ЧТЕНІЯ

ПО

НЕ КОПИРОВАТЬ

ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

ОРДИНАРНАГО ПРОФЕССОРА С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

Н. Л. ДЮВЕРНУА.

ТОМЪ ПЕРВЫЙ.

ВВЕДЕНІЕ и ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

(ВЫПУСКЪ III-й).

3-Е ИЗДАНІЕ.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28.
1899.

По опредѣленію юридическаго факультета Императорскаго СПБ Университета, печатать разрѣшается. Апрѣля 13, 1899 года.

Деканъ *В. Лебедевъ.*

189
23.
БИБЛИОТЕКА
СОЦИАЛИСТИЧЕСКОЙ
АКАДЕМИИ.
ПРОВЕРЕНО
ДЛЯ АРХИВНЫЙ ФОНД

ОТЪ АВТОРА.

Въ этотъ выпускъ имѣли войти всѣ ученія Общей части, въ составѣ приблизительно 11 или 12 листовъ текста. Болѣзнь помѣшала мнѣ выполнить этотъ планъ, и я рѣшилъ выпустить нынѣ же для моихъ слушателей то что есть на лицо готоваго. Въ продажу сейчасъ поступитъ лишь небольшое число экземпляровъ (200—250). Весь третій выпускъ въ полномъ составѣ будетъ готовъ къ осени.

§ 36.

III. Содержаніе волеизъявленія. — Волеизъявленіе и составъ института. — Содержаніе юридической сдѣлки и юридическаго института въ ихъ историческомъ взаимодѣйствіи. — Встрѣчныя ученія по вопросу о причинѣ, вызывающей эфектъ сдѣлки. — Повѣрка ученія Виндшейда на примѣрѣ. — Ошибка въ правѣ. — Требованія Code civil и дѣйствующаго Свода для предотвращенія ошибокъ. — Общія требованія относительно содержанія сдѣлки. § 138, Нѣм. Гр. Ул. 96 г.

Мы установили выше (§ 31) понятіе юридической сдѣлки и разсмотрѣли два существенные реквизита волеизъявленія, въ ней выраженнаго. Для силы сдѣлки необходима I гражданская дѣеспособность лица (§ 32) и II нуженъ, выражаясь словами нашего кодекса, непринужденный произволь и согласіе (стр. 700 и 701 *).

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

Мы пытались выше установить юридическій смыслъ этихъ свойствъ волеизъявленія и пришли, въ связи съ ученіемъ о принужденіи и ошибкѣ, къ заключенію, что наличность извѣстныхъ пороковъ волеизъявленія не влечетъ за собою необходимо и всегда ничтожества сдѣлки. Понятія принужденія и ошибки введены дѣйствующими системами въ границы настолько точныя, что далеко не вездѣ, гдѣ, въ *естественномъ смыслѣ*, могли бы быть указаны признаки несвободы или ошибки, сейчасъ за этимъ должна слѣдовать инвалидація сдѣлки. Право вовсе не ставитъ себѣ единственной цѣлью огражденіе дѣеспособныхъ лицъ отъ возможныхъ воздѣйствій на ихъ волю со стороны и страхованіе ихъ отъ ошибокъ. Наоборотъ, по соображеніямъ высшаго общественнаго интереса, волеизъявленія ошибочныя и вынужденныя остаются, въ извѣстныхъ предѣлахъ, эфективными, хотя бы съ этимъ связаны были невыгоды и неудобства для субъекта сдѣлки.

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

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

*) Неточность перепечатки ст. 702 на стр. 651 (выше) прошу исправить.

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

Выше (стр. 636) мы указали, что волеизъявленіе должно быть направлено на измѣненіе правоотношеній не въ безразличной, такъ сказать, средѣ, а именно *въ составѣ того или другого юридическаго института.* Изъявляя волю я, въ смыслѣ цивильномъ, достигаю измѣненія *правоотношеній*, но именно только правоотношеній, и отнюдь не болѣе, не измѣненія, напр., самого института, къ сферѣ коего данное правоотношеніе принадлежитъ.

Эфектъ волеизъявленія достигается, такимъ образомъ, въ составѣ сдѣлки вліяніемъ двухъ равнодѣйствующихъ, акта моей воли, съ одной стороны, и, съ другой, того содержанія, какимъ опредѣляется составъ соотвѣтствующаго института. Это взаимодѣйствіе будетъ имѣть всегда мѣсто, если составъ даннаго института есть опредѣлившійся, установившійся. Натурально, это будетъ иначе въ такихъ условіяхъ, когда институтъ есть еще только вырабатывающійся. Въ этихъ условіяхъ приходится вводить въ составъ самого *волеизъявленія* такія подробности, которыя, по невыработанности института, могутъ дать поводъ къ недоразумѣніямъ. Объяснимся на примѣрѣ. Мы сказали выше, что нельзя сдѣлать эфективнаго волеизъявленія безъ *юридически* опредѣленнаго содержанія. И такъ, я изъявляю желаніе *пріобрѣсти* такой-то домъ. Достаточно ли такихъ элементовъ волеизъявленія, чтобъ ими опредѣлилось въ должной мѣрѣ содержаніе юридической сдѣлки? Натурально нѣтъ, ибо, во-1-хъ, пріобрѣтеніе дома можетъ быть достигнуто и вовсе не юридическими средствами; а затѣмъ, внутри дозволенныхъ способовъ пріобрѣтенія, мы требуемъ для юридическаго ихъ эфекта такой опредѣленности содержанія, какой не представляетъ взятая нами формула. Такого рода волеизъявленіе можетъ послужить началомъ предварительныхъ переговоровъ; но для формулировки юридической сдѣлки оно недостаточно.

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

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

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

Такимъ образомъ, содержаніе сдѣлки купли-продажи недвижимости опредѣляется въ практикѣ нашего времени не перечетомъ всѣхъ специфическихъ признаковъ волеизъявленія въ составѣ сдѣлки, а, во-первыхъ, составомъ волеизъявленія, и, во-вторыхъ, содержаніемъ совершенно, такъ сказать, объективировавшагося нынѣ института купли-продажи недвижимостей.

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

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

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

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

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

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

Causa efficiens перемѣнъ лежитъ именно въ извѣстномъ содержаніи нашей воли, выразившемся во внѣ.

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

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

Значитъ ли, однако, что именно только тѣмъ, что мы себѣ представляемъ, и долженъ ограничиваться эффектъ юридической сдѣлки? Такая мысль была бы несомнѣнно ошибочной. Поэтому реакція противъ указаннаго ученія Виндшейда совершенно понятна. Писатели другого направленія, однако, вмѣсто того чтобъ сдѣлать поправку ученія Виндшейда, идутъ гораздо дальше цѣли и утверждаютъ, что дѣйствіе сдѣлки зависитъ вовсе не отъ содержанія волеизъявленія, а всецѣло отъ состава даннаго института. Юридическій эффектъ сдѣлки ставятъ, такимъ образомъ, къ исключительную зависимость отъ объективной нормы, отъ закона. Къ этому кругу писателей принадлежатъ, между прочимъ, Лотмаръ, Шлосманъ, Бехманъ, мнѣнія коихъ тоже далеко не одинаковы (см. Enneccerus Rechtsgeschäft стр. 28 и слѣд.)

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

Однако, въ общемъ смыслѣ нашу мысль мы можемъ здѣсь же пояснить примѣромъ. Возьмемъ институтъ наслѣдованія умершему. Допустимъ, что въ составѣ этого института въ данной системѣ удержались явные слѣды стараго взгляда на обязанность наслѣдника *очищать душу умершаго наслѣдодателя* отъ лежащихъ на ней тягостей. На этой основѣ выработалось положеніе, что при-

нявшій наслѣдство отвѣчаетъ за долги наслѣдственной массы ultra vires. Пусть въ данномъ случаѣ принявшій наслѣдованіе не только не знаетъ соотвѣтствующихъ статей дѣйствующаго законодательства (у насъ это ст. 1259, т. X, ч. I), но и вообще очень далекъ отъ подобныхъ „устарѣвшихъ“ воззрѣній. Возможно ли ограничить составъ акта приступа къ наслѣдству тѣмъ только содержаніемъ, которое доступно разумѣнію наслѣдника, т.-е. однимп стяжаніями, допуская, что онъ остального дѣйствительно не зналъ?

Это вопросъ *о невѣдѣніи или ошибкѣ* не по отношенію къ содержанію сдѣлки, выраженному въ самомъ волеизъявленіи, а *по отношенію къ нормамъ закона*. Извѣстно, что наше законодательство, какъ и многія другія, не допускаетъ отговорокъ, основанныхъ на невѣдѣніи закона, когда онъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ (ст. 62 Осн. Зак.). Этотъ общій принципъ не исключаетъ, однако, возможности ошибки или незнанія существенныхъ элементовъ строенія какого-либо института гражданскаго права или же неправильнаго и ошибочнаго его разумѣнія. Ошибка или незнаніе *въ вопросахъ права* составляетъ предметъ особой разработки въ классической литературѣ. Какъ извѣстно, въ общемъ латинское право считало ошибку въ фактѣ извинительной, ошибку въ правѣ неизвинительной. Нѣтъ, однако, сомнѣнія, что въ отдѣльныхъ случаяхъ результатъ можетъ быть обратный, т.-е. что ошибка въ правѣ именно окажется извинительной. Это можетъ условливаться трудностью въ данномъ вопросѣ найти вполнѣ несомнѣнный выходъ изъ спорныхъ мнѣній *), а затѣмъ и личными свойствами заблуждающагося (у римлянъ — женщинамъ, когда дѣло шло не о выгодѣ, а объ убыткѣ, воинамъ, простолюдинамъ ошибка въ правѣ, какъ извѣстно, не вмѣнялась). При этомъ по общему правилу, лицо, ищущее экскульпировать свою ошибку, обязано доказать не только ея наличность, но и извинительность ея для него **).

Въ интересахъ незыблемости юридическихъ сдѣлокъ было бы натурально весьма важно искать заранѣе увѣренности, что лицо, совершающее ее, ясно представляетъ себѣ все юридическое содержаніе совершаемой имъ сдѣлки. Выполнить, однако, это въ области гражданскихъ правоотношеній, не стѣсняя свободы и легкости обмѣна, дѣло до крайности трудное. И такъ, возможность *ошибокъ въ правѣ* и трудность ихъ поправокъ ложится

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

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

обыкновенно своей тяжестью на совершающихъ сдѣлки. Только въ отдѣльныхъ случаяхъ законъ предусматриваетъ необходимость особой увѣренности въ томъ, что лица, вступающія въ сдѣлку, знаютъ все, къ чему ихъ обязываетъ по закону ихъ волеизъявленіе. Французскій кодексъ предписываетъ въ самый день вступленія въ союзъ супружескій прочтеніе, черезъ officier de l'état civil сторонамъ (т.-е. брачущимся) въ мѣстѣ, гдѣ совершается обрядъ гражданскаго бракосочетанія, въ присутствіи четырехъ свидѣтелей, всѣхъ документовъ, касающихся ихъ гражданскаго состоянія и обрядностей совершенія брака, и *шестой главы титула кодекса „О супружествѣ“* (это 5-ый тит. 1-ой кн.) *„О взаимныхъ правахъ и обязанностяхъ супруговъ“* *), послѣ чего officier de l'état civil выслушиваетъ волеизъявленіе сторонъ вступить въ супружество и именемъ закона объявляетъ бракосочетаніе совершившимся, о чемъ тутъ же составляется надлежащій актъ (art. 75).

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

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

---

*) Прочтеніе этого chapitre не вызываетъ никакого недоразумѣнія въ смыслѣ нравовъ. Чтеніе же соотвѣтствующ. §§ Прусск. Ландрехта (см. выше, стр. 140 и слѣд.) представило бы, конечно, значительныя неудобства. Bechmann полагаетъ, что совершающій волеизъявленіе можетъ не знать подробностей и ограничиваться „эмпирическими“ результатами его. И его наставленіе сюда не подойдетъ, ибо Ландрехтъ трактуетъ въ указан. §§ не юридическій институтъ брака, а вовсе другую матерію.

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

Нѣмецкое Гражданское Улож. 96 г. идетъ много далѣе въ общихъ легальныхъ опредѣленіяхъ, касающихся содержанія юридическихъ сдѣлокъ. § 138 установляетъ ничтожество юридической сдѣлки, противной добрымъ нравамъ, а затѣмъ опредѣляетъ: ничтожна въ особенности та юридическая сдѣлка, посредствомъ которой подвергается эксплуатаціи крайность, легкомысліе, неопытность для имущественныхъ выгодъ эксплуатирующаго или третьяго, явно несоотвѣтствующихъ дѣйствіямъ, за которыя онѣ обѣщаны и стоимость которыхъ онѣ очевидно превосходятъ.

Эта замѣчательная статья составляетъ несомнѣнно обобщеніе легальныхъ мѣръ, которыя въ послѣднія три десятилѣтія очень заботили законодательство австрійское, прусское, отечественное, англійское даже, и направлялись противъ крайнихъ консеквенцій либеральныхъ экономическихъ доктринъ въ вопросѣ въ особенности о высотѣ роста, тяжкихъ неустойкахъ и штрафахъ, подъ гнетомъ коихъ гибли массы рабочихъ людей, заслуживающихъ лучшей участи.

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

§ 37.

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

По различію содержанія юридическихъ сдѣлокъ ихъ издавна располагаютъ въ различныя группы. Съ этой точки зрѣнія мы имѣемъ весьма распространенныя категоріи сдѣлокъ inter vivos и mortis causa, сдѣлокъ возмездныхъ и дарственныхъ, односторонніхъ и обоюдныхъ, главныхъ, побочныхъ или придаточныхъ, условныхъ, срочныхъ и проч. Самые элементы, изъ коихъ слагается содержаніе юридическихъ сдѣлокъ, тоже изстари принято квалифицировать какъ существенные, нормальные, случайные. Нѣкоторые пандектисты, по схоластической традиціи, ведутъ этотъ анализъ состава сдѣлокъ еще много дальше. Нѣтъ сомнѣнія, что, по разнымъ соображеніямъ, дистинкціи и сочетанія, основанныя на содержаніи сдѣлокъ, можно сдѣлать очень обильными и крайне развѣтвленными. Мы вовсе не будемъ разсматривать всѣхъ этихъ расчлененій и остановимся лишь на нѣкоторыхъ, особенно близкихъ къ нашей системѣ, чтобы уяснить себѣ, къ чему собственно ведутъ такія группировки въ смыслѣ общихъ юридическихъ проблемъ?

Насъ интересуетъ именно эта сторона дѣла.

Нѣкоторыя изъ указанныхъ нами выше категорій сдѣлокъ служатъ основой для распредѣленія юридическаго матеріала въ составѣ кодифицированныхъ системъ. Этотъ пріемъ виденъ частью уже въ юстиніановской кодификаціи. Изъ современныхъ кодексовъ его можно отмѣтить въ Code civil, особенно въ третьей книгѣ Des différentes manières dont on acquiert la propriété (art. 711, 1102—1106). Нашъ т. X ч. 1 книги второй раздѣлъ III (о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ *вообще*) не останавливается на этихъ группировкахъ. Но книга третья и четвертая расположены именно по этому критерію. Въ книгѣ 3-й мы имѣемъ соотвѣтствующій титулу 2-ому книги 3-ьей code civil (des donations entre vifs et des testaments, art. 893 — 1100) раздѣлъ первый, трактующій о *дарственномъ* или безмездномъ пріобрѣтеніи правъ на имущество. Сюда входятъ: пожалованіе, *дареніе*, выдѣлъ, приданое, *духовное завѣщаніе* Раздѣлъ 3-ій даетъ намъ не противуположеніе группы *дарственныхъ* способовъ группѣ

возмездныхъ, какъ можно было ожидать, а *порядокъ обоюднаго пріобрѣтенія* правъ на имущества, куда включена купля и мѣна, но не другіе виды договорныхъ обязательствъ, для которыхъ, по особымъ основаніямъ (о чемъ позже), наша кодификація резервировала четвертую книгу.

Всмотрѣвшись ближе въ эти пріемы анализа сдѣлокъ по различію ихъ содержанія, мы легко замѣтимъ, что въ нихъ далеко не первое мѣсто принадлежитъ *собственно юридическимъ* основамъ конструкціи. Сдѣлки дарственныя и тестаментарныя съ извѣстной точки зрѣнія, конечно, могутъ быть связаны въ одну категорію, но эта связь чисто матеріальная, черта выгоды, стяжанія, видная и тутъ и тамъ, а вовсе не общая конструктивная юридическая основа двухъ названныхъ видовъ сдѣлокъ, даренія и тестамента. Точно также только *экономическая* точка зрѣнія подскажетъ намъ сочетаніе въ одну категорію сдѣлокъ дачу приданаго, пожалованіе, пожертвованіе. Именно юридическая сторона дѣла здѣсь далеко не на первомъ планѣ.

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

Такія группировки несомнѣнно составляютъ пріемъ разработки юридическаго матеріала внѣшній, условленный совсѣмъ не самимъ матеріаломъ, а необходимостью такъ или иначе привести его въ нѣкоторый порядокъ, хотя бы, такъ сказать, навязанный ему. Въ результатѣ это не систематика юридическихъ явленій, а какъ бы подмостки, лѣса, которые помогаютъ разобраться въ матеріалѣ, но вовсе натурально не способны замѣнить собою того плана, по коему имѣетъ быть воздвигнуто цѣлое зданіе и расположены его части. Этотъ планъ зданія и эти входящія въ него группировки частей не могутъ быть чуждыми матеріалу, изъ коего зданіе возводится. Для системы юридическихъ институтовъ основы ихъ сочетанія и расчлененія должны быть *юридическія*, а не внѣшнія, не экономическія. Лѣса и подмостки

останутся только вспомогательнымъ внѣшнимъ средствомъ для разработки матеріала и отнюдь не должны быть смѣшиваемы съ планомъ зданія *). Между тѣмъ есть писатели, которые на этой внѣшней сторонѣ дѣла останавливаются съ такой любовью и вниманіемъ, какъ будто именно не въ планѣ, не въ зданіи, а въ этихъ лѣсахъ и подмосткахъ все дѣло, какъ будто въ нихъ-то именно и заключается живая сущность институтовъ, ихъ стиль, свойственный времени и эпохѣ особый ихъ чеканъ, ихъ индивидуальный характеръ.

Въ чемъ именно должна заключаться эта внутренняя разработка институтовъ, какой отсюда долженъ получиться планъ общей ихъ системы, и группировка по внутреннимъ, основаннымъ на самой природѣ юридическихъ явленій, признакамъ, объ этомъ мы будемъ имѣть случай сказать въ заключеніи общей части, въ особой главѣ „О систематикѣ юридическихъ институтовъ“.

То же, что мы говорили здѣсь объ институтахъ, слѣдуетъ сказать и о юридическихъ сдѣлкахъ. Для особенности каждой отдѣльной можетъ быть характерно, конечно, и то, есть ли сдѣлка безмездная, или возмездная, обоюдно- или односторонне-выгодная; но на этихъ чертахъ трудно строить специфически-юридическія группы сдѣлокъ, на каждой изъ коихъ лежалъ бы дѣйствительно особый стиль ея конструкціи, печать самобытности, юридической оригинальности и характера, съ помощью коего мы отличимъ ея конструкцію отъ конструкціи другой сдѣлки или другой группы сдѣлокъ совсѣмъ иного въ юридическомъ смыслѣ стиля.

Возможно, однако, и здѣсь уже, при изученіи содержанія сдѣлокъ, различить такія характерныя особенности, отличающія однѣ ихъ группы отъ другихъ, которыя не составляютъ только внѣшнихъ ихъ свойствъ, а именно опредѣляютъ особую внутреннюю природу ихъ юридическаго строенія. Это именно особый ихъ юридическій стиль, тѣ черты, коими опредѣляется та сто-

*) Когда мы станемъ на эту фальшивую точку зрѣнія, то для насъ окажется возможнымъ выполнять такія работы, какихъ и въ голову не придетъ при взглядѣ на вещи простомъ и ясномъ. Нѣтъ сомнѣнія, что можно написать исторію института, одного, многихъ, исторію системы, гдѣ именно пройдутъ передъ нами различныя, въ смыслѣ юридическомъ, методы построеній юридическихъ институтовъ, особыя черты ихъ юридическаго характера, способа защиты правоотношеній и проч. Это понятно! Но вѣдь вотъ что возможно на ряду съ этимъ. Если у насъ подъ рукой накопится не этотъ матеріалъ, а именно совершенно внѣшній, т.-е. то именно, что мы выше называли лѣсами и подмостками, то, казалось бы, какую тутъ возможно сочинить исторію, какія могутъ здѣсь оказаться ордена и стили? И, однако, находятся любители, умѣющіе создать и исторію подмостковъ, ихъ стиль и характеръ, только, натурально, не подъ этимъ именемъ, а подъ совершенно приличнымъ титуломъ Исторіи кодификаціи.

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

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

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

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

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

Блестящую эпоху въ развитіи ученія объ абстрактныхъ и матеріальныхъ *договорахъ въ особенности* и *юридическихъ сдѣлокъ вообще* открываетъ въ нашемъ вѣкѣ школа Савиньи, на почвѣ изученія общаго права, а въ связи съ этимъ и новыхъ институтовъ права торговаго. Труды Либе, Эйнерта, Гнейста, Савиньи, Сальпіуса,

Отгона Бэра, Экснера и др. *) освѣщаютъ яркимъ свѣтомъ во всемъ размѣрѣ юридическій и техническій интересъ изученія этого явленія въ примѣненіи къ различнымъ институтамъ цивильной системы.

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

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

Къ этому мы и приступимъ.

Та самая ст. 63 прил. къ ст. 708 т. X, ч. 1, на которую мы только что сдѣлали указанія выше *предоставляя заключающимъ акты помѣщать въ оныхъ произвольныя условія по ихъ усмотрѣнію, предписываетъ, чтобы въ сихъ условіяхъ не было допускаемо .. рѣчей вовсе ничего не значущихъ.*

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

Что же слѣдуетъ разумѣть въ содержаніи актовъ подъ рѣчами *вовсе ничего не значущими?* Мы имѣемъ на этотъ вопросъ нѣкоторое оффиціальное разъясненіе, которое, однако, съ перваго взгляда даетъ только отрицательный результатъ. Вотъ оно. Указомъ 1701 г. марта 7, повелѣно писать всякія крѣпости *противъ образцовъ*, данныхъ изъ Оружейной палаты. Образцовъ такихъ,

*) Заглавіе ихъ трудовъ можно найти въ любомъ учебникѣ пандектнаго права, а также въ моей работѣ „Основная форма корреальнаго обязательства. Историко-юридическое и критическое изслѣдованіе по римскому праву. Н. Дювернуа. Ярославль. 1874 г.“, гдѣ гл. I разд. 1 посвященъ литературному очерку по занимающему насъ вопросу въ связи съ ученіемъ о стипуляціи. Въ текущемъ году появилась въ Юрьевѣ новая работа по этому же предмету: Абстрактныя и матеріальныя обязательства въ римскомъ и современномъ гражданскомъ правѣ А. С. Кривцова. 1898 г. Авторъ вполнѣ овладѣлъ всей трудной проблемой въ связи ея съ цѣлымъ рядомъ тѣсно соприкасающихся вопросовъ (ученіе о causa) и литературой, особенно нѣмецкой, до послѣднихъ дней. Съ помощію книги г-на Кривцова наши цивилисты, незнакомые съ нѣмецкимъ языкомъ, могутъ безъ особаго труда оцѣнить все значеніе проблемы для цѣлаго ряда практически важныхъ институтовъ цивильной системы. Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть случай не разъ возвращаться къ названной книгѣ, которой нельзя не пожелать успѣха въ серьезной читающей русской публикѣ. Г-нъ Кривцовъ не дѣлаетъ указаній на предшествующую отечественную, правда, очень небогатую литературу. Изъ трудовъ русскихъ, заслуживающихъ полнаго вниманія, слѣдуетъ назвать работу г. М. А. Окса „Женщина какъ продуктивный дѣятель въ сферѣ права и ученія о кондикціи.“ (Чтеніе въ одесск. юридич. Обществѣ). Одесса. 1884 г.

однако, въ дѣйствительности дано не было, какъ видно изъ дѣла, хранящагося въ Архивѣ кодификаціоннаго отдѣла при Государственномъ Совѣтѣ, о формахъ крѣпостямъ (ст. 62 указ. прил. къ ст. 708, примѣч.). И такъ,—ничего незначущія рѣчи были бы тѣ, которыя писаны *не противъ образцовъ*. Но когда образцовъ нѣтъ, то вопросъ о ничего незначущихъ рѣчахъ остается, очевидно, открытымъ.

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

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

Мы попытаемъ въ дальнѣйшемъ разъяснить этотъ вопросъ.

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

Если намъ нужна, въ нашихъ цѣляхъ, переработка живого образа человѣка въ такую условную юридическую потенцію, какова *личность въ гражданскомъ правѣ*, то, натурально, и всѣ проявленія этой силы должны быть въ тѣхъ же цѣляхъ переработаны по этому же методу въ типическія дѣянія, въ *типическія волеизъявленія*, которыя не могутъ и не должны, безъ вреда для дѣла, заключать въ себѣ ничего въ юридическомъ смыслѣ излишняго, никакихъ *ничего не значущихъ рѣчей*. Для

БИБЛІОТЕКА СОЦІАЛИСТИЧЕСКОЙ АКАДЕМІИ

насъ такимъ образомъ и здѣсь будутъ имѣть значеніе только такія рѣчи, которыя или прямо даны легальнымъ формуляромъ, могутъ быть составлены по нѣкоторому заранѣе опредѣленному шаблону. Нельзя не только внѣшнимъ образомъ выражать свою волю любыми способами, словомъ, жестомъ, начертаніемъ, о чемъ позже, но и самое *содержаніе волеизъявленія*, этотъ *внутренній моментъ* юридической сдѣлки надлежитъ особымъ методомъ переработать въ нашихъ цѣляхъ. Въ составѣ юридическаго волеизъявленія нельзя напр. *хотѣть разбогатѣть*, что, однако, такъ часто составляетъ всю суть дѣйствительныхъ побужденій нашихъ для совершенія юридическихъ операцій, нельзя *хотѣть пріобрѣсти* (примѣръ выше), нельзя даже, какъ сейчасъ увидимъ, прямо *собользновать страждущему человѣчеству*. Можно только *купить*, *продать*, *отказаться отъ иска*, *совершить дарственную запись* и прочее подобное. Все остальное для вопросовъ права *ничего не значущія рѣчи*.

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

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

Но, отказавъ намъ въ готовыхъ формулярахъ, нашъ законодатель какъ будто и вовсе лишилъ насъ критерія для различенія *рѣчей значенія неимѣющихъ* отъ такихъ, которыя именно образуютъ все юридическое содержаніе сдѣлки и опредѣляютъ весь ея юридическій характеръ. Такъ ли это, однако? Возьмемъ примѣръ. N, жертвуя свою вотчину для устройства въ ней и изъ ея доходовъ

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

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

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

она не могла быть мнѣ нужна, и это я докажу, а со скрытой цѣлью—найти признаки преступленія,—примѣръ изъ практики);— и все это не дѣлаетъ купли-продажи иной сдѣлкой въ одномъ случаѣ, чѣмъ въ другомъ.

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

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

Эти внѣшніе для сдѣлки моменты такъ же уходятъ изъ ея состава, какъ мелкія единицы естественнаго счисленія времени, computatio naturalis, выбрасываются въ счисленіи гражданскомъ, computatio civilis.

Въ вопросахъ гражданскихъ правоотношеній мы также не имѣемъ возможности и надобности считаться со всѣми натуральными и фактическими данными волеизъявленій, какъ въ вопросахъ о личности съ біографическими данными каждаго носителя гражданской правоспособности.

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

Устранивъ, такимъ образомъ, все, что составляетъ *вовсе ни-*

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

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

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

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

Такой же формально-извѣстный моментъ индивидуализируетъ сдѣлку даренія, гдѣ формально-опредѣленный мотивъ, *юридическая* каузальность, не есть ни тщеславіе, ни человѣколюбіе, а воля дарителя совершить обогащеніе одаряемаго (locupletior fieri) насчетъ умаленія имущества дарителя (pauperior fieri). Это и будетъ юридически-каузальный моментъ, индивидуализирующій составъ сдѣлки даренія, совершенно независимо отъ той

causa естественной, которая тоже можетъ быть на лицо или въ видѣ тщеславія, или въ видѣ искренняго побужденія старой дружбы, человѣколюбія, ровно ничего не измѣняя въ юридической сущности дарственнаго акта.

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

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

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

Мы видѣли выше, что наше законодательство не выработало готовыхъ образцовъ для любыхъ сдѣлокъ, выразивъ только требованіе, чтобы въ ихъ составъ не было вводимо *ничего незначущихъ рѣчей*. Это отрицательная сторона вопроса. Но, затѣмъ, въ составѣ нашего гражданскаго кодекса, какъ и любого другого, не трудно найти *абстрактно формулированные признаки сдѣлокъ* въ составѣ институтовъ разнаго содержанія, такъ что мы изъ этихъ положеній легко узнаемъ, какіе реквизиты необходимы для цѣлаго ряда сдѣлокъ договорныхъ (купля, мѣна, поставка, наемъ, подрядъ, заемъ, уплата и т. под.), актовъ укрѣпленій имуществъ при жизни (дарственная запись, выдѣлъ частей или назначеніе приданаго изъ недвижимыхъ имуществъ и проч.), распоряженій на случай смерти (назначеніе наслѣдника, отказы). Съ помощью такихъ абстрактно-выраженныхъ реквизитовъ сдѣлки въ составѣ того или другого института, мы и безъ готовыхъ образцовъ можемъ сами формулировать сдѣлку любого содержанія. Это положительная сторона вопроса.

Въ этомъ сочетаніи акта воли и юридической нормы для понятія сдѣлки также сказывается особая природа *сдѣлки граж-*

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

данской, какъ въ сочетаніи нормы и иска выражается природа *самаго права гражданскаго*. И тутъ и тамъ правоспособный и дѣеспособный субъектъ приводитъ въ дѣйствіе отвлеченную норму, чтобы измѣнять такъ или иначе свои правоотношенія, по своему усмотрѣнію (это jurisdictio voluntaria), или чтобы возстановлять ихъ, въ случаяхъ нарушенія нормы, исковыми средствами, тоже предоставленными на его волю (это jurisdictio contentiosa) *).

Выше мы брали самые простые примѣры сочетаній въ составѣ сдѣлки волеизъявленій съ разными каузальными моментами. Я даю деньги credendi, solvendi, donandi causa. Натурально, это не единственные случаи подобныхъ сочетаній. Ихъ масса. Обыкновенно внутренній каузальный моментъ въ составѣ сдѣлки *даетъ имя самой сдѣлкѣ*. Итакъ, заемное обязательство именно и характеризуется этимъ моментомъ взятія или забора (займа) суммы или количества съ обязательствомъ возврата. Тоже для купли-продажи, гдѣ взаимность наличная (synallagma, contrat synallagmatique C. c. art. 1102) обоихъ обязательствъ выражена въ самомъ названіи. Тоже въ латинскомъ наименованіи найма, locatio conductio, и если не въ названіи, то въ строеніи и современнаго договора найма. Тоже въ сдѣлкахъ даренія, назначенія приданаго сказывается именно присущій имъ каузальный моментъ обогащенія одаряемаго, устроенія имущественной стороны брачнаго сожитія. То же видно, наконецъ, въ сдѣлкахъ вспомогательнаго или придаточнаго характера, каковы задатокъ, неустойка, поручительство. Намъ нѣтъ, однако, надобности исчерпывать все возможное разнообразіе внутреннихъ каузальныхъ моментовъ состава хотя бы *именованныхъ* сдѣлокъ, а затѣмъ, всѣмъ извѣстно, что за контрактами *именованными* латинская система знала цѣлыя категоріи контрактовъ *безыменныхъ*, въ коихъ сочетанія казуальныя прямо и ясно входятъ въ конструкціи (do ut des и т. д.). Наша скудная система сдѣлокъ и контрактовъ въ особенности можетъ натурально тоже расширяться, по усмотрѣнію сторонъ на такія сочетанія, для коихъ не найдется въ нашей рѣчи специфическихъ (nomina vulgaria et usitata) наименованій, общепринятыхъ у юристовъ и въ просторѣчіи. Въ этихъ разнообразныхъ сочетаніяхъ causa является намъ то какъ основаніе, то какъ цѣль волеизъявленія. Я уплачиваю, *потому что* считаю себя должнымъ. Я вручаю сумму, *чтобы* получить такое же количество обратно. Causa не является, стало быть, въ составѣ сдѣлки необходимо какъ одновременный обмѣнъ юридическихъ актовъ двухъ

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

сторонъ, а также и какъ послѣдовательный во времени. Это будетъ causa praeterita, когда основаніе дачи есть предшествующее ей, наличность долга (solutio), или causa futura, когда дача произошла въ цѣляхъ современемъ получить тоже количество обратно (creditum, contractus innominati).

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

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

И такъ, мы думаемъ, что мотивъ естественный, внѣшній для состава сдѣлки, и причинность формальная, юридическая, въ ея составѣ, двѣ вещи очень различныя по существу и по юридическимъ послѣдствіямъ для ея силы. Въ этомъ ученіи мы ближе сходимся съ результатами изслѣдованія Ленеля, который является въ этомъ вопросѣ наиболѣе рѣшительнымъ противникомъ ученія Виндшейда **).

Отправляясь, въ ученіи о строеніи юридической сдѣлки, отъ понятія воли, Виндшейдъ видитъ въ томъ, что онъ называетъ предположеніемъ (Voraussetzung) именно тѣ внѣшнія для сдѣлки обстоятельства, которыя служатъ для нея побужденіемъ, психически мотивируютъ ее. Здѣсь скрыта, по ученію Виндшейда,

---

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

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

первоначальная цѣль (erste Absicht) волеизъявленія, за которой, шагъ дальше, слѣдуютъ рѣшающіе мотивы. Это, стало быть, нѣкоторая скала, которую далеко не всегда легко разобрать, но которою условливается сила волеизъявленія (Виндшейдъ, Пандекты § 98). Фактически такія *предположенія* въ отдѣльныхъ случаяхъ оказываютъ несомнѣнное вліяніе на рѣшимость волеизъявленія. Съ точки зрѣнія *свободы воли* это далеко не безразличные моменты. Но крайне *субъективная* окраска подобныхъ мотивовъ дѣлаетъ ихъ въ смыслѣ *общаго* критерія для опредѣленія силы сдѣлки мало практичными. Въ этомъ смыслѣ Ленель правильно отвергаетъ значеніе такихъ невѣсомыхъ (imponderabilia) для юридической силы сдѣлки.

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

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

Безъ всякаго сомнѣнія, найти и указать для всей широкой области юридическихъ сдѣлокъ одинаково приложимый общій практическій критерій — задача до крайности трудная. Индивидуальное изслѣдованіе случая можетъ, по свойству сдѣлки, по особенностямъ личныхъ отношеній соучастниковъ, склонять воззрѣнія юристовъ то въ ту, то въ другую сторону. Поэтому было бы большой неосторожностью безусловно отвергать мысли Виндшейда о рѣшающемъ значеніи *первыхъ намѣреній или разсчетовъ* волеизъявленія для его силы. Мысли Виндшейда почерпнуты имъ изъ классическихъ источниковъ, надъ которыми онъ работалъ съ величайшей тщательностью. Все что можно поставить ему въ упрекъ, это что онъ, быть можетъ, съ нѣкоторой поспѣшностью обобщилъ ихъ. Ленель отвергаетъ значеніе психическихъ изысканій въ этой области вовсе и ставитъ на ихъ мѣсто свой экономически нормальный для добросовѣстнаго обмѣна кри-

терій, которымъ и думаетъ опредѣлять каузальныя отношенія въ составѣ юридической сдѣлки. Вопросъ о силѣ сдѣлки рѣшаетъ не то, чего хотѣло бы лицо, а то, чего оно *должно хотѣть* по этому критерію.

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

Итакъ, критерій экономическій есть тоже крайне растяжимый и пригодный нестолько для нормальныхъ свободныхъ гражданскихъ сдѣлокъ, сколько для случаевъ необходимости ихъ повѣрки въ виду очевидной ошибки въ волеизъявленіи и особенно обмана, побудившаго къ совершенію сдѣлки.

Такимъ образомъ, для опредѣленія основы и цѣли юридической сдѣлки мы никоимъ образомъ не находимъ возможнымъ принять, вмѣстѣ съ субъективистами, ни психическаго, ни вмѣстѣ съ объективистами, экономическаго критерія за рѣшающій для ея силы.

