымъ бременемъ на обѣщающаго. Быть можетъ въ этомъ лежитъ объясненіе недовѣрія, частью преувеличеннаго, которое питали классики къ этой формѣ одностороннихъ обѣщаній вообще.

Нѣмецкій кодексъ, различивъ двѣ категоріи обѣщаній награды, а) неуказывающихъ вовсе срока и вмѣстѣ допускающихъ отказъ, а съ другой стороны, б) недопускающихъ отказа (до опредѣленнаго срока, или же навсегда), прибавляетъ, что обѣщаніе награды, вѣрнѣе — премія, *которая выдается лишь по конкурсу*, считается обязательнымъ только при условіи присоединеннаго къ обѣщанію *указанія срока для соисканія* (ст. 661 нач.).

¹⁾ Нѣмецкая ст. 658 несравненно проще и лучше выражаетъ существо дѣла чѣмъ соответствующая ст. проекта. Оборота рѣчи въ ст. 1046 коп. *безуспѣшное истеченіе этого срока* составляетъ буквальный переводъ ст. 686 Дрзд. Пр. (не привожу всѣхъ смыслов на проекты, ибо они не всякому читающему доступны, да и во многихъ случаяхъ совершенно лишни въ самомъ нашемъ проектѣ и въ объяснит. запискѣ). Wenn die für die Leistung festgesetzte Zeit ohne Erfolg abgelaufen ist. Вопросъ только въ томъ, всегда ли необходимо и умѣстна такая рабская передача любого оборота чужой рѣчи? Это можно передать гораздо легче, чѣмъ дѣлаетъ нашъ проектъ, напр., словами, *если въ теченіе назначеннаго срока цѣль не была достигнута*. Опять и здѣсь практикъ останется многое досказать въ этомъ незавершенномъ въ своемъ развитіи истинутѣ. Не можемъ одобрить и другого „улучшенія“ нѣмецкой 658 статьи. Наша ст. 1046 говоритъ: *отмѣна обѣщанія можетъ послѣдовать* только и проч. Это во 1-хъ несправедливо, а затѣмъ, что это за дѣтскія разсужденія о *возможномъ* въ законѣ, когда передъ глазами свойственный именно закову текстъ не о *возможномъ*, а о *должномъ*, обѣ обязательномъ для дѣйствія отреченія способѣ его выразить. Такъ и формулировано ст. 658. Der Widerruf ist nur wirksam, по-русски — *отказъ имѣетъ силу*, или... *будетъ действителенъ, когда...* и проч.

Этимъ вполне разумнымъ ограниченіемъ нѣмецкій законъ устраниваетъ возможность вызвать на конкурсъ и *затѣмъ отречься* отъ обѣщанія согласно ст. 657 и 658 Герм. Ул. и соотвѣтствен. статей проекта. Такой призывъ (на конкурсъ безъ указанія его срока) есть актъ ничтожный съ самаго начала и стало быть неспособный возбуждать ни въ комъ никакихъ ожиданій.

Но еще важнѣе это ограниченіе въ томъ смыслѣ, что оно *не допускаетъ безсрочной конкуренціи*, стало быть такой, гдѣ ни одинъ изъ конкурентовъ никогда не можетъ достигнуть увѣренности, что его дѣйствіе будетъ окончательно и безповоротно признано достойнымъ награды.

Это положеніе нѣмецкой ст. 661 нач. воспроизведено нашей ст. 1048 нач.

Мы не войдемъ въ подробности задачи распределенія преміи между конкурентами и соучастниками, которое выработано въ обоихъ законоположеніяхъ приблизительно тожественно, и остановимся

на *четвертомъ вопросѣ, о юридическомъ эффектѣ*, болѣе слабымъ или болѣе сильнымъ, который современное право соединяетъ съ этой *самостоятельной, независимой* отъ элементовъ договорнаго построенія, односторонней сдѣлкой.

Мы говоримъ здѣсь не о вопросахъ чести, не о нравственной обязательности сдѣланнаго вызова для поллициданта, а именно о *юридически-обязывающей силѣ* публичнаго обѣщанія награды. Она несомнѣнно есть иная, чѣмъ въ договорной формѣ, и въ нѣкоторыхъ разновидностяхъ односторонняго обѣщанія его юридическій эффектъ, обязывающая сила сдѣлки крайне слабая. Публичное обѣщаніе, которое дано безъ всякихъ осложнений, безъ указанія срока его обязательности для поллициданта, безъ заявленнаго вмѣстѣ съ публикаціей отказа отъ права отречься, порождаетъ несомнѣнно юридическія послѣдствія, обязываетъ поллициданта, влечетъ для него евентуально отвѣтственность за траты, сдѣланныя для выполненія поощряемаго дѣйствія, даетъ вмѣстѣ основаніе требовать преміи въ случаѣ достиженія цѣли. Но вотъ въ чемъ особенность именно этой разновидности. Если поллициданти не связалъ себя ни срокомъ, ни зароконъ когда либо отречься отъ обѣщанія, то безусловно онъ будетъ въ силу обѣщанія обязанъ только къ тому, чтобы въ случаѣ измѣнившейся его воли, *также оласить свой отказъ*, также публично отречься отъ принятаго на себя обязательства, *какъ публично онъ его на себя принялъ*. Это обязательство исключительно формальнаго свойства, какъ формально требованіе для эсгередиціи извѣстныхъ

близких поименно указать каждого въ testamentъ. Если такого формальнаго соответствія между обѣщаніемъ и его отозваніемъ не будетъ, тогда обязывающая сила его продолжаетъ дѣйствовать, хотя бы поллицитантъ фактически несомнѣнно измѣнилъ свои намѣренія. Но и формальное отреченіе избавляетъ его лишь отъ ответственности по требованіямъ, которыя позже образовались. Что же касается раньше образовавшихся требованій, то они остаются въ силѣ, несмотря на отреченіе.

Публичное обѣщаніе награды за извѣстное дѣйствіе по конкурсу, сдѣланное безъ указанія срока, съ самаго начала не влечетъ за собою, какъ было показано выше, никакого юридическаго дѣйствія.

Наконецъ, обѣщаніе можетъ быть осложнено присоединеніемъ срока или отреченія измѣнить волю. Если въ публичномъ обѣщаніи награды за дѣйствіе, имѣющее совершиться къ извѣстному сроку, есть нѣчто родственное договорной сдѣлкѣ, хотя совсѣмъ, напр., въ римской системѣ, не выработаннаго, неопредѣлившагося типа, то въ обѣщаніи осложненномъ отреченіемъ несомнѣнно есть признаки далеко нецивильной, для сферы имущественной воособенности именно нецивильной сдѣлки. Форма обязывающаго волеизъявленія выжидательная, незаочченная по своей конструкціи, съ такимъ сильнымъ эффектомъ безповоротности, при этомъ безъ опредѣленнаго дестинатарія, заключала бы въ себѣ нѣчто уродливое, какой-то диссовавсь въ системѣ латинскихъ институтовъ, въ которой лейтмотивомъ является всегда и необходимо *utilitas singulorum*, облеченная въ конкретную форму притязанія *опредѣленнаго субъекта*. Это, въ латинскомъ смыслѣ, было бы *обязательство безъ опредѣлившагося домоваго отношенія*! Тутъ для поллицитанта образуется невозможное въ латинскомъ смыслѣ *juris vinculum* въ интересахъ не только неопредѣленнаго, но, быть можетъ, и неопредѣлимаго никогда, ниже въ отдаленномъ будущемъ, кредитора!

Юридическій эффектъ такого осложненнаго публичнаго обѣщанія состоитъ въ томъ, что поллицитантъ, *должникъ*, въ любой послѣдующій моментъ *подлежитъ* имущественной *отвѣтственности* въ предѣлахъ сдѣланнаго обѣщанія, до истечения срока или навсегда, *какой подлежалъ бы изъ вполнѣ законченной обязательственно-договорной сдѣлки съ опредѣленнымъ кредиторомъ*. Въ этой роли кредитора можетъ явиться выполнившій поощряемое дѣйствіе ранѣ публикаціи поллицитанта, позже предпринявшій и довершившій такое дѣйствіе, одинъ притязающій, рядъ конкурентовъ; и притязанія всего этого круга лицъ будутъ носить *вполнѣ выразившійся исковой характеръ*.

Хотя ни нѣмецкій кодексъ, ни нашъ съ него сколокъ въ этомъ институтѣ, не трактуетъ особенно вопроса о возможности поручительства, реального обезпеченія этого обязательства, но не можетъ быть сомнѣвнѣй, что не одинъ искъ, а наряду съ нимъ и иные способы матеріальнаго обезпеченія принятаго поллицитантомъ обязательства могутъ имѣть мѣсто здѣсь, какъ и въ договорѣ (ср. ст. 3 проекта).

Это наиболѣе выраженный по силѣ своей юридической эффектъ односторонняго публичнаго обѣщанія награды. Мы переходимъ къ пятому вопросу, поставленному выше, *какую общую теоретическую основу возможно дать* этому любопытному опыту обогатить нашу систему обязательственныхъ формъ этою новою, оставляющею столько желать, столь неконченною сравнительно съ господствующей латинской договорной основой, формой односторонняго публичнаго обѣщанія награды?

Если современная юриспруденція спѣшитъ въ практическомъ примѣненіи этой формы отрѣшиться отъ классическихъ завѣтовъ, то и въ теоретической обработкѣ проблемы наша юридическая литература, особенно нѣмецкая, ищетъ создать новую базу для этого новообразования практики.

Старая договорная база, коей считали необходимымъ придерживаться, начиная съ Савиньи, столь многіе теоретики до послѣдняго времени, теряетъ все больше и больше сторонниковъ, ибо нельзя же въ самомъ дѣлѣ утверждать, что основа обязательности обѣщанія въ томъ, что оно къ-то принято, вошло въ сферу его притязаній, когда обязательность его существуетъ на лицо явно въ полной независимости отъ акцепта, когда соответствующій акцепту моментъ (выполненіе) можетъ опредѣлиться раньше оферты, когда, наконецъ, нѣтъ ни предѣла времени, до котораго продолжается выжидательное состояніе, ни права когда-либо его прекратить.

Одна изъ попытокъ дать теоретическую основу построенію обязательной силы публичнаго обѣщанія награды принадлежитъ названному выше профессору Зигелю. Ее принимаютъ многіе. Для насъ она любопытна потому особенно, что наши кодификаторы охотно къ ней присоединяются въ Объяснительной къ проекту V кн. запискѣ ¹⁾.

