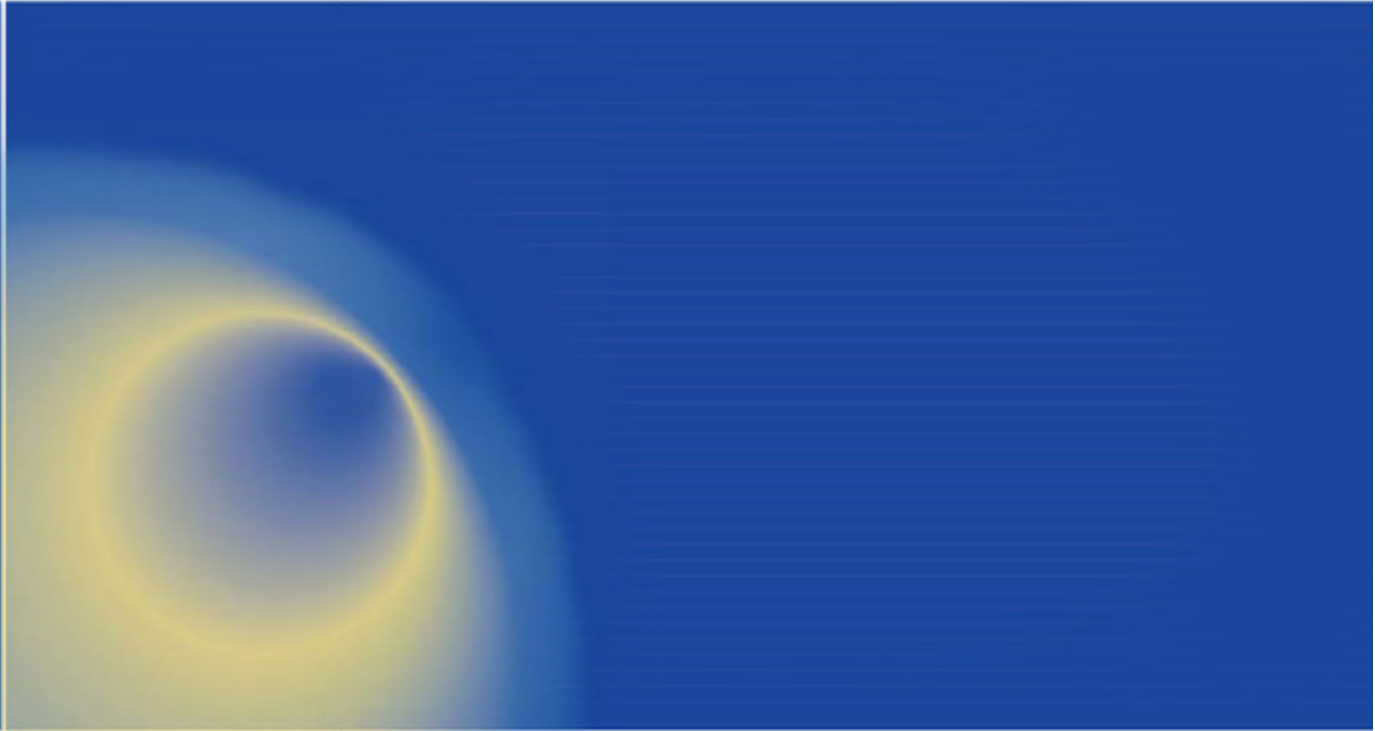


В. Н. Уруков



# ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ О ВЕКСЕЛЕ

ЮСТИЦ  ИНФОРМ

Владислав Уруков  
**Общее учение о векселе**

«Юстицинформ»

2014

**Уруков В. Н.**

Общее учение о векселе / В. Н. Уруков — «Юстицинформ»,  
2014

ISBN 978-5-7205-1217-0

[В издании обосновано учение о векселе исходя из дуалистического понимания векселя, теоретические положения и выводы подкреплены материалами правоприменительной, судебной и судебно-арбитражной практики по векселям. Рассчитано на аспирантов, юристов-практиков, преподавателей и студентов юридических и экономических ВУЗов.](#)

ISBN 978-5-7205-1217-0

© Уруков В. Н., 2014  
© Юстицинформ, 2014

# Содержание

Введение	6
Глава I. История векселя и вексельных обязательств	8
§ 1. К истории возникновения вексельного обязательства	8
1.1. Римское частное право об абстрактных обязательствах и абстрактных сделках.	8
1.2. Соотношение абстрактных и материальных обязательств по римскому праву	16
1.3. Векселеподобные обязательства и прототипы векселя в римском праве	18
§ 2. Трансформация векселя с VI по XX в.	23
§ 3. Возникновение основных вексельных теорий	27
Глава II. Общая характеристика договорной теории векселя и вексельного договора	32
§ 1. Договорная теория в системе дуалистической концепции векселя	33
1.1. Дуалистическое понимание векселя	33
1.2. Договорная теория векселя	43
§ 2. Природа вексельного договора	47
Конец ознакомительного фрагмента.	54

# Владислав Уруков

## Общее учение о векселе

© ЗАО «Юстицинформ», 2014

*Все права защищены. Никакая часть электронной версии этой книги не может быть воспроизведена в какой бы то ни было форме и какими бы то ни было средствами, включая размещение в сети Интернет и в корпоративных сетях, для частного и публичного использования без письменного разрешения владельца авторских прав.*

## Введение

Историю гражданского оборота в Средние века, Новое и Новейшее время сопровождало и сопровождает функционирование одного из наиболее универсальных правовых явлений, связанных с гражданским оборотом, – векселя. Прототипы векселя использовались в первых государствах Древнего мира, а в Римском частном праве выделялись характерные черты современного векселя. Вексель, уникальное правовое явление в гражданском праве, представляет собой сложный гражданско-правовой институт, а вексельное право – один из самых своеобразных разделов гражданского права.

Значение векселя для торгового (коммерческого) оборота велико. Прежде всего вексель, являясь средством оформления кредита, предоставляемого в товарной форме продавцами покупателям в виде отсрочки уплаты денег за поставленные товары, способствует реализации товаров и тем самым увеличивает скорость оборота оборотных средств. Использование векселей уменьшает также потребность субъектов предпринимательства в кредитных ресурсах и, что важно, в денежных средствах в целом, что является одним из инструментов подавления инфляционных процессов. Кроме того, возможность передачи векселя с помощью передаточной надписи (индоссамента) ускоряет обращаемость векселя и является удобным средством для погашения многих долговых требований. Следует отметить, что погашение целого ряда обязательств при помощи одного векселя позволяет резко уменьшить потребность в наличных деньгах.

Система учения о векселях представляет собой единое целое. Каждый раздел его, каждая часть, каждое положение и каждый принцип органически связаны. Поэтому всякое ее деление (на разделы, темы и т. п.) является условным. Для успешного функционирования векселя необходимо существование полноценного учения о векселях, базирующегося на различных вексельных теориях, как договорной, так и внедоговорной. Разработка указанных проблем составляет важное звено в процессе научного познания векселя. В литературе справедливо подчеркивается, что «юридическая природа векселя в женеvской системе является одним из самых (если не самым) дискуссионным вопросом вексельного права, не получившим однозначного ответа до сих пор»<sup>1</sup>. Сказанное еще раз подтверждает пророческое высказывание одного из основоположников русского вексельного права профессора Г. Ф. Шершеневича: «Вексель в своем историческом развитии претерпел настолько сильные изменения, ... что дать характеристику векселя совершенно невозможно»<sup>2</sup>.

Имеет ли «устаревание» и постепенное вытеснение из оборота векселя? Практика отвечает: «нет». Так, по данным Центрального банка России, сумма учтенных кредитными организациями векселей на 1 декабря 2008 г. составила 232,3 млрд руб., рост по сравнению с аналогичным периодом 2007 г. почти на 18 %<sup>3</sup>, а вложения только банков России в векселя в 2010 г. выросли на 41 %<sup>4</sup> и имеется устойчивая тенденция к их росту (так, на 01.10.12 г. портфель только учтенных банками векселей составил 311 млрд руб., увеличившись с начала 2012 г.<sup>5</sup>). По данным авторитетных источников, общий объем векселей в 2010 г. в России составил более 2,5 трлн руб., а в 2013 г. только за I квартал – 1064 млрд руб.<sup>6</sup>. Это обстоятельство также предопределило дальнейшие исследования векселя и вексельного обязательства, поскольку право

---

<sup>1</sup> Вишнеvский А. А. Современное вексельное право: женеvская (Россия) и английская системы. – М.: Статут, 2007. – С. 39.

<sup>2</sup> Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 3: Вексельное право. Морское право. – М.: Статут, 2003. – С. 40.

<sup>3</sup> Бюллетень банковской статистики. – 2009. – № 1. – С. 34.

<sup>4</sup> Финансовые известия. – 2011. – 28 января.

<sup>5</sup> Обзор финансового рынка» за 2012 год Департамента ЦБ РФ // [www.cbr.ru](http://www.cbr.ru)

<sup>6</sup> Обзор финансового рынка» за 2012 год Департамента ЦБ РФ // [www.cbr.ru](http://www.cbr.ru)

не могло быть впереди естественных процессов, наоборот, право всегда отставало от этих процессов. Кстати, тенденция роста оборота векселей в экономике характерна не только для России, но и для ведущих развитых государств, к примеру, в Германии только за один день, 28 октября 2011 г., в ходе тендеров были размещены векселя почти на 3 млрд евро<sup>7</sup>, 24 сентября 2012 г. правительство Германии разместило векселя со сроком погашения один год на сумму 1,173 млрд евро<sup>8</sup>, а всего в 2012 г. было размещено векселей на 270,1 млрд евро<sup>9</sup>. В США на аукционе 4-недельных векселей, прошедшем 18 октября 2011 г., было реализовано векселей на 30 млрд долл.<sup>10</sup>, а на аукционе 4-недельных векселей, прошедшем 23 января 2013 г., было реализовано 30 001 217 500 долл. в казначейских векселях<sup>11</sup>).

Между тем широкое использование векселей имеет и отрицательные стороны, поскольку представляет определенные возможности для финансовых злоупотреблений как отдельными векселедержателями, так и обязанными по векселю лицами (векселедателями, плательщиками, акцептантами, индоссантами и др.). Однако было бы неверно усматривать в самих вексельных отношениях источник отрицательных последствий. Такие последствия вызываются недобросовестностью участника вексельного оборота, вступившего в вексельное обязательство с заранее оформленным намерением не исполнять должного.

Следует также иметь в виду, что вопрос о договорной или внедоговорной природе того или иного обязательства по ценным бумагам не может быть поставлен в общей форме для ордерных бумаг, а должен рассматриваться для каждой бумаги отдельно<sup>12</sup>.

Указанные обстоятельства предопределяют появившийся в последнее время особый интерес ученых-юристов к проблемам теории и практики векселя. Внимание к этой области объясняется как ее обширностью и сложностью, так и актуальностью, имеющейся в условиях России. Исследование теории и практики векселя и их научный анализ, несомненно, будут способствовать и качественному развитию учения о векселе, которое в настоящее время еще не нашло своего завершения, и автор выражает надежду, что настоящее издание окажет на этот процесс определенное положительное влияние.

*Автор выражает глубокую благодарность и признательность рецензентам отдельных разделов работы докторам юридических наук, профессорам В. А. Белову, В. В. Безбаху., М. Г. Масевич, Л. А. Новоселовой, Р. Ф. Каллистратовой, В. П. Камышанскому, В. А. Хохлову, З. И. Цыбуленко, кандидатам юридических наук, доцентам Е. А. Абрамовой, В. В. Грачеву, А. И. Зинченко, Н. Е. Карягину.*

*В. Уруков*

---

<sup>7</sup> Обзор рынка казначейских векселей Великобритании и Германии – 1 октября 2011 г. // [instaforex.com](http://instaforex.com).

