

Юридическія фикціи и презумціи.

2475

кр. в. 1918 г.

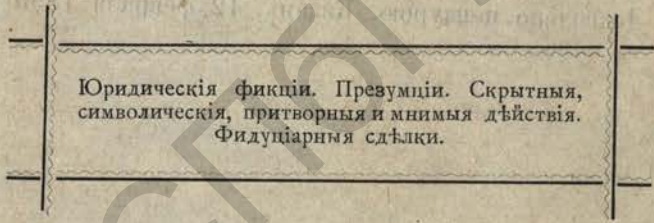
I

КЛАССИФИКАЦІЯ

ЯВЛЕНІЙ ЮРИДИЧЕСКАГО БЫТА.

ОТНОСИМЫХЪ КЪ СЛУЧАЯМЪ ПРИМѢНЕНІЯ ФИКЦІЙ.

9066 гр. и.



ИЗСЛѢДОВАНИЕ

Г. О. Дормидонтова.



КАЗАНЬ.

Типо-литографія Императорскаго Университета.

1895.

Дозволено цензурою. Казань, 12 февраля 1895 г.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Предлагаемая читателямъ книга представляетъ собою первую часть предпринятой, но не доведенной еще до конца работы, имѣющей цѣлью тщательное изученіе вопроса о юридическихъ вымыслахъ и предположеніяхъ. Полное противорѣчіе во взглядахъ не столько на сущность помянутыхъ пріемовъ, употребляемыхъ и законодательствами, и наукой права, сколько на ихъ происхожденіе и на значеніе ихъ какъ въ прошломъ, такъ и въ настоящемъ, вынуждаетъ пересмотрѣть по возможности всѣ извѣстные случаи примѣненія указанныхъ пріемовъ въ римскомъ правѣ и важнѣйшихъ современныхъ законодательствахъ и въ юриспруденціи. На основаніи добытаго этимъ путемъ матеріала можно будетъ попытаться выяснитъ причины, заставляющія законодательства и науку права прибѣгать къ указаннымъ пріемамъ, и разрѣшить спорный вопросъ о пригодности послѣднихъ въ правѣ и указать, если возможно, границы и мѣру пользованія какъ вымыслами, такъ и предположеніями. Обиліе подлежащаго разсмотрѣнію законодательнаго и иного матеріала, трудность собиранія и правильной группировки его, а также затрудненія, связанныя съ не-

обходимостью изученія довольно обширной (особенно по вопросу о презумціяхъ) литературы предмета, не даютъ возможности надѣяться на очень скорое окончаніе всей начатой работы, которая, понятно, должна будетъ распадаться на двѣ части, посвященныя отдѣльно фикціямъ и презумціямъ. Между тѣмъ раньше чѣмъ приступить къ изложенію первой части работы, пришлось естественно заняться вопросомъ объ опредѣленіи предѣловъ той области явленій юридическаго быта, гдѣ обыкновенно говорятъ о юридическихъ фикціяхъ. Въ наукѣ на этотъ счетъ не установилось единогласія, а потому пришлось указать и опредѣлить всѣ тѣ категоріи явленій, въ которыхъ видятъ иногда случаи примѣненія фикцій и которыя подводятъ подъ понятіе юридическихъ фикцій въ широкомъ смыслѣ, а также опредѣлить тѣ общія этимъ явленіямъ признаки, на основаніи которыхъ такое подведеніе имѣетъ мѣсто. При этомъ выяснилось, что такой объединяющій признакъ давно уже и совершенно правильно указанъ Д. И. Мейеромъ, выставившимъ четыре категоріи явленій, подъ этотъ признакъ подходящихъ. Ближайшее разсмотрѣніе предмета привело къ такому заключенію, что, во 1-хъ, кругъ помянутыхъ явленій обширнѣе указаннаго Мейеромъ, а во 2-хъ, что Мейеръ не всегда и не во всемъ правильно смотрѣлъ на самую сущность указанныхъ имъ явленій. Въ виду этого пришлось на основаніи источниковъ и литературныхъ пособій изучить и охарактеризовать каждую, подходящую подъ установленный Мейеромъ признакъ, категорію явленій въ отдѣльности, указать ту связь, которую каждая изъ нихъ имѣетъ съ случаями примѣненія фикцій и предположеній въ соб-

ственнымъ смыслѣ. Указанная работа привела, между прочимъ, къ выясненію понятія фикцій и презумцій и къ убѣжденію въ родственной близости ихъ и въ необходимости поэтому совмѣстнаго изслѣдованія случаевъ примѣненія тѣхъ и другихъ; вмѣстѣ съ тѣмъ она показала неосновательность попытокъ объединенія всѣхъ разсмотрѣнныхъ явленій подъ общимъ именемъ фикцій въ обширномъ смыслѣ. Работа эта оказалась не легкой такъ какъ помимо необходимости обзрѣть массу матеріала приходилось постоянно разбираться въ путаницѣ литературныхъ мнѣній по многимъ вопросамъ, не только прямо относящимся къ предмету изслѣдованія, но и по вопросамъ такъ сказать побочнымъ, разрѣшать которые однако приходилось. Не желая увеличивать безъ нужды объемъ книги, мы избѣгали помѣщенія въ ней всей просмотрѣнной массы матеріала; а чтобы побочные вопросы не отвлекали вниманіе читателя отъ главнаго предмета изложенія, мы говоримъ о нихъ въ помѣщенныхъ въ концѣ приложеніяхъ.

Рѣшаясь теперь же познакомить читателей съ этой частью нашего труда, мы имѣемъ въ виду съ одной стороны посильно содѣйствовать скорѣйшему распространенію болѣе правильныхъ, на нашъ взглядъ возрѣвнѣй по изложеннымъ въ ней вопросамъ, а съ другой стороны—ожидаемъ отъ лицъ компетентныхъ указаній, которыя могли-бы быть намъ полезны для успѣшнаго окончанія всего задуманнаго нами изслѣдованія.

ВВЕДЕНІЕ.

Въ специально юридическихъ трактатахъ и бесѣдахъ, какъ и въ простой обыденной рѣчи, очень часто слышатся слова: *фикція*, *фиктивный*. Говорятъ о фиктивныхъ бракахъ, о фиктивныхъ капиталахъ и доходахъ, о фиктивныхъ отчетахъ и сдѣлкахъ и т. п.; говорятъ о фикціяхъ, измышляемыхъ юристами и фикціяхъ, допускаемыхъ и создаваемыхъ законодателемъ. Соединяя со словомъ фикція представленіе о вымыслѣ, о завѣдомой лжи, простой смертный, не посвященный въ таинства юриспруденціи, не знающій, какія затрудненія приходилось и приходится преодолѣвать ей, къ какимъ разнообразнымъ приемамъ прибѣгать, чтобы держаться на высотѣ своего назначенія и на самомъ дѣлѣ быть тѣмъ великимъ искусствомъ, про которое давно уже сказано, что оно есть *ars boni et aequi*,—легко и невольно можетъ придти въ смущеніе. Его испугаетъ не то, что кругомъ него довольно много людей съ фиктивнымъ состояніемъ, людей, заключающихъ фиктивные сдѣлки и даже фиктивные браки съ разными позволительными и непозволительными цѣлями: къ этому онъ легко привыкаетъ и относится къ такимъ явленіямъ болѣе или менѣе спокойно. Но невольно ему можетъ стать страшно при мысли, что фикція, т. е. по его мнѣнію, завѣдомая ложь, пускается нерѣдко въ ходъ жрецами того „искусства добраго и справедливаго“, задачей котораго должно быть, очевидно, служеніе лишь чистой и святой правдѣ; что, наконецъ, самъ законодатель не только допускаетъ и терпитъ такую ложь, но иногда даже требуетъ, чтобы

всѣ принимали за истину вымыселъ.— Тутъ есть надъ чѣмъ задуматься! Самъ собою встаетъ вопросъ: неужели прибѣгать къ вымыслу такъ необходимо? Не вводятся-ли этимъ ложь и обманъ въ святое дѣло правосудія? Не обращается-ли, по крайней мѣрѣ, отправленіе послѣдняго, безъ всякой нужды подчасъ, въ смѣхотворную комедію, бесполезную для существа дѣла и важную только въ глазахъ близорукихъ жрецовъ слѣпой Ѳемиды?

Всякому благомыслящему смертному естественно отвергнуть необходимость какихъ-либо искусственныхъ измышлений, вымысловъ въ области права и еще естественнѣе свалить всю вину созданія такихъ вымысловъ на коварную изворотливость или на недомысліе юристовъ. И достается-же имъ подчасъ!

Съ легкой руки великаго насмѣшника древности Цицерона и до нашихъ дней, сколько болѣе или менѣе остроумныхъ нападокъ пришлось выдержать юристамъ за допускаемые въ правѣ вымыслы! И нельзя сказать, чтобы юристы хладнокровно относились къ этимъ насмѣшкамъ. Правда, они сначала не безъ презрѣнія отвѣчали насмѣшникамъ, что „*fictiones sunt eximii colores, quibus veritas fucata non corrumpitur, sed potius illuminatur*“¹⁾ и пытались внушить профанамъ, осуждавшимъ даже фикціи на основаніи св. писанія²⁾, разницу между ложью и юридическимъ вымысломъ: „*Falsum loqui culpaе est, fictum, virtutis; falsis decipimur, fictis delectamur*“³⁾. Но сами юристы не могли отрицать, что фикціи вводятся вопреки истинѣ и имѣютъ силу иногда устранять истину. „*Fictiones inducuntur contra veritatem et fictionis potestas ea est, ut quandoque fictio praevaleat veritati*“⁴⁾. Очевидно, что одного этого сознанія вполнѣ довольно, чтобы дать поводъ къ новымъ нападкамъ на юристовъ, какъ творцовъ фикцій. Достаточно вспомнить, какъ горячо ополчался противъ юридическихъ фикцій Бенетамъ. По его стопамъ шли многіе другіе. Сами юристы

¹⁾ *Antonii Dadini Alteserrae. De fictionibus Juris tractatus septem*, ed. Eisenhart, 1769 г.

²⁾ См. предисловіе Eisenhart'a къ цитированной выше книгѣ.

³⁾ *Donat. In Eunuch.* Цит. у Alteserra, стр. 2.

⁴⁾ *Ib.* стр. 5.

стали заботиться объ изгнаніи фикцій изъ юриспруденціи, такъ какъ признали, что „научная фикція — это самообманъ, это банкротство науки“. Но фикціи всетаки существуютъ доселѣ въ законодательствахъ, о нихъ упоминаетъ поэтому и объясняетъ ихъ наука; наконецъ, въ практической, обыденной жизни съ фикціями мы встрѣчаемся постоянно. Достаточно вспомнить о фиктивныхъ сдѣлкахъ, которыя совершаются вовсе нерѣдко. Люди, очевидно, не могутъ все еще обойтись безъ вымысловъ: прямая голая истина часто еще не дается имъ или оказывается, повидимому, имъ не по плечу, и они прибѣгаютъ къ помощи вымысла, чтобы къ ней хоть какъ нибудь приблизиться или наоборотъ, чтобы отъ нея уклониться.

Гдѣ же кроется причина этого? и неужели нельзя обойтись безъ помощи вымысла при подведеніи фактовъ дѣйствительной жизни подъ отвлеченныя нормы права? Винить ли юристовъ или оправдывать? Вопросъ о фикціяхъ для юриста есть вопросъ чести, вопросъ, затрагивающій самое значеніе и достоинство той отрасли знанія, которой онъ посвящаетъ свои силы. Между тѣмъ, въ литературѣ юридической этотъ вопросъ далеко еще не полно разработанъ. Хотя и нельзя сказать, чтобы юристы оставляли этотъ вопросъ безъ вниманія; но всетаки во всей европейской литературѣ не насчитается десятка сочиненій, посвященныхъ специально разработкѣ вопроса о юридическихъ фикціяхъ вообще, о ихъ видахъ, причинахъ, ихъ вызывающихъ, о роли ихъ въ прошлой и настоящей жизни человѣчества. Вотъ почему представляется велииной попытка изложить болѣе или менѣе полно общее ученіе о фикціяхъ, разработавъ его сообразно даннымъ современной науки. Такова именно задача нашего труда.



§ 1.

Различные значенія, въ которыхъ употребляютъ слово „фикція“ и необходимость болѣе точнаго опредѣленія понятія фикціи. Попытки указать и классифицировать всѣ явленія юридическаго быта, въ которыхъ говорятъ о примѣненіи фикцій.

Прежде всего, конечно, намъ предстоитъ выяснить, что понимается подъ словомъ юридическая фикція. Нельзя не указать, что доселѣ писатели юристы и не-юристы придаютъ этому слову различный, то очень обширный, то болѣе или менѣе тѣсный смыслъ, и отсутствіе точной терминологіи не мало затрудняетъ изслѣдованіе и изложеніе интересующаго насъ предмета. Затрудненія относительно точной научной терминологіи имѣютъ свою причину въ томъ, что тѣ явленія юридическаго быта, къ которымъ съ большимъ или меньшимъ правомъ примѣняютъ въ разговорномъ и даже литературномъ языкѣ термины: „фикція“, „фигтивный“, „вымышленный“ весьма многочисленны, разнообразны по своей сущности и по вызываемымъ ими послѣдствіямъ, нося часто лишь весьма отдаленныя черты сходства. Много ли общаго, напр., между вымышленнымъ отчужденіемъ имущества и вообще какой либо фиктивной сдѣлкой съ одной стороны и фикціей усыновленія или юридической личности съ другой?

Такимъ образомъ мы должны сначала установить, какія явленія юридическаго быта подойдутъ подъ понятіе юридической фикціи въ обширномъ смыслѣ, а затѣмъ должны класси-

фицировать всё эти явления, опредѣливъ ихъ существо и характеръ, указавъ черты сходства и различія. Только послѣ этого можно будетъ уже перейти къ изложенію вопроса о происхожденіи фикцій въ собственномъ смыслѣ и о роли ихъ въ правѣ.

Точнаго опредѣленія понятія юридической фикціи въ обширномъ смыслѣ тщетно искать въ юридической литературѣ. Вотъ нѣкоторыя болѣе или менѣе извѣстныя опредѣленія. „Слово фикція на юридическомъ языкѣ обозначаетъ предположеніе какого-либо факта или качества, предположеніе, противорѣчащее нерѣдко дѣйствительности, но рассчитанное на то, чтобы произвести извѣстныя юридическія послѣдствія“¹⁾. „Fictio est juris constitutio, qua fingitur id contingisse quod minime contigit, vel id non evenisse quod re evenit“²⁾. „Fingere—выдумывать, притворяться, воображать извѣстный фактъ, который въ дѣйствительности не существовалъ“³⁾. „Часто норма права предписываетъ признавать существующее обстоятельство за несуществующее и, наоборотъ, несуществующее за существующее; такой приѣмъ называется фикціей (юридическимъ вымысломъ)“⁴⁾. Подъ юридической фикціей въ обширномъ смыслѣ разумѣется „всякое предположеніе, которымъ прикрываютъ или стараются прикрыть тотъ фактъ, что правило закона подвергалось измѣненію, т. е. что его буква осталась прежнею, а примѣненіе измѣнилось“⁵⁾.

Сравнивая хотя бы эти опредѣленія, вы замѣчаете существенную разницу между ними и видите, что первое опредѣленіе придаетъ слову фикція болѣе обширный смыслъ сравнительно съ придаваемымъ послѣдующими опредѣленіями. По

¹⁾ *Henri Duméril*, Les fictions juridiques. Paris, 1882 p. 5.

²⁾ *Alteserra*, op. cit. p. 2.

³⁾ *Дидицкій*, Латинско-русскій словарь къ источникамъ римскаго права. См. «Fingere». Ср. *Dirksen*, Manuale latinitatis fontium jur. civ. Romanorum. Berolini, 1837 г. «Fictio: Praesumptio fictitia: Accomodatio rei ad exemplum alterius. Fictitius: Ad instar alterius rei efformatus.

⁴⁾ *Баронъ*, Система римскаго гражданскаго права, пер. Петражицкаго, стр. 70, 547.

⁵⁾ *Мейеръ*, Древнее право. Спб. 1873 г. стр. 21.

первому опредѣленію, фикція есть предположеніе, противорѣчащее нерѣдко дѣйствительности, но рассчитанное на то, чтобы произвести извѣстныя юридическія послѣдствія. Подъ это опредѣленіе подойдет не только признаніе существующимъ не существующаго, но и принятіе существующимъ того, относительно чего съ достовѣрностью неизвѣстно, что оно существуетъ. Во всякомъ случаѣ, всѣ эти опредѣленія, особенно первое, наводятъ на мысль, что въ правѣ употребляются иногда приемы, свойственные скорѣе поэзіи. Мысль, конечно, вѣрная по отношенію къ праву древнему. Поэзія древняго права интересовала, какъ извѣстно, многихъ изслѣдователей. Достаточно вспомнить хотя бы бр. Гриммовъ. Знаменитый Vico въ его „Scienza nuova“ говоритъ: „Tutto il diritto antico romano fu un serio poëma, che si representava da' Romani nel foro, e l'antica giurisprudenza fu una severa poesia“⁶⁾. Эта поэзія древняго права проявлялась не только въ стихотворной подчасъ формѣ древнихъ опредѣленій, но въ массѣ всякаго рода образныхъ выраженій и дѣйствій: жестовъ, эмблемъ, символовъ, имѣвшихъ цѣлью оказать вліяніе не только на умъ, но и на чувство древняго человѣка. Говоря объ этой поэзіи въ правѣ, М. Chassan, авторъ одного въ свое время очень интересовавшаго юристовъ, а нынѣ почти совсѣмъ забытаго ими изслѣдованія: „Essai sur la symbolique du droit“, между прочимъ высказываетъ мысль, что юридическія фикціи представляютъ собою наиболѣе возвышенное и совершенное примѣненіе поэзіи къ праву. Представляя себѣ все созданное человѣчествомъ право въ видѣ зданія, въ созиданіи котораго народная поэзія играла видную роль, Chassan въ цвѣтистой рѣчи заявляетъ, что „на вершинѣ этого зданія парятъ, распростерши крылья, геній юридическихъ фикцій, фикцій матеріальныхъ или символовъ въ эпоху варварства и фикцій интеллектуальныхъ въ эпоху цивилизаціи“⁷⁾. Въ этой поэтической

⁶⁾ Vico, Scienza nuova, t. II, l. IV. ch. VII, § 2. Vico, Principes de la philosophie de l'histoire, trad. par Michelet, p. 199.

⁷⁾ Chassan, Essai sur la symbolique du droit. Paris, 1847. Introduction, p. CXIV.

тирадѣ слово фикція, какъ видно, является намъ опять въ новомъ значеніи. Далѣе, въ одномъ параграфѣ своего сочиненія, спеціально трактующемъ о юридическихъ фикціяхъ, Chassan поясняетъ, что подѣ матеріальными фикціями онъ разумѣетъ эмблемы, реальные символы древняго права. Отъ этихъ матеріальныхъ фикцій, свойственныхъ неразвитому состоянію права, отличаетъ онъ фикціи интеллектуальныя или фикціи въ собственномъ смыслѣ, которыя, по его словамъ, также представляютъ собою не по внѣшней формѣ, а по своей сущности эмблемы *sui generis*. Интеллектуальная фикція, по заявленію цитируемаго автора, вовсе не вымыселъ, а только образъ истины (*image de la vérité*). „Фикція юридическая привходитъ между двумя фактами, дабы связать ихъ между собой, объявляя то, что должно быть и придавая предположенію авторитетъ и силу истины. Такимъ, именно, образомъ она становится эмблемой, такъ какъ она предназначена скорѣе представлять (замѣщать) истинное, а не обнаруживать его въ дѣйствительности“. Правило, опредѣляющее, что *res judicata* есть истина, положеніе, что законы извѣстны всѣмъ послѣ ихъ обнародованія, суть, по словамъ Chassan'a, фикціи того, что должно быть, а не обозначеніе того, что есть на самомъ дѣлѣ. Такимъ образомъ и у Chassan'a слово фикція употребляется въ очень широкомъ смыслѣ, въ гораздо болѣе широкомъ, чѣмъ то значеніе, какое придаютъ этому выраженію другіе авторы. Если въ добавленіе ко всему этому вспомнить о фиктивныхъ дѣлкахъ, гдѣ также имѣетъ мѣсто представленіе существующимъ факта, на дѣлѣ несуществующаго, то мы убѣдимся прежде всего въ томъ, что терминологія въ вопросѣ о юридическихъ фикціяхъ доселѣ не отличается точностью; причемъ одни авторы, придавая выраженію *фикція* тѣсный смыслъ, разумѣютъ подѣ юридической фикціей лишь признаніе со стороны объективнаго права существованія извѣстнаго, завѣдомо несуществующаго, факта или качества (Баронъ). Другіе, какъ Мэнъ, придаютъ слову фикція еще болѣе тѣсное значеніе, разумѣя подѣ нимъ лишь извѣстный приѣмъ для измѣненія прежнихъ опредѣленій права или, какъ Герингъ и Муромцевъ, приѣмъ для подведенія новыхъ явленій юридическаго быта подѣ старыя нормы. Третьи, какъ Chassan, Duméril, придаютъ выраженію *юридическая фикція* болѣе обширное значеніе, подводя подѣ это понятіе всѣ тѣ довольно разнообразныя явленія

юридическаго быта, гдѣ только законодатель, судья или частныя лица намѣренно прибѣгаютъ къ какому либо не только вымыслу, но и предположенію относительно существованія или несуществованія факта или качества.

Это различіе въ понятіяхъ, связываемыхъ съ выраженіемъ юридическая фикція, влечетъ, естественно, за собою и различіе во взглядахъ на значеніе и роль фикцій въ правѣ. Одни ихъ превозносятъ; другіе признаютъ за ними лишь историческое значеніе; третьи допускаютъ въ настоящемъ ихъ существованіе, но лишь съ различными условіями и ограниченіями; четвертые, наконецъ, принципиально признаютъ ихъ вредными и требуютъ полнаго ихъ изгнанія. И эта разница во взглядахъ обуславливается въ значительной мѣрѣ разницей въ понятіяхъ, соединяемыхъ съ даннымъ выраженіемъ. Вотъ почему раньше, чѣмъ говорить о роли и значеніи фикцій въ правѣ и не разбирая пока тѣхъ опредѣленій, которыя даютъ слову фикція, а употребляя это послѣднее въ самомъ обширномъ смыслѣ, въ какомъ только оно употреблялось, попытаемся классифицировать всѣ тѣ разнообразныя, какъ сказано, явленія юридическаго быта, которыя справедливо и несправедливо обозначаются этимъ словомъ и производнымъ отъ него прилагательнымъ, а равно близкими ему по значенію словами: вымышленный, мнимый, притворный и т. п.

Во всей юридической литературѣ мнѣ извѣстны только два сочиненія, посвященныя специально вопросу о классификаціи фикцій въ самомъ обширномъ смыслѣ этого слова: это сочиненіе Дюмерила и извѣстная русскимъ юристамъ диссертация Мейера „О вымыслахъ, предположеніяхъ, скрытыхъ и притворныхъ дѣйствіяхъ“. Другіе высказались лишь вскользь, мимоходомъ по этому вопросу. Познакомимся сперва съ обѣими названными попытками классификаціи.

§ 2.

Классификація Мейера. Ея основанія. Четыре категоріи ненормальныхъ явленій юридическаго быта. Общій признакъ этихъ явленій.

Сочиненіе Д. И. Мейера „О юридическихъ вымыслахъ и предположеніяхъ, скрытыхъ и притворныхъ дѣйствіяхъ“, напечатанное въ 1853 г. въ г. Казани, представляетъ собою любопытное явленіе въ исторіи русской юридической литературы. Авторъ въ этомъ сочиненіи значительно опередилъ взгляды, господствовавшіе до того въ юридической наукѣ по излагаемому имъ вопросу, и можно смѣло сказать, что если бы это сочиненіе появилось въ свое время на нѣмецкомъ языкѣ, то имя автора получило бы широкую извѣстность и на книгу доселѣ часто бы ссылались. У насъ это сочиненіе было напечатано въ такое время, когда, по справедливому замѣчанію того же Мейера, „въ Россіи не было еще сословія юристовъ“ и книгу некому было читать, а когда сословіе юристовъ появилось въ 60 годахъ, книга Мейера оказалась настолько старой, что о ней начали забывать. Въ настоящее время едвали, кромѣ тѣснаго круга ученыхъ специалистовъ, занимающихъ кафедры гражданскаго права, найдется много юристовъ, знакомыхъ съ этимъ сочиненіемъ не по наслышкѣ только. Между тѣмъ, въ своихъ существенныхъ положеніяхъ сочиненіе это и доселѣ представляется заслуживающимъ вниманія; многое высказанное и развитое Мейеромъ въ этой его работѣ стало теперь общимъ достояніемъ учебниковъ и курсовъ, читаемыхъ въ Университетахъ.

Далекій отъ всякаго увлеченія поэзіей въ примѣненіи ея къ праву и хорошо разглядѣвшій, что увлекательный геній юридическихъ фикцій, представлявшійся еще многимъ его современникамъ чуть не полубогомъ, есть не болѣе, какъ обманчивый призракъ, исчезающій при первомъ соприкосновеніи съ доводами холоднаго разсудка, Мейеръ не только довольно точно и съ замѣчательною для своего времени ясностью описалъ или иначе охарактеризовалъ тѣ явленія юридическаго быта, въ которыхъ имѣли примѣненіе фикціи въ тѣсномъ смыслѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ проанализировалъ и тѣ явленія

юридическаго быта, которыя въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ оказываются сходственными съ фикціями и подводятся иногда подъ одну общую категорію. Родственная связь этихъ явленій юридическаго быта съ фикціями въ тѣсномъ смыслѣ была замѣчена, правда, гораздо ранѣе, чѣмъ стали строго различать ихъ. Эта связь, при неумѣннхъ провести строгое различіе между изслѣдуемыми явленіями, заставила еще, напр., Отсера (Alteserra) утверждать, что фикціи разсѣяны по римскому праву въ такомъ же количествѣ, какъ звѣзды по небу и хвалиться тѣмъ, что ему удалось отмѣтить многія изъ нихъ, незамѣченныя другими¹⁾. По той же причинѣ и Chassan призналъ фикціи матеріальныя (символы) и интеллектуальныя, опредѣливъ послѣднія такъ, что подъ его опредѣленіе подходят не однѣ только фикціи въ томъ тѣсномъ техническомъ смыслѣ, каковой придаютъ этому выраженію позднѣйшіе юристы (напр. Баронъ).²⁾ Но до Мейера никто, сколько намъ извѣстно, во всей юридической литературѣ не попытался выяснить того, въ чемъ именно состоитъ общій признакъ всѣхъ тѣхъ разнообразныхъ по сущности явленій юридическаго быта, для обозначенія которыхъ употребляютъ выраженія фикція, фиктивный. Въмѣстѣ съ тѣмъ Мейеръ пытался указать сущность и отличительные признаки различныхъ подмѣченныхъ имъ группъ этихъ явленій.

Въ своемъ сочиненіи онъ исходитъ изъ слѣдующаго положенія: „Юридическія опредѣленія всѣ разсчитаны на существованіе извѣстныхъ фактовъ; эти факты предшествуютъ приложенію юридическихъ опредѣленій. Таковъ обыкновенный нормальный порядокъ юридическаго быта. Но бываютъ и отклоненія отъ этого порядка, когда мы не усматриваемъ тѣхъ или другихъ фактовъ, на которые разсчитаны юридическія опредѣленія, а эти опредѣленія тѣмъ не менѣе прилагаются, получаютъ силу“. Далѣе Мейеръ и перечисляетъ

¹⁾ Alteserrae op. cit., p. 202 и 203. «Totum corpus juris, maxime Digestorum fictionibus ut coelum stellulis micat; et ut in coelo recentiores Astrologi nova sidera se observasse gloriantur, quae antiquos effugerint, mihi forte in aliqua laude erit, quam plurimas fisiones quae in legum visceribus latebant, adnotasse, vel jam notas collegisse et in ordinem redegisse».

²⁾ См. выше, стр. 6 и 7.

возможные случаи такихъ отклоненій: „Къ такимъ отклоненіямъ обыкновенно относятъ слѣдующіе случаи: 1) Вымышленное существованіе факта, о которомъ извѣстно, что онъ вовсе не существуетъ или существуетъ въ другомъ видѣ. Сюда принадлежатъ такъ называемые вымыслы права—*fictiones juris*. 2) Существованіе факта не раскрыто съ несомнѣнностью, но оно болѣе или менѣе вѣроятно и поэтому предполагается, и относящіяся къ нему опредѣленія идутъ въ ходъ: здѣсь заключеніе о фактѣ называется предположеніемъ — *praesumptio*. 3) Существованіе факта выражается другимъ фактомъ, какъ знакомъ его или эквивалентомъ“ (это случаи такъ называемыхъ скрытныхъ дѣйствій). 4) „Юридическія опредѣленія отнесены къ факту, выставляемому существующимъ въ замѣнъ другого факта, собственно подлежащаго тѣмъ юридическимъ опредѣленіямъ“ (сюда относятся *acta simulata*—притворныя дѣйствія). Нарочно выписываемъ эти слова Мейера, чтобы обратить вниманіе на тотъ общій признакъ, который, по мнѣнію этого автора, объединяетъ всѣ разсматриваемыя имъ группы явленій. Всѣ они представляютъ собою уклоненія отъ нормальнаго порядка и обще имъ то, что при всѣхъ нихъ мы имѣемъ дѣло со случаями примѣненія юридическихъ опредѣленій, рассчитанныхъ на извѣстные факты, хотя самыхъ фактовъ не усматриваемъ.

§ 3.

Разсмотрѣніе отдѣльныхъ группъ явленій, подходящихъ подъ указанный Мейеромъ признаковъ.

I Юридическія Фикціи въ тѣсномъ смыслѣ.

Намъ предстоитъ теперь изслѣдовать: насколько вѣрно поняты Мейеромъ всѣ указанныя имъ категоріи явленій юридическаго быта и представляется ли выставленный Мейеромъ общій для нихъ признакъ существеннымъ для каждой изъ разсматриваемыхъ имъ категорій въ отдѣльности, иначе говоря, — насколько можетъ быть оправдано дѣлаемое имъ сближеніе всѣхъ этихъ категорій. Въѣсть съ тѣмъ предстоитъ рѣшить, насколько достаточенъ выставленный Мейеромъ признакъ въ смыслѣ критерія для отличія всѣхъ тѣхъ явленій юридическаго быта, которыя могутъ быть подведены подъ понятіе фикцій въ обширномъ смыслѣ¹⁾, и исчерпывается ли кругъ объединяемыхъ авторомъ уклоненій отъ нормальнаго порядка въ юридическомъ быту тѣми четырьмя категоріями случаевъ, на которыя онъ указываетъ. Для этого мы обратимъ наше вниманіе на каждую изъ указанныхъ авторомъ группъ явленій въ отдѣльности. Въ первую группу авторъ выдѣляетъ вымыслы, т. е. такіе случаи, когда вымышляется существованіе факта, завѣдомо несуществующаго или существующаго въ другомъ видѣ. Это даваемое авторомъ опредѣленіе юридической фикціи въ тѣсномъ смыслѣ нельзя назвать особенно удачнымъ. Оно недостаточно ясно и можетъ дать поводъ къ ложнымъ заключеніямъ. Въ сущности Мейеръ не опредѣляетъ даже, что надо разумѣть подъ выраженіемъ юридическая фикція, а характеризуетъ лишь ту категорію случаевъ юридическаго быта, въ которыхъ юридическія фикціи имѣютъ примѣненіе. „Случай, говоритъ Мейеръ, таковъ, что юридическое опредѣленіе, рассчитанное на извѣстный фактъ,

¹⁾ Любопытно, что, перечисляя указанныя имъ уклоненія отъ нормальнаго порядка въ юридическомъ быту, Мейеръ говоритъ: «Сюда обыкновенно относятъ слѣдующіе случаи». Это выраженіе даетъ поводъ думать, что авторъ здѣсь повторяетъ лишь общепринятое, безспорное, всеми раздѣляемое мнѣніе. На самомъ же дѣлѣ и указаніе общаго свойства разсматриваемыхъ явленій, и перечисленіе ихъ категорій принадлежитъ вполнѣ самому автору.

примѣняется, хотя самый фактъ завѣдомо не существуетъ или существуетъ въ другомъ видѣ“. Случай описанъ вполнѣ вѣрно, но опредѣленія юридической фикціи тутъ нѣтъ. Опредѣлить юридическую фикцію, какъ вымышленное существованіе факта, завѣдомо несуществующаго—это значитъ дать поводъ подумать, что вымышлять это существованіе фактовъ можно и вольно всякому и что разумѣемые авторомъ случаи примѣненія юридическихъ опредѣленій къ вымышленнымъ фактамъ могутъ быть до крайности часты. Выраженіе: „вымышленное существованіе факта, завѣдомо несуществующаго или существующаго въ другомъ видѣ“ примѣнимо не только къ юридической фикціи въ собственномъ смыслѣ, но и къ фиктивной сдѣлкѣ, примѣнимо оно и къ нѣкоторымъ предположеніямъ, примѣнимо даже и къ символическимъ дѣйствіямъ. Словомъ, Мейеръ не даетъ точнаго опредѣленія юридической фикціи, а описываетъ лишь, какъ она примѣняется. Для точнаго опредѣленія понятія юридической фикціи слѣдовало сказать, что фикція вообще есть извѣстный приемъ мышленія, состоящій въ допущеніи существующимъ извѣстнаго несуществующаго обстоятельства или, наоборотъ, несуществующимъ существующаго, въ рѣшеніи задачи при помощи ложнаго положенія; а юридическая фикція въ тѣсномъ смыслѣ—тотъ же приемъ, но допускаемый и даже предписываемый въ извѣстномъ случаѣ объективнымъ правомъ. ²⁾

Отсутствіе подобнаго опредѣленія не мѣшаетъ однако Мейеру хорошо понимать сущность фикцій и высказывать весьма близкій къ истинѣ взглядъ на историческую роль и на значеніе ихъ въ современномъ правѣ, о чемъ у насъ будетъ рѣчь впереди. Теперь же мы замѣтимъ только, что, относясь отрицательно къ примѣненію вымысловъ въ современномъ правѣ, Мейеръ не удѣляетъ имъ большого вниманія, знакома лишь съ отдѣльными ихъ случаями, онъ не устанавливаетъ никакихъ подраздѣленій ихъ, не дѣлаетъ попытки раздѣлить юридическія фикціи въ тѣсномъ смыслѣ на какіе либо виды, какъ это дѣлаютъ другіе авторы. ³⁾

²⁾ См. выше стр. 6. Ср. *Bierling* въ *Holtzendorff's Rechtslexicon*, I стр. 829. *Fictionen*.

³⁾ *Мейеръ*. Стр. 5: «понятіе о юридическомъ вымыслѣ... въ сущности чуждо всякаго значенія.»

§ 4.

II. Презумціи. Понятіе: виды. Родственная связь съ фикціями.

Больше вниманія въ этомъ отношеніи обращаетъ Мейеръ на другую группу изслѣдуемыхъ имъ явленій,—на предположенія. Однако и опредѣленіе понятія предположенія у него не отличается большею точностью. „Предположеніе это признаніе факта существующимъ по вѣроятности, что онъ существуетъ“, говоритъ Мейеръ. ¹⁾ и не замѣчаетъ, что это опредѣленіе непримѣнимо вовсе къ нѣкоторымъ изъ тѣхъ предположеній, которыя онъ называетъ законными (*praesumptiones juris*), такъ какъ нѣкоторые изъ приводимыхъ имъ же примѣровъ послѣднихъ не имѣютъ ничего общаго съ заключеніемъ по вѣроятности. Напр., извѣстное въ римскомъ правѣ предположеніе Муція, что всея пріобрѣтенія жены, источника которыхъ она не можетъ указать, дошли къ ней отъ мужа; предположеніе что дитя, рожденное черезъ 6 мѣсяцевъ по заключеніи брака, зачато въ этомъ бракѣ; предположеніе, что сынъ семьи солдатъ занимаетъ на военные надобности и т. д. Несоотвѣтствіе этихъ предположеній права съ выставленнымъ Мейеромъ опредѣленіемъ предположенія, опредѣленіемъ, усвоеннымъ и повторяемымъ, встаетъ сказать, нашими юристами, очевидно ²⁾.

Независимо отъ этого несоотвѣтствія указанное опредѣленіе страдаетъ неясностью, потому что остается неизвѣстнымъ, что разумѣетъ авторъ подъ вѣроятностью. Въ логикѣ различаютъ научную объективную вѣроятность, подъ которой разумѣютъ точную оцѣнку всѣхъ мнѣній, возможныхъ въ отношеніи къ извѣстнымъ фактамъ. При такой оцѣнкѣ мы

¹⁾ Мейеръ, стр. 44.

²⁾ Мейеръ могъ заимствовать это опредѣленіе изъ нѣмецкой литературы с. м. *Valett*, *Pandecten*, I § 174. *Wening—Jungenheim*, *Lehrbuch des gem. Civilrechts* I § 53 См. *Муромцевъ*, *Консерватизмъ римской юриспруденціи*, стр. 100.

опредѣляемъ отношеніе между этими мнѣніями по степени ихъ приближенія къ достовѣрности. Понятіе такой вѣроятности упрочилось въ наукѣ только со времени научнаго обоснованія исчисления по вѣроятности, при помощи котораго степень ея опредѣляютъ численно. Необходимости различать отдѣльные случаи событія и заключать о большей или меньшей возможности ихъ, когда нельзя судить о томъ съ достовѣрностью, побуждаетъ насъ признавать болѣе вѣроятными тѣ случаи, которые легче возможны въ виду извѣстныхъ намъ условій событія или которые, по свидѣтельству предшествующаго опыта, чаще наступаютъ. ³⁾

Нерѣдко мы не въ состояніи точно опредѣлить степень большей или меньшей возможности факта или явленія и довольствуемся такъ называемымъ общимъ заключеніемъ о вѣроятности, заключеніемъ, которое довольно часто можетъ быть ошибочнымъ. Легко можетъ случиться, что принятое по общему заключенію за вѣроятное, при численномъ опредѣленіи окажется сомнительнымъ или даже невѣроятнымъ. Но какъ бы то ни было, для общаго заключенія о вѣроятности требуются всетаки извѣстныя объективныя данныя, доставляемыя намъ извнѣ или приобретаемыя нами изъ опыта ⁴⁾

Общее заключеніе по объективной вѣроятности играетъ въ повседневной жизни вообще, а равно въ юридическомъ быту важную роль. На немъ законодатель основываетъ свои предписанія; администраторъ свои распоряженія; судья, разбирающій процессъ, кладетъ его въ основаніе своего рѣшенія.

³⁾ Въ первомъ случаѣ это будетъ апіористическое заключеніе по вѣроятности, а во второмъ эмпирическое. См. *Wundt, Logik*, В. I. Erkenntnisslehre, S-u f. 303.

⁴⁾ *Wundt, Logik*, I, S 393: «Въ опредѣленіи объективной вѣроятности лежатъ два момента, которые обосновываютъ ея отличие отъ объективной достовѣрности. Первый состоитъ въ томъ, что вѣроятность относится не къ даннымъ фактамъ; второй—въ томъ, что возможно нѣсколько фактовъ, изъ которыхъ дѣйствительно наступить можетъ только одинъ. Поэтому вѣроятность можетъ переходить въ достовѣрность при двухъ условіяхъ: 1) если намѣсто ожиданія наступитъ дѣйствительность и 2) если возможенъ только одинъ фактъ. Такъ какъ вѣроятность всегда относится къ ожидаемымъ фактамъ или событіямъ, то областью ея примѣненія является бу-

Эти случаи примѣненія вѣроятности не представляютъ собою, однако, ничего ненормальнаго, ничего такого, что побуждало бы къ выдѣленію ихъ, какъ исключительныхъ будто бы явленій въ юридическомъ быту, въ особую группу. Досто- вѣрность далеко не всегда доступна человѣческому знанію. Что въ данный моментъ обсуждается, какъ достовѣрное, то при послѣдующей повѣркѣ можетъ оказаться не таковымъ, а имѣющимъ характеръ лишь большей или меньшей вѣроятности. Недаромъ иные философы учатъ, что все, что мы называемъ достовѣрнымъ, есть лишь высшая степень научной вѣроятности⁵⁾. Словомъ, опредѣлять въ сферѣ права предположеніе, какъ признаніе факта существующимъ по общей вѣроятности, это значитъ отнести къ области предположеній въ техническомъ смыслѣ значительнѣйшую часть нашихъ сужденій и, между прочимъ, почти всѣ законодательныя нормы⁶⁾.

Это и пришлось сдѣлать Мейеру. Онъ относитъ эти нормы къ области общечеловѣческихъ предположеній, за кото- рыми ему пришлось признать большую основательность сравни- тельно съ предположеніями права, т. е. по его словамъ, „опредѣленіями законодательства, основанными также на пред- положеніяхъ, но на шаткихъ, не дозволяющихъ внести въ содержаніе закона болѣе, чѣмъ одно предположеніе.“⁷⁾ По указаніе на шаткость, т. е. на отсутствіе вѣроятности именно

дущее. Прошедшія событія или факты, непосредственно данные въ на- стоящемъ, мы можемъ лишь тогда сдѣлать доступными опредѣленію по вѣроятности, когда возвратимся назадъ къ состоянію, предшествовавшему ихъ дѣйствительному наступленію и станемъ обсуждать ихъ, какъ будущіе... стр. 394: «Ожидаемые въ будущемъ факты всегда доступны опредѣленію по вѣроятности, если мыслимы какія либо обстоятельства, которыя могутъ воспрепятствовать наступленію этихъ фактовъ. Даже постоянная правиль- ность движенія земли около солнца только вѣроятна, а не достовѣрна».

⁵⁾ *Hartmann, Philosophie des Unbewussten, 5 Aufl. S. 36—47.*

⁶⁾ Это замѣчаніе относится и къ опредѣленію презумцій, даваемому Шмидомъ. *Schmid, Die Praesumptionen im deutschen Reichsstrafrecht. 1884, стр. 17 и 18, См. Fr. 4 Dig. I. 3. Celsus: «ex his. quae forte uno aliquo casu accidere possunt jura non constituuntur. и fr. 5. «Nam ad ea potius debet aptari jus, quae frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.» См. также fr. 3 и 6 h. t., гдѣ о томъ же говорятъ Помпоній и Павелъ.*

⁷⁾ *Мейеръ, стр. 53.*



въ тѣхъ предположеніяхъ, которыя называются законными, хотя въ то-же время относительно нѣкоторыхъ изъ нихъ не допускается доказательства противнаго, и должно бы было навести Мейера на мысль о томъ, какъ неправильно его опредѣленіе предположеній и какъ мало послѣднія имѣютъ общаго съ объективной вѣроятностью. Впрочемъ, извиненіемъ автору можетъ служить то, что въ обыкновенномъ словопотребленіи слову вѣроятность, какъ и слову предположеніе (*Vermuthung*, *praesumptio*) придается самое разнообразное значеніе и что поэтому легко смѣшать оба эти понятія. Современная логика учитъ, однако, строго различать ихъ.

Основой нашихъ убѣжденій о томъ, что истинно, что существуетъ, служитъ вѣрованіе и знаніе ⁸⁾). Вѣрующій можетъ быть такъ же убѣжденъ, какъ и знающій. Сужденіе о предметѣ, основанное на такой вѣрѣ, субъективно такъ же достоверно, какъ и сужденіе, основанное на данныхъ опыта, на знаніи. Но и вѣра, и знаніе не всегда даютъ основаніе твердому убѣжденію. Вѣра можетъ быть смутной, колеблющейся, можетъ быть неяснымъ предчувствіемъ. Знаніе также часто можетъ выражаться въ формѣ мнѣнія. Подъ мнѣніемъ, строго говоря, должна разумѣться именно ниспая форма знанія. Но это слово можетъ служить и вообще для обозначенія такого рода сужденія, при которомъ отсутствуетъ какъ точное знаніе, такъ и твердая вѣра, тѣмъ болѣе, что вѣра можетъ простирается и на предметы или событія, познаваемые изъ опыта, и въ такихъ случаяхъ она легко совпадаетъ съ мнѣніемъ. Мнѣніе, такимъ образомъ, съ одной стороны можетъ опираться на объективныя свидѣтельства, факты опыта, дѣлающіе извѣстное принятіе вѣроятнымъ, не доставляя ему достоверности; а съ другой—на субъективныя свидѣтельства, лежащія въ основаніи нашего вѣрованія, свидѣтельства, которыя не всегда даже доходятъ до яснаго сознанія самого вѣрующаго ⁹⁾).

⁸⁾ *Wundt*, *Logic*. B. I, стр. 370—372 *Glauben und Wissen*.

⁹⁾ *Wundt* l. c.: «Ниспая формы вѣры имѣютъ свое начало въ нашихъ аффектахъ склонности и отвращенія (симпатіи и антипатіи). Такъ какъ эти самые аффекты многообразны, то и вытекающіе изъ нихъ ниспые

Мнѣніемъ, такимъ образомъ, можетъ быть названо не только заключеніе по общей вѣроятности, но и всякаго рода другое заключеніе (напр. по аналогіи, по сравненію и т. д.); наконецъ, оно можетъ также вытекать изъ нисшихъ формъ вѣрованія, съ которыми объективная вѣроятность не имѣетъ ничего общаго, хотя и смѣшивается нерѣдко вслѣдствіе неопредѣленнаго и въ разныхъ значеніяхъ употребляемаго слова: вѣроятность. Въ послѣднемъ случаѣ можно говорить развѣ только о вѣроятности субъективной, т. е. о нашей внутренней склонности, основанной на психологическихъ мотивахъ и опредѣляемой безчисленнымъ множествомъ индивидуальныхъ условій¹⁰⁾. Мнѣніе, которое мы составляемъ себѣ о будущемъ событіи, основано ли оно на субъективныхъ или объективныхъ свидѣтельствахъ, объективно вѣроятно или нѣтъ, можетъ быть названо, въ обширномъ смыслѣ, предположеніемъ — Vermuthung. Предполагать, строго говоря, значитъ заключать о будущемъ фактѣ, и предположеніе, какъ и заключеніе по объективной вѣроятности, можетъ только относиться къ будущему¹¹⁾. Предположенія относительно прошедшихъ событий или совершающихся въ настоящемъ возможны лишь при томъ условіи, если мы вернемся назадъ и станемъ обсуждать ихъ, какъ предстоящія еще. Однако въ обыденной жизни о прошедшемъ и настоящемъ приходится такъ же часто высказывать предположенія, какъ и о будущемъ. Поэтому правъ Бирлингъ, когда относить предположенія безразлично къ фактамъ прошедшаго, настоящаго или

мотивы вѣры могутъ имѣть свой источникъ въ стремленіи къ высшему благополучію, въ эстетическомъ или умственномъ наслажденіи или, наконецъ, тамъ, гдѣ предметъ сужденія есть лице другого человѣка или наша собственная личность, въ любви, ненависти, самолюбіи и т. п. Эти мотивы симпатіи и антипатіи дѣйствуютъ силою и рядомъ разрушительнымъ образомъ, посредствомъ ихъ вѣра видрывается въ область мнѣнія и знанія и поддерживаетъ здѣсь предубѣжденія, которыя давно бы исчезли безъ этихъ субъективныхъ мотивовъ... «Высшая форма вѣрованія вытекаетъ изъ нравственныхъ требованій».

¹⁰⁾ Wundt, Logik. I, стр. 390.

¹¹⁾ Это обстоятельство облегчаетъ, разумѣется, смѣшеніе понятій предположенія и вѣроятности. См. выше прим. 4.

будущаго ¹³⁾). Путь, которымъ мы приходимъ къ созданію предположенія о фактѣ, можетъ быть неяснымъ для насъ самихъ. Мы сами нерѣдко не даемъ себѣ отчета въ основаніяхъ, въ силу которыхъ мы въ нѣчто вѣримъ или почему мы склоняемся къ извѣстному мнѣнію. Справедливо поэтому Буркгардъ говоритъ, что нельзя опредѣлять предположеніе вообще, какъ заключеніе отъ одного факта къ другому. Это, вѣстаети сказать, господствующее доселѣ въ учебникахъ опредѣленіе ¹⁴⁾ предположенія также оказывается такимъ образомъ несоотвѣтствующимъ ни понятію, ни обыкновенному словупотребленію въ источникахъ права ¹⁴⁾, какъ и опредѣленіе, что презумція есть признаніе существованія факта по вѣроятности, что онъ существуетъ.

Надо замѣтить, что въ своей замѣчательной монографіи о презумціяхъ Буркгардъ вообще не признаетъ вѣроятности объективной и, разсуждая о значеніи момента вѣроятности въ понятіи предположенія, онъ говоритъ, что вѣроятность всегда есть нѣчто субъективное. Съ этимъ, конечно, нельзя согласиться и нѣтъ даже надобности это оспаривать. Если-бы Буркгардъ былъ правъ, еслибы мы совсѣмъ лишены были возможности опредѣлять приблизительно по общей объективной вѣроятности, то ему не зачѣмъ было бы пространно доказывать, что вѣроятность не составляетъ существеннаго момента понятія предположенія. Отказываясь признать объективную вѣроятность, Буркгардъ однако часто употребляетъ слово вѣроятность именно въ отрицаемомъ имъ смыслѣ. Когда онъ говоритъ: „Моментъ вѣроятности, равно какъ и моментъ заключенія отъ одного факта къ другому могутъ также содержаться въ понятіи предположенія;

¹²⁾ См. F. von Holtzendorf, Rechtslexicon, Bd. 1, стр. 301. Rechtsvermutungen. Такъ училъ уже Menochius (+1607 г.). См. у Burckhard'a, Civ. Praesumptionen, S. 247 folg. Самъ Burckhard не согласенъ съ этимъ. Онъ относитъ всѣ предположенія къ фактамъ прошедшимъ.

¹³⁾ Значительное большинство юристовъ опредѣляетъ предположеніе вообще, какъ заключеніе отъ доказаннаго или признаннаго факта къ существованію факта доказываемаго. См. напр. Windscheid, Pandecten I. § 133, Wächter, Pandecten I, § 101. Beilage I, стр. 521 слѣд. Regelsberger, Pandecten, 1893, V. I. § 195.

¹⁴⁾ Burckhard, Civ. Praesumptionen, § 16, стр. 114 слѣд. и § 24, стр. 211 слѣд.

но оба эти момента для этого понятія не существенны¹⁵⁾, онъ разумѣетъ, очевидно, вѣроятность объективную. Говори далѣе, что „вѣроятность есть основаніе принятія факта безъ доказательства, слѣдовательно, форма, путь, которымъ къ этому принятію приходятъ“¹⁶⁾, авторъ, можетъ быть, опять таки разумѣетъ объективную вѣроятность. Когда затѣмъ онъ заявляетъ, что презумція „съ полнымъ правомъ можетъ быть обозначена, какъ принятіе вѣроятности, какъ субъективное вѣрованіе въ нѣчто, потому что оно вѣроятно, такъ же, какъ вѣрованіе безъ доказательства, безъ такихъ основаній, которыя достаточны для полнаго убѣжденія“ и подробно затѣмъ развиваетъ мысль, что „въ понятіи презумціи перевѣшиваетъ всетаки отрицательный моментъ, что она есть вѣрованіе безъ доказательства, неполное убѣжденіе“, доказывая эту мысль тѣмъ, что вѣроятность есть „ничто иное, какъ то, что кажется намъ истиной по нашему субъективному воззрѣнію“¹⁷⁾, — то естественно, что читатель, по винѣ автора, становится въ затруднительное положеніе и недоумѣваетъ, не зная, чему вѣрить. Съ одной стороны презумція „съ полнымъ правомъ“ есть принятіе по вѣроятности, субъективное вѣрованіе, съ другой — требуется доказывать, что нѣтъ никакого полнаго права, а „перевѣшиваетъ отрицательный моментъ“ и перевѣшиваетъ потому, что вѣроятности вообще нѣтъ, есть же только „субъективное вѣрованіе, которое можетъ возникнуть даже путемъ дѣлаго ряда бессознательныхъ заключеній“, есть только „склоненіе нашего сознанія къ тому, чтобы принять за истину нѣчто, кажущееся намъ истиной по нашему субъективному воззрѣнію.“ — Болѣе внимательный читатель легко замѣтитъ, что авторъ здѣсь на нѣсколькихъ страницахъ пытается доказать и объяснить то, что вовсе не требовало бы такого пространнаго объясненія, если бы онъ твердо держался общепринятаго различія между понятіями объективной вѣроятности и субъективной и, употребляя слово вѣроятность, помнилъ бы каждый разъ объ этомъ различіи. Разсужденія автора въ данномъ мѣстѣ можно бы

¹⁵⁾ Burekhard. стр. 114.

¹⁶⁾ Id. стр. 114.

¹⁷⁾ Id. стр. 115 и 116.

резюмировать такъ: 1) Возможна только субъективная вѣроятность. 2) Принятіе чего либо по вѣроятности (субъективной) есть принятіе чего либо безъ доказательства. 3) Предположеніе есть принятіе по вѣроятности (субъективной). Выводъ: предположеніе есть принятіе безъ доказательства.

Авторъ готовъ сдѣлать этотъ правильный выводъ, но поперекъ дороги ему стоитъ неправильность первой послыки, неправильность, которую онъ невольно поправляетъ, когда дѣлаетъ третью послыку, принимающую въ его разсужденіи такой видъ: „предположеніе есть субъективное вѣрованіе, которое покоится на вѣроятности (конечно, на объективной)“. Такимъ образомъ, третья послыка, благодаря тому, что авторъ здѣсь разумѣетъ объективную вѣроятность, противорѣчитъ двумъ первымъ и мѣшаетъ сдѣлать вышеприведенный выводъ. Чтобы устранить это противорѣчіе, въ которое впалъ авторъ, и приходится ему заявлять, что „хотя моментъ вѣроятности и входитъ съ полнымъ правомъ въ понятіе презумпціи, но отрицательный моментъ перевѣшиваетъ“ и „моментъ вѣроятности не есть существенный, а существенно принятіе безъ доказательства“. Между тѣмъ, стоило автору только принять различіе между вѣроятностью субъективной и объективной, тогда онъ, не путаясь, не затрудняя читателя, просто и понятно сказалъ бы: Предположеніе есть мнѣніе, которое можетъ быть принято даже по субъективной вѣроятности. Эта вѣроятность есть состояніе нашего сознанія, и она далеко не всегда находится въ соотвѣтствіи съ объективной вѣроятностью (иначе съ логическимъ заключеніемъ по общей вѣроятности), а можетъ основываться просто на вѣрованіи, на субъективной склонности. Отсюда слѣдуетъ, что понятіе вѣроятности въ смыслъ объективной не составляетъ существеннаго момента понятія предположенія. Сказать же: „предположеніе есть принятіе факта по вѣроятности субъективной“—то же, что сказать: „предположеніе есть принятіе факта безъ доказательства“. Въ концѣ концовъ Буркгардъ и говоритъ именно это: „Итакъ, моментъ вѣроятности, если хотять, объективной, можетъ совершенно отсутствовать и будутъ всетаки говорить о презумпціи, что она есть простое принятіе по одной склонности“¹⁸⁾. Короче

¹⁸⁾ *Burckhard*, Praesumtionen § 16, стр. 117.

говоря, авторъ, путаясь нѣсколько и сбиваясь съ дороги, приходитъ всетаки къ правильному выводу, выводу, впрочемъ, заранѣе уже имъ сдѣланному при помощи тщательнаго изученія въ источникахъ значеній словъ: *praesumptio*, *praesumere*. *Praesumere*, какъ нѣмецкое *vermuthen*, по изслѣдованію Бурггарда, значить нѣчто впередъ взять или принять, въ обширнѣйшемъ смыслѣ оно значить: вѣрить, думать, полагать, держаться чего либо безъ доказательства, предвидѣть, догадываться¹⁹⁾.

Подобно Бурггарду опредѣляетъ понятіе предположенія и Бирлингъ. „Нѣчто предположить значить вообще нѣчто принять за фактъ безъ полнаго доказательства. Есть ли этотъ принятый фактъ внѣшній или внутренній (психологическій), прошедшій, настоящій или будущій, будетъ ли это состояніе, отношеніе или событіе — для понятія предположенія это различно“²⁰⁾.

