

## Трибуна молодых ученых

А.В. Томсинова, аспирантка кафедры истории государства и права юридического факультета МГУ\*

### ПОНЯТИЕ “WILLENSERKLÄRUNG” (ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЕ) В ГЕРМАНСКОМ ГРАЖДАНСКОМ УЛОЖЕНИИ 1900 г.

В статье рассматривается ключевое понятие немецкого обязательственного права “Willenserklärung” (волеизъявление): как оно формировалось в немецкой цивилистике XIX в., как постепенно определялось его содержание в трудах немецких правоведов и какое значение оно приобрело сначала в первом проекте Германского гражданского уложения, а потом и в окончательном его варианте, введенном в действие 1 января 1900 г.

**Ключевые слова:** немецкая юриспруденция XIX в.; обязательственное право; ГГУ 1900 г.; Willenserklärung (волеизъявление).

*The article considers the key concept of the German law of obligation — «Willenserklärung». The author shows how this concept was formed in the German civilistic of XIX century and how its content was gradually determined in the writings of the German jurists and what meaning it has been acquired firstly in the first draft of the German civil code, and then in the final version of it, put into action on January 1, 1900.*

**Keywords:** german jurisprudence of XIX century; law of obligation in German Civil Code of 1900; concept of expression of will.

Один из краеугольных камней учения о сделках в Германском гражданском уложении 1900 г. (далее — ГГУ) — понятие «волеизъявление» (“Willenserklärung”). Данный термин утвердился в немецкой правовой литературе довольно поздно — лишь в XIX в., и его появление в терминологическом аппарате немецкого гражданского права было непосредственно связано с развитием пандектной системы. В правовых текстах Древнего Рима мы не найдем понятий, которым хотя бы приблизительно соответствовали основополагающие понятия немецкого обязательственного права — Rechtsgeschäft (сделка) и Willenserklärung (в смысле именно юридического выражения воли): подобных терминов в латинском языке просто не существовало. Применявшиеся римскими юристами такие латинские термины, как “negotium”, “factum”, “gestum”, “actum”, “voluntas”, “propositum”, “mens” и др., не имели твердо устоявшегося значения. Хотя в процессе развития римского права круг кон-

\* a.tomsinova@gmail.com

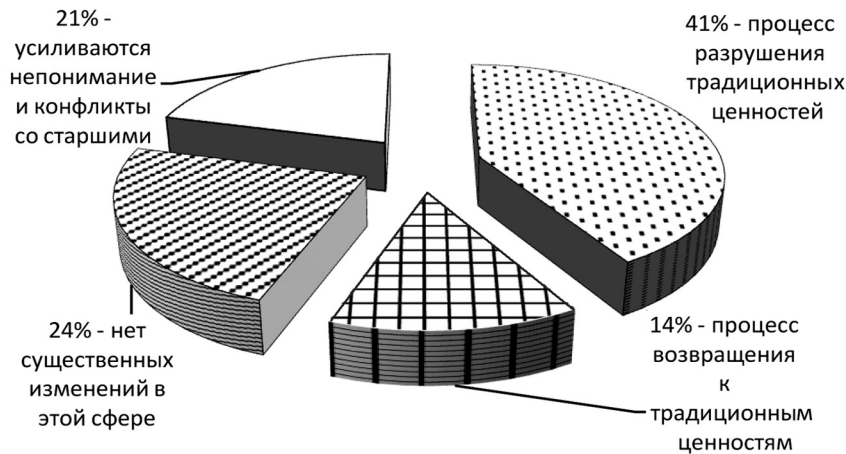


Рис. 19. Какие изменения наблюдаются в среде Ваших сверстников?

гативных тенденциях, наблюдающихся в современной России, об их причинах и провоцирующих факторах, о ценностях, которые необходимы для планомерного позитивного развития российского общества. Так, основной целью в жизни для студентов юридического факультета наряду с карьерным ростом и материальным благополучием является стремление принести пользу Родине.

В структуре ценностно-нормативных ориентаций студентов выделяется желание оставаться законопослушными гражданами несмотря на возникающие в повседневной жизни противоречия. Однако социальные условия, которые окружают молодых людей, накладывают отпечаток на их установки. Например, половина студентов полагает, что можно совершить кражу ради того, чтобы выбраться из нищеты. При этом каждый третий готов при определенных обстоятельствах совершить данное преступление, будучи уверенным в своей безнаказанности. В качестве одной из причин роста правонарушений будущие юристы называют нарушение закона самими представителями органов власти. Не способствует росту правосознания молодежи сложившийся негативный образ работника правоохранительных органов и негативное воздействие средств массовой информации. Таким образом, дефекты ценностно-нормативной системы, а следовательно, и правосознания молодежи на примере студентов юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова детерминированы в первую очередь воздействием окружающей среды. Ценностно-нормативные ориентации студентов являются адекватной реакцией на окружающую социальную атмосферу и отражают попытки адаптироваться к запросам современного общества, состояться как личность, в том числе и в профессии, сохранив при этом контакт со старшим поколением и понимание значимости ценностей и норм традиционной культуры.

кретных видов обязательств расширился, в нем не возникло общего для них понятия, что во многом можно объяснить самим характером «римского» правового мышления. Преследуя своей деятельностью сугубо практические цели, римские юристы стремились выработать принципы решения конкретных ситуаций через демонстрацию разрешения конкретного казуса. Такой уровень конкретизации правового мышления, конечно, препятствовал возникновению общих понятий сделки и волеизъявления, имеющих абстрактный характер и являющихся системообразующими в понятийном аппарате обязательственного права.