<sup>8</sup> [fi.nam.ru](http://fi.nam.ru)

<sup>9</sup> <http://delo.ua/world/zamedlennyj-rost-ekonomiki-germanii-privedet-k-uvlichinij-u-razmesch-170204/>

<sup>10</sup> <http://instaforex.com/ru/forexanalysis/41919/?x=YPG>

<sup>11</sup> [http://www.mt5.com/ru/forex\\_analysis/quickview/80165obzor\\_auksionov\\_kaznacheyskih\\_vekseley\\_ssha\\_i\\_scheta\\_soma\\_\\_\\_24\\_yanvarya\\_2013\\_goda\\_](http://www.mt5.com/ru/forex_analysis/quickview/80165obzor_auksionov_kaznacheyskih_vekseley_ssha_i_scheta_soma___24_yanvarya_2013_goda_)

<sup>12</sup> См.: Агарков М. М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М.: Волтерс-Клувер. – 2005. – С. 280–284.

## Глава I. История векселя и вексельных обязательств

### § 1. К истории возникновения вексельного обязательства

Вексель порождает формальное, абстрактное и денежное обязательство. Основанием вексельного обязательства является *абстрактная сделка*. Всякое начало в гражданском праве восходит к Римскому частному праву. Первоисточники и исследования цивилистов подтверждают данный вывод и в отношении обязательств, похожих на вексельные. *Поэтому, прежде всего, чтобы познать сущность векселя, следует изучить систему абстрактных обязательств, похожих на вексельные, и абстрактных сделок в римском праве.*

#### 1.1. Римское частное право об абстрактных обязательствах и абстрактных сделках.

Исследование подходов римских юристов к проблемам абстрактных гражданско-правовых обязательств и сделок позволяет найти оптимальные пути решения этих проблем в современном российском вексельном праве. С момента зарождения частного права в Древнем Риме и по настоящее время одной из сложных, актуальных и практически значимых является проблема определения места абстрактных обязательств в гражданском праве, как одного из видов гражданско-правовых обязательств. Дискуссии, возникшие в римской юриспруденции по этому поводу, продолжают и являются актуальными и в настоящее время. На трудности изучения отдельных свойств абстрактных обязательств обратили внимание римские юристы. Согласно римской юриспруденции обязательства возникают на основании договора (договорные обязательства), а также имеют место внедоговорные. Как указывал Гай, каждое обязательство возникает или из договора, или из правонарушения, или из других видов права<sup>13</sup>.

Договор в Римском праве признавался одним из важных оснований возникновения многочисленных обязательствах. Для установления вопроса о заключении или недействительности договора *Римские классики решающее значение придавали истинной внутренней воле сторон по обязательству*. Данное утверждение мы находим во многих фрагментах Дигест и Институций Юстиниана. К примеру, в Институциях Юстиниана говорится о том, что «если император думает об одной вещи, а проликтор – о другой, то не заключается никакого обязательства... (J, 3.19.23)»<sup>14</sup>, т. е. римское право в первую очередь требовало выявления внутренней воли договаривающихся сторон. Если нет соблюдения внутренней воли сторон, то и не может быть заключено какое-либо обязательство, в том числе абстрактное. К примеру, в Дигестах имеется фрагмент: «Кто говорит одно, а хочет другого, тот не говорит того, что означают его слова, потому что он этого не хочет, но и не говорит того, потому что он те слова не говорит»<sup>15</sup>.

Выводы римских юристов вполне применимы не только в современной гражданско-правовой науке, гражданском праве, но и в судебной практике для разрешения проблем, возникающих в спорах по гражданско-правовым обязательствам, возникающим из договоров. Так, известный постулат римских юристов гласит, что в вопросах заключения договора, прежде всего, необходимо установить волю лиц, вступающих в обязательственные правоотношения, установить, совпадают ли воли договаривающихся сторон. Далее предлагается выявить внеш-

---

<sup>13</sup> Институции Гая / Памятники римского права. – М.: Зерцало, 1997. – С. 98.

<sup>14</sup> Институции Юстиниана // Памятники римского права. – М.: Зерцало, 1998. – С. 263.;

<sup>15</sup> Римское частное право: учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. – М.: Юристъ, 1997. – С. 316.

ною волю, т. е. установить волеизъявление. Этого тоже недостаточно. Необходимо доказать, соответствует ли внутренняя воля человека ее внешним проявлениям, т. е. соответствует ли поведение (слова) человека внутренней воле (т. е. «что он хотел?»). Эти постулаты, выведенные римскими юристами, можно считать классическими. Они восприняты современным правом и правоприменительной практикой.

Для исследования обязательств, абстрактных в том числе, представляют интерес сохранившиеся первоисточники римского права о выражении воли сторон по договору различными способами, в том числе путем вопроса и ответа (*spondeo*), т. е. формальным образом. Как известно, наиболее распространенным договором в римском праве была стипуляция (*Stipulatio*), которая отличалась ярко выраженным формализмом и пробуждала обязательство в силу только одного обещания. В нашем современном правопонимании такое обязательство является абстрактным, поскольку оно не имеет какого-либо основания, но обязанное лицо должно совершить те действия и в сроки, которые были упомянуты в стипуляции. *Стипуляция* относилась к вербальным договорам, ее обязывающая сила заключалась в произнесении определенных слов и словосочетаний (или словесных формул). Характеризуя стипуляцию и другие словесные договоры, римский классик Гай подчеркивал следующее: «Обязательство словами заключается посредством вопроса и ответа, например: – Обязуешься торжественно дать? Обязуюсь торжественно дать / Дам. – Обещаешь? Обещаю. – Дашь ли честное слово исполнить свое обещание? Даю честное слово. – Ручаешься? Ручаюсь. – Сделаешь? Сделаю»<sup>16</sup>. Как правило, такие соглашения носили строго формальный характер, они должны были быть исполнены независимо от основания сделки. Это нашло наибольшее отражение в суждении Юлиана в 11-й книге «Дигест»: «А если (отец семейства) пообещал заплатить по подтвержденному им долгу (своего сына) лишь 10, хотя стоимость пекулия составляет всего лишь пять, то он будет подлежать ответственности по иску об обещании заплатить подтвержденный долг на 10»<sup>17</sup>.

В Римском праве соглашения (договоры) с учетом их основания (каузы) делились на 2 типа: абстрактные обязательства и каузальные, поскольку от того, к какому типу относится данный вид договора, зависели прежде всего способы исполнения обязательства (*следует заметить, что само понятие «абстрактное обязательство» в первоисточниках римского права не содержится, оно было введено юристами в Новое время*). В римском праве, как правило, отсутствовали обязательства из одностороннего обещания за отдельными исключениями. Профессор И. А. Покровский объясняет это обстоятельство следующим образом: «...самый характерный недостаток этой системы (*системы обязательств. – курсив авт.*) заключается в полном отсутствии в ней обязательств, возникающих из односторонних обещаний – например, из публичного обещания награды за что-нибудь (за нахождение вещи и т. п.). Пробел этот объясняется тем, что римское право за такими односторонними обещаниями принципиальной юридической силы не признавало. Есть только два исключения из этого правила а) *votum* – обет божеству и б) *pollicitario* – обещание в пользу городской общины; но оба случая имеют специальный характер и на отношения между частными лицами не распространяются. Естественно, что римские юристы, строя свою систему, их в расчет не принимали»<sup>18</sup>.

Профессор С. К. Кривцов соглашается с тем, что в римском праве существовали абстрактные и материальные обязательства. Однако, по его мнению, во всех обязательствах правопорождающим юридическим фактом является «*causa*», которая рассматривалась с двух различных точек зрения: по фактическим особенностям тех событий, которые вызывают юридические последствия (*contractus verbales, litterales, consensuales, reales и различные pacta*), и по тем целям, которые преследуют эти события (*solutio, donatio, emptio venditio, locatio conductio,*

<sup>16</sup> Институция Гая / Памятники римского права. – М.: Зерцало, 1997. – С. 100.

<sup>17</sup> Дигесты Юстиниана. Т III / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2003. – С. 167.

<sup>18</sup> Покровский И. А. История римского права. И. А. Покровский. – СПб.: Летний сад, 1999. – С. 392.

*mutuum commondatum, commondatum fi deiussio ect*)<sup>19</sup>. Ученый уточняет: «... без указания *causa* – право требования не может получить того оправдания, которое оно получает при наличности такового. Суд не может не видеть без такого указания, действительно ли обязательство или нет... В этом и заключается необходимость указания *causa* вне зависимости от решения вопроса о ее реализации»<sup>20</sup>. Таким образом, профессор С. К. Кривцов не разделял мнения, согласно которому в абстрактном обязательстве отсутствует основание «*causa*». Так ли это, действительно ли абстрактные обязательства имеют «*causa*», насколько верен этот вывод ученого? – попытаемся анализировать в последующих разделах настоящей работы.

Задача настоящего исследования имеет более узкий характер: на примере абстрактных обязательств в римском праве, которые непосредственно дают нам *возможность выделить среди них векселеподобные обязательства*, выяснить те положительные моменты, правовые конструкции и мысли, которые могут и должны быть использованы в современном вексельном праве. Римское частное право в последующем перешло в местное и национальное законодательство, что называется рецепция римского права. Изучение и анализ источников римского права позволяют с большой вероятностью сделать вывод о том, что нормы не только о векселеподобных обязательствах, но и абстрактных сделках были известны римскому праву. Следует констатировать, что еще в Законах XII таблиц описываются сделки, содержащие элементы абстрактного обязательства. Так, например, в Таблицах указывается *обязательство, которое возникало только в силу устного обещания со стороны лица*. Марк Туллий Цицерон в трактате «Об обязанностях»<sup>21</sup> (III.16) указывает, что по XII таблицам *считалось достаточным представить доказательства того, что было произнесено (при заключении) сделки*. Следовательно, нормы Закона XII таблиц содержали правила о возможности заключения сделки без какой-либо основы (без «*causa*»). В дальнейшем учение об абстрактных сделках и обязательствах было развито римскими юристами. В Институциях Гая (III.128–130)<sup>22</sup> описывается обязательство, возникающее на основании *записи в приходно-расходную книгу*. Отмечается, что «внесение долга в эту книгу бывает двоякого рода: или от вещи к лицу, или от лица к лицу. Запись от вещи к лицу имеет место тогда, когда то, что ты мне должен по купле, найму или товариществу, я запишу за тобой как сумму, следуемую мне. Занесение долга в счетную книгу от лица к лицу имеет место в том случае, когда, например, то, что мне следует с Тиция, я занесу как сумму тебе уплаченную, т. е. если долг Тиция переводится на тебя». Из этой цитаты ясно, что обязательство, которое основывалось на занесении долга в счетную книгу от лица к лицу, напоминало абстрактное обязательство. Как и в абстрактном обязательстве, при занесении долга в счетную книгу долг передавался третьему лицу. Должником третьего лица будет теперь другое лицо. Обязательство между этим и третьими лицами являлось оторванным от прежних обязательств и основывалось исключительно на записи в книгах. Такую сделку называли *Transscriptio a persona in personam*. Следующая сделка по приходно-кассовой книге считалась сделкой *Transscriptio a re in personam*. Обязательство на основании такой сделки возникало уже между двумя субъектами, как правило, между лицами, поддерживающими деловые постоянные отношения, например между поставщиком и покупателем товара. Все данные о поставке и платежи записывались в приходно-расходные книги обоих участников. Периодически обе стороны подводили итоги взаимных расчетов, в результате которых, например, образовывалось в пользу одного (продавца) положительное сальдо. Тогда все прежние отдельные сделки ликвидировались, а взамен стороны записывали у себя соответствующие данные (например, прода-

<sup>19</sup> Кривцов А. С. Абстрактные и материальные обязательства в римском и современном гражданском праве. А. С. Кривцов. – М.: Статут, 2003. – С. 104.

<sup>20</sup> Кривцов А. С. Абстрактные и материальные обязательства в римском и современном гражданском праве. А. С. Кривцов. – М.: Статут, 2003. – С. 95.

<sup>21</sup> Марк Туллий Цицерон. О старости. О дружбе. Об обязанностях. – М.: Наука, 1993 (Литературные памятники). – С. 157.