Оба автора одинаково опредѣляютъ понятіе предположенія вообще и, если одинъ говоритъ, что *praesumptio* есть принятіе факта безъ доказательства, по одной склонности, подтверждая свое опредѣленіе примѣромъ изъ Дигестъ²¹⁾, а

¹⁹⁾ Латинскія слова: «*praesumere*», «*praesumptio*» имѣютъ больше значеній, чѣмъ нѣмецкія: «*Vermuthung*», «*vermuthen*» и русское — «предположеніе». «*Praesumere*» употреблялось у Римлянъ, какъ извѣстно, также въ значеніяхъ: преждевременно употреблять, наслаждаться, напередъ желать, предвидѣть, догадываться, рѣшиться на что либо. На языкѣ составителей Юстиніанова свода «*praesumere*» часто значить имѣть дерзость, осмѣлиться, отважиться. Нѣмецкое слово *vermuthen* далеко не имѣетъ всѣхъ этихъ значеній. Въ техническомъ юридическомъ языкѣ *praesumptio* и *Vermuthung* вполне соответствуютъ другъ другу. Русское слово «предположеніе» приобрѣло у юристовъ такое же техническое значеніе, хотя оно болѣе отвѣчаетъ нѣмецкому *Voraussetzung*, для передачи котораго въ русскомъ языкѣ нельзя найти другаго слова, тогда какъ *Vermuthung* можно бы передать словами: догадка, предвидѣніе или предусмотрѣніе, если не хотятъ исключительно держаться заимствованнаго технического слова презумція.

²⁰⁾ *Holtzendorff*, *Rechtslexicon*, I. с. См. примѣч. 12 этого §. Содержаніе цит. соч. Бурггарда передаетъ Оршанскій, «О законныхъ предположеніяхъ» Журн. Гр. и Уг. права, 1874 г., № 4 и 7.

²¹⁾ Fr. 40 § 7. D. de statuliberis XL, 7. Случай здѣсь таковъ: Тицій въ своемъ завѣщаніи распорядился, чтобы рабы, которыхъ онъ отказалъ или

другой говоритъ о принятіи факта безъ полнаго доказатель-ства, то они оба, очевидно, разумѣютъ, что предположеніе есть принятое мнѣніе о фактѣ, которое можетъ быть основано, какъ мы сказали, на объективныхъ и субъективныхъ свидѣ-тельствахъ.

Тамъ, гдѣ нѣтъ достовѣрности относительно существова-нія или свойствъ факта, приходится довольствоваться мнѣніемъ, которое не мѣняетъ своего существа отъ того, будетъ ли оно близко къ истинѣ, или далеко отъ нея, пришли ли мы къ нему путемъ признанія вѣроятности, или какимъ другимъ путемъ, или даже безсознательно. Итакъ, предположеніе вообще есть при-нятое мнѣніе о сомнительномъ, но во всякомъ случаѣ возможномъ фактѣ. Можно или нѣтъ привести какія либо доказательства въ основаніе предположенія, оно всетаки по самому понятію своему допускаетъ существованіе иного мнѣнія и возможность дока-зывать противное. Когда нѣтъ достовѣрности, всегда можетъ возникнуть нѣсколько мнѣній, изъ которыхъ каждое можетъ претендовать на большую близость къ ней. Когда является необходимость избирать непременно одно изъ нихъ (какъ это часто приходится дѣлать законодателю, судѣ, юристу), то вы-боръ того или другого мнѣнія можетъ основываться, смотря по обстоятельствамъ, на объективной вѣроятности, на субъ-ективной склонности, на постороннихъ соображеніяхъ, напр.,

которыхъ онъ повелитъ отпустить, въ теченіи четырехъ мѣсяцевъ по его смерти отдала наслѣднику отчетъ. Завѣщаніе написано было такъ, что до этого распоряженія о дачѣ отчета стояло распоряженіе объ отказѣ нѣкото-рыхъ рабовъ, а послѣ него объ освобожденіи другихъ. Рѣшено, что отказы и отпущенія только въ томъ случаѣ получаютъ силу, если отданъ отчетъ или если наслѣдникъ самъ препятствовалъ дачѣ отчета. Но спрашивается: хотѣлъ ли завѣщатель распоряженіемъ о дачѣ отчета въ 4 мѣсячный срокъ поставить легаты и отпущенія рабовъ въ зависимость отъ исполненія этого распоряженія, такъ что условіе будетъ не выполнено, если дача отчета не послѣдуетъ въ 4 мѣсяца или же этимъ распоряженіемъ онъ желалъ устраи-вать только излишнее промедленіе въ дачѣ отчета? Намѣреніе завѣщателя сомнительно, и судѣ при рѣшеніи вопроса о легатахъ ставится въ обя-занность рѣшать, сообразуясь съ обстоятельствами даннаго случая; но от-носительно отпущенія рабовъ ему указывается, что «*melius autem est prae- sumtionem pro statuliberis esse*».

на соображеніи цѣлесообразности извѣстнаго мнѣнія, большихъ удобствъ, представляемыхъ этимъ мнѣніемъ лицамъ, заинтересованнымъ въ выборѣ. Результатъ этого выбора, т. е. *принятіе извѣстнаго мнѣнія, какъ и самое принятое мнѣніе, мы называемъ также предположеніемъ.*

Выборъ изъ нѣсколькихъ мнѣній часто приходится дѣлать всякому. Если извѣстному мнѣнію о фактѣ, по господствующему представленію мыслящихъ людей, по соображеніямъ общей логики, по даннымъ людского опыта и навыка, отдается обыкновенно всѣми предпочтеніе, то это будетъ *предположеніе общечеловѣческое.* Такое предположеніе по существу не имѣетъ принудительнаго характера для отдѣльнаго лица, которому въ данномъ конкретномъ случаѣ предстоитъ самому сдѣлать выборъ. Однако оно не можетъ, конечно, остаться безъ вліянія на этотъ выборъ. Особенно это вліяніе имѣетъ важное значеніе для судьи, которому при рѣшеніи вопроса о спорномъ фактѣ нерѣдко приходится руководствоваться этими общечеловѣческими предположеніями (*praesumptiones hominis seu facti*). Если извѣстное мнѣніе о сомнительномъ фактѣ указывается, какъ предпочтительное, закономъ, то это будетъ такъ называемое *юридическое предположеніе.* Выборъ предпочтительнаго мнѣнія здѣсь зависитъ вполне отъ воли законодателя, который можетъ быть побуждаемъ къ извѣстному выбору самыми разнообразными соображеніями, политическими, нравственными и т. д., вообще соображеніями не только справедливости, но и цѣлесообразности, и общаго блага. Изъ двухъ или нѣсколькихъ возможныхъ мнѣній о фактѣ законъ указываетъ то, которое должно быть предпочтительно принято. Объ обязанности законодателя руководствоваться здѣсь непременно соображеніями объективной вѣроятности не можетъ быть и рѣчи. Онъ прямо предписываетъ судѣ принимать извѣстное мнѣніе о фактѣ или, что тоже самое, сомнительный фактъ безъ доказательства. Такимъ образомъ, данное Мейеромъ опредѣленіе презумпцій приходится измѣнить и понимать: *подъ предположеніемъ вообще* — избранное или принятое мнѣніе о сомнительномъ предметѣ; *подъ общечеловѣческимъ предположеніемъ* — такое мнѣніе, которое по тѣмъ или другимъ основаніямъ можно назвать общепринятымъ, господствующимъ въ средѣ мыслящихъ людей; *подъ юридическимъ предположеніемъ въ обширномъ смыслѣ* — всякое опредѣ-

леніе объективнаго права, въ которомъ выражается принятіе законодателемъ опредѣленнаго мнѣнія относительно какого либо сомнительнаго предмета ²²). Подъ *юридическимъ предположеніемъ* въ техническомъ смыслѣ — юридическое опредѣленіе, въ силу котораго возможный, но сомнительный фактъ или таковое же качество принимаются за объективно вѣроятные или даже достовѣрные и обсуждаются, какъ существующіе и доказанные ²³). Такимъ образомъ, мы имѣемъ здѣсь дѣло съ приемомъ родственнымъ тому,

²²) Въ этомъ смыслѣ подъ понятіе предположенія подойдут такіа опредѣленія права, какъ напр., отнятіе у женщины, вступившей во второй бракъ, опеки надъ дѣтьми отъ перваго брака въ предположеніи, что у нея *maternus affectus non permanere*. (I. 22; § 5 Cod. de administratione tutorum, V, 37 и I. 2 Cod. quando mulier tutelae etc. V. 35) или пожалуй, даже всѣ правила права, которыя введены «*propter sexum infirmitatem*»; «*propter fragile consilium minorum*» и т. п. S. C. Vellejanum объявляетъ *intercessio* женщины недействительнымъ, «*quia facilius mulier se obligat, quam alicui donat*». Fr. 4 § 1. Dig. ad S. C. Vell. 16. 1. Этого рода правила закона можно называть также презумціями, но не въ техническомъ смыслѣ. Здѣсь принятіе законодателемъ извѣстнаго мнѣнія послужило мотивомъ къ изданію юридическаго предписанія, которое примѣняется независимо уже оттого, что мнѣніе законодателя оказывается несправедливымъ вообще или неоправдываемымъ въ данномъ конкретномъ случаѣ. Относительно данной женщины можно, сколько угодно, доказывать, что она вовсе не охотно принимаетъ на себя обязательства или что она очень любитъ дѣтей отъ перваго брака, правила, вызваннаго предположеніемъ законодателя, получать примѣненіе. Иногда предположеніе существованія извѣстнаго факта является побужденіемъ для законодателя къ изданію диспозитивнаго опредѣленія. Напр., законъ опредѣляетъ, что при отдачѣ въ аренду земли предполагается установленнымъ и право залога на *investa et illata*, если противное ясно не выговорено. Вообще законъ предполагаетъ, что такъ называемыя *naturalia negotii*, естественныя части сдѣлки, включены въ нее, если противное не выговорено. Въ этихъ случаяхъ также нельзя оспаривать вѣрности предположенія закона вообще или примѣнимости его къ данному случаю; а можно только, въ виду диспозитивнаго характера предписанія, указывать, что на основаніи особаго соглашенія сторонъ примѣненіе предположенія исключается. Бурггардъ и въ этихъ случаяхъ не видитъ предположеній въ собственномъ смыслѣ. См. Praesumptionen, § 20. Contra Bierling въ цит. статьѣ изъ Handlexicon Гольцендорфа.

²³) Признаніе существованія сомнительнаго факта или качества можетъ имѣть цѣлью только освобожденіе заинтересованнаго въ при-

который употребляется при созданіи фикцій. И тамъ, и здѣсь мы имѣемъ дѣло съ законодательными нормами, предписывающими принятіе извѣстнаго мнѣнія о фактѣ. Разница только въ томъ, что при фикціи предписывается вымышлять извѣстный фактъ или качество, завѣдомо несуществующее, а при презумціи принимать извѣстный возможный, но сомнительный фактъ или таковое же качество за доказанные. Сходство обоихъ пріемовъ бросается въ глаза. Особенно оно очевидно въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ не только предполагаетъ суще-

знаніи существованія факта лица отъ доказательства этого существованія или облегченіе этого доказательства; почему ученіе о презумціяхъ относится къ ученію о доказательствахъ въ процессѣ и говорятъ, что презумція замѣняетъ доказательство, что она есть суррогатъ доказательства. Таковы, напр., презумціи относительно времени смерти лицъ, одновременно погибшихъ отъ общей опасности. Буркгардъ называетъ этого рода презумціи процессуальными. *Praesumptionen* § 19. Иногда законодатель предполагаетъ извѣстный возможный фактъ существующимъ и съ существованіемъ его связываетъ извѣстныя послѣдствія, такъ что, если этотъ сомнительный и принятый законодателемъ безъ доказательства фактъ не окажется на лицѣ, то указанная въ законѣ послѣдствія не должны наступить. Иначе говоря, въ этихъ случаяхъ принятый безъ доказательства фактъ законодатель ставитъ условіемъ для примѣненія связываемыхъ имъ съ этимъ фактомъ послѣдствій. Этого рода случаи Буркгардъ называетъ матеріальными презумціями въ собственномъ смыслѣ. *Praesumptionen*, § 21. Въ примѣръ ихъ можно привести предположеніе, содержащееся въ 1. 27 *Cod. de pignoribus* 8. 14 и въ *Nov. 136 cap. 2*. Въ первомъ изъ цитируемыхъ мѣстъ Юстиніанъ *super amputanda omni machinatione* по отношенію къ мнѣніямъ и содержателямъ ссудныхъ кассъ постановилъ, что если такой содержатель кассы заключилъ заемъ, а послѣ купилъ снуду или родственнику мѣсто (*militia*—должность), то предполагается, что мѣсто куплено на занятія деньги и кредитору на этомъ основаніи предоставляется взыскивать долгъ съ обладателя мѣста или заставить послѣдняго продать мѣсто и выдать, что онъ могъ получить отъ этой продажи. Словомъ, на *militia*, вслѣдствіе предположенія, накладывается ипотека. Однако допускается доказывать, что деньги на покупку *militia* были даны другими лицами, что предположеніе не вѣрно. Очень часто фактомъ, который приходится принимать за существующій, является воля лица, совершающаго юридическое дѣйствіе. Такъ въ случаѣ возникшей между завѣщателемъ и легатаремъ вражды законъ выставляетъ предположеніе объ отъѣзѣ завѣщателемъ легата. Этого рода презумціи Буркгардъ называетъ презумціями воли — *praesumptiones voluntatis*. *Burckhard, Praesumptionen* § 30—32.

ствующимъ сомнительный фактъ, но и не дозволяетъ доказывать противное этому предположенію. Эти случаи, носящіе названіе *praesumptiones juris et de jure* всего чаще смѣшиваются съ фикціями. Они, дѣйствительно, особенно близки послѣднимъ и по цѣли, и по значенію.

Хотя презумціи такимъ образомъ оказываются родственными фикціямъ, что естественно повело къ тому, что ихъ нерѣдко смѣшивали; однако, презумціи всегда, если позволять такъ выразиться, пользовались большими симпатіями юристовъ. Въ то время, какъ противъ фикцій часто воздвигаются гоненія, какъ противъ незаконныхъ дочерей юриспруденціи, за которыхъ она будто бы должна краснѣть, вторыя пользуются полнымъ признаніемъ законности своего рожденія. Нѣкоторому сомнѣнію подвергаются иногда только *praesumptiones juris et de jure*, сходство которыхъ съ фикціями замѣтнѣе, тогда какъ родство съ послѣдними предположеній вообще часто рѣшительно отрицается.

Это мнѣніе, что между юридическими фикціями и презумціями нѣтъ ничего общаго, подробно развито Г. Муромцевымъ въ его сочиненіи „О консерватизмѣ римской юриспруденціи“. Указывая, что Мейеръ разсматривалъ презумціи и фикціи, какъ явленія родственныя, Г. Муромцевъ говоритъ: „при подобномъ приѣмѣ упускается изъ виду, что презумція есть явленіе, существованіе котораго обусловлено такимъ недостаткомъ юридическаго мышленія, которымъ это послѣднее обладало и, по всей вѣроятности, будетъ обладать всегда; тогда какъ фикція составляетъ результатъ его преходящаго несовершенства. Источникъ презумцій заключается въ невозможности для судьи во всѣхъ случаяхъ добираться путемъ правильнаго изслѣдованія до истины, вслѣдствіе чего право и указываетъ судѣ руководиться въ нѣкоторыхъ случаяхъ предположеніями, выведенными на основаніи вѣроятности изъ данныхъ опыта жизни. Ничего общаго не имѣютъ съ этимъ фикціи. Необходимость ихъ существованія есть только кажущаяся, и логическій приѣмъ, составляющій ихъ содержаніе, не естественный, а искусственный; презумцію создаетъ разсудокъ, фикцію воображеніе²⁴⁾“.

²⁴⁾ Муромцевъ, О консерватизмѣ римской юриспруденціи. Москва 1875 г. стр. 100.

При всемъ нашемъ уваженіи къ авторитету почтеннаго ученаго, на этотъ разъ мы не можемъ раздѣлять его мнѣніе и признаемъ, что Мейеръ былъ правъ и что пріемъ его повелѣ бы къ благоприятнымъ результатамъ, еслибы онъ внимательнѣе отнесся къ вопросу о сущности разсматриваемыхъ имъ явленій. Смѣшивать фикціи съ презумціями, какъ это дѣйствительно дѣлаютъ нѣкоторые писатели, конечно, не слѣдуетъ, и Мейеръ, между прочимъ, ясно указалъ на существующую между ними разницу; но отрицать всякую родственную связь между этими явленіями, по нашему мнѣнію, невозможно. Въ самомъ дѣлѣ, на чемъ основывается это отрицаніе? На томъ соображеніи, что презумція явленіе постоянное, необходимое во всякомъ правѣ, а фикціи — временное и не необходимое? Но это соображеніе едва ли вѣрно даже съ точки зрѣнія г. Муромцева: постояннымъ и неизмѣннымъ явленіемъ въ правѣ могутъ быть признаны лишь общечеловѣческія предположенія — *praesumptiones hominis*; что же касается такъ называемыхъ законныхъ предположеній, то они въ большинствѣ могутъ быть разсматриваемы, какъ такой же временный продуктъ историческаго развитія права, какъ и фикціи, являясь иногда также результатомъ преходящаго несовершенства юридическаго мышленія и будучи, подобно фикціямъ, искусственнымъ средствомъ удовлетворенія какой либо реальной потребности.

Многимъ ли, напр., отличается въ этомъ отношеніи отъ фикцій знаменитое Муціаново предположеніе? Во всякомъ случаѣ оно является на нашъ взглядъ не менѣе искусственнымъ средствомъ удовлетворенія временно народившихся потребностей, чѣмъ хотя бы предписаніе претора обсуждать иностранца, какъ римскаго гражданина. Еще болѣе близки къ фикціямъ въ этомъ отношеніи тѣ презумціи, при которыхъ не допускается доказательства противнаго. И источникъ фикцій и презумцій не такъ уже различенъ. Едва ли справедливо говорить, что право предписываетъ судѣ руководствоваться презумціями лишь въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ ему трудно добираться до истины путемъ правильнаго изслѣдованія. Разсматривая примѣры законныхъ презумцій, легко видѣть, что въ извѣстныхъ случаяхъ законодатель по тѣмъ или другимъ соображеніямъ предпочиталъ, чтобы судья не изслѣдовалъ истины, не имѣя вовсе въ виду облегчить этимъ задачу судьи, а желая достигнуть совершенно другихъ цѣлей. Неужели толь-

ко трудность изслѣдованія истины заставляетъ всѣ законодательства выставять предположеніе, что дитя, рожденное въ бракѣ, законно? Конечно, не интересы судьи и не желаніе избѣгать для него затрудненій создали вышеупомянутое предположеніе Муція или приведенное выше предположеніе fr. 40 § 7 Dig de statuliberis, гласящее: *melius est praesumptionem pro statuliberis esse* ²⁵⁾.

Говорятъ, что фикція есть „дитя воображенія, гостя незваннаго въ области права“ (Мейеръ), а презумціи суть „созданіе разсудка“, а потому необходимость первыхъ кажущаяся, а вторыя неизбежны во всякомъ правѣ.

Говоря такъ, дѣлаютъ двѣ ошибки: первая состоитъ опять таки въ томъ, что имѣютъ въ виду, будто предположенія основываются исключительно на вѣроятности; а вторая въ томъ, что смѣшиваютъ употребляемый при фикціи приемъ съ вызвавшей ее причиной. Фикція создается при помощи воображенія, но не оно ее создаетъ, а тотъ же холодный разсудокъ, слуга нашихъ потребностей, который создаетъ и предположенія. И при созданіи законныхъ предположеній не все основано на простомъ вычисленіи и разчетѣ, и здѣсь цѣль достигается, какъ мы видѣли, при помощи воображенія, подсказывающаго существованіе факта, правда возможнаго, но не рѣдко тамъ, гдѣ не легко и даже невозможно сослаться хотя бы на вѣроятность этого существованія, но гдѣ разсудокъ требуетъ всетаки признать его.

Несомнѣнно, что между существующими въ правѣ законными предположеніями встрѣчались и продолжаютъ встрѣчаться такія, степень вѣроятности которыхъ весьма различна: иногда она очень велика и граничитъ съ достовѣрностью, иногда же возможность предполагаемаго закономъ факта является настолько незначительной, такъ близко граничитъ съ вымысломъ, что невольно затруднишься, куда отнести данное юридическое опредѣленіе: къ области ли юридическихъ фикцій или къ области законныхъ предположеній. Разумѣется, степень вѣроятности предположенія, что *pater est, quem nuptiae demonstrant* болѣе или менѣе велика. Не только вѣроятно, а даже можетъ быть достовѣрно предположеніе, что дитя, рожденное спустя 10 мѣсяцевъ по прекращеніи брака,

²⁵⁾ См. выше, прим. 21.

есть незаконнорожденное ²⁶⁾, или что дитя, рожденное через 6 мѣсяцевъ отъ заключенія брака, зачато въ этомъ бракѣ; но уже далеко не такъ велика, напр., вѣроятность, что деньги, занятія солдатомъ, состоящимъ подъ отеческой властью, употреблены на военные нужды. А между тѣмъ это предположеніе являлось въ римскомъ правѣ императорскаго періода, какъ *praesumptio juris et de jure*, т. е. не допускавшее доказательствъ противнаго. Не близко ли граничатъ такіа предположенія съ вымысломъ? Возьмемъ другой еще болѣе интересный примѣръ предположенія, допускаемаго всѣми извѣстными законодательствами и выражающагося въ общеизвѣстномъ правилѣ: „*nemo censetur ignorare legem*“. Считается, что всякій имѣетъ возможность знать законы, разъ они были обнародованы установленнымъ порядкомъ. На этомъ основаніи наказуемы правонарушенія и преступленія, хотя бы они и были совершены по невѣдѣнію закона; на этомъ основаніи и въ области гражданскихъ отношеній *ignorantia juris nocet*. Между тѣмъ несомнѣнно, что вѣроятность, на которой построено указанное правило, во многихъ случаяхъ прямо совпадаетъ съ вымысломъ.

Англійскіе юристы и пришли, дѣйствительно, къ тому, что предполагаютъ всякаго англичанина присутствующимъ въ парламентѣ въ лицѣ своихъ представителей и отсюда выводятъ, что нѣтъ надобности въ обнародованіи закона и что законы должны считаться извѣстными во всемъ королевствѣ съ того момента, какъ они одобрены обѣими палатами и санкціонированы королемъ ²⁷⁾.

²⁶⁾ Хотя въ мед. наукѣ признаются возможными и случаи болѣе продолжительной беременности. См. *Гюфманъ*, учебникъ судебн. медицины перев. подъ ред. проф. Сорокина 1891 г. стр. 156.

²⁷⁾ *Duméril*. *Les fictions juridiques*, стр. 8. Замѣтимъ, что въ приведенномъ случаѣ очень многіе юристы не видятъ предположенія права. Дѣйствительно, еслибы правило закона было сформулировано такъ: «всякій обязанъ знать законы», то мы имѣли бы дѣло съ нормой права принудительнаго; причемъ норма эта отличалась бы страннымъ характеромъ, такъ какъ требовала бы, особенно въ государствахъ съ развитымъ законодательствомъ, отъ громаднаго большинства гражданъ невозможнаго. Такое требованіе, разъ оно выставлено въ законѣ, должно имѣть въ своемъ основаніи всетаки предположеніе, что выполненіе его возможно. Если законъ сформулированъ такъ: «Никто не можетъ отговариваться незнаеміемъ закона,

Этотъ примѣръ наглядно доказываетъ, на нашъ взглядъ, существованіе родственной связи между законными предположеніями и фикціями. Очевидно, что далеко не всегда и не всѣ законныя предположенія основывались и основываются на болѣе или менѣе значительной вѣроятности, что иногда возможность факта (напр., возможность знанія каждымъ гражданиномъ законовъ) прямо невѣроятна; но законодатель, по необходимости, въ силу требованія разсудка, прибѣгаетъ въ данномъ случаѣ къ помощи воображенія и вымышленно считаетъ эту возможность за вѣроятность и даже за достовѣрность, недопускающую доказательства противнаго.

Но если не всѣ презумціи являются созданіями исключительно одного разсудка, то съ другой стороны, вопреки мнѣнію г. Муромцева, далеко не всѣ фикціи суть созданія одного воображенія. Къ нимъ прибѣгаютъ не затѣмъ, чтобы отрицать истину, замѣнивъ ее продуктомъ фантазіи, а чтобы, временно отрѣшившись отъ нея, достигнуть опредѣленной, не воображеніемъ, а разсудкомъ ясно намѣченной цѣли. Миръ явленій юридическаго быта знакомъ съ такими вымыслами, про которые можно сказать, что они стоятъ на границѣ реального и что допущеніе ихъ въ правѣ вызывалось необходимыми потребностями самой дѣйствительности, требовалось здравымъ разсудкомъ. Такъ что хотя здѣсь и прибѣгали къ помощи воображенія, но послѣднее вовсе не являлось тѣмъ незванымъ гостемъ, про котораго сложилась извѣстная русская пословица. Возьмемъ въ примѣръ признаніе юридической личности и правоспособности въ имущественной сферѣ за государствомъ, общинами и корпораціями.

Какъ бы мы ни относились къ фикціи юридическаго лица вообще, хотя бы вовсе отрицали ея надобность; но мы

обнародованнаго въ установленномъ порядкѣ», то мы имѣемъ дѣло съ нормой права запретительнаго. Незнаніе закона здѣсь допускается, равно какъ и знаніе, но имѣется предположеніе, что послѣднее всѣмъ легко доступно по обнародованію закона. Наконецъ, еслибы законъ былъ сформулированъ такъ: «всякій гражданинъ считается знающимъ законы своей страны», то мы имѣли бы дѣло съ нормой права, которая была бы презумціей въ ея чистѣйшемъ видѣ. Вопросъ о томъ, насколько можно говорить о предположеніи въ двухъ первыхъ случаяхъ, мы разсмотримъ ниже. Здѣсь же мы разсуждаемъ, представляя себѣ возможнымъ третій случай.

должны будемъ, конечно, согласиться, что признаніе, по аналогіи съ физическими лицами, за общинами и корпораціями юридической личности далеко не представляется такимъ искусственнымъ логическимъ приемомъ, какимъ являются указанныя выше предположенія римскаго права: что тѣ пріобрѣтенія, объ источникѣ которыхъ жена умалчиваетъ, дошли къ ней отъ мужа и что сынъ семьи солдатъ занимаетъ непремѣнно на военныя надобности.

Фикція есть, можетъ быть, приемъ болѣе искусственный, но во всякомъ случаѣ близкій приему презумцій и не заключающій въ себѣ ничего постыднаго или опаснаго для юриспруденціи, если только не увлекаться и не злоупотреблять имъ. Да, кромѣ того, оба приема не такъ уже различны и по цѣли, которой стремятся достигнуть при ихъ помощи. Въ этомъ отношеніи не подлежитъ особенно сомнѣнію тѣсное родство презумцій *juris et de jure* съ фикціями, такъ какъ и тѣ, и другія употребляются главнымъ образомъ въ цѣляхъ систематики, для облегченія пониманія и представленія права ²⁸⁾. Этой же цѣли служатъ и нѣкоторыя изъ простыхъ *praesumptiones juris*; хотя главная цѣль послѣднихъ преимущественно практическая—облегчить доказательство отдѣльныхъ фактовъ; но нѣкоторымъ изъ нихъ не чужды и другія цѣли, одинаковыя съ тѣми, которыя имѣются въ виду при созданіи фикцій и презумцій *juris et de jure*, а именно созданіе новыхъ нормъ для матеріальнаго регулированія частныхъ правоотношеній, а также удовлетвореніе извѣстнымъ требованіямъ нравственнымъ, политическимъ и т. п., вообще цѣлесообразности и общаго блага ²⁹⁾.

²⁸⁾ Поэтому то *praesumptiones juris et de jure* и не пользуются симпатіей среди юристовъ, которые, смѣшивая ихъ съ фикціями или отдѣляя отъ нихъ, стараются изгнать ихъ изъ юриспруденціи. См. *Burckhard, Praesumptionen. Anhang.*

²⁹⁾ Вирлингъ въ цит. статьѣ слишкомъ рѣзко проводитъ разницу между *praesumptiones juris* съ одной стороны и фикціями и *praesumptiones juris et de jure* съ другой въ отношеніи къ преслѣдуемой ими цѣли. Но, во первыхъ, онъ и самъ вынужденъ заявить, что требованія нравственнаго чувства, эстетическія (?) и другія соображенія могутъ играть роль при созданіи презумцій обоого рода, а во вторыхъ не подлежитъ сомнѣнію, что роль *praesumptiones juris* не ограничивается однимъ облегченіемъ доказательства въ про-

Сказаннаго, надѣмся, достаточно, чтобы показать, на сколько справедливо заявленіе г. Муромцева объ отсутствіи всякой связи между фикціями и предположеніями.

Все сказанное г. Муромцевымъ было бы справедливо, если бы презумціи были только заключеніями изъ извѣстныхъ фактовъ, выводимыми на основаніи законовъ логики. Тогда всѣ законныя предположенія можно было бы свести на степень предположеній общечеловѣческихъ. Это и пытался дѣйствительно сдѣлать Эндеманъ въ его сочиненіи, цитируемомъ г. Муромцевымъ ³⁰⁾.

Пусть читатели сами судятъ, насколько нѣкоторыя изъ приведенныхъ нами презумціи могутъ быть названы общечеловѣческими.

Итакъ, во второй группѣ явленій, разбираемыхъ Мейеромъ, въ той, въ которой имѣетъ мѣсто предположеніе существующимъ факта возможнаго, мы имѣемъ случаи, гдѣ употребляемый для примѣненія юридическихъ опредѣленій приемъ близокъ къ вымыслу.

Эти именно случаи предположеній легко могутъ быть подводимы подъ понятіе фикцій въ общирномъ смыслѣ. Предположеніе фактовъ возможныхъ и вѣроятныхъ занимаетъ, естественно, средину между несомнѣннымъ достовѣрнымъ су-

щесствъ. Когда законодатель выставляетъ презумцію, что женщина, вступившая во второй бракъ и требующая обратно отъ своихъ дѣтей отъ перваго брака дара по неблагодарности, на самомъ дѣлѣ требуетъ его по причинѣ вступленія во второй бракъ, то этимъ онъ прямо отмѣняетъ въ подобныхъ случаяхъ *revocatio propter ingratitude*. Nov. 22, cap. 35. Когда законъ предполагаетъ, что воля завѣщателя была такова, чтобы универсальный фидеикомиссъ перешелъ къ получателю *cum opere legatorum*, т. е. съ обязанностью выдачи легатовъ, то этимъ создается правило права, что на получателя фидеикомисса падаетъ въ соответственной долѣ обязанность выдачи легатовъ. Fr. 2 ad. S. C. Trebell. 36, 1 сопоставить съ 1. 2. Cod. eod. 6, 49. «Ad eum, cui ex S. C. Trebelliano pars hereditatis restituitur, successionis onera seu legatorum praestationem pro competentі portione spectare indubitati juris est». Когда законъ говоритъ, что деньги, занятыя сыномъ семьи солдатомъ, взяты на военныя надобности, то онъ вводитъ исключеніе изъ правила, установленнаго по S. C. Macedonianum. См. также напр. выше цитир. fr. 40, § 7. Dig. 40, 7 и особенно см. § 3 I. quibus mod. toll. obl. 3, 29 и 1. ult. Cod. de nov. et deleg. 8, 42. Burckhard, Praesumptionen S. 90 folg.

³⁰⁾ Endemann, Die Beweislehre der Civilproc. § 23—27.

ществованіемъ факта и завѣдомымъ вымысломъ, оттого и понятно колебаніе во мнѣніяхъ объ отношеніи предположеній къ фикціямъ.

Замѣтимъ, что, кромѣ указаннаго Мейеромъ и общепринятаго издавна раздѣленія предположеній на *praesumptiones hominis*, *praesumptiones juris* и *praesumptiones juris et de jure*, въ разное время различными авторами выставлялись другія разныя подраздѣленія ихъ, не имѣющія по большей части никакого научнаго значенія. Исключеніе составляетъ въ этомъ отношеніи цитированная уже не разъ монографія Бурггарда, гдѣ авторъ съ глубокимъ знаніемъ дѣла старается опредѣлить различныя виды презумцій по ихъ содержанію, отличая: презумціи права въ обширномъ и тѣсномъ, собственномъ смыслѣ, презумціи матеріальныя и процессуальныя, презумціи происшествій и презумціи воли и т. п. Разъясненіе основаній всѣхъ этихъ подраздѣленій и разборъ ихъ должны были бы, пожалуй, занять мѣсто здѣсь въ главѣ, посвященной классификаціи родственныхъ фикціямъ явленій юридическаго быта; но такъ какъ роды и виды презумцій, установленныя Бурггардомъ, не получили общаго признанія и такъ какъ изложеніе всѣхъ родовъ и видовъ предположеній отвлекло бы насъ слишкомъ далеко отъ главной цѣли, намѣченной въ этой части работы, т. е. опредѣленія природы и сущности всѣхъ группъ тѣхъ особыхъ ненормальныхъ явленій юридическаго быта, которыя подводятся иногда подъ понятіе юридическихъ фикцій въ обширномъ смыслѣ, и, въ частности, — разбора классификацій этихъ явленій, выставленныхъ Мейеромъ и Дюмерилемъ, то мы удовольствуемся пока господствующимъ понятиемъ дѣленіемъ презумцій, а съ возраженіями противъ этого дѣленія и съ видами презумцій, выставляемыми Бурггардомъ, предоставимъ себѣ познакомиться позднѣе.

Впрочемъ, объ одномъ изъ этихъ выдѣленныхъ Бурггардомъ видовъ презумцій, о презумціяхъ воли, придется говорить сейчасъ по поводу характеристики такъ называемыхъ скрытныхъ дѣйствій, въ которой мы перейдемъ въ слѣдующемъ параграфѣ.

§ 3.

Скрытныя дѣйствія (презумціи воли).

Объ предыдущія группы явленій юридическаго быта могутъ быть разсматриваемы, какъ случаи примѣненія особыхъ техническихъ приѣмовъ юридическаго мышленія. Совершенно иное представляется намъ въ третьей группѣ описываемыхъ Мейеромъ уклоненій отъ нормальнаго порядка, въ такъ названныхъ имъ скрытныхъ дѣйствіяхъ. Названіе уже показываетъ, что здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ созданіемъ юридической техники, а съ особаго рода изъясненіями воли, съ случаями юридическихъ дѣйствій. Съ перваго взгляда можетъ поэтому показаться страннымъ, что Мейеръ говоритъ о скрытныхъ дѣйствіяхъ непосредственно за фикціями и презумціями. Но съ той точки зрѣнія, съ которой онъ разсматриваетъ въ своемъ сочиненіи всѣ явленія юридическаго быта, т. е. съ точки зрѣнія образа примѣненія юридическихъ опредѣленій къ фактамъ, случаи скрытныхъ дѣйствій, какъ понималъ ихъ Мейеръ, могутъ быть поставлены рядомъ съ презумціями, ибо въ нихъ также замѣчается ненормальность, уклоненіе, которое, по словамъ Мейера, здѣсь состоитъ въ томъ, что „юридическое опредѣленіе примѣняется къ факту, хотя существующему въ дѣйствительности, но выражаемому другимъ фактомъ, какъ знакомъ или эквивалентомъ“. Такъ какъ подъ это опредѣленіе легко можно подвести случаи совершенія такъ называемыхъ символическихъ дѣйствій, то Мейеръ и старается между прочимъ выяснитъ отличіе послѣднихъ отъ дѣйствій скрытныхъ. Мы разсмотримъ сначала понятіе скрытныхъ дѣйствій:

Скрытность дѣйствія зависитъ отъ способа изъясненія воли лица. Воля можетъ быть выражена прямо, непосредственно, въ такихъ дѣйствіяхъ, которыя предпринимаются именно съ тою цѣлью, чтобы свидѣтельствовать о существованіи ея. Такъ, непосредственно она выражается въ словахъ, въ рѣчи, въ письмѣ и т. д. Но изъясненіе воли можетъ заключаться и въ такихъ дѣйствіяхъ, которыя имѣютъ свою самостоятельную цѣль, но по которымъ можно заключать о существованіи у лица воли на какое либо другое дѣйствіе. Такое проявленіе воли посредствомъ дѣйствій, имѣющихъ

свою самостоятельную цѣль и лишь косвенно, такъ сказать, свидѣтельствующихъ и о волѣ лица на другое дѣйствіе, называютъ посредственнымъ или косвеннымъ изъясненіемъ воли ¹⁾.

Мейеръ трактуетъ вопросъ не съ точки зрѣнія способовъ изъясненія воли и его вниманіе обращаютъ на себя не тѣ дѣйствія, которыя, преслѣдуя свою самостоятельную цѣль, указываютъ въ тоже время на существованіе у дѣйствующаго воли на другое дѣйствіе, не *facta concludentia* (*schlussige Handlungen*), а тѣ дѣйствія или факты, воля на которые обнаруживается посредственно. Интересуютъ его послѣднія дѣйствія потому, что хотя сами непосредственно они не обнаруживаются, но „юридическія опредѣленія, рассчитанныя на нихъ, получаютъ силу“.

Ставя такимъ образомъ рядомъ случаи скрытныхъ дѣйствій съ случаями примѣненія фикцій и презумцій, Мейеръ, естественно, желаетъ отличить первыя отъ послѣднихъ, и ошибочно видитъ этотъ отличительный признакъ въ томъ, что существованіе скрытныхъ фактовъ выдаетъ знакъ, свидѣтельствующій о дѣйствительномъ ихъ существованіи, а не о вѣроятномъ. ²⁾.

Насколько неудачно выбранъ этотъ, якобы характерный для скрытныхъ дѣйствій, признакъ, видно изъ того уже, что нѣсколькими страницами ниже ³⁾, говоря о томъ, что при скрытныхъ и символическихъ дѣйствіяхъ для доказательства дѣйствія надо доказать его знакъ, доказать то, что служить его выраженіемъ, Мейеръ самъ вынужденъ отмѣтить, что при скрытныхъ дѣйствіяхъ „возможно иногда сомнѣніе, дѣйствительно ли доказанный фактъ служить органомъ воли, прямо въ немъ невыраженной“ и что сомнительное скрытное дѣйствіе имѣетъ тогда значеніе предположенія. Эта неправомерность или непослѣдовательность въ указаніи отличительнаго признака скрытныхъ дѣйствій не можетъ быть однако поставлена Мейеру въ вину, хотя бы уже по той причинѣ, что не только въ его время, но и доселѣ юристы не согла-

¹⁾ О различіи способовъ изъясненія воли см. I-е и II-е приложенія къ этому §.

²⁾ Мейеръ, стр. 69.

³⁾ Ib. стр. 84.

сились относительно пониманія косвеннаго изъявленія воли и установленія признаковъ скрытныхъ дѣйствій.

Всѣ согласны, что бывають случаи, когда воля на одно дѣйствіе проявляется посредствомъ совершенія другого дѣйствія, для обнаруженія этой воли не назвавшася, но тѣмъ не менѣе обнаруживающаго ее. Но въ обсужденіи этихъ случаевъ юристы издавна расходятся. Одни, подобно Мейеру, заявляютъ, что между скрытнымъ дѣйствіемъ и тѣмъ, посредствомъ котораго обнаруживается воля на него, должна быть необходимая внутренняя связь, которая давала бы основаніе къ „несомнѣнному заключенію изъ даннаго поведенія (дѣйствія или упущенія) лица о наличности у него извѣстной воли“. Такъ обсуждаютъ понятіе конклюдентныхъ фактовъ Штѣссель, Арндтсъ, Виндшейдъ, Вехтеръ, Буркгардъ и др. ⁴⁾, отождествляя понятіе конклюдентныхъ фактовъ съ молчаливымъ изъявленіемъ воли и исключая, какъ изъ понятія молчаливаго изъявленія воли, такъ и изъ понятія конклюдентныхъ фактовъ, тѣ случаи, когда заключеніе о существованіи у лица воли на другое дѣйствіе логически не принудительно, а его приходится строить на предположеніи. Случай, гдѣ обнаруживается *voluntas tacita*, отличаютъ строго отъ случаевъ, гдѣ имѣется *voluntas praesumpta*. Особенно выдвигаетъ это различіе Буркгардъ. Другіе ученые, начиная съ Савиньи, не такъ уже строги въ опредѣленіи понятія конклюдентныхъ фактовъ и усматриваютъ главный признакъ здѣсь въ томъ, что воля на одно дѣйствіе выводится здѣсь путемъ умозаключенія изъ другого дѣйствія, имѣющаго свою самостоятельную цѣль—все равно, будетъ ли это заключеніе логически необходимо или только вѣроятно ⁵⁾.

⁴⁾ *Stössel*, *Stillschweigende Willenserklärung*, 1859; *Arndts*, *Pandecten*, § 64; *Windscheid*, *Pandect.* § 72 стр. 177 и прим. 8, 9, 10, гдѣ указаны многочисленные примѣры и литература вопроса. *Wächter*, *Pandect.* II § 98 стр. 734, *Würt. Privatrecht.* B. II § 98 стр. 734. *Burckhard*, *Civilistische Praesumtionen*, § 29 стр. 270 и 285.

⁵⁾ *Savigny*, *System*, B. III стр. 243. Савиньи, впрочемъ, высказался нѣсколько неясно въ слѣдующей фразѣ: «so muss ein sicherer Schluss möglich sein von der vorgenommenen Handlungen auf Dasein des Willens». «Sicherer Schluss» нѣкоторые принимали за равнозначущее выраженіе съ «nothwendiger Schluss», хотя изъ дальнѣйшаго изложенія ясно видно, что

Это послѣднее ученіе можно назвать доселѣ господствующимъ, хотя представители его въ послѣднее время далеко расходятся между собой во взглядахъ на самое значеніе частной воли и ея проявленія во вѣдѣ для наступленія правовыхъ послѣдствій.

Съ тѣхъ поръ, какъ стали оспаривать правосоздающую силу частной воли по отношенію къ послѣдствіямъ юридическаго дѣйствія и выдвигать вмѣсто того ученіе о фактическомъ составѣ, съ которымъ объективное право связываетъ извѣстныя юридическія послѣдствія, ⁶⁾ ученіе объ изъявленіи или обнаруженіи воли подвергалось неоднократно пересмотру вмѣстѣ со всѣмъ ученіемъ о юридическихъ дѣйствіяхъ и особенно о юридическихъ сдѣлкахъ.

Нѣкоторые изъ тѣхъ авторовъ, которые видятъ въ обнаруженіи воли лишь одинъ изъ такихъ моментовъ фактическаго состава, съ которыми законъ связываетъ правовыя послѣдствія, склонны вовсе отрицать различіе между посредственнымъ и непосредственнымъ или явнымъ и молчаливымъ изъявленіемъ воли и отрицательно относятся къ самому понятію конклюдентныхъ дѣйствій, находя его не научнымъ и излишнимъ. ⁷⁾

Савиньи требуетъ лишь, чтобы заключеніе было достаточно обосновано (*wohlbegründet*). Вопросу о конклюдентныхъ фактахъ долго не придавалось особаго значенія, и многіе авторы не замѣчали попытки установить различіе между *voluntas tacita* и *voluntas praesumpta*, а потому нерѣдко заимствовали опредѣленіе понятія конклюдентныхъ фактовъ, какъ такихъ дѣйствій, въ которыхъ необходимо обнаруживается воля на другое дѣйствіе, и въ тоже время говорили о конклюдентныхъ фактахъ и въ тѣхъ случаяхъ посредственнаго изъявленія воли, гдѣ послѣднія выводятся лишь по предположенію. Не мудрено, что въ подобную же логическую погрѣшность могъ впасть и русскій ученый.

⁶⁾ См. прил. I къ этому §.

⁷⁾ Въ ряду этихъ ученыхъ первымъ по времени является *Schlossmann* (*Der Vertrag*. 1876), отрицающій понятіе молчаливаго изъявленія воли (стр. 48), а за нимъ стоитъ *Hartmann* (*Werk und Wille bei stillschweigenden Consens*. *Archiv für die Civil. Praxis*. В. 72, стр. 161 и слѣд.), заявляющій, что всѣ такія школьныя дѣленія и понятія, какъ явное и молчаливое изъявленіе воли, какъ различіе между *voluntas tacita* и *voluntas praesumpta* только вносятъ путаницу въ умы и должны быть оставлены, ибо твердыхъ границъ здѣсь установить нельзя. Надо лишь обращать вниманіе въ каждомъ

Большинство ученых однако не находят нужным отбросить вовсе понятие конклюдентных фактов; причем некоторые перестают отождествлять это понятие с понятием молчаливаго изъясненія воли. Конклюдентныя дѣйствія опредѣляютъ какъ такія, „которыя совершаются не въ намѣреніи изъяснить волю; а только вдобавокъ доставляютъ и эту услугу и являются въ извѣстномъ смыслѣ предателями воли“⁸⁾ или какъ дѣйствія (слова или дѣла), выполняющія кромѣ назначенія, которое они сами по себѣ имѣютъ, еще функцію слова, такъ какъ кромѣ воли, которая въ нихъ осуществляется или выражена, они выдаютъ другую невыраженную волю.⁹⁾

конкретномъ случаѣ на моменты фактическаго состава, съ которыми законъ связываетъ юридическія послѣдствія. Близокъ по взглядамъ къ Гартману *Графъ Пининскій*. (Thatbestand des Sachbesitzerwerbs. В. II стр. 322, 439, 442), который хотя и не объявляетъ понятіе молчаливаго изъясненія воли, или, какъ онъ отождествляетъ, конклюдентныхъ дѣйствій излишнимъ, но признаетъ: что какъ при явныхъ, такъ и при молчаливыхъ изъясненіяхъ воли изъясненная воля узнается посредствомъ толкованія и что въ томъ, что касается отношенія между волей и изъясненіемъ, оба способа совершенно одинаковы, что въ обоихъ случаяхъ идетъ рѣчь объ изъясненіи воли и въ обоихъ случаяхъ совершенно правильно внѣшнее поведеніе (äussere Benehmen) называется *indicium voluntatis*. «А если нѣтъ никакого существеннаго различія между обоими способами изъясненія воли, то тогда ясно, что ошибочно понимать волеизъявленіе, какъ дѣйствіе, и извлекать отсюда послѣдствія» Ср. Bekker, System. II стр. 79., а также *Brinz*, Lehrbuch der Pandect. В. IV § 564 прим. 7 и 9. Далѣ другихъ въ отрицаніи понятія конклюдентныхъ фактовъ идетъ *Эйрлихъ* (*Ehrlich*, Stillschweigende Willenserklärung. 1893, стр. 111, 112, также 237 и слѣд.), который прямо готовъ утверждать, что молчаливаго волеизъявленія, состоящаго въ такихъ дѣйствіяхъ, которые предприняты были не съ цѣлю служить выраженіемъ воли, не существуетъ. Близко къ мнѣніямъ этихъ ученыхъ подходятъ *Регельсбергеръ* и *Беккеръ*, см. ниже прим. 8. и 10. Ср. приложение II къ этому §.

⁸⁾ См. *Regelsberger*, Pandect. I § 138 III.

⁹⁾ Особенно подробно объясняетъ природу конклюдентныхъ фактовъ *Бринцъ* въ его учебникѣ *Пандектъ* (II § 564), останавливая вниманіе на томъ именно обстоятельстве, что эти конклюдентныя факты служатъ какъ бы подспорьемъ слову, добавочнымъ къ слову средствомъ изъясненія воли и что воля здѣсь узнается «не ухомъ или глазомъ, а посредствомъ умозаключенія».

Нерѣдко опредѣляютъ также *facta concludentia*, какъ такія дѣйствія, доказательство которыхъ уполномочиваетъ на достаточно надежное заключеніе относительно другого дѣйствія того же лица ¹⁰⁾. Что касается вопроса о томъ, должно ли это заключеніе быть необходимымъ и достовѣрнымъ, или-же достаточно здѣсь заключенія, основаннаго на вѣроятности, то большинство новѣйшихъ авторовъ рѣшительно высказывается за послѣднее. Одни, какъ Дернбургъ и Бринцъ, допускаютъ, что заключеніе можетъ быть иногда необходимымъ, логически принудительнымъ ¹¹⁾, но что оно не должно непременно быть таковымъ. „Достаточно, говорить Дернбургъ, чтобы оно было обосновано эмпирически, т. е. соответствовало житейскому опыту“. Другіе, какъ Беккеръ напр., не допускаютъ возможности достовѣрныхъ или необходимыхъ заключеній. Достовѣрность, по словамъ Беккера, не можетъ быть здѣсь достигнута, а слѣдовательно не можетъ быть и требуется, что видно изъ допущенія противуположительства; требуется лишь „высшая степень вѣроятности“, „между которой и достовѣрностью нѣтъ границъ“. ¹²⁾

Такъ какъ и при непосредственномъ изъявленіи воли заключеніе отъ этого послѣдняго къ лежащей въ его осно-

¹⁰⁾ *Bekker*, System II § 93, Beilage III.

¹¹⁾ *Brinz*, Lehrbuch der Pandecten, V. IV стр. 277. 2 Aufl. Кто принялъ съ должника проценты на занятый капиталъ впередъ на слѣдующій годъ, тотъ этимъ, хотя и косвенно, но необходимо согласился на годичную отсрочку уплаты долга. Къ этому приведенному Дернбургомъ примѣру (Pand. I стр. 230), взятому изъ fr. 57 Dig. de pactis 2, 14, присоединяютъ: fr. 13 § 11 Dig. locat. 19, 2; fr. 26 § 1 Dig. de pign. 20. 1. и друг. См. примѣч. 16-е.

¹²⁾ Надо замѣтить, что и Дернбургъ, и Беккеръ (см. прим. 5 и 6) считаютъ недостаточной «простую вѣроятность» или, какъ поясняетъ Беккеръ, «особый нисшій родъ вѣроятности». Разумѣется, этотъ способъ дѣленія вѣроятности на высшую и нисшую, или простую, представляется довольно неопредѣленнымъ. Несомнѣнно, что и Дернбургъ, и Беккеръ допускаютъ возможность заключенія не только на основаніи научной вѣроятности, а и по такъ называемой эмпирической или общей вѣроятности. Заключеніе будетъ всегда такимъ образомъ относиться къ области общечеловѣческихъ предположеній, необязательныхъ для судьи. Выдѣлится оно изъ этой области лишь въ томъ случаѣ, если само объективное право по какимъ либо причинамъ уважаетъ судью имъ руководствоваться.

вані волѣ не можетъ быть названо необходимымъ, то, по мнѣнію Беккера, такимъ образомъ нѣтъ разницы въ этомъ отношеніи между прямыми изъявленіями воли и конклюдентными фактами. Подобно Беккеру, и Регельбергеръ признаетъ, что нѣтъ такихъ средствъ изъявленія воли, которыя можно было бы назвать вполне точными. Абсолютной увѣренности не представляетъ даже слово, такъ какъ и здѣсь возможны недомолвки, ошибки, взаимное непониманіе и т. д., тѣмъ болѣе не могутъ дать такой точности конклюдентныя дѣйствія. Однако „правовой порядокъ, какъ и сама жизнь, имѣютъ дѣло лишь съ относительными величинами и должны довольствоваться той увѣренностью, которую даетъ имъ въ руки средній опытъ“. „Воля, которая по человѣческому опыту обыкновенно связана съ словеснымъ или съ облеченнымъ въ дѣйствіе изъявленіемъ, есть для права воля въ конкретномъ случаѣ“. „На эту волю можетъ сослаться дѣйствующій, за нее онъ дѣлается отвѣтственнымъ“¹³⁾.

При такомъ различіи взглядовъ на значеніе конклюдентныхъ дѣйствій общепринятымъ остается то, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ заключеніемъ по одному дѣйствію о существованіи воли на другое дѣйствіе или о совершеніи другого дѣйствія. Едва ли также можно считать спорнымъ положеніе, что это заключеніе можетъ быть не только необходимымъ, но и лишь вѣроятнымъ. Тѣ авторы, которые, подобно Бурггарду, ограничиваютъ понятіе конклюдентныхъ фактовъ случаями лишь перваго рода, слишкомъ суживаютъ кругъ конклюдентныхъ дѣйствій¹⁴⁾, притомъ тѣ случаи, на которые они указываютъ, не всегда подходятъ подъ выставляемые ими требованія.

¹³⁾ Само собою разумѣется, что при оцѣнкѣ дѣйствія должно принимать, что лице дѣйствовало разумно и честно и что обсужденіе дѣйствія по правилу житейскаго опыта не можетъ имѣть мѣста, если дѣйствующій явно объявилъ при дѣйствіи иную волю, а не ту, которую можно было бы вывести (*Protestatio et reservatio*). *Regelsberger*, I § 138, III. См. Прил. III. къ этому §.

¹⁴⁾ *Stössel*, Die stillschweigende Willenserklärung, стр. 13. 1859. прямо заявляетъ, что настоящіе конклюдентныя дѣйствія должны быть очень рѣдки.

Такъ Буркгардъ, подробнѣе другихъ авторовъ перечисляющій эти случаи, ¹⁶⁾ приводитъ ихъ всего четырнадцать ¹⁶⁾, и между ними указываетъ напр., случай такъ называемаго молчаливаго продолженія контракта найма дома остающимся по окончаніи срока найма жить въ домѣ квартирантомъ, случай, гдѣ заключеніе о волѣ на продолженіе договора никоимъ образомъ не можетъ быть признано необходимымъ ¹⁷⁾. Равнымъ образомъ едвали можно признать заключеніе это необходимымъ въ слѣдующемъ изъ приведенныхъ Буркгардтомъ случаевъ: „Если отказанной завѣщателемъ вещь невозможно воспользоваться безъ установленія опредѣленнаго сервитута, то сервитутъ считается отказаннымъ молчаливо, напр. сервитутъ дороги, въ случаѣ, если отказанный земельный участокъ окруженъ другими участками наследодателя“. Случаи этого рода, во 1-хъ, можно относить къ толкованію явнаго воле-

¹⁶⁾ *Burckhardt, Die Civ. Praesumptionen*, стр. 273 и 274.

¹⁶⁾ 1) *L. 56 pr. D. de pactis II, 14.* «*Qui in futurum usuras a debitore acciperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.*» Этотъ примѣръ цитируется и Дерибургомъ, см. выше прим. 11. 2) *l. 13. § 11, D. loc. XIX, 2;* 3) *l. 1. 2 pr. D. de ind. V, 1 и l. 15 D. de iurisd. II, 1;* 4) *l. 6 § 2 и l. 7 D. de lege commis. XVIII, 3;* 5) *l. 15 § 1 D. de usufr. leg. XXXIII, 2;* 6) *l. 8. pr. D. quemadmodum serv. amit. VIII, 6;* 7) *l. 26 § 1 D. de pign. XX, 1;* 8) *l. 12 D. de evict. XXI, 2;* 9) *l. 114, § 14. D. de leg. I и l. 38 § 3 и 4. Dig. de leg. III;* 10) *l. 74 pr. D. ad S. C. Trebell. XXXVI, 1 и l. 77 § 24 D. de leg. II;* 11) *l. 5 Cod. de re iud. VII, 52; l. 12 Cod. de don. inter virum et uxor. V, 16;* 13) *l. 23 § 1 D. de inoff. V, 2;* 14) *l. 11. Dig. quibus modis pign. XX. 6.* Сравни *Windscheid, Pandecten. Bd. I § 72*, стр. 178 прим. 9, гдѣ указаны иные примѣры, а именно: *l. 95 Dig. de acquir. vel ommit. hered. XXIX, 2;* «*Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis*», *l. 5 Dig. Ratam rem XLVI, 8; § 7 I. de hered. qualitate II, 19 и l. 20 D. de acquir. vel omm. her. XXIX, 2; l. 2 § 1 Dig. de pactis II, 14; l. 7 Cod. de rem. pign. VIII, 22 (26); l. 14 Cod. de solut. VIII, 42 (43); l. 5 § 2 Dig. in quibus caus. pign. XX, 2; l. 38 (37) pr. D. ad S. C. Trebell. VI, 1.*

¹⁷⁾ См. *Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft*, 1879 стр. 268. Квартирантъ, напр., не оставляетъ въ срокъ квартиры по той причинѣ, что у него въ семьѣ трудный больной или покойникъ, котораго еще не успѣли похоронить. Объ этомъ послѣднемъ случаѣ см. *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. und deutsch. Privatrechts, B. XIII*, стр. 237 ff. (Lehmann).

