

7.2
1952
~~1918~~

ЧТЕНІЯ

ПО

ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

ЗАСЛУЖЕННАГО ПРОФЕССОРА С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

Н. Л. ДЮВЕРНАУ

79

ТОМЪ ПЕРВЫЙ.

ВВЕДЕНИЕ и ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

(Выпускъ III. Измѣненіе юридическихъ отношеній.
Ученіе о юридической сдѣлкѣ)

Доп. Гос. Ордена Ленина Университет
БИБЛИОТЕКА
БЛАГОУЧЕБНИКЪ

IV-е издание.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28-
1905.

1948 г.



3402

О Г Л А В Л Е Н І Е.

ОТДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Общія ученія объ измѣненіи гражданскихъ правоотношеній.

СТР.

- § 44. Измѣняемость правоотношеній въ живыхъ явленіяхъ гражданского оборота.—Латинская формула для этихъ явленій.—Юридическая ихъ переработка.—Событія; ихъ юридическая извѣстность.—Измѣненіе времени.—Двойственность метода.—Правила счисленія времени по Проекту Гражд. Улож.—Двѣянія людей.—Категорія.—Юридическія сдѣлки.—Выдѣленіе въ составъ Общей части.—Мѣсто этихъ ученій въ системахъ кодифицированнаго права.—Планъ изложенія.

671

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Ученіе о юридической сдѣлкѣ.

- § 45. Понятіе юридической сдѣлки.—Главнѣйшія литературныя явленія.—Ученіе Шлосмана.—Схоластическія проблемы.—Законы физическіе и правила и исключенія въ сферѣ юридическихъ нормъ.—Параллель со способами счисленія времени.—Специфическая цѣль ученія о сдѣлкѣ.—Самоопредѣленіе воли въ составѣ института.—Виды сдѣлокъ, особенно волеизъявленія включающія воспріятіе и неключающія такового.—Планъ изложенія.

680

А. РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Внутренняя сторона строенія юридической сдѣлки.

- § 46. I. Общая гражданская дѣеспособность лица.—II. Непринужденный произволь и согласіе.
- § 47. Внутренній формализмъ воли въ составѣ юридической сдѣлки (продолженіе).—Понятіе.—Внутренній формализмъ какъ черта системы.—Поправки.—Дуализмъ.—Латинская система.—Средніе вѣка.—Исканіе принципа въ римской литературѣ.—Два противоположныхъ ученія.—Ихъ историческій смыслъ.—Наше законодательство.

696

701

- § 48. Внутренний формализм воли (продолжение).—Дѣйствіе принужденія на силу сдѣлки.—Понятіе принужденія въ системах западныхъ, въ русскомъ правѣ эпохи Уложения и современномъ.—Условія осуществленія притязаній потерпѣвшаго 710
- § 49. Ошибка и ея функція въ составѣ различныхъ институтовъ.—Общая положенія объ ошибкахъ въ кодифицированныхъ системахъ.—Литература.—Мѣсто ученія въ системѣ.—Подлинная и неподлинная ошибка.—Теорія воли и волеизъявленія.—Проблемы философскія и юридическія.—Обманъ.—Независимая отъ обмана ошибка.—Трудность изслѣдованія.—Жизненная основа (преступная и одновременно) двойственности доктринъ.—Различіе стилей.—Общая положенія новыхъ кодексовъ и контрпроекта О. Бэра.—Возможно ли единство принципа?—Общая основы ученія.—Проектъ Гражд. Уложения 718
- § 50. III. Содержаніе волеизъявленія.—Волеизъявленіе и составъ института.—Содержаніе юридической сдѣлки и юридического института въ ихъ историческомъ взаимодействіи.—Встрѣчныя ученія по вопросу о причинѣ, вызывающей эффектъ сдѣлки.—Повѣрка ученія Виндшейда на правѣ.—Ошибка въ правѣ.—Требованія Code civil и дѣйствующаго свода для предотвращения ошибокъ.—Общая требованія относительно содержанія сдѣлки. § 138 Нѣм. Гр. Ул. 96 г. 738
- § 51. III. Содержаніе юридической сдѣлки (продолжение).—Группировка сдѣлокъ по различію содержанія.—Неюридическій критерій нѣкоторыхъ группировокъ.—Сдѣлки абстрактныя и матеріальныя.—Общая замѣчанія.—*Wovse nichetoznaczaetъ ruchi.*—Естественныя побужденія (мотивъ) волеизъявленія.—Кausalность юридическая.—Разработка вопроса въ нѣмецкой литературѣ.—Условіе.—Абстрактныя (подвижныя) сдѣлки 746
- § 52. Содержаніе юридической сдѣлки (продолжение).—Условіе въ составѣ сдѣлки.—Actus legitimi.—Признакъ событія *будущаго* въ понятіи условія.—Его ошибка въ современной литературѣ.—Проектъ Гражд. Уложения.—Модальности волеизъявленій.—Сдѣлки со скрытымъ каузальнымъ моментомъ 763
- § 53. III. Содержаніе юридической сдѣлки (продолжение).—Сдѣлки абстрактныя или формальныя въ особенности.—Разнообразныя виды и общія черты строенія.—Разныя степени отрѣшенности сдѣлки отъ каузальнаго момента.—Выгоды и опасности такихъ построеній.—Предназначеніе разобоченіе нормальныхъ реквизитовъ волеизъявленія въ сдѣлкахъ *материальныхъ* (сдѣлки фидуциарныя, симулированныя и проч.) 778
- § 54. III. Содержаніе юридической сдѣлки (продолжение). Сдѣлки абстрактныя во французскомъ правѣ. Art. 1132 С. с. Неблагоприятныя условія для развитія его смысла.—Исправленіе текста. Литературное общеніе съ Германіей. R. Saleilles и его попытка спасти престижъ С. с. Практика Остзейскаго свода. Сдѣлки фидуциарныя, симулированныя и проч. 794

В. РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Обрядная сторона строенія юридической сдѣлки.

- § 54. Обрядности волеизъявленій.—Сдѣлки обрядныя или формальныя въ юридическомъ смыслѣ.—Юридическія обрядности съ исторической и практической, съ личной и общественной точки зрѣнія.—Декларативный и конститутивный характеръ обрядностей.—Болѣе или менѣе тѣсное сочетаніе сдѣлки съ реквизитомъ формы.—Разныя способы формальнаго волеизъявленія.—Скучность обряда въ дѣйствующей системѣ.—Причина явленія.—Обрядность *рочи*.—Русская старина.—Памяти *устыжъ* сдѣлокъ.—Письмо какъ *corpus negotii* 821

- § 55. Обрядности волеизъявления (продолжение).—Соучастіе свидѣтелей.—Значеніе его въ старыхъ бытовыхъ условіяхъ.—Качества послухо-
ховъ.—Слѣды послушества въ современныхъ системахъ.—Code
civil и наша дѣйствующая система — Послушество какъ вспомо-
гательная обрядность при совершеніи сдѣлки.—Эпоха переворота.—
Теперешніе реквизиты послушества.—Петровскія реформы.—Фи-
скальный интересъ.—Сословный характеръ Екагеринскихъ уста-
новленій для укрѣпленія актовъ.—Очищеніе гражданскихъ инсти-
тутовъ и развитіе общихъ способовъ корробораціи.—Нотаріатъ на
западѣ.—Нотаріальное положеніе 14 апрѣля 1866 г.—Черты устрой-
ства, различіе способовъ содѣйствія.—Волеизъявленія безобриднаго.

С. РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Основы ученія о представительствѣ въ гражданскомъ правѣ.

- § 56. Необходимость представительства въ извѣстныхъ условіяхъ разви-
таго цивильнаго обмѣна.—Разные видыюридическаго содѣйствія —
Содѣйствіе въ замѣтъ другого.—Содѣйствіе фактическое и юридиче-
ское.—Явленія сходныя съ представительствомъ по отдѣльнымъ при-
знакамъ или по ихъэффекту.—Существенныя признаки представителъ-
ства какъ особаго института въ гражданскомъ правѣ.—Принципы
латинскаго права.—Отступленіе новыхъ системъ.—Замѣтки по
исторіи русскаго права.—Суррогаты представительства.—Элементы
института въ Псковской судной грамотѣ.—Медленность послѣдую-
щаго развитія общихъ нормъ
- § 57. Представительство въ главнѣйшихъ западныхъ кодексахъ, въ дѣй-
ствующей нашей системѣ и въ Проектѣ.—Попытки раскрыть
общія юридическія основанія для института представительства
въ современной нѣмецкой литературѣ

Д. РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Недѣйствительность юридической сдѣлки.

- § 58. Недѣйствительность юридической сдѣлки.—Терминологія.—Сдѣлки
несостоявшія и условныя
- § 59. Виды недѣйствительности.—Латинская традиція и новыя системы.—
Попытки свести все ученіе къ общимъ принципамъ.—I. Недѣй-
ствительность абсолютная.—Ст. 88 Проекта.—Огношеніе стг. 88
и 64 Пр. къ 138 Нѣм. Гр. Улож.—Составъ преступнаго дѣянія въ
ст. 64 Пр.—Поощрительная для ростовщичества формула.—Объек-
тивный критерій для опредѣленія признаковъ сдѣлки противной
добрымъ правамъ.—Общія характерныя юридическія черты ничто-
жества юридической сдѣлки абсолютнаго.—II. Недѣйствительность
относительная.—Характерныя черты.—Методы инвалидаціи
- § 60. Толкованіе юридической сдѣлки.—Цѣль его.—Правила толкованія
въ классической системѣ, по Code civil и по стг. 1538 и 1539 т. X
ч. I.—Анализъ этихъ правилъ.—П. 4 правилъ толкованія.—Парал-
лель въ правилахъ толкованія закона и сдѣлки.—Восполненіе
пробѣловъ воособенности.—Проектъ Гражд. Уложенія.—Превра-
щеніе юридическихъ актовъ и измѣненіе назначенія имущества
цѣлевыхъ

О П Е Ч А Т К И.

Ошибочная пагинація: послѣ 269 страницы обозначены 272, 271, 270 стр., которыя слѣдуетъ перемѣстить въ обратномъ порядкѣ, причемъ текстъ остается безъ измѣненія.

На стр. 403, 8 строка въ текстѣ снизу читать вмѣсто: *они sine* такъ: у нихъ *nullum*

ОТДѢЛЕНИЕ ТРЕТІЕ.

ОБЩІЯ УЧЕНІЯ ОБЪ ИЗМѢНЕНІИ ГРАЖДАНСКИХЪ ПРАВООТНОШЕНІЙ.

§ 44.

Измѣняемость правоотношеній въ живыхъ явленіяхъ гражданскаго оборота.— Латинская формула для этихъ явленій.—Юридическая ихъ переработка.—Событія; ихъ юридическая извѣстность.—Измѣреніе времени.—Двойственность метода.—Правила счисленія времени по Проекту Гражд. Улож.—Дѣянія людей.—Категоріи.—Юридическія сдѣлки.—Выдѣленіе въ составъ Общей части.—Мѣсто этихъ ученій въ системахъ кодифицированнаго права.—Планъ изложенія.

Мы видѣли въ двухъ предыдущихъ отдѣлахъ Общей части развитіе ученій о лицѣ, субъектѣ конкретныхъ гражданскихъ правоотношеній, и о вещахъ, объектахъ гражданского обмѣна. Въ цѣляхъ изученія мы брали оба момента гражданского правоотношенія врозь. Не въ этомъ анализѣ, конечно, а въ живомъ сочетаніи этихъ элементовъ гражданской конструкціи лежитъ приближеніе къ явленіямъ дѣйствительности.

Въ дальнѣйшемъ намъ надлежитъ рассмотреть, какимъ образомъ лица *становятся* въ конкретномъ случаѣ *субъектами* гражданскихъ правоотношеній, т.-е. какъ *приобрѣтаютъ права* на вещи, на дѣйствія, на услуги другихъ лицъ, *какимъ* общимъ *измѣненіямъ подлежатъ эти правоотношенія* въ жизни, подъ вліяніемъ какихъ факторовъ происходятъ эти измѣненія, въ чемъ они состоятъ, въ чемъ находятъ себѣ выраженіе ихъ наличность, на чемъ держится ихъ извѣстность, какъ она утверждается, ослабляется, прекращается. Наконецъ, въ виду общей возможности нарушенія конкретныхъ правъ, намъ здѣсь же надлежитъ указать и *общіе способы ихъ огражденія*, ихъ возстановленія фактическими и юридическими средствами.

Вмѣстѣ взятыя эти общія ученія составляютъ то, что нѣмцы называютъ *das Werden des subjektiven Rechts*. Это собственно жизненные (общіе) процессы, которымъ подлежатъ конкретныя юридическія отношенія любого типа.

Латинская система не выдѣляла той совокупности общихъ ученій объ этихъ процессахъ, которая въ теперешней система-

тикъ составляетъ содержаніе общихъ ученій объ измѣненіяхъ юридическихъ отношеній. Не менѣе того этотъ общій законъ жизненныхъ измѣненій правоотношеній любого типа не ушелъ отъ вниманія классиковъ, и Ульпіанъ даетъ намъ очень простое, но вполне законченное обобщеніе этихъ явленій, говоря: totum autem jus consistit aut in acqviendo, aut in conservando, aut in minuendo; aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cujusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat (I. 41 D. de leg. senat. cons. 1, 3),

Много въ этихъ общихъ ученіяхъ знакомо обыкновенно изъ общихъ пандектныхъ чтеній, и въ отношеніи общаго права русскаго не подлежитъ новой переработкѣ, составляя достояніе любой развитой системы гражданскаго права *). На нѣкоторыхъ, однако, матеріяхъ необходимо остановить особое вниманіе.

Въ обоихъ предшествующихъ ученіяхъ, исходя отъ простаго представленія отдѣльнаго правоспособнаго человѣка и круга вещей, образующихъ условіе примитивнаго существованія и обмѣна, мы затѣмъ представляли себѣ то и другое *въ условіяхъ дальнѣйшаго развитія* человѣческихъ обществъ, гдѣ гражданская правоспособность отрѣшается отъ отдѣльно взятаго волеспособнаго человѣка и становится достояніемъ не только людей недѣеспособныхъ, но и коллективныхъ правообладателей. Точно также и въ ученіи о вещахъ мы выходили далеко за предѣлы индивидуальныхъ потребностей людей въ примитивныхъ условіяхъ ихъ существованія. И въ этомъ моментѣ нашего анализа мы брали явленія *обмѣна развитаго*, идущаго не только дальше личныхъ нуждъ, но и за предѣлы потребностей локальнаго характера, въ необъятный кругъ интересовъ и задачъ универсальнаго обмѣна.

Вмѣстѣ съ этимъ въ замѣнъ простыхъ элементовъ конструкціи, непосредственныхъ факторовъ обмѣна, мы видѣли, начиная съ латинской юридической техники, такіе приемы искусственной переработки простыхъ данныхъ первоначальнаго быта, которые необходимы, конечно, не для примитивныхъ нуждъ человѣка, а для извѣстности, непрерывности, постоянства правоотношеній въ самыхъ широкихъ условіяхъ ихъ развитія.

Та же самая *юридическая переработка* простыхъ элементовъ, которую мы наблюдали въ ученіи о лицахъ и вещахъ, будетъ составлять нашу задачу и въ послѣдующемъ ученіи, *въ ученіи объ измѣненіи правоотношеній*, къ коему мы теперь переходимъ.

*) Въ общихъ ученіяхъ системы права германскаго перѣдко эти ученія опускаются почти совсѣмъ. Таковъ напр. Штоббе. Или же этимъ ученіямъ даютъ небольшое развитіе, какъ напр. у Гирке.

Въ этомъ непрестанномъ процессѣ возникновенія, приобретѣнія, прекращенія конкретныхъ правоотношеній насъ мало будетъ, въ условіяхъ развитаго обмѣна, удовлетворять извѣстность событій и характеристика дѣйствій, которую даетъ намъ *непосредственное ихъ воспріятіе*. Эти событія, дѣйствія, и этого мало, даже счетъ времени получать, въ указанныхъ выше цѣляхъ, такой опредѣленный чеканъ юридическаго формализма, который былъ бы излишнимъ въ примитивныхъ бытовыхъ условіяхъ, и безъ котораго нельзя обойтись въ послѣдующемъ ихъ развитіи.

Мы попытаемъ объяснить посредствомъ нѣкоторыхъ примѣровъ. Простое событіе рожденіе человека въ бытовыхъ примитивныхъ условіяхъ не даетъ обыкновенно никакого повода къ сомнѣніямъ о происхожденіи ребенка не только отъ матери, но и отъ извѣстнаго отца, хотя очевидность говоритъ только о происхожденіи отъ извѣстной матери. Въ позднѣйшихъ условіяхъ обществѣ даже этотъ простой вопросъ, вопросъ о происхожденіи ребенка отъ извѣстнаго отца, всего чаще вопросъ о *законности* рожденія и связанныхъ съ этимъ очень важныхъ юридическихъ послѣдствіяхъ, далеко не всегда подлежитъ рѣшенію съ помощью *очевидныхъ* данныхъ. И въ этомъ повидимому простомъ, чисто внѣшнемъ событіи приходится прибѣгать къ формализму, къ *методу юридическихъ презумцій*, которыя, правда, должны всегда уступать мѣсто фактически достовѣрнымъ даннымъ, но уступаютъ имъ въ дѣйствительности крайне рѣдко. Точно также не безъ примѣси нѣкоторой доли юридическаго формализма разрѣшаются въ развитомъ быту и вопросы зрѣлости, здоровья, дѣеспособности человека.

Насколько этотъ же элементъ формализма становится преобладающимъ въ тѣхъ событіяхъ, коими опредѣляется возникновеніе и прекращеніе гражданской правоспособности *союзовъ*, мы показали въ подробности выше.

И не одни внѣшнія событія, образцы коихъ мы сейчасъ привели, но и *общія условія ихъ извѣстности*, способы опредѣлять ихъ продолжительность, ихъ начало, конецъ, также близко прикасаются задачѣ юриспруденціи. Тоже слѣдуетъ сказать не только по отношенію въ задачѣ измѣренія времени, но и къ задачамъ опредѣленія цѣны вещей, ихъ вѣса, мѣры, пространства, особенно земельныхъ участковъ (межеваніе). Послѣднее мы увидимъ въ системѣ институтовъ права вещнаго по недвижимостямъ. Задача измѣренія времени тѣснѣйшимъ образомъ связана съ юридической извѣстностью *любыхъ событій*, опредѣляющихъ конкретныя правоотношенія.

Въ способахъ опредѣлять мѣру, вѣсъ и особенно время *юриспруденція преслѣдуетъ свои цѣли, отличныя отъ задачъ научныхъ и техническихъ*. На ряду съ астрономическимъ приѣмомъ исчисления времени (*a momento ad momentum*), который мы называемъ *естественнымъ*, въ юридической практикѣ, латинской и нашей, принята такъ называемая *computatio civilis*, представляющая собой методу измѣренія времени, приравленную къ требованіямъ юридической техники. И такъ, далеко не всегда намъ нужно знать послѣдовательность двухъ событій въ естественномъ порядкѣ ихъ наступленія. Въ массѣ случаевъ достаточно для юридической извѣстности событія опредѣлить начальный моментъ его наступленія и его конечный моментъ.

И въ томъ и въ другомъ случаѣ мы вовсе не принимаемъ въ счетъ *мелкихъ единицъ* времени и опредѣляемъ наступленіе событія тѣмъ днемъ, когда оно совершилось.

Такимъ образомъ, для общей проблемы опредѣленія *терминовъ времени*, начального, конечнаго, и *сроковъ*, которые текутъ отъ одного термина до другого, единицей измѣренія служить *день*, точнѣе — сутки, состоящія изъ 24-хъ часовъ, отъ полуночи до слѣдующей полуночи. Событія, происшедшія въ теченіе сутокъ суть въ юридическомъ смыслѣ одновременныя, если нѣтъ особаго основанія точнѣе опредѣлять ихъ послѣдовательность одного за другимъ. Когда наступаетъ такое основаніе — это видно въ отдѣльныхъ институтахъ гражданскаго права и процесса.

Общей разработкой вопроса старое наше право не давало въ составѣ дѣйствующаго т. X, ч. 1. Нѣкоторыя детали указывались въ уставахъ торговомъ и гражданскаго судопроизводства. Проектъ Гражданск. Уложенія ищетъ восполнить этотъ недостатокъ общихъ руководящихъ въ Гражданскомъ правѣ правилъ счисления времени (ст. 78—85). Сроки, устанавливаемые закономъ или сдѣлкой, исчисляются по даннымъ имъ правиламъ. Старый и новый стили примѣняются согласно закону мѣста, гдѣ совершена сдѣлка, если стороны не выразили иного (79). День, при исчисленіи срока, течетъ отъ полуночи до полуночи, и тотъ день, коимъ опредѣленъ начальный терминъ, идетъ въ счетъ дней, составляющихъ срокъ. Если же начальный терминъ опредѣляется не днемъ, а событіемъ, то начальнымъ терминомъ для счета срока служитъ лишь слѣдующій по наступленіи событія день (80). Конечный терминъ для сроковъ, опредѣляемыхъ не днемъ, а недѣлями, мѣсяцами, долями года ($\frac{1}{4}$, $\frac{1}{2}$) или цѣлыми годами, наступаетъ *наканунъ дня*, коимъ опредѣленъ начальный терминъ (со вторника пошла недѣля, — срокъ истекаетъ въ понедѣльникъ; съ 30-го іюля пошелъ счетъ

мѣсяца, срокъ истечетъ 29-го августа). Если въ составѣ мѣсяца нѣтъ соответствующаго начальному термину числа, то срокъ истекаетъ въ послѣдній день мѣсяца (82). При опредѣленіи срока годами и мѣсяцами, притомъ текущими не сплошь, а съ перерывами, на годовой срокъ полагается 365 дней, на мѣсячный—30 дней; половину мѣсяца составляютъ 15 дней, а при расчетѣ полутора-мѣсячьемъ или нѣсколькихъ цѣлыхъ мѣсяцевъ съ половиной мѣсяца,—эта половина полагается на конецъ срока (83, 84). Срокъ, истекающій въ недопускающій совершенія даннаго дѣйствія день, наступаетъ на слѣдующій день, когда нѣтъ означеннаго препятствія (85). Всѣ эти положенія составляютъ близкую репродукцію артиклей Имперск. Герм. Уложенія отъ 186—193 (Fristen u. Termine), и если бы они представляли собою еще болѣе точный и толковый переводъ подлинника, то отъ этого ничего не проиграли бы въ своемъ достоинствѣ.

Стремленія юриспруденціи направляются въ тому, чтобъ сдѣлать счисленіе времени по возможности *однообразнымъ*. Это достигается установленіемъ общаго календарнаго счисленія времени. Стремленіе къ однообразію идетъ даже дальше этого. И для полнаго однообразія не только въ счетѣ дней, но и мелкихъ единицъ времени Германія ввела имперскимъ закономъ 12 марта 1893 г. вмѣсто счета времени по мѣстному положенію солнца (мѣстный полдень) одно *законное время*, которое опредѣляется по пятнадцатому градусу восточной долготы для всѣхъ случаевъ общаго опредѣленія юридическихъ отношеній, начиная съ 1 апрѣля 93 г.

Мы не войдемъ въ подробности правилъ календарнаго счета времени, полагая ихъ извѣстными изъ общихъ пандектныхъ ученій.

Наша цѣль въ томъ только, чтобъ показать присутствіе элементовъ *юридическаго формализма* не только въ способахъ опредѣлять извѣстность событій, важныхъ для права, но и въ общемъ методѣ измѣреній, тѣхъ или другихъ, особенно измѣреній времени, когда его теченіемъ опредѣляется начало, конецъ или продолжительность событій, опредѣляющихъ гражданскія правоотношенія.

Нигдѣ, однако, въ вопросахъ цивилистики начала юридическаго формализма не находятъ столь широкаго примѣненія какъ *въ тѣхъ событіяхъ, которыя люди производятъ сами актами своей воли*. Это событія, которыя не суть исключительно внѣшнія для человѣка; они всегда въ той или другой мѣрѣ связаны съ внутренними скрытыми въ психической природѣ человѣка процессами. Эти внутренніе процессы только тогда способны обнару-

живать свое вліяніе на правоотношенія, когда становятся волеизъявленіями, *дѣяніями людей.*

Изъ круга актовъ воли, подлежащихъ нашему наблюденію, легко выдѣлить такія дѣйствія, которыя составляютъ выполнение обязательствъ, лежащихъ на лицѣ, тоже несомнѣнно вліяющія на измѣненіе правоотношеній. Это обыкновенно услуги, носящія характеръ экономическихъ, а не юридическихъ дѣйствій, хотя въ этомъ кругу услугъ возможны дѣянія и чисто юридического свойства. Такого рода дѣянія, составляющія выполнение лежащихъ на насъ обязательствъ связаны съ специфическимъ свойствомъ самого обязательства, основаннаго на договорѣ, на должности и проч., и имѣютъ быть разсматриваемы въ этой связи. Если мы трактуемъ здѣсь, въ общей части, *дѣяніе человека какъ факторъ измѣненія правоотношеній*, то мы касаемся не этихъ обязательственныхъ дѣйствій; нашу задачу въ общихъ ученіяхъ гражданского права составляютъ въ особенности такія дѣянія, которыя свободно направляются именно къ цѣли измѣненія конкретныхъ правоотношеній.

Этотъ кругъ дѣяній, современные цивилисты, слѣдуя латинскому образцу, дѣлятъ на двѣ главныя категоріи: а) юридическихъ дѣлъ и б) делитовъ. Ученія объ этихъ факторахъ измѣненія правоотношеній, особенно ученіе о юридической дѣлкѣ (*Rechtsgeschäft*) стали вводить въ систему гражданского права, именно въ общую часть, лишь въ началѣ этого столѣтія, по примѣру именитаго нѣмецкаго профессора Гуго *). Примѣру Гуго слѣдовали до послѣдняго времени почти всѣ нѣмецкіе пандектисты, слегка видоизмѣняя, еще чаще осложняя составъ ученія о дѣлкѣ, которое возросло такимъ образомъ въ размѣрахъ и включало массу вопросовъ, подлежавшихъ болѣе удобной обработкѣ въ связи съ отдѣльными институтами гражданского права.

На это обстоятельство очень стоитъ обратить вниманіе, ибо съ этимъ развитіемъ общихъ ученій, по нашему мнѣнію, тѣсно связано и самое *направленіе изслѣдованій* и масса совершенно теоретическихъ контрверзовъ, наполняющихъ нынѣшнюю нѣмецкую цивилистическую литературу.

Въ нашей учебной литературѣ это направленіе въ разработкѣ цивилистическихъ проблемъ отразилось всего болѣе на курсѣ Мейера, который посвящаетъ ученію о дѣлкѣ въ своемъ курсѣ русскаго гражданского права столь же широкое мѣсто, какое

*) На это указываютъ многіе, особенно Schlossmann der Vertrag, стр. 131, не утверждая за Гуго безусловно приоритета въ этомъ приемѣ; см. Lehrbuch. v. Vangerow, §§ 89, 103.

ему отводили нѣмцы въ своихъ пандектныхъ учебникахъ того времени.

Составленные по плану нѣмецкихъ учебниковъ новые кодексы, Саксонскій 63-го года (профессоромъ Зибенгааромъ) и 1-е чтеніе нѣмецкаго проекта (маленькій Виндшейдъ, см. выше), держатся этого же приѣма систематизаціи. Иначе Bürgerliches Gesetzb. 18 авг. 96 г., который вовсе выбросилъ ученіе о недозволенныхъ дѣяніяхъ изъ состава Общей части *). Code civ., слѣдуя Pothier, вводитъ рядъ общихъ положеній для договорныхъ сдѣлокъ въ tit. 3 (chap. I—VI, гдѣ рядъ общ. ученій обязательствъ права) книги 3-ей и вовсе не вырабатываетъ цѣлаго и общаго ученія для любыхъ категорій сдѣлокъ inter vivos и mortis causa, какъ мы это находимъ въ новыхъ нѣмецкихъ кодексахъ. Такимъ образомъ, чтобы найти у французовъ частью тѣ же нормы, какія находимъ у нѣмцевъ въ общей части, въ ученіи о сдѣлкахъ, надо имѣть дѣло съ отдѣльными актами, касающимися того или другого института гражданского права, брака, завѣщаній, дареній, ипотеки и т. п. Вышняя, обрядовая сторона совершенія сдѣлокъ тоже не сведена къ общимъ для любыхъ сдѣлокъ нормамъ, а или сосредоточена въ общихъ положеніяхъ для обязательствъ (chap. VI титула 3 книги 3-ей), или разбита на особые положенія, связанные съ отдѣльными институтами.

*) Bürgerl. Gesetzb. f. d. Königl. Sachsen ст. 79—126, Имперск. нѣм. Улож., ст. 104—185. Нѣм. Улож. порвало съ латинскимъ дѣленіемъ дѣяній на контракты и деликты окончательно. Въ 1-омъ чтеніи еще видно въ составѣ Общ. части особый отдѣлъ для Rechtsgeschäfte (4-мй) и особый для небрежности и степеней вины въ гражд. смыслѣ (culpa, 5-мй). Это соответствовало дѣленію по двумъ факторамъ измѣненій юридическихъ отношеній у Виндшейда (Rechtsgeschäft §§ 69—100 и unerlaubtes Verhalten § 101). Теперь въ Общей части Уложенія 96 г. нѣтъ ученія о гражданской виновности. И въ ряду нов. учебниковъ часто выбрасываютъ или переименовываютъ отдѣлъ о гражданской виновности (см. Эндеманъ 8-ое изд., даже Дернбургъ только вскользь упоминаетъ объ этомъ, относя цѣлое ученіе въ систему обязательствъ. Das bürgerl. Recht. B. I § 102 пр. 7. Эндеманъ поставилъ это ученіе въ измѣненномъ видѣ въ отдѣлъ Общей части, Ausübung u. Schutz der Rechte, Widerrechtlichkeit, Schadenersatz, Strafe § 84b). Другіе, какъ напр., Crome, Cosack, удержали оба ученія, о сдѣлкѣ и недозволенномъ дѣяніи, въ составѣ Общей части. Нашъ проектъ, кн. 1, въ этомъ, какъ и въ другихъ случаяхъ, слѣдуетъ нѣмецкому Имперск. Уложенію. Въ пользу удержанія ученія о небрежности въ составѣ Общей части можно указать то обстоятельство, что все это ученіе тѣсно связано съ вопросомъ о дѣеспособности лица и общихъ основаніяхъ вѣнненія недозволенныхъ дѣяній. Мы увидимъ дальше, что въ Общей части слѣдуетъ касаться именно только основъ ученія о недозволенныхъ дѣяніяхъ, оставляя детали для системы права обязательственного, гдѣ будетъ виденъ результатъ вѣнненія должнаго или кульпознаго дѣянія, составляющій обязательство вознаградить вредъ и убытки.—Обостренный характеръ принялъ споръ объ отношеніи обоихъ главныхъ основаній возникновенія обязательствъ (сдѣлкѣ и delict'a, у Гаа, Inst. III, § 89, контракта и деликта) съ появленіемъ трактата Шлосмана (Vertrag). Наряду съ цѣлью упразднить ученіе о юридич. сдѣлкѣ, о чемъ скажемъ ниже, Шлосманъ доказываетъ, что въ составѣ одного волеизъявленія легко сочета-

Т. X ч. I опять и въ этомъ много ближе къ французскому, чѣмъ къ нѣмецкому образцу. Если возможно найти обобщенныя положенія для цѣлой категоріи сдѣлокъ, то также лишь для области договорныхъ сдѣлокъ (ст. 568—574 и 1528—1553), гдѣ нѣкоторыя положенія, напр., о правилахъ толкованія, могутъ имѣть и болѣе широкое, чѣмъ для одного этого вида сдѣлокъ, примѣненіе (ст. 1538—1539). Затѣмъ, общія положенія для всѣхъ *способовъ пріобрѣтенія правъ на имущества со стороны внутренней* исчерпаны въ пяти, шести статьяхъ, очень краткихъ, главы 2-ой третьяго раздѣла 2-ой книги; а вопросъ о *порядкѣ укрѣпленія* правъ на имущества или объ актахъ и способахъ ихъ совершенія развитъ широко въ стат. 707—933 (гл. III до VIII того же третьяго раздѣла 2-ой кн.). Изъ послѣдняго ряда статей въ изд. 1887 и 1900 гг. цѣлая масса выдѣлена изъ состава десятаго тома въ особое приложение къ ст. 708—709 того же тома для мѣстностей, гдѣ не введено Положеніе о нотаріальной части, а для мѣстностей, гдѣ оно введено, руководствомъ въ вопросахъ о *порядкѣ укрѣпленія* правъ на имущества должно служить это Положеніе, а для ввода во владѣніе Уст. Гражд. Судопроиз. ст. 1424—1437.

Остзейскій кодексъ заключаетъ въ себѣ очень обширное изложеніе ученія о юридическихъ сдѣлкахъ, съ внутренней и внѣшней стороны (т.-е. со стороны способа совершенія), въ рядѣ статей отъ 2909—3104, совершенно въ духѣ нѣмецкаго общаго ученія о сдѣлкѣ, независимо отъ того или другого ея вида, но

ютя признаки и сдѣлки и деликта. Возможности такого сочетанія никто не отвергалъ. Есть прямо такіе деликты, которые не совершаются иначе, какъ въ образѣ сдѣлки, напр., отчужденіе несостоятельнымъ должнику имущество во вредъ кредиторамъ. Авг. Тонъ старался вести наблюденіе Шлосмана въ надлежащія границы, допуская, что чрезъ заключеніе сдѣлки можетъ быть совершенъ деликтъ, но отвергая безусловно, чтобы моментъ противоправный могъ представлять собою необходимый элементъ нормальнаго состава сдѣлки. Регельсбергеръ указалъ, что закладъ собственнику *сво-же вещи* не дастъ въ результатъ юридической сдѣлки, также какъ тайное присвоеніе *безхозяйной вещи* не образуетъ состава деликта. Такимъ образомъ одно и то же дѣяніе можетъ входить въ составъ и сдѣлки и деликта... Но вотъ чего нельзя допустить, чтобы *цѣлымъ* фактическій составъ сдѣлки покрывался *цѣлымъ* фактическимъ составомъ деликта (Pandekten, стр. 476, прим. 13 и 14).—Herm. Isay отмѣчаетъ какъ существенное въ этомъ анализѣ различіе не дѣяній на двѣ категоріи, а ихъ факческаго состава. Для освѣщенія вопроса объ юридическомъ эффектѣ сдѣлокъ съ этимъ деликтнымъ моментомъ онъ беретъ тотъ-же примѣръ отчужденія несостоятельнымъ вещей во вредъ кредиторамъ. Это собственно вопросъ о примѣненіи гражданской или уголовной нормы къ данному дѣянію, который повелъ нѣмецкую юриспруденцію, теоретическую и практическую, къ важнымъ принципиальнымъ контроверзамъ (Isay, Die Willenserklärung... 1899 г., стр. 94 и слѣд.). Эти контроверзы вовсе, однако, не мѣшаютъ противопоставлять *общее ученіе* о сдѣлкѣ (контрактъ, по Гаю), которой юридическій эффектъ нормально предусматривается сторонами, и о деликтѣ, гдѣ юридическій эффектъ дѣянія наступаетъ нормально вопреки видамъ деликвента.

все это изложено не въ общей части, какъ теперь у нѣмцевъ, которой собственно и нѣтъ въ составѣ остзейск. кодекса, а какъ у французовъ, впереди ученія о договорныхъ обязательствахъ.

Формальная сторона совершенія сдѣлокъ преобразована въ прибалтійскихъ губерніяхъ, гдѣ съ 89 года введено Положеніе о нотаріальной части съ видоизмѣненіями указанными въ изд. 92 г. ст. 271—377.

Еще ранѣе (1875 г.) тоже Положеніе введено въ Варшавскомъ судебн. округѣ съ видоизмѣненіями по ст. 218—270 того же изданія.

Вотъ вопросъ о систематическомъ положеніи всего ученія объ измѣненіи и укрѣпленіи конкретныхъ гражданскихъ правоотношеній и о главномъ факторѣ этихъ измѣненій, — о *дѣяніи*.

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ излагать это ученіе въ порядкѣ принятомъ нѣмецкими пандектистами, избѣгая, однако, повторенія тѣхъ ученій, которыя исчерпываются въ пандектныхъ чтеніяхъ, и приближаясь къ положенію ихъ въ новыхъ кодексахъ, въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ и въ проектѣ комиссіи по составл. Гражд. Уложения. Этотъ порядокъ будетъ такой. Въ главѣ 1-ой этого отдѣленія мы изложимъ ученіе о сдѣлкахъ съ внутренней и внѣшней стороны; въ главѣ 2-ой разсмотримъ общія основы вмѣненія гражданскаго; въ главѣ 3-ей охрану правъ и ученіе объ исковой давности; въ гл. 4-ой ученіе объ осуществленіи права путемъ фактическимъ; въ главѣ 5-ой о категоріяхъ гражданскихъ правоотношеній. Внутри этихъ расчлененій возможно, безъ опасенія нарушить цѣльность изложенія, производить нѣкоторое расширеніе содержанія соотвѣтственно существу главной матеріи.

Проектъ Гражданскаго Улож., кн. 1-ая, Положенія общія, распредѣляетъ эти ученія по двумъ раздѣламъ, III разд. — Приобрѣтеніе и прекращеніе правъ (ст. 54—91), куда введена внутренняя и внѣшняя сторона строенія сдѣлки (принужденіе, ошибка, обманъ, порядокъ совершенія), а также представительство, — условіе, срокъ, законная сила сдѣлокъ, и разд. IV — охраненіе правъ (способы; исковая давность *)).

*) Раздѣлъ I, о лицахъ, и II, имущества, въ составѣ той же книги 1-ой не могли быть въ виду при IV изд. Чтеній (902 г.), ибо кн. 1-ая появилась въ печати въ 1903 г. Вся эта книга покоится тоже на плечахъ нѣмецкаго кодекса 96 г.; но къ удивленію необычайно скудна по своему содержанію и объему. На 240 статей Нѣм. Уложения здѣсь всего 124 ст., около половины статей Общей части у нѣмцевъ, хотя остальные 4 части, включающія нѣкоторые институты торговаго права, много объемистѣе и обильнѣе статьями, чѣмъ то же Германское Уложеніе.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

УЧЕНИЕ О ЮРИДИЧЕСКОЙ СДѢЛКѢ.

§ 45.

Понятіе юридической сдѣлки. — Главнѣйшія литературныя явленія. — Ученіе Шлосмана. — Схоластическія проблемы. — Законы физическіе и правила и исключенія въ сферѣ юридическихъ нормъ. — Параллель со способами счисленія времени. — Специфическая цѣль ученія о сдѣлкѣ. — Самоопредѣленіе воли въ составѣ института. — Виды сдѣлокъ, особенно волеизъявленія включающія воспріятіе и неключающія такового. — Планъ изложенія.

Мы различили въ кругу дѣйствій, такъ или иначе прикасающихся къ сферѣ гражданскихъ правоотношеній, такія, которыя свободно направляются къ измѣненію этихъ правоотношеній въ томъ или другомъ смыслѣ. Такихъ дѣйствій цѣлая масса. Если нашу задачу въ этомъ общемъ ученіи составляетъ изученіе *общей юридической природы* такихъ дѣйствій, то намъ надлежитъ прежде всего обозначить признаки, коими мы отличаемъ эти дѣйствія отъ другихъ и опредѣляемъ, такимъ образомъ, ихъ общія свойства.

Въ виду крайняго разнообразія такихъ дѣйствій задача изученія общихъ ихъ отличительныхъ признаковъ, характерныхъ для права, ихъ общихъ свойствъ, представляется одною изъ самыхъ трудныхъ и controверзныхъ въ современной юриспруденціи. Въ этомъ *отвлеченномъ* видѣ такой задачи не ставила себѣ классическая юриспруденція. Въ классическомъ правѣ мы имѣемъ множество образцовъ совершенно законченной обработки *отдѣльныхъ конкретныхъ явленій изъ этой области дѣяній*, направленныхъ на измѣненія того или другого вида конкретныхъ правоотношеній. Классическая литература даетъ намъ большое обиліе отдѣльныхъ видовъ договорныхъ сдѣлокъ, дѣйствій, направленныхъ на приобрѣтеніе, прекращеніе вещныхъ правъ, на установленіе, измѣненіе правоотношеній семейныхъ, актовъ послѣдней воли. По отношенію къ каждому изъ такихъ дѣйствій мы найдемъ въ классической юриспруденціи значительный запасъ юридическихъ нормъ, которыми регулируется внутренняя и внѣшняя сторона волеизъявленія или дѣянія, производящаго измѣненія въ данной сферѣ правоотношеній. Но въ классической литературѣ мы не найдемъ не только цѣльнаго и стройнаго ученія *обо всѣхъ этихъ*

разнообразныхъ проявленійхъ воли вмѣсть взятыхъ, но ниже общаго техническаго термина для обозначенія всѣхъ этихъ явленій.

Изъ современныхъ литературъ такой общій терминъ для волеизъявленій или дѣяній, направленныхъ вообще на измѣненіе гражданскихъ правоотношеній, выработанъ литературой нѣмецкой. Этотъ общій техническій терминъ есть *юридическая сдѣлка*, das Rechtsgeschäft. Ему соотвѣтствуютъ лишь въ нѣкоторой степени, далеко не вполне, латинскія наименованія, negotium, actus, но въ составѣ пандектовъ мы не найдемъ никакой готовой *общей теории* для negotia любого типа.

Литература этого вопроса, въ общемъ и въ частности, совершенно неисчерпаемая. Указанія на это богатство легко найти во всякомъ пандектномъ учебникѣ. Ennessegerus пытался дать контроверзамъ нѣкоторую группировку въ двухтомномъ соч. Rechtsgeschäft, Bedingung u. Endtermin. Написанное въ 1888 г. это сочиненіе уже далеко не исчерпываетъ обилія трудовъ самаго разнообразнаго содержания и достоинства, направленныхъ на освѣщеніе ученія въ настоящее время. Написавшій въ 1901 г. цѣлый трактатъ на тему De la déclaration de volonté (къ ученію о юрид. сдѣлкѣ по нѣмецк. Гражд. Уложенію, ст. 116—144) французск. цивилистъ Raymond Saleilles даетъ указатель главныхъ работъ по вопросу, тоже неисчерпывающій, но настолько обильный, что вызываетъ удивленіе Dernburg'a этимъ своимъ усердіемъ проникнуть въ глубь этихъ чисто нѣмецкихъ ученій, пріѣвшихъ въ этомъ обиліи очевидно и самимъ нѣмцамъ. Изъ новыхъ толкователей кодекса несомнѣнно въ данномъ вопросѣ впереди слѣдуетъ поставить Zitelmann'a, который еще смолоду углублялся особенно въ область психологіи, чтобъ найти постоянныя базы для юридическаго примѣненія понятій воли, волеизъявленія, дѣянія, движенія и проч., и Leonhard'a, тоже съ первыхъ своихъ литературныхъ опытовъ обнаруживавшаго больше склонности къ юридическому, чѣмъ къ философскому мышленію (о первыхъ трудахъ этихъ писателей см. въ Юридическ. библіографіи проф. Андреевскаго, 1884 г. № 1-ый, стр. 30 п. 24). Теперь оба писателя публиковали свои Общія ученія по новому Гражд. Уложенію (Zitelman d. Recht. d. bürg. ges. buch., allgem. Theil., 1900 г., Leonhard d. allgemeine Theil. d. BGB, 1900 г.), гдѣ читатель найдетъ болѣе тщательную, чѣмъ въ другихъ сочиненіяхъ общаго содержанія, разработку именно этихъ ученій, входящихъ въ общую часть. Вездѣ богатыя библіогр. указанія, которыя, однако, теперь приходится вновь дополнять текущей

литературой. Это литературное движение осталось не без результата и въ нашей научной цивилистической литературѣ. Въ 1900 г. появился на русск. языкѣ замѣчательный трактатъ проф. Д. Д. Гримма Основы ученія о юридической сдѣлкѣ въ современ. нѣмецкой доктринѣ пандектнаго пр. (пролегомены къ общей теоріи гражданского права) 1900 г. Достаточно просмотрѣть обширн. оглавленіе книги, чтобы убѣдиться, насколько задача изслѣдованія поставлена шире и глубже одного цивилистическаго ученія, взятаго хотя бы въ связи съ общей теоріей Гражд. пр., и какъ тѣсно она прикасается основныхъ вопросовъ не одной цивилистики, но права вообще, вмѣстѣ съ пересмотромъ задачъ психологіи и гносеологіи. При помощи книги Гримма русскій читатель легко освоится съ размѣромъ задачъ новой нѣмецкой науки права... Для цивилиста тутъ виденъ пока лишь размѣръ задачи и общее направленіе движенія, отнюдь не результаты, которые стояли бы въ какомъ бы то ни было отношеніи къ этимъ необъятнымъ планамъ. Намъ, въ дальнѣйшемъ, независимо отъ интереса этого общаго движенія, придется останавливать вниманіе главнымъ образомъ на тѣхъ его сторонахъ, которыя близко связаны съ отдѣльными ученіями дѣйствующихъ системъ Гражданскаго права. Этимъ путемъ идетъ Saleilles, излагая ученія о сдѣлкѣ въ послѣдовательномъ порядкѣ статей Имп. код. 96 г. За подробностями отсылаемъ къ его обширной монографіи, ибо для насъ здѣсь существенна *краткое изложеніе общихъ ученій о юридической сдѣлкѣ.*

Если этотъ терминъ сталъ очень ходячимъ въ нѣмецкой цивилистикѣ съ начала истекшаго столѣтія, то отсюда еще очень далеко до безспорности самаго понятія юридической сдѣлки. При зарожденіи этого понятія довольствовались такими общими признаками, которые отличали его отъ дѣйствій или безразличныхъ для права, или, хотя и производящихъ юридическія послѣдствія, но по существу неправомѣрныхъ, а наоборотъ, правонарушающихъ.

Въ дальнѣйшемъ развитіи ученія раскрывались все большія и большія трудности не только въ подробностяхъ изученія природы юридической сдѣлки вообще, но даже прямо въ установленіи самаго понятія *). Эти споры далеко не исчерпаны и те-

*) Чтобы убѣдиться, сколько труда и времени необходимо для одного очищенія понятія сдѣлки отъ соприкосновенія съ другими актами воли, достаточно просмотрѣть у Эндемана Lehrbuch изд. 8-ое § 61 п. 2 и примѣч. къ тексту, и всё же провести вполнѣ точную разграничительную линію между понятіемъ сдѣлки и процессуальнаго дѣянія, а затѣмъ между юридической сдѣлкой въ точномъ смыслѣ и правомѣрнымъ дѣяніемъ вообще не удастся

перъ. Въ текущей литературѣ не только развиваются все далѣе и далѣе контроверзы по основнымъ проблемамъ этого ученія, но выражаются прямо сомнѣнія въ практическомъ значеніи самой постановки *теоретическаго ученія о юридической сдѣлкѣ вообще* для цивилистики.

Мы попытаемъ установить такое общее понятіе юридической сдѣлки, въ коемъ будутъ заключаться лишь тѣ признаки, безъ коихъ дѣяніе или волеизъявленіе неспособно достигнуть желаемого эффекта въ области гражданскихъ правоотношеній.

И такъ, въ самомъ общемъ смыслѣ подъ юридической сдѣлкой мы разумѣемъ *такое волеизъявленіе лица, или такое его дѣяніе, коимъ, въ предѣлахъ его гражданской дѣеспособности, достигаются измѣненія правоотношенія, на которое волеизъявленіе направлено* *).

Возможно очень много возразить и противъ этого и противъ любого другого опредѣленія понятія сдѣлки. Причина этой неспорности любыхъ опредѣленій заключается въ томъ, что, устанавливая понятія въ данномъ случаѣ, мы вовсе не обнимаемъ исполнѣ предметъ, опредѣлившійся какъ живое явленіе въ какой либо конкретной системѣ, а лишь ставимъ себѣ задачу предварительнаго общаго изученія предмета въ предѣлахъ болѣе или менѣе широкихъ, чтобы затѣмъ перейти къ детальному изученію того же явленія на отдѣльныхъ институтахъ гражданской системы. Здѣсь, стало быть, допустимо нѣкоторое разнообразіе въ установкѣ предѣловъ понятія, смотря по цѣли изученія.

Если задача общаго ученія о юридической сдѣлкѣ будетъ поставлена широко, исчерпывающимъ образомъ, то въ этомъ общемъ ученіи намъ надо будетъ сосчитаться съ любыми явленіями измѣненія гражданскихъ правоотношеній посредствомъ актовъ воли людей. Есть писатели, которые именно такъ ставятъ себѣ задачу. Выполнить эту задачу такъ же трудно, какъ дать единую конструкцію для союзной правоспособности вообще. Это дѣлаютъ германисты, особенно этого старается достигнуть Гарпе въ своей *Genossenschaftstheorie*. Получается крайне сложная фигура, въ которую введены самые различные типы, одни въ качествѣ опредѣляющихъ главнѣйшія черты ея строенія, другіе дающіе безчисленные видоизмѣненія этихъ чертъ. Нельзя себѣ

пока и при самой детальной разработкѣ вопроса. Ср. тоже у Дернбурга: *D. bürgerl. Recht* B. I (902 г.) § 107, II (стр. 330 и слѣд.). Изъ многочисленныхъ учебниковъ по Нов. Гражд. Уложен. обстоятельнѣе другихъ все ученіе о сдѣлкѣ у *Leonhard Der allgemeine Theil*. 1900 г. Понятіе и разграниченія особ. § 68.

*) *Crome System d. deutsch. bürgerl. R.* т. I. 1900 г. § 79.

представить ничего болѣе безжизненнаго и спутаннаго. Чтобы добраться сквозь эту путаницу ученія до конкретных явленій дѣйствительности, надо вновь расчленивъ и поставить отдѣльно все разнообразіе насильственно введенныхъ въ одну фигуру типовъ.

Другой пріемъ, и его мы будемъ держаться здѣсь, состоитъ въ томъ, чтобъ опредѣлить для понятія и строенія юридической сдѣлки только тѣ черты, коими это явленіе отличается отъ другихъ факторовъ измѣненія правоотношеній и освоиться здѣсь же съ общими свойствами актовъ, составляющихъ проявленіе въ системѣ гражданскихъ институтовъ самоопредѣленія личности въ сферѣ гражданскихъ ея правоотношеній. Здѣсь должны намъ раскрыться только общія внутреннія и внѣшнія свойства строенія юридическихъ сдѣлокъ.

Все, что внѣ этихъ общихъ свойствъ приближаетъ сдѣлку къ особымъ реквизитамъ и эффекту въ отдѣльныхъ группахъ правоотношеній и институтовъ, мы излагаемъ только въ ближайшей связи съ даннымъ институтомъ.

Мы идемъ, такимъ образомъ, путемъ среднимъ между излишнимъ развитіемъ общихъ *теоретическихъ* конструкцій въ ученіи о сдѣлкѣ, какое видно въ нѣмецкой цивилистикѣ, и почти исключительнымъ изученіемъ отдѣльныхъ формъ у французовъ.

Въ числѣ нѣмецкихъ теоретиковъ, очень разившихъ и искавшихъ *углубить теоретическое изученіе юридической сдѣлки*, слѣдуетъ назвать особенно Карлову (Гейдельбергъ), Леонгарда (Бреславль), Цительмана (Боннъ), которому принадлежитъ не одна работа по этому и соприкасающимся съ нимъ вопросамъ *).

Обозрѣніе вопроса о сдѣлкѣ, группировку направленій, оцѣнку ихъ даетъ проф. Ennecerus въ сочиненіи изъ 2-хъ отдѣловъ, озаглавленномъ *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin* (1-ый отдѣлъ—*Die Grundlagen*, 2-ой *die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte*) 1888—89 г.

Крайнее излишество теоретизированія въ области этого вопроса вызвало нѣкоторую реакцію въ нѣмецкой литературѣ, очень характерную для самого вопроса о сдѣлкѣ и для способовъ его

*) Не перечисляемъ этихъ работъ и ихъ заглавій, ибо указанія легко найти въ любомъ нѣмецкомъ учебникѣ пандектнаго права. Очень обширно эта матерія трактуется у Савиньи въ его Системѣ; въ послѣднее время особенно у Беккера (Гейдельбергъ), частью у Регельсбергера, также у Brinz'a въ т. IV его Пандектовъ, обработанномъ Лотмаромъ. По отдѣльнымъ ученіямъ, объ ошибкахъ, принужденіи, обманѣ, *causa* въ сдѣлкѣ, о сдѣлкахъ симулированныхъ, фиктивныхъ, о сдѣлкахъ абстрактныхъ, материально характеризованныхъ, о сторонѣ обрядной сдѣлокъ разнаго типа, въ нѣмецкой и французской литературѣ неисчислимая масса работъ.

обработки у нѣмцевъ. Въ виду этого мы въ двухъ словахъ ознакомимся съ идеями одного писателя, проф. Зигмунда Шлосмана, которому принадлежитъ любопытный трактатъ по этому предмету *Der Vertrag*, Leipzig 76 г. *).

Шлосманъ пишетъ собственно о договорѣ, но ставитъ свою задачу значительно шире, для всей области вопросовъ о юридической сдѣлкѣ. До появленія учебника Гуго (см. выше), какъ частью и теперь (у французовъ), вопросы, касающіеся сдѣлокъ вообще, разрабатывались въ виду договорной ихъ формы особенности. Шлосманъ въ указанномъ трактатѣ находитъ, что все ученіе о договорѣ, resp. о юридической сдѣлкѣ, составляетъ *чисто схоластическую проблему*, вовсе не выдержанную послѣдовательно въ юриспруденціи.

Мы опредѣлили выше понятіе сдѣлки признакомъ *волеизъявленія* субъекта въ предѣлахъ его гражданской дѣеспособности.

Шлосманъ, прежде всего, въ предѣлахъ взятой имъ задачи (договоръ) ставитъ вопросъ такъ: возможно ли обосновать силу и дѣйствіе договора *на волю лица?*

Самая постановка вопроса крайне краснорѣчивая. Обличая нѣмецкую юриспруденцію въ схоластичности проблемъ, какія она себѣ ставитъ, Шлосманъ держится самъ на почвѣ совершенно чуждой исторической и практической сущности юридическихъ институтовъ, и давая понятію договора совершенно абстрактный смыслъ, не связанный вовсе ни съ какой живой исторической и практической формой договорнаго права, опредѣляетъ свою задачу сопоставленіемъ этой задачи съ проблемами геометрическими! Чтобы обосновать юридическую силу договора (очевидно въ гражданскомъ правѣ, хотя понятіе договора, нѣтъ сомнѣнія, можно расширить далеко за предѣлы институтовъ гражданского права), Шлосманъ ищетъ нѣкоторой аксіомы, какія знаетъ геометрія, чтобы изъ этой аксіомы вывести, какъ въ геометріи, всѣ фигуры, составляющія содержаніе договорнаго права.

Увлеченный общимъ теченіемъ нѣмецкой юриспруденціи, Шлосманъ становится самъ очевидно на чисто теоретическую почву,

* Свои мысли, далеко не нашедши признанія у нѣмцевъ (въ числѣ противниковъ виднѣйшіе—Циттельманъ, Пернясъ), З. Шлосманъ вырабатывалъ не въ этомъ только трактатѣ, но еще и въ другомъ, особенно въ сочиненіи *Der Zwang*, и въ рядѣ журнальныхъ статей, нѣсколько смягчающихъ тонъ *Vertrag's*; на все вмѣстѣ читатель найдетъ указанія у Энкеккеруса. Въ русской литературѣ есть дѣйная *историческая* работа по вопросу, занимавшему Шлосмана. Это сочиненіе А. Г. Гусакова *Делиты и договоры*. Свести вопросъ на историческую почву, какъ это дѣлаетъ проф. Гусаковъ, значитъ, по нашему мнѣнію, раскрыть совсѣмъ другую и болѣе важную область для изысканій, чѣмъ та, на которой держится Шлосманъ.

далеко непригодную для разрѣшенія практическихъ проблемъ юриспруденціи.

Плюсманъ идетъ далѣе этого. Онъ ставитъ въ упрекъ юриспруденціи то именно, что составляетъ ея сущность, т.-е. приближеніе нормъ права къ дѣйствительности, къ практическимъ проблемамъ, со всѣми безчисленными приворочленіями, которыя общая догма терпитъ въ примѣненіи къ отдѣльнымъ институтамъ гражданскаго права.

Онъ обличаетъ уже собственно не юриспруденцію, а самое право въ томъ, что оно допускаетъ на ряду съ правилами исключенія. Онъ хочетъ для права такихъ же законовъ, какіе мы знаемъ для явленій физическихъ. Если паденіе барометра происходитъ подъ дѣйствіемъ атмосфернаго давленія, то пусть разъ произошло бы *исключеніе* изъ этого закона, самый законъ пересталъ бы существовать.

Отсюда получается слѣдующее заключеніе для права. Если основу договора составляетъ воля человѣка, то разъ дѣйствіе договора (сдѣлки) поставлено внѣ зависимости отъ этой основы, какъ и самый принципъ воли ни на что не нуженъ и не способенъ служить основаніемъ для силы договора (сдѣлки). Его надо откинуть и искать другого принципа, который соотвѣтствовалъ бы геометрическимъ аксіомамъ или физическимъ законамъ.

Юриспруденція, однако, какъ мы показывали выше, не есть ни физика, ни астрономія, ни фізіологія. Не отвергая ни одного изъ законовъ природы, она свойственнымъ ей методомъ перерабатываетъ событія и явленія для своихъ цѣлей, особенно для цѣлей извѣстности и постоянства правоотношеній.

Такой переработкѣ подвергаются не только внѣшнія явленія, но самый способъ ихъ опредѣленія, ближайшимъ образомъ, какъ было показано выше, способъ счисленія времени.

Казалось бы, не можетъ существовать болѣе неизбежной аксіомы какъ равенство двухъ единицъ времени, двухъ часовъ, двухъ дней. Между тѣмъ мы видѣли выше, что на ряду съ *computatio naturalis* мы имѣемъ *computatio civilis*, гдѣ счетъ времени совсѣмъ иной, чѣмъ въ астрономіи. Одно счисленіе времени, цивильное, принято у насъ какъ правило, а другое тоже принято, но только какъ исключеніе. Но мы знаемъ и еще различія въ опредѣленіи времени, — оно можетъ быть сплошное (*tempus continuum*), гдѣ всѣ единицы времени равны одна другой, но оно можетъ идти съ перерывами (*tempus utile*), гдѣ, въ юридическомъ только, конечно, примѣненіи, дни оказываются вовсе неравными одинъ другому. Въ послѣднемъ случаѣ будутъ *исключеніе*

ченны, совершенно вопреки идеямъ г. Шлосмана о тождествѣ законовъ физическихъ и юридическихъ, нѣкоторые дни и пойдутъ въ счетъ другіе (*dies fasti, nefasti, comitiales* и *non comitiales*, дни праздничные, неприсутственные и проч.).

Въ юридическомъ смыслѣ, такимъ образомъ, окажется невыдержаннымъ, допускающимъ исключеніе, не только равенство дней, но и равенство часовъ, ибо и часы будутъ удобны для дѣловыхъ операцій (не ночные, *sol occasus suprema tempestas esto*) и неудобны, когда прекращается не только судоговореніе, но и торгъ.

Не только время, но и *мѣсто*, пространство не будетъ сплошнымъ, какъ этого хотѣлъ бы Шлосманъ, по законамъ физики и геометріи. Не войдетъ въ *modus agrorum*, а будетъ составлять *исключеніе* изъ общаго правила, мѣсто изъятае изъ частнаго обладанія, по расчетамъ неизвѣстнымъ ни физикѣ, ни геометріи, ни астрономіи, но имѣющимъ силу въ юриспруденціи.

Криминалисты, коимъ даетъ Шлосманъ предпочтеніе передъ цивилистами, несомнѣнно идутъ дальше въ изученіи *подминныхъ* психическихъ процессовъ, чѣмъ мы; но и въ уголовномъ правѣ найдется не мало положеній, которыя по своему построенію далеко не будутъ соответствовать законамъ физики или физиологіи (злая и добрая воля, а не просто воля какъ нѣкоторый безразличный психическій процессъ) и еще менѣе геометрическимъ аксіомамъ.

Воля и волеизъявленія потому не признаются въ указанномъ ученіи за достаточное для утвержденія силы договора основаніе *), что возможны случаи, и мы не отвергаемъ этого, гдѣ

*) Мы ограничиваемся здѣсь указаніемъ отрицательныхъ результатовъ работы Шлосмана. Мы находимъ ихъ характерными для современной постановки ученія о сдѣлкѣ у иѣмцевъ. Шлосманъ на этомъ не останавливается и даетъ, взаимно разрушеннаго имъ, какъ онъ полагаетъ, ученія объ основаніи силы договора, свою реконструкцію, которую мы совершенно отвергаемъ и не почитаемъ даже любопытною. Это его ученіе формулировано въ разныхъ мѣстахъ *Vertrag'a* и въ журнальныхъ статьяхъ (подробн. указанія у *Ennesseguis'a* стр. 73); результатъ ученія выраженъ въ двухъ тѣзахъ (*Vertrag*, стр. 288 и 289). 1) Тотъ кому дано молчаливое или выраженное обѣщаніе, испытываетъ, при невыполненіи его, то же *чувство*, что и при нанесеніи имущественнаго вреда. 2) Основаніе, по коему давній обѣщаніе обязанъ устранить испытываемую промиссаромъ боль (*Leiden*), лежитъ въ общемъ и непосредственномъ правосознаніи, которое можетъ быть выражено какъ нетребующая доказательства аксіома въ положеніи: кто *виновнымъ образомъ* наноситъ обиду другому, тотъ обязывается возмѣстить понесенный отъ этого ущербъ. Въ этой предположительной аксіомѣ совершенно непонятно слѣдующее. Какимъ образомъ я, промиссаръ, буду почитать себя *обязаннымъ*, какъ при отнятіи мѣшъ принадлежащей вещи, простымъ невыполненіемъ обѣщанія, *если воля обѣщавшаго не связана этимъ актомъ*? Если же она связана обѣщаніемъ, тогда въ основѣ обязательства должна лежать воля, договоръ, который Шлосманъ считаетъ за *juristisches Nichts*. Выбросивъ *волю*, добрую, пзъ состава сдѣлки,

воля въ смыслѣ психическаго процесса есть налицо, а договоръ или сдѣлка вовсе не имѣетъ силы, и точно также есть случаи, гдѣ воля въ ея нормальномъ процессѣ вовсе отсутствуетъ, или, съ другой стороны, процессъ ея возникновенія вовсе не изслѣдуется, и не менѣе того сила сдѣлки несомнѣнна.

Совершенно ясно, что здѣсь, въ ученіи о сдѣлкѣ, больше чѣмъ въ другой области права, наша задача не въ томъ только, чтобъ сосчитаться съ законами физическими или психическими, а чтобъ достигнуть *цѣлей специфическихъ*, важныхъ для юриспруденціи воособенности.

Немудрено, поэтому, что у насъ образуется въ вопросахъ воли такая же *двойственность*, какую мы сейчасъ указали для счета времени въ правѣ. У насъ будетъ не только правило и исключеніе, чего не можетъ быть въ законахъ физическихъ, но мы будемъ наблюдать два теченія. Воля, воля человѣка, продолжая составлять главнѣйшій агентъ историческихъ и практическихъ процессовъ осуществленія и выработки права, его нормъ и всѣхъ его институтовъ, будетъ, *въ составъ сдѣлки*, въ составѣ известной категоріи актовъ, направленныхъ на измѣненіе конкретныхъ гражданскихъ правоотношеній, являться намъ то какъ простой психическій процессъ, обнаруживаемый въ любыхъ признакахъ (молчаливое согласіе), то какъ совершенно своеобразное проявленіе юридическаго формализма, совѣмъ непонятнаго съ психологической точки зрѣнія и объяснимаго только въ составѣ юридическаго акта по соображеніямъ чисто цивилистическимъ.

Шломанъ ввелъ се же въ свое построеніе вновь, но уже какъ злую, ибо промиттенъ *виновнымъ образомъ* (schuldhafter Weise) не выполняетъ своего обѣщанія. Развѣ вина можетъ заключаться въ томъ, что я не выполняю ein juristisches Nichts (стр. 165)?—Для силы сдѣлокъ юридическаго лица съ этимъ *чувствомъ* обиды въ конструкціи едва ли будетъ легче, чѣмъ съ *волей*. Воля много легче допускаетъ техническія конструктивные операціи въ цивилистикѣ, чѣмъ чувство (см. выше мысли Савиньи объ обидахъ юридическому лицу). „Аксиома“ Шломана должна быть отнесена къ той же категоріи смѣлыхъ безсмыслицъ или парадоксовъ, какъ и показанная нами выше воля юридическаго лица, построенная (по Гирке) изъ *частей воли* входящихъ въ составъ союза людей. Это парадоксы, способные произвести неотразимое впечатлѣніе на безсильную мысль. Отвергая всякую цѣну такихъ „аксіомъ“ и догматическихъ построеній, мы все, однако, не отрицаемъ научнаго значенія *историческихъ* изысканій, освѣщающихъ на почвѣ положительныхъ данныхъ вопросъ объ отношеніи чувства обиды и непосредственнаго правосознанія къ вопросу о силѣ договоровъ. Замѣтимъ только, что чувство обиды можетъ вовсе не совпадать съ составомъ понятія деликта или виновнаго дѣйствія. Наконецъ, и самое понятіе виновности есть также условное и измѣнчивое въ исторіи сознанія людей, какъ это было частью видно выше. Для исторіи развитія договорныхъ формъ надлежитъ, кажется, очень присматриваться къ тому что проф. Леонтовичъ называетъ *групповымъ* рядомъ въ отличіе отъ договорныхъ обязательствъ отдѣльныхъ людей.

Цѣлая масса недоразумѣній и контроверзъ, занимавшихъ нѣмецкую юридическую литературу по вопросу о юридической сдѣлкѣ, ея внутреннемъ и внѣшнемъ строеніи, связана именно, какъ мы думаемъ, съ совершенно отвлеченной отъ живыхъ явленій постановкой всего ученія. Когда стали изслѣдовать сдѣлку, то считали возможнымъ вопросъ о ея природѣ совершенно уединить, дать сдѣлкѣ, т.-е. отвлеченному представленію, такое положеніе, какое свойственно развѣ живому явленію, тому или другому институту юридическому, а не простой абстракціи отъ живыхъ явленій, составъ которой входитъ въ цѣлый рядъ институтовъ *). У Эннексеруса въ первомъ отдѣлѣ его трактата видны эти безконечные споры о природѣ сдѣлки, отношеніи ея къ закону, отношеніи воли къ волеизъявленію, волеизъявленія къ его юридическому эффекту. Эннексерусъ совершенно ошибается, утверждая, что Шлосманъ сражается съ врагомъ, котораго самъ себѣ создалъ. Этотъ врагъ, общій для Шлосмана и ряда другихъ изслѣдователей, есть, по справедливому замѣчанію Шлосмана, *схоластическая постановка вопроса* **), но самъ Шлосманъ все же не справился съ этимъ врагомъ, оставшись на точкѣ зрѣнія чисто теоретической и не воснувшись живыхъ источниковъ образованія понятія юридической сдѣлки, т.-е. юридическихъ институтовъ.

Вмѣстѣ съ Шлосманомъ цѣлый рядъ ученыхъ нѣмецкихъ юристовъ находятъ неодолимую трудность въ рѣшеніи вопроса, на чемъ держится эффектъ сдѣлки. Если это не есть воля лица, говорятъ они, тогда это будетъ законъ. Такимъ образомъ, сила сдѣлки условлена не актомъ воли ея субъекта, а заранѣе указаннымъ *ex lege* эффектомъ такого или иного волеизъявленія. Такія мысли поддерживаютъ совершенно серьезные люди, какъ Бехманъ, Лёнель, Лотмаръ, Кроне ***). Въ результатъ нѣко-

*) Здѣсь пріемъ такой же схоластической, какой мы увидимъ позже въ ученіи о давности. Долгое время цивилисты считали существеннымъ трактовать давность совершенно отвлеченно отъ отдѣльныхъ институтовъ, владѣтельской давности, usucapio, и исковой давности, praescriptio longi temporis, съ такими же результатами, къ конгъ теперь приводятъ отвлеченныя ученія о сдѣлкѣ. Противъ этой схоластики въ ученіи о давности направлялъ свои усилія Савиньи.

**) У нѣкоторыхъ теперешнихъ ученыхъ (Regelsberger), а также въ новомъ кодексѣ 18 авг. 96 г. и его литературной обработкѣ задача изученія сдѣлки ставится, такъ сказать, на одинъ шагъ ближе къ дѣйствительности, какъ и у Шлосмана, т.-е. въ составъ общихъ ученій о сдѣлкѣ (въ общей части системы и кодекса) вводится и общее ученіе или общія положенія о договорѣ. Итакъ, прежде ученіе о договорѣ включало нерѣдко, по образцу Code civ., основы общаго ученія о юридической сдѣлкѣ; теперь, какъ разъ наоборотъ, общія основы ученія о договорѣ вводятъ въ составъ ученія о сдѣлкѣ. Мы сейчасъ будемъ имѣть случай высказаться по этому вопросу.

***) System t. I. 1900 г., § 79. Windscheid-Kipp §§ 63 и 69 прим. 1а.

торые приходятъ къ упраздненію различія такихъ очевидно различныхъ институтовъ какъ наследованіе по завѣщанію и по закону, ибо не только въ послѣднемъ, но и въ первомъ случаѣ эффектъ сдѣлки достигается посредствомъ легальной нормы, а не черезъ волеизъявленіе, не черезъ тестаментъ.

Это очевидное смѣшеніе понятій, вызванное совершенно схоластической постановкой вопроса о юридической сдѣлкѣ. Акты воли людей, какъ мы видѣли, дѣйствуютъ и въ области образованія нормъ, особенно нормъ гражданскаго права, и въ области измѣненія правоотношеній. И тутъ и тамъ воля человѣка есть сила творческая въ правѣ. Но тамъ, гдѣ мы говоримъ о юридической сдѣлкѣ, тамъ натурально *дѣйствіе нашей воли ограничено предѣломъ института, и юридическая сдѣлка направляется не на измѣненіе института, а лишь на измѣненіе правоотношеній*. Въ указанномъ примѣрѣ завѣщательнаго акта, также какъ и въ любомъ другомъ, самоопредѣленіе лица ограничено предѣлами института, *но все же это есть самоопредѣленіе воли*. И этого мало, не только дѣйствіе, вліяніе волеизъявленія на правоотношенія обнаруживается въ составѣ института и никакъ не иначе, но и самое волеизъявленіе можетъ имѣть силу только въ предѣлахъ юридической дѣеспособности лица и въ условіяхъ извѣстной обрядности, которая даетъ волеизъявленію его опредѣленную природу.

Все это ясно какъ день для того, кто не оставляетъ почвы дѣйствительности при изслѣдованіи юридическихъ явленій, и все это способно дать поводъ къ недоразумѣніямъ и спорамъ, какъ только разсужденія о юридическихъ явленіяхъ теряютъ эту почву и уходятъ въ область схоластическихъ проблемъ или изысканій чисто теоретическаго свойства.

Намъ остается сказать *о различныхъ видахъ* юридическихъ сдѣлокъ и группировкѣ ихъ въ тѣ или другія категоріи по общимъ ихъ признакамъ.

Обычныя группировки сдѣлокъ на одностороннія и обоюдныя, возмездныя и безмездныя или дарственныя, *inter vivos* и *mortis causa*, насъ здѣсь не интересуютъ, ибо все это исчерпывается въ пандектныхъ чтеніяхъ. Съ вопросомъ о сдѣлкахъ, или по нашей легальной терминологіи, о *приобрѣтеніи* правъ на имущества *дарственнымъ* или безмездномъ (т. X ч. I рубрика разд. I) и о *порядкѣ обоюднаго приобрѣтенія* (тамъ же рубр. разд. III) мы будемъ имѣть случай встрѣтиться позже. — На противоположеніи же сдѣлокъ одностороннихъ и обоюдныхъ или двустороннихъ мы остановимся коротко здѣсь же въ виду нѣкотораго измѣненія въ

систематическомъ распредѣленіи ученій въ составѣ частей общей и особенной, которыя находимъ въ Имперскомъ Уложеніи 96 г. и у многихъ толкователей этого кодекса, которые обыкновенно держатся его легальной систематики. Проектъ нашъ, Полож. Общ., ст. 56, лишь мимоходомъ отмѣтилъ эту группировку.

Ученіе о *договорѣ*, тѣснѣйшимъ образомъ связанное съ системой обязательствъ, не вводилось обыкновенно въ пандектныхъ руководствахъ въ составъ общей части какъ отдѣльное ученіе о сдѣлкѣ двусторонней въ противоположность сдѣлкамъ одностороннимъ. Савиньи указалъ, однако, широкій смыслъ договора, въ который входитъ не только обязательственный договоръ, но и таеъ называемый *dinglicher Vertrag* (договоръ съ вещнымъ дѣйствіемъ) и много другихъ явленій двухстороннихъ сдѣлокъ, каковы бракъ, усыновленіе, эманципація. Германисты знаютъ еще примѣненіе понятія договора въ области распоряженій на случай смерти (*Erbvertrag*). Въ этомъ широкомъ примѣненіи понятія *) легко было указать основаніе для перенесенія общаго ученія о договорѣ въ новомъ кодексѣ изъ области обязательствъ въ часть общую, куда *Vertrag* и былъ внесенъ въ 1-мъ чтеніи проекта (IV Abschn. 3-й Titel *Vertragschliessung* § 77—90). Вторая коммиссія нашла, что широкій смыслъ понятія *Vertrag* не соответствуетъ обыкноуной рѣчи (*Sprachgebrauch des Volkes*) и замѣнила во многихъ случаяхъ слово *Vertrag* словомъ *Einigung* (одиначество, см. указан. внизу ссылку на Виндшейдъ — Kipp, прим. къ § 69, стр. 271), что, однако, по существу ничего не мѣняетъ **). Толкователи теперь дѣйствующаго Имперскаго кодекса удерживаютъ, согласно легальной систематики, ученіе о договорѣ, особенно заключеніе договора, *въ составѣ общей части*. — Мы не имѣемъ основанія слѣдовать этому образцу, ибо ни въ нашей, ни (частью) въ системѣ *Code civil* понятію договора нельзя давать такого широкаго примѣненія, какое ему присваиваютъ нѣмецкіе систематики. Сверхъ того, нѣтъ сомнѣнія, что задача изложенія абстрактныхъ ученій въ составѣ общей части тѣмъ больше выигрываетъ, чѣмъ она менѣе осложнена. При этомъ само ученіе о договорѣ несравненно рельефнѣе выступаетъ при сопоставленіи его съ другими основаніями обязательствъ, особенно съ одностороннимъ общаніемъ, чѣмъ въ той одинокой, отвлеченной и отрѣшенной отъ всякаго

*) Savigny System III § 140 (*Vertrag*) § 141 (продолженіе). Ни у Вавгрова, ни у Виндшейда этого нѣтъ, кромѣ послѣдняго изд. Kipp'a, гдѣ въ приложеніи падателя къ § 69 (стр. 271) читатель найдетъ любопытныя указанія къ вопросу.

***) Dernburg. D. bürg. R. I, B. (1902), стр. 334 конецъ и примѣч. 7.

опредѣленнаго юридическаго эффекта постановкѣ, какую нынѣ даютъ этому ученію, вѣрнѣе нѣкоторой части этого ученія, Имперскій кодексъ 96 г. и его толкователи *).

Мы не будемъ сейчасъ разсматривать и другихъ двухъ категорій сдѣлокъ, матеріальныхъ и формальныхъ (абстрактныхъ), хотя это ученіе должно быть отнесено *изъ общей части*, по тому соображенію, что ему надо предпослать нѣкоторое разъясненіе каузальнаго момента въ составѣ сдѣлки, о чемъ мы будемъ имѣть случай сказать впоследствии.

Наконецъ, новые систематики вводятъ еще группировку сдѣлокъ, по одному общему для многихъ изъ нихъ признаку, который прежніе цивилисты проходили безъ вниманія. Весьма пристальное изученіе разнообразнаго состава сдѣлокъ, которое было вызвано воособенности кодификаціонной работой молодой Имперіи, дало такой результатъ. Есть волеизъявленія и правомѣрные дѣявія, особенно въ циклѣ одностороннихъ актовъ воли, вліяющія на измѣненія правоотношеній, которыхъ юридическій эффектъ не зависитъ отъ того, *обращены они къ кому либо, или нѣтъ*. Юридическій эффектъ другихъ категорій сдѣлокъ, воособенности договорныхъ, болѣе или менѣе полно связанъ именно съ такимъ обращеніемъ волеизъявленія къ кому либо. Въ работахъ нѣмецкихъ кодификаціонныхъ комиссій, участниками коихъ были цивилисты, практики и ученые, первѣйшаго разбора, есть много слѣдовъ тщательнѣйшаго изученія этого различія, которому они придавали большое значеніе. Artt. 130, 131, 132, воособенности въ составѣ общей части *Bürg. Gesetzbuch*, и рядъ статей части особой этого кодекса разработанъ въ виду этого наблюденія. Называли ту и другую категорію волеизъявленій *adressierte und nichtadressierte Willenserklärungen*. Цительманъ въ трактатѣ „*Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe*“ (изд. Bekker u. Fischer) предложилъ новый въ цивилистикѣ *терминъ* для этого явленія **). Для обращенныхъ къ кому либо волеизъявленій *empfangsbedürftigen*, для противоположной категоріи *nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen*. Новый терминъ скоро сталъ общимъ достояніемъ литературы, даже учебниковъ; и читатель встрѣтитъ его у Дернбурга, Козака, Кроме и въ самомъ распространенномъ учебникѣ Эндемана (8-е изд.). Даже старый противникъ Цительмана, профессоръ Леонгардъ, нашелъ его совершенно подходящимъ. Мало того, его передалъ на французскій языкъ Saleilles такъ,

*) Мы уже держались этого порядка при разработкѣ Пособія, часть особен. вып. II.

***) Указ. сочин. т. I, стр. 22 и 23 (Terminologisches).

для 1-ыхъ *implicant réception*, для 2-хъ *non implicant*. По-русски, быть можетъ, было-бы удобно передать это словами: включающая воспріятіе сдѣлка или нѣтъ *), но терминологія дѣло трудное и мы охотно оставляемъ пока вопросъ открытымъ **).

Явленіе сдѣлокъ не включающихъ воспріятія очень частое въ цивилистикѣ. Ихъ множество. Таково прекращеніе владѣнія, объявленіе награды, креадія предъявительной бумаги, призваніе происхожденія дѣтей отъ извѣстнаго родителя, волеизъявленія на случай смерти, принятіе или отреченіе отъ наслѣдства. Когда либо эти волеизъявленія или правомѣрныя дѣянія (прекращеніе владѣльческаго состоянія) будутъ восприняты заинтересованнымъ. Но для строенія сдѣлки характерно то, что юридическій эффектъ ихъ въ моментъ волеизъявленія вовсе не стоитъ въ зависимости отъ этого послѣдующаго воспріятія. Они сильны сами собой, какъ *nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen*. Акты эти не суть

*) Цительманъ требуетъ для термина 2-хъ свойствъ, онъ долженъ быть *kurz u. durch sich selbst klar*. Эти качества есть налицо въ его терминѣ. Что означаетъ русскій терминъ (включающая воспріятіе сдѣлка или волеизъявленіе) это легко уяснить себѣ всякій юристъ: „включающая“, *въ своемъ составѣ*, конечно, „воспріятіе“ сдѣлка. *Составъ юридической сдѣлки*, фактической *составъ волеизъявленія*, это — собственно *corpus negotii*, необходимые элементы, безъ наличности коихъ нѣтъ понятія сдѣлки такой-то, или волеизъявленія такой-то категоріи. Для краткости мы выпускаемъ изъ термина слово *составъ*. Терминъ *corpus negotii* (составъ сдѣлки) аналогиченъ съ терминомъ *corpus delicti*, составъ преступленія, употребляемымъ криминалистами, и нынѣ *mutatis mutandis* совершенноходящій въ цивилистикѣ, особенно нѣмецкой. — Сочиненіе Леонгарда, указанное въ текстѣ, есть *Der allgemeine Theil d. Bürgerl. Ges. Buch. 1900 г. стр. 263*. Saleilles *De la déclaration de volonté* даетъ обширный экскурсъ къ стр. 130, 131, 132 *Bürg. Ges. Buch.*, см. особ. § 1 къ art. 130, 3 (стр. 120) и многія другія мѣста.

**) Насколько трудно ладить, особенно въ мало дисциплинированномъ кругу „специалистовъ“, въ этихъ вопросахъ, показываютъ не разъ поразительныя недоразумѣнія, которые оказываются въ работахъ Редакціонной Комиссіи по Гражд. Уложенію. Мы скоро будемъ имѣть случай объясниться по вопросу о выброшенномъ и ничѣмъ незамѣненнымъ терминѣ *дѣеспособность* (*Handlungsfähigkeit*), который и нѣмцы не находили точнымъ, но замѣнили его болѣе точнымъ *Geschäftsfähigkeit*, *способность совершенія сдѣлки*, а не менѣе точнымъ и совершенно непригоднымъ *Rechtsfähigkeit*, правоспособность, имѣющимъ совсѣмъ другой смыслъ, какъ это случилось у насъ. Тотъ же курьезъ въ примѣненіи понятія „права вогчиннаго“ къ разнымъ явленіямъ и между прочимъ къ „праву авторскому“, которое составляетъ въ системѣ книги третьей раздѣлъ VII (этому трудно повѣрить, и мы приглашаемъ читателя убѣдиться въ этомъ посредствомъ справки съ печатнымъ подлинникомъ проекта книги 3-й, 1902 г., гдѣ все это окажется какъ въ оглавленіи, такъ и въ текстѣ, стр. 90) именно „Вогчинное право“. Неожиданность побудила насъ пересмотрѣть терминологію книги второй проекта, „Семейственное право“, чтобъ видѣть, какъ тамъ обошлись съ *правами отца* по отношенію къ дѣтямъ, тоже *отчиму*, съ *отчествомъ* дѣтей, которая только говоримъ, а не этимологически отличны отъ *отчиму* или вогчины. Что же и здѣсь та же связь отчины съ правомъ авторскимъ, какъ въ книгѣ 3-й проекта? Къ радости оказалось, что редакторы не имѣли мужества послѣдовательности и удержали старыи терминъ *родительской власти*. Такое же терминологическое недоразумѣніе произошло и съ терминомъ „условіе“, *условная сдѣлка*, которая, какъ мы сейчасъ покажемъ, по проекту будетъ налицо тамъ, гдѣ нѣтъ никакого „условія“.

ни выжидательные, ни условленные наступленіемъ послѣдующаго событія, какими обыкновенно бывають сдѣлки двустороннія (договоръ), когда до времени развернута лишь одна сторона дѣлаго состава сдѣлки. Эти акты суть сами по себѣ дѣльные, рѣшительные и безповоротные съ мѣста и тутъ же связанные со всѣмъ свойственнымъ данной сдѣлкѣ составомъ ея юридическавъ послѣдствій.

Невключаящія воспріятія волеизъявленія могутъ, однако, для своего состава требовать обращенія ихъ къ должностному лицу или установленію. Итакъ, для отреченія отъ права собственности на недвижимость волеизъявленіе имѣетъ быть сдѣлано передъ гипотечнымъ установленіемъ. Это не значить, что сила его поставлена въ зависимость отъ воспріятія или принятія *) *стороной*. По отношенію къ заинтересованному волеизъявленіе для своей силы вовсе не требуетъ его соучастія, воспріятія или принятія имъ этого изъявленія. Въ виду этого Цительманъ различаетъ двѣ категоріи воспріятія сдѣлокъ, которыя характеризуетъ ихъ юридическое построеніе, это—*amtsempfangsbedürftige* и *parteiempfangsbedürftige Rechtsgeschäfte*, т.-е. сдѣлки, для состава коихъ все же не нужно воспріятіе волеизъявленія *другой стороны*, которыя, стало быть, совершаются односторонне (не требуютъ воспріятія въ этомъ смыслѣ), но при томъ, однако, съ непремѣннымъ требованіемъ явки, увѣдомленія, оповѣщенія ихъ *по начальству*, безъ чего онѣ не имѣютъ юридическаго эффекта (*amtsempfangsbedürftige*). Нѣмецкіе систематики (Цительманъ) составляютъ дѣльные каталоги сдѣлокъ по новому кодексу, зачисляя ихъ въ ту или другую категорію. Это очень дѣнная для изученія юридической природы сдѣлокъ, при этомъ нрѣдко трудная и далеко не безспорная операція.

Мы ограничиваемся здѣсь признакомъ строенія сдѣлки той или другой категоріи, безъ приложенія къ дѣйствующему праву и къ проекту, хотя внѣ всякаго сомнѣнія этотъ анализъ одинаково приложимъ къ юридическимъ сдѣлкамъ нѣмецкаго, французскаго (Saleilles), нашего и вообще любого права. Детали, какъ онѣ ни интересны, не могутъ войти въ границы общаго курса и общаго ученія объ юридической сдѣлкѣ.

Замѣтимъ здѣсь, что и одностороннія волеизъявленія, напр. предупрежденіе должника о наступленіи срока (*interpellatio*, Ma-

*) Мы употребляемъ терминъ *воспріятіе*. Это собственно *Vernehmung*. Цительманъ и многіе писатели говорятъ не о воспріятіи, а просто о *принятіи*, *Empfang*. Разница можетъ быть выяснена только въ связи съ ученіемъ о договорѣ. Здѣсь она не существенна.

hing), или извѣщеніе кредиторомъ должника о послѣдовавшей уступкѣ (cessio) требованія (denuntiatio) должны быть отнесены къ категоріи empfangsbedürftige Willenserklärungen.

Что касается сдѣлокъ двустороннихъ, договоровъ, то натуральный составъ ихъ необходимо предполагаетъ принятіе или воспріятіе однимъ контрагентомъ волеизъявленія, обращеннаго къ нему со стороны другого. Контрактъ есть по своему составу принятая оферта. Это, стало быть, необходимо parteiempfangsbedürftige Willenserklärung. Волеизъявленіе, которое ни къ кому не обращено, нельзя назвать предложеніемъ, офертой. Оферта представляетъ собою необходимо выжидательную позицію оферента, до извѣстной поры въ принципѣ допускающую отказъ, которымъ можетъ разрѣшиться эта начальная стадія образованія договора. Новый составъ сдѣлки, имѣющей въ своей основѣ договоръ, наступить съ момента встрѣчнаго волеизъявленія, съ наличностью акцепта. Очевидно, что для образованія этого состава сдѣлки необходима способность совершенія сдѣлки не только со стороны оферента, но также и со стороны акцептанта. Если бы ея не имѣлъ акцептантъ, то волеизъявленіе оферента должно быть обращено къ компетентному лицу или установленію, и это лицо принимаетъ его или отказываетъ не въ качествѣ только должностного (какъ было замѣчено выше для amtsempfangsbedürftige Willenserklärungen), а въ качествѣ замѣстителя сторонъ, стало быть, сдѣлка остается по своему строенію parteiempfangsbedürftig *).

Дальнѣйшее изложеніе ученія о юридической сдѣлкѣ мы расчленимъ на слѣдующіе главные раздѣлы. *A. Ученіе о внутреннемъ строеніи сдѣлки*, или о внутреннемъ ея формализмѣ. *B. Ученіе о внѣшней сторонѣ сдѣлки*, о волеизъявленіи или обрядности въ совершеніи сдѣлокъ. Такъ какъ въ массѣ случаевъ акты волеизъявленія совершаются нынѣ не самимъ субъектомъ сдѣлки, а съ содѣйствіемъ другого лица, и этотъ вопросъ касается какъ внутренней, такъ и внѣшней стороны сдѣлки, то велѣдъ за этими двумя отдѣлами мы укажемъ здѣсь же *C. Основы ученія о представительствѣ* въ гражданскомъ правѣ и *D. Связанныя съ тѣми или другими пороками сдѣлки явленія ея безсилія* и общія правила толкованія волеизъявленій въ гражданскомъ правѣ.

Наше законодательство заключаетъ въ себѣ, въ состояніи зародышномъ, несомнѣнно правильную систематику понятій, кото-

*) Положеніе art. 151 первая половина не составляетъ исключенія, какъ думаетъ Endeman (стр. 316), ибо предполагаетъ или заранѣе данное согласіе принять, или установившійся между сторонами порядокъ дѣловыхъ сношеній именно въ этомъ смыслѣ.

рья насъ здѣсь занимають. Раздѣль 3-тій книги второй носить титуль: *О порядокъ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ вообще*. Несмотря на это широкое заглавіе, въ этомъ раздѣлѣ отдѣльныя главы касаются *не правъ вообще*, а лишь правъ по имуществамъ. Мы будемъ въ ученіи о сдѣлкѣ ставить нашу задачу шире, ибо юридическая сдѣлка направляется не только на приобрѣтеніе, но и вообще на измѣненіе, въ самомъ обширномъ смыслѣ, гражданскихъ правоотношеній, притомъ не однихъ имущественныхъ, а также семейныхъ (бракъ, узаконеніе, усыновленіе, назначеніе опекуна, завѣщаніе, отреченіе отъ наслѣдства и проч.). Книга третья трактуетъ уже не о приобрѣтеніи и укрѣпленіи правъ на имущества вообще, а о приобрѣтеніи и укрѣпленіи правъ на имущества *воособенности*, т.-е. о юридическихъ сдѣлкахъ въ составѣ того или другого отдѣльнаго института.

Здѣсь насъ касается очевидно только 3-тій раздѣль второй книги.

Положенія этого раздѣла обнимають обѣ стороны взятаго нами ученія о сдѣлкѣ, внутреннюю и внѣшнюю. Сторона внѣшняя или обрядная (раздѣль В) развита несравненно шире, чѣмъ внутренняя. Для послѣдней мы имѣемъ почти все содержаніе трехъ послѣднихъ главъ этого раздѣла (гл. III, IV и V) *объ укрѣпленіи* правъ на имущество и о совершеніи актовъ любого рода, о чемъ трактуетъ частью т. X ч. I (ст. 707—933, съ обширнымъ приложеніемъ къ ст. 708), частью Нотаріальное положеніе и Уставъ гражданскаго судопроизводства.

Для внутренней стороны все содержаніе гл. I и II этого раздѣла ограничивается пятью-шестью, частью карательными, статьями съ очень мало развитымъ содержаніемъ. Правда, что этими статьями не ограничивается ученіе, но все же для ученія о внутренней сторонѣ сдѣлки нашъ позитивный матеріаль крайне скуденъ. Это не мѣшаетъ намъ остановиться на немъ съ необходимой полнотой, такъ какъ безъ этой стороны дѣла все ученіе о сдѣлкѣ теряетъ смыслъ.

А. РАЗДѢЛЬ ПЕРВЫЙ.

ВНУТРЕННЯЯ СТОРОНА СТРОЕНІЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СДѢЛКИ.

§ 46.

I. Общая гражданская дѣеспособность лица.—II. Непринужденный произволъ и согласіе.

Несмотря на краткость общихъ положеній о юридической сдѣлкѣ въ указанныхъ титулахъ, наше дѣйствующее законодатель-

ство хорошо знает непремѣнное условіе силы сдѣлки, заключающееся прежде всего:

I. Въ *общей гражданской дѣеспособности* *) лица къ совершенію юридическихъ актовъ. Современное право, западное какъ и наше дѣйствующее, разрабатываетъ реквизитъ *воли лица* для цѣлей юридическихъ въ цѣломъ рядѣ особыхъ положеній, которыхъ мы касались выше, въ связи съ ученіемъ о лицѣ, правоспособномъ субъектѣ гражданскихъ юридическихъ отношеній. Въ этомъ ученіи было видно, что, съ одной стороны, законодательство ограничиваетъ и гражданскую дѣеспособность требованіями

*) Мы сейчасъ указали на произвольное устраненіе понятія дѣеспособности изъ нашего юридическаго обихода, безъ замѣны его другимъ терминомъ для этого специфическаго понятія. Это несомнѣнно переводное реченіе, передающее понятіе *Handlungsfähigkeit*. Французы обходились для выраженія того же понятія словомъ *capacité* въ разныхъ примѣненіяхъ, *capacité d'exercice*, *de jouissance*, *degrès dans la capacité*, *incapacité*. И вотъ одинъ изъ французскихъ юристовъ (*Capitant, Introduction à l'étude du droit civil*) находитъ очень мѣткимъ терминологическое различіе, которое выразилось въ нѣмецкой рѣчи для обозначенія, съ одной стороны, *de l'aptitude à être titulaire de droits*, имѣть *Rechtsfähigkeit*, быть правоспособнымъ, а съ другой *de la capacité d'agir, de faire des actes juridiques qui produiront les conséquences légales qui y sont attachées*, быть дѣеспособнымъ. Нѣмцы тѣмъ временемъ успѣли въ своемъ анализѣ явленій обмѣна сдѣлатъ еще шагъ впередъ. Терминъ *Handlungsfähigkeit* остался въ литературѣ. Но въ легальной рѣчи для выраженія *capacité, faculté* (*capacitas, facultas agendi*, для процесса—*persona legitima in iudicio standi*) употребляются въ тѣснѣйшемъ примѣненіи къ юридической сдѣлкѣ особый терминъ—*Geschäftsfähigkeit*, котораго нельзя передать ни чрезъ *faculté de négotier* или *de déclarer la volonté*, ибо у французовъ самое понятіе сдѣлки не есть настолько выработанное, какъ у нѣмцевъ. Это, однако, еще не все что необходимо для замѣны старой *Handlungsfähigkeit*. И чуткій Эндеманъ думаетъ создать особое понятіе и терминъ—*Verkehrsfähigkeit* (см. *Lehrbuch I*, стр. 122 и 123 по 8 изд. и примѣч.). Все это еще въ процессѣ образованія, какъ и самое понятіе и терминъ *сдѣлка*. Намъ кажется, что невыработанному пока термину *Verkehrsfähigkeit* предстоитъ опредѣлиться и дать болышую опредѣленность и выдержку всему учению о юридической сдѣлкѣ. Но это нѣмецкая будущая терминологія. Что же дѣлаютъ отечественные редакторы? Различая тѣ же стороны и степени проявленія самостоятельности лица въ гражданской жизни, какъ въ принятыя ими въ руководство западныя системы, они не только не ищутъ приближенія къ нимъ въ терминологической точности, но дѣлаютъ въ этомъ смыслѣ шагъ назадъ даже по отношенію къ общепринятымъ въ нашей литературѣ гражданскаго и частнаго международнаго права терминамъ, подготавливая такимъ образомъ почву для недоразумѣній не только въ области внутренняго, но и точно также международнаго гражданскаго обмѣна. Ходячимъ терминомъ дѣеспособность (гражданская), въ отличіе отъ правоспособности, въ точномъ смыслѣ сейчасъ приведенныхъ толкованій французской и нѣмецкой технической рѣчи, пользуются и у насъ въ кассахъ практикѣ (напр., Гаугеръ т. XXI см. предметный указатель), также, съ большимъ успѣхомъ, Алфав. указ. Св. гражд. узак. губерн. Прибалт. С.-Петербургъ, 1895 г., просвѣщенныи переводчикъ Гражд. зак. дѣйствующ. въ Царст. Польскомъ, изд. присяжн. повѣреннаго Станислава Шиферъ. Варшава. 1899 г. (см. рубрику раздѣла XI кв. 1 о лицахъ), изъ системъ международнаго права (см. напр. Ф. Маргенса Современное международн. право цивилизов. народовъ т. II, изд. 3-е, § 70, стр. 311 и слѣд. по эт. изд.), гдѣ указано, что въ примѣненіи къ личному состоянію иностранцевъ національныхъ законовъ слѣдуетъ различать правоспособность отъ дѣеспособности. Правоспособность не опредѣляется исключительно національнымъ закономъ (стр. 312). Что касается дѣеспособ-

возраста, неодинаковыми для различныхъ слѣлокъ, требованіями здоровья физическаго и умственнаго, наконецъ, извѣстными реквизиатами нравовъ и неумаленной, въ связи съ системой наказаній, гражданской правоспособностью лица. Съ другой стороны, мы указали въ томъ же составѣ ученій о лицѣ расширение гражданской дѣеспособности на кругъ субъектовъ гражданского права, для коихъ недостатокъ естественной волеспособности замѣняется юридически установленными органами ихъ гражданской дѣеспособности. Въ указанномъ раздѣлѣ это расширение выражено въ статьѣ 698, гдѣ перечисляя весь кругъ лицъ, особенно юридическихъ, которыя могутъ *приобрѣтать ось права на имущества* по различію самыхъ имуществъ и въ предѣлахъ закономъ опредѣленныхъ. Проектъ, Положенія общія, касается этихъ матерій въ ст. 6, 7 для лицъ физическихъ и 23 и 24 для лицъ юридическихъ.

Такимъ образомъ, уже въ этомъ моментѣ состава сдѣлки ясно, что мы, съ одной стороны, регулируемъ вліяніе воли чловѣка, какъ простаго психическаго процесса, формальными реквизиатами зрѣлости, нормальнаго состоянія умственнаго и нравственнаго и полноты правоспособности чловѣка, безъ чего воля, какъ бы она ни была ясна, не произведетъ юридическаго эффекта; съ другой, мы расширяемъ примѣненіе той же способности самоопредѣленія лица къ кругу его гражданскихъ правоотношеній на союзы и установленія, гдѣ акты союзной дѣеспособности выполняются помощью особой организаціи, направленной къ этой цѣли. — Работу измѣненія гражданскихъ правоотношеній выполняетъ то воля естественная отдѣльно взятыхъ дѣеспособныхъ людей, то искусственно организованная дѣеспособность союзовъ.

Тамъ, гдѣ нѣтъ дѣеспособности гражданской, какъ бы ни былъ ясенъ психическій процессъ, который мы называемъ волей, онъ останется безъ всякихъ юридическихъ послѣдствій для правоотношеній субъекта.

Такимъ образомъ, гражданская дѣеспособность составляетъ

ности, то она опредѣляется, по общему правилу, законами національными лица (стр. 313). Неужели рѣчь официальная (казенная) и литературная должны непремѣнно идти врозь, хотя бы эта рознь не соответствовала ни внутреннему смыслу набираемыхъ терминовъ, ни интересамъ общенія разномѣстныхъ системъ одного государства, ни, наконецъ, удобству международныхъ сношеній?—Этой розни совсѣмъ не видно въ нѣмецкомъ Имперскомъ Уложеніи 1896 г. Тутъ есть какая-то внутренняя фальшь! То мы очень сильно заимствуемъ у нѣмцевъ не только систему, съ ея Общей частью, но цѣлыя институты, совсѣмъ до сего незнакомыя русской жизни, то насъ беретъ какая-то этимологическая оторопь передъ простымъ терминомъ, совершенно принятымъ въ обиходъ нашей цивилистики, потому только, что его не найти въ т. X ч. I и еще менѣе въ Уложеніи царя Алексѣя Михайловича.

общій реквизитъ личности въ гражданскомъ правѣ, ибо безъ этого реквизита нѣтъ автономнаго характера гражданскихъ правоотношеній, нѣтъ самоопредѣленія ихъ субъекта.

Но и при наличности этого общаго реквизита любой юридической сдѣлки, *каждый отдельный актъ*, направленный на измѣненіе конкретнаго правоотношенія, долженъ носить извѣстные признаки, безъ наличности коихъ не будетъ *въ данномъ случаѣ состава юридической сдѣлки*. На этихъ реквизитахъ останавливается указанный нами 3-тій раздѣлъ книги 2-ой, особенности. Мы возьмемъ впередъ реквизиты внутренніе.

II. За общимъ требованіемъ гражданской дѣеспособности нашему изученію подлежатъ дальнѣйшія положенія закона, касающіяся юридической сдѣлкой отдѣльно взятой.