<sup>22</sup> Институция Гая / Памятники римского права. – М.: Зерцало, 1997. – С. 104.

вещ записывал: «Дано покупателю 500», покупатель записывал: «Получено от продавца 500»). Таким образом, между сторонами возникало обязательство, которое являлось абстрактным, при этом никакие возражения, следующие из прежних отношений, не допускались. Обязанности покупателя уплатить формально вытекали только из записи в приходно-расходных книгах.

В классическую эпоху римского права приходно-расходные книги утратили свое былое значение, но на смену им пришли долговые документы (*chirogrpha u syngrpha* (хирографы и синграфы)). Гай (3.134) считал, что «письменное обязательство возникает, по-видимому, вследствие долговых расписок, т. е. если кто напишет, что он должен или что он дает – конечно так...»<sup>23</sup>. Синграфы представляли собой документ, составленный в третьем лице (такой-то должен такому-то такую-то денежную сумму), а в императорский период *синграфы* стали менее употребительным видом письменного обязательства; на первый план выдвинулись хирографы»<sup>24</sup>. По нашему мнению, из синграфа и хирографа возникали только *абстрактные обязательства*, поскольку «...*синграф* составлялся в присутствии свидетелей, которые и подписывали его вслед за тем, от чьего имени он составлен. Эта форма письменных обязательств получила широкое распространение уже в эпоху конца республики на почве процентных займов, заключавшихся между римскими ростовщиками и провинциалами. *Хирограф* составлялся в первом лице («я, такой-то, должен такому-то столько-то») и подписывался должником. Первоначально, как утверждают профессора И. Б. Новицкий и И. С. Перетерский, это был документ, имевший значение только доказательства, но затем с ним стали связывать значение источника самостоятельного обязательства: подписавший документ обязан платить по нему (*более подробно о синграфах и хирографах как о прообразе векселя – см. ниже*). Эту новейшую форму письменных договоров Гай пояснял так: «Если кто пишет в расписке, что он должен нечто, или что он предоставит что-то, то возникает обязательство». Гай дополнял: «Разумеется, если не было по этому обязательству *стипуляции*, тогда основанием возникновения обязательства были бы *стипуляции*»<sup>25</sup>. Как подчеркивают авторы учебника «Римское частное право», «посредством этих документов устанавливались обязательства независимо от того, была ли фактически передана та сумма, которую обязуется уплатить подписавший расписку, и вообще не принимая во внимание основания (*causa*), по которым такая расписка выдавалась должником». Гай называл этот ряд обязательств (т. е. позднейший письменный договор в форме *syngrapha* или *chiorogrpha*) *только* свойственным peregrinam, поскольку это была единственная открытая для них форма письменного договора. Характеристика этой формы обязательств, свойственной peregrinam, может быть, объясняется и тем, что эти обязательства возникли именно в практике peregrinam.

Из сказанного следует, что *хирограф* имел все характерные признаки абстрактного документа, который составляется в первом лице и подписывается должником. При этом подписавший документ обязан был платить по нему независимо от того, получил ли должник, подписавший расписку, какую-либо сумму денег. Таким образом, *обязательство подписавшего документ возникало независимо от основания*, по которому выдавалась такая расписка. Владелец *chirogrpha* вправе требовать исполнения того, что написано в долговых документах независимо от каких-либо обстоятельств, в т. ч. личностных отношений между кредитором и должником. Должник, подписавший *хирограф*, обязан уплатить по нему определенную сумму независимо от основания (*causa*). Держатель *хирографа* имеет право требовать уплаты по *хирографу*.

<sup>23</sup> Институция Гая / Памятники римского права. – М.: Зерцало, 1997. – С. 105.

<sup>24</sup> Римское частное право: учебник / под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. – М.: Юрист, 1997. – С. 385.

<sup>25</sup> Институция Гая / Памятники римского права. – М.: Зерцало, 1997. – С. 104–105.

В Институциях Гая (Ш. 131–132) имеется ссылка на так называемые памятные записи займа, именуемые *nomina arcaria*: «Эти записи рождают вещное обязательство, а не письменное, так как обязательство возникает только в силу факта выдачи кому-либо денег; уплата же денег дает основание вещному обязательству, а поэтому мы правильно скажем, что эти памятные записи не рождали обязательства, а только свидетельствовали о том, что обязательство заключено»<sup>26</sup>. Как нам представляется, *памятные записи займа*, выдаваемые в качестве доказательства уплаты долга должнику, имеют отдельные характерные признаки, такие как абстрактность, формальность и в какой-то мере безусловность.

Одним из самых распространенных в системе римских абстрактных обязательств, как выше указывалось, были так называемые вербальные договоры (*stipulatio*). Как отмечает профессор И. А. Покровский, «на основании *stipulatio* возникало обязательство строго одностороннее: кредитор – только кредитор и должник – только должник. Кредитор может требовать только того, что было обещано. С другой стороны, обязательство из *stipulatio* есть обязательство абстрактное: оно возникает только вследствие того, что на вопрос кредитора должник ответил «*spondeo*» (обещаю, клянусь. – *Примеч. авт.*). Почему должник дал такой ответ – это для *stipulatio* безразлично, и ссылаться на те или другие отношения, приведенные к *stipulatio* – на так называемую *causa*, – ни кредитор, ни должник не вправе»<sup>27</sup>. Таким образом, *стипуляцией* назывался устный договор, который заключался посредством вопроса будущего кредитора и совпадающего с этим вопросом ответа будущим должником по обязательству. Гай характеризует *стипуляцию* следующим образом (Ш.92): «Обязательство словами заключается посредством вопроса и ответа, например: обязуешься торжественно дать? Обязуюсь торжественно дать? Дам. Обещаешь? Обещаю. Дашь ли честное слово исполнить свое обещание? Даю честное слово. Ручаешься? Ручаюсь. Сделаешь? Сделаю»<sup>28</sup>. Таким образом, стипуляция порождала строгое обязательство, которое зависело только от того, что было произнесено. При споре между сторонами какие-либо возражения не принимались. Гай указывает (1У.116): «... Если бы ты обязал меня стипуляционным образом отсчитать тебе деньги будто займы, и я бы не отсчитал; не подлежит сомнению, что я могу от тебя потребовать эти деньги, ты должен их дать, так как ты обязан в силу стипуляции...»<sup>29</sup>.

*Стипуляция порождала*, таким образом, *обязательство строго одностороннее, не требовалось какого-либо основания сделки*; не играли какой-либо роли в разрешении спора и межличностные отношения между кредитором и должником; была строго формальной, поскольку исключительное значение имело буквальное значение произнесенного вопроса и ответа; для взыскания по обязательству кредитора было достаточно доказать факт стипуляции. Поэтому, справедливо утверждение профессора И. А. Покровского о том, что «Во многих отношениях *стипуляция* представляла для деловых людей незаменимые удобства (*вроде современного векселя*: часто ради этих удобств (доказывания, строгость иска и т. д.) стороны и другие обязательства (например, долг из купли-продажи) превращали в обязательство стипуляционные (*novatio*), – совершенно так же, как в наше время *облекают в форму векселя. И можно даже определить stipulatio в этом отношении как устный вексель (Курсив авт.)*»<sup>30</sup>. Как указывает профессор Ю. Барон, «Начало абстрактной стипуляции следует теперь применить к абстрактному неформальному договору»<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Институция Гая / Памятники римского права. – М.: Зерцало, 1997. – С. 104–105.

<sup>27</sup> Покровский И. А. Указ. соч. – С. 251.

<sup>28</sup> Институция Гая / Памятники римского права. – М.: Зерцало. – 1997. – С. 98.

<sup>29</sup> Институция Гая / Памятники римского права. – М.: Зерцало. – 1997. – С. 140.

<sup>30</sup> Покровский И. А. История римского права. – СПб.: Летний сад, 1999. – С. 396.

<sup>31</sup> Барон Ю. Система римского гражданского права: В 6 кн. – СПб.: Юридический центр Пресс», 2005. – С. 540.

Вышесказанное позволяет утверждать о том, что по римскому частному праву имелись абстрактные обязательства, многие черты которых сходны с вексельными обязательствами. Подытожив, следует прийти к следующим выводам. В ранний период своего развития римское право имело источники, в которых описывались сделки без «*causa*». Например, как выше было указано, в Законах XII таблиц содержались нормы, согласно которым в отдельных случаях обязательство возникало только в силу устного обещания со стороны лица. В дальнейшем в римском праве возникли другие абстрактные обязательства. Прежде всего, имеется в виду обязательство, возникшее на основании *записи в приходно-расходную книгу*. Согласно этим записям между сторонами возникало обязательство, которое являлось абстрактным, и никакое возражение прежних отношений (как и между участниками вексельных отношений) не допускалось. Обязанность уплатить сумму вытекало только из записи в приходно-расходной книге, т. е. примерно, как и в вексельных отношениях: «надо платить, потому что вексель выдан». В классическую эпоху в Риме на смену приходно-расходным книгам пришли письменные обязательства, которые назывались *хирографами*. Показательно, что *хирограф* составлялся от первого лица и подписывался должником. Подписавший документ обязан был платить по нему независимо от того, получил ли должник, подписавший расписку, какую-либо сумму денег. И, наконец, римское право знало абстрактные обязательства, возникающие в силу одностороннего обещания, такие, как *votum* («обет божеству»), *pollicitario* («обещание в пользу городской общины»).

*Стипуляция* в позднеклассическом римском праве была заменена другими абстрактными обязательствами. Вероятнее всего, они были использованы первоначально средневековыми купцами в коммерческом обороте, поскольку разработанная римским правом система обязательств, в том числе абстрактные, отвечала, прежде всего, запросам и потребностям товарного производства. Таким образом, абстрактные обязательства всегда существовали наряду с материальными обязательствами в римском праве и в средние века, продолжают существовать и в наши дни, прежде всего как вексельные обязательства. При этом, сделки (действия по составлению письменных документов, памятных записей, синграфов, хирографов и т. п., совершение определенных действий при стипуляции и т. п.) являлись *в современном понимании абстрактными*, поскольку доказывать наличие или отсутствие основания совершения сделки не требовалось.

Справедливости ради, следует отметить, что в русской и современной российской цивилистике нет единого мнения по поводу абстрактных обязательств и сделок. Некоторые правоведы полагают, что в абстрактном римском обязательстве, в том числе в российском гражданском праве, несмотря на видимость отсутствия его основания, они фактически имеются во всех случаях, иначе это противоречило бы основам нормального хозяйственного оборота. Профессор А. С. Кривцов, характеризуя абстрактное обязательство на примере стипуляции, установил основные черты стипуляции как абстрактного обязательства. По его мнению, абстрактная стипуляция носит «каузальный характер... Стипуляция не содержит сама по себе указания на каузальный момент, но она тем не менее принимается в расчет на основании обстоятельств, лежащих вне акта стипуляции... стипуляция без *causa* просто немыслима... стипуляция должна иметь ту или другую *causa*, порой по другому обязательству... веритель при стипуляции не должен делать указания каузального момента...»<sup>32</sup>. Таким образом, профессор А. С. Кривцов не представляет абстрактное обязательство без *causa*, хотя последнему он не придавал особого значения, но доказывает, что *causa* постоянно наличествует в абстрактных обязательствах. Как представляется, суждение и выводы профессора А. С. Кривцова верны. Но они верны только для частного случая. В современном праве мы не встречаем *causa* в большинстве абстрактных

<sup>32</sup> Кривцов А. С. Указ. соч. – С. 182–195.

обязательств, «отыскать» *causa* невозможно. Следует отметить, что в литературе точка зрения профессора А. С. Кривцова о наличии *causa* имеет своих сторонников<sup>33</sup>.