изъявленія ¹⁸⁾, ибо распоряженіе завѣщателя должно быть толкуемо въ томъ смыслѣ, въ какомъ оно можетъ получить осуществленіе, а во вторыхъ, выставленное Бурггардомъ въ общей формѣ положеніе о молчаливомъ установленіи сервитутовъ едва ли можетъ быть признано правильнымъ и во всякомъ случаѣ не находитъ основанія въ томъ мѣстѣ Дигестъ, на которое онъ ссылается, такъ какъ это мѣсто ¹⁹⁾ имѣетъ въ виду лишь слѣдующій частный случай: Нѣкто имѣлъ два участка земли. Одинъ участокъ онъ отказалъ одному лицу, а другому лицу отказалъ usufructъ на другой участокъ. Оказалось, что второй легатаръ не можетъ проѣхать къ оставленному ему въ пользованіе участку иначе, какъ чрезъ участокъ, отказанный въ собственность перваго. Спрашивается: принадлежитъ ли въ этомъ случаѣ usufructуарію сервитутъ дороги (via) чрезъ этотъ послѣдній участокъ? Юристъ, конечно, рѣшаетъ вопросъ утвердительно, ссылаясь на волю завѣщателя, и говорить, что легатаръ не можетъ въ этомъ случаѣ виндцировать отказанный ему участокъ, пока не предоставитъ права прохода чрезъ него usufructуарію ²⁰⁾.

Стоитъ однако нѣсколько, хотя и незначительно, измѣнить тѣ обстоятельства случая, на которыхъ юристу пришлось бы основывать свое рѣшеніе, и оно, конечно, было бы иное. Представимъ себѣ, что доказано, что завѣщатель не имѣлъ свѣдѣній о положеніи отказаннаго участка земли и не зналъ, что къ нему невозможно проѣхать иначе, какъ чрезъ

¹⁸⁾ Ср. Windscheid, Lehrbuch d. Pand. I § 72 пр. 9. «О молчаливомъ волеизъявленіи говорятъ также въ совершенно другомъ смыслѣ, когда подразумѣваютъ подъ нимъ явное волеизъявленіе, которое облечено въ другое. Такъ въ translatio legati лежитъ tacita ademptio. 66 l. 5 D. de adem. XXXIV, 4. Ср. Band III § 625 прим. 17 и § 635, 2. Граница между этого рода случаямъ и случаямъ молчаливаго волеизъявленія можетъ являться сомнительной». Ср. Zitelmann, соч., цит., стр. 264 и слѣд.

¹⁹⁾ L. 15 § 1 D. XXXIII, 2.

²⁰⁾ «Quemadmodum, si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest praestari via, secundum voluntatem defuncti videtur id exigere ab herede, ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius jus transeundi usufructuario praestet, ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerat» etc.

участокъ наслѣдника или другого легатаря. Тогда приходится предполагать, что еслибы завѣщатель зналъ это, то онъ, конечно, установилъ бы сервитутъ. Это заключеніе едва ли уже можно назвать такъ же твердо основаннымъ, какъ дѣлаемое юристомъ въ предыдущемъ случаѣ. Можно, наоборотъ, утверждать, что еслибы завѣщатель зналъ о положеніи даннаго участка, то онъ не отказалъ бы узуфрукта на него, а выбралъ бы другой или замѣнилъ бы легать узуфрукта легатомъ денежной суммы и т. д. Представимъ себѣ, наконецъ, доказаннымъ, что завѣщатель намѣренно отказалъ участокъ безъ установленія необходимаго для пользованія имъ сервитута въ разсчетъ, что легатарь уплатитъ наслѣднику или другому легатарю за установленіе права прохода известную сумму,— тогда заключеніе о молчаливомъ установленіи сервитута придется, конечно, отвергнуть.

Тоже самое примѣнимо и къ остальнымъ случаямъ конклюдентныхъ фактовъ, приводимымъ Буркгардомъ. Нѣкоторые изъ нихъ могутъ быть разсматриваемы, какъ случаи непосредственнаго изъявленія воли, такъ какъ дѣйствіе, изъ котораго выводится заключеніе, не имѣетъ другой цѣли, кромѣ цѣли выразить эту волю. Напр. случай, взятый изъ l. 12 D. de evict. 21, 2: Одинъ изъ сонаслѣдниковъ продаетъ все принадлежащія къ наслѣдству недвижимости, а другіе, присутствуя при этомъ, не противорѣчаютъ, а получаютъ свою долю изъ вырученной отъ продажи суммы ²¹⁾. Во всехъ остальныхъ случаяхъ, по справедливому замѣчанію Беккера ²²⁾, на основаніи даннаго фактическаго состава дѣлается заключеніе о волѣ дѣйствующаго лица лишь подъ предположеніемъ, что дѣйствующій зналъ все положеніе дѣла и что при совершеніи дѣйствія онъ не выставилъ никакихъ условій, не сдѣлалъ никакихъ оговорокъ, о которыхъ не упомянуто въ разрѣшаемомъ казусѣ. Такимъ образомъ объ абсолютной достовѣрности заключенія и о недопустимости противудоказательства здѣсь нельзя говорить, также какъ нельзя говорить объ этомъ и при случаяхъ

²¹⁾ Къ этой же категоріи относится, конечно, случай въ l. 12 Cod. V, 16.

²²⁾ Bekker, System d. heut. Pandectenrechts. B. II. § 93. Berl. III. B. стр. 79. Это замѣчаніе вполне примѣнимо и къ случаямъ скрытыхъ дѣйствій, указаннымъ Виндшейдомъ. См. выше примѣч. 16 въ концѣ.

непосредственного изъявления воли. Бурггардъ несправедливо утверждаетъ противное. Во всѣхъ указываемыхъ имъ примѣрахъ, дѣйствительно, заключеніе о существованіи воли достигаетъ высшей, хотя и неодинаковой степени вѣроятности; но слѣдуетъ-ли отсюда, что необходимо совсѣмъ не признавать изъявленіями воли тѣ случаи, гдѣ заключеніе о скрытной волѣ также вѣроятно, но лишь въ меньшей степени? Почему можно говорить о скрытномъ намѣреніи и о конклюдентномъ фактѣ въ томъ случаѣ, когда кредиторъ взялъ съ должника впередъ проценты за определенное время, и нельзя говорить о томъ же въ случаѣ, когда кредиторъ возвратилъ должнику документъ ²³⁾? Развѣ только потому, что въ послѣднемъ примѣрѣ намѣреніе кредитора менѣе ясно? — Но вѣдь во всякомъ случаѣ въ данномъ дѣйствиі обнаружилась воля кредитора. Если содержаніе этой воли сомнительно, то оно можетъ быть таковымъ и нерѣдко бываетъ и при непосредственномъ изъявленіи воли, которое также можетъ быть неяснымъ при сомнительномъ смыслѣ знаковъ волеизъявленія; выведенная изъ послѣдняго, путемъ его толкованія, воля будетъ также лишь предполагаемая, какъ является предполагаемой воля кредитора на отказъ отъ взысканія долга, выводимая изъ отдачи имъ должнику долгового документа. Сомнительное по содержанію непосредственное изъявленіе воли остается всетаки непосредственнымъ изъявленіемъ ея; а равно конклюдентный фактъ остается таковымъ, т. е. косвеннымъ средствомъ обнаруженія воли, хотя бы заключеніе, выводимое изъ него, было основано лишь на предположеніи ²⁴⁾.

Такимъ образомъ представляется совершенно неправильнымъ ограниченіе круга конклюдентныхъ фактовъ лишь тѣми случаями, гдѣ заключеніе изъ такого факта къ обнаруживаемой въ немъ волѣ представляется необходимымъ.

Но рядомъ съ этимъ намъ надлежитъ разрѣшить еще другой вопросъ: можетъ ли вообще такое заключеніе быть

²³⁾ L. 14 Cod. de solution. et liber. VIII, 42.

²⁴⁾ Brinz, Lehrbuch der Pandect. B. IV, стр. 277. 2 Aufl. 1895: «Wie dann zweideutige Worte noch immer Worte, so sind, scheint es, auch die mehrdeutigen Facta noch immer stillschweigende Willenserklärungen».

необходимымъ или оно всегда бываетъ лишь вѣроятнымъ? По мнѣнію нѣкоторыхъ, оно ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть необходимымъ ²⁵⁾; а другіе, какъ мы упоминали, находятъ необходимое заключеніе возможнымъ. Намъ кажется, что причина разногласія кроется въ значительной мѣрѣ въ словахъ, т. е. въ различномъ представленіи, соединяемомъ авторами съ словами: „необходимо“, и „вѣроятно“. Исходя изъ положенія, „что право, какъ и сама жизнь, имѣетъ дѣло только съ относительными величинами“ мы, конечно, всякое заключеніе отъ средства, которымъ обнаруживалась воля во вѣ, къ самому содержанию воли должны будемъ признать только вѣроятнымъ. Однако, разъ такая достовѣрность недоступима, должны ли мы всеоставить на произволь случая и, видя, что все, что намъ извѣстно, на самомъ дѣлѣ можетъ быть только лишь вѣроятнымъ, отказаться по этой причинѣ отъ всякаго званія? Конечно, нѣтъ. Мы должны знать истину, по крайней мѣрѣ съ тѣмъ приближеніемъ, которое для насъ доступно, и съ этимъ приближеніемъ должны принимать ее, какъ таковую, какъ обязательную для насъ истину, а не какъ предположеніе только, которое мы можемъ еще и отринуть. Съ этой точки зрѣнія, намъ кажется, исчезаетъ разница между противорѣчивыми, повидимому, мнѣніями юристовъ. Когда одинъ изъ нихъ ²⁶⁾ говоритъ, что при конклюдентныхъ фактахъ заключеніе можетъ быть логически необходимымъ, а другой ²⁷⁾ говоритъ, что оно можетъ быть только въ высшей степени вѣроятнымъ, они оба думаютъ вполне согласно и оба имѣютъ въ виду здѣсь такое заключеніе, которое вѣрно съ тою лишь степенью приближенія, какая возможна для нашего знанія или точнѣе съ тою, при которой заключеніе

²⁵⁾ *Bekker*. System, II § 93. *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft стр. 265 и слѣд. находятъ, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда говорятъ о необходимомъ заключеніи при конклюдентныхъ фактахъ, или имѣетъ мѣсто явное изъявленіе воли, или же заключеніе о волѣ вовсе не является необходимымъ. «Vor allem ist zu bemerken, dass an sich die Schlussfolgerung aus dem äusseren Verhalten selbst auf die juristische Absicht in keinem einziger Fall eine notwendige sein kann».

²⁶⁾ *Дерибуръ*, напр. см. выше примѣч. 11.

²⁷⁾ *Беккеръ*, см. выше прим. 10.

становится для всѣхъ юридически обязательнымъ. Итакъ, если нѣтъ и не можетъ быть достовѣрныхъ исполнѣ заключеній изъ конклюдентныхъ фактовъ, то бываютъ всетаки заключенія, настолько близкія къ истинѣ, что къ признанію ихъ обязательности долженъ придти всякій разумный человѣкъ и что поэтому объективное право съ своей стороны признаетъ ихъ обязательными, пока противное не доказано; обязательными настолько, что если бы тотъ, чья воля опредѣлена была путемъ такого заключенія, вздумалъ во избѣжаніе послѣдствій этого заключенія заявить, что онъ этой воли не имѣетъ или не имѣлъ, то одному этому заявленію его не будетъ дано вѣры, ибо это будетъ *protestatio facto contraria*, т. е. заявленіе, которое противорѣчитъ его волѣ, обнаружившейся фактически (*rebus ipsis et factis*)²⁸⁾.

Подобные, немногочисленные, конечно, случаи, тѣ самые, которыми, какъ мы сейчасъ видѣли, иные ученые думаютъ исключительно ограничивать кругъ конклюдентныхъ фактовъ, очевидно, нѣтъ надобности смѣшивать съ тѣми, гдѣ заключеніе о бытіи и содержаніи воли на юридическое дѣйствіе основано лишь на одномъ, хотя и вѣроятномъ болѣе или менѣе предположеніи, достаточномъ, можетъ быть, для того, чтобы обосновать на немъ рѣшеніе судьи, но легко устранимомъ въ тоже время однимъ заявленіемъ того, о чьей волѣ заключаютъ. Такимъ образомъ мы можемъ съ полнымъ правомъ различать два вида конклюдентныхъ дѣйствій: 1) тѣ, при которыхъ заключеніе къ скрытой волѣ дѣйствительно обязательно для судьи и для самого дѣйствующаго, хотя бы онъ заявлялъ даже протестъ противъ такого заключенія²⁹⁾;

²⁸⁾ Такъ была бы недействительна протестация въ случаѣ, указанномъ въ I. 57 D. de rebus II, 14, а равно и въ нѣкоторыхъ другихъ изъ приведенныхъ Бургардомъ случаевъ. См. прим. 16. Случаи непризнанія судомъ такой протестации см. въ *Seuffert's Archiv* III, 315 и XXVI, 142.

²⁹⁾ *Zitelman* (см. прим. 20), какъ уже упоминалось, видитъ во многихъ изъ этихъ случаевъ явное изъявленіе воли. Подобное же мнѣніе высказываетъ и *Ehrlich* (см. прим. 7-е въ концѣ). Но несомнѣнно, что во многихъ изъ этихъ случаевъ воли обнаружена посредственно, познается лишь путемъ заключенія и что въ тоже время обнаруженіе ея влечетъ тѣже послѣдствія, какъ еслибы она была обнаружена непосредственно и ясно.

2) тѣ дѣйствія, при которыхъ заключеніе въ скрытной волѣ дѣйствующаго сомнительно и допускаетъ возможность нѣсколькихъ предположеній, изъ которыхъ законъ указываетъ одно (сообразуясь со степенью его вѣроятности или, независимо отъ этого, по другимъ соображеніямъ), какъ такое, которому предпочтительно долженъ слѣдовать судья, если со стороны дѣйствующаго не будетъ заявлено протеста. Это тѣ случаи, гдѣ *voluntas tacita* представляется лишь, какъ *voluntas praesumpta* и гдѣ для устраненія основаннаго на презумпціи заключенія о волѣ, а равно связанныхъ съ этимъ заключеніемъ послѣдствій достаточно одного протеста лица, о волѣ котораго заключеніе дѣлается ³⁰⁾. За этими предѣлами лежитъ еще область простыхъ общечеловѣческихъ предположеній въ пользу существованія воли,—предположеній, которыя могутъ родиться въ головѣ каждаго, но которыя не обязательны для судьи, хотя и могутъ вліять на его убѣжденіе ³¹⁾. Такимъ образомъ съ нашей точки зрѣнія легко разрѣшается, затрудняющій Беккера, вопросъ—когда изъявленія воли могутъ быть названы предполагаемыми. Мы не назовемъ таковыми ни тѣ непосредственныя изъявленія воли, гдѣ послѣдняя высказана ясно, ни тѣ случаи, когда воля обнаруживается реально въ исполненіи намѣренія, ни тѣ, наконецъ, когда

Беккеръ (*System*, II, стр. 80), очевидно, имѣетъ въ виду именно эти случаи конклюдентныхъ дѣйствій, когда говоритъ о такихъ молчаливыхъ обнаруженіяхъ воли, при которыхъ одного голаго заявленія дѣйствующаго недостаточно для освобожденія его отъ связанныхъ съ обнаруженіемъ воли послѣдствій и что эти случаи должны быть осуждаемы одинаково съ случаями явныхъ волеизъявленій. Послѣдняя мысль ранѣе особенно развита Буркгардомъ. Она требуетъ указанной уже поправки, т. е. указанія на то, что и явное изъявленіе воли можетъ быть неяснымъ и что здѣсь необходимое заключеніе о волѣ нужно сопоставлять именно съ яснымъ непосредственнымъ волеизъявленіемъ.

³⁰⁾ Примѣры въ источникахъ многочисленны: см. I. 14 § 7 и 8 D. de relig. XVII, 7; I. 20 § 1 D. de acquir. vel omm. her. XXIX, 2. Буркгардъ приводит много такихъ примѣровъ въ своей книгѣ (*Die civ. Praesumptionen*, см. § 30).

³¹⁾ Это, надо полагать, и есть область «простой» или нижней вѣроятности, которую исключаютъ изъ понятія конклюдентныхъ фактовъ Дернбургъ и Беккеръ. См. выше прим. 12.

она обнаруживается, хотя лишь посредственно, какъ скрытная, но съ такою убѣдительною, что признается объективнымъ правомъ доказанной и обязательной для дѣйствующаго. Предполагаемыми мы назовемъ тѣ волеизъявленія, гдѣ заключеніе о волѣ дѣйствующаго, о совершеніи имъ дѣйствія, хотя и не представляется доказаннымъ, но принимается за таковое согласно предписанію права (*praesumptio juris*). Замѣтимъ, что объективное право вовсе не обязано руководствоваться въ этихъ предписаніяхъ непременно только вѣроятностью; напротивъ, опредѣленія его могутъ исходить и изъ другихъ соображеній. Оно можетъ допустить предположеніе такой воли у лица, присутствіе которой хотя и возможно, но мало вѣроятно; можетъ даже объявить такое предположеніе недопускающимъ доказательства противнаго (*praesumptio juris et de jure*³²); можетъ, наконецъ, идти далѣе и заставить принимать существованіе воли у лица тогда, когда несомнѣнно, что этой воли на самомъ дѣлѣ нѣтъ. *Voluntas praesumpta* незамѣтно переходитъ въ *voluntas ficta*, почему относимые къ той и другой случаи такъ часто и смѣшиваются юристами³³). Разумѣется, съ точки зрѣнія тѣхъ юристовъ, которые учатъ,

³²) Прекрасный (въ смыслѣ доказательности нашего мнѣнія) и крайне характерный примѣръ подобнаго предположенія приводится у Мейера изъ недавняго прошлаго нашего отечественнаго права, стр. 84: «Дозволеніе лица крѣпостному его человѣку жениться на воспитанницѣ Александровскаго института воспитательнаго общества благородныхъ дѣвицъ выражаетъ отпускъ крѣпостнаго человѣка на волю».

³³) Это смѣшеніе часто имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ скрытныхъ дѣйствій, гдѣ о волѣ на дѣйствіе выводятъ заключеніе изъ молчанія лица или, наоборотъ, въ тѣхъ, гдѣ наступленіе юридическихъ послѣдствій сводятъ къ молчаливо выраженной волѣ лица. Особенно это смѣшеніе обнаруживается въ обсужденіи случаевъ законной ипотеки. *Dig. XX.2*. См. также приведенные Мейеромъ примѣры (стр. 77 и слѣд.). Особенно любопытнымъ представляется примѣръ, взятый Мейеромъ изъ практики: лице приглашается явиться въ засѣданіе общества и предупреждается, что въ случаѣ его неявки его будутъ считать согласившимся съ мнѣніемъ большинства. Ср. *Дернбургъ*, *Pandecten*, I § 265, стр. 662, прим. 3. и *Windscheid*, *Pandecten*, Bd. I § 72 прим. 12. *Савини* III § 133. Противъ него *Burckhard*, *Die civ. Praesumptionen*. Также см. *Bülow*, *Arch. für die civ. Praxis* Bd. 62, стр. 8 слѣд. *Leonhard*, *Irrthum bei nichtigen Verträgen*, стр. 213 слѣд. *Regelsberger*, I стр. 506.

что послѣдствія юридическихъ дѣйствій связываются объективнымъ правомъ не съ волею, а съ совокупностью моментовъ фактическаго состава, *voluntas praesumta*, какъ и *voluntas ficta* могутъ показаться ненужными, излишними³⁴⁾. Но разъ юристъ придаетъ бытію воли существенное значеніе для наступленія юридическихъ послѣдствій, ему необходимо придется имѣть дѣло съ предположеніями относительно бытія и содержанія воли. Прибѣгать къ вымыслу воли судья нынѣ не представляется надобности. Разумѣется, отъ законодателя вполне зависитъ, найдетъ ли онъ удобнымъ свести извѣстныя юридическія послѣдствія къ вымышленной волѣ лица (въ послѣднемъ случаѣ это равносильно признанію, что въ данномъ случаѣ воля для наступленія послѣдствій излишня) или предпочтетъ просто указать, что послѣдствія эти наступаютъ, какъ только имѣются на лицѣ извѣстные моменты фактическаго состава.

Регельсбергеръ справедливо замѣчаетъ по этому поводу, что римская юриспруденція верѣдко прибѣгала къ вымыслу воли для разъясненія положительныхъ предписаній права, но что намъ нѣтъ основаній слѣдовать за ней въ этомъ направленіи³⁵⁾.

Изъ всего изложеннаго вытекаетъ такимъ образомъ слѣдующій выводъ: возможны случаи, когда воля лица на извѣстное дѣйствіе или на достиженіе извѣстныхъ юридическихъ послѣдствій выражается посредственно въ другомъ дѣйствіи, имѣющемъ свою самостоятельную цѣль. При этомъ воля можетъ обнаружиться съ убѣдительною, ясною, такъ какъ обнаруживающею ее фактъ представляется доказательнымъ³⁶⁾ или же этотъ фактъ можетъ обосновать только законное предположеніе въ пользу бытія воли. Въ случаяхъ обоего рода мы одинаково говоримъ о конклюдентныхъ фактахъ или, съ точки зрѣнія Мейера, о скрытыхъ дѣйствіяхъ.

³⁴⁾ *Hartmann, Werk und Wille bei stillschweig. Consens. Archiv für die civ. Praxis, Bd. 72, стр. 172—174.*

³⁵⁾ *Regelsberger, Pandecten, I стр. 506.*

³⁶⁾ Общаго правила относительно того, когда это бываетъ, выставить нельзя.

Границы круга послѣднихъ опредѣлены такимъ образомъ Мейеромъ правильно, не смотря на неправильное опредѣленіе понятія,—опредѣленіе, которымъ Мейеръ, впрочемъ, не стѣсняется при перечисленіи отдѣльныхъ видовъ скрытныхъ дѣйствій, такъ какъ здѣсь указываетъ часто именно такіе случаи, гдѣ заключеніе къ скрытноизъявленной волѣ никоимъ образомъ не можетъ быть признано необходимымъ, а является развѣ только вѣроятнымъ.

Возьмемъ первый же изъ приведенныхъ имъ примѣровъ. Наслѣдникъ, не изъявляя своей воли на принятіе наслѣдства, ведетъ однако себя, какъ наслѣдникъ, *gerit pro herede*, отсюда слѣдуетъ заключеніе, что онъ вступилъ въ наслѣдство. Это заключеніе однако не всегда будетъ вполнѣ убѣдительнымъ, а смотря по характеру того дѣйствія, которое совершено имѣющимъ право наслѣдовать. Онъ ломаетъ принадлежащій къ наслѣдству домъ, продаетъ лѣсъ на срубъ, взыскиваетъ долги съ наслѣдственныхъ должниковъ въ свою пользу и т. д., зная, что домъ, лѣсъ и долги принадлежатъ къ составу наслѣдства,—тогда заключеніе къ принятію имъ наслѣдства обязательно для него, и онъ не можетъ устранить его возраженіемъ, что наслѣдства не принималъ. Но положимъ, онъ платитъ наслѣдственный долгъ. Въ послѣднемъ случаѣ заключеніе о волѣ его на принятіе наслѣдства будетъ уже болѣе сомнительнымъ, оно будетъ лишь предположеніемъ и, если законъ указываетъ судѣ руководствоваться этимъ предположеніемъ, то для устраненія его и связанныхъ съ нимъ послѣдствій достаточно своевременно заявленнаго протеста. Тоже самое относится къ молчаливому отреченію отъ наслѣдства, къ воздержанію отъ отреченія, къ скрытному заключенію договора, къ возвращенію залога и къ другимъ приводимымъ Мейеромъ примѣрамъ ³⁷⁾.

Удивительно, что эти примѣры не заставили Мейера измѣнить данное имъ вначалѣ опредѣленіе скрытныхъ дѣйствій и не показали ему, что между тѣми явленіями юридическаго быта, которыя онъ рассмотрѣлъ подъ категоріей презумцій и тѣми, о которыхъ онъ говоритъ, какъ о скрытныхъ дѣйствіяхъ, съ его точки зрѣнія границы провести

³⁷⁾ Мейеръ, стр. 71—75.

нельзя. На эту мысль должно было навести его уже то обстоятельство, что одинаковые вполне примѣры приходилось ему относить и въ область предположеній, и въ область скрытыхъ дѣйствій. Такъ въ числѣ примѣровъ предположеній мы находимъ (стр. 55): „Долгъ предполагается прекратившимся, если долговой актъ возвращенъ должнику“ и нѣсколькими страницами ниже (стр. 73 пр. 1). тотъ же примѣръ со ссылкой лишь на другое мѣсто источниковъ³⁸⁾ находимъ въ числѣ случаевъ скрытыхъ дѣйствій. Рядомъ съ этимъ въ числѣ скрытыхъ дѣйствій указывается случай, когда прекращеніе закладного договора выводится изъ возвращенія залога. Немного вниманія нужно, чтобы замѣтить, что этотъ случай одинаково съ предъидущимъ подходитъ къ случаямъ презумцій³⁹⁾.

Мы не станемъ слѣдовать за Мейеромъ въ приводимомъ имъ перечисленіи отдѣльныхъ случаевъ скрытыхъ дѣйствій; но нельзя не замѣтить, что это перечисленіе носитъ печать нѣкоторой поспѣшности и необдуманности, какъ и все изложеніе ученія о скрытыхъ дѣйствіяхъ. Такъ по нашему отечественному праву изъ скрытнаго изъявленія воли Мейеромъ выводятся: переходъ на наследника долговъ оставителя наследства (кто принимаетъ наследство, тотъ высказываетъ вмѣстѣ съ тѣмъ волю на принятіе послѣдственныхъ обязательствъ); обязанность платить по обязательству займа (заняль, стало быть, безмолвно согласился платить); наконецъ даже при мѣненіе наказанія къ преступнику (виновный, совершая преступленія, добровольно и безмолвно соглашается подвергнуть себя наказанію)⁴⁰⁾! Оставляя въ сторонѣ перечисленіе скрытыхъ дѣйствій, обратимъ вниманіе на то отношеніе, какое существуетъ между презумціями и скрытыми дѣйствіями, дабы не дать повода думать, что мы стремимся къ смѣшенію этихъ понятій. Для этого намъ остается повторить сказанное въ началѣ,

³⁸⁾ Вмѣсто l. 14 Cod. VIII, 42 на l. 2. § 1 Dig. de pact. II, 14.

³⁹⁾ Мейеръ, стр. 75.

⁴⁰⁾ Мейеръ, стр. 80.

что подъ презумціей разумѣется пріемъ юридическаго мышленія,—пріемъ, къ которому прибѣгаютъ для того, чтобы вызвать и оправдать юридическія послѣдствія, наступающія, не смотря на недоказанность вызывающаго ихъ фактическаго момента; а подъ скрытнымъ дѣйствіемъ разумѣется извѣстный способъ обнаруженія воли, иначе извѣстный видъ юридическихъ фактовъ. Разница между понятіями настолько велика, что подводить ихъ подъ одну категорію, отыскивать между ними родственную связь—невозможно. Связь эта зато существуетъ, конечно, между всѣми тѣми случаями юридическаго быта, гдѣ можетъ имѣть примѣненіе и имѣеть—пріемъ предположеній. Иначе говоря, связь между случаями, гдѣ юристы говорятъ о предположеніяхъ и случаями скрытнаго изьявленія воли дѣлается замѣтной, если мы станемъ на точку зрѣнія Мейера и будемъ разсматривать всѣ тѣ случаи, когда „юридическія опредѣленія, рассчитанныя на извѣстные факты, получаютъ силу, хотя самыхъ фактовъ мы и не усматриваемъ“, или какъ сказалъ бы современный нѣмецкій юристъ, на тѣ случаи, когда юридическія послѣдствія, связываемыя съ фактическимъ составомъ, предполагаютъ въ послѣднемъ наличность такихъ моментовъ, о присутствіи которыхъ на самомъ дѣлѣ мы не знаемъ. За то съ этой точки зрѣнія нельзя отличать такія двѣ группы случаевъ, какія разумѣетъ Мейеръ подъ именемъ презумцій и скрытныхъ дѣйствій. По мнѣнію Мейера, разница между указываемыми категоріями явленій юридическаго быта лежитъ въ томъ, что при предположеніяхъ мы имѣемъ дѣло „съ примѣненіемъ юридическихъ опредѣленій къ фактамъ, существованіе которыхъ не раскрыто съ несомнѣнностью и лишь предполагается“, а при скрытныхъ дѣйствіяхъ „съ фактомъ, о существованіи котораго свидѣтельствуетъ другой фактъ, какъ знакъ или эквивалентъ его“; но ближайшее разсмотрѣніе Мейеромъ же приведенныхъ примѣровъ убѣждаетъ, что въ весьма значительномъ числѣ скрытныхъ дѣйствій существованіе факта оказывается также нераскрытымъ съ несомнѣнностью и лишь предполагаемымъ. Остаются тѣ указанные выше немногочисленные случаи скрытныхъ дѣйствій, гдѣ заключеніе о волѣ не можетъ быть названо предполагаемымъ, такъ какъ оно основывается на высшей степени вѣроятности, сливающейся съ достовѣрностью, на полной убѣдительности въ существованіи факта. Правда, существованіе это выразилось въ другомъ фактѣ; но вѣдь и слова,

въ которыхъ прямо выражается воля на дѣйствіе, не суть одно съ дѣйствіемъ, а суть лишь знакъ послѣдняго. Важно не то, каковъ знакъ, а то, что существованіе дѣйствія (факта), благодаря ему, раскрыто съ несомнѣнностью, принудительной для дѣйствовавшего, хотя, можетъ быть, и независимо отъ желанія его. Разъ фактъ раскрытъ съ несомнѣнностью, примѣненіе къ нему юридическихъ опредѣленій представляется явленіемъ вполне нормальнымъ, выходящимъ за предѣлы тѣхъ явленій, которыя, какъ исключенія, изслѣдуетъ авторъ.

Итакъ, повторяемъ, съ точки зрѣнія, принятой самимъ Мейсромъ, указанное имъ отличие предположеній отъ скрытыхъ дѣйствій и опредѣленіе понятія послѣднихъ не выдерживаютъ критики. Въмѣсто скрытыхъ дѣйствій автору слѣдовало бы говорить лишь объ особомъ видѣ предположеній, о презумціяхъ воли или, выражаясь его языкомъ, о случаяхъ, когда воля лица является тѣмъ фактомъ, существованіе котораго не раскрыто съ несомнѣнностью, а лишь предполагается и потому съ нимъ связываются юридическія послѣдствія. Во всякомъ случаѣ нельзя отказать Мейеру въ томъ, что онъ всетаки подмѣтилъ родственную связь разсматриваемыхъ имъ случаевъ скрытыхъ дѣйствій съ презумціями и что въ сущности онъ вѣрно, хотя и недостаточно послѣдовательно, объяснилъ понятіе косвеннаго или скрытнаго изъясненія воли и скрытыхъ дѣйствій.

§ 6.

IV. Символическія дѣйствія.

Рядомъ съ случаями скрытныхъ дѣйствій Мейеръ мимоходомъ упоминаетъ о дѣйствіяхъ символическихъ, главнымъ образомъ съ цѣлью указать, что послѣднія не должно смѣшивать съ первыми и что они не подходятъ подъ понятіе тѣхъ исключеній изъ нормальнаго порядка въ юридическомъ быту, которыя онъ изслѣдуетъ. При скрытныхъ дѣйствіяхъ одно дѣйствіе служитъ основаніемъ заключенія о волѣ на другое, о совершеніи другого. Символическое же дѣйствіе, по опредѣленію Мейера, есть внѣшній условный знакъ, которымъ выражается совершеніе самаго дѣйствія. Знакъ этотъ, хотя состоитъ съ знаменуемымъ имъ дѣйствіемъ лишь въ искусственной связи, но въ тоже время, какъ условный, является принятымъ нормальнымъ средствомъ для проявленія дѣйствія. Слѣдовательно, пояснимъ отъ себя, въ символическомъ дѣйствіи воля обнаруживается такъ же открыто и непосредственно, какъ и въ устной рѣчи или въ письмѣ, или въ дѣйствіяхъ, составляющихъ исполненіе намѣренія.

Такое разрѣшеніе вопроса о природѣ и значеніи символическихъ дѣйствій представляется намъ слишкомъ уже простымъ. Обнаруженіе воли въ символическихъ дѣйствіяхъ приравнивается къ обнаруженію ея въ общепринятыхъ жестахъ (въ склоненіи головы, указаніи рукой и т. п.) и наступленіе на основаніи совершенія этого дѣйствія послѣдствій, связанныхъ съ дѣйствіемъ знаменуемымъ, признается на этомъ основаніи явленіемъ нормальнымъ. Но необходимо обратить вниманіе на то обстоятельство, что между намѣреніемъ лица и жестомъ, служащимъ для его выраженія, существуетъ естественная, общепринятая и для всѣхъ понятная связь; а связь между символическимъ дѣйствіемъ и намѣреніемъ лишь искусственная, условная, ибо символическое дѣйствіе само по себѣ вовсе не назначено служить выраженіемъ даннаго намѣренія. Бросаніе камнемъ въ начатую сосѣдомъ постройку само по себѣ вовсе не есть знакъ протеста противъ этой постройки ¹⁾. Камень

¹⁾ Fr. I § 6 Dig. quod vi aut. clam, LXIII. 24.

можетъ быть брошенъ съ цѣлью испробовать силу руки и вѣрность глаза или, повинувся чувству вражды къ сосѣду. Одно дѣло положить руку на проходящаго съ цѣлью задержать его и вступить съ нимъ въ разговоръ или даже съ цѣлью арестовать его—и другое дѣло обрядъ наложенія руки (*manus injectio*) съ цѣлью взыскапія долга²⁾. Въ прикосновеніи къ вещи копьемъ и замѣняющей его палкою (*festuca*) или въ дерганіи кого либо за ухо трудно признать сразу въ первомъ случаѣ заявленіе о своемъ правѣ собственности³⁾, а во второмъ—приглашеніе быть свидѣтелемъ⁴⁾. Языкъ символовъ есть языкъ поэтическій, фигуральный, а потому и менѣе доступный пониманію, чѣмъ обыкновенный, можно сказать, прозаическій языкъ жестовъ.

Замѣтить надо, что не всѣ связываютъ одинаковое значеніе съ словами „символь“, и „символическое дѣйствіе“. Большинство авторовъ, занимавшихся вопросомъ о символизмѣ права⁵⁾, начиная съ Гримма и кончая позднѣйшими, напр.

²⁾ Gai, IV § 21.

³⁾ Gai, IV § 16.

⁴⁾ *Por. Sat. I. 9. 76.* По словамъ комментатора Порфирія, приглашающей спрашивалъ при этомъ: «*Licet te antestari?*» а приглашаемый отвѣчалъ: «*Licet*» или «*Non licet*».

⁵⁾ Цивилисты мало занимались вопросомъ объ изъясненіи воли въ символахъ, такъ какъ въ источникахъ Юстиніановскаго права и современныхъ кодексахъ удержались развѣ немногіе слѣды нѣкогда болѣе широкаго примѣненія символическихъ дѣйствій. Въ курсахъ гражданскаго права, даже самыхъ подробныхъ, о символическихъ дѣйствіяхъ обыкновенно вовсе не упоминаютъ или ограничиваются однимъ упоминаніемъ (см. напр. *Brinz, Lehrbuch der Pand. Bd. IV. 2. Lief. 1895 г. стр. 263 и 266 и прим. 29 и 30*). Болѣе интересовались этимъ вопросомъ историки права и изслѣдователи народныхъ юридическихъ обычаевъ. Но здѣсь обращалось вниманіе на собраніе и разъясненіе символическихъ знаковъ и обрядовъ у разныхъ народовъ съ цѣлью главнымъ образомъ отысканія данныхъ для исторіи институтовъ права и хода развитія правовыхъ идей. Извѣстны въ этомъ отношеніи заслуги Якова Гримма (см. *Jacob Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer*, 3 изд. въ 1881 г.) Ссылаясь на этотъ трудъ, Мишле (*Michelet, Origines du droit français cherchés dans les symboles et formules du droit universel. Paris. 1837 г.*) объявилъ возможнымъ созданіе особой науки «символики права». Цитированное выше сочиненіе Chassan'a (*Chassan, Essai sur la symbolique du droit, Paris, 1847 г.*) представляетъ

г. Кулишеромъ, разумѣютъ подъ символами вообще внѣшніе физическіе знаки, служащіе для обозначенія извѣстныхъ идей, представленій, предметовъ⁶⁾. „Назначеніе юридическаго символа, говоритъ Шассанъ, служить видимымъ чувственнымъ знакомъ, фиктивно представляющимъ какой нибудь предметъ изъ міра практической жизни, предметъ физическій или отвлеченный, лице или дѣйствіе“⁷⁾. При помощи символа юридическое понятіе или предметъ выражаются въ матеріальныхъ образахъ, доступныхъ внѣшнимъ чувствамъ. Копѣе знаменуетъ право собственности, глыба земли—поле, кирпичъ или ключъ означаетъ домъ, портретъ или шляпа замѣняютъ лице, посохъ означаетъ власть, мечъ—власть карательную и т. д. Противъ такого опредѣленія символовъ высказался Герингъ, который находитъ, что подъ символами и символическими дѣйствіями надо разумѣть лишь знаки и дѣйствія, имѣющія цѣлью „чувственнымъ образомъ представить внутреннее, интеллектуальное содержаніе“. Символомъ нужно называть, по мнѣнію Геринга, лишь чувственное изображеніе того, что отвлеченно, а когда дѣло идетъ о томъ, чтобы представить какимъ либо внѣшнимъ знакомъ вещь изъ міра физическаго (напр. поле—комомъ земли, лѣсъ—древесной вѣточкой и т. п.), то слово символъ употребляютъ неправильно. „Копѣе есть символъ собственности, а

единственную во всей европейской литературѣ попытку изложенія этой науки. Послѣ этой, неудачной во всякомъ случаѣ, попытки вопросъ о новой наукѣ не поднимался. О символизмѣ въ римскомъ правѣ и о древне-римскихъ юридическихъ символахъ довольно подробно говорится у Геринга въ его сочиненіи «Geist des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung II § 45а и § 47. Ср. также Voigt, XII Tafeln I § 18. Въ русской литературѣ по вопросу о юридическихъ символахъ см. *Калмыковъ*, «О символизмѣ права вообще и рус. въ особенности» С.-Пет. 1839 г. *Кулишеръ*, «Символизмъ въ правѣ». Вѣстн. Евр. 1883 г. кн. 2 стр. 747 и кн. 7 стр. 188. *Даниловъ*, «О значеніи и собираніи древне-рус. символовъ». Собираніемъ символическихъ знаковъ и обрядовъ среди русскаго и инородческаго населенія занимались многіе изслѣдователи крестьянскаго юридическаго быта (Ефименко, Ягушкинъ, Скоробогатый, Харузинъ, Матвѣевъ, Е. Соловьевъ и др.).

⁶⁾ *J. Grimm*, Deutsche Rechtsalterthümer, Cap. IV стр. 109 слѣд. *Кулишеръ*, соч. цит. см., Вѣстн. Евр., 1883 г. кн. 2 стр. 770.

⁷⁾ *Chassan*, соч. цит. стр. 10.

палка, которой его замѣняютъ, не есть символъ копья, а лишь знакъ, представляющій копье“. Равнымъ образомъ притворное путешествие на спорную землю, къ которому преторъ приглашалъ тяжущихся въ древне—римскомъ процессѣ о собственности⁶⁾, Терингъ не признаетъ символическимъ дѣйствіемъ, потому что оно представляло и замѣняло нѣчто внѣшнее—дѣйствительное путешествие къ недвижимости. Иначе пришлось бы, аргументировать Терингъ, картину и рисунокъ называть символами изображаемаго въ нихъ предмета, а въ 30 ликторахъ, представлявшихъ при аррогациі 30 курій,—видѣть символическое собраніе народа по куріямъ⁷⁾.

Намъ кажется, что нѣтъ основаній придавать такое важное значеніе, какое придаетъ Терингъ, указываемому имъ различію. По нашему мнѣнію, для понятія символа представляется существеннымъ вовсе не то, что именно знаменуется имъ, а самый приемъ, употребляемый здѣсь, т. е. обозначеніе одного предмета или дѣйствія другимъ. Предметы и явленія міра чувственнаго могутъ быть, конечно, такъ же обозначаемы символически, какъ и предметы отвлеченные или дѣйствія, не обнаруживаемыя реально, а лишь мыслимы. Огонь въ очагѣ или зажженный факель могутъ быть съ такимъ же правомъ названы символами солнца, когда они его обозначаютъ, какъ мечъ символомъ карательной власти. Портретъ и рисунокъ также, конечно, могутъ имѣть символическое значеніе. Разумѣется, не всегда непременно они будутъ символами изображаемаго предмета; но и копье не постоянно есть символъ собственности, а лишь тогда, когда его употребляютъ, какъ знакъ для обозначенія послѣдней. Не будетъ ничего страннаго и ошибочнаго и въ томъ, если собраніе 30 ликторовъ признать символической замѣной собранія 30 курій. Оно, по нашему мнѣнію, и должно было имѣть именно эту цѣль. Равнымъ образомъ притворное путешествие на спорную землю и притворное изображеніе борьбы надъ глыбой земли въ римскомъ процессѣ о собственности съ такимъ же правомъ могутъ быть названы символическими дѣйствіями, какъ существующій, по словамъ изслѣдователей, въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ обычай:

⁶⁾ Cic. pro Murena 12. «Iuite viam.. redite viam».

⁷⁾ Ihering, Geist d. r. R. II § 51.

пропусканія усыновляемаго сквозь рубашку жены усыновителя, чтобы обозначить символически актъ рожденія, или какъ обряды смѣшенія крови и обмѣна крестами для обозначенія отношеній побратимства¹⁰⁾. Теринга, повидимому, побудило придти къ его мнѣнію то обстоятельство, что за нѣкоторыми дѣйствіями, называемыми символическими, онъ долженъ былъ признать значеніе юридическихъ актовъ, совершающихся для видимости (мнимыхъ дѣйствій)¹¹⁾; но это обстоятельство не должно мѣшать, по нашему мнѣнію, этимъ актамъ оставаться всетаки символическими. Символы и символическія дѣйствія суть условные знаки, отношеніе которыхъ къ знаменуемому ими далеко не всегда одинаково: 1) иногда знакъ лишь сопровождаетъ наличность или совершеніе знаменуемаго и служитъ лишь внѣшнимъ видимымъ его выраженіемъ (протестъ противъ сосѣдской постройки, соединенный съ выраженіемъ его во внѣ бросаніемъ камня въ нее, взятіе приглашаемаго въ свидѣтели за ухо для видимаго обозначенія послѣдовавшаго приглашенія и т. п.) 2); иногда символическій обрядъ не только сопровождаетъ знаменуемое имъ дѣйствіе, но выполненіе перваго есть въ тоже время и необходимое условіе для дѣйствительности послѣдняго, необходимая форма совершенія (*confarreatio*, *манципация* при отчужденіи вещей *mancipi*, *deductio* и *манципium consertio* при виндикаціи недвижимости въ древнемъ производствѣ *per sacramentum* и т. п.) Въ обоихъ этихъ случаяхъ символическое дѣйствіе служитъ средствомъ обнаруженія воли на дѣйствіе, имъ знаменуемое, причѣмъ лишь въ послѣднемъ случаѣ не можетъ имѣть мѣста сомнѣніе относительно существованія этой воли, а въ первомъ оно возможно. Слова Мейера о скрытыхъ дѣйствіяхъ, что „при нихъ существованіе факта выражается другимъ фактомъ, какъ знакомъ его или эквивалентомъ“, по нашему мнѣнію, примѣнны именно къ сейчасъ указаннымъ случаямъ символическихъ дѣйствій.

¹⁰⁾ См. Якушкинъ, Обычное право, Яросл. 1875. стр. XV. Кулишеръ, ст. пнт. Вѣстн. Евр. кн. 2. стр. 753; Харузинъ, Юридическій бытъ сарапульскихъ населеній, Юрид. В. 1883 г. т. 12. 2 десят. стр. 283.

¹¹⁾ Такъ переводятъ у насъ данное Терингомъ названіе *Scheingeschäfte*. См. Муромцевъ, О консерватизмѣ рим. юриспруденціи. Москва 1875 г. стр. 91 и слѣд.

3) Иногда символическое дѣйствіе лишь замѣняетъ совершеніе знаменуемаго, которое вслѣдствіе этого фиктивно представляется имѣющимъ мѣсто. Такая замѣна символомъ знаменуемаго можетъ совершаться съ различною цѣлью: или желаютъ при посредствѣ знака считать знаменуемое существующимъ, когда на самомъ дѣлѣ существованіе его физически невозможно (символическимъ обрядомъ усыновленія замѣняютъ естественное рожденіе, символическимъ смѣшеніемъ крови двухъ людей— кровное родство между ними и т. п.), или же, не желая совершать извѣстнаго дѣйствія и въ тоже время избѣгая формальнаго нарушенія правила, предписывающаго это дѣйствіе, замѣняютъ послѣднее извѣстнымъ символическимъ знакомъ¹²⁾ (напр. дѣйствительное путешествіе сторонъ на спорную землю, требуемое правилами древняго права, замѣняется притворнымъ); или наконецъ, не совершая на самомъ дѣлѣ знаменуемаго, желаютъ при посредствѣ символическаго дѣйствія считать знаменуемое совершеннымъ по отношенію лишь къ извѣстнымъ послѣдствіямъ (напр. *coemptio fiduciae causa*, т. е. *coemptio* для заключенія женщиной фиктивнаго брака *cum manu*, что дѣлалось, какъ извѣстно, съ различными цѣлями¹³⁾; *confarreatio* послѣ извѣстнаго сенатскаго опредѣленія по предложенію консуловъ Максима и Туберона¹⁴⁾ и т. п.) Во всѣхъ этихъ случаяхъ замѣны символическимъ дѣйствіемъ знаменуемаго мы имѣемъ дѣло съ юридическими фикціями или съ родственными послѣднимъ мнимыми дѣйствіями.

Родство символовъ и символическихъ дѣйствій съ фикціями очевидно. Воображеніе играетъ видную роль въ созданіи тѣхъ и другихъ, и первые значительно облегчаютъ примѣненіе послѣднихъ. Понятно, почему иногда подводятъ сим-

¹²⁾ Иногда знакомъ можетъ, конечно, замѣняться не дѣйствіе, а какой-либо предметъ, для дѣйствія необходимый (напр. копье—палкой, жертвенное животное—изображеніемъ, домъ кирпичемъ и т. п.).

¹³⁾ Gai I § 114 и 115.

¹⁴⁾ Gai I § 136: «cautum est (in confarreatis nuptiis), ut haec quod ad sacra tantum videatur in manu esse, quod vero ad ceteras causas proinde habeatur, atque si in manum non convenisset».

волическія дѣйствія подѣ понятіе фикціи въ обширномъ смыслѣ¹⁵⁾. Но разница между ними ясна: фикція есть приѣмъ юридическаго мышленія, символъ и символическое дѣйствіе— лишь внѣшній образъ выраженія юридическаго дѣйствія или отношенія. Фикція является здѣсь тогда, когда изображаемаго вовсе нѣтъ, а на лицо одинъ образъ, символъ, благодаря которому изображаемое обсуждается, какъ существующее.

Изъ сказаннаго очевидно уже, насколько неправъ былъ Мейеръ, исключивъ символическія дѣйствія изъ круга тѣхъ ненормальныхъ явленій юридическаго быта, которыя подлежали его разсмотрѣнію. Конечно, въ употребленіи символовъ легко не замѣтитъ уклоненія отъ нормальнаго порядка въ юридическомъ быту, такъ какъ на первый взглядъ символическое дѣйствіе есть лишь замѣна слова. Такъ, очевидно, и смотрѣлъ Мейеръ, когда говорилъ, что въ символическихъ дѣйствіяхъ, символъ или знакъ совпадаетъ съ дѣйствіемъ знаменуемымъ. Въ этомъ словѣ „совпадаетъ“ и заключается источникъ недоразумѣнія. Слово это наводитъ на мысль о полномъ отождествленіи знака съ знаменуемымъ. Мейеръ, очевидно, рассуждаетъ такъ: „видя символъ, мы видимъ, слѣдовательно, самый знаменуемый фактъ и прилагаемъ къ нему подлежащія юридическія опредѣленія“. Изъ предъидущаго ясно, насколько неправильно это рассужденіе. Мейеръ, рассуждая такъ, забываетъ свое вполнѣ вѣрное заявленіе, что связь между знакомъ и знаменуемымъ въ символическихъ дѣйствіяхъ не необходимая, а лишь условная, кажущаяся. Вслѣдствіе этого и примѣненіе при наличности знака юридическихъ опредѣленій въ томъ расчетѣ, какъ будто знаменуемый фактъ дѣйствительно имѣетъ мѣсто, представляется также уклоненіемъ отъ нормальнаго порядка въ юридическомъ быту. Это примѣненіе основано здѣсь не на наличности дѣйствія, а на условномъ представленіи о существованіи связи символа и знаменуемаго имъ факта, представленіи, какъ мы видѣли,

¹⁵⁾ Duméril, Les fictions Juridiques, стр. 6. Chassan (Essai sur la symbolique, стр. 45—50) то называетъ символы видомъ юридическихъ фикціи, то, наоборотъ, фикціи видомъ юридическихъ символовъ; но это происходитъ отъ неправильнаго пониманія имъ сущности фикціи въ собственномъ смыслѣ.

далеко не всегда оправдывающемся и относящемся иногда къ области фязіцій или предположеній.

Въ современномъ юридическомъ быту цивилизованныхъ народовъ символы и символическіе знаки и дѣйствія имѣютъ довольно значительную область примѣненія въ правѣ публичномъ (государственномъ и международномъ), служа внѣшними знаками для выраженія извѣстныхъ фактовъ или отношеній. Въ сферѣ же частнаго гражданскаго права примѣненіе символовъ и символическихъ дѣйствій является лишь, какъ рѣдкое исключеніе, какъ остатокъ или напоминаніе о далекомъ прошломъ, когда къ нимъ прибѣгали чаще, когда на первыхъ ступеняхъ народнаго развитія въ нихъ чувствовалась надобность. Мы встрѣчаемъ ихъ въ массѣ у древнихъ римлянъ, въ средніе вѣка у народовъ германскихъ и славянскихъ. Особенно необходимыми почитаются они тамъ, гдѣ чувствуется потребность придать большую торжественность той формѣ, въ которую облакается дѣйствіе. Символизмъ обыкновенно есть ближайшій спутникъ формализма въ правѣ и, подобно послѣднему, получаетъ особое развитіе и прочность тамъ, гдѣ тѣсна связь права съ религіей. Не безъ основанія по этому происхожденію многихъ символическихъ дѣйствій въ древнемъ Римѣ приписывается первымъ знатокамъ права—жрецамъ.

§ 3.

V. Притворныя дѣйствія (Шутка, умолчаніе, симуляція).

Послѣдними въ ряду разсматриваемыхъ Мейеромъ уклоненій отъ нормальнаго порядка въ юридическомъ быту стоятъ такъ называемыя притворныя дѣйствія. Случаи, сюда относящіеся, Мейеръ характеризуетъ какъ такіе, гдѣ „юридическія опредѣленія отнесены къ факту, выставляемому существующимъ въ замѣнъ другого факта, собственно подлежащаго тѣмъ опредѣленіямъ“. Эту характеристику, конечно, нельзя назвать удачной уже потому, что она страдаетъ неясностью: слѣдуя ей, трудно отличить разсматриваемые случаи отъ тѣхъ, которые Мейеръ отнесъ къ первой категоріи, т. е. къ вымысламъ, такъ какъ выходитъ, что и въ четвертой категоріи мы имѣемъ дѣло съ примѣненіемъ юридическихъ опредѣленій къ факту лишь „выставляемому существующимъ“, т. е., говоря иначе, вымышленному. Разница, правда, отмѣчается въ томъ, что въ послѣдней категоріи фактъ вымышленъ въ замѣнъ другого дѣйствительно существующаго факта, но и эта разница затемняется, если припомнить съ одной стороны то, что къ первой категоріи относятся также и случаи „вымышленнаго существованія факта, о которомъ извѣстно, что онъ существуетъ въ другомъ видѣ“¹⁾, а съ другой стороны имѣтъ въ виду, что къ послѣдней категоріи принадлежатъ притворныя дѣйствія, между которыми, очевидно, возможны такіе, которыя не замѣняютъ собою никакого дѣйствія. (Дѣлаютъ видъ, что совершаютъ куплю-продажу. Написали такъ называемый дутый вексель и т. п.). Такимъ образомъ, Мейеру съ его собственной точки зрѣнія не удалось ясно сформулировать разницу между этими категоріями случаевъ. Да это и не легко было сдѣлать. Если бы онъ сказалъ, что въ первой категоріи случаевъ юридическія опредѣленія примѣняются къ фактамъ, завѣдомо несуществующимъ; а во второй—къ фактамъ, существующимъ лишь по внѣшности и прикрывающимъ другіе факты, то и тогда различіе оставалось бы всетаки не-

¹⁾ Мейеръ, стр. 2.

яснымъ. Съ той точки зрѣнія, съ которой обсуждаетъ эти случаи Мейеръ, они представляются дѣйствительно очень сходными; а существенные признаки различія (въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ пріемомъ юридической конструкціи, а во второмъ—съ совершеніемъ юридическихъ дѣйствій; въ первомъ случаѣ—это орудіе, къ которому явно прибѣгаетъ законодатель или юристъ для облегченія примѣненія юридическихъ опредѣленій, а во второмъ—средство, къ которому обыкновенно тайно прибѣгаютъ частныя лица для достиженія своихъ цѣлей и т. п.) исчезаютъ. Впрочемъ, самое изложеніе ученія о притворныхъ дѣйствіяхъ ведется у Мейера совершенно независимо отъ указанной точки зрѣнія.

Опредѣленія притворныхъ дѣйствій, строго говоря, у него мы также не находимъ: такъ какъ нельзя назвать опредѣленіемъ ни заявленіе, что это суть „дѣйствія, совершаемыя въ видахъ достиженія цѣли, къ которой въ области права ведетъ собственно другое дѣйствіе“²⁾; ни заявленіе, что притворное дѣйствіе это есть такое произведеніе воли, которое, благодаря созданной этою волею обстановкѣ, „даетъ послѣдствія, обыкновенно изъ него не вытекающія, а связанныя собственно съ другимъ дѣйствіемъ“; ни, тѣмъ болѣе, заявленіе, что къ притворному дѣйствію „искусственно прививается значеніе, котораго оно само по себѣ не имѣетъ“³⁾. Но отсутствіе сжатаго, строго сформулированнаго опредѣленія не мѣшаетъ Мейеру изложить все ученіе о притворныхъ дѣйствіяхъ съ подробностью и обстоятельностью настолько большою, что до послѣдняго времени, по крайней мѣрѣ, до появленія третьяго тома извѣстнаго труда Іеринга „Духъ римскаго права“, къ этому изложенію даже въ богатой нѣмецкой литературѣ нечего было бы добавить. Лишь очень недавно, благодаря въ значительной степени блестящему выясненію Іерингомъ на примѣрѣ исторіи римскаго права практическаго значенія притворныхъ и такъ называемыхъ нынѣ мнимыхъ дѣйствій (Scheingeschäfte), обращено было въ нѣмецкой литературѣ вниманіе юристовъ не только теоретиковъ, но и практиковъ на всѣ тѣ случаи юри-

²⁾ Напр.: воровство есть юридическое дѣйствіе, совершаемое съ цѣлью, къ которой въ области права ведетъ купля-продажа!?

³⁾ Мейеръ, стр. 85.

дических дѣйствій, гдѣ встрѣчается симуляція въ обширномъ смыслѣ этого слова. Непосредственное наблюденіе явленій дѣйствительности дало основаніе къ отличенію новыхъ для юриспруденціи видовъ сдѣлокъ и выдѣленію ихъ изъ сдѣлокъ въ собственномъ смыслѣ слова притворныхъ, къ которымъ ранѣе ихъ относили. Самое же ученіе о притворныхъ дѣйствіяхъ въ собственномъ смыслѣ осталось и доселѣ въ томъ почти видѣ, какъ оно изложено у Мейера.