Произошедший в XVII–XVIII вв. переход германских правоведов на немецкий язык не сразу привел к появлению общих, абстрактных понятий в сфере немецкого обязательственного права. Германские правоведы долгое время не поднимались выше понятия «договор» (Vertrag), доставшегося в наследство от римского “contractus”. Лишь в конце XVIII в. в отдельных работах в определении договора появляется термин Willenserklärung, однако в разных значениях и наряду с другими терминами.

Так, Христиан Глюк в своем комментарии к пандектам, опубликованном в 1796 г., употреблял термин Willenserklärung, но не в юридическом, а обыденном смысле: изъяснением (Erklärung) обозначалось им обещание (Versprechung)<sup>1</sup>. Понятие, известное современному праву как Geschäftswille (воля к сделке), составляющее важный элемент волеизъявления, упоминалось Х. Глюком, но при этом обозначалось термином Einwilligung, т.е. как «согласие»<sup>2</sup> (по сути дословный перевод римского “consensus”).

Густав Гуго смешивал понятия Willensäußerung (волеизъявление) и Erklärung, когда писал о наследовании<sup>3</sup>, и вообще умалчивал о волеизъявлении в определении договора<sup>4</sup>. В то же время утверждение термина Rechtsgeschäft для обозначения понятия сделки являлось заслугой именно Гуго, ранее этот термин использовался почти исключительно в обыденном языке, но не в юридическом, хотя и у Гуго он употребляется как равнозначный словосочетанию juristischer Handlung (юридическое действие)<sup>5</sup>.

Антон Тибо также избегал применения термина Willenserklärung при изложении договорного права<sup>6</sup>, хотя данный термин был ему известен. Тибо указывал, что правовые сделки (rechtliche Geschäfte) — это волевые действия (Willenshandlungen), а завершенное волеизъявление

(vollendete Willenserklärung) — это существенный элемент любой сделки<sup>7</sup>. Вместо термина Willenserklärung в том, что касается договора, Тибо употреблял, так же как и Х. Глюк, термин “Einwilligung”.

Такое нечеткое использование термина Willenserklärung было характерно для работ немецких правоведов первой половины XIX в.<sup>8</sup> Юриспруденция этого периода все еще находилась во власти римской казуистики, и единой терминологии еще не сложилось, из-за чего можно обнаружить много спорных моментов и противоречий в теоретических работах различных правоведов того времени. Между тем юриспруденция как наука требует четкого и точного словоупотребления, чего невозможно сделать, если нет сложившейся терминологической системы. Без единой терминологии невозможно создать и четкой понятийной системы права, поэтому в начале XIX в. немецким правоведом еще предстояло пройти длинный путь от установления единого словоупотребления до формирования правовых понятий.

Более или менее цельное понимание волеизъявления появилось впервые в трудах Георга Арнольда Гайсе. В 1807 г. вышла его работа, «которая, возможно, как никакая другая во всей изученной истории задавала тон»<sup>9</sup> развитию немецкого права, — «План системы общего Гражданского права с целью использования в лекциях по Пандектам»<sup>10</sup>, представлявшая собой не изложение гражданского права, а скорее обозначение глав, разделов и параграфов его системы. В главе 6 «О действиях» (Von den Handlungen) было три раздела — «О действиях в общем» (Von den Handlung im Allgemeinen), «О сделках» (Von den Rechtsgeschäften), «О незаконных действиях» (Von unerlaubten Handlungen). Параграф «О волеизъявлении» (Von den Willenserklärung) находился в разделе «О действиях в общем»<sup>11</sup>: таким образом, положения о волеизъявлении как общие для всех действий были отнесены Г.А. Гайсе к сделкам.

В полном же своем содержании понятие волеизъявления впервые появилось в работе Фридриха Карла Савиньи «Система современного римского права». Савиньи выделил три элемента в волеизъявлении: 1) волю, 2) изъяснение воли и 3) соответствие воли изъяснению<sup>12</sup>. По его теории волеизъявление есть то, что служит для проявления внутренней воли для других<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Ibid. S. 106.

<sup>8</sup> Puchta G. F. System des gemeinen Zivilrechts zum Gebrauch bei Pandektenvorlesungen. Weber, 1832; Hartitzsch Dr. Ad. K. H., von. Das römische Privatrecht in ausführlicher tabellarischer Darstellung. Leipzig, 1831.

<sup>9</sup> Hugo G. Beiträge zur Civilistischen Bücherkenntnis der letzten vierzig Jahre. Bd. 1: 1788–1807. Mylius, 1828. S. 518.

<sup>10</sup> Heise G. A. Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen. Heidelberg, 1807.

<sup>11</sup> Heise G. A. Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen. Dritte verbesserte Aufgabe. Heidelberg, 1819. S. 29–32.

<sup>12</sup> Savigny F. C. System des heutigen römischen Rechts. Bd. 3. Berlin, 1840. S. 99.

<sup>13</sup> Ibid. S. 237.

<sup>1</sup> Glück Ch. F., von. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: Ein Commentar. Bd. 4. Stuttgart, 1796. S. 67.

<sup>2</sup> Ibid. S. 86.

<sup>3</sup> Hugo G. Lehrbuch eines civilistischen Cursus: Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts. Bd. 4. Mylius, 1799. S. 204.