Терминъ, коимъ нашъ законъ обозначаетъ наиболѣе общимъ образомъ понятіе, соответствующее нашему понятію юридической сдѣлки, есть *способъ приобрѣтенія правъ на имущество* *). Мы указали что это, въ смыслѣ явленій, подлежащихъ въ составѣ нашего же закона дѣйствию общихъ правилъ для юридическихъ сдѣлокъ, терминъ слишкомъ узкій. Но онъ все же шире чѣмъ во французскомъ кодѣ, гдѣ правила общія для сдѣлокъ приноровлены особенно къ договорамъ. Нѣтъ сомнѣнія, что общія положенія нашего закона для способовъ приобрѣтенія правъ по иму-

*) Слово сдѣлка, независимо отъ отдѣльныхъ случаевъ примѣненія (шривал сдѣлка, сдѣлка съ преміей 1401¹ т. X ч. 1), тоже встрѣчается въ легальной терминологіи X т. ч. I и въ общемъ смыслѣ. Такъ ст. 1540 говоритъ: *всѣ счеты, условія и всякаго рода сдѣлки ... совершаются на серебряную монету*. Также въ *всѣхъ казенныхъ и частныхъ сдѣлкахъ* должны быть употреблены одни Россійскіе мѣры и вѣсы. Проектъ допускаетъ понятіе „сдѣлки“ въ общемъ смыслѣ, какъ и этотъ терминъ (Полож. Общ., стр. 56, 57). Такимъ образомъ въ новой терминологіи мы будемъ имѣть весь составъ понятія *дѣеспособности*. Каждое лицо способно приобрѣтать гражданскія права (ст. 1), пользоваться ими (ст. 2), извѣстной квалификаціи лица (совершеннолѣтнія, умственно-здравыя, располагающія органами рѣчи, слуха, люди нормальныхъ нравовъ и разсудительныя, ст. 6 и 7) признаются способными *самостоятельно располагать* собою и своимъ имуществомъ (ст. 6), дѣйствовать, выражать свою волю, управлять имуществомъ (ст. 7). И вотъ эта сфера самостоятельнаго проявленія личности въ правомѣрныхъ гражданскихъ дѣяніяхъ, особенно въ сдѣлкахъ, и даетъ весь составъ понятія гражданской дѣеспособности. Весь этотъ составъ виденъ въ Общ. Положеніяхъ (см. приведенныя сейчасъ статьи), а терминъ взять не тотъ, который нуженъ для обозначенія *длительнаго состоянія воли* субъекта правоотношенія, не дѣеспособность, а правоспособность, которая есть налицо и тамъ, гдѣ дѣеспособности нѣтъ, нѣтъ разума, нѣтъ воли, нѣтъ зрѣлости, нѣтъ признаковъ существенныхъ для *самостоятельности гражданскихъ волеизъявленій*. Этотъ плюсъ, эта прибавка къ правоспособности и есть то, что ильци именуютъ Handlung, или Geschäftsfähigkeit. Это вовсе не полный только объемъ правоспособности (ст. 6) и не degrés dans la capacité; это нѣчто специфическое, *гражданская самостоятельность субъекта* или гражданская его дѣеспособность. Терминъ удобенъ, потому что ясенъ и кратокъ.

ществамъ могутъ и должны быть отнесены и къ способамъ ихъ преобращенія, а также и къ актамъ права семейнаго и по наследованію. Это расширеніе понятія сдѣлки содержится въ ст. 56 Общ. Положен. Проекта.

Главнѣйшее изъ положеній общаго характера заключается въ статьѣ 700, которая говоритъ: всѣ способы пріобрѣтенія правъ (здѣсь не прибавлено *по имуществамъ*, но это ограниченіе видно изъ титула этой главы), закономъ опредѣленные, тогда только признаются дѣйствительными, когда они *утверждаются на непринужденномъ производѣ и согласіи*. Этотъ же самый реквизитъ *непринужденнаго согласія* выраженъ именно и по отношенію къ браку въ ст. 12 т. X ч. I, и по отношенію къ договорамъ воособенности (ст. 1528), къ даренію (967), завѣщанію (1010). Независимо отъ этого, гарантію свободы совершенія сдѣлокъ представляютъ обрядности волеизъявленій, указанныя въ положеніи о нотаріальной части (ст. 89, 96, 107 и рядъ другихъ въ той же гл. 2-ой разр. II), а также многочисленныя нормы закона уголовнаго, угрожающія тяжкими наказаніями за покушенія на свободу волеизъявленія лицъ при совершеніи ими юридическихъ сдѣлокъ. Указывая, однако, *непринужденный производѣ* и *согласіе* какъ общую основу для всѣхъ способовъ пріобрѣтенія правъ по имуществамъ, нашъ законъ, очевидно, не думаетъ моментъ воли (въ сдѣлкѣ односторонней) и согласія (въ договорѣ) сторонъ сдѣлать исключительнымъ источникомъ юридической силы сдѣлокъ, ибо на ряду съ этимъ ставитъ общее положеніе, по силѣ коего *права на имущество пріобрѣтаются не иначе какъ способами, въ законахъ опредѣленными* (699).

Такимъ образомъ нашъ кодификаторъ съ достаточной ясностью обозначаетъ существенные элементы строенія сдѣлки какъ волеизъявленія субъекта въ предѣлахъ его дѣеспособности и въ составѣ опредѣленнаго юридическаго института.

Въ дальнѣйшемъ мы попытаемъ приблизить отвлеченно указаные реквизиты воли въ составѣ сдѣлки, выраженные въ словахъ 700 статьи, *непринужденный производѣ и согласіе*, къ конкретнымъ явленіямъ цивильныхъ волеизъявленій. На измѣненіяхъ, которыя вносятъ въ эти положенія статьи Проекта, мы остановимся въ детальномъ изложеніи.

§ 47.

Внутренній формализмъ воли въ составѣ юридической сдѣлки (продолженіе).— Понятіе.— Внутренній формализмъ какъ черта системы.— Поправки.— Дуализмъ.— Латинская система.— Средніе вѣка.— Исканіе принципа въ нѣмецкой литературѣ.— Два противоположныхъ ученій.— Ихъ историческій смыслъ.— Наше законодательство.

Выражая общимъ образомъ требованіе непринужденнаго произвола и согласія въ составѣ сдѣлки, нашъ законъ, однако, вовсе не требуетъ вмѣстѣ съ этимъ и не допускаетъ *положительнаго всякій разъ изслѣдованія или повѣрки* дѣйствительной наличности воли въ составѣ сдѣлки для юридическаго эффекта, на который сдѣлка направлена. Это было бы въ прямомъ противорѣчій съ автономнымъ характеромъ цивильнаго обмѣна.

Для сферы гражданскихъ правоотношеній сдѣлка есть то же, что законъ для вопроса существованія нормы. Въ латинской терминологіи сюда прямо примѣняется квалифікація закона, *lex contractus* *). Когда рѣчь идетъ о законѣ, то сила его условлена публикаціей. Воля законодателя существуетъ только тогда, когда есть публикація. Публикація закона не составляетъ *только средство доказать* наличность воли законодателя. Это нѣчто большее. Безъ нея не существуетъ закона. *Это конститутивный элементъ* легальной нормы.

Совершенно такое же отношеніе момента внѣшняго, волеизъявленія, къ внутреннему моменту сдѣлки, къ волѣ. Пока нѣтъ волеизъявленія, нѣтъ воли, нѣтъ сдѣлки. Съ того мгновенія, когда есть волеизъявленіе (для односторонней сдѣлки) или единеніе волеизъявленій (для договора), юридическая сдѣлка есть налично. *Волеизъявленіе для сдѣлки то же, что публикація для закона.* Это конститутивный для состава сдѣлки моментъ **).

Такимъ образомъ, гдѣ есть публикація, respective волеизъявленіе, и текстъ закона или слова сдѣлки не возбуждаютъ никакихъ сомнѣній, тамъ именно *волеизъявленіе* рѣшаетъ вопросъ о наличности нормы или сдѣлки. *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.* Наличность воли не

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

***) По вопросу объ отношеніи воли къ волеизъявленію есть на нѣмецкомъ языкѣ замѣчательный трактатъ покойнаго лейпцигскаго профессора, бывшаго затѣмъ душою проекта Гражд. Улож. для Германіи, Бернгарда Виндшейда *Willen u. Willenserklärung*. Ср. и здѣсь особ. Эннексеруса, стр. 58, гдѣ, и особ. въ примѣч. на стр. 59, читатель найдетъ рядъ полезныхъ литературныхъ указаній. Тоже § 306 и примѣч. *Lehrbuch d. Pandecten* Виндшейда, гдѣ разработанъ особенно моментъ заключенія (*Abschluss*) договора.

подлежит сомнѣнію и не допускаетъ никакихъ изысканій предшествующихъ волеизъявленію процессовъ, никакихъ изслѣдованій матеріальной стороны дѣла, никакихъ вопросовъ по существу *).

Волеизъявленіе констатируетъ формально *наличность не только сдѣлки, но и воли въ юридическомъ, а не психическомъ смыслѣ*. „Истинная воля“ для конкретной сдѣлки остается, какъ и „истинный полдень“ для счета времени по календарю, безразличной. Это и есть то, что мы называемъ *формализмомъ воли*, или, для отличія отъ формализма въ смыслѣ юридической обрядности, стало быть, *внѣшняго, внутреннимъ формализмомъ воли***).

Внутренній формализмъ воли составляетъ такую же переработку простыхъ натуральныхъ процессовъ для цѣлей ихъ *юридической извѣстности и примѣненія*, какую въ этихъ же цѣляхъ даетъ намъ понятіе лица, граждански правоспособнаго субъекта, или вещи, обособленнаго объекта имущественнаго обладанія, для этихъ двухъ конструктивныхъ элементовъ правоотношенія. Это такая же искусственная, техническая операція, образецъ которой мы видѣли выше въ такъ называемой *computatio civilis*, отличаеваемой отъ *computatio naturalis*.

Эта формула воли или этотъ внутренній формализмъ воли виденъ въ цѣломъ ряду случаевъ примѣненія.

И такъ, мы принимаемъ наличность сдѣлки и ея эффектовъ для такой категоріи субъектовъ гражданскихъ правоотношеній, въ коей вѣтъ и быть не можетъ психическихъ процессовъ свойственныхъ именно этому субъекту, какъ онъ свойствененъ чловѣку. Мы это видѣли выше и только что показали вповь для юридическихъ лицъ. Въ операціяхъ, которыя совершаются ихъ именемъ, посредствомъ органовъ ихъ дѣеспособности, мы принимаемъ наличность воли, гдѣ есть собственно только *формальные симптомы, конституирующие наличность формальныхъ реквизитовъ волеизъявленія****). О воляхъ юридическихъ лицъ

*) Приведенный на предыдущей стр. текстъ толкуютъ и такъ, что voluntas и здѣсь есть *только волеизъявленіе*, а не самая воля, см. Herm. Isay, Die Willenserklärung. 99 г., стр. 14.

**) Самый терминъ „внутренній формализмъ воли“, совершенно употребительный у нѣмцевъ, сталъ встрѣчаться въ послѣднее время и въ нашей литературѣ. См. напр. вступительную лекцію молодого профессора В. А. Удинцова (читан. въ Кіевѣ 8-го марта 94 г.). Дуализмъ частноправныхъ системъ, стр. 11-тая. Это талантливая характеристика нѣкоторыхъ особенностей торговаго права. Въ литературѣ уголовного права соотвѣтствующій терминъ употребителенъ давно уже и у насъ. Это такъ назыв. внѣшнее вмѣненіе, imputatio externa, въ противоположность вмѣненію внутреннему. Значеніе термина формализмъ воли или внутренній формализмъ воли у цивилистовъ есть иное, чѣмъ у криминалистовъ.

***) Матеріальное дѣйствіе, внутреннія событія правовыхъ отношеній оцѣниваются шаблонами, установленными закономъ. Удинцовъ, I. с.

въ матеріальномъ смыслѣ не можетъ быть и рѣчи, какъ не можетъ быть рѣчи о *чувствѣ обиды*, *чувствѣ удовольствія*, и иныхъ субстанціальныхъ, а не формальныхъ только моментахъ ихъ существованія.

Но совершенно такъ же, какъ для опредѣленнаго круга лицъ, такъ и независимо отъ лица, *для сдѣлокъ опредѣленнаго типа*, гипотечныхъ, торговаго права, формально-договорныхъ, внутренней формализмъ воли будетъ составлять характернѣйшую черту ихъ строенія, рѣзко отличающую эти типы или эти отдѣльные виды сдѣлокъ отъ другихъ.

Нѣтъ сомнѣнія, что здѣсь, въ области волеизъявленія, возможно провести такія же *два разные основы конструкции*, какъ въ ученіи о лицѣ, о вещахъ, о счисленіи времени. Это тотъ же *дуализмъ* сдѣлокъ по ихъ составу, съ преобладаніемъ конструктивныхъ элементовъ или *формального*, или же *матеріальнаго* характера, который виденъ и въ составѣ другихъ элементовъ юридическихъ отношеній, и не только юридическихъ отношеній, но и юридическихъ институтовъ.

Можно сказать, что преобладаніе институтовъ и сдѣлокъ того или другого типа *характеризуетъ эпохи* въ развитіи и въ смѣнѣ цѣлыхъ системъ права.

Такимъ образомъ сдѣлки типа чисто формального, въ смыслѣ формализма внутренняго, составляли преобладающую черту квинтской системы. Это была именно *черта системы*, которой происхожденіе и свойство историкн любятъ связывать съ особенностями національнаго характера квинтовъ, съ одной стороны, и съ *автономнымъ, абсолютнымъ характеромъ строенія* частно-правовыхъ *институтовъ* этой эпохи, съ другой.

Въ условіяхъ развитія дуализма системъ въ послѣдующую историческую эпоху мы видимъ постоянное смягчающее воздѣйствіе преторской юрисдикціи на непосильныя для новаго общества требованія зрѣлости и безповоротности волеизъявленій въ области гражданскихъ правоотношеній. Извѣстно, что сила сдѣлки продолжала и въ эту пору опредѣляться прежней мѣрой, и то, что разъ выражено какъ актъ воли лица въ сферѣ его правоотношеній, измѣняло ихъ въ формальномъ смыслѣ совершенно независимо отъ обстоятельствъ предшествующихъ волеизъявленію и быть можетъ вліявшихъ на самоопредѣленіе субъекта.

Противъ крайности этого внутренняго формализма воли въ сдѣлкѣ преторъ первоначально могъ дѣйствовать только *путемъ экстраординарнаго изслѣдованія каждаго случая* и устранять послѣдствія цивильнаго ригоризма, когда *въ данномъ случаѣ ста-*

новилося ясно, что примѣненіе его приводитъ къ опаснымъ послѣдствіямъ. Таковы были преторскія *in integrum restitutiones propter minorem aetatem*, а для лицъ зрѣлаго возраста—въ случаяхъ отсутствія ихъ (*absentia*), въ сферѣ сдѣлокъ воособенности для противодѣйствія принужденію (*metus*), обману (*dolus*), ошибокъ (*error*) въ волеизъявленіяхъ.

Въ позднѣйшемъ правѣ этотъ случайный характеръ исправленія гражданского ригоризма героическими, экстраординарными средствами, уступилъ, какъ извѣстно, мѣсто общему порядку процессуальной охраны свободы волеизъявленія въ сдѣлкѣ. Но чтобы не извратить совершенно *подлинную* для гражданского права черту самоопредѣленія воли въ области сдѣлки, классическая юриспруденція не лишала ее юридической силы *прямо въ виду признаковъ слабости воли, незнанія, неопытности, ошибокъ* въ волеизъявленіи, не объявляла такихъ сдѣлокъ *изначала ничтожными*, а лишь *допускала, по требованію самихъ потерпевшихъ, ослабленіе или уничтоженіе ихъ юридическихъ послѣдствій* въ болѣе или менѣе тѣсныхъ предѣлахъ. И въ этихъ условіяхъ все, что даетъ намъ послѣдующая латинская система, *въ смыслъ поправки внутренняго формализма воли*, ограничивается устраниеніемъ *послѣдствій* такой сдѣлки посредствомъ предъявленія возраженій, опроверженій или споровъ противъ силы опорочиваемой сдѣлки, въ особомъ процессѣ.

Задача различенія *прямого ничтожества сдѣлки* при наличности внутреннихъ пороковъ волеизъявленія отъ простой опровержимости или спорности ея связана, мы думаемъ, не съ тѣмъ или другимъ характеромъ развитія права *), какъ это принимаютъ многіе, а съ самымъ понятіемъ *юридической сдѣлки* въ гражданскомъ правѣ, изъ коего нельзя вычеркнуть признака самоопредѣленія, выраженнаго въ актѣ изъявленія воли.

Такая идея юридической сдѣлки не могла быть чуждой никакой эпохѣ въ исторіи развитія нашей системы. Выработана она была, однако, оконченно и отчетливо только въ системѣ римскаго права.

Если эту основную идею нетрудно установить въ составѣ латинскихъ классическихъ ученій, то по отношенію къ *средне-вѣковой юриспруденціи* мы видимъ, начиная съ глоссаторовъ, попытки поставить ученія на основы болѣе постоянныя (воля

*) При чемъ въ основу этого явленія ставятъ двойственность процессуальныхъ методовъ и противоположеніе права гражданского и преторскаго у Римлянъ, чего-де мы не знаемъ. Къ этому вопросу мы вернемся въ заключеніи ученія о юридической сдѣлкѣ, гдѣ будетъ рѣчь о недействительности ея.

и изъявленіе одинаково необходимы для силы сдѣлки какъ *духъ и тѣло для жизни*), хотя далеко не столь практическія и соотвѣтствующія духу гражданскаго права, какъ это сочетание общей формальной силы волеизъявленія съ возможностью устранить юридическій эффектъ сдѣлки, *по иску заинтересованнаго*, въ виду такихъ пороковъ волеизъявленія, которые *въ данномъ случаѣ* исключаютъ признакъ самоопредѣленія, необходимый для состава сдѣлки.

Современная нѣмецкая литература исполнена разнообразнѣйшихъ попытокъ указать *руководящій принципъ* для выхода изъ коллизій волеизъявленія формально безспорнаго съ наличностью фактовъ, исключających самымъ несомнѣннымъ образомъ *подлинность воли* изъ состава волеизъявленія *).

Случаевъ, гдѣ приходилось идти на помощь слабой волѣ въ позднѣйшей латинской практикѣ развилась цѣлая масса. Приходилось помогать не только несовершеннолѣтнимъ, отсутствующимъ, въ случаяхъ угрозъ, обмановъ, *ошибокъ, симуляцій*, но особенно въ извѣстныхъ кругахъ лицъ, далеко неготовыхъ для самоопредѣленій въ сферѣ цивильныхъ правоотношеній. Надо было или *выводить ихъ днеспособность*, что далеко не всегда соотвѣтствуетъ духу времени; или, допуская ея развитіе, въ отдѣльныхъ случаяхъ сгѣшить на помощь женщинамъ, воинамъ, иноземцамъ, людямъ низшихъ профессій, коимъ часто было далеко не по плечу этотъ внутренній формализмъ цивильныхъ волеизъявленій, безповоротно рѣшающій судьбу ихъ имущественныхъ интересовъ по принципамъ не для этихъ людей писаннымъ.

Мы обращаемъ вниманіе здѣсь на эту черту позднѣйшей латинской и современной реципированной методы исправленія послѣдствій цивильнаго ригоризма, по силѣ коей волеизъявленіе, заключающее въ себѣ тотъ или другой порокъ воли, все же не дѣлаетъ цивильную сдѣлку ничтожной по существу. Она все-таки остается способной юридически дѣйствовать.

Въ виду возможности такихъ разнорѣчій подлинной воли и волеизъявленій и расширенія поправокъ формализма нѣмецкая цивилистика, очевидно, немного затерялась въ разумѣніи самаго существа цивильной сдѣлки, и въ своихъ поискахъ за принципомъ нѣмецкіе ученые юристы полагали необходимымъ, на ряду съ формальными реквизитами волеизъявленія въ сдѣлкѣ, разработать еще возможно шире матеріальную сторону волеизъявленія, его содержаніе, чтобъ досказать все, что въ ней заключается, чѣмъ услов-

*) Прекрасный короткій обзоръ этихъ попытокъ см. въ Lehrbuch Эвдемана, изд. 8, т. I, стр. 334, прим. 4.

лень ея эффектъ, и оперировать отвлеченнымъ понятіемъ сдѣлки уже въ виду всего этого сложнаго состава данныхъ.

Такимъ образомъ, сила сдѣлки въ этихъ ученіяхъ условливалась не тѣмъ только, что воля изъявлена въ предѣлахъ дѣеспособности, но что эта воля имѣетъ определенное содержаніе и направленіе произвести извѣстный эффектъ, и что сторона ясно себѣ представляетъ всю фактическую и юридическую сторону своего волеизъявленія. Въ силу этого юридическая сдѣлка изъ простаго акта волеизъявленія обращается въ цѣлую эпопею *), тогда какъ волеизъявленіе должно быть только типическимъ, удобопріемлемымъ, конституирующимъ наличность воли для установленія или измѣненія правоотношеній въ составѣ извѣстнаго института актомъ, и только.

Эти попытки исчерпать не только формальную сторону волеизъявленія, но и ея содержаніе тѣмъ болѣе неудачны, что нѣмцы пытались дать ихъ основы въ общихъ ученіяхъ о юридической сдѣлкѣ, тогда какъ онѣ могутъ имѣть мѣсто развѣ въ отдѣльныхъ ученіяхъ.

Содержаніе волеизъявленія, условленное различіемъ институтовъ, не можетъ входить въ составъ общихъ ученій о юридической сдѣлкѣ, не производя путаницы понятій.

Но и оставивъ въ сторонѣ эту задачу, все же нѣмецкая юридическая литература въ современномъ состояніи даетъ двѣ одна другую исключаютія группы ученій.

Въ одной группѣ основу силы сдѣлки хотятъ видѣть въ *воли лица*, и гдѣ нѣтъ воли лица, тамъ отрицаютъ силу сдѣлки. Въ другой группѣ думаютъ указать какъ рѣшающей для юридическаго эффекта сдѣлки моментъ не волю въ ея подлинныхъ процессахъ, а лишь результатъ этихъ процессовъ, получаемый въ волеизъявленіи, и этому волеизъявленію приписываютъ юридическій эффектъ въ составѣ определеннаго института.

Первое ученіе именуютъ *теоріей воли*. Второе *теоріей воле-*

*) Что такой сложный составъ сдѣлки, исчерпывающій все содержаніе института возможенъ и на извѣстныхъ стадіяхъ развитія институтовъ необходимо, — это не подлежитъ сомнѣнію. Въ старыхъ юрид. актахъ мы имѣемъ массу сдѣлокъ включающихъ въ себѣ почти все содержаніе института, коего касается волеизъявленіе. Для примѣра можно взять №№ 62, 86 А. Ю., хотя такихъ примѣровъ, гдѣ именно сдѣлка, по счастливому выраженію Pening'a, составляетъ настоящій пріискъ (Fundgrube) диспозитивнаго права, вездѣ много. Когда институтъ достаточно объективировался, этого не нужно болѣе, ибо составъ воли легко опредѣляется простымъ наименованіемъ сдѣлки. Естественно, при этомъ легко можетъ имѣть мѣсто и ошибочное представленіе объ этомъ составѣ, противъ чего или допускается поправка, или же получается прямой ущербъ для несвѣдущаго.

изъявленія. Ни то, ни другое не обходится безъ ряда оговорокъ и исключеній въ примѣненіи основного принципа.

Между тѣмъ и другимъ посредствуетъ такъ называемая *Vertrauenstheorie*, теорія довѣрія, гдѣ задача въ томъ, чтобъ примирить крайности обоихъ ученій и дать выходъ изъ трудностей широкимъ примѣненіемъ мѣры добросовѣстности въ случаяхъ столкновенія волеизъявленія съ дѣйствительной волей лица (особенно Hartmann).

Насколько эти группировки писателей въ ту или другую категорию по направленію ихъ задачъ произвольны, легко заключить изъ того, что иногда одинъ и тотъ же писатель попадаетъ у одного рецензента въ одну, у другого въ другую группу *).

Всего менѣе удачной надо назвать *третью группу*, которая ставитъ себѣ задачу примиренія тамъ, гдѣ разнь происходитъ вовсе не по основаніямъ теоретическимъ, не по причинѣ разномыслия ученыхъ, а по причинѣ *двойственности явленій* въ самой жизни, въ самомъ оборотѣ гражданскомъ.

Не колеблясь можно сказать, что ни то, ни другое изъ двухъ указанныхъ противолѣжащихъ ученій не есть построеніе на воздухѣ и что каждое найдетъ себѣ въ жизни оправданіе, но каждое лишь *въ своей сферѣ* правоотношеній и институтовъ.

Въ общемъ, конечно, такъ называемая *Willenstheorie* обращена скорѣе къ прошлому, чѣмъ къ будущему, ибо возможность изслѣдованія явленія обмѣна *по существу*, со всѣми индивидуализирующими составъ каждой сдѣлки моментами, предполагаетъ больше простоты и естественности, *примитивности правоотношеній*. Наоборотъ, сдѣлка, сила коихъ основана вся на *внутреннемъ формализмѣ* воли, на томъ *результатѣ* предшествующихъ процессовъ, который оказался въ волеизъявленіи, *Erklärungstheorie*, и гдѣ нельзя допустить всякій разъ изысканій соотвѣтствія этого внѣшняго момента внутреннему и ихъ повѣрки, обращены къ будущему, къ *выработанному дѣловому обмѣну*, къ кругу лицъ и институтовъ, требующахъ полной дѣловой зрѣлости и способности безповѣрочно и безповоротно рѣшать сложныя проблемы направленія сдѣлокъ къ ясно сознанный и опредѣленно намѣченной цѣли.

Нельзя, однако, сказать, чтобъ въ какую-либо эпоху одинъ типъ строго-дѣловыхъ и формально-законченныхъ волеизъявленій составлялъ исключительное явленіе гражданского обмѣна, не до-

*) Ср. Обзорѣніе у Эниенцгеруса, особенно стр. 75, у Регельсбергера *Paldecken* § 140 пр. 3 (стр. 512) и сейчасъ указанный обзоръ этихъ попытокъ у Эндемана, стр. 334 пр. 4.

пускающее отнюдь на ряду съ ними и такой сферы юридических сношеній, гдѣ очень возможны приноровленія силы сдѣлки къ обстоятельствамъ, къ свойствамъ лицъ, отношеній, цѣлей.

Это будетъ въ любомъ жизненномъ процессѣ обмѣна *той же самый дуализмъ типовъ правоотношеній, институтовъ, системъ*, котораго основныя черты до такой степени рельефно выразились въ исторіи развитія латинскаго права.

Соотвѣтственныя явленія есть повсюду, хотя бы не въ столь рельефномъ выраженіи, и исчерпать это противоположеніе въ общемъ очеркѣ сдѣлки, не касаясь болѣе или менѣе полно отдѣльныхъ институтовъ, нѣтъ возможности.

Мы перейдемъ за симъ къ положеніямъ нашего законодательства, въ коихъ выраженъ статьей 700 реkvизитъ *непринужденнаго произвола и согласія* подвергается, въ практическихъ цѣляхъ, въ той или другой степени, технической обработкѣ.

Мы видѣли выше, что въ случаяхъ, гдѣ волеизъявленіе не обнаруживаетъ никакой двойственности въ истолкованіи его смыслѣ, латинское ученіе вовсе не допускаетъ вопроса о волѣ, *voluntatis quaestio*.

Очень близко къ этому нашъ законъ требуетъ, чтобы договоры были изясняемы по *словесному ихъ смыслу* (1538) и только въ случаяхъ *важныхъ сомнѣній* допускаетъ изслѣдованіе *намысленій и доброй совѣсти* въ ихъ составѣ (1539).

Однако, въ любыхъ ли сдѣлкахъ и всегда ли съ одинаковымъ эффектомъ, даже при этихъ ограниченіяхъ, можетъ быть допущено такое изслѣдованіе ввутренней стороны волеизъявленій?

Возьмемъ простой случай, который указываетъ намъ ст. 72 Векс. Уст. (нынѣ замѣнен.; см. ст. 116). Акцептантъ векселя *забылъ*, что онъ принялъ вексель въ одномъ образцѣ, когда этотъ образецъ былъ ему представленъ для акцепта (*prima*). По прошествіи нѣкотораго времени послѣ принятія ему предъявляютъ другой образецъ (*secunda*; ст. 14 стар., 115 нов.). Онъ принимаетъ ошибкою и этотъ послѣдній образецъ. Затѣмъ оба образца предъявляются ему одинъ за другимъ отъ разныхъ векселедержателей, къ коимъ они дошли по правильнымъ надписямъ, *изъ платежу*. Тогда акцептантъ со всею ясностью представляетъ себѣ свою ошибку и забывчивость, влѣдствіе которой онъ вынужденъ теперь платить два раза всю вексельную сумму сполна.

Даетъ ли такая *ошибка*, такое *забвеніе*, правильное, въ смыслѣ вексельнаго права, основаніе для отказа въ платежѣ, или акцеп-

тантъ обязанъ произвести платежъ и по первому и по второму образцу полностью?

Законъ нашъ отвѣчаетъ безъ всякаго колебанія, что акцептантъ обязанъ платить по обоимъ образцамъ.

Вотъ простѣйшій примѣръ внутренняго формализма воли, который даетъ наше законодательство. Есть волеизъявленіе, никакихъ пороковъ воли не видно ни въ томъ, ни въ другомъ векселѣ, волеизъявленіе *конституируетъ* *наличность воли, какъ публикація* *наличность закона*, и никакія дальнѣйшія изысканія не могутъ ни на минуту задерживать осуществленіе нормы или выполненіе обязательства.

Нельзя идти дальше въ измѣреніи силы сдѣлки однимъ критеріемъ внутренняго формализма воли. Такова техника этихъ сдѣлокъ, которая, въ всякаго сомнѣнія, входитъ здѣсь въ практическихъ дѣлахъ обмѣна въ самое живое противорѣчіе съ подлинной, матеріальной стороною воли лица.

Нигдѣ не будетъ больше у мѣста вспомнить латинское изреченіе—*jus civile vigilantibus scriptum est*. Требованіе бдительности кажется суровымъ. Институтъ не допускаетъ ни на минуту забывчивости, никакой ошибки. Здѣсь все вмѣняется.

Какой же результатъ?

Очевидно, есть эпохи, есть системы, есть институты, гдѣ человѣкъ актомъ своей воли, своего самоопредѣленія, создаетъ безповоротно правоотношенія такого чекана, съ которыми въ практикѣ гражданского обмѣна не въ силахъ выдержать соперничества никакія въ мірѣ матеріальныя дѣяности.

Составляетъ ли такой формализмъ волеизъявленія для нашего права особое свойство только одной категоріи сдѣлокъ, именно сдѣлокъ торговаго права, или мы видимъ то же и въ общихъ институтахъ гражданскаго права?

Въ институтахъ общаго права это не есть общая черта, но присутствіе ея видно и здѣсь. И такъ, ст. 2015 говоритъ: не принимаются никакія показанія ни должника, ни наслѣдниковъ его о безденежности *кредитныхъ заемныхъ писемъ*. Множество сдѣлокъ гипотечной системы, какъ увидимъ впоследствии, носятъ такой же формальный и безповоротный характеръ въ смыслѣ ихъ силы и дѣйствія на правоотношенія, связанныя съ порядкомъ веденія этихъ записей.

Это отдѣльные случаи, освѣщающіе намъ явленіе *внутренняго формализма воли въ сдѣлкахъ*, направленныхъ на измѣненіе правоотношенія въ составѣ того или другого института.

Но вѣтъ ли общихъ руководящихъ положеній въ составѣ

нашего гражданскаго кодекса, коими это свойство юридической сдѣлки опредѣлялось бы *въ составъ любого института?*

Вслѣдъ за указанной статьей 700 мы читаемъ въ статьѣ 701 *произволь и согласіе* (на коемъ утверждается сила сдѣлки) *должны быть свободны*. Свобода произвола и согласія нарушается: 1) принужденіемъ и 2) подлогомъ.

Это два главные явленія, въ коихъ законъ допускаетъ изслѣдованіе внутренней стороны волеизъявленія, въ цѣляхъ огражденія гражданскаго обмѣна отъ излишествъ юридическаго формализма, способныхъ войти въ прямое противорѣчіе съ чувствомъ справедливости.

Мы увидимъ, что стремленіе изслѣдовать внутреннюю сторону волеизъявленія въ развитыхъ системахъ не ограничивается этими двумя случаями. Вопросъ о силѣ волеизъявленія подвергается сомнѣнію еще въ рядѣ другихъ случаевъ. И мы найдемъ въ составѣ нашего права отвѣты на эти проблемы, хотя и не въ составѣ общихъ положеній о способахъ приобрѣтать права на имущество, а или въ общемъ ученіи о договорѣ, или въ примѣненіи къ отдѣльнымъ сдѣлкамъ.

И такъ, въ связи съ вопросомъ о силѣ сдѣлки мы изслѣдуемъ вопросъ о *принужденіи, объ ошибкахъ, о симуляціи, волеизъявленіи шутливомъ, скрытомъ намѣреніи при совершеніи сдѣлки и о сдѣлкѣ фидуціарной*. Наконецъ, здѣсь же, въ связи съ общимъ вопросомъ объ отношеніи волеизъявленія къ подлиннымъ процессамъ воли мы рассмотримъ *строеніе абстрактной сдѣлки*.

§ 48.

Внутренній формализмъ воли (Продолженіе).—Дѣйствіе принужденія на силу сдѣлки.—Понятіе принужденія въ системахъ западныхъ, въ русскомъ правѣ эпохи Уложения и современномъ.—Условія осуществленія притязаній потерпѣвшаго.

Современные кодексы находятся въ этомъ ученіи подъ общимъ и очень выраженнымъ вліяніемъ латинскаго права *). Въ составѣ Общей части (въ Остз. Код. кн. 4-ая, разд. 1. О юридическихъ сдѣлкахъ вообще, ст. 2981 — 2989 о принужденіи) теперешнихъ кодексовъ приводятся положенія, знакомыя изъ

*) См. Пандектные учебники. Изъ спеціальныхъ трактатовъ особ. Schliepman. Die Lehre v. Zwang (1861 г.), ст. Jos. Kohler въ Jahrb. Jhering'a B. 25. Есть и русскія работы, указанныя Анненковымъ; см. также Поворинскій, систем. указ., 2-ое изд. (1904 г.).

пандектных системъ и въ общемъ мы на нихъ здѣсь останавливаться не станемъ. Характернѣйшую для *внутреннюю формализма воли* тезу даетъ намъ знаменитый текстъ Юлія Павла, возбуждавшій во всѣ времена массу истолковательныхъ попытокъ между юристами. *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui; sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur* (l. 21 § 5 D. 4. 2).

И такъ, нѣтъ сомнѣній, что *сдѣлка, вынужденная силой, не теряетъ формальной дѣйствительности по одному этому обстоятельству*, и все, что допущено со стороны претора противъ юридическихъ послѣдствій такого акта, ограничивается предьявленіемъ спора въ теченіе короткаго, обыкновенно годового срока (ср. Нов. Герм. улож., ст. 123 и 124).

Наше законодательство въ составѣ гражданскаго *) кодекса, въ положеніяхъ его общихъ **), постановляетъ: Произволъ и согласіе (какъ условіе дѣйствительности сдѣлокъ, см. выше) должны быть свободны. Свобода произвола нарушается 1) *принужденіемъ*, и 2) *подлогомъ*.

Мы будемъ говорить здѣсь только о *принужденіи*.

Естественно, что какъ только въ системѣ преторской римской и въ нашей дѣйствующей дозволено было оспаривать силу сдѣлки (или способа приобрѣтенія правъ) доказываньемъ принужденія или насилія, подъ вліяніемъ коего послѣдовало волеизъявленіе, какъ и тамъ и тутъ, у насъ, явилась настоятельная необходимость установить съ юридической точностью *понятіе и квалификацію того насилія или принужденія*, которое способно дать основаніе для признанія судомъ не дѣйствительности юридической сдѣлки.

Законъ нашъ говоритъ въ разсматриваемыхъ статьяхъ не о *vis absoluta*, а о такъ назыв. *vis compulsiva*. Таковъ смыслъ статьи 702-ой. „Принужденіе бываетъ, когда кто-либо бывъ захваченъ во власть другого, принуждается къ отчужденію имущества или ко вступленію въ обязательство насильственно, страхомъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть его лицо или имущество. Проектъ формулируетъ понятіе принужденія, въ ст. 61,

*) Наряду съ этимъ идутъ положенія уголовного кодекса, ст. 1545—1548 (угрозы), 1601 и слѣд. (завладѣніе), 1686 и слѣд. (принужденіе къ дачѣ обязательствъ) и проч., причемъ наше законодательство далеко не такъ окончательно обособляетъ *vis ac metu* въ цивильномъ смыслѣ отъ дѣйствій преступныхъ, какъ это видимъ въ западныхъ системахъ.

**) Есть и особыя, напр., для брака, т. X, ч. I, и ст. 37, п. 1, и ст. 133, о чемъ позже.

крайне сжато, съ нѣкоторыми поправками ст. 702, о коихъ будетъ сейчасъ сказано.

Нѣтъ сомнѣнiя, что весь составъ статьи 702 можетъ имѣть мѣсто и не дать никакого повода къ оспариванiю сдѣлки, если *metus* не есть *injustus ex parte inferentis*, т.-е. если и захватъ и угрозы произведены призванной къ этимъ актамъ властью въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ подобный образъ дѣйствiя имѣетъ свое легальное основанiе.

Французскiй кодексъ предусматриваетъ возможность *ссылки на принужденiе* для инвалидацiи сдѣлки въ такихъ случаяхъ, гдѣ весь *metus* составляетъ простая *crainte révérentielle envers le père, la mère ou autres ascendants* (почтительный страхъ передъ старшими), *sans qu'il y ait eu de violence* (безъ наличности какихъ бы то ни было насильственныхъ дѣйствiй, Code civ. art. 1114). Въ этихъ случаяхъ страхъ не инвалидируетъ силы сдѣлки.

Нѣмецкая практика предусматриваетъ вопросъ, будетъ ли ничтожной уплата *дома*, когда я вынудилъ ее угрозой? И отвѣчаетъ, конечно, отрицательно, хотя бы самый актъ угрозы и представлялъ собою протевузаконное дѣйствiе (ты будешь избитъ, если не уплатишь въ срокъ). Если, однако, вынужденное дѣйствiе составляетъ *даренiе*, тогда сдѣлка можетъ быть инвалидирована (Koprad Cosack.—Lehrb. des deutsch. Bürg. R. § 65 *).

Будетъ ли *угроза жалобой* духовной власти **) со стороны дѣвицы, которой выдано денежное обязательство для устраненiя ея притязанiй къ обманувшему ее надежды сожителю, достаточнымъ основанiемъ для признанiя недѣйствительности обязательства? Мы этого не думаемъ, хотя въ нашей практикѣ есть по этому поводу колебанiя.

Указанiе въ ст. 702-ой особаго признака насилiя въ словахъ *бывъ захваченъ во власть другого* не существенно для понятiя принужденiя, устраниющаго *свободу* произвола. Этотъ признакъ взятъ кодификаторами въ составъ статьи 702-ой изъ гл. X, ст. 251, Улож. Царя А. М., гдѣ читаемъ: „а будетъ кто на-

*) Вопросъ о *противузаконности* угрозы очень споренъ. Литература у нѣмцевъ обильна. См. Эндемана учебн., т. I, § 72, примѣч. 17, 22, 23 и полемикѣ съ v. Blume по вопросу о примѣненiи ст. 123, гдѣ показанъ признакъ *противузаконности* (*widerrechtlich*), и ст. 133, гдѣ рѣчь идетъ о *добрыхъ нравахъ* (*gegen die guten Sitten*), къ разнымъ случаямъ и особенно къ вымогательству гонорара со стороны хирурга отъ близкыхъ оперируемаго (ст. Блауме въ *Jahrbüch. Pnering.* т. 38, стр. 226 и особ. 259).

**) Опасенiе, которое вызываетъ жалоба обиженной дѣвушки заключается въ томъ, что духовная власть можетъ де не допустить вѣщанiя обидчика съ другой дѣвицей.

пишетъ на кого въ *большомъ дому* заемную кабалу, или иную какую крѣпость въ *большомъ дѣлѣ* за очи и написавъ ему крѣпость *зазоветъ* его къ себѣ или къ иному кому-либо на дворъ и велить ему къ той крѣпости руку приложить“ *). Конечъ мы сейчасъ укажемъ. Но въ виду несомнѣнно *казуистическаго характера* этого положенія слѣдуетъ видѣть въ немъ лишь тотъ путь, который ищетъ себѣ пробить нормальный процессъ, направленный, въ случаяхъ принужденія, на обнаруженіе подлинной воли потерпѣвшаго. На каждомъ отдѣльномъ признакѣ понятія нѣтъ, въ этихъ случаяхъ, основанія останавливаться какъ на существенномъ для самого понятія.

За этой несущественной чертой принужденія указанная статья, не ограничивая, подобно Уложенію, споровъ по поводу принужденія одними *большими дѣлами*, опредѣляетъ, какого рода угроза должна быть разсматриваема какъ достаточная для того, чтобъ подавить *свободный произволъ* и вынудить къ совершенію требуемаго акта. Это долженъ быть *страхъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть лицо угрожаемаго или его имущество* (702).

Опредѣленіе свойства страха для этихъ случаевъ составляетъ заботу всякаго развитого законодательства и юриспруденціи. Старое право шло къ устраненію навѣтовъ въ принужденіи и угрозахъ путемъ угрозъ тяжкими наказаніями тѣмъ, кто лживитъ подлинныя акты (тоже нынѣ см. ст. 704 — 706) **). Позднѣйшія нормы ищутъ установить постоянные признаки, при которыхъ угроза можетъ дѣйствительно заставить угрожаемаго предпочесть меньшее зло большему.

Право римское требовало, чтобъ это былъ *metus non vani hominis*, не пустой страхъ, а такое опасеніе, которое можетъ колебать волю солиднаго человѣка (*homo constantissimus l. 6 D. h. t.*). Французское законодательство допускаетъ понятіе насилия, *violence*, только при условіи *qu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable*, когда при семь угроза вну-

*) Вся статья носитъ совершенно казуистическій характеръ. Предположенъ подлогъ съ соучастіемъ площадныхъ подъячихъ. Для смысла необходима *челобитная*. Санкція закона выражена уже общѣе и за великую *наряднымъ дѣломъ по неволѣ* (въ старыхъ памятникахъ вмѣсто неволѣ встрѣчается выраженіе *вымученная кабала*) взятую кабалу указано тяжкое наказаніе, *кнутъ, тюрьма*, а площаднымъ подъячимъ *отсѣчь руку*; ст. 254 указываетъ крайне характерную для эпохи угрозу тяжкими наказаніями для тѣхъ, кто *лживитъ будетъ крѣпость прямую, а не нарядную*.

***) То же въ изобиліи даютъ памятники средневѣковой юстиціи на Западѣ. См. напр., у Jobbé-Duval. *Etude historique sur la revendication des meubles*, 1881 г., гдѣ много указаній и на нѣмецкія послѣдованія.

шаетъ страхъ *значительнаго, сейчасъ налицнаго зла* (*mal considérable et présent*) для лица или имущества угрожаемаго (1112). Нельзя не сказать, что это приемъ весьма цѣлесообразный для улучшения стараго метода угрозъ наказаніями за лживыя обвиненія. Но и этотъ коментарій къ свойству страха еще все-таки не достаточенъ, чтобы служить надежнымъ практическимъ руководствомъ для судьи въ трудной задачѣ изслѣдованія внутренней стороны волеизъявленія. Въ виду этого указанный *article* требуетъ, для опредѣленія дѣйствія угрозы въ каждомъ данномъ случаѣ, вниманія къ возрасту, полу и общественному положенію лица (*on a égard à l'âge, au sexe et à la condition de la personne*).

Указанные здѣсь признаки угрозы тщательно выработаны въ *Cod. civ.* на совершенно точной основѣ пандектныхъ текстовъ и еще ближе разработаны и приурочены къ разнообразію жизненныхъ явленій тоже въ духѣ позднѣйшихъ латинскихъ ученій *).

Все что въ нашей статьѣ 702 выражено слишкомъ обще, съ одной стороны, и, съ другой, не досказано, лежитъ скорѣе всего на отвѣтственности кодификаторовъ.

Ссылка на гл. X, ст. 251, Ул. Ц. А. М., которая одна подведена подъ статью 702, ничѣмъ не оправдывается, ибо ст. 251 Ул. совсѣмъ не содержитъ въ себѣ требованія *страха настоящаго или будущаго зла, могущаго угрожать лицу или имуществу*. По существу это условіе до крайности широко поставленное и вовсе не соответствующее ни *art. Cod. civ.* (1112), ни латинской системѣ **). Такое зло, которое еще когда то, въ будущемъ, можетъ угрожать лицу или имуществу, развѣ въ очень рѣдкихъ случаяхъ способно носить характеръ неотвратимаго, противъ котораго нѣтъ другихъ средствъ, кромѣ подчиненія вымогательствамъ и насилію. Чтобъ дать юридическую опредѣленность такимъ угрозамъ, ихъ надо разработать въ частностяхъ, чего не дѣлаетъ нашъ законъ вовсе.

Если мы, такимъ образомъ, находимъ признаки принужденія, данные статьѣй 702-ой, до крайности широко поставленными и не соответствующими ни національной, ни латинской традиціи, то, съ другой стороны, ограниченіе настоящаго или будущаго зла

*) Ср. особ. Савиньи. *System* т. III, § 114; тоже въ изд. *Code civ. Dard* съ указаніями на пандектные тексты. Такая же указан. сдѣланы въ официальной изд. *Свода Гражд. Узакон. губери. Прибалтійск.*

**) *Metum praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus* (L. 9 pr. D. h. t.) Еслибы нашъ кодексъ ввелъ еще угрозу оклеветанія, то это потребовало бы особаго толкованія. Неотвратимость зла составляла въ латинской системѣ тоже важную черту угрозы (*..impetus qui repelli non potest* L. 2 D. h. t.).

имуществомъ или лицомъ только самого угрожаемаго представляетъ собою столь же неудачное отступленіе, опять и отъ національныхъ и универсальныхъ традицій, не имѣющее за себя никакихъ основаній и соображеній. Извѣстный текстъ Юлія Павла (L. 8 § 3 D. 4. 2) справедливо указываетъ, что родителей, по ихъ любви къ дѣтямъ, гораздо легче напугать угрозами, направленными на ихъ дѣтей, чѣмъ на нихъ самихъ (... quum pro affectu parentes magis in liberis terreantur). Французскій Code допускаетъ инвалидацію сдѣлки по поводу насилій направленныхъ не только противъ самой *partie contractante*, но и противъ ея супруга, или противъ нисходящихъ и восходящихъ ея родственниковъ (*sur son époux ou sur son épouse* *), *sur ses descendants et ses ascendants*, art. 1113). Нѣтъ никакого сомнѣнія, что эти положенія, хотя чуждыя нашему кодексу, несравненно ближе соотвѣтствуютъ и нашимъ правамъ и нашему правосознанию, чѣмъ сухая и черствая статья 702-ая т. X ч. I. Аргументировать это не трудно съ помощью того же Уложенія Ц. А. М., изъ коего взять несуществующій въ немъ страхъ *будущаго* зла, могущаго постигнуть мое лицо или имущество, и опущена семейная солидарность, такъ ярко выраженная въ положеніяхъ того же Уложенія о вознагражденіи потерпѣвшихъ членовъ семьи *за обиды* то вдвое, то четверо, то вполовину противъ главы семьи (см. выше, стр. 330). Мы уходимъ, такимъ образомъ, благодаря неумѣльнымъ приемамъ кодификаціи, въ отдѣльныхъ и далеко немаловажныхъ пунктахъ, съ нашимъ „національнымъ“ кодексомъ много дальше отъ національнаго правосознанія, чѣмъ совершенно чужіе для насъ, но хорошо составленные, кодексы иноземныхъ правъ. Въ этомъ отношеніи проектъ даетъ вполне цѣлесообразную поправку, распространяя дѣйствіе страха на совершающаго сдѣлку не за себя только, а также и за его близкихъ (ст. 61).

Дальнѣйшая и очень существенная *недомолвка* нашего кодекса въ этомъ вопросѣ заключается въ томъ, что въ немъ вовсе нѣтъ указаній на связь насильственнаго дѣйствія съ актомъ, къ коему это насиліе побуждало потерпѣвшаго. Нѣтъ сомнѣнія, что надлежитъ самымъ точнымъ образомъ локализовать дѣйствіе страха, возбужденнаго со стороны, иначе и здѣсь результаты будутъ уходить далеко за предѣлы желательнаго. Западные кодексы, въ виду классическаго образца, допускаютъ оспаривать именно только ту сдѣлку, которую вынуждали совершить, не любую, какая по этому

*) По отношенію къ женѣ *viris bonis iste metus* (страхъ безчестія жены) *major, quam mortis esse debet*. L. 8 § 2 D. 4. 2 (Юлій Павелъ).

поводу могла быть совершена потерпѣвшимъ (С.с. art. 1111, Имп. К. art. 123, l. 9, § 1 h. t.) *).

Уложение Ц. А. М. и въ этомъ отношеніи стоитъ ближе къ дѣлу и лучше даетъ разумѣть его сущность, чѣмъ неуклюжая абстракція X т. ч. I. Въ Уложеніи видно, что рѣчь идетъ объ опредѣленной кабалѣ или крѣпости, которая подписана неволею. Т. X не¹ даетъ ничего конкретнаго, ничего осязательнаго, ибо формулируетъ лишь самымъ общимъ образомъ указанные признаки принужденія по отношенію къ способамъ приобрѣтенія правъ на имущество вообще.

Больше точности видно въ опредѣленіи дальнѣйшихъ реквизитовъ, коими условлена инвалидація сдѣлки, вынужденной угрозами. Уложение требуетъ *немедленной явки (того же дни, како надъ нимъ, т.-е. потерпѣвшимъ, такое дѣло учинится), а затѣмъ, челобитья потерпѣшаго объ очной ставкѣ и о сыску вскорѣ, дни въ три, или въ четыре, и большое въ недѣлю* (см. ст. 251 гл. X). Буквально то же повторяетъ ст. 703 т. X ч. I со ссылкой на указанную статью Уложения. Едва ли, однако, при измѣнившихся бытовыхъ условіяхъ, эта буквальность передачи статьи Уложения составляетъ достоинство кодификаціи. Скорѣе здѣсь можно бы допустить тѣ обобщенія, которыя допущены далеко некстати въ другомъ мѣстѣ. Думается намъ, что смыслъ реквизитовъ Уложения весь въ томъ только, чтобы побудить заинтересованнаго къ *немедленному оглашенію* событія. И это едва ли не лучше достигается формулой, которую находимъ теперь въ составѣ Имп. Нѣмец. Улож. Здѣсь, для подобнаго случая, указанъ срокъ предъявленія спора не днями (три, четыре дни и не болѣе недѣли), а отвлеченно—*безъ умышеннаго промедленія*, ohne schuldhaftes Zögern, что, вѣжется намъ, соответствуетъ много больше не только существу дѣла, но и настоящему смыслу статьи 251 Улож. Ц. А. М. Затѣмъ Нѣмецкое Уложение добавляетъ, что подобный искъ можетъ вообще быть предъявленъ въ теченіе годового срока. Французскій Code, совершенно въ духъ всего института, дополняетъ, что нельзя опровергать силы сдѣлки, по поводу привужденія въ случаяхъ молчаливаго или именно выраженнаго ея одобренія впоследствии, или же пропуска положеннаго для реституціи срока (art. 1115), изъ чего еще разъ становится яснымъ, что подобные пороки волеизъявленія не дѣлаютъ его ничтожнымъ по праву (de plein droit, ipso jure), а лишь допускаютъ признаніе недѣйстви-

*) Thur (А. Н. Туръ) Der Nothstand im Civilrecht. 1838.

тельности влѣдствіе спора или опроверженія его силы со стороны потерпѣвшаго (art. 1117).

Чрезвычайно любопытно и характерно для *дѣйствующаго русскаго права* стремленіе закона допускать и изыскивать въ труднѣйшихъ проблемахъ юстиціи (для браковъ, заключенныхъ по насилію, и для судьбы дѣтей, родившихся въ недѣйствительномъ бракѣ), и донинѣ, въ видахъ умаленія тяжкихъ послѣдствій инвалидаціи юридическихъ актовъ для потерпѣвшихъ, экстраординарные способы дѣйствія, къ какимъ въ подобныхъ случаяхъ прибѣгала и латинская практика (преторскія экстраординарныя когниціи). Въ такихъ случаяхъ судъ повергаетъ судьбу невинно потерпѣвшихъ Высочайшему воззрѣнію (т. X, ч. 1, ст. 133). Это власть (*imperium*) противодѣйствія ригоризму нормъ, который можетъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ, претить нравственному чутью человѣка. Это, стало быть, сила, идущая навстрѣчу самому праву, выдѣленіе вопроса вовсе изъ общепринятыхъ нормъ, предѣлъ индивидуализаціи, допускаемый только въ крайности. Здѣсь своего рода помилованіе (*clementer agit praetor... l. 14 § 1 D. h. t.*, какъ выражается въ одномъ случаѣ Ульпіанъ). Но это въ дѣйствующей системѣ только для вопросовъ права семейнаго. Въ сферѣ институтовъ имущественныхъ примѣненіе подобнаго метода встрѣтило бы гораздо болѣе серьезныя препятствія.

Проектъ вносить въ вопросъ о срокѣ для инвалидаціи сдѣлки вообще (о чемъ подробности позже) и признаніи недѣйствительности вынужденнаго брака воособенности существенныя измѣненія дѣйствующей системы. По отношенію къ дѣтямъ, „отъ брака, признаннаго недѣйствительнымъ“ Высоч. утвержд. мнѣніе Госуд. Сов. 1902 г. (Собр. узак. № 562, отд. I) сохраняетъ за ними уже отнынѣ права дѣтей законныхъ, а по отношенію къ тому изъ супруговъ, который былъ вовлеченъ въ бракъ насиліемъ или обманомъ, удержано въ силѣ право суда повергать его участь на милостивое воззрѣніе Императорскаго Величества (см. новую редакцію ст. 133 въ указан. Высоч. утв. мнѣніи Государств. Сов. 1902 г.).

§ 49.

Ошибка и ея функція въ составѣ разныхъ институтовъ.—Общія положенія объ ошибкахъ въ кодифицированныхъ системахъ.— Литература.—Мѣсто ученія въ системѣ.—Подлинная и неподлинная ошибка.—Теорія воли и волеизъявленія.— Проблемы философскія и юридическія.— Обманъ.— Независимая отъ обмана ошибка.—Трудность изслѣдованій.—Жизненная основа (преемственная и одно-временная) двойственности доктринъ.—Различіе стилей.—Общія положенія новыхъ кодексовъ и контрпроекта О. Бэра.—Возможно ли единство принципа?—Общія основы ученія.—Проектъ Гражд. Уложенія.

Мы сейчасъ видѣли, что N можетъ сдѣлать волеизъявленіе (акцептъ векселя), которое вовсе не соотвѣтствуетъ его волѣ. Второй образецъ векселя былъ акцептованъ только потому, что N забылъ о сдѣланномъ уже имъ акцептѣ перваго образца. Въ основаніи втораго акцепта лежитъ *ошибка*. Намѣренія, воли платить два раза по одному векселю у N не было.

И несмотря на это отсутствіе воли, вексельная сдѣлка безповоротво конституирована простымъ волеизъявленіемъ. Если оба образца векселя будутъ предъявлены къ платежу, то N придется отвѣчать и по первому и по второму акцепту.

Очевидно, въ правѣ, въ правѣ гражданскомъ, есть случаи, гдѣ, такъ же какъ при наличности принужденія, ошибка не можетъ служить основаніемъ инвалидаціи сдѣлки, и сдѣлка остается въ силѣ въ виду наличности волеизъявленія, безъ всякаго изслѣдованія наличности подлинной воли, безупречнаго психическаго процесса, который предшествовалъ волеизъявленію (ст. 72 Векс. Уст. стараго и 116 новаго).

Можно было бы обобщить это явленіе и заключить, что право гражданское писано для бдительныхъ, и небдительные должны роковымъ образомъ терпѣть потери вездѣ, гдѣ они окажутся въ заблужденіи, гдѣ будетъ на лицо незнаніе, ошибка.

Такое обобщеніе будетъ, однако, совершенно ложнымъ приѣмомъ.

Достаточно взять ст. 529 т. X, ч. 1, чтобъ увидать, насколько различно дѣйствіе ошибки или незнанія *въ составѣ разныхъ институтовъ*. N покупаетъ имѣніе у С, совсѣмъ не зная, что С не собственникъ, что оный владѣетъ имѣніемъ, *ошибочно* основывая свое право на положеніяхъ о порядкѣ родственнаго преемства, въ то время какъ это имѣніе было завѣщано постороннему. Эти ошибки или это незнаніе не ставятъ владѣльца ни въ какую опасность гражданской отвѣтственности. Наоборотъ. Эти ошибки и это незнаніе составляютъ положительное условіе или положительное требованіе, для того, чтобы N оказался въ

самой выгодной позиціи относительно противника. Онъ можетъ сослаться на добросовѣстное и при томъ, быть можетъ, еще давностное владѣніе, чтобы удержать вещь въ своихъ рукахъ, во всякомъ случаѣ, чтобы не отвѣчать, въ случаѣ присужденія имѣнія собственнику, за плоды и доходы съ этого имѣнія, коимъ онъ владѣлъ *по ошибкѣ*, не зная вовсе недостатка легальныхъ качествъ своего владѣнія.

Вопросы объ ошибкѣ и ея вліяніи на гражданскія правоотношенія встрѣчаются въ цивильной практикѣ чаще и занимаютъ нашу науку несравненно больше вопросовъ о принужденіи или насиліи, которые мы выше разсмотрѣли.

Мы привели два примѣра изъ состава нашего дѣйствующаго права, въ коихъ одинъ разъ ошибка падаетъ всею своею тяжестью на ошибающагося (72/116 ст. В. У.), въ другой та же ошибка прямо выгодна для ошибающагося.

Это далеко не всѣ случаи, которые знаетъ наше гражданское право по вопросу объ ошибкѣ. Но есть ли, однако, въ его составѣ, наряду съ положеніями о принужденіи, какія-либо *общія положенія* по вопросу о вліяніи ошибки на способы приобрѣтенія правъ вообще, или правъ по имуществамъ въ частности?

Ихъ вовсе нѣтъ. Выше было видно, что свобода произвола, которой требуетъ ст. 701 для всѣхъ способовъ приобрѣтенія правъ на имущества, нарушается 1) принужденіемъ (о чемъ говорено выше) и 2) *подлогомъ*. Вотъ все, что даетъ наше законодательство *по общему вопросу* объ ошибкѣ въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній. Короче сказать, для вопроса объ ошибкѣ т. X. ч. 1 не заключаетъ въ себѣ никакихъ общихъ руководящихъ положеній ни для всѣхъ способовъ приобрѣтенія правъ по имуществамъ вообще, ни для сдѣлокъ договорныхъ въ особенности.

Такия общія положенія находятся въ любомъ изъ дѣйствующихъ на западѣ гражданскихъ кодексовъ или въ составѣ общихъ ученій (часть общая), или въ положеніяхъ общихъ для права договорнаго въ частности.

Большимъ обиліемъ правилъ руководящихъ общихъ и особенно для отдѣльнаго ихъ приложенія въ различнымъ институтахъ отличается по этому предмету право римское.

Въ связи съ его разработкой въ особенности и новые кодексы наполнялись содержаніемъ по этому ученію. Кодексъ французскій обогатился особенно этимъ содержаніемъ чрезъ посредство трактатовъ Pothier (особ. *Traité des obligations* 1761 г.). Нѣмецкая литература знаетъ въ теченіе истекшаго столѣтія классика-

ческую работу Савиньи въ III т. его System и затѣмъ массу работъ въ составѣ всѣхъ важнѣйшихъ учебниковъ (особенно Bekker'a) и большихъ специальныхъ монографій, Цительмана (Irrthum u. Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung, 1879 г.) и Леонгарда (Irrthum bei nichtigen Verträge 1881 г. *).

Большого развитія *обобщеній* очень избѣгаютъ даже новѣйшіе кодексы (саксонскій, гдѣ въ общей части всего три статьи касаются ошибки и значительное количество связано съ общими положеніями по отдѣльнымъ категориямъ институтовъ; то же должно сказать и для Имперск. Гражд. Улож. 1896 г.).

Наоборотъ, въ литературѣ нѣмецкой опять и здѣсь, какъ вообще въ ученіи о сдѣлкѣ, очень широко ставились *именно общія ученія* объ ошибкахъ и ея вліяніи на правоотношенія. Савиньи справедливо замѣтилъ, что моментъ ошибки входитъ въ составъ многихъ институтовъ гражданского права и поэтому трудно дать ему *одно мѣсто* въ системѣ. Можно бы думать, что по этому соображенію Савиньи и не дастъ этому ученію одного мѣста въ системѣ, а будетъ его разбирать въ разныхъ мѣстахъ. Но соображеніе, выраженное Савиньи, побуждаетъ его излагать ученіе объ ошибкахъ не только въ общей части, въ ученіи о дѣяніяхъ, но еще особо въ специальномъ приложеніи, весьма обширномъ, гдѣ онъ именно старается исчерпать все, что важно для ученія объ ошибкахъ въ *одномъ мѣстѣ*, хотя и внѣ общей системы. Очень широко трактуетъ ошибку въ составѣ самыхъ различныхъ институтовъ и Вангеровъ тоже въ общихъ ученіяхъ (см. Lehrbuch d. Pandekten § 83).

Мы не послѣдуемъ ихъ примѣру и будемъ трактовать *въ общей части ошибку только въ составъ волеизъявленій*, какъ моментъ, оказывающій вліяніе на юридическій эффектъ волеизъявленія и только.

Наличность ошибки очевиднымъ образомъ должна оказывать известное вліяніе на силу волеизъявленія. Вопросъ не въ этомъ, а въ условіяхъ этого вліянія и въ его силѣ.

Мы не расширяемъ ученіе объ ошибкахъ въ составѣ общей

*) О томъ и друг. см. мою рецензію въ Юридической библиографіи изд. юридич. факульт. Петерб. Унив. № 1 (1884 г.), 24. Для права французскаго сравнительно съ римскимъ Etude sur l'erreur en droit romain et français Lardie et Varelle. Во французской юридической литературѣ ученіе объ ошибкахъ чаще всего связываютъ съ контрактами, какъ оно является въ Code civ. Теперь все это весьма обстоятельно у Saleilles Déclaration de volonté, стр. 12—39, по поводу ст. 119 Нѣм. Уложен. Въ 1903 г. S. Schlossmann публиковалъ небольшой трактатъ Der Irrthum über wesentliche Eigensch. der Person u d. Sache nach d. BGB.

части на любыя дѣйствія и беремъ лишь въ предѣлахъ юридической сдѣлки для того, чтобы внести въ ученіе большую определенность и не осложнять безчисленными оговорками. Это локализируетъ задачу изученія и дѣлаетъ ее выполнимой именно въ этомъ мѣстѣ системы. Когда мы говоримъ о *юридической сдѣлкѣ*, то у насъ въ виду дѣеспособный субъектъ и определенная сфера его гражданскихъ правоотношеній, на измѣненіе коихъ онъ можетъ, въ силу свойственнаго этой сферѣ правоотношеній характера самоопредѣленія, свободно вліять.

Въ кругу юридическихъ сдѣлокъ лицо можетъ дѣйствовать, *напрямую* не обнаруживая подлинной своей воли, или маскируя ее умышленно сдѣлкой другого типа. Это одна категорія явленій, гдѣ волеизъявленіе, моментъ внѣшній, и сама воля, моментъ внутренній, не совпадаютъ одинъ съ другимъ. Другой рядъ явленій будетъ тотъ, гдѣ такое несовпаденіе воли съ волеизъявленіемъ происходитъ *безъ всякаго намѣренія*, безъ расчета ввести кого-либо въ заблужденіе. Въ этомъ послѣднемъ рядѣ явленій противорѣчіе волеизъявленія подлинной волѣ составляетъ обыкновенно слѣдствіе ошибки или незнанія.

Въ этомъ послѣднемъ ряду явленій юристы различаютъ два случая. Я выразилъ то, чего я не хотѣлъ выразить. Это первый случай. Другой случай будетъ такой: я выразилъ хотя именно то, что хотѣлъ выразить, но это мое волеизъявленіе вызвано было моей ошибкой.

Въ обоихъ случаяхъ я одинаково въ ошибкѣ. Но въ вопросѣ о томъ, въ какомъ отношеніи находится мое волеизъявленіе (внѣшній моментъ) къ моей волѣ (моменту внутреннему), оба случая существенно различны.

Въ 1-мъ случаѣ есть только *волеизъявленіе*, безъ всякаго ему *соотвѣтствующаго внутренняго* момента. Волеизъявленіе есть только видимость воли, по существу же это простая *обмолвка, описка*. Здѣсь воли вовсе нѣтъ, а есть только фальшивый, но не предумышленный, а ненамѣренно мною данный ея наружный признакъ.

Во 2-мъ случаѣ есть налицо не только *волеизъявленіе*, но волеизъявленіе вполне отвѣчающее тому, что я хотѣлъ выразить, *конструирующее съ моей волей*.

Эти два случая съ особой тщательностью старался различить Савиньи. Результатъ анализа выраженъ имъ въ особомъ наименованіи той и другой ошибки и въ особыхъ послѣдствіяхъ, которыя онъ соединялъ съ этимъ различіемъ.

Въ 1-мъ случаѣ, говоритъ онъ, есть ошибка, но она *непо-*

длинная (unächt). Терминъ неудаченъ. Это всё признають. Но разницу двухъ случаевъ и достоинство различенія считаютъ и повинѣ многіе большой его заслугой. Первый случай по мысли Савиньи отличается тѣмъ, что тутъ не ошибка опорочиваетъ сдѣлку, а *отсутствіе воли*, хотя въ основѣ это отсутствіе воли причинено все же ошибкой (обмолвкой, опиской). Я вовсе ничего не представлялъ себѣ такого, что получилось вслѣдствіе обмолвки. Я отказался, когда не думалъ отказываться, принялъ, когда не думалъ принимать. Выраженіе есть, а воли нѣтъ. Это имѣетъ мѣсто не только въ сдѣлкахъ одностороннихъ, но и въ договорныхъ сдѣлкахъ, гдѣ принимающій предложеніе *ослышался* или *прочелъ не то, что писано* *).

Тѣ учителя, которые все существо сдѣлки сводятъ къ *воле*, а не къ волеизъявленію, и въ числѣ ихъ, впереди всѣхъ, самъ Савиньи, утверждаютъ для случаевъ обмолвки, описки, отсутствія воли или консенза, недѣйствительность сдѣлки не на томъ, что есть ошибка, которой свойства могутъ быть различны (ошибка въ правѣ, въ фактѣ, извинительная, неизвинительная, существенная, несущественная), а на томъ, что *нѣтъ здѣсь вовсе воли*.

Стало быть, для перваго случая должно получиться общее правило, что сдѣлки нѣтъ, есть только обманчивая внѣшность ея, бессильная для какихъ-либо измѣненій въ сферѣ правоотношеній, ибо нѣтъ вовсе воли, или, въ договорѣ, нѣтъ консенза.

Второй случай будетъ представлять собою нѣчто совершенно иное. Извѣстнаго измѣненія правоотношеній я именно хотѣлъ и эту волю я выразилъ.

Но оказывается, что *воля эта опредѣлилась* во мнѣ *подъ дѣйствіемъ ошибочнаго представленія*. Вотъ тутъ именно имѣетъ быть разсмотрѣнъ *вопросъ объ ошибкѣ* и ея вліянія на составъ сдѣлки.

Этотъ случай можетъ представить собою нѣчто родственное съ разобраннѣмъ выше случаемъ принужденія. Но какъ и въ случаѣ принужденія школа Савиньи (Willenstheorie, воля, какъ рѣшающій принципъ) находитъ, что здѣсь, при наличности не только волеизъявленія, но и воли (ächter Irrthum), надо индивидуализировать изслѣдованіе и оцѣнивать въ данномъ случаѣ особое *свойство ошибки* (въ законѣ, въ фактѣ, въ сдѣлкѣ, ведущей къ стяжанію или нестяжательной, существенной и несущественной, извинительной или неизвинительной по существу, по лицамъ въ

*) System III стр. 263 пр. b и 264. Савиньи приходилось вырабатывать цѣльное ученіе изъ казуистическаго матеріала взятыхъ въ составъ пандектовъ текстовъ писателей разныхъ эпохъ и направленій.

ней виновнымъ и проч.), чтобы опредѣлить ея вліяніе на силу волеизъявленія.

Если бы мы смотрѣли на вопросъ съ чисто философской точки зрѣнія, то въ этомъ ученіи, нѣтъ сомнѣній, много заманчиваго въ смыслѣ постановки проблемы, выдержки и послѣдовательности ея разрѣшенія.

Все вѣрно и все справедливо. Это справедливо или близко къ справедливости не только съ точки зрѣнія философской, но и съ той, которая такъ привлекаетъ Шлоссмана, съ точки зрѣнія криминалиста. Тутъ какъ будто рѣчь идетъ именно о вѣнненіи...

Въ пользу Willenstheorie и основъ ученія Савиньи высказывалась масса нѣмецкихъ юристовъ. На его сторонѣ Виндшейдъ, въ послѣднихъ изданіяхъ книги *) во многомъ принявшій нѣкоторые результаты обширнаго изслѣдованія Цительмана по этому вопросу (указ. выше трактатъ). Задача Цительмана собственно психологическая, ибо онъ ищетъ установить условія, при наличности коихъ ошибка исключаетъ воплнѣ намѣреніе и сознаніе. Тутъ рѣчь, стало быть, о психической функціи ошибки, смотря по различію содержанія и предмета ошибки. Изслѣдованія очень цѣнны для изученія внутренней стороны явленій, *когда есть возможность войти въ индивидуальное ихъ разсмотрѣніе*. Цѣлая треть книги (стр. 23—200) посвящена этимъ психологическимъ штудіямъ.

Общія и постоянныя практическія проблемы юриспруденціи уходили и уходятъ у этихъ писателей постоянно на второй планъ.

Вотъ именно этотъ *недостатокъ практичности* въ ученіяхъ этого направленія и вызвалъ реакцію противъ самого направленія изысканій. Въ цивилистицѣ мы имѣемъ дѣло не съ этими проблемами внутренняго міра человеческой воли, а съ волеизъявленіями *въ сферѣ дѣловой*, гдѣ, независимо отъ вопросовъ воли, основой сношеній служатъ волеизъявленія. Имъ довѣряютъ, ихъ держатся люди, не уходя вовсе въ глубь изысканій подлинной воли. Виднѣйшіе писатели, стоявшіе въ ученіи объ ошибкахъ на этой точкѣ зрѣнія, были Бэръ (Отгонъ), Августъ Тонъ, позже Леонгардъ, Исай и многіе другіе **). Все равно, въ тѣхъ ли случаяхъ, гдѣ есть волеизъявленіе и вовсе нѣтъ воли (неподлинная ошибка, по Савиньи), или гдѣ есть воля, по вызванная

*) Основныя идеи Цительмана введены въ примѣчаніе учебника Виндшейда.

***) Подробности у Виндшейда § 75 прим.

ошибкой (подлинная ошибка),—волеизъявление въ практикѣ есть конституировавшаяся воля и не можетъ не произвести эффекта, въ особенности когда у лица, къ коему обращено волеизъявление, не рождается никакого сомнѣнія насчетъ подлинности воли. Допустить во всѣхъ этихъ случаяхъ инвалидацію сдѣлки по тому единственному основанію, что сторона въ сдѣлкѣ ошибалась, значило бы поколебать надежность дѣловыхъ сношеній и замѣнить наружный критерій наличности воли при волеизъявленіи совершенно ненадежнымъ изысканіемъ внутреннихъ моментовъ, которые часто могутъ быть совсѣмъ неуловимы. Это значитъ замѣнить лучшее изъ двухъ золъ несомнѣнно худшимъ. Въ виду этого, и на ветрѣчу Цительману, Леонгардъ ставитъ себѣ задачу провести *осязательную* для практическихъ цѣлей границу между задачами философіи и юриспруденціи *).

Въ огромномъ большинствѣ случаевъ ошибки въ сдѣлкѣ односторонней или договорной, особенно если онѣ не касаются существенныхъ сторонъ волеизъявленія, остаются безъ всякой возможности исправленія и ложатся своею тяжестью на ошибающагося. Какія въ отдѣльныхъ случаяхъ возможны здѣсь исправленія, мы сейчасъ скажемъ объ этомъ. Но случаи, гдѣ сравнительно легче не только установить наличность ошибки, но и устранить ея вредныя послѣдствія, выдѣляются въ практической юриспруденціи въ особую группу.

Это тѣ случаи, гдѣ ошибка произошла не вслѣдствіе какого-либо недостатка во внутреннемъ процессѣ самоопредѣленія воли (забвеніе, недостатокъ возбужденнаго вниманія, описка, обмолвка), а подъ очевиднымъ вѣщнымъ вліяніемъ, при содѣйствіи лица, которое ввело въ ошибку субъекта сдѣлки.

Н. не самъ ошибся въ подписи документа, а сдѣлался жертвою обмана, именно *подлога*. Ему, напр., дали подписать не тотъ актъ, который подлежалъ подписи.

Наше законодательство собственно этимъ явленіемъ и ограничиваетъ свои опредѣленія объ ошибкахъ въ указанныхъ выше общихъ положеніяхъ. Свобода произвола и согласія нарушается... подлогомъ (ст. 701). Этотъ случай есть единственный предусмотрѣнный въ рядѣ положеній общаго содержанія. Законъ видитъ въ такомъ *устраненіи* свободы произвола изъ состава односторонней сдѣлки или договора основаніе для призванія недѣйствительности сдѣлки. Въ рядѣ статей, выведенныхъ нынѣ (изд.

*) См. особенно горячо написанный § 4 указан. сочиненія zur Grenzregulierung zwischen Jurisprudenz u. Philosophie.

87 г.) изъ состава т. X ч. I въ Уложеніе о наказан., указавъ путь уголовного преслѣдованія за этотъ видъ преступныхъ дѣяній.

Не можетъ быть сомнѣнія, что нашъ законодатель сопоставляетъ оба вида покушенія на свободу произвола и согласія въ юридическихъ сдѣлкахъ (принужденіе и подлогъ) по нѣкоторому внутреннему основанію, ибо въ томъ и другомъ случаѣ субъектъ сдѣлки является собственно одинаково *невольнымъ орудіемъ чужихъ цѣлей* въ распоряженіи своимъ имуществомъ, чего изъ волеизъявленія вовсе не видно. Обманутый или вынужденный насиліемъ совершаетъ наружнымъ образомъ сдѣлку какъ бы *sua sponte* (ср. С. с. art. 1109).

Исцѣленіе этого *невольнаго* разнорѣчія между подлинной волей и волеизъявленіемъ *для случаевъ подлога* предусматривается въ той самой 72, теперь 116 ст. Векс. Уст., которую мы цитировали выше. Случай, который приводитъ къ необходимости двойного платежа по векселю, можетъ составлять результатъ подлога, котораго нельзя тотчасъ усмотрѣть (ибо оба образца векселя пришли къ плательщику *отъ разныхъ векселедержателей* съ правильными подписями). Приниматель обязанъ заплатить по тому и другому образцу. Но матеріальный убытокъ отъ этого платежа можетъ быть ему возмѣщенъ посредствомъ иска къ тому или къ тѣмъ, кто участвовалъ въ подлогѣ. И такъ, ошибка, вызванная обманомъ, въ сдѣлкахъ извѣстнаго формальнаго строенія, каковъ вексель, не колеблетъ силы сдѣлки, если нѣтъ очевидности подлога *), но евентуально избавляетъ потерпѣвшаго отъ матеріальныхъ ущербовъ, вызванныхъ ошибкой.

Эта возможность уйти безъ потерь въ случаяхъ подлога условлена наличностью отвѣтственнаго по подлогу лица, которое вызвало ошибку и причинило убытокъ.

Статья 72 предполагаетъ *забывчивость* у принимающаго векселя, которою воспользовался предъявитель втораго образца для подлога.

Но возможенъ обманъ и другою рода, гдѣ обманутый входитъ въ сдѣлку вовсе *не безсознательно*, какъ въ указанномъ случаѣ подлога; а совершенно сознательно хочетъ войти въ такую-то операцію. Его побуждаетъ къ этому хорошо, какъ ему кажется, сдѣланный расчетъ. Но основанія для этого расчета

*) Такая очевидность будетъ, если оба образца векселя совершенно одинаковы и принявшій ихъ къ платежу убѣдится въ этомъ чрезъ сличеніе; тогда онъ вовсе не обязанъ платить по образцу, позже принятому (та же статья 72, вонецъ), ибо недобросовѣстный притязатель на вторичный платежъ тутъ же на лицо (тоже ст. 116 Нов. Уст. съ разсуд. объ основаніяхъ въ изд. Государств. Канцеляріи).

суть ошибочныя. Ему даны были ложныя свѣдѣнія, которыя онъ считалъ вѣрными. Здѣсь не отсутствіе воли, какъ въ первомъ случаѣ, а ложно со стороны направленная воля даетъ основу для волеизъявленія. Въ этихъ двухъ случаяхъ (подпись на подсунутомъ документѣ и вступленіе въ сдѣлку подъ вліяніемъ ошибочныхъ данныхъ) такое же различіе ошибки, которое Савиньи обозначалъ названіемъ ошибки неподлинной (для 1-аго случая, гдѣ, по Савиньи, вовсе не было воли) и подлинной (для 2-ого, гдѣ воля была на-лицо, но подъ дѣйствіемъ обмана).

Для случаевъ, гдѣ есть обманъ, будетъ ли это подлогъ, или сообщеніе ложныхъ свѣдѣній, ошибка исцѣлима, если не всегда въ смыслѣ инвалидаціи сдѣлки, то очень нерѣдко въ смыслѣ матеріальнаго вознагражденія за ущербъ со стороны обманщика (Ул. о Наказ. 85 г. ст. 1688 и 1690).

Конечно, и въ томъ и въ другомъ случаѣ *споръ противъ силы актовъ*, опроверженіе ихъ и доказательства подлога или обмана *имѣютъ исходить отъ потерпевшаго*.

Гражданское законодательство наше касается вопросовъ о силѣ подобныхъ актовъ, о способахъ ихъ инвалидаціи и послѣдствіяхъ для правоотношеній третьихъ, не въ одномъ случаѣ, а въ цѣломъ рядѣ ихъ. И здѣсь, такъ же какъ въ вопросахъ принужденія и насилія, *наряду съ ординарными способами огражденія нарушенныхъ правъ, т. Х ч. I. знаетъ чрезвычайныя мѣры*, каково ходатайство передъ Высочайшею властью о смягченіи участи пострадавшихъ, вслѣдствіе признанія недѣйствительности брака, заключеннаго подъ вліяніемъ обмана, самого супруга и дѣтей (ст. 133).

Въ иныхъ случаяхъ, гдѣ въ результатѣ обмана получается не это явленіе недѣйствительнаго брака (*matrimonium putativum*), а тѣ или другія невыгодныя въ *имущественномъ смыслѣ* сдѣлки, законъ нашъ, *въ связи съ вопросомъ о виновности* того или другого круга лицъ въ нанесеніи вреда и убытка, указываетъ общія ординарныя исковыя средства для устраненія потерь, простирающихся вслѣдствіе обмана.

Для силы сдѣлки определенной общими, кромѣ указанной недѣйствительности ея, нашъ законъ не вырабатываетъ.

Мы, такимъ образомъ, взяли впередъ случаи ошибки, гдѣ выходъ изъ трудной проблемы исцѣленія порока сдѣлки или устраненія вредныхъ ея послѣдствій представляется относительно легкихъ.

Какъ же быть въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ внѣшняго воздѣйствія на волю, а есть ошибка, составляющая послѣдствіе по-

роковъ воли или сознанія совершающаго сдѣлку (его разсѣянность, забывчивость, недосмотръ, незнаніе, ложный расчетъ и проч.)?

Мы видѣли выше два выхода, которые указываютъ наибольшіе руководящіе писатели изъ этихъ трудностей. Въ основѣ одного ученія лежитъ принципъ воли, на коемъ въ этомъ лагерѣ строятъ всю теорію сдѣлки. Отсюда получаютъ всѣ конвенціи этого ученія. Гдѣ нѣтъ воли, не можетъ быть сдѣлки; гдѣ есть воля, но вызванная ошибкой, тамъ надо идти путемъ оцѣнки ошибки, вмѣненія ея въ разныхъ условіяхъ (какъ это было показано выше *) виновнику и возложенія на него лично большей или меньшей тяжести послѣдствій его ошибки. Эта трудная проблема индивидуальныхъ изысканій не только существованія ошибки, но и вмѣненности ея, несомнѣнно удовлетворяетъ чувству справедливости. Но въ практикѣ она представляетъ величайшія неудобства. Прежде всего никакая тщательность изысканій не даетъ намъ въ результатъ полной гарантіи отъ возможнаго со стороны потерпѣвшаго прямого обмана. Мы только что устранили опасность обмановъ, гдѣ наличность обмана легко установить, ибо онъ идетъ извнѣ. Но какъ устранить обманъ, когда заинтересованный всѣми средствами ищетъ доказать *свое незнаніе, свою оплошность*, которая будто повела къ роковой ошибкѣ, въ условіяхъ, гдѣ весь процессъ скрытъ въ его сознаніи, и выведение его наружу или вымыселъ несуществовавшей ошибки составляетъ *ultimum refugium* для потерпѣвшаго отъ собственной оплошности или азарта человѣка? Здѣсь самый очевидный соблазнъ для обмана! И если такая хорошо придуманная ошибка окажется еще извинительной для него, то мы будемъ вынуждены инвалидировать сдѣлку, какъ бы это ни было тяжело для стороны собственно ни въ чемъ неповинной **).

Отсюда, какъ было видно выше, реакція въ пользу другой основы правоотношеній, возникающихъ изъ сдѣлки. Сдѣлка односторонняя или договоръ конституируются не наличностью воли

*) Общеизвѣстныхъ, хотя не всѣми пандектистами раздѣляемыхъ началъ вмѣненія ошибки по различію онъ былъ въ правѣ, въ фактѣ, существенной, несущественной, извинительной, неизвинительной для всѣхъ, для извѣстнаго круга лицъ, въ связи съ вопросомъ о доказываніи наличности ошибки и ея извинительности, въ сдѣлкахъ *inter vivos* и *mortis causa*, мы не будемъ здѣсь касаться, ибо все это нечерчивается въ общихъ пандектныхъ ученіяхъ и доступно при помощи любого основательнаго пандектнаго учебника.

**) Мастерство симуляціи, притворства, не составляетъ вовсе особенности служилыхъ людей прошлаго вѣка, на притворное дурачество которыхъ сѣтуютъ петровскіе указы. Теперешняя судебная практина даетъ любопытные образцы симулированной безграмотности простолюдниковъ для прикрытія продѣлокъ, предполагающихъ именно грамотность для ихъ выполненія.

или консенза, а наличностью волеизъявленія или совпаденія волеизъявленій. Я обязываюсь силой *выраженного* мною акта моей воли, хотя бы самой воли и не было. Или контрактъ возникаетъ, ибо оферта принята въ томъ видѣ, какъ она была выражена, хотя бы это выраженіе оказалось впоследствии или ошибочнымъ, или допускающимъ двойное пониманіе, въ той или другой мѣрѣ не соответствующимъ внутреннему моменту, волѣ, мыслямъ, сознанию въ лицѣ волеизъявляющаго.

Исключительность и односторонность каждой изъ этихъ доктринъ совершенно очевидны. Но дѣло въ томъ, что та и другая доктрина не представляетъ собою чисто теоретической продукціи. Въ большей или меньшей мѣрѣ и та и другая составляютъ болѣе или менѣе удачную абстракцію взглядовъ свойственныхъ разнымъ эпохамъ въ развитіи права, и та и другая есть формула болѣе или менѣе близко выражающая правовозрѣніе, характеризующее институты известнаго типа.

Мы уже указывали это различіе, разбирая выше ученія о природѣ самой юридической сдѣлки, независимо отъ того или другого практическаго приложенія къ отдѣльнымъ вопросамъ, касающимся волеизъявленія (вынужденнаго, ошибочнаго). Здѣсь намъ приходится лишь примѣнять тѣ общія возрѣнія къ этимъ отдѣльнымъ проблемамъ.

Система права, характеръ сдѣлокъ, можетъ носить типическія черты общности, непримѣнтельности къ разнымъ условіямъ, узости и строгости концепціи, какъ строгъ, общъ, непримѣнителенъ *сплошной* счетъ дней, для опредѣленія текущихъ сроковъ. Всѣ и вся должны подчиняться одному шаблону, кто бы это ни былъ, какъ бы ни сложились въ данномъ случаѣ обстоятельства дѣла.

Эта черта сильнаго развитія *формализма* въ эпохѣ, въ системѣ, въ отдѣльныхъ институтахъ, въ отдѣльныхъ сдѣлкахъ.

Есть внѣшнія данныя, есть право, нѣтъ ихъ, нѣтъ права. И эта мѣра *внѣшняго* распознаванія права обнимаетъ не только нормы, но и весь юридическій стиль эпохи.

Мы говорили объ эпохѣ, о системѣ... Можно выбросить и эпоху и систему въ цѣломъ и взять отдѣльное явленіе системы, сдѣлку. На ней будетъ виденъ весь стиль, какъ онъ виденъ и на цѣлой системѣ.

Что-жъ даетъ этотъ строгій стиль сдѣлки для вопроса объ ошибкѣ? Ея нѣтъ и быть не можетъ, не полагается въ сдѣлкахъ этого стиля. Почему? Потому что здѣсь нѣтъ метода индивидуальнаго изслѣдованія, нѣтъ внутреннихъ критеріевъ вмѣненія. Все обще,

все шаблонно и всякое уклоненіе отъ шаблона ложится, безъ всякой возможности поправки, на того, кто не доросъ до этой выправки воли, до этой дисциплины безповоротнаго самоопредѣленія.

Всѣ приемы строенія сдѣлки, весь ея составъ, способъ обращенія съ ней будутъ иными въ другихъ бытовыхъ условіяхъ. Едва на мѣсто стараго ригоризма нормы является потребность и способность къ примѣнительности, извѣстная гибкость формъ, обиліе способовъ дѣйствія, характеръ сдѣлки локализованный, въ кругу лицъ того или другого склада, каеъ тотчасъ же въ правѣ, въ способахъ разумнїя, толкованія, начинается развиваться на мѣсто старыхъ шаблоновъ методъ индивидуализаціи, допускающій въ принципѣ изслѣдованіе не юридической только обрядности, а всѣхъ особенностей случая, всей внутренней стороны отношенія, всего конкретнаго содержанія даннаго казуса. Здѣсь и время считаютъ не такъ (*tempus utile*), и скалу зрѣлости дѣлаютъ мельче и примѣнительнѣе къ дѣйствительному преусуѣванію сознанія челоуѣка вмѣстѣ съ возрастомъ, и наконецъ, развиваютъ такое обиліе формъ сдѣлокъ, въ коихъ, смотря по стилю сдѣлки, по типу лицъ, по свойству операціи, она носитъ на себѣ или черты подлиннаго формализма воли, или, наоборотъ, моменты далеко незаконченнаго, а дѣющагося воздѣйствія воли на окончательное образованіе ея состава.

Въ этихъ условіяхъ обыкновенно сходятъ со сцены *) старые *cantatores formularum*, дѣльцы на всѣ руки, и уступаютъ мѣсто мастерамъ другого рода, юристамъ, разумѣющимъ различіе стилей, вооруженнымъ не одной интуиціей, но и широкимъ познаніемъ то въ области практики специфической, въ тѣхъ или другихъ областяхъ дѣловыхъ сношеній, то въ задачахъ изслѣдованія вглубь, въ сферѣ психическихъ процессовъ, предшествовавшихъ волеизъявленію.

Вотъ этотъ *дуализмъ системъ и сдѣлокъ*, преемственный и одновременный, и долженъ всегда быть на виду въ задачахъ примѣненія того или другого изъ двухъ указанныхъ методовъ обращенія съ цивильной сдѣлкой, когда по требованію заинтересованныхъ судъ долженъ разсмотрѣть отношеніе волеизъявленія къ внутреннему составу сдѣлки, къ подлинной волѣ лицъ.

Есть случаи, гдѣ и нынѣ нельзя допустить никакой поправки наличныхъ данныхъ по основаніямъ, до извѣстной поры вовсе необнаруживавшимся ни въ какихъ признакахъ. Какіе эти случаи?

*) Иногда только со свѣта Божьяго, не теряя способности дѣйствовать изъ-за угла (*Winkeladvokaten*).

Ихъ очень трудно исчерпать, и ничто здѣсь не можетъ замѣнить жизненнаго опыта суда. Но, однако, есть сдѣлки, въ коихъ преобладающая черта внутренняго формализма воли до того очевидна, что разумѣніе ихъ природы доступно очень широкимъ кругамъ людей. Таковы переводный вексель, коего назначеніе выходитъ очевиднымъ образомъ вовсе изъ узкаго круга людей, лично знакомыхъ со свойствами каждаго участника сдѣлки. Таковы вообще операціи торговаго типа, рассчитанныя на скорѣйшій обмѣнъ товаровъ. Таковы въ сдѣлкахъ общаго права оборотъ съ предъявительскими бумагами и особенно ипотечныя операціи.

Примѣненіе формализма воли, внутренняго, въ сдѣлкахъ перваго рода безопасно въ виду нормальныхъ свойствъ людей, занимающихся торгомъ. Примѣненіе тѣхъ же критеріевъ для гипотечныхъ сдѣлокъ обставлено обиліемъ обрядностей, гарантирующихъ отъ случайности ошибки.

Гдѣ, однако, ошибки могли бы обнаружиться, тамъ, какъ мы видѣли въ статьѣ 72-ой (116-ой нов. Уст. о векс.) *вопросъ о силѣ сдѣлки совершенно отрѣшается отъ вопроса о матеріальныхъ невыгодныхъ ея послѣдствіяхъ*. Векселеприниматель обязанъ платить, несмотря на свою ошибку, но въ то же время потери свои онъ можетъ возмещать по такимъ признакамъ, коихъ на самой сдѣлкѣ совсѣмъ не видать. Сила сдѣлки ограждена отъ колебанія вслѣдствіе этого выдѣленія болѣзненнаго процесса въ особое производство. Точно тоже видно и въ гипотечной системѣ. Ошибка возможна здѣсь въ ряду случаевъ, какъ и вездѣ въ жизни. Всякій такой вопросъ объ ошибкѣ обособляется и составляетъ проблему отдѣльнаго изысканія. Ошибка служебнаго персонала вѣняется ему въ вину. Ошибка заинтересованныхъ постигаетъ своимъ послѣдствіемъ ихъ лично. Самая сдѣлка, рассчитанная на вещный эффектъ, остается внѣ всѣхъ этихъ потрясеній и колебаній. Она изолирована совершенно отъ проблемы возмѣщенія убытковъ между ошибавшимся и потерпѣвшимъ. Наконецъ, не въ этого только рода сдѣлкахъ, а и въ другихъ, въ сдѣлкахъ общаго права, могутъ быть условія, гдѣ пересмотръ совершившагося факта, какъ бы ни была вѣроятна ошибка, недопустимъ по непрактичности. Таковы массовые расчеты, при производствѣ коихъ допускается *повѣрка только немедленная* произведенной операціи, о чемъ заинтересованные обыкновенно и предупреждаются (просьба повѣрять выдачу не отходя отъ мѣста).

Нельзя сказать, что ригоризмъ безповоротныхъ волеизъявленій составляетъ технику юристовъ, чуждую естественному чув-

ству права. Не трудно доказать, что неизблемость сдѣлокъ не составляетъ вовсе излюбленной темы только у юристовъ. Признаки такого строгаго, формальнаго отношенія къ дѣлу видны въ поговоркахъ, свидѣтельствующихъ о народной, а не о профессиональной мудрости въ вопросахъ этого рода.

Wer nährisch kauft muss weislich bezahlen (Hecusler, § 14, стр. 61).

Wer die Augen nicht aufthut thue den Beutel auf.

Возможна въ отдѣльныхъ трудныхъ операціяхъ *оговорка о послѣдующей повѣркѣ* сдѣланнаго волеизъявленія ближайшимъ изученіемъ подробностей *).

Но нельзя представить себѣ ничего болѣе опаснаго, чѣмъ повѣрка *уже состоявшейся юридической сдѣлки* ex post оказавшимися пороками внутренней стороны ея состава.

Современныя законодательства, особенно французское и имперское нѣмецкое, очень коротко формулируютъ сюда относящіяся правила.

Въ обоихъ кодексахъ различены случаи обмана отъ простой ошибки, не условленной ничѣмъ внѣшнимъ воздѣйствіемъ на волеизъявленіе (Нѣм. Код. 123, Cod. civ. 1110, 1117). Въ обоихъ кодексахъ сдѣлки, вызванныя обманомъ, или волеизъявленія, проясшедшія подъ вліяніемъ ошибки, не признаются ничтожными, а требуютъ для признанія ихъ недействительности, *предъявленія спора* противъ нихъ (С. с. 1117, Нѣм. Код. 119).

Code civ. допускаетъ уничтоженіе сдѣлки по поводу ошибки только при условіи, что ошибка касается самой сущности той вещи, которая составляетъ предметъ сдѣлки, и въ извѣстныхъ условіяхъ, тождество лица, съ коимъ контрагируютъ (1110). Надо сознаться, что это опредѣленіе свойства ошибки оставляетъ юриспруденціи очень большой просторъ для толкованія всего вопроса объ ошибкахъ на тѣхъ или другихъ рациональных основаніяхъ, безъ всякаго общаго руководящаго легальнаго принципа. Въ послѣднемъ отношеніи Нѣм. Код. 96 г. много ближе подходитъ къ существу дѣла.

Прежде всего Нѣм. Код. выставляетъ очень существенный для предъявленія спора противъ сдѣлки реkvизитъ, который, при общемъ 30-ти-лѣтнемъ срокѣ давности, состоитъ въ томъ, чтобы опроверженіе сдѣлки было предпринято *безъ виновнаго промедле-*

*) Различный смыслъ и сила тѣхъ оговорокъ, которыя нѣмцы, особ. въ нов. Уложеніи, называютъ Vorbehalt (reservatio) или Verwahrung (protestatio) см. у Herm. Isay, Willenserklärung, стр. 66 и слѣд., съ указаніями на литературу и статьи Уложенія.

ня, т.-е. немедленно (*unverzüglich, ohne schuldhaftes Zögern*). Опровергать, по art. 119, волеизъявление по поводу ошибки *из его содержания*, котораго субъектъ сдѣлки вовсе не хотѣлъ выразить, можно только тогда, *когда слѣдуетъ допустить предположеніе, что при знаніи дѣйствительнаго положенія дѣла и при разумной оцѣнкѣ случая субъектъ сдѣлки отнюдь въ эту сдѣлку не вошелъ бы.*

То, что не входитъ въ содержаніе сдѣлки и не касается ея состава, должно остаться въ сторонѣ отъ изслѣдованія и въ спорѣ о ея дѣйствительности. Таковы воособенности *мотивы* волеизъявленія, не введенные въ составъ сдѣлки и не образующіе юридически-каузальнаго ея момента (о чемъ будетъ еще рѣчь впереди). Почитается ошибкой насчетъ содержанія сдѣлки также ошибка, которая касается такихъ свойствъ лица или вещи, которыя разсматриваются въ оборотѣ какъ существенныя для сдѣлки.

Въ этихъ условіяхъ ошибка можетъ послужить основаніемъ для инвадидации сдѣлки и тогда, когда она совершена посредствующимъ лицомъ или установленіемъ (120).

Потерпѣвшій отъ инвадидации сдѣлки вслѣдствіе ошибки, если самъ онъ вовсе не виноватъ въ этомъ исходѣ, *можетъ искатъ вознагражденія вреда*, который онъ вслѣдствіе этого потерпѣлъ (122).

Возможно ли сомнѣваться въ томъ, что въ этихъ статьяхъ новаго кодекса мы частью имѣемъ дѣло съ знакомыми параграфами маленькаго Виндшейда, которые возбуждали столько споровъ въ нѣмецкой юридической литературѣ послѣдняго времени? Они пристроены такъ сказать въ штатъ новаго кодекса въ качествѣ своихъ, близкихъ, заботливымъ Эвекцерусомъ, однимъ изъ послѣдователей указанной выше Willenstheorie.

Что скажутъ на это учителя другого лагеря? Вотъ отвѣтъ покойнаго Оттона Вѣра въ его Gegenentwurfъ.

Если волеизъявленіе, которое *не соответствуетъ дѣйствительной волѣ* изъявляющаго, сдѣлано имъ ошибочно, то оно не менѣе того обязываетъ его, если оно было сдѣлано такъ, что ему именно должно быть приписано (или вмѣнено, *in einer ihm zuzurechenden Weise*).

Этого положенія нельзя примѣнять, *если принявшій волеизъявленіе зналъ или долженъ былъ знать ошибку.*

Оно тоже не примѣняется, если бы при удержаніи волеизъявленія въ силѣ дѣло шло только о выигрышѣ для принявшаго волеизъявленіе, а не объ имущественной его потерѣ (§ 108).

Здѣсь явно мы имѣемъ дѣло съ теоріей волеизъявленія, ко-

торую новое Уложение не хотѣло принять принципиально, а искало согласовать съ такъ назыв. Willenstheorie.

Но можетъ ли тотъ или другой принципъ, въ его полной исключительности, оказаться пригоднымъ для удовлетворительнаго разрѣшенія всѣхъ проблемъ, которыми изобилуетъ въ вопросахъ этого рода имущественный обмѣнъ Германія или другой высококультурной въ экономическомъ смыслѣ страны нашего времени? Нѣтъ сомнѣнйя, что сдѣлками одного стила нельзя исчерпать всѣхъ потребностей такого обмѣна.

Дуализмъ стилей въ современной практикѣ не подлежитъ никакому сомнѣнью какъ истинно живая ея черта. Этому явленію отвѣчаетъ, какъ мы только что показали, именно *двойственность доктринъ, разделяющихъ нѣмецкую юриспруденцію въ этомъ вопросѣ на два лагера.*

Есть ли смыслъ въ этихъ условіяхъ насильственно унифицировать юриспруденцію въ такомъ живомъ вопросѣ, какъ самоопредѣленіе лица въ гражданской сдѣлкѣ?

Отвѣтъ можетъ быть только отрицательный. Въ этихъ условіяхъ надо искать не единства принципа, а размежеванія сферъ примѣненія того и другого въ духѣ сдѣлки, института, системы, въ которой зарождается вопросъ. Скучное доктринерство кодекса не отвѣтитъ на эту потребность, и живая и свободная практика выбьется вновь на широкій и свободный путь дальнѣйшей детальной разработки задачи на основахъ латинскаго права, съ его богатой казуистикой и роскошной скалой то поднимающагося, то ослабляющагося *внутренняго формализма воли* въ составѣ сдѣлки по различію самого правоотношенія, которое подлежитъ ея воздѣйствію.

Нельзя предполагать, чтобъ нѣмецкая юриспруденція, въ распоряженіи коей находятся такія классическія работы, какъ ученіе Савиньи объ ошибкѣ, позднѣйшіе труды Оттона Бэра, Цательмана, Леонгарда *), обмельзла на тѣхъ параграфахъ кодекса,

*) Въ позднѣйшей публикаціи Леонгарда (D. allgem. Theil) авторъ несомнѣнно выражаетъ желаніе быть отчисленнымъ изъ лагеря поборниковъ такъ назыв. Erklärungsstheorie (стр. 464) пр. 2) и съ этимъ вмѣстѣ какъ бы переходитъ въ лагерь бывшихъ своихъ противниковъ (тамъ-же). Да, но это перечисленіе въ армію противниковъ Л. производить подъ условіемъ такихъ *измѣненій ихъ знаменъ и программъ*, на которыя едва-ли они пойдутъ. Онъ собственно отрекается только отъ стараго термина, *отъ прозвища* Erklärungsstheorie, ибо находитъ, что Wille и Erklärung не слѣдуетъ противопоставлять одно другому. Изъявленіе черпаетъ силу въ *правильно истолкованной воли*. Догматъ воли въ ученіи о сдѣлкѣ надо формулировать такъ, чтобъ вмѣсто содержанія воли стало *то чему воля хочетъ дать силу*. Это Geltungswille, а не Inhaltswille, т.-е. опять какъ прежде формальный моментъ вперед, не то что составило бы *истинную волю* въ матеріальномъ смыслѣ, а именно формально-эффективную волю (стр. 464). Это его, Леонгардовъ, способъ выразить согла-

которые мы только что привели. Если некоторые передовые люди дѣлаютъ нынѣ видъ поклонниковъ кодекса въ любомъ вопросѣ, то это съ ихъ стороны не ошибка въ пониманіи дѣла, а скорѣе вынужденная покорность передъ совершившимся фактомъ (своего рода Zwang или Nothstand), или просто симуляція (патриотическая), къ опредѣленію коей мы скоро перейдемъ.

За этой неустранимой двойственностью строенія цивилизныхъ институтовъ и соответствующимъ ей различіемъ стилей сдѣлокъ (о чемъ, кромѣ сказаннаго выше, еще далѣе, въ анализѣ содержанія сдѣлки), а также въ виду неприменимости ученія объ инвалидаціи сдѣлки, въ цѣломъ его составѣ, къ институтамъ семейнаго и наследственнаго права, намъ остается далѣе свести, въ замѣнъ детальной догмы Савиньи, всѣ основы этого труднаго ученія къ слѣдующимъ общимъ руководящимъ положеніямъ:

1) Ошибка только тогда можетъ повести къ инвалидаціи сдѣлки, когда къ этому направлено требованіе (явля, искъ, возраженіе) заинтересованнаго. Теза эта имѣетъ въ своей основѣ самоопредѣленіе лица, которое характеризуетъ цивилизные акты любого типа въ области гражданскихъ правоотношеній.