Весьма нерѣдко въ юридическомъ быту встрѣчаются факты такого рода, что видимое выраженіе воли дѣйствующаго не соотвѣтствуетъ совершаемому имъ дѣйствію: хотятъ совершить одно дѣйствіе, а совершаютъ другое; является такимъ образомъ противорѣчіе между дѣйствительнымъ содержаніемъ воли и ея внѣшнимъ выраженіемъ. Иногда такое противорѣчіе бываетъ ненамѣреннымъ, являясь слѣдствіемъ ошибки или невѣдѣнія (error въ широкомъ смыслѣ слова = Irrthum) ⁴⁾; но оно можетъ быть и намѣреннымъ, можетъ входить въ расчетъ дѣйствующаго лица или лицъ, если ихъ нѣсколько. Дѣйствующіе намѣренно дѣлаютъ видъ, что совершаютъ такое-то дѣйствіе, когда на самомъ дѣлѣ вовсе ничего не совершаютъ или совершаютъ совсѣмъ другое; или, какъ говорятъ современные нѣмецкіе юристы, у лица имѣется та воля, которая творитъ волеизъявленіе, какъ внѣшнее дѣйствіе и нѣтъ той воли, которая въ этомъ волеизъявленіи высказывается ^{4*)}. Такое изъясненіе воли для одной видимости, такъ сказать, можетъ имѣть мѣсто безъ намѣренія ввести кого либо въ заблужденіе: дѣйствующій по видимости или изъясляющій по видимости

⁴⁾ Zitelmann, Irrtum, 319—322; Запрудскій, Элементарный учеб. рим. права, вып. 2. Харьковъ, 1891. § 37 и слѣд. содержитъ самое подробное изъясненіе на русскомъ языкѣ изложеніе ученія романистовъ о случаяхъ несоотвѣтствія между волей и ея выраженіемъ. Нѣкоторые авторы находили возможнымъ и всѣ случаи ошибки или заблужденія подводить подъ понятіе симуляціи, вводя понятіе «притворства ненамѣреннаго». Неудобство объединенія столь различныхъ по существу случаевъ очевидно.

^{4*)} Regelsberger, Pandecten I. стр. 508. Kohler въ рецензіи на этотъ учебникъ, помѣщенной въ Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd XXXVI Heft. 4. стр. 525 § 10. Противъ этого различія между волей на изъясненіе и изъясляемой волей Pininsky, Thatbestand II стр. 282.

волю не только самъ не имѣть въ виду серьезно достигнуть послѣдствій волеизъявленія, но имѣть основаніе ожидать, что и всѣ другіе, въ виду сопровождающихъ волеизъявленіе обстоятельствъ, не примутъ этого изъясненія за серьезное. Сюда относятся шуточные волеизъявленія, а также случаи изъясненій воли, дѣлаемыхъ со сцены или въ аудиторіи (примѣры для обученія) и т. п. ⁵⁾.

Строго говоря, здѣсь нѣтъ никакого юридическаго дѣйствія, такъ какъ вовсе нѣтъ воли, направленной на достиженіе какихъ либо послѣдствій, юридическая недѣйствительность волеизъявленія въ подобныхъ случаяхъ очевидна, и на нее можно сослаться противъ всякаго, кто вздумалъ бы заявлять, основываясь на шуточномъ или примѣрномъ изъясненіи воли, какія либо притязанія ⁶⁾. Но гораздо чаще бываютъ случаи, когда притворяются именно съ намѣреніемъ убѣдить

⁵⁾ Л. 3. § 2 Dig. de oblig. et act. 44, 7.: «Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per jocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixerо «spondeo?» et tu responderis «spondeo», nascetur obligatio». См. *Баронъ*, Система рим. гражд. права § 50; *Азаревичъ*, Сист. рим. права, стр. 168—169; *Заирскій*, Учеб. рим. права. Общая часть. Вып. 2, стр. 330; *Regelsberger*, Pandect. I § 138 стр. 506 и § 141 стр. 515; *Dernburg*, Pandect. § 99 стр. 234; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandectenrechts, V. I § 75 прим. 2. Послѣдній авторъ различаетъ шуточное изъясненіе воли (Willenserklärung im Scherz) отъ изъясненія воли, дѣлаемаго кому либо съ цѣлью подшутить надъ нимъ (Willenserklärung aus Scherz). Однако это различіе между простой и грубой шуткой признано излишнимъ и практически неосуществимымъ. *Unger*, Legislative Behandlung des wesentlichen Irrthums въ Grünhut's Zeitschrift V. XV стр. 675 пр. 7а.: Die öfter gemachte Unterscheidung (указаніе на Виндшейда и др.) zwischen groben Scherz (Giltigkeit des Vertrages) scheint mir weder an sich gerechtfertigt, noch in legislativpolitischen Hinsicht empfehlenswerth». *Bekker*, System § 98 № g. *Pernice* подводитъ всѣ эти случаи подъ понятіе такъ называемаго умолчанія—Mentalreservation. См. ниже, прим. 8. Примѣры изъ герм. суд. практики см. въ *Seuffert's Arch.* V. XVI n. 217, V. XXXII n. 231, V. XXXVII n. 310. *Entsch. des R. Gerichts in Civ. Sach.* V. VIII стр. 185 и 349.

⁶⁾ Ср. ст. 1523 Х т. 1 ч. Разумѣется, если несерьезный характеръ волеизъявленія остался скрытымъ для получившаго его лица безъ вины съ его стороны, напротивъ, по винѣ изъяснителя воли (culpa), то послѣдній не можетъ сослаться на несерьезность волеизъявленія. Если же со стороны изъяснителя воли не было вины, то онъ всетаки обязанъ возмѣстить приняв-

другихъ, что дѣйствительно имѣется воля на совершеніе даннаго дѣйствія. Юристы нынѣ различаютъ здѣсь два случая: I. Когда тотъ, кто изъявляетъ волю на юридическую сдѣлку, тайно про себя имѣетъ волю совершенно противоположную, о которой умалчиваетъ передъ получателемъ изъясненія ⁷⁾. Это умолчаніе при волеизъявленіи (*Mentalreservation*) можетъ имѣть мѣсто иногда даже съ не безнравственной цѣлью (напр. дабы успокоить больного), но всего чаще въ основаніи его лежитъ намѣреніе обмануть другого контрагента, причинить ему вредъ или выманить у него что либо и т. п. ^{7*)} Если случай умолчанія таковъ, что получатель изъясненія проникъ тайное намѣреніе изъяснителя или даже лишь долженъ былъ бы его открыть при достаточной осторожности съ своей стороны, то, по мнѣнію современныхъ юристовъ, изъясненіе не будетъ

шему изъясненіе лицу понесенный имъ убытокъ. *Regelsberger*, *Pandect. I.* 515. Ср. *Bekker*, *System II* § 98 N. о и п. См. прил. III къ предыдущему §. *Unger*, въ *Grünhut's Zeitschrift. V. XV* стр. 607 и ^{7*)}; «*der nicht erkennbare Scherz scheint mir unter allen Umständen keine Berücksichtigung zu verdienen*». Иначе рѣшаетъ *Enneccerus*, *Rechtsgeschäft*, стр. 98.

⁷⁾ На отличіе умолчанія (*reservatio mentalis*) отъ симуляціи въ собственномъ смыслѣ указывалось и прежде (см. *Savigny*, *System*, § 134 стр. 289); но особеннаго значенія этому отличію не придавали, и авторы учебниковъ гражданского права даже не упоминали о немъ, не выдѣляя умолчанія изъ притворныхъ дѣйствій вообще (см. напр. *Brinz*, *Pandect. V. IV* § 524). Только въ послѣднее время различіе это обратило на себя вниманіе, и случаи этого такъ называемаго *reservatio mentalis* или, какъ у насъ назвали, умолчанія (*Петражицкій*, Переводъ Пандектъ Барона § 50 стр. 75; *Заурскій*, Учебникъ рим. права стр. 381) сдѣлались предметомъ особыхъ изслѣдованій. См. особ. *Kohler*, *Studien über Mentalreservation und Simulation* и «*Ueber den Willen im Privatrecht*» въ *Jherings Jarbüch. für Dogmatik V. XVI*, 1878 и *V. XXVIII*, 1883. Русское законодательство не говоритъ специально о притворствѣ и его видахъ, хотя случаи притворныхъ сдѣлокъ, прикрывающихъ другія, указаны въ ст. 991 и 2114 X т. 1 ч. Сенатъ въ своихъ рѣшеніяхъ называетъ притворныя сдѣлки «мнимыми» или «вымышленными». (Кас. рѣш. 1891 г. № 62); причѣмъ подъ именемъ этимъ надо разумѣть всякую сдѣлку, содержаніе которой не соответствуетъ дѣйствительному намѣренію сторонъ, — словомъ, притворство въ обширномъ смыслѣ *Анненковъ*. Система рус. гражд. права, стр. 392 и 393.

^{7*)} См. приложение IV.

юридически обязательнымъ ⁸⁾. Если же получившій изъясненіе дѣйствительно безъ вины съ своей стороны (безъ грубой неосторожности, безпечности) повѣрилъ волеизъявленію, то оно будетъ дѣйствительно для изъяснителя, ибо послѣдній не можетъ сослаться на то, о чемъ онъ умолчалъ, говоря иначе, не можетъ оправдываться ссылкой на свою собственную ложь ⁹⁾. Впрочемъ, при сужденіи о дѣйствительности такого изъясненія надо имѣть въ виду также родъ сдѣлки и принимать въ соображеніе другія сопровождающія волеизъявленіе обстоятельства ¹⁰⁾.

II. Второй случай ненамѣреннаго обмана при волеизъявленіи представляютъ такъ называемыя притворныя дѣйствія въ тѣсномъ смыслѣ слова. Здѣсь, какъ и въ первомъ случаѣ, по внѣшности имѣется на лицо дѣйствіе, совершаемое по волѣ дѣйствующаго съ тѣмъ, чтобы при посредствѣ этого совершенія достигнуть не соотвѣтствующихъ послѣдствій, а иныхъ, съ совершаемымъ дѣйствіемъ непосредственно не связанныхъ, но тайное достиженіе которыхъ при его посредствѣ возможно. Разница между первымъ и вторымъ случаемъ только въ томъ, что въ первомъ случаѣ истинное намѣреніе изъяснителя воли скрывается отъ лица, которому изъясненіе дѣлается, а во второмъ, напротивъ, получатель изъясненія, т. е. тотъ, на юридическія отношенія котораго серьезно совершенная сдѣлка оказала бы вліяніе, не только поставленъ въ извѣстность относительно несерьезности волеизъявленія, но и въ согласіи съ изъяснителемъ утаиваетъ это отъ другихъ, помогаетъ послѣднему убѣдить другихъ въ серьезности притворно совершаемаго съ какою либо, всего чаще недозволенною, цѣлью

⁸⁾ Lotmar, Hartmann, Eisele, Kohler. См. прил. IV. Wendt, Lehrbuch d. Pandect. § 45 стр. 110—112, Bekker, System, II § 98 N o и p., Regelsberger, Pandect. § 141, стр. 516: «Нѣтъ надобности защищать того, кто зналъ про лгание другой стороны, а наказывать ложь не дѣло гражданского права».

⁹⁾ См. цитаты предыдущаго примѣч., а также Dernburg, Pandect. I § 99, стр. 234.

¹⁰⁾ Regelsberger, I § 141, стр. 516 и Bekker, II § 98 N o. p. r. См. прилож. IV.

дѣйствія ¹¹⁾. Короче говоря, притворныя, иначе фиктивные сдѣлки суть такия, при которыхъ контрагенты соглашаются сдѣлать по видимости то, чего въ дѣйствительности исполняютъ они вовсе не хотятъ ¹²⁾.

При этомъ они или вовсе не хотятъ на самомъ дѣлѣ совершить никакой другой юридической сдѣлки ¹³⁾ (напр. фиктивно покупается домъ для приобрѣтенія требуемаго ценза, пишется дутый или бронзовый вексель и т. п.), или же совершеніемъ притворной (симулированной) сдѣлки думаютъ прикрыть совершеніе другой сдѣлки, которую желаютъ держать въ тайнѣ, потому что открытое совершеніе ея юридически невозможно или просто фактически нежелательно; причемъ эта другая прикрытая (диссимулированная) сдѣлка можетъ быть совершенно иного рода ¹⁴⁾ (напр. дареніе или

¹¹⁾ *Regelsberger*, I § 139—говоритъ, что при симуляціи, у лица нѣтъ воли на то, чтобы вызвать соответствующее внѣшнему фактическому составу сдѣлки юридическое слѣдствіе. См. слѣд. прим.

¹²⁾ *Dernburg*, *Pandecten*, I § 100: «Мнимые контрагенты согласились о томъ, чтобы не хотѣть того, что они дѣлаютъ по внѣшности». Это вѣрно, но не совсѣмъ ясно, такъ какъ можетъ дать поводъ думать, что стороны не желаютъ притворнаго дѣйствія. Необходимо помнить, какъ удачно указалъ еще Мейеръ (поправляя Савиньи), что у совершителя притворнаго дѣйствія есть воля на послѣднее, и онъ хочетъ даже наступленія его послѣдствій, но тѣхъ только, которыя ему нужны для достиженія его скрытаго желанія, которыя согласуются съ послѣднимъ. Что касается остальныхъ послѣдствій, то стараются устроить, чтобы они были такъ или иначе устранены или значеніе ихъ уничтожено. Вотъ почему иногда для достиженія известнаго желаемаго результата приходится совершать два или нѣсколько притворныхъ дѣйствій. А желаетъ приобрѣсти имущественный цензъ въ городѣ и, не имѣя на то необходимыхъ средствъ, прибѣгаетъ къ фиктивной покупкѣ дома у *B*. Для этого пишется купчая, по которой *A* якобы приобрѣлъ домъ *B*. и на основаніи которой получаетъ известныя, связанные съ обладаніемъ цензомъ права; но чтобы устранить нежелаемыя и невыгодныя для *B*. послѣдствія фиктивной продажи, *A*. выдаетъ *B*. обязательство на сумму равную стоимости дома. См. Мейеръ, стр. 85.

¹³⁾ Но это не значитъ, что они вовсе ничего не хотятъ, какъ это многіе учатъ. Напротивъ, они желаютъ добиться при помощи притворной сдѣлки известныхъ послѣдствій. См. предыдущ. примѣч.

¹⁴⁾ Возможность замѣны одного дѣйствія другимъ, какъ справедливо замѣтилъ Мейеръ, не безусловная. Притворное дѣйствіе и прикрываемое

закладъ съ ростовщическими % прикрываются продажей¹⁵⁾, или того же рода, но съ болѣе или менѣе существенными видоизмѣненіями, которыя и желаютъ скрыть (напр. покупка на имя подставного лица или сокрытие сторонами истинной цѣны при продажѣ съ цѣлью уклоненія отъ платежа пошлинъ)¹⁶⁾. Но каковы бы ни были поводы къ совершенію притворнаго дѣйствія и какія бы цѣли совершители его ни имѣли въ виду, всегда оно всетаки есть совершаемое лишь для видимости, совершающіе его прикрываютъ имъ только истинное свое намѣреніе. Повятно, что такое притворное дѣйствіе называютъ вымышленнымъ, фиктивнымъ, такъ какъ оно только выставляется существующимъ¹⁷⁾. Но пока никѣмъ не оспаривается его существованіе, оно подлежитъ дѣйствию тѣхъ опредѣленій, которыя на это существованіе рассчитаны и можетъ влечь свои нормальныя послѣдствія, чѣмъ и пользуются совершители для своихъ тайныхъ цѣлей¹⁸⁾. Всякій, кто имѣетъ въ

должны имѣть нѣчто общее, а отличающія ихъ особенности должны быть устранимы или должны быть таковы, чтобы могли быть уничтожены или уравновѣшены.

¹⁵⁾ Обильное собраніе примѣровъ симулированныхъ сдѣлокъ можно найти въ сборникахъ судебныхъ рѣшеній. У Беккера, System, II § 98 N h и i указано много относящихся сюда случаевъ изъ Германской судебной практики.

¹⁶⁾ *Dernburg*, Pandect. I § 100, 2. *Bekker*, System, II § 93 N i, гдѣ указаны примѣры.

¹⁷⁾ См. выше прим. 7.

¹⁸⁾ Лишь разумѣя подъ притворнымъ волеизъявленіемъ шуточное изъясненіе воли, можно говорить о притворныхъ сдѣлкахъ, какъ о такихъ, при совершеніи которыхъ стороны вовсе не желали наступленія какихъ либо послѣдствій и отличать отъ нихъ сдѣлки, клонящіяся къ подложному переукрѣпленію имущества во избѣжаніе платежа долговъ, какъ выражающія не мнимую, а дѣйствительную волю сторонъ на ихъ заключеніе. Очевидно, что между фиктивной продажей дома, для доставленія покупателю имущественнаго ценза или поддержки его кредита и продажей дома съ цѣлью подложнаго переукрѣпленія разницы лишь въ преслѣдуемыхъ сторонами сдѣлкахъ, но что въ обоихъ случаяхъ стороны одинаково имѣютъ известное серьезное намѣреніе достигнуть этихъ цѣлей путемъ выставленія притворной сдѣлки за истинную. Ср. *Ашениковъ*, Система гражд. права, I стр. 392 и 393.

этомъ интересъ, можетъ открыть притворство и оспорить сдѣлку. По обнаруженіи притворства, симулированная сдѣлка всегда ничтожна, контрагенты не могутъ ни въ какомъ случаѣ опираться на нее, какъ бы на дѣйствительную¹⁹⁾. Напротивъ, на притворный характеръ сдѣлки симулянтъ можетъ сослаться не только противъ контрагентовъ, но и противъ третьихъ лицъ, которыя, зная о симуляціи, тѣмъ не менѣе основываютъ на симулированной сдѣлкѣ свои требованія, какъ бы на дѣйствительной²⁰⁾. Другое дѣло тѣ третьи лица, которыя, не зная о симуляціи, довѣряя дѣйствительности видимой притворной сдѣлки, вступили въ юридическія отношенія съ симулянтомъ и сдѣлали недѣйствительное приобрѣтеніе или совершили платежъ. Ихъ интересы не должны пострадать отъ обмана и противъ нихъ симулянтъ не можетъ сослаться на ничтожность притворной сдѣлки²¹⁾.

¹⁹⁾ *Dernburg*, I § 100 пр. 4; *Regelsberger*, § 141. III пр. 11; *Bekker*, II § 98 Beil. I.

²⁰⁾ Fr. 54 D. de obl. et act. 44. 7. «Contractus imaginarii etiam in emptio-nibus juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate». Tit. Cod. «plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur» IV, 22. См. также I. 5 и 6 Cod. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit IV, 50. *Bekker*, II § 98 N h и x. Въ послѣднемъ примѣчаніи Беккеръ справедливо указываетъ на то, что ссылающійся на притворный характеръ сдѣлки долженъ это доказать. *Windscheid*, *Lehrbuch d. Pandecten*, I § 75, пр. 1.

²¹⁾ Таково господствующее мнѣніе, защищаемое особенно Дернбургомъ. См. *Pandect. I § 100* прим. 6 и 7. См. также *Regelsberger*, *Pandect. I. § 141* прим. 12. Въ источникахъ римскаго права нѣтъ прямыхъ свидѣтельствъ въ подтвержденіе этого мнѣнія, хотя оно не стоитъ съ ними въ противорѣчіи. Но могутъ ли третьи лица, не знавшія о симуляціи, права которыхъ потерпѣли ущербъ отъ притворнаго дѣйствія, опираясь на характеръ послѣдняго, предъявлять требованія къ третьимъ же лицамъ, добросовѣстно приобрѣтшимъ права отъ симулянтовъ? По нашему мнѣнію, отвѣтъ долженъ быть утвердительный. См. Юрид. В. 1880. Май. Хроника гражд. суда. Дѣло Платовой съ Вѣлоусовымъ и дѣло наследниковъ Хрущева. По отношенію къ послѣднему дѣлу мы вполне согласны съ почтеннымъ хроникеромъ, что въ грѣбостныхъ актахъ форма не исчерпываетъ сущности ихъ и посему въ примѣненіи къ этимъ актамъ возможны также споры о симулированныхъ или фиктивныхъ сдѣлкахъ. Этого же мнѣнія и Регельсбергеръ по отношенію къ актамъ, совершаемымъ съ участіемъ органовъ общественной власти

Когда притворная сдѣлка прикрываетъ собою другую сдѣлку, то прикрытая можетъ быть дѣйствительною, если истинное намѣреніе сторонъ можетъ быть ясно обнаружено и если она соотвѣтствуетъ всѣмъ матеріальнымъ и формальнымъ требованіямъ сдѣлокъ своего рода ²²⁾.

Къ притворнымъ сдѣлкамъ очень часто прибѣгаютъ въ обходъ закона, in fraudem legis, т. е. съ цѣлью достигнуть противныхъ закону практическихъ послѣдствій, не вступая въ противорѣчіе съ буквальнымъ содержаніемъ закона. Нѣкоторые изъ новѣйшихъ авторовъ, какъ намъ кажется, безъ достаточныхъ основаній противопоставляютъ сдѣлки въ обходъ закона или „обходные пути оборота“ (Schleichwege des Verkehrs) притворнымъ сдѣлкамъ, выдѣляя первыя въ особую категорію и усматривая характеристическій отличительный признакъ ихъ въ томъ, что стороны хотятъ здѣсь сдѣлки и ея послѣдствій, имѣя въ виду достигнуть при ея помощи практическихъ послѣдствій, оспариваемыхъ закономъ. Но намъ думается, что и при всѣхъ другихъ сдѣлкахъ, принадлежащихъ къ категоріи притворныхъ, стороны также хотятъ достигнуть при помощи притворной сдѣлки извѣстныхъ практическихъ послѣдствій, для достиженія которыхъ хотятъ самой сдѣлки и

(Pand. I § 141). Однако, судебная практика не только наша, но и иностранная склоняется, хотя и не безъ колебаній, къ противному мнѣнію, и тамъ, гдѣ симулированная сдѣлка облечена въ законномъ указываемую торжественную форму съ участіемъ представителей власти, формѣ этой нерѣдко придается значеніе вопреки недостатку воли на сдѣлку. См. *Bekker*, System, II § 98 N u. Не подлежитъ, конечно, сомнѣнію, что бракъ, по выполненіи всѣхъ формальностей, долженъ быть разсматриваемъ, какъ безусловно дѣйствительный. Ср. *Windscheid*, Pand. I § 75, пр. 3.

²²⁾ Ст. 991 и 2114 X т. 1 ч. *Орианскій*, О законныхъ предположеніяхъ. Журн. гражд. и угол. права. 1874 г., кн. V стр. 38 л. 2 Cod. IV, 22: «acta simulata... veritatis substantiam mutare non possunt». *Bekker*, System, II § 98: «прикрываемая сдѣлка дѣйствительна, если выполненъ ея типическій фактический составъ и самое прикрытие не запрещается и не противно добрымъ нравамъ». Not. v и w. Ср. *Dernburg*, Pandect. I § цит. пр. 8. *Regelsberger*, Pandect. I § цит.; *Windscheid*, Pandect. I § 75 пр. 2.

наступленія тѣхъ нормальныхъ послѣдствій ея, которыя согласны съ видами симулянтовъ. Тотъ, кто прибѣгаетъ къ выдачѣ бронзовыхъ векселей и къ переукрѣпленію имущества, чтобы спастись отъ законныхъ требованій кредиторовъ, также хочетъ, чтобы выданный имъ вексель и мнимо совершенная продажа имущества имѣли тѣ послѣдствія, которыя для него желательны. Тотъ, кто покупаетъ домъ на чужое имя, не желая, чтобы знали о томъ, что онъ разбогатѣлъ и тотъ, кто въ актѣ купли-продажи показываетъ высшую или нисшую противъ истинной цѣны, также хотятъ, чтобы эти показанія ихъ имѣли послѣдствія. Конечно, юридическую сдѣлку, совершенную въ обходъ закона, а равно и прикрытую ею запрещенную сдѣлку одинаково постигаетъ ничтожность; но это обстоятельство еще не можетъ служить причиной для выдѣленія этихъ сдѣлокъ въ особую группу: такъ какъ и при остальныхъ притворныхъ сдѣлкахъ прикрытое намѣреніе не всегда можетъ быть достигнуто даже, когда оно обнаруживается ясно. Указываютъ, что при сдѣлкахъ въ обходъ закона, законъ запрещаетъ извѣстное дѣйствіе въ виду именно его практическихъ послѣдствій, а потому должно считаться запрещеннымъ и достиженіе этихъ послѣдствій какимъ бы то ни было обходнымъ путемъ. Это совершенно справедливо. Но притворная сдѣлка, совершенная въ ущербъ правамъ сторонняго лица (*in fraudem creditorum*, напр.) въ этомъ отношеніи ничѣмъ не отличается отъ притворной сдѣлки въ обходъ закона²³). Правда, возможны случаи обхода законнаго запрещенія и безъ притворства, но это возможно лишь тогда, когда само законодательство даетъ возможность достигнуть запрещенной цѣли посред-

²³) *Regelsberger*, Pandecten. I § 141 III В. Въ 15 и 16 прим. къ цит. § этого учебника указана литература и приведены примѣры изъ римскаго права. Другіе пандектисты (Дернбургъ, Виндшейдъ, Вехтеръ, Вендтъ и др.) не отдѣляютъ сдѣлокъ въ обходъ закона отъ другихъ притворныхъ сдѣлокъ. Регельсбергеръ же слѣдуетъ мнѣнію Геринга, который, дѣйствительно, называетъ притворныя сдѣлки лишь однимъ изъ средствъ обхода закона. Но, во 1-хъ, это самое главное и употребительное изъ средствъ, а во 2-хъ, тамъ, гдѣ обходились безъ этого, мы имѣемъ дѣло или съ прямымъ нарушеніемъ закона или, напротивъ, съ дѣйствительнымъ совершеніемъ одного или нѣсколькихъ закономъ дозволенныхъ дѣйствій, влекущихъ всѣ связанныя съ ними законныя послѣдствія.

ствомъ дѣйствительнаго совершенія законныхъ дѣйствій. Напр., запрещено оставлять легаты иностранцамъ; но можно поручить въ завѣщаніи наслѣднику выдать иностранцу, известную сумму; можно отдать вещь другому на храненіе съ тѣмъ, чтобы въ случаѣ смерти поклажедателя она была передана тому, кому нельзя ее оставить при помощи распоряженія на случай смерти²⁴⁾. Въ этихъ и подобныхъ случаяхъ, хотя и обходится законное распоряженіе, но сами по себѣ дѣйствія, для этого совершаемыя, являются вполне законными и влекутъ свои нормальныя послѣдствія. Здѣсь можно говорить лишь о недостаткахъ законодательства, а не о ненормальныхъ явленіяхъ юридическаго быта съ точки зрѣнія примѣненія юридическихъ опредѣленій къ фактамъ. Такимъ образомъ противопоставлять сдѣлки въ обходъ закона сдѣлкамъ притворнымъ, по крайней мѣрѣ съ той точки зрѣнія, съ которой мы здѣсь разсматриваемъ явленія юридическаго быта, нѣтъ основаній, тѣмъ болѣе, что среди послѣднихъ первыя занимаютъ выдающееся мѣсто. Мейеръ справедливо различаетъ поэтому слѣдующія категоріи притворныхъ дѣйствій по цѣли ихъ: а) въ обходъ закона, б) въ ущербъ правамъ стороннихъ лицъ, в) для обмана стороннихъ лицъ съ предосудительной цѣлью и г) безъ предосудительной цѣли. По отношенію ко всемъ этимъ категоріямъ дѣйствій одинаково примѣнимо правило, что *plus est in re, quam in existimatione*, т. е. дѣйствіе обсуждается не по видимости, а по существу²⁵⁾.

²⁴⁾ Gai. II 285; fr. 18 §. 2 Dig. de mort. causa donationibus XXIX, 16 и fr. 26 pr. Dig. depositi vel contra XVI. 3.

²⁵⁾ Мейеръ, стр. 89—95.

§ 8.

VI. Мнимыя дѣйствія.

Притворными дѣйствіями заканчивается рядъ исключительныхъ явленій юридическаго быта, обратившихъ на себя вниманіе Мейера. Но безъ сомнѣнія, еслибы Мейеръ былъ знакомъ съ выдвинутыми позднѣе Герингомъ мнимыми дѣйствіями въ тѣсномъ смыслѣ (*Scheingeschäfte*)¹⁾, то онъ не обошелъ бы ихъ молчаніемъ.

Случаи мнимыхъ дѣйствій въ тѣсномъ смыслѣ близко родственны дѣйствіямъ притворнымъ, такъ какъ въ обѣихъ категоріяхъ случаевъ дѣйствіе совершается лишь по видимости, и это дѣйствіе замѣняетъ собою другое. Но въ то время, какъ притворныя дѣйствія всегда характеризуются намѣреннымъ обманомъ со стороны симулянтовъ, хотя бы и не съ противозаконною цѣлью, мнимыя дѣйствія чужды всякаго обмана и всякаго желанія скрыть истинное намѣреніе сторонъ. Напротивъ, и постороннія лица, и судебная власть, когда дѣло доходитъ до ея свѣдѣнія, не имѣютъ повода къ сомнѣнію относительно того, что именно желали совершить стороны подъ видомъ того дѣйствія, которое они совершили. Мнимыя дѣйствія, открытыя Герингомъ, возникли на почвѣ древне-римскаго формализма и представляютъ особенность древне-римской жизни, свойственную, впрочемъ, юридическому быту и другихъ народовъ въ извѣстный моментъ ихъ развитія. Исторія римскаго права даетъ значительное число примѣровъ этихъ дѣйствій. Нужно римскому гражданину передать своего раба въ собственность другому гражданину; чтобы сдѣлать эту передачу дѣйствительною и охраняемою закономъ (*jus civile*), оба гражданина идутъ съ рабомъ къ магистрату на судъ и ведутъ притворный процессъ о собственности. Приобрѣтатель выступаетъ въ качествѣ истца и заявляетъ свое право собственности на раба въ той же формѣ, какъ это онъ сдѣлалъ бы въ настоя-

¹⁾ *Jhering, Geist*, III изд. 4-е §§ 57 и 58. Терминъ мнимыя дѣйствія мы будемъ употреблять лишь въ тѣсномъ смыслѣ. Ср. *Bekker, System* § 98 и *Анненковъ*, Сист. I. мѣсто цит.

щемъ, дѣйствительномъ процессѣ. Отчуждающій не возражаетъ на это заявленіе, и судья (магистратъ) присуждаетъ раба приобрѣтателю ²⁾. Это такъ называемое *in jure cessio*—форма, къ которой прибѣгать, какъ извѣстно, можно было и при передачѣ имущества, и при отпущеніи на волю рабовъ, ³⁾ и въ другихъ случаяхъ. Другой подобной формой была манципация — древняя форма продажи. Нужно, напр., отцу семьи отпустить сына изъ подъ власти: онъ прибѣгаетъ къ совершенію троекратной продажи сына въ *mancipium*. Къ тому же средству онъ прибѣгаетъ при отдачѣ сына въ усыновленіе ⁴⁾. Къ манципации же прибѣгаетъ римлянинъ при заключеніи брака, дабы приобрѣсти путемъ *coemptio* власть надъ женой (*manus*), ⁵⁾ причемъ позднѣе женщины римскія съ разными цѣлями (съ цѣлью выйти напр. изъ подъ опеки агнатовъ) стали прибѣгать къ фиктивному совершенію этого *coemptio* съ лицомъ, которое заранѣе обязывалось, что *coemptio* будетъ совершено лишь для видимости (*coemptio fiduciae causa*—фиктивный бракъ). Это уже мнимое дѣйствіе, такъ сказать, въ квадратѣ ⁶⁾. Еще примѣръ. Стороны, начиная процессъ, заключаютъ передъ преторомъ, по видимости, словесный контрактъ, по которому одна обязывается другой въ случаѣ несправедливости заявленнаго притязанія уплатить извѣстную сумму. На основаніи этого обѣщанія предъявляется искъ, ведется процессъ объ уплатѣ обѣщанной суммы; но этотъ процессъ нуженъ для другой цѣли (рѣшенія возникшей серьезно тяжбы), и потому приговоръ судьи объ уплатѣ обѣщанной сум-

²⁾ Gai, II § 24. *In jure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur.*

³⁾ Съ соответствующимъ измѣненіемъ въ обрядѣ см. Gai I, 17. Ulp. Tr. I Liv, II. 5. Paul. Dia. V. Manumitti.

⁴⁾ Gai, I §§ 132—135.

⁵⁾ Gai, I. §. 113.

⁶⁾ Gai. I. §§ 114—115.

мы вовсе не выполняется (*sponsio praejudicialis* ⁷⁾). Для нашихъ цѣлей нѣтъ надобности увеличивать количество примѣровъ, такъ какъ и приведенныхъ достаточно, чтобы показать отличіе мнимыхъ дѣйствій отъ притворныхъ и убѣдиться, что одни никакъ не слѣдуетъ смѣшивать съ другими ⁸⁾. Притворное дѣйствіе есть дѣло сторонъ, и его значеніе ограничивается единичнымъ случаемъ; мнимое же дѣйствіе есть общепринятая и признанная закономъ форма той сдѣлки, которую желаютъ совершить. Въ притворныхъ дѣйствіяхъ воля находится въ дѣйствительномъ противорѣчьи съ тѣмъ дѣйствіемъ, въ которомъ она проявляется; въ мнимыхъ же—противорѣчіе между волей и ея изъявленіемъ является кажущимся, представляется лишь по видимости, на самомъ же дѣлѣ его нѣтъ. При каждой притворной сдѣлкѣ совершается преднамѣренно обманъ, облачаютъ желаемую сдѣлку въ ложную форму, потому что истинное содержаніе сдѣлки, истинное намѣреніе лицъ, совершающихъ дѣйствіе хотятъ скрыть отъ глазъ постороннихъ лицъ или отъ глазъ начальства. При мнимыхъ сдѣлкахъ нѣтъ такой тайны: здѣсь всѣ знаютъ, что именно совершается. Мнимыя сдѣлки это—иногда слишкомъ искусственныя, натянутыя, но призванныя закономъ техническія средства для достиженія вполне законныхъ цѣлей, которыхъ стороны не могутъ почему либо достигъ болѣе простымъ способомъ; это вынужденная „юридическая ложь, освященная необходимостью“. Потому то оспариваемый одною изъ сторонъ притворный актъ судья долженъ признать ничтожнымъ; а мнимый актъ, совершенный указаннымъ въ законѣ или обычаѣ порядкомъ, напротивъ, неоспоримъ. Происхожденіемъ своимъ нѣкоторыя изъ мнимыхъ дѣйствій могли быть обязаны дѣйствіямъ притворнымъ и сначала были, можетъ быть, также отдѣльными актами, лишь позднѣе, путемъ образовавшагося обычая, обратившимся въ принятую и гарантированную объективнымъ правомъ форму для сдѣлокъ. Но это историческое происхожденіе не препятствуетъ указанному принципиальному различію между ними и не мѣшаетъ признавать въ мнимыхъ дѣйствіяхъ за-

⁷⁾ *Rudorf*, Röm. Rechtsgeschichte II. § 23.

⁸⁾ Римляне употребляли выраженія: *imaginarius, fictus, dicitis causa* etc. для обоихъ этихъ видовъ дѣйствій.

кою признанныя и даже закономъ требуемая формы для совершенія извѣстныхъ сдѣлокъ^{*)}). Анализируя понятіе мнимыхъ дѣйствій, нельзя не открыть въ нихъ черты сходства съ символическими дѣйствіями. Манципация, выполнявшаяся при отпущеніи сына изъ подъ власти, при усыновленіи, при заключеніи брака, совершеніи завѣщанія и т. д., *in jure cessio*, имѣвшее также мѣсто при усыновленіи, отпущеніи раба на волю, передачѣ собственности и т. п. и вообще всѣ мнимыя дѣйствія римскаго юридическаго быта, совершавшіяся *dicis causa*, не представляются ли, подобно символамъ, видимыми условными знаками, при помощи которыхъ дѣйствующія лица выражаютъ свою волю? Отвѣтъ, конечно, долженъ быть утвердительный. Поэтому то иногда мнимыя и символическія дѣйствія можно соединять въ одну группу; но всетаки признакъ, рѣзко отличающій мнимыя дѣйствія отъ другихъ символическихъ дѣйствій, существуетъ. Онъ состоитъ не въ томъ, что въ случаяхъ мнимыхъ дѣйствій внѣшній знакъ служитъ требуемой самимъ закономъ формой выраженія воли при совершеніи юридическихъ актовъ, ибо и образное выраженіе воли въ символахъ можетъ быть требуемо закономъ; а онъ состоитъ въ томъ, что необходимое выраженіе воли въ случаяхъ, относящихся къ категоріи мнимыхъ дѣйствій, замѣняется, такъ сказать, выраженіемъ ея въ формѣ употребительной для другихъ юридическихъ же дѣйствій, имѣющихъ свою особую природу, свое назначеніе, часто весьма отличное отъ того, какое имѣетъ совершаемое подъ его видомъ дѣйствіе.

Символь или символическій обрядъ, служащій внѣшнимъ знакомъ совершаемаго дѣйствія, будучи взятъ самъ по себѣ, отдѣльно отъ дѣйствія знаменуемаго, обыкновенно не имѣетъ не только юридическаго значенія, но даже какого либо самостоятельнаго содержанія. Въ обычномъ правѣ крестьянъ существуютъ, напр., такіе символы, какъ битье по рукамъ въ знакъ согласія или передача повода проданной лошади изъ полы въ полу. Взятые независимо отъ той сдѣлки, которую

^{*)} *Thering. Geist* III. §§ 56—58. *Муромцевъ*, «О консерватизмѣ римской юриспруденціи», стр. 92. *Гражданское право древняго Рима*, стр. 269.

они сопровождаютъ, символы эти ничего не значатъ. Не такъ при мнимыхъ дѣйствіяхъ, гдѣ вмѣсто символа мы имѣемъ формально правильный юридическій актъ, который, будучи взятъ отдѣльно отъ того дѣйствія, условной формой котораго служить, можетъ самъ имѣть самостоятельное значеніе и влечь юридическія послѣдствія. Представимъ себѣ, что римскій отецъ семьи, желая эманципировать сына, для чего требовалась троекратная манципація, успѣлъ совершить лишь одну манципацію и дальнѣйшее совершеніе акта не состоялось: отпущенный изъ-подъ манципіума сынъ остается, конечно, во власти отца; но если когда либо послѣ отецъ задумаетъ отпустить изъ подъ власти сына или отдать его въ усыновленіе, то ему уже нужно будетъ совершить только двѣ манципаціи. Будучи во всякомъ случаѣ родственны символическимъ дѣйствіямъ, съ которыми ихъ часто смѣшиваютъ, мнимыя дѣйствія, вмѣстѣ съ послѣдними и съ притворными сдѣлками, въ извѣстной степени близки къ случаямъ примѣненія юридическихъ фикцій. Въ мнимыхъ сдѣлкахъ прибѣгаютъ для видимости къ какому либо дѣйствію, совершенно по формѣ несоотвѣтствующему истинному намѣренію сторонъ и должствующему влечь послѣдствія, которыя на самомъ дѣлѣ не наступаютъ. Женщина, поступившая при посредствѣ *coemptio fiducia causa* въ *manus coemptionator'a* ни на одну минуту не дѣлалась подвластной женой своего фиктивного приобретателя и не становилась по отношенію къ нему на мѣсто дочери. Завѣщатель, совершившій вымышленную куплю-продажу всего имущества лицу, называвшемуся *familiae emptor*, ни одной минуты не думалъ, что онъ дѣйствительно продаетъ, а тотъ покупаетъ это имущество. Да и вообще римлянинъ эпохи классической юриспруденціи, прибѣгавшій еще во многихъ случаяхъ къ манципаціи, прекрасно понималъ, что она есть лишь *imaginaria venditio*, фиктивная, а не дѣйствительная продажа.

Такимъ образомъ, становясь на точку зрѣнія, принятую Мейеромъ въ его сочиненіи, мы должны отмѣтить подъ именемъ мнимыхъ дѣйствій въ техническомъ смыслѣ особую незамѣченную Мейеромъ категорію явленій юридическаго быта: когда опредѣленія, рассчитанныя собственно на извѣстные факты, примѣняются въ извѣстной мѣрѣ (иногда очень небольшой) къ другимъ фактамъ, на которые эти опредѣленія вовсе не были рассчитаны, для чего выполняются по видимости

дѣйствія, необходимыя для установленія первыхъ фактовъ и эти факты выступаютъ мнимо существующими, хотя и лишенными своего нормальнаго дѣйствія. Понятно, что съ этой точки зрѣнія трудно было бы отличить случаи мнимыхъ дѣйствій отъ случаевъ притворныхъ дѣйствій и отъ случаевъ примѣненія фикцій, такъ какъ ускользали бы существенные признаки отличія. Но и независимо отъ этой точки зрѣнія, различіе это не такъ легко поддается опредѣленію, достаточнымъ доказательствомъ чего можетъ служить то обстоятельство, что его такъ долго не замѣчали, смѣшивая мнимыя дѣйствія не только съ символическими и съ притворными сдѣлками, но и съ фикціями въ собственномъ смыслѣ ¹⁰⁾. Такому смѣшенію способствовало между прочимъ давно уже подмѣченное и особенно выясненное тѣмъ же Іерингомъ сходство въ причинахъ ихъ возникновенія и въ преслѣдуемыхъ ими цѣляхъ. И тѣ, и другія являются для юриспруденціи въ извѣстную эпоху ея развитія специальнымъ орудіемъ прогресса. Эпоха не только благоприятная для появленія какъ фикцій, такъ и мнимыхъ дѣйствій, но и прямо вызывающая ихъ появленіе—это эпоха господства формализма въ юриспруденціи. Формализмъ древняго права съ одной стороны и законъ юридической экономіи, иначе логической бережливости, правило котораго гласить, что для того, что можетъ быть достигнуто съ данными средствами и понятіями, нѣтъ надобности въ созданіи новыхъ, съ другой—таковы, по мнѣнію Іеринга, причины, вызвавшія въ древнемъ Римѣ появленіе какъ мнимыхъ дѣйствій, такъ и фикцій. Подъ юридической экономіей этотъ авторъ разумѣетъ искусство помогать себѣ болѣе или менѣе удачнымъ образомъ при помощи средствъ, имѣющихся подъ руками ¹¹⁾. Современ-

¹⁰⁾ Demelius, Die Rechtsfiction § 1—4 часто приводитъ символическія и мнимыя дѣйствія въ качествѣ примѣровъ фикцій.

¹¹⁾ «Der Kunst sich in Geschickter Weise mit den Vorhandenen zu behelfen». О значеніи указаннаго закона юридической экономіи въ исторіи римской юриспруденціи Іерингъ говоритъ, что одинъ взглядъ на римскую юриспруденцію въ состояніи вызвать убѣжденіе въ высокой важности этого правила. Онъ находитъ, что усиліе римской юриспруденціи слѣдовать этому правилу на столько велико, средства, которыя она употребляетъ, такъ искусственны и разнообразны, что каждый, кто привыкъ отдавать себѣ отчетъ во внѣшнихъ явленіяхъ, не можетъ этого не замѣтить и, слѣдовательно, не

ная юриспруденція, говоритъ Терингъ, удовлетворяетъ этому закону юридической экономіи, если она не расточительна и не требуетъ ничего лишняго, ничего такого, что она можетъ доставить себѣ сама помощью комбинацій и выводовъ; но она не чувствуетъ нужды въ необходимомъ. Когда жизнь представляетъ ей новыя отношенія (какъ напр. бумаги на предъавителя), которыхъ она не въ состояніи удовлетворительно конструировать при помощи существующихъ римско-правовыхъ принциповъ, то она не должна колебаться установить необходимыя для этой цѣли понятія. Наука, достигшая зрѣлости можетъ и должна заняться новымъ въ его истинномъ и оригинальномъ видѣ и должна быть достаточно вооруженной, чтобъ овладѣть имъ“. Къ натянутымъ искусственнымъ средствамъ такой наукѣ прибѣгать нѣтъ надобности. Не таково положеніе юриспруденціи на первыхъ ступеняхъ ея развитія. Эта послѣдняя можетъ существовать лишь „при помощи искусства обходиться немногимъ; подъ давленіемъ болѣе значительнаго матеріала, она погибла-бы“. Разъ ей удалось привести въ извѣстный порядокъ этотъ матеріалъ, она, дабы не утратить господства надъ послѣднимъ, должна тщательно этотъ порядокъ оберегать отъ всякихъ нарушеній. Всякая новая идея, требующая ея принятія для юриспруденціи, находящейся въ періодъ дѣтства, является вовсе не желаннымъ гостемъ, котораго привѣтствуютъ, а назойливымъ пришельцемъ, угрожающимъ подвергнуть опасности существованіе установленнаго порядка. Вынужденная допустить его, она изыскиваетъ такой способъ, который возможно меньше вредилъ бы существующему порядку; она старается справиться съ новыми идеями, съ новыми цѣлями и потребностями, создаваемыми жизнью, съ помощью ограниченныя средствъ. Такое стремленіе должно было естественно и необходимо приводить иногда къ страннымъ, на взглядъ современнаго человѣка, натяжкамъ въ области права. Разумѣется, не всегда нужны были такія искусственныя средства, гдѣ было можно, тамъ довольствовались простыми. Простыми средствами Терингъ называетъ случаи „примѣненія юридическихъ правилъ и институтовъ къ цѣлямъ чуждымъ ихъ первона-

можетъ не оцѣнить важнаго значенія самаго правила. *Thering, Geist.*, 4-е изд. III § 56, стр. 242, 243. «Das Gesetz der logischen Sparsamkeit ist eins der Fundamentalgesetze der juristischen Technik etc.»

чальному назначенію, но съ которыми однако они не находятся въ противорѣчіи“, „искусственнымъ примѣненіе является тогда, когда юридическіе принципы и учрежденія отвращаются отъ ихъ естественнаго назначенія, истиннаго смысла, цѣли, для которой они созданы и дѣйствіе ихъ насильственно распространяется далѣ разумныхъ границъ“¹²⁾. Такъ *coemptio fiduciaе causa*, заключавшееся съ цѣлью дать женщинѣ другого опекуна или освободить ее отъ мужниныхъ сага, было, конечно, средствомъ искусственнымъ. Одни изъ этихъ средствъ вошли въ употребленіе путемъ обычая, другіе изобрѣтены юристами; но всѣ они служили одной потребности, одному стремленію древняго римскаго права, а именно: держаться по возможности дольше за старыя опредѣленія и не нарушать освященнаго стариной порядка. Другой причиной, заставлявшею прибѣгать къ такимъ средствамъ могло быть также простое желаніе избавить себя отъ труда выдумывать новыя формы и формулировать новыя понятія. Мнимыя сдѣлки ясно указываютъ, до какой степени сильно было дѣйствіе этихъ причинъ и къ какимъ натяжкамъ онѣ приводили. „Мнимая сдѣлка, чтобы осуществить извѣстныя послѣдствія, которыя она имѣетъ въ виду, пользуется другимъ актомъ или отношеніемъ, которое рождаетъ желаемое послѣдствіе или какъ цѣль, или какъ простое слѣдствіе, или даже какъ уголовное наказаніе; но при этомъ охватываетъ только нужное послѣдствіе, пренебрегая остальными“¹³⁾.

Всѣ мнимыя дѣйствія отличаются отъ серьезно заключавшихся своихъ первообразовъ, т. е. актовъ, къ которымъ они приравнены, тѣмъ, что являются какъ бы копіями, которымъ не достаѣтъ какого-либо существеннаго элемента изображаемаго ими акта, почему для достиженія ихъ послѣдствій приходится прибѣгать къ искусственному восполненію указаннаго недостатка. Это восполненіе происходитъ путемъ вымышленнаго акта, мнимой уплаты, мнимаго предъявленія иска и т. д. И послѣдствія этихъ мнимыхъ дѣйствій далеко не одинаковы съ послѣдствіями тѣхъ актовъ, которые ими копируются. Теорія акта, послужившаго первообразомъ, по справедливому указанію Теринга, не примѣнима обыкновенно къ акту мнимому,

¹²⁾ *Thering, Geist, III. § 56. Стр. 243, 244, 245.*

¹³⁾ *Thering, Geist, III. § 58, стр. 290 въ концѣ.*

который имѣетъ свою собственную теорію, расходящуюся нерѣдко съ теоріей перваго въ самыхъ существенныхъ пунктахъ. — Чтобы убѣдиться въ этомъ, стоитъ опять таки сравнить *testamentum per aes et libram* съ его первообразомъ манципаціей, или дѣйствительный бракъ въ формѣ *coemptio*, при которомъ жена поступала во власть мужа со всѣмъ ея имуществомъ, съ *coemptio fiduciaе causa* и т. п. ¹⁴⁾.

Подобнымъ же средствомъ, служащимъ цѣлямъ юридической экономіи, только еще болѣе искусственнымъ, были, по мнѣнію Геринга, и фикціи и онѣ также вызваны на свѣтъ необходимостью удовлетворить вновь нарождавшимся потребностямъ, имѣвшимися въ распоряженіи средствами, дабы избѣгнуть по возможности ломки установившихся понятій и сохранить традиціонное ученіе формально неприкосновеннымъ, не мѣшая черезъ то полному практическому осуществленію новаго. Самый приемъ фикцій состоитъ, по Герингу, въ томъ, что признаки, отличающіе новое отношеніе отъ стараго, принимаются вопреки дѣйствительности за несуществующіе и новое отношеніе, благодаря этому, обсуждается одинаково со старымъ, подводится подъ одно понятіе. Такимъ образомъ фикція, по словамъ Геринга, подобно мнимому дѣйствию, можетъ быть характеризована, какъ техническая вынужденная ложь. Служа вмѣстѣ съ мнимыми дѣйствіями достиженію одной и той-же практической цѣли, фикціи являются средствомъ, помощью котораго эта цѣль достигается легче; а потому съ помощью фикцій возможенъ прогрессъ въ развитіи права даже тамъ, гдѣ наука не чувствуетъ себя достаточно сильной.

Отсюда Герингъ выводитъ, что фикціи, подобно мнимымъ слѣдкамъ, суть явленіе также историческое, что существованіе тѣхъ и другихъ обусловлено несовершенствомъ логическаго мышленія, молодостью юриспруденціи ¹⁵⁾. Мы подробно изложили общераспространенные теперь между юристами взгляды Геринга на историческое происхожденіе фикцій и мнимыхъ дѣйствій и на ихъ историческую роль въ правѣ. Несомнѣнно, что во всемъ этомъ разсужденіи многое справедливо и высоко-

¹⁴⁾ *Ihering*, *Geist* III. § 58 стр. 294—295.

¹⁵⁾ *Ihering*, *Geist* III. § 56 стр. 301—305. Общеизвѣстно уже дѣлаемое этимъ писателемъ сравненіе юридическихъ фикцій съ клышками, которыми наука должна пользоваться, пока не научится ходить самостоятельно.

коталантливый, „богатый духом“ писатель освѣтилъ яркимъ свѣтомъ одинъ изъ наиболѣе темныхъ до того вопросовъ въ исторіи развитія юридическихъ учреждений. Однако и при этомъ свѣтѣ не все удается разглядѣть и уяснить надлежащимъ образомъ: многое еще требуетъ новаго, болѣе тщательнаго разсмотрѣнія. Такъ, во первыхъ, самъ Иерингъ указываетъ на то, что всѣ вышеприведенныя разсужденія относятся только къ фикціямъ историческимъ, кромѣ которыхъ имѣются и другія, догматическія фикціи, отличныя отъ первыхъ по происхожденію и по цѣли ¹⁶⁾. Правда, нѣкоторые послѣдователи Иеринга думали пойти дальше его и ограничить понятіе фикцій именно только одними фикціями историческими. Но зато съ другой стороны, они же высказываютъ уже сомнѣніе въ томъ, чтобы данное Иерингомъ объясненіе причины возникновенія фикцій могло быть признано достаточнымъ въ примѣненіи ко всѣмъ историческимъ фикціямъ римскаго права ¹⁷⁾. Итакъ не все еще ясно. Прежде всего намъ также кажется, что нельзя смотрѣть на юридическую фикцію вообще, лишь какъ на средство для подведенія новыхъ понятій подъ старыя правила. Она можетъ служить и для другихъ цѣлей. Во вторыхъ, надо отличать фикцію, какъ приемъ юридическаго мышленія, отъ случаевъ примѣненія этого приема, а между тѣмъ такое смѣшеніе болѣе чѣмъ часто допускается и служитъ отчасти причиною неправильныхъ взглядовъ на юридическія фикціи въ наукѣ. Въ подобномъ смѣшеніи повиненъ уже Савиньи ¹⁸⁾. Нечуждымъ этой ошибки является на нашъ взглядъ и все приведенное разсужденіе объ исторической роли фикцій. Разсуждая о фикціяхъ, какъ явленіи, родственномъ мнимымъ дѣйствіямъ, Иерингъ имѣетъ въ виду, конечно, не фикцію въ смыслѣ приема юридическаго мышленія а извѣстные отдѣльные случаи примѣненія этого приема. Въ разсмотрѣнныхъ имъ случаяхъ приемъ этотъ примѣняется для извѣстной цѣли, это

¹⁶⁾ *Ihering, Geist* III стр. 306.

¹⁷⁾ Такъ г. Муромцевъ, подробно познакомившій русскихъ юристовъ въ своихъ сочиненіяхъ съ мыслями Иеринга о юрид. фикціяхъ, настаиваетъ на исключительно историческомъ значеніи фикцій и высказываетъ сомнѣніе, указанное въ текстѣ. См. Консерватизмъ римской юриспруденціи, стр. 97 примѣч. 16 и стр. 101, 102 примѣч. 27.

¹⁸⁾ *Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung etc.* 3 Aufl. 1840

обстоятельство, характеризующее лишь эти именно случаи, затѣмъ незамѣтно переносится на характеристику и опредѣленіе самаго приѣма. Въмѣсто того, чтобы сказать, что фикція въ такихъ-то случаяхъ употребляется какъ средство для достиженія того-то, говорятъ, что фикція суть средство для достиженія того-то ¹⁹⁾. Конечно, большой бѣды отъ этого не выйдетъ, если не забывать, что въ послѣднемъ случаѣ вовсе не дается опредѣленіе понятію, а указывается случай его примѣненія. Но это-то именно иногда и забываютъ. Ножъ есть орудіе, которымъ рѣжутъ хлѣбъ—это вѣрно; но это, конечно, не опредѣленіе ножа. Фикція есть средство, при помощи котораго новое понятіе можетъ быть подведено подъ старое правило; но самый случай такого подведенія, понятно, не есть фикція, и подведеніе новаго отношенія подъ старое правило не есть моментъ, существенно опредѣляющій понятіе фикціи; а между тѣмъ, на этотъ именно моментъ главнымъ образомъ указываютъ, когда говорятъ о родствѣ фикцій и мнимыхъ дѣйствій и когда признаютъ за фикціями лишь исключительно историческую роль ²⁰⁾. Это принятіе несущественнаго для опредѣленія понятія фикціи момента дѣли, съ которой она часто примѣнялась въ римской правѣ и послужило, повидимому, причиною того, почему Иерингъ, такъ ясно указавшій на отличіе мнимыхъ дѣйствій отъ притворныхъ слѣдковъ, говоритъ далѣе больше о сходствѣ первыхъ съ фикціями и почти не останавливается на существующемъ между этими понятіями различіи, какъ бы предполагая его яснымъ и безъ опредѣленія его точныхъ признаковъ. Между тѣмъ, какъ мы уже указали, надъ вопросомъ объ этомъ различіи слѣдовало бы остановиться подолѣе, хотя-бы въ виду указываемаго самимъ Иерингомъ смѣшенія понятій этихъ даже спеціалистами. Какъ въ мнимыхъ дѣйствіяхъ, такъ и въ фикціяхъ, мы, по словамъ Иеринга, встрѣчаемся *съ вынужденной юридической ложью*. Причина, заставляющая лгать и дѣль лганья, по мнѣнію Иеринга, одинаковы. Остается отыскивать разницу въ самомъ способѣ.

¹⁹⁾ *Ihering, Geist III* стр. 305—306.

²⁰⁾ См. примѣч. 17 и *Ihering, Geist III*, стр. 306 и 309. Иерингъ однако заявляетъ, что разсмотрѣніе догматической функціи фикцій не входитъ въ его задачу.