Кривцовъ очень близокъ къ цѣли, когда замѣняетъ ту и другую (психическую или экономическую) основу или цѣль „правовой цѣлью“, которая одна и должна служить мѣриломъ для опредѣленія силы сдѣлки (стр. 81 и толкованіе „berechtigt war“ у Ленеля).

Мы остаемся при выраженномъ нами выше взглядѣ, что моменты психическій или экономическій не могутъ служить *общимъ* рѣшающимъ мѣриломъ силы юридической сдѣлки. Рѣшаетъ въ вопросахъ права не то, чего я хочу, и не то, чего я, по экономическимъ соображеніямъ, долженъ хотѣть, а лишь то, что составляетъ *юридическую каузальность* данной сдѣлки. Это суть *внутренніе* необходимые для состава сдѣлки моменты, коими опредѣляется ея *формальная* основа и цѣль. Въ ней несомнѣнно находятъ себѣ отраженіе и психическіе, и экономическіе моменты.

Но они для содержанія юридической сдѣлки даютъ намъ лишь внѣшнюю, фактическую, а не внутреннюю юридическую ея сущность. Это претвореніе психическихъ мотивовъ и экономическихъ разсчетовъ въ юридическую формулу сдѣлки того или другого содержанія и характера несомнѣнно уподобляется тому пресуществленію, которое даетъ намъ классическій процессъ въ моментѣ litis contestatio. Только что тамъ новаціи подвергается прежнее матеріальное правоотношеніе, превращаясь въ этотъ моментъ въ новое формальное или процессуальное. Здѣсь же весь фактическій матеріалъ (психическій и экономическій) консумируется и претворяется въ юридическую сдѣлку, въ составѣ которой прежнія основы и цѣли фактическія получаютъ новый образъ каузальности и отношеній юридическихъ. Съ этихъ поръ я не потому покупщикъ, что къ этому у меня есть психическое побужденіе или экономическій разсчетъ, а прямо, хотя бы вопреки моего теперешняго желанія и разсчета, потому что я *обязанъ* принять на себя всѣ commoda и pericula rei; также какъ продавецъ обязанъ традировать проданную вещь, какъ бы ни было ему жаль и не разсчетъ разстаться съ ней, потому единственно, что онъ продавецъ, сторона въ юридической сдѣлкѣ, въ данномъ договорно-обязательственномъ или иномъ *юридическомъ* отношеніи.

Различеніе въ процессѣ образованія юридической сдѣлки этихъ предшествующихъ ей, внѣшнихъ моментовъ, мотивовъ, разсчетовъ, и тѣхъ, изъ коихъ окончательно слагается ея формальный образъ, съ этимъ внутреннимъ юридическимъ каузализмомъ, опредѣляющимъ ея индивидуальность, влечетъ за собою очень важныя практическія послѣдствія. Мы разсматривали выше тѣ случаи, въ которыхъ волеизъявленіе, вызванное принужденіемъ, ошибкой, обманомъ, можетъ потерять свой юридическій эффектъ именно въ виду этихъ его пороковъ. Случаи эти немногочисленны, и вовсе не часты въ нормальныхъ условіяхъ совершенія юридическихъ сдѣлокъ (см. выше §§ 34 и 35).

На ряду съ этимъ составъ сдѣлки можетъ быть такой, что въ немъ недостаетъ *юридической каузальности*, безъ которой она не должна имѣть силы. Я *уплачиваю*, натурально, въ предположеніи наличности *непогашеннаго долга*. Между тѣмъ кредиторъ раньше этой уплаты погасилъ этотъ долгъ выдачей росписки о платежѣ. Можно сказать, что уплата въ этихъ условіяхъ *не есть уплата*, и сдѣлка ничтожна по отсутствію юридически-каузальнаго для нея момента. Классики, однако, говорятъ не о ея ничтожествѣ, а лишь предоставляютъ уплатившему особый искъ, condictio indebiti. Путь гораздо болѣе соотвѣтствующій

подлинной природѣ правоотношеній цивильныхъ и открывающій возможность ближе къ индивидуальному случаю установить послѣдствія обогащенія безъ достаточнаго, въ юридическомъ смыслѣ, основанія.

Классики разработали для подобныхъ недостатковъ юридическаго состава сдѣлки цѣлую систему кондикціонныхъ исковъ ob causam datorum.

Мы не можемъ коснуться этого вопроса здѣсь же. Для этого есть свое мѣсто въ системѣ. Мы ограничиваемся указаніемъ связи вопроса о строеніи сдѣлки съ процессуальными способами противодѣйствія тѣмъ или другимъ недостаткамъ *состава сдѣлки*.

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

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

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

данномъ случаѣ болѣе или менѣе приближаютъ составъ такой сдѣлки къ дѣйствительному желанію волеизъявляющаго субъекта?

Наше законодательство отвѣчаетъ на это очень широкимъ разрѣшеніемъ „помѣщать въ оные (акты) произвольныя условія по ихъ усмотрѣнію“ (ст. 63 прилож. къ ст. 708), лишь бы въ этихъ условіяхъ не было распоряженій противузаконныхъ и не заключалось ябедническихъ вымысловъ (тамъ же ср. еще ст. 1528, 1529).

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

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

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что ни наше законодательство, ни наша практика, внѣ указанныхъ выше категорій сдѣлокъ (quae diem vel conditionem non recipiunt), отнюдь не противятся введенію въ составъ сдѣлокъ этого элемента, такъ сказать посторонняго для ихъ необходимаго обязательнаго юридическаго содержанія. Въ этомъ смыслѣ законъ нашъ совершенно вѣрно отмѣчаетъ свойство *условія* какъ *произвольнаго* элемента въ составѣ сдѣлки (указ. выше ст. 63).

Но ученіе объ условіи и срокѣ принадлежитъ къ числу совершенно неразработанныхъ, точнѣе, неразработанныхъ *самостоятельно* ни въ нашей, ни въ одной изъ западныхъ современныхъ системъ. Своимъ богатѣйшимъ развитіемъ оно обязано системѣ позднѣйшаго латинскаго права и латинской классической юриспруденціи. Основу для этого дала не простая склонность къ тонкой разработкѣ трудныхъ техническихъ проблемъ, не схоластика, а совершенно живая черта римскаго правосознанія. Ученіе объ условіи, объ условныхъ сдѣлкахъ развилось у нихъ

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

Что сдѣлалъ изъ этого схоластическаго разумѣнія геніальный толкователь Духа римскаго права Рудольфъ Іерингъ? Поставивъ *условіе* опять въ связь съ подлинной почвой первоначальнаго образованія этого явленія, онъ увидѣлъ въ немъ вовсе не самоограниченіе воли, а наоборотъ, всю мощь ея развитія. Условіе, говоритъ онъ, открываетъ сторонамъ возможность *подчинить себѣ будущее вмѣсто того чтобы себя ставить отъ него въ зависимость* (Geist § 53). Недаромъ римляне ставили признакъ

событія *въ будущемъ*, какъ существенный для понятій условія (прим. 208). На этомъ зиждется *польза и смыслъ условія въ гражданскомъ обмѣнѣ*. Только въ немъ мы находимъ средство захватить въ сферу нашего юридическаго владычества то, что для этой минуты представляетъ собою одну только возможность, и притомъ захватить такъ, какъ будто эта возможность уже стала дѣйствительностью (§ 53).

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

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

Намъ надлежитъ здѣсь остановить больше вниманія на другомъ модалитетѣ сдѣлки, имѣющемъ нѣкоторое родство съ условіемъ. Это еще болѣе чуткая къ внутреннему процессу образованія волеизъявленій форма. Виндшейдъ находитъ, и очень справедливо, что самое условіе, какъ элементъ строенія волеизъявленій, образуется не вдругъ, что есть нѣчто ему предшествующее въ процессѣ его образованія. Что-жъ это собственно будетъ?

*) Обширное изложеніе всего ученія чисто-латинскаго происхожденія см. въ указан. выше сочиненіи Эннекцеруса § 18 (стр. 171 и слѣд.); дѣйствіе условія и срочной сдѣлки § 33 (стр. 305); для тестаментарн. распоряженій стр. 393 и слѣд. Заключеніе § 79.

Вотъ съ этого и начинаются техническія трудности въ разработкѣ этого понятія. Виндшейдъ генетически опредѣляетъ это явленіе какъ *неразвившееся условіе*. Это тоже несомнѣнно правильно, какъ мы сейчасъ увидимъ. Самое явленіе насъ потому и интересуетъ въ особенности, что оно технически далеко не такъ разработано, какъ *условіе*. Но въ этой квалификаціи (*неразвившееся условіе*) очень мало юридической опредѣленности.

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

Въ отличіе отъ простого мотива для этой erste Absicht нуженъ шагъ ближе къ юридической извѣстности, но не такой крупный и рѣшительный шагъ, какой мы дѣлаемъ, когда выражаемъ нашу волю *условно*, чтобы она или вполнѣ наступила, или вовсе не наступала. Виндшейдъ, чтобъ приблизить эту стадію развитія, это *эмбріональное состояніе* условія къ цѣли извѣстности, чтобы *обнаружить* его, такъ сказать, даетъ этому явленію особое имя. Это не просто только стадія развитія условія, не его зародышъ, а нѣчто все же своеобразное, и посему назвать его слѣдуетъ *особымъ терминомъ*. Это, по Виндшейду, *Voraussetzung* — предположеніе. Тутъ какъ будто уже значительная мѣра извѣстности, какъ въ латинской praesumtio, напримѣръ. И въ этомъ смыслѣ нельзя бы не одобрить идеи Виндшейда. Нѣтъ сомнѣнія, что волеизъявленія совершаются постоянно *въ предположеніи* чего-либо. Но Виндшейдъ, къ сожалѣнію, далъ этому понятію такое широкое толкованіе, что въ область *такихъ* предположеній легко ввести и чисто внутренніе моменты процесса образованія воли (для силы сдѣлки *ничего незначущія рѣчи*), и чисто внѣшніе юридическіе каузальные моменты сдѣлокъ.

Заслуги Виндшейда по разработкѣ источниковъ несомнѣнны

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

Нѣтъ сомнѣнія, что многіе неустановившіеся первоначально элементы строенія сдѣлки современемъ отвердѣвали, входили въ ея составъ какъ существенные, необходимые для извѣстнаго типа признаки. Но потребности цивильнаго обмѣна никогда не находятся въ состояніи застоя, и послѣ того какъ состояніе броженія въ извѣстной сферѣ правоотношеній прекратилось, и мы получили опредѣленныя для этой сферы отношеній, устойчивыя понятія и типы, состояніе того же броженія, той же неустойчивости обнимаетъ дальнѣйшую сферу отношеній. Въ этомъ несмолкающемъ творчествѣ насъ занимаютъ не одни только его результаты, а на ряду съ этимъ и самое движеніе, самый про-

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

цессъ образованія, само неустойчивое состояніе элементовъ, ихъ броженіе...

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

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

И такъ, особое свойство modus'а въ томъ, что мы *присоединяемъ* къ сдѣлкѣ опредѣлившагося состава такой *оттѣнокъ* воле-

изъявленія, который не мѣняетъ типическаго свойства сдѣлки, не дѣлаетъ ее сдѣлкой другого типа, а лишь *видоизмѣняетъ* ее въ той или другой степени, именно точнѣе опредѣляетъ направленіе, тенденцію волеизъявленія.

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

Вы за службу получаете въ извѣстной провинціи доходный земельный участокъ. Это несомнѣнное *пожалованье*. Вся сдѣлка носитъ именно этотъ несомнѣнный характеръ квалифицированнаго *даренія*. Но если дареніе такихъ недвижимостей дѣлается служилымъ русскимъ людямъ въ провинціяхъ присоединенныхъ, гдѣ болѣе или менѣе слабо сознаніе связи съ центромъ, то пожалованіе такого рода обыкновенно принимаетъ специфическій видъ даренія sub modo, *съ тѣмъ, чтобы* пожалованный *вступилъ въ сословіе дворянъ той губерніи и уѣзда, гдѣ имѣніе находится, пользовался предоставленнымъ имъ правомъ* какъ по выборамъ, такъ и во всѣхъ другихъ отношеніяхъ, *управлялъ имѣніемъ лично* и по возможности *имѣлъ въ ономъ свое пребываніе* (т. X ч. 1 ст. 495 и 506). Другой примѣръ. Я отказываю мою вотчину такую-то моей дочери N *съ тѣмъ, чтобы* она не только дала пожизненный пріютъ моимъ бывшимъ слугамъ, но и похоронила ихъ рядомъ съ могилами ихъ близкихъ. Еще примѣръ. Я дарю N мой домъ *съ тѣмъ, чтобы* онъ усыновилъ оставшагося сиротой моего молочнаго брата. — Или: я оставляю С моимъ единственнымъ наслѣдникомъ *съ тѣмъ, чтобы* онъ исходатайствовалъ присоеди-

неніе къ своей фамиліи моей, которой я былъ послѣднимъ представителемъ. Наконецъ, образецъ постоянно повторяющихся въ старой практикѣ нашихъ духовныхъ грамотъ распоряженій: вотчину нашу старинную (имярекъ) отказываю такому-то монастырю *на вѣчный поминъ* душъ родителей моихъ, братьевъ и моей *).

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

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

Наши юристы употребляютъ для опредѣленія этого явленія въ составѣ сдѣлки разныя техническія названія. Прежде всего переводный съ нѣмецкаго терминъ *возложеніе* (Auflage). Это совершенно искусственное выраженіе, которое едва ли когда способно привиться къ русской рѣчи. Весь смыслъ нѣмецкаго подлинника въ томъ, что модалитеты волеизъявленій указаннаго типа обыкновенно содержатъ *приказъ* или *наказъ* дестинатарію сдѣлки совершить что-либо, *налагаютъ на него, стало-быть, обязанность* (*урокъ* въ старинномъ значеніи этого слова). Легальный терминъ есть *условіе* (ст. 976), *назначеніе* (1092), *цѣль, способъ употребленія* пожертвованнаго (1094). Нѣкоторыя изъ этихъ выраженій совершенно пригодны для опредѣленія свойства распоряженія. Но едва-ли какое изъ нихъ такъ вѣрно въ общемъ смыслѣ оттѣняетъ ту отличительную черту разсматриваемаго придатка, какъ латинское — *modus*, ибо въ немъ видна та существенная

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

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

для юридической природы этого именно придатка черта, что *основное волеизъявленіе въ составѣ сдѣлки остается тѣмъ же*, какимъ было, лишь съ нѣкоторымъ модалитетомъ, съ нѣкоторымъ нюансомъ въ цѣляхъ, въ направленіи его для даннаго случая. Найти въ нашемъ обиходѣ терминъ въ такомъ же опредѣленномъ и общемъ примѣненіи едва-ли возможно, потому въ особенности, что характерный латинскій терминъ выработали въ виду твердо установившихся типовъ сдѣлокъ съ ихъ точно опредѣленнымъ каузальнымъ составомъ, съ одной стороны, и технически выработаннымъ понятіемъ *условія*—съ другой, чего въ нашей системѣ нельзя найти *).

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

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

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

3. Содержаніе наказа составляетъ обыкновенно со стороны пріемлющаго даръ какое-либо *дѣйствіе*, совершеніе котораго становится для него обязательнымъ съ того времени, какъ онъ началъ пользоваться выгодной стороной сдѣлки.

4. Выполненіе наказа или урока *не составляетъ эквивалента* выгодъ, которыя пріобрѣтаетъ дестинатаръ, ибо тогда вся сдѣлка легко переходила бы въ другой типъ, не дарственнаго, а возмезднаго характера, съ несравненно болѣе надежнымъ по свойству принудительности, *юридическаго* напряженія, эффектомъ, въ куплю-продажу, наемъ, безъименный контрактъ и проч.

5. Самое содержаніе наказа можетъ не имѣть никакой рыночной цѣны и представлять собою простой актъ піетета, ува-

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

женія къ личности, къ памяти волеизъявляющаго, подобно встрѣчающемуся въ классическихъ источникахъ потестативному условію, носящему характеръ простой покорности волѣ завѣщателя (ut testamento pareatur v. Vangerow Lehrb., II § 435; лишь бы это не были такъ назыв. nuda praecepta см. выше Рудневъ, стр. 91).

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

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

7. Можетъ казаться страннымъ, что лицо, желая достигнуть цѣли, прибѣгаетъ не къ тому средству, которое его вѣрнѣе приведетъ къ ней, а къ другому, *менѣе надежному*. Даритель или завѣщатель sub modo не только побуждаетъ къ выполненію своего наказа, но даетъ всѣ средства для этой цѣли, и вмѣсто повелительнаго отношенія къ дестинатару ставитъ себя скорѣе въ отношеніе прекарное, съ оттѣнкомъ довѣрчивости, разсчета, прежде всего, на его добрую волю. Чѣмъ это объяснить? Это объясняется, несомнѣнно, тѣмъ кругомъ интересовъ, на огражденіе коихъ раз-

считана эта форма волеизъявленія и этотъ составъ сдѣлокъ. *Нельзя и нежелательно вынуждать юридическими средствами* патріотическаго настроенія, религіозныхъ чувствъ, уваженія къ памяти умершаго, любви къ дѣлу, предпріимчивости, которыя необходимы, чтобъ побудить къ выполненію наказовъ, взятыхъ нами выше въ примѣръ для освѣщенія особаго характера распоряженій, не входящихъ въ составъ сдѣлки, не дѣлающихъ ее условною и образующихъ *только модалитетъ* волеизъявленія.

8. Составляетъ ли, однако, эта форма волеизъявленія sub modo безсильный въ юридическомъ смыслѣ придатокъ сдѣлки, *ничего*, въ смыслѣ права, *незначущія рѣчи*, или заинтересованный даритель, наслѣдникъ, третьи лица, для коихъ небезразлично выполненіе или невыполненіе *наказа*, могутъ настаивать на выполненіи обязательнаго для дестинатара дѣянія, возложеннаго на него этимъ наказомъ?

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

Утверждать, что во всѣхъ случаяхъ невыполненія наказа должно имѣть мѣсто требованіе возврата всего дара или всѣхъ выгодъ, предоставленныхъ основной сдѣлкой, за невыполненіе какого-либо модалитета въ волеизъявленіи, было бы ошибкой. Въ вопросахъ такого неустойчиваго характера, какъ разсматриваемый нами здѣсь, не можетъ быть ничего фальшивѣе примѣненія одной мѣрки, одного шаблона къ любымъ комбинаціямъ. Въ этомъ смыслѣ мы и указываемъ для выхода изъ осложненій необходимость всякій разъ индивидуальнаго изслѣдованія случая, отношеній лицъ, отношеній модалитета къ главной сдѣлкѣ, словомъ, примѣнительности, что мы и выражаемъ въ нашемъ *требованіе начало справедливости, а не строгаго права*, какъ мѣрила для опредѣленія послѣдствій невыполненія наказа въ составѣ безмездной сдѣлки.

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

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

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

2) *Другой вопросъ* **), подлежащій здѣсь же нашему разсмотрѣнію, касается природы сдѣлки, *матеріальной или абстрактной*. Мы уже отчасти коснулись выше (стр. 684, 685) этого любопытнаго различія ихъ стилей. Но не установивъ предварительно, съ возможной въ краткомъ очеркѣ точностью, понятія юридической каузальности въ составѣ сдѣлки, намъ было трудно ближе подойти къ указанному различію ихъ строенія. Мы знаемъ теперь, что выраженная въ составѣ сдѣлки основа или цѣль воле-

*) Виндшейдъ § 99. См. наряду съ этимъ очень цѣнныя положенія Нѣм. Гр. Улож. въ стт. 525, 1940, особ. 2193—2195.

**) См. выше стр. 697.

изъявленія очевиднымъ образомъ опредѣляетъ ея типическій характеръ, ея постоянное, неизмѣнное *юридическое* содержаніе. Это будетъ одна изъ многочисленныхъ именованныхъ сдѣлокъ или это будетъ вполнѣ опредѣлившееся каузальное сочетаніе безъ ходячаго общепринятаго наименованія. Общее свойство тѣхъ и другихъ сдѣлокъ будетъ заключаться въ томъ, что ихъ строеніе есть *неизмѣнное*, *постоянное*, точнѣе, *матеріально* характеризованное. Это будетъ купля, дареніе, уплата, заемъ и проч. Такой постоянный характеръ допускаетъ очень незначительныя колебанія и приближенія къ особымъ намѣреніямъ сторонъ для даннаго случая въ видѣ условія, срока и проч. Это шагъ ближе къ дѣйствительному, фактическому содержанію воли въ составѣ сдѣлки.

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

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

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

Это противуположеніе состава волеизъявленія встрѣчается не въ однѣхъ сдѣлкахъ, но и въ законѣ, напр., гдѣ тоже въ составѣ нормы можетъ быть выражена или ясно чувствоваться связь, положимъ, запрещенія съ его мотивомъ или цѣлью; но эта связь можетъ быть и совершенно скрыта. Въ послѣднемъ случаѣ это *формальный* запретъ, быть можетъ, съ указанными послѣдствіями для нарушителя, но безъ указанія какихъ-либо соображеній и разсчетовъ, руководившихъ волею законодателя. Подъ страхомъ штрафа воспрещается движеніе по такимъ-то мѣстамъ, ношеніе такихъ-то знаковъ... Насъ здѣсь интересуютъ только *сдѣлки*.

По отношенію къ этому различію состава сдѣлокъ и стилю ихъ конструкціи французскій кодексъ ставитъ категорическія по-

ложенія, вполнѣ опредѣляющія существо дѣла. Обязательство, не имѣющее никакой каузальной основы (sans cause), или построенное на ложномъ или противномъ закону основаніи, неспособно произвести никакого дѣйствія (art. 1131). Однако, сила соглашенія (convention) не умаляется, хотя бы каузальная его основа осталась *невыраженною*. La convention n'est pas moins valable qvoique la cause n'en soit pas exprimée (1132).

Французское право широко распространяетъ примѣненіе соглашеній или сдѣлокъ хотя не тожественной, но подобной конструкціи за предѣлы однихъ имущественныхъ договоровъ. Возьмемъ для примѣра разводъ (divorce). Code Napoléon зналъ двѣ категоріи основаній развода (causes du divorce). Одну составляли такъ называемыя causes déterminées (adultère, excès, sévices, injures graves, condamnation à une peine afflictive et infamante); другую категорію составляли тоже несомнѣнно существующія, но скрытыя, *не выраженныя*, не прецизированныя *основанія*, извѣстность коихъ замѣняетъ взаимное формально выраженное и неизмѣнное (mutuel et persévérant — неизмѣнность опредѣляется тоже внѣшнимъ критеріемъ) соглашеніе развестись. Очевидно, въ послѣдней категоріи мы имѣемъ сдѣлку отрѣшеннаго, абстрактнаго характера, съ *невыраженнымъ каузальнымъ* моментомъ.

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

Мы не послѣдуемъ за нимъ въ эту область общихъ проблемъ юридической методологіи, юридическаго формализма въ особенности, на которомъ мы имѣли случай не разъ останавливаться въ

*) По этому вопросу краткія указанія см. у Crome Allgemeiner Theil d. modern. französ. Privatrechtswissensch. 1892, § 31, тамъ же указ. франц. литер.; особ. Laurent Principe т. XV (№ 450 и слѣд.), XVI (№ 106, 157, 160, Zachariae (Dreyer) II стр. 455, Aubry-Rau IV, стр. 320, Demolombe 24 № 344 и слѣд.

Вопросъ принадлежитъ и здѣсь къ весьма контроверзнымъ.

различныхъ частяхъ нашего курса. Если задача изученія *юридическихъ абстракцій* можетъ быть сведена, съ одной стороны, къ такимъ *общимъ* вопросамъ метода, то, съ другой, она уясняется детально и вполнѣ лишь въ виду *отдѣльныхъ* институтовъ, въ особенности цивильныхъ институтовъ имущественнаго обмѣна, въ обиліи и разнообразіи коихъ только и возможно болѣе или менѣе близко освоиться со всѣми трудностями этой задачи.

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

§ 38.

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

Современное право, говорятъ намъ нѣмецкіе пандектисты, не реципировало латинской стипуляціи. Это справедливо *). Но было бы совершенно ошибочно заключать отсюда, что въ современномъ правѣ нѣтъ цѣлаго ряда понятій и сдѣлокъ, по особенностямъ своего строенія, по своему стилю, вполнѣ соотвѣтствующихъ существеннѣйшимъ особенностямъ латинскихъ абстрактныхъ обязательствъ. Скажемъ болѣе, несмотря на отсутствіе рецепціи вербальнаго контракта, стипуляція, ея разнообразныя функціи въ латинскомъ обмѣнѣ, акцептиляція, служатъ до сихъ поръ и еще долго будутъ служить исходнымъ, правда, только исходнымъ, а не исчерпывающимъ, моментомъ для изученія разнообразныхъ явленій теперяшняго права.

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

Выше мы имѣли случай указать, что элементы внутренняго формализма особенно обильны въ строеніи сдѣлокъ торговаго права (стр. 641 пр.).

---

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

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

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

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

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

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

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

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

***) Есть, однако, противники и всей конструкціи Бэра. Я указывалъ на

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

Въ частностяхъ возможны поправки воззрѣній О. Бэра; но въ общей постановкѣ изученія явленій абстрактнаго обязательства нельзя найти ни въ какой литературѣ ничего болѣе законченнаго и исчерпывающаго, чѣмъ это общее ученіе, творцомъ котораго является Оттонъ Бэръ. Отдѣльныя поправки его ученія дѣлались уже и будутъ еще дѣлаться; основы его несомнѣнно останутся надолго непоколебимыми.

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

Но совершенно такую же *скалу* легко наблюдать и въ обратномъ направленіи. Начиная отъ простой абстракціи состава сдѣлки отъ каузальныхъ ея моментовъ, мы можемъ и всѣ другіе элементы ея строенія (объектъ, обѣщанную по существующему курсу сумму; кругъ лицъ, болѣе или менѣе широкій) тоже, какъ бы по ступенямъ, отрѣшать все больше и больше отъ всего, что ее и

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

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

въ этомъ смыслѣ индивидуализируетъ и связываетъ съ опредѣленнымъ кругомъ лицъ или вещей, возвышая ее до вполнѣ отрѣшеннаго и отъ извѣстнаго круга вещей (какой нуженъ въ традиціи) и отъ извѣстнаго круга лицъ абстрактнаго обѣщанія извѣстной суммы, и только, для круга лицъ, тоже болѣе или менѣе легко измѣнчиваго.

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

Насколько эти частности могутъ видоизмѣнять природу отдѣльныхъ видовъ абстрактной сдѣлки, — это не трудно освѣтить примѣрами. Такимъ образомъ, вексель, который по своей конструкціи несомнѣнно долженъ быть причисленъ къ высшимъ типамъ абстрактныхъ построеній, вовсе *неспособенъ принять въ свой составъ каузальный моментъ*. Вексель съ этимъ придаткомъ перестанетъ быть векселемъ. Напротивъ, традиція и стипуляція *факультативно допускаютъ въ своемъ составѣ именно каузальный моментъ*. Такія эвентуальныя уклоненія отдѣльныхъ видовъ отъ типическихъ для цѣлой группы признаковъ служатъ нерѣдко источникомъ недоразумѣній.

Слѣдуетъ замѣтить, что нѣкоторые нѣмецкіе писатели допускаютъ абстрактныя сдѣлки въ сферѣ торговаго права и оспариваютъ ихъ примѣнимость для *права общаго* *). Этотъ вопросъ

*) Къ этому вопросу мы будемъ имѣть случай вернуться еще разъ позже. То, что утверждали нѣмецкіе юристы для своего *общаго права* до послѣдняго времени можно было принять за безспорное, допуская, натурально, въ принципѣ, что *рецепированное* право должно навсегда быть тѣмъ, какимъ оно опредѣлилось въ юстиніановой кодификаціи и въ итальянской рецепціи. Послѣднее принимали, однако, не всѣ нѣмецкіе юристы; прежде всего, въ разсматриваемомъ вопросѣ не принималъ этого исключительно формальнаго критерія О. Бэръ. Реципированное право тоже подлежитъ развитію, какъ всякое другое. Писателямъ прогрессивнаго лагеря совершенно основательно въ этомъ смыслѣ приписываютъ *дальнѣйшее творчество* въ сферѣ гражданскихъ институтовъ, въ чемъ они и являются настоящими продолжателями латинскаго творческаго юридическаго генія. Впереди весьма многихъ другихъ въ этомъ направленіи шелъ до конца своей славной дѣятельности О. Бэръ.—Что касается именно абстрактныхъ обязательствъ, мы видимъ ихъ широкое развитіе въ сферѣ институтовъ нѣмецкаго торговаго права и частью въ ландрехтахъ (о

имѣетъ совершенно локальный интересъ, но тоже очень содѣйствуетъ развитію недоразумѣній при изученіи дѣла по существу.

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

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

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

Какія же трудности встрѣчаются въ проблемѣ общей теоретической конструкціи института?

Мы имѣемъ здѣсь очевидно дѣло съ существенной модификаціей нормальнаго состава или содержанія сдѣлки, въ которой выражено близкое къ подлиннымъ матеріальнымъ разсчетамъ сторонъ отношеніе ея каузальныхъ моментовъ (продаю вещь, обязуюсь уплатить цѣну; уплачиваю, погашаю долгъ; даю въ займы, пріі-

---

чемъ позже), и только въ области *права общаго* они должны были оставаться такъ же мало развитыми, какъ въ кодификаціи Юстиніана!—Насъ эта формальная сторона дѣла мало интересуетъ, но ею несомнѣнно весьма часто объясняются контроверзы нѣмецкихъ юристовъ и по самому существу вопроса.

*) Виндшейдъ, Пандекты § 318, пр. 3.

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

обрѣтаю обязательство на ту же сумму). Эта модификація заключается въ томъ, что, обѣщая кредитору уплату суммы (стипуляція у римлянъ, простое обѣщаніе суммы у насъ), или заявляя, что получилъ удовлетвореніе (акцептиляція у римлянъ, долговая росписка у насъ), я не указываю при этомъ матеріальнаго основанія принятаго мною на себя обязательства или послѣдовавшаго мнѣ платежа. При этомъ я принимаю на себя обязательство или освобождаю отъ долгового обязательства не съ цѣлью обогатить дестинатара сдѣлки. Это чисто дѣловая имущественно-обязательственная сдѣлка или операція, которой объективныя нормы присвоиваютъ такую же юридическую силу, какъ и другимъ сдѣлкамъ съ отчетливо въ ихъ составѣ выраженнымъ матеріальнымъ каузальнымъ моментомъ.

Въ виду этого отступленія отъ *нормальнаго* строенія юридической сдѣлки съ видными въ ней каузальными сочетаніями, рядъ писателей нѣмцевъ (частью и французовъ; см. указанія Crome) находитъ, что сдѣлка безъ матеріальнаго каузальнаго момента представляетъ собою нѣчто *психически* невозможное. Воля, говорятъ они, никогда не является безпричинною, самодовлѣющею потенціей. Естественный ея процессъ есть всегда каузальный, въ смыслѣ причины или цѣли, которая вызываетъ ея дѣятельное состояніе. Это вѣрно!—Но, какъ мы видѣли выше, юриспруденція, допускающая абстрактныя сдѣлки, вовсе не противорѣчитъ этому общему реквизиту актовъ воли. Французскій art. 1131 прямо выражаетъ именно эту идею, говоря—l'obligation *sans cause*... ne peut avoir aucun effet. Наличность такой *cause*, очевидно, необходимо *предполагается* не только въ матеріальныхъ, но совершенно такъ же и въ *формальныхъ*, абстрактныхъ сдѣлкахъ. Если бы ея въ данномъ случаѣ не было, то *порокъ воли* (принужденіе, ошибка, обманъ) долженъ быть доказанъ заинтересованнымъ, и сдѣлка можетъ быть инвалидирована.

Вся разница обѣихъ категорій сдѣлокъ ограничивается тѣмъ, что наличное основаніе или цѣль (causa efficiens или causa finalis) остается для одной ихъ категоріи въ той же фазѣ развитія, въ какой нормально находятся въ любыхъ сдѣлкахъ *субъективные каузальные* моменты, несомнѣнно всегда и вездѣ существующіе. Я пріобрѣтаю, чтобы разбогатѣть, чтобы раскрыть слѣды преступленія, чтобъ захватить рынки (см. выше). Эти каузальные (психическіе) моменты существуютъ несомнѣнно, но ихъ *нѣтъ въ составѣ* сдѣлки, они въ ней *не выражены* (art. 1132 C. c.). Они составляютъ для нея *ничего незначущія рѣчи* (см. выше).

Сила сдѣлки поставлена внѣ зависимости отъ нихъ. Это *купля*, какія бы ни были *мои* побужденія для этой операціи!

Но,.. мы можемъ ровно ту-же абстракцію отъ налично существующихъ и несомнѣнныхъ каузальныхъ моментовъ провести и дальше. Я обѣщаю уплатить вамъ такую-ту сумму въ такой срокъ (reines, einfaches, formelles Summenversprechen). Здѣсь абстракція сдѣлана не отъ тѣхъ или другихъ *психическихъ* побужденій, а еще *сверхъ того и отъ юридической каузальности*, въ связи съ коей нормально возникаютъ такія обязательства платежей съ юридическимъ эффектомъ въ сдѣлкахъ *матеріально-каузальныхъ*. Методы наши тутъ и тамъ совершенно тожественны.

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

Но развѣ въ сдѣлкахъ матеріальныхъ выраженнымъ является непремѣнно *все*, что мотивируетъ волеизъявленіе? Въ нихъ тоже нормально обнаруживаются только *юридически* каузальныя сочетанія. А сколько остается еще побужденій, разсчетовъ, цѣлей, въ коихъ быть можетъ по существу скрыта именно вся суть данной имущественной операціи, которой вамъ, со стороны, будетъ видна одна показная часть. Я жертвовалъ вовсе не ради жертвы, я пріобрѣталъ вовсе не для пріобрѣтенія, а съ исключительной цѣлью разгромить соперничающую фирму! Нѣтъ сомнѣнія, что и въ этомъ „нормальномъ“ составѣ мы имѣемъ *не всю* волю, а тоже лишь нѣкоторую ея часть, далеко не соотвѣтствующую органической цѣлостности волевыхъ процессовъ. Это тоже абстракція, хотя, правда, не столь высокой пробы, не этой степени очистки, какъ въ сдѣлкѣ формальной, чистой, отвлеченной вполнѣ отъ матеріальной каузальности въ ея составѣ.

И такъ, воля та же тутъ и тамъ! Но волеизъявленіе въ составѣ одной сдѣлки образуется изъ акта воли и института купли продажи, займа или иного матеріально-каузальнаго, или тоже изъ акта воли и института торгово-обязательственнаго, вексельнаго, ипотечнаго или иного формально-каузальнаго, съ невыраженной

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

Мы увидимъ позже, что и между чисто матеріальными сдѣлками возможно различить такія, которыя, *въ ихъ примѣненіи на практикѣ*, крайне легко ускользаютъ изъ своей категоріи и служатъ цѣлямъ, какія должны собственно достигаться при помощи другой категоріи сдѣлокъ...

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

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

декларативную, удостовѣряющую наличность извѣстнаго процессуальнаго даннаго *)?

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

Договоръ признанія есть прямо *конститутивный актъ*. Ему, такъ же какъ и другимъ видамъ абстрактныхъ сдѣлокъ, принадлежитъ подлинно конститутивная для юридическаго отношенія, а не декларативная только сила. Абстрактная сдѣлка скорѣе можетъ быть сближена *съ судебнымъ рѣшеніемъ*, чѣмъ со способомъ доказательства. Это будетъ именно автономный актъ самоосужденія (Selbstverurtheilung). Дѣйствіе его есть *правотворящее*, а не подтверждающее только наличность существующаго уже права. Это такая же *формальная основа* для возникновенія, прекращенія юридическаго отношенія, какою способна служить дача денегъ для займа, консензъ для договора купли-продажи.

Наличность такого формальнаго *правоосновавія* (договоръ признанія, обѣщаніе долга, разсчетная сдѣлка, Abrechnung) вовсе не замѣняетъ и не исключаетъ необходимости *доказать* эту наличность тѣми или другими media probationis. Code civil выражаетъ это вполнѣ осязательнымъ образомъ, требуя представленія суду вмѣстѣ съ titre primordial еще и actes récognitifs (art. 1337) **).