Согласитесь, вряд ли здесь может речь об основании вексельной сделки<sup>34</sup> и вексельного обязательства. Или следующий пример: *Абстрактное обязательство из действий в интересах постороннего лица, без поручения*. Может ли быть какое-либо основание в этом случае? На наш взгляд, нет, так как лицо, как правило, действовало в интересах другого лица без поручения, исключительно из благих намерений. В римском праве *стипуляция* давалась исключительно не основе какого-либо гражданско-правового основания, в том числе – межличностного отношения. Первоисточники римского права не упоминают такие случаи, когда *стипуляция* имело какого-либо основания. Поэтому, по мнению автора, трудно согласиться с профессором А. С. Кривцовым, обосновывающим обязательное наличие основания *стипуляции*, поскольку, как выше нами доказывалось, это могло *только* быть частным случаем, а не всеобщим. К примеру, в Дигестах, указано на *отсутствия основания при стипуляции*. Согласно Ульпиану: «...из *стипуляции* рождается иск, если только прямо не будет доказано противоположное...» (Д.2 XIV.7 § 3)<sup>35</sup>. Таким образом, сам *факт стипуляции предоставляет кредитору обратиться с правопритязаниями к должнику, не выполнившему свое обещание по стипуляции*.

На наш взгляд, *абстрактные обязательства* как в римском частном праве, так и в российском гражданском праве можно *подразделить на 2 вида*:

1. Обязательства, которые не имеет «*causa*» и ее наличие не влияет на существование обязательства.

2. Обязательства, в которых «*causa*» существует в определенных случаях, но остается «в тени» до определенного момента и может *только играть факультативную роль* в разрешении спора, возникшего из абстрактного обязательства.

---

<sup>33</sup> Так, профессор Л. Г. Ефимова, разделяя точку зрения русского профессора А. С. Кривцова, считает, что *causa* является психологической необходимостью для любого обязательства, в том числе для такого абстрактного обязательства, как *стипуляция*, и указывает на то, что «основание является необходимым атрибутом любого обязательства... пример для современного юриста – вексельное обязательство. Совершенно очевидно, что оно также имеет основание. Как правило, оно вытекает из заключенной участниками вексельного правоотношения сделки. Например, во исполнение заключенного договора купли-продажи векселя продавец передал получателю вексель третьего лица, снабженный соответствующим индоссаментом...». Ефимова Л. Г. *Абстрактные и каузальные обязательства и сделки в российском праве* / Л. Г. Ефимова // Вестник ВАС РФ. – 2004. – № 4. – С. 15. Аналогично объяснение относительно вексельного обязательства дает профессор Л. А. Новоселова: «В основе отношений между векселедателем и первым векселеполучателем всегда лежит определенная хозяйственная сделка: купли-продажи, поставки, займа и т. п. Исполнение вексельного обязательства в отношении между ними не может быть оторвано от того хозяйственного эффекта, на который была направлена основная сделка». Новоселова Л. А. *Вексель в хозяйственном обороте. Комментарий практики рассмотрения споров*. – 3-е изд., перераб. и доп. / Л. А. Новоселова. – М.: Статут, 2000. – С. 47. На наш взгляд, приведенные суждения авторов являются верными, однако это следует назвать *частным случаем*, в виде исключения из общих правил. В гражданском праве имеются ряд обязательств, в которых, как правило, отсутствует какое-либо основание или трудно отыскать такое основание. Действительно, вексельное обязательство порождается вследствие наличия каких-либо оснований между хозяйствующими субъектами. *Эти основания остаются как бы «в тени», пока нет какого-либо спора в отношении исполнения вексельного обязательства между векселедателем и первым векселедержателем*, или, к примеру, между векселепередающей и векселепринимающей стороной (когда вексель передается, то нет исполнения какого-либо гражданско-правового договора). В случае наличия спора основания, которые до этого были «в тени», выявляются и, как правило, судья (суд) разрешает спор с учетом этого основания (*и только в том случае*, если имеет место вексельный спор не между векселедателем (акцептантом) и первым векселедержателем). По нашему мнению, это характерно для случаев, когда вексель используется между коммерческими организациями в процессе осуществления хозяйственной деятельности. Однако, вексель может быть использован между физическими лицами, не занимающимися предпринимательской деятельностью (правда, в условиях российской действительности такое встречается очень редко). Поэтому в отдельных случаях трудно найти какое-либо основание, послужившее причиной выдачи векселя. Например, состоятельный векселедатель решил выручить своего друга, который попал в тяжелое имущественное положение, без каких-либо условий, из дружеского расположения, и выписал на себя вексель.

<sup>34</sup> О системе вексельных сделок см.: Уруков В. Н. *Проблемы правового регулирования векселя в российском гражданском праве*. – Чебоксары: Чувашия, 2003. – С. 78–97.

<sup>35</sup> Дигесты Юстиниана. Т. 1 / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2002. – С. 261.

Отдельные выводы профессора А. С. Кривцова о том, что «*стипуляция*, предпринятая в отношении к другому, уже существующему обязательству, – по общему правилу, имеет своим необходимым предположением действительность этого обязательства»<sup>36</sup> и «должен всегда оспаривать *стипуляцию*, входя в рассмотрение условий, необходимых по закону для существования первоначального обязательства»<sup>37</sup>, являются верными, по мнению автора, как выше указывалось, *только* для частных случаев. В Дигестах нет прямой ссылки, которые позволяют однозначно делать такие выводы. Это означает, что выводы профессора А. С. Кривцова «об эквиваленте при *стипуляции*»<sup>38</sup> должны быть опровергнуты (к примеру, это также опровергается в работах профессоров С. М. Муромцева, И. А. Покровского и др., о чем остановимся ниже). Конечно, нельзя исключить, что в товарном обороте Римской империи как частный случай имела место возмездность при *стипуляции*. Профессор И. А. Покровский, останавливаясь на *абстрактных римских обязательствах*, отмечает, что «обязательство из *stipulatio* есть обязательство абстрактное: оно возникает только вследствие того, что на вопрос кредитора должник ответил «*spondeo*», почему он дал такой ответ – это для *stipulatio* безразлично, и ссылаться на те или другие отношения, приведшие к *stipulatio*, – так называемую *causa*, – «ни кредитор, ни должник не вправе»<sup>39</sup>. На это указывал в своей работе русский профессор С. А. Муромцев<sup>40</sup>, который абстрактность отдельных обязательств связывает с так называемым «*формализмом*»: «...*формализм* был необходимой ступенью, которую право должно было пройти, следуя развитию человеческой мысли... Для римского права формализм представлял ту же школу дисциплин и порядок, которую народ находил в лагере... Будучи вызван в жизнь общими причинами, формализм был способен также сослужить службу посторонним целям, в интересах которых его поддерживали преднамеренно. Сюда относили политическое значение формализма в римском праве. Акты, которые отнесены в форму, заранее определенную и для всех одинаково обязательную, которые далее строго придерживались формы, – также акты представляют хорошее орудие против произвола судебной власти, склонные проявить его при их судебной оценке. *Формализм*, в известных пределах, – враг судебного производства...». *Формализм* выражается в четырех группах юридических сделок: 1) сделки *манципационные*; 2) сделки *виндикационные*; 3) *стипуляция*; 4) *литеральный контракт*.<sup>41</sup> Касаясь значения формы (формализма), ученый подчеркивает далее: «...значение формы, избранной и утвержденной авторитетом гражданско-правовой власти, в том и состоит, что только с ней связываются необходимые юридические последствия. Так слагается формализм. *Формализм есть такой порядок периодической оценки актов, в котором приписывалось юридическое значение только некоторой определенной их форме...*»<sup>42</sup>.

Таким образом, одно из главных свойств абстрактных обязательств, *форма (формализм)*, возникло в римском праве, в последующем оно не только не исчезло из цивилистики, но и получило дальнейшее свое развитие и совершенствование. Отношения к форме (формализму) актов (сделок) у римских юристов были самые серьезные, поскольку нарушение формы по общему правилу влекло недействительность сделки и самого обязательства. Как указывают источники римского права, обязательство из *стипуляции* являлось одним из старых формальных обязательств. Дальнейшее развитие формализма связано с потребностями гражданского оборота. Профессор С. А. Муромцев, выделяя новый формализм, указывает, что он вытекает

<sup>36</sup> Кривцов А. С. Указ. соч. – С. 207.

<sup>37</sup> Кривцов А. С. Указ. соч. – С. 207–208.

<sup>38</sup> Кривцов А. С. Указ. соч. – С. 185.

<sup>39</sup> Покровский И. А. Указ. соч. – С. 395.

<sup>40</sup> См.: Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. – М.: Статут, 2003. – С. 299–316.

<sup>41</sup> См.: Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. – М.: Статут, 2003. – С. 156.

<sup>42</sup> См.: Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. – М.: Статут, 2003. – С. 154.

из определенных практических потребностей и имеет определенные различия в проявлениях формализма:

«1. *Старый формализм* облекал юридические акты в целостную и притом торжественную обязательную форму, *новый* — состоял каждый в каждом отдельном случае из некоторых обязательных формальностей, совершаемых обыкновенно без особой торжественности»... Как в старое время, только при точном соблюдении предписанной формы (формальностей) акт вел к присвоенным ему юридическим последствиям; но, в отличие от старого, соблюдение формы не вело непременно к предустановленным последствиям: допускалась, в тех или других пределах, отговорка заинтересованной стороны и ссылкой на принуждение, обман и ошибку...

2. В новом праве, когда хотели остаться формалистами, ограничивались тем, что воспроизводили только те мысли, которые были прямо выражены контрагентами в их сделке, не подразумевая в ней ничего или почти ничего сверх того, что было выражено прямо. Но далее смысл каждой произнесенной формулы, без различия сделок формальных и неформальных, истолковывался не по общепринятому смыслу слов, но по тому смыслу, который имели в виду сами стороны в каждом данном случае...»<sup>43</sup>.

Следовательно, в римском праве *абстрактные обязательства выделялись формализмом, безусловностью* и, по мнению большинства романистов, *отсутствием «causae»*. В дальнейшем отсутствие «causae» в обязательстве стало главным признаком отнесения обязательства к абстрактным. Как справедливо отмечают авторы «Учебника римского частного права»: «... В обязательственном праве под «кауза» нередко понимали то материальное основание, вследствие которого сторона вступает в обязательство, та цель, которая имеется в виду при вступлении в обязательство... издревле в Риме существовал договор, сила которого покоилась на его формальном характере, не содержала в то же время упоминания о «каузе», лежащей в его основании. Мы имеем в виду так называемую стипуляцию... стипуляция не содержит в себе указания, по какому основанию должник обязан уплатить (по займу, купле-продаже и т. д.), т. е. стипуляция не содержит в себе «каузы», поэтому мы говорим, что *стипуляция является абстрактным обязательством*...»<sup>44</sup>

Таким образом, *отсутствие «causae» в абстрактном обязательстве как и в Римском частном праве, так и в наши дни является главным, выделяющим из других (материальных) обязательств признаком*. Только по наличию «causa» мы можем судить о характере обязательства: является ли оно абстрактным или материальным. Поэтому мы не можем согласиться с авторами, полагающими наличие «causa» в абстрактных обязательствах. Если согласиться с этим утверждением, то грань между абстрактными и материальными обязательствами стерлась бы.

## 1.2. Соотношение абстрактных и материальных обязательств по римскому праву

В римском частном праве наряду с абстрактными обязательствами имели хождение так называемые материальные обязательства – обязательства, существование которых возможно было доказать только при наличии «causa», т. е. каузальные обязательства. Вопрос об абстрактных обязательствах законодательно не закреплен, в Гражданском кодексе РФ (ГК РФ) не дано понятия абстрактного обязательства, что создает трудности в правоприменительной практике. Суды не принимают во внимание основные положения учения об абстрактных обязательствах и при разрешении конкретного гражданского дела не делают какого-либо различия между

---

<sup>43</sup> Муромцев С. А. Указ. соч. – С. 545–546.

<sup>44</sup> Новицкий И. Б., Перетерский И. С. Римское частное право: учебник. – М.: Юрист, 1997. – С. 260–261.

абстрактным и каузальным обязательствами. Это является одним из обстоятельств вынесения незаконного решения.