2) Въ требованіи, направленномъ на инвалидацію юридической сдѣлки, недостаточно доказать, что волеизъявленіе не соответствуетъ волѣ субъекта сдѣлки. Лицо можетъ оказаться въ ошибкѣ по отношенію къ его расчетамъ на извѣстный эффектъ сдѣлки. Но не всякая такая ошибка въ расчетѣ (мы разумѣемъ не одни расчеты на матеріальную выгоду) способна вліять на юридическій эффектъ волеизъявленія. Недостаточно также безспорно установить, что ищущій инвалидаціи считаетъ ошибку *для себя*, для его интересовъ *крайне важной*. Такой субъективный критерій опасенъ для *интересовъ гражданского обмѣна*. Необходимо въ опредѣленіи значительности ошибки имѣть въ виду *объективный масштабъ*. Это имѣетъ тотъ смыслъ, что важность ошибки устанавливается не личной оцѣнкой, а *общимъ разумнымъ основаніемъ*, на которомъ держится такая личная оцѣнка. Надо, чтобы не заинтересованный только, а всякій, по правиламъ добросовѣстнаго обмѣна, какъ это водится въ сношеніяхъ дѣловыхъ, находилъ

шеніе внутренняго и внѣшняго момента сдѣлки. Едва ли въ этомъ видѣ проблема ученія приблизится къ своему разрѣшенію. Что касается принциповъ, коихъ держится Уложеніе 96 г., то оно уклончиво обходитъ оба взаимоисключающіе принципа, оставляя вопросъ открытымъ, съ тѣмъ, конечно, результатомъ, что каждый будетъ вычитывать въ его положеніяхъ то, что найдетъ нужнымъ (464). Неудовлетворительнымъ ему кажется и состояніе доктрины, которое вызываетъ въ немъ картину vom Nebel der Miessverständnisse verdunkelten Schlachtfelde auf dem Freund und Feind versehentlich auf die eigenen Leute schiessen (462 np. 2).

различіе между представленіемъ заинтересованнаго и дѣйствительнымъ содержаніемъ сдѣлки, составляющее послѣдствіе его ошибки, настолько важнымъ, что при наличности этого различія никто разумнымъ образомъ не вступилъ бы въ давнюю сдѣлку. Обыкновенно такой *объективный критерій* для опредѣленія важности ошибки будетъ налицо тогда, когда ошибка касается тяжести лица, вещи, ея существенныхъ качествъ, природы сдѣлки, которой сила оспаривается. Но и это требуетъ особаго изученія въ каждомъ данномъ случаѣ. Тождество лица безспорно важно при продажѣ въ кредитъ и можетъ не имѣть никакого вѣса при продажѣ на наличныя. Тождество вещи или ея качествъ можетъ быть крайне существенно при ея покупкѣ для личнаго обладанія или пользованія и не имѣть вовсе значенія, когда вещь предназначается для евентуальнаго обезпеченія ея стоимостью кредита покупателя.

3) Извинительность или неизвинительность ошибки для силы юридической сдѣлки не играетъ также роли въ вопросѣ объ ея инвалидаціи, ибо здѣсь мы оперируемъ *не по вопросамъ вѣнненія ошибки въ вину* субъекту сдѣлки. Наши внутреннія изысканія ограничиваются опредѣленіемъ *каузальнаго момента*, отношенія ошибки къ совершенію сдѣлки какъ причины къ слѣдствію.

4) Доказыванье какъ важности (объективный критерій), такъ и каузальной связи лежитъ своей тяжестью на заинтересованномъ.

5) Въ случаяхъ ошибки, какъ и въ случаяхъ принужденія и угрозы, не любой способенъ требовать инвалидаціи сдѣлки. Это вопросъ трудный и сложный, къ коему мы вернемся въ особомъ ученіи о недѣйствительности юридической сдѣлки. Здѣсь укажемъ только на важность сдѣланной выше группировки сдѣлокъ на двѣ *категоріи, включающихъ въ своемъ составъ принятіе адресатомъ или не включающихъ его въ себя*. Въ 1-омъ случаѣ инвалидацію способенъ предпринять тотъ, къ кому обращено волеизъявленіе, во 2-мъ — любой, кто сталъ въ виду оферты въ положеніе заинтересованнаго.

6) Успѣхъ инвалидаціи условленъ немедленною предъявленія этого требованія.

7) Инвалидаціи сдѣлки по ошибкѣ заинтересованнаго не должна вести за собой убытковъ стороны невинной въ этой ошибкѣ и необходимо допускаетъ требованіе потерпѣвшаго о возмѣщеніи ему убытковъ, связанныхъ для него съ инвалидаціей сдѣлки.

Болѣе или менѣе удачно формулированныя эти положенія могутъ быть извлечены изъ дѣйствующаго имперскаго граждан-

скаго Уложенія (ст. 119 — 122). Нѣкоторые писатели (напр. Эндеманъ) находятъ въ немъ даже счастливое примиреніе двухъ противоположныхъ доктринъ, раздѣлявшихъ нѣмецкихъ цивилистовъ въ ученіи о сдѣлкѣ на два лагеря. Другіе (напр. Леонгардъ *) не раздѣляютъ этого оптимизма. Несомнѣнно, острота старыхъ контроверсъ значительно сгладилась, но едва ли оттого, что найдено среднее теченіе, и не оттого ли скорѣе, что интересъ разработкѣ принциповъ уступилъ для практики мѣсто задачамъ изученія и разработки *отдѣльныхъ статей* новаго кодекса. Таки ли онѣ, однако, удачно формулированы, чтобъ ученые ихъ толкователи приходили къ согласному пониманію и примѣненію ихъ въ спорныхъ практическихъ вопросахъ? Отъ этого очень далеко... Вотъ одинъ изъ образцовъ интерпретаціи виднѣйшихъ толкователей статей кодекса. А нанялъ, согласно буквѣ его волеизъявленія, домъ № 13, принявъ нумеръ дома ошибочно за 15-й, но въ виду злосчастнаго числа (13), на которое онъ во время не обратилъ должнаго вниманія, требуетъ инвалидаціи сдѣлки. Его притязанія не находятъ правильнымъ, ибо нѣтъ резона считаться съ предразсудками. Однако, если онъ сошлется на вредъ, который это обстоятельство причиняетъ его нервно-больной женѣ, которая числа 13 на домѣ вовсе не въ силахъ вынести, то профессоръ Hölder, Cosack и друг., находятъ это достаточнымъ для инвалидаціи сдѣлки. Иначе думаетъ Эндеманъ и онъ несомнѣнно найдетъ много единомышленниковъ, по тому основанію, что одно указаніе на мотивъ инвалидаціи, не вошедшій въ содержаніе сдѣлки (вредъ для нервно-больного, когда дѣло идетъ не о помѣщеніи для подобныхъ больныхъ), недостаточно для этой цѣли **).

Что же даетъ намъ Проектъ Гражданск. Уложенія для этого труднаго и почти новаго въ этомъ общемъ видѣ понятія объ ошибкѣ и ея вліяній на эффектъ волеизъявленія?

Въ Общихъ положеніяхъ Проектъ ограничивается слѣдующимъ: сдѣлка можетъ быть оспорена какъ недѣйствительная, когда изъявленіе воли лица, совершившаго сдѣлку, послѣдовало подъ вліяніемъ... существенной ошибки... и не послѣдовало бы, если бы этой причины не существовало (ст. 60, мѣста статьи опущенныя или отмѣченныя точками указываютъ на тоже послѣд-

*) См. примѣч. выше, а также Дернбургъ D. bürg. GB., I B., стр. 430, III.

**) Lehrbuch I B. стр. 348 и 349 примѣч. 19. Случай ошибки нанятеля въ обозначеніи этажа (у насъ и въ Норвегіи 1-ый этажъ есть то, что на Западѣ parterre, а ихъ 1-ый этажъ есть нашъ 2-ой), когда помѣщеніе взято именно для торговаго заведенія съ окномъ для выставки товара на улицу, можетъ натурально дать основаніе для инвалидаціи, если цѣль найма видна въ контрактѣ.

ствіе для случаевъ принужденія, обмана). Ошибка признается существенною, когда она касается тождества или существенныхъ качествъ предмета сдѣлки, и тождества лица, если волеизъявляющій имѣлъ въ виду опредѣленное лицо. Ошибка въ побудительной причинѣ къ совершенію сдѣлки не служитъ основаніемъ къ (? для) признанію сдѣлки недѣйствительной (ср. ст. 62, немного сокращенная здѣсь).

Это тоже въ принципѣ, что въ Имперск. Уложеніи 1896 г., въ указанной выше ст. 119 этого Уложенія. Оупущенъ, къ сожалѣнію, очень важный *объективный* критерій, данный суду въ руководство въ ст. 119 для опредѣленія *существенности* ошибки. Irrthum über den Inhalt есть ошибка въ *свойствахъ* (я думаю, Eigenschaft будетъ точнѣе передать этимъ словомъ, а не *качествомъ*) лица или вещи, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, которыя въ *гражданскомъ* обмѣнѣ разсматриваются какъ существенныя.

Изъ сопоставленія со сказаннымъ выше легко придти къ заключенію, какъ это все, при вѣрности (въ подлинникѣ, т.-е. въ Нѣмецк. Уложеніи) принциповъ, скучно *) для руководства практики въ трудной проблемѣ инвалидаціи сдѣлки, совершенной по ошибкѣ.

*) Въ нашемъ Проектѣ въ Положеніяхъ общихъ эта скудость касается не одного этого вопроса, а всего раздѣла III, посвященнаго юридической сдѣлкѣ, для котораго литературное движеніе нѣмецкой юриспруденціи оказалось наиболѣе плодотворнымъ быть можетъ во всемъ составѣ кодекса. Надо, позволю себѣ сказать, быть почти безсердечнымъ, чтобы представить это ученіе русской публикѣ въ такомъ опцианномъ видѣ, въ какомъ мы его находимъ въ нашемъ Проектѣ. Объяснительное къ кн. 1-ой приложеніе, стр. 188, рассказываетъ намъ о нѣкоторыхъ перипетіяхъ въ исторіи разработки Проекта. Въ 1897 г. предполагено было закончить впередъ книгу V, Обязательства, проектъ коей и имѣлъ быть внесенъ на *уваженіе Государственного Совета особо отъ другихъ частей* къ 1 января 1900 г. И вотъ, для округленія этой 5-ой книги, въ нее и было внесено многое изъ того что входитъ теперь обыкновенно въ составъ Общей части. Въ настоящее время, когда предполагено 1897 года, надо думать, не состоялось, эти части вносятся опять въ Общую часть. Это и видно въ положеніяхъ объ ошибкахъ, гдѣ вмѣсто правилъ *для договоровъ* тѣже статьи формулируются *для сдѣлокъ вообще*. Но это не облегчаетъ ни скудости ученія о сдѣлкѣ вообще, ни тѣмъ менѣе крайне слабого развитія Общихъ положеній *въ цѣломъ ихъ составѣ* въ нашемъ проектѣ. Весь распорядокъ матеріи въ пяти книгахъ проекта такой странный, что неожиданностью распредѣленія предметовъ напоминаетъ квартиру по ухodu полотеровъ. Надо полдня времени чтобы разобратъся, гдѣ что найтн и куда что поставить. Въ 1-ой книгѣ есть статьи о *лицахъ*, но можно сказать, безъ начала и безъ конца этого важнаго ученія. У французовъ акты гражд. состоянія связаны съ институтами семейнаго права (livre I, titre I—XI), потому что ихъ Code не знаетъ Общей части. Мы эту Общую часть, какъ ни какъ, соорудили. Но гдѣ же начало и конецъ личности? Гдѣ акты Гражданскаго состоянія? Здѣсь, сейчасъ, на 1-омъ планѣ, какъ у французовъ, кн. 1-ая, des personnes, тит. 2-ой—actes de l'état civil? Не тутъ-то было. У насъ это кн. 2-ая, Семейственное право, разд. V, ст. 585 — Акты Гражд. состоянія. У нѣмцевъ ученіе о лицахъ, въ составѣ Общей части, живое и

§ 50.

III. Содержание волеизъявления. — Волеизъявление и состав института. — Содержание юридической сдѣлки и юридического института въ ихъ историческомъ взаимодействіи. — Встрѣчныя ученія по вопросу о причинѣ, вызывающей эффектъ сдѣлки. — Повѣрка ученія Виндшейда на примѣрѣ. — Ошибка въ правѣ. — Требования Code civil и дѣйствующаго Свода для предотвращения ошибокъ. — Общія требованія относительно содержанія сдѣлки. § 138 Нѣм. Гр. Ул. 96 г.

Мы установили выше (§ 45) понятіе юридической сдѣлки и рассмотрѣли два существенные реквизита волеизъявленія, въ ней выраженнаго. Для силы сдѣлки необходима I гражданская дѣеспособность лица (§ 46) и II нужень, выражаясь словами нашего кодекса, непринужденный произволь и согласіе (стт. 700 и 701).

Этотъ послѣдній реквизитъ (II) составляетъ необходимое *свойство* волеизъявленій, направленныхъ на измѣненіе юридическихъ отношеній.

Мы пытались выше установить юридическій смыслъ этихъ свойствъ волеизъявленія и пришли, въ связи съ ученіемъ о принужденіи и ошибкахъ, къ заключенію, что наличность извѣстныхъ пороковъ волеизъявленія не влечетъ за собою необходимо и всегда ничтожества сдѣлки. Понятія принужденія и ошибки введены дѣйствующими системами въ границы настолько точныя, что далеко не вездѣ, гдѣ, въ *естественномъ смыслѣ*, могли бы быть угаданы признаки несвободы или ошибки, непосредственно за симъ должна слѣдовать инвалидація сдѣлки. Право вовсе не ставить себѣ единственной цѣлью *огражденіе дѣеспособныхъ лицъ* отъ возможныхъ воздѣйствій на ихъ волю со стороны и страхование ихъ отъ ошибокъ. Наоборотъ, по соображеніямъ высшаго *общественнаго интереса*, волеизъявленія ошибочныя и вынуж-

законченное, въ Code civil это цѣльная картина, исполненная силы и движенія. Неужели же можно на уваженіе Государственнаго Совѣта или хотя бы даже просто почтеннѣйшей публики предлагать такую работу, спутанную, разрозненную, урѣзанную, кастрированную даже (дѣеспособность выброшена, акты гражданского состоянія загнаны въ какой-то тулникъ), какую даетъ проектъ 1-ой книги?! Тутъ въ толкъ не возьмешь дѣла, не найдешь въ главнѣйшихъ матеріяхъ, не говоря уже о цѣльности ученія, о впечатлѣніи жизни его и законченности. Для насъ не только ученіе о сдѣлкѣ, но и весь планъ и вся разработка 1-ой книги остается непонятной. Какъ могло случиться, что вмѣсто публично заявленныхъ покойнымъ председателемъ редакц. комис. *296 статей для Общей части уже тогда*, въ этомъ составѣ, *изготовленной* (см. Чтенія т. I стр. 244 прим., по IV изд.), 9 лѣтъ спустя, въ 1903 году мы получаемъ оцифрованный проектъ изъ 124 статей, въ общемъ краткихъ, отчасти уже повторныхъ и все же не дающихъ ничего цѣльнаго?

денныя остаются, въ извѣстныхъ предѣлахъ, эффективными, хотя бы съ этимъ связаны были невыгоды и неудобства для субъекта сдѣлки.

Эту переработку естественныхъ свойствъ волеизъявленія для цѣлей юридическихъ мы назвали *внутреннимъ формализмомъ воли* въ составѣ юридической сдѣлки.

Изучая природу сдѣлки, мы не можемъ остановиться и на этой только сторонѣ ея строенія, свойствъ волеизъявленія. Намъ необходимо, на ряду съ этимъ, рассмотреть здѣсь же и третій необходимый общій элементъ строенія юридической сдѣлки, — именно:

III. *Содержаніе или составъ волеизъявленія.* Волеизъявленіе безъ опредѣленнаго въ юридическомъ смыслѣ состава, безъ извѣстнаго содержанія не дастъ въ результатъ юридическаго строенія сдѣлки. Волеизъявленіе можетъ быть сдѣлано дѣеспособнымъ, безъ всякаго вліянія на него со стороны, безъ всякой ошибки у самого субъекта сдѣлки и не произвести никакого юридическаго эффекта, или произвести вовсе не тотъ эффектъ, на который волеизъявленіе было рассчитано.

Выше (стр. 690) мы указали, что волеизъявленіе должно быть направлено на измѣненіе правоотношеній не въ безразличной, такъ сказать, средѣ, а именно *въ составѣ того или другого юридическаго института*. Изъявляя волю я, въ смыслѣ цивильномъ, достигаю измѣненія *правоотношеній*, но именно только правоотношеній, и отнюдь не болѣе, не измѣненія, напр., самого института, къ сферѣ коего данное правоотношеніе принадлежитъ.

Эффектъ волеизъявленія достигается, такимъ образомъ, въ составѣ сдѣлки вліяніемъ двухъ равнодѣйствующихъ, акта моей воли, съ одной стороны, и, съ другой, того содержанія, какимъ опредѣляется составъ соотвѣтствующаго института. Это взаимодѣйствіе будетъ имѣть всегда мѣсто, *если составъ даннаго института есть опредѣлившійся, установившійся*. Натурально, это будетъ иначе въ такихъ условіяхъ, когда институтъ есть *еще только вырабатывающійся*. Въ этихъ условіяхъ будетъ необходимо ввести въ составъ самого волеизъявленія такія подробности, отсутствіе коихъ, при невыработанности института, могло бы лишить сдѣлку необходимой для ея юридическаго эффекта опредѣленности. Объяснимся на примѣрѣ. Мы сказали выше, что нельзя сдѣлать эффективнаго волеизъявленія безъ *юридически опредѣленнаго содержанія*. И такъ, я изъявляю желаніе *пріобрѣсти* такой-то домъ. Достаточно ли такихъ элементовъ волеизъявленія, чтобъ ими опредѣлилось въ должной мѣрѣ содержаніе юридиче-

ской сдѣлки? Натурально нѣтъ, ибо, во-1-хъ, пріобрѣтеніе дома можетъ быть достигнуто и вовсе не юридическими средствами; а затѣмъ, *внутри дозволенныхъ способовъ* пріобрѣтенія, мы требуемъ для юридическаго ихъ эффекта такой опредѣленности содержания, какой не представляетъ взятая нами формула. Такого рода волеизъявленіе можетъ послужить исходной точкой для предварительныхъ переговоровъ о пріобрѣтеніи дома, но для формулировки юридической сдѣлки оно недостаточно.

Если способы пріобрѣтенія правъ по имуществамъ въ данной системѣ дѣлятся на возмездные и безвозмездные, то будетъ ли достаточно опредѣленнымъ мое волеизъявленіе *со стороны его содержания*, если я прибавлю, что я хочу пріобрѣсти такой-то домъ возмезднымъ способомъ, куплей, за такую-то цѣну?

Отвѣтъ будетъ натурально зависѣть отъ того, насколько опредѣлилось понятіе купли въ данной системѣ и какой юридическій эффектъ вызываетъ пріобрѣтеніе куплей недвижимости для пріобрѣтателя. Въ избранномъ нами примѣрѣ самый объектъ сдѣлки недостаточно опредѣленъ въ юридическомъ смыслѣ понятіемъ *купли дома*. Это можетъ быть куплею недвижимости, но можетъ дать содержаніе и совсѣмъ иного рода сдѣлкѣ, *купли дома или строенія на свозъ*. А засимъ, подъ куплей недвижимости въ старой нашей практикѣ (см. А. Ю. рядъ Новгородскихъ купчихъ подъ № 71 отъ I до XXXVII) вовсе не разумѣлось необходимо акта возмезднаго отчужденія вещи *безповоротно*, въ вѣчную и потомственную собственность пріобрѣтателя. Проданная земля, домъ, нормальнымъ образомъ, подлежали *выкупу* продавца. Чтобъ установить переходъ права собственности навсегда, потомственно, безповоротно, надо было *ввести въ составъ сдѣлки особую квалификацію* пріобрѣтенія, *въ прокъ, въ вѣкъ, въ дернь, себѣ и дѣтямъ, безъ выкупа*.

Это свойство *купли въ вѣкъ, себѣ и дѣтямъ*, изъ нормальнаго состава *сдѣлки* перешло въ нормальное содержаніе самого института купли-продажи вещей въ позднѣйшемъ и современномъ правѣ. Продавецъ, который хотѣлъ бы оставить за собою право выкупа проданной вещи, долженъ въ новыхъ условіяхъ *особенно выговорить* въ свою пользу такую льготу, ибо нынѣ никто безъ этой оговорки не пойметъ и не истолкуетъ волеизъявленія *продать*, иначе какъ въ смыслѣ отчужденія *безвѣчно и безповоротно*, по выраженію Уложенія Царя А. М., покупщику права собственности на данную недвижимость. Исключеніе будутъ составлять только опредѣленные виды недвижимостей, напр., въ нашемъ правѣ имущества родовья.

Такимъ образомъ, содержаніе сдѣлки купли-продажи недвижимости опредѣляется въ практикѣ нашего времени не перечетомъ всѣхъ специфическихъ признаковъ волеизъявленія въ составѣ сдѣлки, а, во-первыхъ, составомъ волеизъявленія, и, во-вторыхъ, содержаніемъ совершенно, такъ сказать, *объективированнаго* нынѣ института купли-продажи недвижимости. Къ этому *объективному*, типически опредѣлившемуся составу волеизъявленія данной сдѣлки могутъ опять приводить тѣ или другія усмотрѣніемъ сторонъ внесенныя, *субъективныя*, въ этомъ смыслѣ, моменты состава волеизъявленія, которые такъ или иначе модифицируютъ направленіе волеизъявленія и юридическій эффектъ сдѣлки.

Изъ сказаннаго ясно, что пѣкоторые элементы строенія института вырабатываются, *въ смыслѣ историческомъ*, подъ прямымъ и непосредственнымъ воздѣйствіемъ волеизъявленій, какъ они нормально практикуются. Этой исторической стороны вопроса мы не будемъ больше касаться. Такой процессъ выработки содержанія гражданскихъ институтовъ изъ состава сдѣлокъ легко наблюдать на любомъ ихъ видѣ, на правѣ договорномъ, на залогѣ, на за вѣщаніяхъ и проч.

Для насъ здѣсь, по вопросу о *содержаніи* волеизъявленія, будетъ любопытнѣе остановиться на сравнительномъ сопоставленіи исторически уже опредѣливаемаго содержанія одного и того же института въ двухъ разныхъ системахъ. Для примѣра мы возьмемъ куплю-продажу движимостей въ латинскомъ и нашемъ правѣ. Степень разработки этого института въ той и другой системѣ покажетъ намъ, въ какихъ предѣлахъ можетъ колебаться неизвѣстность содержанія сдѣлокъ однородныхъ въ двухъ разныхъ системахъ.

Я продаю движимость покупщику N. Известно, что для перехода права собственности на вещь въ латинскомъ и нашемъ правѣ необходима передача (традиція) покупщику проданной вещи. Когда совершенъ договоръ купли-продажи, то, при дѣйствіи латинскаго института, содержаніе сдѣлки будетъ истолковано въ томъ смыслѣ, что на покупателя, съ момента договора, перейдутъ всѣ плоды и приращенія вещи (*commoda rei*), но вмѣстѣ съ этимъ на него ляжетъ и такъ назыв. *periculum interitus et deteriorationis*. Мы беремъ только эту сторону вопроса. И такъ, чего хочетъ приобретатель, совершая эту сдѣлку, это ясно изъ его волеизъявленія и изъ состава института. Онъ хочетъ передачи ему вещи, а до передачи несетъ на себѣ рискъ ухудшенія или гибели вещи и вмѣстѣ приобретаетъ всѣ выгоды ея доходности и приращеній съ момента заключенія договора. Откуда

мы раскрыли все это содержаніе сдѣлки? Изъ волеизъявленія приобретателя въ составѣ опредѣляющагося *латинскаго* института купли-продажи.

Дастъ ли намъ такое же волеизъявленіе эту мѣру опредѣленности содержанія сдѣлки, въ составѣ нашей дѣйствующей системы, т. X, ч. I? Далеко нѣтъ! За исключеніемъ вопроса о повышеніи цѣны проданной, но не переданной вещи, о коемъ трактуеть ст. 1513, другихъ эвентуальностей за этотъ промежутокъ времени наше законодательство не разъясняетъ. вовсе. Въ виду этого было бы несомнѣнно полезно предусматривать всякій разъ особо эти эвентуальности *въ составѣ самого волеизъявленія*.

Вотъ что мы хотѣли сказать, утверждая выше, что содержаніе сдѣлки опредѣляется при помощи двухъ равнодѣйствующихъ, *волеизъявленія лица и состава даннаго института*.

Вопросъ о томъ, что собственно *влияетъ на измѣненіе правоотношенія*, когда на такое измѣненіе направлена юридическая сдѣлка, принадлежитъ къ числу крайне спорныхъ въ современной цивилистической нѣмецкой литературѣ. Есть рядъ писателей, которые объясняютъ эффектъ сдѣлки *днѣтвіемъ волеизъявленія*.

Causa efficiens переменѣ лежитъ именно въ направленной къ этой цѣли волѣ лица совершившаго сдѣлку.

Практическій смыслъ этого ученія былъ бы тотъ, что то, чего я не хочу, что не *входитъ въ содержаніе моего волеизъявленія*, то не войдетъ въ составъ сдѣлки и не будетъ имѣть юридическаго дѣйствія. Такой взглядъ находимъ изъ виднѣйшихъ писателей у Виндштейда (Pand. § 69 пр. 1a) *).

Убѣдиться въ односторонности этого ученія кажется намъ далеко не труднымъ. Люди, совершая акты юридическіе, далеко, конечно, не всегда представляютъ себѣ *вполнѣ юридическій эффектъ* своихъ волеизъявленій. Но все же обыкновенно они имѣютъ въ виду, такъ сказать, „эмпирическій“ (Bechmann) результатъ выраженной ими воли именно въ области права. Регельсбергеръ хорошо выражаетъ то же, говоря, что, совершая сдѣлку, мы принимаемъ обыкновенно *все содержаніе института*, не изучая его на дѣлѣ, а допуская, что общая норма всегда болѣе или менѣе удобопріемлема.

Значить ли, однако, что именно только тѣмъ, что мы себѣ представляемъ, и долженъ ограничиваться эффектъ юридической сдѣлки? Такая мысль была бы несомнѣнно ошибочной. Поэтому

*) Die Rechtsordnung lässt die Rechtswirkung desswegen eintreten, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäftes gewollt ist.

реакція противъ указаннаго ученія Виндшейда совершенно понятна. Писатели другого направленія, однако, вмѣсто того чтобы сдѣлать поправку ученія Виндшейда, идутъ гораздо дальше цѣли и утверждаютъ, что дѣйствіе сдѣлки зависитъ *вовсе не отъ содержанія волеизъявленія, а всецѣло отъ состава даннаго института*. Юридическій эффектъ сдѣлки ставятъ, такимъ образомъ, въ исключительную зависимость отъ объективной нормы, отъ закона. Къ этому кругу писателей принадлежатъ, между прочимъ, Лотмаръ, Шлосманъ, Бехманъ, мнѣнія коихъ тоже далеко не одинаковы (см. Ennecerus Rechtsgeschäft, стр. 18 и слѣд.).

Выше мы пытались въ нашей конструкціи объяснить силу сдѣлки *сочетаніемъ момента воли съ содержаніемъ института* *). Это общее положеніе, котораго *весь смыслъ* можетъ быть уясненъ лишь при изложеніи конкретнаго содержанія сдѣлокъ разнаго типа, обращенныхъ къ тому или другому институту данной системы.

Однако, въ общемъ смыслѣ нашу мысль мы можемъ здѣсь же пояснить примѣромъ. Возьмемъ институтъ наслѣдованія умершему. Допустимъ, что въ составѣ этого института въ данной системѣ удержались явные слѣды стараго взгляда на обязанность наслѣдника *очищать душу умершаго наслѣдодателя* отъ лежащихъ на ней тягостей. На этой основѣ выработалось положеніе, что принявшій наслѣдство отвѣчаетъ за долги наслѣдственной массы *ultra vires*. Пусть въ данномъ случаѣ принявшій наслѣдованіе не только не знаетъ соответствующихъ статей дѣйствующаго законодательства (у насъ это ст. 1259, т. X, ч. I), но и вообще очень далекъ отъ подобныхъ „устарѣвшихъ“ воззрѣній. Возможно ли ограничить составъ акта приступа къ наслѣдству тѣмъ только содержаніемъ, которое доступно разумѣнію наслѣдника, т.-е. одними стяжаніями, допуская, что онъ остального дѣйствительно не знаетъ?

Это вопросъ *о невѣдѣніи или ошибкѣ* не по отношенію къ содержанію сдѣлки, выраженному въ самомъ волеизъявленіи, а *по отношенію къ нормамъ закона*. Извѣстно, что наше законодательство, какъ и многія другія, не допускаетъ отговорокъ, основанныхъ на невѣдѣніи закона, когда онъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ (ст. 62 Осн. Зак.). Этотъ общій принципъ не исключаетъ, однако, возможности ошибки или незнанія существенныхъ элементовъ строенія какого-либо института гра-

*) Эндеманъ выражаетъ эту мысль такъ: стороны создаютъ *фактическій составъ сдѣлки*, и только его; правопорядокъ создаетъ *юридическія послѣдствія*, и только ихъ (Lehrbuch, I, изд. 8-е, стр. 288 прим.).

жданскаго права или же неправильнаго и ошибочнаго его разумѣнія. Ошибка или незнаніе *въ вопросахъ права* составляетъ предметъ особой разработки въ классической литературѣ. Какъ извѣстно, въ общемъ латинское право считало ошибку въ фактѣ извинительной, ошибку въ правѣ неизвинительной. Нѣтъ, однако, сомнѣнія, что въ отдѣльныхъ случаяхъ результатъ можетъ быть обратный, т.-е., что ошибка въ правѣ именно окажется извинительной. Это можетъ условливаться трудностью въ данномъ вопросѣ найти вполне несомнѣнный выходъ изъ спорныхъ мнѣній *), а затѣмъ и личными свойствами заблуждающагося (у римлянъ — женщинамъ, когда дѣло шло не о выгодѣ, а объ убыткѣ, воинамъ, простолудинамъ, ошибка въ правѣ, какъ извѣстно, не всегда вмѣнялась). При этомъ по общему правилу, лицо, ищущее экскульпировать свою ошибку, обязано доказать не только ея наличность, но и извинительность ея для него **).

Въ интересахъ незыблемости юридическихъ сдѣлокъ было бы натурально весьма важно искать заранѣе увѣренности, что лицо, совершающее ее, ясно представляетъ себѣ все юридическое содержаніе ***) совершаемой имъ сдѣлки. Выполнить, однако, это въ области гражданскихъ правоотношеній, не стѣняя свободы и легкости обмѣна, дѣло до крайности трудное. И такъ, возможность *ошибокъ въ правѣ* и трудность ихъ поправокъ ложится обыкновенно своей тяжестью на совершающихъ сдѣлки. Только въ отдѣльныхъ случаяхъ законъ предусматриваетъ необходимость особой увѣренности въ томъ, что лица, вступающія въ сдѣлку, знаютъ все, къ чему ихъ обязываетъ по закону ихъ волеизъявленіе. Французскій кодексъ предписываетъ въ самый день вступленія въ союзъ супружескій прочтеніе, черезъ officier de l'état civil сторонамъ (т.-е. брачующимся), въ мѣстѣ, гдѣ совершается обрядъ гражданскаго бракосочетанія, въ присутствіи четырехъ свидѣтелей, всѣхъ документовъ, касающихся ихъ гражданскаго состоянія и обрядностей совершенія брака, и *шестой главы титула кодекса „О супружествѣ“* (это 5-ый тит. 1-ой кн.) *„О взаимныхъ правахъ и обязанностяхъ супруговъ“*, послѣ чего officier de l'état civil выслушиваетъ волеизъявленіе сторонъ вступить въ супружество и именемъ закона объявляетъ бракосоче-

*) Savigny, System III, стр. 336 и слѣд.

**) Для французской литературы см. сочиненіе Vareilles-Sommières Etude sur l'erreur en droit romain et en droit français.

***) Имперскій нѣмецкій кодексъ содѣлываетъ рекузитъ дѣйствительнаго знанія (Kenpen) и обязательнаго знанія (Kenneimüssen) какъ равнозначащіе моменты въ составѣ сдѣлки (artt. 122, 166).

таніе совершившимся, о чемъ тутъ же составляется надлежащій актъ (art. 75).

Въ этомъ образцѣ какъ нельзя лучше видны всѣ моменты сдѣлки: 1) дѣеспособность, 2) матримоніальное волеизъявленіе, 3) ясность изъ состава указаннаго титула всего содержанія принятыхъ на себя сторонами взаимныхъ правъ и обязанностей, 4) обрядовая сторона.

Наше законодательство требуетъ, при совершеніи юридическихъ сдѣлокъ съ соучастіемъ нотаріуса, чтобы послѣдній допросилъ участвующихъ въ актѣ, дѣйствительно ли они по доброй волѣ желаютъ его совершить и *понимаютъ ли его смыслъ и значеніе* (Пол. о нотар. части ст. 89). Старое *общее и подробное наставленіе* (надсмотрщикамъ) о совершеніи и свидѣтельствovanіи актовъ требовало, чтобы содѣйствующіе публичные органы *предостерегали простыхъ людей отъ такихъ распоряженій которыя впоследствии могли бы служить къ ихъ ущербу* (т. X, ч. I, прил. къ ст. 708 ст. 63). Послѣднее постановленіе взято изъ петровской инструкціи надсмотрщикамъ 1719 года и въ составѣ теперь дѣйствующаго свода вовсе не разработано въ ближайшемъ его примѣненіи къ гражданскимъ послѣдствіямъ сдѣлокъ, совершаемыхъ *людьми простыми* перѣдко, конечно, къ прямому ихъ ущербу.

Если мы беремъ, такимъ образомъ, волеизъявленіе въ составѣ сдѣлки въ прямой связи его съ тѣмъ или другимъ гражданскимъ институтомъ, то намъ нѣтъ надобности особенно указывать, что содержаніе волеизъявленія не должно быть противнымъ закону, безнравственнымъ, невозможнымъ въ смыслѣ его выполненія. Это само собою разумѣется. Законодательство наше, однако, не разъ возвращается къ позитивному опредѣленію состава и содержанія сдѣлки именно съ этой стороны. Публичные органы, содѣйствующіе совершенію актовъ, обязаны наблюдать, чтобы въ условіяхъ не было допускаемо *распоряженій противозаконныхъ* (указ. ст. 63 п. 1) и ябедническихъ вымысловъ (тамъ же, п. 2, ст. 63 исключ. въ изд. 1900 г.); то же точнѣе въ ст. 90 Полож. о нотаріальной части, гдѣ предусмотрено содержаніе актовъ „противныхъ законамъ, ограждающимъ порядокъ управленія, общественную нравственность и честь частныхъ лицъ“.

Нѣмецкое Гражданское Улож. 96 г. идетъ много далѣе въ общихъ легальныхъ опредѣленіяхъ, касающихся содержанія юридическихъ сдѣлокъ. § 138 устанавливаетъ ничтожество юридической сдѣлки, *противной добрымъ нравамъ*, а затѣмъ опредѣляетъ: ничтожна въ особенности та юридическая сдѣлка, *посредствомъ*

коей кто-либо, эксплуатируя крайность, лежкомыслие, неопытность другого, выговаривает себѣ или третьему выгоды, явно несоотвѣтствующія дѣйствіямъ, за которыя онѣ общаны и стоимость которыхъ онѣ очевидно превосходятъ. Общія Положенія нашего Проекта признаютъ недѣйствительность сдѣлки противной закону, добрымъ правамъ и общественному порядку (ст. 88 и 89). Ст. 138 Германск. Улож. гораздо содержательнѣе. Объ этихъ статьяхъ и выраженныхъ въ нихъ принципахъ мы будемъ имѣть случай говорить въ ученіи о толкованіи юридической сдѣлки. Примѣненіе этихъ принциповъ въ практикѣ суда составляетъ наиболѣе важную и трудную сторону дѣль.

Статья 138 Нѣм. Улож. составляетъ несомнѣнно обобщеніе легальныхъ мѣръ, которыя въ послѣднія три десятилѣтія очень заботили законодательство австрійское, прусское, французское, отечественное, англійское даже, и направлялись противъ крайнихъ консеквенцій либеральныхъ экономическихъ доктринъ въ вопросахъ о высотѣ роста, тяжкихъ неустойкахъ и штрафахъ, подъ гнетомъ коихъ страдали особенно массы людей рабочаго класса заслуживающаго лучшей участи.

Выполненіе благородной задачи, натурально, тѣмъ труднѣе, чѣмъ шире указанная формула захватываетъ всѣ стороны гражданскаго обмѣна въ общемъ понятіи юридической сдѣлки. Однако, только именно въ этомъ широкомъ примѣненіи, а не въ частностяхъ, можетъ найти себѣ удовлетвореніе чувство справедливости. Статья закона способна, конечно, указать лишь цѣль, къ которой надлежитъ идти въ этомъ дѣлѣ, и только продолжительное и настойчивое преслѣдованіе этой цѣли *здоровой практикой* приблизитъ нашу дѣйствительность къ этимъ *ria desideria* современнаго законодателя.

§ 51.

III. Содержаніе юридической сдѣлки (продолженіе).—Группировка сдѣлокъ по различію содержанія.—Неюридическій критерій нѣкоторыхъ группировокъ.—Сдѣлки абстрактныя и матеріальныя.—Общія замѣчанія.—*Вовсе ничего незначащія рчи.*—*Естественныя* побужденія (мотивъ) волензъявленія.—Кausalность юридическая.—Разработка вопроса въ нѣмецкой литературѣ.—Условіе.—Абстрактныя (подвижныя) сдѣлки.

По различію содержанія юридическихъ сдѣлокъ ихъ издавна располагаютъ въ различныя группы. Съ этой точки зрѣнія мы имѣемъ весьма распространенныя категоріи сдѣлокъ *inter vivos* и *mortis causa*, сдѣлокъ возмездныхъ и дарственныхъ, односто-

ронныхъ и обоюдныхъ, съ разновидностями *строения*, указанными выше (стр. 692), главныхъ, придаточныхъ, условныхъ, срочныхъ и проч. Элементы, изъ коихъ слагается содержаніе юридическихъ сдѣлокъ, принято квалифицировать какъ существенные, нормальные, случайные *). Нѣкоторые пандектисты, по схоластической традиціи, ведутъ этотъ анализъ состава сдѣлокъ еще много дальше. Нѣтъ сомнѣнія, что, по разнымъ соображеніямъ, дистинокціи и сочетанія, основанныя на содержаніи сдѣлокъ, можно сдѣлать очень обильными и крайне развѣтвленными. Мы вовсе не будемъ разсматривать всѣхъ этихъ расчлененій и остановимся лишь на нѣкоторыхъ, особенно близкихъ къ нашей системѣ, чтобы уяснить себѣ, къ чему собственно ведутъ такія группировки въ смыслѣ общихъ юридическихъ проблемъ.

Насъ интересуеетъ именно эта сторона дѣла.

Нѣкоторые изъ указанныхъ нами выше категорій сдѣлокъ служатъ основой для распредѣленія юридическаго матеріала въ составѣ кодифицированныхъ системъ. Этотъ приемъ виденъ частью уже въ юстиниановской кодификаціи. Изъ современныхъ кодексовъ его можно отмѣтить въ Code civil, особенно въ третьей книгѣ, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* (art. 711, 1102—1106). Нашъ т. X ч. 1 книги второй раздѣлъ III (о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ вообще) не останавливается на этихъ группировкахъ. Но книга третья и четвертая расположены именно по этому критерию. Въ книгѣ 3-й мы имѣемъ соответствующій титулу 2-ому книги 3-ей code civil (*des donations entre vifs et des testaments*, art. 893—1100) раздѣлъ первый, трагующій о *дарственномъ* или *безмездномъ* приобрѣтеніи правъ на имущество. Сюда входятъ: пожалованіе, *дареніе*, выдѣлъ, приданое, *духовное завѣщаніе*. Раздѣлъ 3-ій даетъ намъ не противоположеніе группы *дарственныхъ* способовъ группѣ *возмездныхъ*, какъ можно было ожидать, а *порядокъ обоюднаго приобрѣтенія* правъ на имущества, куда включена купля и мѣна, но не другіе виды договорныхъ обязательствъ, для которыхъ, по особымъ основаніямъ (о чемъ позже), наша кодификація резервировала четвертую книгу.

Всмотрѣвшись ближе въ эти приемы анализа сдѣлокъ по различію ихъ содержанія, мы легко замѣтимъ, что въ нихъ далеко не первое мѣсто принадлежитъ *собственно юридическимъ* основамъ конструкціи. Сдѣлки дарственныя и тестаментарныя съ извѣст-

*) Противъ весьма распространеннаго расчлененія состава сдѣлки на *essentialia, naturalia, accidentalia negotii* см. особ. Bekker. System d. heut. Pandekt. rechts. II 97 Beil III.

ной точки зрѣнія, конечно, могутъ быть связаны въ одну категорию, но эта связь чисто матеріальная, черта выгоды, стяжания, видная и тутъ и тамъ, а вовсе не общая конструктивная юридическая основа двухъ названныхъ видовъ сдѣлокъ, даренія и тестаента. Точно также только *экономическая* точка зрѣнія подскажетъ намъ сочетаніе въ одну категорию сдѣлокъ дачу приданого, пожалованіе, пожертвованіе. Именно юридическая сторона дѣла здѣсь далеко не на первомъ планѣ.

Нѣкоторыя изъ этихъ группировокъ не заключаютъ въ себѣ ничего характернаго для особенностей *юридической природы* сдѣлокъ. Другія, напримѣръ, „обоюдныя“ сдѣлки, всего чаще совсѣмъ не выдерживаются послѣдовательно до конца, а представляютъ какія-то попытки отличить ихъ отъ одностороннихъ, причемъ, напр., дареніе и традиція (передача) не окажутся въ составѣ обоюдныхъ сдѣлокъ, тогда какъ оспаривать ихъ договорный, т.-е. тоже обоюдный, въ *юридическомъ смыслѣ*, характеръ, конечно, весьма трудно. Очевидно, что подъ „обоюдностью“ наша кодификація разумѣетъ тоже взаимно-выгодный въ *экономическомъ смыслѣ*, а не обоюдный въ *смыслѣ юридическомъ*, т.-е. *договорный* характеръ сдѣлки.

Такія группировки несомнѣнно составляютъ приѣмъ разработки юридическаго матеріала внѣшній, условленный не самимъ матеріаломъ, а необходимостью такъ или иначе привести его въ нѣкоторый порядокъ, хотя бы, такъ сказать, навязанный ему. Для системы юридическихъ институтовъ основы ихъ сочетанія и расчлененія должны быть *юридическія*, а не внѣшнія, не *экономическія*.

То же, что сказано объ институтахъ, должно быть отнесено и къ юридическимъ сдѣлкамъ. Для особенности каждой отдѣльной можетъ быть характерно, конечно, и то, есть ли сдѣлка безмездная, или возмездная, обоудно или односторонне-выгодная; но на этихъ чертахъ трудно стровить *специфически-юридическія группы сдѣлокъ*, на каждой изъ коихъ лежалъ бы дѣйствительно особый стиль ея конструкціи, печать самобытности, юридической оригинальности и характера, съ помощью коего мы отличимъ ея конструкцію отъ конструкціи другой сдѣлки или другой группы сдѣлокъ совсѣмъ иного въ *юридическомъ смыслѣ* стиля.

Возможно, однако, и здѣсь уже, при изученіи содержанія сдѣлокъ, различить такія характерныя особенности, отличающія одніи ихъ группы отъ другихъ, которыя не составляютъ только внѣшнихъ ихъ свойствъ, а именно опредѣляютъ особую внутреннюю природу ихъ юридическаго строенія. Это именно особый

ихъ юридическій стиль, тѣ черты, коими опредѣляется та сторона дѣла, которую юристъ долженъ умѣть распознавать прежде всего для своихъ специфическихъ цѣлей. Будучи чисто юридическими, эти черты ихъ строенія видны далеко не въ одной категоріи институтовъ и сдѣлокъ (вещныхъ или договорныхъ), а, наоборотъ, онѣ обнаруживаются въ цѣломъ рядѣ ихъ, и посему намъ надлежитъ остановиться на ихъ изученіи именно здѣсь, въ составѣ Общей части.

Мы разумѣемъ дѣленіе юридическихъ сдѣлокъ на каузальныя или матеріально-характеризованныя, и на сдѣлки съ невыраженнымъ каузальнымъ моментомъ, абстрактныя, формальныя *въ смыслѣ формализма внутренняго*.

Долгое время эта сторона ученія о строеніи юридической сдѣлки оставалась почти совсѣмъ въ тѣни. Въ самомъ дѣлѣ, какъ могло выдвинуться впередъ ученіе о *формализмѣ волеизъявленія*, о строгомъ, рѣшающемъ, безповоротномъ его характерѣ въ условіяхъ слабо развитого личнаго сознанія, вялаго обмѣна, и въ атмосферѣ схоластики и мистицизма, свойственной средневѣковой эпохѣ, или посреди матеріализма и сенсуализма восемнадцатаго вѣка?

Чтобы воскресить эти типы чисто гражданскихъ, строго-дѣловыхъ и рѣшительныхъ волеизъявленій для новаго времени, существеннымъ факторомъ, независимо отъ широкаго развитія свободнаго обмѣна, было прямое общеніе новой юриспруденціи съ первоисточниками классическаго права, съ латинскимъ творческимъ юридическимъ духомъ.

И мы видимъ дѣйствительно, что правильное *пониманіе и оцѣнка абстрактнаго построенія договорнаго обязательства*, натурально, сперва на латинскихъ образцахъ, въ новое время обнаруживается у французскихъ романистовъ XVI столѣтія (особенно у Куяція). Свообразныя примѣненія конструкціи того же стиля видны на исторіи векселя. Pothier прекрасно разумѣлъ различіе построенія *каузальной сдѣлки и сдѣлки съ невыраженнымъ каузальнымъ моментомъ*, что отразилось частью на выработанныхъ подъ вліяніемъ его работъ артикляхъ Code civil въ общихъ его ученіяхъ о сдѣлкахъ, находившихъ, какъ извѣстно, въ старыхъ системахъ себѣ мѣсто въ общихъ ученіяхъ о договорномъ обязательствѣ (art. 1131, 1132).

Блестящую эпоху въ развитіи ученія объ абстрактныхъ и матеріальныхъ *договорахъ въ особенности и юридическихъ сдѣлкахъ вообще* открываетъ въ нашемъ вѣкѣ школа Савиньи, на почвѣ изученія общаго права, а въ связи съ этимъ и новыхъ институтовъ права

торговаго. Труды Либбе, Эйнерта, Гнейста, Савиньи, Сальпиуса, Оттона Бэра, Экснера и др. *) освѣщаютъ яркимъ свѣтомъ во всемъ размѣрѣ юридическій и техническій интересъ изученія этого явленія въ примѣненіи къ различнымъ институтамъ гражданской системы.

Съ частными примѣненіями построенія этого стилиа мы будемъ встрѣчаться не разъ въ обзорѣ отдѣльныхъ институтовъ системы. Здѣсь мы ограничимся характеристикой явленія, насколько оно подлежитъ изученію въ Общей части.

Чтобы подойти къ области этихъ любопытныхъ и важныхъ проблемъ современной юриспруденціи, намъ необходимо предпослать имъ нѣкоторыя замѣчанія по вопросу о *содержаніи* юридической сдѣлки вообще.

Къ этому мы и приступимъ.

Та самая ст. 63 прил. къ ст. 708 т. X, ч. I, на которую мы только что сдѣлали указанія выше, *предоставляя заключающимъ акты помѣщать въ оныхъ произвольныя условія по ихъ усмотрѣнію, предписываетъ, чтобы въ сихъ условіяхъ не было допускомо... рѣчей вовсе ничего не значущихъ.*

Это любопытное предписаніе! Оно взято въ составъ свода изъ того же матеріала инструкцій надсмотрщикамъ, который обильно вырабатывался Петровскими и ближайшими послѣдующими указами для надежной постановки у насъ актуарной части.

Что же слѣдуетъ разумѣть въ содержаніи актовъ подъ рѣчами *вовсе ничего не значущими*? Мы имѣемъ на этотъ вопросъ нѣкоторое официальное разъясненіе, которое, однако, съ перваго взгляда даетъ только отрицательный результатъ. Вотъ оно. Ука-

*) Заглавіе ихъ трудовъ можно найти въ любомъ учебникѣ пандектнаго права, а также въ моей работѣ „Основная форма коррального обязательства. Историко-юридическое и критическое изслѣдованіе по римскому праву. Н. Дювернуа. Ярославль. 1874 г.“, гдѣ гл. I разд. I посвященъ литературному очерку по занимающему насъ вопросу въ связи съ ученіемъ о стипуляціи. Въ недавнее время появилась въ Юрьевѣ новая работа по этому же предмету: Абстрактныя и матеріальныя обязательства въ римскомъ и современномъ гражданскомъ правѣ А. С. Кривцова. 1898 г. Авторъ вполне овладѣлъ всей трудной проблемой въ связи ея съ цѣлымъ рядомъ тѣсно сопряженныхъ вопросовъ (ученіе о сауса) и литературой, особенно нѣмецкой, до послѣднихъ дней. Съ помощью книги г-на Кривцова наши цивилисты, незнакомые съ нѣмецкимъ языкомъ, могутъ безъ особаго труда оцѣнить все значеніе проблемы для цѣлага ряда практически важныхъ институтовъ гражданской системы. Въ дальѣйшемъ мы будемъ имѣть случаи не разъ возвращаться къ названной книгѣ, которой нельзя не пожелать успѣха въ серьезной читающей русской публикѣ. Г-нъ Кривцовъ не дѣлаетъ указаній на предшествующую отечественную, правда, очень небогатую литературу. Изъ трудовъ русскихъ, заслуживающихъ полнаго вниманія, слѣдуетъ назвать работу г. М. А. Окса „Идеящина какъ продуктивный дѣятель въ сферѣ права и ученія о кондиціи.“ (Чтеніе въ одесск. юридич. Обществѣ). Одесса. 1834 г.

зомъ 1701 г. марта 7, повелѣно писать всякія крѣпости *противъ образцовъ*, данныхъ изъ Оружейной палаты. Образцовъ такихъ, однако, въ дѣйствительности дано не было, какъ видно изъ дѣла, хранящагося въ Архивѣ кодификаціоннаго отдѣла при Государственномъ Совѣтѣ, о формахъ крѣпостямъ (ст. 62 указ. прил. къ ст. 708, примѣч.). И такъ, — ничего незначащія рѣчи были бы тѣ, которыя писаны *не противъ образцовъ*. Но когда образцовъ нѣтъ, то вопросъ о ничего незначащихъ рѣчахъ остается, очевидно, открытымъ.

Извѣстно, что конецъ 17 и нач. 18 в. есть, въ Петровскомъ законодательствѣ, пора остраго кризиса, который былъ вызванъ весьма радикальнымъ планомъ Петра Великаго вполнѣ взять въ руки правительства всю актуарную часть для ея упорядоченія, во-первыхъ, а вмѣстѣ съ этимъ и для эксплуатаціи имущественнаго оборота въ финансовыхъ цѣляхъ (гербовая бумага). Столкновение интересовъ свободного обмѣна съ обязательными нормами повторяется не разъ въ 18 в. и вновь принимаетъ очень острый характеръ въ царствованіе Александра перваго. Въ эпоху составленія свода Законовъ планъ Петра не находилъ сочувствія въ руководящихъ сферахъ и дѣло ограничилось выработкой формуляровъ лишь для нѣкоторыхъ видовъ сдѣлокъ, о коихъ и будетъ сказано въ соответствующихъ мѣстахъ.

Такимъ образомъ, вопросъ, что слѣдуетъ разумѣть подъ *рѣчами ничего не значущими* (указ. выше, ст. 63) остается какъ будто открытымъ и нынѣ для нашей кауелярной юриспруденціи. Но такъ ли это на самомъ дѣлѣ?

Мы попытаемъ въ дальнѣйшемъ разъяснить этотъ вопросъ.

Выше (стр. 270 — 271), разсматривая ученіе о лицѣ въ области гражданскаго права, мы сказали, что для *юридической* выработки этого понятія намъ приходится оставлять безъ вниманія массу такихъ живыхъ свойствъ и особенностей, существенныхъ для характеристики отдѣльнаго человѣка, безъ коихъ совсѣмъ немислима индивидуальность живого характера; и, однако, для *состава понятія лица* въ смыслѣ юридическомъ, цивильномъ, такія квалифікаціи будутъ представлять собою именно *ничего не значущія рѣчи*.

Если намъ нужна, въ нашихъ цѣляхъ, переработка живого образа человѣка въ такую условную юридическую потенцію, какова *личность въ гражданскомъ правѣ*, то, натурально, и всѣ проявленія этой силы должны быть въ тѣхъ же цѣляхъ переработаны по этому же методу въ типическія дѣянія, въ *типическія волеизъявленія*, которыя не могутъ и не должны, безъ

вреда для дѣла, заключать въ себѣ ничего въ юридическомъ смыслѣ излишняго, никакихъ *ничего не значущихъ рѣчей*. Для насъ такимъ образомъ и здѣсь будутъ имѣть значеніе только такія рѣчи, которыя или прямо даны легальнымъ формуляромъ, или могутъ быть составлены по нѣкоторому заранѣе опредѣлившемуся шаблону. Нельзя не только въшпнимъ образомъ выражать свою волю любимы способами, словомъ, жестомъ, начертаніемъ, о чемъ позже, но и самое *содержаніе волеизъявленія*, этотъ *внутренній моментъ состава* юридической сдѣлки надлежитъ особымъ методомъ переработать въ нашихъ цѣляхъ. Въ составѣ юридическаго волеизъявленія нельзя, напр., *хотѣть разбогатѣть*, что, однако, такъ часто составляетъ всю суть дѣйствительныхъ побужденій при совершеніи юридическихъ операций, нельзя *хотѣть приобрести* (примѣръ выше), нельзя даже, какъ сейчасъ увидимъ, прямо *соболзновать страждущему человечеству*. Можно только *купить, продать, отказаться отъ иска, совершить дарственную запись* и прочее подобное. Все остальное для вопросовъ права *ничего не значущія рѣчи*.

Методъ, коимъ законодательство и юриспруденція могутъ достигать *указанной цѣли* переработки содержанія волеизъявленій *въ заранѣе известные типы*, есть тотъ, который предположенъ былъ въ петровскомъ указѣ 1701 г. Тогда все *содержаніе сдѣлокъ* было бы сведено къ тому внутреннему формализму, который знакомъ старой латинской системѣ. Это были бы такъ называемыя *verba legitima*, разъ навсегда выработанные образцы, *типы волеизъявленій*, отъ которыхъ также недопустимы отступленія, какъ отъ ритуала религіознаго.

Наше законодательство избрало другой путь къ цѣли, другую методу устранения *ничего не значущихъ рѣчей* изъ состава волеизъявленія, совсѣмъ не стѣснительную для гражданскаго оборота. Не только указанная выше ст. 63 (прил. къ ст. 708) предоставляетъ заключающимъ акты *помышлатъ въ оныхъ произвольныя условія по ихъ усмотрѣнію*, но ту же свободу даютъ еще и другія положенія дѣйствующаго Свода для сдѣлокъ договорныхъ въ особенности (ст. 568, 1528, 1530). Словомъ, мы съ нашими требованіями формальнаго состава волеизъявленій по отношенію къ содержанію сдѣлокъ очень далеки отъ квинитскихъ *verba legitima* и много ближе къ преторскимъ *verba concepta*.

Но, отказавъ намъ въ готовыхъ формулярахъ, нашъ законодатель какъ-будто и вовсе лишилъ насъ критерія для различенія *рѣчей, значенія не имѣющихъ*, отъ такихъ, которыя именно образуютъ все юридическое содержаніе сдѣлки и опредѣляютъ весь

ея юридическій характеръ. Такъ ли это, однако? Возьмемъ примѣръ. N, жертвуя свою вотчину для устройства въ ней и изъ ея доходовъ благотворительнаго института, начинаетъ учредительный актъ словами „*Исполненный любви къ страждущему человечеству*“. Это та самая манера, которой столь часто держались и держатся въ актахъ законодательныхъ, предполагающихъ по своимъ свойствамъ нѣкоторый подъемъ духа... „*Въ непрестанной заботѣ объ успѣхахъ высшаго образованія въ нашемъ отечествѣ*“... Въ юридическомъ смыслѣ такія возглашенія, натурально, ничего не прибавляютъ къ диспозитивной части указа или учредительнаго акта частнаго лица. Однако, *почему* истолкованіе воли въ этихъ случаяхъ оставляетъ такія рѣчи безъ послѣдствій? Потому-ли, что выраженный въ нихъ мотивъ безразличенъ, или, быть можетъ, что онъ не соотвѣтствуетъ истинѣ? Совсѣмъ нѣтъ. Въ отдѣльныхъ случаяхъ совершенно возможно, что эти безразличныя для состава сдѣлки слова, покажутъ вполне живую черту характера, дѣйствительное настроеніе жертвователя, цѣнную для его біографіи подробность. Противъ этого нельзя ровно ничего сказать. Но дѣло въ томъ, что *въ вопросахъ права* ни эти живыя черты субъекта сдѣлки, его настроенія, ни эти интимныя побужденія его волеизъявленія совсѣмъ не подлежатъ изученію юристовъ. И если въ одномъ случаѣ актъ благотворительности имѣетъ въ своей основѣ мотивъ несомнѣнно возвышенный, въ другомъ — простое тщеславіе, юридическій эффектъ сдѣлки останется все тотъ же, безъ всякой тѣни какого-либо различія въ его силѣ.

Совершенно также ничто не измѣнится въ составѣ договора купли-продажи, если *мотивъ сдѣлки* для продавца есть нажива, или, быть можетъ, нѣчто иное, необходимость къ данному сроку имѣть, чего бы это ни стоило, такую-то денежную наличность, или, наконецъ, борьба за рынки, причемъ цѣлый рядъ сдѣлокъ идетъ прямо въ убытокъ предпринимателя. — Тоже при займѣ, каковъ бы ни былъ мотивъ дачи известной суммы въ кредитъ, желаніе выручить изъ бѣды, невозможность въ известныхъ условіяхъ отказать въ просьбѣ, или простой расчетъ помѣстить хорошо свои деньги, заемъ останется кредитной сдѣлкой опредѣленнаго содержанія, совсѣмъ независимаго отъ указанныхъ *побужденій* дачи займа.

Мотивъ сдѣлки можетъ быть выраженъ при ея заключеніи (я беру этотъ инструментъ для дочери, въ приданое; мы займемъ приморскую дачу, потому что сыну необходимо морское купанье), или ясенъ безъ такого заявленія (*только бы не входилъ въ составъ сдѣлки, какъ условіе*; ибо тогда это уже не

простой мотивъ), можетъ быть скрытъ въ это время и обнаруженъ позже (я покупалъ вовсе не для пріобрѣтенія вещи, ибо она не могла быть мнѣ нужна, и это я докажу, а со скрытой цѣлью—найти признаки преступленія,—примѣръ изъ практики);— и все это не дѣлаетъ купли-продажи иной сдѣлкой въ одномъ случаѣ, чѣмъ въ другомъ.

Что мотивъ тотъ или другой, цѣль та или иная были на лицо, — въ этомъ нѣтъ сомнѣній. Наличие побужденія или расчетъ составляетъ „психологическую“, по выраженію одного пандектиста, необходимость сдѣлки. Это вѣрно. Ошибочна можетъ быть только квалификація этой необходимости „психологической“, ибо возможна сдѣлка, напр., для юридическаго лица, и безъ этой именно психологической необходимости. Но та или другая *необходимость*, конечно, всегда предшествуетъ волеизъявленію. И это насъ здѣсь мало интересуетъ, ибо вызвавшій волеизъявленіе мотивъ или расчетъ позже можетъ исчезнуть, не оправдаться, пропасть (дочь не вышла замужъ, сыну купанье оказалось вредно, рынка мы не захватили и проч.), а возникшая подъ ихъ дѣйствіемъ купля-продажа, заемъ, наемъ имущества остаются налицо, нисколько не поколеблются этими измѣненіями фактическихъ условій ихъ возникновеніе *).

Этимъ методомъ мы ставимъ существованіе юридической сдѣлки въ полную независимость отъ психическихъ побужденій, отъ экономическихъ видовъ, житейскихъ соображеній, словомъ, отъ естественныхъ причинъ, вызвавшихъ ея образованіе. Мы ихъ или вовсе выбрасываемъ изъ *юридическаго состава волеизъявленія*, или удаляемъ ихъ на такое разстояніе отъ состоявшагося акта, что онѣ могутъ послужить намъ развѣ однимъ изъ средствъ для лучшаго истолкованія волеизъявленія, но никоимъ образомъ не могутъ и не должны условливать собою или колебать силу сдѣлки.

Въ вопросахъ гражданскихъ правоотношеній мы также не имѣемъ возможности и надобности считаться со всѣми натуральными и фактическими данными волеизъявленій, какъ въ вопро-

*) Талантливый франц. цивилистъ R. Saleilles, усматривая въ новомъ Германск. уложеніи торжество принципа волеизъявленія надъ принципомъ воли въ положеніяхъ о юридич. сдѣлкѣ несомнѣннымъ (ср. выше, стр. 733, примѣч.), выражаетъ по этому поводу отношеніе психологич. къ праву въ такой формулѣ: *la théorie des actes juridiques du Code allemand a cessé d'être une psychologie juridique pour devenir une forme juridique de psychologie. Le droit a reconquis sa place à l'encontre de la psychologie; et ainsi le veulent les intérêts en cause, le crédit social et l'équité générale. Du moins il est ainsi en matière de droit civil et de transactions commerciales; car s'il s'agissait de droit pénal, ce serait en sens tout opposé, dans le sens de l'individualisation psychologique, que devrait se faire l'orientation juridique (De la déclar. de volonté, стр. 217; ср. выше, стр. 687, примѣч., идеи Шюсмана).*

сахъ о личности съ біографическими данными каждаго носителя гражданской правоспособности.

Естественная каузальность волеизъявленія исчезаетъ и уступаетъ мѣсто *каузальности юридической*, которая и опредѣляетъ собою весь составъ сдѣлки со стороны ея содержанія.

Устранивъ, такимъ образомъ, все, что составляетъ *вовсе ничего незначащія* (натурально, для юриста только) *рѣчи*, стало быть, отрицательную сторону дѣла, мы становимся лицомъ къ лицу къ *положительной сторонѣ*, къ вопросу, что же образуетъ рѣчи или составъ для существа сдѣлки необходимый, опредѣляющій ея юридическую природу, ея особый характеръ, ея индивидуальность, наконецъ, стиль ея, т.-е. внутренними признаками установленную особенность построенія одной группы сдѣлокъ въ отличіе отъ другой?

На этотъ общій вопросъ мы можемъ дать только общій отвѣтъ. При переработкѣ естественнаго волевого процесса въ актъ юридическій причинность волеизъявленія фактическая исчезаетъ и мѣсто ея занимаетъ *формально-опредѣленная, постоянная, юридическая каузальность*, которая и даетъ сдѣлкѣ постоянный, внѣшне-распознаваемый ея составъ.

Мы видѣли выше, что побужденій для пожертвованія, для купли-продажи, для найма, займа и прочее можетъ быть бездна. И не менѣе того, совершенно независимо отъ неувимой пестроты этихъ побужденій, въ одномъ рядѣ случаевъ, каковъ бы ни былъ внѣшній толчекъ, получится въ результатъ воплотившаяся типическая юридическая фигура сдѣлки купли-продажи, въ другомъ со столь же опредѣленными юридическими свойствами сдѣлка имущественнаго найма, денежнаго займа, пожертвованія, быть можетъ, уплаты и такъ далѣе, безъ конца.

На вопросъ, чѣмъ же юридически опредѣлить составъ сдѣлки купли-продажи въ отличіе отъ любой другой, какъ ее юридически индивидуализировать? мы отвѣчаемъ — признакомъ формальной каузальности, которая опредѣляетъ *въ ея составъ* волеизъявленія лицъ. Это будетъ сдѣлка купли-продажи, совершенно независимо отъ возможныхъ естественныхъ, скрытыхъ или выраженныхъ расчетовъ (имѣть сейчасъ наличность, захватить рынокъ, нажать, раскрыть слѣды преступленія), *потому что* волеизъявленіе уступить вамъ вещь связано *въ составъ сдѣлки* съ выговоренной отъ васъ за уступку ея вамъ цѣны. Въ этомъ специфическій, формально-необходимый каузальный моментъ состава сдѣлки, безъ коего въ юридическомъ смыслѣ не будетъ купли-продажи.

Такой же формально-известный момент индивидуализируетъ сдѣлку даренія, гдѣ формально-опредѣленный мотивъ, *юридическая* каузальность, не есть ни тщеславіе, ни человеколюбіе, а воля дарителя совершить обогащеніе одаряемаго насчетъ умаленія имущества дарителя*). Это и будетъ юридически-каузальный моментъ, индивидуализирующій составъ сдѣлки даренія, совершенно независимо отъ той *causa* естественной, которая тоже можетъ быть налицо или въ видѣ тщеславія, или въ видѣ искренняго побужденія старой дружбы, человеколюбія, ровно ничего не измѣняя въ юридической сущности дарственнаго акта.

Если я даю займы деньги, или иные квантитеты, то формально—известная *causa* заемной сдѣлки есть кредитъ, дача съ видами возврата *tantundem ejusdem qualitatis*. Мотивъ внутренній—выручить изъ бѣды, спасти отъ несостоятельности, хорошо помѣстить свободныя деньги—несомѣнно наличный, совершенно натуральный въ сдѣлкахъ этого рода, каковъ бы онъ ни былъ—вполнѣ безразличенъ для особой юридической природы заемной сдѣлки.

То же для случая уплаты. Я плачу, чтобъ выполнить обязательство въ данный срокъ. Эта *causa*, эта причина или цѣль**), определяетъ специфическую природу уплаты, опять совершенно независимо отъ радостей, опасеній, расчетовъ, которые побуждали должника къ этому дѣйствию.

Вотъ простѣйшіе образцы формально-различныхъ по своему каузальному составу юридическихъ сдѣлокъ, изъ коихъ каждая имѣетъ свою природу, свои необходимые принципы, свое особое содержаніе.

Мы видѣли выше, что наше законодательство не выработало готовыхъ образцовъ для любыхъ сдѣлокъ, выразивъ только требованіе, чтобы въ ихъ составъ не было введено *ничего незнающихъ рѣчей*. Это отрицательная сторона вопроса. Но, затѣмъ, въ составъ нашего гражданскаго кодекса, какъ и любого другого, не трудно найти *абстрактно сформулированные признаки сдѣлокъ* въ составѣ инстатутовъ разнаго содержанія, такъ что мы изъ этихъ положеній легко узнаемъ, какіе реквизиты необходимы для цѣлаго ряда сдѣлокъ договорныхъ (купля, мѣна, поставка, наемъ, подрядъ, заемъ, уплата и т. под.), актовъ укрѣпленія имущества при жизни (дарственная запись, выдѣлъ частей или

*) Дареніе въ подлинномъ смыслѣ *donantem pauperiorem et accipientem locupletiozem facit* (I. 5 § D. 8 24 1).

**) Причину и цѣль въ составѣ сдѣлки обезразличиваетъ одинъ иѣмѣющій писатель какъ вогнутую и выпуклую поверхность того же тѣла.

назначеніе приданаго изъ недвижимыхъ имуществъ и проч.), распоряденій на случай смерти (назначеніе наследника, отказы). Съ помощью такихъ абстрактно выраженныхъ реквизитовъ сдѣлки въ составѣ того или другого института, мы и безъ готовыхъ образцовъ можемъ сами формулировать сдѣлку любого содержанія. Это положительная сторона вопроса.

Въ этомъ сочетаніи акта воли и юридической нормы для понятія сдѣлки также сказывается особая природа *сдѣлки гражданской*, какъ въ сочетаніи нормы и иска выражается природа *самаго права гражданского*. И тутъ и тамъ правоспособный и дѣеспособный субъектъ приводитъ въ дѣйствіе отвлеченную норму, чтобы измѣнять такъ или иначе свои правоотношенія, по своему усмотрѣнію (это *jurisdictio voluntaria*), или чтобы возстановлять ихъ, въ случаяхъ нарушенія нормы, исковыми средствами, тоже предоставленными на его волю (это *jurisdictio contentiosa* *).

Выше мы брали самые простые примѣры сочетаній въ составѣ сдѣлки волеизъявленій съ разными каузальными моментами. Я даю деньги *credendi, solvendi, donandi causa*. Натурально, это не единственные случаи подобныхъ сочетаній. Ихъ масса. Обыкновенно внутренней каузальный моментъ въ составѣ сдѣлки *даетъ имя самой сдѣлкѣ*. И такъ, заемное обязательство именно и характеризуется этимъ моментомъ взятія или забора (займа) суммы или количества съ обязательствомъ возврата. То же для купли-продажи, гдѣ взаимность наличная (*synallagma, contrat synallagmatique* С. с. art. 1102) обоихъ обязательствъ выражена въ самомъ названіи. То же въ латинскомъ наименованіи найма, *locatio conductio*, и если не въ названіи, то въ строеніи и совершеннаго договора найма. Въ сдѣлкахъ даренія, назначенія приданаго сказывается также именно имъ присущій каузальный моментъ обогащенія одаряемаго, устроенія имущественной стороны брачнаго сожитія. То же видно, наконецъ, въ сдѣлкахъ вспомогательнаго или прѣдпочнаго характера, каковы задатокъ, неустойка, поручительство. Намъ нѣтъ, однако, надобности исчерпывать все возможное разнообразіе внутреннихъ каузальныхъ моментовъ состава хотя бы *именованныхъ* сдѣлокъ. А затѣмъ, всѣмъ извѣстно, что за контрактами *именованными* латинская система знала цѣлыя категоріи контрактовъ *безыменныхъ*, въ коихъ сочетанія каузальныя прямо и ясно входятъ въ конструкціи (*do ut des* и т. д.). Наша скудная система сдѣлокъ и контрактовъ въ особенности можетъ натурально тоже расширяться, по усмотрѣ-

*) Границу той и другой далеко не легко провести со всею точностью, см. особенно Wach, Handbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, I, § 6.

нію сторонъ на такія сочетанія, для коихъ не найдется въ нашей рѣчи специфическихъ (*nomina vulgaria et usitata*) наименованій, общеприпятихъ у юристовъ и въ просторѣчїи (см. ст. 568 т. X ч. I). Въ этихъ разнообразныхъ сочетаніяхъ *causa* является намъ то какъ основаніе, то какъ цѣль волеизъявленія. Я уплачиваю, *потому что* считаю себя должнымъ. Я вручаю сумму, *чтобы* получить такое же количество обратно. *Causa* не является, стало быть, въ составѣ сдѣлки необходимо какъ одновременный обмѣнъ юридическихъ актовъ двухъ сторонъ, а также и какъ послѣдовательный во времени. Это будетъ *causa praeterita*, когда основаніе дачи есть предшествующее ей, наличность долга (*solutio*), или *causa futura*, когда дача произошла въ цѣляхъ современемъ получить то же количество обратно (*creditum, contractus inno-*
minati).

Мы установили здѣсь понятія причины или цѣли волеизъявленія *въ составъ сдѣлки*, и этотъ анализъ, это различіе каузального момента, *входящаго въ ея составъ* (юридическій каузалитетъ, формальная причинность или цѣль волеизъявленія), *отъ каузальности внѣшней* (фактической), гдѣ виденъ естественный мотивъ волеизъявленія, въ указанныхъ выше примѣрахъ — тщеславіе, человѣколюбіе, желаніе обогащенія, захватъ рынка, отертіе слѣдовъ преступленія, представляетъ собою, во-первыхъ, далеко не безспорное ученіе, и, во-вторыхъ, влечетъ за собой очень важныя юридическія консеквенціи.

Что касается спорныхъ пунктовъ этого ученія, то мы можемъ теперь, въ виду названной выше почтенной работы г. Кривцова, на русскомъ языкѣ, ограничиться лишь самыми общими указаніями, ибо русскому юристу вполне доступно, благодаря этой работѣ, основательное ознакомленіе съ любопытной и очень важной контроверзой во всѣхъ ея деталяхъ *).

И такъ мы думаемъ, что мотивъ естественный, внѣшній для состава сдѣлки, и причинность формальная, юридическая, въ ея составѣ, двѣ вещи очень различныя по существу и по юридическимъ послѣдствіямъ для ея силы. Въ этомъ ученіи мы ближе сходимся съ результатами изслѣдованія Ленея, который является

*) Трудное ученіе о *causa* изложено у г. Кривцова въ четырехъ главахъ: I. Терминологія источниковъ; II. Предположенія сторонъ при договорномъ обязательствѣ; III. Виндшейдовская теорія; IV. Юридическія послѣдствія отсутствія или недостатковъ эквивалента (стр. 15—110). Авторъ трактуетъ здѣсь обязательства, а не сдѣлки вообще; но въ изученіи родственныхъ явленій не всегда возможно провести точную и постоянную границу, если бы мы даже поставили себѣ это цѣлью.

въ этомъ вопросѣ наиболѣе рѣшительнымъ противникомъ ученія Виндшейда *).

Отправляясь въ ученіи о строеніи юридической сдѣлки отъ понятія воли, Виндшейдъ видитъ въ томъ, что онъ называетъ предположеніемъ (*Voraussetzung*), именно тѣ *внѣшнія для сдѣлки* обстоятельства, которыя служатъ для нея побужденіемъ, психически мотивируютъ ее. Здѣсь скрыта, по ученію Виндшейда, первоначальная цѣль (*erste Absicht*) волеизъявленія, за которой, шагъ дальше, слѣдуютъ рѣшающіе мотивы. Это стало быть, нѣкоторая скала, которую далеко не всегда легко разобрать, по которой условливается сила волеизъявленія (Виндшейдъ, Пандекты, § 98). Фактически такія *предположенія* въ отдѣльных случаяхъ оказываютъ несомнѣнное вліяніе на рѣшимость волеизъявленія. Съ точки зрѣнія *свободы воли* это далеко не безразличные моменты. Но крайне *субъективная* окраска подобныхъ мотивовъ дѣлаетъ ихъ въ смыслѣ *общаго* критерія для опредѣленія силы сдѣлки малопрактичными. Въ этомъ смыслѣ Ленель правильно отвергаетъ значеніе такихъ невѣсомыхъ (*imponderabilia*) для юридической силы сдѣлки.

На мѣсто этихъ чисто субъективныхъ моментовъ, другая сторона, и главнымъ образомъ Ленель, выставляетъ какъ рѣшающій критерій для силы волеизъявленія—*цѣль или мотивъ сдѣлки хозяйственный*, стало быть, *объективно опредѣлимый*. Надо, говоритъ онъ, давать значеніе не всему подъ предположеніемъ чего лицо дѣйствуетъ, а лишь тому, что мы *въ правѣ* предполагать со стороны другого (Ленель имѣетъ въ виду сдѣлку договорную) въ смыслѣ *общепринятой въ гражданскихъ сношеніяхъ добросовѣстности* (*was man voraussetzen nach Treu und Glauben... berechtigt war*, послѣднее подчеркиваетъ Кривцовъ, стр. 81 и слѣд., и мы сейчасъ увидимъ почему).

Нельзя не сказать, что въ этомъ видѣ, съ этой альтернативой, контроверза какъ со стороны *субъективистовъ* (Windscheid и др.), такъ и со стороны *объективистовъ* (Ленель и друг.) оставляетъ желать очень многого для нашихъ цѣлей.

Безъ всякаго сомнѣнія, найти и указать для всей широкой области юридическихъ сдѣлокъ одинаково приложимый общій практической критерій—задача до крайности трудная. Индивидуальное изслѣдованіе случая можетъ, по свойству сдѣлки, по

*) Всѣ указанія литературныя легко найти въ названной книгѣ г. Кривцова, гдѣ читатель замѣтитъ и такіе отгѣнки мыслей, которыхъ мы здѣсь не можемъ исчерпать, хотя считаемъ ихъ важными для дѣла. Въ Пандектахъ Виндшейда для *Voraussetzung* § 97 и слѣд., но самое ученіе разработано имъ еще въ 50 г. монографически.

особенностямъ личныхъ отношеній соучастниковъ, склонять воззрѣнiя юристовъ то въ ту, то въ другую сторону. Поэтому было бы большою неосторожною безусловно отвергать мысли Виндшейда о рѣшающемъ значенiи *первыхъ нампренiй или расчетовъ* волеизъявленiя для его силы. Мысли Виндшейда почерпнуты имъ изъ классическихъ источниковъ, надъ которыми онъ работалъ съ величайшею тщательностью. Все, что можно поставить ему въ упрекъ, это—что онъ, быть можетъ, съ нѣкоторою поспѣшностью обобщилъ ихъ. Ленель отвергаетъ значенiе психическихъ изысканiй въ этой области вовсе и ставитъ на ихъ мѣсто свой экономически нормальный для добросовѣстнаго обмѣна критерiй, которымъ и думаетъ опредѣлять каузальныя отношенiя въ составѣ юридической сдѣлки. Вопросъ о силѣ сдѣлки рѣшаетъ не то, чего хотѣло бы лицо, а то, чего оно *должно хотѣть* по этому критерию.

Никакъ нельзя отвергать, что этотъ *экономическiй* моментъ въ составѣ цивильной сдѣлки много осязательнѣе психическаго и въ отдѣльныхъ случаяхъ можетъ служить совершенно надежнымъ критерiемъ опредѣленiя основы или цѣли волеизъявленiя. Но независимо отъ того, что не всѣ сдѣлки гражданскаго права суть только имущественныя по своему содержанiю, и въ самыхъ имущественныхъ сдѣлкахъ, какъ это было видно выше, нерѣдко бываетъ далеко не легко установить, что собственно въ данномъ случаѣ опредѣляло совершенно добросовѣстный экономическiй расчетъ даже въ такой простой сдѣлкѣ, какъ купля-продажа, нажива ли посредствомъ этой сдѣлки, или реклама, захватъ рынка въ цѣляхъ наживы въ послѣдующихъ операцiяхъ, или крайность, побуждавшая къ уступкѣ товара за ничтожную цѣну въ виду необходимости имѣть въ данный моментъ денежную наличность.

Итакъ, критерiй экономическiй есть тоже крайне растяжимый и пригодный не столько для нормальныхъ свободныхъ гражданскихъ сдѣлокъ, сколько для случаевъ необходимости ихъ повѣрки въ виду очевидной ошибки въ волеизъявленiи и особенно обмана, побудившаго къ совершенiю сдѣлки.

Такимъ образомъ, для опредѣленiя *основы и цѣли юридической сдѣлки* мы никоимъ образомъ не находимъ возможнымъ принять, вмѣстѣ съ субъективистами, ни психическаго, ни вмѣстѣ съ объективистами, экономическаго критерiя за рѣшающiй для ея силы.

Кривцовъ очень близокъ къ истинѣ когда замѣняетъ ту и другую (психическую или экономическую) основу или цѣль „правовой цѣлью“, которая одна и должна служить мѣриломъ для

опредѣленія силы сдѣлки (стр. 81 и толкованіе „*berechtigt war*“ у Ленея).

Мы остаемся при выраженномъ нами выше взглядѣ, что моменты психической или экономической не могутъ служить *общимъ* рѣшающимъ мѣриломъ силы юридической сдѣлки. Рѣшаетъ въ вопросахъ права не то, чего я хочу, и не то, чего я, по экономическимъ соображеніямъ, долженъ хотѣть, а лишь то, что составляетъ *юридическую каузальность* данной сдѣлки. Это суть *внутренніе* необходимыя для состава сдѣлки моменты, коими опредѣляется ея *формальная* основа и цѣль. Въ ней несомнѣнно находятъ себѣ отраженіе и психическіе, и экономическіе моменты. Но они для содержанія юридической сдѣлки даютъ намъ лишь *внѣшнюю*, фактическую, а не внутреннюю, юридическую ея сущность. Это претвореніе психическихъ мотивовъ и экономическихъ расчетовъ *въ юридическую формулу сдѣлки* того и другого содержанія и характера несомнѣнно уподобляется тому *обновленію или пресуществленію*, образецъ котораго даетъ намъ классическій процессъ въ моментѣ *litis contestatio*. Только что тамъ новациі подвергается прежнее матеріальное правоотношеніе, превращаясь въ этотъ моментъ въ новое, формальное или процессуальное. Здѣсь же весь фактический матеріалъ (психическій и экономической) *консумируется и претворяется въ юридическую сдѣлку*, въ составѣ которой прежнія основы и цѣли фактическія получаютъ *новый образъ каузальности и отношеній юридическихъ* *).

Съ этихъ поръ я не потому покупаю, что къ этому у меня есть *психическое побужденіе или экономическій расчетъ*, а прямо, хотя бы вопреки моего теперешняго желанія и расчета, потому что я *обязанъ* принять на себя всѣ *commoda* и *pericula rei*; также какъ продавецъ обязанъ традировать проданную вещь, какъ бы ни было ему жаль и не расчетъ разстаться съ ней, потому единственно, что онъ продавецъ, сторона въ юридической сдѣлкѣ, въ данномъ договорно-обязательственномъ или иномъ *юридическомъ* отношеніи.

Различеніе въ процессѣ образованія юридической сдѣлки этихъ предшествующихъ ей, внѣшнихъ моментовъ, мотивовъ, расчетовъ, и тѣхъ, изъ коихъ окончательно слагается ея *формальный образъ*, съ этимъ внутреннимъ юридическимъ каузализмомъ, опредѣляющимъ ея индивидуальность, влечетъ за собою очень важныя практическія послѣдствія. Мы разсматривали выше

*) См. выше формулу R. Saleilles.

тѣ случаи, въ которыхъ велеизъявленіе, вызванное принужденіемъ, ошибкой, обманомъ, можетъ потерять свой юридическій эффектъ именно въ виду этихъ его пороковъ. Случаи эти немногочисленны, и вовсе не часты въ нормальныхъ условіяхъ совершенія юридическихъ дѣлъ (см. §§ 40 и 49).

На ряду съ этимъ составъ дѣлки можетъ быть такой, что въ немъ *недостаетъ юридической каузальности*, безъ которой она не должна имѣть силы. Я *уплачиваю*, натурально, въ предположеніи наличности *непогашеннаго долга*. Между тѣмъ кредиторъ раньше этой уплаты погасилъ уже этотъ долгъ выдачей росписки о платежѣ. Можно бы сказать, что уплата въ этихъ условіяхъ *не есть уплата*, и дѣлка ничтожна по отсутствію юридически-каузальнаго для нея момента. Классики, однако, говорятъ не о ея ничтожествѣ, а лишь предоставляютъ уплатившему особый искъ, *condictio indebiti*. Путь гораздо болѣе соответствующій подлинной природѣ правоотношеній гражданскихъ и открывающій возможность ближе къ индивидуальному случаю установить послѣдствія обогащенія безъ достаточнаго, въ юридическомъ смыслѣ, основанія.

Классики разработали для *подобныхъ недостатковъ юридического состава дѣлки* цѣлую систему кондикціонныхъ исковъ *ob causam datorum*.

Мы не можемъ коснуться этого вопроса здѣсь же. Для этого есть свое мѣсто въ системѣ. Ограничиваемся указаніемъ связи вопроса о строеніи дѣлки съ процессуальными способами противодѣйствія тѣмъ или другимъ *недостаткамъ состава дѣлки*. Ниже, въ связи съ ученіемъ о *causa*, будутъ даны еще нѣкоторыя указанія на современные кодифицированныя системы.

Наше законодательство и практика до сего очень недостаточно воспользовалась сокровищами латинской мысли для разработки этихъ трудныхъ проблемъ. Между тѣмъ въ этихъ условіяхъ многое не носить на себѣ ничего специфически-римскаго, *непригоднаго* для пользованія въ цивилистическихъ проблемахъ любой системы. Труды русскихъ ученыхъ, особенно Окса, Гримма, Полетаева, Кривцова, конечно, облегчаютъ путь ознакомленія съ системой кондикцій, хотя, нѣтъ сомнѣнія, никакая современная работа не способна замѣнить хотя труднаго и сложнаго, но увлекательнаго и неопѣннаго изученія вопроса на подлинной почвѣ латинской юриспруденціи *).

*) Развернуть изъ ст. 574 т. X ч. I все богатство содержанія латинской кондикціонной системы столь же затруднительно, какъ и свести систему кондикцій къ одной этой пли подобной формулѣ. Практика знаетъ примѣненіе

§ 52.

Содержаніе юридической сдѣлки. (Продолженіе).—Условіе въ составѣ сдѣлки.—Actus legitimi.—Признакъ событія *будущаго* въ понятіи условія.—Его оцѣнка въ современной литературѣ.—Проектъ Гражд. Уложенія.—Модалитеты волеизъявленій.—Сдѣлки со скрытымъ каузальнымъ моментомъ.

За этимъ, въ ученіи о содержаніи сдѣлки намъ остается разсмотрѣть два вопроса:

1) Если *составъ сдѣлки* того типа, который мы имѣли до сего въ виду, есть юридически-установившійся, матеріально-распознаваемый (изъ состава видно, что одна есть даръ, другая—заемъ, уплата, усыновленіе, назначеніе наслѣдника, отказъ) и постоянный, то неужели нельзя вовсе вводить въ этотъ составъ ничего къ нему не принадлежащаго, для него *внѣшняго*? Сдѣлки, которыя, въ самомъ дѣлѣ, не допускаютъ въ своемъ составѣ ничего, кромѣ необходимыхъ для даннаго типа сдѣлки элементовъ, несомнѣнно существуютъ. Таковы бракъ, его заключеніе въ особенности, таково узаконеніе, усыновленіе. Въ сдѣлкахъ имущественныхъ, въ современныхъ системахъ, есть тоже сдѣлки, не допускающія внѣшнихъ осложненій, каковы заявленіе въ подлежащемъ гипотечномъ установленіи о пересвоеніи занесенныхъ въ въ гипотечныя (у насъ вотчинныя) книги недвижимостей (Auflassung), подписка на акціи, приступъ къ наслѣдству или отреченіе отъ него. Но за этимъ кругомъ *строгoleгалныхъ* по составу сдѣлокъ (actus legitimi), что же могло бы помѣшать сторонамъ присоединять къ куплѣ, займу, даренію, отказу, такіе *фактическіе внѣшніе моменты*, которые въ каждомъ данномъ случаѣ болѣе или менѣе приближаютъ составъ такой сдѣлки къ *действительному желанію волеизъявляющаго субъекта*?

Наше законодательство отвѣчаетъ на это очень широкимъ разрѣшеніемъ „помѣшать въ оныя (акты) произвольныя условія по ихъ усмотрѣнію“ (ст. 63, прилож. къ ст. 708), лишь бы въ

выраженнаго въ ней общаго принципа въ массѣ самыхъ разнообразныхъ случаевъ, которые отчасти и разработала гл. 6-ая раздѣла II кн. 2-ой X т. Этимъ вопросъ не ограничивается. Ученіе должно быть расширено на цѣлую область иныхъ расчетовъ какъ частныхъ лицъ между собой (см. статью проф. Петражицкаго въ Вѣстн. права за 1900 г., №№ I, II, III, особенно № I, стр. 23—25, гдѣ авторъ освѣщаетъ латинскія категоріи примѣрами изъ любыхъ системъ), такъ и между казной и частными лицами (см. для примѣра послѣднихъ т. X ч. I ст. 825 о несостоявшейся куплѣ крѣпости и возвратѣ продажу внесенныхъ имъ при совершеніи акта крѣпости. пошлннѣ). Проектъ кн. V., ст. 1059—1065 и объясненія т. 5, стр. 375—408, плещетъ для этого ученія основъ въ классической традиціи. Въ 1903 г. Stammier публиковалъ работу объ обогащеніи безъ достаточнаго основанія по нов. Нѣмецкому кодексу.

этихъ условіяхъ не было распоряженій противузаконныхъ и не заключалось лбедвическихъ вымысловъ (тамъ же ср. еще ст. 1528 — 1530; указ. ст. 63 пр. 708 исключ. въ изд. 1900 г.).

Для договорныхъ сдѣлокъ въ особенности законъ разрѣшаетъ вводить въ составъ волеизъявленія „условія о срокѣ, о платежѣ, неустойкахъ и тому подобныя“ (1530). Очевидно, въ этой статьѣ имѣется въ виду не столько *условія* въ техническомъ смыслѣ слова, сколько разнообразныя клаузулы, не образующія *необходимаго* для данной сдѣлки состава. По отношенію къ нѣкоторымъ подобнымъ „условіямъ“ законъ нашъ предписываетъ публичнымъ соучаствующимъ въ совершеніи акта лицамъ напоминать совершающимъ акты о факультативныхъ, *необязательныхъ непременно* составныхъ частяхъ сдѣлки (ст. 64, прил. къ ст. 708; въ изд. 1900 г. исключ.).

Мы разумѣемъ, однако, не этотъ широкій смыслъ условія, а *его техническій смыслъ, вѣшняго, не принадлежащаго къ составу сдѣлки, неизвѣстнаго въ данный моментъ, будущаго событія*, отъ наступленія или ненаступленія коего ставится въ зависимость дѣйствіе юридической сдѣлки (*conditio* въ тѣсномъ смыслѣ, хотя и въ латинской терминологіи тотъ же терминъ употребителенъ и въ широкомъ смыслѣ).

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что ни наше законодательство, ни наша практика, внѣ указанныхъ выше категорій сдѣлокъ (*quae diem vel conditionem non recipiunt*), отнюдь не протянутся введенію въ составъ сдѣлокъ этого элемента, такъ сказать, посторонняго для ихъ необходимаго обязательнаго юридическаго содержанія. Въ этомъ смыслѣ законъ нашъ совершенно вѣрно отмѣчаетъ свойство *условія* какъ *произвольнаго* элемента въ составѣ сдѣлки (ст. 1428 т. Хч. I).

Но ученіе объ условіи и срокѣ принадлежитъ къ числу совершенно неразработанныхъ, точнѣе, неразработанныхъ *самостоятельно* ни въ нашей, ни въ одной изъ западныхъ современныхъ системъ. Своимъ богатѣйшимъ развитіемъ оно обязано системѣ позднѣйшаго латинскаго права и латинской классической юриспруденціи. Основу для этого дала не простая склонность къ тонкой разработкѣ трудныхъ техническихъ проблемъ, не схоластика, а совершенно живая черта римскаго правосознанія. Ученіе объ условіи, объ условныхъ сдѣлкахъ развилось у нихъ преимущественно въ практикѣ волеизъявленій на случай смерти, особенно легатовъ. Въ эти акты послѣдней воли, заключительныя волеизъявленія, обнимающія нерѣдко всѣ стороны цивильныхъ отношеній *testator'a*, всего чаще искали вносить не только неиз-

мѣнно и окончательно опредѣлившіеся приказы на случай смерти, но и такіе, которые въ могущихъ позже наступить комбинаціяхъ событій требовали какъ бы новыхъ рѣшеній съ его стороны и приходили, такъ сказать, въ новыя сочетанія съ волей, какъ-будто еще продолжавшей жить и обнаруживаться. Очевидно, рельефно выразившаяся въ системѣ гражданскихъ правоотношеній правоспособная личность неохотно уступала и самой смерти извѣстную законную сферу своего вліянія на дѣла людей. Юриспруденція относилась къ этой чертѣ національнаго характера латинскаго общества съ величайшей любовью, тщательнымъ вниманіемъ и изученіемъ. На этой почвѣ развилась богатая казуистика условныхъ сдѣлокъ. Этой почвой она, однако, не ограничивалась даже у римлянъ. Въ реципированной системѣ не чувствуется болѣе этотъ жизненный стимулъ, подъ дѣйствіемъ котораго опредѣлилась практика условныхъ сдѣлокъ, и на всемъ ученіи о ихъ строеніи лежить совѣтъ иной духъ, иная сфера примѣненія въ условіяхъ вялаго средневѣковаго обмѣна, выжидательныхъ, часто поневоля, притязаній и расчетовъ. На всей конструкціи замѣтна схоластическая и безжизненная постановка всего ученія. Любопытна непредумышленная и этимъ выдающаяся себя систематическая позиція, которую вынѣшніе пандектисты обыкновенно отводятъ условной сдѣлкѣ въ общемъ ученіи о сдѣлкахъ. Условной сдѣлкѣ и условію даютъ смыслъ *самоограниченія воли*. Нельзя себѣ представить ничего болѣе обличительнаго! Въ грамматическомъ смыслѣ это, быть можетъ, и вѣрно, ибо я хочу *только при данномъ условіи*, стало быть, не безусловно и не во всякомъ случаѣ. Но какое это узкое разумѣніе дѣла! Оно должно было явиться именно какъ результатъ оторваннаго отъ живой почвы изученія явленія, которое его высушиваетъ, стерилизуетъ, налагаетъ печать мертвящаго догматизма.

Что сдѣлалъ изъ этого схоластическаго разумѣнія гениальный толкователь духа римскаго права Рудольфъ Иерингъ? Поставивъ *условіе* опять въ связь съ подлинной почвой первоначальнаго образованія этого явленія, онъ увидѣлъ въ немъ вовсе не самоограниченіе воли, а наоборотъ, всю мощь ея развитія. Условіе, говоритъ онъ, открываетъ сторонамъ возможность *подчинить себя будущее вмѣсто того, чтобы себя ставить отъ него въ зависимость* (Geist, § 53). Недаромъ римляне ставили признакъ событія въ будущемъ, какъ существенный для понятій условія (прим. 208). На этомъ зиждется *польза и смыслъ условія въ гражданскомъ обмѣнѣ*. Только въ немъ мы находимъ средство захватить въ сферу нашего юридическаго владычества то, что для

этой минуты представлять собою одну только возможность, и притомъ захватить такъ, какъ-будто эта возможность уже стала дѣйствительностью (§ 53).

Несомнѣнно, что именно въ этомъ осложненіи состава сдѣлки *фактическими моментами*, отражающими движеніе нашей воли, ея мотивовъ, цѣлей, расчетовъ, мы неизмѣримо ближе подойдемъ къ ея дѣйствительнымъ процессамъ, чѣмъ при наличности общаго шаблона сдѣлки съ ея разъ навсегда установленнымъ юридическимъ каузальнымъ формализмомъ.

Современные кодексы, всѣ, кромѣ нашего, останавливаются съ большимъ вниманіемъ на этомъ мугущественномъ юридическомъ способѣ *расширить дѣйствіе* юридическихъ волеизъявленій на сферу дѣловыхъ правоотношеній не только наличныхъ, но и болѣе или менѣе отдаленныхъ (Code civil art. 1168—1185; Герм. Гр. Улож. 158—164). Натурально, вездѣ въ новой юриспруденціи этотъ техническій приѣмъ построенія юридической сдѣлки представляетъ собою *не національное достояніе* того или другого мѣстнаго права, а *общее*, для всѣхъ, кто умѣетъ имъ пользоваться, доступное богатство латинской юридической техники. Такая система институтовъ и сдѣлокъ, которая вообще не богата разнообразіемъ юридическихъ средствъ для живого отраженія волеизъявленій въ области сдѣлокъ, могла бы въ особенности искать обогащенія въ этихъ ресурсахъ; но искать ихъ надо въ самомъ источникѣ, а не въ сухихъ и безцвѣтныхъ передачахъ современныхъ кодифицированныхъ системъ. Въ дальнѣйшемъ мы вовсе обойдемъ ученіе объ условіи, для коего подлинной почвой должны служить пандектныя ученія *).

Намъ надлежитъ здѣсь остановить больше вниманія на другомъ модальитѣ сдѣлки, имѣющемъ нѣкоторое родство съ условіемъ. Это еще болѣе чуткая къ *внутреннему процессу образованія волеизъявленій форма*. Виндшейдъ находить, и очень справедливо, что самое условіе, какъ элементъ строенія волеизъ-

*) Обширное изложеніе всего ученія чисто-латинскаго происхожденія см. въ указан. выше сочиненіи Эвеккеруса § 18 (стр. 171 и слѣд.); дѣйствіе условія и срочной сдѣлки § 33 (стр. 305); для тестаментарн. распоряженій стр. 393 и слѣд. Заключеніе § 79. Проектъ 5-ой кн. нашего Гражд. Улож. не только не приблизился подлинному источнику этого ученія, но и существующія теперешнія переработки совершенно исказили, выбросивъ признакъ событія *будущаго*, столь характерный для понятія условія (см. мое Посobie о вып. II, стр. 61 прим.). Это обстоятельство относится къ 1899 г., когда появился проектъ книги 5-ой, „Обязательство“. Очевидно и здѣсь, при выработкѣ Общихъ Положеній, пришлось опять взяться за ученіе объ условіи въ составѣ сдѣлки, какъ выше при обработкѣ ученія объ ошибкахъ (см. выше, стр. 737 примѣч.). „Объясненія“ къ Общ. Положеніямъ приподнимаютъ намъ немного завѣсу, скрывающую дебаты по ученому предмету о *существенныхъ для понятія условія признакахъ*. Начавъ съ учебника Мейера, составленнаго, какъ извѣстно, не всегда съ доста-

явленій, образуется не вдругъ, что есть нѣчто ему предшествующее въ процессѣ его образованія. Чтожъ это собственно будетъ? Вотъ съ этого и начинаются техническія трудности въ разработкѣ этого понятія. Виндшейдъ генетически опредѣляетъ это явленіе какъ *неразвившееся условіе*. Это тоже несомнѣнно правильно, какъ мы сейчасъ увидимъ. Самое явленіе насъ потому и интересуетъ въ особенности, что оно технически далеко не такъ разработано, какъ *условіе*. Но въ этой квалификаціи (*неразвившееся условіе*) очень мало юридической опредѣленности.

Быть можетъ, это *мотивъ* волеизъявленія, нѣчто скрытое, хотя и несомнѣнно существующее? Виндшейдъ очень близокъ къ тому, чтобы именно *внутреннему мотиву* дать, въ вопросѣ о силѣ сдѣлки, прямое юридическое значеніе. Но *скрытый*, не выраженный именно, мотивъ—это такая неуловимая вещь, что вводить его въ строеніе юридической сдѣлки значитъ подвергать силу ея совсѣмъ неюридическимъ, формально-нераспознаваемымъ, чисто случайнымъ влияніямъ. Это несомнѣнно должно быть чѣмъ-то болѣе *явнымъ*, чѣмъ мотивъ, и Виндшейдъ находитъ для этого явленія другое названіе, *die erste Absicht*, стало-быть, *то, что имѣлъ въ виду* волеизъявляющій и *подъ дѣйствіемъ какихъ расчетовъ* опредѣлилась его воля. *Психически* это очень понятно. Но мы только-что показали выше, какъ и почему этотъ, быть можетъ *подлинный*, моментъ уходитъ легко за предѣлы всякой *юридической* извѣстности. На этомъ нельзя остановиться.

Въ отличіе отъ простаго мотива для этой *erste Absicht* нуженъ шагъ ближе къ *юридической извѣстности*, но не такой крупный и рѣшительный шагъ, какой мы дѣлаемъ, когда выражаемъ нашу волю *условно*, чтобы она или исполнѣ наступила, или вовсе не наступала. Виндшейдъ, чтобы приблизить эту стадію развитія, это *эмбриональное состояніе* условія къ цѣли извѣстности, чтобы *проявить* его, такъ сказать, даетъ этому явленію особое имя. Это не просто только стадія развитія условія, не его зародышъ, а нѣчто все же своеобразное, и посему назвать его слѣ-

точной осмотрительностью слушателями покойнаго профессора, кодификаторы вспомнили объ источникахъ римскаго права, старыхъ и новыхъ кодексахъ, покоящихся на этой классической основѣ, и не отвергая, что „ученые писатели обыкновенно требуютъ, чтобы событіе, коня обусловливается послѣдствія договора, было непременно *будущее*“ поставили эту проблему *на голоса*, совсѣмъ по образцу знаменитаго *Citirgesetz'a* временъ Феодосія II и Валентиніана III и *большинствомъ голосовъ* рѣшили вычеркнуть разъ навсегда призывъ *событія будущаго* изъ понятія условія для новаго кодекса, какъ подобаетъ настоящимъ респондирующимъ юрисконсультамъ (см. указ. „Объясненія“, стр. 217—220). Аргументація большинства („покупка товара *подъ условіемъ*, если онъ окажется сходнымъ съ образцами“, стр. 220) въ самомъ дѣлѣ можетъ дать творцамъ *новаго ученія* притязаніе на безсмертіе!

дуетъ особымъ терминомъ. Это, по Виндшейду, *Voraussetzung*— предположеніе. Тутъ какъ будто уже значительная мѣра извѣстности, какъ въ латинской *praesumptio*, напримѣръ. И въ этомъ смыслѣ нельзя бы не одобрить идеи Виндшейда. Нѣтъ сомнѣнія, что волеизъявленія совершаются постоянно *въ предположеніи* чего-либо. Но Виндшейдъ, къ сожалѣнію, далъ этому понятію такое широкое толкованіе, что въ область *такихъ* предположеній легко ввести и чисто внутренніе моменты процесса образованія воли (для силы сдѣлки *ничего незначащія рчи*), и чисто внѣшніе юридическіе каузальные моменты сдѣлокъ.