Когда мы имѣемъ дѣло съ *подлиннымъ договоромъ признанія*, то это будетъ всегда обязывающій промиттента въ отношеніи къ

*) Мы не можемъ, конечно, здѣсь исчерпать любопытной контроверзы; подробности см. у Кривцова.

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

акцептанту актъ воли, *сдѣлка*, направленная на измѣненіе правоотношеній согласно намѣреніямъ сторонъ. Силу *подлиннаго* договора признанія нельзя разрушить доказательствомъ того, что содержаніе признанія (я признаю себя должнымъ N сто рублей) *не соотвѣтствуетъ истинѣ*. Достаточно если это формальное волеизъявленіе *соотвѣтствуетъ моей волѣ*. Было ли на лицо матеріальное основаніе для такого волеизъявленія — это вопросъ для его юридическаго эфекта вполнѣ безразличный. Я могу сдѣлать волеизъявленіе такого содержанія (признаю себя должнымъ 100) не потому, что занялъ, не потому, что не доплатилъ цѣны вещи, нанесъ ущербъ этого размѣра, а потому, быть можетъ, что я хочу акцептанта сдѣлать богаче, подарить ему эту сумму денегъ (это positive Anerkennung).

Съ такимъ же эфектомъ возможно сдѣлать волеизъявленіе *погашающее* обязательство или долгъ прямой абстрактной сдѣлкой, изъ коей видно только, что я принялъ отъ N извѣстную сумму въ уплату по нашимъ счетамъ, безъ всякаго указанія тѣхъ или другихъ матеріальныхъ основаній для вступленія въ эту погашающую сдѣлку (акцептиляція, negative Anerkennung). Какія бы ни возбуждались со стороны сомнѣнія насчетъ дѣйствительнаго существованія погашеннаго такимъ способомъ долга, *этимъ однимъ* нельзя поколебать силу такого договора.

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

Для того, чтобы абстрактное волеизъявленіе произвело весь свой эфектъ, необходимо, натурально, чтобъ оно послѣдовало по отношенію къ тому, кто заинтересованъ въ установленіи или погашеніи даннаго правоотношенія, и было имъ принято. Съ этимъ вмѣстѣ правотворящая сила абстрактной сдѣлки, въ чемъ бы она ни заключалась (быть должнымъ, или почитать долговое обя-

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

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

зательство погашеннымъ, positive u. negative Anerkennung), есть вполнѣ выраженная и такъ же мало подлежитъ колебанію, какъ любой иной, соотвѣтственный цивильнымъ нормамъ актъ воли дѣеспособнаго лица.

Если абстрактная сдѣлка имѣетъ несомнѣнную *правотворящую* силу и не подлежитъ тому разсмотрѣнію и оцѣнкѣ, какимъ подлежатъ доказательства вообще и признаніе въ особенности, то это не значитъ, что въ извѣстныхъ условіяхъ сила такой сдѣлки не можетъ быть оспорена *тѣмъ именно лицомъ*, отъ котораго она исходитъ. Мы съ компаньономъ закончили разсчетную операцію по извѣстному дѣлу, которое переходитъ ко мнѣ, и я обѣщалъ, въ заключеніе, произвести ему, не выражая при этомъ основы, платежи въ такіе то сроки, разумѣя, что передача мнѣ дѣла есть уже завершившаяся. Между тѣмъ оказывается, что по предмету передачи мнѣ дѣла я былъ въ ошибкѣ, въ ошибкѣ извинительной; тогда, натурально, я могу оспаривать силу моего обѣщанія, выведя теперь, ex post, то матеріальное основаніе, которое побудило меня дать обязательство, доказавъ 1) наличность этого матеріальнаго основанія, не выраженнаго въ сдѣлкѣ, 2) ошибку, подъ вліяніемъ которой я принялъ на себя это обязательство и 3) извинительность этой ошибки. Въ этомъ примѣрѣ содержаніе абстрактно-договорной сдѣлки есть *положительное*, я принялъ на себя платежи. Но я могъ вступить въ такую же договорно-обязательственную сдѣлку *отрицательнаго* содержанія, т.-е. удостовѣряющую, что долгъ такого-то погашенъ. Между тѣмъ погашеніе имѣло лишь послѣдовать. И въ такомъ случаѣ, натурально, на мнѣ будетъ лежать тяжесть доказать, что погашающая сдѣлка имѣла своимъ предметомъ такое то мое притязаніе, что въ виду удостовѣренія, оказавшагося впослѣдствіи обманомъ, о высылкѣ мнѣ платежа, я заключилъ указанную сдѣлку, которую теперь прошу инвалидировать.

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

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

Натурально, этимъ вовсе не исчерпываются всѣ юридическія и процессуальныя послѣдствія, которыя могутъ наступить для участниковъ сдѣлки и для третьихъ лицъ изъ подобныхъ абстрактно-договорныхъ обязательственныхъ и вещныхъ сдѣлокъ; но исчер-

пывающее представленіе всѣхъ такихъ эвентуальностей нельзя обстоятельно сдѣлать здѣсь, *въ общемъ ученіи*, а надлежитъ имѣть въ виду при изученіи отдѣльныхъ сдѣлокъ этого типа, традиціи, признанія долга, погашенія обязательствъ, вексельныхъ операцій и прочее.

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

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

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

1. Сдѣлки абстрактныя представляютъ по составу своему значительно большую простоту строенія сравнительно со сдѣлками матеріальными. Мы разумѣемъ здѣсь ихъ составъ, а не технику ихъ построенія *). Это совершенно понятно. Несравненно проще и короче выразить фацитъ разсчета, чѣмъ выводить всѣ факторы, изъ коихъ получился извѣстный результатъ. Въ огромной массѣ случаевъ все дѣло именно только въ томъ, что получилось въ результатѣ изъ всего ряда операцій, а не отдѣльныя стадіи движенія къ этому результату. И такъ, собственно тѣ сдѣлки, гдѣ есть возможность такого сводного результата, такихъ итоговъ, предметъ коихъ составляютъ въ особенности обѣщанія или погашенія опредѣленныхъ суммъ, должны всегда *сходить* къ такимъ простымъ выводамъ, къ результатамъ, гдѣ отдѣльные факторы можно почесть покрытыми этимъ разсчетомъ, погашенными.

*) Вопросъ о томъ, какіе типы развились раньше и содѣйствовали развитію другихъ, есть въ высокой степени важный въ научномъ смыслѣ, но требующій совсѣмъ специфически-историческихъ изысканій въ этой области. Литература французская и нѣмецкая представляютъ для этихъ изысканій по отдѣльнымъ (очень спорнымъ) проблемамъ весьма цѣнные вклады. Мы ограничимся здѣсь указаніемъ на нѣкоторую параллель, которую не трудно замѣтить между строеніемъ теперешнихъ (частью и средневѣковыхъ) абстрактно-обязывающихъ сдѣлокъ съ старинными латинскими абстрактными сдѣлками и особенно съ извѣстными старинными формами legis actionum, которыя тоже *начинались съ конца*, съ заключенія, и для которыхъ прямо наступала исполнительная стадія. Подобная Selbstverurtheilung въ составѣ сдѣлки могла, какъ и въ процессѣ, въ извѣстныхъ условіяхъ пойти обратно, къ началу, отъ заключительнаго момента къ предшествующему, къ основѣ самоосужденія, отягчая и матеріализуя такимъ образомъ составъ волеизъявленія (и спора) по мѣрѣ рессурсовъ, какіе въ данномъ случаѣ будутъ на лицо у должника Но это обратное движеніе не всегда имѣетъ мѣсто. Нормально такая paratissima executio даетъ всѣ выгоды не только удовлетворенія, но и удобной уступки такой безспорной, формально-законченной сдѣлки любому третьему.

2. Съ другой стороны, этой простотѣ состава сдѣлки въ смыслѣ *юридическомъ* содѣйствуетъ въ особенности то обстоятельство, что само волеизъявленіе въ ней является тоже безъ указанія матеріальныхъ мотивовъ, подъ дѣйствіемъ коихъ оно образовалось. Это тоже *упрощеніе* юридическаго состава сдѣлки. Здѣсь дѣло въ томъ, что каждое входящее въ составъ сдѣлки осложненіе, которое приближаетъ волеизъявленіе къ дѣйствительности, легко можетъ подать поводъ къ сомнѣніямъ и спорамъ, которые до крайности могутъ затруднить и замедлить достиженіе цѣли. И такъ, выражая мое обязательство уплаты въ связи съ массой различныхъ данныхъ, на коихъ это обязательство основано, я сохраняю за собой возможность, на случай предъявленія ко мнѣ иска, отвергать поочереди каждое изъ этихъ основаній до тѣхъ поръ, пока они всѣ не будутъ доказаны на судѣ. А это дѣло нерѣдко очень трудное. Этимъ крайне замедляется осуществленіе притязанія. И такъ, упрощеніемъ состава волеизъявленія мы *уменьшаемъ количество спорныхъ пунктовъ*, на коихъ притязаніе основывается. Если взамѣнъ всѣхъ данныхъ въ основу обязательства мы поставимъ простое признаніе съ моей стороны извѣстнаго долга, которое и вы, мой вѣритель, принимаете какъ базу нашихъ послѣдующихъ правоотношеній, то въ массѣ случаевъ весь споръ можетъ касаться только вопроса о подложности документа, а вовсе не о всѣхъ операціяхъ, которыя предшествовали его выдачѣ.

3. Когда сдѣлка сведена къ этому простѣйшему результату въ смыслѣ объекта притязаній (опредѣленная сумма, извѣстная вещь) и вмѣстѣ съ этимъ мотивы волеизъявленія сведены къ формальному соглашенію произвести уплату, погасить долгъ, традировать вещь, то во множествѣ случаевъ возможныя впослѣдствія спора о дѣйствительныхъ побужденіяхъ и разсчетахъ, которые повели къ указанному абстрактному обязательству, не будутъ поражать всего эфекта сдѣлки, а ограничутся споромъ между ближайшими участниками этой заключительной операціи; общій же ея результатъ и въ особенности эфектъ ея для третьихъ лицъ останется вовсе нетронутымъ, не афицированнымъ, не поврежденнымъ этимъ несогласіемъ чисто-личнымъ между ближайшими, иногда только первоначальными, участниками сдѣлки.

И такъ, я обязался произвести уплату вамъ или кому вы прикажете такой-то суммы денегъ. Вы приняли это мое *абстрактное* обѣщаніе вмѣсто наличнаго платежа, и, не требуя съ меня обѣщанной суммы, уступили это требованіе, этотъ документъ (titre) 3-му, который знаетъ мою состоятельность и охотно при-

нялъ документъ. Оказывается впослѣдствіи, что мы ошибочно произвели разсчетъ, и сумма, выраженная мною въ абстрактномъ обѣщаніи уплатить, легко можетъ быть мною оспорена. Мы ведемъ процессъ, я выигрываю. Но 3-го ни этотъ споръ, ни этотъ результатъ не коснется вовсе, ибо изъ перешедшаго къ нему абстрактнаго обязательства уплатить N или кому онъ прикажетъ извѣстную сумму не видно ни основаній, ни ошибокъ разсчета. Матеріальныя основы соглашенія касаются насъ двоихъ, а не 3-го. И это можетъ повториться для каждой пары лицъ относительно любыхъ послѣдующихъ, не участвовавшихъ, интересъ коихъ въ огражденіи силы абстрактной сдѣлки есть независимый отъ соучастниковъ въ ней на прежней ея стадіи.

То же самое мы увидимъ позже въ подробности для случаевъ абстрактно-формулированной договорно-вещной сдѣлки традиціи. Мы ошиблись насчетъ договорно-обязательственныхъ основъ пересвоенія, но пересвоеніе произошло; споры личные локализуются между первыми соучастниками, а эфектъ вещный будетъ преемственно переходить ко всему ряду послѣдующихъ пріобрѣтателей собственности.

Итакъ, сдѣлки абстрактныя удобнѣе въ смыслѣ простоты и *краткости* разсчетовъ съ ихъ помощью, въ смыслѣ *легчайшей осуществимости* притязаній на нихъ основанныхъ; наконецъ, и это наиболѣе вѣскій въ ихъ пользу аргументъ, онѣ чрезвычайно удобны для цѣлей быстроты и *надежности операцій* съ ними *въ широкихъ кругахъ лицъ*, могущихъ впослѣдствіи явиться соучастниками обмѣна и осуществленія притязаній, основа коихъ вся въ ихъ составѣ сводится къ простымъ, очевиднымъ, формальнымъ, не требующимъ и даже недопускающимъ, безъ особаго повода (см. выше, стр. 664), никакихъ изслѣдованій по существу, чисто объективнымъ даннымъ. Въ этомъ смыслѣ широкаго обмѣна конструкцію неправильно оцѣнивать съ исключительно частной точки зрѣнія. Она одновременно *отвѣчаетъ и интересу общественному*.

Но въ сдѣлкахъ этого типа, въ связи съ этими свойствами, стараются раскрыть и такія черты, которыя возбуждаютъ съ извѣстной точки зрѣнія опасеніе у „предусмотрительныхъ“. Въ самомъ дѣлѣ, если матеріальная основа сдѣлки не видна изъ ея состава, то, натурально, одно и то же формальное обѣщаніе дачи извѣстной суммы можетъ послѣдовать для какой угодно цѣли, для уплаты, даренія, кредита, ибо подлинная цѣль скрыта за этой абстракціей (cautio quae indiscrete, или indistincte, loquitur см. знаменитый l. 25 § 4 D. 22.3, откуда нынѣшняя такъ назыв.

cautio indiscreta). Brinz, въ виду этого свойства абстрактной сдѣлки, способности ея служить разнымъ цѣлямъ, называетъ ее *подвижною* *). Вотъ именно эта *черта подвижности*, неуловимости сдѣлки для повѣрки ея, невыраженности въ составѣ сдѣлки ея экономическаго баланса, которая, однако, несмотря на это, какъ бы освѣщается закономъ, и побуждаетъ „предусмотрительныхъ“ такъ или иначе ограничивать допустимость такихъ абстрактныхъ волеизъявленій въ практикѣ.

Особенно ярко эти опасенія выдвигались на первый планъ *старо-прусскими* юрисконсультами **). Примѣненіе сдѣлокъ такого строенія считали безопаснымъ только въ кругу искушенныхъ, бдительныхъ, въ средѣ торговыхъ людей. Когда кругъ людей торговыхъ и промышленныхъ потерялъ свойство замкнутости, на этой точкѣ зрѣнія, конечно, стало трудно держаться юристамъ недовѣрчивымъ къ дѣятельности людей въ сферѣ ихъ же личнаго интереса. Бэръ отмѣчаетъ, впрочемъ, и для стараго времени много непослѣдовательности во взглядахъ самихъ руководящихъ сферъ въ Пруссіи. Почитали опаснымъ широкое примѣненіе абстрактнаго обязательства, а трассировка векселя на поземельную собственность (Grundschuld) не возбуждала никакихъ безпокойствъ. Въ новыхъ бытовыхъ условіяхъ, когда стало трудно отстаивать прежнее недовѣріе къ частной автономіи въ вопросахъ строенія гражданской сдѣлки, мѣсто прямо-отрицательнаго отношенія къ этимъ операціямъ замѣнили нѣкоторыя мѣры *предупредительнаго* характера, хотя тоже весьма сомнительныя по ихъ цѣлесообразности. Мы не имѣли бы интереса останавливаться на этихъ мѣрахъ, еслибъ эта старо-прусская метода не оставила нѣкотораго слѣда въ новомъ нѣмецкомъ имперскомъ гражданскомъ кодексѣ.

Въ основѣ этотъ новый кодексъ даетъ несомнѣнно торжество интересамъ и ученіямъ, на стражѣ которыхъ такъ долго стоялъ Оттонъ Бэръ. Ограничивать систему общаго права такими конструкціями, которыя принаровлены къ низкому уровню умственной зрѣлости, чтобъ этимъ предохранить опасность для небдительныхъ, было бы большой ошибкой. И этой ошибки, къ счастію, избѣгнулъ новый имперскій гражданскій кодексъ. Новый нѣмецкій

---

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

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

кодексъ прямо признаетъ юридическую силу *абстрактнаго признанія и абстрактнаго обѣщанія долга* (die Gültigkeit eines Vertrags, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses *anerkannt* wird, — Schuldanerkenntniss; а также дѣйствительность договора, коимъ извѣстное дѣйствіе обѣщано такъ, что *самостоятельной основой обязательности служитъ именно это обѣщаніе*,—Schuldversprechen), какая бы ни была основа подобныхъ договоровъ, мировая ли сдѣлка, или разсчетная операція (ср. art. 780, 781 и 782).

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

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

Мы не можемъ заключить этого небольшого очерка ученія объ абстрактной сдѣлкѣ, не указавъ здѣсь же на замѣтку г. А. Гасмана, напечатанную имъ въ журналѣ Мин. Юстиціи за 96 г. (мартъ), стр. 332 и слѣд. *„Обѣщаніе какъ абстрактный договоръ* **). Это случай изъ практики прибалтійскихъ судовъ. Дѣло шло о примѣненіи ст. 2907, 2910, 3105, 3106 и 3134 св. мѣстн. узакон. губ. Остз. ч. III, по силѣ коихъ „сдѣланное кому-либо обѣщаніе платить, если только оно принято другою стороною, *само по себѣ* устанавливаетъ вполнѣ дѣйствительное право требованія (ст. 3209 и 3212), *независимо отъ основанія*, побудившаго должника дать обѣщаніе“ (см. стр. 333 указ. кн. Журн. Мин. Ю.). Здѣсь мы имѣемъ случай прямого и категорическаго примѣненія ученія Бэра о договорѣ признанія (Anerkennungsvertrag), которое усвоено практикой прибалтійскихъ судовъ со времени ***) появленія въ свѣтъ этой классической работы (стр. 339

*) Какъ окончательно формулировалъ самъ Бэръ реквизиты подобныхъ волеизъявленій въ своемъ Контрпроектѣ,—это, конечно, заслуживаетъ самаго тщательнаго изученія, и мы оставляемъ здѣсь его формулу въ сторонѣ, только чтобы избѣгнуть излишнихъ осложненій. См. въ Контрпроектѣ 20-ый (§ 721—724) и слѣд. титулъ; особенно же примѣч. къ ук. тит. на стр. 149 и 150 и указанія на отдѣльную работу его по этому предмету.

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

***) Указанныя выше статьи мѣстн. Свода содержатъ *въ смыслѣ буквальномъ* немного больше *позитивныхъ* основаній для построенія на нихъ абстрактнаго обязательства, чѣмъ нашъ т. X, ч. 1. Плохо скомбинированныя общія положенія этого свода всѣ держатся на рецепированномъ правѣ. Старинная тупая нѣмецкая практика этого права, несомнѣнно вліявшая и на Остзейскій

тамъ же). Весь случай крайне характеренъ и вразумителенъ для ознакомленія съ ученіемъ Бэра, какъ оно было выше нами изображено, въ приложеніи его къ жизни. Весьма, конечно, было бы желательно, чтобы примѣненіе этого ученія нашло себѣ мѣсто не въ однихъ остзейскихъ судахъ, а повсюду, гдѣ цивилистическая техника достаточно развита, чтобъ отвѣчать прямымъ и разумнымъ требованіямъ живого имущественнаго обмѣна.

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

Мы довольно близко подходили къ этимъ явленіямъ, когда трактовали выше внутренній формализмъ воли въ составѣ сдѣлки. Мы разумѣемъ здѣсь сдѣлки *фидуціарныя*, *симулированныя*,

---

кодексъ, считала невозможнымъ примѣненіе латинской абстрактной конструкціи, вербальнаго контракта у насъ, потому что мы не реципировали необходимыхъ для его силы обрядныхъ рѣчей (verborum solennitas), на которыхъ держалась стипуляція. Въ духѣ подобныхъ тупыхъ ученій нѣмецкіе юрисконсульты возбуждали вопросъ, собственно скорѣе шутовской, чѣмъ дѣльный, не слѣдуетъ ли, однако, допустить примѣненіе абстрактнаго обязательства *между учеными*, когда у послѣднихъ окажется достаточный запасъ знаній, чтобы обмѣняться вопросомъ и отвѣтомъ, согласно обряднымъ требованіямъ латинскаго вербальнаго контракта?.. Свѣтлыя идеи Бэра разсѣяли и у нѣмцевъ, въ системѣ ихъ общаго права, остатки подобныхъ преданій; на русской почвѣ, въ прибалтійской окраинѣ, эти свѣтлыя построенія имѣли несомнѣнно еще большій успѣхъ. Мы остановились подробнѣе, чѣмъ это дѣлаютъ нѣмецкіе составители учебниковъ, на любопытномъ прогрессивномъ движеніи нѣмецкой юриспруденціи въ ученіи о сдѣлкахъ, также какъ выше мы посвятили сравнительно большее вниманіе другому ученію, въ коемъ новая мысль является тоже *продолжительницей творчества* латинской юриспруденціи въ современныхъ бытовыхъ условіяхъ, именно ученію о юридическомъ лицѣ. Такіе экскурсы въ составѣ учебниковъ *у насъ*, думается намъ, должны имѣть особую цѣну, ибо съ ихъ помощью наши молодые юристы, несмотря на всю скудость отечественной цивилистической литературы, осваиваются на живыхъ образцахъ съ задачами, которыя ставитъ себѣ современная цивилистическая литература на западѣ и съ современными методами разрѣшенія этихъ задачъ. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы и еще не разъ будемъ встрѣчаться съ экскурсами, разсчитанными на ту же цѣль.

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

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

Мы знаемъ ее въ разныхъ образцахъ классической и современной практики. Слабо выработаны институты *вещнаго кредита*. Въ виду этого, у насъ въ старину совершается сдѣлка по составу своему направленная вся на *пересвоеніе* имуществъ (mancipatio, купля-продажа недвижимости), совершаемая нормально alienandi или dominii transferendi causa, никогда не credendi causa.

Въ данномъ, однако, случаѣ мы прикрываемъ ею *именно кредитную* операцію, продаемъ, съ уговоромъ перепродать вещь вновь намъ (точнѣе, удерживаемъ право выкупить вещь), cum pacto fiduciae de remancipando, такъ что *подлинная* цѣль сдѣлки будетъ не отчужденіе вещи, а кредитъ продавцу суммы, которую составляетъ цѣна вещи. Въ основѣ операціи лежитъ взаимное довѣріе сторонъ. Однако, фидуціарный собственникъ, перепродавъ имущество дальше, воспользовался бы формально принадлежащимъ ему правомъ распорядиться вещью, а для довѣрчиваго продавца не оставалось бы другого средства вознаградить свои потери, какъ искъ объ убыткахъ, ничего болѣе. Итакъ,

фидуціарная вещно-кредитная сдѣлка въ смыслѣ своего эфекта опирается на понятіе отчужденія права собственности, стало быть, на институтъ выработанный правомъ, вовсе не для тѣхъ цѣлей, для коихъ его здѣсь утилизируютъ, и въ виду того, что специфическаго института кредитно-вещнаго въ данной системѣ вовсе нѣтъ.

Фидуціарныя операціи совершаются часто между людьми близкими, или близко заинтересованными въ одномъ и томъ же дѣлѣ. Мы, товарищи, однако, пріобрѣтаемъ недвижимость для общаго дѣла такъ, что я буду фигурировать какъ собственникъ на гипотечной книгѣ, а N, мой товарищъ, какъ гипотечный вѣритель. Мы пріобрѣтаемъ имѣніе на общій капиталъ. N никогда не кредитовалъ мнѣ ни копѣйки, и между тѣмъ, въ виду слабаго развитія въ нашемъ законодательствѣ примѣнительныхъ и легкихъ для возникновенія и прекращенія формъ товарищества, мы вынуждены облечь коллективное пріобрѣтеніе въ эту форму кредитной операціи, которая, допустимъ, совершается проще и надежнѣе. Неудобства, которыя могутъ произойти отъ этой фидуціарной кредитной сдѣлки, лягутъ, конечно, эвентуально, на насъ, ибо мы не могли воспользоваться прямо подходящими къ случаю нормами правоотношеній товарищескихъ, а прибѣгли къ искусственному, неподлинному для даннаго случая типу правоотношеній и сдѣлокъ кредитныхъ. То же будетъ имѣть мѣсто, если вмѣсто довѣренности для взысканія съ моего должника я фидуціарнымъ путемъ *уступлю* моему повѣренному, цедирую мое требованіе. Когда взысканіе будетъ произведено и долгъ погашенъ, то невыполненіе повѣреннымъ условія фидуціарной сдѣлки откроетъ мнѣ путь для его преслѣдованія, но не по нарушенной довѣренности, ибо таковой не было заключено, а лишь по убыткамъ, которые я понесъ въ виду такъ или иначе принаровленной къ случаю цессіи требованія.

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

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

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

Казалось бы логическій результатъ такихъ дѣйствій долженъ заключаться въ отрицаніи всякой силы подобныхъ сдѣлокъ. Если сдѣлка есть результатъ взаимодѣйствія волеизъявленія и состава даннаго института, то, натурально, при отсутствіи одной изъ равнодѣйствующихъ (нормъ) волеизъявленіе не должно имѣть юридическаго эфекта. Это и выражаютъ юридической паромією — quod in fraudem legis — contra legem. Въ вопросахъ, однако, этого рода всего опаснѣе теоретизированіе. Общія мысли, какъ и общія мѣры, могутъ въ этой области всего скорѣе обмануть наши ожиданія. Общихъ мѣръ противъ неправильнаго пользованія цивильной свободой указать нѣтъ возможности. Начать съ того, что нормы закона сами очень различны по своему строенію и далеко не всегда разсчитаны на полное обезсиленіе юридическаго эфекта волеизъявленій, не согласованныхъ строго съ закономъ. Натурально, въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ объявляетъ прямо возбраненнымъ, подъ страхомъ ничтожества, всякій обходъ

*) Выше мы имѣли случай указать очень любопытную игру юридическаго формализма въ дѣлѣ принудительнаго выкупа реальныхъ участковъ московскаго гостиннаго двора городу Москвѣ и замѣны, затѣмъ, старой тяжелой товарищеской организаціи новой формой акціонерной компаніи (см. выше, стр. 538).

извѣстной запретительной нормы, мы неизбѣжно придемъ въ результатѣ къ ничтожеству сдѣлки, совершенной in fraudem такой строгой нормы. Но это вовсе не общее правило. Въ подобныхъ случаяхъ больше чѣмъ гдѣ либо необходимо близкое изученіе особенностей даннаго явленія и противодѣйствіе ему такими юридическими средствами, которыя наиболѣе соотвѣтствуютъ особенностямъ случая. Иногда здѣсь можетъ оказаться достаточнымъ простой штрафъ, въ другихъ случаяхъ тотъ или другой способъ инвалидировать силу сдѣлки, наконецъ, возможны преслѣдованія злоупотребленій и болѣе энергическими мѣрами *). Чтобы правильно разобраться среди очень пестрыхъ явленій подобной борьбы приватной автономіи противъ давленія легальныхъ нормъ въ сферѣ частнаго права, мы постараемся выдѣлить такія явленія этой борьбы, гдѣ цѣль ея составляютъ не личные корыстные виды, прикрытые легальной внѣшностью и направленные въ обходъ закона ко вреду отдѣльныхъ лицъ, а цѣли поставленныя *выше этого*, хотя далеко не всегда *возвышенно* въ лучшемъ *значеніи этого слова*. Въ подобной борьбѣ цѣлью можетъ быть не интересъ отдѣльнаго человѣка и не къ этому направленный обходъ закона, а противодѣйствіе самой установленной нормѣ, самому закону, цѣлому институту, быть можетъ, цѣлой системѣ. Противодѣйствіе въ такихъ случаяхъ бываетъ обыкновенно массовое, за практикой симулированныхъ сдѣлокъ скрывается въ этихъ случаяхъ встрѣчное закону движеніе общества. Здѣсь мы имѣемъ явленіе печальнаго антагонизма между сознаніемъ общественнымъ и задачами, которыя ставятъ себѣ руководящія сферы. Законъ перестаетъ быть отраженіемъ общественнаго сознанія и идетъ на встрѣчу ему. Это имѣетъ мѣсто, натурально, въ особенности въ эпохи соціальныхъ кризисовъ, когда вмѣсто гармоническаго сочетанія соціальныхъ интересовъ мы видимъ грубое, разрушительное столкновеніе соціальныхъ группъ.

Мы не разъ имѣли случай говорить выше, что сдѣлка въ сферѣ частнаго права составляетъ настоящій пріискъ нормъ диспозитивнаго права, источникъ образованія вполнѣ жизненныхъ институтовъ въ этой области. Въ случаяхъ разсматриваемыхъ столкновеній общественнаго сознанія съ легальной нормой мы видимъ обратный процессъ. Та же сдѣлка ищетъ подорвать силу легальной нормы, подрыть ея основу, поколебать крѣпость закона, вернуть захваченную имъ сферу частной автономіи, хо-

*) Всю область этой проблемы обширно, хотя, быть можетъ, нѣсколько расплывчато, старался освѣтить Jhering въ Geist'ѣ въ ближайшемъ примѣненіи къ римскому праву (см. особ. §§ 46 и 58).

рошо еще если не для простыхъ разрушительныхъ, а опять для новыхъ созидательныхъ цѣлей въ этой области.

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

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

Массовое сопротивленіе легальнымъ нормамъ и цѣлому институту вызвалъ извѣстный указъ 1714 года о единонаслѣдіи, при помощи котораго Петръ великій несомнѣнно искалъ поднять дворянское сословіе, оградить „подданныхъ“ отъ неправильныхъ взглядовъ на населенное имѣніе единственно какъ на рессурсъ личныхъ и семейныхъ радостей владѣльцевъ. Цѣль не была достигнута, законъ былъ весь подрытъ мастерами обхода, юридическими минерами, и крѣпость этого института была разрушена, не для того чтобъ дать мѣсто добрымъ начинаніямъ новаго рода, а чтобъ разсѣять какъ можно шире тѣ злыя сѣмена, которыя возбуждали въ Петрѣ самыя тяжелыя предчувствія (см. выше стр. 204 и слѣд. и 605) *).

*) Обходы закона и симуляціи какъ средства для этого не ограничиваются одной областью сдѣлокъ; они способны отравлять весь юридическій бытъ. При Петрѣ мы видимъ *симуляціи* дурачества (см. выше стр. 321—323), которыя повели къ необходимости свидѣтельствовать умалишенныхъ въ сенатѣ. Русское общество и самыя жертвы психозовъ до сихъ поръ расплачиваются невозможно тяжелымъ способомъ удостовѣрять болѣзненное состояніе разсудка за тѣ продѣлки, къ коимъ любили прибѣгать въ старые годы люди высшихъ классовъ, чтобы уклоняться отъ выполненія связанныхъ съ правами

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

Затѣмъ мы знаемъ такія явленія притворныхъ сдѣлокъ, гдѣ *нѣтъ и мысли о противодѣйствіи нормѣ* или институту, и гдѣ вся цѣль игры ограничивается одними болѣе или менѣе низменными видами воспользоваться формальными признаками сдѣлки, чтобъ утилизировать ихъ, вопреки ихъ подлиннаго назначенія, для нелегальныхъ цѣлей и обыкновенно во вредъ третьимъ лицамъ. Въ этихъ случаяхъ симулянтъ направляетъ усилія не на разрушеніе института, а наоборотъ, ищетъ въ немъ опоры, чтобы съ помощью нелегальной сдѣлки произвести желательное для него измѣненіе въ данномъ юридическомъ отношеніи. Ничего болѣе!

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

Вотъ эти положенія: волеизъявленіе, которое сдѣлано по отношенію къ другому лицу, по соглашенію съ нимъ — *только для виду*,—ничтожно. Если такою (т.-е. для виду совершенной) сдѣлкой прикрывается другая, тогда имѣютъ быть примѣнены

обязанностей. Мы только что осуждали выше методу общаго строенія гражданскихъ институтовъ по мѣркѣ способностей людей незрѣлыхъ. Наше время приноситъ намъ любопытную аргументацію противъ этого неправильнаго пріема. Наша практика знаетъ случаи *симулированной неграмотности* со стороны именно этихъ незрѣлыхъ въ виду того, что законъ щадитъ неграмотныхъ, и люди съ слабо-развитымъ сознаніемъ долга ищутъ стать въ ряды глупыхъ, незрѣлыхъ, неграмотныхъ, только бы не нести на ряду съ другими отвѣтственности, пользуясь наравнѣ со всѣми удобствами юридическаго быта. Есть случаи въ кассаціонной практикѣ, гдѣ лица весьма видныхъ служебныхъ положеній, состоящія въ то же время подъ опекой за неоплатные долги, настаиваютъ, чтобъ имъ, въ качествѣ опекаемыхъ, по силѣ особыхъ указовъ, предоставлена была вся *безотвѣтственность настоящихъ дѣтей*, безъ лишенія ихъ, однако, возможности опять дѣлать долги на правѣ совершенно взрослыхъ людей (кас. рѣш. за 1877 г. №№ 30, 156). И такъ, иной разъ хорошо имѣть въ рукахъ свидѣтельство грамотности, аттестатъ зрѣлости; но есть случаи, гдѣ свидѣтельство незрѣлости, безграмотности окажется цѣннѣе всякихъ другихъ.

тѣ правила, дѣйствію коихъ подлежала бы прикрытая сдѣлка (§ 117).

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

Къ этому случаю общее положеніе Нѣм. Код., § 117 первый абзацъ, подходитъ несомнѣнно, также какъ art. 1131 C. c. и наша ст. 1529 п. 2 (ср. ст. 2014 п. 2). Но вопросъ—обнимаетъ ли это *общее* правило всѣ случаи призрачныхъ или подложныхъ сдѣлокъ и будутъ ли такія сдѣлки *ничтожными* и по отношенію къ третьимъ—остается открытымъ **).

Гораздо ближе къ настоящему смыслу сдѣлки притворной, симулированной, будетъ та сдѣлка, которая не есть *призрачная*, не имѣющая никакой основы, а которая имѣетъ свою каузальную основу или цѣль, но этой каузальной основы стороны, по тѣмъ или другимъ соображеніямъ, не хотятъ выдать и замѣняютъ ее

---

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

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

другой каузальной основой или цѣлью, которая есть вымышленная. Въ этомъ случаѣ мы имѣемъ собственно *двѣ сдѣлки*, одну, которой содержаніе должно быть скрыто (диссимулировано), и другую, которая своимъ составомъ должна скрыть или закрыть первую сдѣлку. Иногда случай этой подлинной симуляціи очень близко подойдетъ къ фидуціи. Напр., мы не находимъ возможнымъ, по простымъ фактическимъ неудобствамъ, совершать заемное письмо и облекаемъ собственно заемную сдѣлку въ образъ поклажи, достигая этимъ достовѣрности факта врученія извѣстнаго количества денегъ и удаляя, затѣмъ, всѣ крайне различные по существу элементы строенія сдѣлки займа и поклажи какъ незначущіе для насъ. Мы маскируемъ одну сдѣлку другой и въ массѣ случаевъ, давая составу сдѣлки неподвижной нѣкоторую подвижность, приходимъ къ тому же практическому результату какъ при сдѣлкѣ съ невыраженнымъ основаніемъ *). Здѣсь, натурально, также возможны неожиданности какъ и при всякомъ нелегальномъ способѣ дѣйствія **). Другой образецъ сдѣлки симулированной будетъ налицо въ томъ случаѣ, когда мы облекаемъ сдѣлку безмездную, дареніе, въ возмездную, куплю-продажу, съ цѣлью обойти законъ, который запрещаетъ дареніе между супругами (въ латинской и многихъ, кромѣ нашей, современныхъ системахъ), или дарственное отчужденіе родовыхъ имуществъ (въ нашемъ правѣ).

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

Мы видѣли, такимъ образомъ, рядъ случаевъ, гдѣ составъ волеизъявленія есть вымышленный, въ смыслѣ полной его при-

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

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

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

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

Для перваго случая мы возьмемъ примѣръ изъ нашей практики, который приводили уже выше. Я пріобрѣтаю вещь въ совершенно нормальныхъ, въ юридическомъ смыслѣ, для возмездной сдѣлки, купли-продажи, условіяхъ, и затѣмъ доказываю совершенно убѣдительнымъ образомъ, что пріобрѣтеніе было мною совершено безъ нормальнаго для подобныхъ случаевъ намѣренія имѣть эту вещь какъ собственность, а съ исключительной цѣлью раскрыть слѣды преступленія, для чего мнѣ было необходимо нужно имѣть эту вещь въ рукахъ какъ свою.