<sup>4</sup> Ibid. S. 190.

<sup>5</sup> Endemann F. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin, 1899. S. 253.

<sup>6</sup> Thibaut A. F. J. System des Pandektenrechts. Bd. 1. Jena, 1818. S. 110.

Генрих Дернабург считал слабой стороной данной теории Савиньи умолчание о цели этого проявления<sup>14</sup>, однако на самом деле Савиньи связывал объявление воли с действительностью волеизъявления,<sup>15</sup> при этом он не проводил четкого различия между понятиями волеизъявления (Willenserklärung) и сделки (Rechtsgeschäft).

Сам Г. Дернабург в свою очередь чрезмерно расширял понятие волеизъявления, понимая под ним все действия по выражению своей воли. Он включал в него, например, также напоминание кредитора должнику об уплате долга, т.е. волеизъявление в правовом смысле им почти не отличалось от вообще любого волевого акта. В этом никак нельзя упрекнуть современника Г. Дернабурга Фердинанда Регельсбергера<sup>16</sup>: он специально подчеркивал, что правовое волеизъявление имеет своей целью «завершение волевого акта, который прежде имел также мало правового существования как обычное право до его фиксации в действиях людей»<sup>17</sup>.

После создания первого проекта ГГУ актуальной проблемой немецкой науки гражданского права стало разграничение сделки и волеизъявления. Фраза «Мотивов к проекту Гражданского кодекса для Германской империи» о том, что «выражения волеизъявление и сделка, как правило, употребляются как равнозначные», не могла не породить критических замечаний, тем более что, заявив об этом, авторы «Мотивов» тем не менее предприняли попытку передать различные оттенки обоих терминов, т.е. признали их неравнозначность. А потом в «Мотивах» было разъяснено, что термин волеизъявление употребляют там, где на первом плане находится опосредование воли (Willensäusserung) или в тех случаях, когда волеизъявление выступает лишь как составная часть факта правовой сделки, а сделки выступают как действия с желаемыми правовыми последствиями в противоположность действиям, в отношении правовых последствий которых неважно, желанны они действующим или нет<sup>18</sup>.

Бернхард Виндшайд, чье влияние на первый проект ГГУ было настолько велико, что этот проект называли «маленький Виндшайд» (намекая на учебник Виндшайда по пандектам, который выглядел для отдельных критиков как теоретическая основа проекта), посвятил вопросу волеизъявления не только несколько параграфов учебника, но и объемный труд «Воля и волеизъявление»<sup>19</sup>. Однако Виндшайд не разделял понятий сделки и волеизъявления. «Сделка есть волеизъ-

явление, — утверждал немецкий правовед. — Она выражает желание наступления правового последствия, и правовой порядок позволяет наступление этого правового последствия постольку, поскольку оно желаемо субъектом сделки»<sup>20</sup>. Отсюда можно сделать вывод о том, что фраза «Мотивов» о равнозначности понятий сделки и волеизъявления не была случайной, но отражала общее заблуждение.

Серьезную попытку разграничить понятия волеизъявления и сделки предпринял Э. Беккер, который видел недостаток первого проекта ГГУ в том, что в нем не разграничены понятия волеизъявления и сделки. Э. Беккер включал в понятие волеизъявления лишь единичное выражение воли, тогда как сделка, по его мнению, может состоять из множества таких выражений.<sup>21</sup> Кроме того, Беккер подчеркивал отличие проявления воли в обыденном смысле (Willensäusserung, Willensbetätigung) от волеизъявления (Willenserklärung)<sup>22</sup>.

Э. Циттельманн в своей работе «Сделки в проекте Гражданского кодекса для Германской империи»<sup>23</sup> указывал на то, что авторы проекта использовали термин волеизъявление в его повседневном смысле, не давая юридического определения. В позднейших работах<sup>24</sup> он, хотя и отмечал в качестве ключевого момента этого понятия изъявление (молчаливое или выраженное), однако все содержание понятия не затрагивал и поэтому само понятие волеизъявления представало в его работах довольно расплывчатым.

Новый шаг к изучению именно юридического понятия волеизъявления сделал Отто фон Бюлов. Этот правовед одним из первых вышел за границы понимания волеизъявления в рамках действия, состоящего лишь из воли и изъявления. Так, он выделил такой элемент, как Erklärungs-wille — волю изъять, выразить. Но самым важным в его учении было утверждение о том, что изъявление в рамках сделки направлено на конкретный правовой результат — таким образом, изъявляется, выражается не желаемое, а должное (sie bringen nicht ein Gewolltes, sondern etwas Gesolltes zum Ausdruck)<sup>25</sup>. Действительно, должное — это та категория, которая отличает правовое от обыденного, и ввести эту категорию, чтобы отличить волеизъявление правовое, означало сделать первый шаг к формированию юридического понятия.

<sup>20</sup> «Das Rechtsgeschäft ist Willenserklärung. Es wird der Wille erklärt, dass eine rechtliche Wirkung eintreten solle, und die Rechtsordnung lässt diese rechtliche Wirkung deswegen eintreten, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäftes gewollt ist» (Windscheid B.J.H. Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Th. Kipp. Bd. 1. Frankfurt a. M., 1906. S. 310–315).

<sup>21</sup> Bekker E.I. System des heutigen Pandektenrechts. Bd. 2. Weimar, 1889. S. 54.

<sup>22</sup> Ibid. S. 73.