По отношенію къ фикціямъ этотъ способъ состоитъ въ томъ, что несуществующее вымышляется существующимъ и наоборотъ. Такъ-ли это и при мнимыхъ дѣйствіяхъ? Іерингъ характеризуетъ, какъ мы видѣли, этотъ приѣмъ слѣдующимъ образомъ: мнимая сдѣлка пользуется для осуществленія желаемыхъ послѣдствій другимъ актомъ или отношеніемъ, „которое рождаетъ это послѣдствіе, какъ цѣль или какъ простое слѣдствіе, или даже какъ уголовное наказаніе; причемъ мнимая сдѣлка схватываетъ только нужное послѣдствіе, пренебрегая остальными“²¹⁾. Здѣсь опять таки не различаются случаи примѣненія мнимыхъ дѣйствій отъ самыхъ мнимыхъ дѣйствій, какъ средства, къ которому въ этихъ случаяхъ прибѣгаютъ. Въ сущности Іерингъ говоритъ: мнимое дѣйствіе есть случай достиженія желаемыхъ послѣдствій при помощи такого-то средства и описываетъ затѣмъ это средство, т. е. самое мнимое дѣйствіе; описаніе очень мѣтко и правильно, но допущенное смѣшеніе понятій препятствуетъ всетаки ясности представленія. Эта подстановка одного понятія вмѣсто другаго, замѣна средства, служащаго къ достиженію извѣстной цѣли, случаевъ примѣненія этого средства выступаетъ еще виднѣе въ другомъ мѣстѣ, гдѣ Іерингъ называетъ мнимыя сдѣлки какъ бы копіями съ первообразныхъ актовъ, къ которымъ первыя принаровлены, копіями, которымъ не достааетъ какого либо существеннаго элемента изображаемаго ими акта. Повидимому, здѣсь говорится о самыхъ сдѣлкахъ, совершаемыхъ при помощи мнимыхъ дѣйствій, что подтверждается дальнѣйшимъ заявленіемъ автора, что для достиженія послѣдствій этихъ сдѣлокъ приходится прибѣгать къ искусственному восполненію указаннаго недостатка путемъ вымышленнаго акта, мнимой уплаты, мнимаго предъявленія иска и т. п.²²⁾. Но если это такъ, то тогда неправильно на облакаемую въ форму мнимыхъ дѣйствій сдѣлку перенесены тѣ признаки, которые относятся къ характеристикѣ лишь самой формы. Совершаемая при помощи мнимаго дѣйствія сдѣлка вполне дѣйствительна, она влечетъ соответствующія ей внутреннему содержанію послѣдствія. По содержанію этому она часто ничего почти общаго не имѣетъ съ тою сдѣлкой, форму которой за-

²¹⁾ *Ihering, Geist, III, стр. 590.*

²²⁾ *Ihering, Geist III, стр. 293.*

имствуютъ для ея совершенія; послѣдствія ея совершенно инныя (манципація и завѣщаніе, напр.),—такъ что здѣсь нельзя говорить объ отношеніи аналогичномъ отношенію копии къ оригиналу. Завѣщаніе или усновленіе нельзя себѣ представить копіей манципаціи, продажу—копией процесса о собственности и нельзя про нихъ сказать, что, дабы быть настоящей манципаціей, настоящимъ процессомъ о собственности, имъ не достаетъ существеннаго элемента, который необходимо восполнить искусственно, чтобы они могли влечь свои послѣдствія.

Все это можно сказать о мнимомъ дѣйстви, къ которому прибѣгаютъ, какъ къ средству для совершенія указанныхъ сдѣлокъ. Манципація при *testamentum per aes et libram* есть, конечно, лишь копія настоящей манципаціи, *in jure cessio* есть лишь копія настоящаго процесса о собственности, *sponsio praejudicialis*—копія дѣйствительнаго *sponsio*²³⁾. Во всѣхъ этихъ случаяхъ копіи не достаетъ существеннаго элемента, чтобы быть оригиналомъ, влечь всѣ съ нимъ связанныя послѣдствія. Но если въ приведенныхъ словахъ дается характеристика мнимому дѣйствию, какъ формѣ сдѣлки, какъ средству, къ которому прибѣгаютъ для ея дѣйствительности, то тогда все приведенное мѣсто получить такой смѣсль, будто Іерингъ хочетъ сказать, что для наступленія послѣдствій, связываемыхъ съ совершеніемъ мнимаго дѣйстви необходимо совершеніе мнимаго дѣйстви! Этого, конечно, Іерингъ сказать не хотѣлъ. Имѣя въ виду происхожденіе мнимыхъ дѣйстви, онъ долженъ былъ разсуждать такъ: новая сдѣлка существенно не похожа на старую по содержанію и не могла-бы быть облечена въ ея форму; но это достигается такимъ путемъ, что старая форма выполняется лишь по наружности, все недостающее въ новой сдѣлкѣ, *требуемое этою формою* вымышляется для видимости, и наступаютъ послѣдствія, требуемая новой сдѣлкой, которая лишь по внѣшности копируетъ старую. Разумѣется, Іерингъ прекрасно понималъ разницу между мнимымъ дѣйствиемъ, какъ средствомъ и внѣшнею формою сдѣлки и тѣмъ настоящимъ дѣйствиемъ, или иначе тою цѣлю, для достиженія которой къ данному мнимому дѣйствию прибѣгаютъ. Но въ своихъ сужденіяхъ о мнимыхъ дѣйствиахъ онъ, очевидно, не всегда имѣлъ

²³⁾ Gai II § 103—105, а также выше примѣч. 2—5.

это различіе въ виду и отождествляя, такъ сказать, форму съ содержаніемъ или средство съ цѣлью. Ошибка легко допустимая и объяснимая, если припомнить, что многіе, напр., не различаютъ также симулированной сдѣлки отъ прикрываемой ею (диссимулированной) и говорятъ о дѣйствительности притворной сдѣлки, имѣя въ виду дѣйствительность сдѣлки прикрываемой. Но понятно, что подобная ошибка или неточность, въ связи съ такой же неточностью въ отношеніи фикцій, должна мѣшать ясности представленія объ отличіи фикціи отъ мнимаго дѣйствія. Отличіе это, кажется, выясняется уже изъ всего сказаннаго; рассмотримъ его однако еще на примѣрѣ. Возьмемъ хотя бы *sponsio praejudicialis* ²⁴⁾ и взглянемъ ближе въ этотъ случай съ интересующей насъ точки зрѣнія. Мы видимъ здѣсь, что стороны заключаютъ на судѣ обязательство, котораго не хотятъ вовсе на самомъ дѣлѣ исполнить, но которое съ формальной стороны строго признается существующимъ вплоть до окончанія процесса, основаннаго на этомъ мнимомъ заключеніи обязательства. Стороны добросовѣстно, какъ хорошіе актеры, играютъ взятыя ими на себя роли, пока судья въ этомъ процессѣ не произнесетъ рѣшенія. Рѣшеніе это нужно истцу не ради его прямыхъ послѣдствій. Выигравъ дѣло, онъ не требуетъ уплаты выговоренной при заключеніи *sponsio* суммы и все заключенное ранѣе мнимое дѣйствіе ему теперь уже не нужно. Для него важно лишь то, что въ судейской *sententia* косвенно содержится признаніе за нимъ спорнаго права и что возстановленія этого права на этомъ основаніи можно требовать отъ отвѣтчика. Итакъ, мы имѣемъ здѣсь завѣдомо фиктивно заключенное формальное обязательство, которое серьезно обсуждается, какъ дѣйствительно заключенное, но лишь въ извѣстныхъ отношеніяхъ. Подобное же мы видимъ и въ другихъ случаяхъ мнимыхъ дѣйствій; по видимости совершается извѣстный формальный актъ или устанавливается формально извѣстное отношеніе; но изъ совершеннаго акта или установленнаго формально отношенія выводятся не обыкновенныя нормальныя ихъ послѣдствія, а лишь нѣкоторыя изъ нихъ или даже нерѣдко совершенно иныя, указываемыя закономъ или обычаемъ для того именно

²⁴⁾ Keller, Röm. civ. Process. § 25, 27. Kuntze, Cursus § 211.

случая, когда совершенный актъ или формально установленное отношеніе будутъ лишь мнимо существующими, имѣющими мѣсто лишь *dicis causa*. Словомъ, и здѣсь, какъ и при фикціи, мы имѣемъ дѣло съ вымысломъ; но здѣсь вымыселъ примѣняется лишь съ цѣлью и въ видѣ мнимаго совершенія формальнаго акта, которое въ свою очередь нужно для облечения сдѣлки въ принятую законную форму, хотя и несоотвѣтствующую истинному содержанію сдѣлки, но тѣмъ не менѣе способную (по закону или обычаю) быть знакомъ ея существованія и гарантировать ея осуществленіе.

Такимъ образомъ мнимое дѣйствіе оказывается въ сущности болѣе искусственнымъ и труднымъ техническимъ приемомъ, чѣмъ фикція, такъ какъ нуждается часто въ помощи последней, не довольствуясь однако ею, а требуя для приданія ей значенія мнимаго совершенія формальнаго акта. Это тяжелое и уродливое, по сравненію съ фикціей орудіе, которое могло-быть еще полезнымъ и терпимымъ въ эпоху узкаго формализма и незначительнаго развитія гражданского оборота, но которое стало стѣснительно и непригодно при оборотѣ болѣе живомъ и должно было поэтому сравнительно рано выйти изъ употребленія²⁵⁾.

²⁵⁾ Юстиніанъ въ L. 6 Cod. de emancip. VIII, 48 (49) энергически порицаетъ это сознаніе древняго формализма: «Cum inspeximus in emancipationibus vanam observationem custodiri et venditiones in liberas personas figuratas et circumductiones inextricabiles et iniuriosa rhapsimata, quorum nullus ratio nabilis invenitur exitus».....

§ 9

VII. Фидуціарныя сдѣлки.

Съ мнимыми, а равно и съ притворными дѣйствіями не надо смѣшивать такъ называемыя фидуціарныя сдѣлки, на особую природу которыхъ обратили вниманіе весьма недавно ¹⁾ и которыя иными авторами признаются явленіемъ современнаго юридическаго быта, неизвѣстнымъ древнему римскому праву ²⁾. Сюда относятъ тѣ случаи, когда стороны, преслѣдуя извѣстную практическую цѣль, избираютъ для ея достиженія такую сдѣлку, правовыя послѣдствія которой, какъ имъ извѣстно, идутъ далѣе этой цѣли, напримѣръ, для большаго обезпеченія залогопринимателя передаютъ ему заложную

¹⁾ Первый специально обратилъ вниманіе на особую природу этихъ, встречающихся нерѣдко въ современной практикѣ, случаевъ Регельсбергеръ въ статьѣ «Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession». См. Arch. für die Civ. Praxis 1880. Bd. LXIII. стр. 157—207. Онъ предложилъ называть эти сдѣлки фидуціарными. Ранѣе, впрочемъ, Kohler (Ihering's Jahrbücher für Dogm. Bd. XVI стр. 91 слѣд. и стр. 325) также указывалъ на особенности этихъ сдѣлокъ, называя ихъ «прикрытыми». Названіе, данное Регельсбергеромъ, какъ болѣе подходящее и напоминающее о римской «fiducia», можно теперь считать уже общепринятымъ: тогда какъ названіе «Verdecktes Geschäft» оказалось болѣе подходящимъ для диссимулированной сдѣлки и употребляется, какъ было уже упомянуто выше, въ этомъ смыслѣ. Что ученіе о фидуціарныхъ сдѣлкахъ явилось подъ влияніемъ книги Теринга «Духъ римскаго права», это не подлежитъ сомнѣнію и Regelsberger самъ ссылается на §§ 46 (Th. II) и 57 (Th. III) этого сочиненія. См. Regelsberger ст. цитир. стр. 173. Кромѣ цитированныхъ статей, см. Hellwig, Archiv für die civ. Praxis 1881. Bd. LXIV, стр. 369 слѣд.

Lang, Die Wirkungen der fiduciarischen Geschäfte. Archiv für die civ. Praxis 1894 Bd. LXXVII. Heft 3 стр. 336—351.

Kohler въ Ihering's Jahrbücher für Dogm. Bd. XXVIII стр. 168 слѣд.

Regelsberger, Pandecten I § 141 III a. стр. 518 и слѣд.

Dernburg, Pandecten. I §§ 100 и 213 къ прим. 6. Въ русской литературѣ о фидуціарныхъ сдѣлкахъ говоритъ одинъ Муромцевъ, Гражданское право древняго Рима, стр. 216—220.

²⁾ Такъ учитъ Dernburg, Pandecten, I § 100 примѣч. 9.

Противнаго мнѣнія и основательно Regelsberger, Arch. für civ. Praxis. LXIII, стр. 173 и Pandecten § 141 въ концѣ,

вещь въ собственность или желая поручить другому лицу взысканіе по обязательству, уступаютъ ему обязательственное требованіе ³⁾). Сюда-же относятся: часто практикуемый полный индоссаментъ съ цѣлью лишь взысканія индоссаторомъ съ вексельнаго должника; а равно—трассированіе обезпечивающаго векселя для еще несуществующаго и лишь возможнаго въ будущемъ долга, но уже на определенную сумму ⁴⁾). Всѣ эти случаи прежде подводили подъ понятіе притворныхъ или прикрытыхъ сдѣлокъ и обсуждали такую сдѣлку, какъ простой залогъ, простую довѣренность и только въ самое послѣднее время въ нѣмецкой юридической литературѣ и въ судебной практикѣ установился противоположный взглядъ, по которому въ этихъ случаяхъ надо видѣть не притворное, съ обманнымъ намѣреніемъ совершаемое дѣйствіе, а серьезно задуманную юридическую сдѣлку ⁵⁾). Мотивомъ, побуждающимъ стороны прибѣгать къ совершенію фидуціарныхъ сдѣлокъ, обыкновенно служитъ желаніе воспользоваться тѣми большими удобствами, которыя представляетъ такая сдѣлка по сравненію съ юридическими дѣйствіями и сдѣлками, прямо соотвѣтствующими намѣченной сторонами цѣли. (Собственность болѣе обезпечиваетъ кредитора, чѣмъ залогъ, взысканіе по приобретенному обязательственному требованію быстрѣе можно произвести, чѣмъ при посредствѣ довѣренности). Иногда прибѣгать къ фидуціарнымъ сдѣлкамъ заставляеть отсутствіе соотвѣтствующей намѣреніямъ сторонъ юридической формы ⁶⁾). Отно-

³⁾ Древнѣйшій примѣръ представляетъ римская форма залога *fiducia* *Gai* II. 60. Что случаи передачи собственности съ цѣлью установленія залога извѣстны современному юридическому быту, это *Regelsberger* доказываетъ ссылкой на случаи изъ судебной практики, приводя цѣлый рядъ рѣшеній. См. *Regelsberger*, *Pandecten* I цит. прим. 13. Но нужно замѣтить, что подобныя сдѣлки иногда бываютъ дѣйствительно притворными и практикуются въ обходъ закона особенно ростовщиками и закладчиками. Въ отдѣльномъ случаѣ нѣрѣдко трудно отличить фидуціарную сдѣлку отъ притворной.

⁴⁾ *Regelsberger*, I § цит. прим. 13. *Lang*, ст. цит. и *Dernburg*, I § цитир.

⁵⁾ *Kohler*, *Ihering's Jahrb.* Bd. XVI стр. 150. *Seuffert's Archiv*, XXVII, 252; *Entscheidungen des Reichs Ob. Hand. Gerichts* VI стр. 58, 59. Для современной практики см. рядъ рѣшеній (*Entsch. des Reich. Gerichts*), приведенный *Regelsberger*омъ въ мѣстѣ цитир. въ примѣч. 3.

⁶⁾ *Lang*, стат. цит.

сительно послѣдствій такой сдѣлки всѣ согласны въ томъ, что на фидуціара (пріобрѣтателя по сдѣлкѣ) переходитъ дѣйствительная собственность вещи, что онъ становится собственникомъ векселя, субъектомъ обязательственнаго требованія⁷⁾. Но въ дальнѣйшемъ обсужденіи отношеній фидуціара какъ къ другому контрагенту, такъ и къ третьимъ лицамъ, заинтересованнымъ въ сдѣлкѣ, замѣчается разногласіе. Одни придаютъ пріобрѣтенію правъ фидуціаромъ большее значеніе, смотря на него какъ на вполне дѣйствительное пріобрѣтеніе, и разсуждаютъ такъ, что контрагентъ фидуціара самъ оставляетъ свои интересы въ распоряженіе фидуціара и если онъ потерпитъ отъ этого ущербъ (безъ вины со стороны фидуціара), то долженъ пенять на себя⁸⁾. Другіе же говорятъ, что въ указанныхъ случаяхъ имѣется различіе между внѣшней и внутренней стороною отношенія. „По внѣшности фидуціаръ становится въ положеніе собственника нашей вещи или вѣрителя по передаваемому нами требованію. Онъ вполне нами управомоченъ къ осуществленію нашего права. Съ внутренней же стороны онъ остается просто нашимъ повѣреннымъ, вещь или требованіе остаются для него чужими“⁹⁾. Это настолько вѣрно, по словамъ представителей даннаго мнѣнія, что въ случаѣ учрежденія надъ фидуціаромъ конкурса управомочившій его можетъ виндцировать фидуціарный активъ изъ конкурсной массы. За злоупотребленіе же довѣріемъ, фидуціару оказаннымъ, т. е. въ случаѣ, если онъ ввѣренное ему имущество обратить въ свою пользу, онъ долженъ подвергнуться наказанію¹⁰⁾. Защитники перваго мнѣнія, напротивъ, въ согласіи съ ихъ взглядомъ, утверждаютъ, что если на фидуціарѣ, по соглашенію съ уполномочившимъ его лицомъ, и лежитъ обязанность возвратитъ вещь или доставитъ взысканныя по долговому документу деньги, то это обязательство не нарушаетъ его правъ и осуществленіе имъ послѣднихъ вполне дѣйствительно, уполномочившій же его можетъ требо-

⁷⁾ См. *Regelsberger, Dernburg, Koller* и *Lang* въ цит. сочиненіяхъ.

⁸⁾ *Lang*, ст. цит. стр. 242, 243.

⁹⁾ *Dernburg*, Pand. I § 100 къ примѣч. 9.

¹⁰⁾ Id. примѣч. 10 и 11. *Kohler* in *Ihering's Jahrb.* Bd. XVI стр. 353. *Entscheidungen d. Reichsgerichts in Strafsachen* Bd. III, стр. 344.

вать лишь только удовлетворенія за неисполненіе обязатель-ства ¹¹⁾. Въ случаѣ учрежденія конкурса надъ фидуціаромъ сторонники перваго мнѣнія признають перешедшіе въ собственность несостоятельнаго должника вещи и документы принадлежащими къ конкурсной массѣ, и думаютъ, что требованіе о выдачѣ ихъ должно поступить въ конкурсѣ, въ требованіи же выдѣлить вещи изъ конкурса цеденту или индоссанту должно быть отказано ¹²⁾. Затѣмъ, споренъ также вопросъ объ отношеніи цедента и фидуціара къ вексельному должнику.

Можетъ-ли, напр., такой должникъ (*debitor cessus*) пользоваться противъ фидуціара всѣми тѣми возраженіями которыя имѣлъ онъ противъ цедента?—Нѣтъ, отвѣчаютъ одни должнику здѣсь принадлежатъ лишь тѣ возраженія, которыя онъ можетъ осуществить противъ каждаго векселедержателя или субъекта обязательственнаго требованія, а не тѣ, которыя могли быть предъявлены противъ цедента или индоссанта лично, равно и не тѣ, которыя ему принадлежали бы противъ самого индоссатора, какъ истца, напр. возраженія о зачетѣ, платежѣ и т. п. ¹³⁾. Другіе же отвѣчаютъ на поставленный выше вопросъ утвердительно ¹⁴⁾. Первое мнѣніе опирается на практическія соображенія: указываютъ именно, что допущеніе возраженій, направленныхъ лично противъ цедента или индоссанта, повело-бы къ предоставленію отвѣтчикомъ лишнихъ поводовъ къ проволочкамъ въ процессѣ, а это вредно отозвалось-бы на вексельномъ оборотѣ и на кредитѣ вообще ¹⁵⁾.

¹¹⁾ *Lang*, цит. статья. *Regelsberger*, Pand. I § цит.

¹²⁾ Такъ *Lang* въ ст. цит. стр. 243 (противъ Дербурга), указываетъ на то, что разъ фидуціаръ признается собственникомъ вещи или субъектомъ обязательственнаго требованія, онъ долженъ слѣдовательно обсуждаться, какъ таковой и по отношенію къ управомочившему его.

¹³⁾ *Lang*, стат. цит. къ примѣч. 8 ссылкой на значительное число рѣшеній высшихъ германскихъ судебныхъ учреждений

¹⁴⁾ *Dernburg*, Pand. I § 100. *Kohler*, ст. цит. стр. 150 слѣд., *Regelsberger* ст. 178—180, 189 слѣдующая.

¹⁵⁾ *Lang*, ст. цит.: «оборотъ, именно вексельный оборотъ требуетъ прежде всего по возможности исключенія проволочекъ и ябедническихъ возраженій, подъ защиту которыхъ охотно прибѣгаютъ вексельные должники, находящіеся въ нуждѣ; это соображеніе, по мнѣнію Ланга, является наи-

Юристы практики склонны иногда проводить последнее соображеніе слишком далеко и отказывают вексельному должнику въ правѣ приводить возраженіе о притворномъ характерѣ той сдѣлки, на которой основываетъ фидуціаръ свое требованіе¹⁶⁾. Но теоретики напротивъ, думаютъ, что вексельному должнику должно быть предоставлено право указывать на несерьезный характеръ полнаго индоссамента¹⁷⁾. Здѣсь не мѣсто пускаться въ разборъ приведенныхъ взглядовъ. Для нашей цѣли достаточно имѣть понятіе о томъ, что такое

вышнимъ въ данномъ вопросѣ. Противъ послѣдняго заявленія можно, конечно, возразить многое. Не слишкомъ-ли склонны нѣкоторые новые писатели приносить въ жертву требованія справедливости современному Моеиху, носящему названіе—экономическій оборотъ? Наконецъ, въ интересахъ-ли этого оборота чрезмѣрная строгость къ должнику? Правда, возможность, представленія должникамъ противъ иска фидуціара возраженія о томъ, что цедентъ или индоссантъ коварно прибѣгли къ цессіи или къ жиро (индоссаменту), чтобы лишить его возраженія, которое у него имѣлось, лишила-бы фидуціарныя сдѣлки тѣхъ выгодъ, ради которыхъ къ нимъ всего чаще прибѣгаютъ. Но заслуживаютъ-ли самыя эти сдѣлки особаго, такъ сказать, покровительства закона? Вѣдь надо помнить, что прочность оборота прежде всего основывается на довѣрїи къ соответствію воли съ вышнимъ ея проявленіемъ. А такого соответствія всетаки вѣдь не достаетъ въ фидуціарныхъ сдѣлкахъ и послѣднїя, какъ упомянутую, легко смѣшиваются съ притворными.

¹⁶⁾ Какъ ни трудно отличить индоссаментъ, содержащій лишь полномочіе на полученіе платежа, отъ прикрывающаго его полнаго индоссамента, т. е. составляющаго передачу векселя въ собственность. (См. *Мейеръ*, «Очеркъ русскаго вексельнаго права» въ приложеніи къ изд. г. Гольмстенемъ учебнику Мейера, стр. 27. *Шершеневичъ*, Курсъ торговаго права § 103.), однако отнимать въ этомъ случаѣ у должника возможность возраженія о притворствѣ не согласенъ даже неблагосклонный къ должникамъ Лангъ. «Должно быть дозволено», говоритъ этотъ авторъ, «въ конкретномъ случаѣ утверждать, что полный индоссаментъ имѣлъ мѣсто лишь для видимости и что индоссантъ не сдѣлался собственникомъ векселя. При этомъ Лангъ ссылается на практику германскаго Имперскаго суда (См. *Entsch. d. R. Gerichts* Bd. IV, стр. 100; 101 Bd. XI, стр. 9), приводя въ примѣръ случай, гдѣ предосторожность индоссанта шла такъ далеко, что адвокату даже дано было порученіе взысканные деньги переслать не индоссатору, а индоссанту.

¹⁷⁾ *Lang* соч. цит., *Dernburg*, *Kohler* и друг.

разумѣютъ подъ фидуціарными сдѣлками и отмѣтить, что фидуціарныя сдѣлки, подобно мнимымъ отличаются отъ притворныхъ тѣмъ, что стороны не скрываютъ своего истиннаго намѣренія. Подобно мнимымъ сдѣлкамъ фидуціарныя можно назвать допускаемыми закономъ или обычаемъ формами сдѣлокъ. Однако послѣднія отличаются отъ мнимыхъ сдѣлокъ въ собственномъ смыслѣ тѣмъ именно, что въ то время, какъ въ мнимыхъ дѣйствіяхъ совершаемое сторонами по внѣшности дѣйствіе имѣетъ мѣсто лишь *dicis causa*, для видимости и не влечетъ своихъ нормальныхъ послѣдствій, въ сдѣлкахъ фидуціарныхъ внѣшнее дѣйствіе, совершаемое сторонами, юридически вполне дѣйствительно, влечетъ всѣ свои нормальныя послѣдствія и лишь по особому соглашенію сторонъ, основанному на довѣрїи къ добросовѣстности управомоченнаго, эти послѣдствія въ извѣстныхъ отношеніяхъ не наступаютъ, а замѣняются другими, соотвѣтствующими истинному намѣренію сторонъ. Характерно для этихъ сдѣлокъ именно то, что ограниченіе нормальныхъ послѣдствій сдѣлки ставится здѣсь въ зависимость отъ вѣрности или честности лица, получающаго управомочіе по сдѣлкѣ. Римляне, въ древнемъ правѣ которыхъ соглашенія подобнаго рода должны были несомнѣнно играть видную роль (манципация и *in jure cessio* часто связывались съ фидуціей), принимали довольно энергичныя мѣры къ поддержанію этой вѣрности, угрожая нарушителямъ ея инфаміей¹⁸⁾.

¹⁸⁾ Gai I, 182. Что *actio fiduciae* было *actio famosa* объ этомъ у Cic. p. Rosc. Com. 6. 16 и Cic p. Caec. 3, 7, f. Lex Julia municipi. Относительно историческаго значенія фидуціи въ древнемъ римскомъ юридическомъ быту и въ римскомъ правѣ см. Voigt, Die XII Tafeln Bd. II. § 86. Gai II, 60; *fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint*. Въ источникахъ упоминается: «*fiduciae causa mancipio dare, accipere, in jure cedere*» и т. д. Gai I, 114, 115; II, 59, 220; III. 201. Pauli sent. rec. I, 98, II 13, 1—7, V, 26, 4. Cic Top. 10, 42. Liv. XXXII, 38, 2. Corpus iuscript. latinarum L. II. no. 5042 l. 1. f. Что *fiducia* основана на *fides*, вѣрности, объ этомъ смотри у Cic. de Off. III, 17. 70. Cic. Top. 10, 42. О послѣдствіяхъ см. Ulp. вѣ fr. 5 § 3 Dig. XXVII, 9 и Paul. sent rec. II, 13, 6 и 7 и III, 6, 69. О временномъ и относительномъ характерѣ приобретаемаго фидуціаромъ права и объ его ответственности передъ лицомъ, дающимъ ему управомочіе (*fiduciae dans*) см. Voigt въ упомянутомъ сейчасъ сочиненіи стр. 172—175 и источники, цитируемые этимъ авторомъ въ примѣчаніяхъ съ 15 по 25.

Но, не смотря на такія мѣры, фидуціарныя сдѣлки представляются, вслѣдствіе именно разлада между внѣшнимъ ихъ юридическимъ содержаніемъ и истиннымъ намѣреніемъ сторонъ, исключительнымъ явленіемъ. Будучи вызваны известной потребностью, онѣ оказываются несовершеннымъ средствомъ ея удовлетворенія и поэтому фидуціарная сдѣлка или вырождается въ мнимую сдѣлку (такъ было съ фидуціей при отдачѣ домочадца въ *mancipium*, а равно и при *coemptio*), или же замѣняется болѣе совершенной формой для достиженія намѣченной сторонами цѣли и практически почти выходитъ изъ употребленія. (Такова судьба формы залога называемой *fiducia*).¹⁹⁾ Нельзя назвать нормальнымъ явленіемъ и при-

¹⁹⁾ Что троекратная манципация, соединявшаяся съ фидуціей, при *adoptio* и *emancipatio*, а равно, имѣвшія мѣсто здѣсь-же, *in jure cessio* и *remancipatio* были мнимыми дѣйствіями, въ этомъ никто не сомнѣвается. См. *Ihering*, *Geist* III § 68. Относительно же историч. формы залога, называемой *fiducia*, формы, кстати сказать, очень распространенной и встрѣчающейся въ древне-индусскомъ и древне-греческомъ правѣ (*Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*. 1881. III 185 ff. статья *Kohler'a*; *Hermann*, *Griechische privat. Alterthümer* § 66. *Nouvelle Revue historique*. 1887. I 171 слѣд. ст. *Dareste*), а также у народовъ германскихъ (*mort-gage* въ англійскомъ правѣ), надо замѣтить, что въ Римѣ эта форма прошла слѣдующія ступени въ своемъ развитіи. Первоначально при этомъ видѣ залога отношеніе между кредиторомъ и должникомъ основывалось исключительно на *fides* и было лишено санкціи закона (*Ihering*, *Geist* III § 46. *Муромцевъ*, *Гр. право др. Рима*, стр. 218). Позднѣе должны были признать, что отказъ кредитора въ восстановленіи взятой имъ отъ должника вещи по уплатѣ послѣднимъ долга или употребленіе этой вещи въ противность соглашенію, какъ нарушеніе довѣрія, составляетъ поводъ къ иску со стороны должника (*actio ex delicto* и затѣмъ *actio in factum*). Еще позднѣе *rustum fiduciae*, присоединенное къ *mancipatio* или *in jure cessio*, рождало личный искъ *bonae fidei—actio fiduciae directa*. На этой точкѣ своего развитія передача собственности, соединенная съ *rustum fiduciae*, съ одной стороны приближается уже къ мнимымъ сдѣлкамъ, а съ другой уступаетъ мѣсто другимъ новымъ по сравненію съ ней формамъ залога. *Vachofen*, *Das röm. Pfandrecht*, Bd. I 1847 г. стр. 3. Если не исчезаетъ изъ употребленія даже, м. б., въ юстиніановскую эпоху, а равно въ внѣшнемъ юридическомъ быту передача вещи въ собственность кредитора съ цѣлью, чтобы она служила обезпеченіемъ долга, то лишь въ виду тѣхъ особыхъ удобствъ, которыя представляются ею для кредиторомъ, пользующихся этой формой въ своихъ личныхъ интересахъ, обыкновенно, съ скрытыми цѣлями.

веденные выше примѣры современныхъ фидуціарныхъ сдѣлъ. Изложенное выше разногласіе въ обсужденіи ихъ достаточно ясно указываетъ, по нашему мнѣнію, на то дальнѣйшее направление въ ихъ развитіи, которому имъ придется слѣдовать. Если восторжествуетъ мнѣніе (Дернбурга и другихъ), что преимущество должно быть отдаваемо внутреннему намѣренію сторонъ, то совершаемое по внѣшности отчужденіе вещи или требованія должно обратиться въ одну формальность, въ мнимый актъ, на что и указываютъ противники этого мнѣнія. Если-же восторжествуетъ противоположное мнѣніе и будутъ придавать большое значеніе юридической дѣйствительности совершаемаго акта, то прибѣгать къ нему будетъ не такъ удобно, такъ какъ даже несомнѣнная честность фидуціара не обезпечитъ управомочивающему достиженіе его цѣли (при конкурсѣ надъ фидуціаромъ или въ случаѣ смерти послѣдняго²⁰). Какъ бы то ни было, для насъ важно отмѣтить еще особый видъ ненормальныхъ явленій юридическаго быта, которому нѣтъ особаго мѣста въ классификаціи Мейера, такъ какъ, слѣдуя ей, здѣсь придется говорить о притворныхъ сдѣлкахъ. Будучи близки къ притворнымъ и мнимымъ сдѣлкамъ, фидуціарныя сдѣлки не имѣютъ однако ничего общаго ни съ символическими дѣйствіями (пока не вырождаются еще въ мнимыя сдѣлки), ни съ случаями примѣненія фикціи. Вымыслъ и воображеніе здѣсь не играютъ роли. Стороны изъявляютъ не фиктивную, а истинную волю на совершеніе сдѣлки и ненормальность случая только въ томъ, что для достиженія извѣстныхъ послѣдствій совершается актъ, послѣдствія котораго идутъ гораздо далѣе преслѣдуемой сторонами цѣли.

²⁰) См. Lang ст. цит

§ 10.

Выводъ изъ предыдущаго изложенія. Перечисленіе ненормальныхъ явленій юридическаго быта, подходящихъ подъ указанный Мейеромъ признакъ. Невозможность объединенія всѣхъ этихъ явленій подъ именемъ фикцій въ обширномъ смыслѣ.

Теперь мы обозрѣли всѣ тѣ явленія юридическаго быта, которыя имѣютъ хотя какое либо основаніе быть относимыми къ числу имѣющихъ связь съ фикціями, а иногда подводятся подъ понятіе послѣднихъ. Кромѣ четырехъ категорій этихъ явленій, указанныхъ Мейеромъ, мы отмѣтили еще три, а именно: ошибочно опущенныя Мейеромъ, символическія дѣйствія, далѣе, мнимыя дѣйствія и фидуціарныя сдѣлки, которыхъ Мейеръ не могъ отмѣтить, потому что какъ тѣ, такъ и другія стали отличать отъ притворныхъ сдѣлокъ лишь въ послѣднее время. Подмѣченное уже давно сходство между всѣми этими группами явленій, заставлявшее авторовъ иногда смѣшивать ихъ между собою, побудило, очевидно, и Мейера разсмотрѣть ихъ вмѣстѣ въ одномъ сочиненіи; причѣмъ онъ подмѣтилъ во всѣхъ нихъ одну общую черту, именно отступленіе отъ нормальнаго въ юридическомъ быту порядка, состоящее въ томъ, что юридическія опредѣленія, рассчитанныя на извѣстные факты, примѣняются, хотя самыхъ фактовъ мы и не усматриваемъ. Съ этой только точки зрѣнія, т. е. съ цѣлью указанія и изученія различныхъ случаевъ подобнаго примѣненія юридическихъ опредѣленій къ неусматриваемымъ въ наличности фактамъ, Мейеръ и излагаетъ ученіе объ отмѣчаемыхъ имъ явленіяхъ. Нельзя не признать, что указываемый Мейеромъ, общій для всѣхъ этихъ явленій признакъ есть дѣйствительно тотъ самый, благодаря которому, если объ этихъ явленіяхъ и не говорятъ всегда, какъ о случаяхъ примѣненія фикцій, то находятъ всетаки нѣчто съ этими случаями общее. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, не надо забывать, что это признакъ общій именно извѣстнымъ явленіямъ юридическаго быта, а не существенный и не пригодный для опредѣленія всѣхъ тѣхъ юридическихъ понятій, которыя поименованы авторомъ въ заглавіи его сочиненія и которыя на самомъ дѣлѣ не могутъ быть объединяемы, такъ

какъ нельзя, при желаніи даже, объединять логическій приемъ съ юридическимъ дѣйствіемъ. Между тѣмъ это обстоятельство Мейеръ (да и не онъ одинъ) какъ-бы совершенно упускаетъ изъ вида и впадаетъ въ указанную уже ошибку смѣшенія употребляемыхъ въ правѣ приемовъ съ случаями, когда послѣдніе примѣняются. Оставляя въ сторонѣ эту ошибку и останавливаясь на разсмотрѣніи самыхъ интересующихъ насъ явленій, мы должны обратить вниманіе еще на то обстоятельство, что указанный, объединяющій ихъ, общій признакъ не опредѣляетъ существенно природы всѣхъ этихъ явленій по сущности своей совершенно различныхъ. Между фактомъ совмѣстной гибели отца и дѣтей, дающимъ мѣсто примѣненію извѣстной презумціи и фактомъ совершенія притворной сдѣлки нѣтъ, конечно, ничего общаго по существу. На это обстоятельство Мейеръ также не всегда обращаетъ должное вниманіе. Къ этимъ кореннымъ недостаткамъ сочиненія Мейера, заставляющимъ его, напр., такъ неудачно искать отличный признакъ скрытныхъ дѣйствій отъ предположеній, присоединяется еще не всегда правильное пониманіе сущности изучаемыхъ имъ случаевъ, благодаря чему скрытныя дѣйствія всѣ внесены въ кругъ разсматриваемыхъ ненормальныхъ явленій юридическаго быта и составляютъ особую ихъ категорію, — тогда какъ въ тѣхъ изъ нихъ, гдѣ не приходится прибѣгать къ презумціи воли лица, съ точки зрѣнія самого Мейера, нельзя указать ничего ненормальнаго, остальные-же должны быть разсматриваемы, какъ случаи примѣненія юридическихъ предположеній. Благодаря этому-же недостатку, символическія дѣйствія всѣ отнесены, напротивъ, къ нормальнымъ явленіямъ юридическаго быта. Такимъ путемъ получилось неудачное установленіе помянутыхъ четырехъ категорій явленій, которое оказывается неправильнымъ независимо даже отъ опущенія авторомъ символическихъ и мнимыхъ дѣйствій и фидуціарныхъ сдѣлокъ. Болѣе тщательный анализъ всѣхъ, интересовавшихъ Мейера, ненормальныхъ явленій юридическаго быта даль-бы слѣдующія категоріи ихъ:

Юридическія опредѣленія, рассчитанныя на извѣстные факты, примѣняются, хотя самыхъ фактовъ нѣтъ на лицо, въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) Юридическія опредѣленія примѣняются благодаря тому, что завѣдомо несуществующій фактъ признается объективнымъ правомъ за существующій.

2) Юридическія опредѣленія примѣняются, благодаря тому, что фактъ хотя возможный, но не доказанный признается существующимъ (съ допущеніемъ или недопущеніемъ доказательства противнаго).

3) Юридическія опредѣленія примѣняются потому, что имѣется на лицѣ знакъ, условно замѣняющій тотъ фактъ, на который эти опредѣленія разсчитаны. (Смотря по обстоятельствамъ, относящиеся сюда случаи могутъ быть причисляемы къ первой или второй изъ указанныхъ категорій, или-же не заключать въ себѣ ничего ненормальнаго).

4) Юридическія опредѣленія примѣняются вполне или отчасти потому, что фактъ ложно выдается за существующій. Фактами здѣсь являются юридическія дѣйствія, сдѣлки, которыя совершаются лишь по видимости, фиктивно:

а) по желанію дѣйствующихъ съ намѣреніемъ обмануть для достиженія скрытыхъ цѣлей (случаи умолчанія и притворныхъ дѣйствій).

б) безъ такого намѣренія, по предписанію объективнаго права, для того, чтобы завѣдомо мнимымъ совершеніемъ дѣйствія вызвать примѣненіе разсчитанныхъ на него юридическихъ опредѣленій въ известной мѣрѣ, въ какой это необходимо для достиженія послѣдствій другого дѣйствія, совершаемаго на самомъ дѣлѣ.

5) Юридическія опредѣленія примѣняются къ юридической сдѣлкѣ, совершенной на самомъ дѣлѣ, но завѣдомо и явно съ цѣлью достигнуть не всѣхъ ея послѣдствій, а лишь тѣхъ, которыя желательны сторонамъ; благодаря чему, управомоченному по этой сдѣлкѣ предоставляются болѣе широкія права, чѣмъ это требуется цѣлями сторонъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, его чести и вѣрности поручается не злоупотреблять этими правами.

Таковы тѣ явленія юридическаго быта, сходство и различіе которыхъ съ случаями примѣненія юридическихъ фикцій намъ необходимо выяснить. Объ отношеніи къ фикціямъ каждой изъ этихъ группъ уже говорилось достаточно выше, и черты сходства и различія, которыя можно подмѣтить у каждой группы въ отдѣльности по сравненію съ другими, также указаны. Остается только рѣшить вопросъ: на сколько-ли родственны дѣйствительно всѣ эти явленія, чтобы ихъ можно было подводить подъ одно понятіе и говорить о случаяхъ примѣненія фикцій въ обширномъ смыслѣ? Рѣшеніе этого

вопроса зависеть отъ того, что признаемъ мы существеннымъ, объединяющимъ случаи примѣненія фикцій признакомъ. Если мы удовольствуемся тѣмъ признакомъ, который указанъ Мейеромъ, то мы всеъ указанные категоріи явленій будемъ принимать, какъ случаи примѣненія фикцій. Едва-ли однако станетъ кто нибудь оспаривать, что это было-бы неправильно и неудобно, такъ какъ, по вышеуказанному, приходилось-бы объединять случаи различные въ своемъ существѣ. Если мы обратимъ вниманіе на другой признакъ, а именно на необходимость для примѣненія юридическихъ опредѣленій прибѣгать къ *вымыслу*, т. е. выставленію не существующаго существующимъ и обратно, независимо отъ того, когда и кто къ этому вымыслу прибѣгаетъ, — то къ случаямъ примѣненія юридическихъ фикцій придется отнести всеъ притворныя дѣйствія въ обширномъ смыслѣ, дѣйствія мнимыя и нѣкоторые случаи символическихъ дѣйствій. Примѣненіе презумцій придется, наоборотъ, выдѣлить изъ случаевъ примѣненія фикцій въ обширномъ смыслѣ. Если мы найдемъ, что указанный общій признакъ заставляетъ соединять слишкомъ разнородныя явленія и понятія и за существенный признакъ юридическихъ фикцій примемъ лишь вымыселъ, допускаемый и примѣняемый объективнымъ правомъ, — то притворныя сдѣлки придется исключить изъ круга случаевъ примѣненія юридическихъ фикцій, а оставить лишь тѣ случаи, гдѣ объективное право предписываетъ принимать за существующее несуществующее или наоборотъ, а равно тѣ случаи, гдѣ оно само указываетъ прибѣгать къ совершенію извѣстныхъ дѣйствій для видимости и считать послѣднія совершенными лишь для наступленія извѣстныхъ послѣдствій. Наконецъ, если выдѣлить и послѣдніе случаи, т. е. случаи примѣненія мнимыхъ дѣйствій, то у насъ останутся случаи примѣненія фикцій въ тѣсномъ смыслѣ. Если мы будемъ имѣть въ виду фикціи въ этомъ тѣсномъ смыслѣ, то должны будемъ поставить рядомъ съ ними только презумціи, какъ пріемъ имъ родственный. Мнимыя дѣйствія, а также нѣкоторые случаи употребленія символовъ и символическихъ дѣйствій, будутъ интересоваться насъ тогда, лишь какъ отдѣльные случаи примѣненія фикцій.

Такимъ образомъ получается тотъ выводъ, что нѣтъ основанія и невозможно употреблять выраженіе юридическія фикціи въ обширномъ смыслѣ и что оно должно имѣть лишь тѣсный смыслъ.

§ 11

Классификація Дюмерила. Ея недостатки.

Ранѣе чѣмъ придти къ окончательному рѣшенію вопроса о томъ, что надо разумѣть подъ юридическими фикціями въ обширномъ и тѣсномъ смыслѣ, познакомимся съ попыткой рѣшенія этого вопроса въ упомянутой выше статьѣ французскаго ученаго Дюмерила.

Этотъ авторъ, обозрѣвая всѣ указанныя явленія юридическаго быта, не исключая дѣйствій символическихъ и мнимыхъ, и прилагая ко всѣмъ имъ одинаково названіе—фикціи ¹⁾, выдѣляетъ прежде всего въ особый классъ символы и символическія дѣйствія подъ названіемъ фикцій матеріальныхъ, которымъ противопоставляетъ всѣ остальные фикціи, какъ интеллектуальныя ²⁾.

Это дѣленіе, очевидно, заимствовано авторомъ изъ цитированнаго выше сочиненія Шассана, который, какъ мы уже знаемъ, подъ матеріальными фикціями разумѣетъ лишь эмблемы, реальные символы ³⁾.

Фикціи интеллектуальныя Дюмериль подраздѣляетъ на: а) легальныя, т. е. созданныя закономъ; б) судебныя—имѣющія примѣненіе на судѣ и с) внѣсудебныя, т. е. примѣняющіяся въ слѣлкахъ частныхъ лицъ ⁴⁾. Такимъ образомъ въ основаніи этого дѣленія взята авторомъ не сущность, не внутренняя сторона классифицируемыхъ явленій, а чисто внѣшніе признаки ихъ. А такъ какъ подъ интеллектуальными фикціями вообще Duméril разумѣетъ и фикціи въ томъ собственномъ смыслѣ, въ какомъ этотъ терминъ употребляется у Мейера и у другихъ юристовъ, а равно предположенія, скрытныя, притворныя и мнимыя дѣйствія, то понятно, что упомянутая классификація интеллектуальныхъ фикцій способна ввести значительную путаницу и въ терминологию, и въ установившіяся понятія. Уже одно то, что слово фикція придется, слѣдуя

¹⁾ См. выше примѣч. на стр. 7.

²⁾ Duméril, Les fictions juridiques, p. 6 и 7.

³⁾ См. выше стр. 8.

⁴⁾ Duméril, Les fictions juridiques, p. 7, 10 et 13.

Дюмерилю, употреблять: во 1-хъ, для обозначенія фикцій вообще, затѣмъ, во 2-хъ, для обозначенія фикцій интеллектуальныхъ, а въ 3-хъ, для обозначенія фикцій въ собственномъ смыслѣ, представляется довольно неудобнымъ. Неудобства становятся еще яснѣе въ дальнѣйшихъ, принимаемыхъ авторомъ подраздѣленіяхъ.

Между легальными фикціями онъ различаетъ: во 1-хъ, такія, въ которыхъ законодатель прибѣгаетъ къ уподобленію, чтобы короче выразить, что онъ приравниваетъ новый случай къ случаю уже предвидѣнному, подводитъ подъ прежнее право правило новаго права, напр., даетъ тѣже права усыновленному, какъ и сыну законному, объявляя, что первый будетъ считаться законнымъ.

Во 2-хъ, такія, гдѣ законъ устанавливаетъ предположеніе, допускающее или не допускающее, смотря по обстоятельствамъ, доказательства противнаго.

Въ 3-хъ, какъ особый видъ легальныхъ фикцій авторъ выдѣляетъ созданіе закономъ юридическихъ лицъ.

Такимъ образомъ къ категоріи легальныхъ фикцій авторъ относитъ не только фикціи въ собственномъ смыслѣ, но и презумціи. Относительно подраздѣленія легальныхъ фикцій на указанные три класса авторъ самъ оговаривается въ примѣчаніи, что „строго говоря, безъ него можно обойтись, такъ какъ и второй, и третій классы также могутъ быть сведены къ первому“⁵⁾, ибо въ обоихъ послѣднихъ классахъ также имѣетъ мѣсто уподобленіе (!). Авторъ допускаетъ, что не только можно слѣть въ одинъ классъ съ фикціей усыновленія фикцію юридической личности, но что въ этотъ же классъ войдутъ и законныя презумціи. „Лучше однако, замѣчаетъ авторъ, держаться указаннаго нами подраздѣленія“. Почему это лучше?—этого авторъ, къ сожалѣнію, не находитъ нужнымъ разъяснить.

Къ судебнымъ фикціямъ авторъ относитъ: во 1-хъ, тѣ случаи мнимыхъ дѣйствій, при которыхъ сторонамъ придется прибѣгать къ помощи фиктивного процесса (*in jure cesio*); а во 2хъ, извѣстныя *actiones fictitiae* преторскаго права

⁵⁾ Duméril, p. 8, 9, not. 1.

и одинаковыя съ ними по характеру фикціи англійскаго процессуальнаго права. Судебныя фикціи онъ называетъ опять таки фикціями *par excellence*, т. е. въ тѣсномъ и собственномъ смыслѣ⁶⁾. Это уже четвертое значеніе, въ которомъ автору приходится употреблять слово фикція.

Говоря объ отличіи легальныхъ фикцій отъ судебныхъ, авторъ указываетъ на слѣдующія, характеризующія тѣ и другія, отличительныя черты. „Легальная фикція вводится законодательною властью и не имѣетъ цѣлю обхода закона, такъ какъ она сама законъ. Эта фикція предписывается разъ навсегда. Въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ, т. е. при презумціяхъ, она допускаетъ доказательство противнаго. Судебная фикція, напротивъ, имѣетъ свою цѣлю непременно обходъ закона или расширеніе его дѣйствія; она примѣняется судомъ или вообще учрежденіемъ (*corps*), имѣющимъ извѣстный авторитетъ, но не законодательной властью; она можетъ перейти въ обычай; пользованіе ею можетъ быть уступаемо всегда при наличности тѣхъ же обстоятельствъ; не смотря на это, она должна быть воспроизводима всякій разъ, какъ представляется новое дѣло. Наконецъ, она не допускаетъ доказательства противнаго“. „Самая сущность судебной фикціи состоитъ въ томъ, чтобы безнаказанно насиловать истину“⁷⁾. Эта характеристика никоимъ образомъ не можетъ быть признана удачною; она только довольно рельефно выставляетъ недостатки принятой названнымъ авторомъ классификаціи фикцій. Не говоря уже о томъ, что ошибочнымъ и крайне неудобнымъ представляется слитіе въ одинъ классъ фикціи и презумціи, существенное различіе между которыми не подлежитъ сомнѣнію, неосновательнымъ оказывается и представленіе автора объ отличіи между устанавливаемыми имъ классами фикцій. Такъ авторъ не замѣчаетъ, что многія по крайней мѣрѣ изъ называемыхъ имъ судебными фикцій, напр. мнимыя дѣйствія, если и не введены прямо закономъ, во всякомъ случаѣ получили въ немъ признаніе и стали законной формой актовъ, къ которымъ примѣнялись. Преторомъ созданныя формулы фиктивныхъ исковъ также суть въ сущности правила преторскаго права и должны быть приравнены къ предписанію за-

⁶⁾ *Id.* p. 10—15.

⁷⁾ *Id.* p. 15.

кона. Они создавали во всякомъ случаѣ новые институты права. Припомнимъ созданіе бонитарной собственности и *bonorum possessionis*. Объ этой правосоздающей роли претора авторъ забываетъ.

Если къ судебной фикціи приходится вновь прибѣгать при каждомъ новомъ дѣлѣ, то и къ легальной фикціи усыновленія приходится прибѣгать при каждомъ случаѣ установленія фиктивного родства. Разъ возникшее при помощи фикціи *bonorum possessio* продолжало существовать такъ же, какъ и усыновленіе. Если первое можетъ быть отнято въ извѣстныхъ случаяхъ указаніемъ на его незаконность, то и второе можетъ быть уничтожено этимъ же путемъ. Конечно, фикція, употребляемая въ процессѣ съ извѣстною цѣлью, не распространяется за предѣлы этого процесса: иностранецъ, обсуждаемый въ процессѣ, какъ римскій гражданинъ, не обсуждается какъ таковой помимо этого процесса. Но вѣдь и всякая фикція не выходитъ за предѣлы, указываемые преслѣдуемой при ея помощи цѣлью. Общество, признанное юридическимъ лицомъ, не во всѣхъ отношеніяхъ приравнивается къ лицу физическому; усыновленный, особенно при *adoptio minus plena*, также не во всѣхъ отношеніяхъ обсуждается, какъ сынъ законный. Разумѣется, разъ извѣстное общество призвано юридическимъ лицомъ, нѣтъ уже надобности каждый разъ вымышлять вновь его юридическую личность при каждомъ совершаемомъ его органомъ актѣ; а для иностранца приходилось въ каждомъ новомъ процессѣ, который онъ начиналъ, вымышлять право гражданства; но это различіе, очевидно, вытекаетъ изъ различія самой цѣли, преслѣдуемой указанными фикціями, а никакъ не изъ того обстоятельства, что первая есть созданіе законодательной, а вторая—судебной власти. Наконецъ, утвержденіе автора, что легальная фикція не есть обходъ закона—тоже не основательно. Фикція усыновленія, относимая Дюмерилемъ къ легальнымъ, несомнѣнно имѣла цѣлью обходъ закона, основывавшаго родственныя отношенія исключительно на кровной связи. Фиктивный процессъ о свободѣ при отпущеніи на волю раба вовсе, наоборотъ, не имѣлъ цѣлью въ чемъ либо обойти законъ. Да и при многихъ фиктивныхъ искахъ имѣлся въ виду не обходъ закона, а лишь расширеніе его дѣйствія. Последнюю цѣль преслѣдуютъ и фикціи, называемыя авторомъ легальными. Такимъ образомъ установленное

Дюмерилемъ различіе между фикціями судебными и легальными не выдерживаетъ критики.

Къ третьему классу, къ фикціямъ внѣ судебнымъ, авторъ относитъ во 1-хъ, тѣ мнимыя дѣйствія, которыя не вошли въ классъ фикцій судебныхъ, напр. манципацію; а во 2-хъ, дѣйствія притворныя. Приэтомъ авторъ самъ указываетъ, что все отличіе мнимыхъ дѣйствій, отнесенныхъ къ фикціямъ судебнымъ, отъ внѣсудебныхъ фикцій лишь въ томъ, что первыя имѣютъ мѣсто въ присутствіи магистрата⁸⁾.

Изъ всего сказаннаго легко понять все неудобство данной Дюмерилемъ классификаціи. Держась ея, приходится явленія, тождественныя по своему внутреннему содержанию и значенію, разбивать на разные классы; а явленія различныя по сущности, соединять въ одинъ классъ по чисто внѣшнимъ признакамъ. Вотъ почему, соглашаясь вполне съ упомянутымъ сейчасъ авторомъ относительно необходимости классифицировать всѣ подводимыя подъ понятіе фикцій въ обширномъ смыслѣ явленія юридическаго быта и установить относительно ихъ точную терминологію, мы не можемъ принять предлагаемой имъ классификаціи и терминологіи и предпочитаемъ въ этомъ отношеніи ближе держаться Мейера, внеся лишь нѣкоторыя необходимыя видоизмѣненія и дополненія въ указанные послѣднимъ категоріи явленій юридическаго быта, имѣющихъ связь съ случаями примѣненія фикцій. Приведемъ для сравненія классификацію фикцій, данную Дюмерилемъ⁹⁾ и указанное нами перечисленіе ненормальныхъ явленій юридическаго быта, въ которыхъ иногда по тѣмъ или другимъ основаніямъ усматриваютъ родство съ фикціями.

⁸⁾ Id. стр. 18, 19.

⁹⁾ Id. стр. 20.

Классификація Дюмерья:

ФИКЦІИ.



Видозмѣненная классификація Мейера:

- 1) Фикції,
- 2) презупції,
- 3) символи и символическія

дѣйствія, 4) притворныя, 5) мнимыя дѣйствія и 6) фидуціарныя сдѣлки ¹⁰⁾.

Хотя классификація Дюмерилья и не можетъ быть никоимъ образомъ названа удачной, но нельзя не обратить вниманія на то обстоятельство, что она обнимаетъ всѣ тѣ-же именно явленія, которыя разсмотрѣны нами выше. Разница только въ томъ, что Дюмериль не выяснилъ такъ опредѣленно объединяющаго признака разсматриваемыхъ имъ явленій, какъ это сдѣлалъ Мейеръ. Дюмериль выставилъ другой признакъ, а именно: онъ понимаетъ подъ фикціей въ обширномъ смыслѣ противорѣчащее дѣйствительности принятіе факта или качества, рассчитанное на достиженіе извѣстныхъ юридическихъ послѣдствій. Признакъ этотъ не совпадаетъ вполне съ установленнымъ Мейеромъ и подъ него не подходятъ нѣкоторыя изъ относимыхъ Дюмерилемъ къ фикціямъ явленій (напр. *praesumptiones juris*). Тѣмъ не менѣе этимъ авторомъ разсматривается одна и та-же область явленій, что и нами, и предѣлы ея указываются одинаково съ тѣми, которые мы выше установили. Дюмериль не говоритъ о фидуціарныхъ сдѣлкахъ, но эти послѣднія, смотря по взгляду на ихъ сущность и значеніе, можно или отнести къ мнимымъ дѣйствіямъ или, наконецъ, вовсе исключить ихъ изъ указаннаго ряда явленій.

Мы уже говорили, что не будемъ относить всѣ эти явленія къ случаямъ примѣненія юридическихъ фикцій, такъ какъ на это нѣтъ никакихъ основаній.

Повторимъ еще разъ, что подъ юридической фикціей мы разумѣемъ лишь пріемъ, употребляемый въ объективномъ правѣ и въ юриспруденціи и состоящій въ признаніи существующимъ несуществующаго и обратно.

¹⁰⁾ Упомянулось уже, что нѣкоторыя изъ этихъ категорій явленій юридического быта допускаютъ дальнѣйшія подраздѣленія.

§ 12.

Обзор литературы о фикціях въ тѣсномъ смыслѣ.
Заключение.

То опредѣленіе понятія юридическихъ фикцій въ тѣсномъ смыслѣ, которое, по нашему мнѣнію, вполне соответствуетъ сущности приѣма, носящаго это названіе, далеко нельзя, какъ мы уже упоминали, назвать безспорнымъ. Хотя специальная литература о юридическихъ фикціяхъ въ собственномъ смыслѣ и очень небогата, однако въ разное время различными авторами высказано не мало разнообразныхъ мнѣній относительно сущности и значенія фикцій¹⁾. Первой по времени заслуживающей упоминанія работой, посвященной вопросу о фикціяхъ, является небольшая статья Людена въ *Weiske's Rechtslexicon*.²⁾ Этотъ авторъ справедливо указалъ на цѣлесообразность совмѣстнаго, такъ сказать, обсужденія вопросовъ о фикціяхъ и презумціяхъ. Сущность фикцій Люденъ видитъ въ томъ, что „по законному предписанію при извѣстныхъ обстоятельствахъ фактъ, который въ дѣйствительности не наступилъ, принимается за наступившій для того, чтобы къ случаю, въ которомъ имѣетъ мѣсто фикція, получило примѣненіе то юридическое послѣдствіе, которое законы собственно и опредѣляли только на случай, когда вымышленное событіе дѣйствительно имѣло мѣсто“.