Вотъ въ чемъ она состоитъ.

Мы приведемъ кратко конструкцію Зигеля, ибо она собственно и дала толчекъ разсужденіямъ, которыя находимъ въ

¹⁾ Т. 5 стр. 315.

указанномъ мѣстѣ Объяснит. Зап. Зигель думаетъ, что совершеніе поощряемаго дѣйствія составляетъ *условіе*, отъ коего поставлено въ зависимость возникновеніе обязательства. Такимъ образомъ, *содѣйствіе притязающаго въ обоснованіи обязательства* имѣетъ мѣсто именно *въ той мѣрѣ, въ какой совершеніе имъ дѣйствія составляетъ выполненіе условія* ¹⁾.

Буквально на той же основѣ строятъ обязывающую силу обѣщанія награды послѣдующіе нѣмецкіе писатели этого лагеря и наши кодификаторы. Это сдѣлка односторонне-обязывающая, но по своему составу она не есть *negotium purum*, а *sub conditione contractum*.

Не столько въ смыслѣ результатовъ, ибо они взяты въ нашъ проектъ почти текстуально изъ Нѣм. Уложенія, сколько именно по отношенію къ *методу* этой любопытной конструкціи намъ необходимо поближе разобратъ въ этомъ дѣлѣ. *Награда и дѣйствіе*, опредѣляемое въ обѣщаніи, не находятся, по словамъ Объяснит. записки, въ такой-же *причинной* (?) *связи*, какъ при заключеніи *договора* о совершеніи дѣйствія за извѣстное вознагражденіе. „...*дѣйствіе*, опредѣляемое въ обѣщаніи, является *условіемъ* возникновенія обязательства выдать награду“. „Оно составляетъ то событіе будущее и неизвѣстное, отъ наступленія котораго зависитъ возникновеніе обязательства“ ²⁾. Трудной проблемы изслѣдованія *причины* явленій мы, по свойству нашей задачи, не станемъ здѣсь касаться; позволимъ себѣ, однако, спросить—если соглашеніе о цѣнѣ вещи, *pretium*, въ составѣ договора купли-продажи (тоже и для найма, напр.) заключаетъ въ себѣ *причину* обязательства ея отчужденія покупщику (за *эту цѣну*, тамъ же, стр. 316), то отчего бы не допустить того-же значенія *причины* возврата потерянной вещи въ публичномъ обѣщаніи наградить находчика, отчего и въ выгодѣ пріобрѣсти премію нельзя видѣть такой же *причины* предъявленія работы на конкурсъ? Какъ провести здѣсь разницу между *причиной* и *условіемъ*? Отчего цѣна вещи, поденная плата найма, ея врученіе,

¹⁾ Siegel, das Versprechen, стр. 104: mit dem Vollbringen der That, worauf die Auslobung den Preis gesetzt hat, erfüllt sich die Bedingung, von welcher Sollen u. Haben abhängig gemacht worden war... Eine Mitwirkung des Forderungsberechtigten bei Begründung der Obligation findet nur insofern statt, als sein Thun der Bedingung die Erfüllung bringt. Штобже опредѣляетъ и особый видъ этого условія, называя самое обѣщаніе *суспензивно-условнымъ* (§ 171, пр. 12).

²⁾ Гражд. Уложеніе, кн. V, томъ пятый, стр. 318—319. Съ какими трудностями юриспруденція встрѣчается въ понятіи *causa* въ смыслѣ причины, цѣли, мотива волеизъявленія и сдѣлки,—объ этомъ мы знаемъ изъ общаго ученія о сдѣлкѣ въ любомъ учебникѣ Гражд. пр., особенно же въ Пандектныхъ руководствахъ.

не есть условіе, а именно причина, а премія именно не есть причина, а непременно условіе въ составѣ сдѣлки?

Мы не будемъ ждать отвѣта комисіи и не общаемъ публично никакой награды за рѣшеніе этой загадки ни къ сроку, ни безсрочно, а *попытаемся сами* разрѣшить ее. Тутъ дѣло все въ томъ, что понятіе условія имѣетъ не одинъ смыслъ, и не всѣми и не всегда употребляется въ одномъ значеніи. Въ совершенно *нетехническомъ* для цивилистики смыслѣ и врученіе товара и совершеніе поощряемаго дѣйствія будутъ одинаково условіями полученія цѣны въ куплѣ, награды въ публичномъ общаніи таковой. *Технический смыслъ условія* въ составѣ юридической сдѣлки совсѣмъ не тотъ, и какъ всѣ знаютъ или должны знать, условіемъ технически будетъ 1) *внѣшнее для состава сдѣлки*, стало бытъ, произвольно присоединяемое къ ней, 2) *будущее*, 3) *неизвѣстное событіе*, отъ наступленія или ненаступленія котораго поставляется въ зависимость юридическій эффектъ данной сдѣлки ¹⁾.

Въ юридическихъ построеніяхъ нельзя, натурально, употреблять техническій терминъ въ нетехническомъ смыслѣ. Если наши кодификаторы говорятъ о выполненіи поощряемаго дѣйствія какъ объ условіи обязательности общанія, то считаютъ его или, вѣрнѣе, *должны считать* за нѣчто для состава сдѣлки внѣшнее, произвольно къ ней присоединяемое. Такъ ли это, однако, на дѣлѣ? Возможно-ли, не извращая всего существа понятія *награды, премии*, утверждать, что для вопроса объ удостоеніи награды поощряемое ею дѣйствіе не есть внутренне принадлежащій къ составу сдѣлки моментъ, *corpus negotii*, а лишь нѣчто внѣшнее, безъ чего понятіе *награды и обязательство ее выдать* можетъ существовать совершенно самостоятельно? Несомнѣнно, какъ бы мы ни квалифицировали награду (причиной, цѣлью имѣющаго совершиться, или возмездіемъ уже совершеннаго дѣйствія), *для ея существа*, какъ и для обязательности ея выдачи, поощряемое дѣйствіе будетъ всегда постулятомъ, *непременнымъ, внутреннимъ составнымъ моментомъ*, а не внѣшнимъ придаткомъ сдѣлки. Самая сдѣлка такого строенія всегда будетъ сдѣлкой *возмездной*, а не безмездной.

Для *возникновенія* обязательства (но только съ точки зрѣнія договорной теоріи ²⁾) совершеніе поощряемаго дѣйствія будетъ тоже *не условіемъ, а способомъ* возникновенія.

¹⁾ Въ этой формулѣ есть спорные моменты, которые частью неважны здѣсь для насъ, частью же будутъ нами сейчасъ особо указаны какъ именно здѣсь весьма существенные.

²⁾ Сейчасъ ниже будетъ показано, что эта теорія условной сдѣлки скрываетъ въ себѣ именно договорную основу, отъ которой ищеть отрѣшиться.

Какъ бы ни формулировали отношеніе награды къ дѣйствию, какъ идущую за его совершеніе, или въ случаѣ его совершенія ¹⁾, или по поводу его совершенія, все же внутреннее свойство обѣщанія награды составляетъ именно его возмездность.

Если это вѣрно, то вся конструкція условной сдѣлки въ примѣненіи къ ученію объ обязательности публичнаго обѣщанія награды падаетъ сама собою безъ всякаго результата для теоретическаго обоснованія этого института.

Вся наша дедукція держится, однако, на томъ, что понятіе *условія* мы принимаемъ въ подлинномъ его, *техническомъ для цивилистики, смыслъ, какъ событія для состава сдѣлки внѣшняго*. Но нѣтъ того подлиннаго, технического смысла какого угодно термина, котораго нельзя было бы подмѣнить нетехническимъ употребленіемъ того-же слова. Нѣмцы вообще этого не допускаютъ. Для насъ важны, однако, не нѣмецкія, а *свои строители ученій*. И вотъ что мы находимъ въ томъ опредѣленіи условія, которое предлагаетъ намъ коммисія, но уже не въ Объясненіяхъ, а въ *самомъ текстѣ законопроекта*: сила договора, говорить ст. 35 Проекта, можетъ быть, по соглашенію сторонъ, поставлена въ зависимость отъ *событія могущаго въ будущемъ наступить или не наступить, или же хотя и наступившаго, но еще неизвѣстнаго сторонамъ*²⁾. Внимательно разсмотрѣвъ эту статью мы не находимъ въ составѣ этого „легальнаго“ понятія *условія* того существеннаго момента, безъ котораго нѣтъ *никакой возможности* надежнымъ образомъ провести границу понятія *условія* *техническаго и нетехническаго*.

Мы уже указали выше съ какимъ свойствомъ условія, какъ событія только *субъективно неизвѣстнаго*, думаетъ насъ помирить проектъ. Здѣсь тоже своего рода извращеніе общепринятаго понятія въ смыслъ *пригодномъ для случая* ²⁾. Это бы еще, пожалуй, съ полбѣды. Но разъ пойдя этимъ опаснымъ путемъ, коммисія уже не можетъ не довести дѣла до самыхъ печальныхъ крайностей. Нѣ найдется ни одного цивилиста, который не по-

¹⁾ Объ этомъ Объяснительн. Зап., т. V, стр. 319 нач.

²⁾ См. выше стр. 61 прим. 2, гдѣ видно, что условіемъ вопреки самому распространенному мнѣнію о его природѣ, можетъ быть, по мыслямъ коммисіи, субъективно-неизвѣстное сторонамъ (въ договорѣ) событіе. Условіе въ этомъ смыслѣ можетъ составлять не будущее событіе (однако ср. еще Объяснит. Зап. т. V стр. 319), а тоже и наступившее уже, т.-е. совершившееся. Необыкновенно складно, и будто именно все само собою подходитъ къ той теоріи одно-сторонняго обѣщанія, которой держится коммисія. Не подходитъ развѣ только лнал формула для условія на стр. 319, чѣмъ въ ст. 35. Но кто же скажетъ, какъ это могло произойти? Быть можетъ не одинъ редакторъ составлялъ статьи для условія и статьи для односторонняго обѣщанія награды. Тогда все понятно, хотя отъ этого читателю, конечно, не станеть легче.