К примеру, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ установил по одному делу следующее (постановление № 2635/01 от 9 января 2002 г.)<sup>45</sup>: «Судом не исследованы основания поступления векселя истцу от первых векселедержателей, хотя это обстоятельство имеет значение для оценки добросовестности действий...» Вексель является абстрактным обязательством, поэтому не должно указываться основание его выдачи. К материальным обязательствам в римском праве относятся обязательства из реальных контрактов: *mutuum* (заем), *commodatum* (ссуда), *depositum* (поклажа) и др., а также так называемые отдельные *квазиконтракты*. Материальными являются *консенсуальные контракты*, а также *деликтные* и другие обязательства. Абстрактные и материальные обязательства, на наш взгляд, отличают, в первую очередь, особенности выражения воли и волеизъявления сторон по обязательствам.

Следует подчеркнуть, что римские юристы относились по-разному к абстрактным обязательствам. Так, Ульпиан в «Комментариях к эдикту» Кн.4, указывает, что ...если не существует никакого основания, то в силу соглашения (представляется и для стипуляции. – *Прим. авт.*), конечно, не может быть по цивильному праву установлено обязательство; таким образом, *голое соглашение не порождает обязательство*, не порождает эксцепцию»<sup>46</sup>.

Таким образом, в римском праве существовало, по крайней мере, два взгляда в отношении *causa* абстрактных обязательств: 1. Абстрактное обязательство не требует наличия основания (это нами описывалось выше на примере стипуляции). 2. Не может быть обязательства без основания (на примере суждения Ульпиана). На наш взгляд, более приемлемой является первая точка зрения, в противном случае потеряло бы всякий смысл деление обязательств на абстрактные и каузальные. Хотелось бы еще раз обратить внимание на то, что в отдельных абстрактных обязательствах действительно имеются признаки «*causa*», но эта *causa* остается как бы в тени, не влияя на существо правовых отношений между сторонами. Эта «*causa*» в отдельных случаях может быть использована судом, но только в пределах и случаях, предусмотренных законом (например, при наличии условий, предусмотренных ст. 17 Положения о переводном и простом векселе для современного российского гражданского права), т. е. наличие *causa* для абстрактных обязательств как в римском праве, как и в российском гражданском праве, является, скорее всего, исключением, нежели правилом, т. е. частным случаем.

Появление абстрактных обязательств, как мы полагаем, связано с возникновением товарно-денежных отношений и потребностями экономического оборота, поскольку гражданскому обороту формализм обеспечивает твердость и уверенность контрагентов в исполнении гражданско-правовых обязательств. В связи с осложнением гражданского оборота роль и значение абстрактных обязательств только возрастает, возрастает их многообразие.

Материальные обязательства в римском праве всегда характеризовались наличием основания, «*causa*», обязательства. По Папиниану, «обязательства, которые не имеют собственного правового основания, не подтверждаются ни должностной обязанностью судьи, ни империей, ни властью закона».<sup>47</sup> Следовательно, по его мнению, материальные обязательства порождают юридические последствия в силу наличия правового основания. Другой известный римский юрист Ульпиан отмечает, что «...если не существует никакого основания, то в силу соглашения, конечно, не может быть по цивильному праву установлено обязательство; таким образом, такое соглашение не порождает обязательств...»<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 2002. – № 5. – С. 10.

<sup>46</sup> Дигесты Юстиниана. Т.1 / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2001. – С. 263.

<sup>47</sup> Дигесты Юстиниана / пер. с лат. отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2005. – Т. VI. – С. 547.

<sup>48</sup> Дигесты Юстиниана / пер. с лат. отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2001. – Т. I. – С. 261.

В римском частном праве в отношении *материальных обязательств* в Дигестах указывалось следующее: «Сущность обязательств состоит не в том, чтобы сделать какой-нибудь предмет нашим или какой-нибудь сервитут нашим, но чтобы связать другого перед нами, дабы он дал что-нибудь, или сделал, или представил. А для того, чтобы возникло обязательство, недостаточно, чтобы деньги дающего стали принадлежать покупателю, но также (необходимо) чтобы дача и принятие совершались с тем намерением, чтобы было установлено обязательство»<sup>49</sup>. *Обязательства (материальные. – Прим. авт.)*, по определению Гая, «возникают из контракта или из злодеяния (т. е. правонарушения. – Прим. авт.), или из чьего-то собственного права по различного рода основаниям. Обязательства из контракта возникают посредством либо вещи, либо слов, либо согласия. Обязательство посредством вещи возникает при выдаче займа... Обязательство словами возникает посредством вопроса и ответа...»<sup>50</sup>.

Таким образом, в римском праве наличие основания («causa») обязательства является *непременным условием действительности материального обязательства*. Кроме того, в любом материальном обязательстве участники обязательства имеют взаимные юридические права и обязанности. Хотя римское право и не проводит деление обязательств на абстрактные и материальные, вышеуказанные их критерии показывают, что фактически такое деление существовало, и применение конкретных норм зависело от того, является ли обязательство абстрактным или материальным. Безусловно, в силу слабо развитого экономического оборота в Древнем Риме, абсолютное большинство обязательств являлись материальными. Ввиду этого особое внимание в источниках римского права обращено на материальные обязательства.

### **1.3. Векселеподобные обязательства и прототипы векселя в римском праве**

Выше нами рассматривались отдельные абстрактные и казуальные обязательства по Римскому праву. Результаты изучения этих обязательств дают возможность сделать вывод о том, что в Римском праве существовали векселеподобные обязательства (обязательства с признаками вексельного обязательства). Данный вывод имеет принципиальное значение, поскольку абсолютное большинство авторов как современных, так и дореволюционных, полагают и полагают, что вексель появился в XII–XIII вв. в Италии как результат торгового оборота между различными городами-государствами<sup>51</sup> и как следствие острой потребности в размене и переводе денег. Это мнение никто из правоведов как в дореволюционной, так и в современной юридической литературе под сомнение не ставил и не ставит. В настоящее время оно является чуть ли не аксиомой. Правда, в отличие от многих авторов, В. А. Белов полагает<sup>52</sup>, что следы документов, служащих прототипом векселя, обнаружены в Древнем Вавилоне, однако он также утверждает, что временем рождения векселя нужно считать рубеж XI–XII веков.

Конечно, совсем нелогичной представляется мысль, что вексель возник якобы на «совершенно пустом месте» без каких-либо предпосылок со стороны купечества. Получается очень просто: к некто Ценелю пришла идея избежать перевозки денег – и он придумал вексель. Несомненно, должен был существовать какой-то определенный правовой базис, который явился бы основанием или предпосылкой для возникновения векселя. Таким базисом, возможно един-

<sup>49</sup> Дигесты Юстиниана / пер. с лат. отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2005. – Т. VI. – С. 536.

<sup>50</sup> Дигесты Юстиниана / пер. с лат. отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2005. – Т. VI. – С. 531–532.

<sup>51</sup> См., например: Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.) / Г. Ф. Шершеневич. – М.: Спарк, 1994. – С. 264–266; Ильин В. В., Макеев А. В., Павлодский Е. А. Вексельное право. Общие положения и юридический комментарий. – М.: Банковский деловой центр, 1997. – С. 7–8; Нерсесов Н. О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права / Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. – М.: Статут, 1998. – С. 116–167; Добрынина Л. Ю. Вексельное право России. – М.: Спарк, 1998. – С. 4.

<sup>52</sup> Белов В. А. Очерки по вексельному праву. – М.: Статут, 2000. – С. 15.

ственным, явилось великое римское частное право – общее право всего античного права, право с тысячелетней историей. Несмотря на то, что Великий Рим пал под натиском варваров, римское право не исчезло, оно перешло в местное и национальное законодательство под названием рецепции римского права, и его формальное действие в отдельных государствах (например, в Германии) исчезло только к началу XX в. Все правовое развитие Средневековой Европы шло под сильнейшим влиянием римского права, сформировавшего юридическое мышление в Средневековой Европе, в том числе в Италии, поскольку являлось в то время одним из главных источников любого национального законодательства, особенно в сфере гражданского права. Как справедливо отмечает профессор Г. Ф. Шершеневич: «не следует думать, чтобы итальянское средневековое право совершенно разорвало связи с римским»<sup>53</sup>. «Оно только, – как пишет Рендар, – удержалось от слепого подражания римскому праву, но сохранило его предания, ссылаясь на его источники, обращалось к глассам; но в то же время не было недостатка в новых положениях, вызванных развивавшимися потребностями»<sup>54</sup>. Изучение и анализ вышеприведенных абстрактных обязательств в Римском праве позволяют с большой вероятностью сделать вывод о том, что нормы о векселеподобных обязательствах были известны Римскому праву. Следует констатировать, что еще в Законах XII таблиц описываются сделки, содержащие элементы векселя. Так, например, римскому праву было известно обязательство, которое возникало только в силу устного обещания со стороны лица. Цицерон в трактате «Об обязанностях» (III.16) указывает, что по XII таблицам считалось достаточным представить доказательства того, что было произнесено (при заключении) сделки<sup>55</sup>. Так, в Институциях Гая (III.128–130)<sup>56</sup> описывается обязательство, возникающее на основании записи в приходно-расходную книгу. Отмечается, что «внесение долга в эту книгу бывает двоякого рода: или от вещи к лицу, или от лица к лицу. Запись от вещи к лицу имеет место тогда, когда то, что ты мне должен по купле, найму или товариществу, я запишу за тобой как сумму, следующую мне. Занесение долга в счетную книгу от лица к лицу имеет место в том случае, когда, например, то, что мне следует с Тиция, я занесу как сумму тебе уплаченную, т. е. если долг Тиция переводится на тебя». Из этой цитаты ясно, что обязательство, которое основывается на занесении долга в счетную книгу от лица к лицу, напоминает обязательство по простому векселю между векселедателем, первым векселедержателем и последующим индоссантом. В последнем случае также векселедержатель путем совершения надписи передает обязательство векселедателя по уплате денег (долга) следующему лицу – индоссанту. Как и в вексельном обязательстве при занесении долга в счетную книгу, долг передается третьему лицу. Должником третьего лица будет теперь другое лицо. Обязательство между этим и третьими лицами является оторванным от прежних обязательств и основывается только исключительно на записи в книгах. Такую сделку называли *Transscriptio a persona in personam*. Следующей сделкой по приходно-расходной книге является *Transscriptio a re in personam*. Обязательство на основании такой сделки возникало уже между двумя субъектами, как правило, между лицами, поддерживающими деловые постоянные отношения, например, между поставщиком и покупателем товара. Все данные о поставке и платежи записывались в приходно-расходные книги обоих участников. Периодически обе стороны подводили итоги взаимных расчетов, в результате которых, например, образовывалось в пользу одного из них (продавца) положительное сальдо. Тогда все прежние отдельные сделки ликвидировались, а взамен их стороны записывали у себя соответствующие данные (например, продавец записывал: «дано покупателю 500», а покупатель записывал: «получено от продавца 500»). Таким образом, между сторонами возникало обязательство, которое является абстракт-

<sup>53</sup> Шершеневич Г. Ф. Конкурсный процесс. – М.: Статут, 2000. – С. 36.

<sup>54</sup> Шершеневич Г. Ф. Конкурсный процесс. – М.: Статут, 2000. – С. 31.

<sup>55</sup> Памятники Римского права. Законы XII таблиц. – М.: Зерцало, 1997. – С. 8.

<sup>56</sup> Здесь и далее Институции Гая приводятся по: Памятники римского права. – М.: Зерцало, 1997. – С. 16–119.

ным, и при этом никакие возражения, следующие из прежних отношений, не допускаются. Обязанности покупателя уплатить формально вытекают только из записи в приходно-расходных книгах.