<sup>23</sup> Zitelmann E. Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Studien, Kritiken, Vorschläge. Bd. 1. Berlin, 1889. S. 92.

<sup>24</sup> Zitelmann E. Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches: Allgemeiner Teil. Berlin, 1900. S. 116.

<sup>25</sup> Bülow O., von. Das Gestandnisrecht. Ein Beitrag zu der allgemeinen Theorie der Rechtshandlung. Berlin, 1899. S. 121–126.

<sup>14</sup> Dernburg H. Allgemeiner Teil. Müller, 1900. S. 326.

<sup>15</sup> Ibid. S. 259.

<sup>16</sup> Regelsberger F. Zivilrechtliche Erörterungen. Weim, 1868. S. 2.

<sup>17</sup> „...Zur Vollendung des Willensaktes, welcher vorher so wenig rechtliche Existenz hat als das Wohnheitsrecht vor seiner Fixierung in den Handlungen der Menschen“ (Ibid. S. 2).

<sup>18</sup> Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin, 1896. S. 126–127.

<sup>19</sup> Windscheid B.J.H. Wille und Willenserklärung. Leipzig, 1878.



Карл Кром еще более четко формулировал отличие волеизъявления (*Willenserklärung*) от простого выражения воли (*Willensäußerung*) по критерию цели и правовой возможности передать волю к сведению другого лица<sup>26</sup>.

Готлиб Планк, один из создателей ГГУ, в своем комментарии к нему<sup>27</sup> предпринял попытку решить еще один спорный для учения о волеизъявлении вопрос — является ли выраженным волеизъявление, при котором волю можно установить не из дословного текста, а только через толкование? Однако вместо четкого ответа на него лишь привел отдельные казусы.

Таким образом, хотя к моменту издания ГГУ в немецкой цивилистике и утвердился термин *Willenserklärung*, содержание понятия волеизъявления оставалось еще во многом неопределенным и спорным.

Сложность формирования такого понятия объясняется тем, что само волеизъявление является связующим звеном между внутренним (сознательным) и внешним (осознанным). При этом, с одной стороны, должна быть возможность закрепить эту связь, чтобы цель сделки, ее основание, не была отделена от субъективного мотива сторон, но, с другой стороны, излишний формализм может быть вреден для гражданского оборота. Наверно, ни в одном другом юридическом понятии не стоит так остро вопрос преобладания формы или содержания. Так же, как и в других институтах, ГГУ не содержит определения волеизъявления, но его понятие можно воссоздать с помощью системного анализа всей группы норм, посвященных волеизъявлению, в контексте норм о сделках вообще. Попробуем это сделать.

\* \* \*

Объективно волеизъявление состоит из двух элементов — внешнего и внутреннего. Внешний элемент — это само изъятие, которое может быть выраженным, конклюдентным или молчаливым. Внутренний элемент — это сочетание трех направлений воли: воля к акту (*Handlungswille*), воля изъять (*Erklärungswille*), т.е. донести свою волю до контрагента, и воля к сделке (*Geschäftswille*).

Как справедливо выразился Ян Шапп, «круг тем, которые можно определить как основополагающие для учения о сделке, не требует много слов для описания. Центральное значение всегда имеет противопоставление теории воли и теории изъятия»<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Crome C. System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Tübingen, 1900. S. 321.

<sup>27</sup> Planck G. BGB. Bd. 1. Berlin, 1903. S. 203.

<sup>28</sup> “Der Kreis der Themen, die als grundlegend für die Rechtsgeschäftslehre bezeichnet werden können, lässt sich mit wenigen Worten umreißen. Zentrale Bedeutung hat immer noch die Kontroverse zwischen Willens- und Erklärungstheorie“ (*Schapp J. Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre*. Tübingen, 1986. S. 1).

Истоки теории воли, хотя и весьма отдаленные, можно найти еще в консенсуальных договорах римского права. Хотя в римском праве не было сформировано теории договоров, которая с успехом восполнялась практикой, именно признание преобладания воли сторон над формой стало основой развития группы консенсуальных договоров в классический период<sup>29</sup>. Некоторые авторы находят в учении о сделках также и влияние философии Канта, опосредованной через учение Савиньи. Где как не в вопросе о волеизъявлении может в наибольшей мере проявиться немецкий идеализм? С вопросом волеизъявления тесно связан вопрос приоритета свободы договора или справедливости договора. Свобода договора одновременно требует установления действительной воли сторон, однако для заключения договора, который будет учитывать интересы обеих сторон, воля одной стороны должна быть правильно воспринята другой стороной. Проявление воли, волеизъявление — это уже опосредование внутренних мотивов, и на этом этапе воля может быть неправильно передана, однако затем следует еще один сложный момент — восприятие другой стороной волеизъявления, которое также может быть ошибочным, особенно там, где имеется конклюдентное или молчаливое волеизъявление. Если внутренний мотив ограничить никак нельзя, то мотив, проявленный извне, можно ограничить формальными требованиями. В той части, где Кант выделяет технический элемент — произвол, свободную волю, и моральный эквивалент — собственно волю<sup>30</sup>, можно найти отправную точку для разработок немецких юристов XIX в. в области волеизъявления. Так, Савиньи встраивает учение о заблуждении (*Irrthumslehre*) в учение о волеизъявлении<sup>31</sup>.