чувствовалъ бы, къ чему ведетъ этотъ подмѣнъ подлиннаго понятія условія неподлиннымъ, нетехническимъ. Тутъ, на сей случай, все очень складно и просто, лишь бы изъ понятія условія былъ выброшенъ именно этотъ признакъ—*внѣшняго для состава сдѣлки событія*. Тогда совершенно неподходящая къ одностороннему общанію *теорія условной сдѣлки* подойдетъ какъ разъ.—Но, вѣдь, мы на этомъ не остановимся. Этотъ нетехническій смыслъ условія мы будемъ примѣнять вездѣ, ко всѣмъ сдѣлкамъ, которыя кодификаторы введутъ въ V книгу Объ обязательствахъ. Тогда и соглашеніе объ уплатѣ цѣны въ куплѣ-продажѣ, о рабочей платѣ при наймѣ мы тоже будемъ считать *условіемъ*, ибо и то и другое какъ разъ подойдетъ къ смыслу статьи 35-ой.

Что будетъ въ результатѣ такого извращенія одного изъ основныхъ понятій и терминовъ нашей системы, догадаться не трудно. Картину этого произвола давно изобразилъ Кунце ¹⁾, имѣя въ виду только литературный хаосъ, имѣющій наступить вслѣдъ за упраздненіемъ общепринятыхъ и наиболѣе выдержанныхъ юридическихъ понятій и терминовъ. У насъ этотъ хаосъ не ограничивается областью свободнаго воздѣлыванія научныхъ проблемъ въ юриспруденцію. Его хотятъ сдѣлать обязательнымъ, положить на немъ штемпель *легальнаго* авторитета. И чего ради? Чтобъ ввести въ нашъ новый кодексъ 5—6 статей касающихся института публичнаго общанія награды? Едва ли. Быть можетъ, и это гораздо вѣроятнѣе, для того, чтобъ въ ту часть системы, которая по существу своему, всего менѣе способна быть локальной, партикулярной, розной, въ обязательства, внести нѣчто такое, что поставило бы ее дѣйствительно врозь не только съ общимъ правомъ, но и со здравымъ человѣческимъ смысломъ.

Мы вовсе не находимъ удачной ту основу построения разсматриваемой обязательственной формы, которой держится Зигель и за нимъ напи кодификаторы. Мы указали выше, что уже Виндшейдъ съ недовѣріемъ смотрѣлъ на эти опыты и находилъ *болѣе надежной договорную теорію*, не обставляя своихъ опасеній особой аргументаціей. Лучше и ярче тоже недовѣріе выразилось у Регельсбергера ²⁾, который допуская въ основу сдѣлки условность волеизъявленія поллицитанта, не находить, что этимъ способомъ мы упраздняемъ договорную теорію и замѣняемъ ее самостоятельнымъ эффектомъ односторонняго общанія. Такимъ образомъ латинская договорная теорія, которую мы только-что

¹⁾ См. въ Чтеніяхъ изд. 3-е стр. 246 пр.

²⁾ Указаніе это и другія очень цѣнныя у Зигеля, стр. 91 и слѣд., особ. 103 и 104.

вытолкали въ дверь (Ausstossungsprocess) совѣсьмъ непрошенная лѣзеть къ намъ опять въ окно. Выполненіе дѣйствія, составляющаго условіе оферты, есть несомнѣнно все тотъ же своеобразно выраженный акцептъ. И, однако, договорная теорія все-жъ неспособна послужить основой института ни при этой конструкціи (условное общаніе), ни независимо отъ нея.

Мы также, отказываясь отъ договорной основы, совѣсьмъ не думаемъ ставить на ея мѣсто такой суррогатъ, какъ условно-обязательное волеизъявленіе, разрѣшающееся въ смыслѣ возникновенія сдѣлки (договорной, явно) чрезъ выполнение поощряемаго дѣянія. Во всѣхъ этихъ попыткахъ обязательность общанія получаетъ юридическій характеръ лишь съ той минуты, когда есть на лицо всѣ элементы настоящей договорной конструкціи. Между тѣмъ на практикѣ эта обязательность вовсе не зависитъ отъ акцепта. Она существуетъ раньше его, независимо отъ него, вполне самобытно, то на извѣстный срокъ, то безсрочно, но отнюдь не подъ условіемъ.

Примирить это явленіе съ латинской конструкціей договорнаго обязательства нѣтъ никакихъ средствъ, ни прямо (договорная теорія), ни косвенно (самостоятельная сила *односторонняго, но условнаго* волеизъявленія). Диссонансъ остается ничѣмъ не прикрытымъ.

Причина этого заключается въ томъ, что латинская система не знаетъ обязательствъ безъ личнаго прираженія, обязательствъ, которыя не составляли бы въ то же время долгового отношенія къ лицу опредѣленному или опредѣлимому. Латинское обязательство есть всегда личное. Это неперемѣнно *nomem. Nominis appellatio ad omnem contractum et obligationem pertinet*¹⁾. Въ этомъ вся его оригинальная природа, вся юридическая его сущность. Въ немъ всегда сказывается притяженіе къ лицу, къ *кредитору*, принадлежность *кому-либо*, *pertinentia ad aliquem*. Гдѣ нѣтъ кредитора и нельзя раскрыть его, тамъ нѣтъ обязательства. Это тѣло безъ души. Въ немъ нѣтъ жизни.

Таковы-ли *наши* построенія? Нужны ли для нашихъ обѣтовъ эти неперемѣнно выраженные личныя отношенія? Возможно ли сказать, что обѣтъ у насъ ничтоженъ, если не виденъ его дестинарій? Сила обѣта въ томъ ли только, что изъ него сейчасъ можно построить исковое притязаніе въ пользу такого-то? Или сила обѣта, позиція себя обязывающаго оферента совѣсьмъ отъ этого не зависитъ? Мы не сомнѣваемся, что средневѣковыя воз-

¹⁾ I. 6 pr. D. V. S.

зрѣнія не только не совпадаютъ здѣсь съ классическими, но даже не соприкасаются съ ними. Право частное, вообще, не кончается въ этой системѣ тамъ, гдѣ нельзя сейчасъ указать или гдѣ не видна непосредственно *utilitas singulorum*, польза или выгода отдѣльнаго человѣка, лежащая въ основѣ юридическаго притязанія. Имущественныя отношенія вообще, обязательство въ частности связаны въ этой средневѣковой атмосферѣ не съ лицомъ, а съ *положеніемъ*. Это не есть необходимо и исключительно *per tinentia ad aliquem*, а точно также и наряду съ этимъ *per tinentia ad aliquid*. Нашедшему, создавшему, достигнувшему той или другой *цѣли* я обещаю награду. Это *цѣлевое одностороннее волеизъявленіе* поллицитанта. *Цѣль имѣетъ быть достигнута*, и въ интересѣ ея достиженія публичное обѣщаніе конституетъ награду съ такой мѣрой обязательности этого обѣщанія, что оно для поллицитанта можетъ стать безповоротнымъ, хотя *поллицитантъ никому ничего не долженъ*. *Utilitas singulorum* отходитъ на второй планъ. Возможна, стало быть, строгая и вполне законченная обязательственная связь не съ лицомъ, а съ *опредѣленнымъ назначеніемъ, съ известной цѣлью*. Моментъ каузальный въ этомъ смыслѣ, не въ смыслѣ *причины*, а въ смыслѣ *цѣли*, безъ всякой необходимой связи съ известнымъ лицомъ, есть достаточный не только для возникновенія, но и для самаго продолжительнаго существованія совершенно опредѣленнаго обязательственнаго отношенія. Обѣтъ первоначально, обѣщанія того или другого содержанія впоследствии отнюдь не менѣе сильны оттого, что они обращены не къ известному лицу, а къ известной цѣли. *Они вовсе не условно, а именно безусловно обязательны.*

Наиболѣе общій и вѣрный способъ ихъ *прекращенія* есть достиженіе *цѣли*, кто бы ея ни достигъ (быть можетъ, самъ поллицитантъ, напр., въ случаѣ находки имъ самимъ вещи, открытія виновника преступленія), или утраченная возможность ее достигнуть.

Если явленія самостоятельной обязывающей силы публичнаго обѣщанія награды не гармонируютъ съ латинской системой, то подлинный для нихъ фонъ даетъ своеобразный строй имущественныхъ отношеній средневѣковой эпохи. Ихъ корни тамъ. Для новаго времени они составляютъ какъ будто одну рапсодію изъ старой поэмы, характерный пассажъ выхваченный изъ цѣльной симфоніи для какихъ нибудь погурри, съ удивительной страшной коихъ такъ напрашиваются на сопоставленіе нынѣшніе кодификаціонные продукты.

Это тѣже недосказанныя, незаконченныя, въ латинскомъ смыслѣ,

очертанія, какія встрѣчаются намъ въ многообразныхъ формахъ тогдашнихъ посвященій, заповѣдей, зароконъ и въ этомъ неисчерпаемомъ обилии тогдашнихъ союзныхъ формъ имущественнаго обладанія, которое мы изображали выше. Вся разница въ томъ, что тамъ въ этихъ безчисленныхъ *foundations perpetuelles, piae causae*, цѣлевыхъ имуществахъ, *Zweckvermögen*, корпораціяхъ новаго типа, мы видимъ обыкновенно *цѣльма имущественныя массы*, коихъ *pertinentia ad aliquem* едва примѣтна сквозь несомнѣнную ихъ связь съ определенной цѣлью. Здѣсь, въ публичномъ общаніи, этой цѣли призваны служить не массы имущества, а лишь *отдѣльныя выдачи* за дѣйствія, за предпріятія достойныя поощренія.

Пока мы ищемъ для нихъ контакта съ Римомъ—работа бесплодна. Необходимо на сей разъ вовсе забыть классическія конструкции, и тогда изъ цѣльной картины средневѣковаго быта намъ придутъ навстрѣчу тѣ обильныя сочетанія, вмѣстѣ съ коими и посреди коихъ *самостоятельная сила односторонняго общанія* станетъ разомъ для насъ и безусловно ясной и вполне жизненной.

Такимъ образомъ, основы института не возбуждаютъ сомнѣній. На вопросъ о томъ, выдержать ли тѣ *попытки построенія* этого института, которыя видны въ нѣмецкомъ кодексѣ и введены нынѣ въ нашъ проектъ, пробу современной дѣйствительности—едва ли возможенъ сейчасъ сколько-нибудь увѣренный отвѣтъ. Не въ одномъ этомъ дѣлѣ нынѣшняя цивилистика проходить стадію болѣе или менѣе рискованныхъ и тяжелыхъ *попытокъ*.