В классическую эпоху римского права приходно-расходные книги, как нами выше указывалось, утратили свое былое значение, но на смену им пришли долговые документы (*chirogrpha* и *syngrpha* (хирографы и синграфы)). Гай (3.134) считал, что «письменное обязательство возникает, по-видимому, вследствие долговых расписок, т. е. если кто напишет, что он должен, или что он дает – конечно так...». Синграфы представляли собой документ, составленный в третьем лице (такой-то должен такому-то такую-то денежную сумму), а в императорский период синграфы стали менее употребительным видом письменного обязательства; на первый план выдвинулись хирографы<sup>57</sup>. Как указывают авторы учебника «Римское частное право»<sup>58</sup>, синграф составлялся в присутствии свидетелей, которые и подписывали его вслед за тем, от чьего имени он составлен. Эта форма письменных обязательств получила широкое распространение уже в эпоху конца республики на почве процентных займов, заключавшихся между римскими ростовщиками и провинциалами. *Хирограф* составлялся в первом лице («я, такой-то, должен такому-то столько-то») и подписывался должником. Первоначально, как утверждают профессор И. Б. Новицкий и профессор И. С. Перетерский, это был документ, имевший только значение доказательства, но затем с ним стали связывать значение источника самостоятельного обязательства: подписавший документ обязан платить по нему. Эту новейшую форму письменных договоров Гай поясняет так: «*Sig u is debert se aut datunum se scribat ita sci liset si co nomine stipulatio non fiat*», т. е. если кто пишет в расписке, что он должен нечто или что он предоставит что-то, то возникает обязательство». Гай дополняет: «Разумеется, если не было по этому обязательству *стипуляции*, тогда основанием возникновения обязательства были бы *стипуляции*». Как подчеркивают авторы учебника «Римское частное право», «посредством этих документов устанавливались обязательства, независимо от того, была ли фактически передана та сумма, которую обязуется уплатить подписавший расписку, и вообще не принимая во внимание основания (*causa*), по которым такая расписка выдавалась должником». Гай называет этот ряд обязательств (т. е. позднейший письменный договор в форме *syngrapha* или *chirogrpha*) свойственным peregrinam, поскольку это была единственная открытая для них форма письменного договора. Характеристика этой формы обязательств, свойственной peregrinam, может быть, объясняется и тем, что эти обязательства возникли именно в практике peregrinam.

*Хирограф* имеет уже все характерные признаки простого векселя. Документ составлялся в первом лице и подписывался должником. При этом подписавший документ обязан был платить по нему независимо от того, получил ли должник, подписавший расписку, какую-либо сумму денег. Следовательно, обязательство подписавшего документ возникало независимо от основания, по которому выдавалась такая расписка. Владелец *chirogrpha* вправе требовать исполнения того, что написано в долговых документах независимо от каких-либо обстоятельств, в т. ч. личностных отношений между кредитором и должником. Положение должника по *chirogrpha* аналогично положению векселедателя простого векселя, а владельца или кредитора по *chirogrpha* – векселедержателя. Как и векселедатель в простом векселе, должник, подписавший *хирограф*, обязан оплатить по нему определенную сумму независимо от основания (*causa*). Держатель хирографа, как и векселедержатель, имеет право требовать уплаты по хирографу, который от современного векселя отличался только тем, что не обладал передаваемостью. Но нельзя забывать и то, что вексель в средневековой Италии первоначально не обладал свойством оборотоспособности. Таким образом, можно предположить, что итальянские

<sup>57</sup> Римское частное право: учебник / под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. – М.: Юристъ, 1997. – С. 385.

<sup>58</sup> Римское частное право: учебник / под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. – М.: Юристъ, 1997. – С. 385–386.

купцы, скорее всего, первоначально использовали простые векселя подобно хирографам. Следовательно, *первоначальный вексель мог быть простым, а не переводным*. Как гласит закон диалектики, движение всегда идет от простого к сложному. Это уже потом, после римского периода, в начале среднего века, появляется третий субъект – плательщик или исполнитель обязательства, т. е. вексель приобретает черты переводного векселя. Поскольку переводной вексель по отношению к простому векселю является более сложным правовым явлением, то он мог возникнуть только после появления простого векселя, а не ранее его. Этой точки зрения придерживается профессор В. А. Белов, правда, с некоторыми оговорками. Как он полагает, имевший хождение в средневековой Италии вексель по содержанию был сходен с простым векселем. По его мнению, условием возникновения и существования простого векселя является развитие личного кредита. Если он перерастает в вещный кредит, на место простого векселя становится переводной и т. д.<sup>59</sup>

В Институциях Гая (III. 131–132.) имеется ссылка на так называемые памятные записи займа, именуемые *nomina arcaria*: «эти записи рождают вещное обязательство, а не письменное, так как обязательство возникает только в силу факта выдачи кому-либо денег; уплата же денег дает основание вещному обязательству, а поэтому мы правильно скажем, что эти памятные записи не рождали обязательства, а только свидетельствовали о том, что обязательство заключено». Как представляется нам, памятные записи займа, выдаваемые в качестве доказательства уплаты долга должнику, имеют отдельные характерные признаки простого векселя, такие как абстрактность, формальность и, в какой-то мере, безусловность.

Помимо указанных примеров, римское право знало и другие абстрактные обязательства, возникающие в силу одностороннего обещания, например, такие, как *volunt* («обет божеству») и *pollicitario* («обещание в пользу городской общины»). Кроме того, одним из самых распространенных в системе римских абстрактных обязательств были так называемые вербальные договоры (*stipulatio*). Как отмечает профессор И. А. Покровский, «на основании *stipulatio* возникало обязательство строго одностороннее: кредитор – только кредитор и должник – только должник. Кредитор может требовать только того, что было обещано. С другой стороны, обязательство из *stipulatio* есть обязательство абстрактное: оно возникает только вследствие того, что на вопрос кредитора должник ответил «*spondeo*» (обещаю, клянусь. – Курсив авт.). Почему должник дал такой ответ – это для *stipulatio* безразлично, и ссылаться на те или другие отношения, приведенные к *stipulatio* – на так называемую *causa*, – ни кредитор, ни должник не вправе»<sup>60</sup>. Таким образом, стипуляцией назывался устный договор, который заключался посредством вопроса будущего кредитора и совпадающего с этим вопросом ответа будущим должником по обязательству. Гай характеризует стипуляцию следующим образом (3.92): «Обязательство словами заключается посредством вопроса и ответа, например: обязуешься торжественно дать? Обязуюсь торжественно дать? Дам. Обещаешь? Обещаю. Даешь ли честное слово исполнить свое обещание? Даю честное слово. Ручаешься? Ручаюсь. Сделаешь? Сделаю»<sup>61</sup>. Стипуляция порождала строгое обязательство, которое зависело только от того, что было произнесено. При споре между сторонами какие-либо возражения не принимались. По этому поводу Гай пишет (4.116): «...если бы ты обязал меня стипуляционным образом отсчитать тебе деньги будто взаймы, и я бы не отсчитал; не подлежит сомнению, что я могу от тебя потребовать эти деньги, ты должен их дать, так как ты обязан в силу стипуляции...»<sup>62</sup>. Формальные начала требовались и в отношении самого содержания обязательства, которое подлежало строгому буквальному толкованию. Кроме того, формальный харак-

<sup>59</sup> См.: Белов В. А. Очерки по вексельному праву. – М.: Юринфор, 2000. – С. 15–19.

<sup>60</sup> Покровский И. А. История римского права. – СПб.: Летний сад, 1999. – С. 395.

<sup>61</sup> Памятники римского права. Институции Гая. – М.: Зерцало, 1997. – С. 98.

<sup>62</sup> Памятники римского права. Институции Гая. – М.: Зерцало, 1997. – С. 140.

тер стипуляции действовал только на участвовавшие в ней стороны и, ввиду этого условия стипуляции не могли быть возложены на третьи лица. По стипуляции кредитор мог требовать только того, что было обещано. Стипуляция порождала, таким образом, обязательство строго одностороннее. Следовательно, можно с уверенностью сказать, что *стипуляция по займу денег имела многие свойства современного простого векселя: одностороннее обещание; абстрактность, т. е. не требовалось какого-либо основания сделки; не играла какой-либо роли в разрешении спора и межличностных отношениях между кредитором и должником; была строго формальной, поскольку исключительное значение имело буквальное значение произнесенного вопроса и ответа; для взыскания по обязательству кредитора было достаточно доказать факт стипуляции.*

Исходя из вышеизложенного, очевиден вывод: векселеподобные обязательства или обязательства с признаками и свойствами векселей существовали в римском праве.

*Таким образом, в ранний период своего развития римское право имело источники, в которых описывались сделки с элементами векселя. В дальнейшем в римском праве имелись обязательства, похожие на вексельные, в том числе абстрактные. Прежде всего, имеется в виду обязательство, возникающее на основании записи в приходно-расходную книгу. В классическую эпоху в Риме на смену приходно-расходным книгам пришли письменные обязательства, которые назывались хирографами. Хирограф уже имел все характерные признаки простого векселя. Показательно, что хирограф, так же как и простой вексель, составлялся от первого лица и подписывался должником. Подписавший документ обязан был платить по нему независимо от того, получил ли должник, подписавший расписку, какую-либо сумму денег. Хирограф от современного векселя отличался только тем, что не обладал передаваемостью. И, наконец, римское право знало абстрактные обязательства, возникающие в силу одностороннего обещания, такие, как votum («обет божееству»), pollicitario («обещание в пользу городской общины»). Кроме того, одним из самых распространенных в системе римских абстрактных обязательств были вербальные договоры, stipulatio, которые профессор И. А. Покровский справедливо определил как устный вексель.*

Таким образом, векселеподобные обязательства, обязательства с признаками современного векселя, первоначально возникли и развивались в римском праве. Первым векселеподобным документом являлся хирограф, а обязательство, которое полностью тождественно вексельному, является *обязательством из стипуляции*. В дальнейшем, вероятнее всего, они были использованы первоначально итальянскими купцами в коммерческом обороте, поскольку разработанная римским правом система обязательств, в том числе векселеподобных, прежде всего, отвечала запросам и потребностям товарного производства.

## § 2. Трансформация векселя с VI по XX в.

К началу средних веков относится следующий этап развития векселеподобных документов и обязательств. Примерно с VI в. в оборот был введен письменный документ, по которому должник обязывался уплачивать определенному кредитору или по его приказу. Как указывает профессор Н. О. Нерсесов, «эти бумаги по сути являлись ордерными бумагами (Курсив авт.)». Ордерные бумаги, где наряду с определенным заранее кредитором сделана оговорка «по его приказу», так что должник заранее дает обещание исполнить обязательство как перед первоначальным кредитором, так и перед последующими владельцами, получившими документ от первого. Следовательно, отмечает исследователь, «должник обязан отвечать не всякому предъявителю документа, а лишь такому, который докажет правильность перехода к нему документа с согласия первого». По мнению профессора, происхождение этих бумаг относится к началу средних веков. С VI по XIII в. форма их была следующая: должник обязывался уплачивать определенному кредитору или «*cui dederit hanc cautionem ad exigendum*», или «*aut cui in manu miseris*», или «*vel cui ordinaveris, vel cui praeceperis*». Из приведенных формул видно, что владелец документа, по Н. О. Нерсесову, должен был получить его с согласия первоприобретателя. Следовательно, в каждом случае требовались доказательства правильного перехода документа. Факт существования такого ордерного документа, очень близкого по своему значению векселю, по словам исследователя, упоминается крупными и авторитетными немецкими учеными в работах: Poschinger. «*Beitrag zur Geschichte der Inhaberpapire in Deutschland*»; Eigenbrodt. «*Jahrbucher fur die Dogmatik des heutigen Romischen Privatrecht*». Ученый приходит к выводу, что *вексель как ордерная ценная бумага появился в VI в.н. э.* Данное утверждение профессора Н. О. Нерсесова до настоящего времени никем не опровергнуто. Следовательно, появление векселя следует датировать намного раньше, чем это считалось и считается в наше время. Это обстоятельство также подкрепляет наш вывод о происхождении векселеподобных обязательств в Римском частном праве, откуда скорее всего они были рецепированы в правовые системы государств Средневековья, и как указывают источники, с начала шестого века нашей эры в обороте имели хождение документы, похожие на ордерные ценные бумаги.