Заслуги Виндшейда по разработкѣ источниковъ несомнѣнны и до сихъ поръ сохраняютъ свою цѣну. Но обращаясь именно къ классической литературѣ, мы спрашиваемъ, дано ли тамъ этому любопытному явленію въ составѣ сдѣлки, которое не есть ни только мотивъ, ни внутренній необходимый для состава сдѣлки ея элементъ, ни внѣшній для нея придатокъ, каково условіе, дано ли въ источникахъ этому явленію *особое наименование*? Въ классической литературѣ для этого явленія мы находимъ общее наименование *modus* *). Если для условія нормальная грамматическая форма есть *si...*, то для *modus* это будетъ *ut...*, хотя надежнымъ для юридическаго различенія этихъ явленій этого признака назвать нельзя. Но что же это за наименованіе, имѣетъ оно ближайшее отношеніе къ содержанию, къ дѣйствию такого осложненія сдѣлки въ смыслѣ юридическомъ? Всего меньше! Оно имѣетъ массу приложений. Это *и мѣра, и способъ и предположеніе* (см. s. v. *modus* въ *Handlexikon Neumann's*, 7-е изд. Thon'a. 1891 г.). Передать сколько-нибудь точно и опредѣленно въ техничеки-юридическомъ смыслѣ этого слова совсѣмъ нельзя. Навязывать ему строго-установившейся смыслъ было бы насиліемъ. Въ этой *обширности примѣненія и незаконченности образованія* явленія именно и лежитъ характерная для него черта. И есть ли въ самомъ дѣлѣ необходимость давать каждому явленію въ составѣ сдѣлки непременно заранѣе опредѣленный юридическій чеканъ, заранѣе вырабатывать для него готовый шаблонъ? Въ этомъ ли заключается назначеніе условія и другихъ модалитетовъ въ составѣ сдѣлки? Чѣмъ больше здѣсь простора, чѣмъ гибче форма, тѣмъ удобнѣе въ неотвердѣвшихъ еще формахъ выразить любяя сочетанія въ составѣ волеизъявленія.

Нѣтъ сомнѣнія, что многіе неустановившіеся первоначально

*) De conditionibus et demonstrationibus, et causis, et modis eorum, quae in testamento scribuntur (Dig. кн. 35 тит. 1). De his quae sub modo legata (C. 6.45). De donationibus quae sub modo (тамъ же 8.54.).

элементы строенія сдѣлки современемъ отвердѣвали, входили въ ея составъ какъ существенныя, необходимыя для извѣстнаго типа признаки. Но потребности цивильнаго обмѣна никогда не находятся въ состояніи застоя, и послѣ того, какъ состояніе броженія въ извѣстной сферѣ правоотношеній прекратилось, и мы получили опредѣленные для этой сферы отношеній устойчивыя понятія и типы, состояніе того же броженія, той же неустойчивости обнимаетъ дальнѣйшую сферу отношеній. Въ этомъ несомнѣяющемъ творчествѣ насъ занимаютъ не одни только его результаты, а на ряду съ этимъ и самое движеніе, самый процессъ образованія, само неустойчивое состояніе элементовъ, ихъ броженіе...

Задача развитой юриспруденціи не въ томъ только, чтобы налагать грубыя разграничительныя линіи, печать формальной извѣстности на любыя явленія, хотя бы далеко еще не опредѣлившіяся окончательно. Мы знаемъ въ исторіи латинской системы такія сочетанія фактическихъ элементовъ строенія сдѣлки, которыя не допускаютъ дать этимъ сочетаніямъ *техническаго наименованія*, и они отличаются отъ другихъ сочетаній именно тѣмъ особымъ признакомъ, что ихъ нельзя опредѣлять ни однимъ изъ многочисленныхъ терминовъ, выработанныхъ для завершившихся въ своемъ образованіи типическихъ сдѣлокъ. Это *contractus innotinati*, всѣ вмѣстѣ не носящіе никакого технического названія, хотя построеніе ихъ въ эпоху Лабеона опредѣлилось уже настолько, что они были зачислены въ опредѣленные категоріи или типы сочетаній (*do ut des, do ut facias* и проч.), и для процессуальнаго осуществленія порождаемыхъ ими юридическихъ отношеній были разработаны соотвѣтствующія исковыя формулы (*condictiones, actiones praescriptis verbis*), образуемая изъ сопоставленія фактическихъ данныхъ. Нѣчто подобное мы наблюдаемъ и въ томъ что латинская терминологія обозначаетъ общимъ образомъ въ понятіи *modus*. Здѣсь такъ же трудно найти технической терминъ для всей области явленій, сюда принадлежащихъ, какъ и въ латинскихъ инноминатконтрактахъ. Разница въ томъ, что тамъ опредѣлялся весь *составъ двусторонней сдѣлки заново*, Это былъ цѣлый цикл новообразованій въ системѣ контрактовъ. Гдѣ идетъ рѣчь о *modus*, тамъ, какъ и въ *условіи*, къ типу сдѣлки *уже совершенно готовому*, отвердѣвшему, присоединяется нѣкоторый фактический моментъ, который не даетъ новаго типа, а лишь *видоизмѣняетъ* содержаніе и эффектъ волеизъявленія наличной сдѣлки.

Юриспруденція и здѣсь не въ правѣ ограничивать составъ

сдѣлки разъ навсегда опредѣлившимися ея очертаніями. Развитая техника должна и тутъ умѣть отмѣчать не однѣ основныя черты, но и тонкіе нюансы волеизъявленій, способные возможно ближе, вѣрнѣе отражать подлинное направленіе воли и ея изгибовъ. Гдѣ система опредѣлившихся типовъ сдѣлокъ необильна, даже скудна, какъ напр. въ нашемъ законодательствѣ, тамъ это умѣнье еще цѣннѣе, чѣмъ при богато развитой системѣ сдѣлокъ разнообразныхъ типовъ.

И такъ, особое свойство *modus'a* въ томъ, что мы присоединяемъ къ сдѣлкѣ опредѣлишагося состава такой *оттѣнокъ* волеизъявленія, который не мѣняетъ типическаго свойства сдѣлки, не дѣлаетъ ее сдѣлкой другого типа, а лишь *видоизмѣняетъ* ее въ той или другой степени, именно точнѣе опредѣляетъ направленіе, тенденцію волеизъявленія.

Покуда, стало-быть, латинскій терминъ *modus* вельзя не признать удачнымъ при всей его многозначительности. Если бы этому нюансу, *модальноту* въ составѣ волеизъявленія, желательно было дать больше силы, рѣзче, настойчивѣе его выразить, то, быть можетъ, пришлось бы преобразить эту сдѣлку въ другую, измѣнить ея основныя черты. Въ *модальнотѣ* волеизъявленія мы именно даемъ только *оттѣнокъ*, только особый изгибъ того же волеизъявленія именно вотъ въ этомъ случаѣ, у даннаго лица, въ данномъ правоотношеніи. Тутъ очень легко перейти черту должнаго, и чтобъ избѣгнуть недостаточной опредѣленности этого нюанса, излишне настоять на немъ и этимъ исказить подлинное назначеніе такихъ модальнотовъ въ составѣ сдѣлки. Нѣкоторая незаконченность тенденціи, направленія воли, въ *юридическомъ смыслѣ* будетъ, конечно, всегда имѣть свои невыгодныя стороны, но вмѣстѣ съ этимъ дастъ возможность облекать въ образъ *модальноты юридической сдѣлки* такія волеизъявленія, которыя иначе, быть можетъ, вовсе не вошли бы въ сферу юридическихъ проблемъ. Чтобъ сдѣлать болѣе осязательными эти мысли, мы освѣтимъ ихъ примѣрами.

Вы за службу получаете въ извѣстной провинціи доходный земельный участокъ. Это несомнѣнное *пожалованье*. Вся сдѣлка носить именно этотъ несомнѣнный характеръ *квалифицированнаго даренія*. Но если дареніе такихъ недвижимостей дѣлается служилымъ русскимъ людямъ въ провинціяхъ присоединенныхъ, гдѣ болѣе или менѣе слабо сознаніе связи съ центромъ, то пожалованіе такого рода обыкновенно принимаетъ специфическій видъ даренія *sub modo*, *съ тѣмъ*, *чтобы* пожалованный *вступилъ въ сословіе дворянъ той губерніи и уезда, гдѣ имѣніе находится пользовался*

предоставленнымъ имъ правомъ какъ по выборамъ, такъ и во всѣхъ другихъ отношеніяхъ, управляя имѣніемъ лично и по возможности имѣя въ ономъ свое пребываніе (т. X, ч. 1, ст. 495 и 506). Другой примѣръ. Я отказываю мою вотчину такую-то моей дочери N съ тѣмъ, чтобы она не только дала пожизненный пріютъ моимъ бывшимъ слугамъ, но и похоронила ихъ рядомъ съ могилами ихъ близкихъ. Еще примѣръ. Я дарю N мой домъ съ тѣмъ, чтобы онъ усыновилъ оставшагося сиротой моего молочнаго брата.— Или: я оставляю C моимъ единственнымъ наслѣдникомъ съ тѣмъ, чтобы онъ исходатайствовалъ присоединеніе къ своей фамиліи моей, въ которой я былъ послѣднимъ представителемъ. Наконецъ, образецъ постоянно повторяющихся въ старой практикѣ нашихъ духовныхъ грамотъ распоряженій: вотчину нашу старинную (имярекъ) отказываю такому-то монастырю на стѣнный поминъ душъ родителей моихъ, братьевъ и моей *).

Возможно представить себѣ массу такого рода приказовъ самаго разнообразнаго содержанія (съ тѣмъ, чтобы сынъ мой издалъ послѣ моей смерти сочиненія, поддерживалъ въ имѣніи, которое идетъ ему сверхъ доли братьевъ изъ состава наслѣдства, заведенную мною культуру растений, породъ скота, птицы и проч. **).

По сущности своей это всегда *только модалитетъ* волеизъявленія въ составѣ вполне опредѣленной въ юридическомъ смыслѣ сдѣлки. Нѣтъ надобности прибавлять, что, захватывая въ сферу *юридическаго* воздѣйствія задачи, иначе неподлежація этому влиянію, разбираемая форма не допускаетъ волеизъявленій характера безнравственнаго, противнаго социальному или правовому сознанию. Точно также модалитета сдѣлки *юридической* не могутъ составлять чисто-моральныя наставленія или совѣты, которыми субъектъ сдѣлки думалъ бы осложнить свое волеизъявленіе.

Наши юристы употребляютъ для опредѣленія этого явленія въ составѣ сдѣлки разныя техническія названія. Прежде всего переводный съ нѣмецкаго терминъ *возложеніе* (Auflage). Это совершенно искусственное выраженіе, которое едва ли когда способно привиться къ русской рѣчи. Весь смыслъ нѣмецкаго под-

*) См. особенно П. И. Бѣляева. Анализъ нѣкоторыхъ пунктовъ древнерусскаго завѣщанія. Москва. 1897 г., стр. 67 и слѣд., стр. 69, 70, 71, 80 и 86 (примѣч. 3). Тоже почтенный трудъ г. Руднева О духовн. завѣщ. по рус. гражд. пр. въ истор. развитіи. Кіевъ 95 г., особ. стр. 91, 117, 122, 181.

**) Въ распоряженіяхъ такого характера всегда будетъ много спорнаго. Сверхъ указан. выше писателей, особенно Виндшейда и Ленеля, см. освѣщеніе вопроса и критику ученія Виндшейда особенно у Bekker'a систем. d. heut. Pand. rechts § 118, Beil I и II, стр. 364—367 и § 119, Beil I и II, и въ указан. выше ст. Ленеля (Civ. Arch. LXXIV, стр. 225, рядъ примѣровъ).

лишника въ томъ, что модалитеты волеизъявленій указанного типа обыкновенно содержатъ *приказъ* или *наказъ* дестиватарію сдѣлки совершить что-либо, *налагаютъ на него, стало-быть, обязанность* (*уроки* въ старину; у франц. donation avec charges). Легальный терминъ есть *условіе* (ст. 976), *назначеніе* (1092), *цѣль, способъ употребленія* пожертвованнаго (1094). Нѣкоторыя изъ этихъ выраженій совершенно пригодны для опредѣленія свойства распоряженія. Но едва-ли какое изъ нихъ такъ вѣрно въ общемъ смыслѣ отгѣняетъ ту отличительную черту разсматриваемаго придатка, какъ латинское—*modus*, ибо въ немъ видна та существенная для юридической природы этого именно придатка черта, что *основное волеизъявленіе въ составъ сдѣлки остается тѣмъ же*, какимъ было, лишь съ нѣкоторымъ модалитетомъ, съ нѣкоторымъ нюансомъ въ цѣляхъ, въ направленіи его для даннаго случая. Найти въ нашемъ обиходѣ терминъ въ такомъ же опредѣленномъ и общемъ примѣненіи едва-ли возможно, потому въ особенности, что характерный латинскій терминъ выработали въ виду твердо установившихся типовъ сдѣлокъ съ ихъ точно опредѣленнымъ каузальнымъ составомъ, съ одной стороны, и технически выработаннымъ понятіемъ *условія*—съ другой, чего въ нашей системѣ нельзя найти *).

Чтобъ установить собственно юридическую природу этого явленія въ отличіе отъ другихъ подобныхъ или близкихъ, надо имѣть въ виду слѣдующіе моменты:

1. Модалитеты волеизъявленій вводятся обыкновенно въ составъ сдѣлокъ дарственныхъ, особенно *даренія и legata*. Здѣсь собственно выработалось своеобразное значеніе этого вида придатковъ къ волеизъявленію, хотя нѣтъ ничего невозможнаго въ присоединеніи ихъ и къ другому рода сдѣлкамъ.

2. Указанная связь такъ называемыхъ наказовъ или возложеній со сдѣлками дарственными потому *нормальна*, что *обязывающая сила* такого модалитета заключается главнымъ образомъ въ *дарственномъ характеръ основного волеизъявленія*, въ предоставленіи одаряемому всѣхъ средствъ выполнить связанный съ дареніемъ паказъ или урокъ.

3. Содержаніе наказа составляетъ обыкновенно со стороны пріемлющаго даръ какое-либо *дѣйствіе*, совершеніе котораго ста-

*) Названіе *условія* употребляется у насъ въ самомъ разнообразномъ примѣненіи, и необходимыхъ составныхъ частей сдѣлки, и произвольныхъ къ ней присоединяемыхъ осложненій, иногда очень близко къ модалитету волеизъявленія, чаще для обозначенія самой сдѣлки, взамѣнъ слова *актъ* (см. т. X ч. 1 ст. 937—939, 1464, 1540 и особенно Гожева и Цвѣткова. Указатель с. v. Условіе).

новится для него обязательнымъ съ того времени, какъ онъ началъ пользоваться выгодной стороной сдѣлки.

4. Выполненіе наказа или урока *не составляетъ эквивалента* выгоды, которая приобрѣтаетъ дестинатарь, ибо тогда вся сдѣлка легко переходила бы въ другой типъ, не дарственного, а возмезднаго характера, съ несравненно болѣе надежнымъ по свойству принудительности, *юридическаго* напряженія, эффектомъ, въ куплю-продажу, наемъ, безыменный контрактъ и проч.

5. Самое содержаніе наказа можетъ не имѣть никакой рыночной цѣны и представлять собою простой актъ пietetа, уваженія къ личности, къ памяти волеизъявляющаго, подобно встрѣчающемуся въ классическихъ источникахъ потестативному условію, носящему характеръ простой покорности волѣ завѣщателя (*ut testamento pareatur v. Vangerow Lehrb., II § 435*; лишь бы это не были такъ назыв. *puda praescripta* см. выше Рудневъ, стр. 91).

6. Наказъ можетъ носить характеръ близкаго къ условію осложненія состава сдѣлки. Модальность волеизъявленія имѣетъ нѣкоторыя черты сходства въ условіемъ потестативнымъ, когда такое условіе суспендируетъ эффектъ волеизъявленія. При такомъ составѣ условія субъектъ сдѣлки, очевидно, тоже имѣетъ въ виду *побудить дестинатара* къ совершенію извѣстнаго дѣйствія, къ выполненію его наказа или урока. Это тоже какъ бы *предположеніе* (по Виндшейду) волеизъявленія, ненаступление коего лишаетъ сдѣлку ея эффекта. Разница, однако, видна *въ меньшей степени принудительности*, юридическаго напряженія, при модальности, чѣмъ при суспензивномъ условіи. При суспензивномъ условіи дестинатарь сдѣлки находится *въ ожиданіи*, покуда не совершитъ своего урока по наказу волеизъявляющаго. При модальности ему сдѣланы впередъ всѣ авансы. Онъ уже принялъ дареніе, пользуется легированнымъ имуществомъ. Не онъ ждетъ наступленія эффекта сдѣлки, а *отъ него ждутъ* выполнения наказа. Виндшейдъ былъ вправѣ сказать, что здѣсь неразвившееся условіе въ томъ точномъ смыслѣ, что присоединенный къ составу сдѣлки *modus* далеко не столь *интензивно* вліяетъ на эффектъ сдѣлки, какъ подлинное суспензивно-потестативное условіе и какъ условіе вообще.

Въ виду этого будетъ вполне правильно къ спорнымъ случаямъ, гдѣ неясно, какой характеръ должно имѣть волеизъявленіе, условнаго, или сдѣланнаго *sub modo*, примѣнять общій принципъ *in rebus dubiis* въ пользу меньшаго, т.-е. въ пользу простого модальитета, а не условности сдѣлки (*in dubiis benigniora praeferenda sunt. L. 55 de R. I.*)

7. Можетъ казаться страннымъ, что лицо, желая достигнуть цѣли, прибѣгаетъ не къ тому средству, которое всего вѣрнѣе приведетъ къ ней, а къ другому, *менѣе надежному*. Даритель или завѣщатель *sub modo* не только побуждаетъ къ выполнению своего наказа, но даетъ всѣ средства для этой цѣли, и вмѣсто повелительнаго отношенія къ дестинатару ставить себя скорѣе въ отношеніе прекарное, съ оттѣнкомъ довѣрчивости, разсчета, прежде всего, на его добрую волю. Чѣмъ это объяснить? Это объясняется, несомнѣнно, тѣмъ кругомъ интересовъ, на огражденіе коихъ разсчитана эта форма волеизъявленія и этотъ составъ сдѣлокъ. *Нельзя и нежелательно вынуждать юридическими средствами патристическаго настроенія, религиозныхъ чувствъ, уваженія къ памяти умершаго, любви къ дѣлу, предпримчивости, которыя необходимы, чтобъ побудить къ выполнению наказовъ, взятыхъ нами выше въ примѣръ для освѣщенія особаго характера распоряженій, не входящихъ въ составъ сдѣлки, не дѣлающихъ ее условною и образующихъ только модалитетъ волеизъявленія.*

8. Составляетъ ли, однако, эта форма волеизъявленія *sub modo* *безсильный въ юридическомъ смыслѣ придатокъ* сдѣлки, *ничего*, въ смыслѣ права, *незначащія рчи*, или заинтересованный даритель, наследникъ, третья лица, для коихъ безразлично выполнение или невыполнение *наказа*, могутъ настаивать на выполнении обязательнаго для дестинатара дѣянія, возложеннаго на него этимъ наказомъ?

Далеко не всегда нарушение закона или невыполненіе обязательства влечетъ за собою необходимо ничтожество всей сдѣлки. Однако, нормально, недобросовѣстная эксплуатація чужого довѣрія влечетъ за собою хотя менѣе рѣшительно, но все же юридическія понудительныя послѣдствія, цѣль коихъ настоятъ на выполнении принятаго на себя, цѣною явныхъ выгодъ, обязательства. Основаніемъ такого требованія для заинтересованнаго будетъ служить *недобросовѣстность* въ исполненіи принятаго на себя обязательства, а критеріемъ для опредѣленія послѣдствій такой недобросовѣстности судомъ будетъ если не строгое право, то начала справедливости. Въ случаѣ, который мы здѣсь разбираемъ, есть нѣкоторая *аналогія съ обратнымъ требованіемъ даренія* въ виду неблагодарности принявшаго даръ.

Утверждать, что во всѣхъ случаяхъ невыполненія наказа должно имѣть мѣсто требованіе возврата всего дара или всѣхъ выгодъ, предоставленныхъ основной сдѣлкой, за невыполненіе какого-либо модалитета въ волеизъявленіи, было бы ошибкой. Въ вопросахъ такого неустойчиваго характера, какъ разсматриваемый нами

здѣсь, не можетъ быть ничего фальшивѣе примѣненія одной мѣрки, одного шаблона къ любымъ комбинаціямъ. Въ этомъ смыслѣ мы и указываемъ для выхода изъ осложненій необходимость всякій разъ индивидуальнаго изслѣдованія случая, отношеній лицъ, отношеній модалитета къ главной сдѣлкѣ, словомъ, примѣнительности, что мы и выражаемъ въ нашемъ *требованіи начала справедливости, а не строгаго права*, какъ мѣрила для опредѣленія послѣдствій невыполненія наказа въ составѣ безмездной сдѣлки.

Новый нѣмецкій кодексъ знаетъ понятіе Auflage только въ составѣ дарственныхъ сдѣлокъ между живыми (art. 525) и въ распоряженіяхъ на случай смерти (art. 1940 и рядъ другихъ).

Наше законодательство подходитъ очень близко къ вопросу въ двухъ статьяхъ о дареніи. Ст. 976 постановляетъ: если даръ учиненъ подъ условіемъ, и условіе со стороны получившаго даръ не исполнено, то даръ возвращается. Едва ли было бы правильно толковать здѣсь условіе въ узко-техническомъ смыслѣ, строго отличномъ отъ возложенія или уроча. Въ отдѣльныхъ случаяхъ волеизъявленій въ нашей практикѣ навѣрное нѣтъ никакой возможности дать *условію* тотъ именно точный смыслъ, какой даютъ ему нывѣшніе нѣмецкіе пандектисты и какого оно не всегда имѣло даже въ латинскихъ источникахъ. А въ такомъ случаѣ, конечно, невыполненіе *условія* и его послѣдствія могутъ быть примѣнены и къ невыполненію того, что мы называемъ урокомъ или возложеніемъ (ср. особенно по Гаугеру указанія на кассац. практику). Ст. 974 сверхъ того допускаетъ требованіе возврата даренія, когда одаренный *вообще* окажетъ *непочтеніе* дарителю. Связанныя съ актами завѣщательными весьма обычныя въ нашей практикѣ возложенія мы пытались выше освѣтить историческими примѣрами (см. указанія на работы П. И. Бѣляева), и едва ли было бы правильно темерепною практикою завѣщаній ограничить одними *условными* волеизъявленіями, отнюдь не допуская въ ихъ составѣ иныхъ модалитетовъ волеизъявленія.

Натурально, для примѣненія начала справедливости къ разсматриваемымъ проблемамъ было бы далеко недостаточно повсюду практиковать только возвратъ дареній *sub modo*, а не иныя, болѣе подходящія къ случаю средства воздѣйствія на недобросовѣстнаго пріобрѣтателя, чтобы понудить къ выполненію имъ *назначеній* (стр. 1096), *возложеній, наказовъ, уроковъ*, добровольно имъ на себя принятыхъ *).

*) Виднейшій § 99. См. на ряду съ этимъ очень цѣнныя положенія Нѣм. Гр. Улож. въ ст. 525, 1940, особ. 2193—2195.

2) *Другой вопрос* *), подлежащій здѣсь же нашему разсмотрѣнію, касается природы сдѣлки, *матеріальной или абстрактной*. Мы уже отчасти коснулись выше (стр. 702, 703) этого любопытнаго различія ихъ стилей. Но не установивъ предварительно, съ возможной въ краткомъ очеркѣ точностью, понятія *юридической каузальности* въ составѣ сдѣлки, намъ было трудно ближе подойти къ указанному различію ихъ строенія. Мы знаемъ теперь, что *выраженная въ составѣ сдѣлки основа или цель* волеизъявленія очевиднымъ образомъ опредѣляетъ ея типическій характеръ, ея постоянное, неизмѣнное *юридическое* содержаніе. Это будетъ одна изъ многочисленныхъ именованныхъ сдѣлокъ или это будетъ вполне опредѣлившееся каузальное сочетаніе безъ ходячаго общепринятаго наименованія. Общее свойство тѣхъ и другихъ сдѣлокъ будетъ заключаться въ томъ, что ихъ строеніе есть *неизмѣнное, постоянное, точнѣе, матеріально* характеризованное. Это будетъ купля, дареніе, уплата, заемъ и проч. Такой постоянный характеръ допускаетъ лишь незначительныя колебанія и приближенія къ особымъ намѣреніямъ сторонъ для даннаго случая въ видѣ условія, срока и проч. Это шагъ ближе къ дѣйствительному, фактическому содержанію воли въ составѣ сдѣлки.

Практика юридическая, на ряду съ этимъ *приближеніемъ* строенія сдѣлки матеріальнаго характера къ дѣйствительному содержанію воли, знаетъ совершенно противоположный приемъ строенія сдѣлокъ, и это будетъ, именно, возможное *удаленіе* состава сдѣлки не только отъ естественной причинности волеизъявленія, но *даже отъ тѣхъ видовъ выраженной въ составѣ сдѣлки юридической каузальности, о коихъ мы до сего говорили*.

Если мы называемъ сдѣлку купли, уплаты, займа *матеріально определенной*, то, натурально, сдѣлку, въ которой воля не поставлена въ связь съ опредѣленной матеріально причиной или цѣлью, мы правильно обозначимъ этимъ отрицательнымъ признакомъ *отрѣшенности, абстрактности* ея состава отъ какой-либо выраженной въ немъ матеріальной причины или цѣли.

Нѣтъ сомнѣній, что первая категорія сдѣлокъ есть по внутреннему ея составу, по выраженному въ ней содержанію воли болѣе близкая къ дѣйствительности, въ этомъ смыслѣ *болѣе естественная*; вторая — болѣе далекая отъ дѣйствительности, болѣе *искусственная, формальная*.

Это противоположеніе состава волеизъявленія встрѣчается не въ однѣхъ сдѣлкахъ, но и въ законѣ, напр., гдѣ тоже въ составѣ

*) См. выше стр. 697.

нормы можетъ быть болѣе или менѣе выражена или ясно чувствоваться связь, положимъ, запрещенія съ его мотивомъ или съ его цѣлью; но эта связь можетъ быть и совершенно скрыта. Въ послѣднемъ случаѣ это *формальный* запретъ съ указанными, быть можетъ, для нарушителя послѣдствіями, но безъ указанія какихъ-либо соображеній и расчетовъ, руководившихъ волею законодателя. Подъ страхомъ штрафа воспрещается движеніе по такимъ-то мѣстамъ, ношеніе такихъ-то знаковъ... Насъ здѣсь интересуютъ только *сдѣлки*.

По отношенію къ этому различію состава сдѣлокъ и стилю ихъ конструкціи французскій кодексъ ставитъ категорическія положенія, какъ будто вполне опредѣляющія существо дѣла. Обязательство, не имѣющее никакой каузальной основы (*sans cause*), или построенное на ложномъ или противномъ закону основаніи, неспособно произвести никакого дѣйствія (art. 1131). *Сила соглашенія (convention) не умаляется, хотя бы каузальная его основа осталась невыраженною. La convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée* (1132). Все дѣло, однако, въ томъ, какъ истолковать это положеніе для природы и построенія юридической сдѣлки *).

Французское право широко примѣняетъ абстрактную методу построенія сдѣлокъ за предѣлами однихъ имущественныхъ договоровъ. Возьмемъ для примѣра разводъ (*divorce*). Code Napoléon знаетъ двѣ категоріи основаній развода (*causes du divorce*). Одну составляли такъ называемыя *causes déterminées* (*adultère, excès, sévices, injures graves, condamnation à une peine afflictive et infamante*); другую категорію составляли тоже, несомнѣнно, существующія, но скрытыя, *не выраженные*, не прецизироваанныя основанія, извѣстность коихъ замѣняетъ взаимное *формально выраженное и неизмѣнное* (*mutuel et persévérant* — неизмѣнность опредѣляется тоже вышнимъ критеріемъ) *соглашеніе развестись*. Очевидно, въ послѣдней категоріи мы имѣемъ сдѣлку стрѣшпаго, абстрактнаго характера, съ *невыраженнымъ каузальнымъ моментомъ*. Насъ интересуетъ здѣсь не эта метода построенія сдѣлокъ любого содержанія, а именно *сдѣлокъ имущественныхъ*. — Вопросъ очень далекъ отъ того, чтобы быть безспорнымъ. Мы

* По этому вопросу краткія указанія см. у Crome Allgemeiner Theil d. modern. französis. Privatrechtswissenschaft. 1892, § 31, тамъ же указ. франц. литер.; особ. Laurent Principe т. XV (№ 450 и слѣд.), XVI (№ 106, 157, 160, Zachariae (Dreyer) II стр. 455, Aubry-Rau IV, стр. 320, Demolombe 24 № 344 и слѣд. Saleilles, De la déclaration de volonté, сопоставляетъ нѣмецкую и французскую доктрину о каузальномъ моментѣ сдѣлки въ связи съ ученіемъ о недействительности сдѣлки и о кондикціи. Эти сопоставленія особенно для насъ цѣнны, и мы дальше на нихъ остановимъ вниманіе.

разсмотримъ впередъ понятіе абстрактной сдѣлки какъ оно опредѣлилось въ классической системѣ и разработано современными нѣмецкими пандектистами, чтобы поставить затѣмъ на очередь и толкованіе art. 1132 С. с.

Латинская система знаетъ рядъ сдѣлокъ этого рода, договорно-вещнаго и договорно-обязательственнаго характера. Сюда подойдетъ не только *traditio* и *stipulatio*, но еще рядъ другихъ сдѣлокъ, старый *nexum*, *mancipatio*, литеральные контракты. *Ihering* въ своемъ *Geist*'ѣ разсматриваетъ абстрактное строеніе юридическаго акта съ общей точки зрѣнія *метода упрощенія фактическаго состава юридическихъ построеній* вообще, и въ небольшомъ, но изумительномъ по талантливости очеркѣ, разрѣшаетъ цѣлую массу трудныхъ проблемъ не только въ области гражданскаго, но и въ области публичнаго права, не только въ общихъ приемахъ построенія юридическихъ актовъ, но и юридическихъ отношеній и цѣлыхъ юридическихъ институтовъ, каково, напр., понятіе юридическаго лица.

Мы не послѣдуемъ за нимъ въ эту область общихъ проблемъ юридической методологіи, юридическаго формализма въ особенности, на которой мы имѣли случай не разъ останавливаться въ различныхъ частяхъ нашего курса. Если задача изученія *юридическихъ абстракцій* можетъ быть сведена, съ одной стороны, къ такимъ *общимъ* вопросамъ метода, то, съ другой, она уясняется детально и вполне лишь въ примѣненіи къ *отдельнымъ* институтамъ, въ особенности *гражданскимъ институтамъ имущественнаго обмѣна*, въ обиліи и разнообразіи коихъ только и возможно болѣе или менѣе близко освоиться со всеми трудностями этой задачи.

Въ этихъ предѣлахъ мы и будемъ разсматривать это явленіе въ дальнѣйшемъ изложеніи.

§ 53.

III. Содержаніе юридической сдѣлки (продолженіе).—Сдѣлки абстрактныя или формальныя въ особенности.—Разнообразные виды и общія черты строенія.—Разныя степени отрѣшенности сдѣлки отъ каузальнаго момента.—Выгоды и опасности такихъ построеній.—Предназначенное разобщеніе нормальныхъ реkvизитовъ волеизъявленія въ сдѣлкахъ *материальныхъ* (сдѣлки фидуціарныя, симулированныя и проч.).

Современное право, говорятъ намъ нѣмецкіе пандектисты, не редицировало латинской стипуляціи. Это справедливо *). Но

*) Въ юстиціальной кодификаціи далеко и не легко, особенно безъ историко-критическаго метода, возстановить подлинный стиль стараго вербальнаго контракта и тоже еще труднѣе по отношенію къ контрактамъ литеральнымъ.

было бы совершенно ошибочно заключать отсюда, что въ современномъ правѣ нѣтъ цѣлаго ряда понятій и сдѣлокъ, по особенностямъ своего строенія, по своему стилю, вполне соответствующихъ существеннѣйшимъ особенностямъ латинскихъ абстрактныхъ обязательствъ. Скажемъ болѣе. Несмотря на отсутствіе рецепціи вербальнаго контракта, стипуляція, ея разнообразныя функціи въ латинскомъ обмѣнѣ, акцентилациа, служатъ до сихъ поръ и еще долго будутъ служить исходнымъ, правда, только исходнымъ, а не исчерпывающимъ, моментомъ для изученія разнообразныхъ явленій теперешняго права.

На ряду съ латинской стипуляціей надлежитъ, въ смыслѣ общаго изученія явленій абстрактныхъ сдѣлокъ, поставить традицію *), которая сохранила во многомъ свои подлинныя черты и въ современномъ примѣненіи къ операціямъ договорно-вещнаго характера.

Выше мы имѣли случай указать, что элементы внутренняго формализма особенно обильны въ строеніи сдѣлокъ торговаго права (см. выше).

Въ кругу этихъ сдѣлокъ первое мѣсто принадлежитъ несомнѣнно векселю, въ строеніи и функціяхъ котораго легко указать цѣлый рядъ операцій, въ основѣ коихъ лежатъ абстрактныя волеизъявленія. Вексель рано развился и приобрѣлъ колоссальное примѣненіе въ торговомъ мірѣ совершенно независимо отъ теоретическаго изученія особенностей его природы, прямо подъ влияніемъ торговой практики. Уже въ первой половинѣ истекшаго столѣтія онъ сталъ предметомъ постояннаго изученія нѣмецкихъ ученыхъ юристовъ, частью въ связи съ латинской стипуляціей, частью независимо отъ этого прототипа абстрактнаго договора, во всѣхъ особенностяхъ опредѣляющихъ его специфическую юридическую природу **).

Примѣненіе абстрактныхъ сдѣлокъ вовео, однако, не ограничивалось одною областью *торговыхъ* операцій.

Въ области *права общаго*, въ договорныхъ сдѣлкахъ съ вещнымъ эффектомъ въ особенности, давно отмѣчена *традиція*, по нѣкоторымъ чертамъ своего строенія и по эффекту своему во многомъ родственная стипуляціи. Въ разработкѣ вопроса объ абстрактной сдѣлкѣ и это ученіе играетъ нынѣ весьма видную роль ***).

*) Для традиціи въ современномъ франц. правѣ см. указан. выше сочнн. Crome, стр. 301.

***) Труды Einert'a Liebe, Beseler'a, Thöl'я, Кунце, Штоббе и друг.

***) По исторіи рецепціи и обширной controverzanой литературѣ особенно Hoffmann, die Lehre v. titulus и modus acquirendi 73 г. Очень цѣнная работа по догмѣ Exner'a. О томъ и другомъ подробно въ своей мбстѣ.

Но ни на какомъ явленіи вопросъ о подлинной природѣ абстрактнаго обязательства не подвергался такому тщательному, всестороннему и глубокому изученію, какъ на *договоръ признанія, служащемъ основою обязательства*. Знаменитый трактатъ по этому предмету *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* 67 г. (2-ое изд., 1-ое въ 55 г., 3-ье изд. 1894 г.), принадлежащій первоклассному германскому юрисконсульту, ученому и практику, Отгону Бэру, продолжаетъ и нынѣ, почти полвѣка послѣ первой его публикаціи, служить центральнымъ пунктомъ изученія и контроверзь по всѣмъ главнѣйшимъ вопросамъ строенія абстрактныхъ обязательствъ въ современномъ правѣ. Во многомъ взгляды О. Бэра остаются доминирующими, несмотря на массу сомнѣній, возраженій и споровъ, которые ими были вызваны. Никакого цѣльнаго ученія, которое способно было бы вытѣснить основоположенія ученія Бэра, мы пока не имѣемъ, и масса контроверзь развивается больше въ виду *частныхъ приложений* основъ этого ученія къ отдѣльнымъ явленіямъ абстрактныхъ сдѣлокъ, чѣмъ по поводу общихъ положеній, имъ выработанныхъ *).

Здѣсь опять детальное изученіе вопроса для русскихъ читателей, не владѣющихъ нѣмецкимъ языкомъ, стало возможно лишь послѣ появленія указанной выше работы г. Кривцова **). Самъ Кривцовъ все время полемизируетъ съ Бэромъ, но, какъ кажется, тоже сворѣе въ виду частныхъ проявленій и примѣненія абстрактнаго строенія сдѣлокъ къ отдѣльнымъ институтамъ, договору признанія, расчетной сдѣлкѣ, делегаціи, разнымъ ея видамъ, а не общихъ основъ его ученія.

Въ частности возможны поправки воззрѣній О. Бэра; но въ общей постановкѣ изученія явленій абстрактнаго обязательства нельзя найти ни въ какой литературѣ ничего болѣе законченнаго и исчерпывающаго, чѣмъ это общее ученіе, творцомъ котораго является Отгонъ Бэръ. Отдѣльныя поправки его ученія дѣлались

*) Есть, однако, противники и всей конструкціи Бэра. Я указывалъ на это частью въ моей работѣ о стипуляціи (см. выше). Теперь слѣдуетъ имѣть еще въ виду общій трактатъ Hasenöhrl'я, австрійскаго юриста, *Das oesterreichische Obligationenrecht. Erster B. (2-e Aufl.) 1892. § 37*. Также указ. выше работу Кривцова и привод. имъ работу Kindel'я *Das Rechtsgeschäft in sein Rechtsgrund. Berlin. 92 г.*

**) Вообще сдѣлать яснымъ отношенія разныхъ писателей къ Бэру можно только при детальномъ изученіи дѣла. Мы этого здѣсь не имѣемъ въ виду. Къ числу неудобствъ, которыя читатель найдетъ при пользованіи почтеннымъ трудомъ Кривцова, слѣдуетъ отнести иногда обильныя тирады прямо нѣмецкаго текста, безъ перевода на русскій. Это хорошо въ дѣлахъ точности передачи, иногда это неизбежно; но все же для русскаго читателя большое неудобство. Нерѣдко и русскій языкъ почтеннаго автора слишкомъ далекъ отъ желательной чистоты.

уже и будутъ еще дѣлаться; основы его несомнѣнно останутся надолго непоколебимыми.

Чтобы точнѣе выразить нашу мысль, мы позволимъ себѣ замѣтить слѣдующее. Мы видѣли выше, что сдѣлки съ установившимся, въ матеріальномъ смыслѣ, каузальнымъ составомъ могутъ быть, съ помощью различныхъ внѣшнихъ придатковъ къ волеизъявленію (условіе, *modus*), еще больше приближаемы къ *дѣйствительнымъ видамъ* (*erste Absicht* Виндшейда) сторонъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Отъ установившагося общаго типическаго матеріальнаго состава сдѣлки мы, такимъ образомъ, по ступенямъ, такъ сказать, спускаемся къ еще болѣе полной материализаціи данной сдѣлки, къ ея ближайшей, тѣснѣйшей индивидуализаціи въ каждомъ данномъ случаѣ.

Но совершенно такую же *сдѣлку* легко наблюдать и въ обратномъ направленіи. Начиная отъ простой абстракціи состава сдѣлки отъ каузальныхъ ея моментовъ, мы можемъ и всѣ другіе элементы ея строенія (объектъ, обѣщанную по существующему курсу сумму; кругъ лицъ, болѣе или менѣе широкій) тоже, какъ бы по ступенямъ, отрѣшати все болѣе и болѣе отъ всего, что ее и въ этомъ смыслѣ локализируетъ и связываетъ съ опредѣленнымъ кругомъ лицъ или вещей, возвышая ее до вполне отрѣшеннаго и отъ извѣстнаго круга вещей (какой нуженъ въ традиціи) и отъ извѣстнаго круга лицъ абстрактнаго обѣщанія извѣстной суммы, и только, для круга лицъ, тоже болѣе или менѣе легко измѣнчиваго.

Въ этихъ послѣднихъ стадіяхъ возвышенія, на крайнихъ ступеняхъ абстракціи, сдѣлка несомнѣнно будетъ все же носить тождественный характеръ съ явленіями простой отрѣшенности строенія ея отъ каузальныхъ моментовъ. Изъ этого круга явленій, разныхъ, такъ сказать, зоновъ, легко черпать возраженія, не только противъ конструкціи Бэра, но противъ любыхъ попытокъ опредѣлять основныя особенности абстрактной сдѣлки вообще. Но такой приѣмъ едва-ли будетъ правильнымъ. Обобщенія имѣютъ свою цѣну, и они вовсе не исключаютъ необходимости и достоинства изученія явленія того же типа со всѣми деталями и неизбежными отклоненіями отъ основныхъ линій въ частностяхъ.

Насколько эти частности могутъ видоизмѣнять природу отдѣльных видовъ абстрактной сдѣлки,—это не трудно освѣтить примѣрами. Такимъ образомъ, вексель, который по своей конструкціи несомнѣнно долженъ быть причисленъ къ высшимъ типамъ абстрактныхъ построеній, вовсе *неспособенъ* *принять въ свой составъ каузальный моментъ*. Вексель съ этимъ придаткомъ перестанетъ быть векселемъ. Напротивъ, традиція и стипуляція *факультативна*

тивно допускаютъ въ своемъ составѣ именно каузальный моментъ. Такія эвентуальныя уклоненія отдѣльныхъ видовъ отъ типическихъ для цѣлой группы признаковъ служатъ нерѣдко источникомъ недоразумѣній.

Слѣдуетъ замѣтить, что нѣкоторые нѣмецкіе писатели допускаютъ абстрактныя сдѣлки въ сферѣ торговаго права и оспариваютъ ихъ примѣнимость для *права общаго* *). Этотъ вопросъ имѣетъ совершенно локальный интересъ, но тоже очень содѣйствуетъ развитію недоразумѣній при изученіи дѣла по существу.

Для самихъ нѣмцевъ изученіе абстрактнаго обязательства только для территоріи дѣйствія рецелированного (римскаго) права теряетъ съ каждымъ днемъ свой смыслъ, ибо на мѣсто латинскаго права нынѣ вступаетъ въ дѣйствіе національный кодексъ. Съ другой стороны, и прежняя межа, отдѣлявшая нѣкогда сферу примѣненія общихъ институтовъ гражданскаго права отъ институтовъ права торговаго, тоже отходитъ въ прошлое.

Мѣсто этихъ только формальныхъ трудностей въ вопросѣ объ абстрактныхъ обязательствахъ занимаютъ нынѣ другія, касающіяся самаго существа дѣла.

И такъ, прежде всего спрашиваютъ, на чемъ можетъ держаться сила договора, въ которомъ не видно матеріальнаго основанія принятаго на себя промиттентомъ обязательства? Эта проблема чисто-юридическая, стоящая даже выше задачъ исключительно практическихъ, въ этомъ смыслѣ чисто-научная или философская **). Съ ней связаны не локальные только интересы, а общіе, такъ какъ и *для насъ* вопросъ о силѣ абстрактныхъ обязательствъ и объ основаніи этой силы связанъ тоже не съ одними торговыми сдѣлками, и самыя торговыя сдѣлки не составляютъ

*) Къ этому вопросу мы будемъ имѣть случай вернуться еще разъ позже. То, что утверждали нѣмецкіе юристы для своего *общаго права* до послѣдняго времени, можно было принять за безспорное, допуская, натурально, въ принципѣ, что *рецилированное* право должно навсегда быть тѣмъ, каковыя оно опредѣлилось въ юстиниановой кодификаціи и въ итальянской рецеліи. Послѣднее принимали, однако, не все нѣмецкіе юристы; прежде всего, въ разсматриваемомъ вопросѣ не принималъ этого исключительно формальнаго критерія О. Бэръ. Рецилированное право тоже подлежитъ развитію, какъ всякое другое. Писателямъ прогрессивнаго лагеря совершенно основательно въ этомъ смыслѣ приписываютъ *дальнѣйшее творчество* въ сферѣ гражданскихъ институтовъ, въ чемъ они и являются настоящими продолжателями латинскаго творческаго юридическаго гения. Впереди весьма многихъ другихъ въ этомъ направленіи шелъ до конца своей славной дѣятельности О. Бэръ.—Что касается именно абстрактныхъ обязательствъ, мы видимъ ихъ широкое развитіе въ сферѣ институтовъ нѣмецкаго торговаго права и частью въ ландрехтахъ (о чемъ позже), и только въ области *права общаго* они должны были оставаться такъ же мало развитыми, какъ въ кодификаціи Юстиніана.—Насъ эта формальная сторона дѣла мало интересуетъ, но ея несомнѣнно весьма часто объясняются контроверзы нѣмецкихъ юристовъ и по самому существу вопроса.

***) Виндшейдъ, Пандекты § 318, пр. 3.

нынѣ и у насъ исключительнаго интереса торговаго класса, какъ и на западѣ *).

Какія же трудности встрѣчаются въ проблемѣ общей теоретической конструціи института?

Мы имѣемъ здѣсь очевидно дѣло съ существенной модификаціей нормальнаго состава или содержанія сдѣлки, въ которой выражено близкое къ подлиннымъ матеріальнымъ расчетамъ сторонъ отношеніе ея каузальныхъ моментовъ (продаю вещь, обязуюсь уплатить цѣну; уплачиваю, погашаю долгъ; даю въ займы, приобретаю обязательство на ту же сумму). Эта модификація заключается въ томъ, что, общая кредиторы уплату суммы (стипуляція у римлянъ, простое обѣщаніе суммы у насъ), или заявляя, что получилъ удовлетвореніе (акцепталація у римлянъ, долговая росписка у насъ), я не указываю при этомъ матеріальнаго основанія принятаго мною на себя обязательства или послѣдовавшаго мнѣ платежа. При этомъ я принимаю на себя обязательство или освобождаю отъ долговаго обязательства не съ цѣлью обогатить дестинатара сдѣлки. Это чисто дѣловая имущественно-обязательственная сдѣлка или операція, которой объективныя нормы присваиваютъ такую же юридическую силу, какъ и другимъ сдѣлкамъ съ отчетливо въ ихъ составѣ выраженнымъ матеріальнымъ каузальнымъ моментомъ.

Въ виду этого отступленія отъ *нормальнаго* строенія юридической сдѣлки съ *видными въ ней каузальными сочетаніями*, рядъ писателей нѣмцевъ находятъ, что сдѣлка безъ матеріальнаго каузальнаго момента представляетъ собою нѣчто *психически* невозможное. Воля, говорятъ они, никогда не является безпричинною, самодовлѣющею потенціей. *Естественный ея процессъ* есть всегда каузальный, въ смыслѣ причины или цѣли, которая вызываетъ ея дѣятельное состояніе. Это вѣрно!—Существованіе такой *causa* необходимо *предполагается* не только въ матеріальныхъ, но совершенно такъ же и въ *формальныхъ*, абстрактныхъ сдѣлкахъ. Если бы ея въ данномъ случаѣ не было, то *порокъ воли*, принужденіе, ошибка, обманъ, неразумность волеизъявленія должны быть доказаны заинтересованнымъ, и сдѣлка можетъ быть инвалидирована.

*) Т. X ч. I не даетъ никакого повода разсматривать особую категорію абстрактныхъ сдѣлокъ или абстрактныхъ договоровъ по крайней отсталости его техники отъ современныхъ нашему Своду западныхъ кодификацій. Но было бы несправедливо, въ виду выше нами указаго, соображеній, приписывать нашему законодателю намѣреніе стѣснять развитіе договорныхъ формъ тамъ, гдѣ для этого нѣтъ никакихъ предусмотрѣнныхъ закономъ опасностей (ср. ст. 1528—1530). Успѣхъ самаго законодательства нашего въ этомъ направленіи обнаруживается не въ общихъ руководящихъ цивильныхъ нормахъ, а въ частныхъ законодательныхъ актахъ, видныхъ особенно въ уставахъ кредитныхъ, въ учрежденіяхъ новыхъ формъ товарищескихъ союзовъ и въ операціяхъ банковыхъ разнаго типа.

Вся разница обѣихъ категорій сдѣлокъ ограничивается тѣмъ, что паличное основаніе или цѣль (*causa efficiens* или *causa finalis*) остается для одной ихъ категоріи въ той же фазѣ развитія, въ какой нормально находятся въ любыхъ сдѣлкахъ *субъективные каузальные моменты*, несомнѣнно всегда и вездѣ существующіе. Я приобретаю, чтобы разбогатѣть, чтобы раскрыть слѣды преступленія, чтобы захватить рынки (см. выше). Эти каузальные (психическіе) моменты существуютъ несомнѣнно, но ихъ *нѣтъ въ составѣ* сдѣлки, они въ ней *не выражены*. Чтобы точнѣе выдѣлить ихъ смыслъ и значеніе полезно отличать *субъективный* ихъ характеръ терминомъ *мотива* волеизъявленія, причѣмъ причину или цѣль, опредѣляющую именно составъ сдѣлки, технически слѣдуетъ отличать терминомъ *causa*, каузальный моментъ, который имѣетъ для силы сдѣлки *объективное* значеніе. Тоже иногда обозначаютъ терминами *causa naturalis*—мотивъ, *causa civilis*—юридическій каузальный моментъ сдѣлки. Сила сдѣлки поставлена внѣ зависимости отъ субъективныхъ моментовъ. Эта сдѣлка будетъ *куплей*, какія бы ни были мои побужденія или мотивы для этой операціи!

Но, .. мы можемъ ровно ту-же абстракцію отъ налично существующихъ и несомнѣнныхъ каузальныхъ моментовъ провести и дальше. Я *обещаю уплатить вамъ такую то сумму въ такой срокъ* (*reines, einfaches, formelles Summenversprechen*). Я признаю себя *должнымъ С 1000 франк.* (договоръ признанія, *Anerkennungsvertrag*). Здѣсь абстракція сдѣлана не отъ тѣхъ или другихъ *психическихъ* побужденій, а еще *сверхъ того и отъ юридической каузальности*, въ связи съ коею нормально возникаютъ такіа обязательства платежей съ юридическимъ эффектомъ въ сдѣлкахъ *матеріально-каузальныхъ*. Методы наши тутъ и тамъ совершенно тождественны.

Намъ возражаютъ далѣе. Въ томъ видѣ, въ какомъ намъ является абстрактная сдѣлка, она представляетъ собою *не всю волю*, какъ она *натурально* возникла или опредѣлилась подъ дѣйствіемъ не только психическихъ, но уже и прямо *дѣловыхъ* соображеній, причинъ, цѣлей, а только оторванную *частицу* ея, ея половину. Въ этомъ думаютъ обличить неудобство такого частичнаго обнаруженія расчетовъ и цѣлей внѣ совокупности дѣйствительно существующихъ данныхъ дѣлового обмѣна. Это вполне справедливо. Нормально въ сдѣлкѣ абстрактной нѣчто остается скрытымъ, невыраженнымъ, и выраженное составляетъ дѣйствительно лишь нѣ-которую часть за нимъ лежащаго цѣлаго.

Но развѣ въ сдѣлкахъ *матеріальныхъ* выраженнымъ является непременно *все*, что мотивируетъ волеизъявленіе? Въ нихъ тоже

нормально обнаруживаются только *юридически* каузальные сочетания. А сколько остается еще побуждений, расчетов, цѣлей, въ коихъ быть можетъ по существу скрыта именно вся суть данной имущественной операціи, которой вамъ, со стороны, будетъ видна одна показная часть. Я жертвовалъ вовсе не ради жертвы, я приобретаю вовсе не для приобретения, а съ исключительной цѣлью разгромить соперничающую фирму! Нѣтъ сомнѣнія, что и въ этомъ „нормальномъ“ составѣ мы имѣемъ не всю волю, а тоже лишь пѣкоторую ея часть, далеко не соответствующую органической цѣлостности волевыхъ процессовъ. Это тоже абстракція, хотя, правда, не столь высокой пробы, не этой степени очистки, какъ въ сдѣлкѣ формальной, чистой, отвлеченной вполне отъ матеріальной каузальности въ ея составѣ.

И такъ, воля та же тутъ и тамъ! Но волеизъявленіе въ составѣ одной сдѣлки образуется изъ акта воли и института купли-продажи, займа или иного *матеріально-каузального*, или тоже изъ акта воли и института торгово-обязательственного, вексельнаго, гипотечнаго или иного *формально-каузального*, съ невыраженной въ составѣ самой сдѣлки ея матеріальной основой.— Разница обѣихъ категорій вовсе не въ методѣ, какъ сейчасъ было показано, и собственно не въ наличности или отсутствіи *внутренняго формализма* въ той или другой категоріи сдѣлокъ. Доля абстракціи и формализма юридическаго есть и въ той и въ другой категоріи сдѣлокъ. Разница для обѣихъ категорій въ *количественномъ отношеніи* элементовъ формальнаго и матеріальнаго, причемъ количественное преобладаніе элементовъ формализма натурально будетъ тамъ, гдѣ сила сдѣлки является отрѣшенной отъ матеріальной каузальности въ ея составѣ.— Но и здѣсь опять далеко нельзя проложить между обѣими категоріями неизмѣнной демаркаціонной линіи. На построеніи сдѣлокъ всегда будутъ видны черты тѣхъ *живыхъ* явленій воли, волеизъявленій, коихъ отраженіемъ должны служить эти построенія; и въ непрерывномъ ряду сдѣлокъ обѣихъ категорій, между обоими крайними типами, чистѣйшей абстракціи (вексель), съ одной стороны, и какого-нибудь даренія или legata sub modo, съ самыми интимными наказаніями и уроками одаряемому, съ другой, мы найдемъ такіе *переходные типы*, какъ традиція и стипуляція, которые одинаково способны и матеріализоваться, и вовсе уйти въ область абстракціи, .. настоящія амфибии въ этой живой смѣнѣ формъ и видовъ юридическихъ волеизъявленій!

Мы увидимъ позже, что и между чисто матеріальными сдѣлками возможно различить такія, которыя, *въ ихъ примѣненіи на*

практикъ, крайне легко ускользаютъ изъ своей категоріи сдѣлокъ и служатъ цѣлямъ, какія должны собственно достигаться при помощи другой категоріи сдѣлокъ...

Противъ строенія абстрактныхъ сдѣлокъ вообще и главнымъ образомъ противъ Бэровскаго Договора признанія выставялось и выставяется поднесъ сомнѣніе такого рода. Не составляетъ ли то, что мы здѣсь трактуемъ какъ *сдѣлку*, совсѣмъ не сдѣлку, не волеизъявленіе, направленное на установленіе или прекращеніе правоотношенія, а нѣчто иное, хотя иногда и близко подходящее къ юридической сдѣлкѣ *), но по существу своему принадлежащее вовсе не вопросамъ права, а вопросамъ процесса, именно *способа доказать на судѣ свое притязаніе*? Этимъ сомнѣніемъ встрѣтила нѣмецкая критика конструкцію Договора признанія. Вопросъ, стало-быть, формулируется такъ: имѣетъ ли договоръ признанія силу *конститутивную*, правообразующую, или только *декларативную*, удостовѣряющую наличность извѣстнаго процессуальнаго даннаго **)?

Бэръ прекрасно знаетъ это процессуальное средство доказывать. Такое *medium probationis* все подчиняется процессуальнымъ максимамъ. Такое доказательство направлено на убѣжденіе суда въ томъ, что составляетъ предметъ признанія. Сила его условлена оцѣнкой со стороны суда его достовѣрности, способности признающаго уразумѣть сущность даннаго имъ признанія, соответствія его содержанія обстоятельствамъ дѣла. Если бы противная сторона убѣдила судъ въ несоотвѣтствіи такого признанія дѣйствительности, то судъ *отвергъ бы всю его силу*. Бэръ вовсе не оспариваетъ его значенія какъ средства доказывать, но это совсѣмъ не то, что *договоръ признанія*, и для его отличія отъ подлиннаго признанія, Бэръ называетъ его *unächte Anerkennung*, *признаніемъ неподлиннымъ*.

Договоръ признанія есть прямо *конститутивный актъ*. Ему, такъ же какъ и другимъ видамъ абстрактныхъ сдѣлокъ, принадлежитъ подлинно конститутивная для юридическаго отношенія, а не декларативная только сила. Абстрактная сдѣлка скорѣе можетъ быть сближена съ *судебнымъ рѣшеніемъ*, чѣмъ со способомъ доказательства. Это будетъ именно автономный актъ самоосужденія

*) Гражданскій процессъ допускаетъ соглашенія и договоры о *доказательствѣ*, — это *Beweiskontrakt*, *Beweisvertrag* по Брунсу (подробности Кривцовъ § 33).

**) Мы не можемъ, конечно, здѣсь исчерпать любопытной контroversы; подробности см. у Кривцова. Что касается отношенія *Code civil* къ договору признанія какъ правотворящему титулу, — мы объ этомъ скажемъ въ заключеніи этого ученія.

(Selbstverurtheilung). Дѣйствіе его есть *правотворящее*, а не подтверждающее только наличность существующаго уже права. Это такая же *основа* для возникновенія, прекращенія юридическаго отношенія, какою способна служить дача денегъ для займа, обоюдныя обязательства сторонъ, установленныя ихъ консенсомъ, въ договорѣ купли-продажи, но эта основа есть только *формальная*, безъ указанія матеріальнаго момента, который за нею скрытъ.

Наличность такого *формальнаго прazosнованія* (договоръ признанія, обѣщаніе долга, расчетная сдѣлка, Abrechnung) вовсе не замѣняетъ и не исключаетъ необходимости *доказать* эту наличность тѣми или другими *media probationis*. Code civil выражаетъ это вполне осязательнымъ образомъ, требуя представленія суду и *titre primordial*, дающаго основу требованію, и *actes récognitifs*, служащихъ доказательствомъ признанія долга документовъ (art. 1337 *).

Когда мы имѣемъ дѣло съ *подлиннымъ договоромъ признанія*, то это будетъ всегда обязывающій промиттента въ отношеніи къ акцептанту актъ воли, *сдѣлка*, направленная на измѣненіе правоотношеній согласно намѣреніямъ сторонъ. Силу *подлиннаго* договора признанія нельзя разрушить доказательствомъ того, что содержаніе признанія (я признаю себя должнымъ N сто рублей) *не соответствуетъ истинѣ*. Достаточно, если это формальное волеизъявленіе *соответствуетъ моей волѣ*. Было ли налицо матеріальное основаніе для такого волеизъявленія—это вопросъ для его юридическаго эффекта вполне безразличный. Я могу сдѣлать волеизъявленіе такого содержанія (признаю себя должнымъ 100) не потому, что занялъ, не потому, что не доплатилъ цѣны вещи, нанесъ ущербъ этого размѣра, а потому, быть можетъ, что я хочу акцептанта сдѣлать богаче, подарить ему эту сумму денегъ (это *positive Anerkennung*).

Съ такимъ же эффектомъ возможно сдѣлать волеизъявленіе, *погашающее* обязательство или долгъ прямой абстрактной сдѣлкой, изъ коей видно только, что я принялъ отъ N известную сумму въ уплату по нашимъ счетамъ, безъ всякаго указанія тѣхъ или другихъ матеріальныхъ основаній вступленія въ эту погашающую сдѣлку (акцептиліція, *negative Anerkennung*). Какія бы ни воз-

*) Кривцовъ, стр. 174. Провести границу между признаніемъ права и факта очень не легко въ отдѣльныхъ случаяхъ подобныхъ сдѣлокъ. Беръ не разъ возобновляя попытку освѣтить вопросъ примѣрами, особенно въ позднѣйшемъ его изд. Urtheile d. Rgerichts. Рядъ примѣровъ для освѣщенія вопроса даетъ Bekker въ св. System II, стр. 251. У послѣдняго весь § 109, посвященный такъ назыв. Feststellungsgeschäfte, куда онъ относитъ Anerkennung-Zugeständniss, очень поучителенъ (здесь же 5 Beilag).

буждались со стороны сомнѣнія насчетъ дѣйствительнаго существованія погашеннаго такимъ способомъ долга, *этимъ однимъ* нельзя поколебать силу такого договора.

Когда этимъ методомъ заключаютъ продолжительныя и разнообразныя *имущественнаго характера* *) правоотношенія, то юридическая сила такой *разсчетной сдѣлки* (Abrechnung) будетъ держаться не на тѣхъ матеріальныхъ данныхъ, которыя побуждали насъ разсчитываться, а на *формальной основѣ* договорнаго обязательства, которое по содержанию своему можетъ быть выражено совершенно абстрактно, съ обязательнымъ уговоромъ именно считать завершенными прежнія отношенія и счета. Это консумирующая и новирующая сила сдѣлки, которую можно уподобить тому же эффекту *litis contestatio* въ классическомъ процессѣ **).

Для того, чтобы абстрактное волеизъявленіе произвело весь свой эффектъ, необходимо, натурально, чтобы оно послѣдовало по отношенію къ тому, кто заинтересованъ въ установленіи или погашеніи даннаго правоотношенія, и было имъ принято. Съ этимъ вмѣстѣ правотворящая сила абстрактной сдѣлки, въ чемъ бы она ни заключалась (быть должнымъ, или почитать долговое обязательство погашеннымъ, *positive u. negative Anerkennung*), есть вполне выраженная и такъ же мало подлежитъ колебанію, какъ любой иной, соответственный цивильнымъ нормамъ актъ воли дѣеспособнаго лица.

Если абстрактная сдѣлка имѣетъ несомнѣнную *правотворящую* силу и не подлежитъ тому разсмотрѣнію и оцѣнкѣ, какимъ подлежатъ доказательства вообще и признавіе въ особенности, то это не значить, что въ извѣстныхъ условіяхъ сила такой сдѣлки не можетъ быть оспорена *тѣмъ именно лицомъ*, отъ котораго она исходитъ. Мы съ компаньономъ закончили разсчетную операцію по извѣстному дѣлу, которое переходитъ ко мнѣ, и я обѣщала, въ заключеніе, произвести ему, не выражая при этомъ основы, платежи въ такіе-то сроки, разумѣя, что передача мнѣ дѣла есть уже завершившаяся. Между тѣмъ оказывается, что по разсчетной операціи я была въ ошибкѣ, въ ошибкѣ извинительной; тогда, натурально, я могу оспаривать силу моего обѣщанія, выведя теперь, *ex post*, то матеріальное основаніе, которое побудило меня дать обязательство, доказавъ 1) валичность этого матеріальнаго основанія, не выраженаго въ сдѣлкѣ, 2) ошибку,

*) Къ правоотношеніямъ другого типа, родственнымъ, семейнымъ, супружескимъ—это не приложимо. Ср. опять у Беккера § 109 *Beil. III* (стр. 251 и 252, т. II).

**) См. выше и, какъ кажется намъ, близко къ этому Беккеръ, тамъ же II, стр. 255 подъ лит. D.

подъ влияніемъ которой я принялъ на себя это обязательство и 3) извинительность этой ошибки. Въ этомъ примѣрѣ содержаніе абстрактно-договорной сдѣлки есть *положительное*, я принялъ на себя платежи. Но я могъ вступить въ такую же договорно-обязательную сдѣлку *отрицательнаго* содержанія, т.-е. удостовѣряющую, что долгъ такого-то погашенъ. Между тѣмъ погашеніе имѣло лишь послѣдовать. И въ такомъ случаѣ, натурально, на мнѣ будетъ лежать тяжесть доказать, что погашающая сдѣлка имѣла своимъ предметомъ такое-то мое притязаніе, что въ виду удостовѣренія, оказавшагося впоследствии обманомъ, о высылкѣ мнѣ платежа, я заключилъ указанную сдѣлку, которую теперь прошу ина-валидировать.

Это иски и процессы кондикціоннаго типа, подобные для 1-го случая *condictio indebiti*, для 2-го *causa data causa non secuta*.

Если бы въ 1-мъ примѣрѣ промиссаръ сталъ требовать тѣхъ платежей, къ которымъ я обязался, съ меня, то я имѣлъ бы вывести въ судъ и доказать тѣ же данныя, какія необходимы для иска (см. выше), въ моемъ возраженіи противъ иска.

Натурально, этимъ вовсе не исчерпываются всѣ юридическія и процессуальныя послѣдствія, которыя могутъ наступить для участниковъ сдѣлки и для третьихъ лицъ изъ подобныхъ абстрактно-договорныхъ обязательственныхъ и вещныхъ сдѣлокъ; но исчерпывающее представленіе всѣхъ такихъ эвентуальностей нельзя обстоятельно сдѣлать здѣсь, *въ общемъ ученіи*, а надлежитъ имѣть въ виду при изученіи отдѣльныхъ сдѣлокъ этого типа, традиціи, признанія долга, погашенія обязательствъ, вексельныхъ операцій и прочее.

Мы разъяснили себѣ, такимъ образомъ, въ чертахъ общихъ, свойственныхъ, болѣе или менѣе, всѣмъ сдѣлкамъ этого стила, особенности ихъ строенія и специфическіе признаки, которые отличаютъ ихъ отъ сдѣлокъ матеріально-каузальныхъ.

Спрашивается, съ какой цѣлью мы на ряду со сдѣлками этого матеріальнаго пошиба создаемъ еще особый типъ отрѣшенныхъ отъ матеріальныхъ основъ сдѣлокъ?

Насколько возможно, избѣгая осложнений, связанныхъ съ отдѣльными видами этихъ сдѣлокъ, отвѣтить на этотъ вопросъ въ общемъ смыслѣ, мы замѣтимъ здѣсь слѣдующее.

1. Сдѣлки абстрактныя представляютъ по составу своему значительно большую простоту строенія сравнительно со сдѣлками матеріальными. Мы разумѣемъ здѣсь ихъ составъ, а не технику ихъ построенія. Это совершенно понятно. Несравненно проще

и короче выразить фактъ разчета, чѣмъ выводить всѣ факторы, изъ коихъ получился извѣстный результатъ. Въ огромной массѣ случаевъ все дѣло именно только въ томъ, что получилось въ результатѣ изъ всего ряда операций, а не отдѣльныя стадіи движенія къ этому результату. И такъ, собственно тѣ сдѣлки, гдѣ есть возможность такого *сводного результата*, такихъ итоговъ, предметъ коихъ составляютъ въ особенности общанія или погашенія опредѣленныхъ суммъ, должны всегда приходиться къ такимъ простымъ выводамъ, къ результатамъ, гдѣ отдѣльные факторы можно считать покрытыми этимъ расчетомъ, погашенными.

2. Съ другой стороны, этой простотѣ состава сдѣлки въ смыслѣ *юридическомъ* содѣйствуетъ въ особенности то обстоятельство, что само волеизъявленіе въ ней является тоже безъ указанія матеріальныхъ мотивовъ, подѣ дѣйствіемъ коихъ оно образовалось. Это тоже *упрощеніе* юридическаго состава сдѣлки. Здѣсь дѣло въ томъ, что каждое входящее въ составъ сдѣлки осложненіе, которое приближаетъ волеизъявленіе къ дѣйствительности, само по себѣ легко даетъ поводъ къ сомнѣніямъ и задержкамъ, которыя до крайности могутъ затруднить и замедлить достиженіе цѣли. Упрощеніемъ состава волеизъявленія мы *уменьшаемъ количество спорныхъ пунктовъ*, на коихъ притязаніе основывается. Если взамѣнъ всѣхъ данныхъ въ основу обязательства мы ставимъ простое *признаніе* съ моей стороны извѣстнаго *дома*, которое и вы, мой вѣритель, принимаете какъ базу нашихъ послѣдующихъ правоотношеній, то въ массѣ случаевъ весь споръ будетъ касаться только вопроса о подлинности волеизъявленія, о подлогѣ документа или акта, къ коему сведены наши расчеты, а вовсе не о всѣхъ операцияхъ, которыя предшествовали его выдачѣ.

3. Когда сдѣлка приведена къ этому простѣйшему результату въ смыслѣ объекта притязаній (опредѣленная сумма, извѣстная вещь) и вмѣстѣ съ этимъ мотивы волеизъявленія всѣ сводятся къ *формальному соглашенію произвести уплату*, погасить долгъ, *традировать вещь*, то во множествѣ случаевъ возможныя послѣдствія спора о дѣйствительныхъ побужденіяхъ и расчетахъ, которые повели къ указанному абстрактному обязательству, не распространяются на весь эффектъ сдѣлки и ограничатся отдѣльными пунктами и кругомъ ближайшихъ участниковъ этой заключительной операци; общій же ея результатъ и въ особенности эффектъ ея *для третьихъ лицъ* останется вовсе нетронутымъ, не поврежденнымъ несогласіемъ чисто-личнымъ между ближайшими, притомъ первоначальными только участниками сдѣлки.

И такъ, я обязался произвести уплату вамъ (N) или кому вы прикажете такой-то суммы денегъ. Вы приняли это мое *абстрактное* обѣщаніе вмѣсто наличнаго платежа, и, не требуя съ меня обѣщанной суммы, уступили это Ваше требованіе, этотъ документъ (titre) 3-му, который, зная мою состоятельность, охотно принялъ документъ. Оказывается впоследствии, что мы (я и N) сдѣлали расчетъ неправильно и что сумма, выраженная въ абстрактномъ обѣщаніи уплатить, легко можетъ быть мною оспорена. Мы ведемъ процессъ, я выигрываю. Но 3-го ни этотъ споръ, ни этотъ результатъ не коснется вовсе, ибо изъ перешедшаго къ нему моего абстрактнаго обѣщанія уплатить ему (N) или кому онъ прикажетъ известную сумму не видно ни основаній, ни возможныхъ ошибокъ нашего расчета. *Матеріальныя основы соглашенія касаются насъ двоихъ, а не 3-го участника сдѣлки.* И это можетъ повториться для каждой предшествующей пары лицъ относительно любыхъ послѣдующихъ, интересъ коихъ въ огражденіи силы *абстрактной сдѣлки* есть независимый отъ соучастниковъ въ ней на прежней стадіи ея *матеріальнаго обоснованія.*

То же самое мы увидимъ позже въ подробности для случаевъ абстрактно-формулированной договорно-вещной сдѣлки традиціи. Мы ошибались насчетъ *договорно-обязательственныхъ основъ* передачи права собственности на переданную вещь, но самая передача (traditio) съ цѣлью пересвоеніе произошла. Возможные споры о договорной основѣ передачи локализируются между первыми соучастниками сдѣлки, а вещный эффектъ сдѣлки переходитъ ко всему ряду послѣдующихъ приобретателей собственности во всей его цѣлости.

Талантливый Эрнстъ Цителъманъ въ публичной лекціи „объ осуществимости идеи универсальнаго права“ *) указалъ именно въ *этомъ расчлененіи единаго состава сдѣлки на средство и цѣль* **) одну изъ плодотворнѣйшихъ побѣдъ человѣческой мысли, безъ которой невозможно было бы достигнуть тѣхъ успѣховъ въ развитіи все-свѣтнаго имущественнаго обмѣна, которые составляютъ достояніе развитыхъ системъ современнаго гражданскаго права.

Итакъ, сдѣлки абстрактныя удобнѣе въ смыслѣ простоты и краткости расчетовъ съ ихъ помощью, въ смыслѣ *легчайшей осуществимости* притязаній на нихъ основанныхъ; наконецъ, и это наиболѣе вѣскій въ ихъ пользу аргументъ, онѣ чрезвычайно

*) Möglichkeit eines Weltrechts, прочитан. въ вѣск. юридич. Обществѣ въ марѣ 88 г., напеч. въ Allgem. oesterreich. Gerichtszeitung.

**) Также идея сказывается въ построеніи Баромъ ученія о договорѣ въ пользу 3-ихъ.

удобны въ видахъ надежности операций съ ними въ широкимъ кругахъ мнѣ, могущихъ впоследствии явиться соучастниками обмана и осуществленія притязаній, основа коихъ вся въ ихъ составѣ сводится къ простымъ, очевиднымъ, формальнымъ, не требующимъ и даже недопускающимъ, безъ особаго повода, никакихъ изслѣдованій по существу, чисто объективнымъ даннымъ.

Въ смыслѣ интереса широкаго и легкаго обмана эту конструкцію неправильно было бы оцѣнивать съ исключительно частной точки зрѣнія. Она одновременно отвечаетъ и интересу общественному.

Но въ сдѣлкахъ этого типа, въ связи съ этими свойствами, стараются раскрыть и такія черты, которыя возбуждаютъ съ известной точки зрѣнія опасеніе у „предусмотрительныхъ“. Въ самомъ дѣлѣ, если матеріальная основа сдѣлки не видна изъ ея состава, то, натурально, одно и то же формальное обѣщаніе дачи известной суммы можетъ послѣдовать для какой угодно цѣли, для уплаты, даренія, кредита, ибо подлинная цѣль скрыта за этой абстракціей (*cautio quae indiscrete или indistincte loquitur*, см. знаменитый 1. 25 § 4 D. 22.3, откуда нынѣшняя такъ назыв. *cautio indiscreta*). Brinz, въ виду этого свойства абстрактной сдѣлки, способности ея служить разнымъ цѣлямъ, называетъ ее подвижною *). Вотъ именно эта черта подвижности, неуловимости сдѣлки для повѣрки ея, невыраженности въ составѣ сдѣлки ея экономического баланса, которая, однако, несмотря на это, какъ бы освѣщается закономъ, и побуждаетъ „предусмотрительныхъ“ такъ или иначе ограничивать допустимость такихъ абстрактныхъ волеизъявленій въ практикѣ.

Съ другой стороны, за этой формальной основой сдѣлки легче, какъ полагаютъ многіе, способны скрываться, неблагоприятныя, противныя добрымъ нравомъ и легально-непозволительныя операціи, чѣмъ въ сдѣлкахъ, въ составѣ коихъ обязательно имѣютъ быть выражены лежалціе въ ихъ основѣ матеріальные расчеты сторонъ. На этомъ вопросѣ мы остановимся дальше, сопоставляя положенія Code civil. и нов. германскаго уложенія по этому предмету.

Особенно ярко эти опасенія выдвигались на первый планъ старо-прусскими юрисконсультами **). Примѣненіе сдѣлокъ такого строенія считали безопаснымъ только въ кругу искушенныхъ,

*) Лотмаръ думаетъ, что у Бринца этотъ терминъ невыдержанъ. Это не мѣшаетъ ему быть мѣткимъ. Сдѣлки матеріально-каузальныя будутъ въ этомъ же смыслѣ неподвижными, и это вѣрно въ известной степени; хотя мы увидимъ, что и онѣ не столь неподвижны, чтобы ими нельзя было воспользоваться для скрытыхъ, за выставленной для виду цѣлью, намѣреній.

***) Надо сказать, что это было вообще въ духѣ Прусскаго Ландрехта (см. выше, стр. 138).

бдительныхъ, въ средѣ торговыхъ людей. Когда кругъ людей торговыхъ и промышленныхъ потерялъ свойство замѣнутости, на этой точкѣ зрѣнія, конечно, стало трудно держаться юристамъ недовѣрчивымъ къ дѣятельности людей въ сферѣ ихъ же личнаго интереса. Бэръ отмѣчаетъ, впрочемъ, и для стараго времени много непослѣдовательности во взглядахъ самихъ руководящихъ сферъ въ Пруссіи. Почитали опаснымъ широкое примѣненіе абстрактнаго обязательства, а трассировка векселя на поземельную собственность (Grundschild) не возбуждала въ то же время никакихъ безпокойствъ (теперь см. тоже art. 1191 Bürgerl. Ges. buch). Въ новыхъ бытовыхъ условіяхъ, когда стало трудно отстаивать прежнее недовѣріе къ частной автономіи въ вопросахъ строенія гражданской сдѣлки, мѣсто прямо-отрицательнаго отношенія къ этимъ операціямъ замѣнили нѣкоторыя мѣры *предупредительнаго* характера, хотя тоже весьма сомнительныя по ихъ цѣлесообразности. Мы не имѣли бы интереса останавливаться на этихъ мѣрахъ, еслибъ эта старо-прусская метода не оставила нѣкотораго слѣда въ новомъ нѣмецкомъ имперскомъ гражданскомъ кодексѣ.

Въ основѣ этотъ новый германскій кодексъ даетъ несомнѣнно торжество интересамъ и ученіямъ, на стражѣ которыхъ такъ долго стоялъ Оттонъ Бэръ. Ограничивать систему общаго права такими конструкціями, которыя принаровлены къ низкому уровню общественнаго сознанія, чтобъ этимъ предотвратить опасность для не-бдительныхъ, было бы большою ошибкой. И этой ошибки, къ счастью, избѣгнулъ новый имперскій гражданскій кодексъ. Новый нѣмецкій кодексъ прямо признаетъ юридическую силу *абстрактнаго признанія и абстрактнаго обещанія дома* (die Gültigkeit eines Vertrags, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses *anerkannt* wird, — Schuldanerkennniss; а также дѣйствительность договора, коимъ извѣстное дѣйствіе обѣцано такъ, что *самостоятельной основой обязательности служитъ именно это обещаніе*, — Schuldversprechen), какава бы ни была основа подобныхъ договоровъ, мировая ли сдѣлка, или расчетная операція (ср. art. 780, 781 и 782).

Слѣдъ стараго прусскаго взгляда на особія (опасныя) свойства сдѣлокъ этого строенія выражается въ томъ, что для всѣхъ случаевъ, гдѣ нѣтъ особыхъ реквизитовъ формы для подобныхъ волеизъявленій, она должна быть *письменною*, кромѣ случаевъ мировой сдѣлки и расчетной операціи *).

*) Какъ окончательно сформулировалъ самъ Бэръ реквизиты подобныхъ волеизъявленій въ своемъ Контрпроектѣ, — это, конечно, заслуживаетъ самаго

Объ отдѣльныхъ видахъ абстрактныхъ сдѣлокъ, независимо отъ этой общей договорной формы, мы будемъ имѣть случай сказать впоследствии.

§ 54.

III. Содержаніе юридической сдѣлки (продолженіе). Сдѣлки абстрактныя во французскомъ правѣ. Art. 1132 С. с. Неблагопріятныя условія для развитія его смысла. „Исправленіе“ текста. Литературное общеніе съ Германіей. R. Saleilles и его попытка спасти престижъ С. с. Практика Остзейскаго свода.

Сдѣлки фидуціарныя, симулированныя и проч.

Разъяснивъ такимъ образомъ особенности строенія и юридическое значеніе абстрактной сдѣлки, особенно *договора Признанія* какъ основы обязательства (*Anerkennung als Verpflichtungsgrund*), хотя не безспорнаго въ нѣмецкой литературѣ, но вошедшаго въ составъ дѣйствующей системы Имперскаго Германскаго права, мы открыли себѣ путь для правильнаго пониманія того-же явленія въ правѣ французскомъ и истолкованія приведеннаго выше art. 1132 Code civil.

Code civ. знаетъ несомнѣнно отдѣльныя имущественныя сдѣлки, юридическій эффектъ коихъ является отрѣшеннымъ отъ каузальнаго момента въ ихъ составѣ, напр. делегачію (С. с. art. 1275), погашеніе долга (art. 1282), многія сдѣлки семейно-имущественнаго и наслѣдственнаго права (принятіе, отказъ отъ наслѣдства, отъ легата *). Намъ занимаютъ здѣсь, однако, не отдѣльныя проявленія внутренняго формализма цивильныхъ волеизъявленій, а *общая* принципиальная постановка вопроса въ Code civ.

Въ этомъ отношеніи первостепенное значеніе имѣетъ истолкованіе указанной выше ст. 1132 С. с., поставленной на ряду съ двумя другими артиклями кодекса (1131 и 1133) подъ общую и для юриста крайне заманчивую рубрику *De la cause* (здѣсь *cause des contrats* специально, ибо понятіе *cause* имѣетъ и болѣе общее примѣненіе). Такой общей рубрики Нѣмец. Имперск. уложеніе не знаетъ, и самый терминъ, столь ходячій и развитой въ латинской цивилистикѣ, почти поглощенъ въ ученіи о сдѣлкѣ

тщательнаго изученія, и мы оставляемъ здѣсь его формулу въ сторонѣ, только чтобы избѣгнуть излишнихъ осложненій. См. въ Контрипроектѣ 20-ый (§ 721—724) и слѣд. титулъ; особенно же примѣч. къ ук. тип. на стр. 149 и 150 и указанія на отдѣльную работу его по этому предмету.

*) Образцы, частью небезспорнаго въ этомъ смыслѣ строенія сдѣлокъ см. у Strome Allgemein. Theil der modern. französ. Privatrechtswissensch. 1892, стр. 301 и 304.

понятіемъ ея *юридическаго состава*. Причина отчасти въ трудности установить общій точный смыслъ понятія *causa*, особенно въ отличіе его отъ понятія мотива волеизъявленія *).

Art. 1132, отдѣльно взятый и буквально понятый (*la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée*), заключаетъ въ себѣ, повидимому, то самое, что намъ нужно для точнаго и краткаго обозначенія *понятія сдѣлки съ невыраженнымъ въ ней основаніемъ*, за которой юридическая норма (art. 1132 С. с.) признаетъ всю силу (*est valable*) самостоятельнаго правотворящаго волеизъявленія.

Такое пониманіе art. 1132 казалось бы тѣмъ болѣе обоснованнымъ, что нигдѣ разумнѣе классическаго контракта *verbis (stipulatio)* не было такъ вѣрно поставлено какъ у французовъ въ эпоху *renaissance*, особенно у Куяція. И хотя контрактъ *verbis* вообще не былъ реципированъ на Западѣ, но на ряду съ правильнымъ его пониманіемъ въ указанную эпоху практика кутюмовъ знала отдѣльные виды своихъ, отрѣпленныхъ отъ каузальнаго момента въ ихъ составѣ сдѣлокъ **). Уже въ исторіи стипуляціи на ея подлинной почвѣ легко отмѣтить значительныя колебанія формальной ея природы въ разныя эпохи развитія. Въ эпоху реценціи на Западѣ, вмѣстѣ съ устраненіемъ внѣшеобрядной стороны образованія этого контракта, утрачено было въ теоріи правильное и законченное разумнѣе способности договорной сдѣлки отрѣшаться отъ указанія въ ея составѣ каузальнаго момента (матерьяльнаго), которымъ опредѣляется ея сила. Цивилистическая литература 18 вѣка (особенно сочиненія Domat, Pothier ***) подерживаетъ связь съ латинскимъ предавіемъ, посредствуемымъ реценціей, и въ результатѣ этихъ работъ, положенныхъ въ основу Code civil, мы имѣемъ выраженные въ art. 1132 общія положенія.

Въ послѣдификаціонной литературѣ смыслъ этихъ положе-

*) Baudry Lacantinerie, желая дать осязательность соотношенію обоихъ терминовъ, прибѣгаетъ къ сравненію изъ области физическихъ явленій; *c'est en physique le brouillard „un nuage dans lequel on est“, et le nuage „un brouillard dans lequel on n'est pas“*, и точно такъ же *cause c'est le motif prochain, immédiat, essentiel, le motif c'est la cause éloignée (causa remota)*—Précis t. II n°. 848. Изъ тумана насъ, однако, почтенный Mr. Baudry такъ и не вывелъ.

**) Рядъ короткихъ и очень вѣрныхъ замѣтокъ по этимъ вопросамъ читатель найдетъ въ трактатѣ R. Saleille *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civ. allemand 1890 г. стр. 275—293*, гдѣ вмѣстѣ сдѣланы литературныя указанія нѣмецкихъ и французск. работъ по этому предмету; см. также Основная форма корреальнаго обязательства 1874 Н. Дювернуа гл. I, стр. 70—115.

***) Очень краткое, но основательное обзорнѣе взглядовъ этихъ предвѣстниковъ Code'a и другихъ французскихъ цивилистовъ въ трудномъ ученіи о каузальномъ моментѣ въ составѣ сдѣлки даетъ Marcel Planiol въ его *Traité t. II*.

ній подвергся очень контрoверзнымъ пріемамъ истолкованія въ ученой и практической юриспруденціи.

Прежде всего смыслъ обязательности сдѣлки безъ выраженнаго въ ней правоснованія сводили не къ отрицанію необходимости матерьяльнаго каузальнаго момента въ ея составѣ *), а къ *легальному предположенію* его существованія (*présomption légale*). Прикрываясь этой презумціей, вѣритель, согласно сему ученію, не обязанъ, требуя выполненія принятаго на себя должникомъ обязательства, въ коемъ не выражена его основа, не имѣть нужды самъ выводить передъ судомъ скрытую его основу. Если бы обязательство, такъ формулированное должникомъ, оказалось порочнымъ въ этомъ отношеніи, то обязанность доказать, что оно дано *sans cause, sur une fausse cause*, или, наконецъ, *sur une cause illicite*, легла бы на должника; и только доказавъ этотъ порокъ сдѣлки, должникъ лишилъ бы ее эффекта (къ art. 1131 С. с.), который ей до сего присвоивалъ art. 1132 того-же С. с.

По этому толкованію, art. 1132 несомнѣнно уже заключаетъ въ себѣ освященные закономъ элементы института формально-обязывающаго договора. И возможно, что эта французская доктрина развила бы изъ этихъ слабыхъ зачатковъ все строеніе абстрактной сдѣлки и договора признанія, какъ формальной основы выраженнаго въ немъ обязательства, ранѣе разработки его у нѣмцевъ, *при* одномъ, конечно, непремѣнномъ *условіи, постоянного общенія этой доктрины съ классической почвой*, гдѣ ея родина я весь блескъ ея завершившейся культуры. Но въ томъ именно и состоитъ прирожденный порокъ (первородный грѣхъ) всякой кодификаціи, что она ищетъ разорвать связь кодифицированныхъ институтовъ съ ихъ подлинной почвой и указать толкователю предѣлы общенія и источникъ творчества въ элементахъ раз навсегда замкнувшейся системы тѣхъ понятій, которыя данный сводъ ввелъ въ свой составъ, которымъ онъ оказалъ свое гостепримство (*in sinus suos receperit*).

Что-же могла найти въ этомъ code'ѣ *постъкодификаціонная* французская юриспруденція для культуры института формальнаго обязательства, для общаго ученія о *causa* въ составѣ договорной сдѣлки? Отвѣтомъ для практики служить art. 1108 С. с., который непререкаемымъ образомъ указываетъ намъ *les quatre conditions qui sont essentielles pour la validité des conventions* (4 существенныхъ условія силы договорныхъ сдѣлокъ), *consentement* (согласіе сторонъ, ея заключающихъ), *capacité* (дѣеспособность

*) Особенно, конечно, для состава обязательства односторонняго, а не синалагматическаго, гдѣ каузальный моментъ виденъ.

этихъ лицъ), *objet certain qui forme la matière* (извѣстность содержанія сдѣлки), *une cause licite dans l'obligation*.

Кончено! сдѣлки не можетъ быть, если въ ея составѣ нѣтъ налицо легально установленной основы обязательства. Такая основа должна быть налицо. Безъ нея недопустимо, немислимо никакое цивильно-дѣйствительное волеизъявленіе лицъ въ составѣ сдѣлки. Этого мало! *Causa* не только должна быть видна въ ея составѣ, но она еще должна быть законодозволенной; послѣдняя нельзя опредѣлить, если эта *causa* только презумируется, только подразумѣвается. Она должна быть именно выражена. И въ этихъ предѣлахъ остается только разобраться въ вопросѣ, насколько должна быть показана не просто только матерьяльная каузальность въ общемъ смыслѣ (по расчетамъ между нами за товаръ, за такую-то отрасль торговыхъ операцій), а именно индивидуализированная всѣми существенными для строенія сдѣлки извѣстнаго типа данными (по займу на такую-то сумму, отъ такого-то числа и проч., по куплѣ-продажѣ, по мировой сдѣлкѣ такого-то содержанія *). Безъ этихъ болѣе или менѣе прецизныхъ матерьяльныхъ основъ въ составѣ сдѣлки она не должна имѣть силы, ибо иначе контрабандой можетъ пройти и получить санкцію *une cause illicite*, и что всего опаснѣе—*une convention particulière*, которая пойдетъ навстрѣчу *aux lois qui interessent l'ordre public et les bonnes moeurs* (С. с., art. 6).

И такъ, даже въ институтахъ частнаго права, въ строеніи договоровъ, интересы контроля со стороны суда выдвинуты на видный планъ и этимъ несомнѣнно стѣсненъ автономный характеръ гражданскаго обмѣна. Не можетъ быть сомнѣнія, что все это недовѣрія, вся эта матерьяльность французской юриспруденціи въ покодификаціонную эпоху выросла не на живой почвѣ дѣйствительныхъ оборотныхъ сдѣлокъ, а на мертвой почвѣ согласованія статей кодифицированнаго права... Какой отсюда получился результатъ для толкованія и практическаго примѣненія разсматриваемаго art. 1132 С. с.? Юриспруденція, въ позднѣйшей своей фазѣ, вмѣсто дальнѣйшей разработки заложенной въ ея основѣ общей идеи обязательной силы абстрактной сдѣлки, договора безъ выраженной въ немъ матерьяльной каузальности, специально договора признанія, какъ основы обязательства, стала находить, что *article 1132 est mal redigé*, имѣеть несоответственную (чему? дѣлу?—этого нельзя сказать!) другимъ статьямъ *Code'a*, особенно art. 1108, редакцію. Находили даже, что этотъ art., трагующій

*) Этой контроверзы мы здѣсь не коснемся.

явно вопросъ о скрытой, невыраженной въ составѣ сдѣлки, а вовсе не объ отсутствующей cause, чего, конечно, отнюдь не должно смѣшивать, противорѣчить art. 1131, по силѣ коего l'obligation sans cause... ne peut avoir aucun effet!

Устранить опасность (воображаемую) отъ art. 1132 взялись посредствомъ *исправления* ея „плохой“ редакціи. Вотъ въ чемъ должно состоять это исправленіе. Къ концу текста art. (см. выше) слѣдуетъ прибавить слова „dans l'écrit qui la constate“. Весь текстъ въ новой редакціи (interprétation supplétive) читается такъ: la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée *dans l'écrit qui la constate*. Цѣль всей операціи въ томъ, чтобы смыслъ статьи свести не къ признанію силы обязательства, въ составѣ котораго не показана его матерьяльная основа, а къ *доказательству посредствомъ письменнаго документа существованія дома* *). И такъ, признаніе долга само по себѣ, независимо отъ легальнаго предположенія матерьяльной основы, самостоятельно, вовсе не создаетъ обязательства. Это вовсе не есть Anerkennung als Verpflichtungsgrund, это не договоръ признанія, Anerkennungsvertrag, создающій для обязательства *формальную основу*, независимо отъ указанной легальной презумціи. Тутъ рѣчь не о томъ, достаточно-ли обосновано обязательство, когда должникъ на вопросъ дарителя „spondes-ne mihi centum dare?“ отвѣтилъ „spondeo“ (какъ въ латинской стипуляціи), или когда *N* выдалъ *M* документъ „je reconnais devoir à *M*... 1000 francs“ или „je promets de payer à *M*... 1000 francs“ Art. 1132 вовсе не касается вопроса объ образованіи обязательства verbis, какъ въ латинской стипуляціи, и точно такъ же этотъ article не думаетъ дать правотворящую силу абстрактной сдѣлкѣ или простому договору признанія. Дѣло не въ этомъ. Толкователи думаютъ, что art. 1132 трактуетъ вовсе не *самую сдѣлку*, négoce juridique, не составъ волеизъявленія, а *только письменный актъ*, въ который сдѣлка облечена. Если текстъ закона (art. 1132) употребляетъ терминъ convention, то это неточность, встрѣчающаяся-де не въ этомъ только мѣстѣ Code'a, собственно же вмѣсто convention слѣдовало бы точнѣе сказать l'acte, l'instrument **).

И такъ, все толкованіе сводится къ тому, что Code civil признаетъ, въ силу art. 1132, существованіе долга *доказаннымъ*, хотя бы въ актѣ не было указано основаніе (cause), по которому возникло данное обязательство. Это *acte récognitif*, составляющій

*) Planiol, Traité II n° 1180—1183.

***) Baudry—Lacantinerie Précis t. II, n° 855.

medium probationis, подлежащее опроверженію, оцѣнкѣ суда, какъ и всякое иное процессуальное средство доказыванія на судѣ.

Само собою разумѣется, что *доказанность* принятаго на себя должникомъ обѣщанія уплатить 100 не замѣняетъ и никоимъ образомъ не предрѣшаетъ вопроса объ *основѣ обязательства*, которая независимо отъ доказанности акта, можетъ существовать, но можетъ и отсутствовать. Если должникъ ничего не возражаетъ по этому предмету, тогда легальная презумпція существованія такой основы могла бы замѣнить собою ея наличность въ актѣ. Вся детальная сторона дѣла представляетъ, однако, много недосказаннаго и возбуждаетъ большія контроверзы. На такой основѣ презумтивной *causa* трудно, конечно, строить отвѣтъ на вопросъ о пригодности подобнаго притязанія для случаевъ измѣненія въ личномъ составѣ обязательствъ, о юридическомъ дѣйствіи такихъ сдѣлокъ внѣ круга первоначально связанныхъ сдѣлкой лицъ и отношеній. Натурально, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ возбуждено сомнѣніе по вопросу о каузальномъ моментѣ сдѣлки, одна *презумпція* его существованія ничего не рѣшаетъ — судъ можетъ быть вынужденъ сверхъ этого *acte récognitif*, т.-е. сверхъ наличности письменнаго признанія какъ средства доказательства, потребовать отъ вѣрителя предъявленія всего состава, изъ коего въ своей первоосновѣ сложилась юридическая сдѣлка и на коемъ покоится ея юридическая сила, т.-е. того, что французы называютъ *titre primordial*. Только въ виду этого состава сдѣлка, какъ договорно-обязательственная основа требованія, явится въ глазахъ суда не въ отрывкѣ, не въ отрѣшенномъ отъ каузальнаго момента образѣ, а во всей той юридической законченности, которой требуетъ отъ нея art. 1108 С. с.

Вопросъ о томъ, *въ какой моментъ* обязательственное отношеніе, основанное на такомъ послѣдовательно обнаруживающемся материальномъ и формальномъ его составѣ, слѣдуетъ почитать *возникшимъ*, принадлежитъ тоже къ контроверзнымъ. Если вся правотворящая сила частнаго акта скрыта въ томъ моментѣ сдѣлки, который французы отмѣчаютъ терминомъ *titre primordial*, — тогда, натурально, и возникновеніе сдѣлки и, эвентуально, начало теченія исковой давности должно быть отнесено ко времени его образованія. Это составляетъ прямую консеквенцію отрицательнаго взгляда на самостоятельное значеніе послѣдующаго акта, въ коемъ не выражена каузальная основа сдѣлки, и низведеніе этого акта на степень простого процессуальнаго орудія доказыванья, простого *acte récognitif*.

Такъ стоялъ во Франціи *общій вопросъ* о силѣ абстрактной сдѣлки въ кодификаціонную эпоху. Литература не проявляла къ нему живого интереса, и кромѣ отдѣльныхъ трактатовъ, принадлежащихъ особенно бельгійскимъ цивилистамъ *), французская цивилистика въ общихъ вопросахъ была мало продуктивна и если посвящала вниманіе этой сторонѣ строенія сдѣлки, то развѣ въ частномъ примѣненіи къ отдѣльнымъ видамъ сдѣлокъ и къ отдѣльнымъ институтамъ общаго и торговаго права, каковы бумаги на предъявителя и операціи вексельныя воособенности.

Въ общемъ недостаточность разработки вопроса объ абстрактной сдѣлкѣ едва ли въ эту пору и сознавалась во Франціи. Наоборотъ, въ Германіи, особенно въ территоріяхъ примѣненія латинскихъ источниковъ, проблемы изученія явленій современнаго гражданского обмѣна, нестѣсненные никакими кодификационными рамками, оживали и расширялись постояннымъ общеніемъ нѣмецкой юриспруденціи съ первоисточниками классическаго права. Для ученія о строеніи и силѣ абстрактной сдѣлки это общеніе было настоящимъ откровеніемъ. Съ начала 40-хъ годовъ, съ появленія работъ Либе и Эйверта и до классическаго сочиненія Бэра о Договорѣ признанія, эти успѣхи перестаютъ составлять достояніе одной Германіи и ея ученой литературы и, съ одной стороны, быстро переходятъ въ сферу судебной и законодательной практики **), а съ другой, привлекаютъ къ себѣ вниманіе французской юри-

*) Особенно слѣдуетъ отмѣтить небольшой трактатъ Ernst'a, проф. въ Льежѣ (Liège), *La cause est elle une condition essentielle pour la validité des conventions?* (помѣщ. въ *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, 1826 г. т. 1 р. 250—264), перепечатанный позже въ диссертациі (thèse) Timbal—*De la cause*. Ernst, которому Laurent не разъ воздавалъ долгъ признательности какъ профессору, совсѣмъ отвергаетъ принятое въ Code civ. ученіе о causa, какъ служащее источникомъ путаницы и ошибокъ. Однако, идеи Эрнста не нашли отголоска въ Бельгіи и имѣли успѣхъ только въ Голландіи, гдѣ появился рядъ работъ въ духѣ Эрнста (тоже указаны у Timbal и приводятся въ сочинен. Marcé. Planiol, *Traité*, II, п. 1077 примѣч. 3). Идеямъ Ernst'a, которыя прошли во Франціи незамѣченными, далъ новый полетъ Laurent. Laurent находилъ 4-ое условіе дѣйствительности контракта (art. 1108 С. с.) излишнимъ, различіе предмета (по нашему, состава) сдѣлки отъ основанія (cause) невужнымъ. Эти взгляды Лорана вызвали оживленіе, по крайней мѣрѣ въ литературной обработкѣ вопроса, во Франціи (рядъ диссертациі, посвященныхъ этой матеріи, см. въ томъ-же примѣч. Marcel Planiol).

**) Для Германіи см. ст. 300, особ. 301 Allgem. Handelsgesetzbuch 5 іюня 69 г. (введен. какъ Bundesgesetz Сѣв. герм. союза и нынѣ замѣнена Handelsgesetzbuch'омъ 10 мая 1897 г.). Швейцарскій федеральный кодексъ объ обязательствахъ совсѣмъ оставилъ въ сторонѣ требованіе cause réelle et licite для обязательствъ и ограничивается требованіемъ, чтобы предметъ договора не былъ невозможнымъ, воспрещеннымъ и противнымъ добрымъ нравамъ (art. 17). Итальянскій кодексъ держится французской традиціи, а испанскій 24 іюля 89 г. (переводъ Levé) art 1275 воспроизводитъ коротко artt. 1131 и 1133 Code civ., а въ art 1276 видоизмѣняетъ art. 1132 С.с. въ томъ смыслѣ, что при невыраженномъ каузальномъ моментѣ, овъ *презюмируется* существующимъ и дозволеннымъ, пока должникъ не докажетъ противнаго.

дической литературы. Учение Оттона Бэра, подвергавшееся и у нѣмцевъ большимъ нападкамъ, нашло энергическую поддержку въ лицѣ Рудольфа ф. Pering'a (см. Verhandlungen VIII и IX Juristentag'a) и скоро стало извѣстнымъ въ Бельгии (Rivier) и во Франціи (Bulnoir)*).

Съ появленіемъ 1-го проекта Гражд. Уложения Германской имперіи (1888 г.), 2-ая кн. котораго (Recht der Schuldverhältnisse §§ 683 и 684) кратко формулировала учение о принятомъ вѣрителемъ *объщаніи уплатить* или *признаніи* должникомъ своего дома, въ коемъ индивидуальное основаніе обязательства вовсе не показано или обозначено лишь вообще (ein besonderer Verpflichtungsgrund nicht angegeben oder nur im Allgemeinen bezeichnet wird, ср. § 683; очень близко къ точному смыслу art. 1132 С.с., только болѣе детально), учение Бэра получило легальную санкцію. Долговое обязательство этимъ абстрактнымъ общаніемъ или признаніемъ несомнѣнно конституируется ровно также, какъ въ договорахъ матерьяльныхъ наличностью выраженного въ ихъ составѣ матерьяльнаго основанія долга. Если должнику открывается возможность такъ или иначе отклонить принятое имъ на себя выполненіе формальнаго обязательства, то лишь при наличности такихъ-же основаній, которыя служатъ для этой цѣли и въ сдѣлкахъ матерьяльныхъ, воособенности кондикціоннымъ процессомъ**), или, эвентуально, упраздненіемъ юридическаго эффекта обязательства противнаго добрымъ правамъ и публичному порядку. Но это дѣло должника; и пока сила абстрактнаго общанія или договора признанія не устранена этимъ способомъ, вѣритель самъ не имѣетъ надобности выводить въ судъ никакихъ иныхъ, кромѣ этихъ чисто-формальныхъ, основаній обязательства. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что поражая кондикціоннымъ или инымъ путемъ силу сдѣлки, должникъ не всегда устраниваетъ весь ея эффектъ; этимъ путемъ могутъ нерѣдко быть устранены только лично для него невыгодныя послѣдствія сдѣлки, а не весь ея эффектъ (о чемъ, по поводу векселя, отчасти была рѣчь выше и будетъ позже, въ связи съ другими институтами).