Мы не безъ нѣкотораго разсчета остановились здѣсь на этой сторонѣ вопроса, на связи отдѣльнаго явленія современной обязательственной системы съ его историческими корнями и съ своеобразными общими чертами другихъ институтовъ той же формаціи. Эти мысли открываютъ намъ свободный и широкій путь уразумѣнія подобныхъ этому институтовъ обязательственнаго права характера совсѣмъ не римскаго.

§ 13.

Явленіе не вполне законченныхъ договорно-обязательственныхъ волеизъявленій.—IV. Общаніе въ составѣ договора о совершеніи третьему, или договору въ пользу третьяго.—V. Юридическая природа бумагъ на предъявителя.

Мы только что заключили ученіе о юридическомъ эффектѣ односторонняго волеизъявленія, именно *публичнаго общанія* награды, независимо отъ его акцепта, стало бытъ, *независимо отъ*

договорной основы обязательства. Но *объщаніе* является въ современныхъ системахъ не въ этомъ только видѣ, не въ видѣ волеизъявленія публичнаго только, основой долгового требованія. Наряду съ только что разсмотрѣнной конструкціей слѣдуетъ, для характеристики новыхъ системъ, въ отличіе ихъ отъ римской, ставить еще другое явленіе, гдѣ *объщаніе*, независимо отъ его акцента, тоже служить основой долгового требованія со стороны лица, въ пользу коего оно сдѣлано, хотя оно обращено не къ нему, не къ дестинатару *объщанія*, и не оглашено во всеобщее свѣдѣніе, а дано контрагенту, съ коимъ промиттентъ вступилъ, такимъ образомъ, въ договорную сдѣлку.

Итакъ, отличіе этого *объщанія* отъ публичнаго *объщанія* награды въ томъ, во-1-хъ, что оно не публичное, во-2-хъ, что оно не составляетъ вовсе награды за совершенное дестинатаромъ дѣйствіе, въ-3-хъ, что оно *выговорено* въ пользу неучаствующаго въ сдѣлкѣ дестинатара *одною изъ договорившихся* въ этомъ смыслѣ *сторонъ*, промитсаромъ отъ промиттента, не себѣ, а другому или другимъ, въ-4-хъ, что *объщаніе* здѣсь дается не *in personam insertam*, какъ въ публичномъ *объщаніи* награды, а въ *пользу* *извѣстнаго* или *извѣстныхъ* лицъ.

Основой для такого рода *объщаній* служить, такимъ образомъ, *обязательственный договоръ*. Отклоненіе отъ нормальнаго для обязательственнаго договора состава и эффекта заключается здѣсь въ томъ, что долговое требованіе изъ этого обязывающаго договора образуется не для *вѣрителя*, а для *третьяго*, вовсе не участвующаго, евентуально даже вовсе неосвѣдомленнаго объ этомъ договорѣ, *нерѣдко*, притомъ, *неспособнаго ни узнать, ни соучаствовать въ договорѣ* лица.

Итакъ, я договариваюсь съ покупщикомъ моего имѣнія, чтобы сосѣдъ мой, которому ранѣе былъ подаренъ участокъ того же имѣнія, продолжалъ пользоваться правомъ проѣзда, какимъ пользовался при мнѣ. По договору со страховымъ обществомъ старшій родственникъ обезпечиваетъ младшему, несовершеннолѣтнему, душевнобольному, опредѣленнаго, до окончанія воспитанія, или безерочнаго денежныя выдачи (пенгу), на условіяхъ, которыя подробно выработаны уставомъ общества и состоявшимся между сторонами контрактомъ.

Въ правѣ ли такой дестинатарій сдѣлки на этой обязывающей промиттента (покупщика, страховое общество) договорной основѣ *требовать отъ промиттента* выполненія сдѣланнаго имъ *объщанія какъ дома, какъ юридически конституированнаго въ отношеніи къ нему обязательства?*

Латинская система *ex principio* отвѣчала на этотъ вопросъ отрицательно... *neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus* ¹⁾).

Рядъ случаевъ, совершенно одиночныхъ, гдѣ такой модалитетъ въ интересахъ третьяго сопровождаетъ договоръ въ пользу самого промиссара, отнюдь не нарушалъ начала, по коему де-стиватаромъ контракта способенъ быть лишь самъ контрагентъ, самъ вѣритель ²⁾, а никакъ не любой третій. Общая теза о цѣли, исключительно личной, эгоистичной, для коей созданы всѣ обязательства, составляла безспорную школьную истину ³⁾).

Изъ указанныхъ сейчасъ примѣровъ несомнѣнно, однако, что расширеніе дѣйствія договорнаго обязательства на кругъ лицъ не участвующихъ въ установленіи договора можетъ заключать въ себѣ совершенно очевидный жизненный практической интересъ.

Формальная законченность правоотношеній, возникающихъ изъ обязательственнаго договора, конечно, не выигрываетъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ практика ищетъ расширенія дѣйствія договора на кругъ лицъ неучаствующихъ въ его составленіи. Здѣсь тоже, что въ волеизъявленіяхъ условныхъ, въ сдѣлкахъ, совершаемыхъ чрезъ представителя. Осложненіе строенія сдѣлки посредствомъ присоединенія условія, еще большія трудности проблемы совершенія сдѣлокъ чрезъ уполномоченныхъ для этого агентовъ открываютъ массу техническихъ разногласій и споровъ, какихъ не знаетъ волеизъявленіе, сдѣланное самимъ субъектомъ сдѣлки и безусловно, категорически. Но мы уже указали выше, въ соответствующихъ ученіяхъ (объ условіи, о представительствѣ), какой результатъ въ смыслѣ подчиненія нашему юридическому воздѣйствію интересовъ будущаго, ст. б. во времени, и въ смыслѣ круга сдѣлокъ, ст. б. въ пространствѣ, получается отъ этого допущенія сдѣлокъ условныхъ и совершаемыхъ чрезъ другого для нашихъ имущественныхъ интересовъ ⁴⁾).

Того жѣ весьма цѣннаго въ практическомъ смыслѣ результата для расширенія обмѣна интересовъ *на самые обширные круги лицъ* мы достигаемъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда отступаемъ отъ латинской догмы (*alteri stipulari nemo potest*) и допускаемъ договоры, *содержаніе коихъ составляетъ обещаніе дать или*

¹⁾ L. 11 D. de O. et A. (44—7).

²⁾ Мы не перечисляемъ ихъ всѣхъ, ибо ихъ легко найти въ любомъ пандектномъ учебникѣ (Виндшейда § 316), и толкованіе ихъ далеко не одинаково.

³⁾ *Alteri stipulari nemo potest; inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat quod sua interest; ceterum, ut alii detur, nihil interest stipulatoris* § 19. J. de inutil. stipul. 3. 19.

⁴⁾ См. Чтеніе выш. III, стр. 699 и слѣд., 799.

совершить что либо не мнѣ, промиссару, а третьему (ut alii detur), не только фактически неучаствовавшему, но евентуально и неспособному соучаствовать въ договорѣ въ качествѣ контрагента.

Комбинируя такимъ образомъ элементы строенія *договорнаго обязательства* изъ данныхъ, для коихъ въ эту минуту еще нѣтъ, быть можетъ, ничего на лицо, кромѣ надежды, что такія данныя явятся со временемъ (я, промиссаръ, обязуюсь такой-то компаніи вносить ежегодно, опредѣленную сумму, съ тѣмъ чтобъ эта компанія приняла на себя обязательство, *обѣщала выдать моей дочери*, по достиженіи ею совершеннолѣтія, приданое, *вдовъ* моей пенсію, *сыну* ренту до окончанія школьнаго возраста), я юридически обезпечиваю имущественные интересы цѣлой семьи, цѣлаго поколѣнія, совершенно независимо отъ теперешнихъ моихъ личныхъ ресурсовъ, въ будущемъ, притомъ настолько солидно, что кромѣ моихъ частичныхъ вносовъ для этой цѣли, мнѣ нѣтъ надобности совершать никакихъ актовъ, чтобъ весь этотъ кругъ лицъ явился, каждое за себя, вѣрителемъ и евентуально истцомъ *по даннымъ мнѣ* этой компаніей *въ пользу названныхъ дестинаціонеровъ обѣщанія*мъ.

Занимающій насъ здѣсь вопросъ заключается не въ томъ, чтобъ доказать практическій интересъ такой задачи, который едва ли можетъ возбуждать сомнѣнія, а въ томъ, чтобы найти легчайшій путь для рѣшенія ея въ технически-юридическомъ смыслѣ.

Эластичность договорно-обязательственной юридической связи (*juris vinculum*) составляетъ одно изъ наиболее цѣнныхъ въ практическомъ смыслѣ ея свойствъ. Но этого предѣла растязимости, когда она охватываетъ не только участниковъ договора, но и третьихъ, наша техника стала достигать лишь въ позднѣйшую эпоху своего развитія, главнымъ образомъ благодаря эманципация отъ латинскихъ преданій въ школѣ такъ называемаго *естественнаго права*, заслуги которой въ этомъ вопросѣ нераздѣльно связаны съ именемъ Гуго Гроція.

Вотъ его изумительная по простотѣ и силѣ соображеній по этому предмету рѣчь: *Si mihi facta est promissio (de re danda alteri), naturaliter videtur mihi acceptanti jus dari accipiendi, ut ad alterum jus perveniat, si et is acceptet, ita ut medio tempore a promissore promissio revocari non possit, sed ego cui facta est promissio eam possim remittere. Nam is sensus juri naturae non repugnat, et verbis talis promissionis maxime congruit* ¹⁾.

¹⁾ De jure bel. ac pac. lib. II c. XI, § 18 (ср. Зигель, стр. 159. Тоже у Газенбрля, гдѣ богатая литер. указан., стр. 461, пр. 56; особ. у Гарейса Verträge zu Gunsten dritter 1873 г., гдѣ хорош. очеркъ исторіи догмы, стр. 70).

Но въ этихъ первыхъ признакахъ сближенія техническихъ проблемъ цивилистики съ практическими задачами имущественнаго обмѣна новаго времени едва замѣтны знаменія будущаго роскошнаго развитія ученія о договорахъ въ пользу третьихъ, какимъ оно является въ литературѣ, въ законопроектахъ и законодательствѣ второй половины девятнадцатаго вѣка.