Именно с Ф.К. Савиньи дискуссия по вопросу волеизъявления и заблуждения была направлена по новому пути: Савиньи выделил «подлинное» и «неподлинное» (*echte und unechte*) заблуждение. К первым он отнес случаи, когда сторона осуществляет юридически значимые действия на основе заблуждения, а ко вторым — ситуации, когда сторона ошибочно изъясляет иное, чем то что на самом деле желала изъять. В последнем случае недействительность сделки следует не собственно из заблуждения, а из отличия воли от изъятия. Для Савиньи ключевым моментом в волеизъявлении являлась именно воля. «Основа любого волеизъявления — это присутствие воли»<sup>32</sup>, — отмечал

<sup>29</sup> *Dulkeit G.* Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht: Festschrift F. Schulz. Wiemar, 1951. S. 161; *Waldstein W.* Römische Rechtsgeschichte: ein Studienbuch des von Gerhard Dulkeit und Fritz Schwarz begründeten Werkes. München, 2005, S. 192–199.

<sup>30</sup> “Der Wille ist also das Begehrungsvermögen, nicht sowohl (wie die Willkür) in Beziehung auf die Handlung? als vielmehr auf den Bestimmungsgrund der Willkür zur Handlung betrachtet, und hat selber vor sich eigentlich keinen Bestimmungsgrund, sondern ist, sofern sie die Willkür bestimmen kann, die praktische Vernunft selbst“ (*Kant I.* Die Metaphysik der Sitten. Hamburg, 1959. S. 213).

<sup>31</sup> *Savigny F.C., von.* System des heutigen römischen Rechts. Bd.3. Berlin, 1840. S. 98–120.

<sup>32</sup> “Die Grundlage jeder Willenserklärung ist das Daseyn des Willens“ (*Ibid.* S. 237).

он. — Собственно следует думать о воле как о единственно важном и действительном, и только постольку, поскольку она является внутренним, невидимым событием, мы нуждаемся в знаках, с помощью которых ее могут обнаружить другие»<sup>33</sup>.

Еще одним значимым представителем теории воли был Б. Виндшайд, что, естественно, отразилось на первом проекте ГГУ. По Виндшайду, несоответствие выраженного изъяснения действительной воле влечет недействительность сделки, однако, в отличие от Савиньи, Виндшайд уже выделяет случаи, когда несоответствие воли и изъяснения априори влечет недействительность сделки как совершенной под влиянием заблуждения, и случаи, когда это не безусловно — например, если изъясняющий намеренно искажает свою волю в волеизъявлении, о чем неизвестно другой стороне<sup>34</sup>.

Дальнейшее развитие теории воли можно обнаружить в работе Э. Цительмана «Заблуждение и сделка»<sup>35</sup>. Цительман выделяет волеизъявление юридическое и обыденное<sup>36</sup>, кроме того в воле он выделяет мотив и содержание<sup>37</sup>, а саму сделку понимает как множество волеизъявлений<sup>38</sup>.

Недостаток теории воли заключался в том, что слишком большое значение придавалось элементу внутреннему, незримому и, следовательно, ничем незакрепленному, что губительно для устойчивости гражданского оборота и дает слишком большой простор для злоупотребления.

В противовес теории воли развивается теория изъяснения, последователи которой небезосновательно утверждают, что воля сама по себе не может быть предметом правовой оценки, и правовые последствия возникают не постольку, поскольку они желаемы, а постольку, поскольку отражение в договоре сочетания правовых последствий позволяет воле сторон существовать во внешнем мире. Истоки теории изъяснения можно найти еще в работах немецких теоретиков школы естественного права (Пуффендорф, Томазий, Гроций), и эта теория нашла даже законодательное закрепление в Баварском гражданском кодексе Максимилиана и в австрийском Всеобщем гражданском уложении<sup>39</sup>.

Если теория воли во многом основывалась на философских воз-

зрениях идеализма, то теория изъяснения опиралась на позитивизм и естественнонаучные догматы, в том числе на идею о внутренней-внешней модели мира (Innen-Außen-Modell)<sup>40</sup>. Последователи теории изъяснения особенно много внимания в своих работах уделяли форме изъяснения. Так, Э. Беккер выделял выраженное изъяснение (ausdrückliche Erklärung), при котором у стороны есть воля к изъяснению своей воли вовне, и молчаливое (stillschweigende Erklärung), при котором у стороны нет намерения выразить свою волю вовне<sup>41</sup>. Заслугой Р. Леонхарда как представителя теории изъяснения была разработка разграничения изъяснения в собственно юридическом смысле от действий, которые таковым не являются, особенно в контексте молчаливого волеизъяснения<sup>42</sup>.

Теория воли и теория изъяснения не развивались обособленно, скорее дополняли недостатки друг друга, а попытки найти универсальную теорию так и не привели к какому-либо значимому результату.

В первом проекте ГГУ явное предпочтение отдавалось воле, а не волеизъявлению: «При толковании волеизъяснения следует узнать действительную волю, а не ограничиваться дословным смыслом выражения»<sup>43</sup>. В свою очередь конечная редакция ГГУ не придавала юридического значения тайным намерениям лица, совершающего волеизъявление, если они неизвестны контрагенту<sup>44</sup>, однако вслед за первым проектом повторяла положение о толковании через установление действительной воли (§ 133 BGB 1900). Издание ГГУ несколько не прекратило теоретические споры среди последователей теории воли и теории изъяснения. В различных группах казусов регулирование основывалось то на принципе воли, то на принципе изъяснения исходя из сущности соответствующих отношений. Возможно, это решение, несмотря на казуистичность, являлось наиболее верным, так как логично в зависимости от ситуации укреплять либо свободу усмотрения сторон, либо формальные требования — когда это необходимо для доказывания в случае спора.