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

На этотъ вопросъ послѣдователи ученія о *волѣ* какъ основѣ сдѣлки (Willenstheorie, см. выше стр. 633 и слѣд., 646 и слѣд.) отвѣчали и должны были отвѣчать, конечно, *утвердительно*, ибо *воли* пріобрѣсти вещь въ данномъ случаѣ у покупщика дѣйствительно не было.

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

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

Одинъ изъ виднѣйшихъ послѣдователей Willenstheorie въ нѣмецкой литературѣ, покойный проф. Бернгардъ Виндшейдъ, конструировалъ свой отвѣтъ такъ. Инвалидировать сдѣлку ссылкой на reservatio mentalis нельзя *потому, что право не можетъ допустить чтобы кто-либо ссылался на собственную ложь* *).

Отвѣтъ поистинѣ неожиданный. Если сила сдѣлки *держится на волѣ*, то какое же можетъ быть основаніе мѣшать раскрытію, когда бы то ни было и какимъ бы то ни было способомъ, подлинной основы сдѣлки, *настоящей воли*, въ замѣнъ волеизъявленія, которое было ложнымъ? Такого основанія быть не можетъ! Съ этой точки зрѣнія путь къ истиной волѣ долженъ быть всегда открытъ. — Другой вопросъ, *отчего* Виндшейдъ не допускаетъ замѣны лжи истиной въ этомъ вопросѣ о подлинной волѣ? Оказывается, что справиться съ принципомъ подлинной воли совсѣмъ не легко, когда рѣчь идетъ не о теоретическихъ построеніяхъ, а о практическомъ примѣненіи такихъ ученій. Невозможность, прямая практическая невозможность примѣнить это ученіе и заставляетъ Виндшейда пресѣчь путь къ раскрытію истины въ замѣнъ лжи, да одновременно съ этимъ порѣшить собственно и со всей Willenstheorie, которая оказалась совсѣмъ неспособной выдержать настоящаго практическаго искуса.

Мы вовсе не держимся этой основы въ ученіи о силѣ сдѣлки. Для силы сдѣлки мы не изслѣдуемъ психическихъ процессовъ, которые должны были предшествовать волеизъявленію. Если волеизъявленіе не есть вынужденное и не заключаетъ въ своемъ составѣ признаковъ существенной для этого состава и притомъ извинительной ошибки, то весь вопросъ, *почему захотѣлъ* N ку-

*) Pandekten 6-oe изд. т. I стр. 220 (§ 75 примѣч. I с.): die Mentalreservation ist desswegen unwirksam weil das Recht nicht zugestehen kann, dass Jemand sich auf seine Lüge berufe. Тутъ-же вся предшествующая литература.

нить, продать, нанять, занять, подарить—есть для насъ безусловно праздный. Это *ничего* для сдѣлки *незначущія рѣчи*. Мы имѣемъ въ правѣ, въ правѣ гражданскомъ, въ юридической сдѣлкѣ, дѣло вовсе не съ подлиннымъ психическимъ процессомъ. Это для насъ невѣсомыя, imponderabilia. Этого нельзя ни счесть, ни опредѣлить по нашему методу. Мы имѣемъ дѣло съ волей въ извѣстныхъ ея проявленіяхъ, съ тѣмъ, что мы выше назвали *внутреннимъ формализмомъ воли* (см. выше стр. 641 и слѣд.).

Если покупщикъ утверждаетъ, что онъ *не имѣлъ намѣренія* пріобрѣсти вещи чрезъ куплю, а покупалъ, чтобъ раскрыть слѣды преступленія, то это можетъ быть правда, но такая, которая ничего не измѣняетъ въ юридическомъ эфектѣ сдѣлки. *Намѣреніе пріобрѣсти вещь мы разумѣемъ не въ смыслѣ внутреннихъ побужденій для этой операціи* (вещь понравилась, подошла кстати, можетъ пригодиться, выгодно перепродамъ, уличу мошенника и проч. подобное), а въ смыслѣ чисто формальнаго *animus domini acquirendi*, такого намѣренія, которое все вылилось вполнѣ и окончательно въ самой *сдѣлкѣ—купли продажи*, и никакому колебанію подъ вліяніемъ предшествовавшихъ внутреннихъ процессовъ (перестало нравиться, оказалась не нужна, никто не покупаетъ, слѣдовъ преступленія, а можетъ и самого преступленія вовсе нѣтъ) не подлежитъ, пока не послѣдуетъ *новаго волеизъявленія*, или новой сдѣлки, въ которой обнаружится другое *юридическое* намѣреніе, другой animus, напр., animus dominii transferrendi и проч.

Вотъ въ чемъ мы рознимся по этому вопросу отъ послѣдователей Willenstheorie. Мы тоже не допускаемъ инвалидировать сдѣлку посредствомъ такъ назыв. reservatio mentalis; но основанія наши иныя. Для насъ внутренніе психическіе мотивы несущественны ни для возникновенія, ни для эфекта сдѣлки, а посему, если бъ было доказано, что они вовсе не тѣ, какимъ слѣдовало быть, то мы этому обстоятельству не даемъ никакого значенія и въ вопросѣ объ инвалидаціи сдѣлки (см. § 116 Нов. Герм. Гражд. Улож.). Нѣмцы даютъ еще любопытный примѣръ reservatio mentalis. N дѣлаетъ починъ подписки на памятникъ такому-то, выражая при этомъ полную увѣренность, что подписка никогда не достигнетъ необходимой суммы, и что платить подписныхъ денегъ не придется. Подписка, однако, сверхъ чаянія, пошла очень удачно и достигла положеннаго предѣла. Натурально N не въ правѣ отказать въ уплатѣ, ссылаясь на указанную reservatio mentalis.

И такъ, критерій внутренняго формализма волеизъявленія мы

выдерживаемъ всюду, и примѣненіе его къ разсматриваемому вопросу ограждаетъ вполнѣ солидность сдѣлки и обезпечиваетъ интересы правильнаго цивильнаго обмѣна.

Послѣдній вопросъ, которому нынѣ даютъ видное мѣсто въ ученіи о внутреннемъ строеніи сдѣлки, есть вопросъ о несерьезномъ (шутливомъ) волеизъявленіи. Если шутка очевидна для лица, къ коему волеизъявленіе обращено, то оно натурально останется безъ юридическихъ послѣдствій. Но если бы шутка осталась неразгаданной во-время, и волеизъявленіе было бы принято какъ серьезное, то указаніе на шутливый его характеръ не избавитъ такого шутника отъ неудобныхъ для него послѣдствій его шутки *).

Волеизъявленія *несерьезныя* являются нерѣдко подъ вліяніемъ упадка сознанія, который можетъ въ свою очередь быть вызванъ болѣзнью или внѣшнимъ афектомъ, напр. опьяненіемъ. Къ такимъ волеизъявленіямъ нельзя примѣнять, въ смыслѣ ихъ юридическихъ послѣдствій, тѣхъ критеріевъ, которые разсчитаны на нормальное состояніе дѣеспособнаго субъекта. Это будетъ временная, преходящая недѣеспособность, часто весьма трудно уловимая. Для устраненія опасности отъ такихъ состояній современное въ сферѣ цивильныхъ правоотношеніи общее право, наше дѣйствующее и новое германское уложеніе, не даетъ иныхъ средствъ, кромѣ внѣшнихъ, обрядныхъ реквизитовъ волеизъявленія, о чемъ мы скажемъ впослѣдствіи. Въ отдѣльныхъ случаяхъ вся гарантія сознательной дѣятельности ограничена удостовѣреніемъ соучаствующихъ въ сдѣлкѣ лицъ, что совершающій ее находился въ это время въ состояніи здравого ума и твердой памяти. Тутъ возможны, натурально, ошибки и злоупотребленія; но доказательство болѣзненнаго состоянія, бреда, опьяненія, по существу дѣла, крайне трудно. Если бы, однако, эти условія волеизъявленія могли быть доказаны, то сдѣлка, совершенная въ состояніи временного ослабленія или помраченія сознанія, подлежала бы инвалидаціи по тѣмъ же принципамъ и въ тѣхъ же предѣлахъ, въ коихъ законодательство допускаетъ инвалидацію сдѣлокъ лицъ недѣеспособныхъ.

Широко ставитъ условія инвалидаціи сдѣлокъ по поводу временной потери сознанія, особенно при опьяненіи, которое достигнуто не поневолѣ, было бы опасно для надежности юридическихъ волеизъявленій, ибо состояніе опьяненія, потери созна-

*) Ср. §§ 118 и 122 Нов. Имп. Улож. По этимъ вопросамъ не мало потрудился Іосифъ Колеръ (Kohler) въ рядѣ статей въ Jahrbücher Jhering'a (Bd. 19 и 28), также Hartmann (тамъ же Bd. 20).

нія, и его степени, нетрудно симулировать; а затѣмъ нѣтъ основанія облегчать уклоненія отъ гражданской отвѣтственности для лицъ невоздержныхъ.

Вопросъ о лицахъ, пользующихся болѣзненными состояніями волеизъявляющаго для своихъ цѣлей стоитъ, натурально, совершенно особо отъ вопроса о силѣ юридической сдѣлки.

В. РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

ОБРЯДНАЯ СТОРОНА СТРОЕНІЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СДѢЛКИ.

§ 39.

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

Для того чтобы воля лица вызвала въ каждомъ конкретномъ случаѣ, какъ causa efficiens извѣстнаго событія, ту или другую перемѣну въ юридическихъ отношеніяхъ, недостаточно одной ея наличности, необходимо еще, чтобы она была субъектомъ сдѣлки выражена*) и при томъ выражена извѣстнымъ образомъ. Реквизитъ волеизъявленія для состава сдѣлки мы разобрали выше въ рядѣ ученій *о внутреннемъ формализмѣ воли* (стр. 641, 642

*) Въ ученіе о сдѣлкѣ входитъ, какъ было указано выше, только волеизъявленіе. Регельсбергеръ думаетъ, что воля какъ сущность мыслимая (Gedankending) вовсе *не выходитъ изъ міра внутренняго*, и то, что мы въ правѣ называемъ волей есть лишь *отраженіе ея* (Pandekten, § 136). Но, прибавляетъ онъ, эта *неточность* не есть большая, чѣмъ, напр., въ сужденіи—лѣсъ зеленъ, тогда какъ собственно таковымъ лѣсъ лишь отражается въ наблюдателѣ. Замѣтимъ по этому поводу, что для юридической техники сужденіе, воля выражена, также какъ — лѣсъ зеленъ, не можетъ разсматриваться какъ *неточность*, ибо задача юриспруденціи не есть познаніе сущности вещей, и поправка Регельсбергера—воля отразилась, вмѣсто выразилась, будетъ для нашихъ цѣлей представлять *излишнюю* точность; здѣсь тоже что въ измѣреніи времени, пространства, вѣса, гдѣ мы также не идемъ далѣе извѣстныхъ, необходимыхъ для юридической техники предѣловъ точности. Пусть наличность воли такъ или иначе была бы констатирована, независимо отъ *ея выраженія со стороны субъекта*, для насъ это не имѣло бы цѣны. Заключеніе о наличности воли отъ извѣстныхъ данныхъ, facta concludentia, не противорѣчатъ реквизиту выраженной воли, ибо, какъ увидимъ, въ извѣстныхъ условіяхъ и простое молчаніе есть тоже волеизъявленіе въ юридическомъ смыслѣ.

и слѣд.). Въ дальнѣйшемъ нашу задачу будутъ составлять *способы внѣшняго выраженія воли* или ученіе *объ обрядности волеизъявленій*, *о наружномъ формализмѣ* волеизъявленій.

Мы ограничимся здѣсь (въ Общей части) немногими общими положеніями, частности-же найдутъ мѣсто въ ученіяхъ объ отдѣльныхъ видахъ сдѣлокъ.

Есть сдѣлки, для существованія и юридическаго эфекта которыхъ необходимъ *опредѣленный обрядъ* волеизъявленія; есть другіе, для коихъ *внѣшняя сторона* волеизъявленія *безразлична*. Мы ихъ называемъ обрядными, формальными, въ первомъ случаѣ, и безобрядными, неформальными, во второмъ.

Признаковъ этихъ, однако, далеко недостаточно, чтобъ имѣть *въ юридическомъ смыслѣ* достаточный критерій для различенія обѣихъ категорій сдѣлокъ. Лицо можетъ обставлять, по собственному усмотрѣнію, свои имущественныя операціи такой помпой, которую нельзя объяснить ничѣмъ, кромѣ его личныхъ склонностей. Безобрядная сдѣлка не станетъ отъ этого формальной или обрядной въ юридическомъ значеніи этой квалификаціи. Въ виду этого Савиньи, а за нимъ и Ihering принимаютъ за рѣшающій для этой группировки сдѣлокъ критерій легальный, объективный, а не личный. Если обрядные реквизиты сдѣлки установлены объективной нормой, тогда и ея юридическій эфектъ будетъ, въ той или другой мѣрѣ, зависѣть отъ выполненія этихъ обрядностей, и сама сдѣлка должна быть разсматриваема какъ обрядная, формальная въ юридическомъ смыслѣ. Иначе это будетъ сдѣлка безобрядная, хотя бы соучастники и установили для совершенія ея тѣ или другіе реквизиты формы. При этомъ законъ можетъ предоставить заинтересованнымъ не одну обрядность, а нѣсколько, на выборъ сторонъ, отъ чего обрядный характеръ сдѣлки не измѣнится. Необходимо, однако, чтобы несоблюденіе установленныхъ объективной нормой обрядностей сдѣлки отражалось на ней самой, а не на субъектѣ сдѣлки. Если бы всѣ послѣдствія невыполненія легальнаго требованія ограничивались, напр., удвоеніемъ сборовъ съ уклонившагося отъ платежа пошлины (напр. гербоваго сбора), безъ всякаго ослабленія силы сдѣлки, то требованія этого рода, конечно, касались бы только лица, а вовсе не самой природы сдѣлки, которая можетъ, при этомъ, въ юридическомъ смыслѣ остаться безобрядною.

Мы убѣдимся въ дальнѣйшемъ при разсмотрѣніи отдѣльныхъ способовъ обряднаго волеизъявленія, что требованія объективныхъ нормъ въ вопросахъ этого рода не представляютъ собою ничего произвольнаго, а наоборотъ, обыкновенно очень рельефно выра-

жаютъ общее состояніе культуры въ данную эпоху и въ данномъ обществѣ *). Замѣтимъ здѣсь только, что отдаленнымъ эпохамъ и невысокому уровню культуры вовсе не соотвѣтствуетъ простота и безформенность сдѣлокъ, а скорѣе наоборотъ, упрощеніе обрядностей достигается успѣхами культуры и общимъ подъемомъ ея уровня. Мы утверждаемъ это для такой сферы волеизъявленій, гдѣ волеизъявленіе разсчитано *на юридическій эфектъ*, на высшее свойство опредѣленности, извѣстности и надежности правоотношеній, а не на простой фактическій ихъ эфектъ.

Независимо отъ историческаго освѣщенія вопроса объ обрядности волеизъявленій, юристы давно уже ставили себѣ задачу разъяснить практическій смыслъ обрядной обстановки юридическихъ актовъ вообще, сдѣлокъ въ особенности. Савиньи различалъ здѣсь двѣ стороны дѣла. Прежде всего, думаетъ онъ, осложненіе волеизъявленій въ вопросахъ права обязательнымъ обрядомъ имѣетъ всегда большую цѣну для лицъ совершающихъ сдѣлку, стало быть, въ субъективномъ смыслѣ. Рѣдко сознаніе содержанія, значенія сдѣлки и рѣшимость вступить въ нее созрѣваетъ у человѣка вдругъ. Обыкновенно этому предшествуетъ нѣкоторое колебаніе, за которымъ слѣдуетъ рѣшимость. Обрядная остановка сдѣлки нерѣдко очень содѣйствуетъ тому, чтобы *пробудить* въ субъектѣ соотвѣтствующее серьезности акта настроеніе **). Ihering прямо называетъ обрядность будильникомъ сознанія. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что во многихъ случаяхъ, гдѣ волеизъявленіе могло быть не серьезныхъ (у человѣка больного, съ сознаніемъ смущеннымъ какимъ-либо афектомъ внѣшнимъ, испугъ, опьяне-

---

*) Въ общемъ эту сторону вопроса разработывали не юристы исключительно, а въ особенности историки, которые ставили себѣ цѣлью освѣщеніе успѣховъ сознанія и культуры съ помощью любыхъ бытовыхъ данныхъ, языка, религіи, права. Таковъ Grimm, котораго знаменитое изслѣдованіе von der Poesie im Recht появилось въ Zeitschr f. d. geschichtl. R. Wissenschaft. Въ свое время Michelet Origines du droit franç. cherchées dans les symboles et formules 1837, передавалъ французскому ученому міру эти изысканія, обогащая ихъ своими работами. Нынѣ между историками нѣмецкаго права, дающими этимъ вопросамъ богатое освѣщеніе изъ общихъ бытовыхъ данныхъ, впереди стоитъ Brunner У французовъ Glasson, Henri Beaune (Droit coutumier français, особ. 3-й т., Les contrats, 1889 г.). Мы не беремъ на себя исчерпывать этого вопроса; съ нѣкоторыми частностями встрѣтимся впослѣдствіи. Для русскаго права разработка историческая этихъ проблемъ идетъ частью въ связи съ задачей изученія обычнаго права, и тоже опять съ общими проблемами изученія языка, вѣрованій, нравовъ. Богатыя указанія читатель найдетъ въ сочин. проф. Ѳ. И. Леонтовича Старый земскій обычай, о коемъ скажемъ ниже. Необыкновенною жизненностью взглядовъ на эти вопросы отличаются давнившія работы Ihering'a, изъ лучшей поры его литературной дѣятельности. Обращаемъ особое вниманіе читателя на блестящія обобщенія въ §§ 43—47 Geist'a.

**) „in dem Handelnden den Zustand gesammelter Besonnenheit *zu wecken*. (System III, стр. 238).

ніе), обрядность способна послужить сигналомъ тревоги, передъ которымъ отступитъ незрѣлая воля.

Это одна сторона дѣла. Но наряду съ этимъ юристы даютъ высокую цѣну обрядности волеизъявленій съ точки зрѣнія удобствъ, которая доставляетъ хорошо разсчитанный формализмъ цѣлямъ извѣстности правоотношеній въ широкихъ кругахъ лицъ заинтересованныхъ. Это точка зрѣнія общественная,—*объективныя*, по выраженію Савиньи, преимущества сдѣлокъ обрядныхъ передъ безобрядными. Ihering обращаетъ, съ этой точки зрѣнія, особое вниманіе на легкость, быстроту обмѣна, сбереженіе труда и времени, которыя получаются въ результатѣ хорошо выработанной и приноровленной къ цѣли наружной стороны волеизъявленій. Это то же, что чеканъ монеты, который избавляетъ насъ отъ необходимости изслѣдовать всякій разъ достоинство металла, опредѣлить его вѣсъ. При массовомъ обмѣнѣ стереотипный обрядъ юридическихъ волеизъявленій имѣетъ въ этомъ смыслѣ большую цѣну.

При этомъ значеніе, которое даетъ законъ соблюденію обрядовой стороны волеизъявленія въ составѣ юридической сдѣлки, есть далеко не одинаковое.

Есть обрядности, разсчитанныя главнымъ образомъ на удобство судебнаго осуществленія притязаній, основанныхъ на сдѣлкахъ. Въ этихъ случаяхъ невыполненіе обряда влечетъ за собою только нѣкоторое замедленіе или неудобство въ достиженіи цѣли сдѣлки, не дѣлая вовсе волеизъявленія ничтожнымъ. Эта обрядность только *декларативнаго* характера. Образцовъ легко указать множество въ любой системѣ (см., напр., по Code civil реквизитъ письма для сдѣлокъ на сумму выше 150 фр., art. 1341 и слѣд.; по нашему общему праву такой же реквизитъ формы въ ст. 2045, 2046, 2047 т. X, ч. I).

Совершенно другое дѣло, когда выполненіе обряда составляетъ самый corpus negotii, и безъ него вовсе не существуетъ сдѣлки, хотя бы въ данномъ случаѣ было совершенно легко доказать наличность безобряднаго волеизъявленія. Въ этихъ случаяхъ указанная объективной нормой обрядность волеизъявленія составляетъ *конститутивный* реквизитъ строенія сдѣлки, безъ котораго она вовсе не существуетъ. Примѣромъ можетъ служить реквизитъ письма для волеизъявленій на случай смерти, который установляетъ наша дѣйствующая система. N., находясь въ здравомъ умѣ и твердой памяти (ст. 1061), сдѣлалъ, въ присутствіи совершенно достовѣрныхъ свидѣтелей, волеизъявленіе о своемъ имуществѣ на случай смерти (ст. 1010), но сдѣлалъ его устно

(ст. 1023), и эта несомнѣнная воля умершаго не будетъ его духовнымъ завѣщаніемъ, ибо *законнымъ*, въ смыслѣ обрядности, будетъ только такое волеизъявленіе, которое совершено на письмѣ.

Такая связь сдѣлки съ воплощающимъ ее обрядомъ можетъ быть болѣе или менѣе неразрывная. Обрядность можетъ быть необходима какъ конститутивный реквизитъ *возникновенія* сдѣлки (заемное письмо, которое затѣмъ утрачено при какой-либо случайности), или еще и въ извѣстной стадіи ея *осуществленія* (домашнее завѣщаніе явлено по смерти завѣщателя и утверждено въ надлежащемъ порядкѣ), или, наконецъ, самое существованіе сдѣлки можетъ быть неразрывно связано съ наличностью данной формы, въ которой воплотилось волеизъявленіе (нѣкоторые виды предъявительныхъ бумагъ, не допускающихъ амортизаціи).

Мы подвергли, такимъ образомъ, нѣкоторому анализу обрядовую сторону волеизъявленія. Мы указывали пока однѣ выгодныя стороны юридическихъ обрядностей и наружныхъ обличій волеизъявленія. Но это не одна ихъ сторона. Обрядности часто могутъ тяготить обмѣнъ, а въ этихъ случаяхъ здравые интересы общежитія ищутъ обойти ихъ по возможности безъ вреда для существа дѣла. Вмѣстѣ съ успѣхами культуры множество формальныхъ реквизитовъ волеизъявленія отживаютъ свое время, уступаютъ мѣсто обрядамъ менѣе тяжелымъ, менѣе обременительнымъ для гражданскаго обмѣна и, наконецъ, открываютъ все болѣе и болѣе простора для такихъ способовъ изъявлять волю, которые необходимы, совершенно независимо отъ требованій легальныхъ нормъ, для того, чтобы обезпечивать за ними достовѣрность, прочность, огласку, которая существенна для предполагаемаго эфекта сдѣлки. Такимъ образомъ, на болѣе высокихъ степеняхъ культуры мы находимъ въ этой области права наряду съ остатками стараго формализма и обрядности въ юридическихъ волеизъявленіяхъ множество сдѣлокъ, производящихъ весь свой юридическій эфектъ совершенно независимо отъ какой-либо специфической торжественности, къ которой обязываетъ объективное право, при наличности простѣйшихъ безобрядныхъ средствъ изъявлять свою волю, письма, слова, знака, даже молчаливаго допущенія совершиться событію, о наступленіи коего лицо было своевременно освѣдомлено и, въ случаѣ нежеланія допустить тотъ или другой его эфектъ для себя, могло въ этомъ смыслѣ, въ смыслѣ протеста, изъявить свою волю.

Эту смѣну обрядныхъ и необрядныхъ способовъ волеизъявленія мы прослѣдимъ въ дальнѣйшемъ, разсматривая отдѣльные спо-

собы или средства, какія право признаетъ какъ необходимыя или достаточныя для совершенія юридической сдѣлки.

Что касается *отдѣльныхъ способовъ обряднаго волеизъявленія*, то ихъ можно насчитать весьма много. Это можетъ быть знакъ, смыслъ котораго вполнѣ опредѣлился въ юридической практикѣ, символъ, слово, письмо, тотъ или другой способъ оставлять письменный слѣдъ волеизъявленія, соучастіе обрядныхъ свидѣтелей, общины, органовъ, удостовѣряющихъ юридическія событія, суда, администраціи, органовъ власти церковной и свѣтской, начиная отъ низшихъ до высшихъ ея представителей. Къ числу формальныхъ реквизитовъ сдѣлки могутъ принадлежать реквизиты мѣста (торгъ, площадь, биржа, судъ, храмъ) и времени (дни, dies fasti, nefasti; у насъ различія церковныя и свѣтскія; также часы дня).

Если духъ формы и обряда составляетъ продуктъ извѣстнаго состоянія общества, то, натурально, въ процессѣ развитія формъ и обрядностей юридическихъ легко наблюдать нѣкоторую закономѣрность и преемственность формъ и обрядовъ волеизъявленія, соотвѣтствующую уровню развитія общественнаго сознанія и замѣну тяжелыхъ и грубыхъ способовъ выраженія понятій и актовъ воли болѣе совершенными, простыми и легкими средствами достигать тѣхъ же цѣлей.

На службу юридическихъ актовъ, для внѣшняго ихъ выраженія, идетъ впереди *знакъ*, знаменіе (signum), эмблема, символъ, образъ. Въ исторіи права раньше другихъ способовъ волеизъявленія мы видимъ такіе, которые въ образномъ видѣ выражаютъ мысль, дѣлаютъ ее осязательною для сознанія, не привычнаго къ абстракціямъ. Съ помощью такихъ демонстрированныхъ, осязательныхъ признаковъ для слабой мысли невидимое (власть, господство) становится видимымъ (мечъ, копье), отдаленное-близкимъ, скрытое-явнымъ (необходимость *лицомъ* показать чего именно требуютъ, „оже лица не будетъ, дати ему желѣзо“, обрядное прикосновеніе, вѣсы). Обрядовая сторона юридическихъ актовъ, съ ихъ знаками и условной обстановкой, неизбѣжно сопровождаетъ первоначальныя явленія юридическаго обмѣна во всѣхъ его видахъ. Эту же привязанность къ внѣшнему, къ обряду, къ принятой обстановкѣ легко наблюдать и нынѣ въ жизни наиболѣе консервативныхъ классовъ общества. И на ряду съ этимъ для насъ важно отмѣтить, что эта черта въ дѣйствующемъ нашемъ гражданскомъ правѣ и процессѣ не только мало замѣтна, но положительно менѣе замѣтна у насъ, чѣмъ въ обиходѣ западной цивильной практики и цивильнаго процесса. Изо всего, что можно назвать символической обрядностью при совершеніи гражданскихъ сдѣлокъ

у насъ, почти не осталось слѣдовъ въ составѣ т. X ч. 1. Это развѣ *передача вещи или вводъ во владѣніе*, которому законъ присваиваетъ извѣстное значеніе въ вопросѣ объ укрѣпленіи правъ на имущество, *наддраніе* заемнаго документа, коимъ въ коммерческомъ судѣ доказывается платежъ, если документъ при этомъ переданъ должнику и не будетъ доказана иная цѣль такого дѣйствія *), вручение задатка, какъ *знака* состоявшейся сдѣлки, удары молотка при аукціонахъ. Эту скудость обрядного въ официально дѣйствующихъ способахъ волеизъявленія нельзя объяснить отсутствіемъ преданій или потребности въ обрядахъ этого рода. Причина лежитъ въ томъ, что источникомъ дѣйствующихъ нормъ служило не обычное наше право, какъ во многихъ западныхъ системахъ, а почти исключительно указная дѣятельность стараго времени.

Болѣе свободнымъ и болѣе гибкимъ становится духъ формы, когда на службу для выраженія воли приходитъ *слово*. Источники права замѣчаютъ, однако, что и на самомъ словѣ долгое время лежитъ печать тоже извѣстной обрядности. Для знаменованія юридическихъ волеизъявленій далеко не безразлично употребленіе той или другой verborum solennitas, тѣхъ или другихъ обрядныхъ рѣчей, коими обмѣниваются лица при совершеніи сдѣлокъ и въ процессѣ. Этой *обрядностью рѣчей* очень изобилуютъ старые наши памятники сдѣлокъ и процесса, на коихъ несомнѣнно лежитъ печать строгости и условности. Русская Правда именно указывала обрядность рѣчей, когда требовала, чтобы стороны въ процессѣ извѣстнымъ образомъ вызывали другъ друга или обмѣнивались рѣчами: *не рци* ему мое, а *рци* ему тако: поиди на сводъ..., по сего *рѣчи* емлю то;... *нельзѣ рещи*: не вѣдаю у кого купилъ. Тоже не только для сторонъ, но и для послуховъ. Псковская судная грамота опорочиваетъ послушество, когда *послухъ недоговоритъ или переговоритъ*, требуя явно формальнаго тожества рѣчей сторонъ и людей, на коихъ стороны *шлются*. Тоже, наконецъ, и много позже, въ Судебникѣ: „а хотя и *не великимъ словомъ* не договорилъ—(указъ къ Судебнику 21 авг. 1556 г.). *Формализмъ слова* удерживается въ процессѣ и въ XVIII в., во времена Татищева, когда истецъ проигралъ процессъ, потому что, указавъ свидѣтелей, „не домолвилъ *и на тѣхъ шлюся*“ **),—таже nimia subtilitas, приводящая къ той крайности, ut vel qui minimum errasset, litem perderet.

*) Въ практикѣ нашихъ судовъ извѣстенъ случай такой передачи документа въ руки должника (куп. Плотниковъ въ Воронежѣ) *съ цѣлью написать новый*, чѣмъ должникъ рѣшилъ воспользоваться для доказательства уплаты долга.

**) Образцы этого формализма слова прекрасно собраны у П. И. Бѣляева (Очерки права и процесса въ эпоху Русской Правды въ Сборникѣ правовѣ-

Слово, рѣчь, въ этихъ условіяхъ служитъ средствомъ юридическаго волеизъявленія сторонъ и свидѣтелей (послуховъ) далеко не какъ обыденный способъ обнаруженія мысли, воли. Для силы слова часто нуженъ сопровождающій его обрядъ, извѣстный ритуалъ, особая способность къ этому акту со стороны волеизъявляющаго, которую далеко не всѣ имѣютъ. Это *юридическій* актъ, а не простой разговорный обмѣнъ мыслей, для котораго не нужно никакихъ формальныхъ реквизитовъ. Точно также не въ любой обстановкѣ рѣчь производитъ свой юридическій эфектъ. Обмѣнъ рѣчей имѣетъ нормально произойти передъ *людьми*, на міру, гласно, передъ созванными для этого свидѣтелями-соучастниками, послухами, на торгу, на судѣ. Какая въ подробностяхъ необходима обстаночка для юридическаго эфекта обрядныхъ рѣчей,— это зависитъ отъ свойства совершаемаго этимъ способомъ волеизъявленія. Иной разъ довольно гласно выразить рѣшающую волю въ кругу своихъ, семьи; въ другихъ случаяхъ необходимо соучастіе свидѣтелей изъ другого, болѣе широкаго круга лицъ, родичей, общины того или другого состава, сосѣдской, поземельной, людей одного сословія, исповѣданія.

Такая обязывающая сила слова въ составѣ юридической сдѣлки держится несомнѣнно и нынѣ; но нынѣ нерѣдко въ цѣляхъ упроченія извѣстности содержанія сдѣлки устное волеизъявленіе сопровождается еще письменнымъ ея начертаніемъ. Письмо при этомъ можетъ не составлять существенной для перфекціи сдѣлки обрядности и служить только средствомъ легчайшаго запоминанія и воспроизведенія состава сдѣлки.

Это тоже, что письменное начертаніе *обычныхъ* юридическихъ нормъ, которыя отъ этого не перестаютъ быть jus non scriptum. Неволинъ даетъ намъ въ своей Исторіи Рос. Гражд. Законовъ образцы такихъ *памятей*, въ которыхъ вполнѣ отражается живой драматизмъ волеизъявленія сторонъ и послуховъ, тутъ же присутствующихъ и знаменующихъ этимъ свое *обрядное соучастіе* въ совершеніи юридическаго акта. Форма волеизъявленія есть или очень близкая къ латинской, въ первомъ лицѣ, „Се азъ такой-то“,

---

дѣнія V и Спеціальное назначеніе судей и судебн. грам. въ древне-русскомъ процессѣ, тамъ-же VIII). Тоже въ изслѣдованіи Jobbé-Duval Etude historique sur la revendication des meubles 1881 г. и параллельно съ этимъ Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les romains его же 1896 г., tome premier, la procédure par le pari (agere per sponsionem). Тоже особенно въ трудахъ Brunner'a, на которыхъ основываются послѣдующіе писатели (особ. Jobbé-Duval) и которые соединены изъ разрозненныхъ журнальныхъ статей въ собраніи сочиненій Forschungen zur Gesch. d. deutsch u französ. R. 94 г., стр. 272, 277 (Parole une fois volée ne peut plus être rappelée); особ. статьи Wort u. Form im altfranz. Proz., также Die fränk-roman. Urkunde.

или въ третьемъ „Се купи такой-то“ (новгородскіе акты); затѣмъ слѣдуетъ содержаніе акта, указаніе послуховъ „а на то послуси...“, иногда наименованіе писца, приложеніе печати, но безъ подписи соучастниковъ (стр. 51, 55). Такъ что весь письменный актъ представляетъ собою только *память* совершившейся, независимо отъ этой формы, обрядной *устной* сдѣлки съ необходимой для ея юридическаго эфекта обстановкой.

Кто были у насъ, какъ и на западѣ, эти *писцы*,—не трудно угадать по общимъ традиціямъ грамоты и школы, которыя повсюду долгое время составляли обычное призваніе класса лицъ духовныхъ, у насъ въ особенности дьяковъ.

Но письмо не всегда составляетъ *только внѣшнюю* принадлежность сдѣлки, привходящій элементъ ея строенія. Мы имѣемъ весьма раннія указанія такого назначенія грамоты и письма, гдѣ явно этотъ способъ волеизъявленія образуетъ самый corpus negotii.

Это ясно изъ тѣхъ случаевъ, когда обладаніе грамоты составляетъ необходимое условіе, осуществленія права въ ней воплощеннаго и вмѣстѣ легчайшій способъ легитимаціи для любого ея обладателя. Такія грамоты были несомнѣнно извѣстны въ древнерусской, допетровской практикѣ сдѣлокъ (кабалы) *).

И такъ, внѣшніе знаки, рѣчь, письмо, съ тѣмъ или другимъ его значеніемъ для совершенія сдѣлки, составляютъ очень ранніе смѣняющіеся обрядные способы юридическихъ волеизъявленій.

Мы увидимъ впослѣдствіи, что письменный способъ совершенія сдѣлокъ представляетъ значительное разнообразіе въ смыслѣ самого метода выполненія этого обряда.

---

*) Профессоръ Нерсесовъ въ своемъ трактатѣ Бумаги на предъявителя указываетъ *бѣлыя хартіи* съ великокняжеской печатью, коими были снабжены великокняжескіе посланцы въ Константинополь, чтобы пользоваться ими, въ случаѣ необходимости кредитоваться, посредствомъ начертанія на этихъ бланкахъ заемныхъ обязательствъ, кабалы. Тутъ же указанъ образецъ кабалы на 80 р. съ клаузулой на ней: а кто съ кабалой на судъ станетъ, тотъ истецъ (стр. 70 и 71). Такихъ примѣровъ старая юридическая письменность даетъ не мало; см. напр. въ Актахъ до юрид. быта относящ. т. II стр. 3 и слѣд., гдѣ мы имѣемъ закладныя съ XIV в., на стр. 13 закладная на полонную дѣвку съ клаузулой: гдѣ ся закладная кабала выляжетъ, тутъ по ней судъ и правежъ, кто (съ) сею кабалою станетъ тотъ по ней истецъ (1663 г.); тоже см. стр. 16. На стр. 17 любопытный образецъ послушества при закладѣ жены за долгъ якутомъ, „а у закладной сидѣли шаманы“.

§ 40.

Обрядности волеизъявленія (продолженіе). — Соучастіе свидѣтелей. — Значеніе его въ старыхъ бытовыхъ условіяхъ. — Качества послуховъ. — Слѣды послушества въ современныхъ системахъ, Code civil и наша дѣйствующая система. — Послушество какъ всиомогательная обрядность при совершеніи сдѣлки. — Эпоха переворота. — Теперешніе реквизиты послушества. — Петровскія реформы. — Фискальный интересъ. — Сословный характеръ Екатерининскихъ установленій для укрѣпленія актовъ. — Очищеніе гражданскихъ институтовъ и развитіе общихъ способовъ корроборацій. — Нотаріатъ на западѣ. — Нотаріальное положеніе 14 апрѣля 1866 г. — Черты устройства, различіе способовъ содѣйствія. — Волеизъявленія безобрядныя.