Въ первыхъ своихъ проблескахъ ученіе отвѣчало практической потребности, которая становилась очень настоятельной, особенно въ условіяхъ разложенія старинныхъ союзныхъ формъ обладанія, выговаривать, въ раздѣльныхъ актахъ бывшаго до сего въ общемъ владѣніи имущества, обѣщанія со стороны получившаго свою долю въ пользу другихъ, неучаствующихъ въ сдѣлкѣ, отдѣльныхъ правъ, выгодъ или послѣдующихъ выдачъ.

Бруннеръ находитъ практику такихъ договоровъ съ исковымъ эффектомъ для третьяго въ самыхъ старихъ памятникахъ германскаго права въ гораздо болѣе развитомъ примѣненіи чѣмъ у Римлянъ ¹⁾.

Мы можемъ и въ памятникахъ отечественной старины указать весьма ранніе образцы подобныхъ обязательствъ или обѣщаній въ пользу неучаствовавшихъ въ сдѣлкѣ лицъ, натурально, всего чаще въ сдѣлкахъ дарственныхъ ²⁾ со стороны выговаривающаго выгоду въ пользу третьяго. Практика такихъ договоровъ въ пользу третьихъ отмѣчается въ нѣмецкомъ обычномъ правѣ въ обиліи и для послѣдующаго времени. Совершенно тоже должно имѣть мѣсто и въ нашихъ, не только старинныхъ, но и современныхъ договорныхъ, особенно семейно-договорныхъ сдѣлкахъ въ обиходѣ крестьянскаго землевладѣнія.

Наиболѣе по этому вопросу развитая изъ нынѣшнихъ кодифицированныхъ системъ, именно Нѣмец. Гражд. Улож. 1896 г., не теряетъ изъ виду и эту первоначальную форму договорныхъ сдѣлокъ, гдѣ, наряду съ безмездной уступкой имущества, на приобрѣтателя возлагаютъ обязанность совершенія чего либо въ пользу третьяго, или онъ самъ, принимая такое имущество, даетъ обѣщаніе совершить что либо на удовлетвореніе третьяго. Те-

¹⁾ Das deutsche Pr. Recht (Encykl. v. Holtzendorf), § 54. См. также указ. и поправки Stobbe къ мыслямъ Sohn'a и Пановскаго (Handbuch § 172, пр. 4).

²⁾ Для примѣра см. А. Ю. № 124 (1553 г.), гдѣ имѣемъ образецъ владной монастырю вотчины съ обязательствомъ *постричь за тѣмъ же вкладомъ* указанное лицо и алиментировать. Это, конечно, не единственный примѣръ. Мы не ставимъ себѣ здѣсь задачи освѣтить весь вопросъ съ историч. точки зрѣнія; не сомнѣваемся, что средствъ для этого въ старыхъ памятникахъ, особенно въ актахъ вкладовъ, дареній, въ раздѣльныхъ, найдется, при ближайшихъ изысканіяхъ, множество.

СВИДЕТЕЛЬСТВО

перешняя система обеспечиваетъ юридическій эффектъ такого выговореннаго въ составѣ договора обѣщанія въ пользу третьяго *искомъ*, который этотъ третій *приобрѣтаетъ непосредственно* силой самого обѣщанія (art. 330 2-ой абз.) ¹⁾.

Но отъ этого первоначальнаго сознанія обязательности такихъ договоровъ въ интересахъ третьяго до того роскошнаго развитія, которое они получили теперь, особенно въ новомъ нѣмецкомъ уложеніи, лежалъ въ исторіи ихъ догмы еще весьма долгій путь.

Несомнѣнно, что для современнаго широкаго примѣненія этой формы было весьма существеннымъ возможно законченная разработка самостоятельной, независимой отъ строенія договора, силы *односторонняго обѣщанія*, которая, какъ мы видѣли, съ такимъ трудомъ пробивала себѣ путь въ системѣ права общаго въ Германіи.

Большинство кодифицированныхъ системъ прошлаго и первой половины 19-го вѣка очень неохотно отступало отъ латинскихъ воззрѣній на ограниченный кругомъ контрагентовъ эффектъ договорной сдѣлки, оставляя, такимъ образомъ, настоятельныя требованія практики почти безъ отвѣта. Если помянутому въ составѣ договора третьему присвоивалась какая либо юридическая гарантія его притязаній, то *не раньше его приступа къ сдѣлкѣ*, принятія имъ заключенной въ ней оферты, одобренія (*ratihabitio*) выговореннаго въ его пользу интереса, ст. б. съ того момента, когда онъ переставалъ быть третьимъ. Независимо отъ этого права, которыя онъ могъ приобрести на основѣ договора не имъ заключеннаго, разсматривались не какъ самостоятельно имъ приобретенныя, а лишь какъ уступленныя ему вѣрителемъ (*cessio*) ²⁾.

Кодексы прусскій и французскій (*Code civil*) держатся близко такъ назыв. *Acceptationstheorie*, т.-е. ученія, по коему договаривающіеся до приступа третьяго связаны лишь одинъ по отношенію къ другому, и лишь *промиссаръ самъ* способенъ упражнять исковое притязаніе къ промиттенту объ исполненіи въ пользу дестинатара обѣщаннаго дѣйствія. Это первая стадія, которую

¹⁾ Нашъ проектъ, имѣвшій всѣ основанія для рецензіи этого положенія въ составѣ статей 45—49, посвященныхъ договорамъ въ пользу третьяго, обобщи его вовсе, по основаніямъ не заслуживающимъ одобренія. Позже это будетъ видно. Замѣтимъ здѣсь, что специфическій характеръ отдѣльныхъ операций этого рода, въ сдѣлкахъ страховыхъ, семейно-раздѣльныхъ, фрагтовыхъ, въ подписѣ на акціи, не избавляетъ кодификацію общихъ нормъ отъ обязанности дать общую выработку институту, какъ это именно и дѣлаютъ нѣмцы.

²⁾ Подробности для баварск., австрійск., цюрихскаго код. и для ряда проектовъ, на кои опирается нашъ проектъ у Штоббе, *Handbuch* § 172 (стр. 113 по 2-му изд.).

проходить развитіе сдѣлокъ этого типа. Пока нѣтъ ничего больше, третій не имѣетъ никакихъ правъ, и стороны могутъ свободно отмѣнить договоръ *mutuo dissensu*, не посягая этимъ ни на чье право.

Если договорившіяся стороны обратились къ третьему съ выговореннымъ въ его пользу общаніемъ, то и въ этомъ еще не будетъ самостоятельной обязывающей ихъ въ отношеніи къ нему основы—это только оферта, вторая стадія развитія сдѣлки. Стороны связаны ею, какъ всякой офертой, до срока, пока есть основаніе ждать акцепта.

Лишь тогда, когда договорная сдѣлка достигнетъ своей законченности, именно *въ смыслъ договорной формы*, т.-е. когда третій принялъ оферту, для третьяго открывается самостоятельная обязывающая основа. Но секретъ здѣсь опять въ томъ, что принявъ оферту онъ перестаетъ быть третьимъ ¹⁾ и становится въ положеніе контрагента по офертѣ, которая въ предшествующей сдѣлкѣ была выговорена въ его пользу.

Шагъ, сдѣланный въ направленіи къ отторженію отъ латинской системы, весь заключается въ томъ, что договоръ въ пользу третьяго не становится прямо безсильнымъ по конституціональному, такъ сказать, недостатку прямого интереса самихъ соучастниковъ, а даетъ основу для коллективной и обязательно-выжидательной оферты въ отношеніи къ третьему. Ни кругъ интересовъ, ни кругъ лицъ, на которыя простиралось дѣйствіе договора въ этихъ построеніяхъ, не расширялся сколько-нибудь значительно.

На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ *Code civil*, который вообще, *en général*, не допускаетъ *s'engager ni stipuler* иначе, какъ *en son propre nom* и *pour soi* (art. 1119) ²⁾; однако, даетъ силу контракту *en faveur d'autrui*, какъ теперь говорятъ французы, или *au profit d'un tiers*, какъ выражается кодексъ, когда таково было *условіе договора* въ пользу самихъ контрагентовъ, или даренія, сдѣланнаго однимъ изъ нихъ другому. Но и въ этихъ случаяхъ тотъ, кто выговорилъ это обязательство, теряетъ право отречься отъ него лишь съ того момента, когда третій заявилъ свое желаніе имъ воспользоваться (art. 1121).

Итакъ, самостоятельная сила договора въ пользу третьяго

¹⁾ Пруссъ. Ландр. I, 5, 75 и слѣд. Дерибургъ. D. Oblig. recht. Preussens § 19.

²⁾ Ср. *Code civ. avec des notes indicatives*. и проч. par Dard, гдѣ читатель подъ текстомъ этой статьи найдетъ ссылки на тѣ самые латинскіе тексты, которые были нами процитованы выше изъ титула *instit. de inutil. stipulation.*, изъ соотвѣств. титул. Пандектовъ, и сверхъ того на подходящія мѣста изъ *Pothier, Obligations*.

паступають здѣсь, en général, опять только при томъ условіи, что третій пересталъ быть третьимъ, и обязательство вмѣсто альтруистическаго, pour autrui, стало эгоистическимъ, pour soi même ¹⁾.

Таковы общія начала для цѣлаго ряда кодифицированныхъ западныхъ системъ. Это не мѣшаетъ, однако, тому, что на ряду съ опасеніемъ рѣшительно отступить отъ традиціонныхъ латинскихъ основъ, тутъ же не только во множествѣ спеціальныхъ уставовъ по отдѣльнымъ предпріятіямъ акціонернымъ и инымъ союзнымъ, но и по самымъ ходячимъ торговымъ сдѣлкамъ допускаются совершенно очевидныя отступленія отъ строгости формальныхъ реквизитовъ договорной сдѣлки съ исключительнымъ эффектомъ ея на соучастниковъ. Эластичность строенія договора доводятъ при этомъ до такихъ предѣловъ, гдѣ становится вполне очевиднымъ, что основой обязательства, притомъ обязательства самостоятельнаго, самостоятельнаго долговаго притязанія служить далеко уже не самъ договоръ, а *составляющее содержаніе его обѣщаніе*, которое принято однимъ лицомъ, вѣрителемъ, промиссаромъ, но которое юридическій эффектъ свой производитъ вовсе не въ его пользу, а въ пользу третьяго, притомъ совершенно независимо отъ приступа этого третьяго къ сдѣлкѣ въ качествѣ контрагента.