Однако, индоссамент для быстрой передачи ордерных ценных бумаг, как отмечает профессор Н. О. Нерсесов, был изобретен только в начале XVII в. французами, поскольку более удобным было установить доказательства перехода путем надписи на оборотной стороне документа, отсюда и название такой передачи «индоссамент». Таким образом, на наш взгляд, из сказанного следует, что первоначальным типом был простой вексель, а не переводной, поскольку в обязательстве по ордерной бумаге могли участвовать только два субъекта: кредитор и должник.

Другая точка зрения о моменте возникновения векселя, отличного от точки зрения профессора Н. О. Нерсесова, принадлежит профессору Г. Ф. Шершеневичу, который полагает такой точкой отсчета XII в. нашей эры. Активное использование векселя в Италии в торговом обороте, по словам профессора Г. Ф. Шершеневича, относится к XII в. Как известно, в тот период Италия была раздроблена, отсутствовало единое государство и, как следствие, единые деньги (как необходимый и нужный атрибут любого централизованного государства). Как указывает исследователь, в Италии существовали и процветали присредиземноморские города-государства, которые активно вели торговую деятельность как с иностранными странами, так и между собой. Каждое государство чеканило свои монеты, и в связи с этим обращалась масса различных монет. Торговцы постоянно и остро нуждались в наличных денежных знаках той или иной области Италии. В этот период действовали многочисленные конторы по обмену денег. Разменявший деньги вез их с собой в то место, где они ему были нужны для закупки товаров или для проживания, что было неудобно и небезопасно. Тогда появилась мысль избе-

жать перевозки денег (на наш взгляд, именно используя имеющиеся в тот период оборотные письменные документы). Обменная контора на переданную монету обещала вернуть ее в установленное время и в установленном месте. Это было возможно благодаря имеющимся связям между такими конторами и их соглашению покрывать взаимно приказы об уплате денег, а потом периодически проводить между собой расчеты. В удостоверение права на получение эквивалентных денег выдавалась расписка. При этом лицо, получившее наличные деньги и выдавшее расписку, не являлось плательщиком, а действовало как гарант исполнения обязательства по расписке<sup>63</sup>. Такой документ имел многие признаки современного переводного векселя.

В процессе эволюции человеческого общества и усложнения экономического оборота вексель совершенствовал свою форму и в дальнейшем стал орудием кредита и надежным средством платежа и получения долга. К концу XVI в. вексель приобрел почти все свои основные современные черты и распространился по всей Европе.

*Первым и основным типом векселя*, по мнению профессора Г. Ф. Шершеневича, явился *французский*. Как он указывал, «французское вексельное законодательство характеризовалось тем, что вексель стал оборотным документом. До этого вексель хотя и обладал передаваемостью, но его оборотоспособность была ограничена. Оборотоспособность векселя достигалась путем совершения надписи на обороте документа (*in dasso*), называемой индоссаментом. Индоссаментом передавались все права по векселю. Индоссамент был признан во Франции сначала законом 1654 г., а впоследствии – торговым уставом 1673 г., окончательное и всеобщее распространение приобрел по французскому торговому кодексу 1807 года. При этом по французскому вексельному законодательству передача векселя по надписи допускалась только с согласия векселедателя, выраженного в самом векселе. Каждый надписатель отвечал только перед тем, кому он сам передал вексель. В дальнейшем был допущен регрессный иск к любому из надписателей, минуя предшественника, однако при этом истец терял право регресса к надписателям, которых он пропустил». Согласно Торговому Ордонансу 1673 г. (Титул V. О переводных и простых векселях и об обещаниях их выдачи), *переводные векселя должны* содержать краткое указание фамилий тех, кому должны быть выплачены то, что содержится в документе, срок уплаты, фамилия лица, уплатившего за эту цену, а также была ли эта цена получена в денежной форме, товарами или иными вещами, а *простые векселя* — подлежат оплате определенному лицу, которое в них обозначено, не могут принадлежать другому лицу, даже если в них указано их передача. По Ордонансу 1673 г., *Французский вексель* имел следующие особенности:

1. В векселе отражались отношения между векселедержателем переводного векселя и ремитентом, в пользу которого выписан переводной вексель (тратта) первым векселедержателем, т. е. указывалось основание выдачи векселя.

2. На вексель влияли отношения между передающими и приобретающими вексель по индоссаменту (требовалось обязательное указание в надписи имени приобретателя векселя и получателя валюты).

3. На вексель также влияли отношения между трассантом и трассатом (плательщиком по переводному векселю).

4. В обращение допускались только векселя, отражающие результаты торговых сделок.

5. Векселя являлись не только ордерными, но и на предъявителя;

6. Категорически запрещалось включать проценты в основную сумму переводных или простых векселей;

---

<sup>63</sup> Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. III: Вексельное право. Морское право. – М.: Статут, 2003. – С. 25–27.

7. По векселю могло быть несколько кредиторов, а не одно лицо, как в современном векселе<sup>64</sup>.

Таким образом, чтобы вексель обладал юридической силой, должны были присутствовать взаимные финансовые обязательства между участниками вексельных отношений, которые возникали из торговых сделок.

*Следующим типом векселя явился германский*, история которого начинается с принятия общегерманского вексельного устава 1847 г. Профессор Г. Ф. Шершеневич выделил следующие черты германского типа векселя:

1. Главной его особенностью являлось то, что он признавался абстрактным обязательством, совершенно оторванным от своего основания (французский вексель требовал указания, по какому основанию он выдан).

2. Германский вексель предполагался обладающим свойством передаваемости, пока иное не установлено волей векселедателя (во французском векселе передаваемость устанавливалась только волей векселедателя). Кроме того, формальная вексельная строгость, характерная для французского векселя, была заменена материальной вексельной строгостью, по которой все условия, указанные в векселе, имеют силу достоверности, а те, которые не нашли отражение в документе, не имеют значения для вексельного обязательства, т. е. действует принцип: «чего нет в векселе, того не существует в мире»<sup>65</sup>.

Общеизвестным является то, что в Россию вексель пришел через иностранных купцов. В результате усилившейся международной торговли в 1729 г. в России появился *первый* Устав вексельный. Устав вексельный 16 мая 1729 г.<sup>66</sup> состоял из 3-х глав и в основном регулировал отношения переводного векселя, но вместе с тем допускал и в обороте простой вексель. Национальные традиции, слабости торговых связей между отдельными регионами не способствовали развитию в России вексельного обращения. Просуществовав сто с лишним лет, этот устав уступил место Уставу о векселях 1832 г. 27 мая 1902 г. был утвержден последний дореволюционный Устав, разработанный видным российским цивилистом П. П. Цитовичем. Устав вступил в силу 1 января 1903 г. Вексельный устав 1902 г. просуществовал без изменений до 23 декабря 1917 г. на всей территории России.

В целях унификации вексельного законодательства представители 29 государств, том числе и России, в июне 1912 г. подписали Конвенцию об объединении норм вексельного права и приняли Устав о векселях простых и переводных. После ратификации Конвенции национальные вексельные уставы должны были соответствовать международному вексельному праву. Однако, в связи с началом Первой мировой войны и последующими известными событиями в мире Конвенция об объединении норм вексельного права так и не сыграла свою роль и не была ратифицирована большинством подписавших ее государств. После октябрьской революции Декретом СНК РСФСР от 23 декабря 1917 г. все операции с ценными бумагами, в том числе с векселями, были запрещены. В период НЭПа, как результат восстановления товарно-денежных отношений в экономике, в хозяйственном обороте России начали использовать векселя. Нормативной базой для регулирования вексельного обращения в тот период явилось Постановление ЦИК и СНК РСФСР от 20 марта 1922 г., которым было утверждено «Положение о векселях»<sup>67</sup> в основу которого был положен устав 1902 г. Положение состояло из двух частей – о простых и переводных векселях. В отличие от устава 1902 г., ст. 16 Положения о векселях определяла сущность переводного векселя как предложение векселедателя третьему лицу

<sup>64</sup> Коммерческий Кодекс Франции / пер. В. Н. Захватаева. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – С. 1124–1125.

<sup>65</sup> Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. III: Вексельное право. Морское право. – М.: Статут, 2003. – С. 26–33.

<sup>66</sup> Российское законодательство X–XX вв. – М.: Юридическая литература, 1987. – С. 421–459.

<sup>67</sup> Собрание узаконений РСФСР. – 1922. – № 25. – Ст. 285.

принять на себя вексельное обязательство, в то время как п. 86 устава 1902 г. рассматривал сущность переводного векселя как приказ.

Его действие фактически прекратилось с вступлением в силу Постановления ЦИК и СНК от 30 января 1930 г. «О кредитной реформе»<sup>68</sup>. С этого момента любая форма кредитования, кроме банковской, запрещалась. Госбанк СССР превратился в единственный распределитель кредитов. Всем другим государственным органам, кооперативным, акционерным обществам запрещалось отпускать товары в кредит. Вексель по своей экономической природе является одним из инструментов коммерческого кредитования, то и ввиду запрета коммерческого кредитования, вексель перестал употребляться в СССР. Таким образом, использование векселей в хозяйственном обороте в связи с запрещением коммерческого кредита отпало, т. е. вексель не был запрещен или упразднен, как ошибочно полагают отдельные авторы. Более того, вексель использовался и используется до настоящего времени во внешнеторговом обороте страны. В силу широкого распространения векселей в международном коммерческом обороте потребовалась дальнейшая унификация вексельного законодательства. 7 июня 1930 г. в Женеве представителями ряда государств, в основном европейских, были подписаны: Конвенция, устанавливающая Единообразный Закон о переводном и простом векселе; Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях; Конвенция о гербовом сборе в отношении переводных и простых векселей, известные как Женевские вексельные Конвенции 1930 г. Участники Конвенции обязались использовать Единообразный вексельный Закон как основу национального вексельного законодательства.

В основу Единообразного вексельного Закона, принятого Женевской вексельной Конвенцией в 1930 г., был положен общегерманский вексельный Устав (*All gemalde Deutsche Wechsel orden*) 1847 г.

Присоединение СССР к Конвенции состоялось 25 ноября 1936 г. путем предоставления секретарю Лиги Наций письма от 20 ноября 1936 г. о присоединении СССР к Конвенции. В письме было указано, что СССР присоединяется к Конвенции, устанавливающей Единообразный Закон о переводных и простых векселях, с оговоркой о его праве, согласно Приложению II Конвенции, применить в национальном законе отдельные отступления. Постановлением ЦИК и СНК от 7 августа 1937 г.<sup>69</sup> было введено Положение о переводном и простом векселе, действующее на территории России до настоящего времени.

---

<sup>68</sup> СЗ СССР. – 1930. – № 8. – Ст. 98.

<sup>69</sup> СЗ СССР. – 1937. – № 52. – Ст. 22.

### § 3. Возникновение основных вексельных теорий

Вторая половина XIX в. характеризуется тем, что в юридической литературе европейских государств, в том числе России, как правило, под влиянием трудов германских правоведов активно изучается и разрабатывается вопрос о юридической сущности ценных бумаг и векселя в частности.

Вопрос о правовой природе ценных бумаг всегда считался одним из сложных как в цивилистической науке, так и в литературе. Как указывает один из русских основоположников учения о ценных бумагах профессор Н. О. Нерсесов<sup>70</sup>, в XIX в. под влиянием, в основном, немецких юристов были выработаны две теории возникновения ценных бумаг: договорная теория и теория одностороннего обещания. Основателем договорной теории ценной бумаги являлся Ф. Савиньи, который в своем труде «Обязательственное право», утверждал: «Договор, как известно, есть совместное соглашение двух договаривающихся волей. До этого момента нет договора; воля каждой стороны, в отдельности взятая, не составляет еще договора: необходимо их единение». С кем же договаривается выдаватель бумаги на предъявителя? Согласно Ф. Савиньи – «*Cum incertam personam*». Как отмечает Н. О. Нерсесов, другие юристы подвергали теорию частного договора некоторым видоизменениям. А именно: для действительности ценных бумаг как юридического акта, кроме договорного соглашения как первоначального основания их возникновения, требуется, по их мнению, еще передача документа в руки другого лица – приобретателя. Следовательно, простая подпись должника под документом не придает последнему юридической силы, необходимо принятие его противной стороной, другими словами, требуется *traditio* документа. Но и эта теория, будучи в своем основании договорной, не дает удовлетворительного ответа в некоторых случаях. Например, если бумага на предъявителя перешла помимо воли должника (выдавателя документа) в чужие руки и стала циркулировать то, каково должно быть положение последующих добросовестных приобретателей? Поскольку бланковый вексель фактически является бумагой на предъявителя, то вышеизложенное полностью распространяется и на него (*Примеч. авт.*).