На это опредѣленіе довольно часто нападали, и оно дѣйствительно не можетъ быть названо удачнымъ уже по той причинѣ, что юридическая фикція употребляется несомнѣнно не только съ тою цѣлью, на которую указываетъ Люденъ, и самый опредѣляемый приѣмъ не состоитъ непременно въ признаніи со стороны закона наступившимъ событія ненаступившаго. Достаточно указать на фикцію юридической личности, чтобы выставить на видъ ошибочность Люденовскаго опредѣ-

¹⁾ Относительно старой литературы о фикціяхъ см. *Demelius*, Die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, стр. 83 прим. 1.
²⁾ *Rechtslexicon für Juristen aller teutschen Staaten etc. red. von Dr. Julius Weiske*, Bd. IV, 1894. 5. 275—280.

ленія юридических фикцій. Равнымъ образомъ и процессуальныя фикціи преторскаго права не направлены на принятіе наступившимъ событія не наступившаго, а на признаніе существованія у даннаго лица или отношенія такого качества, свойства, которое необходимо признать для примѣненія къ этому лицу или отношенію существующихъ юридическихъ опредѣленій. Помимо этого въ указанномъ опредѣленіи фикціи недостаточны ясно отличены отъ предположеній.

Опредѣленіе понятія послѣднихъ, данное Люденомъ, также неправильно. Онъ разумѣетъ подъ презумціей законное принятіе доказаннымъ факта, который по обыкновеннымъ правиламъ о приведеніи доказательствъ не можетъ быть принятъ за таковой, а лишь за вѣроятный.

Нѣкоторые авторы опредѣляли фикцію, какъ „принятіе неслучившагося или неимѣющагося въ наличности за наличное, чтобы безъ вреда для юридической послѣдовательности примѣнять старое право къ новымъ отношеніямъ“³⁾. Подобное опредѣленіе, во 1-хъ, можетъ относиться только къ историческимъ фикціямъ, а во 2-хъ, и оно не отличаетъ ясно фикцій отъ предположеній.

Нѣсколько очень оригинальныхъ и хотя весьма вычурнымъ слогомъ, но горячо и талантливо написанныхъ страницъ посвятилъ ученію о фикціяхъ покойный Лейпцигскій профессоръ Кунтце въ одной юношеской еще работѣ⁴⁾. Надъ чрезвычайной вычурностью слога⁵⁾ Кунтце много смѣялись, осо-

³⁾ *Mühlenbruch*, Pand. I § 83, S. 169. Cp. *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung etc. 1840, 3 Aufl. S. 32: «Entsteht eine neue Rechtsform, so wird dieselbe unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft, und ihr so die Bestimmtheit und Ausbildung derselben zugewendet. Dieses ist der Begriff der Fiction, für die Entwicklung des Römischen Rechts höchst wichtig und von den Neuern oft lächerlich verkannt».

⁴⁾ *Kuntze*, Die Obligation und Singularsuccession. 1856.

⁵⁾ Въ качествѣ образчика этого слога, много помѣшавшаго ушѣху высказанныхъ въ цит. сейчасъ книгѣ мыслей, приведемъ слѣдующее мѣсто изъ нея (стр. 88, 89): «Die prätorischen Fitionen blitzen auf vom Tribunal des Magistrats, gleich den Wettern, in denen die Natur sich entladet, um den aufbrechenden Lenz auf die Gefilde zu locken und die aussetzende Blüthe zur Frucht zu zeitigen; sie erinnern an die Donnerkeile des Olympischen Zeus, der mit ihnen bewaffnet vom Throne der Allmacht herab die Welt in ihren

бенно подхвачена была и на разные лады повторялась и извращалась въ укоръ автору фраза о „dämonischen Walten in dem wundersamen Reiche der Ficktionen“, но тѣмъ не менѣе многимъ изъ того, что высказано было имъ, позднѣе воспользовались. Такъ, ему принадлежитъ указаніе на существующее различіе между фикціями съ догматической функціей и фик-

Angeln bewegte und die schwere Atmosphäre reinigte, denn das Tribunal des Prätor ist der Olymp des römischen Rechtslebens, das unter der neuen Herrschaft von der Mühsal titanischer Urzeit erlöst wird. Sie reihen sich nicht den frei organischen Gebilden der Natur ein, sondern gleichen den Ausbrüchen der Vulkane, oder dem Vorüberrauschen der Orkane und werden als entbehrliche Hülsen abgestreift, wenn der in ihnen grossgezogene Rechtsgedanke zur Reife gediehen ist, um durch eigene Energie seinen Platz im dogmatischen Bau zu behaupten; sie sind die beweglichen schwirrenden Bienen, welche regsam und fleissig die Blütenfülle des gesunden Baumes umschweben und sich festsaugend von dem Saft trinken, als seien sie organisch mit der Blüthe verwachsen. Es ist Täuschung». Разумѣется, не все сочиненіе написано въ такомъ высокомъ стилѣ. Подобныя напыщенныя тирады, встрѣчающіяся по мѣстамъ и въ позднѣйшихъ сочиненіяхъ этого, годъ тому назадъ скончавшагося автора, были съ его стороны невольной данью его дѣйствительно поэтическому настроенію, которое ему несомнѣнно, на нашъ взглядъ, было присуще очень часто и благодаря которому отчасти его лекціи слушались съ большимъ интересомъ. Съ удовольствіемъ вспоминаю два семестра 1882 г., проведенные въ аудиторіи покойнаго профессора въ Лейпцигѣ. И лекціи, и оживленныя бесѣды съ лекторомъ на дому убѣдили меня какъ въ глубокихъ познаніяхъ самого лектора, такъ и въ томъ, что сильно развитое воображеніе было отличительнымъ свойствомъ этой богато одаренной природы. Естественно сдерживаемое при строгомъ изложеніи юридическихъ опредѣленій поэтическое одушевленіе прорывалось иногда невольно у Кунтце наружу. Тогда онъ давалъ волю своему воображенію, и оно легко выходило за общепринятыя въ науку предѣлы. Это обстоятельство много вредило успѣху сочиненій покойнаго ученаго, особенно внѣ Германіи; а между тѣмъ это былъ несомнѣнно одинъ изъ наиболѣе видныхъ представителей нѣмецкой юриспруденціи второй половины истекающаго столѣтія,—одинъ изъ представителей того поколѣнія нѣмецкихъ ученыхъ, которое ранѣе и прочнѣе прусскихъ солдатъ и крупшовскихъ пушекъ создало истинное величіе Германіи. Пусть извинятъ мнѣ читатели эту дань памяти человѣка, которому я обязанъ и какъ учителю, и какъ радушному хозяину, всегда ласково принимавшему пріѣзжавшихъ въ Лейпцигъ учиться и работать иностранцевъ.

ціями, имѣвшими цѣлью лишь вспомошествованіе историческому развитію права.

Юридическую фикцію вообще Кунтце опредѣляетъ, какъ юридическое принятіе факта въ противорѣчій съ дѣйствительностью. Функция догматической фикции, по его мнѣнію, состоитъ въ томъ, что она представляетъ собою въ системѣ права, такъ сказать спайку или соединительное звено (*systematisches Gelenck*) для чрезвычайныхъ юридическихъ правилъ, т. е., говоря иначе, Кунтце видитъ въ догматическихъ фикціяхъ средство или орудіе для приведенія въ систему правилъ, безъ посредства „принятія противорѣчающаго дѣйствительности факта“, въ эту систему не укладывающихся. Въ остальныхъ же фикціяхъ Кунтце усматриваетъ лишь орудія историческаго развитія права.

Отъ этихъ взглядовъ почтенный ученый не отказался и много позднѣе, изложивъ ихъ сжато и стройно въ своемъ позднѣйшемъ сочиненіи „*Excursus über römisches Recht*“, гдѣ онъ разсуждаетъ такъ: Задача права быть порядкомъ жизни, а жизнь состоитъ изъ дѣйствительныхъ фактовъ и поэтому право имѣетъ собственно дѣло лишь съ фактическими происшествіями, состояніями и отношеніями. Однако право вслѣдствіе того, что оно имѣетъ тенденцію складываться изъ себя самого въ систему, не можетъ всюду и во всякое время вполне поспѣвать за фактическими явленіями. Тогда наступаетъ въ правѣ какъ бы состояніе крайней необходимости, въ которомъ дозвоительно прибѣгать къ чрезвычайнымъ мѣрамъ. Такими мѣрами и являются, по словамъ автора, фикціи и презумціи. „Фикція есть юридическое принятіе факта (положительнаго или отрицательнаго) въ противорѣчій съ дѣйствительностью съ цѣлью создать искусственнымъ путемъ историческое или догматическое основаніе для извѣстныхъ юридическихъ правилъ, которыя требуются съ точки зрѣнія справедливости (*aequitas*) или пользы (*utilitas*), но не могутъ быть обоснованы средствами доселѣ дѣйствующаго права“. „Презумція есть юридическое принятіе факта (положительнаго или отрицательнаго) въ случаѣ сомнѣнія и впредь до доказательства противнаго. Юридическая презумція есть правило объективнаго права, которое указываетъ, что при извѣстныхъ обстоятельствахъ данный фактъ долженъ быть принимаемъ за дѣйствительный, пока не приведено полного доказательства

противнаго. Средину между фикціями и презумціями образуют *praesumptiones juris et de jure* °).

Противъ этихъ взглядовъ, изложенныхъ Кунтце еще въ его чуть-ли не первой болѣе значительной работѣ, высказался австрійскій юристъ Бергеръ ⁷⁾. Этотъ ученый видитъ функцію фикцій не въ принятіи факта, какъ таковаго, въ противность дѣйствительности, а въ принятіи извѣстнаго юридическаго качества для даннаго фактическаго состава, лишеннаго этой квалификаціи °). При этомъ самый фактическій составъ (субстратъ) можетъ потерпѣть измѣненія; возможно, что для достиженія цѣли, которой служитъ фикція, понадобится измѣнить какой либо моментъ фактическаго состава въ противорѣчье съ дѣйствительностью. „Однако, заключаетъ Бергеръ, модификація фактическаго состава есть только побочное послѣдствіе фикціи, а не главная ея цѣль ⁹⁾“.

Замѣтить надо, что, подобно Людену и Кунтце, Бергеръ приводитъ понятія фикцій и презумцій въ тѣсную связь, хотя и расходится въ самомъ опредѣленіи этихъ понятій. Путь, которымъ онъ устанавливаетъ оба эти понятія, очень оригиналенъ. Прежде всего, онъ справедливо замѣчаетъ, что напрасно относить ученіе о фикціяхъ и презумціяхъ въ область процессуальнаго права и что мѣсто этого ученія въ матеріальномъ правѣ и именно въ ученіи о законѣ.

Фикціи, презумціи и диспозиціи исчерпываютъ, по мнѣнію Бергера, всѣ возможныя формы законовъ. Всякій законъ, по правилу, связываетъ съ опредѣленнымъ фактическимъ предположеніемъ (*Voraussetzung*), которое можно назвать фактическимъ составомъ закона, правовое распоряженіе, правило права. Въ этомъ состоитъ существенное свойство, нормальная функція законовъ. Юридическія опредѣленія, называемыя презумціями и фикціями, составляютъ исключенія изъ этого пра-

°) *Kuntze*, *Excursus über römisches Recht*, 2 Aufl. 1880. S. 460, 461.

⁷⁾ *Berger*, *Kritische Beiträge zur Theorie des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. Wien, 1856 VII. S. 67—95.

⁸⁾ *Berger*, S. 81.: «Ueberall also ist der wesentliche Kern der Fiction nicht in der Annahme einer der Wirklichkeit widersprechenden Thatsache, sondern vielmehr nur in der Ideirung einer juristischen Qualität für ein Thatsächliches Substrat zu finden, dem eine juristische Qualität nicht zukommt».

⁹⁾ *Ibid.*

вила. При презумціи исключеніе это состоитъ въ томъ, что съ извѣстнымъ фактическимъ составомъ законъ связываетъ не регулирующее его правило, не юридическую норму, а предписание, гласящее, что изъ наличности этого состава должно слѣдовать принятіе существованія другого факта, причемъ такой выводъ можетъ быть сдѣланъ на основаніи закона причинности путемъ аналогіи или индукціи. Презумція поэтому есть, по опредѣленію Бергера, закономъ установленное, подъ условіемъ бытія опредѣленнаго факта, принятіе существованія другого факта (по основаніямъ вѣроятности). Фикція, по словамъ Бергера, также имѣетъ извѣстный фактической субстратъ; но она не имѣетъ никакого дѣла съ выводомъ изъ наличнаго фактическаго состава другого факта на основаніи вѣроятности, а также и не выражаетъ правовой нормы для фактическаго состава, а устанавливаетъ для извѣстнаго фактическаго субстрата юридическое значеніе, которое само по себѣ этому субстрату совершенно не подходитъ¹⁹⁾.

Справедливо вполнѣ было указано однимъ изъ критиковъ Бергера, что этимъ его разсужденіямъ не достаеетъ фундамента, т. е. имъ не предшествовало ни изученіе исторической роли фикцій, ни даже изслѣдованіе опредѣляемыхъ имъ явленій по положительнымъ законодательствамъ. Его сужденія основаны на однихъ чисто логическихъ операціяхъ. Отсюда неправильное представленіе о презумціи, какъ о заключеніи, основанномъ на вѣроятности; отсюда же неправильный взглядъ на презумціи и фикціи, какъ на исключенія изъ нормальнаго содержанія законовъ и совершенно ошибочное тройное дѣленіе законовъ: на презумціи, диспозиціи (юридическія предписанія въ собственномъ смыслѣ) и фикціи. Несомнѣнно, что всякій законъ придаетъ фактамъ юридическое качество и юридическія опредѣленія, содержащія презумціи или фикціи, не составляютъ въ этомъ отношеніи исключенія. Опредѣленіе закона, что при совмѣстной гибели отца и дѣтей совершеннолѣтнія дѣти считаются пережившими отца, а несовершеннолѣтнія—умершими раньше его, есть также юридическая норма, связанная съ извѣстнымъ фактическимъ составомъ и регулирующая его, какъ и всякая другая норма. Если отъ другихъ

¹⁹⁾ Ibid.

нормъ презумціа отличается содержаніемъ, то по содержанію всѣ нормы отличаются одна отъ другой. Чтоже касается даваемого Бергеромъ опредѣленія фикцій, то въ немъ представляется неяснымъ выраженіе, что „законъ придаетъ фактическому субстрату юридическое качество, которое само по себѣ ему не принадлежитъ“. Пока законъ не придаетъ факту юридической квалификаціи, она сама собой принадлежать ему не можетъ и съ этой точки зрѣнія подъ Бергеровское опредѣленіе фикцій подошелъ бы всякій законъ.

Мы не станемъ останавливаться здѣсь на дальнѣйшемъ изложеніи мыслей Бергера, предоставивъ себѣ изложить и разобрать ихъ подробнѣе въ слѣдующихъ частяхъ нашей работы, когда для правильной оцѣнки этихъ мыслей мы будемъ имѣть въ рукахъ болѣе данныхъ. Замѣтимъ только, что многое изъ того, что высказано Бергеромъ, намъ кажется заслуживающимъ вниманія. Такъ безспорно правильно то заявленіе Бергера, что ученіе о фикціяхъ и презумціяхъ должно быть относимо въ область не процессуальнаго, а матеріальнаго права; равнымъ образомъ намъ кажется вполнѣ основательнымъ такъ часто оспариваемое и признаваемое неправильнымъ стремленіе Бергера понять фикціи и презумціи, какъ явленія родственныя и рассмотреть ихъ, какъ таковыя, совмѣстно.

Двумя годами позже сейчасъ указаннаго сочиненія Бергера появился трудъ Демеліуса,¹¹⁾ представляющій собою единственную специальную монографію о юридическихъ фикціяхъ въ нѣмецкой литературѣ послѣдней половины этого столѣтія.

Демеліусъ приписываетъ появленіе въ римскомъ правѣ юридическихъ фикцій вліянію жрецовъ, которые ранѣе въ сферѣ религиозно-обрядовой создали правило: „In sacris simulata pro veris accipiuntur“¹²⁾, а потомъ перенесли это правило въ область права, причѣмъ соединительнымъ звеномъ, такъ

¹¹⁾ Demelius, Die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. 1858.

¹²⁾ Это правило Демеліусъ находитъ выраженнымъ у комментатора Виргилія Сервія, Serv. ad Aen. II, 116. «Virgine caesa non vere, sed ut videbatur; et sciendum in sacris simulata pro veris accipi»... IV, 512. «in sacris ut diximus, quae exhiberi non poterant, simulabantur et erant pro veris».

сказать, являлась, по мнѣнію Демеліуса, фикція усыновленія¹³⁾. Сообразно этому сущность фикцій вообще и въ частности фикцій юридическихъ, по мнѣнію Демеліуса, состоитъ въ уподобленіи, или, вѣрнѣе, въ приравниваніи того, что фактически существуетъ, къ тому, чего въ дѣйствительности нѣтъ на лицѣ въ данномъ случаѣ, но что бываетъ и юридически нормировано уже ранѣе. Вымысла, по взгляду Демеліуса, нѣтъ ни при религіозно-обрядовыхъ фикціяхъ, въ которыхъ мы видимъ симуляцію жертвы, ни въ фикціяхъ юридическихъ¹⁴⁾. Жрецы вовсе не стремились къ тому, чтобы восковая или пряничная фигура животного, приносявшаяся богамъ въ жертву, принималась за настоящее жертвенное животное; подобно тому и въ юридическихъ фикціяхъ рѣчь идетъ не о томъ, чтобы дать несуществующему факту дѣйствительное или юридически вымышленное бытіе¹⁵⁾. „Все формы проявленія фиктивной мысли въ римскомъ правѣ, говоритъ цитируемый авторъ, могутъ быть характеризуемы, какъ нормы права, посредствомъ которыхъ фактическое отношеніе при помощи приравниванія его къ другимъ, юридически нормированнымъ, обращается въ юридическое отношеніе и приравнивается въ своей юридической природѣ и въ дѣйствіи (т. е. въ послѣдствіяхъ) своему образцу и обозначается, какъ подобное“¹⁶⁾. Но при этомъ надо различать, по указанію Демеліуса, фикціи въ римскихъ законахъ (*leges*) и исковыхъ формулахъ, облекавшіяся въ опредѣленную форму выраженія (въ законахъ: „*siremps*“, „*perinde habetur ac si*“; а въ формулахъ: „*si—esset*“, „*tum si—oportet*“) и фикціи въ императорскихъ указахъ и сочиненіяхъ юристовъ, которыя могутъ быть открываемы и указываемы лишь путемъ толкованія¹⁷⁾, вслѣдствіе чего нынѣ каждый разъ тамъ, гдѣ находятъ фикцію, идетъ непременно споръ о ея существованіи или несуществованіи¹⁸⁾.

¹³⁾ *Demelius*, op. cit. § 4, S. 25 folg.

¹⁴⁾ *Ibid.* § 5, S. 37—38.

¹⁵⁾ *Ibid.* S. 39.

¹⁶⁾ *Ibid.* S. 75 и 76.

¹⁷⁾ *Ibid.* S. 76.

¹⁸⁾ *Ibid.* S. 78.

Демеліусъ горячо возстаеъ противъ примѣненія фикціи, какъ средства юридической конструціи, чѣмъ до того сильно злоупотребляли нѣмецкіе юристы ¹⁹⁾. Въ этомъ неоспоримая заслуга его сочиненія. Далѣе однако Демеліусъ оказывается непослѣдовательнымъ.

Присоединяясь съ одной стороны къ мнѣнію Кэппена и Виндшейда, что фикціи не могутъ быть ничѣмъ инымъ, какъ техническимъ выраженіемъ для положительныхъ предписаній права ²⁰⁾ и стремясь доказать, что уже въ римскихъ законахъ и исковыхъ формулахъ фикціи сдѣлались лишь средствомъ юридической терминологіи и что въ настоящее время тѣмъ болѣе нѣтъ надобности повторять приемы жрецовъ и авгуровъ для спасенія нашей юридической догмы ²¹⁾, въ то же время Демеліусъ заявляетъ, что вовсе не думаетъ отказывать фикціямъ въ очень большемъ значеніи и отрицать нужду въ употребленіи фикцій даже для современной науки ²²⁾. На эту непослѣдовательность не разъ позднѣе указывали какъ противники, такъ и защитники юридическихъ фикцій.

Время появленія этой монографіи Демеліуса можно считать поворотнымъ пунктомъ въ исторіи отношенія германской юриспруденціи къ фикціямъ. До этого времени юристы охотно прибѣгали къ помощи вымысла и охотно отыскивали фикціи въ источникахъ; причемъ съ другой стороны каждая найденная кѣмъ-либо въ источникахъ фикція оспаривалась другими юристами. Достаточно припомнить читателямъ въ этомъ отношеніи хотя бы безконечные споры о фикціи личности въ лежачемъ наслѣдствѣ или вспомнить фикцію порученія при *negotiorum gestio*, фикцію исполненія договора въ случаѣ, когда послѣднее сдѣлалось невозможнымъ безъ вины лица обязаннаго и т. д., и т. п. Демеліусъ съ полнымъ правомъ могъ сказать, что „очень мало оставалось такого, что не должно-бы было вымышляться“. Юристы какъ будто соперничали между собою въ отысканіи и созданіи новыхъ фикцій ²³⁾.

¹⁹⁾ Ibid. S. 79.

²⁰⁾ Ibid. S. 80.

²¹⁾ Ibid. S. 81.

²²⁾ Ibid. S. 81 и 82.

²³⁾ Ibid. S. 73. Anm. 7.

Около времени выхода книги Демелиуса как-то разом оканчивается та пора, когда „волшебное слово *fingirt* служило юристамъ паспортомъ для выхода за предѣлы всѣхъ правилъ здраваго разсудка“, и начинается въ наукѣ все усиливающееся стремленіе къ устраненію излишнихъ вымысловъ и даже къ окончательному изгнанію фикцій изъ области права. Бринцъ еще до выхода монографіи Демелиуса, въ предисловіи къ первому изданію своихъ Пандектъ заявилъ, что въ ученіи о лицахъ онъ не говоритъ о лицахъ юридическихъ на такомъ-же основаніи, на какомъ естественная исторія не причисляетъ огородное пугало къ людямъ, хотя оно также должно изображать собою лице²⁴⁾. Демелиусъ поспѣшилъ согласиться съ этимъ заявленіемъ и, оспаривая слова Кунтце, что „фикціи суть соединительныя колѣна для приведенія въ систему исключительныхъ правилъ“, заявилъ, что Бринцъ сломалъ одно такое колѣно, вычеркнувъ изъ ряда лицъ юридическое лицо, какъ „огородное пугало“. Юридическое лицо нашло, однако, скоро своихъ защитниковъ²⁵⁾; за и противъ „огороднаго пугала“ было поломано не мало копій, вѣрнѣе, иступлено перьевъ и пролито чернилъ. За юридическимъ лицомъ настала очередь другихъ догматическихъ фикцій. Въ два десятилѣтія учебники римскаго права освободились отъ тѣхъ изъ нихъ, которыя были только произвольными измышленіями ихъ изобрѣтателей. Въ желаніи изгнать изъ системы права все несоотвѣтствующее дѣйствительности и придать юридической наукѣ исключительно реальное, такъ сказать, содержаніе зашли такъ далеко, что, не удовольствовавшись вычеркиваніемъ отдѣльныхъ фикцій (юридическаго лица, лежачаго наслѣдства, усновленія и т. п.), стали требовать устраненія всѣхъ вымысловъ изъ области права. Раскрытіе и указаніе Іерингомъ причинъ появленія фикцій въ римскомъ правѣ (причемъ, какъ извѣстно, онъ разошелся съ Демелиусомъ во мнѣніи относительно ихъ происхожденія и исторической роли) скорѣе дало толчекъ къ тому, чтобы признать за ними лишь одно историческое значеніе; хотя самъ Іерингъ не отрицалъ еще совершенно не-

²⁴⁾ *Brinz*, Pandecten. I Aufl. 1857. Vorrede. S. XI.

²⁵⁾ *Demelius*, Op. cit. S. 85. Смотри также рецензію Аридтса на это сочиненіе въ *Kritische Vierteljahrsschrift*, Bd. I 1859. S. 93—104.

обходимости ихъ и для современнаго права. Сравненіе фикцій съ влюшками, на которыя вынуждена опираться не умѣющая еще ходить на собственныхъ ногахъ наука, должно было вызвать естественно желаніе скорѣе стать на свои ноги и показать всеѣмъ, что влюшки уже излишни.

Это, начавшееся въ области матеріальнаго права, движеніе довольно долго не касалось науки гражданскаго процесса, гдѣ фикціи продолжали еще имѣть широкое примѣненіе. Энергическимъ противникомъ примѣненія ихъ здѣсь выступилъ извѣстный процессуалистъ Бюловъ, напечатавшій въ 1879 г. обратившую на себя общее вниманіе въ средѣ нѣмецкихъ юристовъ статью подъ заглавіемъ: „Civilprocessualische Fictiionen und Wahrheiten“²⁶⁾. Принимая указанное Демелиусомъ объясненіе происхожденія фикцій и, по странному недоразумѣнію, объединяя мнѣніе послѣдняго съ мнѣніемъ Теринга, не забывъ усмѣхнуться по поводу „иллюзіи относительно демонической власти фикцій“, Бюловъ, однако, смѣшить признать, что фикція, т. е. привлеченіе на помощь воображенія и принятіе того, что не случилось, за случившееся, не существующаго за существующее, можетъ быть удобнымъ орудіемъ въ рукахъ законодателя, давая послѣдному возможность посредствомъ краткаго указанія распространять связанныя съ извѣстнымъ фактическимъ составомъ правовыя послѣдствія также и на другой фактическій составъ, избавляя его при этомъ отъ труда повторять все предписанія, изданныя и образовавшіяся для перваго²⁷⁾. И не только законодателю фикція облегчаетъ и упрощаетъ его задачу, она, по словамъ Бюлова, полезна и судѣ, такъ какъ сведенный, благодаря ей, къ меньшему объѣму сборникъ законовъ легче обозрѣть, и такъ какъ фикція облегчаетъ для судьи переходъ отъ извѣстнаго къ неизвѣстному. „Она, какъ всякая притча, какъ каждая, хотя бы даже грубая, спекуляція на свойственную челоуѣку силу воображенія, имѣетъ свойство закрѣплять впечатлѣнія отвлеченныхъ сообщеній и возвышать живость представленія. Законодательству фикція служитъ, какъ аппаратъ для упрощенія и поясненія“ — (Vereinfachungs und Veranschaulichungsap-

²⁶⁾ Bülow, Civilprocessualische Fictiionen und Wahrheiten. Arch. für die Civ. Praxis. Bd. 62. 1879. S. 1—96.

²⁷⁾ Ibid. S. 4 п 5.

parat). Но такое значеніе фикція имѣеть лишь для законодательства, а не для науки. Для послѣдней каждая фикція, по словамъ Бюлова, является явнымъ напоминаніемъ необходимости открыть и обосновать истинное фактическое и юридическое отношеніе, которое сокрыто призракомъ неправды. Каждая фикція есть неразрѣшенная проблема и сама представляется, какъ таковая. „Короче“, говоритъ Бюловъ, „имѣеть смыслъ и полезно, когда законъ или подобный закону органъ выставляетъ фикціи. Научная-же или такъ называемая догматическая фикція есть *contradictio in adjecto*, самообманъ, даже банкротство науки“²⁸⁾!

Указавъ затѣмъ на начавшуюся по почину Бринца и успѣшно идущую работу очищенія отъ фикцій науки гражданского права, Бюловъ предпринимаетъ такую-же работу для науки гражданского процесса, гдѣ дѣйствительно въ этомъ представлялась надобность. Ниже мы будемъ имѣть случай познакомиться съ результатами этой работы Бюлова и съ вызванными ею возраженіями²⁹⁾, здѣсь-же насъ интересуееть лишь общій взглядъ автора на сущность юридическихъ фикцій и ихъ значеніе въ правѣ. Спрашивается, какъ примирить признаніе не только возможности, но даже полезности фикцій въ законодательствѣ съ полнымъ изгнаніемъ ихъ изъ науки права? Вѣдь наука должна-же передать содержаніе юридическихъ опредѣленій, заключающихъ фикціи?

На этотъ вопросъ Бюловъ не даетъ отвѣта. Онъ только горячо старается, во 1-хъ, снять съ законодателя обвиненіе въ томъ что, допуская фикціи въ законѣ, онъ вноситъ ихъ этимъ самымъ и въ юриспруденцію, а во 2-хъ, стремится доказать, что достоинство законодательства не страдаетъ оттого, что законодатель прибѣгаетъ иногда къ этому приему³⁰⁾, такъ какъ

²⁸⁾ Ibid. S. 6 и 7.

²⁹⁾ Мысли Бюлова объ изгнаніи фикцій изъ науки гражданского процесса встрѣтили нѣкоторые возраженія со стороны Леонгардта и Ваха.

³⁰⁾ Ibid. S. 7: «Конечно, законодатель, который стремится помочь себѣ при помощи вымысла, неповиненъ въ томъ, что наука позволяетъ себѣ обманываться этимъ и соблазняться на то, чтобы *выдуманное* принимать на вѣру и вѣрность, какъ ибчто дѣйствительное, въ юридическомъ смыслѣ существующее. Онъ столь-же въ этомъ неповиненъ, какъ авторъ драматиче-

онъ при этомъ даетъ-де всегда ясно понять, что то, что онъ вымышляетъ и что судья долженъ себѣ представить, какъ существующее на самомъ дѣлѣ, не вѣрно, не истинно, и законодатель далекъ отъ намѣренія заставить кого-либо въ дѣйствительности вѣрить тому, напр., что молчавшій говорилъ, а отсутствующій присутствуетъ³¹⁾. На этомъ основаніи Буловъ отказывается согласиться съ Иерингомъ, опредѣляющимъ фикцію, какъ вынужденную техническую ложь³²⁾.

Итакъ, законодатель, по мнѣнію Булова, даже хорошо поступаетъ иногда, выставляя фикціи въ интересахъ упрощенія и уясненія; но юриспруденціи повторять этотъ вымыселъ не позволительно. „Кто обращаетъ законодательную фикцію въ научную и думаетъ, что законно выдуманное держится въ области права, какъ истинное и существующее, тотъ приписываетъ законодателю власть и нелѣпное намѣреніе дѣлать неслучившееся случившимся и несуществующее существующимъ“³³⁾. И по мнѣнію Булова, подобную нелѣпность часто позволяла себѣ наука, которая съ слишкомъ большимъ довѣріемъ и готовностью усвоила будто-бы себѣ безчисленныя фикціи не въ смыслѣ простого повторенія закономъ употребляемыхъ оборотовъ рѣчи и не въ смыслѣ средства, употребляемаго съ дидактическою цѣлью, а въ убѣжденіи понять при ихъ помощи истину и имѣть возможность объявить и доказать, что факты несуществующіе все-таки въ области права существуютъ. И затѣмъ авторъ, конечно, жалуется, что такое отношеніе науки къ законодательнымъ фикціямъ, т. е. обращеніе послѣднихъ въ догматическія, окутало такимъ густымъ туманомъ многія юридическія истины, что не разъ приходилось „отыскивать послѣднія чутьемъ по

скаго произведенія или актеръ неповиненъ въ томъ, если кому-либо придетъ въ голову вообразить, что представляемая на сценѣ историческія событія происходятъ передъ нимъ въ дѣйствительности! Очевидно, что авторъ неповиненъ будетъ въ томъ, если кому-нибудь вздумается принять все это его разсужденіе за серьезное доказательство; но зато и юриспруденція не виновата въ томъ, что автору вздумалось приписать ей такое странное поведеніе, какое онъ ей приписываетъ.

³¹⁾ Ibid. S. 8.

³²⁾ Ibid. S. 8. Anm. 7.

³³⁾ Ibid. S. 9.

слѣдамъ“. Одну только заслугу признаетъ онъ за догматической фикціей, что она необыкновенно облегчаетъ ученымъ придумываніе значительныхъ по объему юридическихъ темъ ³⁴⁾. Эти мысли Бюлова въ связи съ его основательной попыткой очистить общій гражданскій процессъ въ Германіи отъ накопившихся въ немъ излишнихъ фикцій были встрѣчены благосклонно въ нѣмецкой литературѣ. Извѣстный юристъ, профессоръ Kohler поспѣшилъ заявить о своемъ согласіи съ мнѣніемъ Бюлова относительно полной ненужности догматическихъ фикцій ³⁵⁾. „Золотое время фикцій миновало“, писалъ этотъ ученый. „Отъ того времени, когда послѣдствія деликта сводили то къ дѣйствительной, то къ мнимой волѣ участниковъ его, когда утверждали, что преступникъ, если не въ дѣйствительности, то фиктивно *согласенъ* на примѣненіе къ нему наказанія, наука ушла далеко. Послѣдней областью, гдѣ продолжалъ въ майской красѣ разрастаться Ивановъ цвѣтъ фикцій, оставалась область науки гражданского процесса; но Бюловъ изгналъ фикцію и изъ этой области“. Этой указываемой Kohler'омъ заслуги Бюлова мы не станемъ отрицать ³⁶⁾; но вообще нападки Бюлова на догматическія фикціи намъ не представляются удачными. Нѣсколько разъ читали мы и перечитывали цитированныя сейчасъ страницы статьи Бюлова и, признаюсь, только удивлялись, какъ можно было увидѣть въ нихъ то, что нѣкоторые увидѣли, а именно — доказательство необходимости изгнанія фикцій изъ юриспруденціи. Всѣ приведенныя разсужденія Бюлова, напротивъ, остаются недоказанными сначала и до конца. Во 1-хъ, ничѣмъ не подтверждается заявленіе автора, что законодатель вводитъ фикціи лишь какъ аппаратъ для упрощенія и уясненія. Возможны случаи, когда фикція допускается законодателемъ совершенно съ иною цѣлью, безъ всякаго намѣренія упрощать, а, напротивъ, съ намѣреніемъ утвердить въ умахъ извѣстную идею, воспитать извѣстное чувство (напр., чувство солидарности и

³⁴⁾ Ibid. S. 10.

³⁵⁾ См. рецензію этого автора на указанную статью Бюлова въ Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. XXII. 1885. S. 355 folg.

³⁶⁾ См. выше прим. 29.

крѣпкой связи между членами корпораціи, чувство уваженія къ извѣстному учрежденію). Что такое, напр., честь полка и награда полку? Развѣ это говорится только для упрощенія пониманія? Монастырю или городу жалуются извѣстныя угодья. Развѣ только для упрощенія пониманія въ жалованной грамотѣ пишется, что угодья эти отводятся въ собственность обители или города? Но, положимъ, мы согласимся, что фикціи суть дѣйствительно только аппаратъ для уясненія и упрощенія; тогда остается непонятнымъ, почему наука не можетъ воспользоваться этимъ аппаратомъ для своихъ цѣлей? У Бюлова сложилось какое-то странное представленіе, что законодатель, вводя фикцію, открыто признаетъ, что принятое имъ не соответствуетъ *истинѣ*, дѣйствительности; а наука, принимая эту-же фикцію, непремѣнно будто бы скрываетъ это несоответствіе и старается всѣхъ увѣрить, что вымышленное истинно. Разумѣется, толкуя предписаніе законодателя, вводящаго или признающаго фикцію, юристъ можетъ увлечься и пойти далѣе той цѣли, которую имѣлъ въ виду законодатель, принимая фикцію; но отъ подобныхъ увлеченій и ошибокъ не гарантированъ и самъ законодатель, напр. при аутентическомъ толкованіи закона, а равно при изданіи новыхъ законовъ и распоряженій, въ которыхъ ему приходится оперировать съ ранѣе установленной фикціей³⁷⁾.

Разъ составлено и принято извѣстное фиктивное представленіе, человѣческому уму свойственно идти протореннымъ путемъ и примѣнять это представленіе вообще въ своихъ сужденіяхъ, замѣняя имъ дѣйствительность. Это и есть главная опасность, представляемая фикціями вообще. Онѣ легко овладѣваютъ умами и могутъ иногда заставить людей приходиться къ нелѣпнымъ выводамъ и нелѣпнымъ поступкамъ³⁸⁾. Замѣча-

³⁷⁾ Запрещеніе въ Византійскомъ правѣ браковъ въ духовномъ родствѣ и въ родствѣ по усыновленію до тѣхъ-же степеней, какъ и въ кровномъ родствѣ, можетъ быть приведено въ примѣръ подобнаго увлеченія законодателя фикціей. *Бердниковъ*, Краткій курсъ церковнаго права. 1888. Стр. 78—80.

³⁸⁾ Эта опасность особенно велика, конечно, въ обществахъ варварскихъ; но и цивилизованные народы не гарантированы отъ нея. Съ другой стороны, самая привычка часто прибѣгать къ приему фикцій въ области права можетъ повести къ нежелательнымъ послѣдствіямъ.

ніе Бюлова, что „фантазія, издѣваясь, мститъ праву за ту игру, которую оно позволяетъ себѣ съ ней“, совершенно вѣрно³⁹). Но оно относится одинаково какъ къ наукѣ права, такъ и къ законодательству. Стало быть, если ужъ изгонять фикціи въ виду представляемой ими опасности для права, то надо изгонять ихъ не только изъ науки, но и изъ кодексовъ. Это было-бы по крайней мѣрѣ послѣдовательно. Такъ и поступилъ, между прочимъ, за долго до Бюлова Мейеръ, который именно доказывалъ, что фикціи въ законодательствѣ суть явленіе случайное, вызванное формализмомъ древняго римскаго права, что въ настоящее время законодателю нѣтъ надобности прибѣгать къ нимъ, т. к. онѣ стали излишни и могутъ быть вредны, какъ вторженіе въ чуждую увлеченій область права нежданнаго и незваннаго здѣсь, по мнѣнію Мейера, гостя—воображенія. Мнѣніе русскаго ученаго до извѣстной степени обосновано, и онъ старается доказать его, указывая на примѣрахъ, что тамъ, гдѣ римское право (не только наука) прибѣгло къ фикціямъ, можно достигнуть той-же цѣли (т. е., по мнѣнію Мейера, простаго распространенія правила съ одного предмета на другой) безъ всякаго вымысла. Съ Мейеромъ можно не согласиться, можно доказывать, что онъ неправильно понимаетъ происхожденіе, сущность и цѣль отрицаемаго имъ приѣма фикцій; но нельзя ни отказать ему въ послѣдовательности, ни обвинить его въ бездоказательности мнѣній. Про Бюлова, какъ видитъ читатель, приходится сказать иное⁴⁰).

³⁹) Бюловъ не замѣчаетъ, что этимъ своимъ заявленіемъ онъ лишь подтверждаетъ много просмѣянное, нѣсколько, м. б., напыщенное, но въ сущности выражающее вѣрную мысль заявленіе Кунтце о демоническомъ господствѣ фикцій.

⁴⁰) Вотъ почему мы считаемъ долгомъ указать на нѣкоторое, на нашъ взглядъ, недоразумѣніе, вкравшееся въ приложенный г. Гольмстенюмъ къ вышеупомянутому имъ 6-му изданію «Русскаго Гражданскаго права» Мейера очеркъ жизни и дѣятельности этого ученаго. Говори о сочиненіи Мейера «0 юридическихъ вымыслахъ и предположеніяхъ» и справедливо указавъ, что оно прошло въ свое время у насъ незамѣченнымъ, г. Гольмстенъ пишетъ: «То, что Мейеръ высказалъ въ началѣ пятидесятихъ годовъ въ далекой Казани, черезъ тридцать лѣтъ снова открыто на Западѣ; напр., взглядъ его на фик-

Но, разумѣется, движеніе въ пользу изгнанія фикцій въ нѣмецкой юридической наукѣ не остановилось на подобныхъ мало доказательныхъ заявленіяхъ о необходимости изгнанія фикціи изъ науки, удерживая её въ законодательствѣ. За и противъ фикцій продолжаютъ писать доселѣ и все еще не условились, что надо понимать подъ фикціей. Такъ недавно сравнительно было заявлено, что „фикція есть ничто иное, какъ расширение одного правила права на факты, къ которымъ оно первоначально не имѣло примѣненія; подведеніе различныхъ фактовъ подъ ту-же норму права, или уравненіе различныхъ фактовъ въ правовомъ отношеніи“. Это заявленіе Гольдшмидта ⁴¹⁾, напоминаетъ выше приведенное опредѣленіе Демелиуса и совпадаетъ съ взглядомъ покойнаго Д. И. Мейера, который писалъ: „Въ случаяхъ вымысла, представляющихся въ источникахъ римскаго права, мы усматриваемъ лишь обобщеніе извѣстнаго правила, распространеніе его отъ одного предмета на другой“ ⁴²⁾. Изъ этого слѣдуетъ, что въ случаяхъ, когда говорятъ о примѣненіи фикцій, на самомъ дѣлѣ ничего не вымыслается. Это и заявляютъ, какъ Демелиусъ, который прямо говоритъ, что въ юридическихъ фикціяхъ нѣтъ вымысла ⁴³⁾, такъ и Мейеръ, который послѣ сейчасъ приведенныхъ словъ дальше пишетъ: „Какъ ни различны, можетъ быть, эти предметы между собою, но оказывается, что нѣкоторыя черты въ нихъ общія, и именно тѣ, которыя собственно имѣетъ въ виду относящееся первоначально къ одному предмету юридическое опредѣленіе; поэтому, встрѣчая ихъ-же и въ другомъ предметѣ, оно и его себѣ подчиняетъ. Итакъ въ отношеніи къ данному правилу

цію всецѣло приписывается Бюлову». Приписывать можно, пожалуй, всякому, что вздумается; но несомнѣнно, что взглядъ Мейера на фикцію совершенно чуждъ Бюлову и что между мнѣніями обоихъ авторовъ слишкомъ мало общаго. Ср. *Мейеръ*, О юридическихъ вымыслахъ и пр. стр. 7—10 и 30 съ приведенными выше взглядами Бюлова.

⁴¹⁾ *Goldschmidt*, Kritische Beleuchtung der Uebergriffe der historischen Schule und der Philosophie in der Rechtswissenschaft. 1886. S. 31.

⁴²⁾ Мейеръ, стр. 5.

⁴³⁾ *Demelius*, Die Rechtsfiction, стр. 39.

оба предмета дѣйствительно однородны и не требуется вымысла, чтобы представить ихъ таковыми“⁴⁴⁾.

Къ вымыслу, какъ мы видѣли, по мнѣнію Мейера, власть законодательная вынуждена была прибѣгать въ римскомъ правѣ лишь для примиренія формализма съ требованіями дѣйствительной жизни. Но если отрицать самое примѣненіе вымысла въ тѣхъ случаяхъ, когда говорятъ о юридическихъ фикціяхъ, то не только нѣтъ надобности, но и нельзя уже больше говорить о послѣднихъ. Понимать сущность явленій, гдѣ примѣняются фикціи, такъ какъ понимаютъ ее Мейеръ, Гольдшмидтъ или Демеліусъ—это значитъ, если не вовсе отрицать примѣненіе здѣсь фикцій, какъ дѣлаетъ это Мейеръ, то сознательно или бессознательно ставить на мѣсто фикцій что-то другое и прилагать къ этому другому чуждое ему въ сущности названіе фикцій. Это и случилось съ Гольдшмидтомъ и Демеліусомъ. Оба эти автора не замѣчаютъ, что въ своемъ опредѣленіи юридическихъ фикцій они имѣютъ въ виду вовсе не случаи примѣненія ихъ, а тѣ случаи, когда законъ прибѣгаетъ къ приравниванію или уподобленію и создаетъ по образцу одного готоваго уже юридическаго понятія другое аналогичное. Римскому праву этотъ приемъ былъ хорошо извѣстенъ и въ немъ онъ выражался обыкновенно словомъ—*quasi*. Съ фикціей, т. е. представленіемъ несуществующаго существующимъ или наоборотъ, этотъ приемъ не имѣетъ ничего общаго по существу, такъ какъ при примѣненіи его дѣйствительно ничего не вымышляется; но этотъ приемъ во многихъ случаяхъ можетъ служить той-же цѣли, для достиженія которой иногда прибѣгаютъ и къ фикціи.

Пояснимъ это примѣрами.

Для того, чтобы усыновленный обсуждался въ правѣ, какъ сынъ усыновителя возможны два пути: первый состоитъ въ томъ, что актъ усыновленія вымышленно считаютъ за актъ рожденія, стараясь возможно ближе подражать природѣ; а второй—въ томъ, что, не вымышляя родства между усыновителемъ и усыновленнымъ, обсуждаютъ послѣдняго по отношенію къ его правамъ въ извѣстныхъ случаяхъ одинаково съ сыномъ закон-

⁴⁴⁾ Мейеръ, стр. 6. Ср. *Thering*, *Geist*. III. I. S. 310, гдѣ этотъ послѣдній авторъ указываетъ, что уже классическая римская юриспруденція прибѣгала вмѣсто фикцій къ аналогіи.

нымъ. Древне-римское право знало первый путь; юстиниановское перешло уже ко второму; а византийское законодательство съ введеніемъ церковнаго усновленія вернулось опять къ первому.

Другой примѣръ: Чтобы обосновать отвѣтственность negotiorum gestor'a за веденіе дѣлъ отсутствующаго можно было или вымыслить, что онъ состоитъ повѣреннымъ отсутствующаго, или-же, не прибѣгая къ этому вымыслу, признать отношеніе въ данномъ случаѣ однороднымъ, хотя и не тождественнымъ съ отношеніемъ, вытекающимъ изъ договора довѣренности. Этимъ послѣднимъ путемъ создались въ римскомъ правѣ не только quasi-контракты и quasi-деликты, но и многіе иски съ эпитетомъ—quasi. Такъ какъ созданіе фикцій и образованіе quasi—понятія могли иногда вести къ одной и той-же цѣли, то ихъ нерѣдко, понятно, смѣшивали, или, вѣрнѣе, часто юристы не давали себѣ труда различать точно, который изъ данныхъ приемовъ примѣненъ въ извѣстномъ случаѣ правосоздающимъ органомъ. Замѣченная возможность употребленія вмѣсто фикціи другаго приема для достиженія той-же цѣли и даетъ нынѣ основаніе утверждать, что приемъ фикціи совершенно излишенъ и можетъ быть съ успѣхомъ замѣненъ. Мейеръ первый, какъ мы уже знаемъ, указалъ на возможность обойтись безъ помощи вымысловъ, а слѣдовательно, и на ненадобность ихъ въ правѣ. Демеліусъ и особенно Гольдшмидтъ самую фикцію поняли такъ, что видать сущность ея въ примѣненіи quasi—понятія. Наконецъ, Валлашекъ, указывая на это смѣшеніе Гольдшмидтомъ фикціи и quasi—понятія и на отличительные признаки обоихъ этихъ приемовъ, подобно Мейеру, прямо говорить, что приемъ фикціи излишенъ и что фикція всюду можетъ быть замѣнена quasi—понятіемъ. Въ доказательство возможности такой замѣны Валлашекъ приводитъ нѣсколько примѣровъ. Такъ Австрійскій гражданскій кодексъ 1811 въ ст. 293 опредѣляетъ, что вещи сами по себѣ движимыя будутъ въ юридическомъ смыслѣ считаться за недвижимыя, если онѣ въ силу закона или опредѣленія собственника составляютъ привадежность недвижимой вещи. Позднѣйшіе законы присоединили сюда передвижныя судовыя мельницы, палатки на базарахъ и паи въ горно-заводскомъ дѣлѣ (Кухе). Во всѣхъ этихъ случаяхъ законъ вводитъ фикцію, въ которой совершенно нѣтъ нужды.

Вмѣсто того, чтобы вымышлять для поименованныхъ вещей свойство недвижимости, можно было только обсуждать ихъ, какъ недвижимыя. На этомъ примѣрѣ авторъ выясняетъ самую сущность фикціи и quasi—понятія. „Фикція“, говорить онъ, во всякомъ случаѣ не имѣетъ силы преобразовывать фактическія отношенія. Эту силу имѣютъ всегда только факты; но она дѣлаетъ такъ, какъ будто-бы ей такая сила принадлежала. Quasi—понятіе основываетъ одинаковое обсужденіе различныхъ случаевъ и различное одинаковыхъ на суверенитетѣ законодательства; фикція-же полагаетъ, что такое обсужденіе должно всегда выводить прежде всего изъ фактическихъ обстоятельствъ и вымышляетъ поэтому то, что она желаетъ имѣть, но не находитъ въ области фактовъ“. Но именно изъ этого, по мнѣнію цитируемаго автора, ясно видно, какъ бесполезно прибѣгать къ помощи фикцій: фикція не можетъ достигнуть именно того, чего она хочетъ, т. е. управомочія выводить юридическое правило изъ особаго свойства фактическаго отношенія, такъ какъ она не въ состояніи создать именно это отношеніе⁴⁵⁾.

Сочиненіе Валлашека представляетъ собою такимъ образомъ крайній пунктъ, котораго достигла нѣмецкая юриспруденція въ отрицаніи фикцій. Для того, чтобы доказать справедливость мнѣнія этого автора о возможности и удобствѣ замѣны всѣхъ юридическихъ фикцій при помощи quasi—понятія, надо было обратиться къ разсмотрѣнію въ отдѣльности всѣхъ случаевъ примѣненія фикцій въ положительныхъ законодательствахъ, чего Валлашекъ не могъ сдѣлать уже потому, что самый вопросъ поднять имъ не въ спеціальной

⁴⁵⁾ *Wallaschek*. Studien zur Rechtsphilosophie. Leipzig. 1889. S. 137—140. Такимъ образомъ не Бюловъ, а Демеліусъ, Гольдшмидтъ, Герингъ и Валлашекъ, изъ русскихъ авторовъ г. Муромцевъ — вотъ писатели, о большей или меньшей близости которыхъ къ Мейеру по взглядамъ на сущность и современное значеніе юридическихъ фикцій можно говорить. Это примѣчаніе для почтеннаго А. Х. Гольмстена. Мнѣніе Валлашека, что законодателью имѣть надобности прибѣгать къ фикціи, такъ какъ цѣль, съ которой она примѣняется, легче достигается съ помощью quasi—понятія, ближе всѣхъ другихъ къ мнѣнію Мейера. Исторически quasi въ юридическихъ конструкціяхъ римской юриспруденціи императорской эпохи играло ту-же роль, какъ фикція въ правѣ преторскомъ. См. *Kuntze*, Excurse. S. 384, 385.

монографіи, а въ краткомъ курсѣ философіи права. Два, три удачно выбранныхъ примѣра, изъ которыхъ особенно обращаетъ на себя вниманіе попытка прибѣгнуть къ quasi—понятію для объясненія правоспособности юридическихъ лицъ ⁴⁶⁾, хотя и достаточны для поясненія мысли автора, но еще не достаточны для полного убѣжденія въ ея справедливости. Въ этомъ отношеніи заслуживаетъ большого вниманія перечисленіе и разборъ случаевъ примѣненія юридическихъ фикцій у Мейера. Просматривая приведенные этимъ послѣднимъ примѣры, мы видимъ однако, что для объясненія излишества въ нихъ вымысла онъ не прибѣгаетъ непременно къ quasi—понятію или аналогіи. Такъ правоспособность юридическихъ лицъ онъ выводитъ прямо изъ закона, вполне уравнивая ихъ съ лицами физическими. „Какъ физическое лице только потому лице, что общество приписываетъ ему значеніе субъекта правъ, такъ и юридическое лице становится таковымъ не потому, что вымышляется его личность, а потому, что оно одаряется правами“ ⁴⁷⁾. Понятно, что въ этомъ разсужденіи нѣтъ отвѣта на то, нужно-ли придавать значеніе личности субстрату юридического лица. Во всякомъ случаѣ, вопросъ о томъ, прибѣгаютъ-ли положительные законодательства къ фикціи по необходимости, или-же только въ видахъ удобства и не лучше-ли вовсе бросить это средство, какъ не нужное и даже опасное—остается еще открытымъ.

Послѣ довольно длиннаго періода, въ продолженіе котораго господствующее теченіе юридической мысли направлялось къ устраненію изъ права фикцій, какъ продукта воображенія, которое должно быть изгнано изъ права, наступаетъ реакція. Начинаютъ раздаваться голоса за то, что право и юриспруденція не должны лишать себя помощи такого могучаго средства, какъ воображеніе. Заговорили о возможности „фантазіи въ правѣ“ и вмѣстѣ съ тѣмъ о законности и возможности допущенія въ юриспруденцію приема фикцій.

Изъ числа новѣйшихъ защитниковъ фикцій подробно другихъ высказался упоминавшійся нами уже не разъ Бир-

⁴⁶⁾ Wallaschek, соч. цит. стр. 143—144.

⁴⁷⁾ Мейеръ, стр. 30.

лингъ⁴⁸⁾. Этотъ авторъ, не раздѣляя мнѣнія Демеліуса, что фикція есть лишь приравниваніе или уподобленіе, и принимая мнѣніе Іеринга относительно происхожденія и значенія историческихъ фикцій, не согласенъ съ писателями, высказавшимися противъ употребленія фикцій догматическихъ. При этомъ онъ удачно указываетъ причину, побуждающую многихъ возставать противъ догматическихъ фикцій, причину, которая коренится въ ошибочномъ мнѣніи, что фикціи составляютъ будто-бы пріемъ, употребляемый исключительно въ одной юриспруденціи, въ чемъ видятъ даже доказательство ея отсталости по сравненію съ другими науками; а между тѣмъ на самомъ дѣлѣ фикціи во всѣхъ наукахъ употребляются, какъ вспомогательное средство для изслѣдованія и изложенія, и въ особенности, — въ такъ называемыхъ точныхъ наукахъ. Правда, физики, говоря о „цѣтѣ тѣлѣ“, о „звучащихъ струнахъ“, даже о „невидимыхъ свѣтовыхъ лучахъ“ и „неслышныхъ тонахъ“, не вымышляютъ, а оговариваются въ своемъ мѣстѣ относительно того, какъ въ дѣйствительности надлежитъ понимать тѣ способы представленія, которыми они пользуются въ рѣчи; но это не измѣняетъ сущности дѣла, которая состоитъ въ томъ, что „ничто мыслится иначе, чѣмъ оно есть въ дѣйствительности“ и это признается законнымъ научнымъ пріемомъ даже въ логикѣ⁴⁹⁾. Слѣдовательно, и для юриста вопросъ лежитъ не въ томъ, допустимы ли вообще фикціи въ наукѣ, а въ томъ, подъ какими условіями онѣ могутъ быть допускаемы. Отвѣчая на этотъ вопросъ, Бирлингъ говоритъ, что фикціи не могутъ имѣть самостоятельнаго научнаго значенія, что такое значеніе можетъ имѣть только истина и употребленіе фикцій въ предположеніи, что онѣ могутъ замѣнять истину и имѣть съ нею одинаковую цѣнность, конечно, должно быть отброшено. Напротивъ, фикціи должны считаться вообще допустимыми тамъ, гдѣ онѣ служатъ цѣлямъ облегченія юридическаго мышленія или изложенія и являются въ

⁴⁸⁾ Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Th. 2 1883 S. 84—117, а также см. статью этого автора въ Holtzendorff's Rechtslexicon, I. S. 829 folg.

⁴⁹⁾ Bierling, Zur Kritik etc. Th. II. S. 85—90. Эта мысль ранѣе высказана уже Шассаномъ. См. Essai sur la symbolique du droit, p 47.

качествъ вспомогательныхъ средствъ для связыванія извѣстныхъ истинъ или для розысканія новыхъ ⁵⁰⁾.

Изъ приведеннаго изложенія мыслей Бирлинга, отстаивающаго вопреки Бюлову и другимъ, допустимость фикцій въ наукѣ правовѣдѣнія, видно, что авторъ этотъ близокъ къ Бюлову въ вопросѣ о допущеніи фикцій въ законодательствѣ, т. е. считаетъ ихъ допустимыми, говоря словами Бюлова, въ качествѣ „аппарата для упрощенія и уясненія ⁵¹⁾. Поэтому противъ мыслей Бирлинга примѣнимо то-же замѣчаніе, которое мы сдѣлали выше, излагая взгляды Бюлова, т. е., что законодатель, создавая юридическую фикцію, можетъ имѣть въ виду вовсе не облегченіе юридическаго мышленія, не упрощеніе представленія, а иныя цѣли, не имѣющія съ уясненіемъ и упрощеніемъ ничего общаго ⁵²⁾. Съ отвлеченной точки зрѣнія нѣтъ основаній отрицать возможность подобныхъ предписаній законодателя; а въ положительныхъ законодательствахъ найдутся, можетъ быть, и примѣры подобныхъ фикцій, о чемъ мы еще будемъ говорить впоследствии.