Получавшееся въ результатъ явное разобщеніе неповоротливыхъ, очевидно, отживающихъ свое время общихъ легальныхъ нормъ, съ одной стороны, и настоятельныхъ и все шире развивающихся требованій жизни, съ другой, дѣлало практическую юриспруденцію въ высшей степени непостоянной и ненадежной ²⁾, и необходимость общаго пересмотра основъ ученія объ обязывающей силѣ договора для самихъ контрагентовъ и третьихъ совершенно неотложной.

Однако, въ наукѣ общаго права въ Германіи почти до исхода шестидесятихъ годовъ эманципаціонное движеніе отъ римскихъ основъ ученія въ сторону новаго общаго обычнаго права оставалось едва замѣтнымъ. Видна была даже скорѣе тенденція въ пользу удержанія общей *договорной основы* для обязательства, въ чью бы пользу оно ни клонилось.

Чтобы спасти эту общую договорную основу и вмѣстѣ съ

¹⁾ См. еще Baudry Lacantinerie Précis, II, 822—827. On peut pareillement stipuler pour autrui lorsque telle est la condition d'une stipulation qu'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter (art. 1121).

²⁾ Siegel, 151; Gareis, стр. 184 и слѣд.; Виндшейдъ § 316 пр. 13, 15.

этимъ насколько возможно гарантировать интересы третьихъ, согласно задачамъ современнаго обмѣна, *одинъ рядъ ученыхъ* полагаетъ въ основу притязаній третьихъ на выполненіе сдѣланныхъ въ ихъ пользу обѣщаній *молчаливою цессію иска* со стороны промиссара третьему, дестинатару сдѣлки.

Во множествѣ случаевъ договорной въ пользу третьихъ практики нельзя, однако, найти никакихъ признаковъ приобрѣтенія по договору правъ (на полученіе ренты по смерти промиссара и тому подобн.) *сперва самимъ контрагентомъ*, а за тѣмъ, черезъ его посредство, дестинатаромъ. И въ этихъ случаяхъ, за отсутствіемъ настоящей уступки правъ, приходится натурально прибѣгать къ воображаемой, фиктивной цессіи.

Другіе цивилисты отказываются измышлять цессію тамъ, гдѣ ея на самомъ дѣлѣ не только нѣтъ, но и быть не можетъ, но все же всѣми силами ищутъ *спасти договорную основу* обязательности обѣщанія въ пользу третьяго, хотя и прѣсколько инымъ путемъ. Таковъ, напр., знаменитый ученый практикъ Оттонъ Бэръ. Онъ отвергаетъ цессію, но ставитъ на ея мѣсто *мандатъ* (тоже *фингированный*), порученіе или полномочіе промиссара, *mandatum ad agendum*, по силѣ коего участвующій въ сдѣлкѣ дестинатаръ самъ ищетъ, требуетъ, дѣйствуетъ, но не самостоятельно, а въ качествѣ уполномоченнаго для этой цѣли агента, коего личный интересъ обезпечивается-де этимъ путемъ въ полной мѣрѣ.

Любопытно, однако, то обстоятельство, что весьма часто интересъ третьяго получаетъ свойство завершеннаго въ смыслѣ его юридической осуществимости лишь въ моментъ смерти промиссара, т.-е. въ тотъ моментъ, когда не только фингируемый, но и подлинный мандатъ теряетъ свою силу.

Такіе фальшивые выходы изъ трудной для конструкціи технической проблемѣ, натурально, никого не могли удовлетворить. Они еще разъ подтверждали въ глазахъ каждаго *предѣлъ растяжимости и пригодности латинской договорной основы* для построения на ней такихъ институтовъ, на которые эта старая основа вовсе не была рассчитана. Приходилось поневолѣ искать другого выхода, создавать новыя базы для дальнѣйшаго расширенія обязательственнаго обмѣна на кругъ лицъ, очевидно, ни прямо, ни косвенно не связанныхъ съ промиттентомъ ни договоромъ, ни послѣдующими операціями уступки или полномочія.

Въ десятомъ томѣ Jhering'овскихъ Jahrbücher ¹⁾ для дог-

¹⁾ Стр. 1—109.

матики римскаго и нѣмецкаго права талантливый профессоръ вѣнскаго университета *Иосифъ Унгеръ* сдѣлалъ опытъ дѣйствительно новаго, идущаго далеко за предѣлы латинской традиціи построенія этого ученія. Несмотря на то, что ученіе Унгера нельзя назвать и нынѣ, 30 лѣтъ послѣ его публикаціи (въ 69 г.), господствующимъ, все же съ этого времени литературная, практическая и законодательная разработка вопроса въ самой его основѣ пошла въ системѣ права общаго по двумъ вполнѣ различнымъ направленіямъ. Одно изъ нихъ, начало коему дала слегка отклонявшаяся отъ договорной основы попытка *Гуго Гроція*, въ которой такъ выпукло показана *способность простаго обѣщанія, promissio*, служить въ извѣстныхъ предѣлахъ базой юридически-обязательственнаго отношенія. Другая принадлежитъ именно Унгеру и открываетъ для дестинатара такого въ договорную форму облеченнаго обѣщанія совершенно независимую ни отъ соучастія въ договорѣ, ни отъ цессіи или мандата, самобытную юридическую позицію, которая вполнѣ ограждаетъ его особое отъ промиссара право самостоятельнымъ искомъ лично ему принадлежащимъ.

Эти оба ученія въ разработкѣ вопроса получили каждое свое наименованіе. Ученіе Гроція, по господствующему признаку, коимъ опредѣляется самостоятельная позиція дестинатара сдѣлки, называютъ *Acceptationstheorie* (теорія принятія, офертъ, конечно, или приступа къ ранѣе возникшему договору). Ученіе Унгера и его послѣдователей отличаютъ названіемъ *Anwachsungstheorie* (теорія приращенія, по аналогіи съ подобнымъ явленіемъ въ латинской системѣ наследственнаго преемства, гдѣ доля призваннаго къ наследованію въ цѣломъ, но не унаслѣдовавшаго ее, *прирастаетъ* непосредственно сонаслѣднику, *jus accrescendi*).

Унгеръ, искавшій признаковъ договоровъ въ пользу третьихъ прежде всего въ юстиніановскихъ источникахъ, которые имъ и разработаны въ этихъ видахъ съ большою тщательностью, кладетъ, однако, въ основу своего построенія вовсе не эти старыя тексты ¹⁾. Вся конструкція держится на самыхъ прогрессивныхъ и жизненныхъ, въ смыслѣ интересовъ и задачъ современнаго обмѣна, основахъ. Общее допущеніе юридической силы подобныхъ договоровъ въ современныхъ системахъ имѣетъ въ своемъ основаніи прежде всего практическія требованія жизни, соотвѣтствіе такихъ построеній нашему правовому чувству (*Rechtsgefühl*), юридическому сознанію, наконецъ, постулатамъ современной этики.

¹⁾ Въ смыслѣ типа сдѣлки Унгеръ сближаетъ договоры въ пользу 3-хъ съ отказами и относитъ къ категоріи quasi-контрактовъ.

Такія очень отдаленныя отъ формальныхъ реквизитовъ общезначительности известной нормы соображенія вызываютъ въ кругахъ юристовъ всегда большія сомнѣнія, и доктрина Унгера, особенно въ первое время, не нашла благопріятнаго отзвука въ кругахъ виднѣйшихъ нѣмецкихъ юристовъ.

Не оказался на сторонѣ новой теоріи приращенія и Оттонъ Бэръ, отставшій на этотъ разъ, такъ сказать, отъ себя самого въ обычной для него творческой ¹⁾ способности разрѣшать труднѣйшія проблемы практической юриспруденціи согласно требованіямъ времени и жизненнымъ интересамъ общины. Зато въ тонкомъ анализѣ юридическаго строенія договоровъ въ пользу третьяго этотъ противникъ прогрессивнаго ученія оказалъ ему больше услугъ, чѣмъ иные его послѣдователи. Главнѣйшая заслуга Бэра въ этомъ послѣднемъ отношеніи заключается въ томъ, что онъ различилъ каузальную основу обязательства, которая лежитъ здѣсь не въ отношеніяхъ дестинатара къ промиттенту, а въ отношеніяхъ промиттента къ промиссару, тогда какъ эффектъ сдѣлки идетъ въ пользу дестинатара, неучаствовавшаго въ ней и не способнаго поэтому стать, какъ думаетъ Бэръ, въ положеніе истца, иначе какъ силой мандата со стороны промиссара, которому единственно и является обязаннымъ промиттентъ.

Анализъ каузальнаго момента и эффекта сдѣлки сдѣланъ прекрасно, но вся заключительная сторона конструкціи Бэра есть вполне ошибочная.

Несомнѣнно, что *договоръ* А (промиссаръ) съ В (промиттентъ) не даетъ каузальнаго момента для самостоятельнаго притязанія третьяго, С, который въ немъ не участвовалъ. Какой результатъ этой договорной сдѣлки служить дѣйствительной основой для самостоятельнаго притязанія С къ В—мы сейчасъ покажемъ. Ошибка Бэра заключается въ томъ, что онъ считаетъ А, промиссара, *лично притязующимъ* въ качествѣ вѣрителя на совершеніе выговореннаго имъ въ пользу С дѣйствія. Въ виду этого Бэръ и полагаетъ, что изъ этой договорной основы только отъ промиссара и возможно вести *производное притязаніе въ пользу дестинатара*, С, который такимъ образомъ явится какъ бы молчаливо имъ уполномоченнымъ.

Такой случай несомнѣнно возможенъ. А договаривается съ В, своимъ должникомъ, чтобъ В уплатилъ третьему, С, кредитору А

¹⁾ Особая заслуга этого писателя, въ этомъ же прогрессивномъ направленіи известны въ области ученій о дессіи и о договорѣ признанія, о чемъ мы будемъ имѣть случай говорить впоследствии.

ту сумму, которую А ему, С, долженъ ¹⁾. Здѣсь А заинтересованъ, чтобы В произвелъ эту плату, и С, если будетъ искать съ В, то именно на производной отъ А основъ.