Все чѣмъ, притомъ исключительно съ обрядной стороны, осложняется въ указан. Проектѣ этотъ упрощенный составъ

*) Rivier въ Revue de droit internat 1872 г.; Bulnoir, бывшій présid. de la soc. de légis. comparée въ Bulletin этой Société (1871—72 г.).

**) См. систему кондикцій, с. indebiti, causa data causa non secuta, с. ob turpem causam, sine causa въ соответствующихъ титулахъ кн. XII Пандект. и кн. IV Код., а также въ любомъ учебн. Пандектн. права.

абстрактной сдѣлки, — это требованіемъ *письменнаго* волеизъявленія со стороны должника (§ 683 I проектъ).

Ученіе объ обязательствахъ въ проектѣ 88 г. тотчасъ стало извѣстно во Франціи вмѣстѣ со всѣмъ литературнымъ движеніемъ, предшествовавшимъ его выработкѣ въ цѣломъ и съ ходомъ разработки абстрактнаго общанія и договора признанія воособенности, какъ оно опредѣлилось съ начала 40-хъ годовъ и подвигалось вплоть до публикаціи этого проекта. Всю эту обширную работу выполнилъ тогда-же (1890 г.) дижонскій, теперь парижскій профес. Raymond Saleilles *).

Насколько эти положенія перваго проекта подверглись видоизмѣненію въ послѣдующихъ чтеніяхъ и какъ они формулированы въ составѣ дѣйствующаго нынѣ гражданскаго уложенія нѣмецкой имперіи, — это было нами выше показано въ связи съ анализомъ понятія абстрактной сдѣлки вообще. Независимо отъ общаго улучшенія редакціи статей въ дѣйствующемъ уложеніи, въ отношеніи къ разсматриваемому ученію новая редакція (§§ 813 и 814) подчеркиваетъ свойство абстрактнаго договора не только какъ отрѣшенной отъ правооснованія (матерьяльнаго), но именно *какъ самостоятельно дающей основу* (формальную) *обязательству* сдѣлки. Этотъ новый отгѣнокъ редакціи особенно важенъ въ виду того, что Виндшейд **) до конца настаивалъ на томъ, что *смыслъ признанія* и долженъ собственно состоять въ томъ, что оно *даетъ силу нѣкоторому предшествующему* (каузальному) моменту сдѣлки. Это было бы необходимо отмѣтить, если бы мы трактовали признаніе какъ *medium probationis*. Между тѣмъ мы здѣсь признаніе разсматриваемъ какъ *Verpflichtungsgrund*, *какъ основу обязательства*. Дѣло вовсе не въ подлинности того что признано, а въ немъ самомъ, въ признаніи какъ *самостоятельной правотворящей обязательство силъ*.

Это и есть прегнантное выраженіе автономнаго характера

*) Сочиненіе его, посвященное I проекту, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*. (460 стр.) появилось въ 1890 г. Теперь передъ нами и 2-ой обширный его трактатъ, посвященный ученію о юридической сдѣлкѣ, не разъ выше нами цитированный, *De la déclaration de volonté*, публик. въ 901 г. Здѣсь, въ ученіи о каузальномъ моментѣ сдѣлки вообще и договора воособенности, оба трактата одинаково цѣнны для насъ, ибо въ обоихъ авторъ сопоставляетъ новое нѣмецкое ученіе о разныхъ предметахъ обязательственнаго права и общихъ ученіяхъ съ тѣми же ученіями по Code civil.

**) Объявляющій въ послѣднемъ своемъ обзорѣни вопроса (см. Windscheid—Kipp § 412а и примѣч.) это ученіе незаконченнымъ (unfertig). Это еще незамѣренное состояніе ученія, его незаконченность, не убавляетъ, а усиливаетъ его значеніе и притягательную для дальнѣйшаго изученія силу. Это не безнадежность, а исполненная самыхъ свѣтлыхъ ожиданій незаконченность ученія.

цивильнаго обмѣна. Весь юридическій эффектъ сдѣлки сконцентрированъ въ одномъ волеизъявленіи, въ немъ самомъ, безъ всякой опоры извнѣ. И этому вовсе не противорѣчитъ *послѣдующая* возможность упразднить такъ или иначе эффектъ сдѣлки, когда должникъ докажетъ, допустимъ, свою ошибку въ основѣ принятого имъ на себя обязательства (813, 814), или когда обязательство окажется противнымъ добрымъ нравамъ или публичному порядку *).

Такой глубокой знатокъ той и другой техники строенія сдѣлки въ обихъ современныхъ системахъ, французской и нѣмецкой, какъ Raymond Saleilles, не могъ не угадать и не почувствовать всего достоинства легкости, силы, подвижности новой нѣмецкой конструціи въ сравненіи съ отечественной, французской.

Вопросъ о томъ, за какой конструціей будущее, въ которой изъ двухъ виденъ залогъ возможности будущей общей, универсальной системы строенія гражданской сдѣлки, которой такъ смѣло коснулся Цительманъ (см. выше стр. 791), тоже не ускользнулъ отъ пытливыхъ мысли ученаго критика обихъ системъ.

Сознаніе своихъ несовершенствъ всегда дѣло тяжелое. И чтобы сдѣлать этотъ гнетъ полегче, вотъ выходъ, котораго ищетъ Saleilles изъ трудной дилеммы. Цивилисту всегда особенно тяжело отречься отъ этой черты *самоопредѣленія воли*, поступиться самобытностью строенія сдѣлки... Салейль и ставитъ свою задачу въ этомъ духѣ. Если говорить онъ, нашъ Code хочетъ въ принципѣ во что бы то ни стало наличности материально-каузальнаго момента въ составѣ сдѣлки, если ему необходимъ этотъ контрольный надъ самоопредѣленіемъ аппаратъ, то вотъ и компензація, которую даетъ намъ нашъ Code за это вмѣшательство въ автономию обмѣна. *La théorie de la cause, dans le Code civil français, constitue, à la fois, une atteinte et une garantie, à l'égard du principe de l'autonomie de la volonté; elle en trace les limites, mais, en même temps, elle marque comme une frontière infranchissable aux investigations du juge **).*

Вотъ что хочетъ сказать Салейль: нашъ законъ предоставляетъ суду вмѣшаться въ расчетъ сторонъ, когда онѣ совершили

*) Ср. тотъ-же Виндшейдъ-Киппъ, II, стр. 504 и 505 примѣч. Кирр'а.

**) Ученіе о causa въ Code civ. даетъ сразу и нѣкоторый ущербъ и своего рода гарантію по отношенію къ принципу автономіи воли; теорія Code'a указываетъ ей (автономіи воли) предѣлы, но въ то же время она намѣчаетъ родъ границы, которой не должно пересупать судебское выслѣживанье, см. Saleilles—De la déclaration de volonté, стр. 252, § 1 (разборъ art. 138. Нѣм. Кодекса).

сдѣлку. Да, но зато этотъ же законъ ставить тому же суду нерушимую границу его изысканіямъ тѣмъ только, что обязательно (art. 1108) должно быть дано *самымъ составомъ сдѣлки*, и ни шагу дальше этого предѣла. Нѣмецкій кодексъ-де идетъ другимъ путемъ. Волеизъявленіе въ строеніи сдѣлки по новому уложенію безконтрольно, автономно и не стѣснено ничѣмъ. Но, въ то же время, судъ, призванный ограждать заинтересованнаго въ порядкѣ кондикціонныхъ исковъ, или вооружаясь противъ сдѣлки во имя публичнаго интереса, огражденія добрыхъ нравовъ, защиты неопытныхъ, беспомощныхъ противъ эксплуатаціи сильнаго, вынужденъ выходить для этой цѣли за предѣлы даннаго сдѣлкой состава.

И такъ, французская практика требуетъ матерьяльно-каузальнаго момента, но не идетъ дальше этого предѣла, *въ область мотивовъ*. Для сдѣлки нѣмецкаго стиля, формальной,—этотъ моментъ матерьяльно-каузальный не нуженъ. Но вотъ, минута сомнѣній, спора, и нѣмецкій судья не остановится на границѣ даннаго въ составѣ сдѣлки содержанія, онъ пойдетъ дальше, внутрь волевого процесса.

Мы сочлись такимъ образомъ съ нѣмецкимъ кодексомъ, съ его совершенствами, и нашъ Code, посягая на автономію воли, въ то же время ограждаетъ ее намъ, не пуская изслѣдовать внутреннихъ процессовъ воли, ея мотивовъ.

Такъ ли это, или это только выходи изъ-подъ гнета сознанія своихъ несовершенствъ, чтобы легче вздохнуть?

Мы именно такъ думаемъ! Вопросъ сведенъ къ различію *мотива и основанія* (cause). Но развѣ мы установили это различіе? Vaudry думаетъ (см. выше), что это brouillard и nuage, который будучи существенно все тѣмъ же, принимаетъ для насъ то видъ тумана, то образъ облака, смотря по разстоянію, на которое мы отошли отъ явленія.

Развѣ можно сказать, что уплачивая недолжное и требуя кондикціоннымъ процессомъ возврата, я указываю ошибочный *мотивъ*, а не ошибочную *основу* (cause) солиціи? Saleilles говорить—cause есть то, что въ составѣ сдѣлки, мотивъ то, что внѣ ея состава. Пусть causa будетъ то, что въ составѣ сдѣлки. Но сдѣлки есть двухъ родовъ, одинъ родъ со скрытой, *хотя и существующей causa* (это формальныя сдѣлки), другой родъ съ выраженной въ ихъ составѣ causa. Causa платежа не перестанетъ быть каузальнымъ моментомъ сдѣлки (solutio), потому только, что высылая Авлу Агерію платежъ долга, я не специфицировалъ этой цѣли.

И такъ, нѣмецкій кодексъ, допуская инвалидацію сдѣлки пу-

тем кондикцій, изслѣдуетъ не мотивъ, а основаніе, каузальный моментъ уплаты.

То же самое слѣдуетъ сказать и о другихъ случаяхъ кондикціоннаго процедурованья. Въ нихъ вообще основой требованія служить тотъ или другой порокъ въ *каузальномъ моментѣ*, а не въ лежащемъ за этимъ *юридическомъ* составомъ строенія сдѣлки, въѣшнемъ, экономическомъ, психическомъ двигателѣ, *не въ моментѣ*. При этомъ кондикціи могутъ имѣть приложеніе безразлично, и къ сдѣлкѣ съ выраженнымъ и къ сдѣлкѣ съ невыраженнымъ въ ней основаніемъ.

Развѣ это иначе во французскомъ правѣ? По art. 1132 въ ея теперешнемъ толкованіи всѣ контракты суть матерьяльно-каузальные. Но развѣ эта статья исключаетъ примѣненіе двухъ другихъ, 1131 и 1133, которыя допускаютъ *une fausse cause, une cause illicite, prohibée par la loi* и проч. (art. 1133)? И развѣ этотъ порокъ *каузальнаго* момента будетъ или долженъ быть виденъ изъ самаго состава сдѣлки-акта, и не можетъ быть скрытъ, замаскированъ фядуціей, симуляціей, которую открыть возможно изъ *данныхъ* лежащихъ *внѣ сдѣлки-акта*, особенно изъ такъ назыв. *contre lettres**? Это должно быть ясно почтенному критику. И въ виду этого едва ли правильно компенсировать несомѣнную въ Code atteinte à l'autonomie такую *garantie*, которая будто полагаетъ нерушимый предѣлъ изысканіямъ суда данными состава сдѣлки, за которыми все неприкосновенно!

Для сопоставленія двухъ системъ намъ остается сдѣлать еще одинъ шагъ. Это вопросъ объ инвалидаціи сдѣлки противузаконной, вредной для интересовъ публичныхъ, противной добрымъ правамъ, направленной на эксплуатацію нужды, легкомыслія и проч. (последнее особенно по § 138 Нѣм. Гр. Улож.). Эта проблема (недѣйствительность сдѣлки) имѣетъ свое мѣсто въ системѣ, и мы коснемся ея здѣсь лишь для повѣрки мыслей Saleilles о предѣлахъ вмѣшательства суда въ оцѣнку сдѣлки наличными въ ея составѣ данными, безъ покушенія изслѣдовать мотивъ, внутреннее побужденіе субъекта сдѣлки, интимную сторону дѣла.

Такъ ли это? То есть, можетъ ли какой угодно судья, французскій, нѣмецкій, опредѣлить опасное для добрыхъ нравовъ, для публичнаго интереса свойство операціи, облеченной въ гражданскую сдѣлку, исключительно изъ данныхъ ея состава, отнюдь не

*) Объ этихъ поводахъ инвалидаціи сдѣлки рѣчь впереди (для справки см. Planiol, II, 1240). Непоказанная въ составѣ сдѣлки-акта основа есть, по смыслу art. 1131, все-же *cause*, также какъ и запрещенная закономъ, а не мотивъ только.

переступая, въ интересахъ огражденія частной автономіи, этой границы? Если это возможно, то развѣ въ тѣхъ рѣдкихъ случаяхъ, когда операцію совершаетъ новичекъ въ дѣлѣ. Нормально опасныя для добрыхъ нравовъ, для публичнаго интереса, направленные на эксплуатацію нужды, легкомыслія сдѣлки выполняютъ люди бывалые, во всякомъ случаѣ умѣющіе скрыть концы своихъ продѣлокъ. И такъ, примѣнять § 118 Нѣм. Гражд. Уложения, artt. 1131, 1133 С. с. судѣ придется не иначе, какъ именно переходя границу ея состава и обнаруживая то, что скрыто за этой ширмой, за предѣлами сдѣлки-акта, на территоріи сдѣлki-титула (*titre primordial* по французск. терминологіи).

При этомъ надо имѣть въ виду, что вопросъ объ опасномъ для добрыхъ нравовъ, для публичнаго интереса, для социальнаго равновѣсія силъ направленіи сдѣлки заключаетъ въ себѣ двѣ стороны. При наличности въ дѣяніяхъ подобнаго рода состава преступленія, судебному разсмотрѣнію будетъ подлежать вовсе не вопросъ о силѣ сдѣлки, а о *вмѣненіи*, и тогда судѣ не обойдетъ ни одного изъ внутреннихъ моментовъ, побужденій, мотивовъ, которыми такъ или иначе устанавливается степень виновности лица. Въ задачахъ такого рода все направлено на внутреннюю сторону *дѣянія*, на индивидуальное изслѣдованіе. Это задача суда уголовного. Инвалидація сдѣлки будетъ составлять только простую консеვენцію наличности преступленія какъ мотива операціи съ виду гражданской *).

Вопросъ о примѣненіи къ сдѣлкѣ критерія добрыхъ нравовъ, расчетовъ на неопытность или нужду ближняго не связанъ necessarily съ дѣяніемъ преступнымъ или противунравственнымъ и не ограничивается этими предѣлами (С. рѣп. art 406). Опасными для добрыхъ нравовъ, вредными въ смыслѣ эксплуатаціи чужой неопытности, нужды, могутъ быть дѣянія, не признаваемые преступленіями. Для оцѣнки сдѣлки съ этой точки зрѣнія вовсе нѣтъ нужды судѣ входить во внутренній міръ контрагента. Никакого индивидуальнаго разслѣдованія не нужно. Гражданская юрисдикція не выходитъ вовсе изъ своихъ предѣловъ, она ограничиваетъ свое изысканіе *составомъ юридической сдѣлки*, натурально не тѣмъ только ея составомъ, который выраженъ, обнаруженъ въ ней, но и той *юридической каузальностью*, которая скрыта, не выступила наружу. Критерій, по которому судья опредѣляетъ допустимость сдѣлки съ точки зрѣнія добрыхъ нравовъ или безобидности въ пользованіи

*) На лицо договоръ товарищества (*contrat de société*), совершенный съ особой точностью въ соблюденіи всѣхъ цивильныхъ его реквизитовъ, а въ основѣ это настоящее мошенничество (*escroquerie*, Cod. рѣп. art. 405).

неопытностью или нуждой ближняго тоже не есть идеальный, построенный на однихъ мечтахъ о желательной чистотѣ нравовъ и высокому разумѣнію задачъ соціальной солидарности. Это *критерій дѣловой*, объективный, общій, который устанавливается знаніемъ существующихъ, практикуемыхъ въ общежитіи порядковъ, судейскимъ опытомъ. Такое изученіе и такая оцѣнка состава сдѣлки для признанія ея силы или для ея инвалидаціи не выходитъ вовсе изъ предѣловъ требованій хорошо функціонирующаго органа гражданскаго правосудія; она составляетъ прямую ихъ задачу. Въ этихъ границахъ неумѣстны никакія опасенія за цѣлость приватной автономіи. Тамъ гдѣ эта автономія угрожаетъ добрымъ правамъ или опредѣлившимся въ жизни основамъ соціальной солидарности, она перестаетъ быть только приватной автономіей, а переходитъ въ злоупотребленіе ею, слегка, быть можетъ прикрытое наружной правильностью операціи.

Нѣтъ сомнѣнія, что въ этихъ общихъ задачахъ гражданскаго правосудія территория примѣненія Нѣмецк. Гражд. Улож. и Code civ. не представляютъ никакихъ существенныхъ различій. Изъ этой области нечего взять для компенсаціи того ущерба (*atteinte*) приватной автономіи, который терпитъ она во Франціи вслѣдствіе неправильнаго пониманія art. 1132 или неразвитости во французской доктринѣ ученія объ абстрактной сдѣлкѣ, о самобытной, независящей отъ наличности въ составѣ сдѣлки ея матерьяльно-каузальнаго момента, силѣ односторонняго волеизъявленія или договора признанія, какъ достаточнаго самого по себѣ основанія обязательности сдѣлки (*Anerkennungsvertrag als Verpflichtungsgrund*).

И такъ, *atteinte à l'égard du principe de l'autonomie de la volonté* въ дѣйствующемъ Code civ., какъ его нынѣ понимаютъ, есть на лицо, а никакой компенсирующей за это *garantie* по отношенію къ той-же автономіи въ указаніи *frontière infranchissable aux investigations du juge* выраженными въ составѣ сдѣлки данными въ Code civ. нѣтъ и быть не можетъ.

Читатель легко убѣдится въ этомъ, внимательно проштудировавъ прекрасный этюдъ въ названной книгѣ (*Déclaration*), который Saleilles посвятилъ изученію § 138 Нѣм. Гражд. Ул. въ особенности *). Въ немъ очень много мѣткаго и важнаго кромѣ общаго исходнаго выписаннаго нами положенія, назначеннаго очевидно скорѣе для замиренія взволнованнаго чувства, чѣмъ для настоящей оцѣнки двухъ системъ строенія сдѣлки.

*) См. 251—302 указ. сочин.

Мы не можемъ заключить этого небольшого очерка ученія объ абстрактной сдѣлкѣ, не указавъ здѣсь же на замѣтку г. А. Гасмана, напечатанную имъ въ журналѣ Мин. Юстиціи за 96 г. (мартъ), стр. 332 и слѣд. „*Общаніе какъ абстрактный договоръ* *). Это случай изъ практики прибалтійскихъ судовъ. Дѣло шло о примѣненіи ст. 2907, 2910, 3105, 3106 и 3134 св. мѣстн. узакон. губ. Остз. ч. III, по силѣ коихъ „сдѣланное кому-либо общаніе платить, если только оно принято другою стороною, само по себѣ устанавливаетъ вполне дѣйствительное право требованія (ст. 3209 и 3212), независимо отъ основанія, побудившаго должника дать общаніе“ (см. стр. 333 указ. кн. Журн. Мин. Ю.). Здѣсь мы имѣемъ случай прямого и категорическаго примѣненія ученія Бэра о договорѣ признанія (Anerkennungsvertrag), которое усвоено практикой прибалтійскихъ судовъ со времени **) появленія въ свѣтъ этой классической работы (стр. 339 тамъ же). Весь случай крайне характеренъ и разу-мительнъ для ознакомленія съ ученіемъ Бэра, какъ оно было выше нами изображено, въ приложеніи его въ жизни. Весьма, конечно, было бы желательно, чтобы примѣненіе этого ученія нашло себѣ мѣсто не въ однихъ остзейскихъ судахъ, а повсюду, гдѣ цивилистическая техника достаточно развита, чтобы отвѣчать прямымъ и разумнымъ требованіямъ живого имущественнаго обмѣна.

Нашъ проектъ, по крайней мѣрѣ въ составѣ его Общихъ положеній, не заключаетъ въ себѣ никакихъ данныхъ для разсмотрѣнія этого важнаго вопроса въ Общей части.

Этими ученіями мы собственно могли бы заключить нашу задачу сдѣлать *общій анализъ содержанія волеизъявленій въ со-*

*) Практика б. межевого и 3 департ. Правительств. Сената по вопросамъ прибалтійскаго права, Опредѣленіе Правительств. Сената отъ 29 окт. 1891 г. за № 1810 по дѣлу Гофмана съ Штраусомъ.

**) Указанныя выше статьи мѣстн. свода содержатъ въ смыслъ буквально-но немного больше *позитивныхъ* основаній для построенія на нихъ абстрактнаго обязательства, чѣмъ нашъ т. X, ч. 1. Плохо скомбинированныя общія положенія этого свода всѣ держатся на реципированномъ правѣ. Старинная нѣмецкая практика этого права, несомнѣнно вліявшая и на Остзейскій кодексъ, считала невозможнымъ примѣненіе латинской абстрактной конструиціи, вербальнаго контракта у насъ, потому что мы не реципировали необходимыхъ для его силы обрядныхъ рѣчей (verborum solemnitas), на которыхъ держалась стипуляція. Въ духѣ подобныхъ ученій нѣмецкіе юрисконсульты возбуждали вопросъ, скорѣе потѣшный, чѣмъ дѣльный, не слѣдуетъ ли, однако, допустить примѣненіе абстрактнаго обязательства *между учеными*, когда у послѣднихъ окажется достаточный запасъ знаній, чтобы обмѣняться вопросомъ и отвѣтомъ, согласно обряднымъ требованіямъ латинскаго вербальнаго контракта?. Свѣтлыя идеи Бэра разсѣяли и у нѣмцевъ, въ системѣ ихъ общаго права, остатки подобныхъ преданій; на русской почвѣ, въ прибалтійской окраинѣ, эти свѣтлыя построенія имѣли несомнѣнно большой успѣхъ.

стать сдѣлки и опредѣлить основныя черты различія ихъ стилей. Съ этимъ вмѣстѣ мы все время имѣли въ виду существенную для всего ученія о юридической сдѣлкѣ основную черту ея построенія, которую мы назвали *внутреннимъ формализмомъ* воли, составляющую въ той или другой степени свойство всякаго волеизъявленія, рассчитаннаго на юридическій эффектъ. Въ ученіи о сдѣлкѣ намъ слѣдовало бы перейти къ другой сторонѣ дѣла, къ *формализму внѣшнему или обрядности волеизъявленій*. Но мы считаемъ удобнымъ здѣсь же коротко указать на рядъ явленій въ практикѣ юридическихъ сдѣлокъ, который представляетъ собою любопытное *отклоненіе* отъ нормальнаго способа волеизъявленій, но не невольнаго, какой мы видѣли въ случаяхъ принужденія или ошибки, а *преднамереннаго*, рассчитаннаго.

Мы довольно близко подходили къ этимъ явленіямъ, когда трактовали выше внутренней формализмъ воли въ составѣ сдѣлки. Мы разумѣемъ здѣсь сдѣлки *фидуціарныя, симулированныя*, такъ называемую *reservatio mentalis* и *шумивыя волеизъявленія*. Такія *отклоненія* отъ нормы будутъ замѣчаться не въ сферѣ сдѣлокъ абстрактныхъ, хотя нѣкоторыя изъ нихъ возможны и здѣсь, а чаще всего въ сдѣлкахъ матеріальныхъ. Стороны, обѣ или одна, хотятъ *скрыть* подлинныя свои виды и такъ маскировать ихъ показнымъ составомъ сдѣлки, чтобы этимъ достигался юридическій эффектъ *показной* сдѣлки, котораго иначе, почему либо, или вовсе нельзя, или трудно достигнуть. Въ сдѣлкѣ абстрактной всегда, согласно ея конструкціи, остается скрытой ея подлинная матеріальная основа. Это ея нормальная черта. Сдѣлки фидуціарныя и симулированныя не представляютъ собою особаго примѣненія этой *легальной* техники. Сокрытіе и маскированіе въ нихъ подлиннаго основанія или дѣли представляетъ собою технику *нелегальную*. Это нѣкоторымъ образомъ юридическая контрабанда, прикрытіе пропускнымъ флагомъ или свидѣтельствомъ товара, который собственно пропуску не подлежалъ бы.

Такой способъ дѣйствія никогда не будетъ нормальнымъ и даже безвреднымъ для слѣдующихъ ему. Есть случаи, гдѣ такое прикрытіе подлиннаго содержанія операціи *показной* сдѣлкой не представляетъ собою ничего прямо воспрещеннаго и недобросовѣстнаго, а лишь *непредусмотрѣнную*, въ скудныхъ категоріяхъ выработанныхъ въ данной системѣ типовъ сдѣлокъ, *комбинацію*. Тогда стороны поневолѣ и все же не безъ нѣ котораго риска будутъ слѣдовать этой методѣ.

Мы знаемъ ее въ разныхъ образцахъ классической и совре-

менной практики. Слабо выработаны институты *вещнаго кредита*. Въ виду этого, у насъ въ старину совершается сдѣлка по составу своему направленная вся на *пересвоеніе* имущества (*mancipatio*, купля-продажа недвижимости), совершаемая нормально *alienandi* или *dominii transferendi causa*, никогда не *credendi causa*.

Въ данномъ, однако, случаѣ мы прикрываемъ ею *именно кредитную* операцію, продаемъ, съ уговоромъ перепродать вещь вновь намъ (точнѣе, удерживаемъ право выкупить вещь), *cum* *ra*cto *fiduciae de remanipando*, такъ что *подлинная* цѣль сдѣлки будетъ не отчужденіе вещи, а кредитъ продавцу суммы, которую составляетъ цѣна вещи. Въ основѣ операціи лежитъ взаимное довѣріе сторонъ. Однако, фидуціарный собственникъ, перепродавъ имущество дальше, воспользовался бы формально принадлежащимъ ему правомъ распорядиться вещью, и для довѣрчиваго продавца не оставалось бы другого средства вознаградить свои потери, какъ искъ объ убыткахъ, ничего болѣе. Итакъ, фидуціарная вещно-кредитная сдѣлка, въ смыслѣ своего эффекта, опирается на понятіе отчужденія права собственности, стало быть, на институтъ выработанный правомъ, вовсе не для тѣхъ цѣлей, для коихъ его здѣсь утилизируютъ, и въ виду того, что специфическаго института кредитно-вещнаго въ данной системѣ вовсе нѣтъ.

Фидуціарныя операціи совершаются часто между людьми близкими, или близко заинтересованными въ одномъ и томъ же дѣлѣ. Мы, товарищи, однако, приобретаемъ недвижимость для общаго дѣла такъ, что я буду фигурировать какъ собственникъ на *гипотечной книгѣ*, а N, мой товарищъ, какъ *гипотечный вѣритель*. Мы приобретаемъ имѣніе на общій капиталъ. N никогда не кредитовалъ мнѣ ни копейки, и между тѣмъ, въ виду слабого развитія въ нашемъ законодательствѣ примѣнительныхъ и легкихъ для возникновенія и прекращенія формъ товарищества, мы вынуждены облечь коллективное приобретение въ эту форму кредитной операціи, которая, допустимъ, совершается проще и надежнѣе. Неудобства, которыя могутъ произойти отъ этой фидуціарной кредитной сдѣлки, лягутъ, конечно, эвентуально, на насъ, ибо мы не могли воспользоваться прямо подходящими къ случаю нормами правоотношеній товарищескихъ, а прибѣгли къ искусственному, неподлинному для даннаго случая типу правоотношеній и сдѣлокъ кредитныхъ. То же будетъ имѣть мѣсто, если вмѣсто довѣренности для взысканія съ моего должника я фидуціарнымъ путемъ *уступлю* моему повѣренному, *цедирую* мое требованіе. Когда взысканіе будетъ произведено и долгъ пога-

шенъ, то невыполненіе повѣреннымъ условія фидуціарной сдѣлки откроетъ мнѣ путь для его преслѣдованія, но не по нарушенной довѣренности, ибо таковой не было заключено, а лишь по убыткамъ, которые я понесъ въ виду такъ или иначе приваровленной къ случаю цессіи требованія.

Указанныя сдѣлки (продажа имущества, занесеніе двухъ лицъ въ разныя отдѣленія гипотечной книги, уступка требованія) суть совершенно легальныя, но *искусственно и иной разъ невольно прилаженныя* къ отношеніямъ, для коихъ они не подходятъ, юридическія формы. Это то же, что платъе не впору. Никто въ этомъ не виноватъ, кромѣ тѣхъ, кому оно нужно и кто не умѣетъ себѣ устроить надлежащаго выбора готовыхъ образцовъ. Типы сдѣлокъ составляютъ своего рода готовые облаченія. Если не во что облачиться, приходится брать платъе не впору или не по сезону, лишь бы вовсе не остаться въ дѣлѣ серьезномъ безъ всякаго юридическаго облаченія.

Въ указанныхъ случаяхъ фидуціарной сдѣлки мы имѣли дѣло, очевидно, съ несовершенной техникой, которая встрѣчается всегда и вездѣ на невысокихъ ступеняхъ развитія юриспруденціи. Стороны хорошо знаютъ чего онѣ хотятъ, не преслѣдуютъ при этомъ никакихъ противуправныхъ цѣлей и, однако, не могутъ придти къ легальной цѣли иначе, какъ путемъ *обходнымъ*, *фиветивнымъ*, во всякомъ случаѣ не прямымъ, не прямо разсчитаннымъ на предположенную цѣль *). Сдѣлкѣ *неподвижной* (см. выше) они даютъ нѣкоторую подвижность. На одномъ этомъ основаніи нѣтъ возможности инвалидировать силу сдѣлки, не представляющей собою никакихъ иныхъ пороковъ.

Но, вотъ, именно этотъ самый методъ, который въ указанныхъ случаяхъ примѣняется къ задачамъ обмѣна добросовѣтнаго, нормальнаго, въ другихъ случаяхъ служить для цѣлей совершенно не согласныхъ съ закономъ или даже прямо ему враждебныхъ. Такихъ случаевъ практика сдѣлокъ въ разныхъ бытовыхъ условіяхъ знаетъ массы. Для нихъ трудно приискать общую и одинаково подходящую къ любымъ явленіямъ этого рода квалификацію. Это суть дѣйствія *in fraudem legis*, обходные пути (*Schleichwege*), предпринимаемые для достиженія такихъ цѣлей, для которыхъ не только нѣтъ, но и не должно быть путей прямыхъ, легальныхъ, дозволенныхъ.

*) Выше мы имѣли случай указать очень любопытную игру юридическаго формализма въ дѣлѣ принудительнаго выкупа реальныхъ участковъ московскаго гостиннаго двора городу Москвѣ и замѣны, затѣмъ, старой тяжелой товарищеской организаціи новой формой акціонерной компаніи (см. выше. стр. 587).

Казалось бы, логическій результатъ такихъ дѣйствій долженъ заключаться въ отрицаніи всякой силы подобныхъ сдѣлокъ. Если сдѣлка есть результатъ взаимодействія волеизъявленія и состава даннаго института, то, натурально, при отсутствіи одной изъ равнодѣйствующихъ (нормъ) волеизъявленіе не должно имѣть юридическаго эффекта. Это и выражаютъ юридической пареміей— *quod in fraudem legis—contra legem*. Въ вопросахъ, однако, этого рода всего опаснѣе теоретизированіе. Общія мысли, какъ и общія мѣры, могутъ въ этой области всего скорѣе обмануть наши ожиданія. Общихъ мѣръ противъ неправильнаго пользованія гражданской свободой указать нѣтъ возможности. Начать съ того, что нормы закона сами очень различны по своему строенію и далеко не всегда разсчитаны на полное обезсиленіе юридическаго эффекта волеизъявленій, не согласованныхъ строго съ закономъ. Натурально, въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ объявляетъ прямо возбраненнымъ, подъ страхомъ ничтожества, всякій обходъ извѣстной запретительной нормы, мы неизбѣжно придемъ въ результатъ къ ничтожеству сдѣлки, совершенной *in fraudem* такой строгой нормы. Но это вовсе не общее правило. Въ подобныхъ случаяхъ, больше чѣмъ гдѣ либо, необходимо близкое изученіе особенностей даннаго явленія и противодѣйствіе ему такими юридическими средствами, которыя наиболѣе соотвѣтствуютъ особенностямъ случая. Иногда здѣсь можетъ оказаться достаточнымъ простой штрафъ, въ другихъ случаяхъ тотъ или другой способъ инвалидировать силу сдѣлки, наконецъ, возможны преслѣдованія злоупотребленій и болѣе энергическими мѣрами *).

Чтобы правильно разобраться среди очень пестрыхъ явленій подобной борьбы приватной автономіи противъ давленія легальныхъ нормъ въ сферѣ частнаго права, мы постараемся выдѣлить такія явленія этой борьбы, гдѣ цѣль ея составляютъ не личные корыстные виды, прикрытые легальной внѣшностью и направленные въ обходъ закона ко вреду отдѣльныхъ лицъ, а цѣли поставленныя *выше этого*, хотя далеко не всегда *возвышенно* въ лучшемъ значеніи этого слова. Въ подобной борьбѣ цѣлью можетъ быть не интересъ отдѣльнаго человѣка и не къ этому направленный обходъ закона, а противодѣйствіе самой установленной нормѣ, самому закону, цѣлому институту, быть можетъ, цѣлой системѣ. Противодѣйствіе въ такихъ случаяхъ бываетъ обыкновенно массовое, за практикой симулированныхъ сдѣлокъ

*) Всю область этой проблемы обширно, хотя быть можетъ, нѣсколько расплывчато, старался освѣтить Jhering въ *Geist'ѣ* въ ближайшемъ примѣненіи къ римскому праву (см. особ. §§ 46 и 53).

скрывается въ этихъ случаяхъ встрѣчно закону движеніе общества. Здѣсь мы имѣемъ явленіе печальнаго антагонизма между сознаниемъ общественнымъ и задачами, которыя ставятъ себѣ руководящія сферы. Законъ перестаетъ быть отраженіемъ общественного сознанія и идетъ на встрѣчу ему. Это имѣетъ мѣсто, натурально, въ особенности въ эпохи социальныхъ кризисовъ, когда вмѣсто гармоническаго сочетанія социальныхъ интересовъ мы видимъ грубое, разрушительное столкновение социальныхъ группъ.

Мы не разъ имѣли случай говорить выше, что сдѣлка въ сферѣ частнаго права составляетъ настоящій пріискъ нормъ диспозитивнаго права, источникъ образованія вполне жизненныхъ институтовъ въ этой области. Въ случаяхъ разсматриваемыхъ столкновений общественного сознанія съ легальной нормой мы видимъ обратный процессъ. Та же сдѣлка ищетъ подорвать силу легальной нормы, подрыть ея основу, поколебать крѣпость закона, вернуть захваченную имъ сферу частной автономіи, хорошо еще, если не для простыхъ разрушительныхъ, а опять для новыхъ созидательныхъ цѣлей въ этой области.

Картины этой борьбы съ легальной нормой довольно часто освѣщаютъ собою различныя эпохи движенія законодательства въ очень различныхъ условіяхъ національной и социальной жизни. Богатыя иллюстраціи ихъ даетъ намъ вся заключительная эпоха стараго республиканскаго режима и первыя десятилѣтія новаго порядка вещей въ Римѣ именно для области институтовъ права частнаго. Отдѣльныя явленія этого же характера легко указать въ средніе вѣка.

Извѣстно, что церковь не допускала въ обществѣ христіанъ процентныхъ займовъ, ростовщическихъ сдѣлокъ вообще, которыя противорѣчили нравственнымъ принципамъ христіанскаго вѣрученія. Подъ вліяніемъ такихъ этическихъ стимуловъ процентныя сдѣлки считались вообще противозаконными для христіанъ (иначе для евреевъ, частью и для иноземцевъ вообще, для итальянскихъ банкировъ изъ Ломбардіи въ особенности). Но этотъ запретъ очень мало соответствовалъ весьма императивнымъ экономическимъ потребностямъ той же эпохи. И мы видимъ, что законъ, воспрещающій проценты, не только обходится постоянно, но что на ряду съ этими обходами образуется особый институтъ *контраренты*, который въ практикѣ весьма удовлетворительно замѣняетъ запрещенныя прямыя операціи денежныхъ процентныхъ займовъ.

Массовое сопротивленіе легальнымъ нормамъ и цѣлому инсти-

туту вызвалъ извѣстный указъ 1714 года о единонаслѣдіи, при помощи котораго Петръ великій несомнѣнно искалъ поднять дворянское сословіе, оградить „подданных“ отъ неправильныхъ взглядовъ на населенное имѣніе единственно какъ на ресурсъ личныхъ и семейныхъ радостей владѣльцевъ. Цѣль не была достигнута, законъ былъ весь подрывъ мастерами обхода, юридическими минерами, и крѣпость этого института была разрушена, не для того чтобъ дать мѣсто добрымъ начинаніямъ новаго рода, а чтобъ разсѣять какъ можно шире тѣ злыя сѣмена, которыя возбуждали въ Петрѣ самыя тяжелыя предчувствія (см. выше стр. 214 и слѣд. и 655)*).

Мы не будемъ останавливаться здѣсь, какъ бы мимоходомъ, на этомъ крайне характерномъ для живыхъ процессовъ взаимодействия сдѣлокъ и институтовъ юридическихъ явленіи, ибо оно само заслуживаетъ глубокаго и всесторонняго изученія въ связи съ общими проблемами исторіи права. Мы отмѣтили нѣкоторыя особенно видныя историческія явленія этого разрушительнаго дѣйствія частной сдѣлки на легальныя нормы для того лишь, чтобы показать съ какими трудностями и осложненіями иногда связанъ вопросъ объ обходѣ закона, о сдѣлкахъ притворныхъ, призрачныхъ, о симуляціяхъ въ области частнаго права.

Затѣмъ мы знаемъ такія явленія притворныхъ сдѣлокъ, гдѣ *нѣтъ и мысли о противодѣйствіи нормѣ* или институту, и гдѣ вся цѣль игры ограничивается одними болѣе или менѣе низменными видами воспользоваться формальными признаками сдѣлки,

*) Обходы закона и симуляціи какъ средства для этого не ограничиваются одной областью сдѣлки; они способны отравлять весь юридическій бытъ. При Петрѣ мы видимъ *симуляціи* дурачества (см. выше стр. 341—342), которыя повели къ необходимости свидѣтельствовать умалшенныхъ въ сенатѣ. Русское общество и самыя жертвы психозовъ до сихъ поръ расплачиваются невозможно тяжелымъ способомъ удостовѣрять болѣзненное состояніе разсудка за тѣ продѣлки, къ коимъ любили прибѣгать въ старыя годы люди высшихъ классовъ, чтобы уклониться отъ выполнения связанныхъ съ правами обязанностей. Мы только что оуждали выше методу общаго строенія гражданскихъ институтовъ по мѣрѣ способности людей незрѣлыхъ. Наше время приноситъ намъ любопытную аргументацію противъ этого неправильнаго пріема. Наша практика знаетъ случаи *симулированной неграмотности* со стороны именно этихъ незрѣлыхъ въ виду того, что законъ падаетъ неграмотныхъ, и люди съ слабо-развитымъ сознаніемъ долга ищутъ стать въ ряды глухихъ, незрѣлыхъ, неграмотныхъ, только бы не нести на ряду съ другими отвѣтственности, пользуясь наравнѣ со всѣми удобствами юридическаго быта. Есть случаи въ кассационной практикѣ, гдѣ лица весьма видныя служебныхъ положеній, состоящія въ то же время подъ опекой за неоплатные долги, настаиваютъ, чтобъ имъ, въ качествѣ опекаемыхъ, но снѣ особыхъ указовъ, предоставлена была вся *безотвѣтственность настоящихъ дѣтей*, безъ лишенія ихъ, однако, возможности опять дѣлать долги на правѣ совершенно взрослыхъ людей (кас. рѣш. за 1877 г. №№ 30, 156). И такъ, иной разъ хорошо имѣть въ рукахъ свидѣтельство грамотности, аттестатъ зрѣлости; но есть случаи, гдѣ свидѣтельство незрѣлости, безграмотности окажется цѣннѣе всякихъ другихъ.

чтобъ утилизировать ихъ, вопреки ихъ подлиннаго назначенія, для нелегальныхъ цѣлей и обыкновенно во вредъ третьимъ лицамъ. Въ этихъ случаяхъ симулянтъ направляетъ усилія не на разрушеніе института, а наоборотъ, ищетъ въ немъ опоры, чтобы съ помощью нелегальной сдѣлки произвести желательное для него измѣненіе въ данномъ юридическомъ отношеніи. Ничего болѣе!

Опять и здѣсь крайне трудно установить какія-либо общія правила для противодѣйствія эффекту такихъ симулированныхъ сдѣлокъ. Новый нѣмедкій кодексъ не входитъ вовсе въ подробности и ограничивается короткими общими положеніями, коихъ практическое примѣненіе несомнѣнно будетъ встрѣчать не мало трудностей.

Вотъ эти положенія: волеизъявленіе, которое сдѣлано по отношенію къ другому лицу, по соглашенію съ нимъ—*только для виду*,—ничтожно. Если такую (т.-е. для виду совершенной) сдѣлкой прикрывается другая, тогда имѣютъ быть примѣнены тѣ правила, дѣйствию коихъ принадлежала бы прикрытая сдѣлка (§ 117).

Симулированная, притворная сдѣлка можетъ быть *совершенно призрачной*. Я вовсе не былъ долженъ цѣлому ряду лицъ, которыя предъявляютъ къ конкурсной массѣ свои требованія. Это призрачные долги, для коихъ нѣтъ никакихъ основаній, или основанія коихъ суть подложныя. Code civil говоритъ: *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* (1131). Вся трудность только въ томъ, чтобы *доказать* отсутствіе или подложность основаній этой призрачной сдѣлки, но это часто почти неодолимая трудность. Наша практика давно знаетъ это явленіе. Въ петровскомъ законодательствѣ строго взыскивалось не только съ самого несостоятельнаго за операціи этого рода, но и съ людей *подставою* принявшихъ заемное обязательство отъ несостоятельнаго *). Дѣйствующее законодательство объявляетъ недѣйствительными, въ числѣ прочихъ, договоры и обязательства, направленные къ *подложному перекрѣпленію* имѣній во избѣжаніе платежа долговъ (ст. 1529 г. 2). И такъ, здѣсь имѣется въ виду цѣлый обширный кругъ операцій, бесиліе коихъ основано на подложномъ составѣ волеизъявленія, въ чемъ бы ни заключался этотъ подлогъ, въ отсутствіи ли основаній или въ наличности основаній неподлинныхъ (*obligations sans cause, ou sur une fausse cause*).

Къ этому случаю общее положеніе Нѣм. Код., § 117 пер-

*) См. для примѣра указъ отъ 1700 г. въ II. С. З. № 1805; подобныхъ не мало въ Полномъ Собраніи Законовъ.

вый абзацъ, подходитъ несомнѣнно, также какъ art. 1131 С. с. и наша ст. 1529 п. 2 (ср. ст. 2014 п. 2). Но вопросъ—обни-
маетъ ли это *общее* правило всѣ случаи призрачныхъ или под-
ложныхъ сдѣлокъ и будутъ ли такія сдѣлки *ничтожными* и по
отношенію къ третьимъ—остается открытымъ *).

Гораздо ближе къ настоящему смыслу сдѣлки притворной,
симулированной, будетъ та сдѣлка, которая не есть *призрачная*,
не имѣющая никакой основы, а которая имѣетъ свою каузальную
основу или цѣль, но этой каузальной основы стороны, по тѣмъ
или другимъ соображеніямъ, не хотятъ выдать и замѣняютъ ее
другой каузальной основой или цѣлью, которая есть вымышлен-
ная. Въ этомъ случаѣ мы имѣемъ собственно *два сдѣлки*, одну,
которой содержаніе должно быть скрыто (диссимулировано), и
другую, которая своимъ составомъ должна скрыть или закрыть
первую сдѣлку. Иногда случай этой подлинной симуляціи очень
близко подойдетъ къ фидуціи. Напр., мы не находимъ возмож-
нымъ, по простымъ фактическимъ неудобствамъ, совершать заем-
ное письмо и облакаемъ собственно заемную сдѣлку въ образъ
поклажи, достигая этимъ достовѣрности факта врученія извѣст-
наго количества денегъ и удаляя, затѣмъ, всѣ крайне различные
по существу элементы строенія сдѣлки займа и поклажи какъ
незначущіе для насъ. Мы маскируемъ одну сдѣлку другой и въ
массѣ случаевъ, давая составу сдѣлки неподвижной нѣкоторую
подвижность, приходимъ къ тому же практическому результату
какъ при сдѣлкѣ съ невыраженнымъ основаніемъ **). Здѣсь, нату-
рально, также возможны неожиданности какъ и при всякомъ
нелегальномъ способѣ дѣйствія ***). Другой образецъ сдѣлки симу-
лированной будетъ налицо въ томъ случаѣ, когда мы облакаемъ
сдѣлку безмездную, дареніе, въ возмездную, куплю-продажу, съ
цѣлью обойти законъ, который запрещаетъ дареніе между супру-

*) Бэръ безусловно противъ выраженія ... сдѣлка ничтожна въ указанномъ
выше параграфѣ 117-гмъ Нѣм. Код. смыслѣ. Его аргументація любопытна
(см. Контрпроектъ стр. 28 примѣч. къ § 112). Въ указанномъ параграфѣ Нѣм.
Код. не видно послѣдствій, которыя „ничтожная“ сдѣлка можетъ повлечь за
собою по отношенію къ третьимъ лицамъ, особенно если въ ея совершеніи
соучаствовали публичные органы (Regelbergger Pandekten стр. 517, § 141 и
прим.). Съ явленіями этого рода мы будемъ имѣть случай не разъ встрѣтиться
въ курсѣ.

**) Изъ сдѣлокъ „неподвижныхъ“ (по терминологіи Бринца) наиболѣе для
этой дѣли пригоденъ конечно заемъ, который хотя не представляетъ собою
абстрактнаго обѣщанія суммы, но все же *обѣщаніе суммы* и будетъ имѣть
силу не только когда въ основѣ лежитъ реальная *дача суммы*, но и въ такихъ
случаяхъ, гдѣ дачи не было, и заемнымъ обязательствомъ покрываются долги,
возникшіе по другимъ основаніямъ (т. X ч. 1 ст. 2017).

***) Неудобства дадутъ себя чувствовать въ случаѣ пропаянныя принятыхъ
на сохраненіе денегъ и въ разныхъ комбинаціяхъ конкурснаго производства
(см. частью ниже указ. на ст. 2114 т. X ч. I).

гами (въ латинской и многихъ, кромѣ нашей, современныхъ системахъ), или дарственное отчужденіе родовыхъ имуществъ (въ нашемъ правѣ).

Для этихъ обоихъ случаевъ указанная нами выше ст. 117 Нѣм. гражд. улож. (второй абз.) дала бы такой результатъ. Для перваго случая—вмѣсто поклажи мы имѣли бы признать силу заемной сдѣлки. Буквально то же даетъ намъ ст. 2114 т. X ч. I (см. особенно удачную практику кассационн. департ. по Гаугеру). Для втораго случая мы имѣли бы признать наличность не купли-продажи (сдѣлки притворной, симулированной), а наличность сдѣлки дарственной, которая подлежитъ инвалидаціи со стороны заинтересованныхъ (родичей), ибо безмездное отчужденіе родовыхъ имуществъ воспрещено въ ихъ интересахъ (ст. 967 т. X ч. I).

Мы видѣли, такимъ образомъ, рядъ случаевъ, гдѣ составъ волеизъявленія есть вымышленный, въ смыслѣ полной его прозрачности, или замѣны подлиннаго волеизъявленія притворнымъ, и во всѣхъ случаяхъ послѣдствія далеко неодинаковы. Въ одномъ случаѣ сдѣлка ничтожна и не способна имѣть никакого юридическаго эффекта, по крайней мѣрѣ для самихъ договаривающихся. Въ другихъ случаяхъ задача юриспруденціи состоитъ въ томъ, чтобы раскрыть сквозь призракъ, сквозь симуляцію, подлинный юридическій составъ волеизъявленія и обсудить силу сдѣлки по этому ея составу. Для силы сдѣлки рѣшающимъ будетъ, стало быть, волеизъявленіе дѣеспособнаго лица, направленное на измѣненіе цивильныхъ правоотношеній въ предѣлахъ извѣстнаго института (см. выше, стр. 635 и 636), и притомъ *волеизъявленіе подлинное, соответствующее дѣйствительно происшедшему юридическому событію.*

На ряду съ рассмотрѣнными случаями отклоненія волеизъявленій отъ ихъ *нормальнаго* юридическаго состава мы имѣемъ еще два случая такихъ же отклоненій. Это, во-первыхъ, такъ назыв. *reservatio mentalis*, и во-вторыхъ, волеизъявленія несерьезныя. Ни тотъ, ни другой не разработаны въ нашей дѣйствующей системѣ, хотя и тотъ и другой несомнѣнно извѣстны нашей практикѣ. Для насъ здѣсь оба эти отклоненія отъ нормы любопытны потому въ особенности, что на нихъ выдерживаетъ пробу ученіе о *волеизъявленіи*, которое мы положили въ основу строенія сдѣлки, замѣняя этимъ прежнюю основу ученія, которую указывали *ex самой воли*, во внутреннемъ, а не во внѣшнемъ ея моментѣ.

Для перваго случая мы возьмемъ примѣръ изъ нашей практики, который приводили уже выше. Я приобретаю вещь въ совершенно нормальныхъ, въ юридическомъ смыслѣ, для возмездной

сдѣлки, купли-продажи, условіяхъ, и затѣмъ доказываю совершенно убѣдительнымъ образомъ, что приобрѣтеніе было мною совершенно безъ нормальнаго для подобныхъ случаевъ намѣренія имѣть эту вещь какъ собственность, а съ исключительной цѣлью раскрыть слѣды преступленія, для чего мнѣ было необходимо нужно имѣть эту вещь въ рукахъ какъ свою.

Это настоящая *reservatio mentalis*. Мы спрашиваемъ, слѣдуетъ ли допустить инвалидацію сдѣлки въ виду несомнѣнно доказанной *именно этой цѣли приобрѣтенія*, или нѣтъ? и если не слѣдуетъ, то по какимъ соображеніямъ?

На этотъ вопросъ послѣдователи ученія о *воли* какъ основѣ сдѣлки (*Willenstheorie*, см. выше стр. 707 и слѣд., 721 и слѣд.) отвѣчали и должны были отвѣчать, конечно, *утвердительно*, ибо *воли* приобрѣсти вещь въ данномъ случаѣ у покупателя дѣйствительно не было.

Но давая послѣдовательный, въ смыслѣ принципа, отвѣтъ, писатели этого лагеря не могли не видѣть, что они, при помощи *reservatio mentalis*, открываютъ возможность колебать силу любой сдѣлки по этому до времени скрытому и въ надлежащую минуту выставляемому мотиву *отсутствія воли*.

Въ виду этого необходимо было искать такъ или иначе выхода изъ трудной позиціи. И мы видимъ, что выхода дѣйствительно ищутъ, и притомъ такого, который далъ бы въ результатѣ отвѣтъ *отрицательный* не по однимъ только практическимъ неудобствамъ положительнаго отвѣта, а по *внутреннимъ основаніямъ*, которыя не допускаютъ ссылки на *reservatio mentalis* какъ на поводъ для инвалидаціи сдѣлки.

Одинъ изъ виднѣйшихъ послѣдователей *Willenstheorie* въ нѣмецкой литературѣ, покойный проф. Бернгардъ Виндшейдъ, конструировалъ свой отвѣтъ такъ. Инвалидировать сдѣлку ссылкой на *reservatio mentalis* нельзя *потому, что право не можетъ допустить чтобы кто-либо ссылался на собственную ложь* *).

Отвѣтъ по истинѣ неожиданный!.. Если сила сдѣлки *держится на воли*, то какое же можетъ быть основаніе мѣшать раскрытію, когда бы то ни было и какимъ бы то ни было способомъ, подлинной основы сдѣлки, *настоящей воли*, въ замѣнъ волеизъявленія, которое было ложнымъ? Такого основанія быть не можетъ! Съ этой точки зрѣнія путь къ истинной воли долженъ быть всегда открытъ. — Другой вопросъ, *отчего* Виндшейдъ не допускаетъ

*) Pandekten 8-ое изд. т. I стр. 324 (§ 75 примѣч. I c.): die Mentalreservation ist deswegen unwirksam weil das Recht nicht zugestehen kann, dass Jemand sich auf seine Lüge berufe. Тутъ же вся предшествующая литература.

замѣны лжи истиной въ этомъ вопросѣ о подлинной волѣ? Оказывается, что справиться съ принципомъ подлинной воли совсѣмъ не легко, когда рѣчь идетъ не о теоретическихъ построенияхъ, а о практическомъ примѣненіи такихъ ученій. Невозможность, прямая практическая невозможность примѣнить это ученіе и заставляетъ Виндшейда пресѣчь путь къ раскрытію истины въ замѣнѣ лжи, да одновременно съ этимъ порѣшить собственно и со всей Willenstheorie, которая оказалась совсѣмъ неспособной выдержать настоящаго практическаго искуса.

Мы вовсе не держимся этой основы въ ученіи о силѣ сдѣлки. Для силы сдѣлки мы не изслѣдуемъ психическихъ процессовъ, которые должны были предшествовать волеизъявленію. Если волеизъявленіе не есть вынужденное и не заключаетъ въ своемъ составѣ признаковъ существенной для этого состава и притомъ извинительной ошибки, то весь вопросъ, *почему захотѣлъ N* купить, продать, нанять, занять, подарить — есть для насъ безусловно праздный. Это *ничего* для сдѣлки *незначащія рѣчи*. Мы имѣемъ въ правѣ, въ правѣ гражданскомъ, въ юридической сдѣлкѣ, дѣло вовсе не съ подлиннымъ психическимъ процессомъ. Это для насъ невѣсомыя, *imponderabilia*. Этого нельзя ни счесть, ни опредѣлить по нашему методу. Мы имѣемъ дѣло съ волей въ извѣстныхъ ея проявленіяхъ, съ тѣмъ, что мы выше назвали *внутреннимъ формализмомъ воли* (см. выше стр. 702 и слѣд.).

Если покущикъ утверждаетъ, что онъ *не имѣлъ намѣренія* приобрести вещь чрезъ куплю, а покупалъ, чтобъ раскрыть слѣды преступленія, то это можетъ быть правда, но такая, которая ничего не измѣняетъ въ юридическомъ эффектѣ сдѣлки. *Намѣреніе приобрести вещь мы разумѣемъ не въ смыслъ внутреннихъ побужденій для этой операціи* (вещь понравилась, подошла кстати, можетъ пригодиться, выгодно перепродамъ, уличу мошенника и проч. подобное), а въ смыслѣ чисто формальнаго *animus domini acquirendi*, такого намѣренія, которое все вылилось вполне и окончательно въ самой сдѣлкѣ — *купи продажи*, и никакому колебанію подъ вліяніемъ предшествовавшихъ внутреннихъ процессовъ (перестала нравиться, оказалась не нужна, никто не покупаетъ, слѣдовъ преступленія, а можетъ и самого преступленія вовсе нѣтъ) не подлежитъ, пока не послѣдуетъ *новаго волеизъявленія*, или новой сдѣлки, въ которой обнаружится другое *юридическое* намѣреніе, другой *animus*, напр., *animus domini transferendi* и проч.

Вотъ въ чемъ мы рознимся по этому вопросу отъ послѣдователей Willenstheorie. Мы тоже не допускаемъ инвалидировать

сдѣлеу посредствомъ такъ назыв. *reservatio mentalis*; по основанія наши инья. Для насъ внутренніе психическіе мотивы не существенны ни для возникновенія, ни для эффекта сдѣлки, а посему, если бѣ было доказано, что они вовсе не тѣ, какимъ слѣдовало быть, то мы этому обстоятельству не даемъ никакого значенія и въ вопросѣ объ инвалидаціи сдѣлки (см. § 116 Нов. Герм. Гражд. Улож.). Нѣмцы даютъ еще любопытный примѣръ *reservatio mentalis*. Н дѣлаетъ починъ подписки на памятникъ такому-то, выражая при этомъ полную увѣренность, что подписка никогда не достигнетъ необходимой суммы, и что платить подписныхъ денегъ не придется. Подписка, однако, сверхъ чаянія, пошла очень удачно и достигла положеннаго предѣла. Натурально Н не въ правѣ отказать въ уплатѣ, ссылаясь на указанную *reservatio mentalis*.

И такъ, критерій внутренняго формализма волеизъявленія мы выдерживаемъ всюду, и примѣненіе его къ разсматриваемому вопросу ограждаетъ вполне солидность сдѣлки и обезпечиваетъ интересы правильнаго гражданского обмѣна.

Послѣдній вопросъ, которому нынѣ даютъ видное мѣсто въ ученіи о внутреннемъ строеніи сдѣлки, есть вопроса о несерьезномъ (шутливомъ) волеизъявленіи. Если шутка очевидна для лица, къ коему волеизъявленіе обращено, то оно натурально останется безъ юридическихъ послѣдствій. Но если бы шутка осталась неразгаданной во-время, и волеизъявленіе было бы принято какъ серьезное, то указаніе на шутливый его характеръ не избавитъ такого шутника отъ неудобныхъ для него послѣдствій его шутки *).

Волеизъявленія *несерьезныя* являются нерѣдко подъ вліяніемъ упадка сознанія, который можетъ въ свою очередь быть вызванъ болѣзною или внѣшнимъ афектомъ, напр. опьяненіемъ. Къ такимъ волеизъявленіямъ нельзя примѣнять, въ смыслѣ ихъ юридическихъ послѣдствій, тѣхъ критеріевъ, которые рассчитаны на нормальное состояніе дѣеспособнаго субъекта. Это будетъ временная, преходящая недѣеспособность, часто весьма трудно уловимая. Для устраненія опасности отъ такихъ состояній современное въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній общее право, наше дѣйствующее и новое германское уложеніе, не даетъ иныхъ средствъ, кромѣ внѣшнихъ, обрядныхъ реквизитовъ волеизъявленія, о чемъ мы скажемъ въ послѣдствіи. Въ отдѣльныхъ случаяхъ

*) Ср. §§ 118 и 122 Нов. Имп. Улож. По этимъ вопросамъ не мало потрудился Иосифъ Колеръ (Kohler) въ рядѣ статей въ *Jahrbücher Jhering's* (Bd. 19 и 23), также Hartmann (тамъ жѣ Bd. 20).

вся гарантія сознательной дѣятельности ограничена удостовѣреніемъ соучаствующихъ въ сдѣлкѣ лицъ, что совершающій ее находился въ это время въ состояніи здравого ума и твердой памяти. Тутъ возможны, натурально, ошибки и злоупотребленія; но доказательство болѣзненнаго состоянія, бреда, опьяненія, по существу дѣла, крайне трудно. Если бы, однако, эти условія волеизъявленія могли быть доказаны, то сдѣлка, совершенная въ состояніи временного ослабленія или помраченія сознания, подлежала бы инвалидаціи по тѣмъ же принципамъ и въ тѣхъ же предѣлахъ, въ коихъ законодательство допускаетъ инвалидацію сдѣлокъ лицъ недѣеспособныхъ.

Широко ставить условія инвалидаціи сдѣлокъ по поводу временной потери сознания, особенно при опьяненіи, которое достигнуто не поневолѣ, было бы опасно для надежности юридическихъ волеизъявленій, ибо состояніе опьяненія, потери сознания, и его степени, нетрудно симулировать; а затѣмъ нѣтъ основанія облегчать уклоненія отъ гражданской отвѣтственности для лицъ невоздержныхъ.

Вопросъ о лицахъ, пользующихся болѣзненными состояніями волеизъявляющаго для своихъ цѣлей, стоитъ, натурально, совершенно особо отъ вопроса о силѣ юридической сдѣлки.

В. РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

ОБРЯДНАЯ СТОРОНА СТРОЕНІЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СДѢЛКИ.

§ 54.

Обрядности волеизъявленій.—Сдѣлки обрядныя или формальныя въ юридическомъ смыслѣ.—Юридическія обрядности съ исторической и практической, съ личной и общественной точки зрѣнія.—Декларативный и конститутивный характеръ обрядностей.—Болѣе или менѣе тѣсное сочетаніе сдѣлки съ релігизомъ формы.—Разные способы формальнаго волеизъявленія.—Скудость обряда въ дѣйствующей системѣ.—Причина явленія.—Обрядность *рпчей*.—Русская старина.—Памяти *устыгъ* сдѣлокъ.—Письмо какъ *corpus negotii*.

Для того чтобы воля лица вызвала въ каждомъ конкретномъ случаѣ, какъ *causa efficiens* извѣстнаго событія, ту или другую переменную въ юридическихъ отношеніяхъ, недостаточно одной ея наличности, необходимо еще, чтобы она была субъектомъ сдѣлки

выражена *) и при томъ выражена извѣстнымъ образомъ. Реквизитъ волеизъявленія для состава сдѣлки мы разобрали выше въ рядѣ ученій о *внутреннемъ формализмѣ воли* (стр. 702, 721 и слѣд.). Въ дальнѣйшемъ нашу задачу будутъ составлять *способы внѣшняго выраженія воли* или ученіе объ *обрядности волеизъявленій, о наружномъ формализмѣ волеизъявленій*.

Мы ограничимся здѣсь (въ Общей части) немногими общими положеніями, частности же найдутъ мѣсто въ ученіяхъ объ отдѣльныхъ видахъ сдѣлокъ.

Есть сдѣлки, для существованія и юридическаго эффекта которыхъ необходимъ *опредѣленный обрядъ* волеизъявленія; есть другія, для коихъ *внѣшняя сторона* волеизъявленія *безразлична*. Мы ихъ называемъ обрядными, формальными, въ первомъ случаѣ, и безобрядными, неформальными, во второмъ.

Признаковъ этихъ, однако, далеко недостаточно, чтобъ имѣть въ *юридическомъ смыслѣ* достаточный критерій для различенія обѣихъ категорій сдѣлокъ. Лицо можетъ обставлять, по собственному усмотрѣнію, свои имущественныя операціи такой помпой, которую нельзя объяснить ничѣмъ, кромѣ его личныхъ склонностей. Безобрядная сдѣлка не станетъ отъ этого формальной или обрядной въ юридическомъ значеніи этой квалификаціи. Въ виду этого Савиньи, а за нимъ и Perring принимаютъ за рѣшающій для этой группировки сдѣлокъ критерій легальный, *объективный*, а не личный. Если обрядные реквизиты сдѣлки установлены объективной нормой, тогда и ея юридическій эффектъ будетъ, въ той или другой мѣрѣ, зависѣть отъ выполненія этихъ обрядностей, и сама сдѣлка должна быть разсматриваема какъ обрядная, формальная въ юридическомъ смыслѣ. Иначе это будетъ сдѣлка безобрядная, хотя бы соучастники и установили для

*) Въ ученіе о сдѣлкѣ входитъ, какъ было указано выше, только волеизъявленіе. Регельсбергеръ думаетъ, что воля какъ сущность мыслимая (Gedankending) вовсе не *выходитъ изъ міра внутренняго*, и то, что мы въ нравѣ называемъ волей есть лишь *отраженіе ея* (Pandekten, § 136). Но, прибавляетъ онъ, эта *неточность* не есть большая, чѣмъ, напр., въ сужденіи—лѣсъ зеленый, тогда какъ собственно таковымъ лѣсъ лишь отражается въ наблюдателѣ. Замѣтимъ по этому поводу, что для юридической техники сужденіе, воля выражена, также какъ—лѣсъ зеленый, не можетъ разсматриваться какъ *неточность*, ибо задача юриспруденціи не есть познаніе сущности вещей, и поправка Регельсбергера—воля отразилась, вмѣсто выразилась, будетъ для нашихъ цѣлей представлять *измѣнимую* точность; здѣсь тоже что въ измѣреніи времени, пространства, вѣса, гдѣ мы также не идемъ далѣе извѣстныхъ, необходимыхъ для юридической техники предѣловъ точности. Пусть наличность воли такъ или иначе была бы констатирована, независимо отъ ея *выраженія со стороны субъекта*, для насъ это не имѣло бы цѣны. Заключение о наличности воли отъ извѣстныхъ данныхъ, *facta concludentia*, не противорѣчатъ реквизиту выраженной воли, ибо, какъ увидимъ, въ извѣстныхъ условіяхъ и простое молчаніе—есть тоже волеизъявленіе въ юридическомъ смыслѣ.

совершенія ея тѣ или другіе реквизиты формы. При этомъ законъ можетъ предоставить заинтересованнымъ не одну обрядность, а нѣсколько, на выборъ сторонъ, отъ чего обрядный характеръ сдѣлки не измѣнится.

Необходимо, однако, чтобы несоблюденіе установленныхъ объективной нормой обрядностей сдѣлки *отражалось на ней самой*, а не на субъектѣ сдѣлки. Если бы всё послѣдствія невыполненія легальнаго требованія ограничивались, напр., удвоеніемъ сборовъ съ уклонившагося отъ платежа пошлины (напр. гербоваго сбора), безъ всякаго ослабленія силы сдѣлки, то требованія этого рода, конечно, касались бы только лица, а вовсе не самой природы сдѣлки, которая можетъ, при этомъ, въ юридическомъ смыслѣ остаться безобрядною.

Мы убѣдимся въ дальнѣйшемъ, при разсмотрѣніи отдѣльныхъ способовъ обряднаго волеизъявленія, что требованія объективныхъ нормъ въ вопросахъ этого рода не представляютъ собою ничего произвольнаго, а наоборотъ, обыкновенно очень рельефно выражаютъ общее состояніе культуры въ данную эпоху и въ данномъ обществѣ *). Замѣтимъ здѣсь только, что отдаленнымъ эпохамъ и невысокому уровню культуры вовсе не соответствуетъ простота и безформенность сдѣлокъ, а скорѣе наоборотъ, упрощеніе обрядностей достигается успѣхами культуры и общимъ подъемомъ ея уровня. Мы утверждаемъ это для такой сферы волеизъявленій, гдѣ волеизъявленіе рассчитано на *юридическій эффектъ*, на высшее свойство опредѣленности, извѣстности и надежности правоотношеній, а не на простой фактической ихъ эффектъ.

Независимо отъ историческаго освѣщенія вопроса объ обряд-

*) Въ общемъ эту сторону вопроса разрабатывали не юристы исключительно, а въ особенности историки, которые ставили себѣ цѣлью освѣщеніе успѣховъ сознанія и культуры съ помощью любыхъ бытовыхъ данныхъ, языка, религіи, права. Таковъ Grimm, котораго знаменитое изслѣдованіе von der Poesie im Recht появилось въ Zeitschr. f. d. geschichtl. R. Wissenschaft. Въ свое время Michelet Origines du droit franç. cherchées dans les symboles et formules 1837, передавалъ французскому ученому міру эти изысканія, обогащая ихъ своими работами. Новое изд. Origines Michelet сдѣлалъ Faguet. Нынѣ между историками нѣмецкаго права, дающими этимъ вопросамъ богатое освѣщеніе изъ общихъ бытовыхъ данныхъ, впереди стоитъ Brunner. У французовъ Glasson, Henri Beaulme (Droit coutumier français, особ. 3-ій т., Les contrats, 1889 г.). Мы не беремъ на себя исчерпывать этого вопроса; съ нѣкоторыми частностями встрѣчимся впоследствии. Для русскаго права разработка историческая этихъ проблемъ идетъ частью въ связи съ задачей изученія обычнаго права, и тоже опять съ общими проблемами изученія языка, вѣрованій, правовъ. Богатѣя указанія читатель найдетъ въ сочин. проф. О. И. Леонтовича Старый земскій обычай, о коемъ скажемъ ниже. Необыкновенною жизненностью взглядовъ на эти вопросы отличаются давнишнія работы Ihering'a, изъ лучшей поры его литературной дѣятельности. Обращаемъ особое вниманіе читателя на блестящія обобщенія въ §§ 43—47 Geist'a.

ности волеизъявлений, юристы давно уже ставили себя задачу разъяснить практической смысл обрядной обстановки юридических актов вообще, сделок в особенности. Савиньи различал здесь две стороны дела. Прежде всего, думает он, осложнение волеизъявлений в вопросах права обязательным обрядом имѣетъ всегда большую цѣну для лицъ совершающихъ сделку, стало быть, в субъективномъ смыслѣ. Рѣдко сознание содержания, значенія сделки и рѣшимость вступить в нее созрѣваетъ у человека вдругъ. Обыкновенно этому предшествуетъ нѣкоторое колебаніе, за которымъ слѣдуетъ рѣшимость. Обрядная обстановка сделки нерѣдко очень содѣйствуетъ тому, чтобы *пробудить* в субъектѣ соответствующее серьезности акта настроеніе *). Ihering прямо называетъ обрядность будильникомъ сознания. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что во многихъ случаяхъ, гдѣ волеизъявленіе могло быть не серьезнымъ (у человека большого, съ сознаниемъ смущеннымъ какимъ-либо аффектомъ вѣшнимъ, испугъ, опьяненіе), обрядность способна послужить сигналомъ тревоги, передъ которымъ отступить слабая, незрѣлая воля.

Это одна сторона дела. Но на ряду съ этимъ юристы даютъ высокую цѣну обрядности волеизъявлений съ точки зрѣнія удобства, которая доставляетъ хорошо рассчитанный формализмъ цѣлямъ извѣстности правоотношеній въ широкихъ кругахъ лицъ заинтересованныхъ. Это точка зрѣнія общественная, — *объективная*, по выраженію Савиньи, преимущества сделокъ обрядныхъ передъ безобрядными. Ihering обращаетъ, съ этой точки зрѣнія, особое вниманіе на легкость, быстроту обмена, сбереженіе труда и времени, которая получаютъ в результатѣ хорошо выработанной и приуроченной къ цѣли наружной стороны волеизъявленій. Это то же, что чеканъ монеты, который избавляетъ насъ отъ необходимости изслѣдовать всякій разъ достоинство металла, опредѣлить его вѣсъ. При массовомъ обменѣ стереотипный обрядъ юридическихъ волеизъявленій имѣетъ в этомъ смыслѣ большую цѣну.

При этомъ значеніе, которое даетъ законъ соблюденію обрядовой стороны волеизъявленія в составѣ юридической сделки, есть далеко не одинаковое.

Есть обрядности, рассчитанныя главнымъ образомъ на удобство судебного осуществленія притязаній, основанныхъ на сделкахъ. Вѣ этихъ случаяхъ невыполненіе обряда влечетъ за собою

*) ...in dem Handelnden den Zustand gesammelter Besonnenheit zu wecken. (System III, стр. 238).

только нѣкоторое замедленіе или неудобство въ достиженіи цѣли сдѣлки, не дѣлая вовсе волеизъявленія ничтожнымъ. Эта обрядность только *декларативнаго* характера. Образцовъ легко указать множество въ любой системѣ (см., напр., по Code civil реквизи́тъ письма для сдѣлокъ на сумму выше 150 фр., art. 1341 и слѣд.; по нашему общему праву такой же реквизи́тъ формы въ ст. 2045, 2046, 2047 т. X, ч. I).

Совершенно другое дѣло, когда выполненіе обряда составляет самый *corpus negotii*, и безъ него вовсе не существуетъ сдѣлки, хотя бы въ данномъ случаѣ было совершенно легко доказать наличность безобряднаго волеизъявленія. Въ такихъ случаяхъ указанная объективной нормой обрядность волеизъявленія будетъ составлять *конститутивный* реквизи́тъ строенія сдѣлки, безъ котораго она вовсе не существуетъ. Примѣромъ можетъ служить реквизи́тъ письма для волеизъявленій на случай смерти, который устанавливаетъ наша дѣйствующая система. Н., находясь въ здоровомъ умѣ и твердой памяти (ст. 1061), сдѣлалъ, въ присутствіи совершенно достовѣрныхъ свидѣтелей, волеизъявленіе о своемъ имуществѣ на случай смерти (ст. 1010), но сдѣлалъ его устно (ст. 1023), и эта несомнѣнная воля умершаго не будетъ его духовнымъ завѣщаніемъ, ибо *законнымъ*, въ смыслѣ обрядности, будетъ только такое волеизъявленіе, которое совершено на письмѣ.

Такая *связь сдѣлки съ воплощающимъ ее обрядомъ* можетъ быть болѣе или менѣе неразрывная. Обрядность можетъ быть необходима какъ конститутивный реквизи́тъ *возникновенія* сдѣлки (заемное письмо, которое затѣмъ утрачено при какой-либо случайности), или еще и въ извѣстной стадіи ея *осуществленія* (домашнее завѣщаніе явлено по смерти завѣщателя и утверждено въ надлежащемъ порядкѣ), или, наконецъ, самое существованіе сдѣлки можетъ быть неразрывно связано съ наличностью данной формы, въ которой воплотилось волеизъявленіе (нѣкоторые виды предъявительныхъ бумагъ, не допускающихъ амортизаціи, напр. купоны).

Мы подвергли, такимъ образомъ, нѣкоторому анализу обрядовую сторону волеизъявленія. Мы указывали пока однѣ выгодныя стороны юридическихъ обрядностей и наружныхъ обличій волеизъявленія. Но это не одна ихъ сторона. Обрядности часто могутъ тяготить обмѣнъ, а въ этихъ случаяхъ здравые интересы общезитія ищутъ обойти ихъ по возможности безъ вреда для существа дѣла. Вме́стѣ съ успѣхами культуры множество формальныхъ реквизи́товъ волеизъявленія отзываютъ свое время,

уступаютъ мѣсто обрядамъ менѣ тяжелымъ, менѣ обременительнымъ для гражданскаго обмѣна и, наконецъ, открываютъ все болѣе и болѣе простора для такихъ способовъ изъявлять волю, которые необходимы, совершенно независимо отъ требованій легальныхъ нормъ, для того, чтобы обезпечивать за ними достовѣрность, прочность, огласку, которая существенна для предполагаемаго эффекта сдѣлки. Такимъ образомъ, на болѣе высокихъ степеняхъ культуры мы находимъ въ этой области права, на ряду съ остатками стараго формализма и обрядности въ юридическихъ волеизъявленіяхъ, множество сдѣлокъ, производящихъ весь свой юридическій эффектъ совершенно независимо отъ какой-либо специфической торжественности, къ которой обязываетъ объективное право, при наличности простѣйшихъ безобрядныхъ средствъ изъявлять свою волю, письма, слова, знака, даже молчаливаго допущенія совершиться событію, о наступленіи коего лицо было своевременно освѣдомлено и, въ случаѣ нежеланія допустить тотъ или другой его эффектъ для себя, могло въ этомъ смыслѣ, въ смыслѣ протеста, изъявить свою волю.

Эту смѣну обрядныхъ и необрядныхъ способовъ волеизъявленія мы прослѣдимъ въ дальнѣйшемъ, рассматривая отдѣльные способы или средства, какія право признаетъ какъ необходимыя или достаточныя для совершенія юридической сдѣлки.

Что касается *отдѣльныхъ способовъ обряднаго волеизъявленія*, то ихъ можно насчитать весьма много. Это можетъ быть знакъ, смыслъ котораго вполне опредѣлился въ юридической практикѣ, символъ, слово, письмо, тотъ или другой способъ оставлять письменный слѣдъ волеизъявленія, соучастіе обрядныхъ свидѣтелей, общины, органовъ, удостоверяющихъ юридическія событія, суда, администраціи, органовъ власти церковной и свѣтской, начиная отъ низшихъ до высшихъ ея представителей. Къ числу формальныхъ реквизитовъ сдѣлки могутъ принадлежать реквизиты мѣста (торгъ, площадь, биржа, судъ, храмъ) и времени (дни, *dies fasti, nefasti*; у насъ различія церковныя и свѣтскія; также часы дня).

Если духъ формы и обряда составляетъ продуктъ извѣстнаго состоянія общества, то, натурально, въ процессѣ развитія формъ и обрядностей юридическихъ легко наблюдать нѣкоторую закономерность и преемственность формъ и обрядовъ волеизъявленія, соответствующую уровню развитія общественнаго сознанія и замѣну тяжелыхъ и грубыхъ способовъ выраженія понятій и актовъ воли болѣе совершенными, простыми и легкими средствами достигать тѣхъ же цѣлей.

На службу юридических актов, для вѣшняго ихъ выраженія, идетъ впереди *знакъ*, знаменіе (signum), эмблема, символъ, образъ. Въ исторіи права раньше другихъ способовъ волеизъявленія мы видимъ такіе, которые въ образномъ видѣ выражаютъ мысль, дѣлаютъ ее осязательною для сознанія, не привычнаго къ абстракціямъ. Съ помощью такихъ демонстрированныхъ, осязательныхъ признаковъ для слабой мысли невидимое (власть, господство) становится видимымъ (мечъ, копье), отдаленное—близкимъ (дернъ, колокъ шерсти, осколокъ колоны), скрытое—явнымъ (необходимость *лицомъ* показать чего именно требуютъ, „оже лица не будетъ, дати ему желѣзо“, обрядное прикосновеніе, вѣсы). Обрядовая сторона юридическихъ актовъ, съ ихъ знаками и условной обстановкой, неизбѣжно сопровождаетъ первоначальныя явленія юридическаго обмѣна во всѣхъ его видахъ. Эту же привязанность къ вѣшнему, къ обряду, къ принятой обстановкѣ легко наблюдать и нынѣ въ жизни наиболѣ консервативныхъ классовъ общества. И на ряду съ этимъ для насъ важно отмѣтить, что эта черта въ дѣйствующемъ нашемъ гражданскомъ правѣ и процессѣ не только мало замѣтна, но положительно менѣ замѣтна у насъ, чѣмъ въ обиходѣ западной цивилизной практики и цивилизнаго процесса. Изъ всего, что можно назвать символической обрядностью при совершеніи гражданскихъ сдѣлокъ у насъ, почти не осталось слѣдовъ въ составѣ т. X ч. I. Это развѣ *передача вещи или вводъ во владѣніе*, которому законъ присвоиваетъ извѣстное значеніе въ вопросѣ объ укрѣпленіи правъ на имущество, *надбраніе* заемнаго документа, коимъ въ коммерческомъ судѣ доказывается платежъ, если документъ при этомъ переданъ должнику и не будетъ доказана иная цѣль такого дѣйствія *), врученіе задатка, какъ *знака* состоявшейся сдѣлки, удары молотка при аукціонахъ. Эту скудость обрядного въ официально дѣйствующихъ способахъ волеизъявленія нельзя объяснить отсутствіемъ преданій или потребности въ обрядахъ этого рода. Причина лежитъ въ томъ, что источникомъ дѣйствующихъ нормъ служило не обычное наше право, какъ во многихъ западныхъ системахъ, а почти исключительно указная дѣятельность стараго времени.

Болѣе свободнымъ и болѣе гибкимъ становится духъ формы, когда на службу для выраженія воли приходитъ *слово*. Исто-

*) Въ практикѣ нашихъ судовъ извѣстенъ случай такой передачи документа въ руки должника (куп. Плотниковъ въ Воронежѣ) *съ цѣлью написать новый*, чѣмъ должникъ рѣшилъ воспользоваться для доказательства уплаты долга.

рики права замѣчаютъ, однако, что и на самомъ словѣ долгое время лежитъ печать тоже извѣстной обрядности. Для знаменованія юридическихъ волеизъявленій далеко не безразлично употребленіе той или другой *verborum solennitas*, тѣхъ или другихъ обрядныхъ рѣчей, коими обмѣниваются лица при совершеніи сдѣлокъ и въ процессѣ. Этой обрядностью рѣчей очень изобилуютъ старые наши памятники сдѣлокъ и процесса, на коихъ несомнѣнно лежитъ печать строгости и условности. Русская Правда именно указывала обрядность рѣчей, когда требовала, чтобы стороны въ процессѣ извѣстнымъ образомъ вызывали другъ друга или обмѣнивались рѣчами: *не рчи* ему мое, а *рчи* ему табо: поиди на сводь..., по сего *рчи* емлю то;... *нелзъ рещи*: не вѣдаю у кого купилъ. Также не только для сторонъ, но и для послуховъ. Псковская судная грамота опорочиваетъ послушество, когда *послухъ недоговоритъ или переговоритъ*, требуя явно формальнаго тожества рѣчей сторонъ и людей, на коихъ стороны *шлются*. Также, наконецъ, и много позже, въ Судебникѣ: „а хотя и *не великимъ словомъ* не договорилъ—(указъ къ Судебнику 21 авг. 1556 г.). *Формализмъ слова* удерживается въ процессѣ и въ XVIII в., во времена Татищева, когда истецъ проигралъ процессъ, потому что, указавъ свидѣтелей, „не домолвилъ *и на тѣхъ шлося*“ *), — также *nimia subtilitas*, приводящая къ той крайности, *ut vel qui minimum errasset, litem perderet*.

Слово, рѣчь, въ этихъ условіяхъ служить средствомъ юридическаго волеизъявленія сторонъ и свидѣтелей (послуховъ) далеко не какъ обыденный способъ обнаруженія мысли, воли. Для силы слова часто нуженъ сопровождающій его обрядъ, извѣстный ритуаль, особая способность къ этому акту со стороны волеизъявляющаго, которую далеко не всѣ имѣютъ. Это *юридическій* актъ, а не простой разговорный обмѣнъ мыслей, для котораго не нужно никакихъ формальныхъ реквизитовъ. Точно также не въ любой обстановкѣ рѣчь производитъ свой юридическій эффектъ. Обмѣнъ рѣчей имѣетъ нормально произойти передъ *людьми*, на міру,

*) Образцы этого формализма слова прекрасно собраны у П. И. Вѣляева (Очерки права и процесса въ эпоху Русской Правды въ Сборникѣ правовѣдѣнія V и Специальное назначеніе судей и судебн. грам. въ древне-русскомъ процессѣ, тамъ же VIII). Также въ изслѣдованіи Jobbé-Duval *Etude historique sur la revendication des meubles 1881 г.* и параллельно съ этимъ *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les romains ero же 1896 г., tome premier, la procédure par le pari (agere per sponsionem)*. Также особенно въ трудахъ Brunner'a, на которыхъ основываются послѣдующіе писатели (особ. Jobbé-Duval) и которые соединены изъ разрозненныхъ журнальныхъ статей въ собраніи сочиненій *Forschungen zur Gesch. d. deutsch. u. französ. R. 94 г., стр. 272, 277 (Parole une fois volée ne peut plus être rappelée);* особ. статьи *Wort u. Form im altfranz. Proz.,* также *Die fränk-roman. Urkunde.*

гласно, передъ созванными для этого свидѣтелями-соучастниками, послухами, на торгу, на судѣ. Какая въ подробностяхъ необходима обстановка для юридическаго эффекта обрядныхъ рѣчей,— это зависитъ отъ свойства совершаемаго этимъ способомъ волеизъявленія. Иной разъ довольно гласно выразить рѣшающую волю въ кругу своихъ, семьи; въ другихъ случаяхъ необходимо соучастіе свидѣтелей изъ другого, болѣе широкаго круга лицъ, родичей, общины того или другого состава, сосѣдской, поземельной, людей одного сословія, исповѣданія.

Такая обязывающая сила слова въ составѣ юридической сдѣлки держится несомнѣнно и нынѣ; но нынѣ перѣдко въ цѣляхъ упрощенія извѣстности содержанія сдѣлки устное волеизъявленіе сопровождается еще письменнымъ ея начертаніемъ. Письмо при этомъ можетъ не составлять существенной для перфекціи сдѣлки обрядности и служить только средствомъ легчайшаго заочинанія и воспроизведенія состава сдѣлки.

Это то же, что письменное начертаніе *обычныхъ* юридическихъ нормъ, которыя отъ этого не перестаютъ быть *jus non scriptum*. Невولينъ даетъ намъ въ своей Исторіи Рос. Гражд. Законовъ образцы такихъ *памятей*, въ которыхъ вполне отражается живой драматизмъ волеизъявленія сторонъ и послуховъ, тутъ же присутствующихъ и знаменующихъ этимъ свое *обрядное соучастіе* въ совершеніи юридическаго акта. Форма волеизъявленія есть или очень близкая къ латинской, въ первомъ лицѣ, „Се азъ такой-то“, или въ третьемъ „Се купи такой-то“ (новгородскіе акты); затѣмъ слѣдуетъ содержаніе акта, указаніе послуховъ „а на то послуси...“, иногда наименованіе писца, приложеніе печати, но безъ подписи соучастниковъ (стр. 51, 55). Такъ что весь письменный актъ представляетъ собою только *память* сдѣлки съ необходимой для ея юридическаго эффекта обстановкой.

Кто были у насъ, какъ и на западѣ, эти *писцы*,—не трудно угадать по общимъ традиціямъ грамоты и шеолы, которыя повсюду долгое время составляли обычное призваніе класса лицъ духовныхъ, у насъ въ особенности.

Но письмо не всегда составляетъ *только внѣшнюю* принадлежность сдѣлки, привходящій элементъ ея строенія. Мы имѣемъ весьма раннія указанія такого назначенія грамоты и письма, гдѣ явно этотъ способъ волеизъявленія образуетъ самый *corpus negotii*.

Это ясно изъ тѣхъ случаевъ, когда обладаніе грамоты составляетъ необходимое условіе, осуществленія права въ ней воплощеннаго и вмѣстѣ легчайшій способъ легитимациа для любого ея

обладателя. Такія грамоты были несомнѣнно извѣстны въ древне-русской, допетровской практикѣ сдѣлокъ (кабалы) *).

И такъ, внѣшніе знаки, рѣчь, письмо, съ тѣмъ или другимъ его значеніемъ для совершенія сдѣлки, составляютъ очень ранніе смѣняющаеся обрядные способы юридическихъ волеизъявленій.

Мы увидимъ впоследствии, что письменный способъ совершенія сдѣлокъ представляетъ значительное разнообразіе въ смыслѣ самого метода выполнения этого обряда.

§ 55.

Обрядности волеизъявленія (продолженіе).—Соучастіе свидѣтелей.—Значеніе его въ старыхъ бытовыхъ условіяхъ.—Качества послухова.—Слѣды послушества въ современныхъ системахъ, Code civil и наша дѣйствующая система.—Послушество какъ вспомогательная обрядность при совершеніи сдѣлки.—Эпоха переворота.—Теперьшніе реквизиты послушества.—Петровскія реформы.—Фискальный интересъ.—Сословный характеръ Екатерининскихъ установленій для укрѣпленія актовъ.—Очищеніе гражданскихъ институтовъ и развитіе общихъ способовъ corroborациі.—Нотариатъ на западѣ.—Нотариальное положеніе 14 апрѣля 1866 г.—Черты устройства, различіе способовъ содѣйствія.—Волеизъявленія безобрядныя.

Здѣсь намъ слѣдуетъ особенно остановить вниманіе на только что указанномъ старинномъ обрядномъ реквизитѣ совершенія сдѣлки непременно *съ соучастіемъ свидѣтелей*, которые тутъ же присутствуютъ, сидятъ, передъ которыми и происходитъ формальное волеизъявленіе. Для силы сдѣлки можетъ не быть достаточнымъ, въ смыслѣ формальныхъ ея реквизитовъ, ни одно слово, рѣчь, ни письмо, и быть совершенно необходимымъ волеизъявленіе именно *передъ людьми*. Это въ высшей степени характерная и живая сторона *всего вопроса о правотворящей силѣ сдѣлки*. Обрядность эта освѣщаетъ намъ не только историческую сторону вопроса; но она сохранила несомнѣнно рѣшающее значеніе въ отдѣльныхъ случаяхъ и для теперешней каутелярной практики.

*) Профессоръ Пересовъ въ своемъ трактатѣ Бумаги на предъявителя указываетъ *больша хартия* съ великокняжеской печатью, коими были снабжены великокняжескіе посланцы въ Константинополь, чтобы пользоваться ими, въ случаѣ необходимости кредитоваться, посредствомъ начертанія на этихъ бумагахъ заемныхъ обязательствъ, кабалы. Тутъ же указанъ образецъ кабалы на 80 р. съ клаузулой на ней: а кто съ кабалой на судъ станетъ, тотъ истецъ (стр. 70 и 71). Такихъ примѣровъ старая юридическая письменность даетъ не мало; см. напр. въ Актахъ до юрид. быта относящ. т. II стр. 3 и слѣд., гдѣ мы имѣемъ закладныя съ XIV в., на столб. II закладная на полную дѣвку съ клаузулой: гдѣ ся закладная кабала выляжетъ, тутъ по ней судъ и праведъ, кто (съ) сею кабалою станетъ тотъ по ней истецъ (1663 г.); тоже см. стр. 16. На стр. 17 любопытный образецъ послушества при закладѣ жены за долю якутомъ, „а у закладной сидѣли шаманы“.

Необходимость обряднаго соучастія свидѣтелей, послуховъ, людей, мужей особенно рельефно выступаетъ въ старыхъ бытовыхъ условіяхъ, когда не только правоспособность отдѣльнаго человѣка, но и самое правосознаніе далеко не есть настолько объективное, какимъ мы его наблюдаемъ нынѣ, при дѣйствіи общеобязательныхъ легальныхъ нормъ и судебныхъ органовъ, обязанныхъ ех officio возстановлять нарушенное право. Въ условіяхъ субъективно-сознаваемого права нельзя сослаться на готовую объективную норму. Ея нѣтъ. Скрытое право надо еще раскрыть, обнаружить всякій разъ, и для поддержки его найти опору *въ людяхъ*. Вотъ на какой глубокой бытовой основѣ держится необходимость къ совершенію сдѣлки всякій разъ призывать живыхъ соучастниковъ, на коихъ собственно и будетъ держаться дѣйствительная ея крѣпость. Болѣе не на чѣмъ ей и держаться въ этихъ условіяхъ.

Какіе именно нужны въ отдѣльныхъ случаяхъ люди, — это зависитъ отъ содержанія сдѣлки. Мы указали на это выше. Это будутъ всегда *тѣ, кому ближе правоотношеніе, подлежащее измѣненію* по волѣ субъекта сдѣлки. Соучаствовать будетъ нормально или весь союзъ (семейный, родовой, поземельный и прочее), коего касается дѣло, или отдѣльные члены союза, болѣе или менѣе солидарные съ цѣлымъ.

Подтвержденіемъ для этого общаго обряднаго реквизита совершенія сдѣлки могутъ служить явленія латинскаго права на разныхъ ступеняхъ его развитія, нѣмецкаго, русскаго, безразлично, ибо необходимость этого соучастія комицій, союзовъ самаго различнаго типа, повсюду вызывается одной и той же причиною, глубоко лежащей въ состояніи правосознанія людей въ извѣстную эпоху его развитія *).

Мы остановимся здѣсь на одной формальной сторонѣ этого обряда. Такіе соучастники сдѣлки не фактически, а *юридически* соучаствуютъ въ ея совершеніи. Они нужны не для того, чтобъ выполнить какую-либо услугу фактическаго характера при со-

*) Для историческаго освѣщенія вопроса мы посвятили ему въ свое время особое вниманіе въ сочиненіи, вышедшемъ 35 лѣтъ назадъ подъ заглавіемъ „Источники права и судъ въ древней Россіи“. Москва, 1869 г. Русская юридическая литература не разъ принималась за разработку этой очень важной историко-юридической проблемы. Но едва ли гдѣ эта задача получила такую всестороннюю разработку, какъ въ замѣчательномъ трактатѣ О. П. Леоптовича „Старый земскій обычай“. Одесса, 1889 г. (изъ IV т. „Трудовъ VI Археологическаго съѣзда въ Одессѣ“), въ которомъ функція „мужей“, „послуховъ“ у сдѣлки и на судѣ поставлена опять въ тѣсную связь съ процессомъ образованія юридическихъ нормъ обычнаго права.

вершеніи сдѣлки, доставить вещь, сосчитать, записать, когда сдѣла не есть по существу письменная. Для совершенія такихъ дѣйствій не нужна ни гражданская правоспособность соучастника, ни разумніе существа юридической сдѣлки. Обрядные у сдѣлки свидѣтели суть именно соучастники *юридической операціи*. Отсюда слѣдуетъ, что это не могутъ быть *случайные свидѣтели событія*. Они должны быть *призваны къ такому соучастию*. Это не могутъ быть люди не знающіе языка, на которомъ выражена сдѣлка, чуждые общенія, особенно общности правосознанія съ субъектами сдѣлки. Они нормально суть мужи, откуда и старое обозначеніе ихъ дѣятельности словомъ *мужевать*. Стороны должны *ссылаться на нихъ* въ смыслѣ готовности ихъ содѣйствовать той сторонѣ, которая на нихъ *шлется*. Возможно, что отсюда образовалось ихъ названіе *послухами*. Они должны быть не только право-, но и дѣеспособные люди, стало быть, совершеннолѣтніе, ибо содѣйствіе ихъ передъ обществомъ, передъ судомъ, въ подтвержденіе юридической силы сдѣлки, только при этомъ условіи и можетъ быть юридически эффективнымъ. Какимъ способомъ этотъ соучаствующій союзъ или эти призванные къ содѣйствію совершенія сдѣлки люди, мужи, послухи, должны выразить свое обрядное соучастіе, на это нельзя дать общаго отвѣта. Все зависитъ отъ смысла, содержанія, значенія сдѣлки и особыхъ обрядностей, свойственныхъ данному виду волеизъявленій самихъ субъектовъ сдѣлки. И такъ, союзъ или призванные соучастники могутъ именно рѣчами, дѣйствіями выразить свое соучастіе въ совершаемомъ актѣ. Мы видимъ въ отдѣльныхъ случаяхъ мужей, которые *дѣлаютъ обходъ границъ* вмѣстѣ съ пріобрѣтателемъ поземельнаго участка, или послуховъ, которые *говорятъ въ тѣ же рѣчи*, что и стороны, *подписываютъ актъ, прилагаютъ печати*. Возможно, что они при семъ удостоверяютъ отдѣльные моменты, коими условливается юридическій эффектъ сдѣлки (т. X, ч. 1, ст. 1050). Соучастіе можетъ все ограничиться *молчаливымъ присутствіемъ* при совершеніи обряда, при заключительномъ его актѣ, при прочтеніи письменнаго текста. Возможно, наконецъ, что *простая осведомленность* извѣстнаго круга лицъ, независимо отъ какого-либо выраженія ихъ одобренія, при одномъ отсутствіи протеста, обнаруживаетъ тоже отказъ отъ права протестовать, коимъ тоже укрѣпляется юридическій эффектъ сдѣлки.

Эта старая, вѣковѣчная основа юридической силы акта, переживаетъ нерѣдко, какъ простой, но все же существенный для сдѣлки ритуаль, ту нѣбогда живую движущую силу, подъ вліяніемъ которой первоначально опредѣлялась, въ извѣстныхъ исто-

рическихъ условіяхъ, его необходимость *). Для насъ эта сторона дѣла здѣсь особенно любопытна. И такъ, старинныя, автономныя нѣкогда, союзныя формы давно отжили или вовсе свою силу въ вопросахъ права, права гражданскаго въ особенности, или удержали лишь слабые слѣды прежняго своего значенія, уступивъ прежнее свое значеніе нивелирующему вліянію государства, и, однако, обрядное послушество въ томъ или другомъ видѣ и съ тѣмъ или другимъ юридическимъ эффектомъ все же удержалось въ силѣ какъ необходимая обстановка сдѣлки.

Мы возьмемъ нѣсколько примѣровъ для освѣщенія этой тѣзы. Code civil ставитъ, какъ общій реквизитъ для занесенія въ акты гражданскаго состоянія какого-либо даннаго, явку личную или черезъ представителя самого заинтересованнаго въ сопровожденіи *призванныхъ* имъ свидѣтелей (*témoins choisis par les personnes intéressées, testes rogati*), которые должны быть *мужьями* (*ne pourront être que du sexe masculin ***), непременно *совершеннолѣтніе* (*agés de 21 ans au moins*). Запись въ актахъ имѣетъ быть *имъ прочитана* и ими или за нихъ *подписана*. Все, что въ этомъ старомъ обрядѣ измѣнилъ *période intermédiaire*, безслѣдно поглотившій такую массу остатковъ старой союзной автономіи, въ данномъ случаѣ—это развѣ безразличіе родственныхъ связей этихъ свидѣтелей съ заявляющимъ (*parents ou autres, art. 37*). Остальное удержалось въ томъ видѣ, какъ опредѣлилось изстари, въ совершенно другую эпоху правосознанія. Это живой остатокъ настоящихъ старинныхъ послуховъ-мужей, обрядныхъ соучастниковъ многочисленныхъ юридическихъ актовъ прежняго времени.

Мы имѣемъ въ составѣ дѣйствующаго законодательства нѣ-

*) Для стараго права это соучастіе живыхъ представителей правосознанія образуетъ въ составѣ юридической сдѣлки ту равнодѣйствующую, которую позже, вмѣстѣ съ волеизъявленіемъ, даетъ для силы сдѣлки объективная юридическая норма, или извѣстный институтъ (см. выше). Значеніе для юридической силы акта соучастія такихъ послуховъ тѣмъ выше, тѣмъ менѣе извѣстно право, тѣмъ менѣе выработаны его нормы; гдѣ есть установленная норма, обычная или легальная, тамъ въ силу этой извѣстности права роль свидѣтелей-послуховъ является уже только *субсидіарною*. Эта роль много значительнѣе, она носитъ характеръ *правотворящаго* соучастія, когда право находится въ состояніи предвсѣдующемъ нормѣ выраженной, въ состояніи скрытомъ. Въ сдѣлкѣ правосознаніе сторонъ и свидѣтелей изъ этого состоянія скрытой энергіи переходитъ въ новую фазу, выраженнаго въ соучастіи въ сдѣлкѣ состоянія; *latente Rechtssätze* изъ субъективно-сознаваемыхъ становятся опредѣлившимися, воплотившимися въ данномъ конкретномъ явленіи правосознанія. Натурально, тѣмъ левѣе сознается право какъ общая руководящая объективная норма въ видѣ сложившагося обычая или въ законѣ, тѣмъ передъ этимъ свѣтомъ сознанія больше и больше меркнутъ первые его проблески въ соучастіи свидѣтелей, призванныхъ дать юридическую силу сдѣлкѣ.

***) Законъ 7 дек. 1897 г. допустилъ къ этой роли свидѣтелей-послуховъ и женщинъ, но не мужа и жену одновременно (см. art. 37 Code civ. в Planiol v. I. n. 517).

которые, довольно слабые, остатки нѣкогда очень могущественной въ вопросахъ права союзной организаціи, именно родовой, сочлены коей въ извѣстныхъ предѣлахъ стѣсняють и нынѣ свободу распоряженія со стороны собственника имуществомъ, посвящимъ свойство родового. Если, однако, продавая родовое имѣніе, собственникъ *призвалъ* къ соучастію въ совершеніи купчей одного или нѣсколькихъ родичей, которые подписались на этомъ актѣ свидѣтелями (обрядными, послухами), то этимъ они настолько укрѣпили силу акта, что отчужденное имущество не можетъ уже быть ими опять возвращено въ родъ по праву выкупа *). Это живой остатокъ настоящаго юридическаго содѣйствія обрядныхъ свидѣтелей, служащаго для укрѣпленія силы волеизъявленія самаго субъекта сдѣлки. Здѣсь соучастіе, выраженное въ обрядѣ *письменнаго* совершенія сдѣлки, безъ котораго и сама главная сдѣлка не имѣетъ никакой силы. Но такое же соучастіе родичей, дающее крѣпость акту продажи родового имущества, можетъ быть и *молчаливымъ*, когда продажа родового имущества оглашается во всеобщее свѣдѣніе при аукціонѣ на удовлетвореніе долговъ собственника. Родичи здѣсь молчаливо, своимъ невмѣшательствомъ, укрѣпляютъ безповоротнo силу оглашенной такимъ образомъ сдѣлки съ тѣмъ же ровно эффектомъ, какъ призванные къ совершенію и подписавшіеся у купчей или въ крѣпостныхъ книгахъ рукоприкладчики и свидѣтели (ср. т. X, ч. 1, ст. 1347, 3 и 4, и 1362, 2).

Мы указывали выше, что въ допетровскую эпоху компетенція духовнаго суда обнимала, кромѣ ряда вопросовъ права брачнаго, еще и дѣла по наслѣдству, особенно по духовнымъ завѣщаніямъ. Особое основаніе близости власти духовной къ вопросамъ завѣщательнаго права условливалось возрѣніемъ на завѣщаніе какъ на актъ устроенія души отходящаго изъ сего міра. Свѣдущими въ этомъ дѣлѣ и содѣйствующими дѣли сдѣлки были, конечно, прежде всего лица духовныя, особенно отецъ духовный тестатора. Эти вѣрованія могли уступить времени; но въ обрядностяхъ, касающихся обстановки гражданскихъ сдѣлокъ, вездѣ упорно консервативныхъ, удержался и нынѣ совершенно живой слѣдъ господствовавшихъ въ старину вѣрованій. Въ виду этого, для solemnизированія духовнаго завѣщанія домашняго, писаннаго не са-

*) Мы не сомнѣваемся, что здѣсь послушество не связано исключительно съ правоспособностью *мужей*, ибо и женщины являются здѣсь равноправными съ ними сочленами родовой организаціи и сохраняютъ имуществу, къ нимъ поступившему и чрезъ нихъ наслѣдуемому, свойство родового. Этому начала равноправности вельзя, однако, расширять на всѣ случаи обряднаго послушества. См. ст. 1055 т. X ч. I.