Вотъ почему намъ представляется правильнымъ въ этомъ отношеніи взглядъ Гельдера ⁵³⁾. По мнѣнію этого автора, фикціи, которыя Герингъ и другіе относятъ къ историческимъ, на самомъ дѣлѣ вовсе не суть фикціи, такъ какъ въ нихъ не содержится вымысла, а имѣется лишь указаніе на ранѣе дѣйствовавшее правило, подъ которое подводится новый случай. Извѣстный примѣръ Геринга, касающійся пропущеннаго въ желѣзнодорожномъ тарифѣ кокса, относительно котораго правленіе желѣзной дороги поэтому объявляетъ, что онъ будетъ оплачиваться, какъ каменный уголь, объясняется Гельдеромъ именно въ этомъ смыслѣ, т. е., что въ этомъ случаѣ имѣеть мѣсто не фикція, а лишь подведеніе даннаго предмета подъ установленную рубрику. Единство этой рубрики

⁵⁰⁾ *Bierling*, Zur Kritik etc. Th. II S. 85—90. Бирлингъ очень удачно замѣчаетъ, что многіе, отрицая фикцію, безсознательно создаютъ на ея мѣсто новую. См. *Holtzendorff's Rechtslexicon* I. S. 830. Близокъ по взгляду на фикціи къ Бирлингу проф. *Шершеневич*. См. «Курсъ гражданскаго права» стр. 77.

⁵¹⁾ См. выше стр. 120.

⁵²⁾ См. выше стр. 123—125.

⁵³⁾ *Hölder*, Pandecten. 1891. S. 18. Anm. См. также статью этого автора въ *Arch. für civ. Praxis*. Bd. 69. S. 221, 225.

не вымышленное, а дѣйствительное, и только относимое къ ней собраніе предметовъ шире означаемого ея названіемъ.

Равнымъ образомъ Гельдеръ не усматриваетъ фикціи въ усыновленіи и отрицаетъ фикцію Корнеліева закона ⁵⁴⁾, такъ какъ здѣсь также лишь приравнивается умершій въ плѣну къ умершему въ свободномъ состояніи. Фикція въ этомъ и подобномъ случаяхъ, къ которымъ относятся *actiones ficticiae*, есть результатъ лишь способа выраженія закона, результатъ внѣшней формулировки даннаго правила, вызванной или чувствомъ уваженія къ прежнему праву, или соображеніями удобства, или какими либо иными соображеніями. Что касается фикцій, называемыхъ догматическими, или теоретическими ⁵⁵⁾, то, по мнѣнію Гельдера, если и онѣ, какъ нѣкоторые заявляютъ, суть лишь вспомогательныя средства для науки, тогда онѣ не суть фикціи въ дѣйствительности, фикціи съ реальнымъ содержаніемъ. Если въ области права фикція можетъ имѣть дѣйствительное реальное значеніе, то она не должна быть простымъ средствомъ формулированія даннаго уже юридическаго правила. Фикціей-же съ реальнымъ значеніемъ, по словамъ Гельдера, можно признать только такую, которая установлена самымъ содержаніемъ юридической нормы, независимо отъ того, выражена-ли она во внѣшнемъ формулированіи этой нормы или нѣтъ.

Со всѣми приведенными сейчасъ мыслями мы не можемъ согласиться, такъ какъ, во 1-хъ, думаемъ, что огульному отрицанію всѣхъ историческихъ фикцій должно предшествовать разсмотрѣніе ихъ въ отдѣльности; причемъ можетъ оказаться, что нѣкоторыя изъ нихъ были результатомъ не одного только образа выраженія закона; а во 2-хъ, мы полагаемъ, что даже одно употребленіе закономъ такого способа выраженія заслуживаетъ вниманія и требуетъ каждый разъ разсмотрѣнія причины употребленія законодателемъ этого приема и цѣли, которую онъ имѣлъ въ виду, употребляя его. Но указаніе Гельдера на фикціи съ реальнымъ, предметнымъ значеніемъ (*Fictionen von sachlicher Bedeutung*) заслуживаетъ,

⁵⁴⁾ *Fictio legis Corneliae*. См. § 5 Inst. I. 12 и l. I Cod. de postliminio reversis. VIII. 51.

⁵⁵⁾ «Теоретическими» называетъ ихъ Unger (*Ihering's Jahrb. X. S. 9. Anm. 12*).

по нашему мнѣнію, полного вниманія. Гельдеръ справедливо говоритъ, что юридическая фикція, какъ *предписаніе принимать что либо иначе, чѣмъ оно есть въ дѣйствительности*, разумѣется, есть *актъ произвола*, но актъ, который въ правѣ возможенъ по столько, по сколько последнее само есть *продуктъ произвола*. Конечно, изъ этого не слѣдуетъ выводиться, будто законодатель можетъ создавать фикціи безъ всякихъ основаній. Напротивъ, законодательная фикція, какъ и всякое другое опредѣленіе положительнаго права, всегда имѣетъ свое основаніе. Если законодатель можетъ создавать фикціи не только въ цѣляхъ упрощенія, то понятно, что и наука права обязана имѣть съ ними дѣло не только тогда, когда онѣ служатъ облегченію юридическаго мышленія. Должны ли оставаться чуждыми наукѣ тѣ цѣли, которыя стремился достигнуть законодатель, вводя фикцію? Очевидно нѣтъ. Ея дѣло истолковать, раскрыть мысль и волю законодателя, выраженную въ его предписаніи; ея дѣло, стало-быть, узнать, для чего законодателемъ установлена фикція и этимъ путемъ опредѣлить предѣлы примѣненія послѣдней.

Очень важная историческая роль фикцій въ прошломъ, въ дѣлѣ развитія римскаго права и подобное же значеніе ея въ англійскомъ правѣ указываютъ именно на то, что нѣтъ надобности и въ настоящее время законодательству и наукѣ во что бы то ни стало отказываться отъ этого средства, которое въ древности, особенно въ рукахъ римскаго претора, оказало такія важныя услуги человѣчеству. Только при помощи фикцій усыновленія и вообще искусственнаго родства стали возможны другіе союзы людей, кромѣ кровныхъ. Только при помощи фикцій въ сравнительно короткое время и безъ особыхъ усилій произведены были римскимъ преторомъ коренныя реформы въ нормахъ стараго римскаго положительнаго права, реформы, которыхъ достигнуть было, если не вовсе невозможно, то слишкомъ трудно. Не угодно-ли было склонить древнихъ римскихъ гражданъ на принципиальное признаніе законодательнымъ путемъ равноправности съ ними иностранцевъ передъ гражданскимъ судомъ или даже хотя-бы на принципиальное уравненіе когнатовъ съ агнатами въ правѣ наследованія! Только Юстиніанъ былъ уже въ состояніи рѣшиться на послѣдній шагъ. Между тѣмъ, эти и другія, не менѣе трудно достижимыя, цѣли были достигнуты при помо-

щи вымысла, этого дѣтища воображенія. Поневоля приходятъ на умъ слова, гдѣ-то сказанныя Лабулэ: „Да здравствуетъ воображеніе, ибо оно есть самая прямая дорога къ истинѣ“! Но разумѣется, такому быстроногому коню, какъ воображеніе, нельзя давать слишкомъ много воли въ сферѣ права, не слѣдуетъ снимать съ него узды, а, напротивъ надо крѣпко держать поводъ, и пусть онъ помогаетъ перескакивать черезъ реальныя препятствія, а не уноситъ въ заманчивое, но опасное путешествіе по царству фантазіи. Древніе римляне, дѣйствительно, были народъ вовсе несклонный давать воображенію слишкомъ много воли: они умѣли сдерживать его въ должныхъ границахъ и если пользовались имъ, какъ необходимымъ орудіемъ въ дѣлѣ правосозданія, то никогда не выходили за предѣлы здраваго смысла и требованія необходимости⁵⁶). Поэтому-то и не было никакой опасности какъ для развитія народнаго правосознанія и прогресса правовыхъ идей, такъ и для поддержанія правового порядка въ томъ, что преторы прибѣгали къ такому опасному на взглядъ многихъ приему, какъ фикція. Извѣстно, что рядомъ съ римлянами въ этомъ отношеніи (т. е. въ частомъ употребленіи фикцій въ правѣ) могутъ быть поставлены англичане⁵⁷). Двѣ наиболѣе практическія націи во всемирной исторіи охотно допускаютъ помощь воображенія въ дѣлѣ правосозданія. Фактъ интересный съ точки зрѣнія не одной только народной психологіи!

Итакъ, обзоръ литературы вопроса о юридическихъ фикціяхъ показываетъ намъ: что досель не установилось безспорныхъ взглядовъ на причины возникновенія юридическихъ фикцій и на роль ихъ въ современныхъ законодательствахъ и въ наукѣ; что мнѣнія на этотъ счетъ крайне разнообразны и что если не доказана необходимость фикцій, то съ

⁵⁶) Другаго мнѣнія, повидимому, Цицеронъ, по ему въ этомъ случаѣ, конечно, нельзя давать вѣры. См. In Verrem II. 21. 12. Юстиніанъ также вооружается противъ фикцій и замѣтываетъ у Цицерона насмѣшки надъ ними. Но, какъ удачно указалъ Герингъ, тутъ-же и самъ прибѣгаетъ къ нимъ. См. Geist III. S. 310, Anm. 425, заканчивающееся восклицаніемъ Геринга: «Der Kobold der Fiction rächt sich oft bitterlich an denen die ihn verfolgen».

⁵⁷) Мэнг. Древнее право, стр. 20—25.

другой стороны не доказано, что онѣ вредны и должны быть непремѣнно или отброшены, или допущены лишь, какъ средство для облегченія юридическаго мышленія. Въ виду этого разногласія взглядовъ ученыхъ остается обратиться къ исторіи права и къ положительнымъ законодательствамъ и, изслѣдовавъ возможно большее число случаевъ примѣненія юридическихъ фикцій, постараться притти къ рѣшенію указанныхъ вопросовъ на основаніи тщательнаго изученія положительнаго матеріала. Одновременно съ вопросомъ о фикціяхъ мы считаемъ необходимымъ пересмотрѣть по даннымъ положительныхъ законодательствъ и находящійся въ связи съ нимъ вопросъ о презумціяхъ. Уже изъ предыдущаго изложенія видно, какъ разнообразны мнѣнія ученыхъ по этому послѣднему предмету; а между тѣмъ мы въ своихъ литературныхъ указаніяхъ далеко не исчерпали всего, что высказано по этому предмету. Монографическая литература по вопросу о презумціяхъ, въ противоположность литературѣ о фикціяхъ, весьма обильна; но не смотря на это обиліе, отчасти даже благодаря ему, въ этомъ вопросѣ царитъ почти полная неопредѣленность взглядовъ. Чуть-ли не каждый авторъ связываетъ съ словомъ *презумція* свое собственное представленіе. Подробное обзорѣніе этихъ крайне разнообразныхъ мнѣній мы находимъ болѣе умѣстнымъ отнести къ 3-ей части нашего труда, которая специально будетъ посвящена презумціямъ.

Обзоръ литературы о юридическихъ фикціяхъ даетъ намъ возможность утверждать, что выставленное нами ранѣе⁵⁸⁾ опредѣленіе юридическихъ фикцій находится въ согласіи съ наиболѣе распространеннымъ мнѣніемъ въ наукѣ. Большинство ученыхъ издавна было того мнѣнія, что подъ фикціей вообще надо понимать, какъ мы уже не разъ заявляли, извѣстный приемъ мышленія, состоящій въ допущеніи признака существующимъ завѣдомо несуществующаго или наоборотъ; а подъ юридической фикціей, тотъ же приемъ, допускаемый объективнымъ правомъ. Противъ этого опредѣленія, мы надѣемся, не будутъ спорить, такъ какъ всѣ вышеуказанныя отклоненія отъ него объясняются тѣмъ, что подъ именемъ фикцій разумѣютъ собственно случаи, когда примѣняются послѣднія и пытаются охарактеризовать эти случаи, а не тотъ приемъ,

⁵⁸⁾ См. выше стр. 14.

къ которому въ этихъ случаяхъ прибѣгаютъ, или же имѣютъ въ виду лишь одну какую либо группу случаевъ примѣненія фикцій, а даютъ опредѣленіе юридическимъ фикціямъ вообще.

Фикціи, какъ приемъ мышленія или изложенія мыслей, практикуются людьми весьма часто съ самыми различными цѣлями. Къ нимъ прибѣгаютъ дѣти и взрослые въ шуткахъ и играхъ, ихъ постоянно употребляютъ въ разговорной и письменной рѣчи (солнце садится, звѣзды мигаютъ). Карточные игроки, которымъ не достаетъ партнера, отыскиваютъ его при помощи фикціи, садясь играть въ преферансъ или ералашъ съ болваномъ. Драматическіе писатели, а равно авторы романовъ и повѣстей рисуютъ намъ жизнь воображаемыхъ людей. Военные на маневрахъ бьютъ воображаемаго врага. Даже ученые и притомъ такіе, какъ математики и физики, пользуются этимъ приемомъ. Нельзя сказать, чтобы до всѣхъ этихъ разнообразныхъ случаевъ примѣненія фикцій праву не было уже совершенно дѣла. Оно вынуждено иногда принимать ихъ во вниманіе, когда именно возникаетъ вопросъ о серьезности намѣренія и о мотивахъ дѣйствія (солдаты на маневрахъ, увлекшись воображаемымъ боемъ, наносятъ другъ другу тяжкіе побои или причиняютъ одинъ другому увѣчье, проступокъ не будетъ, понятно, такъ же обсуждаться, какъ нанесеніе побоевъ или увѣчья съ обдуманнымъ намѣреніемъ); но эти фикціи нельзя назвать, конечно, юридическими. По этой причинѣ мы не находимъ возможнымъ разсматривать притворныя дѣйствія, какъ случаи примѣненія юридическихъ фикцій. Здѣсь можно говорить о фикціи лишь въ общемъ, не юридическомъ смыслѣ слова, да и то въ случаяхъ притворныхъ сдѣлокъ въ тѣсномъ смыслѣ правильнѣе говорить объ обманѣ, а не о фикціи. Это послѣднее обстоятельство часто совершенно упускаютъ изъ вида. Фикція принимаетъ несуществующее существующимъ или наоборотъ, слѣдовательно, она есть ложь. Отсюда легко доходятъ до подведенія всякой лжи и всякаго обмана подъ понятіе фикцій. Но это, конечно, неправильно: фикція и обманъ понятія несомѣстимыя. О фикціи можно говорить лишь тогда, когда вымыселъ допускается всѣми и когда никто на этотъ счетъ не обманывается. Оба партнера знаютъ, что они играютъ съ болваномъ, и это извѣстно и понятно всякому, кто видитъ ихъ играющими. Цѣлый корпусъ войска знаетъ, что онъ высту-

пилъ въ походъ со всѣми военными предосторожностями противъ воображаемаго непріятеля, обладающаго по условію маневровъ извѣстными силами, занимающаго извѣстную позицію и т. д.

Въ притворныхъ дѣйствіяхъ мы этого общаго соглашенія и сознанія относительно примѣненія вымысла не видимъ. Напротивъ, симулянты стараются убѣдить другихъ, что они дѣлають дѣло не для видимости, а вполне серьезно и желаютъ придать вымышленному ими въ глазахъ другихъ, если не всѣхъ, то тѣхъ, кого это касается, характеръ полной истины. Притворныя дѣйствія такимъ образомъ никакъ нельзя относить къ числу случаевъ примѣненія юридическихъ фикцій. Фиктивная сдѣлка даже дальше по существу отъ этихъ случаевъ, чѣмъ игра въ карты съ болваномъ или дѣтская скачка верхомъ на палочкахъ, изображающихъ лошадокъ.

Такимъ образомъ мы считаемъ невозможнымъ допущеніе какихъ либо юридическихъ фикцій, кромѣ признаваемыхъ объективнымъ правомъ, т. е. прямо указанныхъ въ законѣ или обычаѣ или выведенныхъ путемъ толкованія юристами.

Въ числѣ случаевъ примѣненія юридическихъ фикцій особую группу составляетъ примѣненіе ихъ въ связи съ символами, символическими и мнимыми дѣйствіями: фикція кровнаго родства, скрѣпляемая смѣшеніемъ крови желающихъ породниться; фикція усыновленія, облакаемая въ форму трехкратной продажи въ *mancipium* и т. д.

Конечно, изъ этого не слѣдуетъ, чтобы символическія и мнимыя дѣйствія нужно было подводить подъ понятіе фикцій. Смѣшеніе крови двухъ лицъ, желающихъ породниться, не есть фикція. Не всякое символическое и мнимое дѣйствіе соединяется непременно съ фикціей. Отношенія ихъ разнообразны: иногда фикція необходима для самого совершенія мнимаго или символическаго дѣйствія; иногда символическое или мнимое дѣйствіе требуется для признанія за фикціей юридическаго значенія и для наступленія ея практическихъ послѣдствій. Тѣ случаи, гдѣ фикція нужна лишь для совершенія мнимаго или символическаго дѣйствія, или является лишь естественнымъ слѣдствіемъ его совершенія, обыкновенно выдѣляются изъ числа случаевъ примѣненія фикцій. Никто не говоритъ, обыкновенно, о фикціи обязательства при *sponsio praejudicialis*, о фикціи брака при *coemptio fiduciaе causa*, о фикціи установленія *mancipium*'а при отдачѣ въ *adoptio* или при

emancipatio, наконецъ о фикціи купли-продажи при mancipatio и иска о собственности при in jure cessio и т. п. Несомнѣнно однако, что эти случаи могутъ быть отнесены къ числу юридическихъ фикцій.

Выяснивъ, что мы понимаемъ подъ юридическими фикціями, напомнимъ объ отношеніи ихъ къ презумціямъ и о томъ, что было нами говорено выше⁵⁹⁾ о близкомъ родствѣ обоихъ этихъ приемовъ. Мы видѣли, что это родство оказывается довольно тѣснымъ и что хотя различіе между фикціями и презумціями на первый уже взглядъ очень замѣтно, однако грань между случаями примѣненія тѣхъ и другихъ представляется настолько трудно поддающаюся опредѣленію, что одни и тѣже случаи относятъ то къ одной, то къ другой категоріи. Это сходство между фикціями и презумціями въ самомъ существѣ, такъ какъ и тѣ, и другія суть родственные другъ другу приемы юридического мышленія, заставляеть насъ разсмотрѣть рядомъ случаи примѣненія тѣхъ и другихъ, прослѣдить какъ историческую роль обоого рода приемовъ въ правѣ, такъ и ихъ современное значеніе, что мы и предполагаемъ исполнить въ слѣдующихъ двухъ выпускахъ нашего труда.

Въ настоящемъ же выпускѣ, какъ мы надѣемся, намъ удалось выдѣлить случаи примѣненія юридическихъ фикцій и презумцій изъ ряда имъ родственныхъ въ извѣстныхъ отношеніяхъ явленій юридического быта и установить въ то же время, какія именно явленія сюда относятся. Разсматривая выведенный нами рядъ этихъ явленій⁶⁰⁾ легко замѣтить, что въ немъ рѣзко различаются двѣ группы: первую составляютъ случаи примѣненія фикцій и презумцій; а вторую извѣстные случаи совершенія юридическихъ дѣйствій (совершеніе ихъ по видимости или для видимости). Обѣ группы столь различны по существу, что обсуждать входящія въ нихъ явленія какъ сродныя, можно лишь съ точки зрѣнія указанной Мейеромъ и только нѣкоторыя изъ нихъ еще съ точки зрѣнія ихъ цѣли и, пожалуй, ихъ историческаго значенія въ развитіи права. При изученіи же природы и свойствъ указанныхъ явленій объединеніе ихъ невозможно.

Въ заключеніе дадимъ наглядное изображеніе принимаемой нами классификаціи.

⁵⁹⁾ См. стр. 26—35.

⁶⁰⁾ См. выше стр. 108—109.

Случаи, когда юридическія опредѣленія примѣняются къ фактамъ, которыхъ мы въ дѣйствительности не усматриваемъ, такъ какъ они не существуютъ или существуютъ въ другомъ видѣ или же существованіе ихъ сомнительно:

Г р у п п а:

- 1) Случаи при-2) Случаи при-1) Случаи сим-2) Случаи 3) Притворныя 4) Фидуциар-мнѣнія юрид.-мнѣнія презум.-волической за-примѣненія дѣйствія, надъ судьями честию фидиц. ній вообще и мѣны предмета мнимыхъ презумцій воли или дѣйствія. дѣйствія. въ чистоты.

2 Г р у п п а:

Во второй примѣняются дѣйствія совершаемыя для юрса особе прѣми юридиче-видности: Въ первой группѣ примѣняются особе прѣми юридиче-видности: старого мышленія:

- a) юридическія б) презумцій. фидиц.

- a) символическія б) мнимыя в) притворныя.

Юридическія фикціи въ тѣсномъ смыслѣ въ свою очередь можно дѣлить: на 1) *фикціи историческія* и 2) *фикціи догматическія* или на 1) *фикціи матеріальнаго* и 2) *фикціи процессуальнаго права* и наконецъ на 1) фикціи, примѣняемыя при символическихъ дѣйствіяхъ и при дѣйствіяхъ мнимыхъ и 2) примѣняемыя въ другихъ случаяхъ. Обо всѣхъ этихъ дѣленіяхъ, также какъ о подраздѣленіяхъ презумцій, рѣчь будетъ впереди.

ПРИЛОЖЕНИЯ.

I.

Къ § 5.

Господствующее мнѣніе корифеевъ германской юриспруденціи отъ Савиньи до Виндшейда учить, что всякое дѣйствіе лица есть изъявленіе его воли и что юридическое дѣйствіе есть изъявленіе воли, влекущее юридическія послѣдствія. Особо важнымъ видомъ юридическихъ дѣйствій являются юридическія сдѣлки, которыя, по этому мнѣнію, суть также изъявленія воли частныхъ лицъ, направленные на достиженіе этими лицами извѣстныхъ юридическихъ послѣдствій, именно: на установленіе, измѣненіе или прекращеніе ихъ юридическихъ отношеній¹⁾. съ точки зрѣнія этого ученія юридическія послѣдствія сдѣлки суть всегда результатъ воли лица дѣйствующаго и опредѣляются существенно этой волей и ея содержаніемъ.

Въ недавнее время, какъ извѣстно, все это господствующее ученіе подвергалось не разъ строгой критикѣ. Въ возникшей полемикѣ высказано было столько различныхъ мнѣній, что въ нихъ крайне трудно разобратъ. Однако главныя возраженія противъ господствующаго мнѣнія исходятъ изъ того, что всѣ вытекающія изъ юридическихъ фактовъ юридическія послѣдствія опредѣляются объективнымъ правомъ. Послѣднее опредѣляетъ, въ чемъ эти послѣдствія состоятъ и съ какими фактическими обстоятельствами они должны быть

¹⁾ *Windscheid*, Pandect. Bd. 1. § 69 Anm. 1. *Dernburg*, Pandect. 4 Aufl. 1894 г. В. I § 91.

связаны. Объективное право должно заранее напередъ опредѣлять совокупность всѣхъ фактическихъ моментовъ, которые обусловливаютъ наступленіе юридическаго послѣдствія, иначе говоря, указывать необходимый для того фактическій составъ (Thatbestand)²). Юридическія послѣдствія, связанныя съ фактами, создаются исключительно положительнымъ правомъ. Частныя лица могутъ только выставять фактическія основанія для наступленія послѣдствій.

Подверглось критикѣ и объявлено было неправильнымъ самое понятіе дѣйствія, какъ юридическаго факта³). Оно

²) Ученіе о значеніи фактическаго состава частно-правовой нормы ранѣ другихъ, сколько намъ извѣстно, выдвинули *Kierulff* и *Thöl* еще въ сороковыхъ годахъ, но общее вниманіе цивилистовъ обращено было на этотъ вопросъ лишь много позднѣе. См. *Kierulff*, *Theorie des gemeinen Civilrechts*. 1839. S 27 и fl. *Thöl*, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*. 1851. §§ 32. 33. S 91 fl. Ср. *Regelsberger*, *Pandect.* 1893. B. I. § 118 стр. 436 и стр. 437: «Изъ этого фактическаго состава выдвигается внѣшнее событіе, происшествіе (или совокупность событій болѣе доступныхъ нашему чувству) въ качествѣ въ извѣстной степени указующаго момента, и оно-то обыкновенно одно поэтому обозначается, какъ основаніе юридическаго послѣдствія».

³) *Bekker*, *System des heut. Pandectenrechts* B. II. 1839. § 82, Beil. I. «Дѣйствіе (Handlung), какъ замкнутое, извнѣ точно отграниченное цѣлое, есть скорѣе школьное понятіе, ибо въ жизни такое дѣйствіе или вовсе не встрѣчается, или встрѣчается рѣдко. Обыкновенно намъ представляется цѣлый комплексъ дѣйствій, и пока я что нибудь дѣлаю, т. е. произвожу согласно моей волѣ тѣлесныя движенія, выбѣгаютъ цѣлыя ряды моихъ хотѣній, изъ которыхъ одни твердо удерживаются, другіе подавляются. Точное обособленіе всѣхъ другъ за друга цѣляющихся дѣйствій невозможно». Только въ силу привычки, объясняетъ далѣе Беккеръ, мы цѣлые комплексы дѣйствій и даже совокупность дѣйствій нѣсколькихъ лицъ обозначаемъ, какъ одно дѣйствіе. Такъ мы называемъ юридическимъ дѣйствіемъ договоръ, а между тѣмъ здѣсь имѣются по крайней мѣрѣ два дѣйствія. Хотя такое словоупотребленіе и привычно и даже неизбежно, но «понятно, замѣчаетъ Беккеръ, что оно влечетъ за собою значительную опасность». Для устраненія послѣдней Беккеръ рекомендуетъ помнить, что юридическая сдѣлка есть то одно дѣйствіе, то множество дѣйствій, а что подъ изъявленіемъ воли надо разумѣть единичное выступленіе воли въ дѣйствіи и что неправильно поэтому Савиньи, а за нимъ и другіе какъ бы отождествляютъ юридическую сдѣлку съ волеизъявленіемъ. *Graf Pininski*, *Thatbestand des Sachbesitzergewerb.* II стр. 443: «Ошибочно понимать волеизъявленіе, какъ дѣйствіе, и извлекать отсюда послѣдствія».

признано лишь моментом фактического состава, так что обыкновенно оно одно само по себѣ не можетъ быть разсматриваемо, какъ юридическій фактъ, а составляетъ таковой лишь въ соединеніи съ другими моментами фактического состава. Отсюда, конечно, слѣдовало, что нельзя говорить о волѣ частныхъ лицъ, какъ о правосоздающей силѣ, нельзя говорить объ устанавливающихъ и прекращающихъ правоотношенія дѣйствіяхъ отдѣльныхъ лицъ. Были высказаны и такія крайнія мнѣнія, что вовсе слѣдуетъ отказаться отъ понятія юридической сдѣлки, такъ какъ въ жизни де выступаютъ лишь отдѣльные виды, типы юридическихъ сдѣлокъ, различныя по своему основанію, т. е. по своему фактическому составу, и нельзя де поэтому установить какія либо правила, общія для всѣхъ нихъ ⁴⁾. Другіе, удерживая понятіе юридической сдѣлки, отказались признавать значеніе воли лица для послѣдствій совершенной имъ сдѣлки, такъ какъ послѣдствія юридическаго дѣйствія вполнѣ зависятъ отъ правового порядка и никоимъ де образомъ отъ воли дѣйствующаго ⁵⁾.

⁴⁾ См. *Schlossmann*, Vertrag, 1876 стр. 159 слѣд., гдѣ этотъ авторъ объявляетъ понятіе юридической сдѣлки неимѣющимъ научной цѣны; а также статью этого автора въ *Grünhut's Zeitschr. für priv. und öffent. Recht*. В. 7 стр. 543 слѣд. Противъ него см. статью *Pernice* въ томъ же журналѣ В. 7 стр. 467 слѣд., а также монографію одного изъ видныхъ за послѣднее время защитниковъ господствующаго ученія—*Enneccerus*, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*. 1889. См. также *Karlowa*, *Rechtsgeschäft und seine Wirkung*. 1877 г.

⁵⁾ Съ обнаруженіемъ воли правовыя послѣдствія связываются лишь въ силу предписаній права; а потому самое желаніе дѣйствующимъ правовыхъ послѣдствій должно быть признано безразличнымъ, неказывающимъ никакого вліянія на послѣднія. Желанія лица, будучи изъявлены, приводятъ лишь этимъ изъявленіемъ въ движеніе правовой порядокъ, даютъ послѣднему какъ-бы механической толчекъ. Эта мысль впервые высказана у *Lotmar*, *Ueber die Causa im röm. Recht*. München, 1875 стр. 15 и слѣд. Особенно энергично отрицаютъ значеніе воли для юридическихъ послѣдствій сдѣлки *Тонъ* и *Колеръ*. *Thon*, *Rechtsnorm. und subjectives Recht*. 1878. стр. 371 и *Kohler*, *Ueber den Willen im Privatrecht* въ *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. und deutsch. Privatrechts* за 1880 г. В. XXVIII, стр. 189 слѣд. См. также статьи этого автора въ томъ же журналѣ В. XVI, стр. 100 и слѣд. и В. XVIII, стр. 134 слѣд. Противъ *Тона* см. *Zitelmann* «Irrthum

Конечно, крайнія мнѣнія встрѣтили соотвѣтствующую оцѣнку, но представители ихъ успѣли все таки обнаружить слабыя стороны господствовавшего со временъ Савиньи ученія и въ результатѣ образуются среднія мнѣнія, приобретающія все болѣе приверженцевъ. Представители этихъ среднихъ мнѣній далеко еще не во всемъ согласны между собой и господствующаго мнѣнія ⁶⁾ доселѣ еще не образовалось; но постепенно однако отмѣчаются уже тѣ пункты, на которыхъ представляется возможнымъ соглашеніе между господствовавшимъ ранѣе ученіемъ и новыми, въ послѣднее время высказанными взглядами ⁷⁾.

Такъ несомнѣнно ученію о фактическомъ составѣ (Thatbestand), съ которымъ законъ (правовой порядокъ) связываетъ юридическія послѣдствія, отнынѣ навсегда отведено видное

und Rechtsgeschäft, стр. 76. Какъ много вообще мнѣній высказано было по этому вопросу въ новѣйшей германской литературѣ, объ этомъ см. въ примѣчаніяхъ Лотмара ко 2 изданію «Пандектъ Бринна (*Brinz, Lehrbuch der Pandecten*, V. IV, § 524. Anm. 1. стр. 18—20), гдѣ между прочимъ Лотмаръ указываетъ вполне вѣрно на причины, затруднившія разрѣшеніе вопроса и породившія столько разногласій.

⁶⁾ Этимъ именемъ, по привычкѣ такъ сказать, продолжаютъ обозначать ученіе, сложившееся еще во времена Савиньи и до послѣдняго времени поддерживавшееся многими извѣстнѣйшими юристами: Аридсомъ, Вехтеромъ, Виндшейдомъ, Унгеромъ и др., а нынѣ постепенно утрачивающее своихъ представителей.

⁷⁾ Изъ современныхъ писателей, старающихся съ одной стороны избѣгать крайностей нѣкоторыхъ новыхъ ученій, а съ другой признавшихъ невозможнымъ слѣдовать за такъ называемымъ господствующимъ мнѣніемъ, можно отмѣтить Дербурга и Регельсбергера, изъ которыхъ первый старается по возможности менѣе отклоняться отъ господствовавшего ранѣе ученія, хотя и не выказываетъ стремленія отстаивать его во что бы то ни стало, уступая, гдѣ это кажется ему необходимымъ, новымъ взглядамъ; а второй вездѣ болѣе склоняется въ пользу новыхъ ученій, стараясь однако не только избѣгать ихъ крайностей, но также и примирить, насколько возможно, старыя ученія съ новыми. См. *Dernburg, Pandecten*, 4 Aufl. 1894 и *Regelsberger, Pandecten*, Bd. I. 1893 г.

мѣсто въ наукѣ гражданского права⁸⁾. Наибольше интересными моментами фактического состава, юридическими фактами, особенно обращающими на себя вниманіе, являются, конечно, юридическія дѣйствія, въ ученіи о которыхъ нынѣ можно считать безспорно признаннымъ дѣленіе ихъ на дѣйствія, состоящія только въ обнаруженіи воли, т. е. имѣющія цѣлью сдѣлать эту волю извѣстною другимъ (завѣщаніе, напр.), и на реальныя обнаруженія воли, т. е. на дѣйствія, служащія къ осуществленію желаемыхъ послѣдствій, дѣйствія, при которыхъ изъявленіе воли связывается съ другимъ фактомъ (овладѣніе напр., дача въ заемъ и т. д.)⁹⁾.

Согласны все въ томъ, что дѣйствіе человѣка, обыкновенно въ связи съ другими моментами фактического состава, можетъ вызывать юридическія послѣдствія, но лишь потому, что объективное право связываетъ эти послѣдствія съ дѣйствіемъ, а не по волѣ лица дѣйствующаго¹⁰⁾. Конечно, удержалось и безспорно удержится въ системѣ гражданского права понятіе юридической сдѣлки; но въ изложеніи этого ученія нынѣ уже значительно отступаютъ отъ ранѣе господствовавшихъ взглядовъ. Даже тѣ, которые въ согласіи съ

⁸⁾ *Dernburg*, Pandect. I § 79, стр. 184; *Regelsberger*, Pandect. I § 118, стр. 436. Ср. *Windscheid*, I § 63.

⁹⁾ *Dernburg*, Pandect. I § 79 стр. 185; *Regelsberger*, Pandect. I. § 129, стр. 473. *Dernburg* признаетъ однако, что это дѣленіе не обнимаетъ всѣхъ дѣйствій, подлежащихъ разсмотрѣнію права.

¹⁰⁾ Понятно, что объективное право является здѣсь, по мѣткому замѣчанію Дерибурга, не какъ *deus ex machina* и что оно не произвольно устанавливаетъ связь между фактическимъ составомъ и правовыми послѣдствіями, а руководствуется необходимыми нуждами человѣческаго общежитія. Нужно, однако, замѣтить, что вопросъ о томъ, чѣмъ и какъ опредѣляется и должна опредѣляться и ограничиваться сила объективнаго права въ установленіи правовыхъ послѣдствій юридическихъ фактовъ, представляетъ одно изъ темныхъ мѣстъ современныхъ ученій. «Самимъ юридическимъ фактамъ присущи правообразующія силы, которыя требуютъ признанія права». Какова же, спрашивается, роль объективнаго права по отношенію къ этимъ фактамъ? Должно ли оно ограничиваться однимъ утвержденіемъ, или иначе одобреніемъ того, что создается въ силу самого факта или же ему принадлежитъ самостоятельная творческая роль?

прежнимъ ученіемъ опредѣляютъ юридическую сдѣлку, какъ „орудіе самоопредѣляющей дѣятельности лица въ сферѣ его частныхъ правовыхъ отношеній“, которые видятъ въ сдѣлкахъ „изъявленія частной воли, направленные на установление, измѣненіе или возникновеніе юридическаго отношенія“, признають, что одного изъявленія воли не всегда достаточно для бытія сдѣлки, что оно дѣйствуетъ часто лишь въ связи съ другими фактами, и поясняютъ, что подъ частной волей не слѣдуетъ понимать произволъ, своеволие индивидуума, а что обыкновенно воля, выражаемая въ сдѣлкѣ, вызывается экономическими потребностями, жизненными отношеніями и т. д. ¹¹⁾ Другіе еще болѣе настаиваютъ на преимущественномъ передъ волею или намѣреніемъ лица значеніи фактическаго состава въ юридическихъ сдѣлкахъ и если не отрицаютъ вовсе значенія намѣренія дѣйствующаго для наступленія послѣдствія сдѣлки ¹²⁾, то учатъ однако, что юридическое послѣдствіе лишь только представляется, какъ осуществленіе выразившагося въ сдѣлкѣ стремленія сторонъ къ упорядоченію ихъ правоотношеній, что на самомъ дѣлѣ положительное право беретъ сдѣлки, которыя находятъ пригодными для осуществленія разумныхъ цѣлей сторонъ, подъ свою охрану и лишь оно снабжаетъ ихъ юридическими послѣдствіями, поднимаетъ ихъ до значенія юридическихъ сдѣлокъ ¹³⁾. Въмѣстѣ съ этимъ не соглашаются понимать и опредѣлять сдѣлку, какъ изъявленіе или обнаруженіе воли ¹⁴⁾ и отрицаютъ даже то, что юридическія сдѣлки непременно направляются на установление, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній ¹⁵⁾. И тѣ, и другіе одинаково признають, что въ рѣдкихъ лишь случаяхъ сознаніемъ дѣйствующаго обнимаются всѣ правовыя послѣдствія юридической сдѣлки и что эти послѣдствія, вопреки прежнему мнѣнію, не могутъ быть сведены къ одной волѣ

¹¹⁾ *Dernburg*, I. § 91, стр. 215 и слѣд.

¹²⁾ См. выше прим. 5 этого приложенія

¹³⁾ *Regelsberger*, *Pandect.* I. стр. 487, 488 § 135.

¹⁴⁾ Тамъ-же, стр. 491. § 135 VII.

¹⁵⁾ Тамъ-же, стр. 491. § 135 VI.

дѣйствующаго, ибо весьма часто юридическая сдѣлка влечетъ вовсе не тѣ послѣдствія, которыхъ желалъ бы и которыхъ намѣревался достигнуть дѣйствующій¹⁶⁾.

Съ другой стороны, не находятъ возможнымъ вслѣдъ за представителями крайнихъ мнѣній утверждать, что отъ рѣшенія лица, изъявляющаго волю въ сдѣлкѣ, зависитъ одна только дача волеизъявленія, а что послѣдствія изъявленія, напротивъ, наступаютъ неизбѣжно въ силу закона, все равно, хотѣлъ ихъ или не хотѣлъ изъявитель воли. Даже тѣ, которые склоняются болѣе на сторону новыхъ ученій, удерживаются отъ этого вывода и признаютъ, что при опредѣленіи понятія юридической сдѣлки нельзя вовсе оставить безъ вниманія намѣреніе лица, какъ элементъ фактическаго состава. „Это не фикція“, говоритъ Регельсбергеръ,—„а соотвѣтствуетъ житейскому опыту, что при юридическихъ сдѣлкахъ въ основаніи лежитъ воля, направленная на юридическія послѣдствія, не только хозяйственная (Lenel) или эмпирическая (Beschmann). Нужно только помнить, что регулирующимъ для сдѣлокъ является не то намѣреніе, которое лицо имѣло на самомъ дѣлѣ, ибо послѣднее иногда не можетъ быть даже точно узнано, а то намѣреніе, которое по житейскому опыту обыкновенно связывается со сдѣлкой даннаго свойства, типическое намѣреніе, по скольку иное намѣреніе не выразилось ясно“.¹⁷⁾

Такимъ образомъ хотя и не понимаютъ сдѣлку, какъ изъявленіе воли, но все-таки признаютъ, что намѣреніе лица, направленное на достиженіе юридическихъ послѣдствій сдѣлки, является главнѣйшимъ и необходимымъ моментомъ фактическаго состава, требуемаго для достиженія результата сдѣлки¹⁸⁾.

¹⁶⁾ Тамъ-же, а равно и Дерибургъ § цит. Прежде господствовавшее мнѣніе, сводя все правовыя послѣдствія сдѣлки къ волѣ индивидуума, въ сущности вынуждаетъ прибѣгнуть, какъ справедливо не разъ заявляли его противники, къ фикціи этой воли для того, чтобы объяснить наступленіе тѣхъ послѣдствій, которыхъ дѣйствующій не имѣлъ въ виду.

¹⁷⁾ *Regelsberger I.* § цит. и *Dernburg*, см. выше прим. 11.

¹⁸⁾ «Хотѣніе правового послѣдствія не въ состояніи отмѣтить дѣйствіе, какъ юридическую сдѣлку, но оно существенно для бытія юридической сдѣлки». *Regelsberger, I* § 155 IV.

Говоря иначе, прежде учили, что воля совершителя сделки творить юридическія послѣдствія; а нынѣ учатъ, что послѣдствія эти создаетъ объективное право, иногда и не справляясь съ волею совершителя дѣйствія, но создаетъ лишь тогда, когда у совершителя есть намѣреніе на достиженіе юридическаго результата сделки и создаетъ при этомъ по возможности согласно съ намѣреніемъ сторонъ ¹⁹⁾.

Тѣ юристы, которые видятъ въ юридической сделкѣ именно средство, служащее лицу къ упорядоченію него юридическихъ отношеній путемъ признаннымъ со стороны положительнаго права, приходятъ къ тому же результату, т. е. признанію необходимой связи юридическихъ послѣдствій сделки съ волею ея совершителя, еще болѣе легкимъ путемъ ²⁰⁾.

¹⁹⁾ *Regelsberger* прямо признаетъ, что объективное право выказываетъ большую способность приспособленія и далеко простирающуюся готовность идти на встрѣчу желанію сторонъ. Тамъ-же § цит.

²⁰⁾ *Dernburg*, I § 91. «Какое юридическое послѣдствіе есть продуктъ воли? Отвѣтъ на это долженъ быть: основаніе, намѣненіе, отнѣна правоотношенія. Я хочу быть наслѣдникомъ и я дѣлаюсь таковымъ. Отношеніе между волею и этимъ юридическимъ слѣдствіемъ явно. Но какія послѣдствія повлечетъ разъ возникшее правоотношеніе—это не опредѣляется уже исключительно волею того, кто это отношеніе вызвалъ къ существованію. Это нормируется скорѣе правовымъ порядкомъ, который до известной степени принимаетъ во вниманіе волю дѣйствующаго, но не признаетъ ее исключительно рѣшающею.

II.

Къ § 5. О способахъ изъявленія воли.

Изъ изложеннаго въ предъидущемъ приложеніи видно, что и съ точки зрѣнія представителей новыхъ ученій отказать волю лица въ важномъ юридическомъ значеніи нельзя. Но чтобы получить это значеніе воля должна обнаружиться во внѣ, т. е. хотящій долженъ сдѣлать такъ, чтобы другой или другіе могли чувственно воспринять, что у него имѣется извѣстное намѣреніе. Вопросы объ отношеніи воли къ ея обнаруженію и о случаяхъ несоотвѣтствія внутренняго содержанія воли съ ея внѣшнимъ проявленіемъ также въ послѣднее время подверглись вновь пересмотру. Такъ было указано, что нельзя отождествлять волю, какъ внутренней актъ, съ ея чувственнымъ проявленіемъ во внѣ. То, что выступаетъ во внѣ, есть только вѣстникъ, оттискъ воли. Неправильно поэтому говорить, что изъявленіе воли есть воля въ чувственномъ (чувствами воспринимаемомъ) проявленіи ¹⁾ Далѣе указано было на то, что бываютъ случаи, когда извѣстное поведеніе человѣка обозначается, какъ изъявленіе его воли, которой онъ на самомъ дѣлѣ не имѣлъ. Въ дѣйствительности въ этихъ случаяхъ имѣется лишь фактической составъ, который объективнымъ правомъ обсуждается наравнѣ съ изъявленіемъ воли ²⁾. Что касается вопроса о

¹⁾ Regelsberger, I § 136. «Неправильность здѣсь не болѣе велика, какъ напр. при сужденіи о лѣсѣ, что онъ зеленъ, хотя онъ такимъ лишь отражается въ чувствѣ говорящаго».

²⁾ Тамъ-же.

самыхъ способахъ обнаруженія воли, то здѣсь издавна ужь существуютъ разногласія, значительно увеличившіяся въ послѣднее время.

Основаніе современному ученію объ этомъ предметѣ положилъ Савиньи (System. III § 131, 1850), который принялъ для обозначенія различія между способами изъявленія воли до него употреблявшіеся термины „явное“ и „молчаливое“ изъявленіе воли, указавъ однако, что выраженіе „молчаливое изъявленіе воли“ не совсѣмъ точно. Названіе „непосредственное“ и „посредственное“ изъявленія воли Савиньи называетъ „новыми“ и „малоупотребительными“. *Гешенъ* (Vorlesungen über das gem. Civilrecht. 2 Aufl. 1843. B. I. § 95 S. 273) въ тоже время оказывалъ предпочтеніе терминамъ: „непосредственное“ и „посредственное“ изъявленіе воли. *Глюккъ* (Pand. IV стр. 87), *Маккемлей* (Lehrbuch, § 163), *Венингъ - Ингенеймъ* (Gem. Civilr. B. I. § 129), *Мюленбрухъ* (Pandecten. § 98) употребляли термины „явное“ и „молчаливое“ волеизъявленіе, разумѣя подъ явнымъ всякое непосредственное изъявленіе воли, хотя бы и не въ словахъ, а другими знаками, имѣющими твердо опредѣленное значеніе. Молчаливое же волеизъявленіе понималось уже тогда весьма различно. Одни понимали подъ этимъ всякое непосредственное или посредственное изъявленіе воли не словами, а въ какихъ либо дѣйствіяхъ, другіе—всякое непосредственное изъявленіе воли (Glück, IV стр. 89 слѣд. Mühlenbruch, § 98), такъ что и словесное изъявленіе воли относилось къ молчаливому въ тѣхъ случаяхъ, когда въ этомъ изъявленіи скрывается намѣреніе, которое можетъ быть узнано лишь посредствомъ умозаключенія. Третья подѣ молчаливымъ изъявленіемъ воли понимали лишь посредственное изъявленіе воли не словами, а черезъ какія либо дѣйствія. Наконецъ, молчаливымъ называлось также изъявленіе воли молчаніемъ. Понятно, что различное пониманіе того, что надо разумѣть подѣ молчаливымъ волеизъявленіемъ, вело къ разнаго рода недоразумѣніямъ и спорамъ. Мейеръ поэтому имѣлъ серьезное основаніе признать неудачнымъ названіе „молчаливое“ изъявленіе воли въ томъ смыслѣ, какой онъ самъ имѣетъ въ виду, и замѣнить его названіемъ скрытное изъявленіе воли. Хотя это названіе, въ противоположность выраженію „скрытныя дѣйствія“ не можетъ быть названо удачнымъ, но оно удержалось въ русской юридической терминологіи.

Выраженія: явное и скрытное изъявленіе воли у насъ со времени Мейера употребляются одинаково съ выраженіями: непосредственное и посредственное или прямое и косвенное, явное и молчаливое изъявленіе воли (см. напр. Шершеневичъ, Учебникъ гражд. права, стр. 105. слѣд. Анненковъ, Русское гражд. право, стр. 402—404. Васъковскій, Рус. гражд. право, стр. 122, Загурскій, Элементарный учебникъ римск. права. Общая часть, II, стр. 343—345). Въ нѣмецкой литературѣ послѣднихъ двухъ десятилѣтій (съ конца семидесятыхъ годовъ) вопросъ объ изъявленіи воли вообще, а равно о способахъ этого изъявленія, объ отношеніи внутренняго намѣренія къ обнаруживаемому во внѣ проявленію воли, о случаяхъ несоотвѣтствія воли и ея изъявленія сдѣлался предметомъ горячихъ дебатовъ. Подробное разсмотрѣніе всѣхъ высказанныхъ за послѣднее время по этому предмету мнѣній можетъ быть сдѣлано только въ сочиненіи, специально посвященномъ этому предмету. Намъ же здѣсь можно удовольствоваться бѣглымъ обзоромъ всей этой литературы, полный перечень которой имѣется въ 7 изданіи Пандектъ покойнаго Виндшейда (*Lehrbuch des Pandectenrechts*, B. I. § 72, стр. 178, прим. 9. Ср. *Regelsberger*, *Pandect.* §§ 135, 136, 138. См. литерат. указанія въ примѣч. къ этимъ §§. *Brinz*, *Lehrbuch der Pandect.* B. IV. Aufl. 2. стр. 267 и слѣд.; *Bekker*, *System des heut. Pandectenrechts*, II, стр. 73 слѣд.).

Личное ознакомленіе со всей этой обширной литературой приводитъ къ убѣжденію, что хотя основная причина несогласія лежитъ въ различіи взглядовъ на отношенія между волей и ея обнаруженіемъ во внѣ, а также въ различіи исходныхъ точекъ зрѣнія, съ которыхъ разсматриваютъ вопросъ о послѣдствіяхъ волеизъявленія; но въ образованіи существующей доселѣ путаницы мнѣній много повинно также и отсутствіе твердо установившейся терминологіи. Такъ одни, (напр., *Cavigny*, *System* стр. 442; *Виндшейдъ* до 5 изд. своихъ Пандектъ; *Burckhard*, *Civ. Praesumptionen* стр. 270) говорятъ объ изъявленіи воли—*Willenserklärung*, разумѣя подъ этимъ всякое проявленіе воли; другіе (напр. *Höhler*, *Pandect.* § 41, *Regelsberger*, *Pandect.* § 136, *Bekker*, *Syst. d. heut. Pandectenrechts* § 93 стр. 73 слѣд.) употребляютъ въ этомъ значеніи „обнаруженіе воли—*Willensäußerung*“, а изъявленіемъ воли не безъ основанія называютъ лишь видъ обнаруженія воли, намѣ-

ренное оповѣщеніе воли другимъ лицамъ, различая при этомъ изъясненія воли, разсчитанныя на определенное лицо и оповѣщенія о воли, разсчитанныя на всѣхъ. Отъ этого изъясненія воли отличаютъ реальное обнаруженіе воли, т. е. обнаруженіе ея въ дѣйствіяхъ, служащихъ къ выполнению желаемого послѣдствія. (*Regelsberger, Pand. § 129, I, § 136, III; Bekker, System. § 93 стр. 73*).

Еще болѣе разнорѣчія въ вопросѣ о способахъ или средствахъ обнаруженія воли, особенно относительно пониманія явнаго и молчаливаго изъясненія воли. Такъ, съ одной стороны признаютъ возможнымъ явное изъясненіе воли даже молчаніемъ (см. *Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879. Стр. 262 прим. 230*), а съ другой—молчаніе указывается, какъ главный случай молчаливаго волеизъявленія (см. *Schliemann, Lehre vom Zwange, 1861. Стр. 106*). Одни, какъ это дѣлалъ еще Савинья (см. также *Arndts, Pandect. § 64*), говорятъ о явномъ обнаруженіи воли тогда, когда оно имѣетъ непосредственное значеніе; если же дѣйствіе лица, въ которомъ обнаружилась воля, предназначено, кромѣ достиженія ближайшей цѣли, служить средствомъ для достиженія другой дальнѣйшей, относительно намѣренія достигнуть которую дѣйствіе лица даетъ основаніе заключать, тогда говорятъ о молчаливомъ волеизъявленіи. Молчаливымъ будетъ такимъ образомъ, съ этой точки зрѣнія, только изъясненіе, преслѣдующее двойную цѣль. Изъясненіе же воли молчаніемъ никоимъ образомъ нельзя, слѣдую этому мнѣнію, отнести къ случаямъ молчаливаго изъясненія воли.

Другіе (*Windscheid* въ его монографіи *Wille und Willenserklärung, 1878. Arch. für Civ. Praxis, B. 63 стр. 74*) придаютъ особое значеніе въ обнаруженіи воли намѣренности или ненамѣренности и называютъ „явнымъ“ намѣренное изъясненіе воли; а молчаливое волеизъявленіе имѣетъ, по этому мнѣнію, мѣсто въ томъ случаѣ, когда о воли лица заключаютъ изъ дѣйствій, предпринятыхъ не съ цѣлью выразить эту волю (такъ училъ еще *Göschen, Vorlesungen l. c.*).

Нѣкоторые ограничиваютъ понятіе явнаго волеизъявленія случаямъ выраженія воли определенными для того по законамъ рѣчи словами или знаками, которые замѣняютъ слова; а молчаливымъ называютъ каждое обнаруженіе воли не въ

опредѣленныхъ по законамъ рѣчи для этого словахъ, а въ иной какой либо формѣ. Такъ поступаетъ *Leonhard*, (*Der Irrthum bei nichtigen Verträgen*, 1872 стр. 190 слѣд.). Противъ него (см. *Lotmar*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, V. XXV (Neue Folge Bd. IV) стр. 415—422).

Иные же говорятъ, что въ случаяхъ такъ называемаго молчаливаго изъявленія воли послѣднее вовсе не имѣетъ мѣста и допускается лишь, какъ фикція (*Schlossmann*, *der Vertrag*, 1876 стр. 48. Противъ этого *Eisele*, *Zur Theorie der Rechtsgeschäfte. Krit. Vierteljahresschrift* V. XX № 1. 1878, стр. 17).

Выставлено далѣе въ новѣйшее время такое положеніе, что рѣшающій критерій при сужденіи о способахъ изъявленія воли надо искать не въ психическомъ моментѣ на сторонѣ дѣйствующаго, зависящемъ отъ субъективныхъ случайностей, а въ томъ объективномъ опредѣленіи, которое даютъ дѣйствию нравы, обычаи, право. Правилomъ въ этомъ случаѣ является то, что общепринято по господствующимъ житейскимъ понятіямъ въ оборотѣ. Все то, что обыкновенно въ оборотѣ является общеупотребительнымъ средствомъ изъявленія воли, будетъ въ данномъ конкретномъ случаѣ явнымъ волеизъявленіемъ, а молчаливое волеизъявленіе, соотвѣтственно этому, можетъ представляться только тамъ, гдѣ примѣнено не общеупотребительное средство, а требуется выводъ изъ индивидуальныхъ обстоятельствъ даннаго случая. Въ этомъ смыслѣ и молчаніе можетъ быть случаемъ явнаго волеизъявленія. Такъ Виндшейдъ въ 7 изданіи своихъ Пандектъ (§ 72 стр. 178) опредѣляетъ явныя волеизъявленія, какъ такія обнаруженія воли, которыя по народному обычаю или въ силу особаго установившагося убѣжденія имѣютъ назначеніе выразить эту волю³⁾. Сходно съ этимъ опредѣляютъ понятіе явнаго волеизъявленія Цитель-

³⁾ Въ 5 изд. 1879 г. стр. 185, § 72. Виндшейдъ опредѣляетъ явное волеизъявленіе, какъ проявленіе воли, не имѣющее никакого иного намѣренія, кромѣ намѣренія выразить эту волю. Понятіе молчаливаго волеизъявленія опредѣляется въ обоихъ изданіяхъ одинаково: воля разсматривается, какъ надлежащимъ образомъ обнаруженная, если представляется поведеніе (дѣйствіе или упущеніе), которое даетъ несомнѣнное заключеніе о наличности воли.

манъ (см. выше цит. соч. стр. 261) и Шлиманъ (цит. соч. стр. 103 слѣд.). Гартманъ (Hartmann, *Werk und Wille bei dem sogenannten stillschweigenden Consens. Arch. für Civ. Praxis* LXXII, 1888, стр. 161 слѣд.) пришелъ къ заключенію, что только при строго одностороннихъ юридическихъ дѣйствіяхъ можетъ идти рѣчь объ узнаніи воли вообще. Въ двустороннихъ же сдѣлкахъ рѣшающимъ является такое поведеніе, изъ котораго другой участникъ сдѣлки почерпаетъ убѣжденіе о принятіи договорной воли. Попытка провести строгое различіе между явнымъ и молчаливымъ волеизъявленіемъ Гартману представляется неправильной и тщетной (стр. 174).

Подобныя же взгляды высказывалъ графъ Пининскій (въ соч. *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs*. 1885—89, В. II стр. 430 слѣд.). Вендтъ (*Wendt, Pandect. § 44* стр. 105 и слѣд.) поясняетъ, что молчаливое изъясненіе воли имѣетъ мѣсто тогда, когда кто либо обнаруживаетъ свое рѣшеніе (*Willensentschluss*) тѣмъ, что сообразовываетъ съ нимъ свое поведеніе и, слѣдовательно, проявляетъ свою волю *rebus ipsis et factis, non verbis, sed actu*. Въ подобномъ случаѣ, по мнѣнію Вендта, представляется собственно не волеизъявленіе, а скорѣе совершеніе или фактическое выполненіе воли; но и оно можетъ быть средствомъ обнаруженія воли, хотя только лишь посредствомъ умозаключенія.