Но вѣдь это вовсе не есть единственная и необходимая комбинація. А можетъ договориться съ В, и В можетъ обещать ему произвести извѣстные дѣйствія не ему, А, а именно третьему, только третьему. Себѣ А ничего не выговариваетъ, самъ онъ можетъ остаться совсѣмъ въ сторонѣ, такъ что ни какого отъ себя производнаго требованія на третьяго онъ ни перевести, ни цедировать, или за себя, по своему полномочію третьему поручить взыскать совсѣмъ не можетъ, ибо самъ онъ никакого требованія себѣ не выговаривалъ. Мы ищемъ конструкцій не для случаевъ производнаго для третьяго, а именно для случаевъ самостоятельнаго, первоначальнаго для третьяго притязанія къ промиттенту изъ его договора съ промиссаромъ.

Если мы не допускаемъ никакого иного, кромѣ договорнаго, основанія для свободнаго образованія обязательства, то, натурально, дестинатару неначемъ будетъ самостоятельно основать свое требованіе, ибо самъ онъ въ договорѣ не участвовалъ.

Если же мы, наряду съ договоромъ допускаемъ самостоятельную обязывающую силу односторонняго обещанія, то чѣмъ бы и какъ бы оно ни было вызвано, его дестинатаръ, несомнѣнно, найдетъ въ немъ, въ одностороннемъ обещаніи ту формальную основу обязательности, какой ему нельзя найти самостоятельно въ договорѣ.

Такимъ образомъ, не договоръ непосредственно, а возникшее въ его результатъ обещаніе можетъ, если оно именно къ этому направлено, создать основаніе для самостоятельной, независимой отъ промиссара, позиціи дестинатара и въ смыслѣ вѣрителя и евентуально въ роли истца. Отсюда понятно нѣкоторое колебаніе терминологіи, служащей для техническаго обозначенія этого явленія. Одни хотятъ видѣть здѣсь именно договоръ въ пользу третьяго. Другіе иначе и ближе къ подлинной основѣ обязательства въ пользу дестинатара называютъ эту сдѣлку обещаніемъ въ пользу третьяго.

Начиная съ Гуго Гроція вездѣ видимъ именно этотъ моментъ, *promissio* (*de re danda alteri*), *das Versprechen der Leis-*

¹⁾ Ср. ст. 329 Нѣм. Гр. Уложенія, гдѣ для случая аналогичнаго законъ вовсе отвергаетъ непосредственное право вѣрителя въ нашемъ примѣрѣ прямо требовать удовлетворенія съ промиттента, если на него не былъ переведенъ самый долгъ. У С тутъ будетъ не свое прямое, какъ изъ договора въ пользу третьяго, а производное отъ В притязаніе.

tung an einen Dritten, выдвинутыми въ конструкціи вперёдъ 1).

Что касается договора, коимъ вызывается, фиксируется, обосновывается обѣщаніе, то онъ весь можетъ представлять собою въ самомъ дѣлѣ исключительно только средство, чтобъ вызвать одностороннее обязывающее волеизъявленіе, не создавая вовсе никакого долгового притязанія для контрагента, для промиссара. Это только *коузальная обязательственная связь, безъ окончательнаго опредѣливающагося* до извѣстнаго срока, до выполненія промиссаромъ извѣстныхъ дѣйствій, *долгового отношенія* промиттента къ дестинатару. Здѣсь близкое подобіе того явленія публичнаго обѣщанія награды, которое, въ извѣстныхъ условіяхъ, создаетъ для неизвѣстнаго долговое притязаніе на основѣ уже образовавшагося *juris vinculum* (см. выше, стр. 123). Разница будетъ только въ томъ, что при публичномъ обѣщаніи награды притязующимъ на нее явится выполнившій предложенное для соисканія преміи дѣйствіе. Здѣсь, возьмемъ за образецъ страховыя операціи, страховая компанія отвлеченно обѣщаетъ въ своемъ проспектѣ преміи, ренты и прочее въ пользу любого дестинатара, но не въ награду напр. за лучшій маршъ на выступленіе англичанъ изъ Преторіи, а за послѣдовательные въ продолженіе такого то срока взносы такихъ-то размѣровъ кѣмъ бы то ни было въ пользу кого угодно, вдовы, дочери, сына промиссар'а, любого третьяго, который, такимъ образомъ, и оказывается *самостоятельнымъ дестинаторомъ* обѣщанія, сдѣланнаго, по договору съ промиссар'омъ, страховымъ обществомъ въ его (дестинатара) пользу.

Вся привлекательность ученія Унгера и заключалась въ томъ, что онъ указалъ *самостоятельную основу притязаній дестинатара* къ промиттенту, независимо отъ цессіи, отъ мандата, независимо, наконецъ, и отъ самого вопроса о договорной основѣ притязанія третьяго, которой дать ему нельзя, ибо эта основа есть совершенно его чуждая.

Опасная сторона построенія Унгера заключалась, независимо отъ указанной выше общей чисто-идеалистической основы института, въ его стремленіи обобщить этотъ самостоятельный, отрѣщенный отъ возможныхъ со стороны промиссара осложненій, характеръ конструкціи.

Все было направлено къ тому, чтобъ упразднить латинскую эгоистическую максиму (*alteri stipulari nemo potest*) по всей

1) Последняя точка зрѣнія особенно у Зигеля, Регельсбергера, Газенбрля, Дерпбурга, въ последнее время у Hellwig'a, которому принадлежит позднѣйшая (1899 г.) и весьма цѣнная работа по этому предмету.

линии сдѣлокъ и водворить германскій-де-альтруистическій принципъ самобытной силы притязанія третьяго изъ договорной сдѣлки, въ которой онъ не участвовалъ. Это была ошибка, передержка, увлеченіе, которое натурально не замедлило вызвать умѣряющее воздѣйствіе на дальнѣйшую разработку новой основы въ видахъ ближайшаго пользованія ею для различныхъ практическихъ цѣлей.

Разъ мы пришли къ этому, допустимъ, не общему, необходимому и исключительному, а лишь возможному самостоятельному юридическому эффекту договора или на договорѣ основаннаго обѣщанія въ пользу третьяго, какъ для практической юриспруденціи оказалось очень существеннымъ обособить эту конструкцію отъ другихъ, болѣе или менѣе близко съ ней соприкасающихся и допускающихъ въ силу этого, опасность ихъ смѣшенія одного съ другимъ.

Институтъ обѣщанія въ пользу 3-яго кажется близко сходнымъ съ представительствомъ въ гражданскомъ правѣ. Несомнѣнно, онъ расширяетъ юридическій эффектъ волеизъявленія одного лица на сферу интересовъ другого. Но это только общность тенденции обоихъ этихъ институтовъ и наряду съ ними еще и negotiorum gestio. По своему строенію договоръ въ пользу третьяго вполне отличенъ отъ представительства, ибо третій не уполномочиваетъ promissar'a оперировать въ его пользу, а безъ полномочія или послѣдующей ratihabitio нѣтъ въ юридическомъ смыслѣ волеизъявленія взаимнѣ или вмѣсто другого.

Въ нѣсколькихъ блестящихъ догматическихъ изысканіяхъ Phering обнаружилъ намъ цѣлый рядъ мало до того времени замѣчавшихся явленій, гдѣ третій, вовсе не причастный къ юридической операціи другихъ лицъ, несомнѣнно выигрываетъ отъ такихъ операцій. Явленій такого пользованія выгодами и удобствами безъ всякаго специфическаго для этого основанія мы имѣемъ массу. N, въ силу сосѣдства, пользуется такимъ освѣщеніемъ, какого на свои средства никогда не имѣлъ бы. Векселя, шедшіе по 30 коп. за рубль, вдругъ поднялись въ цѣнѣ, потому что богатый и великодушный наслѣдникъ умершаго должника не захотѣлъ отягчать память своего близкаго злословіемъ его кредиторовъ и не отрекся отъ наслѣдованія несостоятельному. Это возможныя *выгоды третьяго* условленныя операціями, которыя вовсе на него не разсчитаны. Phering удачно прозвалъ такихъ случайныхъ соучастниковъ въ пользованіи разными благами паразитами, Rechtsparasiten; и ихъ существенная для права позиція заключается именно въ томъ, что операція не на нихъ разсчитана, что они непрощенные гости. По сему они не имѣютъ вовсе

самостоятельныхъ юридическихъ притязаній, не могутъ требоватьъ тѣхъ удобствъ, какия случайно имъ выпали. Это не тѣ третьи, въ пользу коихъ нѣчто прямо выговорено или въ пользу коихъ сдѣлано общаніе. Свою позицію они также случайно утрачиваютъ (Rechtsverteilung), какъ случайно ее заняли.

Возможно, какъ было показано выше, совершеніе акта *черезъ подставное лицо*, въ результатѣ операціи котораго выгода и удобство пойдетъ неучаствовавшему (см. Чтенія стр. 797). Такое скрытое содѣйствіе приведетъ, конечно, къ выгодѣ, и притомъ самостоятельной, для скрытаго дестинатара. Отличіе отъ договора въ пользу 3-го видно не только въ этой чертѣ *скрытой* за агентомъ фигуры дестинатара, но и въ томъ, опять, что фактический дестинатаръ не можетъ прямо притязать на тайно задуманный и разсчитанный на него результатъ. Онъ есть скрытый фактический соучастникъ, а не явный дестинатаръ операціи. Такова же будетъ и роль комисіонера въ его специфической операціи.

Наконецъ, и поручитель, вступая въ соглашеніе съ кредиторомъ, фактически открываетъ для должника возможность кредита. Но въ юридической позиціи поручителя вовсе не видна эта цѣль поручительства. Роль должника и поручителя суть обѣ поставленныя юридически особо, а не какъ средство для цѣли, не какъ юридическая основа для выгодныхъ только третьему консеквенцій (ср. ст. 329 Нѣм. Гр. Ул.). Если нельзя такимъ образомъ въ поручительствѣ видѣть договора въ пользу третьяго, то нѣтъ сомнѣній, что предметъ договора между А и В (банкиръ) можетъ составлять кредитованіе промиттента, В, не промиссару, А, а *третьему*, дестинатару, С. Въ какое положеніе при этомъ станетъ В—это вопросъ особый.

Мы выдѣлили, такимъ образомъ, съ достаточной рельефностью положительные признаки конструкціи и повѣрили ихъ, путемъ отрицанія, на явленіяхъ въ томъ или иномъ смыслѣ соприкасающихся съ ней въ фактическихъ результатахъ.

Мы взяли эту конструкцію въ ея чистомъ видѣ, т.-е. какъ общанія, составляющаго содержаніе договора двухъ лицъ, съ юридическимъ самостоятельнымъ эффектомъ для третьяго.