мимъ завѣщателемъ, а имъ лишь подписаннаго, законъ и нынѣ требуетъ или трехъ свидѣтелей, или двухъ, если между ними находится *духовный отецъ* завѣщателя (ст. 1048). Это, однако, въ теперешнемъ общемъ правѣ одиноко стоящій памятникъ *старого послушества* у сдѣлки, не требующаго дальнѣйшаго осложненія юридическимъ соучастіемъ еще другихъ лицъ, официальныхъ. Во всѣхъ другихъ случаяхъ мы видимъ, что обрядные свидѣтели появляются у сдѣлокъ, совершаемыхъ съ участіемъ нотариуса и иныхъ официальныхъ агентовъ утвержденія ихъ силы. Таковъ даже тотъ второй взятый нами образецъ стараго послушества, который мы указали сейчасъ при сдѣлкахъ объ отчужденіи въ чужой родъ родового имущества.

Не будетъ ошибкой заключить, что эта старая обрядность, какъ *самостоятельный* способъ укрѣпленія силы сдѣлки, почти исчезла въ нашей теперешней каутеларной практикѣ. Послухи являются нынѣ скорѣе какъ *вспомогательная* обрядность при другихъ, внушающихъ нашему законодателю больше довѣрія.

Когда и какъ произошелъ этотъ поворотъ въ исторіи нашего права? Несомнѣнно, онъ составляетъ одну сторону того явленія, которое замѣтно повсюду, на западѣ и у насъ, именно разрушенія старинныхъ союзныхъ формъ, съ которыми связанъ былъ и прежній богатый источникъ правосознанія въ правѣ обычномъ. На западѣ, напр. во Франціи, это явленіе видно въ XVI вѣкѣ, гдѣ вмѣстѣ съ переработкой и гомологаціей обычаевъ, упадаетъ значенія свидѣтелей вообще. Но у французовъ обычай все же удержался какъ источникъ образованія кодекса, и въ самомъ кодексѣ понятіе *призванныхъ къ юридическому соучастію* свидѣтелей вполне ясно. У насъ тотъ же поворотъ произошелъ значительно позже, и притомъ много рѣзче.

Мы сейчасъ покажемъ подробно, откуда и какъ шло движеніе къ замѣнѣ стараго, вполне подручнаго и необходимаго для нѣкоторыхъ видовъ сдѣлокъ, способа обрядно обставлятъ ихъ совершеніе. Здѣсь замѣтимъ только, что этотъ поворотъ произошелъ главнымъ образомъ подъ вліяніемъ петровской реформы актуарной части. Тогда окончательно была разбита въ этой области автономія прежнихъ союзовъ, поглощеніе всѣхъ источниковъ права однимъ указомъ и замѣна соучастниковъ сдѣлки, свидѣтелей и вольныхъ дьяковъ, новыми официальными органами ея удостовѣренія.

Въ дѣйствующей системѣ свидѣтели у сдѣлокъ являются натурально не въ тѣхъ только случаяхъ, которые мы показали выше (духовная и купчая), а въ массѣ другихъ случаевъ, но

уже повсюду въ роли *субсидіарно-обрядной*. Общія опредѣленія о роли свидѣтеля у сдѣлки въ старомъ законодательствѣ, сохранившемся еще и нынѣ въ составѣ т. X ч. 1 для мѣстъ, гдѣ не введено нотаріальное положеніе 66 года, даются не самостоятельно, а въ связи съ Инетрувціей надсмотрщикамъ, выработанной главнымъ образомъ на основаніи петровскихъ и нѣкоторыхъ (особенно изъ царствованія Анны Исаковны) послѣдующихъ указовъ. Въ старыхъ изданіяхъ Свода они помѣщались въ ст. 809—816 (мы беремъ изд. 57 г., которое повторяетъ прежнія, мало ихъ измѣняя); въ новыхъ (съ 87 г.) тоже находимъ въ приложеніи къ ст. 708 стг. 67—72, въ изд. 1900 г. исключен. Достаточно сопоставить эти изданія, чтобы ясно видѣть, какъ исчезаютъ послѣдніе слѣды прежняго самостоятельнаго значенія обрядныхъ свидѣтелей. Въ изд. 57 г. даны положенія общія для свидѣтелей у актовъ, въ коихъ едва возможно узнать характерныя черты этихъ свободныхъ мужей, *призванныхъ* сторонами для юридическаго соучастія въ совершеніи сдѣлки, и на ряду съ этимъ общимъ правомъ поставлены партикулярности Литовскаго статута для губерній Черниговской и Полтавской, на которыхъ и въ этомъ видѣ легко узнать *подлинныя черты свидѣтелей* у сдѣлки, стало-быть, *конститутивныхъ* соучастниковъ акта, отличающія ихъ отъ свидѣтелей съ второстепеннымъ обряднымъ значеніемъ у нотаріальнаго акта, во многомъ уже приблизившихся къ *декларативной* роли, какую играютъ свидѣтели на судѣ, какъ простые *средства доказательства* сомнительныхъ для суда, здѣсь *для нотаріуса*, данныхъ.

По Литовскому статуту въ указанныхъ статьяхъ эти свидѣтели именно *призванные* сторонами, „*лично приглашенные*“ (ст. 809), сами прописывающіе въ рукоприкладствѣ родъ и существо акта (810), преимущественно *почетные мѣстные люди*, изъ помѣстныхъ дворянъ (814). Для общаго права всѣ эти черты очень затупевалы. Если это свободные граждане, то, конечно, далеко не изъ лучшихъ временъ республики, а изъ эпохи паденія, когда они съ охотой отдавали свои голоса за хлѣбъ и зрѣлица. Въ изданіи 87 г. въ указанныхъ стг. Приложенія къ ст. 708 уже не оказалось нужды напоминать Литовскій статутъ съ его почтенной стариной, ибо на мѣсто прежнихъ особенностей и тамъ стала общій нотаріальный порядокъ совершенія актовъ. Подлинныя черты стараго послушества стали чистой археологіей; а новое нотаріальное положеніе, взамѣнъ прежнихъ *лично приглашенныхъ мѣстныхъ помѣщиковъ, собственноручно прописывающихъ содержаніе акта*, ограничиваетъ цензъ самостоятельности

новыхъ послуховъ требованіемъ, чтобъ они не состояли на службѣ у нотариуса и въ особенности не находились у него въ услуженіи (см. тоже въ art. 10 loi du 25 vent. an XI для témoin instrumentaire, о чемъ ниже).

Въ общей нынѣ дѣйствующей системѣ роль свидѣтеля у сдѣлки опредѣляется положеніемъ о нотариальной части 14 апр. 1866 г., представляющимъ собою не обработку отечественныхъ источниковъ института, а прямое заимствованіе иноземныхъ уставовъ этого рода. По силѣ этого положенія свидѣтелями при совершеніи актовъ могутъ быть только совершеннолѣтніе, грамотные, извѣстные нотариусу лично (общія опредѣленія даются въ виду актовъ, совершаемыхъ съ соучастіемъ нотариусовъ) или по достовѣрному о нихъ засвидѣтельствуванію (ст. 86 Полож. 66 г.). Не могутъ быть свидѣтелями: а) лишенные правъ состоянія или права быть свидѣтелями; б) имѣющіе физическіе недостатки, указанные закономъ и мѣшающіе воспріятію и соучастію въ актахъ (слѣпые, глухіе, нѣмые), душевно-больные; в) незнающіе русскаго языка; д) лично заинтересованные въ совершаемой сдѣлкѣ; е) служащіе у нотариуса и его прислуга. Подлинное старое значеніе послушества слабо освѣщено въ этихъ новыхъ законоположеніяхъ.

Не въ одномъ этомъ видѣ послушества обнаруживается юридическая дѣятельность одного лица *вмѣстѣ* съ другимъ въ юридическихъ актахъ. То же самое видно еще и въ отдѣльныхъ институтахъ, напр., брачнаго права, гдѣ для вступленія въ союзъ супружескій требуется согласіе родителей, имущественныхъ сдѣлокъ несовершеннолѣтнихъ, когда сила сдѣлки укрѣпляется соучастіемъ попечителя въ ея совершеніи; но это формы соучастія, связанныя съ особыми институтами, а не общія. Мы тамъ съ ними и встрѣтимся.

Мы указали выше, что въ процессѣ историческомъ повсюду видна, вмѣстѣ съ успѣхами общественнаго сознанія и, конечно, съ развитіемъ обмѣна, замѣна обрядностей сдѣлокъ примитивныхъ болѣе совершенными и надежными. Тотъ же процессъ виденъ и у насъ. Звукъ и символъ уступили мѣсто слову, письму; простѣйшіе способы обряднаго свидѣтельства должны уступить мѣсто способамъ укрѣпленія болѣе надежнымъ и общимъ.

Мы не можемъ въ подробности прослѣдить здѣсь эту любопытную смѣну историческихъ формъ волеизъявленія и ея закономѣрность.

Замѣтимъ здѣсь только, что нѣтъ необходимости полнаго и внезапнаго вытѣсненія однихъ, болѣе простыхъ и доступныхъ

способовъ содѣйствія болѣе трудными, мало доступными, хотя бы и несомнѣнно болѣе надежными, какъ нѣтъ нужды въ вытѣсненіи однѣми легальными нормами иныхъ, менѣе совершенныхъ, но болѣе близкихъ къ правосознанію живыхъ общественныхъ группъ, юридическихъ нормъ, или новыми, хотя бы весьма совершенными союзными формами (акціонерная компанія) старинныхъ, простыхъ, но все еще крѣпкихъ и живыхъ народныхъ сочлененій.

Разсмотримъ же, какіе общіе признаки этой смѣны даютъ намъ наши историческіе памятники.

Первыя свѣдѣнія о юридическомъ содѣйствіи публичныхъ органовъ, именно высшей духовной власти, совершенію имущественныхъ сдѣлокъ приходятъ намъ изъ XII в. Объ одномъ изъ многочисленныхъ княжескихъ жалованій (Андрея Боголюбскаго Кіево-Печерской Лаврѣ) монастырямъ мы имѣемъ свѣдѣніе, что оно было внесено *въ книги Константинопольскаго патріархата*. Неволинъ не считаетъ этого извѣстія достовѣрнымъ *). Но если-бы это извѣстіе и было внѣ всякихъ сомнѣній, то, конечно, оно мало освѣтило бы характеръ *повседневнаго обихода* въ ту пору въ Россіи. Позднѣйшія извѣстія о соучастіи публичныхъ, духовныхъ и свѣтскихъ властей въ актахъ частнаго права идутъ къ намъ въ обилии изъ вольныхъ волостей и изъ московскаго государства и притомъ въ большомъ разнообразіи (Неволинъ, тамъ же). Наиболѣе типическій способъ такого соучастія заключался въ *письменномъ начертаніи акта, съ соучастіемъ послуховъ, площадными подъячими и яскъ, затѣмъ, акта въ то ведомство, къ которому актъ относится* по своему содержанію. Такимъ соучастіемъ публичныхъ органовъ достигалась вовсе не одна только частно-правная цѣль, но и ограждались интересы союза, коего ближе всего касался актъ, ибо для его совершенія нужны обрядные свидѣтели, обыкновенно члены этого союза, и охранялись интересы тягла и службы, очень рано начавшіе, особенно въ московскомъ государствѣ, играть весьма видную роль. Примѣровъ легко указать массу. Для духовныхъ завѣщаній явка совершается у епархіальныхъ архіереевъ. Для крѣпостей на вотчины и помѣстья въ помѣстномъ приказѣ, для дворовъ и дворовыхъ мѣстъ въ земскомъ приказѣ, для холоповъ—въ холопьемъ и т. д. Акты, совершаемые по городамъ, могли быть укрѣпляемы съ содѣйствіемъ мѣстныхъ воеводъ. Такія свѣдѣнія имѣютъ часто для насъ одинъ

*) Ист. Росс. Гражд. Зак. § 233, пр. 231 на стр. 53 2-й части изд. 57 г.

историческій интерес *). Самый способъ такого содѣйствія заключался, независимо отъ особыхъ приемовъ изслѣдованія внутренней стороны сдѣлки, *въ занесеніи акта въ подлежащія книги*, подписи на актѣ (на затыли) о справкѣ, приложеніи печати, со вскрытіемъ при семь разныхъ сборовъ. Ко времени Уложенія царя Алексѣя Михайловича этотъ порядокъ сложился, вполне оубрѣтъ и былъ утвержденъ какъ общій легальный обрядный способъ совершения актовъ самаго разнообразнаго содержанія **).

Въ общемъ этотъ порядокъ заключалъ въ себѣ несомнѣнно здоровыя начала публичнаго удостовѣренія частныхъ сдѣлокъ, совершенныхъ, съ соучастіемъ свѣдущихъ людей, посредствомъ регистраціи ихъ въ книгахъ должностныхъ лицъ. Но уже весьма скоро послѣ введенія въ дѣйствіе Уложенія мы находимъ, въ новоуказныхъ статьяхъ, признаки неудовлетворительности этого порядка. Онъ могъ представлять излишнюю сложность для совершающихъ сдѣлки, съ одной стороны; съ другой, мы видимъ на практикѣ многообразные обходы правильнаго способа совершения сдѣлокъ. Эти обходы направлялись повидимому къ тому, чтобы расширить свободный обмѣнъ имущества, особенно недвижимостей, *вопреки интересамъ разнообразныхъ союзовъ*, которые отвѣчали передъ центральною властью за исправность службы и тягла сочленовъ, владѣвшихъ обремененнымъ этимъ тягломъ и службой имуществомъ. Трудно, конечно, съ полной достовѣрностью разобратъ въ оцѣнкѣ этого порядка. Но вѣроятнѣе, что его слабыя стороны угрожали скорѣе интересамъ публичнымъ, чѣмъ частнымъ.

Наступившая въ самомъ концѣ XVII в. эпоха реформъ актуарной части характеризуется вся стремленіемъ дать *преобладаніе интересу публичному*, точнѣе—*фискальному*, надъ частнымъ въ

*) Не только акты по недвижимостямъ, но и сдѣлки по движимымъ вещамъ совершались съ содѣйствіемъ власти. Независимо отъ указаній Неволнова, см. особ. Акты до юрид. быта относящіяся т. III, 1884 г., напр. № 350, гдѣ списки съ записныхъ площадныхъ конекныхъ книгъ (конекія площадки голова Веденскихъ Ступаковъ съ товарищи совершаютъ рукоприкладство къ этого рода сдѣлкамъ). Тамъ же т. II, стр. 17, гдѣ при сдѣлкѣ *залога жены* якутомъ на 12 лѣтъ, подъ каковой закладъ взята этимъ якутомъ въ долгъ на 21 р. кобыла бережая (жеребая) и другіе предметы хозяйства, послухами у закладной сдѣлки *шаганы*. Тамъ же, № 147, XXV, изъ конца XVI в., обязательство продавца въ книги написать бучую на лѣвніе жены въ Помѣстномъ приказѣ въ Москвѣ къ извѣстному сроку подъ опасеніемъ неустойки. Утвержденіе акта лицомъ властнымъ или установленіемъ отмѣчается на самомъ актѣ *на затыли*, см. напр. тамъ же № 2 XXVI, XXVII, гдѣ виденъ обрядъ записи и справки въ Помѣстномъ приказѣ; то же въ № 148, XIX для двора городского въ земскомъ приказѣ; на четверть лавочнаго мѣста въ Приказѣ Большія Казны передъ окольнымичъ А. И. Ржевскимъ съ товарищи № 150, XVI и масса другихъ характерныхъ операцій.

***) Въ Уложеніи см. особ. гл. X, XVI, XVII, XVIII, XX (указаніе статей въ этихъ главахъ по Неволнову § 234 пригѣчания).

порядкѣ совершенія сдѣлокъ любого рода. Для этого прежде всего, начиная съ 1699 г., идутъ то очень крутя, то болѣе примирительныя мѣры къ тому, чтобъ дать публичнымъ писцамъ, площаднымъ подъячимъ Ивановской площади, постоянную обязательную организацію со слабыми признаками корпоративнаго строя и строгими началами легальной регламентаціи всей ихъ дѣятельности и подчиненіемъ надзору частью своихъ же отвѣтственныхъ сочленовъ, частью разныхъ властей и установленій, съ центральнымъ вѣдомствомъ сначала Оружейной Палаты, впоследствии Юстицъ-коллегіи. Не можетъ быть сомнѣнія, что задача Петра при этомъ заключалась вовсе не въ облегченіи гражданскаго обмѣна. Введеніе гербовой бумаги для совершенія актовъ ложилось значительной тягостью на всякаго рода акты, и дѣятельность новыхъ органовъ корроборациі была рассчитана прежде всего на неукоснительное поступленіе въ казну этой новой отрасли государственнаго дохода. Этимъ собственно довершается картина поглощенія дѣлъ частныхъ, челобитчиновыхъ, задачами общенародными, особенно „интересными“, которую мы дали выше, трактуя понятіе лица и вещи въ эпоху Петровскихъ реформъ (Введеніе, стр. 208).

Интересъ казны требовалъ величайшей централизаціи надзора за совершеніемъ актовъ, и эта цѣль шла впереди, преслѣдовалась неуклонно на счетъ удобствъ пользованія содѣйствіемъ такихъ центральныхъ установленій для совершенія сдѣлокъ въ мѣстахъ отдаленныхъ отъ центра. Это особенно ясно на обмѣнѣ съ недвижимостями, съ обладаніемъ которыми былъ связанъ интересъ службы. Сдѣлки этого рода могли быть совершаемы неограниченно только въ центральныхъ установленіяхъ, а въ мѣстахъ удаленныхъ отъ центра—только въ городахъ значительныхъ, гдѣ были Розряды, вѣдавшіе дѣла службы, и притомъ обыкновенно на небольшія суммы. Всѣ виды сдѣлокъ, подлежащія корроборациі публичныхъ органовъ и новой пошлинѣ, раздѣлены были на *разряды крѣпостей* по различію ихъ юридическаго эффекта и по размѣру сборовъ, коимъ эти крѣпости подлежали. Налогъ шелъ впередъ и размѣръ его былъ очень значительный. Съ купчихъ на недвижимости по указу о единонаслѣдіи брали по гривнѣ съ рубля. Въ связи съ этимъ преобладаніемъ фискальныхъ цѣлей надъ служебными для частныхъ лицъ, при этой новой системѣ, идутъ постоянныя уклоненія отъ тягостей и неудобствъ пользованія содѣйствіемъ публичныхъ органовъ для силы и дѣятельности актовъ и тяжелыя послѣдствія такихъ уклоненій для той и другой стороны.

Въ Екатерининскую эпоху, въ связи съ учрежденіемъ о губерніяхъ въ 1775 г., установленія для содѣйствія въ совершеніи гражданскихъ сдѣлокъ несомнѣнно *приближаются къ мѣстамъ и лицамъ*, имѣющимъ интересъ въ этомъ содѣйствіи. Юстицъ-коллегія, которая служила центральнымъ органомъ этой функціи, уничтожена, и совершеніе актовъ передано Гражданскимъ Палатамъ, Уѣзднымъ Судамъ, вѣрнѣе, состоящимъ при нихъ установленіямъ для крѣпостныхъ дѣлъ, а затѣмъ цѣлымъ разрядамъ маклеровъ и нотаріусовъ по разнымъ специальнымъ отраслямъ частноправныхъ сдѣлокъ (частные маклеры, маклеры слугъ и рабочихъ, ремесленныхъ управъ, судоходныхъ расправъ, цеховыхъ, магистраты и ратуши, словесные суды и проч. *).

Въ этихъ старыхъ бытовыхъ условіяхъ мы никоимъ образомъ не могли для охраны общихъ имущественныхъ интересовъ гражданъ выработать единой системы установленій судебныхъ, ибо право гражданское въ ту пору нельзя было отдѣлить отъ сословныхъ основъ всего государственнаго и социальнаго строя. Мы не могли, естественно и въ связи съ этимъ, имѣть и общихъ установленій для публичной корробораціи гражданскихъ сдѣлокъ. Вся актуарная часть также распадалась на разныя группы, на отдѣльныя, специфическія задачи, какъ были разбиты установленія судебныя, какъ разобщены были и самыя нормы и самыя институты гражданского права, въ коихъ была масса элементовъ розни и крайне мало началъ общности. Если что-либо продолжало связывать всю эту рознь гражданскихъ нормъ въ нѣкоторое единство (вышнее), то развѣ все тотъ же *интересъ фиска*, который продолжалъ стоять впереди всего, осложняя, замедляя, ставя на второй планъ дѣятельность всѣхъ нотаріальныхъ установленій на пользу заинтересованныхъ лицъ и выдвигая на первое мѣсто задачу сборовъ, гербоваго, пошлинъ крѣпостныхъ и иныхъ наименованій ото всѣхъ актовъ, которые требовали въ томъ или иномъ смелѣ содѣйствія публичныхъ органовъ и занесенія въ официально-достоверные реестры или книги. Въ банкрутскомъ уставѣ 1800 г. съ реквизитами нѣкоторыхъ формъ и обрядовъ при совершеніи сдѣлокъ и особенно съ требованіемъ веденія торговыхъ книгъ для торговыхъ операцій связаны были не только очень важныя юридическія послѣдствія, каково напр. опредѣленіе свойства несостоятельности, но на ряду съ этимъ стоящій на самомъ видномъ мѣстѣ опять интересъ фискальныхъ сборовъ. Александровская эпоха, какъ и петровское царствованіе, осо-

*) Подробности у Неволлина §§ 237—245.

бенно послѣ ряда разорительныхъ войнъ, поставила въ актуарной части задачи сборовъ вновь на первое мѣсто. На этотъ разъ борьба противъ налоговъ пошла со стороны людей торговыхъ, которые всячески избѣгали подчинять свои операціи обязательной записи въ торговыя книги, обремененныя тоже гербовой пошлиной. Спротивленіе было массовое. Согласно закону торговцы за уклоненія, кромѣ разныхъ невыгодъ, подлежали еще платежу пеней и судебнымъ преслѣдованіямъ. Количество неисправныхъ достигло такихъ размѣровъ, что отдавать подъ судъ приходилось едва не все купечество. Въ 24-мъ году, послѣ дѣлаго ряда понудительныхъ мѣръ, найдено было, по журналу Комитета Министровъ отъ 22 янв. и 26 февр. этого года, болѣе дѣлесообразнымъ отмѣнить отдачу подъ судъ за невыполненіе требованій закона, а начатыя дѣла прекратить, на что испросить Высочайшее соизволеніе, каковое 26 февр. 24 года и воспослѣдовало *).

Екатерининская система нотаріальныхъ установленій и старыя порядки актуарной части, съ частными видоизмѣненіями, удержались вплоть до эпохи великихъ реформъ. Это не могло быть иначе. Для того чтобъ старый, разбитый на массу специфическихъ органовъ и способовъ укрѣпленія сдѣлокъ, порядокъ уступилъ мѣсто новому, необходимо было, чтобъ на мѣсто привилегированной правоспособности стала гражданская правоспособность общая, для лицъ и вещей, чтобы на мѣсто сословныхъ судовъ и интересовъ защиты гражданскаго права, смѣшанныхъ съ задачами нецивильными (служба, тягло) и въ особенности съ фискальными дѣлами, наступили другія условія имущественнаго обладанія и способа защиты гражданскихъ правъ. Только въ связи съ этимъ измѣненіемъ всѣхъ старыхъ бытовыхъ основъ и очищеніемъ гражданскихъ институтовъ отъ нецивильныхъ примѣсей могли и должны были измѣниться и способы публичной корроборациі гражданскихъ сдѣлокъ, и только съ этой поры они могли стать общими для всего государства.

Время для этой реформы наступило вслѣдъ за освобожденіемъ крестьянъ и введеніемъ общихъ судебныхъ установленій по уставамъ 20-го ноября 1864 г. Актъ, которымъ установлена эта новая общая организація нотаріата и разработанъ общій порядокъ совершенія гражданскихъ сдѣлокъ съ содѣйствіемъ спеціально для этой цѣли назначенныхъ органовъ составляетъ Положеніе о но-

*) Ср. особ. В. Омина Собраніе узаконеній о векселяхъ, банкротствѣ и прочее 1826 г., заключающее въ себѣ обзоръ законодательнаго движенія по этимъ вопросамъ за продолжительную эпоху, особ. стр. 343 и слѣд.

таріальной части апрѣля 14-го 1866-го г., нынѣ входящее въ составъ тома XVI части первой. Съ тѣхъ поръ это новое Положеніе успѣло почти вовсе вытѣснить изъ практики не только старое приложеніе къ ст. 708 т. X ч. I, но распространилось и на губерніи Варшавскаго судебного округа и на губерніи прибалтійскія, съ нѣкоторыми видоизмѣненіями, какъ это видно изъ раздѣла V и VI Нотаріальнаго положенія въ его теперешнемъ составѣ въ т. XVI ч. I Св. Зак. Росс. Имп.

Содѣйствующимъ для совершенія гражданскихъ сдѣлокъ, какъ увидимъ позже, при обзорѣ отдѣльныхъ институтовъ, является у насъ не одинъ нотаріатъ. Но что нотаріатъ есть *главный и общій* органъ, котораго существеннѣйшая функція есть нынѣ именно *эта служебная для корроборации частныхъ сдѣлокъ*, въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія, хотя нотаріусы и нынѣ наряду съ этимъ, выполняютъ и другую функцію, отвѣчающую цѣлямъ фискальнымъ (ст. 193 и слѣд. Пол. о нот. ч.).

Такъ какъ самое установленіе нотаріальной части, хотя въ общихъ своихъ основахъ вовсе не чуждое и нашему старому праву, есть, въ его новомъ видѣ, несомнѣнно заимствованное, то въ дальнѣйшемъ для насъ не лишено будетъ интереса короткое обзорѣніе судьбы этого учрежденія на западѣ, откуда оно пришло къ намъ въ его теперешнемъ видѣ.

Еще въ Римѣ существовало однородное съ нотаріатомъ понятіе *tabelliones*, хотя тамъ нотаріатъ и не выработался въ теперешнія его формы и не исполнялъ современныхъ нотаріальныхъ функцій. Не играя видной роли въ латинской каутеллярной практикѣ, римскій нотаріатъ, эти *tabelliones*, пережили Римъ и были впоследствии утилизированы церковью, особенно и главнымъ образомъ для засвидѣтельствованія и закрѣпленія церковныхъ ординацій, даруемыхъ церкви пожертвованій и привилегій. Въ эпоху каролинговъ нотаріусы служатъ цѣлямъ публичнаго удостовѣренія собственно процессуальныхъ дѣйствій, и около этой функціи со временемъ развивается вся ихъ роль содѣйствующаго публичной достовѣрности многообразныхъ сдѣлокъ спеціальнаго органа. Въ 12 в. мы находимъ ихъ въ Италіи образующими уже могущественную корпорацію, дѣйствующую, сообразно своимъ статутамъ, на широкомъ пространствѣ тогдашнихъ разрозненныхъ земель и опирающуюся на авторитетъ императора или папы. Члены этой корпораціи, которой принадлежала сильно развитая дисциплинарная власть, дѣйствовали повсюду именно какъ органы удостовѣренія событий и сдѣлокъ важныхъ не только для частнаго, но и для публичнаго права. Эта форма нотаріата, самобытная и крѣп-

кая организація коллегіи нотаровъ, удерживалась въ Италіи во всю средневѣковую эпоху. Такъ какъ юридическая сила публично ими въ надлежащей формѣ удостовѣренныхъ актовъ, *instrumenta publicata*, признавалась и предполагалась безспорною, то въ услугахъ этой корпораціи прибѣгала и церковь, и свѣтскія власти, и городскія общины, и частныя лица. Коллегія нотаровъ достигла, такъ сказать, вселенскаго признанія надежности совершаемыхъ съ ея содѣйствіемъ юридическихъ операцій, и этимъ она была обязана могучему развитію корпоративнаго строя съ своей юрисдикціей на случай пререканій и столкновеній, которыя могли произойти между нотарями, съ одной стороны, и нотарями и ихъ клиентами, съ другой. Въ этой организаціи порядка и самоуправления общины нотаріусовъ лежалъ прочный залогъ ихъ независимости, а слѣдовательно, и способности правильно и надѣльнымъ образомъ удостовѣрять важныя для правовой жизни событія и акты. Съ этимъ значеніемъ и съ этими качествами италіанскій нотаріатъ привился очень хорошо во Франціи, поддерживаемый королевскою властью (*notaires royaux*), и выдержалъ тутъ не только всѣ другъ друга смѣнявшія системы государственнаго управления, но и большую революцію, такъ что нотаріатъ во Франціи и до сихъ поръ функціонируетъ самостоятельно, наравнѣ съ судомъ, съ значительною долею корпоративныхъ правъ, въ очень широкой сферѣ публично-достовернаго и необходимаго для частныхъ лицъ юридическаго содѣйствія. Во Франціи судъ никому не дѣлаетъ никакихъ услугъ, онъ только судитъ; всѣ формы *содѣйствія* частнымъ лицамъ въ ихъ юридическихъ актахъ лежатъ исключительно на обязанности *gens de la plume*, особенно нотаріусовъ. Совершенная съ *содѣйствіемъ* нотаріата сдѣлка способна приобрѣсти не только характеръ публично достоверной, но и подлежащей безъ содѣйствія суда исполнительному производству *).

Таково значеніе французскаго нотаріата. Что касается его организаціи, то существенныя стороны ея таковы. Это суть публич-

*) Sosthène-Berthelot, *Esprit, législation et jurisprudence du Notariat*. Эта небольшая книжка, кромѣ текста закона 25 Ventose an XI, содержитъ толкованія и защиту существующаго порядка отъ постоянныхъ покушеній его улучшить, въ формѣ переписки съ сыномъ (*cher Isidore*). По указан. пункту, авторъ говоритъ: *les actes notariés ont entre les contractants la force d'une loi et sont, comme les jugements et arrêts, exécutoires au nom de l'autorité souveraine sur la grosse ou copie qui en est délivrée par le notaire quand il y a lieu; car tous les actes ne sont pas susceptibles d'une exécution forcée* (стр. 27 и art. 19, стр. 132). Литература неисчерпаемая: есть энциклопедіи нотаріата (*Lansel et Didiot—22 vol.*), практическія руководства (*Defrénois, Traité pratique et formulaire général, 5 vol.*), періодическія изд. (тоже *Defrénois, Répertoire général du notariat*).

ныя должностныя лица (*fonctinnaires publics*). Но въ способѣ назначенія ихъ (по закону, служащему основой и теперешняго порядка, 25 марта 11-го года или 16 марта 1803 г.) *главою государства* (тогда первымъ консуломъ, art. 45), по *представленію предшественника* (*droit de présentation*), лежитъ существенное отличіе отъ общаго порядка опредѣленія на публичныя должности, ибо предшественникъ не представляетъ кандидата иначе, какъ за *денежное вознагражденіе*, обыкновенно очень высокое, соотвѣтственное доходности округа, который онъ вѣдаетъ (art. 5). Отсюда упрекъ въ продажности (*vénalité*). Отъ вступающаго въ нотаріусы требуется 25-лѣтній возрастъ, 6-лѣтній практическій искусь по части веденія дѣлъ у нотаріуса (art. 35, 36 и слѣд.), нравственная безупречность и обладаніе извѣстной степенью моральныхъ качествъ (art. 43), имуществомъ, довольно большихъ размѣровъ, цензъ и, наконецъ, вносъ опредѣленной суммы въ видѣ залога (art. 33, 34). Лицо, удовлетворяющее всѣмъ этимъ требованіямъ, можетъ вступить въ *сословіе нотаровъ* и вмѣстѣ съ симъ приобщается къ пользованію большими правами и обширною юрисдикціею, получая полномочіе удостовѣрять разнообразныя сдѣлки и акты. Надъ дѣятельностью нотаровъ учреждается надзоръ въ видѣ особой дисциплинарной камеры (*chambre de discipline*), задача котораго заключается частью во внутренней дисциплинѣ сословія, частью въ разсмотрѣніи возникающихъ между нотаріусами и ихъ клиентами споровъ и пререканій, которые разрѣшаются судомъ (Sect. III art. 50, 51 и слѣд. *).

*) Упраздненіе этого сочетанія публичныхъ и въ то же время состоящихъ какъ бы на откупѣ функций не можетъ быть произведено безъ вознагражденія заинтересованныхъ, а „выкупъ“ несомнѣнно представлялъ бы колоссальныя суммы. Между тѣмъ, обращеніе къ нотаріусу далеко не всегда есть дѣло вольное, ибо

Soit sous un seing-privé, soit devant un notaire
Toute obligation, tout contrat doit se faire,
Si l'on s'est occupé d'objets plus importants
Que la somme ou valeur de cent cinquante francs
(art. 1341, C. c. en vers).

Французскій кодексъ признаетъ *достоверными* (*authentique*), съ очень важными юридическими послѣдствіями, тѣ акты, которые совершены съ участіемъ *officiers publics*, имѣющими право совершать подобные акты (*instrumenter*) въ данной мѣстности (C. c. art. 1317); *la compétence des notaires est territoriale*. Соучастіе нотаріуса обязательно въ массѣ случаевъ, по дѣламъ семейнымъ (разводъ, *par consentement mutuel* по Code Napoléon, дѣла семейнаго совѣта, выборъ опекуновъ, акты раздѣла, пизведеніе правоспособности и дѣеспособности и веденіе списковъ этихъ лицъ), въ продажахъ съ аукціона, даровыхъ отчужденіяхъ имущества, въ массѣ договорныхъ сдѣлокъ, въ актахъ послѣдней воли, въ удостовѣреніи событій важныхъ для возникновенія и прекращенія правоотношеній, въ выдачѣ разнообразныхъ „документовъ“, въ храненіи актовъ и проч.

Учрежденіе французскаго нотаріата было реципировано Германіей въ началѣ XIX столѣтія, особенно тѣми областями ея, гдѣ введенъ былъ Code civil вскорѣ послѣ войнъ Наполеона I, какъ напр. въ Рейнскихъ провинціяхъ. Французскій нотаріатъ въ этихъ областяхъ, однако, былъ нѣсколько видоизмѣненъ въ ущербъ его самостоятельности въ томъ смыслѣ, что онъ подчиненъ надзору суда. Въ другихъ частяхъ Германіи, отчасти въ крупныхъ государствахъ, а по большей части въ мелкихъ, въ дѣлѣ установленія нотаріата существенную и часто рѣшающую роль игралъ вопросъ о доходности, которую имѣли въ виду извлекать изъ этого института, и мелкіе Landesherr'ы неохотно отъазывались отъ эксплуатаціи доходной статьи отъ нотаріальной функціи, которую они возлагали на своихъ личныхъ секретарей. Такая организація нотаріата, конечно, вредила его самостоятельности, вовсе не обезпечивала правильности его дѣйствій и достоверности сдѣлокъ, актовъ и событій, которыя онъ регистрировалъ, или которыя онъ удостовѣрялъ. Очевидно, принципъ *фискальный*, опредѣлявшій организацію нотаріата, въ корнѣ подрывалъ главную цѣль этого учрежденія—непоколебимую надежность нотаріальныхъ операцій.

Наряду съ этимъ во многихъ нѣмецкихъ и еще ранѣе въ славянскихъ земляхъ развивался особый видъ публичной корпорациі одной специальной области сдѣлокъ, именно по укрѣпленію и ограниченію правъ *на имущество недвижимыя*. Съ этимъ явленіемъ мы ознакомились частью выше, давая очеркъ способовъ укрѣпленія вотчинныхъ правъ по недвижимостямъ въ старомъ русскомъ правѣ. Весь этотъ вопросъ, въ цѣломъ, мы рассмотримъ лишь позже, въ связи съ системой современныхъ вещныхъ правъ по недвижимостямъ.

Что касается нашего Положенія о нотаріальной части, то для его генезиса существенно имѣть въ виду два исходные пункта, именно, что 1) образцомъ для него послужила нотаріальная организація во Франціи, и что 2) для его устройства у насъ реципированъ былъ не чисто-французскій порядокъ, а тотъ, который былъ установленъ въ Германіи и видоизмѣнилъ французскую организацію, въ смыслѣ подчиненія нотаріата надзору суда.

Завѣдываніе нотаріальной частью принадлежитъ старшимъ и младшимъ нотаріусамъ. Организація этихъ лицъ не корпоративная, а зависимая и подчиненная суду, подъ наблюденіемъ котораго нотаріатъ и исполняетъ свои функціи. Въ чемъ заключается эта зависимость и наблюденіе суда за дѣятельностью нотаріусовъ—это видно изъ разныхъ статей указаннаго Положенія.

Прежде всего, зависимость нотариата от суда выражается в самом способѣ назначенія нотариусовъ, которое предоставляется предсѣдателямъ судебныхъ палатъ (ст. 16 Полож. о нотар. части). Старшіе нотариусы назначаются *по представленію Министра Юстиціи Высочайшею властью* (Учр. Суд. Уст. ст. 212). Затѣмъ, общимъ образомъ опредѣляется, что „завѣдываніе нотариальною частью, *подъ наблюденіемъ судебныхъ мѣстъ*, поручается нотариусамъ и состоящимъ при нотариальныхъ архивахъ старшимъ нотариусамъ“ (ст. 1, Полож.). Въ этомъ положеніи сразу показанъ весь составъ нашего нотариата: *судебное мѣсто, старшій нотариусъ, нотариусъ и архивъ*. Наблюденіе суда надъ нотариатомъ не только пассивное, но можетъ, въ случаѣ надобности, осуществляться въ формѣ *разъясненія смысла законовъ*, которымъ нотариусы и обязаны руководствоваться. Рядомъ съ нотариальными учрежденіями для исполненія ихъ функций могутъ дѣйствовать и судебные органы въ лицѣ мировыхъ судей тамъ, гдѣ нѣтъ нотариусовъ (ст. 2, *ibid.*), а также временно и секретарь или другіе чиновники окружнаго суда (44, *ibid.*). Нотариусами могутъ быть только русскіе подданные, совершеннолѣтніе, неопороченные судомъ или общественнымъ приговоромъ, не занимающіе никакой другой должности ни въ общественной, ни въ государственной службѣ (5). Судебное завѣдываніе нотариальной частью, или наблюденіе за нею выражается еще и въ томъ, что *умнѣе нотариуса правильно излагать акты, знаніе формъ* нотариальнаго дѣлопроизводства и необходимыхъ для исполненія этой должности законовъ подлежатъ удостовѣренію особаго присутствія, состоящаго изъ предсѣдателя окружнаго суда, старшаго нотариуса и прокурора (15, *ibid.*). Въ Германіи, въ Прирейнскихъ ея провинціяхъ, отъ лица, желающаго быть нотариусомъ, требуется университетское образованіе. Нотариусы приносятъ установленную присягу; удаляются отъ должности они не иначе, какъ по суду (16, *ibid.*), кромѣ исключительныхъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ закономъ 24 апр. 87 г., къ коимъ примѣняется статья 59¹ Нот. полож. Характерная черта строенія новой нотариальной части заключается въ томъ, что главныя функции дѣятельности упражняются нотариусомъ *только въ своемъ округѣ*, такъ что связь дѣятельности старшаго нотариуса въ особенности съ нотариальнымъ архивомъ самая тѣсная и существенная (21, *ibid.*). Соблюденіе правилъ для дѣятельности нотариуса въ каждомъ подлежащемъ его вѣдѣнію дѣлѣ, т.-е. огражденіе интересовъ частныхъ лицъ, прибѣгающихъ къ услугамъ нотариата, въ другихъ государствахъ обезпечиваемое жалобами, приносимыми

въ особо для того установленные совѣты нотаріусовъ, у насъ гарантируется правомъ подачи жалобъ на нотаріуса въ окружный судъ (60, *ibid.*), причемъ срокъ ихъ подачи полагается двухнедѣльный, исчисляемый со дня отказа отъ исполненія своихъ обязанностей или со дня совершенія нотаріусомъ дѣянія, послужившаго предметомъ жалобы (61, *ibid.*). Жалобы вручаются непосредственно нотаріусу или старшему нотаріусу, причемъ они обязываются представить въ окружный судъ врученныя ему жалобы не далѣе семи дней со времени ихъ предъявленія, съ надлежащими объясненіями (62, *ibid.*). Искъ о вознагражденіи за причиненные дѣйствіемъ нотаріуса убытки предъявляется въ подлежащемъ окружномъ судѣ (64, *ibid.*). Нотаріусъ, для обезпеченія взысканія на случай неправильныхъ его дѣйствій, обязанъ представлять залогъ въ определенной суммѣ денегъ (8, *ibid.*).

Каждый нотаріусъ обязанъ вести: 1) *реестръ* для обозначенія всѣхъ актовъ, протестовъ, засвидѣтельствованій, явленныхъ у него обязательствъ и договоровъ, 2) двѣ *актовые книги* для записи актовъ совершенныхъ нотаріальнымъ порядкомъ, одну для актовъ о недвижимыхъ имуществахъ, другую для всѣхъ прочихъ, 3) *книгу* для записыванія *сборовъ*, 4) общій *алфавитный указатель* для всѣхъ актовъ и засвидѣтельствованій, 5) *вѣдомость* всѣмъ отдаваемымъ ему на храненіе *документамъ*, 6) *алфавитный указатель лицамъ*, которыхъ гражданская дѣеспособность умалена или восстановлена, по особ. формѣ (ст. 26). Это тоже подлежитъ надзору и ревизіи окружнаго суда (ст. 58).

Что касается до отношенія сторонъ, обращающихся къ услугамъ нотаріусовъ, къ симъ послѣднимъ, то тутъ важно отмѣтить слѣдующія черты. Стороны могутъ совершать акты *или домашнимъ порядкомъ, или явочнымъ* (нотаріальнымъ), причемъ, въ зависимости отъ того или другого способа совершенія, самые акты, по различности содержанія, приобрѣтаютъ ту или другую юридическую силу. Рядомъ съ актами, совершаемыми этими способами, имѣется еще кругъ актовъ, которые не могутъ быть совершаемы иначе, какъ съ *помощью нотаріуса*, и совершеніе которыхъ безъ его участія будетъ недействительнымъ. Таковы акты о переходѣ или ограниченіи правъ на недвижимыя имущества (ст. 66 и 157). Въ этомъ случаѣ содѣйствіе нотаріуса есть *составной элементъ сдѣлки*. Такимъ образомъ, есть кругъ актовъ и сдѣлокъ, для которыхъ содѣйствіе нотаріуса не имѣетъ значенія состава сдѣлки, и есть другой кругъ ихъ, гдѣ дѣятельность нотаріуса принадлежитъ къ составу сдѣлки. Это различіе актовъ и сдѣлокъ, по степени силы и значенія, которое имѣетъ

для нихъ содѣйствіе нотаріуса, для насъ чрезвычайно важно. Съ отдѣльными видами этихъ актовъ мы познакоимся позднѣе, въ спеціальныхъ частяхъ нашего курса.

Къ актамъ явочнымъ нашъ нотаріальный уставъ относитъ такіе, которые не совершаются нотаріусомъ, а лишь принимаются имъ, по силѣ 65 ст. Положеніи о нотаріальной части, къ засвидѣтельствуванію. Засвидѣтельствованіе можетъ касаться разныхъ предметовъ (128, *ibid.*): вѣрности копій, подлинности подписей, времени предьявленія документовъ у нотаріуса, нахождения лицъ въ живыхъ, заявленія объясненій отъ одной стороны другой, для того чтобы сдѣлать текстъ объясненія достовѣрнымъ, обстоятельства и время его врученія по принадлежности несомнѣнными, явки довѣренностей, заемныхъ обязательствъ, договоровъ, разнаго рода протестовъ, мировыхъ записей и прошеній и, наконецъ, явки третейскихъ записей. Затѣмъ, нотаріусъ участвуетъ также и въ совершеніи актовъ о переходѣ или ограниченіи правъ на недвижимыя имущества; но участіе нотаріуса въ этихъ актахъ есть лишь *подготовительное* дѣйствіе. Такъ, съ содѣйствіемъ нотаріуса пишутся условія о продажѣ дома, земли, о правѣ проѣзда, объ арендѣ, о правѣ пользованія недвижимостью и т. п. Съ его участіемъ совершается эта письменная работа, подготовляющая сдѣлку, но черезъ это сама сдѣлка, по которой отчуждается или пріобрѣтается недвижимость, не становится еще способной пересвоивать, передавать или ограничивать права на недвижимое имущество. Для этого требуется, чтобы сдѣлка, принявшая письменную форму съ неопредѣленнымъ содѣйствіемъ нотаріуса, была имъ совершена и затѣмъ утверждена старшимъ нотаріусомъ, на рукахъ котораго находится нотаріальный архивъ. Слѣдовательно, крѣпостной актъ, утверждаемый старшимъ нотаріусомъ, совершается тоже явочнымъ порядкомъ и только чрезъ утвержденіе старшимъ нотаріусомъ обращается въ крѣпостной (*ibid.*, ст. 66 и 157).

Для утвержденія старшимъ нотаріусомъ нотаріальнаго акта *выпись изъ актовой книги младшаго нотаріуса* должна быть предьявлена старшему нотаріусу въ годовую со дня совершенія акта срокъ (161, *ibid.*). Основаніемъ для утвержденія акта, заключающагося въ выписи, служить повѣрка титула лица, отчуждающаго имущество, и повѣрка способности этого лица совершать отчужденіе (167, 168 и прим. къ ней, 168¹ *ibid.*). И только послѣ этой повѣрки такой актъ для своего утвержденія *вносится въ крѣпостную книгу* (которую ведетъ старшій нотаріусъ), причемъ на самой выписи дѣлается надпись о ея утвержденіи, а

о внесении ея въ книгу—помѣтка въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, который также ведетъ старшій нотаріусъ (169, *ibid.*). Лишь съ наступленіемъ всѣхъ этихъ условій сдѣлка считается дѣйствительною. Лицо отчуждающее можетъ имѣть несомнѣнное желаніе и волю (напр. продать домъ), можетъ имѣть неоспоримое право привести ее въ исполненіе, можетъ, наконецъ, имѣть необходимую для того дѣеспособность, точно также всѣ необходимыя условія могутъ быть валидо и у пріобрѣтателя отчуждаемаго имущества,—и все-таки, нѣтъ соучастія нотаріуса въ сдѣлѣхъ отчужденія и пріобрѣтенія, нѣтъ и самой сдѣлки. На этой способности и на этомъ значеніи нотаріальнаго содѣйствія мы будемъ имѣть случай подробнѣе остановиться впоследствии, при разсмотрѣніи ипотечной системы и ипотечныхъ книгъ.

Мы разсмотрѣли, такимъ образомъ, различные способы обряднаго волеизъявленія въ юридическихъ сдѣлкахъ. На ряду съ указанными *общими* формами соучастія въ совершеніи юридическихъ актовъ публичныхъ органовъ, практика гражданскихъ сдѣлокъ знаетъ множество *особыхъ* видовъ соучастія въ тѣхъ или другихъ юридическихъ актахъ въ особенности. Таково особенно соучастіе *духовныхъ властей* въ удостовѣреніи актовъ гражданского состоянія, о чемъ было сказано выше, въ ученіи о лицѣ физическомъ. Такое же соучастіе мы находимъ во множествѣ случаевъ со стороны какъ *высшихъ органовъ власти свѣтской* (при учрежденіи заповѣдныхъ имѣній, утвержденіи уставовъ компаній, когда для нихъ испрашиваются особыя привилегіи, при передачѣ усыновленнымъ потомственными дворянами фамилій усыновителей *) , такъ и *низшихъ* (напр., волостного правленія, при коемъ ведется книга сдѣлокъ и договоровъ на сумму не свыше 300 р. и гдѣ могутъ быть свидѣтельствуемы духовныя завѣщанія сельскихъ обывателей до 100 р.) **). Соучастіе въ совершеніи сдѣлокъ имущественнаго и семейнаго права оказываетъ въ массѣ случаевъ и *власть судебная* въ нашей практикѣ. Укажемъ здѣсь, для примѣра, соучастіе компетентныхъ органовъ судебной власти въ актахъ ввода во владѣніе недвижимыми имуществами при переходѣ права собственности, соучастіе окружныхъ судовъ въ актахъ узаконенія и усыновленія по закону 16 марта 1891 г. ***).

Мы не имѣемъ интереса перечислять сколько-нибудь исчерпывающимъ образомъ этихъ отдѣльныхъ видовъ необходимаго

*) Т. X ч. I стр. 481, 2196, 2197, 152.

***) Общее полож. о крестьянахъ вышедшихъ изъ крѣпости. зависим. ст. 91 и примѣчанія (по Своду Узакон. и Распоряж. Горемыкина по изд. 1904 г.)

***) Уставъ Гражд. Суд. (т. XVI ч. I) ст. 1424 и слѣд., 1460 и слѣд.

обряднаго соучастія въ совершеіні юридическихъ дѣлъкъ тѣхъ или другихъ органовъ власти, съ чѣмъ встрѣтимся впоследствии при изложеніи отдѣльныхъ институтовъ гражданской системы.

Здѣсь намъ слѣдуетъ остановиться еще на слѣдующихъ общихъ вопросахъ. Мы видѣли выше, что, вмѣстѣ съ успѣхами культуры, тяжелыя обрядности, разсчитанныя на пробужденіе сознанія примитивными средствами, уступаютъ мѣсто болѣе простымъ методамъ волеизъявленій. Это, какъ было указано выше, прежде всего *слово*, затѣмъ *письмо*, осложненное нѣкоторыми обрядностями, разсчитанными на возможно болѣе тщательное и точное выраженіе волеизъявленій *), наконецъ, волеизъявленіе сдѣланное *любымъ*, совершенно безобряднымъ *способомъ*, лишь бы не было сомнѣнія въ томъ, что этимъ способомъ лицо дѣйствительно хотѣло изъяснить свою волю, пусть это будетъ *простое молчаніе*, которое, въ извѣстныхъ условіяхъ, можетъ также служить совершенно достаточнымъ средствомъ изъясненія воли.

Сфера обрядовыхъ волеизъявленій, вмѣстѣ съ успѣхами культуры, ограничивается тѣснымъ кругомъ дѣлъкъ, гдѣ обрядности необходимы по тѣмъ или другимъ специфическимъ соображеніямъ, и вмѣстѣ съ этимъ самое свойство обрядностей упрощается до возможнаго предѣла, за которымъ можно опасаться неясностей волеизъявленія.

Отъ несвободы и искусственности мы переходимъ такимъ образомъ къ свободнымъ и простымъ, естественнымъ способамъ волеизъявленій. Задача юриспруденціи въ разумѣніи и толкованіи актовъ частной воли становится вмѣстѣ съ этимъ нѣрѣдко болѣе трудной и требующей умѣнья и навыка со стороны толкователя.

Требованіе болѣе тяжелыхъ и съ этимъ вмѣстѣ стѣснительныхъ обрядностей удерживается въ области такихъ волеизъявленій, гдѣ 1) необходима неизбѣжная извѣстность даты волеизъявленія или ихъ послѣдовательности. Достигнуть этого часто нельзя иначе какъ при непремѣнномъ соучастіи публично-достоверныхъ записей (см. С. с. art. 1328). 2) Такое же формально-необходимое соучастіе не только публично достоверныхъ органовъ, но на ряду съ этимъ и содѣйствіе *печати*, необходимо въ ряду случаевъ, гдѣ извѣстное волеизъявленіе или событіе требуетъ, для своего юридическаго эффекта, его оглашенія въ болѣе или менѣе широкомъ кругу лицъ. При мѣровъ наша практика даетъ массу не только въ вопросахъ объ

*) Для письменной формы, когда средствомъ передачи волеизъявленія служить телеграфъ, Нов. Гер. улож. 96 г. даетъ общее положеніе въ ст. 127 и 126, повліявшее и на нашъ проектъ.

учрежденіи правоспособныхъ въ гражданскомъ смыслѣ союзовъ, въ случаяхъ *вызова* самаго разнообразнаго содержанія, но на ряду съ этимъ во множествѣ операций финансоваго и денежнаго характера, общихъ и частныхъ, съ оглашеніемъ коихъ посредствомъ печати законъ соединяетъ тотъ или другой юридическій эффектъ *). Наконецъ, 3) известныя обрядности необходимы въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ съ отдѣльной имущественной операціей (выпуски облигацій, акцій и проч.) соединяются особо-важныя въ общественномъ смыслѣ послѣдствія, напр. легчайшая оборотность выпущенныхъ цѣнностей.

За этими изытіями гражданскія сдѣлки, соединенныя нерѣдко съ весьма важными юридическими послѣдствіями, являются намъ нынѣ въ такомъ упрощенномъ составѣ обрядностей, что ихъ можно причислить къ самымъ безыскусственнымъ и простымъ актамъ волеизъявленія. Нѣкоторые образцы заслуживаютъ въ этомъ отношеніи особаго нашего вниманія. Таковы, напр., въ дѣйствующемъ французскомъ кодексѣ *testament holographe*, для исполнѣ законченнаго и эффективнаго въ юридическомъ смыслѣ совершенія коего законъ не требуетъ ничего, кромѣ *собственноручнаго* письменнаго начертанія своего волеизъявленія *въ цѣломъ его составѣ*, безъ всякихъ осложненій призывомъ свидѣтелей или явкой этого акта публично-достовернымъ агентамъ (art. 970). Нѣкоторое повышенное значеніе *собственноручному* начертанію акта послѣдней воли даетъ и наше законодательство (ст. 1046, 1048, 1051). Французскій *testament holographe* реципированъ новымъ Имперскимъ нѣмецкимъ гражданскимъ уложеніемъ (2231).— Съ разчетомъ только субъективнаго характера, для пробужденія вниманія и предупрежденія ошибокъ, законъ ставитъ осложненныя требованія письменнаго начертанія актовъ. Такъ, при указаніяхъ въ составѣ сдѣлки количествъ, суммъ, законъ требуетъ обозначенія ихъ не цифрами, а словами, или предписываетъ выполнять собственноручно цѣлый текстъ, которымъ устанавливается отношеніе соучаствующаго въ сдѣлкѣ лица, а не ограничиваться ссылкой на чужой текстъ. Это обрядъ, рассчитанный только на сосредоточеніе вниманія къ совершаемому акту! И такъ, Code civ. требуетъ для домашнихъ актовъ (*billet ou promesse sous seing privé*), если они не написаны съ начала до конца собственноручно, по крайней мѣрѣ подписи обязывающагося и *собственноручнаго* начертанія именно словами, а не цифрами, суммы или

*) На эту сторону дѣла въ ученіяхъ Общей части обратилъ должное вниманіе Franken Lehrbuch d. deutsch. Pr. Rechts. 94 г. § 14, стр. 131 и слѣд.

количества, составляющаго предметъ обязательства *). Нашъ законъ даетъ образецъ такого же значенія собственноручной *детальной письменной формы* во многихъ случаяхъ, особенно при совершеніи сохранный росписки, въ коей, кромѣ другихъ точныхъ показаній, опредѣляющихъ принимаемый на сохраненіе объектъ индивидуально, необходимо обозначить *сумму не цифрами, а прописью* (2111). Тоже, въ смыслъ начертанія собственноручно *всего текста*, въ указанномъ нами выше актѣ утвержденія сдѣлки свидѣтелями (послухами) по Литовскому статуту (т. X ч. I изд. 57 г. ст. 809).

Нотаріальное положеніе 1866-го г. требуетъ для актовъ, совершаемыхъ съ соучастіемъ нотариуса вообще, чтобы всякія суммы, числа, нумера и сроки означались *хотя одинъ разъ прописью* (ст. 99).

Наше законодательство вовсе не ставитъ общаго реквизита *письменности* для всѣхъ сдѣлокъ выше определенной суммы, какъ это мы видимъ во французскомъ кодексѣ, гдѣ для сдѣлокъ выше 150 фр. требуется для *доказательства на судѣ* письменное удостовѣреніе, противъ прямого содержанія котораго не допускаются свидѣтельскія показанія (art. 1341). Это совершенно иначе у насъ, гдѣ такого общаго реквизита письма нѣтъ, и обязательность *письменнаго совершенія* связана съ отдѣльными актами, а не съ любыми, превышающими по цѣлѣ известную сумму (ст. 1531). Не менѣе того наша практика, въ виду статей 409 и 410 Уст. Гражд. Судопр., ограничивающихъ допущеніе на судѣ свидѣтельскихъ показаній крайне тѣсными предѣлами, склонна расширять значеніе письма, какъ необходимой обрядности именно совершенія сдѣлки, гораздо далѣе прямыхъ требованій нашего гражданскаго кодекса **). Проектъ Гражд. Уложенія, кн. 1, касается этого вопроса кратко въ ст. 57—59. Статьи формулированы лишь самымъ общимъ образомъ и въ этомъ видѣ открываютъ широкое поле для споровъ.

Расширеніе требованія письма не только какъ средства доказывать на судѣ, но и какъ *конститутивного элемента для самаго состава сдѣлки*, не разъ заслуживало упрековъ французскимъ судьямъ въ нерадѣніи и въ прямомъ отказѣ въ правосудіи. Для суда дѣйствительно не можетъ быть ничего удобнѣе такого

*) Il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé, portant *en toutes lettres* la somme ou la quantité de la chose (C. c. 1326, 1327, см. еще ст. 1323).

***) Крайне любопытную и контроверзную практику нашихъ судовъ см. по изд. Влад. Гордона Уставъ Гр. Судопр. съ разъясненіями и проч. 1899 г. (теперь нов. изд.).

рода абсолютизма обрядныхъ требованій, особенно письменныхъ, для частныхъ сдѣлокъ. Это, однако, далеко не соответствуетъ ни интересамъ обмена, ни правильно истолкованнымъ требованіямъ закона, особенно когда законъ, какъ у насъ, допускаетъ совершеніе сдѣлокъ письменно и устно и указываетъ легальные ре-квизиты *совершенія сдѣлокъ* не для всѣхъ ихъ родовъ, а для каждаго вида отдѣльно (т. X ч. I ст. 1531) и не всегда съ одинаковыми послѣдствіями.

Независимо отъ такого рода прямо направленныхъ на из-явленіе воли болѣе или менѣ простыхъ и безобрядныхъ способовъ, наше законодательство даетъ намъ случаи, въ коихъ такого прямого воплощенія воли въ специфическую, хотя бы и свободную, форму вовсе не требуется, и не менѣ того волеизъявленіе и сдѣла юридическая все-таки будетъ налицо. Въ этихъ случаяхъ волеизъявленіе явствуетъ *изъ фактовъ, отъ которыхъ болѣе или менѣ лежо заключить*, куда собственно, къ какой цѣли направлено волеизъявленіе. Это какъ бы область *умизъ*, но не въ примѣненіи къ дѣяніямъ преступнымъ, а къ цивильнымъ волеизъявленіямъ. Такія событія или данныя, отъ которыхъ мы дѣлаемъ наши заключенія, *facta concludentia*, могутъ сами по себѣ носить или положительный, или только отрицательный характеръ. На этихъ ученіяхъ, особенно на молчаливомъ волеизъявленіи, мы не находимъ умѣстнымъ останавливаться въ изложеніи дѣйствующаго русскаго права, такъ какъ научное освѣщеніе этихъ довольно controверзныхъ проблемъ несравненно удобнѣе найти въ хорошихъ пандектныхъ курсахъ (Дернбурга, Regelsberger'a, Виндшейда *). Здѣсь мы ограничимся отдѣльными случаями такого безобряднаго волеизъявленія въ нашей дѣйствующей системѣ. Чтобы вступить въ наслѣдство со всѣми юридическими, крайне важными въ личномъ и общественномъ смыслѣ этого акта послѣдствіями (1258, 1259), нѣтъ необходимости облекать волеизъявленіе этого рода въ какую-либо специфическую, указанную закономъ форму, а вполне достаточно *владѣть и пользоваться наслѣдственнымъ имуществомъ въ личную себѣ прибыль* (1261). Для отсрочки заемнаго обязательства наше законодательство указываетъ специфическія формы (2040); но кассационная практика наша видитъ и *въ принятіи* залого-

*) Для вопроса о *facta concludentia*, для толкованія молчанія и общаго поведенія (*Gesamtvverhalten*) субъекта сдѣлки въ литературѣ нов. Герм. Гражд. Уложенія см. особ. Эпдеманъ (8е изд.) § 64 и прим. 7, 15 и друг.; особенно на совокупности данныхъ и на заключеніи о волѣ лица изъ его *Gesamtvverhalten* останавливается Hermann Isay *Die Willenserklärung im Thatbestande des Regchäfts* (1899), стр. 23 и слѣд., для *empfangsbedürftige* (стр. 37 и свѣд. 54) и *nicht empfangsbedürftig* (стр. 45, 61—63, 85, 86, 90—92).

держателемъ *процентовъ* достаточное данное, чтобъ заключить объ отсрочкѣ долга (см. Гаугеръ въ указан. ст. кассац. рѣшенія за 73 г. № 395). Это настоящія образцы такъ назыв. конклюдентныхъ фактовъ, данныхъ, изъ коихъ легко извлечь весь необходимый составъ волеизъявленія въ этихъ случаяхъ.

Нашъ законъ допускаетъ, въ извѣстныхъ условіяхъ, *отъ молчанія* лица, которое имѣетъ все основаніе и всю возможность для волеизъявленія, *заключать къ его согласію*, явствующему именно изъ этого молчанія. Обобщенія въ этой области, какъ извѣстно, очень опасны (ср. Regelsberger § 138, стр. 505). Законъ нашъ ставитъ въ числѣ реквизитовъ вступленія въ бракъ *дозволеніе родителей* (6). Вопросъ въ томъ, какъ это дозволеніе имѣетъ быть выражено, необходима ли письменная форма (ср. ст. 9), или вопросъ о формѣ не имѣетъ здѣсь вовсе значенія, и мы въ правѣ заключить о согласіи родителей даже отъ простого ихъ молчанія, когда они знали о предстоящемъ бракосочетаніи и имѣли всю возможность выразить свое несогласіе на бракъ? Наша практика и руководящія писатели склоняются къ истолкованію простого молчанія въ этихъ условіяхъ за достаточный признакъ согласія родителей (ср. Побѣдоносцева т. 2-й, § 4, по 3-му изд. стр. 25 и примѣч.). Въ пользу этого мнѣнія говорить и ст. 1566 Улож. о наказан., которая для состава караемаго закономъ дѣянія, направленнаго противъ власти родителей, даетъ слѣдующіе признаки: вступленіе въ бракъ, явно или тайно, противъ *рѣшительнаго запрещенія* родителей, или *безъ испрошенія* ихъ согласія. Надо полагать, что въ случаяхъ, гдѣ отъ родителей ничто не было скрыто, просьба о согласіи къ нимъ была обращена и *рѣшительнаго запрещенія* не послѣдовало, ни состава запрещеннаго дѣянія, ни нарушенія ст. 6 т. X ч. I-й видѣть нельзя.

Но всегда ли *молчаніе* должно имѣть этотъ смыслъ отказа заинтересованнаго отъ осуществленія своего права? Законодатель нашъ какъ бы опасается именно этого обобщенія и постановляетъ: *молчаніе* законнаго наслѣдника при спорѣ сонаслѣдниковъ его противъ духовнаго завѣщанія *не почитается отреченіемъ* отъ наслѣдства... (1267). Есть, очевидно, случаи очень заманчивые для расширенія смысла молчанія, но не дающіе къ этому никакого основанія.

Обозрѣніемъ этихъ безобразныхъ способовъ волеизъявленія мы заключаемъ ученіе о внѣшней сторонѣ волеизъявленія въ составѣ юридической сдѣлки.

С. РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

ОСНОВЫ УЧЕНІЯ О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВѢ ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ.

§ 56.

Необходимость представительства въ извѣстныхъ условіяхъ развитаго цивильнаго обмѣна.—Разные виды юридическаго содѣйствія.—Содѣйствіе въ замѣнъ другого.—Содѣйствіе фактическое и юридическое.—Явленія сходныя съ представительствомъ по отдѣльнымъ признакамъ или по ихъ эффекту.—Существенныя признаки представительства какъ особаго института въ гражданскомъ правѣ.—Принципы латискаго права.—Отступленіе новыхъ системъ.—Замѣтки по исторіи русскаго права.—Суррогаты представительства.—Элементы института въ Псковской судной грамотѣ.—Медленность послѣдующаго развитія общихъ нормъ.

Въ общихъ ученіяхъ о юридической сдѣлкѣ мы предполагаемъ субъектомъ волеизъявленія отдѣльно взятое дѣеспособное лицо, отъ котораго и исходитъ сдѣлка. Такой субъектъ сдѣлки представляетъ собою вполне нормальное явленіе развитаго цивильнаго обмѣна. Какъ сами субъекты правъ суть главнымъ образомъ правоспособные люди, такъ и сдѣлки составляютъ проявленіе ихъ индивидуальной воли. Не съ этого, однако, начинаются, какъ мы отчасти уже видѣли выше, лѣтописи гражданскаго общежитія. Этому предшествуютъ разнообразныя формы *союзнаго общежитія*, въ условіяхъ коего далеко не легко обособляются ни сферы отдѣльнаго правообладанія людей, ни связанные съ этимъ способы чисто-личнаго, индивидуальнаго волеизъявленія въ области гражданскихъ правоотношеній. И тутъ, и въ области сдѣлокъ, какъ увидимъ впоследствии яснѣе, первоначально господствуютъ тоже формы союзной, коллективной дѣятельности, „групповыхъ рядовъ“, а не индивидуальныхъ сдѣлокъ.

Здѣсь, въ ученіи о представительствѣ, къ коему приступаемъ, мы будемъ пока держаться не этой исторической точки зрѣнія, а той, которая лежитъ въ основѣ современныхъ системъ гражданскаго права.

Если въ современныхъ бытовыхъ условіяхъ правоспособными являются намъ, главнымъ образомъ, отдѣльно-стоящіе въ гражданскихъ правоотношеніяхъ люди, то возможно ли, чтобъ они, въ

операціяхъ гражданскаго обмѣва, являлись непремѣнно самодѣятельными, всегда и вездѣ, независимо отъ фактическихъ данныхъ и обстоятельствъ, въ коихъ они находятся? Возьмемъ состояніе дѣтства, отсутствія, болѣзни, развитія дѣловыхъ сношеній за предѣлы силъ одного человѣка... Въ современныхъ условіяхъ, когда нѣтъ союзныхъ бытовыхъ формъ, возмѣщающихъ невыгоды этого *одинокаго* положенія человѣка, нѣтъ сомнѣнія, необходимы особыя институты гражданскаго права, которые замѣняли бы прежнюю роль союзовъ въ этихъ вопросахъ восполненія или замѣны недостающей, по тому или другому основанію, самодѣятельности одного лица въ его юридической сферѣ юридической дѣятельностью другого. На этой потребности и развился нынѣ въ особенности институтъ представительства въ гражданскомъ правѣ.

Чтобъ выдѣлить это понятіе изъ круга другихъ, болѣе или менѣе близкихъ ему, Phering, въ небольшой, но очень удачной работѣ *о содѣйствіи въ чужихъ юридическихъ сдѣлкахъ* *), провель болѣе рельефно, чѣмъ это дѣлали до него, отдѣльные виды такого содѣйствія и установилъ, болѣе или менѣе твердо, необходимые признаки каждаго изъ нихъ.

И такъ, въ сдѣлкѣ *чужой* содѣйствіе другого, несубъекта сдѣлки, можетъ быть или фактическимъ, или юридическимъ; въ то же время это содѣйствіе можетъ идти *вмѣстѣ* съ главнымъ субъектомъ сдѣлки, или же *вмѣсто*, замѣнъ его.

Различенія эти очень цѣнны для современной юриспруденціи, гдѣ понятіе представительства въ гражданскомъ правѣ необходимо выработать со всею точностью, и въ то же время они далеко небезспорны. Что касается прежнихъ бытовыхъ условій, то въ нихъ до крайности трудно было проводить вообще различія союзной и личной правоспособности и точно также различіе „групповыхъ рядовъ“ и индивидуальныхъ сдѣлокъ. Съ другой стороны, въ тѣхъ условіяхъ преобладанія союзнаго надъ личнымъ далеко не всегда можно было поставить сколько-нибудь опредѣленную границу между содѣйствіемъ фактическимъ и юридическимъ и еще менѣе отличить содѣйствіе вмѣстѣ съ другимъ отъ содѣйствія замѣнъ другого. Лишь медленнымъ процессомъ вырабатывались и обособлялись исторически тѣ различія понятій и институтовъ въ этой области, которыя для современной мысли и юридической техники являются какъ уже опредѣлившіяся и до известной степени законченныя.

*) Mitwirkung für fremde Rechtsgechäfte (Jahrb. f. Dogmat. B. 1, стр. 273 и слѣд., и B. 2, стр. 67 и слѣд., 57 и 58 гр.).

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ разсматривать *содѣйствіе одного лица взаимно другому* и установимъ для этого явленія, во-первыхъ, *различіе содѣйствія фактическаго отъ юридическаго*, во-вторыхъ, разграничимъ его отъ другихъ, болѣе или менѣе близкихъ къ нему *по отдѣльнымъ внѣшнимъ признакамъ или по эффекту явленій*.

Беремъ содѣйствіе посыльнаго, которое такъ часто случается нынѣ въ дѣловыхъ сношеніяхъ. Это агентъ, который дѣйствуетъ по нашему порученію, и услугами коего мы пользуемся, когда намъ нужно дать вѣсть, доставить что-либо, принести отвѣтъ. Чѣмъ ближе содержаніе оказываемаго имъ содѣйствія подходитъ къ чисто-механическому, тѣмъ легче отличить его отъ подлиннаго представителя. Чисто-механическимъ посредникомъ такой *nuntius* будетъ тогда, когда онъ, найдя требуемаго адресата, передастъ ему письмо, посылку, какъ это мы видимъ постоянно въ операціяхъ письмоносца. Его посредство будетъ приближаться къ юридическому содѣйствію по мѣрѣ того, какъ ему предоставляется болѣе или меньшій *просторъ личнаго усмотрѣнія въ выполненіи порученія*. Есть случаи, гдѣ механической характеръ выполняемаго содѣйствія выразится совершенно рельефно, и тогда будетъ вполне безразлично, кто выполняетъ эту функцію, человѣкъ, почтовый голубь, выдрессированное для этой цѣли животное (песъ), тотъ, кому поручено выполненіе, кто поднялъ на улицѣ посылку и доставилъ ее по адресу. Такой содѣйствующій органъ во всѣхъ подобныхъ случаяхъ не есть и не можетъ быть представителемъ въ юридическомъ смыслѣ, а лишь фактическимъ, механическимъ посредникомъ, слугой волеизъявляющаго.

Различеніе этой механической отъ формальной юридической роли посредника необходимо для насъ въ томъ смыслѣ, что для перваго вида содѣйствія совершенно безразлична юридическая квалифікація такого посредника. Это, какъ мы видѣли, можетъ быть человѣкъ, правоспособный или нѣтъ, дитя, умалишенный, дрессированное животное. Совершенно иные реквизиты должны имѣть мѣсто для случаевъ, когда содѣйствующій *юридически соучаствуетъ въ сдѣлѣ*, *лично содѣйствуетъ субъекту сдѣлки, изъясняетъ свою волю*, какъ необходимый, образующій составъ сдѣлки, моментъ. Тутъ требованія формальныя, личныя квалифікаціи такого *юридическаго* замѣстителя или представителя будутъ не только юридически-необходимыя, но нерѣдко специфически-осложненныя сообразно особенностямъ совершаемой чрезъ представителя сдѣлки.

Въ отдѣльныхъ случаяхъ возможно, что роль настоящаго

представителя будет настолько прецизирована в данных ему инструкціяхъ, что онъ ничего своего, личного, не внесетъ въ процессъ образованія сдѣлки; съ другой стороны, и дѣятельность вѣстника способна, въ указанныхъ выше условіяхъ, значительно приблизиться къ рѣшающей для самого состава сдѣлки. Возможность такихъ случаевъ не устраняетъ, однако, пользы и необходимости проводить принципиальныя различія обѣихъ категорій явленій тамъ, гдѣ нѣтъ подобныхъ уклоненій отъ подлинныхъ типическихъ свойствъ того и другого.

Ближе и опаснѣе смѣшеніе юридическаго представителя и фактическаго агента въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ агентъ дѣйствительно *содѣйствуетъ совершенію* сдѣлки, но не въ смыслѣ образованія ея юридическаго состава, а въ смыслѣ пріискавія покупателя, продавца, подходящаго товара и проч., стало быть въ стадіи *подготовительной* для послѣдующаго образованія изъ этихъ фактическихъ элементовъ содержанія сдѣлки. Это роль *сводчика, маклера*, крайне существенная, особенно въ операціяхъ торговыхъ, но именно не для юридическаго, а для фактическаго, экономическаго сближенія интересовъ лицъ, имѣющихъ, за сямъ, быть можетъ войти въ формальное соглашеніе, совершить юридическую сдѣлку, или непосредственно, безъ представителей, или опять черезъ представителей, но уже не сводчиковъ, а юридическихъ агентовъ, уполномоченныхъ ихъ именемъ вступать въ сдѣлки, юридически-обязательныя для принципала.

Опять и въ этомъ сопоставленіи (сводчикъ и повѣренный) надо имѣть въ виду, что для маклерства вовсе не существенны такія *юридическія* квалификаціи, которыя необходимы для представительства въ смыслѣ соучастія въ совершеніи сдѣлки однимъ лицомъ (представителемъ) замѣнъ или вмѣсто другого (принципала).

Есть въ практикѣ юридической не мало случаевъ, когда одно лицо не фактически только, а именно юридически соучаствуетъ въ сдѣлкѣ или содѣйствуетъ юридическимъ цѣлямъ другого, не будучи при этихъ актахъ вовсе представителемъ замѣняемаго имъ другого лица въ смыслѣ *цивильномъ*. Таковъ судебный приставъ въ операціяхъ, положимъ, по взысканіямъ, таковъ поручитель, уплачивающій за главнаго должника. Первый дѣйствуетъ вовсе не вашимъ именемъ и не по вашему полномочію. Второй совершаетъ сдѣлку, уплату, очень тѣсно связанную съ главнымъ обязательственнымъ отношеніемъ, но совершаетъ онъ эту сдѣлку, уплату, по силѣ обязательства, которое принялъ *самъ на себя*, своимъ именемъ, а не вашимъ, главнаго должника, именемъ, не по вашему полномочію.

Современныя системы знаютъ въ области договорныхъ сдѣлокъ любопытное явленіе *договоровъ въ пользу третьяго*. Съ этимъ явленіемъ мы встрѣтимся позже, въ ученіи о договорѣ. Оно само далеко не настолько устойчиво, чтобы сопоставленіемъ съ нимъ удобно было пользоваться для прецизирования понятія представительства. Подробности строенія этого явленія будутъ намъ ясны въ связи съ цѣлымъ составомъ института. Здѣсь, однако, не излишне будетъ замѣтить, что стипулянтъ, совершая сдѣлку *въ интересахъ третьяго*, дѣйствуетъ *не по его полномочію*, не какъ юридическій представитель принципала, не его именемъ, а *самостоятельно*, своимъ именемъ, *хотя и не въ свою пользу*, а въ пользу третьяго.

Возможны, наконецъ, случаи, гдѣ лицо, совершая юридическую сдѣлку, внѣ всякихъ сомнѣній оперируетъ ради другого, *переводитъ* весь эффектъ операціи, и именно *юридическій эффектъ* ея, безъ остатка для себя, на имя другого лица. Примѣровъ легко найти много. Возьмемъ образецъ изъ латинской практики. *Heres fiduciarius* принимаетъ наслѣдство и становится въ полномъ смыслѣ правопреемникомъ наслѣдодателя, но не для того, однако, чтобы остаться таковымъ, а чтобы выдать все наслѣдство наслѣднику фидеикоммиссарному, причемъ для такой выдачи, въ республиканскую эпоху, у него существовало одно внутреннее побужденіе совѣсти и никакого юридическаго стимула. Въ современной *торговой* практикѣ такія юридическія операціи, съ виду исключительно для себя, по существу въ интересахъ коммитента, совершаетъ комиссіонеръ, торгующій отъ своего имени, но за счетъ коммитента (см. напр. Нѣм. торг. код. 10 мая 1897 г. ст. 383—406). Наконецъ, дѣйствіе по порученію, скрытому отъ одной изъ сторонъ, имѣющихъ соучаствовать въ сдѣлкѣ, можетъ быть совершаемо и дѣйствительно постоянно совершается и *въ общемъ правѣ*. Вотъ случай. N имѣетъ особый интересъ приобрести соседнее землевладѣніе, черезъ призоединеніе котораго къ наличному у N участку цѣна этого участка очень значительно повысится. Это, конечно, хорошо извѣстно владѣльцу соседняго участка, и съ N онъ потребуетъ, именно въ виду этого, такой цѣны, которой ему не дастъ никто, кромѣ этого сосѣда. Тогда N даетъ деньги *подставному лицу*, которое покупаетъ участокъ на свое имя, но единственно для того, чтобы тотчасъ перепродать этотъ участокъ N-у.

Спрашивается, съ какой операціей мы имѣемъ здѣсь дѣло? Будетъ ли *heres fiduciarius*, комиссіонеръ, подставной покупатель *юридическимъ* представителемъ фидеикоммиссарнаго наслѣд-

ника, коммитента, сосѣда-приобрѣтателя? Въ нѣмецкой и русской литературѣ вопроса намъ отвѣчаютъ на него частью утвердительно, полагая, что такое представительство, особенно въ послѣднемъ примѣрѣ, слѣдуетъ отличить отъ *прямого* представительства только особымъ названіемъ, другимъ терминомъ, напр., наименованіемъ его представительствомъ *непрямымъ, косвеннымъ, фактическимъ*. Ihering совершенно основательно примѣняетъ сюда вполне отличный отъ подлиннаго для случаевъ настоящаго представительства терминъ—*Stellvertreter*, другой терминъ, именно—*Ersatzmann*, который собственно ближе соотвѣтствуетъ понятію просто *подставнаго агента*, замѣстителя, а не *представителя въ юридическомъ значеніи* этого слова.

Мы думаемъ, что тамъ, гдѣ институтъ представительства вполне опредѣлился, тамъ существенныя для него черты будутъ заключаться въ *юридическомъ содѣйствіи* одного лица *взаимнъ другого* при совершеніи имъ сдѣлки *отъ своего* (представителя), *имени*, но *съ прямыми юридическими послѣдствіями* не для него самого, а для его *принципала*.

Если нѣтъ этихъ признаковъ, то нѣтъ въ гражданскомъ правѣ представительства, какъ особаго юридическаго института.

Въ указанномъ примѣрѣ покупки участка на свое имя, чтобы перепродать сосѣду, мы имѣемъ случай, гдѣ посторонній покупатель долженъ скрывать подлиннаго дестинагарія сдѣлки, дѣйствовать именно *не въ качествѣ представителя*, а въ качествѣ самостоятельнаго покупателя. Продажа этого участка сосѣду совершается опять какъ *новая простая сдѣлка отчужденія* собственническомъ вещи новому приобретателю. Къ этимъ двойнымъ операціямъ приходится прибѣгать именно тамъ, *гдѣ прямой путь неудобенъ или гдѣ институтъ представительства не развитъ*. Называть такой вынужденный обходный путь именемъ представительства такъ же ошибочно, какъ ошибочно именовать продажу (*mancipatio* въ старомъ латинскомъ правѣ) съ условіемъ объ обратной продажѣ (*cum pacto de remaneipando*) залогомъ, ибо и эта сдѣлка находитъ мѣсто только тамъ, гдѣ институтъ залога неразвитъ самостоятельно. Тутъ и тамъ, въ этихъ сдѣлкахъ *фидуціарнаго* типа, можно видѣть *суррогатъ* не образовавшагося специфическаго института залога, представительства, особый видъ симуляціи, притворства, а вовсе не модификацію подлиннаго института. Для института представительства, повторяемъ, существенно, чтобы сдѣлка, совершаемая представителемъ, произвела прямо и непосредственно весь свой эффектъ въ сферѣ правоотно-

шеній представляемаго. Въ этомъ вся фізіономія, весь характеръ этого института.

Установивъ, такимъ образомъ, основныя черты понятія представительства въ гражданскомъ правѣ, мы обращаемся къ вопросу о положительной разработкѣ этого института въ главнѣйшихъ извѣстныхъ намъ системахъ гражданского права.

Извѣстно, что въ правѣ римскомъ этотъ институтъ вовсе не развился какъ самостоятельный и законченный для широкаго примѣненія его къ многообразнымъ формамъ гражданскихъ сдѣлокъ. Принципъ стараго права, *per liberam personam nobis acquiri non potest*, удержался до самой поздней эпохи какъ общій руководящій, хотя, какъ это хорошо извѣстно, и старое право отступало отъ него въ отдѣльныхъ случаяхъ *utilitatis causa*, и лишь новая эпоха довольно широко развила отступленія отъ этого общаго принципа. Если пикирь чужого судна (*magister navis*), завѣдующій чужимъ промышленнымъ заведеніемъ (*institor*), отвѣчалъ по своимъ сдѣлкамъ прежде всего лично, то преторская система, на ряду съ этимъ, *in subsidium*, призывала къ отвѣтственности и принципала, распространяя, такимъ образомъ, эффектъ сдѣлки прямо на лицо, въ ней неучаствовавшее. Любопытнаго процесса развитія этой системы *actionum adjectitiae qualitatis*, столь роскошно разрабатываемаго нынѣ романистами, мы здѣсь вовсе не касаемся, ограничиваясь замѣчаніемъ, что старый принципъ, несмотря на неоднократныя отступленія, остался все же неустрашенною характерной особенностью латинскаго права; и реципированное право не дало намъ готовыхъ основъ для института представительства, подобно тому какъ мы нашли въ немъ настоящія основы для цѣлага ряда другихъ институтовъ гражданской системы.

Вопросъ о томъ, что собственно помѣшало въ Римѣ развитію института представительства *per liberam personam*, довольно споренъ въ теперешней литературѣ *) и можетъ здѣсь занять насъ только въ той мѣрѣ, въ какой способенъ освѣтить другой, болѣе близкій намъ, — именно, чѣмъ объясняется необходимость этого института въ современныхъ дѣйствующихъ системахъ? Въ Римѣ, конечно, необходимость этого института чувствовалась слабѣе, чѣмъ у насъ, ибо *persona sui juris* въ условіяхъ античнаго социальнаго быта стояла *не такъ одиноко* съ своей обособленной приватной сферой правоотношеній, какъ у насъ. Для расширенія сферы его гражданскихъ операцій такому лицу не было необходи-

*) См. мысли Регельсбергера, *Pandekten*, § 162, пр. 1.

мости прибѣгать къ совершенію сдѣлокъ взаимѣнъ принципала черезъ *свободнаго* представителя, *per liberam personam*, ибо, совершенно независимо отъ этого института, сдѣлки лицъ подвластныхъ, *personae alieni juris*, и особенно несвободныхъ, *ex similitudine* связи ихъ съ домовладѣющей или хозяиномъ, влебли за собою неизбѣжно измѣненія въ сферѣ его правоотношеній. Это не были представители принципала, но эффектъ ихъ операцій могъ часто замѣнять собою тотъ, котораго мы нынѣ достигаемъ *per liberam personam*, дѣлая такое лицо представителемъ нашимъ въ сдѣлкахъ гражданскаго права.—На ряду съ этимъ играла, конечно, известную роль возможность, въ отдѣльныхъ случаяхъ, обходиться указанными выше *суррогатами* этого института или пользоваться постепенно образовывавшимися изъятаіями изъ указаннаго принципа, причемъ принципъ все же оставался какъ бы непоколебленнымъ.

Ставъ на эту точку зрѣнія, несомнѣнно правильную для классической системы, мы открываемъ себѣ заранѣе нѣкоторую перспективу для уясненія условій, въ коихъ у насъ стала чувствоваться и опредѣлилась необходимость развитія разсматриваемаго института, идущаго прямо на встрѣчу латинскому принципу *per liberam personam nobis acquiri non potest*.

Исторія института возбуждаетъ не только у насъ, но и на западѣ много сомнѣній. Нѣкоторые изслѣдователи полагаютъ, что основы его лежали въ правосознаніи, предшествующемъ эпохѣ рецепціи, хотя доказать это трудно *). Тѣмъ связываетъ процессъ его образованія на новой почвѣ съ институтами торговаго права въ особенности; Бухка указываетъ на каноническое право, какъ на источникъ принципиальнаго допущенія представительства въ гражданскомъ правѣ **).

Самое наименованіе, техническое, и составъ института, совершенно отличный отъ реципированнаго права, опредѣлились, для Германіи въ особенности, не ранѣе XVII в. Въ теперешнихъ кодифицированныхъ системахъ представительство въ гражданскомъ правѣ выработалось вполнѣ въ составѣ институтовъ общаго, а не специально-торговаго права. Догматическое строеніе института мы покажемъ дальше. Здѣсь нѣсколько словъ по исторіи института у насъ.

Исторія нашего права несомнѣнно заключаетъ въ себѣ не мало цѣнныхъ данныхъ по вопросу о развитіи института пред-

*) Stobbe, Handbuch III § 170, пр. 2. Для исторіи догмы особ. Buchka Die Lehre v. d. Stellvertretung и проч. (1852 г.).

**) Thöl, Handelsrecht 6 изд. § 70, пр. 1; Бухка, указ. сочин. стр. 158.

ставительства у насъ. Къ сожалѣнію, эти данныя почти совершенно неразработаны нашими историками и цивилистами, особенно для до-петровскаго періода нашей исторіи. Въ ожиданіи монографической разработки любопытнаго вопроса, мы не откажемся въ дальнѣйшемъ сдѣлать нѣсколько общихъ указаній по исторіи института, составляющихъ результатъ общаго пониманія явленій разныхъ эпохъ, а не детальной разработки самого института *).

Выше, въ связи съ ученіемъ о лицѣ, особенно о союзныхъ формахъ правообладанія въ старое время, мы показали, что правоспособность отдѣльнаго человѣка долгое время остается тѣснѣйшимъ образомъ связанной и условленной принадлежностью его къ тому или другому союзу. Особая, индивидуальная правоспособность отдѣльнаго человѣка выдѣляется слабо и медленно изъ этихъ узъ союза, съ коимъ индивидуумъ болѣе или менѣе тѣсно связанъ. То же, что мы говоримъ о правоспособности лица въ старыхъ бытовыхъ условіяхъ, слѣдуетъ связать и о его *дѣеспособности* и объ особенностяхъ, которыя отличаютъ *способы волеизъявленій* и порядокъ совершенія сдѣлокъ въ эту пору.

По отношенію къ послѣднему, т.-е. къ способу изъявлять волю съ опредѣленнымъ для гражданскихъ правоотношеній лица эффектомъ, мы установили выше различія между волеизъявленіями юридическихъ лицъ, союзовъ, которые достигаютъ указанной цѣли посредствомъ своихъ органовъ (общее собраніе, правленіе, его члены, директоры и проч., ср. выше § 21). Съ другой стороны, мы различили непосредственныя волеизъявленія отдѣльныхъ людей и волеизъявленія, которыя совершаются или съ содѣйствіемъ другихъ лицъ, соучаствующихъ въ ихъ волеизъявленіяхъ вмѣстѣ съ субъектомъ сдѣлки, или взаимнъ его. Только въ послѣднемъ явленіи, при наличности, сверхъ того, указанныхъ выше квалификацій, мы и находимъ необходимые признаки особаго института представительства въ гражданскомъ правѣ.

Но всѣ эти различія и возможность точнаго анализа явленій замѣстительства условлены потребностями развитого обмѣна и высокой юридической техники. Этихъ различій вовсе нельзя сдѣ-

*) Лишь въ самое послѣднее время ученіе о *дѣеспособности* стало предметомъ обстоятельной исторической разработки, для русскаго права въ особенности, въ обширной монографіи Пнк. Пнк. Дебольскаго, посвященной этой задачѣ. На этой общей основѣ удобно было бы впоследствии хорошо поставить и другія спеціальныя проблемы ученія о сдѣлкѣ, о представительствѣ и проч. Преждевременная кончина талантливаго молодого ученаго лишила насъ надежды скоро увидѣть разработку этой основы въ деталяхъ ученій, тѣсно съ нею связанныхъ.

латъ въ явленіяхъ мало развитого обмѣна, особенно при условіи господства союзныхъ формъ правообладанія, и при мало разработанной юридической техникѣ.

Старые памятники нашего права касаются вопроса о замѣстительствѣ въ сдѣлкахъ и процессѣ далеко не часто. Выше другихъ памятниковъ стараго права въ этомъ, какъ и во многихъ другихъ отношеніяхъ, стоитъ Псковская судная грамота. Въ ней сохранились любопытныя, хотя и отрывочныя указанія на *пособничество на судъ за извѣстныхъ недѣеспособныхъ людей*, которое грамота допускаетъ вопреки общему запрету *ходить помощью на судъ* (ср. ст. 58, 21, 36). За церковную землю тоже запрещено *ходить сусудамъ помощью на судъ*, а допущено только *хождение старосты* (70). Наконецъ, въ вопросахъ защиты общаго владѣнія грамота требуетъ процессуальнаго соучастія всѣхъ совладѣльцевъ (сябровъ), а для крестнаго цѣлованія допускается замѣстительство однимъ изъ соучастниковъ всѣхъ другихъ (ст. 106)*. Этотъ же памятникъ указываетъ намъ любопытную функцію послуха на судѣ, который собственно долженъ *подтверждать* притязаніе стороны, на него сославшейся, стало быть, содѣйствовать сторонѣ въ ея процессуальной дѣятельности, но можетъ и *замѣнять ее* не только въ принятій присяги, но и въ бою**) (ст. 20). Замѣчательны опредѣленія этой же грамоты, воспреещающія посаднику за друга тягаться, опрочъ своего орудія, или гдѣ церковное старостеніе держать (ст. 68), и еще болѣе широкое ограниченіе брать на себя процессуальное представительство всякому лицу, облеченному властью, столь близко напоминающее подобное ограниченіе въ правѣ латинскомъ для такъ назыв. *personae potentiores*, которыя, скуная иски (*redemptores litium*), могли своимъ вліяніемъ угрожать началу равенства сторонъ въ процессѣ (ст. 69; ср. v. Vangerow Pandekten, § 574).

Въ этомъ замѣчательномъ по наличности признаковъ высокаго развитія именно гражданскихъ институтовъ памятникѣ русской старины въ строеніи представительства (только процессуальнаго) заслуживаетъ нашего особаго вниманія вліяніе союзной общности лицъ на способность ихъ *замѣнять* одного другимъ въ чисто

*) Толкованіе статьи не безспорно (см. особ. указаніе Владимірскаго-Буданова въ его Христоматіи).

Тутъ же, для историческихъ проблемъ, идущихъ въ глубину прошлаго, высокую цѣну имѣетъ запрещеніе соучастія всей общины (ст. 58, 106, 27, 34, 56, и друг.; то же см. особ. ст. 6-я Новгород. судн. грам.).

**) Хочетъ съ послухомъ на поле гѣзеть, или послухъ (послуху?) у креста положить чего искалъ (см. примѣч. Владимірскаго-Буданова къ этой статьѣ Грамоты, ср. еще ст. 22 и 23).

юридическихъ актахъ, каково цѣлованье креста на судѣ (присяга, ст. 106). Въмѣстѣ съ этимъ соучастіе лица (опять только процессуальное, въ качествѣ послуха) въ юридическомъ актѣ *совмѣстное* легко *переходитъ въ такое же соучастіе взаимныхъ стороны* (ст. 20). Несмотря на то, что понятіе сдѣлки гражданской въ разсматриваемую эпоху далеко не совпадаетъ съ современнымъ и разработка всего института соучастія разныхъ лицъ въ юридическихъ операціяхъ другихъ относится въ разсматриваемой грамотѣ къ актамъ процессуальнымъ, вопросъ о представительствѣ вообще несомнѣнно освѣщается въ значительной мѣрѣ и этими данными.

Въ послѣдующемъ развитіи нашего права мы далеко не найдемъ такихъ общихъ нормъ, хотя бы косвенно, но все же надежнымъ образомъ уясняющихъ намъ положеніе всего вопроса. Матеріаль, способный служить для изученія задачи, для послѣдующей эпохи, есть, главнымъ образомъ, практический, дошедшій къ намъ въ составѣ юридическихъ сдѣлокъ той эпохи. Долгое время мы не видимъ здѣсь сколько-нибудь твердо установившихся нормъ для опредѣленія юридической роли представителя въ совершеніи сдѣлокъ. Но зато и условія, которыя дѣлали слабую разработку института не особенно ощутительно въ ту пору, тоже ясны для насъ. Въмѣсто института представительства мы имѣемъ много образцовъ такихъ операцій, которыя служили, какъ было показано выше, *суррогатами* этого института.

И такъ, лица, связанные одно съ другимъ *общностью интересовъ* (напр., совладѣнія, какъ въ указанномъ примѣрѣ сыровъ въ Пековск. судн. грам.), *принадлежащія къ одному союзу* (напр., родовому, натурально, только для дѣлъ этого союза, также супружескому, семейному вообще, но опять не по любымъ дѣламъ), *къ сообществу исповѣдному* (тоже по дѣламъ извѣстнаго характера, прикасающимся области вѣрованій, особенно тогда, когда такая связь изъ отдаленной становится близкой, пріобрѣтаетъ свойство конкретнаго отношенія между извѣстными лицами, какъ у отца духовнаго, у крестнаго отца, у церковнаго старосты и тому подобное), наконецъ, лица зависящія одно отъ другого, въ смыслѣ ли службы, или холопства, или же, въ позднѣйшее время, отношеній крѣпостной зависимости, — во всѣхъ этихъ и подобныхъ случаяхъ одно лицо могло легко замѣщать другое въ его юридическихъ актахъ, не будучи въ подлинномъ смыслѣ его представителемъ въ сдѣлкѣ гражданской, или на судѣ.

Нѣтъ сомнѣнія, что и операціи, указанныя нами выше, съ неопредѣленнымъ вѣрителемъ или истцомъ (см. выше, стрр. 791—

793), или сдѣлки, совершаемыя фидуціарнымъ способомъ, подставою, служили той же цѣли (выше стр. 810 и слѣд.).

Замѣняли ли, однако, такіе *суррогаты представительства* институтъ формально сложившійся для этой специфической цѣли,— это вопросъ, котораго разрѣшеніе не затруднить насъ, конечно. Это способы, несомнѣнно могущіе *въ отдельныхъ случаяхъ* служить для тѣхъ же цѣлей, какъ и специфическій институтъ представительства. Они способны, какъ это видно въ римскомъ правѣ, задерживать развитіе этого специфическаго института, и конкурировать съ нимъ даже при полномъ его развитіи. Но нѣтъ сомнѣнія, что указанные нами выше способы содѣйствія взаимнѣ другого лица кѣмъ-либо изъ близко съ нимъ связанныхъ могутъ имѣть примѣненіе только въ тѣсномъ кругу сдѣлокъ извѣстнаго типа, гдѣ данный кругъ лицъ по существу дѣла болѣе или менѣе солидаренъ съ видами сторонъ, совершающихъ сдѣлку. При этомъ связь этого рода не всегда и необходимо дѣлаетъ каждое лицо, находящееся въ подобныхъ отношеніяхъ къ принципалу сдѣлки, желательнымъ и надежнымъ орудіемъ достиженія его цѣлей. Тутъ часто могутъ имѣть мѣсто сомнѣнія, всегда необходимо или точное знаніе или ближайшее изслѣдованіе каждаго конкретнаго случая. Наконецъ, здѣсь очень возможны ошибки и недоразумѣнія. Эти суррогаты не устраняютъ необходимости развитія постоянныхъ и специфически для цѣли представительства разсчитанныхъ формъ и обрядовъ установленія свободнаго представительства и точной разработки возникающихъ этимъ путемъ правоотношеній какъ между принципаломъ и представителемъ, съ одной стороны, такъ и между этими лицами и третьими, входящими въ сдѣлку, съ другой.

Съ Петра Великаго, въ числѣ актовъ, которые должны быть совершаемы съ соучастіемъ публичныхъ органовъ, названы вѣрчія крѣпости (см. выше). Въ указѣ о формѣ суда (1723 г.) сторонамъ предоставлено посылать вмѣсто себя другихъ людей съ вѣрющими письмами, въ коихъ должно быть обозначено, что вѣритель во всемъ, что повѣренный учинить, прекословить не будетъ.

Очень слабо, правда, но въ этихъ актахъ уже опредѣлились нѣкоторыя черты прямыхъ юридическихъ послѣдствій для довѣрителя отъ тѣхъ дѣйствій, на которыя онъ уполномочиваетъ повѣреннаго. Извѣстно, однако, что указъ о формѣ суда мало привился къ практикѣ, и въ дальнѣйшемъ движеніи законодательства 18 в. мы видимъ большія колебанія практики въ вопросахъ самыхъ существенныхъ, касающихся порядка удостовѣренія довѣ-

ренностей *). Законодатель занятъ болѣе частными случаями замѣны одного лица другимъ въ совершеніи гражданскихъ актовъ, гдѣ дѣло не терпитъ промедленія (напр., въ вопросахъ межеванія), или гдѣ выдача довѣренностей прикрываетъ собою другія цѣли, напр., обходъ закона, воспреещающаго владѣть разночинцамъ населенными имѣніями, или уклоненіе отъ платежа пошлины за право торговли посредствомъ выдачи довѣренностей лицамъ не-торговаго класса.

Практика этого рода не могла уяснить природу представительства въ гражданскомъ правѣ и она осталась въ сводѣ законовъ мало разработанной. Причина скудости нашего позднѣйшаго права въ этомъ ученіи сравнительно даже съ тѣми здравыми основами института, которыя были выше указаны для эпохи Псковской судной грамоты, совершенно понятны въ виду неразрывнаго сплетенія „дѣлъ челобитчиковыхъ“ съ „дѣлами интересными“, которое составляетъ характерную черту послѣпетровской указной дѣятельности, и бытовыхъ условій этой эпохи, гдѣ въ каждомъ институтѣ гражданского права видна примѣсь нецивильныхъ основъ, началъ привилегій, служебныхъ или податныхъ цѣлей, влияющихъ на все его построеніе. Въ подобныхъ условіяхъ часто цивильная конструкція института представительства не могла никакимъ образомъ самостоятельно развиваться.

§ 57.

Представительство въ главнѣйшихъ западныхъ кодексахъ, въ дѣйствующей нашей системѣ и въ Проектѣ.—Попытки раскрыть общія юридическія основанія для института представительства въ современной нѣмецкой литературѣ.

Представительство разработано нынѣ болѣе или менѣе широко въ любомъ современномъ кодексѣ гражданского права общаго и торговаго на Западѣ **). Для нашихъ цѣлей мы ограничимся здѣсь главнѣйшими положеніями общаго права въ новыхъ кодексахъ, особенно въ Имперскомъ Гражданскомъ Уложеніи 16 авг. 1896 г., гдѣ ученіе это нашло себѣ законченную обработку *въ составъ общей части кодекса*.

*) Неволинъ Ист. Рос. Гр. Зак. ч. 3-я (изд. 58 г.) стр. 221 особенно и § 465 вообще.

**) Для Прус. Ландрехта I. 13, §§ 85, 153; для Code civil особ. artt. 1997, 1998; Цюрихск. код. § 949; Саксонск. §§ 783, 1217; Швейцарское Обязат. пр. art. 36; Нов. Имперск. Гражд. Улож. ст. 164—181; Торгов. Лич. Код. 97 г. §§ 43—58.

Въ современныхъ цивильныхъ системахъ волеизъявленіе черезъ представителя, направленное на измѣненіе правоотношенія принципа, допускается, вопреки латинской традиціи, въ самомъ широкомъ примѣненіи къ любымъ юридическимъ сдѣлкамъ имущественнаго типа *inter vivos*. Не допускается волеизъявленіе черезъ представителя въ актахъ послѣдней воли и вступленія въ союзъ супружескій. Французскій кодексъ требуетъ *личной воли* усыновителей или усыновляемаго передъ судомъ для выраженія согласія ихъ на *усыновленіе* (С. С. art. 353 и слѣд.). То же требованіе выражено нашей ст. 1460¹ Уст. Гр. Суд. для *узаконенія* дѣтей: подача просьбы (объ узаконеніи) чрезъ повѣренныхъ не допускается *).

Для тѣхъ случаевъ, гдѣ данная система допускаетъ волеизъявленіе черезъ представителя *основаніемъ* такого замѣстительства принципа, можетъ служить: а, легальная норма, б, полномочіе на совершеніе или послѣдующее одобреніе со стороны принципа сдѣлки уже совершонной его именемъ, но не имъ непосредственно. Въ первомъ случаѣ представительство будетъ необходимымъ или законнымъ, во второмъ — добровольнымъ или договорнымъ.