Беккеръ справедливо указываетъ, что противно общепринятой рѣчи различіе между молчаливымъ волеизъявленіемъ и изъясненіемъ воли въ молчаніи. Конечно, крайне неудобно говорить объ явномъ изъясненіи воли молчаніемъ и о молчаливомъ—въ словахъ. Въ виду этого Bekker предлагаетъ, во 1-хъ, называть волеизъявленіями только тѣ акты, которые опредѣленно извѣщаютъ о волѣ на совершеніе сдѣлки, и во 2-хъ,—явнымъ называть изъясненіе тамъ, гдѣ имѣетъ мѣсто извѣщеніе посредствомъ положительныхъ знаковъ, а молчаливымъ тамъ, гдѣ оно имѣетъ мѣсто посредствомъ отрицательныхъ знаковъ недѣланія, молчанія. По поводу этого послѣдняго опредѣленія Лотмаръ въ прим. ко 2 изд. *Пандектъ Бринца (Lehrbuch der Pandect, Bd. IV 2 Aufl. § 564* стр. 267 прим. 5) справедливо замѣчаетъ, что само по себѣ недѣланіе не извѣщаетъ.

Оригинально и заслуживаетъ вниманія изложеніе ученія о способахъ обнаруженія воли у Гельдера (*Hölder, Pand. § 41*

Апп. 2). Этотъ авторъ устанавливаетъ прежде всего различіе между обнаруженіемъ воли посредствомъ изъявленія ея, т. е. дѣйствіемъ, обозначающимъ опредѣленную волю и реальнымъ обнаруженіемъ воли, т. е. дѣйствіемъ, служащимъ къ осуществленію желаемого послѣдствія. При реальномъ обнаруженіи воли мы имѣемъ дѣйствіе, опредѣленное соответствующей ему волею, хотя и не имѣющее назначенія служить ея выраженіемъ. При волеизъявленіи мы имѣемъ дѣйствіе, служащее именно для обозначенія опредѣленной воли. Рядомъ съ этимъ Гельдеръ указываетъ на различіе между непосредственнымъ и посредственнымъ обнаруженіемъ воли, разумѣя подъ первымъ обнаруженіе воли въ дѣйстви, непосредственно обозначающемъ извѣстную волю или въ дѣйстви непосредственно ею опредѣляемомъ, а подъ вторымъ—выраженіе ея въ дѣйстви, опредѣляемомъ посредствомъ другой воли или обозначающемъ другую волю, когда обнаруженіе данной воли по законамъ логики, принятому въ общепитіи обычаю или предписанію права содержитъ въ себѣ обнаруженіе другой дальнѣйшей воли, такъ какъ существованіе одной безъ существованія другой невозможно, неупотребительно или недопустимо. Связь между существованіемъ той и другой воли можетъ быть и не необходимая, но въ случаѣ сомнѣнія связь эта признается по той причинѣ, что по обычаю или закону обнаруженіе одной воли безъ вѣличности другой считается возможнымъ лишь при положительномъ обнаруженіи воли на исключеніе этой связи.

Указавъ затѣмъ на выставляемое различіе между явнымъ и молчаливымъ волеизъявленіемъ, причемъ подъ первымъ разумѣютъ дѣйствіе, совершаемое съ намѣреніемъ выразить опредѣленную волю, а подъ вторымъ—волеизъявленіе, содержащееся въ такъ называемыхъ *facta concludentia*, Гельдеръ прибавляетъ, что эта противоположность примѣнима и къ случаямъ реального волеизъявленія. „Мною обнаружена“, говоритъ Гельдеръ, „не только воля, опредѣляющая мое непосредственное поведеніе или непосредственно имъ обозначаемая; но также и та воля, безъ которой первая не можетъ существовать. Та воля, безъ которой воля, непосредственно мною объявленная, не можетъ существовать, будетъ мнѣ приписана правомъ независимо даже отъ того, зналъ ли я это послѣдствіе моего волеизъявленія“. Это же имѣетъ мѣсто и въ слу-

чаяхъ, когда связь между той и другой волей хотя и не необходима, но обыкновенно признается. Значеніе дѣйствія, какъ обнаруженія дальнѣйшей воли, обусловливается въ этомъ случаѣ упущеніемъ обнаруженія воли противоположной. „Только въ этомъ смыслѣ возможно“, говоритъ Гельдеръ, „обнаруженіе воли посредствомъ упущенія“ (Lottmarъ въ прим. къ Пандект. Бринца (В. IV стр. 268 прим. 5) признаетъ Гельдеровское изложеніе ученія объ обнаруженіи воли шагомъ впередъ нѣ данномъ вопросѣ).

Вопросу о молчаливомъ волеизъявленіи посвящена обширная монографія Эрлиха (Ehrlich, Stillschweigende Willenserkl. 1893), который, изслѣдовавъ по возможности всѣ случаи, гдѣ источники, литература и практика говорятъ о молчаливомъ волеизъявленіи и указавъ, что эти случаи далеко не одинаковы между собой, а распадаются на различныя группы, пришелъ къ заключенію, что понятіе молчаливаго волеизъявленія, т. е. состоящаго въ такихъ дѣйствіяхъ, которыя предприняты были не съ цѣлью служить выраженіемъ воли, не существуетъ. Въ цѣломъ рядѣ фактическихъ составовъ, которые принято понимать, какъ молчаливыя изъясненія воли, вовсе нѣтъ никакого изъясненія воли, (хотя бы римляне и сводили наступающія послѣдствія къ молчаливому волеизъявленію и въ источникахъ стояло слово tacite). Въ другомъ рядѣ случаевъ мы видимъ, что въ фактической составъ входятъ исключительно дѣйствія, предпринятыя съ цѣлью извѣстить о волѣ. Однако Эрлихъ самъ оговаривается, что эти случаи могутъ быть подведены подъ понятіе явныхъ волеизъявленій лишь съ точки зрѣнія теоріи изъясненія⁴⁾, такъ какъ этого рода обнаруженія воли „не состоятъ необходимо въ дѣйствіяхъ, фактически вызванныхъ этою волей, а въ дѣйствіяхъ, которыя въ другой сторонѣ вызвали такое духовное впечатлѣніе (Geisteseffect), что въ основаніи ихъ лежитъ воля на сдѣланіе“.

Подобно Гартману и Эрлиху, Регельсбергеръ (Pand. В. I § 138) также не признаетъ возможнымъ установить точное различіе между явнымъ и молчаливымъ волеизъявленіемъ. „Противоположность была бы ясна, говоритъ Регельсбергеръ, еслибы

⁴⁾ См. Прилож. III. Въ прим. къ Гельдеру (Hölder, Pand. § 41) о способахъ обнаруженія воли у Гельдера (Hölder, Pand. § 41)

понятіе „молчаливое волеизъявленіе“ ограничивали выраженіемъ воли въ молчаніи. Однако именно всѣ согласны, что молчаливое волеизъявленіе можетъ содержаться въ положительномъ дѣйствіи. Одни называютъ волеизъявленіе явнымъ, если дѣйствіе предпринято съ цѣлью изъявленія данной воли, но это возможно и при молчаніи. И потомъ, изъ чего познается намѣреніе? Другіе придаютъ значеніе внѣшнему свойству изъясняющаго дѣйствія: явно волеизъявленіе тогда, когда выбрано для него въ житейскомъ обиходѣ употребительное и особо установленное средство (Виндшейдъ, Цительманъ, Леонгардтъ); но принадлежитъ ли сюда только языкъ словъ и жестовъ? При недостаточности указанныхъ субъективнаго и объективнаго моментовъ ничего не выигрывается и посредствомъ связи ихъ обоихъ“. Послѣдними словами Регельсбергеръ отвергаетъ попытку Бринца (Lehrbuch, Pandect. § 564) точно установить различіе между явнымъ и молчаливымъ волеизъявленіемъ, причемъ Бринцъ училъ, что изъявленіе воли возможно безъ словъ: во 1-хъ, въ дѣлахъ, замѣняющихъ слова, въ жестахъ и знакахъ, а во 2-хъ, въ дѣйствіяхъ, которыя рядомъ съ собственнымъ ихъ назначеніемъ, какъ сдѣлобъ или общихъ дѣйствій словъ или дѣяній выполняютъ еще сверхъ того функцію слова. Такъ многія изъ нашихъ дѣйствій намъ нельзя или трудно представить, не допустивъ, что кромѣ желанія, которое въ нихъ уже осуществлено и выражено, имѣетъ мѣсто другое. „Такія дѣйствія рядомъ со словомъ составляютъ изъявленія воли, такъ какъ они выдаютъ иначе не выразившуюся волю, извѣщаютъ о ней, но изъявленія эти суть молчаливыя, такъ какъ они, что касается этого ихъ сопривходящаго смысла, могутъ быть восприняты не глазомъ или ушами, а разумомъ посредствомъ умозаключенія (facta concludentia)“.

На это послѣднее опредѣленіе молчаливыхъ изъявленій воли и указываетъ Регельсбергеръ въ сейчасъ приведенномъ мѣстѣ, причемъ онъ добавляетъ, что при противоположности между явнымъ и молчаливымъ волеизъявленіемъ „идеть дѣло только о большей или меньшей несомнительности (Unzweideutigkeit) волеизъявленія. Законы иногда требуютъ первой, чаще допускаютъ послѣднюю. Можно называть послѣднюю молчаливымъ волеизъявленіемъ, но особой теоріи на этотъ счетъ нельзя выставить“.

Лотмаръ справедливо отражаетъ это нападеніе Регельсбергера на Бринца (Brinz, Lehrbuch der Pandect. B. IV 2 Aufl. стр. 270, прим. 8), указавъ, что случай двусмысленности словъ, т. е. сомнительности выраженной въ нихъ воли, нисколько не соприкасается съ тѣмъ опредѣленнымъ Бринцемъ фактомъ, что слова или дѣянія вмѣстѣ съ выраженной или осуществленной въ нихъ волею выдають и невыраженную. Кромѣ того Лотмаръ въ доказательство необходимости установленія отличія между явнымъ и молчаливымъ изъясненіемъ воли приводитъ противъ Регельсбергера собственныя слова послѣдняго, что „сами законы иногда требуютъ первую“ (большую несомнительность, соотвѣтствующую явному волеизъявленію), „чаще допускають послѣднюю“ (меньшую несомнительность или иначе молчаливое волеизъявленіе). Если законы то требуютъ первую, то допускають послѣднюю, такъ потребенъ и отличительный признакъ между той и другой.

Такимъ образомъ необходимость различія способовъ изъясненія или обнаруженія воли остается неспоримою, и все дѣло съ одной стороны въ томъ, что термины явное и молчаливое волеизъявленія выбраны неудачно, а съ другой въ томъ, что многіе изъ авторовъ, указывая особое основаніе для различія между способами волеизъявленія, продолжаютъ употреблять для устанавливаемыхъ ими новыхъ дѣлений старыя названія, вслѣдствіе чего выходитъ, что термины непосредственное и посредственное волеизъявленіе или явное и молчаливое употребляются въ разнообразныхъ значеніяхъ. Дернбургъ, напр., различаетъ спеціальное изъясненіе воли, т. е. особо означающее требуемую сдѣлку отъ изъясненія ея общимъ образомъ; причеиъ спеціальное волеизъявленіе онъ называетъ явнымъ и оговаривается, что такъ какъ это слово въ общемъ, (т. е. пандектномъ) правѣ не имѣетъ легальнаго значенія, то каждый авторъ вправе придавать ему свой опредѣленный смыслъ для собственнаго употребленія (Dernburg, Pandect. 4 Aufl. § 98, стр. 229 прим. 5). Кромѣ того, какъ особые виды волеизъявленія, Дернбургъ указываетъ непрямо (косвенное) волеизъявленіе (помощью дѣйствій, называемыхъ *facta concludentia*) и изъясненіе воли простымъ молчаніемъ. (Тамъ-же, стр. 230).

Это мнѣніе одного изъ лучшихъ цивилистовъ Германіи въ связи со всѣми приведенными выше литературными ука-

заніями, какъ нельзя лучше подтверждаетъ справедливость заявленія Беккера (System, II § 92, Veil. I), что все ученіе о юридическомъ значеніи воли и ея изъясненія, а равно и о способахъ послѣдняго со временъ Савиньи и до нашихъ дней вовсе не есть изложеніе римскихъ правовыхъ воззрѣній, которыя и не могутъ быть выяснены при противорѣчии источниковъ; а представляетъ рядъ попытокъ со стороны ученыхъ вновь построить это ученіе на основаніи „природы вещей“. Выставляя произвольно извѣстный принципъ и выведенныя логически изъ этого принципа послѣдствія обсуждаютъ, какъ дѣйствующее право; а въ подтвержденіе подбираютъ отдѣльные римскіе тексты, толкуя ихъ сообразно съ заранѣе принятымъ принципомъ.

Но если всѣ эти попытки, говоря словами Беккера, „суть не болѣе, какъ естественноправовыя спекуляціи, исходяція изъ произвольно взятой премиссы (посылки)“, а потому не обязательныя для тѣхъ, которые не согласны подчиняться этому произволу, -- то имъ всетаки нельзя отказать въ болѣе значеніи. Они оказали вліяніе на юридическое мышленіе цѣлыхъ поколѣній и безъ сомнѣнія отразились и отражаются на законодательствѣ и судебной практикѣ.

Попытки эти привели во всякомъ случаѣ въ послѣднее время къ болѣе правильной постановкѣ вопроса о сущности и юридическомъ значеніи воли и ея изъясненія—вопроса, рѣшавшагося со временъ Савиньи почти всѣми, наиболѣе видными представителями нѣмецкой юриспруденціи нѣсколько односторонне ⁵⁾.

Если въ вопросѣ о способахъ изъясненія воли не удалось придти доселѣ къ соглашенію, то по крайней мѣрѣ выяснилось, что рѣшеніе его нельзя найти въ однихъ источникахъ римскаго права и даже въ статьяхъ дѣйствующихъ гражданскихъ кодексовъ. Рѣшеніе ему даетъ только сама жизнь, живой, вѣчно создающей себѣ новые пути и средства и мѣняющей ихъ, оборотъ. Юристъ, желающій изучить вопросъ о способахъ изъясненія воли въ юридическихъ дѣйствіяхъ, долженъ имѣть въ виду не только тотъ несомнѣнно богатый матеріалъ, который имѣется въ Дигестахъ, но и овладѣть по возможности тѣмъ матеріаломъ, который даетъ современная

⁵⁾ См. приложения I и III-е.

судебная практика, обычаи, существующіе среди разныхъ группъ населенія, и жизненный опытъ. Самые источники римскаго права должны быть разсматриваемы не съ догматической точки зрѣнія, не съ стремленіемъ согласовать во чтобы то ни стало между собою противорѣчивыя иногда рѣшенія римскихъ юристовъ, а съ намѣреніемъ тщательно изслѣдовать природу каждаго разрѣшеннаго въ источникахъ случая. Этимъ путемъ можно будетъ составить себѣ представленіе о разнообразныхъ видахъ обнаруженія воли и ея изъясненія. Но, разумѣется, подмѣтивъ одно какое либо основаніе для различенія видовъ волеизъявленія, не слѣдуетъ на этомъ останавливаться и отбрасывать другія основанія, равно какъ не слѣдуетъ останавливаться на мысли, что разъ какое либо употребительное названіе не имѣетъ легальнаго значенія, такъ всякій будто бы воленъ придать этому названію какой угодно смыслъ, лишь бы онъ точно опредѣленъ былъ для него самого. Такое своеволие далеко не въ интересахъ науки, которая должна стремиться по возможности къ тому, чтобы различныя понятія не обозначались однимъ и тѣмъ же терминомъ, а одному понятію не придавалось въ юридическомъ языкѣ много различныхъ обозначеній.

Исторія употребленія въ нѣмецкой литературѣ терминовъ „явное“ и „молчаливое“ въ примѣненіи къ изъясненію воли наглядно указываетъ, къ какимъ неудобствамъ приводитъ слишкомъ свободное обращеніе съ научной терминологіей. Если каждый юристъ будетъ употреблять свои термины, хотя бы и объясняя ихъ, или общеупотребительнымъ терминамъ придавать свое значеніе, то въ концѣ концовъ мы перестанемъ понимать другъ друга. Въ частности, обращаясь къ терминологіи въ примѣненіи къ обозначенію способовъ изъясненія воли, мы охотно присоединяемся къ мнѣнію тѣхъ авторовъ, которые высказались противъ общеупотребительнаго дѣленія способовъ изъясненія воли на явныя и молчаливыя; но присоединяемся не потому, что будто бы для различенія видовъ волеизъявленія нѣтъ основаній, а потому, что нельзя отыскать такого именно различія, къ которому было бы удобно примѣнимо это обозначеніе. Въ источникахъ *tacite* употребляется въ разнообразныхъ, далеко не техническихъ значеніяхъ и противоположное этимъ значеніямъ не можетъ быть обнато однимъ терминомъ „явное“, терминомъ, котораго вдобавокъ

и нѣтъ въ источникахъ. Такимъ образомъ вмѣсто того, чтобы удерживать дѣленіе способовъ на явные и молчаливые, придавая ему по желанію авторовъ любой смыслъ, лучше вовсе его отбросить. Но вмѣстѣ съ этимъ не слѣдуетъ отказываться отъ изслѣдованія различій между способами волеизъявленія и отмѣчать какъ основанія къ такимъ различіямъ, такъ и отличительные признаки отмѣченныхъ группъ.

Единственная намъ извѣстная попытка въ этомъ направленіи сдѣлана Беккеромъ (System, II § 93, стр. 68), который отмѣтилъ слѣдующія указанія въ литературѣ и достойныя вниманія различія между способами обнаруженія воли.

I. а) Изъявленіе воли въ тѣсномъ смыслѣ, вытекающее изъ желанія сдѣлать другому извѣстной волю на сдѣлку и б) всѣ другія обнаруженія воли, которыя получаютъ свое значеніе безъ воли лица на изъявленіе (ohne Erklärungswillen).
с) Если обнаруженіе воли основано не исключительно на волеизъявленіи, то это будетъ волеизъявленіе съ двойною цѣлью.

По поводу послѣдняго Беккеръ замѣчаетъ, что виѣшнее дѣйствіе, служащее для изъявленія воли, „можетъ соотвѣтствовать двумъ цѣлямъ, можетъ имѣть своимъ назначеніемъ извѣщеніе о двухъ воляхъ рядомъ (напр. обѣщаніе исполненія условія содержитъ въ себѣ извѣщеніе о волѣ на принятіе обязательства и о волѣ на исполненіе); но изъявленіе можетъ также быть назначено для выраженія одной воли на сдѣлку, а рядомъ съ этимъ ненамѣренно дать возможность обнаружиться другой волѣ; въ первомъ случаѣ мы имѣемъ степеніе двухъ явныхъ волеизъявленій, а во второмъ—явнаго и молчаливаго“. Первую противоположность можно было бы назвать противоположностью между намѣреннымъ и ненамѣреннымъ изъявленіемъ воли.

Въ выдѣленіи особой группы волеизъявленій съ двойною цѣлью, по нашему мнѣнію, нѣтъ надобности.

Далѣе Беккеръ различаетъ: I. Изъявленія, состоящія въ положительномъ дѣйствіи, въ тѣлесномъ движеніи, изъявляющаго и состоящія въ неподвижности, въ недѣланіи, отрицательныя изъявленія. Сюда Беккеръ относитъ изъявленія посредствомъ молчанія.

II. Изъявленіе (употребительными) или неупотребительными средствами.

IV. Изъявленіе понятными и менѣе понятными знаками (знакъ можетъ быть недостаточнаго вида, можетъ указывать слишкомъ много или слишкомъ мало признаковъ).

V. Формальныя, торжественныя изъявленія воли и неформальныя, неторжественныя.

VI. Изъявленія, направленныя къ отдѣльнымъ лицамъ, дѣйствительность которыхъ зависитъ отъ того, что они достигаютъ до лица, которому они назначены (до получателя изъявленія) и всѣ прочія.

Такимъ образомъ получается цѣлыхъ шесть дѣлений, способовъ волеизъявленія, къ которымъ можно прибавить еще другія, по нашему мнѣнію, не менѣе заслуживающія вниманія:

1) Такъ прежде всего припомнимъ указываемое Гельдеромъ различіе между обнаруженіемъ воли посредствомъ дѣйствія, обозначающаго опредѣленную волю (иначе посредствомъ словъ, жестовъ, дѣйствій, служащихъ къ выраженію воли), и реальнымъ обнаруженіемъ воли, т. е. обнаруженіемъ ея въ дѣйствіи, служащемъ къ осуществленію желаемаго послѣдствія. Это дѣленіе не совпадаетъ ни съ однимъ изъ отмѣченныхъ Беккеромъ, а между тѣмъ оно, конечно, очень важно.

2) Далѣе, вмѣсто дѣленія волеизъявленій на волеизъявленія съ одною и съ двойкою цѣлью, мы лучше отмѣтили бы непосредственныя изъявленія воли и посредственныя въ указанномъ Гельдеромъ смыслѣ. Иначе это же дѣленіе можетъ быть обозначено, какъ дѣленіе волеизъявленій на прямыя и косвенныя. Подъ первыми разумѣются волеизъявленія посредствомъ словъ, знаковъ и дѣйствій, выражающихъ прямо данную волю; а подъ вторыми волеизъявленія посредствомъ словъ, знаковъ и дѣйствій, имѣющихъ свою самостоятельную цѣль, но въ то же время свидѣтельствующихъ о волѣ лица на другое дѣйствіе (*facta concludentia*).

3) Несомнѣнныя и предполагаемыя. Первые посредственно или непосредственно, но явно, принудительно для изъявляющаго свидѣтельствующія о наличности волеизъявленія; вторыя—въ заявленіяхъ и дѣйствіяхъ, изъ которыхъ лишь по предположенію можно вывести изъявленіе воли лица.

4) Ясныя, не возбуждающія сомнѣній относительно бытія и содержанія выраженной въ нихъ воли у заинтересованныхъ лицъ и сомнительныя (неопредѣленныя, двусмысленныя, многозначущія), требующія разъясненія и доказательства въ случаѣ спора.

Это послѣднее различіе, конечно, существуетъ; но дать напередъ какіе-либо опредѣленные признаки причисленія конкретнаго волеизъявленія къ той или другой изъ указанныхъ категорій, разумѣется, нѣтъ возможности, такъ какъ понятіе о ясности относительно. Нельзя даже сказать, что яснымъ можетъ быть названо то волеизъявленіе, истинный смыслъ котораго безпорно опредѣляется его грамматическимъ и логическимъ толкованіемъ; ибо однимъ этимъ толкованіемъ не всегда можно руководствоваться при сужденіи о присутствіи воли, а приходится иногда независимо отъ толкованія принимать внѣшнюю видимость изъявленной воли за самую волю, сообразуясь съ интересами получателя волеизъявленія, интересами оборота и т. д.

5) Наконецъ волеизъявленія могутъ быть соотвѣтствующія истинному намѣренію дѣйствующаго и не соотвѣтствующія (см. § 7).

Могутъ быть отмѣчены, конечно, и другія отличія.

6) Такъ имѣетъ значеніе различіе между словесными изъявленіями воли, т. е. выраженными въ словахъ (устно или письменно) и выраженными инымъ образомъ — безмолвныя (въ жестахъ, дѣйствіяхъ и въ молчаніи — спеціально молчаливыя) волеизъявленія.

Если нѣтъ возможности обнаружить всѣхъ тѣхъ признаковъ, по которымъ можно различать виды волеизъявленій, то отмѣтить уже замѣченныя различія необходимо, хотя бы для того, чтобы положить предѣлъ на будущее время попыткамъ объединенія нѣсколькихъ неодинаковыхъ по основаніямъ и потому несопадающихъ различій подъ однимъ названіемъ.

Къ § 5. Отношеніе внутренней воли лица къ внѣшнему ея проявленію со стороны значенія ихъ для силы юридическаго дѣйствія.

Тѣ ученые, которые не признаютъ за волею частнаго лица правосоздающей силы, какъ мы видѣли уже, склонны обыкновенно отрицать и значеніе различія между непосредственнымъ и посредственнымъ обнаруженіемъ воли или, какъ иные доселѣ неправильно говорятъ, между явнымъ и молчаливымъ волеизъявленіемъ. вмѣстѣ съ тѣмъ они склонны придавать болѣе значенія выраженію воли во внѣ, чѣмъ самому бытію воли.

Савиній и его послѣдователи учили, что между волею и ея изъявленіемъ существуетъ отношеніе, подобное отношенію между духомъ и тѣломъ и что въ правѣ, какъ одна воля безъ изъявленія ея во внѣ не можетъ имѣть значенія, такъ наоборотъ, не можетъ имѣть никакого значенія и одно изъявленіе безъ воли. Словомъ, при обсужденіи вопроса о силѣ и дѣйствительности совершеннаго лицомъ дѣйствія принимали во вниманіе только самого совершителя этого дѣйствія и заключали, что разъ изъявленіе было не согласно съ волею, оно недѣйствительно, не можетъ быть вмѣнено дѣйствующему.

Противъ этого мнѣнія въ недавнее время выдвинуто было другое, представители котораго указывали на то, что всякое изъявленіе воли лица имѣетъ цѣлю подѣйствовать на другихъ, вызвать у нихъ представленіе о существованіи у лица определенной воли и побудить ихъ даже къ соотвѣтствующему съ этимъ представленіемъ дѣйствію. Эти лица могли судить

о бытіи и содержаніи воли дѣйствующаго только по изъявленію ея во внѣ и было бы несправедливо по отношенію къ нимъ отрицать потомъ силу полученнаго ими изъявленія воли на томъ основаніи, что оно не соотвѣтствовало внутреннему намѣренію дѣйствовавшаго ¹⁾.

Образовалось такимъ образомъ два ученія:

1) Такъ называемая теорія воли, которая была господствующей со временъ Савиньи и по которой изъявленіе безъ воли такъ же не имѣетъ юридическаго значенія, какъ и воля безъ изъявленія. Эту теорію до конца дней защищаль Виндшейдъ ²⁾.

Представители второй теоріи, признавая, что изъявленіе воли есть лишь моментъ фактическаго состава, съ которымъ связываются правовыя послѣдствія, говорятъ, что разъ изъяснитель воли создалъ этимъ изъясненіемъ тотъ фактическій составъ юридическаго дѣйствія, съ которымъ связаны его послѣдствія, онъ обязанъ нести эти послѣдствія все равно, хотѣлъ ли онъ того или нѣтъ. Теорію эту называютъ теоріей изъясненія (*Erklärungstheorie*) и защитники ея довольно многочисленны (*Röver, Bähr, Hölder, Schall, Kohler, Leonhard* и т. д.) ³⁾.

Послѣдовательное проведеніе на практикѣ первой теоріи нарушало бы, конечно, справедливыя интересы лица, приняшаго изъясненіе; наоборотъ, послѣдовательное проведеніе вто-

¹⁾ *Bekker*, System, § 92, Beil. I. С. а: „Воля неуловима. Изъясненіе уловимо. Такъ какъ у человѣка нѣтъ органа для познанія неуловимаго (чисто внутренняго событія) въ другомъ человѣкѣ, то въ оборотѣ и предъ судомъ можетъ быть принята во вниманіе только воля, воплотившаяся въ изъясненіи и ей не можетъ быть приписано никакое другое содержаніе, кромѣ того, которое можетъ быть достигнуто изъ изъясненія воли“.

²⁾ См. *Windscheid*, Lehrbuch d. Pandectenrechts, 7. Aufl. B. 1, стр. 194 § 75 и прим. 1-а. Кромѣ Виндшейда, этой теоріи держится *Zitelmann* (*Jahrb. für Dogmat.* XVI. S. 357 fg. 1878), за нее высказался Унгеръ въ *Grünhut's Zeitschrift*, Bd. XV стр. 673 fg. 1888 и ее проводятъ также въ монографіяхъ *Scheiff* (*Die Divergenz zwischen Wille und Erklärung*, 1879 г.) и *Enneccerus* (*Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, 1888 г. стр. 67) и др.

³⁾ Подробное перечисленіе представителей этой теоріи см. у Виндшейда. См. предыдущ. пр. См. также *Dernburg*, *Pandect. I.* § 99 стр. 232 слѣд. пр. 2.

рой было бы часто слишком сурово и несправедливо по отношению къ изъясляющему волю. Polemica между представителями обѣихъ теорій обнаружила также, что обѣ онѣ несогласны съ источниками.

Въ виду недостатковъ обѣихъ указанныхъ теорій нѣкоторые авторы выставили третью теорію, теорію довѣрія (*Vertrauens* или *Verkehrstheorie*), по которой вопросъ о томъ, можно ли при нормальномъ по внѣшности волеизъявленіи принимать во вниманіе недостатокъ воли, долженъ рѣшаться съ точки зрѣнія необходимаго для оборота довѣрія. Это среднее мнѣніе, выставленное Гартманномъ, Эйзеле и Беккеромъ ⁴⁾ раздѣляется нынѣ многими и между прочимъ Дернбургомъ. Эта теорія также не согласна съ источниками, впрочемъ, представители ея не претендуютъ на это. Кромѣ того, справедливо замѣчено, что избранный этой теоріей критеріумъ—нужды оборота и необходимое для послѣдняго довѣріе—долженъ быть признанъ слишкомъ неопредѣленнымъ. Теорія эта во всякомъ случаѣ имѣетъ передъ другими то преимущество, что допускаетъ возможность дальнѣйшаго ея развитія и усовершенствованія путемъ науки и практики, а также законодательнымъ путемъ. Даже покойный Виндшейдъ возражалъ главнымъ образомъ противъ согласія этой теоріи съ источниками и не имѣлъ, повидимому, ничего противъ принятія ея при рѣшеніи вопроса *de lege ferenda*. *Регельсбергеръ* въ своемъ учебникѣ пытается именно придать этой теоріи большую опредѣленность и найти средній путь для примиренія всѣхъ теорій въ указаніи необходимости примѣнять разныя правила, смотря по роду юридическихъ сдѣлокъ. Попытка эта однако можетъ быть разсматриваема скорѣе какъ новое доказательство справедливости заявленія Беккера, что

⁴⁾ *Dernburg*, ib. *Hartmann*, соч. цит. *Ihering's Jahrb.* V. XX, стр. 1 и слѣд. и *Civ. Arch.* V. LXXII, стр. 161; *Eisele*, *Ihering's Jahrb. f. Dogmat.* V. XXV, стр. 41 слѣд. 1887; *Bekker*, *System* II, § 92, *Beil.* III: „мы не можемъ выставить окончательныхъ правилъ, а должны довольствоваться отнесеніемъ всего ученія въ область *bona fides*: судья долженъ рѣшать о томъ, должно-ли въ отдѣльномъ случаѣ придать болѣе значенія волѣ и ея изъясленію и какіе факты при этомъ намѣреніи положить на вѣсъ“. *Регельсбергеръ* справедливо замѣчаетъ по этому поводу, что „въ столкновеніи интересовъ не всегда одна только *bona fides* нуждается въ защитѣ“. *Regelsberger*, *Pand.* § 140 прим. 3.

„мы не въ состояніи овладѣть духовно всѣмъ достойнымъ вниманіемъ матеріаломъ, не смотря на всѣ наши старанія“ и, пожалуй, еще какъ подтвержденіе мнѣнія, что римскіе юристы при рѣшеніи разбиравшихся ими случаевъ были въ этомъ вопросѣ далеки отъ слѣдованія какимъ либо школьнымъ теоріямъ⁵⁾.

Всѣ эти различные взгляды не могли не отразиться и на обсужденіи такъ называемыхъ случаевъ посредственнаго изъявленія воли или скрытныхъ дѣйствій, а также на ученіи о случаяхъ несоотвѣтствія между волею и ея внѣшнимъ проявленіемъ.

⁵⁾ Windscheid, Lehrbuch d. Pand. м. цит. и Regelsberger, Pand. м. цит.

и въ виду отсутствія твердой опоры въ источникахъ для опредѣленія того, что слѣдуетъ понимать подъ *reservatio mentalis*, понятно, какъ разногласіе во взглядахъ юристовъ по этому предмету, такъ и то, что опредѣленіе этого понятія и указаніе отличительныхъ его признаковъ по отношенію къ симуляціи остаются предоставленными въ значительной мѣрѣ, такъ сказать, свободному усмотрѣнію авторовъ. Въ результатѣ—въ то время какъ одни авторы въ *reservatio mentalis* видятъ лишь видъ притворныхъ дѣйствій (*simulatio*) въ обширномъ смыслѣ, отличный отъ случаевъ притворства въ тѣсномъ смыслѣ (*Leonhardt, Irrthum*, стр. 132; *Scheiff, Die Divergenz zwischen Wille und Erklärung*, Bonn, 1879, стр. 24—27. *Pernice, Zeitschrift für Handelsrecht*. B. XXV,

Къ § 7. *Reservatio mentalis*.

Необходимо оговориться, что понятіе скрытаго намѣренія или умолчанія—*reservatio mentalis*—нельзя назвать прочно установленнымъ въ наукѣ. Во всякомъ случаѣ оно не имѣетъ опредѣленія въ источникахъ римскаго права, которые говорятъ лишь о *simulatio*. Въ виду этого нѣкоторые юристы и доселѣ высказываются противъ выдѣленія этого понятія, отрицая даже возможность подобныхъ случаевъ (см. напр. *Gardeike, Verträge unter Abwesenden*; стр. 11, прим. 15). *Schlossmann (Vertrag*, стр. 106) находитъ излишнимъ указанное выдѣленіе въ виду того, что здѣсь имѣютъ примѣненіе тѣже правила, какъ и при симуляціи въ собственномъ смыслѣ.

Если эти мнѣнія и не признаются большинствомъ основательными какъ съ теоретической, такъ и съ практической точки зрѣнія, то въ виду отсутствія твердой опоры въ источникахъ для опредѣленія того, что слѣдуетъ понимать подъ *reservatio mentalis*, понятно, какъ разногласіе во взглядахъ юристовъ по этому предмету, такъ и то, что опредѣленіе этого понятія и указаніе отличительныхъ его признаковъ по отношенію къ симуляціи остаются предоставленными въ значительной мѣрѣ, такъ сказать, свободному усмотрѣнію авторовъ. Въ результатѣ—въ то время какъ одни авторы въ *reservatio mentalis* видятъ лишь видъ притворныхъ дѣйствій (*simulatio*) въ обширномъ смыслѣ, отличный отъ случаевъ притворства въ тѣсномъ смыслѣ (*Leonhardt, Irrthum*, стр. 132; *Scheiff, Die Divergenz zwischen Wille und Erklärung*, Bonn, 1879, стр. 24—27. *Pernice, Zeitschrift für Handelsrecht*. B. XXV,

стр. 116 и слѣд. см. текстъ стр. 101 примѣч. 5) или же опредѣляютъ его, какъ одностороннюю симуляцію (*Schall*, *Der Parteiwille in Rechtsgeschäft*, 1877, стр. 20; *Czyhlarz*, *Iherings Jarb. V. XIII*, стр. 20. Сравни: *Zrodowski*, *Röm. Privatr. V. II*, стр. 317 и *Kohler*, *Ueber den Willen etc.* въ *Ihering's Jarbüch. für Dogm. V. XXVIII*, стр. 175); другіе противопологаютъ оба эти понятія (т. е. *reservatio mentalis* и *simulatio*) одно другому (*Kohler*, „*Ueber Mentalreservation u. Simulation*“ и „*Ueber den Willen*“ въ *Ihering's Jahrbüch. für Dogmatik*, V. XVI, стр. 98 и V. XXVIII, стр. 169—175; *Dernburg*, *Pandect. § 99* пр. 7 и § 100; *Windscheid*, *Lehrbuch d. Pandectenrechts § 75* прим. 1, С. 2); а третьи разумѣютъ подъ *reservatio mentalis* обманъ при волеизъявленіи, направленный къ тому, чтобы убѣдить получателя изъясненія въ наличности у изъяснителя воли, которой онъ на самомъ дѣлѣ не имѣетъ (*Bekker*, *System*, II § 98 1.). Этотъ авторъ подводитъ *reservatio mentalis* и *simulatio*, а также случаи такъ называемыхъ фидуціарныхъ сдѣлокъ и др. подъ одно общее понятіе мнимыхъ сдѣлокъ (*Scheingeschäfte*) въ широкомъ смыслѣ, разумѣя подъ мнимой сдѣлкой „каждое происшествіе, которое выступаетъ, какъ юридическая сдѣлка, но на самомъ дѣлѣ не есть то, чѣмъ кажется, а является или вовсе ничѣмъ, или другой сдѣлкой“).

Нѣкоторые указываютъ отличительный признакъ разсматриваемаго понятія въ томъ, что будто бы при *reservatio mentalis* совершенная сдѣлка дѣйствительна, тогда какъ при *simulatio* она непременно недействительна. Такъ думаетъ *Voigt* (*Jus naturale aequum et bonum*, III, стр. 154), опираясь на fr. 25 § 1 *Dig. de leg. III* (32): „*cum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio*“. Объясненіе этого мѣста и противорѣчающаго ему fr. 3 *Dig. de reb. dub.* 34,5: „*In ambigua sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit, quod vox significat quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur*“—даютъ *Hartmann* (*Wort und Wille im Rechtsverkehr* въ *Ihering's Jahrbüch. für Dogmat. V. XX*, стр. 38, 39), и *Eisele* (*Ueber Wichtigkeit obligatorischer Verträge etc.* въ *Iherings Jahrb. f. Dogm. V. XXV.*, стр. 427 и 428). Въ послѣднемъ фрагментѣ *implicite* содержится признаніе допустимости при *reservatio mentalis* вопроса о бы-

тии воли (quaestio voluntatis). Graf Pininsky (Thatbestand, II, стр. 398 прим. 1) приводит цѣлый рядъ свидѣтельствъ источниковъ въ доказательство того, что reservatio mentalis не можетъ имѣть значенія въ качествѣ препятствія къ дѣйствительности сдѣлки. Но Lotmar справедливо замѣчаетъ, что во всѣхъ этихъ мѣстахъ выражается лишь правило, что заключенныя соглашенія должны быть соблюдены; а при reservatio mentalis возникаетъ вопросъ о самомъ существованіи соглашенія (см. Brinz, Lehrbuch d. Pandecten B. IV Lief. 1. § 524, прим. 5, стр. 23). Относительно мнѣнія, принятаго нами въ текстѣ, см. Bekker, System, II § 98. Not. о и р; Regelsberger, Pandect. B. I § 139 и 141.

Во всякомъ случаѣ слѣдуетъ помнить, что всѣ опредѣленія, даваемые понятію умолчанія (reservatio mentalis) обнимаютъ такіе случаи, гдѣ источники говорятъ о симуляціи. Стало бытъ, не будетъ ошибкою видѣть въ этомъ понятіи разновидность притворныхъ дѣйствій вообще, не обсуждая, конечно, оба вида одинаково. При такомъ разногласіи въ опредѣленіи понятія существуетъ еще большее разногласіе относительно его значенія. Такъ нѣкоторые утверждаютъ, что reservatio mentalis только тогда не должно быть принимаемо во вниманіе, когда въ основаніи его лежитъ безнравственность. (Schliemann, Lehre v. Zwange, стр. 113 слѣд., противъ Kohler въ цит. статьѣ стр. 95 и слѣд.).

См. Lotmar, въ цит. 5 примѣчаніи къ 1 вып. 4 т. Пандектъ Бринца и цитируемые имъ авторы, особенно Röver, Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärung 1874; Zitelmann, Ihering's Jahrb. f. Dogmat. B. XVI, стр. 402, 403, 434; Kohler, тамъ-же B. XVI, стр. 95, 98, 339 и B. XXVIII, стр. 172, 173 и 194—201. Eisele, тамъ-же, B. XXVIII, стр. 464, прим. 19; Windscheid, Arch. für Civ. Praxis, Bd. 63 стр. 98. Hölder, Pandecten, стр. 218; Enneccerus, Rechtsgeschäft стр. 64, 66 и слѣд.; Graf Pininski, Thatbestand, стр. 395). Относительно весьма спорнаго у германскихъ юристовъ со временъ Савиньи (System, стр. 259) толкованія случая, относящагося къ брачному каноническому праву (Cap. 26 de spons. 4. 1) см. Arch. f. civ. Praxis, B. XXXVIII, Heft 3.

Вообще разрѣшеніе вопроса о послѣдствіяхъ умолчанія, особенно въ томъ случаѣ, когда получатель изъявленія повѣрилъ въ его истинность, представляетъ при рѣшеніи его въ конкретныхъ

случаяхъ большія трудности. Беккеръ и Регельбергеръ Pand. I. прим. 8, стр. 516 указываютъ въ этомъ отношеніи нѣкоторыя правила. Такъ, когда *reservatio mentalis* имѣетъ примѣненіе къ оборотнымъ сдѣлкамъ, то изъявляющій не можетъ сослаться на свое нечестное желаніе обмануть; но получатель изъявленія можетъ, если желаетъ, обсуждать сдѣлку, какъ обязательную (l. 25 de legibus I, 3). Противъ безусловной вѣрности этого послѣдняго положенія справедливо высказался Kohler въ *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Bd. XXXVI, Heft. 4. стр. 525 § 10. На основаніи высказаннаго съ умолчаніемъ обѣщанія подарить нельзя ничего требовать, но отданнаго подарка также нельзя потребовать назадъ, ссылаясь на *reservatio mentalis* и т. д. Беккеръ указываетъ на тѣ случаи, когда со стороны изъявителя нѣтъ ни злого намѣренія, ни даже неосторожности, но волеизъявленіе по буквальному смыслу расходится съ невысказаннымъ истиннымъ намѣреніемъ изъявителя, а тотъ, къ кому изъявленіе направлено, имѣетъ возможность при большей внимательности понять истинный, а не буквальный смыслъ изъявленія (ср. Savigny, System, § 134, 4 стр. 289). Въ этомъ случаѣ, по словамъ Беккера, было бы противно добрымъ правамъ, чтобы кто либо выводилъ для себя право изъ такого пониманія происшедшаго, которое основано на собственной его винѣ. Если это мнѣніе можно назвать еще сомнительнымъ, то во всякомъ случаѣ Беккеръ правъ, указывая, что необходимо каждый разъ имѣть въ виду всю совокупность дѣла, принимать въ расчетъ взаимодѣйствіе различныхъ моментовъ, ибо при малѣйшемъ отгнѣнѣ дѣло можетъ получить другой видъ. „Здѣсь оказывается такой рядъ близко другъ къ другу лежащихъ возможностей, что никакой законодатель не въ состояніи провести удовлетворительнымъ образомъ границу между обязательными и необязательными для лица изъявленіями воли“.

статьяхъ болѣе подробно. Бернгаръ и Фервальдбергъ Римъ-
 I. члм. § 116 указываютъ въ этомъ отношеніи на
 торна привалъ. Такъ, когда rescriptio mentalis имѣетъ при-
 мѣненіе къ оборотнымъ сѣкамъ, то называющійся не можетъ
 возразить на свое повелѣніе, казіе обманутъ, по поддѣлкѣ
 названій можетъ, если желаетъ, обмануть сѣлку, или въ
 озаглавленіи (H. 25 de iudicis I. 3). Ипотич. безвѣстной
 ареста это послѣдствіе по законѣ суровѣе не исключаетъ
 Kohler im Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und
 Rechtswissenschaft, Bd. XXV, Heft. 4, стр. 221 § 10.
 На основаніи высказаннаго съ мнѣніемъ обмануты

V.

Вопросъ о притворныхъ дѣйствіяхъ представляется однимъ
 изъ наиболѣе интересныхъ и наиболѣе важныхъ въ практи-
 ческомъ отношеніи вопросовъ для юриста, такъ какъ во
 всякомъ быту притворныя дѣйствія встрѣчаются болѣе или
 менѣе часто. Къ нимъ прибѣгаютъ и съ дозволенными, и всего
 чаще съ недозволенными дѣльями. Какъ часто практиковались
 они у римлянъ, гдѣ сама юриспруденція пользовалась зачас-
 тую ими, какъ средствомъ развитія права, не говоря уже о
 томъ, что частныя лица не упускали случая прибѣгать къ
 нимъ въ личныхъ своекорыстныхъ дѣльяхъ,—съ этимъ вполне
 обстоятельно знакомить насъ Иерингъ, который ярко нарисо-
 валь намъ эту печальную сторону римскаго юридическаго
 быта и указалъ, какая значительная доля вины въ развитіи
 искусства обходить при помощи симуляціи законъ и обманыва-
 вать другихъ пала на само римское законодательство и на
 римскихъ юристовъ.

„Во всѣ отношенія безразличія проскользнулъ коварный
 обходъ, ни одно не было пощажено: бракъ, родство, честь,
 все было втощено въ грязь въ виду какой либо скрытой дѣли.
 Скандалъ достигъ апогея въ періодъ имперіи, но и доброе
 старое время не чуждо упрека. Оно показало примѣръ, и на
 юриспруденцію съ ея чисто формально нигилистическимъ на-
 правленіемъ падаетъ тяжелая вина“. Особенный поводъ къ зло-
 употребленіямъ давала сдѣлавшаяся съ прекращеніемъ роло-
 ваго быта чисто искусственной юридическая организація рим-
 ской семьи. Кромѣ того, законодательная власть изданіемъ

1) Ihering, Geist III 67.

такихъ законовъ, какъ *Lex Voconia*, *Lex Julia et Papia Poppaea* и др., которые насильственно вмѣшивались въ частную семейную жизнь, давала поводъ прибѣгать къ притворнымъ сдѣлкамъ.

Современный юридическій бытъ цивилизованныхъ народовъ не представляетъ уже такой печальной картины. Фиктивные сдѣлки однако и въ этомъ быту нерѣдки. Всего чаще онѣ здѣсь совершаются уже не въ обходъ закона, а съ цѣлью нарушенія правъ другихъ лицъ (притворное переукрѣпленіе, напр., имущества несостоятельными должниками) или съ цѣлью помощью обмана добиться какихъ либо выгодъ (хотя бы уменьшенія подлежащихъ уплатѣ налоговъ и пошлинъ). Если вѣрить свидѣтельству нѣкоторыхъ нашихъ юристовъ практиковъ, то нашъ отечественный юридическій бытъ страдаетъ особенно значительнымъ развитіемъ въ немъ фиктивныхъ сдѣлокъ.

Въ одной изъ нашихъ большихъ ²⁾ газетъ лѣтъ десять тому назадъ была нарисована слѣдующая мрачная картина нашего юридическаго быта, въ которомъ „свили себѣ гнѣздо“ фиктивные сдѣлки: „Благодаря имъ (фиктивнымъ сдѣлкамъ), кредиторъ поставленъ почти въ невозможность получить деньги съ должника. Спросите любого адвоката или судебного пристава, и они вамъ скажутъ, что изъ десяти случаевъ въ девяти у отвѣтчиковъ не оказывается никакого имущества, что чуть не всѣ отвѣтчики живутъ въ чужихъ квартирахъ или проживаютъ въ комнатахъ роскошныхъ квартиръ, нанимаемыхъ дальними родственниками, а то такъ и просто бывшею прислугою. Все это по документамъ и для кредиторовъ, а на самомъ дѣлѣ должникъ спокойно платитъ нѣсколько тысячъ за квартиру, а его мнимый хозяинъ или хозяйка играютъ скромную роль“. Практикуются фиктивные сдѣлки и въ другихъ разныхъ случаяхъ и въ обходъ законовъ (напр. закона о частныхъ повѣренныхъ, о запрещеніи евреямъ держать корчмы и т. п.).

„Вообще“, заключаетъ авторъ, „невозможно перечислить формы обмановъ, которые прикрываются разными законными формами домашнихъ и нотаріальныхъ обязательствъ“. Конечно, авторъ перепустилъ черныхъ красокъ, и положеніе,

²⁾ Новое Время за 1883 г. № 2635.

напр., кредиторовъ у насъ на самомъ дѣлѣ вовсе не такое уже отчаянное, какимъ онъ его рисуетъ; но что притворныя сдѣлки составляютъ замѣтное и довольно крупное зло въ нашей жизни, это во всякомъ случаѣ несомнѣнно и здѣсь есть надъ чѣмъ призадуматься. Успокоиваться на неизбѣжности этого зла нельзя, когда оно такъ рѣзко бросается въ глаза, что значительное его развитіе начинаютъ признавать явленіемъ, характеризующимъ наше время. Неизвѣстный авторъ цитированной статьи видитъ причину зла съ одной стороны въ неясности законодательства, а съ другой въ усвоенной нашими судами привычкѣ буквального толкованія законовъ, благодаря чему ловкіе дѣльцы эксплуатируютъ неопытныхъ людей. Для спасенія отъ зла авторъ требуетъ усиленія наказанія за обманъ, перечисленія въ законѣ случаевъ наказуемаго обмана и особенно рекомендуетъ судамъ не держаться узко формальной точки зрѣнія тамъ, гдѣ обманъ очевиденъ, хотя и облеченъ въ форму гражданской законной сдѣлки. Но все это мѣры или трудно осуществимыя, или недѣйствительныя. Что усиленія наказанія не въ состояніи помочь горю, противъ этого едва-ли можно спорить. Перечисленіе въ законѣ случаевъ наказуемаго обмана, правда, можетъ имѣть значеніе для людей съ неустановившимися нравственными принципами, указавъ имъ на безнравственность даннаго поступка, которой они иногда не сознаютъ, такъ какъ могутъ быть даже склонны видѣть въ удавшемся обманѣ примѣръ достойный подражанія. Но развѣ за самымъ подробнымъ перечисленіемъ *случаевъ наказуемаго обмана* не останется всетаки обширное поле для обмана не наказуемаго? Развѣ можно заранѣе предвидѣть и предусмотрѣть тѣ извороты и кляузы, которые могутъ придумать ловкіе люди въ обходъ закона или въ обманъ кредиторовъ и третьихъ лицъ, разъ это представляется выгоднымъ?

Что касается дѣлаемаго авторомъ нашимъ судамъ упрека въ излишней склонности держаться буквального смысла закона, то мы не будемъ судить, насколько этотъ упрекъ справедливъ. Впрочемъ, ничего не было-бы удивительнаго, если-бы онъ оказался вполне вѣрнымъ. Отъ насъ недалеко еще то время, когда суды наши обязаны были держаться именно буквального смысла законовъ. Люди той эпохи еще не всѣ сошли со сцены, не перестали даже раздаваться голоса, сожалѣющіе о

ней. Не мудрено, что наши суды не успѣли еще приобрести надлежащаго навыка въ новомъ дѣлѣ толкованія законовъ по духу, а не по буквѣ. И понятно, вмѣстѣ съ тѣмъ, что одного совѣта и даже принятаго судьями къ свѣдѣнію, держаться не буквы закона, а духа—мало. Мало однихъ наилучшихъ намѣреній, нужно умѣнье, котораго нельзя еще требовать отъ молодой и неокрѣпшей русской юриспруденціи. Давно-ли въ нашихъ университетахъ каѳедры цивилистическихъ наукъ перестали пустовать и преподаваніе гражданскаго права стало вестись вездѣ съ большей полнотою? Давно-ли стали юристы практики въ университетахъ знакомиться въ надлежащей мѣрѣ съ римскимъ правомъ, да и теперь у многихъ-ли идетъ это знакомство дальше свѣдѣній, взятыхъ изъ болѣе или менѣе краткихъ курсовъ? Изученіе иностранныхъ законодательствъ и иностранной судебной практики, которымъ стали-было охотно заниматься наши практическіе юристы въ первое время по введеніи судебныхъ уставовъ, нынѣ опять забрасывается, въ виду того, что оно не даетъ изучающему непосредственно осуществимыхъ практическихъ результатовъ. А между тѣмъ этой молодой и неокрѣпшей практической юриспруденціи пришлось и приходится имѣть дѣло съ укоренившейся и отъ предковъ унаслѣдованной привычкой къ обходамъ и уклоненіямъ отъ дѣйствія законовъ. Не мудрено, что она не всегда оказывалась достаточно умѣлой, при обсужденіи доходившихъ до ея рѣшенія случаевъ притворства ³⁾.

Но если бы наша судебная практика и незаслуживала съ этой стороны никакого упрека, то и тогда она была-бы бессильна бороться съ такимъ зломъ, какъ чрезмѣрное развитіе фиктивныхъ сдѣлокъ.

Это послѣднее вызывается другими причинами, устранить которыя и бороться съ которыми никакая, даже наиболѣе развитая юриспруденція не въ состояніи. Причины, вызывающія обильное появленіе фиктивныхъ сдѣлокъ, лежатъ во первыхъ и прежде всего въ нравственномъ и экономическомъ состояніи общества; а затѣмъ нерѣдко во внутреннемъ состояніи

³⁾ Наоборотъ, часты случаи, гдѣ наши суды выходили съ честію изъ затрудненія и выше цит. дѣло Платовой съ Вѣлюсовымъ, конечно, не единственный этому примѣръ.

законодательства, содержащаго иногда такіе опредѣленія, которыя стѣсняютъ оборотъ и вынуждаютъ искать обхода ихъ, и въ то-же время дающаго иногда легкую возможность достигать законными по внѣшности путями недозволенныхъ цѣлей. Изслѣдованіе этихъ причинъ и указаніе средствъ въ устраненію ихъ не можетъ, конечно, входить въ задачи этого нашего труда.

ОГЛАВЛЕНІЕ

ПЕРВОЙ ЧАСТИ.

стр.

Предисловіе

Введеніе 1—3.

§ 1. Различныя значенія, въ которыхъ употребляются слово фивція и необходимость болѣе точнаго опредѣленія понятія фивціи. Попытки указать и классифицировать всѣ явленія юридическаго быта, въ которыхъ говорятъ о примѣненіи фивцій 5—9.

§ 2. Классификація Мейера. Ея основанія. Четыре категоріи ненормальныхъ явленій юридическаго быта. Общій признакъ этихъ явленій. 10—12.

§ 3. Рассмотрѣніе отдѣльныхъ группъ явленій, подходящихъ подъ указанный Мейеромъ признакъ 13—14.

I. Юридическія фивціи въ тѣсномъ смыслѣ.

§ 4 II) Презумціи. Понятіе, виды. Родственная связь съ фивціями 15—35.

II

- § 5 III. Скрытныя дѣйствія (презумціи воли). 36—55.
- § 6 IV. Символическія дѣйствія 56—63.
- § 7 V. Притворныя дѣйствія. (Шутка, умолчаніе, симуляція). 64—75.
- § 8 VI. Мнимыя дѣйствія 76—90.
- § 9 VII. Фидуціарныя сдѣлки 91—98.
- § 10 Выводъ изъ предъидущаго изложенія. Перечисленіе ненормальныхъ явленій юридическаго быта, подходящихъ подъ указанный Мейеромъ признакъ. Невозможность объединенія всѣхъ этихъ явленій подъ именемъ фикцій въ обширномъ смыслѣ 99—102.
- § 11. Классификація Дюмерила. Ея недостатки. 103—109
- § 12. Обзоръ литературы о фикціяхъ въ тѣсномъ смыслѣ. Заключение. 110—140.

ПРИЛОЖЕНІЯ.

- Къ § 5.
- I. 141—148.
- II. О способахъ изъявленія воли. 149—163.
- III. Отношеніе внутренней воли лица къ внѣшнему ея проявленію со стороны значенія ихъ для силы юридическаго дѣйствія. 164—167
- Къ § 7.
- IV. *Reservatio mentalis* 168—171.
- V. 172—176.

Замѣченныя опечатки.

<i>Стран.</i>	<i>Строка.</i>	<i>Напечатано:</i>	<i>Должно читать:</i>
—	3 —	7 сн. посвященныхъ	посвященныхъ
—	9 —	6 св. юридическая	юридическая
—	9 —	12 сн. и несправедливо	или несправедливо
—	15 —	16 — напр.,	напр.:
—	16 —	14 св. заключеніемъ о	заключеніемъ по
—	16 прим. 3 —	S u fl. 303	S. 303 u flg.
—	18 строк. 13 —	служить	служать
—	23 прим. 20 —	№№ 4 и 7	№№ 4 и 5.
—	35 стр. 11 сн.	классификацій	классификацій
—	39 —	1 — конклюдентныхъ	конклюдентныхъ
—	44 пр. 18 10 —	66 l. 5 D.	l. 66 § 5 Dig.
—	48 —	29 — Zitelman	Zitelmann
—	77 —	3 — Ulp. Tr. I	Ulp. Fr. I.
—	78 —	7 — Rudorf	Rudorff
—	94 строк 6 св.	въ конкурсъ	въ конкурсъ
—	94 прим. 14 —	24	14
—	95 —	15 въ кон. взысканныя	взысканныя
—	151 строка 5 сн.	Höhler	Hölder
—	166 —	20 св. путемъ	путемъ.
—	175 —	2 сн. единственный	единственный
—	176 —	1 св. такіе	такія.