Здѣсь намъ слѣдуетъ особенно остановить вниманіе на только что указанномъ старинномъ обрядномъ реквизитѣ совершенія сдѣлки непремѣнно *съ соучастіемъ свидѣтелей*, которые тутъ же присутствуютъ, сидятъ, передъ которыми и происходитъ формальное волеизъявленіе. Для силы сдѣлки можетъ не быть достаточнымъ, въ смыслѣ формальныхъ ея реквизитовъ, ни одно слово, рѣчь, ни письмо, и быть совершенно необходимымъ волеизъявленіе именно *передъ людьми*. Это въ высшей степени характерная и живая сторона *всего вопроса о правотворящей силѣ сдѣлки*. Обрядность эта освѣщаетъ намъ не только историческую сторону вопроса; но она сохранила несомнѣнно рѣшающее значеніе въ отдѣльныхъ случаяхъ и для теперешней каутелярной практики.

Необходимость обряднаго соучастія свидѣтелей, послуховъ, людей, мужей, особенно рельефно выступаетъ въ старыхъ бытовыхъ условіяхъ, когда не только правоспособность отдѣльнаго человѣка, но и самое правосознаніе далеко не есть на столько объективное, какимъ мы его наблюдаемъ нынѣ, при дѣйствіи общеобязательныхъ легальныхъ нормъ и судебныхъ органовъ, обязанныхъ ex officio возстановлять нарушенное право. Въ условіяхъ субъективно-сознаваемаго права нельзя сослаться на готовую объективную норму. Ея нѣтъ. Скрытое право надо еще раскрыть, обнаружить всякій разъ, и для поддержки его найти опору *въ людяхъ*. Вотъ на какой глубокой бытовой основѣ держится необходимость къ совершенію сдѣлки всякій разъ призывать живыхъ соучастниковъ, на коихъ собственно и будетъ держаться дѣйствительная ея крѣпость. Болѣе не на чѣмъ ей и держаться въ этихъ условіяхъ.

Какіе именно нужны въ отдѣльныхъ случаяхъ люди, — это зависитъ отъ содержанія сдѣлки. Мы указали на это выше. Это будутъ всегда *тѣ, кому ближе правоотношеніе, подлежащее*

измѣненію по волѣ субъекта сдѣлки. Соучаствовать будетъ нормально или весь союзъ (семейный, родовой, поземельный и прочее), коего касается дѣло, или отдѣльные члены союза, болѣе или менѣе солидарные съ цѣлымъ.

Подтвержденіемъ для этого общаго обряднаго реквизита совершенія сдѣлки могутъ служить явленія латинскаго права на разныхъ ступеняхъ его развитія, нѣмецкаго, русскаго, безразлично, ибо необходимость этого соучастія комицій, союзовъ самаго различнаго типа, повсюду вызывается одной и той же причиной, глубоко лежащей въ состояніи правосознанія людей въ извѣстную эпоху его развитія *).

Мы остановимся здѣсь на одной формальной сторонѣ этого обряда. Такіе соучастники сдѣлки не фактически, а *юридически* соучаствуютъ въ ея совершеніи. Они нужны не для того, чтобъ выполнить какую либо услугу фактическаго характера при совершеніи сдѣлки, доставить вещь, сосчитать, записать, когда сдѣлка не есть по существу письменная. Для совершенія такихъ дѣйствій не нужна ни гражданская правоспособность соучастника, ни разумѣніе существа юридической сдѣлки. Обрядные у сдѣлки свидѣтели суть именно соучастники *юридической* операціи. Отсюда слѣдуетъ, что это не могутъ быть *случайные свидѣтели событія*. Они должны быть *призваны* къ такому соучастію. Это не могутъ быть люди не знающіе языка, на которомъ выражена сдѣлка, чуждые общенія, особенно общности правосознанія съ субъектами сдѣлки. Они нормально суть мужи, откуда и старое обозначеніе ихъ дѣятельности словомъ *мужевать*. Стороны должны *ссылаться на нихъ* въ смыслѣ готовности ихъ содѣйствовать той сторонѣ, которая на нихъ *шлется*. Возможно, что оттуда образовалось ихъ названіе *послухами*. Они должны быть не только право-, но и дѣеспособные люди, стало быть, совершеннолѣтніе, ибо содѣйствіе ихъ передъ обществомъ, передъ судомъ, въ подтвержденіе юридической силы сдѣлки, только при этомъ условіи и можетъ быть юридически эфективнымъ. Какимъ способомъ этотъ соучаствующій союзъ или эти призванные къ содѣйствію совершенія

*) Для историческаго освѣщенія вопроса мы посвятили ему въ свое время особое вниманіе въ сочиненіи вышедшемъ 30 лѣтъ назадъ подъ заглавіемъ „Источники права и судъ въ древней Россіи“. Москва, 1869 г. Русская юридическая литература не разъ принималась за разработку этой очень важной историко-юридической проблеммы. Но едва ли гдѣ эта задача получила такую всестороннюю разработку, какъ въ замѣчательномъ трактатѣ Ѳ. П. Леонтовича „Старый земскій обычай“. Одесса, 1889 г. (изъ IV т. „Трудовъ VI Археологическаго съѣзда въ Одессѣ“), въ которомъ функція „мужей“, „послуховъ“ у сдѣлки и на судѣ поставлена опять въ тѣсную связь съ процессомъ образованія юридическихъ нормъ обычнаго права.

сдѣлки, люди, мужи, послухи, должны выразить свое обрядное соучастіе, на это нельзя дать общаго отвѣта. Все зависитъ отъ смысла, содержанія, значенія сдѣлки и особыхъ обрядностей, свойственныхъ данному виду волеизъявленій самихъ субъектовъ сдѣлки. И такъ, союзъ или призванные соучастники могутъ именно рѣчами, дѣйствіями выразить свое соучастіе въ совершаемомъ актѣ. Мы видимъ въ отдѣльныхъ случаяхъ мужей, которые *дѣлаютъ обходъ границъ* вмѣстѣ съ пріобрѣтателемъ поземельнаго участка, или послуховъ, которые *говорятъ въ тѣ же рѣчи*, что и стороны, *подписываютъ* актъ, *прилагаютъ печати*. Возможно, что они при семъ удостовѣряютъ отдѣльные моменты, коими условливается юридическій эфектъ сдѣлки (т. X, ч. 1, ст. 1050). Соучастіе можетъ все ограничиться *молчаливымъ присутствіемъ* при совершеніи обряда, при заключительномъ его актѣ, при прочтеніи письменнаго текста. Возможно, наконецъ, что *простая осведомленность* извѣстнаго круга лицъ, независимо отъ какого либо выраженія ихъ одобренія, при одномъ отсутствіи протеста, обнаруживаетъ тоже отказъ отъ права протестовать, коимъ тоже укрѣпляется юридическій эфектъ сдѣлки.

Эта старая, вѣковѣчная основа юридической силы акта, переживаетъ нерѣдко, какъ простой, но все же существенный для сдѣлки ритуалъ, ту нѣкогда живую движущую силу, подъ вліяніемъ которой первоначально опредѣлялась, въ извѣстныхъ историческихъ условіяхъ, его необходимость *). Для насъ эта сторона дѣла здѣсь особенно любопытна. И такъ, старинныя, автономныя нѣкогда, союзныя формы давно отжили или вовсе свою силу въ вопросахъ права, права гражданскаго въ особенности, или удержали лишь слабые слѣды прежняго своего значенія, уступивъ прежнее свое значеніе нивелирующему вліянію государства, и, однако, обрядное послушество въ томъ или другомъ видѣ и съ тѣмъ или другимъ юридическимъ эфектомъ все же удержалось въ силѣ какъ необходимая обстановка сдѣлки.

Мы возьмемъ нѣсколько примѣровъ для освѣщенія этой тэзы. Code civil ставитъ, какъ общій реквизитъ для занесенія въ акты гражданскаго состоянія какого либо даннаго, явку личную или чрезъ представителя самого заинтересованнаго въ сопровожденіи *призванныхъ* имъ свидѣтелей (témoins choisis par les personnes intéressées, testes rogati), которые должны быть *мужи* (ne pour-

*) Для стараго права это соучастіе живыхъ представителей правосознанія образуетъ въ составѣ юридической сдѣлки ту равнодѣйствующую, которую позже, вмѣстѣ съ волеизъявленіемъ, даетъ для силы сдѣлки объективная юридическая норма, или извѣстный институтъ (см. выше).

ront être que du sèxe masculin), непремѣнно *совершеннолѣтніе* (agés de 21 ans au moins). Запись въ актахъ имѣетъ быть *имъ прочитана* и ими или за нихъ *подписана*. Все, что въ этомъ старомъ обрядѣ измѣнилъ période intermédiaire, безслѣдно поглотившій такую массу остатковъ старой союзной автономіи, въ данномъ случаѣ—это развѣ безразличіе родственныхъ связей этихъ свидѣтелей съ заявляющимъ (parents ou autre, art 37). Остальное удержалось въ томъ видѣ, какъ опредѣлилось изстари, въ совершенно другую эпоху правосознанія. Это живой остатокъ настоящихъ старинныхъ послуховъ—мужей, обрядныхъ соучастниковъ многочисленныхъ юридическихъ актовъ прежняго времени.

Мы имѣемъ въ составѣ дѣйствующаго законодательства нѣкоторые, довольно слабые, остатки нѣкогда очень могущественной въ вопросахъ права союзной организаціи, именно родовой, сочлены коей въ извѣстныхъ предѣлахъ стѣсняютъ и нынѣ свободу распоряженія со стороны собственника имуществомъ, носящимъ свойство родового. Если, однако, продавая родовое имѣніе, собственникъ *призвалъ* къ соучастію въ совершеніи купчей одного или нѣсколькихъ родичей, которые подписались на этомъ актѣ свидѣтелями (обрядными, послухами), то этимъ они настолько укрѣпили силу акта, что отчужденное имущество не можетъ уже быть ими опять возвращено въ родъ по праву выкупа *). Это живой остатокъ настоящаго юридическаго содѣйствія обрядныхъ свидѣтелей, служащаго для укрѣпленія силы волеизъявленія самого субъекта сдѣлки. Здѣсь соучастіе, выраженное въ обрядѣ *письменнаго* совершенія сдѣлки, безъ котораго и сама главная сдѣлка не имѣетъ никакой силы. Но такое же соучастіе родичей, дающее крѣпость акту продажи родового имущества, можетъ быть и *молчаливымъ*, когда продажа родового имущества оглашается во всеобщее свѣдѣніе при аукціонѣ на удовлетвореніе долговъ собственника. Родичи здѣсь молчаливо, своимъ невмѣшательствомъ, укрѣпляютъ безповоротно силу оглашенной такимъ образомъ сдѣлки съ тѣмъ же ровно эфектомъ, какъ призванные къ совершенію и подписавшіеся у купчей или въ крѣпостныхъ книгахъ рукоприкладчики и свидѣтели (ср. т. X, ч. 1, ст. 1347, 3 и 4, и 1362, 2).

Мы указывали выше, что въ допетровскую эпоху компетенція

*) Мы не сомнѣваемся, что здѣсь послушество не связано исключительно съ правоспособностью *мужей*, ибо и женщины являются здѣсь равноправными съ ними сочленами родовой организаціи и сохраняютъ имуществу, къ нимъ поступившему и чрезъ нихъ наслѣдуемому, свойство родового. Этого начала равноправности нельзя, однако, расширять на всѣ случаи обряднаго послушества. См. ст. 1055 т. X ч. I.

духовнаго суда обнимала, кромѣ ряда вопросовъ права брачнаго, еще и дѣла по наслѣдству, особенно по духовнымъ завѣщаніямъ. Особое основаніе близости власти духовной къ вопросамъ завѣщательнаго права условливалось воззрѣніемъ на завѣщаніе какъ на актъ устроенія души отходящаго изъ сего міра. Свѣдущими въ этомъ дѣлѣ и содѣйствующими цѣли сдѣлки были, конечно, прежде всего лица духовныя, особенно отецъ духовный тестатора. Эти вѣрованія могли уступить времени; но въ обрядностяхъ, касающихся обстановки гражданскихъ сдѣлокъ, вездѣ упорно-консервативныхъ, удержался и нынѣ совершенно живой слѣдъ господствовавшихъ въ старину вѣрованій. Въ виду этого, для соленнизированія духовнаго завѣщанія домашняго, писаннаго не самимъ завѣщателемъ, а имъ лишь подписаннаго, законъ и нынѣ требуетъ или трехъ свидѣтелей, или двухъ, если между ними находится *духовный отецъ* завѣщателя (ст. 1048). Это, однако, въ теперешнемъ общемъ правѣ одиноко стоящій памятникъ *стараго послушества* у сдѣлки, нетребующаго дальнѣйшаго осложненія юридическимъ соучастіемъ еще другихъ лицъ, оффиціальныхъ. Во всѣхъ другихъ случаяхъ мы видимъ, что обрядные свидѣтели появляются у сдѣлокъ, совершаемыхъ съ участіемъ нотаріуса и иныхъ оффиціальныхъ агентовъ утвержденія ихъ силы. Таковъ даже тотъ второй взятый нами образецъ стараго послушества, который мы указали сейчасъ при сдѣлкахъ объ отчужденіи въ чужой родъ родового имущества.

Не будетъ ошибкой заключить, что эта старая обрядность, какъ *самостоятельный* способъ укрѣпленія силы сдѣлки, почти исчезла въ нашей теперешней каутелярной практикѣ. Послухи являются нынѣ скорѣе какъ *вспомогательная* обрядность при другихъ, внушающихъ нашему законодателю больше довѣрія.

Когда и какъ произошелъ этотъ поворотъ въ исторіи нашего права? Несомнѣнно, онъ составляетъ одну сторону того явленія, которое замѣтно повсюду, на западѣ и у насъ, именно разрушенія старинныхъ союзныхъ формъ, съ которыми связанъ былъ и прежній богатый источникъ правосознанія въ правѣ обычномъ. На западѣ, напр. во Франціи, это явленіе видно въ XVI вѣкѣ, гдѣ вмѣстѣ съ переработкой и гомологаціей обычаевъ, виденъ упадокъ значенія свидѣтелей на судѣ (mieux preuve qui mieux abreuve). Но тамъ все же обычай удержался какъ источникъ образованіи кодекса, и въ самомъ кодексѣ понятіе *призванныхъ къ юридическому соучастію* свидѣтелей вполнѣ ясно. У насъ тотъ же поворотъ произошелъ значительно позже, и притомъ много рѣзче.

Мы сейчасъ покажемъ подробно, откуда и какъ шло движеніе къ замѣнѣ стараго, вполнѣ подручнаго и необходимаго для нѣкоторыхъ видовъ сдѣлокъ способа обрядно обставлять ихъ совершеніе. Здѣсь замѣтимъ только, что этотъ поворотъ произошелъ главнымъ образомъ подъ вліяніемъ петровской реформы актуарной части. Тогда окончательно была разбита въ этой области автономія прежнихъ союзовъ, поглощеніе всѣхъ источниковъ права однимъ указомъ и замѣна соучастниковъ сдѣлки, свидѣтелей и вольныхъ дьяковъ, новыми оффиціальными органами ея удостовѣренія.

Въ дѣйствующей системѣ свидѣтели у сдѣлокъ являются натурально не въ тѣхъ только случаяхъ, которые мы показали выше (духовная и купчая), а въ массѣ другихъ случаевъ, но уже повсюду въ роли субсидіарно-обрядной. Общія опредѣленія о роли свидѣтеля у сдѣлки въ старомъ законодательствѣ, сохранившемся еще и нынѣ въ составѣ т. X ч. 1 для мѣстъ, гдѣ не введено нотаріальное положеніе 66 года, даются не самостоятельно, а въ связи съ Инструкціей надсмотрщикамъ, выработанной главнымъ образомъ на основаніи петровскихъ и нѣкоторыхъ (особенно изъ царствованія Анны Ивановны) послѣдующихъ указовъ. Въ старыхъ изданіяхъ Свода они помѣщались въ ст. 809—816 (мы беремъ изд. 57 г., которое повторяетъ прежнія, мало ихъ измѣняя); въ новыхъ (съ 87 г.) тоже находимъ въ приложеніи къ ст. 708 стт. 67—72. Достаточно сопоставить оба эти изданія, чтобъ ясно видѣть, какъ исчезаютъ послѣдніе слѣды прежняго самостоятельнаго значенія обрядныхъ свидѣтелей. Въ изд. 57 г. даны положенія общія для свидѣтелей у актовъ, въ коихъ едва возможно узнать характерныя черты этихъ свободныхъ мужей, *призванныхъ* сторонами для юридическаго соучастія въ совершеніи сдѣлки, и на ряду съ этимъ общимъ правомъ поставлены партикуляризмы Литовскаго статута для губерній Черниговской и Полтавской, на которыхъ и въ этомъ видѣ легко узнать *подлинныя черты свидѣтелей* у сдѣлки, стало-быть, *конститутивныхъ* соучастниковъ акта, отличающія ихъ отъ свидѣтелей съ второстепеннымъ обряднымъ значеніемъ у нотаріальнаго акта, во многомъ уже приблизившихся къ *декларативной* роли, какую играютъ свидѣтели на судѣ, какъ простыя *средства доказательства* сомнительныхъ для суда, здѣсь *для нотаріуса*, данныхъ.

По Литовскому статуту въ указанныхъ статьяхъ эти свидѣтели именно *призванные* сторонами, *„лично приглашенные“* (ст. 809), сами прописывающіе въ рукоприкладствѣ родъ и существо акта (810), преимущественно *почетные мѣстные люди*,

изъ помѣстныхъ дворянъ (814). Для общаго права всѣ эти черты очень затушеваны. Если это свободные граждане, то, конечно, далеко не изъ лучшихъ временъ республики, а изъ эпохи паденія, когда они съ охотой отдавали свои голоса за хлѣбъ и зрѣлища. Въ изданіи 87 г. въ указанныхъ стт. Приложенія къ ст. 708 уже не оказалось нужды напоминать Литовскій статутъ съ его почтенной стариной, ибо на мѣсто прежнихъ особенностей и тамъ сталъ общій нотаріальный порядокъ совершенія актовъ. Подлинныя черты стараго послушества стали чистой археологіей; а новое нотаріальное положеніе, взамѣнъ прежнихъ *лично приглашенныхъ мѣстныхъ помѣщиковъ, собственноручно прописывающихъ содержаніе акта*, ограничиваетъ цензъ самостоятельности новыхъ послуховъ требованіемъ, чтобъ они не состояли на службѣ у нотаріуса и въ особенности не находились у него въ услуженіи (см. тоже въ art. 10 loi du 25 vent. an XI для témoin instrumentaire, о чемъ ниже).

Въ общей нынѣ дѣйствующей системѣ роль свидѣтеля у сдѣлки опредѣляется положеніемъ о нотаріальной части 14 апр. 1866 г., представляющимъ собою не обработку отечественныхъ источниковъ института, а прямое заимствованіе иноземныхъ уставовъ этого рода. По силѣ этого положенія свидѣтелями при совершеніи актовъ могутъ быть только совершеннолѣтніе, *грамотные*, извѣстные нотаріусу лично (общія опредѣленія даются въ виду актовъ, совершаемыхъ съ соучастіемъ нотаріусовъ) или по достовѣрному о нихъ засвидѣтельствованію (ст. 86 Полож. 66 г.). Не могутъ быть свидѣтелями: a) лишенные правъ состоянія или права быть свидѣтелями; b) имѣющіе физическіе недостатки, указанные закономъ и мѣшающіе воспріятію и соучастію въ актахъ (слѣпые, глухіе, нѣмые), душевно-больные; c) незнающіе русскаго языка; d) лично заинтересованные въ совершаемой сдѣлкѣ; e) служащіе у нотаріуса и его прислуга. Подлинное старое значеніе послушества слабо освѣщено въ этихъ новыхъ законоположеніяхъ.

Не въ одномъ этомъ видѣ послушества обнаруживается *юридическая* дѣятельность одного лица *вмѣстѣ* съ другимъ въ юридическихъ актахъ. То же самое видно въ отдѣльныхъ институтахъ, напр., брачнаго права, гдѣ для вступленія въ союзъ супружескій требуется согласіе родителей, имущественныхъ сдѣлокъ несовершеннолѣтнихъ, когда сила сдѣлки укрѣпляется соучастіемъ попечителя въ ея совершеніи; но это формы соучастія, связанныя съ особыми институтами, а не общія. Мы тамъ съ ними и встрѣтимся.

Мы указали выше, что въ процессѣ историческомъ повсюду

видна, вмѣстѣ съ успѣхами общественнаго сознанія и, конечно, съ развитіемъ обмѣна, замѣна обрядностей сдѣлокъ примитивныхъ болѣе совершенными и надежными. Тотъ же процессъ виденъ и у насъ. Знаменіе и символъ уступили мѣсто слову, письму; простѣйшіе способы обряднаго свидѣтельства должны уступить мѣсто способамъ укрѣпленій болѣе надежнымъ и общимъ.

Мы не можемъ въ подробности прослѣдить здѣсь эту любопытную смѣну историческихъ формъ волеизъявленія и ея закономѣрность.

Замѣтимъ здѣсь только, что нѣтъ необходимости полнаго и внезапнаго вытѣсненія однихъ, болѣе простыхъ и доступныхъ способовъ содѣйствія болѣе трудными, мало доступными, хотя бы и несомнѣнно болѣе надежными, какъ нѣтъ нужды въ вытѣсненіи однѣми легальными нормами иныхъ, менѣе совершенныхъ, но болѣе близкихъ къ правосознанію живыхъ общественныхъ группъ, юридическихъ нормъ, или новыми, хотя бы весьма совершенными союзными формами (акціонерная компанія) старинныхъ, простыхъ, но все еще крѣпкихъ и живыхъ народныхъ сочлененій.

Разсмотримъ же, какіе общіе признаки этой смѣны даютъ намъ наши историческіе памятники.

Первыя свѣдѣнія о юридическомъ содѣйствіи публичныхъ органовъ, именно высшей духовной власти, совершенію имущественныхъ сдѣлокъ приходятъ намъ изъ XII в. Объ одномъ изъ многочисленныхъ княжескихъ жалованій (Андрея Боголюбскаго Кіево-Печерской Лаврѣ) монастырямъ мы имѣемъ свѣдѣніе, что оно было внесено *въ книги Константинопольскаго патріархата.* Неволинъ не считаетъ этого извѣстія достовѣрнымъ *). Но если-бъ это извѣстіе и было внѣ всякихъ сомнѣній, то, конечно, оно мало освѣтило бы характеръ *повседневнаго обмѣна* въ ту пору въ Россіи. Позднѣйшія извѣстія о соучастіи публичныхъ, духовныхъ и свѣтскихъ, властей въ актахъ частнаго права идутъ къ намъ въ обиліи изъ вольныхъ волостей и изъ московскаго государства и притомъ въ большомъ разнообразіи (Неволинъ, тамъ же). Наиболѣе типическій способъ такого соучастія заключался въ *письменномъ начертаніи акта, съ соучастіемъ послуховъ, площадными подъячими и явкѣ*, затѣмъ, *акта въ то вѣдомство, къ которому актъ относится* по своему содержанію. Такимъ соучастіемъ публичныхъ органовъ достигалась вовсе не одна только частноправная цѣль, но и ограждались интересы союза, коего ближе всего касался актъ, ибо для его совершенія нужны обрядные свидѣтели, обыкновенно члены этого союза, и охранялись инте-

*) Ист. Росс. Гражд. Зак. § 233, пр. 231 на стр. 53 2-й части изд. 57 г.

ресы тягла и службы, очень рано начавшіе, особенно въ московскомъ государствѣ, играть весьма видную роль. Примѣровъ легко указать массу. Для духовныхъ завѣщаній явка совершается у епархіальныхъ архіереевъ. Для крѣпостей на вотчины и помѣстья въ помѣстномъ приказѣ, для дворовъ и дворовыхъ мѣстъ въ земскомъ приказѣ, для холоповъ—въ холопьемъ и т. д. Акты, совершаемые по городамъ, могли быть укрѣпляемы съ содѣйствіемъ мѣстныхъ воеводъ. Такія свѣдѣнія имѣютъ часто для насъ одинъ историческій интересъ *). Самый способъ такого содѣйствія заключался, независимо отъ особыхъ пріемовъ изслѣдованія внутренней стороны сдѣлки, *въ занесеніи акта въ подлежащія книги*, подписи на актѣ (на затыли) о справкѣ, приложеніи печати, со взысканіемъ при семъ разныхъ сборовъ. Ко времени Уложенія царя Алексѣя Михайловича этотъ порядокъ сложился, вполнѣ окрѣпъ и былъ утвержденъ какъ общій легальный обрядный способъ совершенія актовъ самаго разнообразнаго содержанія **).

Въ общемъ этотъ порядокъ заключалъ въ себѣ несомнѣнно здоровыя начала публичнаго удостовѣренія приватныхъ сдѣлокъ, совершонныхъ, съ соучастіемъ свѣдущихъ людей, посредствомъ регистраціи ихъ въ книгахъ должностныхъ лицъ. Но уже весьма скоро послѣ введенія въ дѣйствіе Уложенія мы находимъ, въ новоуказныхъ статьяхъ, признаки неудовлетворительности этого порядка. Онъ могъ представлять излишнюю сложность для совершающихъ сдѣлки, съ одной стороны; съ другой, мы видимъ на практикѣ многообразные обходы правильнаго способа совершенія сдѣлокъ. Эти обходы направлялись повидимому къ тому, чтобы расширить свободный обмѣнъ имуществъ, особенно недвижимостей, вопреки интересамъ разнообразныхъ союзовъ, которые отвѣчали

---

*) Не только акты по недвижимостямъ, но и сдѣлки по движимымъ вещамъ совершались съ содѣйствіемъ власти. Независимо отъ указаній Неволина, см. особ. Акты до юрид. быта относящіеся т. III, 1884 г., напр. № 350, гдѣ списки съ записныхъ площадныхъ конскихъ книгъ (конскія площадки голова Веденихтъ Ступаковъ съ товарищи совершаютъ рукоприкладство къ этого рода сдѣлкамъ). Тамъ же т. II, стр. 17, гдѣ при сдѣлкѣ *залога жены* якутомъ на 12 лѣтъ, подъ каковой закладъ взята этимъ якутомъ въ долгъ на 21 р. кобыла бережая (жеребая) и другіе предметы хозяйства, послухами у закладной сидѣли *шаманы*. Тамъ-же № 147, XXV, изъ конца XVI в., обязательство продавца въ книги написать купчую на имѣніе жены въ Помѣстномъ приказѣ въ Москвѣ къ извѣстному сроку подъ опасеніемъ неустойки. Утвержденіе акта лицомъ властнымъ или установленіемъ отмѣчается на самомъ актѣ *на затылы*, см. напр. тамъ же № 2 XXVI, XXVII, гдѣ виденъ обрядъ записи и справки въ Помѣстномъ приказѣ; то же въ № 148, XIX для двора городского въ земскомъ приказѣ; на четверть лавочнаго мѣста въ Приказѣ Большія Казны передъ окольничимъ А. И. Ржевскимъ съ товарищи № 150, XVI и масса другихъ характерныхъ операцій.

**) Въ Уложеніи см. особ. гл. X, XVI, XVII, XVIII, XX (указаніе статей въ этихъ главахъ по Неволину § 234 примѣчанія).

передъ центральною властью за исправность службы и тягла сочленовъ, владѣвшихъ обремененнымъ этимъ тягломъ и службой имуществомъ. Трудно, конечно, съ полной достовѣрностью разобраться въ оцѣнкѣ этого порядка. Но вѣроятнѣе, что его слабыя стороны угрожали скорѣе интересамъ публичнымъ, чѣмъ частнымъ.

Наступившая въ самомъ концѣ XVII в. эпоха реформъ актуарной части характеризуется вся стремленіемъ дать преобладаніе *интересу публичному*, точнѣе—*фискальному*, надъ частнымъ въ порядкѣ совершенія сдѣлокъ любого рода. Для этого прежде всего, начиная съ 1699 г., идутъ то очень крутыя, то болѣе примирительныя мѣры къ тому, чтобъ дать публичнымъ писцамъ, площаднымъ подъячимъ Ивановской площади, постоянную обязательную организацію со слабыми признаками корпоративнаго строя и строгими началами легальной регламентаціи всей ихъ дѣятельности и подчиненіемъ надзору частью своихъ же отвѣтственныхъ сочленовъ, частью разныхъ властей и установленій, съ центральнымъ вѣдомствомъ сначала Оружейной Палаты, впослѣдствіи Юстицъ-коллегіи. Не можетъ быть сомнѣнія, что задача Петра при этомъ заключалась вовсе не въ облегченіи гражданскаго обмѣна. Введеніе гербовой бумаги для совершенія актовъ ложилось значительной тягостью на всякаго рода акты, и дѣятельность новыхъ органовъ корроборація была разсчитана прежде всего на неукоснительное поступленіе въ казну этой новой отрасли государственнаго дохода. Этимъ собственно довершается картина поглощенія дѣлъ частныхъ, челобитчиковыхъ, задачами общенародными, особенно „интересными“, которую мы дали выше, трактуя понятіе лица и вещи въ эпоху Петровскихъ реформъ (Введеніе стр. 208).

Интересъ казны требовалъ величайшей централизаціи надзора за совершеніемъ актовъ, и эта цѣль шла впереди, преслѣдовалась неуклонно на счетъ удобствъ пользованія содѣйствіемъ такихъ центральныхъ установленій для совершенія сдѣлокъ въ мѣстахъ отдаленныхъ отъ центра. Это особенно ясно на обмѣнѣ съ недвижимостями, съ обладаніемъ которыми былъ связанъ интересъ службы. Сдѣлки этого рода могли быть совершаемы неограниченно только въ центральныхъ установленіяхъ, а въ мѣстахъ удаленныхъ отъ центра—только въ городахъ значительныхъ, гдѣ были Розряды, вѣдавшіе дѣла службы, и притомъ обыкновенно на небольшія суммы. Всѣ виды сдѣлокъ, подлежавшіе корроборація публичныхъ органовъ и новой пошлинѣ, раздѣлены были на *разряды крѣпостей* по различію ихъ юридическаго эффекта и по размѣру сборовъ, коимъ эти крѣпости подлежали. Налогъ

шелъ впередъ и размѣръ его былъ очень значительный. Съ купчихъ на недвижимости по указу о единонаслѣдіи брали по гривнѣ съ рубля. Въ связи съ этимъ преобладаніемъ фискальныхъ цѣлей надъ служебными для частныхъ лицъ, при этой новой системѣ, идутъ постоянныя уклоненія отъ тягостей и неудобствъ пользованія содѣйствіемъ публичныхъ органовъ для силы и дѣйствительности актовъ и тяжелыя послѣдствія такихъ уклоненій для той и другой стороны.

Въ Екатерининскую эпоху, въ связи съ учрежденіемъ о губерніяхъ въ 1775 г., установленія для содѣйствія въ совершеніи гражданскихъ сдѣлокъ несомнѣнно *приближаются къ мѣстамъ и лицамъ*, имѣющимъ интересъ въ этомъ содѣйствіи. Юстицъ-коллегія, которая служила центральнымъ органомъ этой функціи, уничтожена, и совершеніе актовъ передано Гражданскимъ Палатамъ, Уѣзднымъ Судамъ, вѣрнѣе, состоящимъ при нихъ установленіямъ для крѣпостныхъ дѣлъ, а затѣмъ цѣлымъ разрядамъ маклеровъ и нотаріусовъ по разнымъ спеціальнымъ отраслямъ частноправныхъ сдѣлокъ (частные маклеры, маклеры слугъ и рабочихъ, ремесленныхъ управъ, судоходныхъ расправъ, цеховыхъ, магистраты и ратуши, словесные суды и проч. *).

Въ этихъ старыхъ бытовыхъ условіяхъ мы никоимъ образомъ не могли для охраны общихъ имущественныхъ интересовъ гражданъ выработать единой системы установленій судебныхъ, ибо право гражданское въ ту пору нельзя было отдѣлить отъ сословныхъ основъ всего государственнаго и соціальнаго строя. Мы не могли, естественно и въ связи съ этимъ, имѣть и общихъ установленій для публичной корроборація гражданскихъ сдѣлокъ. Вся актуарная часть также распадалась на разныя группы, на отдѣльныя, специфическія задачи, какъ были разбиты установленія судебныя, какъ разобщены были и самыя нормы и самые институты гражданскаго права, въ коихъ была масса элементовъ розни и крайне мало началъ общности. Если что-либо продолжало связывать всю эту рознь цивильныхъ нормъ въ нѣкоторое единство (внѣшнее), то развѣ все тотъ же *интересъ фиска*, который продолжалъ стоять впереди всего, осложняя, замедляя, ставя на второй планъ дѣятельность всѣхъ нотаріальныхъ установленій на пользу заинтересованныхъ лицъ и выдвигая на первое мѣсто задачу сборовъ, гербоваго, пошлинъ крѣпостныхъ и иныхъ наименованій ото всѣхъ актовъ, которые требовали въ томъ или иномъ смыслѣ содѣйствія публичныхъ органовъ и зане-

*) Подробности у Неволина §§ 237—245.

сенія въ оффиціально-достовѣрные реестры или книги. Въ банкротскомъ уставѣ 1800 г. съ реквизитами нѣкоторыхъ формъ и обрядовъ при совершеніи сдѣлокъ и особенно съ требованіемъ веденія торговыхъ книгъ для торговыхъ операцій связаны были не только очень важныя юридическія послѣдствія, каково напр. опредѣленіе свойства несостоятельности, но на ряду съ этимъ стоящій на самомъ видномъ мѣстѣ опять интересъ фискальныхъ сборовъ. Александровская эпоха, какъ и петровское царствованіе, особенно послѣ ряда разорительныхъ войнъ, поставила въ актуарной части задачи сборовъ вновь на первое мѣсто. На этотъ разъ борьба противъ налоговъ пошла со стороны людей торговыхъ, которые всячески избѣгали подчинять свои операціи обязательной записи въ торговыя книги, обремененныя тоже гербовой пошлиной. Сопротивленіе было массовое. Согласно закону торговцы за уклоненія, кромѣ разныхъ невыгодъ, подлежали еще платежу пеней и судебнымъ преслѣдованіямъ. Количество неисправныхъ достигло такихъ размѣровъ, что отдавать подъ судъ приходилось едва не все купечество. Въ 24-мъ году, послѣ цѣлаго ряда понудительныхъ мѣръ, найдено было, по журналу Комитета Министровъ отъ 22 янв. и 26 февр. этого года, болѣе цѣлесообразнымъ отмѣнить отдачу подъ судъ за невыполненіе требованій закона, а начатыя дѣла прекратить, на что испросить Высочайшее соизволеніе, каковое 26 февр. 24 года и воспослѣдовало *).

Екатерининская система нотаріальныхъ установленій и старые порядки актуарной части, съ частными видоизмѣненіями, удержались вплоть до эпохи великихъ реформъ. Это не могло быть иначе. Для того чтобъ старый, разбитый на массу специфическихъ органовъ и способовъ укрѣпленія сдѣлокъ, порядокъ уступилъ мѣсто новому, необходимо было, чтобъ на мѣсто привилегированной правоспособности стала гражданская правоспособность общая, для лицъ и вещей, чтобы на мѣсто сословныхъ судовъ и интересовъ защиты гражданскаго права, смѣшанныхъ съ задачами нецивильными (служба, тягло) и въ особенности съ фискальными цѣлями, наступили другія условія имущественнаго обладанія и способа защиты гражданскихъ правъ. Только въ связи съ этимъ измѣненіемъ всѣхъ старыхъ бытовыхъ основъ и очищеніемъ гражданскихъ институтовъ отъ нецивильныхъ примѣсей могли и должны были измѣниться и способы публичной корро-

*) Ср. особ. В. Ѳомина Собраніе узаконеній о векселяхъ, банкротахъ и прочее 1826 г., заключающее въ себѣ обозрѣніе законодательнаго движенія по этимъ вопросамъ за продолжительную эпоху, особ. стр. 343 и слѣд.

борацiи гражданскихъ сдѣлокъ, и только съ этой поры они могли стать общими для всего государства.