Вне зависимости от того, признает ли в конкретном случае закон превалирующей волю или форму волеизъяснения, и воля, и форма ее изъяснения в юридическом понимании сами по себе являются комплексными явлениями.

<sup>40</sup> Schapp J. Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre. Tübingen, 1986. S. 28.

<sup>41</sup> Bekker E.I. System des heutigen Pandektenrechts. Bd. 2. Weimar, 1889. S. 68.

<sup>42</sup> Leonhard R. Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte. Bd. 1. Berlin, 1882. S. 56–57.

<sup>43</sup> «Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften» (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich ausgearbeitet von der in folge des Beschlusses der Bundesrathes vom 22. Juni 1874 eingesetzten Kommission. Ersten Lesung. Berlin, 1887. § 73).

<sup>44</sup> «Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen. Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt» (§ 116 BGB 1900).

<sup>33</sup> „Denn eigentlich muß der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereigniß ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von Anderen erkannt werden könne...“ (Ibid. S. 258).

<sup>34</sup> Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. Düsseldorf, 1870. S. 162. S. 179–185.

<sup>35</sup> Zitelmann E. Irrtum und Rechtsgeschäft: Eine psychologisch-juristische Untersuchung. Leipzig, 1879.

<sup>36</sup> Ibid. S. 238.

<sup>37</sup> Ibid. S. 114.

<sup>38</sup> Ibid. S. 296.

<sup>39</sup> Schermaier M.J. Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB. Wien, 2000. S. 537.

Воля в волеизъявлении состоит из трех элементов:

1) это воля к акту (*Handlungswille*), 2) воля изъять (*Erklärungswille*) — донести свою волю до контрагента и 3) воля к сделке (*Geschäftswille*).

Воля к акту, действию — это воля, направленная на подачу определенного сигнала безотносительно его содержания: это может быть выраженный как в словесной, так и в невербальной форме сигнал. Однако юридическое значение она будет иметь лишь в сочетании с остальными двумя элементами: волей изъять, которая предполагает, что сторона, изъясняющая свою волю, понимает, что этим она делает свою волю известной другой стороне сделки и что данное изъяснение порождает юридические последствия (здесь имеет значение то, что изъяснение обладает определенным содержанием), и, наконец, важнейшим элементом — волей к сделке, которая предполагает, что воля стороны направлена именно на конкретную, определенную сделку. Ущерб в любом из этих элементов ведет к недействительности всего волеизъявления.

Так, недействительным является волеизъявление, согласие в котором изъясняется лишь для видимости (§ 117), — в данном случае нет воли к конкретной сделке, точно так же, как и в случае, предусмотренном § 118, когда волеизъявление сделано без серьезного намерения в расчете на то, что такое отсутствие не будет замечено. Оспоримость волеизъявления, описанная в § 119 (лицо, изъясняющее волю, заблуждается относительно содержания изъяснения или вообще не имело намерения изъяснять), явно проистекает из отсутствия второго элемента — воли изъять, однако здесь существует оговорка: оспорить можно лишь в том случае, если можно предположить, что данное лицо не стало бы изъяснять свою волю, зная истинное положение дел и учитывая случай.

Оспоримым также является волеизъявление, если при его передаче искажен его смысл (§ 120 BGB). Вопросу передачи волеизъявления было посвящено большинство норм, касающихся волеизъявления, в первом проекте (§§ 74–76), по сути, можно сказать, что первый проект регулировал только момент опосредования волеизъявления (три из пяти параграфов были посвящены опосредованию, один вид изъяснения, и один толкованию). Эти нормы вошли и в конечную редакцию ГГУ (§ 130, § 132), хотя в несколько измененном виде.

Что являлось в конечном проекте действительно интересным и новым по сравнению с первым проектом, так это обозначение срока для оспаривания волеизъявления, совершенного под влиянием заблуждения относительно его сущности, обстоятельств, или переданного неверно, причем этот срок составляет 30 лет, при условии что оспаривание производится немедленно после обнаружения такого заблуждения (§ 121 BGB). Таким образом, несмотря на большое вни-

мание к форме волеизъявления действительная воля лица всячески защищается законодателем.

Воля, безусловно, важный элемент волеизъявления в ГГУ, и ее порок влечет оспоримость сделки. Логично, что в качестве последствия устанавливается именно оспоримость, так как в данном случае психологический, внутренний акт невозможно отразить в законе и приходится оставлять на усмотрение судей.

Однако истинно юридический смысл волеизъявлению придает именно изъяснение — опосредование воли вовне. Способов опосредовать свою волю ГГУ предусматривает несколько.

Первый проект ГГУ говорил о том, что оно может быть произведено прямо или молчаливо<sup>45</sup>. Эта норма перешла в него из предпроекта Гебхарда<sup>46</sup>. В «Мотивах» к проекту было пояснено, что хотя это положение само собой разумеющееся, однако одновременно является и основополагающим и позволяет упростить нормы проекта<sup>47</sup>. Дозволенность молчаливого волеизъявления подчеркивалась отдельно лишь там, где имело особую ценность указать, что оно действительно (например, в нормах, касающихся заключения договора — § 81, абз 3 § 86; представительства — абз 1 § 116; действительности сделки — абз 2 § 127; распоряжения доверителя — абз 4 § 290; предмета договора — § 354; отдельных видов обязательств — абз 2 § 667; абз 2 § 684, § 742; наследственного права — абз 2 § 1781, § 2029 Проекта<sup>48</sup>). Естественно, что в тех случаях, когда норма требовала письменной, судебной или нотариальной формы, волеизъявление могло быть только выраженным.