а. Если въ основѣ представительства лежитъ *легальная норма*, то право *представлять* личность другого можетъ быть связано съ институтомъ приватной зависимости одного лица отъ другого, имѣющаго власть отцовскую, супружескую, надъ другимъ. Въ этихъ случаяхъ нѣтъ надобности ни въ какомъ *особомъ актѣ*, уполномочивающемъ отца заступать мѣсто сына, несовершеннолѣтняго, въ сдѣлкахъ, касающихся правоотношеній (т. X, ч. I, ст. 226, 230, 180, 181) подвластнаго лица. Если это опекунъ или попечитель, то нормально въ современномъ правѣ его *опредѣляютъ къ лицу или имѣнію опекаемаго* опекуновское установленіе (251), и такое опредѣленіе служитъ основаніемъ полномочія

* Русская литература по вопросу о представительствѣ въ гражданскомъ правѣ заключаетъ въ себѣ не мало почтенныхъ трудовъ нашихъ цивилистовъ. Для знакомства съ цѣлымъ ученіемъ особ. Пересова. Понятіе добровольнаго представительства въ гражданскомъ правѣ 1879 г. Больше полемическаго характера съ ученіями западныхъ цивилистовъ, не самостоятельна и не закончена работа покойнаго проф. Казанцева. Очень цѣнно и содержательно для русской практики являются работы Г. Гордона „Представительство въ гражд. правѣ“ 1879 г. и его же Представительство безъ полномочія 1893 г. Особо должна быть поставлена выдающаяся диссертация проф. Ю. С. Гамбарова: Добровольная и безвозмездная дѣятельность въ чужомъ интересѣ, 2 вып. 1879 и 1830 г.г., по широкой постановкѣ задачъ изслѣдованія и разработкѣ общихъ основныхъ вопросовъ цивилистики, для конхъ изслѣдуемый институтъ служитъ только средствомъ освѣщенія. Въ посмертномъ изд. Курса Торговаго права Пересова, выполненномъ профессоромъ А. Г. Гусаковымъ въ 1896 г. см. § 13.

легальнаго представителя. Случаи установленія легальнаго представительства, составъ лицъ, вѣдающихъ опеку, содержаніе ихъ полномочій, способъ прекращенія опеки, также какъ вопросы, касающіеся опекунскихъ функцій родителей опекаемаго могутъ быть разсмотрѣны лишь въ связи съ соотвѣствующими институтами данной системы. Родители и опекуны, въ свою очередь, способны уполномочивать другія лица для совершенія, именемъ опекаемаго, юридическихъ актовъ, касающихся его имущественныхъ отношеній, взамѣнъ ихъ.—Нѣтъ сомнѣнія, что право дѣйствовать чрезъ представителя не ограничивается физическими лицами и принадлежитъ въ равной мѣрѣ казеннымъ управленіямъ, сословіямъ лицъ, монастырямъ, духовнымъ установленіямъ (2291). Для процессуальнаго представительства законъ нашъ *обязываетъ* общества, товарищества и компаніи искать и отвѣчать на судѣ чрезъ особаго повѣреннаго (ст. 27, 26 Уст. Гр. Суд.).— Вопросъ о такомъ повѣренномъ, *представитель* обществъ и союзовъ, дѣйствующемъ взамѣнъ ихъ, слѣдуетъ строго отличать отъ *органовъ* такихъ юридическихъ лицъ, черезъ которые они непосредственно упражняютъ, въ предѣлахъ, указанныхъ закономъ или статутомъ, свою гражданскую дѣеспособность. Итакъ, правленіе общества, если дѣло идетъ, напр., объ акціонерной компаніи, *должно* уполномочить особаго повѣреннаго для иска на судѣ. Для земской или городской управы такимъ уполномоченнымъ можетъ быть предсѣдатель или членъ управы (*органъ* указаннаго установленія) или особый уполномоченный (*представитель* его) (см. Уст. Гр. Судопроиз. ст. 27 съ разъяснен., составилъ Вл. Гордонъ, 1903 г., ср. ст. 2291 и 2292, т. X, ч. I). Право несостоятельнаго искать и отвѣчать на судѣ, по объявленіи несостоятельности, переходитъ къ конкурсному управленію (Уст. Гр. Суд., ст. 21); но конкурсъ тоже можетъ посредствомъ особой довѣренности уполномочить одного изъ своихъ членовъ искать на судѣ. Для лицъ, безвѣстно отсутствующихъ, законъ указываетъ особую процедуру для установленія опеки надъ его имуществомъ (Уст. Гр. Суд., ст. 1453 и слѣд., ср. т. X, ч. I, ст. 1243 и слѣд.).

в. На ряду съ этими легальными способами замѣнять недееспособныхъ въ гражданскомъ правѣ субъектовъ представителями или юридическими замѣстителями, которые получаютъ свои полномочія не отъ принципаловъ, а силой закона, опредѣленіемъ судебной власти, современное право широко развило институтъ представительства, въ основѣ коего лежитъ актъ доброй воли представляемаго, который или предшествуетъ замѣнѣ одного лица

(принципала) другимъ (повѣреннымъ, представителемъ), или сопровождаетъ уже совершенныя именованъ другого сдѣлки. Въ обоихъ случаяхъ эффектъ волеизъявленія представителя явно находится въ самой тѣсной связи съ намѣреніями, съ видами принципала. Это и составляетъ отличительный признакъ этой категоріи явленій отъ разсмотрѣнныхъ выше случаевъ представительства малолѣтняго, безумнаго, безвѣстно-отсутствующаго, гдѣ о волѣ этихъ лицъ не можетъ быть рѣчи, и весь эффектъ дѣйствія ихъ опекуновъ, попечителей и проч. долженъ быть отнесенъ къ легальной нормѣ, по силѣ которой они призваны возмѣщать отсутствующую дѣеспособность названныхъ лицъ.

Въ одномъ случаѣ, стало быть, эффектъ представительства условленъ волеизъявленіемъ принципала, который, чтобъ дѣйствовать черезъ другого, долженъ прежде всего самъ быть юридически дѣеспособнымъ,—въ другомъ отъ принципала не зависитъ ничего, ибо онъ не дѣеспособенъ. Съ другой стороны, для юридическаго эффекта сдѣлки какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ представитель долженъ необходимо самъ имѣть дѣеспособность, безъ которой его волеизъявленіе не произведетъ никакого юридическаго дѣйствія.

Идея представительства въ томъ и другомъ случаѣ одна. Волеизъявленіе, рассчитанное на извѣстный эффектъ, исходитъ отъ представителя. Онъ авторъ юридической сдѣлки. Но эффектъ этой сдѣлки вовсе не касается его юридической сферы и обнаруживается прямо и непосредственно въ измѣненіяхъ правоотношеній самого принципала.

Для наступленія этого эффекта представитель долженъ имѣть ту силу или ту способность, которая называется *полномочіемъ* (Vollmacht, pouvoir) или *властью представлять принципала* (Vertretungsmacht). Эта юридическая сила или это полномочіе и сообщается представителю или легальной нормой, или актомъ довѣренности, порученія дѣйствовать именованъ принципала, или, наконецъ, эта юридическая сила образуется впоследствии, когда принципалъ даетъ свое одобреніе сдѣлкѣ, совершенной его именованъ безъ его полномочія.

Дѣйствующіе кодексы даютъ всему институту то или другое мѣсто въ системѣ, смотря по тому, какой моментъ *внутренній*,— довѣренность, порученіе, или *внѣшній*,—полномочіе, власть представлять, выдвигается въ этомъ институтѣ на первый планъ.

Французскій кодексъ опредѣляетъ всѣ основныя черты института въ титулѣ о договорѣ довѣренности (Livre III, titre 13, du mandat, art 1984—2010), съ коимъ по эффекту сближается по-

слѣдующее одобреніе совершонныхъ на имя другого безъ полномочія сдѣлокъ (art. 1338, абз. 3-й, и art. 1998, абз. 2-ой). При этомъ положеніи ученія въ системѣ идея представительства не выражается въ цѣломъ ея объемѣ, и для полноты ея изученія надо имѣть въ виду случаи полномочія, основанные на законѣ, въ составѣ отдѣльныхъ указанныхъ выше институтовъ.

Въ ученіи о довѣренности Code civil, какъ и нашъ т. X ч. I въ соответствующей главѣ II раздѣла IV, кн. 4-ой, разсматриваетъ преимущественно внутреннюю сторону института, составленіе довѣренности и совершеніе вѣрющихъ писемъ, исполненіе и прекращеніе довѣренности (ст. 2291 — 2334). Эта сторона вопроса интересуется насъ здѣсь меньше, и мы будемъ имѣть случай коснуться ея въ ученіи о договорахъ вообще и о договорѣ довѣренности въ особенности. Замѣтимъ здѣсь только, что свойство договора и полномочія, на немъ основаннаго, у насъ, какъ и въ латинскомъ правѣ, отличается для той и другой стороны особою чуткостью къ измѣненіямъ воли принципала подчиняться послѣдствіямъ совершонныхъ повѣреннымъ сдѣлокъ и воли повѣреннаго совершать за другого волеизъявленіе. Актъ довѣрія и полномочія представлять принципала могутъ и съ той и съ другой стороны быть прекращены въ любое время, хотя, правда, не всегда безъ обязательства вознаградить потерпѣвшаго за происшедшіе отъ того убытки (С.с. art. 2003 — 2010; особ. для довѣрителя, art. 2004, право уничтожить довѣренность *quand bon lui semble*, тоже т. X, ч. I ст. 2330 и слѣд.). Это настолько въ свойствахъ этого типа правоотношеній, что отказъ отъ этого права обыкновенно не имѣетъ силы, хотя бы былъ именно введенъ въ составъ договора. Съ другой стороны, сила довѣренности и полномочія обыкновенно прекращается смертью довѣрителя или повѣреннаго, развѣ бы повѣренный или третье лицо не имѣло свѣдѣній о послѣдовавшей смерти довѣрителя (Code civ. 2008 и слѣд., тоже частью и для другихъ способовъ прекращенія довѣренности). Обязанности наслѣдниковъ повѣреннаго введены въ этомъ случаѣ въ самыя тѣсныя границы (тамъ-же, art. 2010; см. также т. X, ч. 1, ст. 2330 и 2334 съ значительными осложненіями, условленными реквизитомъ письменности).

Прусскій Ландрехтъ, какъ и Французскій кодексъ, но съ бѣльшими подробностями, разрабатываетъ вопросъ о содержаніи полномочій, основанныхъ на довѣренности для отдѣльныхъ, спеціальныхъ сдѣлокъ, особенно для дареній, отказовъ, мировыхъ сдѣлокъ, отчужденія и приобрѣтенія недвижимостей, занесенія гипотекъ, дачи присяги, уговора о третейскомъ судѣ и проч., которыя

должны быть въ довѣренности именно показаны (I, 13 §§ 99—110). Съ другой стороны, Ландрехтъ, какъ нашъ т. X, ч. I, шире принимаетъ требованіе письменной формы для довѣренности (тамъ же, §§ 7—11).

Цѣлесообразнѣе, въ смыслѣ системы, все ученіе о представительствѣ (Vertretung) и полномочіи (Vollmacht) въ цѣломъ составѣ и независимо отъ тѣхъ или иныхъ основаній полномочія новое германское уложеніе выдѣляетъ *въ общую часть* (раздѣла 3-го, о сдѣлкахъ, титулъ 5-ый).

Обыкновенно полномочіе и довѣренность являются связанными одно съ другимъ. Мы *доверяемъ*, входимъ въ договорную сдѣлку (контрактъ *mandatum* у римлянъ) и силой этой сдѣлки *уполномочиваемъ* довѣреннаго; но эта связь двухъ сдѣлокъ не есть необходимая. Возможны акты довѣренности, мандаты, порученія, ни на что не уполномочивающія („веди мою торговую книгу“). Возможны и полномочія, когда довѣренность не имѣетъ силы (не такъ совершена), или когда ея вовсе нѣтъ (я вовсе не уговариваюсь съ опредѣленнымъ повѣреннымъ, а уполномочиваю должника произвести уплату такому-то или туда-то)*).

Новое нѣмецкое уложеніе по вопросу о вліяніи пороковъ воли или случаевъ ошибки на силу сдѣлки даетъ рѣшающее значеніе этимъ недостаткамъ волеизъявленія въ лицѣ повѣреннаго, а не въ лицѣ принципала (§ 166 абз. 1-ый, ср. т. X, ч. I, прил. къ ст. 694, п. 5, стр. 2326, 2328; Проект. ст. 71).

Полномочіе можетъ быть эффективно выражено не только лично повѣренному, но и третьему, съ коимъ повѣренный имѣетъ входить въ сношеніе именемъ принципала (Нѣм. Гр. Ул. 167); тоже и для прекращенія полномочія (171, абз. 2-ой). То же достигается публичнымъ увѣдомленіемъ о дачѣ или прекращенія полномочія (тамъ же). Вопросъ о формѣ предоставленія полномочія поставленъ въ нѣмецк. кодексѣ независимо отъ обязательной для сдѣлки, на которую дано полномочіе, формы (167). Полномочіе можетъ быть выражено и молчаливымъ допущеніемъ извѣстныхъ операцій (пріемъ платежей свѣдома кредитора постоянно извѣстными лицами). Для силы сдѣлокъ, совершенныхъ именемъ другого безъ полномочія, нужно послѣдующее утвержденіе принципала (*ratihabito*, 177); въ случаѣ неодобренія сдѣлки со стороны принципала потерпѣв-

*) Весь этотъ вопросъ особенно важенъ для торговаго права. См. особ. Laband, Die Stellvertretung beim Abschluss v. Rgeschäft. nach d. allgem. Handelsges. buch (въ Журн. Гольдшмита). Вопросъ очень споренъ (см. особ. полемику между Нурка (о молчаливомъ полномочіи) и Пласманомъ (Stellvertret. т. II, стр. 508, Exc. II).

шій имѣть искъ объ убыткѣ съ представителя безъ полномочія, развѣ бы соучастникъ сдѣлки съ такимъ представителемъ звалъ заранѣе объ отсутствіи полномочія со стороны представляемаго (179). Если довѣренность возникаетъ изъ *договорной* сдѣлки, то полномочіе есть несомнѣнно *сдѣлка односторонняя*, не предполагающая для вступленія своего эффекта момента воспріятія обращеннаго именно къ данному лицу предложенія (*nichtempfangsbedürftig*), ибо для силы сдѣлки достаточно простаго оглашенія полномочія (§ 171 абз. 1).

Всѣ современные, указанные здѣсь кодексы общаго, а также и торговаго права, котораго мы не касаемся, относятъ *послѣдствія совершонныхъ уполномоченныхъ сдѣлокъ непосредственно къ сферѣ правоотношеній принципала* (С.с. 1998, Ландрехтъ I, 13, §§ 85, 153, т. X, ч. I, 2326, Имп. Герм. Улож. § 164) и требуютъ отъ него соответственной этому правоспособности.

Прекращается полномочіе и довѣренность съ прекращеніемъ задачи, на которую оно было расчитано, или правоотношенія (служебное по найму, агентское...), его обосновавшаго. Несомнѣнно смерть той или другой стороны имѣетъ тоже дѣйствіе (съ нѣкоторыми ограниченіями для торговыхъ операцій и для процессуальнаго представительства), потеря правоспособности, наконецъ отказъ довѣрителя или повѣреннаго, заявленный въ формѣ соответствующей дачѣ полномочія или довѣренности.

Такимъ образомъ, идея прямого представительства въ сдѣлкахъ гражданскаго права, и особенно имущественныхъ, есть въ практикѣ главнѣйшихъ современныхъ системъ несомнѣнно господствующая и общепримѣнимая. Вся разница опредѣляется болѣе или менѣе законченной и детальной разработкой частныхъ института, причемъ наша система является и здѣсь совершенно отсталой. Разработка, данная этому институту въ проектѣ Гражд. Улож. (кн. I, Полож. общія гл. IV, ст. 67—71) поражаетъ своей скудостью и незаконченностью, тѣмъ болѣе странной, что кодификаторы поставили себѣ цѣлью объять въ этомъ проектѣ не только общее, но и торговое право. Чтобы убѣдиться въ *ничтожествѣ* этой работы достаточно сопоставить ее съ арт. 164—182 Нѣм. Гражд. Улож., хотя бы не принимая во вниманіе Нѣмецк. Торговаго Кодекса.

Вопросъ о томъ, однако, на чемъ собственно держится это странное воздѣйствіе волеизъявленій одного лица (представителя) на правоотношеніе другого (принципала), принадлежитъ въ современной нѣмецкой литературѣ, ищущей внутреннихъ основаній

для объясненія строенія институтовъ, къ числу весьма контроверзныхъ *).

Группировка разныхъ ученій идетъ такъ. Тѣ писатели, которые хотятъ видѣть въ сдѣлкѣ продуктъ внутреннихъ психическихъ процессовъ (Савиньи, см. выше), особенно затрудняются отдѣлять эффектъ сдѣлки отъ этой *естественной* его причины. Я хочу извѣстнаго измѣненія моихъ правоотношеній, я же, для этой цѣли, и совершаю сдѣлку. Связь причины и послѣдствія неразрывна въ этомъ примѣненіи моей дѣеспособности къ моимъ же правоотношеніямъ. Къ этому простому и естественному первообразу писатели этого направленія стараются свести и дѣйствія чрезъ представителя. Итакъ, если мой представитель дѣйствуетъ за меня, то онъ есть только орудіе *моей воли*, и, слѣдовательно, измѣненія, которыя въ этомъ случаѣ произойдутъ въ сферѣ моихъ правоотношеній, будутъ составлять все же продуктъ *моей воли*. Казавшаяся нарушенною *естественная* связь причины и слѣдствія этимъ методомъ какъ будто вновь *возстановлена*.—Но правильно ли это? Начать съ того, что представительство въ гражданскомъ правѣ имѣетъ мѣсто не тамъ только, гдѣ у принципала можетъ быть и дѣйствительно есть на лицо воля, но и тамъ, гдѣ ея нѣтъ и быть не можетъ, какъ у малолѣтнихъ, умалишенныхъ, отсутствующихъ. Какъ же здѣсь установить *естественную* связь волеизъявленій принципала съ послѣдствіями для юридической сферы этихъ недѣеспособныхъ? Воли у нихъ нѣтъ, и это не мѣшаетъ ихъ представителямъ совершать за нихъ всякаго рода сдѣлки съ несомнѣннымъ эффектомъ для ихъ правоотношеній. Но и тамъ, гдѣ у принципала есть волеиспособность, все же, несомнѣнно, сдѣлка его представителя есть именемъ принципала, по его полномочію, но *не имъ*, а именно его представителемъ *совершенная*.

Чтобы спасти эту *естественную* связь причины (воли) съ послѣдствіемъ (измѣненіемъ правоотношеній) пробовали дать дѣлу еще такой оборотъ. Въ сдѣлкѣ чрезъ представителя творцомъ сдѣлки почитается онъ самъ, она составляетъ продуктъ его воли. Но и дѣйствіе сдѣлки *первоначально* возникаетъ тоже только для него, и лишь *впослѣдствіи* это дѣйствіе нѣкоторымъ актомъ молчаливой цессіи, уступки, переходитъ на принципала (Пухта, Вангеровъ). Но это только воображаемый процессъ, котораго въ

*) Кромѣ монографій, указываемыхъ въ любомъ пандектномъ учебникѣ, полезно имѣть въ виду обзоръ спорныхъ ученій и оцѣнку ихъ у Mitteis Die Lehre von der Stellvertretung (1885 г.); коротко Pandekten, Windscheid, § 73 пр. 16 в.; Regelsberger'a, § 159 и особ. позднѣйшую работу Шлосмана.

дѣйствительности вовсе не знаетъ право, ибо дѣйствующія системы въ особенности требуютъ отъ представителя дѣеспособности только для совершенія сдѣлки (съ ограниченіями, Нѣм. улож., § 165), которой онъ является авторомъ, а правоспособность воспользо-ваться ея эффектомъ нужна именно со стороны принципала.

Какъ будто шагъ ближе къ дѣлу принадлежитъ конструкціи названнаго выше Mitteis'a, который *отчасти* справедливо, хотя опять *только для добровольнаго представительства* и далеко не для характерныхъ его случаевъ, полагаетъ, что здѣсь дѣйствуетъ не одна воля (представителя) взамѣнъ, вмѣсто, другой (воли принципала), а *объ воли вмѣстѣ*. Но когда воля принципала будетъ ясно чувствоваться въ составѣ сдѣлки? Въ тѣхъ именно случаяхъ, гдѣ принципалъ очень близко и детально руководитъ представителемъ, т.-е. въ случаяхъ наименѣе характерныхъ для разсматриваемаго института, гдѣ представитель начинаетъ походить на посылнаго. Наоборотъ, въ случаяхъ общихъ полномочій, гдѣ явно все, въ предѣлахъ этихъ полномочій, рѣшаетъ *воля представителя*, а также въ случаяхъ представительства необходимаго, это ученіе оставляетъ задачу совсѣмъ нетронутой.

Итакъ, точка зрѣнія *естественной концентрации* волеизъявленія и его эффекта въ одномъ лицѣ ни къ чему не приводитъ, не даетъ отвѣта на вопросъ, какъ возможно относить эффектъ или результатъ волеизъявленія одного лица къ сферѣ правоотношеній другого. Очевидно, надо искать иного пути для объясненія какъ будто ускользающаго отъ *естественной* закономерности явленія.

Эту особенность строенія представительства давно уже отмѣтила, хотя немногими чертами, прозорливая мысль Рудольфа Ihering'a, въ неисчерпаемомъ по богатству идей его сочиненія о Духѣ римскаго права на разныхъ ступеняхъ его развитія (см. Geist § 53). Ihering отмѣчаетъ, какъ *первичную* стадію въ исторіи сдѣлки, именно эту *естественную концентрацію причины и послѣдствія въ одномъ лицѣ*.

Старыя сдѣлки совершаются непременно лично самими ихъ субъектами и при наличности *тутъ же* всѣхъ данныхъ, необходимыхъ для законченнаго юридическаго ихъ состава *). Успѣхъ

*) Процессъ разложенія этого строгаго стила старой сдѣлки имѣетъ свои фазы, коихъ частью мы касались выше. Сдѣлки впоследствии допускаютъ не только срочность и условность волеизъявленія, но и различные суррогаты представительства; въ правѣ римскомъ, напр., въ видѣ обязательства съ двумя вѣрителями или должниками (socii credendi et debendi, о чемъ см. Основная форма корреспондентнаго обязательства, 1874 г. Н. Л. Дювернуа, стр. 143). Въ новое время то же достигалось формулировкой обязательства на неопредѣленнаго вѣрителя (см. выше здѣсь же стр. 791—793). Подробности обходимъ.

развитія сдѣлки въ дальнѣйшемъ заключается въ нѣкоторомъ расчлененіи этой ея первобытной цѣльности. Мы выше видѣли, что сдѣлки позднѣйшей формации допускаютъ *условное волеизъявленіе*, при чемъ явно составъ сдѣлки опредѣляется *последовательнымъ* сочетаніемъ разновременныхъ данныхъ. Въ смыслѣ историческаго возраста и юридической техники сдѣлка, совершаемая черезъ представителя, имѣетъ несомнѣнное родство съ явленіемъ условной сдѣлки. Вотъ что говорил Ihering для характеристики этой конструкции. „Настоящее, подлинное представительство покоится на *разъединеніи* (Trennung) *причины и дѣйствія* въ юридической сдѣлкѣ. Причина, т.-е. дѣяніе, приходится на долю представителя, а дѣйствіе, послѣдствіе этого дѣянія—на долю принципала. Оно (представительство) заключаетъ въ себѣ, стало быть, *искусственное раздвоеніе* (Spaltung) того, что въ *естественномъ* образованіи отношенія является единымъ *).

Въ дальнѣйшемъ, для правильнаго разумѣнія института намъ необходимо разобрать два вопроса: 1) что же это разрушенное естественное сочетаніе причины и послѣдствія въ строеніи сдѣлки черезъ представителя такъ и остается разрушеннымъ и ничѣмъ не возмѣщеннымъ, или на мѣсто этой связи наступаетъ нѣкоторая другая и какая именно? 2) что въ результатѣ даетъ намъ для юридической техники и для развитія гражданской свободы эта замѣна связи естественной новымъ сочетаніемъ сдѣлки представителя съ эффектомъ ея для принципала?

И такъ, первый вопросъ касается замѣны естественной концентрации причины и послѣдствія сдѣлки въ одномъ лицѣ. Институтъ представительства настоящаго, подлиннаго, даетъ намъ не только разорванную естественную связь сдѣлки съ ея эффектомъ, но и замѣну этой естественной связи новою, искусственною. Что же служить для этой цѣли, какой *технической* приѣмъ цивилистики? Не знаемъ ли мы въ исторіи сдѣлки такой же смѣны простаго, естественнаго сочетанія нѣкоторымъ инымъ? Вспомнимъ куплю-продажу. Первоначальная, естественная связь волеизъявленія съ дѣйствіемъ его въ этой сдѣлкѣ будетъ такая: *мнѣ* нужна вещь, я ее и покупаю. Потребность для меня въ этомъ приобрѣтеніи опредѣляется подлиннымъ назначеніемъ данной вещи, этого платья, этого дома, поля, инвентаря. Ничего не можетъ быть безыскусственнѣе такой концентрации всѣхъ моментовъ сдѣлки въ одномъ фокусѣ. Всѣ данныя тутъ же налицо... Но

*) Geist ч. III, изд. 65 г., стр. 166 и особенно пр. 225, гдѣ Ihering даетъ указаніе на вдохновившій его текстъ изъ Юлія Павла L. 11 D. de O. et A. (44. 7).

вѣдь обмѣнъ не можетъ остановиться на этомъ. Мнѣ вещь вовсе не нужна для пользованія ею согласно ея назначенію. Я ее, однако, купилъ, и затѣмъ ищущу разрушить сдѣлку доказательствомъ на судѣ скрытаго въ ту пору мотива купли, который заключался въ желаніи раскрыть слѣды преступленія. Юриспруденція, не допускающая инвалидаціи сдѣлки по этому скрытому мотиву, дѣлаетъ этимъ, такъ сказать, первый шагъ къ *замѣнѣ естественнаго сочетанія момента воли съ его послѣдствіемъ*. Если нѣтъ воли въ подлинномъ, естественномъ значеніи, то эту волю, это истинное побужденіе, для юридической силы акта, замѣняетъ абстрактно, въ этихъ предѣлахъ, сдѣланное мною *волеизъявленіе* „я покупаю“; здѣсь выступаетъ то, что мы называемъ внутреннимъ формализмомъ воли, опредѣляющимъ составъ сдѣлки *приобрѣтенія движимости* посредствомъ купли-продажи совершенно независимо отъ того или другого конкретнаго побужденія или расчета въ данномъ случаѣ. Разрушенная естественная связь причины (я хочу имѣть платье, домъ, чтобы пользоваться имъ какъ своимъ) и слѣдствія (и съ этой цѣлью покупаю вещь) замѣняется связью юридической, формальной, которая своеобразно укрѣпляетъ силу сдѣлки, сообщая ей особый чеканъ, безспорную, непоколебимую извѣстность *чисто юридической* операціи (см. выше § 53).

Сдѣлаемъ шагъ дальше. Я покупалъ *для себя*. Но я могъ, покупая для себя съ виду, *приобрѣтать* участокъ *фактически* какъ агентъ сосѣда, которому особенно желательно это присоединеніе (цивильная аннекція) сосѣдняго землевладѣнія. Этого, однако, не видно изъ состава сдѣлки и операція проходитъ, такъ сказать, мимо таможенной линіи. — Но вотъ, я прямо говорю, показываю въ составѣ акта, что я покупаю, но *не для себя*. Будетъ ли это порокомъ сдѣлки? Если это порокъ, то во всякомъ случаѣ ничтожный, который легко удалить, ибо указанная *клаузула (не для себя)* составляетъ для сдѣлки купли-продажи *ничего незначащія рѣчи*, выкинувъ которыя, мы вовсе не повреждаемъ *формальнаго состава волеизъявленія*. — Совершенно другое, если я не просто осложняю операцію ничего незначащими рѣчами, а произвожу *настоящій разрывъ* волеизъявленія и его эффекта, указывая не только, что я покупаю или совершаю иную сдѣлку не для себя, но *называю при этомъ малолѣтняго, умалишеннаго, котораго я опеаю, моего доверителя*, который и имѣетъ стать подлиннымъ дестинатаріемъ сдѣлки. Сила сдѣлки поставлена здѣсь въ зависимость не отъ наличныхъ тутъ же данныхъ, которыя образуютъ ея составъ. Связь причины (мое волеизъ-

явленіе, я покупаю) съ послѣдствіемъ (эффектъ сдѣлки, чтобъ собственникомъ сталъ опекаемый, довѣритель) явно разорвана. Сдѣлка будетъ недѣйствительна, если покупать для другого, совершать сдѣлки *per liberam personam* недозволено, какъ недозволено за другого вступать въ бракъ, усыновлять или легитимировать. Но если такая операція за другого не есть недозволенная, тогда *разрывъ естественной связи* причины и слѣдствія въ указанномъ примѣрѣ *возмѣщается*, какъ видно было выше, *искусственной, юридической связью*, формальнымъ ихъ *сочетаніемъ*, основу которому *даетъ или полномочіе* (легальное или договорное), или *послѣдующее утвержденіе* (*ratihabitio*) сдѣлки совершенной на имя другого безъ полномочія.

Юридическая сила подобной сдѣлки черезъ представителя, гдѣ разорвана естественная связь причины и послѣдствія, условлена не волею принципала, коей орудіемъ служитъ представитель (Савиньи), и не волею представителя, съ послѣдующимъ переносомъ эффекта ея на принципала (Пухта, Вангеровъ), а замѣной естественной связи причины и послѣдствія, искусственной, юридической каузальностью, которая хотя лежатъ внѣ сдѣлки, подобно условію, но также опредѣляетъ особенности ея сложенія, какъ и условіе.

Данная здѣсь конструкція одна даетъ понятію представительства самостоятельное значеніе въ системѣ гражданскихъ институтовъ. Это настоящая *теорія представительства* въ гражданскомъ правѣ, которую, лишь при помощи фикціи (къ сожалѣнію *), поддерживалъ одинъ изъ виднѣйшихъ пандектистовъ, Виндшейдъ, и которой нынѣ держится Регельсбергеръ. Дѣйствіе сдѣлки даже самимъ принципаломъ совершенной держится не всегда *на естественной причинности* (*Natural-causalismus*). Нормѣ юридической (*einem Spruch der Rechtsordnung*) обязано своимъ бытіемъ все, что производитъ юридическій эффектъ (*Pandecten*, § 159 кон., стр. 586). И эта норма юридическая принимаетъ здѣсь, въ этой задачѣ восполнить разорванную связь причины и послѣдствія, особый образъ института представительства въ гражданскомъ правѣ, широкому развитію котораго наше время обязано самодѣятельности новой юриспруденціи, которая, исходя, быть можетъ, отъ отдѣльныхъ образцовъ представительства въ римскомъ правѣ, ушла въ своемъ развитіи далеко за его предѣлы.

Искусственность строенія представительства и несомнѣнное родство его съ условіемъ въ составѣ сдѣлки видно въ томъ, что

*) См. особ. § 73, стр. 208 по 6-му изд.

въ сдѣлкѣ чрезъ представителя (необходимаго и добровольнаго), если она совершается по полномочію, *эффектъ сдѣлки обезпечивается раньше наступленія событія, имѣющаго его вызвать, т.-е. волеизъявленія представителя.* При послѣдующемъ одобреніи сдѣлки, совершенной за другого безъ его полномочія, этотъ эффектъ переносится къ началу сдѣлки (ретротрагируется *ad initium negotii*). Въ обоихъ случаяхъ мы имѣемъ несомнѣнное раздвоеніе (*Trennung, Spaltung*) нормально связанныхъ моментовъ сдѣлки, подобно тому, какое видимъ при условной сдѣлкѣ. Это развитіе или впередъ даннаго полномочія или за сдѣлкой слѣдующаго одобренія новый нѣмецкій кодексъ дѣлаетъ не только для случаевъ содѣйствія одного взамѣнъ другого (*Vertretung, представительство*), но и для нѣкоторыхъ случаевъ содѣйствія въ сдѣлкѣ одного вмѣстѣ съ другимъ, различая *Einwilligung* для предшествующаго и *Genehmigung* для послѣдующаго содѣйствія этого послѣдняго рода (§§ 182—185).

Другой вопросъ, который мы думаемъ здѣсь же рассмотреть, заключается въ томъ, какого же результата мы достигаемъ, замѣняя естественную связь причины съ послѣдствіемъ этою искусственною связью сдѣлки представителя съ эффектомъ ея для принципа?

Результатъ для случаевъ необходимаго представительства ясенъ самъ собою. Правоспособное, но не дѣеспособное лицо, въ современныхъ условіяхъ *разложенія старинныхъ властныхъ, семейныхъ и родственныхъ союзовъ* и полного обособленія въ сферѣ гражданскихъ отношеній (см. выше § 23), было бы вполнѣ беспомощнымъ, *если бы мы не имѣли на лицо хорошо развитого института представительства.* — Но для случаевъ представительства добровольнаго не даетъ ли намъ этотъ институтъ того же *самоограниченія воли*, которое извѣстный кругъ писателей думалъ видѣть въ допущеніи сдѣлки условной (см. выше)? Принципалъ какъ будто дѣйствительно ставитъ себя въ большую зависимость отъ своего юридическаго агента, когда даетъ силу поставленному *независимо* отъ хозяина уполномоченному дѣйствовать его именемъ, заранее гарантируя передъ третьими безспорное воздѣйствіе его операций на свою юридическую сферу. Мы указали выше (стр. 765) правильную оцѣнку значенія условія въ составѣ сдѣлки. Съ помощью условныхъ волеизъявленій мы подчиняемъ воздѣйствію нашей воли *будущее*, вмѣсто того чтобы себя подчинять ему. Это несомнѣнное расширеніе сферы воздѣйствія частной воли въ *предѣлахъ времени.* Та же внутренняя оцѣнка должна имѣть мѣсто и для вопроса о значеніи института

представительства въ области гражданскихъ правоотношеній. Если условіе расширяетъ сферу воздѣйствія частной воли въ предѣлахъ времени, то хорошо развитой институтъ представительства даетъ тотъ же результатъ расширенія сферы воздѣйствія частной воли *въ пространствѣ*.

Современная Германія поставила задачи развитія своего всеобщаго вліянія въ этомъ смыслѣ въ самыя выгодныя условія 1) широкимъ развитіемъ въ своемъ новомъ кодексѣ разнообразныхъ формъ союзнаго правообладанія; 2) точной разработкой понятій и видовъ условной сдѣлки и 3), въ особенности, мастерскимъ, какъ въ этомъ кодексѣ общаго права, такъ и кодексѣ торговаго права (новая редакція 1897 г.), развитіемъ института свободнаго представительства въ гражданскомъ правѣ.

Мы остановились здѣсь на ученіи о представительствѣ, которое обыкновенно излагается въ связи съ общимъ правомъ (пандектами) по тому соображенію, что самъ институтъ не есть въ его современномъ видѣ латинскій, а вполне современный, и особенно въ виду того, что характерная, по нашему мнѣнію, черта строенія юридической сдѣлки на основахъ внутренняго формализма воли, абстрактной, отрѣшенной отъ интереса автора сдѣлки формулировки волеизъявленія выступаетъ здѣсь особенно рельефно *).

Д. РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

НЕДѢЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ЮРИДИЧЕСКОЙ СДѢЛКИ.

§ 58.

Недѣйствительность юридической сдѣлки. — Терминологія. — Сдѣлки несостоявшіяся и условныя.

Выше мы установили понятіе юридической сдѣлки (стр. 683), въ составъ котораго, на ряду съ другими признаками (волеизъявленіе, предѣлы гражданской правоспособности лица), мы ввели и достиженіе этимъ актомъ воли *измѣненія* того правоотношенія, на которое волеизъявленіе направлено.

При наличности всего своего состава данная сдѣлка (ускно-

*) Новый обширный и блестящій трактатъ Шлосмана (два тома), посвященный этому ученію (Die Lehre v. d. Stellvertretung... (1900—1902 г.) заключаетъ въ себѣ, кромѣ обычнаго укора направленію современной юриспруденціи къ догматизму и указанія правильнаго пути изученія особенностей извѣстнаго института, дѣйствительно цѣнныя труды талантливаго автора въ области деталей этого института, изъ коихъ многія какъ для римскаго, такъ и для современнаго права являются ярко освѣщенными въ новомъ трактатѣ.

вление, бракъ, завѣщаніе, купля-продажа, залогъ и т. д.) будетъ заключать въ себѣ не только актъ воли, производящій извѣстный юридическій эффектъ, но и самый эффектъ, имъ вызванный. Бракомъ будетъ устанавлено правоотношеніе супружеское, усыновленіемъ—родительское, куплей-продажей, залогомъ—имущественное, личное или вещное, опредѣленнаго содержанія. Также и въ отрицательномъ смыслѣ, разводомъ, эманципаціей, отказомъ принять товаръ при наличности извѣстныхъ пороковъ вещи, погашеніемъ долга.

Въ этихъ условіяхъ мы имѣемъ налицо сдѣлку (установляющую или прекращающую правоотношеніе) въ связи съ ея эффектомъ, *эффективное юридическое волеизъявленіе*.

Образованіе сдѣлки съ этой полнотой ея состава можетъ требовать не одного волеизъявленія, а или одновременнаго или послѣдовательнаго наступленія еще другихъ волеизъявленій или событій, которыми окончательно опредѣляется весь производимый этимъ комплексомъ данныхъ юридическій эффектъ. Существуютъ, какъ было показано выше, сдѣлки, юридическій эффектъ коихъ не связанъ съ „воспріятіемъ“ волеизъявленія субъекта сдѣлки кѣмъ-либо, и есть сдѣлки, включающія въ себя такое воспріятіе (*empfangsbedürftige* и *nichtempfangsbedürftige*, выше, стр. 692), существуютъ сдѣлки, эффектъ волеизъявленія коихъ поставленъ въ зависимость отъ наступленія или ненаступленія событій извѣстной квалификации (выше, сдѣлки условныя).

Во множествѣ случаевъ эффектъ измѣненія гражданскихъ правоотношеній наступаетъ подъ вліяніемъ *нѣсколькихъ* послѣдовательно наступающихъ волеизъявленій, одностороннихъ или договорныхъ, изъ коихъ каждое отдѣльно взятое производитъ свой эффектъ, болѣе или менѣе интензивный, и только въ результатъ всего послѣдовательнаго ряда такихъ отдѣльныхъ актовъ образуется то окончательное измѣненіе правоотношенія, для коего предшествующіе акты составляли лишь подготовительные шаги. Примѣровъ легко найти много изъ самыхъ различныхъ областей системы гражданскаго права. Таковы для брака—согласіе родителей, сговоръ, обрученіе, вѣнчаніе, запись въ метрическія книги, для пересвоенія недвижимости—купчая *совершаемая*, подъ опасеніемъ недѣйствительности, у нотариуса (Полож. о нот. части, ст. 66, при 3-хъ свидѣтеляхъ, 85), *утверждаемая* старшимъ нотариусомъ по мѣсту нахождения имущества (тамъ же, ст. 158), чрезъ что актъ становится крѣпостнымъ, *оглашаемая* извѣстнымъ порядкомъ и *сопровождаемая* вводомъ во владѣніе (тамъ же, ст. 179, Уст. Гр. Суд. ст. 1424 и слѣд.). Рядъ подобныхъ послѣдовательныхъ операцій нуженъ для установленія и прекращенія залога недвижимости.

Каждая отдѣльная сдѣлка и каждая сдѣлка, образующая часть послѣдовательнаго ряда подготовительныхъ моментовъ цѣлой юридической операціи, имѣетъ свой составъ, свои реквизиты, условливающіе ея эффектъ, и свой эффектъ. Натурально, здѣсь, *въ составъ общей части*, мы имѣемъ рассмотреть только общія ученія, общія основы, коими опредѣляется юридическая сила сдѣлки, или, отрицательную сторону того же явленія, *общія ученія безсилія, неспособности, непригодности* данныхъ реквизитовъ сдѣлки для ея эффекта, для образованія ея полнаго состава, т.-е. для измѣненія даннаго правоотношенія.

Выше мы рассмотрѣли положительную сторону общаго ученія о юридической сдѣлкѣ. Мы анализировали ея составъ въ этомъ смыслѣ. Уже въ ряду тѣхъ ученій намъ пришлось въ отдѣльныхъ явленіяхъ (принужденіе, ошибка, симуляція и прочее) отмѣчать пороки волеизъявленія, несоотвѣтствіе внѣшняго и внутренняго строенія сдѣлки, какъ отрицательную сторону ея состава.

Данный составъ волеизъявленія не достигаетъ цѣли, не производитъ того юридическаго эффекта, на который рассчитанъ и который ему свойствененъ. Взятая въ своихъ общихъ чертахъ и въ цѣломъ составѣ эта отрицательная сторона ученія о сдѣлкѣ также необходима и существенна для правильнаго пониманія природы юридической сдѣлки, какъ и ея положительная сторона.

Сведенное къ одному фокусу это будетъ ученіе о *недѣйствительности юридической сдѣлки*.

Выше мы установили понятіе волеизъявленія, какъ дѣловой, къ опредѣленной практической цѣли направленной юридической операціи. Это negotium, это юридическая сдѣлка, Rechtsgeschäft! Не составляетъ ли этотъ отрицательный признакъ, недѣйствительность, отсутствіе дѣловаго исхода, юридическаго эффекта волеизъявленія прямого отрицанія понятія сдѣлки? Сдѣлка, которая не въ чему не ведетъ, ungültiges, unwirksames Rechtsgeschäft, negotium nullum, nullius momenti, должна ли все же именоваться сдѣлкой, не составляетъ ли она въ этомъ своемъ составѣ безразличнаго для юридическаго обмѣна явленія, которое, какъ простой фактъ, не нужно и не слѣдуетъ отмѣчать особымъ юридическимъ терминомъ?

Логически такое игнорированіе въ ученія о сдѣлкѣ явленія, не носящаго необходимыхъ для состава понятія признаковъ, было бы несомнѣнно правильнымъ. И тѣмъ не менѣе мы встрѣчаемъ *въ терминологіи* литературной и законодательной это отступленіе отъ строгаго требованія логики повсюду.

Нѣкоторые современные цивилисты (особенно Беккеръ) причисляютъ все ученіе о недѣйствительности юридической сдѣлки къ самымъ запутаннымъ (zu den verworrensten) во всей юриспруденціи и указываютъ какъ на одну изъ главныхъ причинъ этой путаницы ошибочность въ употребленіи терминовъ (Leonhard). Этотъ недостатокъ замѣчается не въ какихъ-либо неудавшихся опытахъ литературной обработки вопроса, но въ самыхъ серьезныхъ работахъ, наконецъ, и въ такомъ крупномъ, коллективномъ цивилистическомъ трудѣ, какой представляетъ собою новое нѣмецкое гражданское уложеніе.

Мы не остановимся на изученіи и оцѣнкѣ именно этого крупнѣйшаго явленія современной юриспруденціи во особенности; но тѣ сомнѣнія, которыя этотъ кодексъ вызвалъ въ литературѣ по занимающему насъ вопросу, нельзя оставить безъ вниманія и въ ученіи о недѣйствительности юридической сдѣлки вообще. Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть въ виду терминологию этого ученія въ германскомъ кодексѣ и особенно техническіе недочеты его въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ.

Если мы называемъ *монетой* и такое волеизъявленіе, которое не производитъ юридическаго эффекта свойственнаго понятію сдѣлки извѣстнаго типа, то этотъ терминъ, но сопровождаемый необходимо извѣстной ея квалификаціей, несомнѣнно перестаетъ угрожать опасностью путаницы понятій. Мы называемъ *монетой* денежный знакъ, служащій орудіемъ имущественнаго обмѣна, не только тогда, когда въ немъ есть необходимые внутренніе признаки и способность служить указанной цѣли, но тоже названіе *монеты* мы удерживаемъ и для такихъ знаковъ, которые когда-то служили цѣлямъ обмѣна, а теперь вышли изъ обращенія, потеряли тотъ или другой признакъ *ходячей* монеты (вѣсъ, чеканъ), или же такіе денежные знаки, которые имѣютъ наружное сходство съ подлинной монетой и вовсе не имѣютъ ея свойствъ. Чтобы наименованіе такихъ знаковъ монетой не вело къ смѣшенію понятій, надо отмѣчать специфическій признакъ данной монеты, старинной, стертой, фальшивой, и опасность неточнаго наименованія предмета будетъ устранена. То же для сдѣлки. Я купилъ, но вещь, мнѣ проданная, оказывается въоборотной, нанялъ, но вовсе не то помѣщеніе, которое нужно для торговаго предпріятія, хотя всѣ признаки, улица, домъ, его номеръ, число комнатъ въ проектированной и въ состоявшейся сдѣлкѣ вполне сходятся. Это купля, но безъ результата подлинной купли, наемъ, но безъ свойственнаго ему эффекта; купилъ, но то, что не можетъ мнѣ принадлежать, нанялъ но ненужное мнѣ вовсе помѣщеніе.

Сдѣлка-актъ разошлась со *сдѣлкой-эффектомъ*, и если мы обозначимъ признакомъ *недѣйствительности* именно *сдѣлку-эффектъ*, то въ этомъ словоупотребленіи не будетъ ничего страшнаго, никакой опасности смѣшенія. Сдѣлка-актъ останется куплей, вѣдомъ, но безъ принадлежащаго ей эффекта, на который волеизъявленіе было рассчитано, и въ то же время, какъ мы будемъ имѣть случай показать, эвентуально, съ эффектомъ, тоже юридическимъ, но не тѣмъ, который имѣли въ виду стороны *).

Это одинъ поводъ къ путаницѣ въ ученіи о недѣйствительности *сдѣлки*, когда двойкій смыслъ слова „сдѣлка“ не установленъ точно. Независимо отъ этого и сверхъ этого употребленіе термина *недѣйствительность*, *ничтожество* сдѣлки въ литературѣ, законодательствахъ и практикѣ также до такой степени подвержено колебаніямъ, что въ свою очередь способно еще усугубить путаницу этого ученія.

Сдѣлку квалифицируютъ какъ недѣйствительную или ничтожную не только въ тѣхъ случаяхъ, когда она есть сдѣлка-актъ, а не сдѣлка-эффектъ, но точно такъ же и въ тѣхъ, гдѣ волеизъявленіе въ юридическомъ смыслѣ не существуетъ не только какъ сдѣлка-эффектъ, но и какъ сдѣлка-актъ. Между тѣмъ различать эти стадіи развитія волеизъявленія необходимо не только потому, что юридическія послѣдствія такихъ явленій совершенно неодинаковы, но еще и потому, что методы противодѣйствія волеизъявленіямъ въ томъ и другомъ случаѣ вполне различны.

И такъ, сдѣлку-актъ называютъ недѣйствительной не только тогда, когда мы имѣемъ налицо законченный составъ волеизъявленія, но и въ тѣхъ случаяхъ, когда передъ нами одна только предшествующая, незаконченная, незавершившаяся стадія ея развитія, на которой не только не можетъ быть рѣчи о сдѣлкѣ-эффектѣ, о дѣйствительности или недѣйствительности сдѣлки, но гдѣ сомнѣнію подвергается прямо существованіе самой сдѣлки акта, *ниличность ея*.

Мы сейчасъ покажемъ, что такая неправильность постановки вопроса дѣйствительно существуетъ опять не въ литературѣ только, но и въ законодательной практикѣ.

Такимъ образомъ, для совершенія сдѣлки возмезднаго отчужденія недвижимаго имущества, крѣпостное установленіе, по требованію продавца, заготовляетъ актъ, коимъ продавецъ объявляетъ о продажѣ имъ своего имущества за опредѣленную, *взятую имъ цѣну*. Законченная внесеніемъ полагающихся по пересвоенію не-

*) Ср. Леонгардъ. Der Irrthum bei nichtigen Verträgen n. röm. Q. стр. 295.

движимыхъ имуществъ пошлинъ и выдачей изъ крѣпостного уставленія *продавцу купчей крѣпости*, операція представляетъ собою лишь известную предшествующую эффекту сдѣлки купли-продажи стадію, а отнюдь еще не весь составъ купли-продажи недвижимости. Законъ, предусматривая возможность неуплаты покупщикомъ цѣны или другую эвентуальность, не соединяетъ съ этимъ моментомъ никакого дѣйствія, коимъ совершается переходъ права собственности отъ продавца къ покупщику. За этимъ, въ опредѣленный терминъ, имѣетъ послѣдовать врученіе купчей крѣпости *покупщику*. Допуская, что такой передачи не произошло, ст. 1424 т. X ч. I (по изд. 900 г.) *) предоставляетъ продавцу „просить объ *уничтоженіи дѣйствительности* онаго (крѣпостного акта) то же должностное лицо, которое сей актъ совершило, и при томъ въ семидневный срокъ, считая оный отъ дня полученія акта отъ старшаго нотаріуса“. По истеченіи этого срока крѣпостной актъ можетъ быть *уничтоженъ* только *по суду* (тамъ же *in fine*).

Что же это за явленіе? *Дѣйствительность* какого акта подлежитъ уничтоженію? Сдѣлки купли-продажи недвижимости? Должны мы уничтожить *сдѣлку-эффектъ* этого содержанія? Очевидно, нѣтъ, ибо совершеніе купчей крѣпости на этой стадіи ея развитія, ранѣе врученіе акта покупщику, до истеченія 7-ми дневнаго срока, *никакого гражданского эффекта*, никакой силы для перехода правъ отъ продавца къ покупщику собою не знаменуетъ. Если уничтоженію, признанію *недѣйствительности* подлежитъ что-либо въ этомъ положеніи дѣла, то не сдѣлка-эффектъ, а развѣ только *сдѣлка-актъ*. Это именно и выражаетъ ст. 825 т. X ч. I, опредѣляя, что старшій нотаріусъ, удостовѣрившись, что *актъ* не состоялся, приобщаетъ его *къ недѣйствительнымъ*, отмѣчаетъ о *недѣйствительности онаго* въ крѣпостной книгѣ и въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ и возвращаетъ крѣпостныя пошляны (по цѣнѣ имѣнія), удерживая въ пользу казны одну трехрублевую актовую пошляну.

Очевидно, понятіе недѣйствительности примѣнено здѣсь не въ томъ техническомъ смыслѣ, какой даетъ ему юриспруденція, относя его именно къ сдѣлкѣ, которая представляетъ собой законченное волеизъявленіе, направленное на измѣненіе правоотношенія, а къ такому акту, который безусловно правильнѣе назвать несостоявшимся не только въ смыслѣ сдѣлки эффекта, но даже въ

*) См. тамъ же по изд. 57 г. ст. 1420 и прилож. къ ней (примѣч. 2, по продолженію) и 1424; ср. тѣ же нумера статей въ позднѣйшихъ изд., при чемъ ст. 1424 по существу удержана въ силѣ.

смыслъ сдѣлки-акта. Это не только не купля-продажа, но и не одностороннее волеизъявленіе, влекущее за собой какія-либо юридическія послѣдствія; это предварительная скриптурная операція, канцелярская заготовка документа, удостовѣряющаго поступленіе въ казну пошлинъ, и въ цивильномъ смыслѣ, до истеченія 7-мидневнаго срока, не влекущаго за собой никакихъ послѣдствій. Указанная выше ст. 825 въ началѣ такъ и называетъ *подобную продажу несостоявшейся*; но тутъ же, дальше, причисляетъ актъ къ *недѣйствительнымъ*, хотя понятіе недѣйствительности и у насъ нерѣдко имѣетъ совершенно правильное примѣненіе къ *сдѣлкамъ законченнымъ* и по тому или другому основанію не производящимъ измѣненій, на которыя онѣ направлены, неэффективнымъ.

То же, что въ ст. 825 находимъ для купчихъ крѣпостей, ст. 909 (изд. 57 г. и послѣд.) постановляетъ для несостоявшихся заемныхъ писемъ, которыя, очевидно за *несостоявшейся* заемной сдѣлкой не вручены кредитору. Это опять не недѣйствительный заемъ, а заемъ несостоявшійся.

Скриптурную операцію, документъ, раньше чѣмъ онъ успѣлъ, въ 7-ми дневный срокъ, послужить ступенью или орудіемъ образованія сдѣлки купли-продажи, признаетъ несостоявшимся то должностное лицо, которое заготовило этотъ документъ. Уничтоженіе акта *по истеченіи этого срока* можетъ быть произведено не иначе, какъ по суду.

Для обозначенія сдѣлокъ несостоявшихся, не имѣющихъ всего состава сдѣлки, а одну лишь ея видимость, не волеизъявленіе, а только документъ, вѣдѣнность операціи, ипе arragense, западныя системы знаютъ особый терминъ. Такой терминъ опредѣлился во французской юриспруденціи, хотя онъ не есть легальный. Несостоявшійся актъ не есть недѣйствительный, ни въ смыслѣ ничтожества, ни въ смыслѣ опровержимости (*nullité* и *annulabilité* или *rescission*). Это *acte non avenu, inexistant* *). И такъ, бракъ-

*) Между французскими цивилистами большое различіе мнѣній по вопросу о достоинствѣ этого ученія и о кругѣ примѣненія понятія *acte inexistant*. Этого термина нѣтъ ни въ старой юриспруденціи, ни въ *Code civ.*; его происхожденіе новое. Нѣкоторые писатели связываютъ образованіе этого термина съ замѣчаніемъ, которое сдѣлалъ первый консулъ по вопросу о бракѣ. „Нельзя смѣшивать брака несуществующаго, съ бракомъ, который можетъ быть признанъ недѣйствительнымъ. Брака нѣтъ вовсе, когда изъ актовъ видно, что женщина отвѣчала *да*, тогда какъ она сказала *нѣтъ*; но совсѣмъ будетъ другое дѣло, если женщина отвѣтила дѣйствительно *да*, но этотъ отвѣтъ былъ у нея вынужденъ насиліемъ,—тогда бракъ есть, но онъ долженъ быть аннулированъ, признанъ недѣйствительнымъ. Традиціи этого различія поддерживали-де во французск. юриспруденціи, подъ вѣмецкимъ будто влияніемъ, особенно Zachariae, поддерживала особенно Laurent, Demolombe, Aubry et Rau (указан. мѣсть у Planiol, *Traité* II n° 333 примѣч.; ср. то же у Baudry Lacantinerie, *Précis* I n° 496).

обрядъ, совершенный между лицами одного пола, или бракъ-обрядъ (solennité), на совершение коего не было *согласія* брачущагося, составляет *marriage inexistant*, non *avenu*, для уничтоженія коего не нужно признанія его недѣйствительности судомъ, ибо онъ и независимо отъ этого признается несуществующимъ. Этотъ же видъ бесилія сдѣлокъ имѣетъ мѣсто и для другихъ несостоявшихся, недовершенныхъ, въ смыслѣ наличности необходимаго для ихъ образованія состава, сдѣлокъ, какъ мы это уже указали выше на образцахъ купчей крѣпости и заемнаго письма, признаваемыхъ недѣйствительными, хотя ихъ было бы вѣрнѣе назвать *несостоявшимися*, незаконченными, *unfertige, unvollkommene Rechtsgeschäfte, negotium inexistent, acte inexistant* или *non avenu*.

Такая-же неточность терминологіи встрѣчается еще и въ другомъ примѣненіи, когда *недѣйствительнымъ* называютъ волеизъявленіе, котораго эффектъ поставленъ въ зависимость отъ будущаго неизвѣстнаго событія, чуждаго составу сдѣлки и наступленіе котораго не зависать отъ воли участниковъ сдѣлки. Это есть то,

Едва ли возможно согласиться съ мнѣніемъ, что различеніе ничтожества (*nullité de plein droit*) и *inexistence, actes non existants*, излишне. Подъ несуществующими не слѣдуетъ разумѣть таковыхъ сдѣлокъ, которыхъ никто не совершалъ; мы разумѣемъ здѣсь не *фактическое* несуществованіе сдѣлки, а лишь отсутствіе въ сдѣлкѣ существеннаго для ея образованія состава, что, однако, можетъ не мѣшать ей имѣть видимость, вѣншіе признаки настоящей сдѣлки. Ихъ явѣе надобности призывать ничтожными, ибо оны въ *юридическомъ* смыслѣ не существуютъ и безъ такого акта юрисдикціи. Въ массѣ случаевъ наступаетъ, однако, необходимость такъ или иначе устранить и самую видимость сдѣлки, которая способна вліять настолько же вредно, какъ обращеніе испорченной монеты въ странѣ. Виндшейдъ, желая образно провести границу юридической сдѣлки нормальнаго состава и ничтожной уподобляетъ послѣднюю бездыханному тѣлу (*Körper ohne Seele, Lehrb. I, стр. 361 примѣч. 2*). Для сдѣлки изначала немѣющей необходимаго состава нѣмѣе, языкъ знаетъ выразительный терминъ—*unfertiges Rechtsgeschäft*, это скорѣе соответствуетъ понятію неразвившагося плода. Козакъ думаетъ, что сдѣлка ничтожная имѣетъ аналогію съ понятіемъ покушенія. Леонгардъ правильно замѣчаетъ (*Allgem. Theil, стр. 428*), что сдѣлка ничтожная представляетъ *законченный составъ*, не влекущій почему-либо эффекта, на который сдѣлка рассчитана; ее поему вѣрнѣе сравнивать съ понятіемъ безнаказаннаго преступнаго дѣянія, какова напр., кража между супругами, если вообще сопоставленіе понятія уголовнаго права съ дивильными можетъ быть полезно. На сравненіе съ покушеніемъ наирашивается скорѣе *das nicht vollendete Rechtsgeschäft*, при чемъ примѣръ, взятый выше, брака, заключеннаго съ переодѣтымъ въ дѣвичье платье юношей Леонгардъ сблизжаетъ съ покушеніемъ *mit einem untauglichen Mittel* (съ негодными средствами, о чемъ Леонгардъ писалъ въ видахъ улучшенія терминологіи Гражд. Улоде. въ разн. журвалахъ и теперь повторяетъ въ *Allgem. Theil, стр. 424, 425, примѣч.*).— Мѣропріятія, направленныя противъ сдѣлокъ незаконченныхъ, но имѣющихъ видимость сдѣлки, ея наружные признаки, ие *apparence*, всего чаще будутъ носить не юридическій, а полицейскій характеръ, подобно изытію изъ обращенія испорченной монеты.—Точное различеніе сдѣлки ничтожной въ техническомъ смыслѣ, о чемъ позже, *negotium nullum*, и сдѣлки несуществующей, въ смыслѣ незаконченности, при наличности наружныхъ признаковъ существованія, *negotium inexistent*, несомнѣнно полезно для прецизирования терминологіи въ этомъ трудномъ ученіи.

только общія, для любыхъ сдѣлокъ, не связанныхъ съ особенностями того или другого гражданского института, пригодныя основы ученія о недѣйствительности юридической сдѣлки. Это составляетъ то, что французскіе цивилисты называютъ *la théorie des nullités*. Такое общее ученіе о недѣйствительности юридической сдѣлки далеко не исчерпываетъ трудностей прикладныхъ къ тому или другому институту проблемъ того же ученія. Собственно только въ связи съ живыми образами конкретного института ученіе о ничтожествѣ сдѣлки само является живой чертой его строенія и даетъ законченность самому институту какъ цѣлому. Стоитъ вспомнить особенность строенія институтовъ права брачнаго и связанныхъ съ ними вопросовъ о гражданскомъ состояніи дѣтей, чтобъ представить себѣ неисчерпаемое богатство содержанія одного ученія о недѣйствительности брака. Съ своеобразной окраской тоже ученія о недѣйствительности, ничтожествѣ, инвалидаціи сдѣлки для участниковъ ея совершенія, для 3-хъ лицъ, для вещнаго эффекта сдѣлки, для личныхъ расчетовъ между ближайшими ея субъектами, является въ составѣ институтовъ гипотечной системы. Всего этого богатства содержанія ученія о недѣйствительности сдѣлки въ особомъ его приложеніи къ этой области нельзя вырвать изъ цѣлага состава института и изложить абстрактно въ одной общей *Théorie de la nullité*. Наконецъ, такова же область явленій инвалидаціи тестаменты въ цѣломъ и въ отдѣльныхъ его частяхъ, съ безчисленными нюансами условій, послѣдствій, способовъ противодействія окончательной инвалидаціи, полному разгрому актовъ послѣдней воли въ цѣломъ ихъ составѣ или въ частностяхъ.

Несомнѣнно правильнымъ въ смыслѣ научнаго метода было бы, исходя отъ обильныхъ частныхъ, искать основъ для построенія цѣлаго общаго ученія *). Такіе опыты съ этимъ ученіемъ дѣлались въ литературѣ французской еще въ 18 в., дѣлаются и теперь; но одинъ неудачнѣе другого. Обыкновенно подавляющая масса деталей, вырванныхъ изъ живого состава разныхъ институтовъ, производитъ безжизненное впечатлѣніе и не даетъ въ результатъ ничего внутренне-цѣлаго для всего ученія. Одну изъ позднѣйшихъ попытокъ этого рода сдѣлалъ въ обширномъ двутомномъ трактатѣ Solon—*La théorie sur la nullité des actes et*

*) На этомъ методѣ особенно настаиваетъ талантливый Шлосманъ въ ученіи о представительствахъ, и онъ выполняетъ безспорно превосходно разработку частныхъ. Но это не исключаетъ необходимости и важности общихъ построений.

des conventions de tout genre en matière civile (не разъ изд. послѣ 1835 г. *),

Общую основу для группировки различныхъ видовъ недействительности сдѣлокъ берутъ изъ латинской традиціи и сводятъ все ихъ разнообразіе къ двумъ главнымъ типамъ, которые опредѣлились собственно въ позднѣйшую эпоху развитія римскаго права, въ эпоху дуализма стресенія системъ институтовъ гражданского и преторскаго права. Первоначально, въ условіяхъ *квиритскаго формализма*, господства въ процессѣ и въ сдѣлкахъ *legis actio* и къ нимъ приварованныхъ *verba legitima*, эффектъ сдѣлки или былъ весь налицо, или его, по свойству формальныхъ реквизитовъ законсѣрной рѣчи, *ipso jure* вовсе не было и быть не могло. Разнообразие методовъ и способовъ аннуляціи сдѣлки стало на очередь въ практикѣ лишь въ условіяхъ развитія *формулярнаго процесса* и новаго способа формулировать требованія и сдѣлки при помощи болѣе свободныхъ чѣмъ *verba legitima* формулъ, такъ называемыхъ *verba concepta*. Ничтожество сдѣлки, наступавшее силой легальной нормы, *ipso jure*, могло въ новыхъ условіяхъ преторской юрисдикціи, быть вызвано содѣйствіемъ претора, сначала путемъ экстраординарнымъ (*cognitio extraordinaria*) чрезъ *in integrum restitutio*, или со временемъ при помощи введенія въ формулу таковыхъ возраженій, *exceptioes*, отвѣтчика, которыя, не уничтожая въ основѣ гражданского иска, исключали лишь возможность кондемнаціи отвѣтчика.

Въ этихъ новыхъ условіяхъ юридическая сдѣлка и основанное на ней притязаніе могла утрачивать свой эффектъ, стать *недействительной* не *ipso jure* только, но на ряду съ этимъ еще и *по инициативѣ* заинтересованнаго, при содѣйствіи претора, *ore exceptiois*. Такимъ образомъ, на ряду съ двумя способами укрѣплять силу сдѣлокъ, опредѣлились въ классической системѣ и два способа ихъ инвалидировать, гражданскій и преторскій.

Уже у нѣкоторыхъ французскихъ цивилистовъ XVIII вѣка достаточно ясно сознается общій смыслъ этой двойственности въ ученія о недействительности юридической сдѣлки. Если непосредственно латинская традиція не могла найти себѣ примѣненія въ условіяхъ иного историческаго процесса образованія нашихъ системъ, чѣмъ въ исторіи римскаго права, къ нашимъ ученіямъ о недействительности сдѣлокъ, то все же и у насъ наблюдается та же *принципиальная двойственность основъ этого ученія*. Для латинскаго права эта двойственность давала вполне живую исто-

*) По-русски на эту тему обширное сочин. г. Растеряева.

рическую основу въ составѣ цѣлаго ученія о недѣйствительности, составлявшаго абстракцію если не отъ детального изученія отдѣльныхъ институтовъ, то во всякомъ случаѣ абстракцію отъ вполне жизненнаго противоположенія двухъ исторически развившихся системъ. Въ современной практикѣ эта же двойственность опредѣлялась частью подъ прямымъ влияніемъ латавскихъ преданій. Но и для нашихъ системъ она не представлялась чѣмъ-либо произвольнымъ, не соответствующимъ строенію нашихъ сдѣлокъ, нашихъ институтовъ гражданского права и нашихъ процессуальныхъ способовъ оградить неприкосновенность гражданскихъ нормъ и интересовъ соучастниковъ совершенія юридическихъ сдѣлокъ. Какъ въ понятіи права гражданского вообще, такъ и въ строеніи отдѣльныхъ его институтовъ легко различать на ряду съ интересами индивидуализма и интересы социальныя, общіе, которые находятъ согласованіе или примиреніе въ юридическихъ нормахъ нашихъ гражданскихъ системъ *). При этой двойственности состава нормъ легко уяснить себѣ и опредѣлить общую основу и для той двойственности, которая обнаруживается въ этомъ ученіи и въ нашей цивилистикѣ, совсѣмъ не чуждой дуализма, связаннаго и у насъ прямо съ тѣми же необходимыми элементами, которыми опредѣляется, въ тѣхъ или иныхъ сочетаніяхъ, жизненная природа любого гражданского института.

У d'Argentré легко различить ту идею, что не всѣ причины или основанія (*causae*) порождаютъ одинаковое дѣйствіе въ вопросѣ о ничтожествѣ сдѣлокъ. Существуютъ между ними такія, которыя поражаютъ сдѣлку сами по себѣ (*ipsum actum per se efficiunt*), *ex publicis causis*. Для нихъ не требуется особаго дѣйствія направленнаго на уничтоженіе (*rescissio*), ибо самое несоблюденіе закона, нормы, дѣлаетъ ихъ ничтожными. Но есть и другого рода ничтожества, которыя разсчитаны на причины и интересы частныя, *quae privatas causas et interesse respiciant* **).

Трудно не узнать въ этомъ противопоставленіи двухъ видовъ недѣйствительности аналогіи съ указаннымъ выше различіемъ ничтожества сдѣлки *ipso jure* и *ope exceptionis*, изъ коихъ одно наступаетъ дѣйствіемъ самой нормы, *ipso jure*, *автоматически*, какъ выразился образно французскій цивилистъ, другое требуетъ инициативы со стороны заинтересованнаго ***).

*) См. выше.

***) См. Planiol Traité I-й 331, гдѣ читатель найдетъ рядъ интересныхъ литературныхъ данныхъ и указанъ текстъ d'Argentré въ пр. 1 къ указ. номеру.

***) Французскіе историки раскрываютъ основу этого противоположенія не въ римскомъ только правѣ, но и въ *droit coutumier*, хотя нѣтъ сомнѣнія, что разработка этого источника не была свободна отъ влияния латинской техники.

D'Argentré сводитъ это противуположеніе къ различію интересовъ и правъ публичныхъ и частныхъ; мы сейчасъ вернемся къ этому вопросу.

Какъ у французскихъ, такъ у нѣмецкихъ цивилистовъ въ основу группировки видовъ недѣйствительности сдѣлокъ полагаютъ и нынѣ одно понятіе *ничтожества* или недѣйствительности сдѣлки, *Nichtigkeit* или *Unwirksamkeit*, которому даютъ общій смыслъ результата противодѣйствія юридическому эффекту сдѣлки, съ расчлененіемъ его, однако, по методу, которымъ такой эффектъ можетъ быть достигаемъ на два вида ничтожества, которые вполне соотвѣтствуютъ французскому дѣленію *nullité* на *nullité de plein droit* и *nullité*, вызываемой искомъ, *action en nullité* или *en rescission*, т.-е. собственно *annulabilité*.

Савиньи въ IV т. своей System (§§ 202, 203), поставилъ въ основу дѣленія видовъ недѣйствительности тоже вполне жизненное противуположеніе понятій сдѣлки *ничтожной*, *ein nichtiges Rechtsgeschäft*, *Nichtigkeit*, и недѣйствительной въ силу предъявленнаго противъ нея спора или опроверженія, *Anfechtung*, откуда, по почину Савиньи, вполне привившійся нынѣ терминъ *Anfechtbarkeit*, оспариваемость сдѣлки, *ein anfechtbares Rechtsgeschäft*, опровержимая сдѣлка. Чутье жизненности этого понятія и этихъ видовъ ничтожества сдѣлки для современнаго права, какъ и для латинскаго, воздержало Савиньи отъ детальной разработки ученія, оторваннаго отъ состава отдѣльныхъ живыхъ институтовъ въ общей части системы; и его общее ученіе о недѣйствительности юридической сдѣлки вышло изъ-подъ его пера хотя краткимъ, но выражающимъ характерныя и приложимыя къ любымъ сдѣлкамъ юридически существенныя различенія видовъ возможной ихъ недѣйствительности (*Unwirksamkeit*, *Ungültigkeit*).

Виндшейдъ держится собственно тѣхъ же началъ, сообщая цѣлому ученію нѣсколько болѣе схоластическое общее обоснованіе *).

*) Философски настроенная нѣмецкая мысль пыталась дать этому противуположенію постоянную основу, отрѣшилась отъ явленій историческаго порядка. Тогда термину *ipso jure* находили соотвѣтствующій въ *Unwirksamkeit an sich*, абсолютной, которой противопоставлялась недѣйствительность относительная (*nullité relative* у французовъ), условленная требованіемъ и валидаціи сдѣлки со стороны заинтересованнаго. Въ этой идеѣ *ничтожества сдѣлки an sich* скрывается признаніе нѣкоторыхъ вѣчнонеизмѣнныхъ основъ права, отрѣшенныхъ отъ какой бы то ни было исторической системы. Не принимая, однако, гипотезы существованія такой неизмѣнно-разумной основы права, въ духѣ права естественнаго, господствующая доктрина не находила прагматическаго примѣненія для этой категоріи видовъ ничтожества сдѣлки *an sich*, и съ этимъ вмѣстѣ кредитъ конструкціи оказался подорваннымъ (Leonhard, *Der Irrthum*, стр. 303. Виндшейдъ-Клиппъ I стр. 275 (§ 70), тамъ же, стр. 360—368 и примѣчан.).

Если въ основу различія методовъ инвалидаціи сдѣлки положено различіе интересовъ и правъ публичныхъ и частныхъ (см. выше), то нѣтъ сомнѣнія, что предуставить а priori постоянную разграничительную линію для любой системы права — дѣло невозможное. Это вопросы исторической жизни и положительныхъ системъ *). Къ интересамъ первой категоріи несомнѣнно имѣютъ быть отнесены не только интересы, касающіеся государства, но на ряду съ ними многое изъ области интересовъ соціальныхъ, исповѣдныхъ, чистоты нравовъ. Строеіе нормъ, направленныхъ къ огражденію этихъ интересовъ, есть обыкновенно императивное или прогибитивное. Онѣ ограждаются независимо отъ инициативы частнаго лица, заинтересованнаго, *ex officio*, хотя нѣтъ ничего принципиально невозможнаго и для частной инициативы. Нормы, ограждающія частныя интересы, имѣютъ въ массѣ случаевъ диспозитивный характеръ, присваиваютъ заинтересованному инициативу противодѣйствія эффекту сдѣлки, угрожающей его интересамъ, съ цѣлью ея инвалидаціи. Объ интенсивности этой инвалидаціи мы будемъ имѣть случай говорить впоследствии.

Всему ученію суждено было очень оживиться въ послѣднее десятилѣтіе въ виду выработки проекта нѣмецкаго гражданскаго уложенія и затѣмъ критической разработкы его для второго чтенія, получившаго законодательную санкцію въ 1896 г. Въ этомъ литературномъ и законодательномъ движеніи опредѣлилась настоящая важность болѣе точной терминологіи, о чемъ мы говорили выше, и съ другой стороны, необходимость сообщить способамъ инвалидаціи сдѣлокъ, въ практическихъ цѣляхъ, *больше легкости и примѣнительности въ смыслъ метода осуществленія*, чего именно ищетъ достигнуть новое германское уложеніе.

Это оживленіе ученія о недѣйствительности сдѣлки отразилось очень выгодно не только въ нѣмецкой, но и во французской литературѣ, гдѣ особенно проф. Saleilles съ большой тщательностью прослѣдилъ въ указанномъ выше сочиненіи (*Déclaration*) все движеніе вопроса и частью даже сопоставилъ результаты нѣмецкой и французской доктрины въ примѣненіи къ практикѣ.

Что касается отечественнаго законодательства и литературы, то техническая разработка *общаго ученія* о недѣйствительности сдѣлки гораздо скуднѣе частнаго приложенія разныхъ способовъ

*) Montesquieu *Lettres persanes* t. I lettre XII говорить „... l'intérêt des particuliers se trouve toujours dans l'intérêt commun“ и t. II lettre XCIV „on dirait qu'il y a deux justices différentes, l'une qui règle les affaires des particuliers, qui règne dans le droit civil, l'autre... qui tyrannise dans le droit public: comme si le droit public n'était pas lui même un droit civil“.

инвалидаціи къ отдѣльнымъ видамъ сдѣлокъ. Въ литературѣ мы имѣемъ журнальныя статьи, несомнѣнно практически цѣнныя, и краткія указанія на виды недѣйствительности сдѣлокъ то въ общей части учебниковъ и курсовъ, то въ связи съ общимъ ученіемъ, объ обязательствахъ изъ договоровъ *), все съ тѣмъ же противоположеніемъ сдѣлокъ недѣйствительныхъ *ipso jure* и только оспариваемыхъ, которое было указано выше.

Насъ не удивить, конечно, что эти основы классификаціи слабо согласованы съ дѣйствующимъ законодательствомъ, которое, въ свою очередь, не знаетъ постоянныхъ научныхъ традицій и представляетъ терминологию еще менѣе выдержанную, чѣмъ западные кодексы. Выше мы видѣли, что недѣйствительными называются сдѣлки несостоявшіяся, которыя по-латыни будутъ составлять *negotium inexistens, inane*, у нѣмцевъ *unfertige Rechtsgeschäfte*. Хотя мѣстами ясно различіе смысла *ничтожества* и *недѣйствительности* сдѣлки, но въ общемъ тотъ и другой терминъ употребляются довольно безразлично. Итакъ, ст. 1529 т. X ч. I признаетъ въ рядѣ случаевъ (подлоги, лихоимство, вредъ государственной казнѣ, расторженіе брака, присвоеніе правъ состоянія) договоръ *недѣйствительнымъ* и обязательство *ничтожнымъ* въ видѣ общаго положенія для всѣхъ сдѣлокъ (договорнаго характера). Но, за симъ, для отдѣльныхъ договоровъ: заемъ почитается *ничтожнымъ*, если по судебному разсмотрѣнію найдено будетъ, что онъ безденежный, подложный во вредъ конкурса, произошелъ по игрѣ и сдѣланъ для игры съ вѣдома о томъ займодавца (ст. 2014). Однако, ст. 2019 о томъ же займѣ по игрѣ говорить уже какъ о *недѣйствительномъ*, повторяя то же условіе вѣдома о томъ со стороны займодавца. Завѣщаніе, не представленное къ явкѣ или утвержденію признается *недѣйствительнымъ* (ст. 1063) и *ничтожнымъ* (1066), при чемъ ничтожество завѣщанія въ этомъ случаѣ исцѣляется, если заинтересованный докажетъ паличность основанийъ экскультирующихъ просрочку. Этихъ образцовъ достаточно, чтобы убѣдиться въ ненадежности нашей терминологіи **).

*) Вербловскій, Исаченко (см. Никоновъ, Гражданское право, указатель литературы, стр. 21), обширное, съ деталями, сочин. г. Растряева Недѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ по русскому праву 1901 г.

**) Мы не касаемся здѣсь пока равнообразія, весьма обильнаго, которое даетъ наше законодательство въ смыслѣ ресурсовъ противодѣйствія сдѣлкѣ, въ томъ или другомъ смыслѣ недѣйствительной, также и вопроса о силѣ и общемъ эффектѣ инвалидаціи сдѣлокъ. Очень многихъ сторонъ дѣла нельзя касаться иначе, какъ въ связи съ цѣльнымъ ученіемъ о томъ или другомъ видѣ сдѣлокъ. Достаточно представить себѣ, сколько своеобразнаго и въ смыслѣ способовъ инвалидаціи и въ смыслѣ послѣдствій ея для самихъ агентовъ сдѣлки и

Проектъ Гражданскаго Уложенія, книга I-я, положенія общія, опубликованная въ 1903 году, восполняетъ почти полный недостатокъ общихъ положеній по этому предмету въ дѣйствующемъ законодательствѣ. Мы находимъ ихъ въ главѣ VI разд. III (пріобрѣтеніе и прекращеніе правъ), подъ общимъ титуломъ „законная сила сдѣлокъ“ (ст. 86—91) и въ гл. III того же раздѣла, въ связи съ общими положеніями о принужденіи, ошибкахъ, обманѣ. Всѣ эти трудные вопросы разработаны въ книгѣ первой въ такихъ блѣдныхъ очертаніяхъ, что ими весьма трудно замѣнить ту обстоятельную обработку этого общаго ученія, какую мы находимъ въ составѣ титула второго 3-го разд. кн. I Нѣмецкаго Гражданскаго Уложенія (ст. 116—144). Ни этой развитой терминологіи, ни этой гибкости руководящихъ нормъ, ни, нако-

для 3-хъ представляютъ собою напр., вопросъ о *недѣйствительности брака*, гдѣ на ряду съ прекращеніемъ союза супруговъ, идетъ необходимо дѣло о положеніи дѣтей рожденных въ бракѣ недѣйствительномъ, хотя бы напр., путативномъ. Наше законодательство въ послѣднее время невольно привлекаетъ вниманіе къ этой сторонѣ дѣла, какъ по крайней отсталости нашихъ нормъ въ этой проблемѣ для насущнѣйшихъ интересовъ общества до самаго послѣдняго времени, такъ и въ виду неожиданнаго порыва впередъ въ новомъ законѣ 1902 г. объ улучшеніи положенія незаконнорожденных (терминъ отгѣнненъ) дѣтей (Собр. узак. этого года № 62 отд. I), которое во всея его составѣ, еще неисчерпанномъ въ указавшемъ положеніи, слѣдуетъ отнести къ несомнѣннымъ заслугамъ Комиссіи по составленію новаго Уложенія. Мы здѣсь остаемся долгие чѣмъ слѣдуетъ на этомъ законѣ, такъ какъ въ предшествующихъ выпускахъ Чтеній намъ не разъ приходилось касаться этой стороны дѣла въ отрицательномъ смыслѣ. Въ замѣтѣ ст. 132 т. X ч. I, которая обьявляла всѣхъ дѣтей, родившихся въ бракѣ призванномъ по суду недѣйствительнымъ, *незаконными*, допускала лишь по отношенію къ записаннымъ въ метрику, всякій разъ отдѣльно повергать судьбу такихъ дѣтей на Милостивое воззрѣніе Императорскаго Величества (133). Подъ влияніемъ германскихъ ученій, во исполнѣ выразившемся въ виду исповѣднаго характера нашего брака, удержаннаго и въ проектѣ, весь рядъ этихъ статей т. X ч. I, переработаны существенно. Ходатайство суда на Высочайшее Имя устранено статьей 131¹⁻⁶, 132 и 132¹⁻¹⁵ нов. редакц., по коей дѣти, отъ брака призваннаго недѣйствительнымъ, сохраняютъ права дѣтей законныхъ. Нѣм. Улож. 96 г., по коему бракъ есть установленіе гражданское, идетъ много далѣе, гдѣ и самый бракъ, совершенный вопреки формальнымъ реквизитамъ для выраженія матримониальнаго согласія сторонъ и въ силу этого *ниотложный* (ст. 1317), если онъ, однако, занесенъ въ акты гражданского состоянія, и супруги, до смерти одного изъ нихъ или въ теченіе 3-хъ лѣтъ, находились въ брачномъ сожитіи, почитается *дѣйствительнымъ* (1324: ср. нашъ проектъ ст. 216 и слѣд., гдѣ иски о признаніи *недѣйствительнымъ* брака повсюду введены въ возможно тѣсныя границы времени и круга лицъ, способныхъ требовать кассацию). Въ виду этого примѣра легко сдѣлать себѣ совершенно очевиднымъ, какое рѣшающее значеніе *для всего строенія института* имѣетъ примѣняемый къ сдѣлкѣ методъ повѣрки ея дѣйствительности и послѣдствій пороковъ въ составѣ сдѣлки (*corpus negotii, Thatbestand des Rechtsgeschäfts*). Весь институтъ брака, вся конституція семьи, подъ влияніемъ этой только отрицательной стороны его строенія, будетъ утрачивать свой формальный характеръ, станетъ ближе, живеннѣе, интимнѣе для членовъ этого союза и дороже для общества. Нѣмцы ушли много дальше нашего въ признаніи силы формально-ничтожнаго брачнаго союза (ср. ст. 1325, 1326). Итакъ *multa fieri prohibentur quae, si facta fuerint, obtinent firmitatem.*

нецъ, сокращенія и упрощенія пути къ инвалидаціи сдѣлки, на которое мы укажемъ позже, нашъ проектъ не воспроизвелъ въ бѣдномъ количественно и скудномъ по содержанію циклѣ сейчасъ указанныхъ его статей. Однако и въ этомъ бѣдномъ составѣ легко различить тѣ два вида недействительности сдѣлки, которые опредѣлились въ западной практикѣ ученія. Недействительность и здѣсь связана или съ противузаконностью сдѣлки, когда достиженіе цѣли сдѣлки воспрещено легальной нормой, или когда сдѣлка противна добрымъ правамъ и общественному порядку (ст. 88). Очевидно въ этихъ условіяхъ нѣтъ необходимости противодействовать эффекту сдѣлки исковыми средствами. Это соответствуетъ понятію ничтожества сдѣлки, наступающаго *ipso jure*. Другой видъ недействительности имѣетъ мѣсто тогда, когда сила сдѣлки можетъ быть именно оспорена заинтересованными въ ея инвалидаціи лицами, коимъ это право и присвоивается (91). Это будетъ недействительность, соответствующая по своему строенію противодействию силѣ гражданской сдѣлки преторскими способами, спорность, опровержимость сдѣлки, недействительность относительная въ смыслѣ лицъ, существующая лишь эвентуально *ore exceptionis* *).

Хотя это весьма скудныя основы для ученія о недействительности сдѣлки, но все же онѣ много удобнѣе какъ исходные моменты для уясненія общаго юридическаго строенія обоихъ главныхъ видовъ недействительности, чѣмъ совершенная неразработанность законодательства и опасное колебаніе терминологіи, которое наблюдается въ настоящее время.

Въ дальнѣйшемъ мы и попытаемъ дать общему ученію ничтожества сдѣлки и ея послѣдствій то развитіе, какое оно получило въ виду этой двойственности способовъ инвалидаціи сдѣлки въ западныхъ системахъ.

I. Мы начнемъ съ ученія о недействительности сдѣлки *ipso jure*, абсолютной.

Проектъ Гражданскаго Уложенія даетъ въ ст. 88 Общ. По-

*) Трудно взять на себя разъясненіе причинъ этой скудости. Выше было замѣчено тоже по отношенію ко всей 1-й книгѣ, ко всему содержанію положеній общихъ. Въ разсматриваемомъ ученіи скудость могла имѣть еще особое основаніе въ расчетахъ Комиссіи, неоправдавшихся позже, провести впередъ въ законодательномъ порядкѣ обязательства и ввести туда нѣкоторые общія положенія о недействительности главнѣйшаго вида сдѣлокъ, договорныхъ именно. Теперь эта скудость тѣмъ менѣе оправдывается, что Проектъ заключаетъ въ себѣ не одно общее гражданское, но и торговое право. Для институтовъ такимъ образомъ связанныхъ въ одну систему, въ интересахъ ограниченія количества частныхъ положеній о недействительности, связанныхъ съ тѣмъ или другимъ отдѣльнымъ институтомъ, слѣдовало дать больше содержанія общимъ положеніямъ.

лож. такую тезу: недѣйствительны сдѣлки, противныя закону, добрымъ правамъ и общественному порядку. Сдѣлка признается противозаконной, когда клонится къ достиженію воспрещенной закономъ цѣли.

Мы выше сказали, что эпоха строгой подзаконности всего состава сдѣлки есть обыкновенно ранняя въ исторіи права (*verba legitima, legis actiones*). Въ отношеніи къ нѣкоторымъ видамъ сдѣлокъ, *actus legitimi*, этотъ строгій характеръ ихъ подзаконности, удерживается и въ позднѣйшія эпохи. Читая первый абзацъ ст. 88 мы невольно возвращаемся къ этой порѣ строгой подзаконности сдѣлокъ. Выраженное *въ общей руководящей нормѣ* это положеніе не соотвѣтствуетъ теперешнему строенію сдѣлокъ. Въ исторіи французской кодификаціи извѣстна попытка Порталиса дать извѣстной латинской порѣмъ „*qui contra legem agit nihil agit*“ общее примѣненіе, соотвѣтствующее ст. 88 абз. 1-й въ *titre préliminaire*. Но тамъ этому положенію думали дать общее примѣненіе только къ нормамъ-запретительнымъ*). Оно было отвергнуто какъ излишнее и даже въ этихъ предѣлахъ допускающее изыятія. Рядомъ съ запретительными нормами законъ знаетъ нормы повелительныя (императивныя), коихъ несоблюденіе, хотя бы составляло актъ несомнѣнно противозаконный, отнюдь не влечетъ за собой необходимо ничтожество сдѣлки и въ массѣ случаевъ ограничивается тѣми или другими неудобными для лицъ, дѣйствовавшихъ вопреки легальной нормы, послѣдствіями, кромѣ ея инвалидаціи. Нужно ли приводить массы примѣровъ, въ коихъ невыполненіе легальной нормы ведетъ за собой штрафы (напр. ст. 1684 т. X ч. I), эвентуальныя невыгоды иного рода (напр. ст. 6 тамъ же), обязательство вознаградить вредъ и убытки (ст. 569, 570) и проч.? Французскій кодексъ не содержитъ въ себѣ общей нормы, подобной ст. 88-й проекта. Мы полагаемъ бы устранить указанную общую тезу ст. 88-й вовсе изъ состава проекта. Тѣ или другія послѣдствія нарушенія легальной императивной или прогибитивной нормы (кромѣ уголовной) могутъ явствовать изъ существа сдѣлки, быть связаны съ специфическими признаками (какъ, напр., въ ст. 1529 т. X ч. I, а также сдѣлки противныя добрымъ правамъ и общественному порядку по ст. 88-й

*) Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée (см. Planiol I n. 337). То же говорить ст. 134 Нѣм. Улож.: ничтожна юридическая сдѣлка, которая идетъ противъ *запрещенія* со стороны закона (gegen ein gesetzliches Verbot), но и это съ оговоркой *если изъ закона не видно иного послѣдствія*. Какъ это далеко отъ грубой формулы ст. 88 пр.!

Проекта) или, наконецъ, всякій разъ именно указываемъ въ связи съ данной нормой (напр. ст. 1023 т. X ч. I).

Вопросъ о недействительности сдѣлокъ, *противныхъ добрымъ нравамъ, общественному порядку* (ст. 88 Пр.), а также *клонящихся къ эксплуатаціи* (пзвлеченію для себя выгодъ) *крайности, лежкомысля, неопытности* другого въ пользу свою или третьяго лица (ср. ст. 64 Проекта *), принадлежитъ въ западныхъ литературахъ (особенно французской и нѣмецкой) къ числу трудныхъ сложныхъ проблемъ современной юриспруденціи.

Уже тѣ признаки сдѣлки, которые болѣе или менѣе общи для нашихъ статей 64 и 88 и приведенной статьи 138 Герм. Уложенія (противны добрымъ нравамъ, общественному порядку, ведутъ къ эксплуатаціи нужды, несчастья, слабости воли), возбуждаютъ нѣкоторыя сомнѣнія на счетъ компетенціи суда гражданскаго по этимъ матеріямъ. Задача критики и толкованія этихъ положеній направляется въ литературѣ нѣмецкой и французской къ тому, чтобъ разграничить вопросъ о недействительности сдѣлки съ указанными признаками, насколько это возможно, *отъ изслѣдованія злой воли, преступныхъ побужденій*, которыми руководился субъектъ сдѣлки. Если и тамъ это не всегда легко и требуетъ яснаго сознанія предѣловъ, далѣе которыхъ не можетъ идти *судъ гражданскій*, то при осложненіи переработанной съ нѣмецкаго подлинника ст. 64-й Пр. признаками *злоупотребленія*, со стороны вовлекаемаго въ сдѣлку, *принадлежащей ему властью или оказываемымъ ему доверіемъ*, мы уже совершенно входимъ въ область *вмѣнимыхъ виновнику закономъ преступныхъ дѣяній*. Не мудрено поэтому, что наши редакторы не нашли для своей

* Эта статья (64) Проекта вмѣстѣ съ 88-й представляютъ собою *разрванную на двое ст. 138* Герм. Гр. Уложенія, при этомъ въ той части нѣмецкой 138-й статьи, которая соответствуетъ 64-й нашего Проекта, переданную по-русски очень неудовлетворительно. Мы здѣсь не передаемъ дословно ст. 64-й Пр. Ее формулируютъ наши редакторы въ заключеніе такъ, что при наличности указанныхъ въ ней условій, сдѣлка будетъ недействительной, если эксплуататоръ чужой слабости заключить съ эксплуатируемымъ чрезмерно невыгодную для него сдѣлку. Чтобы мотивировать такое заимствованіе очень важнаго положенія изъ чужого кодекса, да сверхъ того чтобъ это чужое положеніе, очень сходно въ его источникѣ разработанное и мотивированное, переиначить, разорвавъ на части и помѣстивъ въ разные титулы, ни для нашей, ни для лучше насъ въ трудностяхъ дивилистичекой искушенной практики, не могутъ быть признаны удовлетворительными тѣ *истинно-жалкія по скудости*. „Объявленія“, которыми редакторы сопровождаютъ въ общихъ положеніяхъ и въ обязательствахъ свои п.дѣлія (кн. V Проекта, ст. 31), ссылаясь при семъ весьма развязно на *Equity jurisprudence*, дѣйствующую въ колоніяхъ Англій и въ Штатахъ Сѣверной Америки (Общ. Пол. кн. 1-я, стр. 196), какъ-будто такіе ресурсы познанія также доступны нашему судебному сословію какъ и редакторамъ Проекта, допуская, что гг. редакторы сама хорошо разумѣютъ практику англо-американской *Equity jurisprudence*.

формулы ссылокъ подъ статью 64-ую ни въ одномъ европейскомъ кодексѣ *гражданскаго права*, указавъ ст. 138 Нѣм. Улож., *въ которой подчеркнутыхъ осложненій вовсе не имѣется*, и вынуждены были для этой будущей *) нашей практики искать образцовъ для рецепціи *въ уголовныхъ кодексахъ*, чтобы внести признаки преступныхъ дѣяній въ кодексъ гражданскаго права.

Если сдѣлки противныя добрымъ нравамъ и общественному порядку, и на ряду съ ними, по существу вовсе имъ не противоположныя, а лишь конкретно воплощающія тѣ же черты противуобщественности, сдѣлки ростовщическія, направленные на эксплуатацію нужды, несчастья**), слабости воли, будутъ подлежать, по данному законодательству, уголовному преслѣдованію, то, нормально, на ряду съ карательными послѣдствіями, онѣ будутъ признаваемы и ничтожными. Но и совершенно независимо отъ наличности данныхъ, которыя предполагаютъ примѣненіе закона уголовного***), сдѣлка, если это потребуется, подлежитъ инвалидаціи *какъ ничтожная*. Это ничтожество будетъ и въ этомъ послѣднемъ случаѣ *d'ordre public*, въ томъ смыслѣ, что оно вовсе не требуетъ необходимо иска со стороны заинтересованнаго и отнюдь не будетъ исцѣлена, если заинтересованный такую сдѣлку одобрить впоследствии или пропустить давностный срокъ для ея оспариванья.

Германская ст. 138 эту идею ничтожества, *Nichtigkeit, nullité*, а не опровержимости только, не *Anfechtbarkeit*, и выражаетъ именно, *объявляя все сдѣлки*, противныя добрымъ нравамъ, общественному порядку, предоставляющія непомятыя выгоды за вовсе несоотвѣтствующія имъ услуги, выговоренныя въ свою пользу или въ пользу третьяго эксплуататоромъ крайности, легкомыслія или неопытности *обязавшагося, ничтожными*.

*) Надѣмся, что этой *ошибки редакторовъ*, очень серьезной, не оставятъ, въ свое время, безъ должнаго вниманія, натурально при условіи, что не тѣ же лица будутъ рѣшать окончательно вопросъ о наличности ошибки, которая въ ней изобличается.

**) едва-ли это восполненіе состава статьи 138-й можно назвать удачнымъ и гармонирующимъ съ другими, съ крайностью, легкомысліемъ, неопытностью, на коихъ лежитъ общая окраска *субъективнаго* момента, опредѣляющаго данное состояніе эксплуатируемаго, и не возбуждающаго вопроса о причинѣ бѣдственнаго положенія лица, который виденъ въ признакѣ *несчастья*, введенномъ въ нашъ проектъ. Это осложняетъ дѣло.

***) Известный ростовщикъ NN мирно почилъ на 90-мъ году отъ рожденія, родственники заранѣе съ признательностью отклоняютъ возложеніе вѣнковъ на его гробъ, благодаря при семь всѣхъ, показавшихъ имъ свое участіе къ ихъ невознаградиной утратѣ. При дѣйствіи ст. 138 Нѣм. Ул. такіа объявленія стanutъ рѣже, особенно если ростовщикъ не будетъ ждать инвалидаціи сдѣлки со стороны, а самъ ее инвалидируетъ, въ чѣмъ ему, какъ думаетъ Дернбургъ (D. bürgerl. R. т. I, изд. 902 г., стр. 382, пр. 14), при известныхъ условіяхъ, нельзя отказать.

Когда мы берем статью 138 Нѣмецк. Улож. во всемъ ея составѣ, она даетъ законченное впечатлѣніе дѣйствительнаго огражденія социальныхъ интересовъ противъ покушеній своекорыстія и алчности людей, для воихъ институты гражданскаго права служатъ лишь маской для прикрытія вождельній совершенно анти-социальнаго характера. Надо знать, какой борьбы, какого труда стоила надлежащая формулировка и проведеніе этого положенія въ составѣ кодекса, чтобъ отнестись въ этому дѣлу съ должнымъ уваженіемъ и не позволять себѣ, по усмотрѣнію, уродовать ея содержаніе и исказить весь его смыслъ произвольными манипуляціями.

Мы указали выше на смѣшеніе въ ст. 64 Общ. Полож. признаковъ состава преступленія и сдѣлки, на произвольное внесеніе одной изъ возможныхъ *причинъ* *) нужды на ряду съ самой нуждой въ составъ условій инвалидаціи сдѣлки. Но главнѣйшій и наиболѣе серьезный упрекъ вовсе не въ этомъ. Содержаніе статьи 138 **) разбито на двое и обѣ части этого цѣлаго попали подъ разные титулы. Если статья 88-я Общ. Пол. даетъ основаніе признать ничтожество сдѣлки, противной добрымъ правамъ и общественному порядку, ничтожествомъ *d'ordre public*, то всѣ операціи ростовщиковъ, имъ же нѣсть числа, по силѣ ст. 64 подходятъ подъ типъ сдѣлокъ, вовсе не отвергаемымъ правомъ, какъ ничтожныя, а лишь допускающимъ опроверженіе со стороны потерпѣвшаго, подобно опроверженію силы сдѣлки вынужденной или основанной на ошибкѣ. Весь указанный составъ признаковъ ростовщическихъ сдѣлокъ приравнивается въ Проектѣ къ волеизъявленію ошибочному, вызванному обманомъ (ст. 63), когда признаніе недѣйствительности сдѣлки происходитъ *по требованію потерпѣвшаго* (тамъ же). Статья 64 занесена подъ рубрику „принужденіе, ошибка и обманъ“.

Если бы нѣмецкіе кодификаторы вмѣсто ничтожества *d'ordre public*, наступающаго *ipso jure* ***), приняли смягченную форму

*) ст. 64 ставитъ признакъ *несчастія* рядомъ съ нуждой, слабостью воли. Несомнѣнно большое *несчастіе* для игрока въ клубѣ или для профессионала на биржѣ прогорѣть на одной ставкѣ въ ковецъ и *перелзватить* тутъ же, чтобъ отыграться, на тяжелыхъ, конечно, условіяхъ, но едва ли сюда слѣдуетъ примѣнять *nullité d'ordre public*, а не просто ст. 2019 т. X, ч. I.

**) которая, конечно, не обязательна для кодификаторовъ, какъ ни для кого не обязательны и ихъ мнѣнія, но составъ которой могъ быть или реиницированъ или, разъ они ее ввели въ число источниковъ, или *по достаточнымъ основаніямъ* устранивъ; на дѣлѣ нѣтъ ни того, ни другою, и ст. 138 только изуродована, для чего никакихъ основаній не можетъ быть достаточно.

***) Сдѣлка съ признаками ростовщической не можетъ быть совершенна съ содѣйствіемъ нотариуса, судъ откажетъ по такой сдѣлкѣ примѣнить мѣры взысканія, хотя потерпѣвшій вовсе объ этомъ не просилъ; такая сдѣлка лишена

недѣйствительности, какую даетъ подобнымъ сдѣлкамъ ст. 64 Проекта Общ. Положеній, нѣмецкіе ростовщики безъ всякаго сомнѣнія воздвигли бы во славу ихъ торжественный памятникъ. Если возможно разъ опутать человѣка, попавшаго въ бѣду по легкомыслию, неопытности, то что же хитраго отвести ему глаза и еще разъ общаніемъ ничтожныхъ выгодъ, цѣной которыхъ онъ откажется отъ иска, признаетъ силу сдѣлки и никогда не выйдетъ изъ разставленныхъ ему его благодѣтелями сѣтей *)?

И такъ все содержаніе статей 64 и 88 опять должно быть введено въ ту органическую цѣлость, какую оно имѣетъ въ составѣ art. 138 Герм. Гр. Уложенія; или указанные въ нихъ положенія теряютъ всю свою цѣну.

Но эта статья, объявляющая ничтожными сдѣлки, противныя добрымъ правамъ или выговаривающія несуразныя барыши эксплуататору за сравнительно мелкія услуги, въ расчетѣ на крайность, легкомысліе, неопытность жертвы хищника, сама по себѣ служитъ источникомъ ряда затрудненій и недоразумѣній практики.

Впередѣ всего идетъ вопросъ о предѣлахъ противодѣйствія неправильной наживѣ въ указанныхъ условіяхъ. Слѣдуетъ ли ограничить примѣненіе ст. 138 однимъ денежнымъ ростовщичествомъ? На это нѣмецкая цивилистическая литература и практика отвѣчаетъ расширеніемъ дѣйствія указанной нормы не только на *денежное* ростовщичество, но и на такъ назыв. *Sachwucher*, вещныя сдѣлки, дающія при тѣхъ же условіяхъ тотъ же результатъ несуразной наживы непомѣрнымъ угнетеніемъ и такимъ же подъемомъ дѣйствительной цѣны операціи купли-продажи вещей. Такими же ростовщическими будутъ, по этому воззрѣнію, чрезмѣрный гонораръ врачу, адвокату, посреднику не только по имущественнымъ операціямъ, но и воособенности по дѣламъ матримониальнымъ.

Но не одними этими пороками сдѣлки опредѣляется, согласно

всякаго юридическаго эффекта, даже если бы эксплуатируемый хотѣлъ дать ей силу.

*) Если ничтожество ростовщической сдѣлки признать *d'ordre privé*, какъ это дѣлаетъ Проектъ, то необходимо оговорять, что нельзя *заранѣе* отказываться отъ права оспаривать ростовщическую сдѣлку, ибо иначе эта клаузула будетъ нормально входить въ операціи ростовщиковъ. Такую оговорку находимъ въ ст. 633 т. X, ч. I, п. 3, которая объявляетъ недѣйствительными частныя соглашенія пассажировъ съ желѣзнодорожными и пароходными управленіями о неотвѣтственности ихъ за вредъ и убытки потерпѣвшихъ. — Какъ трактуютъ нѣм. цивилисты, положенія ст. 138 противъ ростовщическихъ сдѣлокъ см. *Cosack Lehrb. I § 90* (въ изд. 98 г. стр. 312 e, absolut nichtig), *Crome System I § 85* (стр. 376 es handelt sich um ein in öffentl. Interesse aufgestelltes Verbot. Die Folge der Zuwiderhandlung ist Nichtigkeit; *Endemann Lehrb. 8-oe изд. стр. 600, 689; Dernburg D. bürg. R. I пер. и втор. изд. стр. 380—383, см. особ. пр. 14 на стр. 382; Saleilles Déclaration къ art. 138 BGB со стр. 269 § 3 и слѣд.*

art. 138 и нашимъ ст. 64 и 88, ничтожество сдѣлки. Здѣсь условіе порочности ея лежитъ въ нѣкоторомъ *субъективномъ моментѣ* ея состава, въ крайности, легкомыслія, неумѣлости субъекта.