Время для этой реформы наступило вслѣдъ за освобожденіемъ крестьянъ и введеніемъ общихъ судебныхъ установленій по уставамъ 20-го ноября 1864 г. Актъ, которымъ установлена эта новая общая организація нотаріата и разработанъ общій порядокъ совершенія гражданскихъ сдѣлокъ съ содѣйствіемъ спеціально для этой цѣли назначенныхъ органовъ составляетъ Положеніе о нотаріальной части апрѣля 14-ое 1866-го г., нынѣ входящее въ составъ тома XVI части первой. Съ тѣхъ поръ это новое Положеніе успѣло почти вовсе вытѣснить изъ практики не только старое приложеніе къ ст. 708 т. X ч. I, но распространилось и на губерніи Варшавскаго судебнаго округа и на губерніи прибалтійскія, съ нѣкоторыми видоизмѣненіями, какъ это видно изъ раздѣла V и VI Нотаріальнаго положенія въ его теперешнемъ составѣ въ т. XVI ч. I Св. Зак. Росс. Имп.

Содѣйствующимъ для совершенія гражданскихъ сдѣлокъ, какъ увидимъ позже, при обозрѣніи отдѣльныхъ институтовъ, является у насъ не одинъ нотаріатъ. Но что нотаріатъ есть *главный* и *общій* органъ, котораго существеннѣйшая функція есть нынѣ именно *эта служебная для корроборацiи частныхъ сдѣлокъ*, въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія, хотя нотаріусы и нынѣ наряду съ этимъ, выполняютъ и другую функцію, отвѣчающую цѣлямъ фискальнымъ (ст. 193 и слѣд. Пол. о нот. ч.).

Такъ какъ самое установленіе нотаріальной части, хотя въ общихъ своихъ основахъ вовсе не чуждое и нашему старому праву, есть, въ его новомъ видѣ, несомнѣнно заимствованное, то въ дальнѣйшемъ для насъ не лишено будетъ интереса короткое обозрѣніе судьбы этого учрежденія на западѣ, откуда оно пришло къ намъ въ его теперешнемъ видѣ.

Еще въ Римѣ существовало однородное съ нотаріатомъ понятіе tabelliones, хотя тамъ нотаріатъ и не выработался въ теперешнія его формы и не исполнялъ современныхъ нотаріальныхъ функцій. Не играя видной роли въ латинской каутелярной практикѣ, римскій нотаріатъ, эти tabelliones, пережилъ Римъ и былъ впослѣдствіи утилизованъ церковью, особенно и главнымъ образомъ для засвидѣтельствованія и закрѣпленія церковныхъ ординацій, даруемыхъ церкви пожертвованій и привилегій. Въ эпоху каролинговъ нотаріусы служатъ цѣлямъ публичнаго удостовѣренія собственно процессуальныхъ дѣйствій, и около этой функціи современемъ развивается вся ихъ роль содѣйствующаго публичной достовѣрности многообразныхъ сдѣлокъ спеціальнаго органа. Въ

12 в. мы находимъ ихъ въ Италіи образующими уже могущественную корпорацію, дѣйствующую сообразно своимъ статутамъ, на широкомъ пространствѣ тогдашнихъ разрозненныхъ земель, и опирающуюся на авторитетъ императора или папы. Члены этой корпораціи, которой принадлежала сильно развитая дисциплинарная власть, дѣйствовали повсюду именно какъ органы удостовѣренія событій и сдѣлокъ важныхъ не только для частнаго, но и для публичнаго права. Эта форма нотаріата, самобытная и крѣпкая организація коллегіи нотеровъ, удерживалась въ Италіи во всю средневѣковую эпоху. Такъ какъ юридическая сила публично ими въ надлежащей формѣ удостовѣренныхъ актовъ, instrumenta guarentigiata, признавалась и предполагалась безспорною, то къ услугамъ этой корпораціи прибѣгала и церковь, и свѣтскія власти, и городскія общины, и частныя лица. Коллегія нотеровъ достигла, такъ сказать, вселенскаго признанія надежности совершаемыхъ съ ея содѣйствіемъ юридическихъ операцій, и этимъ она была обязана могучему развитію корпоративнаго строя съ своей юрисдикціей на случай пререканій и столкновеній, которыя могли произойти между нотерами, съ одной стороны, и нотерами и ихъ кліентами, съ другой. Въ этой организаціи порядка и самоуправленія общины нотаріусовъ лежалъ прочный залогъ ихъ независимости, а слѣдовательно, и способности правильно и надежнымъ образомъ удостовѣрять важныя для правовой жизни событія и акты. Съ этимъ значеніемъ и съ этими качествами италіанскій нотаріатъ привился очень хорошо во Франціи, поддерживаемый королевской властью (notaire royaux), и выдержалъ тутъ не только всѣ другъ друга смѣнявшія системы государственнаго управленія, но и большую революцію, такъ что нотаріатъ во Франціи и до сихъ поръ функціонируетъ самостоятельно, наравнѣ съ судомъ, съ значительною долею корпоративныхъ правъ, въ очень широкой сферѣ публично-достовѣрнаго и необходимаго для частныхъ лицъ юридическаго содѣйствія. Во Франціи судъ никому не дѣлаетъ никакихъ услугъ, онъ только судитъ; всѣ формы *содѣйствія* частнымъ лицамъ въ ихъ юридическихъ актахъ лежатъ исключительно на обязанности gens de la plume, особенно нотаріусовъ. Совершенная съ *содѣйствіемъ* нотаріата сдѣлка способна пріобрѣсти не только характеръ публично достовѣрной, но и подлежащей безъ содѣйствія суда исполнительному производству *).

*) Sosthène-Berthellot, Esprit, législation et jurisprudence du Notariat. Эта небольшая книжка, кромѣ текста закона 25 Ventose an XI, содержитъ толкованія и защиту существующаго порядка отъ постоянныхъ покушеній его

Таково значеніе французскаго нотаріата. Что касается его организаціи, то существенныя стороны ея таковы. Это суть публичныя должностныя лица (fonctionnaires publics). Но въ способѣ назначенія ихъ (по закону, служащему основой и теперешняго порядка, 25 марта 11-го года или 16 марта 1803 г.) *главою государства* (тогда первымъ консуломъ, art. 45), *по представленію предшественника* (droit de présentation), лежитъ существенное отличіе отъ общаго порядка опредѣленія на публичныя должности, ибо предшественникъ не представляетъ кандидата иначе, какъ *за денежное вознагражденіе*, обыкновенно очень высокое, соотвѣтственное доходности округа, который онъ вѣдаетъ (art. 5). Отсюда упрекъ въ продажности (vénalité). Отъ вступающаго въ нотаріусы требуется 25-лѣтній возрастъ, 6-лѣтній практическій искусъ по части веденія дѣлъ у нотаріуса (art. 35, 36 и слѣд.) нравственная безупречность и обладаніе извѣстной степенью моральныхъ качествъ (art. 43), имущественный, довольно большихъ размѣровъ цензъ и, наконецъ, вносъ опредѣленной суммы въ видѣ залога (art. 33, 34). Лицо, удовлетворяющее всѣмъ этимъ требованіямъ, можетъ вступить въ *сословіе нотеровъ* и вмѣстѣ съ симъ пріобщается къ пользованію большими правами и обширною юрисдикціею, получая полномочіе удостовѣрять разнообразные сдѣлки и акты. Надъ дѣятельностью нотеровъ учреждается надзоръ въ видѣ особой дисциплинарной камеры (chambre de discipline), задача котораго заключается частью во внутренней дисциплинѣ сословія, частью въ разсмотрѣніи возникающихъ между нотаріусами и ихъ кліентами споровъ и пререканій, которые разрѣшаются судомъ (Sect. III art. 50, 51 и слѣд. *).

улучшить, въ формѣ переписки съ сыномъ (cher Isidore). По указан. пункту, авторъ говоритъ: les actes notariés ont entre les contractants la force d'une loi et sont, comme les jugements et arrêts, exécutoires au nom de l'autorité souveraine sur la grosse ou copie qui en est délivrée par le notaire quand il y a lieu; car tous les actes ne sont pas susceptibles d'une exécution forcée (стр. 27 и art. 19, стр. 132).

*) Упраздненіе этого сочетанія публичныхъ и въ тоже время состоящихъ какъ бы на откупу функцій не можетъ быть произведено безъ вознагражденія заинтересованныхъ, а „выкупъ“ несомнѣнно представлялъ бы колоссальныя суммы. Между тѣмъ обращеніе, къ нотаріусу далеко не всегда есть дѣло вольное, ибо

Soit sous un seing-privé soit devant un notaire
Toute obligation, tout contrat doit se faire
Si l'on s'est occupé d'objets plus importans
Que la somme ou valeur de cent cinquante francs

(art. 1341, C. c. en vers).

Французскій кодексъ признаетъ *достовѣрными* (authentique), съ очень важными юридическими послѣдствіями, тѣ акты, которые совершены съ соучастіемъ officiers publics, имѣющими право совершать подобные акты (instru-

Учрежденіе французскаго нотаріата было реципировано Германіей въ началѣ XIX столѣтія, особенно тѣми областями ея, гдѣ введенъ былъ Code civil вскорѣ послѣ войнъ Наполеона I, какъ напр. въ Рейнскихъ провинціяхъ. Французскій нотаріатъ въ этихъ областяхъ, однако, былъ нѣсколько видоизмѣненъ въ ущербъ его самостоятельности въ томъ смыслѣ, что онъ подчиненъ надзору суда. Въ другихъ частяхъ Германіи, отчасти въ крупныхъ государствахъ, а по большей части въ мелкихъ, въ дѣлѣ установленія нотаріата существенную и часто рѣшающую роль игралъ вопросъ о доходности, которую имѣли въ виду извлекать изъ этого института, и мелкіе Landesherr'ы не охотно отказывались отъ эксплуатаціи доходной статьи отъ нотаріальной функціи, которую они возлагали на своихъ личныхъ секретарей. Такая организація нотаріата, конечно, вредила его самостоятельности, вовсе не обезпечивала правильности его дѣйствій и достовѣрности сдѣлокъ, актовъ и событій, которыя онъ регистрировалъ, или которыя онъ удостовѣрялъ. Очевидно, принципъ *фискальный*, опредѣлявшій организацію нотаріата, въ корнѣ подрывалъ главную цѣль этого учрежденія—непоколебимую надежность нотаріальныхъ операцій.

Наряду съ этимъ во многихъ нѣмецкихъ и еще ранѣе въ славянскихъ земляхъ развивался особый видъ публичной корроборація одной спеціальной области сдѣлокъ, именно по укрѣпленію и ограниченію правъ *на имущества недвижимыя*. Съ этимъ явленіемъ мы ознакомились частью выше, давая очеркъ способовъ укрѣпленія вотчинныхъ правъ по недвижимостямъ въ старомъ русскомъ правѣ. Весь этотъ вопросъ, въ цѣломъ, мы разсмотримъ лишь позже, въ связи съ системой современныхъ вещныхъ правъ по недвижимостямъ.

Что касается нашего Положенія о нотаріальной части, то для его генезиса существенно имѣть въ виду два исходные пункта, именно, что 1) образцомъ для него послужила нотаріальная организація во Франціи, и что 2) для его устройства у насъ реципированъ былъ не чисто-французскій порядокъ, а тотъ, который былъ установленъ въ Германіи и видоизмѣнилъ французскую организацію, въ смыслѣ подчиненія нотаріата надзору суда.

---

menter) въ данной мѣстности (C. c. art. 1317). Соучастіе нотаріуса обязательно въ массѣ случаевъ, по дѣламъ семейнымъ (разводъ, par consentement mutuel по Code Napoléon, дѣла семейнаго совѣта, выборъ опекуновъ, акты раздѣла, низведеніе правоспособности и дѣеспособности и веденіе списковъ этихъ лицъ), въ продажахъ съ аукціона, даровыхъ отчужденіяхъ имущества, въ массѣ договорныхъ сдѣлокъ, въ актахъ послѣдней воли, въ удостовѣреніи событій важныхъ для возникновенія и прекращенія правоотношеній, въ выдачѣ разнообразныхъ документовъ, въ храненіи актовъ и проч.

Завѣдываніе нотаріальной частью принадлежитъ старшимъ и младшимъ нотаріусамъ. Организація этихъ лицъ не корпоративная, а зависимая и подчиненная суду, подъ наблюденіемъ котораго нотаріатъ и исполняетъ свои функціи. Въ чемъ заключается эта зависимость и наблюденіе суда за дѣятельностью нотаріусовъ—это видно изъ разныхъ статей указаннаго Положенія. Прежде всего, зависимость нотаріата отъ суда выражается въ самомъ способѣ назначенія нотаріусовъ, которое предоставляется предсѣдателямъ судебныхъ палатъ (ст. 16 Полож. о нотар. части). Старшіе нотаріусы назначаются *по представленію Министра Юстиціи Высочайшею властью* (Учр. Суд. Уст. ст. 212). Затѣмъ, общимъ образомъ опредѣляется, что „завѣдываніе нотаріальною частью, *подъ наблюденіемъ судебныхъ мѣстъ*, поручается нотаріусамъ и состоящимъ при нотаріальныхъ архивахъ старшимъ нотаріусамъ“ (ст. 1, Полож.). Въ этомъ положеніи сразу показанъ весь составъ нашего нотаріата: *судебное мѣсто, старшій нотаріусъ, нотаріусъ и архивъ*. Наблюденіе суда надъ нотаріатомъ не только пассивное, но можетъ, въ случаѣ надобности, осуществляться въ формѣ *разъясненія смысла законовъ*, которымъ нотаріусы и обязаны руководствоваться. Рядомъ съ нотаріальными учрежденіями для исполненія ихъ функцій могутъ дѣйствовать и судебные органы въ лицѣ мировыхъ судей тамъ, гдѣ нѣтъ нотаріусовъ (ст. 2, ibid.), а также временно и секретарь или другіе чиновники окружнаго суда (44, ibid.). Нотаріусами могутъ быть только русскіе подданные, совершеннолѣтніе, неопороченные судомъ или общественнымъ приговоромъ, не занимающіе никакой другой должности ни въ общественной, ни въ государственной службѣ (5). Судебное завѣдываніе нотаріальной частью, или наблюденіе за нею выражается еще и въ томъ, что *умѣнье нотаріуса правильно излагать акты*, *знаніе формъ* нотаріальнаго дѣлопроизводства и необходимыхъ для исполненія этой должности законовъ подлежатъ удостовѣренію особаго присутствія, состоящаго изъ предсѣдателя окружнаго суда, старшаго нотаріуса и прокурора (15, ibid.). Въ Германіи, въ Прирейнскихъ ея провинціяхъ, отъ лица, желающаго быть нотаріусомъ, требуется университетское образованіе. Нотаріусы приносятъ установленную присягу; удаляются отъ должности они не иначе, какъ по суду (16, ibid.), кромѣ исключительныхъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ закономъ 24 апр. 87 г., къ коимъ примѣняется статья 59^{1} Нот. полож. Характерная черта строенія новой нотаріальной части заключается въ томъ, что главныя функціи дѣятельности упражняются нотаріусомъ *только въ своемъ округѣ*,

такъ что связь дѣятельности старшаго нотаріуса въ особенности съ нотаріальнымъ архивомъ самая тѣсная и существенная (21, ibid.). Соблюденіе правилъ для дѣятельности нотаріуса въ каждомъ подлежащемъ его вѣдѣнію дѣлѣ, т.-е. огражденіе интересовъ частныхъ лицъ, прибѣгающихъ къ услугамъ нотаріата, въ другихъ государствахъ обезпечиваемое жалобами, приносимыми въ особо для того установленные совѣты нотаріусовъ, у насъ гарантируется правомъ подачи жалобъ на нотаріуса въ окружный судъ (60, ibid.), причемъ срокъ ихъ подачи полагается двухнедѣльный, исчисляемый со дня отказа отъ исполненія своихъ обязанностей или со дня совершенія нотаріусомъ дѣянія, послужившаго предметомъ жалобы (61, ibid.). Жалобы вручаются непосредственно нотаріусу или старшему нотаріусу, причемъ они обязываются представить въ окружный судъ врученныя ему жалобы не далѣе семи дней со времени ихъ предъявленія, съ надлежащими объясненіями (62 ibid.). Искъ о вознагражденіи за причиненные дѣйствіемъ нотаріуса убытки предъявляется въ подлежащемъ окружномъ судѣ (64, ibid.). Нотаріусъ, для обезпеченія взысканія на случай неправильныхъ его дѣйствій, обязанъ представлять залогъ въ опредѣленной суммѣ денегъ (8, ibid).

Каждый нотаріусъ обязанъ вести: 1) реестръ для обозначенія всѣхъ актовъ, протестовъ, засвидѣтельствованій, явленныхъ у него обязательствъ и договоровъ, 2) двѣ актовыя книги для записи актовъ совершенныхъ нотаріальнымъ порядкомъ, одну для актовъ о недвижимыхъ имуществахъ, другую для всѣхъ прочихъ, 3) книгу для записыванія сборовъ, 4) общій алфавитный указатель для всѣхъ актовъ и засвидѣтельствованій, 5) вѣдомость всѣмъ отдаваемымъ ему на храненіе документамъ, 6) алфавитный указатель лицамъ, которыхъ гражданская дѣеспособность умалена или возстановлена, по особ. формѣ (ст. 26). Это тоже подлежитъ надзору и ревизіи окружнаго суда (ст. 58).

Что касается до отношенія сторонъ, обращающихся къ услугамъ нотаріусовъ, къ симъ послѣднимъ, то тутъ важно отмѣтить слѣдующія черты. Стороны могутъ совершать акты *или домашнимъ* порядкомъ, *или явочнымъ* (нотаріальнымъ), причемъ, въ зависимости отъ того или другого способа совершенія, самые акты, по различности содержанія, пріобрѣтаютъ ту или другую юридическую силу. Рядомъ съ актами, совершаемыми этими способами, имѣется еще кругъ актовъ, которые не могутъ быть совершаемы иначе, какъ съ *помощью нотаріуса*, и совершеніе которыхъ безъ его участія будетъ недѣйствительнымъ. Таковы акты о переходѣ или ограниченіи правъ на недвижимыя иму-

щества (ст. 66 и 157). Въ этомъ случаѣ содѣйствіе нотаріуса есть *составной элементъ сдѣлки.* Такимъ образомъ, есть кругъ актовъ и сдѣлокъ, для которыхъ содѣйствіе нотаріуса не имѣетъ значенія состава сдѣлки, и есть другой кругъ ихъ, гдѣ дѣятельность нотаріуса принадлежитъ къ составу сдѣлки. Это различіе актовъ и сдѣлокъ, по степени силы и значенія, которое имѣетъ для нихъ содѣйствіе нотаріуса, для насъ чрезвычайно важно. Съ отдѣльными видами этихъ актовъ мы познакомимся позднѣе, въ спеціальныхъ частяхъ нашего курса.

Къ актамъ явочнымъ нашъ нотаріальный уставъ относитъ такіе, которые не совершаются нотаріусомъ, а лишь принимаются имъ, по силѣ 65 ст. Положенія о нотаріальной части, къ засвидѣтельствованію. Засвидѣтельствованіе можетъ касаться разныхъ предметовъ (128, ibid.): вѣрности копій, подлинности подписей, времени предъявленія документовъ у нотаріуса, нахожденія лицъ въ живыхъ, заявленія объясненій отъ одной стороны другой, для того чтобы сдѣлать текстъ объясненія достовѣрнымъ, обстоятельства и время его вученія по принадлежности несомнѣннымъ, явки довѣренностей, заемныхъ обязательствъ, договоровъ, разнаго рода протестовъ, мировыхъ записей и прошеній и, наконецъ, явки третейскихъ записей. Затѣмъ, нотаріусъ участвуетъ также и въ совершеніи актовъ о переходѣ или ограниченіи правъ на недвижимыя имущества; но участіе нотаріуса въ этихъ актахъ есть лишь *подготовительное* дѣйствіе. Такъ, съ содѣйствіемъ нотаріуса пишутся условія о продажѣ дома, земли, о правѣ проѣзда, объ арендѣ, о правѣ пользованія недвижимостью и т. п. Съ его участіемъ совершается эта письменная работа, подготовляющая сдѣлку, но черезъ это сама сдѣлка, по которой отчуждается или пріобрѣтается недвижимость, не становится еще способной пересвоивать, передавать или ограничивать права на недвижимое имущество. Для этого требуется, чтобы сдѣлка, принявшая письменную форму съ непремѣннымъ содѣйствіемъ нотаріуса, была имъ *совершена и затѣмъ утверждена старшимъ нотаріусомъ,* на рукахъ котораго находится нотаріальный архивъ. Слѣдовательно, крѣпостной актъ, утверждаемый старшимъ нотаріусомъ, совершается тоже явочнымъ порядкомъ и только чрезъ утвержденіе старшимъ нотаріусомъ обращается въ крѣпостной (ibid., ст. 66 и 157).

Для утвержденія старшимъ нотаріусомъ нотаріальнаго акта, *выпись изъ актовой книги младшаго нотаріуса* должна быть предъявлена старшему нотаріусу въ *годовой* со дня совершенія акта срокъ (161, ibid.). Основаніемъ для утвержденія акта, за-

ключающагося въ выписи, служитъ повѣрка титула лица, отчуждающаго имущество, и повѣрка способности этого лица совершать отчужденіе (167, 168 и прим. къ ней, 168[1] ibid.). И только послѣ этой повѣрки такой актъ для своего утвержденія *вносится въ крѣпостную книгу* (которую ведетъ старшій нотаріусъ), причемъ на самой выписи дѣлается надпись о ея утвержденіи, а о внесеніи ея въ книгу—помѣтка въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, который также ведетъ старшій нотаріусъ (169, ibid.). Лишь съ наступленіемъ всѣхъ этихъ условій сдѣлка считается дѣйствительною. Лицо отчуждающее можетъ имѣть несомнѣнное желаніе и волю (напр. продать домъ), можетъ имѣть неоспоримое право привести ее въ исполненіе, можетъ, наконецъ, имѣть необходимую для того дѣеспособность, точно также всѣ необходимыя условія могутъ быть на лицо и у пріобрѣтателя отчуждаемаго имущества, — и всетаки, нѣтъ соучастія нотаріуса въ сдѣлкѣ отчужденія и пріобрѣтенія, нѣтъ и самой сдѣлки. На этой способности и на этомъ значеніи нотаріальнаго содѣйствія мы будемъ имѣть случай подробнѣе остановиться впослѣдствіи, при разсмотрѣніи ипотечной системы и ипотечныхъ книгъ.

Мы разсмотрѣли, такимъ образомъ, различные способы обряднаго волеизъявленія въ юридическихъ сдѣлкахъ. На ряду съ указанными *общими* формами соучастія въ совершеніи юридическихъ актовъ публичныхъ органовъ, практика гражданскихъ сдѣлокъ знаетъ множество *особыхъ* видовъ соучастія въ тѣхъ или другихъ юридическихъ актахъ въ особенности. Таково особенно соучастіе *духовныхъ властей* въ удостовѣреніи актовъ гражданскаго состоянія, о чемъ было сказано выше, въ ученіи о лицѣ физическомъ. Такое же соучастіе мы находимъ во множествѣ случаевъ со стороны какъ *высшихъ органовъ власти свѣтской* (при учрежденіи заповѣдныхъ имѣній, утвержденіе уставовъ компаній, когда для нихъ испрашиваются особыя привилегіи, при передачѣ усыновленнымъ потомственными дворянами фамилій усыновителей) *), такъ *и низшихъ* (напр., волостного правленія, при коемъ ведется книга сдѣлокъ и договоровъ на сумму не свыше 300 р. и гдѣ могутъ быть свидѣтельствуемы духовныя завѣщанія сельскихъ обывателей до 100 р.) **). Соучастіе въ совершеніи сдѣлокъ имущественнаго и семейнаго права оказываетъ въ массѣ случаевъ и *власть судебная* въ нашей практикѣ. Укажемъ здѣсь, для примѣра, со-

*) Т. X ч. I стр. 481, 2196, 2197, 152.

**) Общее полож. о крестьянахъ вышедшихъ изъ крѣпостн. зависим. ст. 91 и примѣчанія (по Своду Узакон. и Распоряж Горемыкина изд. 3-е, т. I, стр 165 и слѣд.).

участіе компетентныхъ органовъ судебной власти въ актахъ ввода во владѣніе недвижимыми имуществами при переходѣ права собственности, соучастіе окружныхъ судовъ въ актахъ узаконенія и усыновленія по закону 16 марта 1891 г. *).

Мы не имѣемъ интереса перечислять сколько-нибудь исчерпывающимъ образомъ этихъ отдѣльныхъ видовъ необходимаго обряднаго соучастія въ совершеніи юридическихъ сдѣлокъ тѣхъ или другихъ органовъ власти, съ чѣмъ встрѣтимся впослѣдствіи при изложеніи отдѣльныхъ институтовъ гражданской системы.

Здѣсь намъ слѣдуетъ остановиться еще на слѣдующихъ общихъ вопросахъ. Мы видѣли выше, что, вмѣстѣ съ успѣхами культуры, тяжелыя обрядности, разсчитанныя на пробужденіе сознанія примитивными средствами, уступаютъ мѣсто болѣе простымъ методамъ волеизъявленій. Это, какъ было указано выше, прежде всего *слово*, затѣмъ, *письмо*, осложненное нѣкоторыми обрядностями, разсчитанными на возможно болѣе тщательное и точное выраженіе волеизъявленій **), наконецъ, волеизъявленіе сдѣланное *любымъ*, совершенно безобряднымъ *способомъ*, лишь бы не было сомнѣнія въ томъ, что этимъ способомъ лицо дѣйствительно хотѣло изъявить свою волю, пусть это будетъ *простое молчаніе*, которое, въ извѣстныхъ условіяхъ, можетъ также служить совершенно достаточнымъ средствомъ изъявленія воли.

Сфера обрядныхъ волеизъявленій, вмѣстѣ съ успѣхами культуры, ограничивается тѣснымъ кругомъ сдѣлокъ, гдѣ обрядности необходимы по тѣмъ или другимъ специфическимъ соображеніямъ, и вмѣстѣ съ этимъ самое свойство обрядностей упрощается до возможнаго предѣла, за которымъ можно опасаться неясностей волеизъявленія.

Отъ несвободы и искусственности мы переходимъ такимъ образомъ къ свободнымъ и простымъ, естественнымъ способомъ волеизъявленій. Задача юриспруденціи въ разумѣніи и толкованіи актовъ частной воли становится вмѣстѣ съ этимъ нерѣдко болѣе трудной и требующей умѣнья и навыка со стороны толкователя.

Требованіе болѣе тяжелыхъ и съ этимъ вмѣстѣ стѣснительныхъ обрядностей удерживается въ области такихъ волеизъявленій, гдѣ 1) необходима незыблемая извѣстность даты волеизъявленія или ихъ послѣдовательности. Достигнуть этого часто нельзя иначе какъ при непремѣнномъ соучастіи публично-достовѣрныхъ запи-

*) Уставъ Гражд. Суд. (т. XVI ч. I) ст. 1424 и слѣд., 1460 и слѣд.

**) Для письменной формы, когда средствомъ передачи волеизъявленія служитъ телеграфъ, Нов. Гер. улож. 96 г. даетъ общее положеніе въ ст. 127 и 126.

сей *). 2) Такое же формально-необходимое соучастіе не только публично достовѣрныхъ органовъ, но на ряду съ этимъ и содѣйствіе *печати*, необходимо въ ряду случаевъ, гдѣ извѣстное волеизъявленіе или событіе требуетъ, для своего юридическаго эфекта, его оглашенія въ болѣе или менѣе широкомъ кругу лицъ. Примѣровъ наша практика даетъ массу не только въ вопросахъ объ *учрежденіи* правоспособныхъ въ гражданскомъ смыслѣ союзовъ, случаяхъ *вызововъ* самаго разнообразнаго содержанія, но на ряду съ этимъ во множествѣ операцій финансоваго и денежнаго характера, общихъ и частныхъ, съ оглашеніемъ коихъ посредствомъ печати законъ соединяетъ тотъ или другой юридическій эфектъ **). Наконецъ, 3) извѣстныя обрядности необходимы въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ съ отдѣльной имущественной операціей (выпуски облигацій, акцій и проч.) соединяются особо-важныя въ общественномъ смыслѣ послѣдствія, напр. легчайшая оборотность выпущенныхъ цѣнностей.

За этими изъятіями гражданскія сдѣлки, соединенныя нерѣдко съ весьма важными юридическими послѣдствіями, являются намъ нынѣ въ такомъ упрощенномъ составѣ обрядностей, что ихъ можно причислить къ самымъ безъискусственнымъ и простымъ актамъ волеизъявленія. Нѣкоторые образцы заслуживаютъ въ этомъ отношеніи особаго нашего вниманія. Таковъ, напр., въ дѣйствующемъ французскомъ кодексѣ testament holographe, для вполнѣ законченнаго и эфективнаго въ юридическомъ смыслѣ совершенія коего законъ не требуетъ ничего, кромѣ *собственноручнаго* письменнаго начертанія своего волеизъявленія *въ цѣломъ его составѣ*, безъ всякихъ осложненій призывомъ свидѣтелей или явкой этого акта публично-достовѣрнымъ агентамъ (art. 970). Нѣкоторое повышенное значеніе *собственноручному начертанію* акта послѣдней воли даетъ и наше законодательство (ст. 1046, 1048, 1051). Французскій testament holographe реципированъ новымъ Имперскимъ нѣмецкимъ гражданскимъ уложеніемъ (2231). Съ разсчетомъ только субъективнаго характера, для пробужденія вниманія и предупрежденія ошибокъ, законъ ставитъ осложненныя требованія письменнаго начертанія актовъ. Такъ, при указаніяхъ въ составѣ сдѣлки количествъ, суммъ, законъ требуетъ обозначенія ихъ не цифрами, а словами, или предписываетъ выполнять собственноручно цѣлый текстъ, которымъ установляется отношеніе соучаствующаго въ сдѣлкѣ лица, а не ограничиваться ссылкой

*) Для освѣщенія этого вопроса см. особенно Code civ. art. 1328.

**) На эту сторону дѣла въ ученіяхъ Общей части обратилъ должное вниманіе Franken Lehrbuch d. deutsch. Pr. Rechts. 94 г. § 14, стр. 131 и слѣд.

на чужой текстъ. Это обрядъ, разсчитанный только на сосредоточеніе вниманія къ совершаемому акту! И такъ, Code civ. требуетъ для домашнихъ актовъ (billet ou promesse sous seing privé), если они не написаны съ начала до конца собственноручно, по крайней мѣрѣ подписи обязывающагося и *собственноручнаго начертанія именно словами, а не цифрами*, суммы или количества, составляющаго предметъ обязательства *). Нашъ законъ даетъ образецъ, такого же значенія собственноручной *детальной письменной формы* во многихъ случаяхъ, особенно при совершеніи сохранной росписки, въ коей, кромѣ другихъ точныхъ показаній, опредѣляющихъ принимаемый на сохраненіе объектъ индивидуально, необходимо обозначить *сумму не цифрами, а прописью* (2111). Тоже, въ смыслѣ начертанія собственноручно *всего текста*, въ указанномъ нами выше актѣ утвержденія сдѣлки свидѣтелями (послухами) по Литовскому статуту (т. X ч. I изд. 57 г. ст. 809).

Нотаріальное положеніе 1866-го г. требуетъ для актовъ, совершаемыхъ съ соучастіемъ нотаріуса вообще, чтобы всякіе суммы, числа, нумера и сроки означались *хотя одинъ разъ прописью* (ст. 99).

Наше законодательство вовсе *не ставитъ общаго реквизита письменности* для всѣхъ сдѣлокъ выше опредѣленной суммы, какъ это мы видимъ во французскомъ кодексѣ, гдѣ для сдѣлокъ выше 150 фр. требуется для *доказательства на судѣ* письменное удостовѣреніе, противъ прямого содержанія котораго не допускаются свидѣтельскія показанія (art. 1341). Это совершенно иначе у насъ, гдѣ такого общаго реквизита письма нѣтъ, и обязательность *письменнаго совершенія* связана съ отдѣльными актами, а не съ любыми, превышающими по цѣнѣ извѣстную сумму (ст. 1531). Не менѣе того наша практика, въ виду статей 409 и 410 Уст. Гражд. Судопр., ограничивающихъ допущеніе на судѣ свидѣтельскихъ показаній крайне тѣсными предѣлами, склонна расширять значеніе письма, какъ необходимой обрядности именно совершенія сдѣлки, гораздо далѣе прямыхъ требованій нашего гражданскаго кодекса **).

Расширеніе требованія письма не только какъ средства доказывать на судѣ, но и какъ *конститутивнаго элемента для самаго состава сдѣлки*, не разъ заслуживало упрековъ французскимъ судьямъ въ нерадѣніи и въ прямомъ отказѣ въ правосудіи.

*) Il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un *bon* ou un approuvé, portant *en toutes lettres* la somme ou la quantité de la chose (C. c. 1326, 1327, см. еще ст. 1323).

**) Крайне любопытную и контроверзную практику нашихъ судовъ см. по изд. Влад. Гордона Уставъ Гр. Судопр. съ разъясненіями и проч. 1899 г.

Для суда дѣйствительно не можетъ быть ничего удобнѣе такого рода абсолютизма обрядныхъ требованій, особенно письменныхъ, для частныхъ сдѣлокъ. Это, однако, далеко не соотвѣтствуетъ ни интересамъ обмѣна, ни правильно истолкованнымъ требованіямъ закона, особенно когда законъ, какъ у насъ, допускаетъ совершеніе сдѣлокъ письменно и устно и указываетъ легальные реквизиты *совершенія сдѣлокъ* не для всѣхъ ихъ родовъ, а для каждаго вида отдѣльно (т. X ч. I ст. 1531) и не всегда съ одинаковыми послѣдствіями.

Независимо отъ такого рода прямо направленныхъ на изъявленіе воли болѣе или менѣе простыхъ и безобрядныхъ способовъ, наше законодательство даетъ намъ случаи, въ коихъ такого прямого воплощенія воли въ специфическую, хотя бы и свободную, форму вовсе не требуется, и не менѣе того волеизъявленіе и сдѣлка юридическая все-таки будетъ на лицо. Въ этихъ случаяхъ волеизъявленіе явствуетъ *изъ фактовъ, отъ которыхъ* болѣе или менѣе *легко заключить*, куда собственно, къ какой цѣли направлено волеизъявленіе. Это какъ бы область *уликъ*, но не въ примѣненіи къ дѣяніямъ преступнымъ, а къ цивильнымъ волеизъявленіямъ. Такія событія или данныя, отъ которыхъ мы дѣлаемъ наши заключенія, facta concludentia, могутъ сами по себѣ носить или положительный, или только отрицательный характеръ. На этихъ ученіяхъ, особенно на молчаливомъ волеизъявленіи, мы не находимъ умѣстнымъ останавливаться въ изложеніи дѣйствующаго русскаго права, такъ какъ научное освѣщеніе этихъ довольно контроверзныхъ проблеммъ несравненно удобнѣе найти въ хорошихъ панденктныхъ курсахъ (Дернбурга, Regelsberger'a, Виндшейда, даже Барона). Здѣсь мы ограничимся отдѣльными случаями такого безобряднаго волеизъявленія въ нашей дѣйствующей системѣ. Чтобы вступить въ наслѣдство со всѣми юридическими, крайне важными въ личномъ и общественномъ смыслѣ этого акта послѣдствіями (1258, 1259), нѣтъ необходимости облекать волеизъявленіе этого рода въ какую-либо специфическую, указанную закономъ форму, а вполнѣ достаточно *владѣть и пользоваться* наслѣдственнымъ *имуществомъ въ личную себѣ прибыль* (1261). Для отсрочки заемнаго обязательства наше законодательство указываетъ специфическія формы (2040); но кассаціонная практика наша видитъ и *въ принятіи* залогодержателемъ *процентовъ* достаточное данное, чтобъ заключить объ отсрочкѣ долга (см. Гаугеръ къ указан. ст. кассац. рѣшенія за 73 г. № 395). Это настоящіе образцы такъ назыв. конклудентныхъ фактовъ, данныхъ, изъ коихъ легко извлечь весь необходимый составъ волеизъявленія въ этихъ случаяхъ.