В основу выраженного волеизъявления в проекте была положена «теория получения» (*Empfangstheorie*), а в основу молчаливого — «теория восприятия» (*Vernehmungstheorie*). Первая предполагала, что волеизъявление действительно лишь тогда, когда достигает получателя, вторая же подразумевала, что для действительности волеизъявления изъясняющий должен воспринять согласие адресата<sup>49</sup>. Теория восприятия в дальнейшем получила свое развитие в рамках «ограниченной теории восприятия»<sup>50</sup>.

Окончательный вариант ГГУ не содержит подобной нормы о делении волеизъявления на выраженное и молчаливое и не дает со-

<sup>45</sup> „Die Willenserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen“ (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich ausgearbeitet von der in folge des Beschlusses des Bundesrathes vom 22. Juni 1874 eingesetzten Kommission. Ersten Lesung. Berlin, 1887. § 72)

<sup>46</sup> Schubert W. Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB: Allgemeine Teil. Bd. 2. Kiel, 1982. S. 83.

<sup>47</sup> Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin, 1896. S. 153.

<sup>48</sup> Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich ausgearbeitet von der in folge des Beschlusses des Bundesrathes.

<sup>49</sup> Наиболее подробный анализ обеих теорий по состоянию на момент создания первого проекта можно найти у Шотта (Schott H. Der obligatorische Vertrag unter Abwesen-den. Heidelberg, 1873).

<sup>50</sup> Kling M. Sprachrisiken im Privatrechtsverkehr. Tübingen, 2008. S. 298.



ответственно признаков выделения этих видов волеизъявления, но в отдельных нормах специально предусматривает форму волеизъявления, поэтому в теории германского гражданского права значимую роль играют исследования признаков выраженного и молчаливого волеизъявления и признано, что «дуализм выраженного и молчаливого волеизъявления по праву занимает прочное место в литературе, посвященной общей части ГГУ»<sup>51</sup>.

С точки зрения влияния на действительность волеизъявления того факта, была ли воля донесена до адресата, в теории выделяют требующее вручения волеизъявление (*empfangsbedürftige Willenserklärung*), случаев, предусматривающих которое большинство в ГГУ, и не требующее вручения — *nicht empfangsbedürftige Willenserklärung*. Последнее вызывало у некоторых ученых сомнения: является ли оно вообще волеизъявлением? Например, Отто Хелльманн считал обязательным признаком волеизъявления направленность определенному адресату<sup>52</sup>. Однако тогда из понятия волеизъявления были бы исключены такие акты, как завещание, публичная оферта или публичное обещание вознаграждения.

Согласно ГГУ 1900 г., волеизъявление, не требующее вручения, вступает в силу с момента, когда оно было сделано в должной форме (§ 2231 N 2, 2247 BGB).

Более спорным является вопрос о волеизъявлении, требующем вручения: с какого момента акт лица становится волеизъявлением? Под сомнение ставилось само существование волеизъявления, в случае если оно не достигло адресата должным образом. В действительности, исходя из норм ГГУ волеизъявление, не достигшее адресата, просто не имеет правовых последствий для последнего, поэтому акт остается незавершенным, а сделка не заключенной. Об этом говорит § 130 BGB: волеизъявление, сделанное в отсутствие контрагента, вступает в силу в тот момент, когда его достигает. Таким образом, важным элементом изъяснения в волеизъявлении, требующем вручения (*empfangsbedürftige Willenserklärung*), является наряду с выражением и доступ к этому выражению адресата. Это напрямую связано с таким элементом волеизъявления, как воля изъять, сделать свои намерения явными и ясными для контрагента. Волеизъявление, требующее вручения, считается сделанным с того момента, как субъект изъяснил свою волю, но вступление его в силу зависит от участия другой стороны.

Однако в ГГУ остался неурегулированным момент получения

адресатом волеизъявления, сделанного не в его непосредственном присутствии, и споры в теории ведутся до сих пор. Исходным пунктом дискуссии являются два принципа. Согласно одному из них получение означает, что волеизъявление достигает получателя таким образом, чтобы это знание могло быть принято. Это заявление соответствует теории получения (*Empfangstheorie*), которую, собственно, и взяла за основу комиссия по составлению ГГУ при формулировании § 130. Однако в самом тексте нормы нет выражения, что «знание могло быть принято», в норме говорится лишь о том, что волеизъявление к адресату «прибывает» (*ihm zugeht*), что, естественно, порождает споры<sup>53</sup>. Другой принцип состоит в том, что волеизъявление становится действительным с момента узнавания его получателем, соответствует теории восприятия. Ключевым вопросом для практики в этой дискуссии является вопрос, кто будет нести риск ошибочного понимания волеизъявления — изъясняющий или получатель. В первом случае изъясняющий выполнил свою роль, сделав волеизъявление доступным, соответственно все последующие риски несет исключительно адресат, во втором случае довольно сложно установить, где именно произошло заблуждение.