Несомнѣнно, это самая важная и цѣнная для изученія юридической природы явленія фигура. Но при этомъ надо имѣть въ виду, что она не есть въ практикѣ единственная, всегда простая и неосложненная никакими приходящими чертами или отклоненіями отъ типа. Наоборотъ, отклоненія отъ этого чистаго типа суть постоянныя въ практикѣ. Въ текущей юридической литературѣ наиболѣе возраженій и споровъ противъ этого по-

строения вызвало именно то обстоятельство, что множество писателей допускают именно *только въ частныхъ явленіяхъ возможность такой формы договора, гдѣ промиссаръ не есть вовсе кредиторъ, а настоящимъ кредиторомъ является третій*. Общій же принципъ, по мнѣнію многихъ, долженъ остаться нетронутымъ такъ, какъ его выразила латинская догма. Нельзя признать силы договора, когда стипулянтъ не имѣетъ никакого интереса въ его заключеніи, а для дестинатара это *res inter alios acta*... Вопросъ здѣсь въ томъ, какъ разумѣть *интересъ сдѣлки*. Если онъ не можетъ быть допущенъ въ составѣ сдѣлки, не получивъ такъ сказать офіціального штемпеля его наличности, тогда такой договоръ ничтоженъ; но совершенно иначе, *если о наличности интереса достаточнымъ свидѣтельствомъ будетъ то, что никѣмъ ненудимый стипулянтъ выговариваетъ обѣщаніе не себѣ, а третьему*. Такимъ образомъ если вообще трудно допустить предположеніе, что выговаривая не себѣ, а третьему, обѣщаніе выгодъ, самъ стипулянтъ, при этомъ ничѣмъ, ни явно, ни тайно, хотя безъ указанія въ чемъ именно ¹⁾, не заинтересованъ, тогда противъ такихъ договоровъ не только въ частныхъ случаяхъ, но и вообще нельзя сказать ровно ничего и въ самомъ принципѣ.—Что же касается до того, что для дестинатара такая сдѣлка есть *inter alios acta*, то мы уже видѣли, что формальную основу его притязанію даетъ *не договоръ, а одностороннее обѣщаніе*. Что же касается, наконецъ, формальной силы самого договора, то для нашей дѣли достаточно, если онъ ни по свойствамъ лицъ, ни по содержанию и дѣли не принадлежитъ къ категоріи не допустимыхъ подъ эгидой права по тѣмъ или другимъ поводамъ операцій.

Законодательныя нормы, однако, работаютъ не на уясненіе принциповъ. Это дѣло юриспруденціи. Ихъ задача прямо практическая. Посему нѣтъ ничего удивительнаго, что новѣйшій опытъ законодательной регламентаціи института (въ уложеніи 96 г., ст. 328—336), весь основанный на разработкѣ вопроса юристами не затрогивая общаго принципіальнаго вопроса, прямо постановляетъ, что посредствомъ такого *договора* (по легальной терминологіи Нѣм. Уложенія это *обѣщаніе* о совершеніи третьему) *возможно* выговорить въ пользу третьяго совершеніе чего-либо съ такимъ юридическимъ эффектомъ, что третій пріобрѣтетъ *непосредственно* право требовать выполненія обѣщаннаго ему дѣйствія (art. 328, нач.).

¹⁾ Какъ въ вексель, гдѣ нужно помянуть *валюту*, безъ опредѣленія, однако, въ чемъ именно она состоитъ.

Отсюда ясно, что новое уложение открываетъ, для извѣстныхъ случаевъ, возможность примѣненія къ этимъ построеніямъ такъ назыв. *теоріи приращенія*. Для образованія самостоятельнаго требованія у дестинатара вовсе не нужно, чтобъ онъ принялъ обѣщаніе (теорія акцепта).

Это, однако, не значитъ, что такая самостоятельность и безповоротность правъ дестинатара образуется непременно въ ту же минуту, когда состоялся въ его пользу договоръ. *Все зависитъ отъ состава договора*, на коемъ основано обязательство промиттента. Возможно, что договаривающіеся гарантируютъ дестинатару тотчасъ неотъемлемое и самостоятельное притязаніе на выполненіе выговореннаго въ его пользу. Но совершенно также возможно, что такое право дестинатара образуется лишь къ опредѣленному термину (смерть промиссара, достиженіе извѣстнаго возраста дестинатаромъ) или при наличности извѣстныхъ данныхъ (срочныхъ платежей со стороны промиссара промиттенту до такогото предѣла). Въ такихъ случаяхъ отъ договаривающихся зависитъ такъ или иначе обусловить самостоятельность и безповоротность правъ дестинатара. Законъ открываетъ широкій просторъ для тѣхъ или иныхъ комбинацій, которыя договаривающіяся стороны введутъ въ составъ сдѣлки, и содѣйствуетъ съ своей стороны только легчайшему выходу изъ трудностей толкованія, которыя можетъ вызвать договоръ ¹⁾.

И такъ, совершенно возможно, что стороны только eventualmente допускаютъ самостоятельность и непосредственность приобрѣтеній правъ дестинатаромъ. При извѣстныхъ условіяхъ онъ обѣ, по соглашенію, или одна, особенно, натурально, промиссаръ, который имѣетъ дѣлать срочные взносы промиттенту, могутъ прекратить или измѣнить (напр. умалить) права дестинатара. Но такое ихъ право не разумѣется, по Новому Уложенію, само собою, какъ оно само собою разумѣлось въ теоріи акцепта, до самаго момента приступа дестинатара. По новому уложенію такое *право поворота должно быть сторонами особо выговорено* (ст. 328, 2-ой абз.).

Для извѣстныхъ комбинацій законъ прямо устанавливаетъ, въ случаяхъ сомнѣній, *предположеніе непосредственности приобрѣтенія правъ третьимъ*. Таковы обѣщанія, данныя въ связи съ безмезднымъ обращеніемъ имущества промиттенту, или выгово-

¹⁾ Такъ какъ договоры въ пользу третьяго развивались въ современномъ правѣ главнымъ образомъ на почвѣ уже заранѣе выработанной самостоятельной обязывающей силы односторонняго обѣщанія, то понятно, что разновидности, которыя встрѣчаются тамъ, будутъ видны и здѣсь.

ренныя у пріемлющаго имущество съ цѣлью надѣлить вмѣстѣ съ этимъ и дестинатара обѣщанія. Послѣдній случай есть по всей вѣроятности самый старинный въ ряду возможныхъ комбинацій въ составѣ такихъ договоровъ (тамъ же ст. 330 коп.).

Тоже предположеніе имѣетъ силу и въ договорѣ страхованія жизни или пожизненныхъ доходовъ въ пользу третьяго (ст. 330 нач.).

При эффектѣ страхованія, связанномъ съ наступленіемъ извѣстнаго событія (смерть промиссара) возможны, натурально, случайности, напримѣръ смерть дестинатара раньше смерти промиссара, и для такихъ случайностей важно расширеніе притязаній на нѣсколькихъ дестинатаровъ (332).

Возможно, что, на ряду съ притязаніемъ дестинатара, и промиссаръ выговариваетъ евентуально и въ свою пользу тѣ или другія права (335).

Навстрѣчу требованіямъ дестинатара промиттентъ имѣетъ всѣ возраженія, которыя возможно обосновать на содержаніи договора, ибо обѣщаніе дается, конечно, въ связи съ выработанными въ составѣ договора осложняющими его данными (334).

Этихъ главныхъ чертъ строенія договора въ пользу третьяго достаточно, чтобы составить себѣ понятіе, насколько широко, свободно и льготно для самостоятельнаго юридическаго эффекта такихъ договоровъ поставлены нормы новѣйшей изъ кодифицированныхъ системъ обязательственнаго права. Несомнѣнно, что въ глазахъ нѣмецкихъ юристовъ и общества это расширеніе сферы юридическаго воздѣйствія договорной сдѣлки будетъ играть весьма видную и благодарную роль въ практикѣ имущественно-обязательственнаго обмѣна.

Для насъ, конечно, важны не эти результаты разработки трудной проблемы у нашихъ сосѣдей, а та точка зрѣнія, которую усвоили себѣ наши кодификаторы на общую постановку этого института въ будущемъ нашемъ Гражданскомъ Уложеніи.

Мы спрашиваемъ о *точкѣ зрѣнія*. Но вѣдь ея можетъ вовсе и не быть у кодификаторовъ! Вмѣсто той или другой можетъ не быть *никакой точки зрѣнія*. И, кажется, это и есть то самое, что слѣдуетъ сказать о проектѣ пятой книги въ этомъ ученіи. Въ ея составѣ, безъ дальнѣйшихъ разсужденій, введены почти буквально тѣ четыре статьи, которыя наши кодификаторы нашли въ Остзейскомъ сводѣ ¹⁾. Эти четыре статьи прямо оттуда взяли

¹⁾ Ср. ст. 45—48 Проектъ п 3116—3119 Остзейск. Кодекса, хотя ссылокъ на иностранные кодексы подведевъ цѣлый склепъ.

и внесли въ нашъ проектъ съ общимъ для нихъ заголовкомъ *Договоры въ пользу третьихъ*. Мы, получили такимъ образомъ, ту конструкцію этого института, отъ которой вотъ уже полвѣка стараются всѣми силами отдѣлаться въ Германіи и отъ которой, конечно, очень охотно отреклись бы сами остзейцы. Это зародышное состояніе ученія, гдѣ едва видны первыя попытки уклоненія отъ латинской догмы. Это такъ назыв. *теорія акцептаціи въ ея первообразъ*.

А между тѣмъ вся подготовительная работа въ ученіи о самостоятельной силѣ односторонняго обѣщанія, стало быть, та почва, на которой на западѣ столь успѣшно насаждалось новое ученіе о договорѣ въ пользу третьяго, въ проектѣ разработана совершенно такъ, даже до излишества такъ именно, какъ это сдѣлали нѣмцы. Мы съ ними вмѣстѣ, или вслѣдъ за ними тоже разработывали почву, но они для насажденія на ней сейчасъ полезной культуры, а мы для ожиданія такихъ насаженій развѣ въ будущемъ. Покуда наши кодификаторы снабдили насъ никому ненужнымъ, устарѣлымъ оружіемъ, подобно баварцамъ сдавшимъ въ Китай своего стараго маузера. Но тамъ зато хоть по самой сходной цѣнѣ...