Нашъ законъ допускаетъ, въ извѣстныхъ условіяхъ, *отъ молчанія* лица, которое имѣетъ все основаніе и всю возможность для волеизъявленія, *заключать къ его согласію*, явствующему именно изъ этого молчанія. Обобщенія въ этой области, какъ извѣстно, очень опасны (ср. Regelsberger § 138, стр. 505). Законъ нашъ ставитъ въ числѣ реквизитовъ вступленія въ бракъ *дозволеніе родителей* (6). Вопросъ въ томъ, какъ это дозволеніе имѣетъ быть выражено, необходима ли письменная форма (ср. ст. 9), или вопросъ о формѣ не имѣетъ здѣсь вовсе значенія, и мы въ правѣ заключить о согласіи родителей даже отъ простого ихъ молчанія, когда они знали о предстоящемъ бракосочетаніи и имѣли всю возможность выразить свое несогласіе на бракъ? Наша практика и руководящіе писатели склоняются къ истолкованію простого молчанія въ этихъ условіяхъ за достаточный признакъ согласія родителей (ср. Побѣдоносцеват. 2-й, § 4, по 3-ьему изд. стр. 25 и примѣч.). Въ пользу этого мнѣнія говоритъ и ст. 1566 Улож. о наказан., которая для состава караемаго закономъ дѣянія, направленнаго противъ власти родителей, даетъ слѣдующіе признаки: вступленіе въ бракъ, явно или тайно, противъ *рѣшительнаго запрещенія* родителей, или *безъ испрошенія* ихъ согласія. Надо полагать, что въ случаяхъ, гдѣ отъ родителей ничто не было скрыто, просьба о согласіи къ нимъ была обращена и *рѣшительнаго запрещенія* не послѣдовало, ни состава запрещеннаго дѣянія, ни нарушенія ст. 6 т. X ч. I-й видѣть нельзя.

Но всегда ли *молчаніе* должно имѣть этотъ смыслъ отказа заинтересованнаго отъ осуществленія своего права? Законодатель нашъ какъ бы опасается именно этого обобщенія и постановляетъ: *молчаніе* законнаго наслѣдника при спорѣ сонаслѣдниковъ его противъ духовнаго завѣщанія *не почитается отреченіемъ* отъ наслѣдства.... (1267). Есть, очевидно, случаи очень заманчивые для расширенія смысла молчанія, но не дающіе къ этому никакого основанія.

Обозрѣніемъ этихъ безобрядныхъ способовъ волеизъявленія мы заключаемъ ученіе о внѣшней сторонѣ волеизъявленія въ составѣ юридической сдѣлки.

С. РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

ОСНОВЫ УЧЕНІЯ О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВѢ ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ.

§ 41.

Необходимость представительства въ извѣстныхъ условіяхъ развитаго цивильнаго обмѣна.—Разные виды юридическаго содѣйствія.—Содѣйствіе въ замѣнъ другого.—Содѣйствіе фактическое и юридическое.—Явленія сходныя съ представительствомъ по отдѣльнымъ признакамъ или по ихъ эфекту.—Существенные признаки представительства какъ особаго института въ гражданскомъ правѣ.—Принципы латинскаго права.—Отступленіе новыхъ системъ.—Замѣтки по исторіи русскаго права.—Суррогаты представительства.—Элементы института въ Псковской судной грамотѣ.—Медленность послѣдующаго развитія общихъ нормъ.

Въ общихъ ученіяхъ о юридической сдѣлкѣ мы предполагаемъ субъектомъ волеизъявленія отдѣльно взятое дѣеспособное лицо, отъ котораго и исходитъ сдѣлка. Такой субъектъ сдѣлки представляетъ собою вполнѣ нормальное явленіе развитого цивильнаго обмѣна. Какъ сами субъекты правъ суть главнымъ образомъ правоспособные люди, такъ и сдѣлки составляютъ проявленіе ихъ индивидуальной воли. Не съ этого, однако, начинаются, какъ мы отчасти уже видѣли выше, лѣтописи гражданскаго общежитія. Этому предшествуютъ разнообразныя формы союзнаго общежитія, въ условіяхъ коего далеко не легко обособляются ни сферы отдѣльнаго правообладанія людей, ни связанные съ этимъ способы чисто-личнаго, индивидуальнаго волеизъявленія въ области гражданскихъ правоотношеній. И тутъ, и въ области сдѣлокъ, какъ увидимъ впослѣдствіи яснѣе, первоначально господствуютъ тоже формы союзной, коллективной дѣятельности, „груповыхъ рядовъ“, а не индивидуальныхъ сдѣлокъ.

Здѣсь, въ ученіи о представительствѣ, къ коему приступаемъ, мы будемъ пока держаться не этой исторической точки зрѣнія,

а той, которая лежитъ въ основѣ современныхъ системъ гражданскаго права.

Если въ современныхъ бытовыхъ условіяхъ правоспособными являются намъ, главнымъ образомъ, отдѣльно-стоящіе въ гражданскихъ правоотношеніяхъ люди, то возможно ли, чтобъ они, въ операціяхъ гражданскаго обмѣна, являлись непремѣнно самодѣятельными, всегда и вездѣ, независимо отъ фактическихъ данныхъ и обстоятельствъ, въ коихъ они находятся? Возьмемъ состояніе дѣтства, отсутствія, болѣзни, развитія дѣловыхъ сношеній за предѣлы силъ одного человѣка? Въ современныхъ условіяхъ, когда нѣтъ союзныхъ бытовыхъ формъ, возмѣщающихъ невыгоды этого одинокого положенія человѣка, нѣтъ сомнѣнія, необходимы особые институты гражданскаго права, которые замѣняли бы прежнюю роль союзовъ въ этихъ вопросахъ восполненія или замѣны недостающей, по тому или другому основанію, самодѣятельности одного лица въ его юридической сферѣ юридической дѣятельностью другого. На этой потребности и развился нынѣ въ особенности институтъ представительства въ гражданскомъ правѣ.

Чтобъ выдѣлить это понятіе изъ круга другихъ, болѣе или менѣе близкихъ ему, Ihering, въ небольшой, но очень удачной работѣ *о содѣйствіи въ чужихъ юридическихъ сдѣлкахъ* *), провелъ болѣе рельефно, чѣмъ это дѣлали до него, отдѣльные виды такого содѣйствія и установилъ, болѣе или менѣе твердо, необходимые признаки каждаго изъ нихъ.

И такъ, въ сдѣлкѣ *чужой* содѣйствіе другого, несубъекта сдѣлки, можетъ быть или фактическимъ, или юридическимъ; въ тоже время это содѣйствіе можетъ идти *вмѣстѣ* съ главнымъ субъектомъ сдѣлки, или же *вмѣсто*, взамѣнъ его.

Различенія эти очень цѣнны для современной юриспруденціи, гдѣ понятіе представительства въ гражданскомъ правѣ необходимо выработать со всею точностью, и въ то же время они далеко небезспорны. Что касается прежнихъ бытовыхъ условій, то въ нихъ до крайности трудно было проводить вообще различія союзной и личной правоспособности и точно также различіе „групповыхъ рядовъ“ и индивидуальныхъ сдѣлокъ. Съ другой стороны, въ тѣхъ условіяхъ преобладанія союзнаго надъ личнымъ далеко не всегда можно было поставить сколько-нибудь опредѣленную границу между содѣйствіемъ фактическимъ и юридическимъ и еще менѣе отличить содѣйствіе вмѣстѣ съ другимъ отъ содѣйствія взамѣнъ другого. Лишь медленнымъ процессомъ вырабатывались и

*) Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte (Jahrb. f. Dogmat. B. 1, стр. 273 и слѣд., и B. 2, стр. 67 и слѣд., 57 и 58 гг.).

обособлялись исторически тѣ различія понятій и институтовъ въ этой области, которыя для современной мысли и юридической техники являются какъ уже опредѣлившіяся и до извѣстной степени законченныя.

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ разсматривать *содѣйствіе одного лица взамѣнъ другого* и установимъ для этого явленія, во-первыхъ, *различіе содѣйствія фактическаго отъ юридическаго*, во-вторыхъ, разграничимъ его отъ другихъ, болѣе или менѣе близкихъ къ нему *по отдѣльнымъ внѣшнимъ признакамъ или по эффекту* явленій.

Беремъ содѣйствіе посыльнаго, которое такъ часто случается нынѣ въ дѣловыхъ сношеніяхъ. Это агентъ, который дѣйствуетъ по нашему порученію и услугами коего мы пользуемся, когда намъ нужно дать вѣсть, доставить что-либо, принести отвѣтъ. Чѣмъ ближе содержаніе оказываемаго имъ содѣйствія подходитъ къ чисто-механическому, тѣмъ легче отличить его отъ подлиннаго представителя. Чисто-механическимъ посредникомъ такой nuntius будетъ тогда, когда онъ, найдя требуемаго адрессата, передастъ ему письмо, посылку, какъ это мы видимъ постоянно въ операціяхъ письмоносца. Его посредство будетъ приближаться къ юридическому содѣйствію по мѣрѣ того, какъ ему предоставляется большій или меньшій просторъ личнаго усмотрѣнія въ выполненіи порученія. Есть случаи, гдѣ механическій характеръ выполняемаго содѣйствія выразится совершенно рельефно, и тогда будетъ вполнѣ безразлично, кто выполняетъ эту функцію, человѣкъ, почтовый голубь, выдрессированное для этой цѣли животное (песъ), тотъ, кому поручено выполненіе, кто поднялъ на улицѣ посылку и доставилъ ее по адресу. Такой содѣйствующій органъ во всѣхъ подобныхъ случаяхъ не есть и не можетъ быть представителемъ въ юридическомъ смыслѣ, а лишь фактическимъ, механическимъ посредникомъ, слугой волеизъявляющаго.

Различеніе этой механической отъ формальной юридической роли посредника необходимо для насъ въ томъ смыслѣ, что для перваго вида содѣйствія совершенно безразлична юридическая квалификація такого посредника. Это, какъ мы видѣли, можетъ быть человѣкъ, правоспособный или нѣтъ, дитя, умалишенный, дрессированное животное. Совершенно иные реквизиты должны имѣть мѣсто для случаевъ, когда содѣйствующій *юридически соучаствуетъ* въ сдѣлкѣ, *лично* содѣйствуетъ субъекту сдѣлки, *изъявляетъ свою волю*, какъ необходимый, образующій составъ сдѣлки, моментъ. Тутъ требованія формальныя, личныя квалификаціи такого *юридическаго* замѣстителя или представителя будутъ

не только юридически-необходимыя, но нерѣдко специфически-осложненныя сообразно особенностямъ совершаемой чрезъ представителя сдѣлки.

Въ отдѣльныхъ случаяхъ возможно, что роль настоящаго представителя будетъ настолько прецизирована въ данныхъ ему инструкціяхъ, что онъ ничего своего, личнаго, не внесетъ въ процессъ образованія сдѣлки; съ другой стороны, и дѣятельность вѣстника способна, въ указанныхъ выше условіяхъ, значительно приблизиться къ рѣшающей для самого состава сдѣлки. Возможность такихъ случаевъ не устраняетъ, однако, пользы и необходимости проводить принципіальныя различія обѣихъ категорій явленій тамъ, гдѣ нѣтъ подобныхъ уклоненій отъ подлинныхъ типическихъ свойствъ того и другого.

Ближе и опаснѣе смѣшеніе юридическаго представителя и фактическаго агента въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ агентъ дѣйствительно *содѣйствуетъ совершенію* сдѣлки, но не въ смыслѣ ея юридическаго состава, а въ смыслѣ пріисканія покупателя, продавца, подходящаго товара и проч. Это роль *сводчика*, *маклера*, крайне существенная, особенно въ операціяхъ торговыхъ, но именно не для юридическаго, а для фактическаго, экономическаго сближенія интересовъ лицъ, имѣющихъ, за симъ, быть можетъ войти въ формальное соглашеніе, совершить юридическую сдѣлку, или непосредственно, безъ представителей, или опять черезъ представителей, но уже не сводчиковъ, а юридическихъ агентовъ, уполномоченныхъ ихъ именемъ вступать въ сдѣлки, юридически-обязательныя для принципала.

Опять и въ этомъ сопоставленіи (сводчикъ и повѣренный) надо имѣть въ виду, что для маклерства вовсе не существенны такія юридическія квалификаціи, которыя необходимы для представительства въ смыслѣ соучастія въ совершеніи сдѣлки однимъ лицомъ (представителемъ) взамѣнъ или вмѣсто другого (принципала).

Есть въ практикѣ юридической не мало случаевъ, когда одно лицо не фактически только, а именно юридически соучаствуетъ въ сдѣлкѣ или содѣйствуютъ юридическимъ цѣлямъ другого, не будучи при этихъ актахъ вовсе представителемъ замѣняемаго имъ другого лица въ смыслѣ *цивильномъ*. Таковъ судебный приставъ въ операціяхъ, положимъ, по взысканіямъ, таковъ поручитель, уплачивающій за главнаго должника. Первый дѣйствуетъ вовсе не вашимъ именемъ и не по вашему полномочію. Второй совершаетъ сдѣлку, уплату, очень тѣсно связанную съ главнымъ обязательственнымъ отношеніемъ, но совершаетъ онъ эту сдѣлку,

уплату, по силѣ обязательства, которое принялъ *самъ на себя*, своимъ именемъ, а не вашимъ, главнаго должника, именемъ, не по вашему полномочію.

Современныя системы знаютъ въ области договорныхъ сдѣлокъ любопытное явленіе договоровъ въ пользу третьяго. Съ этимъ явленіемъ мы встрѣтимся позже, въ ученіи о договорѣ. Оно само далеко не настолько устойчиво, чтобы сопоставленіемъ съ нимъ удобно было пользоваться для прецизированія понятія представительства. Подробности строенія этого явленія будутъ намъ ясны въ связи съ цѣлымъ составомъ института. Здѣсь, однако, не излишне будетъ замѣтить, что стипулянтъ, совершая сдѣлку *въ интересахъ третьяго*, дѣйствуетъ *не по его полномочію*, не какъ юридическій представитель принципала, не его именемъ, *а самостоятельно*, своимъ именемъ, хотя и не въ свою пользу, а въ пользу третьяго.

Возможны, наконецъ, случаи, гдѣ лицо, совершая юридическую сдѣлку, внѣ всякихъ сомнѣній оперируетъ ради другого, *переводитъ* весь эфектъ операціи, и именно *юридическій эфектъ ея*, безъ остатка для себя, на имя другого лица. Примѣровъ легко найти много. Возьмемъ образецъ изъ латинской практики. Heres fiduciarius принимаетъ наслѣдство и становится въ полномъ смыслѣ правопреемникомъ наслѣдодателя, но не для того, однако, чтобы остаться таковымъ, а чтобы выдать все наслѣдство наслѣднику фидеикоммиссарному, причемъ для такой выдачи, въ республиканскую эпоху, у него существовала одно внутреннее побужденіе совѣсти и никакого юридическаго стимула. Въ современной *торговой* практикѣ такія юридическія операціи, съ виду исключительно для себя, по существу въ интересахъ коммитента, совершаетъ коммиссіонеръ, торгующій отъ своего имени, но за счетъ коммитента (см. напр. Нѣм. торг. код. 10 мая 1897 г. ст. 383—406). Наконецъ, дѣйствіе по порученію, скрытому отъ одной изъ сторонъ, имѣющихъ соучаствовать въ сдѣлкѣ, можетъ быть совершаемо и дѣйствительно постоянно совершается и *въ общемъ правѣ*. Вотъ случай. N имѣетъ особый интересъ пріобрѣсти сосѣднее землевладѣніе, черезъ присоединеніе котораго къ наличному у N участку цѣна этого участка очень значительно повысится. Это, конечно, хорошо извѣстно владѣльцу сосѣдняго участка, и съ N онъ требуетъ, именно въ виду этого, такой цѣны, которой ему не дастъ никто, кромѣ этого сосѣда. Тогда N даетъ деньги *подставному лицу*, которое покупаетъ участокъ *на свое имя*, но единственно для того, чтобы тотчасъ перепродать этотъ участокъ N-у.

Спрашивается, съ какой операціей мы имѣемъ здѣсь дѣло? Будетъ ли heres fiduciarius, коммиссіонеръ, подставной покупщикъ *юридическимъ* представителемъ фидеикоммиссарнаго наслѣдника, коммитента, сосѣда-пріобрѣтателя? Въ нѣмецкой и русской литературѣ вопроса намъ отвѣчаютъ на него частью утвердительно, полагая, что такое представительство, особенно въ послѣднемъ примѣрѣ, слѣдуетъ отличить отъ *прямого* представительства только особымъ названіемъ. другимъ терминомъ, напр., наименованіемъ его представительствомъ *непрямымъ, косвеннымъ, фактическимъ*. Ihering совершенно основательно примѣняетъ сюда, вполнѣ отличный отъ подлиннаго для случаевъ настоящаго представительства терминъ—Stellvertreter, другой терминъ, именно—Ersatzmann, который собственно ближе соотвѣтствуетъ понятію просто *подставного агента*, замѣстителя, *а не представителя въ юридическомъ значеніи* этого слова.

Мы думаемъ, что тамъ, гдѣ институтъ представительства вполнѣ опредѣлился, тамъ существенныя для него черты будутъ заключаться въ *юридическомъ содѣйствіи* одного лица *взамѣнъ другого* при совершеніи имъ сдѣлки *отъ своего* (представителя), *имени*, но *съ прямыми юридическими послѣдствіями* не для него самого, а для его принципала.

Если нѣтъ этихъ признаковъ, то нѣтъ въ гражданскомъ правѣ представительства, какъ особаго юридическаго института.

Въ указанномъ примѣрѣ покупки участка на свое имя, чтобы перепродать сосѣду, мы имѣемъ случай, гдѣ посторонній покупатель долженъ скрывать подлиннаго дестинатарія сдѣлки, дѣйствовать именно *не въ качествѣ представителя*, а въ качествѣ самостоятельнаго покупщика. Продажа этого участка сосѣду совершается опять какъ *новая простая сдѣлка отчужденія* собственникомъ вещи новому пріобрѣтателю. Къ этимъ двойнымъ операціямъ приходится прибѣгать именно тамъ, *гдѣ прямой путь неудобенъ или гдѣ институтъ представительства не развитъ*. Называть такой вынужденный обходный путь именемъ представительства такъ же ошибочно, какъ ошибочно именовать продажу (mancipatio въ старомъ латинскомъ правѣ) съ условіемъ объ обратной продажѣ (cum pacto de remancipando) залогомъ, ибо и эта сдѣлка находитъ мѣсто только тамъ, гдѣ институтъ залога неразвитъ самостоятельно. Тутъ и тамъ, въ этихъ сдѣлкахъ фидуціарнаго типа, можно видѣть *суррогатъ* не образовавшагося специфическаго института залога, представительства, а вовсе не модификацію подлиннаго института. Для института представительства, повторяемъ, существенно, чтобы сдѣлка, совершаемая

представителемъ, произвела прямо и непосредственно весь свой эфектъ въ сферѣ правоотношеній представляемаго. Въ этомъ вся физіономія, весь характеръ этого института.

Установивъ, такимъ образомъ, основныя черты понятія представительства въ гражданскомъ правѣ, мы обращаемся въ вопросу о положительной разработкѣ этого института въ главнѣйшихъ извѣстныхъ намъ системахъ гражданскаго права.

Извѣстно, что въ правѣ римскомъ этотъ институтъ вовсе не развился какъ самостоятельный и законченный для широкаго примѣненія его къ многообразнымъ формамъ цивильныхъ сдѣлокъ. Принципъ стараго права, per liberam personam nobis acquiri non potest, удержался до самой поздней эпохи какъ общій руководящій, хотя, какъ это хорошо извѣстно, и старое право отступало отъ него въ отдѣльныхъ случаяхъ utititatis causa, а новая эпоха довольно широко развила отступленія отъ этого общаго принципа. Если шкиперъ чужого судна (magister navis), завѣдующій чужимъ промышленнымъ заведеніемъ (institor), отвѣчалъ по своимъ сдѣлкамъ прежде всего лично, то преторская система, на ряду съ этимъ, in subsidium, призывала къ отвѣтственности и принципала, распространяя, такимъ образомъ, эфектъ сдѣлки прямо на лицо, въ ней неучаствовавшее. Любопытнаго процесса развитія этой системы actionum adjectitiae qualitatis, столь роскошно разрабатываемаго нынѣ романистами, мы здѣсь вовсе не касаемся, ограничиваясь замѣчаніемъ, что старый принципъ, несмотря на неоднократныя отступленія, остался все же неустраненною характерной особенностью латинскаго права; и реципированное право не дало намъ готовыхъ основъ для института представительства, подобно тому какъ мы нашли въ немъ настоящія основы для цѣлаго ряда другихъ институтовъ цивильной системы.

Вопросъ о томъ, что собственно помѣшало въ Римѣ развитію института представительства per liberam personam, довольно споренъ въ теперешней литературѣ *) и можетъ здѣсь занять насъ только въ той мѣрѣ, въ какой способенъ освѣтить другой, болѣе близкій намъ, — именно, чѣмъ объясняется необходимость этого института въ современныхъ дѣйствующихъ системахъ? Въ Римѣ, конечно, необходимость этого института чувствовалась слабѣе, чѣмъ у насъ, ибо persona sui juris въ условіяхъ античнаго соціальнаго быта стояла не такъ одиноко съ своей обособленной приватной сферой правоотношеній, какъ у насъ. Для расширенія

*) См. мысли Регельсбергера, Pandekten, § 162, пр. 1.

сферы его цивильныхъ операцій такому лицу не было необходимости прибѣгать къ совершенію сдѣлокъ взамѣнъ принципала черезъ *свободнаго* представителя, per liberam personam, ибо, совершенно независимо отъ этого института, сдѣлки лицъ подвластныхъ, personae alieni juris, и особенно несвободныхъ, въ силу связи ихъ съ домовладыкой или хозяиномъ, влекли за собою неизбѣжно измѣненія въ сферѣ его правоотношеній. Это не были представители принципала, но эфектъ ихъ операцій могъ часто замѣнять собою тотъ, котораго мы нынѣ достигаемъ per liberam personam, дѣлая такое лицо представителемъ нашимъ въ сдѣлкахъ гражданскаго права.— На ряду съ этимъ играла, конечно, извѣстную роль возможность, въ отдѣльныхъ случаяхъ, обходиться указанными выше *суррогатами* этого института или пользоваться постепенно образовывавшимися изъятіями изъ указаннаго принципа, причемъ принципъ все же оставался какъ бы непоколебленнымъ.

Ставъ на эту точку зрѣнія, несомнѣнно правильную для классической системы, мы открываемъ себѣ заранѣе нѣкоторую перспективу для уясненія условій, въ коихъ у насъ стала чувствоваться и опредѣлилась необходимость развитія разсматриваемаго института, идущаго прямо навстрѣчу латинскому принципу per liberam personam nobis acquiri non potest.

Исторія института возбуждаетъ не только у насъ, но и на западѣ много сомнѣній. Нѣкоторые изслѣдователи полагаютъ, что основы его лежали въ правосознаніи, предшествующемъ эпохѣ рецепціи, хотя доказать это трудно *). Толь связываетъ процессъ его образованія на новой почвѣ съ институтами торговаго права въ особенности **).

Самое наименованіе, техническое, и составъ института, совершенно отличный отъ реципированнаго права, опредѣлились, для Германіи въ особенности, не ранѣе XVII в. Въ теперешнихъ кодифицированныхъ системахъ представительство въ гражданскомъ правѣ выработалось вполнѣ въ составѣ институтовъ общаго, а не спеціально-торговаго права. Догматическое строеніе института мы покажемъ дальше. Здѣсь нѣсколько словъ по исторіи института у насъ.

Исторія нашего права несомнѣнно заключаетъ въ себѣ не мало цѣнныхъ данныхъ по вопросу о развитіи института представительства у насъ. Къ сожалѣнію, эти данныя почти совер-

*) Stobbe, Handbuch III § 170, пр. 2. Для исторіи догмы особ. Buchka Die Lehre v. d. Stellvertretung и проч. (1852 г.).

**) Thöl, Handelsrecht 6 изд. § 70, пр. 1.

шенно неразработаны нашими историками и цивилистами, особенно для до-петровскаго періода нашей исторіи. Въ ожиданіи монографической разработки любопытнаго вопроса, мы не откажемся въ дальнѣйшемъ сдѣлать нѣсколько общихъ указаній по исторіи института, составляющихъ результатъ общаго пониманія явленій разныхъ эпохъ, а не детальной разработки самого института.

Выше, въ связи съ ученіемъ о лицѣ, особенно о союзныхъ формахъ правообладанія въ старое время, мы показали, что правоспособность отдѣльнаго человѣка долгое время остается тѣснѣйшимъ образомъ связанной и условленной принадлежностью его къ тому или другому союзу. Особая, индивидуальная правоспособность отдѣльнаго человѣка выдѣляется слабо и медленно изъ этихъ узъ союза, съ коимъ индивидуумъ болѣе или менѣе тѣсно связанъ. То же, что̀ мы говоримъ о правоспособности лица въ старыхъ бытовыхъ условіяхъ, слѣдуетъ сказать и о его *дѣеспособности* и объ особенностяхъ, которыя отличаютъ *способы волеизъявленій* и порядокъ совершенія сдѣлокъ въ эту пору.

По отношенію къ послѣднему, т.-е. къ способу изъявлять волю съ опредѣленнымъ для гражданскихъ правоотношеній лица эфектомъ, мы установили выше различія между волеизъявленіями юридическихъ лицъ, союзовъ, которые достигаютъ указанной цѣли посредствомъ своихъ органовъ (общее собраніе, правленіе, его члены, директоры и проч., ср. выше § 21). Съ другой стороны, мы различили непосредственныя волеизъявленія отдѣльныхъ людей и волеизъявленія, которыя совершаются или съ содѣйствіемъ другихъ лицъ, соучаствующихъ въ ихъ волеизъявленіяхъ вмѣстѣ съ субъектомъ сдѣлки, или взамѣнъ его. Только въ послѣднемъ явленіи, при наличности, сверхъ того, указанныхъ выше квалификацій, мы и находимъ необходимые признаки особаго института представительства въ гражданскомъ правѣ.

Но всѣ эти различія и возможность точнаго анализа явленій замѣстительства условлены потребностями развитого обмѣна и высокой юридической техники. Этихъ различій вовсе нельзя сдѣлать въ явленіяхъ мало развитого обмѣна, особенно при условіи господства союзныхъ формъ правообладанія, и при мало разработанной юридической техникѣ.

Старые памятники нашего права касаются вопроса о замѣстительствѣ въ сдѣлкахъ и процессѣ далеко не часто. Выше другихъ памятниковъ стараго права въ этомъ, какъ и во многихъ другихъ отношеніяхъ, стоитъ Псковская судная грамота. Въ ней сохранились любопытныя, хотя и отрывочныя указанія на *пособ-*

ничество на судѣ за извѣстныхъ недѣеспособныхъ людей, которое грамота допускаетъ вопреки общему запрету *ходить помочію на судъ* (ср. ст. 58, 21, 36). За церковную землю тоже запрещено *ходить сусѣдямъ помочью на судъ*, а допущено только *хожденіе старосты* (70). Наконецъ, въ вопросахъ защиты общаго владѣнія грамота требуетъ процессуальнаго соучастія всѣхъ совладѣльцевъ (сябровъ), а для крестнаго цѣлованья допускается замѣстительство однимъ изъ соучастниковъ всѣхъ другихъ (ст. 106) *). Этотъ же памятникъ указываетъ намъ любопытную функцію послуха на судѣ, который собственно долженъ *подтверждать* притязаніе стороны, на него сославшейся, стало-быть, содѣйствовать сторонѣ въ ея процессуальной дѣятельности, но можетъ *и замѣнять ее* не только въ принятіи присяги, но и въ бою **) (ст. 20). Замѣчательны опредѣленія этой же грамоты, воспрещающія пособнику за друга тягатися, опрочь своего орудія, или гдѣ церковное старощеніе держитъ (ст. 68), и еще болѣе широкое ограниченіе брать на себя процессуальное представительство всякому лицу, облеченному властью, столь близко напоминающее подобное ограниченіе въ правѣ латинскомъ для такъ назыв. personae potentiores, которыя, скупая иски (redemtores litium), могли своимъ вліяніемъ угрожать началу равенства сторонъ въ процессѣ (ст. 69; ср. v. Vangerow Pandekten, § 574).

Въ этомъ замѣчательномъ по наличности признаковъ высокаго развитія именно гражданскихъ институтовъ памятникѣ русской старины въ строеніи представительства (только процессуальнаго) заслуживаетъ нашего особаго вниманія вліяніе союзной общности лицъ на способность ихъ *замѣнять* одного другимъ въ чисто юридическихъ актахъ, каково цѣлованье креста на судѣ (присяга, ст. 106). Вмѣстѣ съ этимъ соучастіе лица (опять только процессуальное, въ качествѣ послуха) въ юридическомъ актѣ *совмѣстное* легко *переходитъ въ такое же соучастіе взамѣнъ стороны* (ст. 20). Несмотря на то, что понятіе сдѣлки гражданской въ разсматриваемую эпоху далеко не совпадаетъ съ современнымъ и разработка всего института соучастія разныхъ лицъ въ юридическихъ операціяхъ другихъ относится въ разсматриваемой грамотѣ къ актамъ процессуальнымъ, вопросъ о представительствѣ

*) Толкованіе статьи не безспорно (см. особ. указаніе Владимірскаго-Буданова въ его Христоматіи).

Тутъ же, для историческихъ проблемъ идущихъ въ глубину прошлаго, высокую цѣну имѣетъ запрещеніе соучастія всей общины (ст. 58, 106, 27, 34, 56, и друг.; тоже см. особ. ст. 6-я Новгор. суд. грам.).

**) Хочетъ съ послухомъ на поле лѣзетъ, или послухъ (послуху?) у креста положитъ чего искалъ (см. примѣч. Владимірскаго-Буданова къ этой статьѣ Грамоты, ср. еще ст. 22 и 23).

вообще несомнѣнно освѣщается въ значительной мѣрѣ и этими данными.

Въ послѣдующемъ развитіи нашего права мы далеко не найдемъ такихъ общихъ нормъ, хотя бы косвенно, но все же надежнымъ образомъ уясняющихъ намъ положеніе всего вопроса. Матеріалъ, способный служить для изученія задачи, для послѣдующей эпохи, есть, главнымъ образомъ, практическій, дошедшій къ намъ въ составѣ юридическихъ сдѣлокъ той эпохи. Долгое время мы не видимъ здѣсь сколько-нибудь твердо установившихся нормъ для опредѣленія юридической роли представителя въ совершеніи сдѣлокъ. Но за то и условія, которыя дѣлали слабую разработку института не особенно ощутительною въ ту пору, тоже ясны для насъ. Вмѣсто института представительства мы имѣемъ много образцовъ такихъ операцій, которыя служили, какъ было показано выше, *суррогатами* этого института.

И такъ, лица связанныя одно съ другимъ *общностью интересовъ* (напр., совладѣнія, какъ въ указанномъ примѣрѣ сябровъ въ Псковск. судн. грам.), *принадлежащія къ одному союзу* (напр., родовому, натурально, только для дѣлъ этого союза, также супружескому, семейному вообще, но опять не по любымъ дѣламъ), *къ сообществу исповѣдному* (тоже по дѣламъ извѣстнаго характера, прикасающимся области вѣрованій, особенно тогда, когда такая связь изъ отдаленной становится близкой, пріобрѣтаетъ свойство конкретнаго отношенія между извѣстными лицами, какъ у отца духовнаго, у крестнаго отца, у церковнаго старосты и тому подобное), наконецъ, лица зависящія одно отъ другого, въ смыслѣ ли службы, или холопства, или же, въ позднѣйшее время, отношеній крѣпостной зависимости,—во всѣхъ этихъ и подобныхъ случаяхъ одно лицо могло легко замѣщать другое въ его юридическихъ актахъ, не будучи въ подлинномъ смыслѣ его представителемъ въ сдѣлкѣ гражданской, или на судѣ.

Нѣтъ сомнѣнія, что и операціи, указанныя нами выше, съ неопредѣленнымъ вѣрителемъ или истцомъ (см. выше, стр. 750), или сдѣлки совершаемыя фидуціарнымъ способомъ, подставою, служили той же цѣли (выше стр. 728 и слѣд.).

Замѣняли ли, однако, такіе *суррогаты представительства* институтъ формально сложившійся для этой специфической цѣли,—это вопросъ, котораго разрѣшеніе не затруднитъ насъ, конечно. Это способы, несомнѣнно могущіе *въ отдѣльныхъ случаяхъ* служить для тѣхъ же цѣлей, какъ и специфическій институтъ представительства. Они способны, какъ это видно въ римскомъ правѣ, задерживать развитіе этого специфическаго института, и конкурриро-

вать съ нимъ даже при полномъ его развитіи. Но нѣтъ сомнѣнія, что указанные нами выше способы содѣйствія взамѣнъ другого лица кѣмъ либо изъ близко съ нимъ связанныхъ могутъ имѣть примѣненіе только въ тѣсномъ кругу сдѣлокъ извѣстнаго типа, гдѣ данный кругъ лицъ по существу дѣла болѣе или менѣе солидаренъ съ видами сторонъ, совершающихъ сдѣлку. При этомъ связь этого рода не всегда и необходимо дѣлаетъ каждое лицо, находящееся въ подобныхъ отношеніяхъ къ принципалу сдѣлки, желательнымъ и надежнымъ орудіемъ достиженія его цѣлей. Тутъ часто могутъ имѣть мѣсто сомнѣнія, всегда необходимо или точное знаніе или ближайшее изслѣдованіе каждаго конкретнаго случая. Наконецъ, здѣсь очень возможны ошибки и недоразумѣнія. Эти суррогаты не устраняютъ необходимости развитія постоянныхъ и специфически для цѣли представительства разсчитанныхъ формъ и обрядовъ установленія свободнаго представительства и точной разработки возникающихъ этимъ путемъ правоотношеній какъ между принципаломъ и представителемъ, съ одной стороны, такъ и между этими лицами и третьими, входящими въ сдѣлку, съ другой.

Съ Петра Великаго, въ числѣ актовъ, которые должны быть совершаемы съ соучастіемъ публичныхъ органовъ, названы вѣрчія крѣпости (см. выше). Въ указѣ о формѣ суда (1723 г.) сторонамъ предоставлено посылать вмѣсто себя другихъ людей съ вѣрющими письмами, въ коихъ должно быть обозначено, что вѣритель во всемъ что̀ повѣренный учинитъ прекословить не будетъ.

Очень слабо, правда, но въ этихъ актахъ уже опредѣлились нѣкоторыя черты прямыхъ юридическихъ послѣдствій для довѣрителя отъ тѣхъ дѣйствій, на которыя онъ уполномочиваетъ повѣреннаго. Извѣстно, однако, что указъ о формѣ суда мало привился къ практикѣ, и въ дальнѣйшемъ движеніи законодательства 18 в. мы видимъ большія колебанія практики въ вопросахъ самыхъ существенныхъ, касающихся порядка удостовѣренія довѣренностей *). Законодатель занятъ болѣе частными случаями замѣны одного лица другимъ въ совершеніи гражданскихъ актовъ, гдѣ дѣло не терпитъ промедленія (напр., въ вопросахъ межеванія), или гдѣ выдача довѣренностей прикрываетъ собою другія цѣли, напр., обходъ закона, воспрещающаго владѣть разночинцамъ населенными имѣніями, или уклоненіе отъ платежа пошлинъ за

*) Неволинъ Ист. Рос. Гр. Зак. ч. 3-я (изд. 58 г.) стр. 221 особенно и § 465 вообще.

право торговли посредствомъ выдачи довѣренностей лицамъ неторговаго класса.

Практика этого рода не могла уяснить природу представительства въ гражданскомъ правѣ и она осталась въ сводѣ законовъ мало разработанной. Причина скудости нашего позднѣйшаго права въ этомъ ученіи сравнительно даже съ тѣми здравыми основами института, которыя были выше указаны для эпохи Псковской судной грамоты, совершенно понятны въ виду неразрывнаго сплетенія „дѣлъ челобитчиковыхъ“ съ „дѣлами интересными“, которое составляетъ характерную черту послѣпетровской указной дѣятельности, и бытовыхъ условій этой эпохи, гдѣ въ каждомъ институтѣ гражданскаго права видна примѣсь нецивильныхъ основъ, началъ привилегіи, служебныхъ или податныхъ цѣлей, вліяющихъ на все его построеніе. Въ подобныхъ условіяхъ чисто цивильная конструкція института представительства не могла никакимъ образомъ самостоятельно рмзвиться.

§ 42.

Представительство въ главнѣйшихъ западныхъ кодексахъ и въ дѣйствующей нашей системѣ.—Попытки раскрыть общія юридическія основанія для института представительства въ современной нѣмецкой литературѣ.