Риск ошибочного восприятия волеизъявления связан с объективными и субъективными факторами: к объективным относятся форма изъяснения, а субъективный фактор имеет своей основой саму сущность волеизъявления как облечение в определенную форму внутреннего, психологического акта с тем, чтобы сделать его известным получателю, и тем самым придать ему юридическую природу.

Норм, посвященных форме собственно волеизъявления, в ГГУ нет, их заменяют нормы о форме сделки, что можно объяснить тем, что объем понятий волеизъявления и сделки почти полностью совпадает в области внешней формы. Таким образом, ГГУ различает сделки, требующие определенной формы: письменной (например, § 81, § 780, § 792), судебной, нотариальной (например, § 311, § 1491, § 2371), и сделки, которые допускают устную форму. Несоблюдение формы волеизъявления, а следовательно, и формы сделки, влечет их недействительность.

Таким образом, в понятии волеизъявления содержится сразу два основания для признания сделки недействительной: внутреннее — порок воли, и внешнее — нарушение формы изъяснения.

Крайне важным в данном случае становится вопрос толкования волеизъявления. ГГУ различает толкование волеизъявления (§ 133) и толкование договора (§ 157). Толкование волеизъявления должно заключаться в изыскании действительной воли изъясняющего, толкование договора в соответствии с § 157 сообразно добросовестности (*Treu und Glaube*) с учетом обычаев торгового оборота является субсидиар-

<sup>53</sup> *Funk Chr.* Allgemeine Geschäftsbedingungen in Peer-to-Peer-Märkten. Karlsruhe, 2010. S. 86.

<sup>51</sup> “Trotzdem har der begriffliche Dualismus von ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung bis heute einen festen Platz in der Literatur zum Allgemeinen Teil des BGB behalten“ (*Kühle B.* Der Dualismus von ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung. Frankfurt a. M., 2009. S. 250).

<sup>52</sup> *Hellmann O.* Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht // *Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.* Bd. 42. Jena, 1901. S. 424.

ным по отношению к более общей норме о толковании волеизъявления. Важнейший вопрос толкования в соответствии с § 133 в том, что понимается под «действительной волей». Этот термин, порождающий определенные сомнения, был перенят из первого проекта. Очевидно, что значение имеет лишь тот элемент воли, который уже опосредован волей изъять, а не внутренний психологический мотив волеизъявления, который находится вне юридического понимания волеизъявления<sup>54</sup>.

Итак, волеизъявление в ГГУ — это сложное юридическое понятие, которое можно структурировать на несколько составных элементов, каждый из которых имеет самостоятельное юридическое значение. Как и все остальные институты ГГУ, понятие волеизъявления имеет серьезную теоретическую основу, ядром которой являются теория воли и теория изъятия в их диалектическом сочетании. Воля в волеизъявлении состоит из трех внутренних психологических актов: воли к акту, воли изъять и воли к сделке, ущерб в любом из этих элементов влечет оспоримость волеизъявления. Такое понятие воли — это первый шаг, своего рода мост между психологическим и неоформленным намерением и опосредованием его в юридически значимый акт предмета сделки, завершающим шагом в этом процессе является изъятие — наружное действие, которое в себе также несет целевую направленность, и имеет юридическое значение исключительно в сочетании с соответствующей волей как частью волеизъявления. При этом, формы изъятия, и, следовательно, момент возникновения самого волеизъявления, могут быть различны в зависимости от требований соответствующих гражданско-правовых отношений. Форма волеизъявления влияет на действительность сделки и прямо прописана для каждого вида сделки. Волеизъявление находится на границе внутреннего, не поддающегося регулированию намерения и внешнего, подлежащего юридической оценке и влекущего юридические последствия акта, поэтому определенная казуистичность в описании понятия волеизъявления в ГГУ вполне логична: таким образом, наиболее тесно связывается требования жизни и требования закона. В то время как внутренняя воля, намерение, являясь значимыми для сделки, в то же время не поддаются юридической оценке, волеизъявление позволяет установить определенные рамки правоотношений таким образом, чтобы последствия отражения воли в жизнь были четко определены и поддавались юридическому толкованию. Хотя норма о толковании требует исследовать «действительную волю» сторон, в ней имеется в виду именно исследование юридической воли, а не изыскание внутренних мотивов и побуждений. Таким образом, хотя действительная

воля ближе к внутренним побуждениям лица, чем внешнее ее отражение в волеизъявлении, тем не менее это уже юридическое понятие, которое можно подвергнуть юридической оценке.

### Список литературы

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Berlin; Leipzig, 1922.
2. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich ausgearbeitet von der in Folge des Beschlusses des Bundesrathes vom 22. Juni 1874 eingesetzten Kommission. Berlin, 1887.
3. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin, 1896.
4. *Bülow O., von.* Das Gestandnisrecht, Ein Beitrag zu der allgemeinen Theorie der Rechtshandlung. Berlin, 1899.
5. *Funk Chr.* Allgemeine Geschäftsbedingungen in Peer-to-Peer-Märkten. Karlsruhe, 2010.
6. *Glück Ch. F., von.* Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: Ein Commentar. Bd. 4. Stuttgart, 1796.
7. *Kling M.* Sprachrisiken im Privatrechtsverkehr. Tübingen, 2008.
8. *Kühle B.* Der Dualismus von ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung. Frankfurt a. M., 2009.
9. *Schapp J.* Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre. Tübingen, 1986.
10. *Schermaier M. J.* Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB. Wien, 2000.

<sup>54</sup> *Manigk A.* Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Berlin, 1907. S. 429