На ряду съ этимъ нѣмецкое, французское и отечественное дѣйствующее и проектированное право ставятъ, въ томъ или иномъ сочетаніи, *объективные моменты*, при наличности коихъ сдѣлка станетъ также недействительной и тоже не въ смыслѣ ея спорности, а въ смыслѣ ничтожества *ipso jure*. Это главнымъ образомъ, тогда, когда она противна добрымъ нравамъ (*gegen die guten Sitten, contra bonos mores, contraire aux bonnes moeurs, **) или общественному порядку, *ou à l'ordre public ***).

Вотъ здѣсь именно самый трудный, боевой пунктъ законодательства. Спрашиваютъ, да развѣ нашему судѣ принадлежитъ не судебная только функція, а на ряду съ этимъ и цензура нравовъ? Гдѣ-же свобода обмѣна, гдѣ личная автономія въ области правоотношеній, свободно устанавливаемыхъ гражданами въ своихъ интересахъ? Гдѣ предѣлъ вмѣшательства вѣшняго въ наши частныя интересы и расчеты?..

Эти вопросы и недоумѣнія должны бы дѣйствительно возбуждать опасенія и тревогу въ общественномъ сознаніи, и именно за неприкосновенность гражданской свободы, вызывать протестъ противъ безконтрольнаго вмѣшательства публичной власти въ дѣла частныя, если бы такія полномочія были предоставлены *на личное усмотрѣніе органовъ судебной власти* безъ всякаго постоянного руководящаго отправленія этой функціи начала.

Ничего подобнаго, натурально, не представляетъ собою, въ территоріяхъ примѣненіе ст. 138 и 1133, полномочіе суда аннулировать юридическій эффектъ сдѣлки, противной добрымъ нравамъ и общественному порядку.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что съ этой задачей противодѣйствія эффекту сдѣлки не только прямо и подъ страхомъ ничтожества запрещенной закономъ, но и такой, которая противна добрымъ нравамъ и общественному порядку, компетенція гражданского правосудія замѣтно расширяется. Законъ устанавливаетъ только принципъ, который распространяетъ вліяніе суда за предѣлы легальныхъ нормъ. Тѣ нормы, которыя должны служить

*) art. 1133 С.с. и нѣм. Улож. § 138, тоже наша ст. 88.

***) тоже ст. въ С.с. и въ нашемъ Проектѣ. О третьемъ реквизитѣ недействительности сдѣлокъ, по ст. 88 Пр., когда онѣ *противны закону*, было сказано выше; у франц. въ той же ст., близко къ нашему тексту ст. 88 второй абзацъ, *sauf prohibée par la loi*. Мы къ этому еще вернемся.

руководящими для судьбы въ этой новой широкой сферѣ его вліянія, не составляютъ необходимо чего-либо новаго, не существовавшего до этой минуты въ общественномъ сознаніи. Если бы мы дѣйствительно открыли судьбу въ этой области весь просторъ для примѣненія его *личныхъ воззрѣній* въ вопросахъ, гдѣ сталкивается частная автономія съ требованіями общественного порядка или уваженія добрыхъ нравовъ, мы этимъ, конечно, поставили бы интересы гражданскаго правопорядка въ полную зависимость отъ совершенно случайнаго и крайне непостояннаго критерія. Существуютъ не только отдѣльныя лица, но цѣлыя доктрины, которыя требуютъ такой мѣры преобладанія интереса социальнаго надъ индивидуализмомъ, которую практически вовсе нельзя примирить съ гражданской свободой. Также высоко считаютъ иногда возможнымъ поднимать и уровень требованій чистоты нравовъ. И здѣсь, натурально, такъ же какъ въ задачахъ социальнаго совершенствованія, судъ не вправѣ руководствоваться одними личными или партійными программами того или другого органа гражданскаго правосудія. Такимъ образомъ поставленная задача и давала пищу опасеніямъ, обнаружившимся въ литературѣ, въ борьбѣ мнѣній, въ дебатахъ, вызванныхъ законодательной промоціей ст. 138 Гражд. Уложения Германской имперіи (особенности *). Нѣтъ сомнѣнія, что въ сферѣ этихъ вопросовъ дѣятельность суда перестаетъ быть только подзаконною, ибо законъ устанавливаетъ лишь принципъ, коимъ предотвращается обличеніе въ образъ юридической сдѣлки интересовъ антисоциальныхъ или угрожающихъ чистотѣ нравовъ. Детальная разработка этого принципа принадлежитъ всецѣло судебной практикѣ, и *объективную основу* судъ находитъ не въ нормахъ закона, а въ правилахъ общежитія, источникъ коихъ лежитъ въ общественномъ сознаніи тѣхъ круговъ лицъ, коихъ ближайшимъ образомъ касается дѣло.

*) почву, на которой развивалась эта борьба мнѣній, представляетъ собою, конечно, состояніе эконсмической и социальной жизни Германіи въ эпоху кодификаціонныхъ работъ. Здѣсь трудно было бы обстоятельно изложить эту сторону дѣла. Но насколько она отразилось въ направленіи работъ нѣмецкихъ цивилистовъ, ее очень тщательно въ короткихъ чертахъ описалъ проф. R. Saleilles въ указ. выше книгѣ *De la déclaration de volonté*, въ указанномъ выше толкованіи къ art. 138, начиная съ 251 стр. книги, особенно н° 21 и слѣд., для парламентскихъ дебатовъ н° 41 и слѣд. Тутъ же нѣкоторыя полезныя литературныя указанія по литературѣ франц. и нѣмецкой. 1-й проектъ формулировалъ положеніе о ничтожной сдѣлкѣ ближе къ франц. art. 133 и нашей ст. 88 Пр. (contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public), 2-е чтеніе устранило *ordre public* (мотивы у Saleilles), находя, что правильно истолкованныя требованія неприкосновенности *bonnes moeurs* устраняютъ сами собою опасность для *ordre public*.

Такая практика, черпающая руководство изъ надежнаго, постоянного и притомъ живого источника, способна вмѣстѣ съ временемъ сама пріобрѣсти вполне устойчивый характеръ, составить такимъ путемъ предшествующую стадію для образованія юридическихъ нормъ, и стать въ этомъ смыслѣ поистинѣ творческой для правообразованія силой.

Въ такомъ видѣ вмѣшательство суда въ область приватной автономіи вовсе не угрожаетъ свободѣ обмѣна, не ведетъ къ стѣсненію гражданской свободы, а лишь направляетъ ее на надлежащій путь удовлетворенія того круга индивидуальныхъ интересовъ, которые не требуютъ принесенія имъ въ жертву интересовъ высшаго порядка, соціальныхъ и чистоты нравовъ.

Совершенно такъ же, какъ разнообразны круги лицъ *), сознание коихъ служитъ для суда руководящимъ источникомъ въ этой практикѣ, также и свойство огражденныхъ интересовъ можетъ быть весьма различно. При этомъ содѣйствіе суда въ огражденіи интересовъ высшаго порядка будетъ въ практикѣ проявляться не какъ положительный реперивъ состава сдѣлки, а именно только какъ противодѣйствіе вторженію въ эту область вліяній, противныхъ чистотѣ нравовъ и общественному порядку, стало быть, отрицательнымъ путемъ.

Для освѣщенія вопроса мы возьмемъ нѣкоторые образцы установившейся такимъ путемъ практики сдѣлокъ недействительныхъ, ничтожныхъ *ipso jure*, по этому признаку опасности, которою онѣ угрожаютъ добрымъ нравамъ и общественнымъ интересамъ, какъ ихъ разумѣетъ культурное общество нашего времени.

И такъ, изъ области семейныхъ отношеній ничтожною будетъ сдѣлка, по силѣ коей супругъ обязывается за деньги содѣйствовать разводу посредствомъ отреченія напр., отъ права обжаловать неправильное рѣшеніе суда, посредствомъ отказа заранѣе отъ преслѣдованія виновной стороны. Въ томъ же смыслѣ ничтожны будутъ передъ судебнымъ органомъ соглашенія супруговъ объ отказѣ отъ супружеской вѣрности.

Ничтожнымъ почитается соглашеніе объ уступкѣ за деньги дѣтей для ихъ усыновленія.

Не подлежитъ, подѣ страхомъ ничтожества сдѣлки, ограниченію и отказу свобода гражданской личности въ самыхъ разнообразныхъ ея проявленіяхъ. Нельзя отречься за деньги отъ свободы выбрать или измѣнить религіозное исповѣданіе въ предѣ-

*) Это можетъ быть общее національное сознание, или болѣе тѣсныхъ общественныхъ группъ, исповѣдывающихъ, сословныхъ, профессиональныхъ.

лахъ, допустимыхъ дѣйствующимъ закономъ, принять обътъ безбрачія или пребываніе на продолжительное время во вдовствѣ. Недопустимо соглашеніе о подчиненіи себя опекунской власти другого лица, объ отказѣ отъ свободы договорныхъ сдѣлокъ, отъ принадлежности къ частнымъ товариществамъ, отъ свободы выбора мѣста жительства, отъ свободы экономической дѣятельности, напр., въ видѣ заранѣе обѣщаннаго обязательнаго самоустраненія отъ конкуренціи въ вопросахъ столкновенія или борьбы за экономическіе интересы.

Ничтожными считаются соглашенія объ обязательности лѣченія у даннаго врача или въ данномъ лѣчебномъ заведеніи, такъ же какъ о подчиненіи себя производству операціи подѣ страхомъ имущественной отвѣтственности за невыполненіе такого обязательства.

Признаются ничтожными многообразныя операціи, направленныя на монополизацию производствъ, предпринимательской или торговой дѣятельности въ извѣстной отрасли подѣ страхомъ штрафовъ, съ видами эксплуатировать публику насильственнымъ повышеніемъ цѣнъ.

Ничтожными считаются уговоры о передачѣ адвокатской кліенты за вознагражденіе.

Вознагражденіе, выговариваемое въ свою пользу агентами по дѣламъ брачнымъ, когда для успѣха операціи пускаютъ въ ходъ обманъ, ложь, чувственное возбужденіе, признаются тоже ничтожными.

Ничтожными признають суды условія, подчиняющія сценическихъ дѣятелей произволу антрепренера.

Нерѣдко *мотивы* сдѣлки, сулящей крупныя барыши за операціи скандальнаго свойства, угрожающія чистотѣ нравовъ, возбуждаютъ дѣятельность суда и ведутъ къ ничтожеству сдѣлки. Тутъ есть, натурально, много незаконченнаго, спорнаго въ дѣятельности судовъ, направленной въ огражденію общества отъ укрѣпленія силы сдѣлокъ опасныхъ для чистоты нравовъ и интересовъ общественнаго порядка.

Нерѣдко эксплуатация самая недостойная вредныхъ промысловъ не встрѣчаетъ надлежащей реакціи, когда эксплуатируется публика ипоземная, когда опасности подвергаются интересы, особенно экономическіе, иностраннаго государства *).

*) Для дополненія этихъ данныхъ и дальнѣйшаго развитія важной практической стороны дѣла и множества контроверзныхъ, въ нѣмецкой и французской литературѣ, сторонъ этого ученія могутъ служить указанная выше работа Saleilles, Lehrbuch Endemann'a, особ. §§ 103 и 103а, а также Dernburg, D. bür-

Намъ надлежитъ обозначить характерныя юридическія черты ничтожества сдѣлки. Ихъ сводятъ къ четыремъ главнымъ:

а) дѣйствіе этого вида инвалидаціи есть по существу непосредственное, въ принципѣ не требующее никакого особаго соучастія суда. Если бы, однако, простого отрицательнаго отношенія къ сдѣлкѣ въ данныхъ условіяхъ не было достаточно, такъ что вопросъ о ничтожествѣ возбуждалъ бы сомнѣніе, то все содѣйствіе суда должно будетъ ограничиться призваніемъ сдѣлки ничтожной *силой закона*, констатированіемъ ея ничтожества, *puissance de plein droit*, совершенно независимаго отъ интересовъ стороны и ея иска объ аннулюваніи сдѣлки (*Feststellungsklage*), ибо въ сдѣлкѣ ничтожной *ipso jure* нечего аннулировать.

б) эффектъ ничтожества не есть ограниченный стороной, искавшей его констатированія. Будучи въ основѣ своей ничтожествомъ *d'ordre public*, оно въ принципѣ дѣйствуетъ не по отношенію къ опредѣленному кругу лицъ, а безотносительно, съ абсолютной силой не только на самый актъ, на сдѣлку, но и на всѣ возможныя ея консеквенціи *).

в) сдѣлка ничтожная не можетъ стать дѣйствительною посредствомъ послѣдующаго ея утвержденія, и это опять простая консеквенція того свойства ничтожества, что оно, по эффекту, абсолютно, существуетъ для всѣхъ, а не для извѣстнаго только круга лицъ **). Въ силу этого никакое отдѣльно взятое лицо не способно возстановить ея эффектъ своимъ одинокимъ послѣдующимъ утвержденіемъ.

д) наконецъ, къ ничтожеству сдѣлки не примѣняется какъ исцѣляющее его средство истеченіе срока, который установленъ для предъявленія иска, какъ способа возстановить нарушенное право, т.-е. къ этому виду недействительности не можетъ имѣть приложенія исковая давность. И это вполнѣ понятно, ибо ничтожество сдѣлки вовсе не зависитъ отъ предъявленія спора, напра-

gar. Recht I Band (1902 г.) § 125. Интересъ изученія въ полной мѣрѣ вознаграждается натурально только постояннымъ и пристальнымъ ознакомленіемъ съ практикой сдѣлокъ и суда, обнаруживающейся особенно съ судебныхъ рѣшеній по спорнымъ вопросамъ.

*) выше были указаны случаи, гдѣ „nichtig“ въ Германск. Улож. и „недействительный“ (бракъ) у насъ не имѣютъ этого смысла.

**) Извѣстно, что примѣненіе этого положенія было весьма спорнымъ въ литературѣ общаго права (Дервбургъ, Pandekten Bd. 1 § 122 Anm. 5). Примѣненіе § 141 abs. 2 Нѣм. Гр. Ул. возбуждаетъ то же различіе мнѣній (см. Saleilles большой экскурсъ по этому предмету, стр. 324—352). Вообще сдѣлка послѣдующая разсматривается какъ воявъ, но есть возможность ея эффектъ весьма сблизить съ настоящимъ утвержденіемъ прежней сдѣлки, напр. въ случаяхъ, когда неспособный подтвердить совершенный имъ въ болѣзненномъ состояніи (сумасшествіе) актъ по выздоровленіи.

вленного противъ ея силы. Это ничтожество наступаетъ *само собой*, находить себѣ примѣненіе *при всякой попыткѣ дать сдѣлкѣ* эффектъ (при содѣйствіи суда, органовъ безспорной юрисдикціи, нотариата), прежде всякаго иска. Стало бытъ истечение срока исковой давности не можетъ, для сдѣлки изначала ничтожной, служить источникомъ укрѣпленія ея силы въ дальнѣйшемъ.

II. Другую категорію явленій недѣйствительности сдѣлки образуютъ тѣ случаи пороковъ или недостатковъ ея состава, которые болѣе или менѣе безразличны въ смыслѣ ея легальныхъ реквизитовъ, но въ то же время угрожаютъ *правамъ и интересамъ соучастника сдѣлки*. Если недостатки перваго рода и по ихъ природѣ и по ихъ эффекту правильно отличать признакомъ абсолютныхъ, *d'ordre public*, поражающихъ весь эффектъ сдѣлки въ цѣломъ, а не относительно только опредѣленнаго круга заинтересованныхъ, то недостатки втораго рода составляютъ и по своему свойству и по эффекту явленіе прямо противоположное первому типу ея пороковъ. Это категорія сдѣлокъ *относительно-ничтожныхъ*, недѣйствительность коихъ частноправная, *d'ordre privé*.

Мы уже не разъ имѣли случаи говорить выше, въ анализѣ положительныхъ реквизитовъ волеизъявленія, объ этихъ возможныхъ дефектахъ сдѣлки, которые не обнаруживаются необходимо, а лишь *эвентуально могутъ быть* противопоставлены юридическому эффекту сдѣлки, если заинтересованный найдетъ это нужнымъ. Это прежде всего случаи волеизъявленія, вызваннаго ошибкой субъекта сдѣлки, принужденіемъ, подъ вліяніемъ котораго онъ находился. Сюда же идутъ частью случаи обмана, симуляціи, скрытой оговорки (*reservatio mentalis*). Намъ надлежитъ здѣсь, въ общемъ ученія о недѣйствительности сдѣлокъ, точнѣе установить юридическую природу этого вида недѣйствительности сдѣлки и соответствующіе ей особые способы ея инвалидаціи.

Главнѣйшіе признаки этой категоріи пороковъ сдѣлки, эвентуально поражающихъ ея эффектъ, заключаются въ томъ:

а) что они не вызываютъ *непосредственнаго* эффекта обезсилевія сдѣлки одной своей наличностью. Эту черту и обозначаютъ въ наукѣ терминомъ *annulabilité*, оспариваемость, въ отличіе отъ

*) См. особ. Дернбургъ *D. bürger. Recht* § 116 примѣч. 8 и текстъ на стр. 350, VI. Для брака то же отступленіе отъ принципа въ указан. выше art. 1324, 1325 Нѣм. Гр. Улож. Возможно, что сдѣлка формально ничтожная не была своевременно оставлена безъ послѣдствій, а получила исполненіе,—тогда вступаетъ процессъ возможнаго въ данныхъ условіяхъ устраненія этихъ послѣдствій всѣми направленными на это юридическими средствами, наур. vindикаціоннымъ искомъ, искомъ изъ незаконнаго обогащенія, объ убыткахъ изъ дѣянія недозволенаго.

nullité въ тѣсномъ смыслѣ недѣйствительности сдѣлки *ipso jure*. Сейчасъ сдѣлка дѣйствительна. Ея существованіе уподобляютъ, однако, больному, ненадежному организму, для котораго всякое потрясеніе можетъ быть опасно.

Выходъ изъ этого состоянія двоякій. Если заинтересованный предъявить споръ противъ сдѣлки, она легко можетъ послѣ этого утратить весь свой юридическій эффектъ. Возможенъ, однако, и такой выходъ. Никто не пользуется своимъ правомъ инвалидировать силу сдѣлки, истекаетъ срокъ, указанный для этой цѣли;— тогда сдѣлка крѣпнетъ, и изъ состоянія выжидательнаго, ненадежнаго переходитъ въ состояніе безспорно-дѣйствительное, при томъ такъ, какъ бы въ ней изначала не было никакихъ дефектовъ, никакихъ пороковъ, угрожавшихъ ея существованію. И эта альтернатива наступаетъ не *ipso jure*, а непременно *при посредствѣ* заинтересованнаго, его выраженнымъ или молчаливымъ послѣдующимъ воздѣйствіемъ на укрѣпленіе или инвалидацію силы сдѣлки.

b) на ряду съ этимъ другая характерная черта для этого вида недѣйствительности сдѣлки заключается въ томъ, что не любой третій и отнюдь не тотъ или другой органъ юрисдикціи *ex officio*, а лишь опредѣленный кругъ заинтересованныхъ въ инвалидаціи сдѣлки можетъ достигнуть этой цѣли, или непосредственно отвергая силу сдѣлки, о чемъ сейчасъ скажемъ, или оспаривая ее передъ той или другой инстанціей; это ограниченіе круга лицъ, способныхъ инвалидировать сдѣлку, даетъ основаніе отличать этотъ видъ недѣйствительности признакомъ *относительной* недѣйствительности, тогда какъ первый родъ недѣйствительности есть абсолютный. Будучи недѣйствительной для одного, двухъ заинтересованныхъ, сдѣлка, пока ими не оспорена, сохраняетъ всю свою силу для любого третьяго и воздѣйствіемъ третьяго отнюдь не можетъ быть инвалидирована.

c) въ тѣсной связи съ этими двумя характерными чертами этого вида недѣйствительности стоитъ возможность устранить порокъ сдѣлки отказомъ со стороны заинтересованнаго отъ принадлежащаго ему права инвалидировать силу сдѣлки. Эта *устранимость* угрожающаго силѣ сдѣлки порока есть одна изъ наиболее яркихъ отличительныхъ чертъ такъ называемой оспариваемости сдѣлки, *annulabilité*, *Anfechtbarkeit*, отъ ничтожества, *nullité* въ тѣсномъ смыслѣ, *Nichtigkeit*.

d) та же цѣль достигается молчаливымъ путемъ, когда заинтересованный, какъ указано въ пунктѣ а, пропускаетъ срокъ, въ который сдѣлка можетъ быть инвалидирована, или допускаетъ

истечение исковой давности, погашающей право иска. Эту черту можно обозначить признакомъ недѣйствительности сдѣлки *пре-ходящей*, въ отличіе отъ недѣйствительности постоянной или ничтожества въ точномъ смыслѣ.

Это наиболѣе простое противуположеніе двухъ видовъ недѣйствительности сдѣлки, которое въ достаточной мѣрѣ исчерпываетъ общіе характерные юридическіе признаки *) явленія ясно опредѣлившейся какъ въ латинской, такъ и въ современныхъ системахъ двойственности типовъ безсилія сдѣлки.

Въ этомъ ученіи намъ остается сказать о *методахъ инвалидаціи* сдѣлки, т.-е. о путяхъ, которые ведутъ къ этой цѣли, простѣйшихъ и болѣе сложныхъ. На ряду съ этимъ важенъ вопросъ *объ объемѣ* инвалидаціи, т.-е. главнымъ образомъ о двухъ ея видахъ, объ инвалидаціи сдѣлки во всемъ ея составѣ, или объ инвалидаціи только частичной, т.-е. объемлющей лишь отдѣльные моменты цѣлаго состава сдѣлки (Пр. кн. I, ст. 89). Этотъ вопросъ ставитъ нашу задачу въ очень тѣсную связь съ общимъ ученіемъ о толкованіи юридической сдѣлки. Насколько возможно, мы въ дальнѣйшемъ коснемся этой трудной цивилистической проблемы, отмѣчая при этомъ прежде всего, что ученіе о толкованіи сдѣлки только одной своей стороною касается задачи ея инвалидаціи. Общая цѣль и направленіе ученія о толкованіи рассчитано на сохраненіе ея силы если не въ цѣломъ, то хотя въ частяхъ.

Независимо отъ этого, юридическая техника располагаетъ многочисленными ресурсами, направленными къ тому, чтобы сдѣлка, которой нельзя удержать въ силѣ, утрачивая то дѣйствіе, на которое была рассчитана, не давала въ результатѣ имущественныхъ ущербовъ для стороны невиновной въ причиненіи этого ущерба (Пр. кн. I, ст. 66). Каждая изъ этихъ сторонъ ученія о толкованіи сдѣлки, направленная на возможное огражденіе ея отъ грубыхъ приемовъ и тяжелыхъ послѣдствій инвалидаціи сдѣлки, найдетъ себѣ мѣсто или въ общихъ положеніяхъ или въ детальномъ изученіи явленія. Здѣсь мы остановимся сначала на вопросѣ о методахъ инвалидаціи сдѣлокъ вообще.

Мы уже имѣли случай указать выше, что въ первоначальномъ строеніи сдѣлки, типическимъ образцомъ коихъ могутъ слу-

*) При особомъ усердіи можно, конечно, и менѣе существеннымъ признакамъ дать такое же рѣшающее значеніе. Леонгардъ въ указанномъ выше трактатѣ *Der Irrthum bei nicht. Verträge* насчитываетъ sieben wichtige Begriffe, которые образуютъ одинъ Collectivbegriff для *Anfechtbarkeit* и столько же для *Nichtigkeit* (стр. 320—321). Тутъ есть и тѣ 4 признака, которые имѣютъ общее юридическое значеніе.

жить строго-обрядные сдѣлки квиритсей эпохи, абсолютизму реквизитовъ ихъ состава соответствовало и безусловное ихъ ничтожество, когда всѣхъ реквизитовъ для ихъ юридическаго дѣйствія не оказывалось налицо. Точно такъ же при наличности ихъ обряднаго состава никакія *ординарныя* средства защиты не могли первоначально предотвратить или устранить ихъ эффекта, хотя бы въ основѣ обрядностей лежала ошибка, насиліе, обманъ. Только путемъ *экстраординарнаго изслѣдованія*, съ прямымъ содѣйствіемъ высшаго органа правосудія, возможно было, какъ бы актомъ помилованія, уйти, избавиться отъ этихъ тисковъ неумолимо-обрядной юстиціи. Слабые слѣды экстраординарныхъ способовъ охраненія правъ въ случаяхъ инвалидаціи сдѣлки, — когда, вслѣдъ за признаніемъ сдѣлки (брака) незаконной и недѣйствительной, участь потерпѣвшихъ, въ данномъ случаѣ, невиннаго супруга, вовлеченнаго въ бракъ обманомъ или насиліемъ, и дѣтей, рожденныхъ отъ недѣйствительнаго брака и записанныхъ въ метрическія книги, ограждается отъ тяжкихъ послѣдствій инвалидаціи брака, посредствомъ особаго всякій разъ ходатайства на Высочайшее Имя, въ результатъ коего гражданское состояніе этихъ лицъ можетъ быть оставлено неприкосновеннымъ или восстановлено подобно *restitutio in integrum* преторской системы, — удерживались до послѣдняго времени въ нашей практикѣ. Нынѣ этотъ экстраординарный порядокъ закономъ 1902 г. (объ утвержд. правилъ объ улучшен. положен. незаконнорожд. дѣтей; Собр. узак. за 902 г. № 62 отд. I, 2) удержанъ для восстановленія гражданскаго состоянія невинно-потерпѣвшаго супруга (см. указ. законъ, III, нов. редакц. ст. 133 зак. гр., т. X, ч. I, по изд. 1900 г.). Что же касается послѣдствій инвалидаціи брака для дѣтей, рожденныхъ въ ономъ, то къ нимъ имѣетъ быть примѣнено положеніе ст. 131¹ указ. закона (дѣти отъ брака, признаннаго недѣйствительнымъ, сохраняютъ права дѣтей законныхъ). И слѣдовательно къ огражденію этихъ правъ имѣютъ быть направлены *ординарныя* гражданско-процессуальныя средства *).

Преторская юрисдикція стала несравненно болѣе чуткой къ внутреннимъ порокамъ юридической сдѣлки, которая, при ихъ наличности, можетъ подлежать инвалидаціи не одними только экстраординарными средствами. Къ этой же цѣли, на ряду съ ними, отчасти въ замѣну ихъ, направлены сначала *возраженія* (*exceptiones*), которыя обязавшійся, должніе по сдѣлкѣ, отвѣтчикъ въ

*) Этотъ же путь замѣны экстраординарныхъ способовъ ординарными въ свое время былъ примѣняемъ и къ узаконенію дѣтей.

процессъ можетъ противопоставить иску, доказывая принужденіе, обманъ, ошибку, лежащія въ основѣ сдѣлки, а позже, къ той же цѣли ведутъ и прямыя *исковыя притязанія* потерпѣвшаго. Эти возраженія, а впоследствии и цѣлый рядъ *исковъ* (actiones, напр., doli, quod metus causa), направленныхъ на ниспроверженіе силы сдѣлки (Anfechtung, annulation) стали въ латинской, а затѣмъ и во всѣхъ новыхъ системахъ *ординарными* способами инвалидировать сдѣлки второго изъ указанныхъ нами типовъ, т.-е. типа относительно - ничтожныхъ, посредственно - недействительныхъ, опровержимыхъ сдѣлокъ. Эти ординарные процессуальныя средства одинаково практиковались и въ системѣ общаго права и на основаніи *code civ.*, и по австрійскому гражданскому уложенію и по дѣйствующему т. X, ч. I, (ст. 703), крайне скудному и подлежащему нынѣ замѣнѣ статьями проекта, составляющими *рецепцію старыхъ западныхъ образцовъ* (Пр. вв. I, ст. 65).

Въ тѣсной связи съ пересмотромъ дѣйствовавшихъ въ Германіи старыхъ системъ, съ задачей отторженія отъ латинскихъ образцовъ и выработки нормъ возможно близко отвѣчающихъ практическимъ требованіямъ юстиціи, уже въ 1-мъ чтеніи Проекта Гражд. Уложенія для нѣмецкой имперіи, старый способъ инвалидаціи сдѣлокъ посредствомъ исковъ и возраженій со стороны аннулятора заподозрили именно въ непрактичности. Практика опроверженія сдѣлокъ старымъ методомъ, особенно въ территоріяхъ *Code civil*, заслуживала двойнаго упрека. Если сторонѣ, вошедшей въ сдѣлку по ошибкѣ, подъ вліяніемъ принужденія или обмана, приходилось оспаривать ея силу посредствомъ иска, то на нее, какъ на истца, должна была вмѣстѣ съ этимъ падать тяжесть доказыванья фактовъ. Это первое эвентуальное неудобство для лица, сдѣлавшагося жертвой ошибки, обмана, насилія. Но отношенія сторонъ могутъ принять и такую конфигурацію. Исполненія по сдѣлкѣ еще не послѣдовало, а кредиторъ его-то именно и требуетъ. Между тѣмъ сдѣлка и стало быть самое требованіе на ней основанное можетъ быть опорочено *ex cipiendo*, посредствомъ возраженія о порочности волеизъявленія, вызваннаго насиліемъ, обманомъ и проч. Въ этомъ случаѣ неудобство для отвѣтчика будетъ состоять въ томъ въ особенности, что не онъ, а истецъ выбираетъ время, когда предъявить искъ, и *выборъ времени* легко можетъ оказаться совершенно подходящимъ для истца и неподходящимъ для отвѣтчика. Недостатокъ стараго метода лежитъ, очевидно, *in modo procedendi*, и смѣлая мысль редакторовъ первой кодификаціонной комиссіи направлена къ его исправленію (1-е чтеніе § 114). Послѣдующій пересмотръ

вопроса далъ дѣйствительное обновленіе и обогащеніе всего института инвалидаціи сдѣлокъ при наличности указанныхъ пороковъ волеизъявленія (см. особ. обширный и очень содержательный art. 143 Нѣм. Гр. Улож. *).

Чтобы разомъ парировать и ту и другую опасность, нѣмецкая кодификація выработала простѣйшій способъ дѣйствія, направленный прямо, *безъ обращенія къ суду*, къ инвалидаціи сдѣлки. Обѣ редакціи указанныхъ статей (§ 114 перв. и art. 143 втор. Чт.) въ почти тождественномъ оборотѣ рѣчи предоставляютъ аннулятору (d. Anfechtungsberechtigte) сдѣлать свое волеизъявленіе съ цѣлью аннулировать эффектъ сдѣлки прямо своему противнику. Это *въисудебное волеизъявленіе*, не связанное ни съ какими необходимыми реквизитами формъ и обрядовъ. Все, чего требуютъ положенія нѣмецкаго кодекса объ ошибкахъ, принужденіи, обманѣ, — это *безотлагательности*. Заявленіе, опорочивающее сдѣлку, должно заключать указаніе повода инвалидаціи, ошибки, обмана, который обнаружился по совершеніи сдѣлки, или насилія, подъ вліяніемъ коего послѣдовало волеизъявленіе. Но все это необходимо выполнить *unverzüglich, ohne schuldhaftes Zögern*, въ время, и отнюдь не позже одногодичнаго срока, послѣ коего такое волеизъявленіе не будетъ имѣть никакого инвалидирующаго эффекта (Нѣм. Ул. art. 119—121, 123, 124). Такой въисудебный актъ можетъ сразу парализовать весь эффектъ сдѣлки, если въ рукахъ нападающаго есть сейчасъ налицо всѣ средства для инвалидаціи. Инвалидація въ этихъ условіяхъ не составляетъ, однако, непремѣннаго послѣдствія нападенія. Противникъ можетъ допустить наличность оснований для инвалидаціи сдѣлки. Стороны могутъ затѣмъ найти тотъ или другой миролюбивый выходъ изъ кризиса. Если нападающій по тѣмъ или другимъ соображеніямъ уступить противнику, придя къ тому, или другому соглашенію насчетъ спорной сдѣлки, то сдѣлка становится уже *разъ навсегда безспорной* и дѣйствительной (art. 144). Но это не исключаетъ возможности и другого исхода. Сторона, которой заявлена въ указанный краткій срокъ инвалидація, можетъ оставить ее безъ послѣдствій, и это не мѣшаетъ ей защищать *судебнымъ порядкомъ* свои притязанія, основанныя на сдѣлкѣ, *въ теченіе общаго тридцатилѣтняго давностнаго срока* погашаю-

*) Это положеніе служило и во время кодификаціонныхъ работъ и послѣ введенія въ дѣйствіе новаго уложенія предметомъ очень оживленнаго общаго мнѣнія не только въ Германіи, но и во Франціи (указанія см. въ обширныхъ комментаріяхъ и учебникахъ по новому кодексу и въ книгѣ Saleilles de la Déclar. de volonté, стр. 359 и слѣд., гдѣ читатель найдетъ много цѣнныхъ данныхъ). Въ кодификаціонныхъ трудахъ у насъ эта проблема не оставила никакого слѣда.

щаго искового притязанія (см. только что приведенныя статьи и art. 195 Нѣм. Гражд. Уложения).

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что новый методъ инвалидаціи юридической сдѣлки относительно—недѣйствительной (*anfechtbares Rechtsgeschäft*) не составляетъ института реципированной системы. Его не знали ни система общаго права, ни *Code civil*. Это своеобразный и въ этомъ примѣненіи введенный новымъ нѣмецкимъ уложениемъ въ практику способъ инвалидаціи относительно-бесильной сдѣлки. Нельзя, однако, не замѣтить, что *какъ методъ*, онъ вовсе не новъ и хорошо извѣстенъ, хотя въ другомъ приложеніи, именно латинскому праву. Въ чемъ, точнѣе говоря, заключается особенность, своеобразная черта этого прямого заявленія противнику въ кратчайшій срокъ своего опроверженія? Свообразие все въ томъ, что здѣсь *процессъ начинается съ конца*, съ исполнительной стадіи, при чемъ эвентуально онъ можетъ тутъ же достигнуть цѣли. Но возможно, что сторона пойдетъ на судебное состязаніе, если она увѣрена въ своихъ шансахъ. Въ латинской, притомъ *старой* системѣ, въ числѣ пяти легисакціонныхъ формъ процедированья есть двѣ, *per manus injectionem* и *per pignoris capionem*, которыя отличаются отъ другихъ тѣмъ же оригинальнымъ способомъ начинать процессъ съ исполнительной стадіи. Этимъ суммарнымъ способомъ споръ можетъ быть эвентуально разрѣшенъ такъ же, какъ внѣсудебнымъ опроверженіемъ сдѣлки въ извѣстномъ отношеніи порочной. Но совершенно такъ же допустима и другая альтернатива, когда является возможность отстоять свое право, несмотря на захватъ залога или наложеніе рукъ, или когда, въ вопросѣ объ инвалидаціи сдѣлки, противникъ рассчитываетъ восторжествовать противъ нападенія при помощи ординарныхъ судебно-процессуальныхъ способовъ защиты права.

Вотъ двоякій путь инвалидаціи сдѣлки относительно-недѣйствительной. Что касается возможнаго, смотря по особенностямъ сдѣлки, выбора того или другого способа дѣйствія, то нѣтъ сомнѣнія, что метода инвалидаціи, принятая Нѣм. Гр. Уложениемъ, имѣетъ за себя всѣ преимущества.

Въ вопросахъ такъ близко касающихся практической стороны дѣла общія соображенія не должны, однако, имѣть рѣшающаго значенія. Легко можетъ оказаться на практикѣ, что предоставленіе сторонамъ выбора вмѣсто ускоренія поведетъ на дѣлѣ къ замедленію въ достиженіи цѣли. Эти опасенія мотивировали различіе мнѣній, обнаружившееся особенно при выработкѣ второго чтенія. Наиболѣе спорную и трудную проблему представлялъ вопросъ, *къ кому имѣетъ быть обращено заявленіе объ инвалидаціи*.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ это совершенно просто, напр., въ контрактѣ, когда ясно видны обѣ заинтересованныя стороны и особенно противникъ, который подвергается нападенію. И тутъ могутъ встрѣтиться трудности въ вопросѣ о томъ кому адресовать заявленіе о нападеніи, въ иныхъ случаяхъ особенно, гдѣ не одинъ участникъ контракта съ той и съ другой стороны. Такія же осложненія являются и тамъ, гдѣ въ связи съ двусторонней сдѣлкой есть еще 3-и, заинтересованныя въ непоколебимости сдѣлки (договоры или обѣщанія въ пользу 3-го). Но во всей силѣ трудность примѣненія вѣсудебной инвалидаціи чувствуется тамъ, гдѣ сдѣлка есть односторонне-обязывающая (публичное обѣщаніе награды) съ этими разновидностями, на коихъ мы остановили уже вниманіе выше (стр. 692—695). Вотъ на этихъ-то осложненіяхъ и должны были сосредоточить все вниманіе редакторы 2-го чтенія. Слѣдовало предусмотрѣть въ общихъ положеніяхъ хотя бы главнѣйшія разновидности разнообразныхъ типовъ односторонняго волеизъявленія. Если оно принадлежало къ категоріи *empfangsbedürftige*, то нападеніе имѣло быть заявлено тому, чье воспріятіе необходимо для юридической силы односторонней сдѣлки. Если для перфекціи сдѣлки нужно воспріятіе публичнаго установленія, суда, опеки, гипотечнаго учрежденія, то и *Anfechtung* имѣетъ быть сдѣлана передъ этими установленіями, ибо сдѣлка есть *amtsempfangsbedürftig*. Натурально, опять иначе рѣшается вопросъ объ адресатѣ инвалидаціи, когда юридическая сила сдѣлки не связана съ воспріятіемъ съ чьей либо стороны волеизъявленія (*einseitige nichtempfangsbedürftige Rechtsgeschäfte*); таковы въкоторыя волеизъявленія тестаментарныя, принатіе, отказъ отъ наслѣдства, нѣкоторыя гипотечныя сдѣлки, публичное обѣщаніе награды, для инвалидаціи коихъ достаточно той формы ея оглашенія передъ инстанціей судебной, административной, передъ публикой, посредствомъ которой была перфицирована сдѣлка въ положительномъ ея смыслѣ. При ихъ посредствѣ происходятъ сношенія и съ самимъ заинтересованнымъ. Натурально, эффектъ такой инвалидаціи можетъ получить распространеніе не по отношенію къ опредѣленному только противнику, а безотносительно, *erga omnes*.

Поводы къ сомнѣніямъ въ практичности новаго метода были устранены *детальной разработкой трудной задачи* указать, при всевозможныхъ комбинаціяхъ, адресата вѣсудебной инвалидаціи сдѣлки. Указанныя сейчасъ руководящія правила были занесены въ одну общаго содержанія *статью 143 кодекса*. Нѣкоторыя частности указаны въ связи съ отдѣльными институтами (права

брачнаго, наслѣдованія), въ составъ коихъ входитъ инвалидируемая сдѣлка *). Новая метода была одобрена при голосованіи въ послѣдующихъ инстанціяхъ, разработывавшихъ вопросъ, преобладающимъ большинствомъ.

§ 60.

Толкованіе юридической сдѣлки.—Цѣль ея.—Правила толкованія въ классической системѣ, по Code civil и по стт. 1538 и 1539 т. X ч. I.—Анализъ этихъ правилъ.—п. 4 правилъ толкованія.—Параллель въ правилахъ толкованія закона и сдѣлки.—Восполненіе пробѣловъ воособенности.—Проектъ Гражд. Улож. — Превращеніе юридическихъ актовъ и замѣненіе назначенія имущества цѣлевыхъ.

Порокъ волеизъявленія можетъ касаться не всего состава сдѣлки и не тѣхъ ея частей, съ незыблемостью коихъ связанъ весь ея строй; онъ можетъ быть частичный. И если задача юриспруденціи направлена къ возможному огражденію ея цѣлости отъ крушенія, то натурально эффектъ аннуляціи будетъ ограниченъ тѣми частями, безъ наличности коихъ сдѣлка продолжаетъ держаться въ силѣ. Эту охранительную для цѣлости сдѣлки максимумъ латинское право выражало въ общей тезѣ *utile per inutile non vitiatur*.

На ряду съ этимъ, во множествѣ случаевъ, гдѣ по тѣмъ или другимъ недостаткамъ состава сдѣлки, ей угрожала бы недействительность, хорошо развитыя системы черпаютъ *изъ самого строенія института* средства все же, въ той или другой мѣрѣ, достигнуть той конечной цѣли, къ которой направлено волеизъявленіе, посредствомъ субсидіарной сдѣлки. Эта сторона дѣла ясно выступаетъ наружу при изученіи отдѣльныхъ институтовъ, особенно нѣкоторыхъ изъ нихъ. Такого рода разсчитанныя препятствія разрушительному дѣйствию разныхъ дефектовъ сдѣлки встрѣчаются и въ сдѣлкахъ имущественнаго обмѣна *inter vivos*, но они обильны въ актахъ права семейнаго и особенно въ сдѣлкахъ на случай смерти.

Въ Римѣ двойственность строенія институтовъ цивальной и преторской системы весьма содѣйствовала этому охраненію силы сдѣлки отъ опасности полной ея недействительности, такъ какъ та же конечная цѣль волеизъявленія, которой не удавалось до-

*) См. большіе учебники по нов. Кодексу—Козака, Эндемана, Дернбургъ Леопхардъа, Сромѣ и др.

стигнуть формальными актами гражданского права, достигалась, нередко въ виду менѣ строгихъ требованій гонорарнаго права, хотя съ менѣ законченнымъ юридическимъ эффектомъ, но всё же подъ достаточной эгидой преторской юрисдикціи. Особенно яркую картину такихъ препятствій къ исполнѣнью безслѣдной инвалидаціи сдѣлки даетъ намъ латинскій testamentъ, доминирующая цѣль котораго составляетъ установленіе универсальнаго преемства тестатору. Если бы, по какому бы то ни было поводу, назначеніе наследника не состоялось, то наступаютъ условія для трансмиссіи дедаціи. Если трансмиссія не привела къ цѣли, къ ней можетъ повести субституція. Нѣтъ субституціи—наступаютъ условія для приращенія долей, для акресценціи. То же самое во множествѣ другихъ условій безсилія сдѣлки. по одному, болѣе строгому, для ея дѣйствительности, и по другому, менѣ строгому, критерию другой системы. Также традиціонная тенденція къ охраненію *последней воли умирающаго* въ современныхъ культурныхъ обществахъ и въ законодательствахъ разрабатывающихъ этотъ вопросъ съ должнымъ вниманіемъ. Иллюстраціей этой тенденціи могутъ служить ст. 2084, 2100—2103 нов. вѣм. Гражд. Уложен.

Воспитанная на этомъ традиціонномъ уваженіи къ личности, къ волеизъявленіямъ въ сферѣ права частнаго, европейская юриспруденція разныхъ областей и территорій *кряпко держится латинскаго преданія* и ищетъ, цѣной многочисленныхъ аккомодаций, оградить эффектъ сдѣлки отъ инвалидаціи, если не исполнѣнъ, то хотя отчасти, если не въ отношеніи ея буквы и слова, то въ отношеніи ея общей тенденціи, конечной цѣли, которой волеизъявленіе имѣло достигнуть.

Задача эта, которую по существу справедливо слѣдуетъ называть задачей *охраненія силы сдѣлки* противъ безмѣрнаго разрушительнаго эффекта ея инвалидаціи, обнимаетъ всё институты нашего дѣйствующаго права, какъ и стараго латинскаго, тѣснѣйшимъ образомъ связана, какъ уже было замѣчено выше, съ основами ученія о *толкованіи юридической сдѣлки*. Намъ необходимо посему здѣсь же, въ связи съ общимъ ученіемъ о юридической сдѣлкѣ, остановить вниманіе и на этомъ ученіи воособенности.

Собственно, всё стороны ученія о сдѣлкѣ, о дѣеспособности лицъ, о внутренней и внѣшней сторонѣ волеизъявленія, существенны для правильнаго пониманія ея природы и ея дѣйствія. Трактую здѣсь вопросъ о толкованіи воособенности, мы имѣемъ въ виду *специфическіе приемы* раскрытія возможно точнаго и полнаго содержанія волеизъявленія, когда составъ сдѣлки въ кон-

кретномъ ея примѣненіи способенъ возбудить тѣ или другія колебанія относительно его смысла и значенія.

Эта задача толкованія направляется въ современномъ, какъ и въ римскомъ правѣ, все къ одной и той же конечной цѣли. Лучше, чѣмъ въ другихъ современныхъ кодифицированныхъ системахъ, эта задача выразилась въ новомъ германскомъ гражданскомъ Уложеніи *). Раскрытіе всего содержанія волеизъявленія имѣть быть сдѣлано изъ наличнаго его состава и той ситуаціи, въ которой оно послѣдовало. Въ достиженіи этой цѣли важно избѣгнуть двойной возможной крайности, или пуститься безъ всякаго видимаго побужденія, по принципу, къ исканію естественной воли, со всѣми свойственными подлиннымъ психическимъ процессамъ осложненіями, или же, прямо наоборотъ, хвататься за одну внѣшнюю сторону волеизъявленія, цѣпляясь за букву, привязываясь къ слову (*verba carptare*). На эту идею раскрытія, именно выраженного въ обрядѣ, въ словѣ *дѣйствительнаго волеизъявленія*, art 133 Гражд. Ул. и указываетъ какъ на подлинную задачу толкованія. Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille **) zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.

Дѣйствительная воля (d. wirkliche Wille) въ смыслѣ ст. 133 есть та, которая въ составѣ сдѣлки ставитъ волеизъявленіе въ тѣснѣйшую связь съ его юридическимъ эффектомъ, стало быть,

*) И здѣсь опять редакторы кодекса были больше проникнуты и лучше вооружены вѣрно усвоенными преданіями и методами классической юриспруденціи, чѣмъ составители старыхъ кодексовъ, какъ Code civ., Preusz-Landg. и австр. Allg. bürgerl. Gesetzb. (то же видно и на ст. 700 т. X ч. 1), составители которыхъ, находясь подъ господствующимъ вліяніемъ школы естественнаго права, въ основу ученія о сдѣлкѣ ставили *принципъ воли человека, сознательной и свободной*, а не волеизъявленія, допускающаго въ вопросѣ о его образованіи тѣ или другіе пороки и дефекты, которые способны вліять на его юридическій эффектъ. И новая нѣм. кодификація не вполне свободна отъ нѣкоторыхъ традицій прусскаго Ландрехта, о чемъ скажемъ вполнѣтствіи.

**) Не надо думать, что наше толкованіе art. 133 безспорно. Мы будемъ имѣть случай указать далѣе массу трудовъ юристовъ, какого угодно направленія, трактующихъ вопросъ и съ философской, и съ психологической, и съ экономической точки зрѣнія, и натурально эти расходящіяся методы и направленія толкованія статьи дадутъ статьѣ разное освѣщеніе и очень различный смыслъ. Der Wille im Sinne d. 133 ist nicht das, was von der Partei gewollt ist und möglicher Weise d. anderen Theile verborgen bleibt, sondern was dem Erklärungsempfänger als gewollt erscheint... Anderen Falls würde 133 befehlen das Unerforschliche zu erforschen (переедаемъ сокращенно мысль Leonhard'a въ сочин. d. Allgem. Theil, стр. 350, о коемъ была рѣчь выше). Его точка зрѣнія есть чисто-цивилистическая и для пониманія тебъ Гражданскаго Уложенія доминирующая, опредѣляющая подлинный смыслъ ст. 133. Это не значитъ, что критерій дѣловой и экономической, въ извѣстныхъ случаяхъ и мотивъ психическій должны остаться совсѣмъ въ сторонѣ въ задачахъ столь сложныхъ какъ толкованіе волеизъявленія въ составѣ юридической сдѣлки. См. также у Herm. Isay Die Willenserklärung стр. 14 и слѣд. литературн. указанія по этому вопросу.

которая включает въ себѣ не только слѣлку - актъ, но и слѣлку-эффектъ (см. выше, стр. 886 и слѣд.).

Это основное правило толкованія даетъ намъ вмѣстѣ и *руководящую нить* для всѣхъ истолковательныхъ операцій, конхъ послѣдняя цѣль всегда и необходимо должна быть *охранительною* въ возможно точномъ и исчерпывающемъ все содержаніе сдѣлки смыслѣ, и если нельзя сохранить всего въ цѣломъ составѣ, то поступаться надлежитъ возможно меньшимъ. И только то истолкованіе заслуживаетъ своего имени, въ которомъ принята во вниманіе *каждая черта* выраженной воли и въ итогѣ осталось какъ можно меньше разнорѣчій или ничего незначущихъ рѣчей. При хорошо и умѣло формулированномъ волеизъявленіи такой результатъ и есть всего чаще нормальный.

Къ сожалѣнію, это не всегда бываетъ, и роль толкователя и судьи тѣмъ труднѣе, чѣмъ меньше умѣнья обнаруживается въ формулировкѣ сдѣлки.

Непосредственный объектъ изслѣдованія и путь къ раскрытію содержанія волеизъявленія составляетъ доступная воспріятію *внѣшняя сторона волеизъявленія*. Задача развитой системы дѣловыхъ сношеній вовсе не въ томъ, чтобы стѣснять ихъ обмѣнъ требованиями опредѣленной и никакъ не иной формы выраженія воли. Кромѣ тѣхъ случаевъ, гдѣ реквизитъ формы есть разъ навсегда установленный и обязательный, средствомъ для волеизъявленія могутъ и должны служить даже иныя сами по себѣ факты, опредѣленное положеніе, принятое лицомъ въ извѣстной обстановкѣ, его безмолвіе, а также и специфическіе способы юридическаго волеизъявленія, движеніе, знаешь, слово, письмо со всѣми усиливающими, гарантирующими, увѣковѣчивающими эффектъ сдѣлки осложнениями, которыя мы разсмотрѣли въ ученіи объ обрядной сторонѣ волеизъявленія.

Чѣмъ менѣе специфическій характеръ именно юридическаго акта носить на себѣ волеизъявленіе, тѣмъ задачи толкованія труднѣе. Этихъ трудностей на пути къ раскрытію смысла волеизъявленнаго не слѣдуетъ, однако, опасаться интерпрету. На то или другое дѣяніе, на безмолвіе стороны, допускающее толкованіе въ ту и другую сторону, проливаетъ свѣтъ *обстановка, въ которой фактъ произошелъ*, принятое вообще лицомъ положеніе въ дѣлѣ, его *Gesamtverhalten*. Есть область отношеній, въ которыхъ безмолвіе, взятое въ связи съ обстановкой, въ которой оно обнаруживается, свидѣлствуютъ вовсе не о волеизъявленіи безмолствующаго, а о его *полномъ безразличіи* къ тому, что происходитъ. Есть рядъ другихъ комбинацій, гдѣ тому же факту

молчанія совершенно правильно дать смысл настоящаго волеизъявленія лица, хотя и безмолвнаго *). Я получаю книжныя новости, которыхъ не заказывалъ, лотерейныя билеты, ассортиментъ сигаръ, которыхъ я не курю, на пробу. И эти всѣ попытки меня заинтересовать, суть только вызовъ со стороны офферента, ни къ чему меня не обязывающій, и мое молчаніе не должно быть толкуемо въ смыслъ волеизъявленія, хотя бы на посылкахъ было отмѣчено, что безмолвіе въ теченія такого-то срока разсматривается какъ принятіе предложеніе. Совѣтъ иной смыслъ и иную силу будетъ имѣть то же безмолвіе, когда лицо, къ которому сдѣлано обращеніе, находилось въ постоянныхъ дѣловыхъ сношеніяхъ съ офферентомъ въ извѣстной отрасли операцій. Молчаніе толкуется, наконецъ, нормально какъ согласіе, когда оно служитъ отвѣтомъ на обращеніе къ торговцу, котораго торговыя операціи обращены именно къ посредству въ данной отрасли дѣл. Чтобъ отклонить такое толкованіе, агентъ (коммисіонеръ, спедиторъ) имѣетъ своевременно дать отрицательный отвѣтъ **).

Очевидно, въ способахъ волеизъявленія не специфически юридическихъ необходимо, для ихъ истолкованія, всякій разъ считаться съ общимъ принятымъ данными лицами положеніемъ, съ характеромъ ихъ сношеній вообще (Gesamtverhalten). Сдѣлки разнаго типа, биржевыя, торговыя вообще, вексельныя воособенности, или сдѣлки общаго права, различаются не только свойственнымъ имъ стилемъ ***), но и требуютъ особыхъ приемовъ, толкованія, иногда необходимо съ помощью профессиональныхъ или свѣдущихъ въ мѣстномъ обычаѣ людей.

Индивидуализація въ толкованіи волеизъявленія можетъ оказаться необходимой, не при этихъ только случайныхъ, такъ сказать, средствахъ опредѣлить наличность воли, но и тогда, когда путь къ раскрытію воли открываетъ слово, письмо, обрядная рѣчь,

*) Isay Willenserklär. стр. 26 кон.

**) См. эти сопоставленія институтовъ разнаго характера и хорошо разработанныя подробности у Дернбурга. D. Bürgerl R., который сопоставляетъ нормы права торговаго, общаго съ большою пользою для освѣщенія разныхъ системъ не только въ особенной, но и въ общей части своего трактата. У насъ редакціонная комиссія задумала въ извѣтномъ отношеніи широко свою задачу (въ другомъ, какъ я имѣлъ случай, указывать, слишкомъ узко, разсчитывая проектъ общаго и торговаго права только на территоріи дѣйствія X т. ч. I). Слѣдовало, согласно этому, натурально, и ученіямъ Общей части дать надлежащее развитіе. Мы, однако, въ кн. I проекта не находимъ не только правилъ толкованія примѣнительныхъ къ сдѣлкамъ общаго и торговаго права, но и вовсе никакихъ въ составѣ Общихъ положеній. Не хватило времени! Всего въѣдъ какихъ-нибудь двадцать лѣтъ! Гдѣжь тутъ все сообразить?..

***) Объ этомъ выше, стр. 708 и слѣд.

специфическое средство волеизъявления. Ибо и здѣсь нерѣдко надо впередъ установить способъ выраженія *известнаго лица*, быть можетъ своеобразный, но не оставляющій сомнѣній, объективно-известный въ кругѣ людей ему близкихъ *). Если задачу интерпретаціи составляетъ охраненія волеизъявленій, а не высмѣиванье ихъ, то средства, ведущія къ этой цѣли, одинаково хороши. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ волеизъявленіе не вызываетъ сомнѣній, надо держаться *прямого* выраженнаго въ немъ смысла. Юлій Павелъ далъ этому положенію характеръ общаго правила интерпретаціи по отношенію къ *словеснымъ* волеизъявленіямъ. *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio **)*. Это положеніе можетъ быть примѣняемо не къ одному волеизъявленію посредствомъ слова, но и къ другимъ способамъ изъявлять волю. Наше дѣйствующее право выражаетъ тоже правило въ примѣненіи *къ договорамъ* ***) воособенности. Наше право, какъ и западные его образцы, ставитъ въ вопросѣ объ исполненіи договоровъ *точный разумъ оныхъ* (1536), какъ руководящій критерій исполненія ихъ ****). Только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ словесно или иной способъ изъявленія воли допускаетъ двойственность, *ambiguitas*, путь къ раскрытію смысла волеизъявленія изъ *прямого, кратчайшаго, становится обходнымъ* и болѣе или менѣе отдаленнымъ.

Но каковы бы ни были трудности, встрѣчаемыя интерпретомъ на пути къ раскрытію смысла волеизъявленія, онъ долженъ этого достигать въ интересѣ *охраненія* силы правомѣрныхъ волеизъя-

*) Нѣмецкая практика знаетъ случай отказа своей „библіотеки“ хорошему пріятелю, при чемъ однако никакой библіотеки не оказалось налицо; но зато было безспорно установлено, что покойный „библіофилъ“ этимъ терминомъ всегда именовалъ свой винный погребокъ. Что касается самаго раздѣленія между *ausdrückliche* и *stillschweigende Willenserklärung*, то вопросъ имѣетъ у нѣмцевъ обширную литературу (см. обильныя указанія у Herm. Isay, *Die Willenserklärung*, стр. 27—52).

**) L. 2501 D. de leg. III.

***) Т. X. ч. 1, ст. 1538, гдѣ по заглавію, не толкованіе, а *исполненіе* договора составляетъ предметъ регламентаціи закона.

****) Неустойчивая формулировка статей т. X ч. 1, особ. въ этомъ вопросѣ ст. 1538, 1536, конечно, не заслуживаетъ подражанія. Эти статьи, какъ и болѣе или менѣе пль соответствующія статьи другихъ сов. кодексовъ (мы ихъ не будемъ исчерпывать) объ истолкованіи сдѣлокъ, какъ и законовъ, основаны на всѣхъ извѣстныхъ латинскихъ текстахъ, касающихся того же предмета. Но посреди этихъ статей поставлено ст. 1537, которая неподражаема не въ смыслѣ неустойчивости, а въ смыслѣ *наивности*. Вторую часть этой статьи надо прочесть въ подлинникѣ. Вопросъ можетъ быть поставленъ такъ: по какому соображенію казана должна соблюдать свой договоръ? Для всѣхъ лицъ этотъ вопросъ разрѣшается тѣмъ соображеніемъ, что такова общая для всѣхъ норма гражданскаго права (см. ст. 569 т. X ч. 1), а для казны ст. 1537 знаетъ *особый мотивъ* вѣрности данному слову, притомъ весьма практическій, для *сохраненія народнаго довѣрія*. Значитъ только цо разсчету и ничего болѣе! Это наивное заявленіе давно пора выбросить изъ свода гражданскихъ законовъ.

явленій и огражденія гражданскаго обмѣна отъ колебанія юридическихъ сдѣлокъ.

Примиряя интересы личныя и социальныя въ составѣ юридической сдѣлки, нормы развитыхъ гражданскихъ системъ и постоянная практика истолкованія сдѣлокъ даютъ въ результатѣ нѣкоторыя *руководящія максимы* для случаевъ устраненія неясности и восполненія недосказаннаго въ составѣ волеизъявленій. Дальше общихъ руководящихъ максимъ правила толкованія не должны идти, ибо изслѣдованіе смысла частныхъ волеизъявленій не можетъ быть заранѣе введено въ рамки детальныя указанія и неизбѣжно должно предоставлять суду нѣкоторую свободу индивидуальныя изысканія и примѣнительной къ отдѣльнымъ случаямъ оцѣнки значенія и силы того или другого способа выразить волю въ данномъ случаѣ.

При этомъ наиболѣе общее руководящее правило интерпретация, которое новое нѣмецкое Уложеніе ставитъ во главѣ угла, для любыхъ сдѣлокъ, выражено имъ въ ст. 157, но въ примѣненіе особенно къ сдѣлкамъ договорнымъ. Это общее правило, которое, по весьма распространенному мнѣнію, должно быть отнесено не только къ договорамъ, но и ко всѣмъ сдѣлкамъ, требующимъ воспріятія (*empfangsbedürftige*). Такимъ образомъ, новѣйшій изъ современныхъ кодексовъ считаетъ критеріемъ *добросовѣстности* обязательно примѣнимымъ къ массѣ гражданскихъ волеизъявленій. Всякій разъ, когда надо истолковать неясное въ той или другой мѣрѣ волеизъявленіе указанной категоріи, толкователь обязанъ слѣдовать тому смыслу сдѣлки, котораго требуетъ *вѣра и вѣрность* въ примѣненіи къ гражданскому обмѣну, *wie Treu und Glauben es erfordern* (157). Если рѣчь идетъ объ *исполненіи* (какъ это выражаютъ наши ст. 1536 и 1538) сдѣлки, то кодексъ нѣмецкій, несравненно точнѣе указывая этой задачѣ мѣсто въ системѣ, ставитъ для должника обязательство *выполнить* принятое имъ на себя совершеніе (*Leistung*) *wie Treu und Glauben es erfordern* (BGB art. 242).

Ст. 1539 т. X ч. I говоритъ, что договоры должны быть изясняемы по намѣренію и *доброй совѣсти*, но ничего приближающаго въ общемъ этотъ реквизитъ къ практикѣ наши легальныя нормы не указываютъ.

Мы уже имѣли случай сказать выше, что такое идеальное для гражданскаго обмѣна требованіе законодателя, выраженное въ абстрактной формѣ и подлежащее ближайшему примѣненію въ истолковательной дѣятельности суда могло бы открыть широкой просторъ личнымъ взглядамъ того или другого толкователя или

исполнителя и подвергнуть критерій добросовѣстности въ общій опасности величайшаго непостоянства. Законодатель, расчетомъ котораго въ этой максимѣ руководить главнымъ образомъ *интересъ социальный*, не могъ оставить этой стороны дѣла безъ вниманія. И онъ дѣйствительно вводитъ въ составъ указанной истолковательной максимы, на ряду съ совершенно абстрактнымъ и идеальнымъ понятіемъ *Treu und Glauben*, вполне практической и *духовой* общій критерій для опредѣленія наличности этихъ признаковъ въ конкретномъ случаѣ въ этихъ словахъ *mit Rücksicht auf die Verkehrssitte* (см. указ. 157 ст BGB).

Такимъ образомъ судья не ищетъ, всякій разъ, когда ему приходится толковать сдѣлку *wie Treu u. Glauben erfordert*, идеальныхъ началъ взаимнаго довѣрія, а ограничивается примѣненіемъ *общепринятыхъ* въ социальныхъ кругахъ, коихъ ближе касается данная сдѣлка, *правилъ и постоянныхъ обычаевъ обмена интересовъ*, и въ духѣ этихъ установившихся обычаевъ изъ двоякаго возможнаго пониманія сдѣлки (*ambiguitas*) беретъ перевѣсъ тому, который ближе отвѣчаетъ указанному требованію. Это и составляетъ, по господствующему пониманію толкователей новаго кодекса, смыслъ указанія на *Verkehrssitte* въ только что разобранныхъ нами §§ 157 и 242 BGB. Отсюда получается хотя единый въ принципѣ, но легко прилаживаемый къ отдѣльнымъ типамъ сдѣлокъ постоянный руководящій критерій добросовѣстности, иной для сдѣлокъ общаго права, иной для торговыхъ, банковскихъ, биржевыхъ операций.

Такая же тенденція сохранить, *при возможномъ двоякомъ смыслѣ волеизъявленія*, тотъ его смыслъ, при которомъ сдѣлка останется въ силѣ, отвѣчаетъ также социальному интересу *надежности* гражданскаго обмена. Къ этому принципу постоянно возвращаются *in ambiguis orationibus классики* *). Если часть сдѣлки допускаетъ двойственность пониманія волеизъявленія, то надо выбрать тотъ смыслъ, который болѣе соответствуетъ цѣлому ея *составу*. Если приходится избирать тотъ или другой смыслъ, изъ коихъ одинъ удобнѣе для вѣрителя, другой для обязавшагося, толкованіе должно склоняться въ пользу послѣдняго. Наконецъ, есть рядъ отдѣльныхъ сдѣлокъ, ненарушимость коихъ фаворизуется правомъ воособенности, таковы *тестаменты* (fr. 12 de R. I.), назначеніе приданаго, отпущеніе раба на волю (римское право), брачное сожителство (право коническое) **).

*) Марціанъ (l. 96 de R. I.), особенно Юліанъ (l. 67 *ibid.*, изъ двухъ возможныхъ сентенцій та удержится въ силѣ *quae rei gerendae aptior est*) l. 12 de reb. dub., Ульпіанъ и друг. (см. v. Vangerow Lehrb. d. Pandekt. 7 изд. B. 1 § 102).

**) Тамъ-же.

Множество этих охранительных правил толкованія и этих оптимистических завѣтовъ перешло въ нашу практику и вошло въ составъ дѣйствующихъ и попылъ западныхъ кодексовъ. Нѣкоторыя изъ этихъ правилъ утратили свое прежнее обоснованіе*), но для старыхъ правилъ подыскиваются *новыя* основанія (все же въ пользу заемщика, какъ нуждающагося въ кредитѣ, въ пользу нанимателя, покупателя), часто вовсе не соответствующія дѣйствительности. Впереди другихъ въ репродукціи классическихъ правилъ толкованія идетъ Code civ., за нимъ другія европейскія и наша кодификація (ст. 1539 п. 5).

По образцу Code civ., не выдѣлившему еще понятіе сдѣлки вообще, и нашъ т. X ч. I трактуетъ правила толкованія (только подъ титуломъ *исполненіе*, а не *толкованіе*, *interprétation*, какъ въ code civ.; такъ оно своеобразнѣе, да кстати и безграмотнѣе!) въ примѣненіи къ договорамъ, а не къ сдѣлкамъ вообще (ст. 1536 и слѣд.). Они всѣ введены въ составъ ст. 1538 и 1539, и если бы не были частью дурно переведены**), частью скомканы изъ ряда хорошо расчлененныхъ отдѣльныхъ артиклей (С. с. artiel. 1156—1164) всѣ почти въ одну долговязую, и ничего отъ этого не выигрывающую статью***), то не заключали бы въ себѣ ничего

*) См. у Вангерова ММ 6 и 7 въ § 102, гдѣ Цельзъ и Папианъ склоняются, при возможномъ двойственномъ выходѣ, вѣсы въ пользу обязывающагося, въ пользу покупателя, сѣмщика въ наемѣ, ибо отъ противной стороны завѣбла точность формулировки сдѣлки. Въ наше время далеко не всегда эта сторона (кредиторъ, продавецъ, сдатчикъ) диктуетъ условія.

**) Трудно допустить, чтобы слова *clause susceptible de deux sens* (латинская *ambiguitas*) слѣдовало переводить *слова двусмысленныя*; между тѣмъ переводъ старыхъ кодификаторовъ такъ пришелся по вкусу и юнымъ, что они выпустили только бѣзую х изъ прежняго текста и удержали *слова двусмысленныя* въ ст. 67 кн. 5-й Проекта, какъ они украинали текстъ нашего свода (самый заковъ,⁴ откуда все это взято отъ 1830 г.) съ 1832 г. Не слѣдуетъ, конечно, смѣшивать новатія *ambiguitas* съ такъ назыв. экивоками, тоже своего рода двусмысленностями, но больше водевильными, которыя могутъ *faire insulte à le pudeur des dames*.

***) Кодификаторы старые сбивали нѣсколько artiel. Code въ одну статью, новыя разбиваютъ одну на нѣсколько, внося, конечно, и сверхъ этой хитрой работы кое-что *собственное* въ обиходъ отечественной юриспруденціи. Новыя кодификаторы никакъ не хотятъ удержатъ за понятіемъ договора единственнаго свойственнаго ему и всякому сразу понятнаго смысла, именно, сдѣлки существенно-двусторонней. Ихъ тянетъ какая-то невѣдомая сила къ различенію непремѣнно двухъ видовъ договоровъ, одностороннихъ и двустороннихъ. То, что они подъ этимъ разумѣютъ (ст. 5)—дѣтски простая вещь, но терминъ *односторонній договоръ* созданъ для того, чтобы производить путаницу. По обязательствамъ, которыя порождаетъ *обязательственный договоръ*, могутъ быть различаемы договорныя *обязательства одностороннія и двустороннія*. Рядомъ съ обязательственнымъ договоромъ икоторыя систематики ставятъ договоръ съ *вещнымъ дѣйствіемъ*, *dinglicher Vertrag* (напр. *traditio*). Когда эффектъ договора не вещный, а именно обязывающій, то по этому признаку одностороннаго или обоюднаго *обязательства* на немъ основаннаго, не договоры (*pacta, conventiones, соглашенія, условія*), а тѣмъ или другимъ способомъ (*consensu, re, verbis, litteris*) возникающія изъ соглашенія *долговыл обязательства, иско-*

неправильнаго. Детальныя правила толкованія по Code civ., имѣющія корень въ пандектахъ, хотя далеко не отчетливо, удачно и законченно, воспроизведены въ послѣдовательныхъ пунктахъ и нашей статьи 1539.

Начало статьи (initium, безъ нумера) говоритъ: если словесный смыслъ (ст. 6. *volenszъявленіе*, какъ его сдѣлало лицо) представляетъ важныя сомнѣнія, — тогда договоры должны быть изъясняемы (дѣло явно о толкованіи) по намѣренію ихъ и доброй совѣсти (art. 1150 C. civ. тоже останавливается на intentions des parties, предпочитая ихъ au sens littéral).

п. 1-й рекомендуетъ слово „двухсмысленныя“ изъяснять (опять толковать, а не исполнять, какъ даетъ фальшивый Wegweiser этого ученія въ гл. II разд. 1 кн. IV т. X ч. 1) въ разумѣ наиболѣе сообразномъ *существоу главнаго предмета* въ договорахъ (близко къ art. 1158, *matière du contrat*).

вля требованія, контракты могли быть односторонними или обоюдными. Это расчлененіе знаетъ изстари латинская система (l. 7 § 2 D de pactis, l. 56 de R. I.). Французскіе кодификаторы, люди грамотные, передаютъ это противоположеніе, приводятъ не только латинскія, но и греческія рѣченія, которыми принято было обозначать двѣ категоріи на соглашенія основанныхъ исконыхъ обязательствъ. Le contrat est une convention, par laquelle *une ou plusieurs personnes s'obligent...* (art. 1101). Le contrat (a ne la convention) est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants *s'obligent réciproquement les uns envers les autres* (у классиковъ *ultra citroque*). И такъ, не договоръ, который не можетъ быть одностороннимъ (если мы не хотимъ договориться до чего-либо, *до грѣха*, у Дала подъ словомъ договорити), а возникшая изъ договора связь, обязательство, будетъ одностороннимъ или обоюднымъ. Остзейскій сводъ именно къ этому и идетъ въ своихъ разъясненіяхъ понятія *договора*, для коего необходимо *взаимное соглашеніе* и только, — тогда это договоръ въ обиходномъ смыслѣ, и *долгового договора* (Schuldvertrag, имѣющаго дѣлю установить право требованія) или договора въ тѣсномъ смыслѣ (ст. 3105). Только къ послѣдней категоріи договоровъ, т.-е. по нашей терминологіи къ обязательному договору, Schuldvertrag, также obligatorischer Vertrag, согласно его существу, относятся обѣщаніе одной стороны и принятіе другой, или взаимное съ каждой стороны обѣщаніе (ст. 3106). Здѣсь же въ скобкахъ указаны для односторонняго обѣщанія терминъ односторонній, для взаимнаго дву- и многосторонній договоръ (тамъ же). Этѣхъ вѣрныхъ терминовъ чуткая къ грамотности мысль переводчика вовсе не придерживается; въ другихъ статьяхъ свода мы встрѣчаемъ вездѣ терминъ: *право требованія у одной стороны, обязательство или обязанность другой стороны или обихъ* (ст. 3031, 3116—3119). Упрекъ который можно сдѣлать составителямъ въ томъ только, что они понятіе односторонняго договора не вычеркнули вовсе, а лишь поставили въ скобкахъ. Наоборотъ, въ нашей легальной и литературной терминологіи постоянно видно смѣшеніе и *безразличное употребленіе терминовъ договора и обязательства* (ст. 1549¹, ст. 569, 570, 571). Съ терминологическими недочетами считаться трудно, но если гдѣ возможно противодѣйствовать привычнымъ ошибкамъ въ этомъ отношеніи, то именно *при обихѣ пересмотрѣ* легальнаго матерьяла. Наши кодификаторы, однако, не являютъ надлежащей бдительности и равнаго настроенія въ этомъ отношеніи, и то пугаются совершенно устойчиваго термина *дѣеспособность* (см. Даль, подъ словомъ дѣлать), то вводятъ „права вочинныя“, къ коимъ причисляется право авторское, промышленное, на фирму, то обогащаютъ насъ праздымъ терминомъ односторонній договоръ... Натурально противъ термина *обязательственный договоръ*, или договоръ односторонне -- и обоюдно-обязывающій нельзя ничего возразить.

п. 2-й ст. 1539 касается, казалось бы, очень важнаго вопроса интерпретации, когда трудность истолкованія касается не двухъ возможныхъ смысловъ волеизъявленія, а такихъ *опущенныхъ* въ его составѣ *словъ и выраженій*, которыя вообще и обыкновенно употребляются и поему сами собой разумѣются (см. 1539 п. 2). Законъ, однако, говоритъ только: *не ставить въ вину* когда въ договорѣ упущены слова и выраженія и т. д. Можно было бы думать, что здѣсь рѣчь будетъ о такъ называемой *interprétation supplétive*, которой касается art. 1160 С. с. Но С. с. въ этой статьѣ имѣетъ въ виду обыкновенныя составныя части сдѣлки, *clauses qui y sont d'usage, quoique elles n'y soient pas exprimées*. Указаніе на нѣчто близкое къ этому мы найдемъ далѣе, въ п. 4-мъ разбираемой статьи. Здѣсь не легко дать п. 2-му юридически-опредѣленное содержаніе. Если упущеніе касается только словъ и выраженій, а не самаго содержанія волеизъявленія, то это можетъ быть лишь редакціонная ошибка или описка, которая вовсе не оставляетъ сомнѣній въ истолкованіи волеизъявленія, и тогда нѣтъ мѣста вопросамъ интерпретации, а только исправленія редакціи, недостатки которой нельзя ставить въ вину сторонамъ.

п. 3-й ст. 1539 продолжаетъ трактовать вопросъ, котораго коснулось уже вступленіе въ эту статью, но вступленіе ограничилось выраженіемъ предпочтенія раскрытію въ составѣ договора *намѣреній сторонъ*, соответствующихъ требованіямъ доброй совѣсти, сомнительному его словесному смыслу, не указавъ, изъ какаго источника толкователь долженъ черпать средства устраненія сомнительнаго словеснаго смысла и замѣну его добросовѣстными намѣреніями сторонъ. Въ пунктѣ 3-мъ этотъ источникъ указанъ. Это суть другія статьи той же сдѣлки и общій разумъ всего договора. Эта идея въ болѣе законченной точной и краткой формулѣ выражена въ art. 1161 С. civ.

Слѣдующій п. 4-й вызываетъ особая трудности въ его разумѣніи, хотя самъ онъ назначенъ именно въ руководство для правильнаго пониманія и устраненія возможныхъ трудностей истолковательной практики.

До сего рѣчь шла очевидно о *неясныхъ* въ томъ или другомъ отношеніи сдѣлкахъ (сомнѣвія можетъ возбудить развѣ п. 2-й, гдѣ рѣчь объ упущеніи), п. 4-й имѣетъ повидимому другую задачу, близко соответствующую art. 1160 Code civ., гдѣ указанъ методъ не истолкованія неяснаго, а восполненія недосказаннаго. Но образъ выраженія нашего п. 4, особенно въ гипотетической части статьи („когда выраженія, помѣщенныя въ договорѣ, не

опредѣляютъ предмета во всѣхъ частяхъ съ точностью“) далеко отъ безупречнаго. Для устраненія неясностей надлежить, согласно п. 3, обращаться къ статьямъ договора несомнительнымъ и къ разуму договора. Для устраненія неточностей, указанныхъ въ п. 4, ресурсы истолкованія неограничиваются тѣмъ, что даетъ самъ договоръ въ остальныхъ частяхъ и въ цѣломъ. Здѣсь источникъ изясненія волеизъявленія не внутренний, а внешний. Это видно изъ диспозитивной части п. 4-го, которая говоритъ „тогда принадлежности его (г.-е. договора) изясняются обычаемъ, если не опредѣлены закономъ“. Изъ всего текста п. 4 ясно какъ день, что рѣчь идетъ собственно вовсе не о неясности, какъ въ п. 3, и не о редакціонныхъ недостаткахъ договора, какъ въ п. 2, а о совершенно иномъ недостаткѣ волеизъявленія. Неопредѣленность предмета во всѣхъ частяхъ съ точностью, очевидно, вовсе не составляетъ одной только недостаточности, а указываетъ на незаконченность волеизъявленія. При этомъ эта незаконченность относится вовсе не къ редакціи сдѣлки (п. 2), а прямо къ юридическому составу волеизъявленія. Въ сдѣлкѣ не оказывается одной изъ ея обыкновенныхъ принадлежностей (п. 4 диспозитивная часть).

Въ такомъ случаѣ, совершенно очевидно, рѣчь должна идти далѣе уже вовсе не объ изясненіи только намѣреній сторонъ или одной части сдѣлки другими несомнительными или разумомъ всего договора, а о совершенно другой операціи. Изяснять можно только неясное, а отсутствующее слѣдуетъ не изяснять, а восполнять. Вотъ объ этомъ собственно и имѣлъ трактовать п. 4 ст. 1529, и это совершенно ясно не только изъ диспозитивной части этого пункта (указанія на принадлежности договора, которыя въ немъ опущены), изъ уклончиваго оборота рѣчи въ гипотетической части (неопредѣленность предмета во всѣхъ его частяхъ съ точностью), но еще изъ источника, откуда реципирована вся статья (Code civ.) съ значительными неправильностями перевода и неточностями передачи. Не смотря на слабое и незаконченное выполненіе снимка, нѣтъ сомнѣнія, что тутъ нѣтъ своего ничего, кромѣ оплошностей, а всё остальное, хотя плохо, но отражаетъ подлинникъ.

п. 4 ст. 1529, какъ и другіе пункты ея, воспроизводятъ artt. 1150—1162 С. с. (1163 и 1164 не реципированы); 4-й передаетъ то, что французы выразили въ art. 1160. Мы не даромъ останавливаемся продолжительно на этомъ пунктѣ. Это не разъясненіе смысла неясностей договора изъ наличныхъ въ немъ несомнительныхъ частей. Операція гораздо болѣе важная, трудная

и вызывающая поэтому многочисленныя не только въ деталяхъ вопроса, но и принципиальныя контроверзы въ цивилистической, частью, и въ публицистической литературѣ послѣдняго времени.

Когда въ составѣ юридической сдѣлки *не хватаетъ* какой-либо нормальной для нея части или обычной клаузулы, то можетъ возникнуть двойкій вопросъ, составляетъ ли, въ виду этого недочета въ составѣ, сама сдѣлка законченное волеизъявленіе или это не вполне завершенный актъ. Въ сдѣлкахъ типическаго характера этихъ двухъ вопросовъ нельзя смѣшать. Отчужденіе недвижимости безспорно, не рѣшенъ только вопросъ о ея принадлежности. Въ этомъ актѣ представляетъ *une lacune*, пробѣлъ. Если нѣтъ основаній допустить предположеніе о намеренномъ опущеніи, то пробѣлъ въ составѣ сдѣлки долженъ быть не изъясненъ только, какъ это уклончиво обозначаетъ п. 4, а заполненъ обычною для сдѣлокъ этого рода принадлежностью (текстъ закона говоритъ: тогда принадлежности онаго, т.-е. договора, изъясняются обычаемъ *). Соответствующій этому пункту текстъ art 1160 C. c. говоритъ *on doit suppléer dans le contrat les clauses, qui y sont d'usage, quoique elles n'y soient pas exprimées.*

Но что же и изъ какихъ ресурсовъ въ данномъ случаѣ имѣетъ быть восполняемо? Сдѣлка по своей природѣ есть проявленія частной автономіи въ сферѣ того или другого гражданского института. Допустимо ли такого рода полномочіе суда безъ очевиднаго покушенія на основной принципъ автономнаго въ приватной сферѣ обмѣна интересовъ? Очевидно, вопросъ очень близко прикасается и угрожаетъ ясности демаркаціонной линіи публичнаго и частнаго права. При той руководящей точкѣ зрѣнія, которой держался прусскій ландрехтъ и профес. Руд. v. Phering въ своемъ *Zweck*, гдѣ выше стоящему всегда яснѣе видно, что лучше не только въ общественномъ, но и въ личномъ смыслѣ, граница публичнаго и частнаго легко не только можетъ, но и должна быть переступаема предусмотрительнымъ „для блага недалновидныхъ. Но эту точку зрѣнія нельзя назвать не только общепринятою, но и сколько-нибудь распространенною.

Вопросъ о пробѣлахъ въ составѣ частныхъ волеизъявленій, какъ и всю проблему истолкованія, въ этой ли области, или въ области толкованія и восполненія легальныхъ нормъ принципиально

*) Обычай будетъ дѣйствительно средствомъ изъясненія, но операція, совершаемая надъ сдѣлками, будетъ изъяснительною развѣ въ самомъ широкомъ смыслѣ, собственно же—восполнительною.

сопоставлялся и сближался и у юристов-классиков и в наше время *). В томъ пунктѣ, гдѣ законъ и юридическая сдѣлка, выраженная именно *въ словѣ*, наиболѣе сходятся, способы и цѣли толкованія по необходимости сближаются. Наше время даетъ замѣнъ массами исчезающихъ кодексовъ все новыя попытки такой же кодификаціонной дѣятельности. Натурально забота о томъ, какъ быть съ этими возникающими кодексами, чтобы они не обваливались такъ же часто, какъ плохо построенныя жилища, опять начинаетъ занимать очень видное мѣсто въ юриспруденціи. Вопросъ о продолжительной жизнеспособности легальныхъ нормъ, особенно ихъ сборниковъ, такъ же какъ и вопросъ о солидности волеизъявленій въ составѣ юридической сдѣлки тѣмъ легче разрѣшается, чѣмъ правильнѣе поставлена метода выраженія и легальныхъ нормъ и частныхъ актовъ въ словесной формѣ и чѣмъ лучше функционируютъ посредствующіе между абстрактной нормой закона или сдѣлки и истолкованіемъ и примѣненіемъ ея къ конкретнымъ проблемамъ органы ихъ примѣненія и истолкованія. Не обиліемъ деталей и навязчивой регламентаціей достигается въ практикѣ законодательства долговѣчность руководящихъ легальныхъ нормъ. Иначе самымъ долговѣчнымъ кодексомъ былъ бы вавѣрное Прусскій Ландрехтъ и наименѣе жизнеспособнымъ законодательство децемвировъ.

Мы сопоставляемъ подлежащую истолкованію и особенно восполненію норму закона и волеизъявленія частнаго лица. Латинская мысль какъ нельзя болѣе даетъ толчокъ подобнымъ сопоставленіямъ, называя законъ молчаливымъ соглашеніемъ гражданъ, общимъ обѣтомъ республики (*tacita civium conventio, communis reipublicae sponsio*), и опредѣляя силу контракта какъ *lex contractus* и частныя его клоузулы какъ *lex commissoria, lex fundi, lex venditionis*.

Таже симметрия въ разумѣніи нормъ закона и смысла сдѣлки отпечатлѣлась и на французскомъ *Code civ.* Судья не смѣетъ

*) Литература послѣдняго времени по этому предмету очень возрастаетъ. Въ Германіи, гдѣ темы касаются вѣдъ серьезныя работы цивилистовъ по новому кодексу, появляются особенно развитыя обработки вопроса въ книгахъ болѣе общаго содержанія: *Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, 1897 г., R. Saleilles, *de la déclaration de volonté* стр. 194—233 (къ art. 133 B. G. B.) его же *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904 г., стр. 88—104, X. Danz—*Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 1897. Hölder *Kommentar zum allgem. Theil d. B. G. B.*, Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, Ehrlich—*Freie Rechtsfindung u. freie Rechtswissenschaft* (1903 г.) и много другихъ. Впередѣ другихъ въ этомъ направленіи Л. И. Петражицкій въ его трактатахъ о приобрѣтеніи плодовъ и особенно въ его почти вѣдѣмъ ученія о гражданской политикѣ.

отказать въ рѣшеніи дѣла sous prétexte du silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi (С. с. art. IV), также интерпретъ въ вопросахъ добровольной юрисдикціи, истолкованія сдѣлокъ, обязанъ установить смыслъ темныхъ мѣстъ, выяснитъ недосказанное въ одной статьѣ изъ дѣлага состава и изъ другихъ статей, наконецъ, *восполнитъ* (suppléer) то, что въ ней вовсе не выражено, гдѣ соотвѣтственно указанному выше недостатку закона, silence (но не въ смыслѣ молчаливо выраженного согласія или безмолвнаго волеизъявленія), вовсе не указаны обыкновенныя принадлежности сдѣлки (clauses qui n'y sont pas exprimées, art 1160), вслѣдствіе чего въ составѣ сдѣлки образуется une lacune, пробѣлъ...

Прервать это молчаніе, заполнить эту lacune и составляетъ задачу судьи и толкователя сдѣлки, но какъ это сдѣлать, откуда взять средства восполненія пустоты?

Въ отношеніи пробѣловъ закона старая метода шла къ предполагаемому источнику всякой легальной нормы, *къ воли законодателя*. Она не выражена для даннаго случая, но она существуетъ, она скрыта если не въ нормѣ этого содержанія, то въ любой другой, гдѣ волю законодателя опредѣляли тѣ же двигатели, тѣ же основанія. И такъ, нѣтъ прямого отвѣта, но вотъ отвѣтъ, данный въ *аналогическомъ случаѣ*, и мы должны, сообразно легальной основѣ этого закона, secundum rationem legis въ одномъ случаѣ, принять въ руководство ту же волю законодателя по тѣмъ же основаніямъ и для другого случая. Молчаніе законодателя прервано. Нашъ методъ есть методъ *легальной аналогіи*, воля презумтивная замѣнила дѣйствительную. Не всегда, однако, возможно непосредственно извлечь изъ легальнаго матеріала отвѣтъ на нерѣшенную законодателемъ позитивную проблему. Тогда приходится искать рессурсовъ въ органическомъ единствѣ института, которымъ освѣщены если не извѣстныя основанія для даннаго вопроса, общія съ другимъ, то выражены общіе юридическіе принципы, способные дать выходъ изъ нерѣшенной позитивнымъ образомъ проблемы. Это уже не легальная, а *юридическая аналогія*.

И это оба метода восполнять пробѣлы, которые разсматривались еще въ 1-мъ чтеніи проекта Герм. Гражд. Уложенія какъ единственно правильные! Были юристы, которые ставили аналогическое толкованіе въ число источниковъ образованія юридическихъ нормъ.

Эта метода была заподозрѣна воособенности при выработкѣ второго чтенія. Руководящая идея въ этомъ новомъ направленіи

прежде всего отвергала всякую возможность, при теперешнемъ способѣ вырабатывать легальныя нормы, добраться до того источника нормы, который лежитъ въ волѣ законодателя. Достаточно вспомнить тройное чтеніе проекта, поправки, переработки, борьбу партій, уступки, соглашенія, послѣдній ударъ кисти мастера передъ отпускомъ работы въ рѣшающую инстанцію на голосованіе, чтобы понять всю безличность, всю загадочность авторства и величайшія сомнѣнія насчетъ воли законодателя, которая будто все рѣшаетъ, всему даетъ жизнь, источаетъ не только сейчасъ все это богатство идей, нормъ, институтовъ, но способна и въ будущемъ изъ скрытыхъ въ нѣдрахъ кодекса силъ служить такимъ же рѣшителемъ всякихъ сомнѣній, недомолвокъ, пробѣловъ и проч.

Новые учителя находили, что зяждущій источникъ права въ составѣ кодекса не такъ далекъ отъ жизни. Если законодатель не ставитъ себѣ цѣлью все заранѣе предусмотрѣть и исчерпать, и законъ дать для состава института вовсе не детальныя его черты, а укажетъ лишь руководящія принципы, коими опредѣляются органическія черты строенія института и его функцій, уясняется социальная или экономическая цѣль этого организма, то для дальнѣйшаго его развитія нѣтъ надобности обращаться къ таинственному первоисточнику его образованія, скрытому будто въ волѣ законодателя. Если роль суда поставлена въ соотвѣтствіе съ его задачей примѣненія такъ опредѣлившагося института къ измѣнчивымъ экономическимъ и социальнымъ условіямъ жизни, то правильное разумнѣе цѣли института, въ связи съ этими явленіями жизни, будетъ служить судьѣ лучшимъ ресурсомъ не только истолкованія неясно выраженныхъ нормъ, но и восполненія пробѣловъ и недомолвокъ закона.

Мы вели покуда рѣчь о восполненія пробѣловъ въ нормахъ закона. Прямая задача наша, однако, не въ этомъ. Мы имѣемъ отвѣтить на вопросъ, откуда взять ресурсы для *восполненія недостающихъ составныхъ частей сдѣлки*, когда въ ней явно, на ряду съ частями (clauses) законченнаго волеизъявленія, остаются не только редакціонныя, стилистическія недомолвки, но цѣлыя пробѣлы, недосказанныя распоряженія, касающіяся того же предмета, того же правоотношенія, которое регулируется этой сдѣлкой, какъ въ указанномъ выше умолчаніи о судьбѣ принадлежностей передаваемого имущества *). Мы видѣли, что законъ обыкновенно нормируетъ правоотношенія абстрактно, для любого примѣненія

* Наилучшая иллюстрація въ той же работѣ проф. Петражицкаго.

въ неопредѣленномъ будущемъ (la loi ne dispose que pour l'avenir art. 2 с. с.). Такъ ли это въ сдѣлкѣ? Возможно, что и въ сдѣлкѣ виды направлены на болѣе или менѣе отдаленное будущее, во всякомъ случаѣ въ предѣлахъ болѣе тѣсныхъ, чѣмъ идутъ расчеты закона. Но въ массѣ случаевъ сдѣлка можетъ ограничить свое дѣйствіе прошлымъ, настоящимъ, прекратить прежнія отношенія, и это ея весьма нормальная функція. Въ этомъ лежитъ уже, при различныхъ чертахъ сходства нормы легальной и privato-договорной, существенная разница для вопроса о способахъ толкованія нормъ легальныхъ и волеизъявленій въ составѣ сдѣлки. Послѣднія обыкновенно близки къ конкретному правоотношенію, нормы легальныя, напротивъ, удалены отъ нихъ, абстрактны.

Кромѣ этого въ толкованіи сдѣлки вопросъ о волѣ, о намѣреніяхъ субъекта обыкновенно можетъ быть разъясненъ безъ всякихъ чрезмѣрныхъ усилій, именно въ виду близости волеизъявленія къ его практическому эффекту.

И такъ, при многихъ точкахъ соприкосновенія интерпретаціи закона и сдѣлки, есть между той и другой очевидная разница задачъ и способовъ дѣйствія истолкователя. Если разыскиваніе воли законодателя рѣдко достигаетъ цѣли, то въ отношеніи къ сдѣлкѣ это методъ во многихъ случаяхъ совершенно практичный. Но въ томъ вопросѣ, который насъ здѣсь именно занимаетъ, т.-е. въ способѣ восполнить пробѣлъ въ составѣ сдѣлки и молчаніе законодателя, методы дѣйствія истолкователя опять существенно сближаются. Основныя линіи легальной нормы, опредѣляющія составъ института, не могутъ и не должны быть исчерпывающими, но отъ нихъ легко придти, по связи института съ жизнью, къ заключенію объ экономической и соціальной цѣли института, и въ виду обнаруженной такимъ образомъ цѣли дать отвѣтъ на недосказанное въ его текстахъ въ ближайшемъ соотвѣтствіи съ этой цѣлью. То же самое, но не въ области абстрактныхъ данныхъ легальной нормы, а въ вопросахъ *пробѣловъ конкретного волеизъявленія въ составѣ сдѣлки*. И здѣсь, для восполненія недосказаннаго, пробѣла, неразработаннаго въ деталяхъ волеизъявленія, надо сдѣлать себѣ яснымъ *соціальную и экономическую цѣль конкретного волеизъявленія*. Въ виду этой опредѣлившейся цѣли сдѣлки возможно заполнить пробѣлъ волеизъявленія въ полномъ соотвѣтствіи съ очевидной для истолкователя цѣлью сдѣлки, съ задачей, которую хотѣли разрѣшить субъекты сдѣлки, или стороны, если эта сдѣлка двусторонняя.

Во взятомъ нами примѣрѣ, въ случаѣ отсутствія въ актѣ отчужденія распоряженій (clauses), касающихся *принадлежно-*

стей недвижимости, толкователь восполнить этот пробѣлъ, соотвѣтственно цѣли сдѣлки и въ этомъ пунктѣ по тому соображенію, что нормально судьба принадлежностей связана съ судьбой главной вещи. Такова экономическая функція принадлежности въ смыслѣ гражданской связи двухъ вещей одной съ другой. Возможно ли, что стороны иначе разумѣютъ въ данномъ случаѣ актъ отчужденія? Несомнѣнно. Но въ такомъ случаѣ онѣ имѣютъ это именно выразить. Нашъ методъ отъ социальной, экономической цѣли института, сдѣлки, заключать къ недосказаннымъ частностямъ его содержанія представляетъ собою повидимому только отвлеченное заключеніе, простую логическую операцію, не имѣющую *формальной санкции* обязательной для суда нормы. Но обыкновенно такая метода находитъ себѣ и формальное подтвержденіе въ предшествующей установившейся практикѣ, въ правѣ обычномъ, даже въ законѣ. Art. 1160 C. c. предписываетъ *suppléer les clauses non exprimées* если эти *clause sont d'usage*. Нѣмец. код. распространяетъ, *въ случаѣ сомнѣнія* (im Zweifel), обязавшагося къ отчужденію или обремененію вещи распространять таковое и на принадлежности (art. 314); п. 4 нашей 1539 ст. на случай неопредѣленности предмета договора во всѣхъ его частяхъ съ точностью указываетъ изяснять (восполнять) *принадлежности онаго обычаемъ*, если онѣ не опредѣлены закономъ.

Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда не было бы на лицо подобной формальной санкции, дѣятельность интерпрета этимъ методомъ должна пробивать себѣ, въ виду пробѣловъ нормы или сдѣлки, и новые пути, отвѣчая социальнымъ и экономическимъ цѣлямъ института, согласно развивающимся требованіямъ жизни *сначала въ отдѣльныхъ случаяхъ*, прилаживая норму и сдѣлку къ условіямъ живого обмѣна и восполняя и обновляя ея недосказанное содержаніе изъ этого непосредственнаго прикосновенія при непремѣнномъ условіи отзывчивости органовъ юрисдикціи къ измѣненіямъ развивающагося гражданского быта.

Несомнѣнно, что именно этимъ путемъ сжатая норма старыхъ гражданскихъ кодексовъ, этимъ оживленіемъ и обновленіемъ ихъ практикой судовъ и добровольной юрисдикціи, приобрѣтали способность держаться въ силѣ вѣка, не подвергаясь никакимъ радикальнымъ операціямъ то постоянныхъ пересмотровъ, отміну и замѣщеній старыхъ ошибокъ новыми.

Раскрывая нынѣ эти скрытые способы согласовать отвлеченную норму или волеизъявленіе въ составѣ сдѣлки съ требованіями жизни, мы уходимъ отъ того метода заранѣе разработать всѣ детали вопроса въ законѣ, въ сдѣлкѣ, образцомъ коихъ въ за-

конодательной практикѣ можетъ служить прусскій ландрехтъ и позднѣйшія новеллы въ латинской практикѣ, и приближаемся къ классическимъ методамъ свободной разработки легальныхъ нормъ и типическихъ образцовъ сдѣлки, которые сохранила намъ и вызвала вновь къ жизни историческая школа юриспруденціи.

Но примѣнима ли такая восполнительная метода толкованія сдѣлки къ сдѣлкамъ *любаго типа*, любаго юридическаго стила?

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что ни восполненіе пробѣловъ, ни устраненіе изъ состава сдѣлки той или другой части, оставляя цѣлое въ силѣ, далеко не вездѣ можетъ и должно найти себѣ приложеніе.

Ни на минуту нельзя терять изъ виду, что мы здѣсь находимся въ сферѣ приватной автономіи, самоопредѣленія личнаго совершенно безспорнаго и безапелляціоннаго. Въ виду этого всякое прикосновеніе къ составу сдѣлки, которое идетъ не отъ субъекта сдѣлки, которое не оправдано его волеизъявленіемъ, а *приходитъ извне*, угрожаетъ самой сильной реакціей со стороны заинтересованныхъ. Посему, какъ бы ни было малочувствительно такое прикосновеніе, его нельзя предпринимать иначе, какъ въ цѣляхъ огражденія той же автономіи въ случаяхъ важныхъ сомнѣній, когда иначе сдѣлкѣ угрожаетъ опасность колебанія, недѣйствительности, ничтожества. Но сверхъ того, мы выше показали скалу образованія состава сдѣлки отъ болѣе выраженныхъ въ немъ матеріальныхъ моментовъ ея строенія до совершенно абстрактныхъ волеизъявленій. На ряду съ этимъ, разбирая обрядную, внѣшнюю сторону волеизъявленія и ея отношеніе къ самой сдѣлкѣ, мы видѣли, что форма, обрядъ можетъ являть собой или одинъ изъ многихъ возможныхъ способовъ волеизъявленія, или же связь обряда съ самой сдѣлкой такова, обрядъ настолько полно покрываетъ собою сдѣлку, что малѣйшее отступленіе отъ обряда ведетъ къ гибели всей сдѣлки.

Натурально, тѣ манипуляціи толкованія, особенно восполненія пробѣловъ *) сдѣлки, о коихъ мы трактовали выше, приложимы только къ сдѣлкамъ *не строго формально и обрядно стила*. Въ этой же категоріи сдѣлокъ, наоборотъ, всего чаще сдѣлка способна имѣть силу *только съ даннымъ ея составъ и съ нетрону-*

*) Въ краткомъ изложеніи мы принимаемъ, что провести границу восполнительной и только разъяснительной интерпретаціи возможно всегда; мы этого и не отрицаемъ, но проведеніе такой границы въ практикѣ встрѣчаетъ большія трудности и даетъ пищу къ большимъ контроверзамъ въ теоріи, въ чемъ легче убѣдиться изъ детальнаго ознакомленія съ вопросомъ съ помощью указанной выше литературы.

тymi реквизиатами формы. Всякое внѣшнее прикосновение угрожаетъ опасностью цѣлому.

Мы уже сказали выше, что въ составѣ сдѣлки можетъ послѣдовать измѣненіе или посредствомъ восполненія пробѣловъ ея въ отдѣльныхъ принадлежностяхъ (clauses), или же въ смыслѣ опроверженія, признанія ничтожества или недѣйствительности тоже не въ цѣломъ составѣ, а по частямъ. Натурально, и здѣсь эта частичная инвалидація не вездѣ одинаково приложима, не къ сдѣлкамъ любого строенія или стилиа, и не къ любымъ составнымъ частямъ сдѣлки. Эта задача истолкованія разъясняется ближе въ ученіяхъ объ отдѣльныхъ видахъ сдѣлокъ, въ цѣломъ особенно въ пандектныхъ ученіяхъ (ср. Пр. Гр. Улож. кн. I ст. 89 и кн. V ст. 73).

Проектъ Гражд. Уложенія касается вопроса о толкованіи сдѣлки въ разныхъ мѣстахъ, въ общемъ смыслѣ въ нѣкоторыхъ статьяхъ гл. 6-ой разд. III кн. I-ой и въ гл. 2-ой разд. I кн. V, въ ст. 65—73. Исполненіе *договоровъ*.

Все, начиная съ ошибочнаго заглавія (*исполненіе* договоровъ вмѣсто толкованіе), удержано какъ было, но положенія разбиты на статьи, какъ это видно въ Code civ. Въ качествѣ источника объясненія неясныхъ выраженій указаны между прочимъ предшествующіе, переговоры см. ст. 68. Содержаніе договора, не опредѣлившаго въ какомъ-либо отношеніи права и обязанности сторонъ *воспомяется* на основаніи закона или обычая (кн. V, ст. 69). Сомнѣнія толкуются въ пользу должника (ст. 70, оговорено однако, что только тѣ сомнѣнія подлежатъ дѣйствию этого правила, коихъ не устраниаютъ другія правила толкованія).

По старой привычкѣ пандектныхъ руководствъ ученія о толкованіи сдѣлки заключаютъ обыкновенно вопросомъ о таеъ назыв. *conversio actus juridici*. Характеръ этого ученія, однако, выработанный на типахъ латинскихъ цивильныхъ сдѣлокъ, яснѣе вообще въ связи со всей системой понятій пандектнаго права *). Это тоже видъ огражденія силы сдѣлки отъ инвалидація, когда въ ней нѣтъ реквизитовъ одной сдѣлки, но ихъ достаточно для другой такой же цѣли (тестамента и кодициллъ, недѣйствительный собственный вексель торговца, который, однако, достаточно какъ долговая росписка).

Много цѣннѣе для насъ въ составѣ сдѣлокъ, имѣющихъ свойство одностороннихъ волеизъявленій съ благотворительною цѣлью,

*) v. Vangerow Lehrbuch, § 101, Dernburg Pandekten, § 124, d. Bürgerl. Recht, § 119, III.

въ особенности пожертвованій, открытая закономъ возможность, въ тѣхъ же благотворительныхъ цѣляхъ (ria causa), сохранить силу волеизъявленія жертвователя, замѣняя лишь конкретное, быть можетъ уже несвоевременное, назначеніе ресурсовъ для другой, ближайшей по существу благотворительнаго предназначенія цѣли. Этотъ вопросъ былъ уже разработанъ въ дѣйствующемъ правѣ въ ст. 986 т. X ч. 1 и вновь трактуется въ ст. 27 и слѣдующ. Пр. Гражд. Уложенія. Со стороны метода это измѣненіе конкретнаго назначенія пожертвованія ближайшимъ подхвдющимъ къ нему по цѣли въполнѣ соответствуетъ *идеѣ охраненія автономныхъ волеизъявленій отъ случайныхъ причинъ ихъ инвалидизаціи или упраздненія.*

СПбГУ

2

60