Представительство разработано нынѣ болѣе или менѣе широко въ любомъ современномъ кодексѣ гражданскаго права общаго и торговаго на западѣ *). Для нашихъ цѣлей мы ограничимся здѣсь главнѣйшими положеніями общаго права въ новыхъ кодексахъ особенно въ Имперскомъ Гражданскомъ Уложеніи 16 авг. 1896 г. гдѣ ученіе это нашло себѣ законченную обработку *въ составѣ общей части кодекса.*

Въ современныхъ цивильныхъ системахъ волеизъявленіе черезъ представителя, направленное на измѣненіе правоотношенія принципала, допускается, вопреки латинской традиціи, въ самомъ широкомъ примѣненіи къ любымъ юридическимъ сдѣлкамъ имущественнаго типа inter vivos. Не допускается волеизъявленія черезъ представителя въ актахъ послѣдней воли и вступленія въ союзъ супружескій. Французскій кодексъ требуетъ *личной явки* усыновителей или усыновляемаго передъ судомъ для выраженія согласія

*) Для Прус. Ландрехта I. 13, §§ 85, 153; для Code civil особ. artt. 1997, 1998; Цюрихск. код. § 949; Саксонск. §§ 788, 1217; Швейцарское Обязат. пр. art. 36; Нов. Имперск. Гражд. Улож. ст. 164, 166; Торгов. Имп. Код. 97 г. §§ 48—58.

ихъ на *усыновленіе* (C. C. art. 353 и слѣд.). То же требованіе выражено нашей ст. 1460 Уст. Гр. Суд. для *узаконенія* дѣтей: подача просьбъ (объ узаконеніи) чрезъ повѣренныхъ не допускается*)

Для тѣхъ случаевъ, гдѣ данная система допускаетъ волеизъявленіе черезъ представителя *основаніемъ* такого замѣстительства принципала, можетъ служить a, легальная норма, b, полномочіе на совершеніе или послѣдующее одобреніе со стороны принципала сдѣлки уже совершонной его именемъ, но не имъ непосредственно. Въ первомъ случаѣ представительство будетъ необходимымъ или законнымъ, во второмъ—добровольнымъ или договорнымъ.

a. Если въ основѣ представительства лежитъ *легальная норма*, то право *представлять* личность другого можетъ быть связано съ институтомъ приватной зависимости одного лица отъ другого, имѣющаго власть отцовскую, супружескую надъ другимъ. Въ этихъ случаяхъ нѣтъ надобности ни въ какомъ *особомъ актѣ*, уполномочивающемъ отца заступать мѣсто сына, мужа мѣсто жены, въ сдѣлкахъ, касающихся правоотношеній (т. X, ч. I, ст. 226, 230, 180, 181) подвластнаго лица. Если это опекунъ или попечитель, то нормально въ современномъ правѣ его *опредѣляетъ къ лицу или имѣнію опекаемаго* опекунское установленіе (251), и такое опредѣленіе служитъ основаніемъ полномочія легальнаго представителя. Случаи установленія легальнаго представительства, составъ лицъ, вѣдающихъ опеку, содержаніе ихъ полномочій, способъ прекращенія опеки, также какъ вопросы, касающіеся опекунскихъ функцій родителей опекаемаго могутъ быть разсмотрѣны лишь въ связи съ соотвѣтствующими институтами данной системы. Родители и опекуны, въ свою очередь, способны уполномочивать другія лица для совершенія, именемъ опекаемаго, юридическихъ актовъ, касающихся его имущественныхъ отношеній, взамѣнъ ихъ. — Нѣтъ сомнѣнія, что право

*) Русская литература по вопросу о представительствѣ въ гражданскомъ правѣ заключаетъ въ себѣ не мало почтенныхъ трудовъ нашихъ цивилистовъ. Для знакомства съ цѣлымъ ученіемъ особ. Нерсесова. Понятіе добровольнаго представительства въ гражданскомъ правѣ 1879 г. Больше полемическаго характера съ ученіями западныхъ цивилистовъ, не самостоятельна и незакончена работа покойнаго проф. Казанцева. Очень цѣнною и содержательною для русской практики являются работы Г. Гордона „Представительство въ гражд. правѣ“ 1879 г. и его-же Представительсто безъ полномочія 1893 г. Особо должна быть поставлена выдающаяся диссертація проф. Ю. С. Гамборова: Добровольная и безвозмездная дѣятельность въ чужомъ интересѣ, 2 вып 1879 и 1880 г.г., по широкой постановкѣ задачъ изслѣдованія и разработкѣ общихъ основныхъ вопросовъ цивилистики, для коихъ изслѣдуемый институтъ служитъ только средствомъ освѣщенія. Въ посмертномъ изд. Курса Торговаго права Нерсесова, выполненномъ профессоромъ А. Г. Гусаковымъ въ 1896 г. см. § 13.

дѣйствовать чрезъ представителя не ограничивается физическими лицами и принадлежитъ въ равной мѣрѣ казеннымъ управленіямъ, сословіямъ лицъ, монастырямъ, духовнымъ установленіямъ (2291). Для процессуальнаго представительства законъ нашъ *обязываетъ* общества, товарищества и компаніи искать и отвѣчать на судѣ чрезъ особаго повѣреннаго (ст. 27, 26 Уст. Гр. Суд.).— Вопросъ о такомъ повѣренномъ, *представителѣ* обществъ и союзовъ, дѣйствующемъ взамѣнъ ихъ, слѣдуетъ строго отличать отъ *органовъ* такихъ юридическихъ лицъ, черезъ которыя они непосредственно упражняютъ, въ предѣлахъ указанныхъ закономъ или статутомъ, свою гражданскую дѣеспособность. Итакъ, правленіе общества, если дѣло идетъ, напр., объ акціонерной компаніи, *должно* уполномочить *особаго* повѣреннаго для иска на судѣ. Для земской или городской управы такимъ уполномоченнымъ можетъ быть предсѣдатель или членъ управы (*органъ* указаннаго установленія) или особый уполномоченный (*представитель* его) (см. Уст. Гр. Судопроиз. ст. 27 съ разъяснен., составилъ Вл. Гордонъ, 1899 г., ср. ст. 2291 и 2292, т. X, ч. I). Право несостоятельнаго искать и отвѣчать на судѣ, по объявленіи несостоятельности, переходитъ къ конкурсному управленію (Уст. Гр. Суд., ст. 21); но конкурсъ тоже можетъ посредствомъ особой довѣренности уполномочить одного изъ своихъ членовъ искать на судѣ. Для лицъ безвѣстно отсутствующихъ законъ указываетъ особую процедуру для установленія опеки надъ его имуществомъ (Уст. Гр. Суд., ст. 1453 и слѣд., ср. т. X, ч. I, ст. 1243 и слѣд.).

b. На ряду съ этими легальными способами замѣнять недѣеспособныхъ въ гражданскомъ правѣ субъектовъ представителями или юридическими замѣстителями, которые получаютъ свои полномочія не отъ принципаловъ, а силой закона, опредѣленіемъ судебной власти, современное право широко развило институтъ представительства, въ основѣ коего лежитъ актъ доброй воли представляемаго, который или предшествуетъ замѣнѣ одного лица (принципала) другимъ (повѣреннымъ, представителемъ), или сопровождаетъ уже совершонныя именемъ другого сдѣлки. Въ обоихъ случаяхъ эфектъ волеизъявленія представителя явно находится въ самой тѣсной связи съ намѣреніями, съ видами принципала. Это и составляетъ отличительный признакъ этой категоріи явленій отъ разсмотрѣнныхъ выше случаевъ представительства малолѣтняго, безумнаго, безвѣстно-отсутствующаго, гдѣ о волѣ этихъ лицъ не можетъ быть рѣчи, и весь эфектъ дѣйствія ихъ опекуновъ, попечителей и проч. долженъ быть отнесенъ къ легальной нормѣ,

по силѣ которой они призваны возмѣщать отсутствующую дѣеспособность названныхъ лицъ.

Въ одномъ случаѣ, стало быть, эфектъ представительства условленъ волеизъявленіемъ принципала, который, чтобъ дѣйствовать черезъ другого, долженъ прежде всего самъ быть юридически дѣеспособнымъ,—въ другомъ отъ принципала не зависитъ ничего, ибо онъ не дѣеспособенъ. Съ другой стороны, для юридическаго эфекта сдѣлки какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ представитель долженъ необходимо самъ имѣть дѣеспособность, безъ которой его волеизъявленіе не произведетъ никакого юридическаго дѣйствія.

Идея представительства въ томъ и другомъ случаѣ одна. Волеизъявленіе, расчитанное на извѣстный эфектъ, исходитъ отъ представителя. Онъ авторъ юридической сдѣлки.. Но эфектъ этой сдѣлки вовсе не касается его юридической сферы и обнаруживается прямо и непосредственно въ измѣненіяхъ правоотношеній самого принципала.

Для наступленія этого эфекта представитель долженъ имѣть ту силу или ту способность которая называется *полномочіемъ* (Vollmacht, pouvoir) или *правомъ представлять принципала* (Vertretungsmacht). Эта юридическая сила или это полномочіе и сообщается представителю или легальной нормой, или актомъ довѣренности, порученія дѣйствовать именемъ принципала, или, наконецъ, эта юридичестая сила образуется впослѣдствіи, когда принципалъ даетъ свое одобреніе сдѣлкѣ, совершонной его именемъ безъ его полномочія.

Дѣйствующіе кодексы даютъ всему институту то или другое мѣсто въ системѣ, смотря по тому, какой моментъ *внутренній*,—довѣренность, порученіе, или *внѣшній*,—полномочіе, власть предпредставлять, выдвигается въ этомъ институтѣ на первый планъ.

Французскій кодексъ опредѣляетъ всѣ основныя черты института въ титулѣ о договорѣ довѣренности (Livre III, titre 13, du mandat, art 1984—2010), съ коимъ по эфекту сближается послѣдующее одобреніе совершонныхъ на имя другого безъ полномочія сдѣлокъ (art. 1338, абз. 3-ій, и art. 1998, абз. 2-ой). При этомъ положеніи ученія въ системѣ идея представительства не выражается въ цѣломъ ея объемѣ, и для полноты ея изученія надо имѣть въ виду случаи полномочія, основанные на законѣ, въ составѣ отдѣльныхъ указанныхъ выше институтовъ.

Въ ученіи о довѣренности Code civil, какъ и нашъ т. X ч. I въ соотвѣтствующей главѣ II раздѣла IV, кн. 4-ой, разсматриваетъ преимущественно внутреннюю сторону института, соста-

вленіе довѣренности и совершеніе вѣрющихъ писемъ, исполненіе и прекращеніе довѣренности (ст. 2290 — 3334). Эта сторона вопроса интересуетъ насъ здѣсь меньше, и мы будемъ имѣть случай коснуться ея въ ученіи о договорахъ вообще и о договорѣ довѣренности въ особенности. Замѣтимъ здѣсь только, что свойство договора и полномочія, на немъ основаннаго, у насъ, какъ и въ латинскомъ правѣ, отличается для той и другой стороны особою чуткостью къ измѣненіямъ воли принципала подчиняться послѣдствіямъ совершонныхъ повѣреннымъ сдѣлокъ и воли повѣреннаго совершить за другого волеизъявленіе. Актъ довѣрія и полномочія представлять принципала могутъ и съ той и съ другой стороны быть прекращены въ любое время, хотя, правда, не всегда безъ обязательства вознаградить потерпѣвшаго за происшедшіе отъ того убытки (C.c. art. 2003 — 2010; особ. для довѣрителя, art. 2004, право уничтожить довѣренность quand bon lui semble, тоже т. X, ч. I ст. 2330 и слѣд.). Это настолько въ свойствахъ этого типа правоотношеній, что отказъ отъ этого права обыкновенно не имѣетъ силы, хотя бы былъ именно введенъ въ составъ договора. Съ другой стороны, сила довѣренности и полномочія обыкновенно прекращается смертью довѣрителя или повѣреннаго, развѣ бы повѣренный или третье лицо не имѣло свѣдѣній о послѣдовавшей смерти довѣрителя (Code civ. 2008 и слѣд., тоже частью и для другихъ способовъ прекращенія довѣренности). Обязанности наслѣдниковъ повѣреннаго введены въ этомъ случаѣ въ самыя тѣсныя границы (тамъ-же, art. 2010; см. также т. X, ч. 1, ст. 2330 и 2334 съ значительными осложненіями, условленными реквизитомъ письменности).

Прусскій Ландрехтъ, какъ и Французскій кодексъ, но съ бо́льшими подробностями, разрабатываетъ вопросъ о содержаніи полномочій, основанныхъ на довѣренности для отдѣльныхъ, спеціальныхъ сдѣлокъ, особенно для дареній, отказовъ, мировыхъ сдѣлокъ, отчужденія и пріобрѣтенія недвижимостей, занесенія гипотекъ, дачи присяги, уговора о третейскомъ судѣ и проч., которыя должны быть въ довѣренности именно показаны (I, 13 §§ 99—110). Съ другой стороны, Ландрехтъ, какъ нашъ т. X, ч. I, шире примѣняетъ требованіе письменной формы для довѣренности (тамъ же, §§ 7—11).

Цѣлесообразнѣе, въ смыслѣ системы, все ученіе о замѣстительствѣ (Vertretung) и полномочіе (Vollmacht) въ цѣломъ составѣ и независимо отъ тѣхъ или иныхъ основаній полномочія новое германское уложеніе выдѣляетъ *въ общую часть* (раздѣла 3-го, о сдѣлкахъ, титулъ 5-ый).

Новое нѣмецкое уложеніе по вопросу о вліяніи пороковъ воли или случаевъ ошибки на силу сдѣлки даетъ рѣшающее значеніе этимъ недостаткамъ волеизъявленія въ лицѣ повѣреннаго, а не въ лицѣ принципала (§ 166 абз. 1-ый, ср. т. X, ч. I, прил. къ ст. 694, ст. 5, 2326, 2328).

Полномочіе можетъ быть эфективно выражено не только лично повѣренному, но и третьему, съ коимъ повѣренный имѣетъ входить въ сношеніе именемъ принципала (167); тоже и для прекращенія полномочія (171, абз. 2-ой). То же достигается публичнымъ увѣдомленіемъ о дачѣ или прекращеніи полномочія (тамъ же). Вопросъ о формѣ предоставленія полномочія поставленъ въ новомъ кодексѣ независимо отъ обязательной для сдѣлки, на которую дано полномочіе, формы (167). Для силы сдѣлокъ, совершенныхъ именемъ другого безъ полномочія, нужно послѣдующее утвержденіе принципала (ratihabio, 177); въ случаѣ неодобренія сдѣлки со стороны принципала потерпѣвшій имѣетъ искъ объ убыткѣ съ представителя безъ полномочія, развѣ бы соучастникъ сдѣлки съ такимъ представителемъ зналъ заранѣе объ отсутствіи полномочія со стороны представляемаго (179).

Всѣ современные, указанные здѣсь кодексы общаго, а также и торговаго права, котораго мы не касаемся, *относятъ послѣдствія совершонныхъ уполномоченнымъ сдѣлокъ непосредственно къ сферѣ правоотношеній принципала* (С.с. 1998, Ландрехтъ I, 13, §§ 85, 153, т. X, ч. I, 2326, Имп. Герм. Улож. § 164) и требуютъ отъ него соотвѣтственной этому правоспособности.

Такимъ образомъ, идея прямого представительства въ сдѣлкахъ гражданскаго права, и особенно имущественныхъ есть въ практикѣ главнѣйшихъ современныхъ системъ несомнѣнно господствующая и общепримѣнимая.

Вопросъ о томъ, однако, на чемъ собственно держится это странное воздѣйствіе волеизъявленій одного лица (представителя) на правоотношеніе другого (принципала), принадлежитъ въ современной нѣмецкой литературѣ, ищущей внутреннихъ основаній для объясненія строенія институтовъ, къ числу весьма контроверзныхъ *).

Группировка разныхъ ученій идетъ такъ. Тѣ писатели, которые хотятъ видѣть въ сдѣлкѣ продуктъ внутреннихъ психическихъ процессовъ (Савиньи, см. выше), особенно затрудняются

*) Кромѣ монографій, указываемыхъ въ любомъ пандектномъ учебникѣ, полезно имѣть въ виду обозрѣнія спорныхъ ученій и оцѣнку ихъ у Mitteis Die Lehre von der Stellvertretung (1885 г.); коротко Pandektén, Windscheid, § 73 пр. 16 в. и Regelsberger'a, § 159.

отдѣлять эфектъ сдѣлки отъ этой *естественной* ея причины. Я хочу извѣстнаго измѣненія моихъ правоотношеній, я же, для этой цѣли, и совершаю сдѣлку. Связь причины и послѣдствія неразрывна въ этомъ примѣненіи моей дѣеспособности къ моимъ же правоотношеніямъ. Къ этому простому и естественному первообразу писатели этого направленія стараются свести и дѣйствія чрезъ представителя. Итакъ, если мой представитель дѣйствуетъ за меня, то онъ есть только орудіе *моей воли*, и, слѣдовательно, измѣненія, которыя въ этомъ случаѣ произойдутъ въ сферѣ моихъ правоотношеній, будутъ составлять все же продуктъ моей воли. Казавшаяся нарушенною *естественная* связь причины и слѣдствія этимъ методомъ какъ будто вновь возстановлена.—Но правильно ли это? Начать съ того, что представительство въ гражданскомъ правѣ имѣетъ мѣсто не тамъ только, гдѣ у принципала можетъ быть и дѣйствительно есть на лицо воля, но и тамъ, гдѣ ея нѣтъ и быть не можетъ, какъ у малолѣтнихъ, умалишенныхъ, отсутствующихъ. Какъ же здѣсь установить *естественную* связь волеизъявленій принципала съ послѣдствіями для юридидической сферы этихъ недѣеспособныхъ? Воли у нихъ нѣтъ, и это не мѣшаетъ ихъ представителямъ совершать за нихъ всякаго рода сдѣлки съ несомнѣннымъ эфектомъ для ихъ правоотношеній. Но и тамъ, гдѣ у принципала есть волеспособность, все же, несомнѣнно, сдѣлка его представителя есть именемъ принципала, по его полномочію, но *не имъ*, а именно его представителемъ совершонная.

Чтобы спасти эту *естественную* связь причины (воли) съ послѣдствіемъ (измѣненіемъ правоотношеній) пробовали дать дѣлу еще такой оборотъ. Въ сдѣлкѣ чрезъ представителя творцомъ сдѣлки почитается онъ самъ, она составляетъ продуктъ его воли. Но и дѣйствіе сдѣлки *первоначально* возникаетъ тоже только для него, и лишь *впослѣдствіи* это дѣйствіе нѣкоторымъ актомъ молчаливой цессіи, уступки, переходитъ на принципала (Пухта, Вангеровъ). Но это только воображаемый процессъ, котораго въ дѣйствительности вовсе не знаетъ право, ибо дѣйствующія системы въ особенности требуютъ отъ представителя дѣеспособности только для совершенія сдѣлки (съ ограниченіями, Нѣм. улож., § 165), которой онъ является авторомъ, а правоспособность воспользоваться ея эфектомъ нужно именно со стороны принципала.

Какъ будто шагъ ближе къ дѣлу принадлежитъ конструкціи названнаго выше Mitteis'а, который *отчасти* справедливо, хотя опять *только для добровольнаго представительства* и далеко не для характерныхъ его случаевъ, полагаетъ, что здѣсь дѣйствуетъ

не одна воля (представителя) взамѣнъ, вмѣсто другой (воли принципала), а *обѣ воли вмѣстѣ*. Но когда воля принципала будетъ ясно чувствоваться въ составѣ сдѣлки? Въ тѣхъ именно случаяхъ, гдѣ принципалъ очень близко и детально руководитъ представителемъ, т.-е. въ случаяхъ наименѣе характерныхъ для разсматриваемаго института, гдѣ представитель начинаетъ походить на посыльнаго. Наоборотъ, въ случаяхъ общихъ полномочій, гдѣ явно все, въ предѣлахъ этихъ полномочій, рѣшаетъ *воля представителя*, а также въ случаяхъ представительства необходимаго, это ученіе оставляетъ задачу совсѣмъ нетронутой.

Итакъ, точка зрѣнія *естественной концентраціи* волеизъявленія и его эфекта въ одномъ лицѣ ни къ чему не приводитъ, не даетъ отвѣта на вопросъ, какъ возможно относить эфектъ или результатъ волеизъявленія одного лица къ сферѣ правоотношеній другого. Очевидно, надо искать иного пути для объясненія какъ будто ускользающаго отъ *естественной* закономѣрности явленія.

Эту особенность строенія представительства давно уже отмѣтила, хотя немногими чертами, прозорливая мысль Рудольфа Ihering'а въ неисчерпаемомъ по богатству идей его сочиненіи о Духѣ римскаго права на разныхъ ступеняхъ его развитія (см. geist § 53). Ihering отмѣчаетъ, какъ *первичную* стадію въ исторіи сдѣлки, именно эту *естественную концентрацію причины и послѣдствія въ одномъ лицѣ*.

Старыя сдѣлки совершаются непремѣнно лично самими ихъ субъектами и при наличности *тутъ же* всѣхъ данныхъ, необходимыхъ для законченнаго юридическаго ихъ состава *). Успѣхъ развитія сдѣлки въ дальнѣйшемъ заключается въ нѣкоторомъ расчлененіи этой ея первобытной цѣльности. Мы выше видѣли, что сдѣлки позднѣйшей формаціи допускаютъ *условное волеизъявленіе*, при чемъ явно составъ сдѣлки опредѣляется *послѣдовательнымъ* сочетаніемъ разновременныхъ данныхъ. Въ смыслѣ историческаго возраста и юридической техники сдѣлка, совершаемая черезъ представителя, имѣетъ несомнѣнное родство съ явленіемъ условной сдѣлки. Вотъ что говорилъ Ihering для характеристики этой конструкціи. „Настоящее, подлинное представительство покоится на *разъединеніи* (Trennung) *причины и дѣйствія* въ юридической

*) Процессъ разложенія этого строгаго стиля старой сдѣлки имѣетъ свои фазы, коихъ частью мы касались выше. Сдѣлки впослѣдствіи допускаютъ не только срочность и условность волеизъявленія, но и различные суррогаты представительства, въ правѣ римскомъ, напр., въ видѣ обязательства съ двумя вѣрителями или должниками (correi credendi и debendi, о чемъ см. Основная форма корреальнаго обязательства, 1874 г. Н. Л. Дювернуа, стр. 143). Въ новое время то же достигалось формулировкой обязательства на неопредѣленнаго вѣрителя (см. выше здѣсь же § 41). Подробности обходимъ.

сдѣлкѣ. Причина, т.-е. дѣяніе, приходится на долю представителя, а дѣйствіе, послѣдствіе этого дѣянія—на долю принципала. Оно (представительство) заключаетъ въ себѣ, стало быть, *искусственное раздвоеніе* (Spaltung) того, что въ *естественномъ* образованіи отношенія является единымъ *).

Въ дальнѣйшемъ, для правильнаго разумѣнія института намъ необходимо разобрать два вопроса: 1) что же это разрушенное естественное сочетаніе причины и послѣдствія въ строеніи сдѣлки черезъ представителя такъ и остается разрушеннымъ и ничѣмъ не возмѣщеннымъ, или на мѣсто этой связи поступаетъ нѣкоторая другая и какая именно? 2) что въ результатѣ даетъ намъ для юридической техники и для развитія цивильной свободы эта замѣна связи естественной новымъ сочетаніемъ сдѣлки представителя съ эфектомъ ея для принципала?

И такъ, первый вопросъ касается замѣны естественной концентраціи причины и послѣдствія сдѣлки въ одномъ лицѣ. Институтъ представительства, настоящаго, подлиннаго даетъ намъ не только разорванную естественную связь сдѣлки съ ея эфектомъ, но и замѣну этой естественной связи новою, искусственною. Что же служитъ для этой цѣли, какой *технический* пріемъ цивилистики? Не знаемъ ли мы въ исторіи сдѣлки такой же смѣны простого, естественнаго сочетанія нѣкоторымъ инымъ? Вспомнимъ куплю-продажу. Первоначальная, естественная связь волеизъявленія съ дѣйствіемъ его въ этой сдѣлкѣ будетъ такая: *мнѣ* нужна вещь, я ее и покупаю. Потребность для меня въ этомъ пріобрѣтеніи опредѣляется подлиннымъ назначеніемъ вещи. Это платье. Ничего не можетъ быть безъискусственнѣе такой концентраціи всѣхъ моментовъ сдѣлки въ одномъ фокусѣ. Всѣ данныя тутъ же на лицо... Но вѣдь обмѣнъ не можетъ остановиться на этомъ. Мнѣ вещь вовсе не нужна для пользованія ею согласно ея назначенію. Я ее, однако, купилъ, и затѣмъ ищу разрушить сдѣлку доказательствомъ на судѣ скрытаго въ ту пору мотива купли, который заключался въ желаніи раскрыть слѣды преступленія. Юриспруденція, не допускающая инвалидаціи сдѣлки по этому скрытому мотиву, дѣлаетъ этимъ, такъ сказать, первый шагъ къ замѣнѣ естественнаго сочетанія момента воли съ его послѣдствіемъ. Если нѣтъ воли въ подлинномъ, естественномъ значеніи, то эту волю, это истинное побужденіе, для *юридической* силы акта, замѣняетъ абстрактно, въ этихъ предѣлахъ, сдѣланное мною волеизъявленіе,

*) Geist ч. III, изд. 65 г., стр. 166 и особенно пр. 225, гдѣ Ihering даетъ указаніе на вдохновившій его текстъ изъ Юлія Павла L. 11 D. de O. et A. (44. 7).

я покупаю, то что мы называемъ внутреннимъ формализмамъ воли, коимъ опредѣляется составъ сдѣлки пріобрѣтенія движимости посредствомъ купли-продажи совершенно независимо отъ того или другого конкретнаго побужденія или разсчета въ данномъ случаѣ. Разрушенная *естественная* связь причины и слѣдствіе замѣняется связью юридической, формальной, которая своеобразно укрѣпляетъ силу сдѣлки, сообщая ей особый чеканъ, безспорную, непоколебимую извѣстность *чисто юридической* операціи (см. выше § 37).

Сдѣлаемъ шагъ дальше. Я покупалъ *для себя*. Но я могъ, покупая для себя съ виду, пріобрѣтать участокъ *фактически* какъ агентъ сосѣда, которому особенно желательно это присоединеніе (цивильная аннекція) сосѣдняго землевладѣнія. Этого не видно въ сдѣлкѣ, и операція проходитъ, такъ сказать, мимо таможенной линіи.—Но вотъ, я прямо говорю, показываю въ составѣ акта, что я покупаю, но *не для себя*. Будетъ ли это порокомъ сдѣлки? Если это порокъ, то во всякомъ случаѣ ничтожный, который легко удалить, ибо указанная клаузула (*не для себя*) составляетъ для сдѣлки купли-продажи *ничего незначущія рѣчи*, выкинувъ которыя, мы вовсе не повреждаемъ формальнаго состава волеизъявленія.—Совершенно другое, если я не просто осложняю операцію ничего незначущими рѣчами, а произвожу *настоящій разрывъ* волеизъявленія и его эфекта, указывая не только, что я покупаю или совершаю иную сдѣлку не для себя, но называю при этомъ малолѣтняго, умалишеннаго, котораго я опекаю, моего довѣрителя, который и имѣетъ стать подлиннымъ дестинатаріемъ сдѣлки. Сила сдѣлки поставлена здѣсь въ зависимость не отъ наличныхъ тутъ же данныхъ, которыя образуютъ ея составъ. Связь причины (мое волеизъявленіе, *я покупаю*) съ послѣдствіемъ (эфектъ сдѣлки, чтобъ собственникомъ сталъ опекаемый, довѣритель) явно разорвана. Сдѣлка будетъ недѣйствительна, если покупать для другого, совершать сдѣлки per liberam personam недозволено, какъ недозволено за другого вступать въ бракъ, усыновлять или легитимировать. Но если такая операція за другого не есть недозволенная, тогда разрывъ естественной связи причины и слѣдствія въ указанномъ примѣрѣ возмѣщается, какъ видно было выше, искусственной, юридической связью, формальнымъ ихъ сочетаніемъ, основу которому даетъ или полномочіе (легальное или договорное), или послѣдующее утвержденіе (ratihabitio) сдѣлки совершенной на имя другого безъ полномочія.

Юридическая сила подобной сдѣлки черезъ представителя, гдѣ разорвана естественная связь причины и послѣдствія, условлена не-

волею принципала, коей орудіемъ служитъ представитель (Савиньи), и не волею представителя, съ послѣдующимъ переносомъ эфекта ея на принципала (Пухта, Вангеровъ), а замѣной естественной связи причины и послѣдствія, искусственной, юридической каузальностью, которая хотя лежитъ внѣ сдѣлки, подобно условію, но также опредѣляетъ особенности ея сложенія, какъ и условіе.

Данная здѣсь конструкція одна даетъ понятію представительства самостоятельное значеніе въ системѣ цивильныхъ институтовъ. Это настоящая *теорія представительства* въ гражданскомъ правѣ, которую, лишь при помощи фикціи (къ сожалѣнію)*), поддерживалъ одинъ изъ виднѣйшихъ пандектистовъ Виндшейдъ и которой нынѣ держится Регельсбергеръ. Дѣйствіе сдѣлки даже самимъ принципаломъ совершенной держится не всегда *на естественной причинности* (Natural-causalismus). Нормѣ юридической (einem Spruch der Rechtsordnung) обязано своимъ бытіемъ все, что производитъ юридическій эфектъ (Pandecten, § 159 кон., стр. 586). И эта норма юридическая принимаетъ здѣсь, въ этой задачѣ восполнить разорванную связь причины и послѣдствія, особый образъ института представительства въ гражданскомъ правѣ, широкому развитію котораго наше время обязано самодѣятельности новой юриспруденціи, которая идетъ впередъ посредствомъ римскаго права, но далеко за его предѣлы.

Искусственность строенія представительства и несомнѣнное родство его съ условіемъ въ составѣ сдѣлки видно въ томъ, что въ сдѣлкѣ чрезъ представителя (необходимаго и добровольнаго), если она совершается по полномочію, эфектъ сдѣлки обезпечивается раньше наступленія причины, имѣющей его вызвать, т.-е. волеизъявленія представителя. При послѣдующемъ одобреніи сдѣлки, совершенной за другого безъ его полномочія этотъ эфектъ переносится къ началу сдѣлки (ретротрагируется ad initium negotii). Въ обоихъ случаяхъ мы имѣемъ несомнѣнное раздвоеніе (Trennung, Spaltung) нормально связанныхъ моментовъ сдѣлки, подобное тому, какое видимъ при условной сдѣлкѣ. Это развитіе или впередъ даннаго полномочія или за сдѣлкой слѣдующаго одобренія новый нѣмецкій кодексъ дѣлаетъ не только для случаевъ содѣйствія одного взамѣнъ другого (Vertretung, представительство), но и для нѣкоторыхъ случаевъ содѣйствія въ сдѣлкѣ одного вмѣстѣ съ другимъ, различая Einwilligung для предшествующаго и Genehmigung для послѣдующаго содѣйствія этого послѣдняго рода.

Другой вопросъ, который мы думаемъ здѣсь же разсмотрѣть,

*) См. особ. § 73, стр. 208 по 6-му изд.

заключается въ томъ, какого же результата мы достигаемъ замѣняя естественную связь причины съ послѣдствіемъ этою искусственною связью сдѣлки представителя съ эфектомъ ея для принципала?

Результатъ для случаевъ необходимаго представительства ясенъ самъ собою. Правоспособное, но не дѣеспособное лицо, въ современныхъ условіяхъ разложенія старинныхъ властныхъ, семейныхъ и родственныхъ союзовъ и полнаго обособленія въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній, было бы вполнѣ безпомощнымъ, если бы мы не имѣли на лицо хорошо развитого института представительства. — Но для случаевъ представительства добровольнаго не даетъ ли намъ этотъ институтъ того же *самоограниченія воли*, которое извѣстный кругъ писателей думалъ видѣть въ допущеніи сдѣлки условной (см. выше). Принципалъ какъ будто дѣйствительно ставитъ себя въ большую зависимость отъ своего юридическаго агента, когда даетъ силу, поставленному *независимо* отъ хозяина уполномоченному дѣйствовать его именемъ, заранѣе гарантируя передъ третьими безспорное воздѣйствіе его операцій на свою юридическую сферу. Мы указали выше (стр. 699) правильную оцѣнку значенія условія въ составѣ сдѣлки. Съ помощью условныхъ волеизъявленій мы подчиняемъ воздѣйствію нашей воли *будущее* вмѣсто того, чтобы себя подчинять ему, это несомнѣнное расширеніе сферы воздѣйствія частной воли въ *предѣлахъ времени*. Таже внутренняя оцѣнка должна имѣть мѣсто и для вопроса о значеніи института представительства въ области гражданскихъ правоотношеній. Если условіе расширяетъ сферу воздѣйствія частной воли въ предѣлахъ времени, то хорошо развитой институтъ представительства даетъ тотъ же результатъ расширенія сферы воздѣйствія частной воли *въ пространствѣ*.

Современная Германія поставила задачи развитія своего всесвѣтнаго вліянія въ этомъ смыслѣ въ самыя выгодныя условія 1) широкимъ развитіемъ въ своемъ новомъ кодексѣ разнообразныхъ формъ союзнаго правообладанія; 2) точной разработкой понятій и видовъ условной сдѣлки и 3) въ особенности мастерскимъ, какъ въ этомъ кодексѣ общаго права, такъ и кодексѣ торговаго права (новая редакція 1897 г.), развитіемъ института свободнаго представительства въ гражданскомъ правѣ.

Мы остановились здѣсь на ученіи о представительствѣ, которое обыкновенно излагается въ связи съ общимъ правомъ (пандектами) по тому соображенію, что самъ институтъ не есть въ его современномъ видѣ латинскій, а вполнѣ современный, и особенно въ виду того, что характерная, по нашему мнѣнію, черта

строенія юридической сдѣлки на основахъ внутренняго формализма воли, абстрактной, отрѣшенной отъ интереса автора сдѣлки формулировки волеизъявленія выступаетъ здѣсь особенно рельефно.

§ 43.

Недѣйствительность юридической сдѣлки.— Виды. — Терминологія.— Попытка свести ученіе о недѣйствительности къ общимъ принципамъ.—Гражд. Улож. 96 г.—Наше право.—Истолкованіе юридической сдѣлки.—Превращеніе сдѣлки.

Мы видѣли выше, что сдѣлка юридическая составляетъ волеизъявленіе лица, направленное на измѣненіе юридическихъ отношеній. Возможно, однако, что волеизъявленіе не окажетъ того дѣйствія на правоотношенія, которое составляло его цѣль. Въ такомъ случаѣ сдѣлка будетъ недѣйствительною въ юридическомъ смыслѣ, безсильною для права. Фактически волеизъявленіе существуетъ. Оно лишь въ томъ или другомъ смыслѣ *ничтожно для права* *).

Не вполнѣ выдержанные для этого явленія технические латинскіе термины суть negotium nullum, nullius momenti. Французы стараются различать сдѣлки *несуществующія* (contrat inexistant) отъ сдѣлокъ ничтожныхъ въ смыслѣ того или другого порока, въ нихъ скрытаго и способнаго повесть къ ничтожеству ихъ или, точнѣе, къ ихъ уничтоженію (contrat nul ou annulable) воздѣйствіемъ на нихъ суда. Сдѣлки этой послѣдней категоріи нельзя признать несуществующимъ (apparence sans réalité, néant), не слѣдуетъ существованіе ихъ разсматривать какъ прекарное, постоянно угрожаемое безсиліемъ, недѣйствительностью волеизъявленія для права. Art. 146 C. c. говоритъ *il n' y a pas* de mariage lorqu'il n'y a point de consentement, *нѣтъ брака*, если нѣтъ свободнаго согласія брачущихся. Оборотъ рѣчи art. 147 C.c. очень энергиченъ, но въ юридическомъ смыслѣ едва-ли даетъ иной результатъ, чѣмъ указанный выше терминъ *недѣйствительность для права* союза брачнаго заключеннаго по насилію.

Для насъ важнѣе и существеннѣе этихъ неодинаковыхъ оборотовъ рѣчи различенія *видовъ недѣйствительныхъ для права волеизъявленій*, которое проходитъ по всѣмъ современнымъ си-

*) Иначе Schlossmann Zur Lehre v. Zwange. На указанномъ въ текстѣ положеніи настаиваетъ Виндшейдъ, выражая свою мысль образно такъ: бездѣйствующая сдѣлка есть бездыханное тѣло, но все-же тѣломъ она не перестаетъ быть (Pand. § 83, пр. 1 и 2).

БИБЛИОТЕКА СОЦИАЛИСТИЧЕСКОЙ