В отличие от договорной теории, как подчеркивает профессор Н. О. Нерсесов<sup>71</sup>, сторонники одностороннего обещания склонялись к мнению, что ценные бумаги возникают благодаря односторонней воле должника. Этот последний изготавливает бумагу, подписывает ее и таким образом создает новую ценность, которая наступает лишь с переходом документа в руки другого. Один из основоположников этого учения – Кунце – обосновал тезис о том, что документ, ценная бумага получают юридическую жизнеспособность благодаря односторонней воле должника. Таким образом, документ как таковой считается действительным благодаря воле должника, односторонне в нем выраженной, но практическое действие его парализовано до тех пор, пока он не перейдет в руки приобретателя<sup>72</sup>.

Подытоживая результаты теории одностороннего обещания, Н. О. Нерсесов<sup>73</sup> на основе работ Иеринга и других немецких ученых обращает внимание на следующее: все существующие в германской юридической литературе мнения по данному вопросу подходят под одну из

<sup>70</sup> Нерсесов Н. О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права // Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. – М.: Статут, 1998. – С. 200.

<sup>71</sup> Нерсесов Н. О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права // Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. – М.: Статут, 1998. – С. 200–204.

<sup>72</sup> Нерсесов Н. О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права // Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. – М.: Статут, 1998. – С. 200.

<sup>73</sup> Нерсесов Н. О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права // Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. – М.: Статут, 1998. – С. 201–203.

двух приведенных теорий (договорная теория, теория одностороннего обещания. – *Примеч. авт.*) и различаются между собой лишь в частности.

По словам Н. О. Нерсесова, вышеназванные теории и взгляды авторов на юридическую природу ценных бумаг, в том числе на вексель, имеют существенные недостатки, которые уменьшают ценность этих теорий и взглядов.

Следует констатировать, что среди цивилистов дореволюционной России не было однозначного подхода к теории возникновения векселя как ценной бумаги. Одни авторы твердо стояли на позиции договорного характера векселя, другие считали его обязательством, вытекающим из одностороннего обещания. Однако, с момента появления труда «Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert» (1839)<sup>74</sup> немецкого ученого К. Эйнерта (*Einert K.*), рассматривавшего вексель как купеческие деньги, а также Общегерманского вексельного Устава (1847) представление о векселе изменилось. Вексель приобрел абстрактную основу, оторванную от обязательства между лицами вексельных отношений. Теория К. Эйнерта до сих пор бытует в науке. Переноса центр тяжести своих исследований на вексельный документ, К. Эйнерт совершенно игнорировал вексельное обязательство<sup>75</sup>. Теория К. Эйнерта вторично возродилась в 90-е годы прошлого века в России, в науке гражданского и финансового права, в экономических науках, где К. Эйнерт выступил как высший авторитет. К сожалению, в науке вексельного права не учитываются справедливые критические замечания в отношении труда К. Эйнерта, высказанные профессором Б. Б. Черпахиным<sup>76</sup>.

Издание вышеназванного труда профессора К. Эйнерта в определенной степени способствовало возникновению теории одностороннего (внедоговорного) обещания, родоначальником которой явился немецкий цивилист Кунце (*Johann Emil Kuntze*<sup>77</sup>), который рассматривал вексельное обязательство как договорное. Он полагал, что вексель обязан своим созданием одностороннему акту воле лишь одного лица – лица, изготавливающего и подписывающего вексельный документ. По этой теории, именуемой в науке теорией креации (*Kretion theorie*)<sup>78</sup>, основанием возникновения права, выраженного в векселе, служит само составление бумаги, которое рассматривалось как односторонняя сделка (одностороннее волеизъявление). Следует отметить, разновидности теории креации сегодня играют доминирующую роль в различных исследованиях векселей в России.

В начале XIX века появились работы, объясняющие различные стороны теории договорного происхождения векселя. Один из основоположников договорной теории векселя немецкий цивилист *Heinrich Thöl* считал вексельное обязательство фактом заключения договора вне векселя<sup>79</sup>. Русскими учеными, чьи труды о договорном характере вексельного обязательства в наше время по праву составили золотой фонд вексельного права, явились профессор Г. Ф. Шершеневич<sup>80</sup>, В. Д. Катков<sup>81</sup> и др., которые рассматривали вексель как договорное обязательство, имея в виду не то договорное отношение, которое привело к векселю (например, куплю-продажу или заем), а то отношение, которое создавалось векселем. Договорный момент

<sup>74</sup> Einert. Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert. – Neudr. d. Ausg. Leipzig, 1839, Aalen: Scientia Verl., 1969. – XIV. – 653 s.

<sup>75</sup> Гордон В. М. Вексельное право. Сущность векселя, его составление, передача и протест. – Харьков: Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1926. – С. 72.

<sup>76</sup> Черпахин Б. Б. Юридическая природа векселя и Положение о векселях 1922 года // Труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2001. – С. 43–45.

<sup>77</sup> См.: Kuntze Johann Emil. Das Wechselrecht. – Fues, 1884. – 350 s.

<sup>78</sup> См. более подробно: Черпахин Б. Б. Юридическая природа векселя и Положение о векселях 1922 года. Труды по гражданскому праву. – М.: Статут. – С. 43–45.

<sup>79</sup> Thöl H. Wechselrechtl. – Göttingen, 1847. – 125 s.

<sup>80</sup> См.: Шершеневич Г. Ф. Вексельное право. – СПб: Бр. Башмаковы, 1909; Он же. Учебник торгового права. – Казань: Тип. ун-та, 1899. – С. 347; Он же. Курс торгового права. – 3-е изд. – Казань: Тип. ун-та, 1899. – 889 с., и др.

<sup>81</sup> Катков В. А. Указ. соч.; Он же. Передача векселя по надписи (индоссамент). – Одесса: Тип. «Техник, 1909. – С. 112.

определялся тем, что векселедатель стал ответственным в силу передачи ему векселя – документа с намерением обязаться перед ним. Так, профессор Г. Ф. Шершеневич определяет вексель как одностороннее обязательство, основанное на договоре и выраженное в письменной, строго определенной форме<sup>82</sup>.

Современная эпоха представляет собой один из переломных этапов в истории развития векселя, когда остро встал вопрос о его будущей правовой конструкции. В советской цивилистической науке работы, затрагивающие вопросы договорной теории векселя, крайне немногочисленны. Одним из работ по договорной теории советского времени явился труд известного ученого-цивилиста Н. Г. Вавина, который на основании ст. 1 и 10 Положения о векселях 1922 г.<sup>83</sup>, сделал вывод о договорном характере юридической природы векселя<sup>84</sup>. Профессор Б. Б. Черепяхин в труде «Юридическая природа векселя и Положение о векселях 1922 года» считал, что «все многообразие теорий, предложенных для разрешения этого вопроса, при всем их расхождении, может быть сведено к двум основным направлениям, с большими или меньшими модификациями в пределах каждого из них: теории договорной и теории одностороннего волеизъявления. Представители последней, в свою очередь, расходятся между собой в деталях, сходятся в признании односторонне-сделочного характера векселя: это теория креации, теория эмиссии (выпуска), передачи и уступки (*Begebungs – oder Aushandigungstheorie*), теория добросовестного приобретения (*Redlich – reitstheorie*) и другие»<sup>85</sup>.

Профессор М. М. Агарков на примере передачи ордерных ценных бумаг также придерживался договорной теории векселя. Он обратил внимание на то, что «вывод о том, что всякое вексельное обязательство по действующему праву основано на одностороннем волеизъявлении, не может быть признан обоснованным».<sup>86</sup> Как указывалось в предыдущем разделе работы, в связи с реформами 1930–1931 гг. в кредитной политике государства вексель в СССР прекратил свое хождение и фактически престал быть предметом отдельных научных исследований в России до начала 90-х гг. XX в.

В постсоветское время исследовательский интерес к вексельному праву возрос. Появился целый ряд монографий и учебных пособий, посвященных вопросам отечественной науки вексельного права и вексельному обращению, в которых, как правило, исследовались вексельные отношения, или давалась характеристика векселю с точки зрения теории одностороннего волеизъявления или ее разновидностей. Проблемы юридической природы векселя в этих трудах поднимались на протяжении последних лет, но с позиции теории договорного происхождения векселя они малоизученны. Многие признают реальность договорного отношения в векселях, но мало кто объясняет его природу. Исследования векселя и вексельного обязательства в данных работах построены на теории односторонней сделки или одностороннего обещания или ее разновидностей. Так, в докторской диссертации «Проблемы цивилистической теории российского вексельного права» профессор В. А. Белов рассматривал вексель через призму такой разновидности теории одностороннего волеизъявления, как теория добросовестного приобретения, при этом он, в категорической форме не приемля договорного происхождения векселя, утверждал, что «договор как юридический факт принципиально несовместим с теми юридическими свойствами, которыми обладает вексель как ценная бумага, а именно – свойствами публичной достоверности и абстрактности»<sup>87</sup>. Однако, обилие работ по вексельной тематике само по себе еще не свидетельствовало о достаточном уровне доктрины вексельного

<sup>82</sup> Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права. – М.: Спарк, 1994. – С. 260.

<sup>83</sup> Собрание Узаконений., 1922. – № 25. – Ст. 285.

<sup>84</sup> См.: Вавин Н. Г. Научно-практический комментарий Положения о векселях. – М.: Юрид. изд-во НКЮ, 1923.

<sup>85</sup> Черепяхин Б. Б. Труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2001. – С. 33.

<sup>86</sup> Агарков М. М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М.: Волтерс Клувер. – 2005. – С. 280.

<sup>87</sup> Белов В. А. Проблемы цивилистической теории российского вексельного права: автореф. дис. ... д.ю.н. – М.: 2004. – С. 38.

права, поскольку многие теоретические и практические вопросы вексельного права не исследованы. Работы по проблемам природы вексельных обязательств и системы вексельных обязательств носили острый дискуссионный и противоречивый характер. Одна из главных причин этого – пробелы в изучении векселя, в частности отсутствие фундаментальных трудов по договорной теории векселя. Диссертационные исследования в области вексельного права в новейшее время в России в силу объективных и субъективных причин проводились с позиции теории одностороннего обещания (теории односторонней сделки (одностороннего волеизъявления)). В этих работах исследовательская мысль, за редким исключением, не простиралась дальше констатации факта наличия в вексельном праве взглядов, рассматривающих договорные начала в векселе<sup>88</sup>, а в отдельных случаях перестала отвечать существующим правовым реалиям. Это объяснимо, поскольку многие работы были написаны в основном в конце 90-х годов прошлого или в начале нашего века, в связи с этим не могли быть учтены многие положения, выработанные в судебной и судебно-арбитражной практике по векселям в последние годы. Следует также принять во внимание, что основой исследования авторов являлась теория креации, главным образом теория добросовестного приобретения. Профессор Б. Б. Черепакхин, придерживающийся взглядов на вексельное обязательство как обязательство односторонне-сделочного характера, справедливо обратил внимание на слабые стороны этой теории<sup>89</sup>. По мнению профессора Б. Б. Черепакхина, теория одностороннего волеизъявления являлась небезупречной, а многие вопросы вексельного права нельзя объяснить исходя из положения этой теории. В новейшее время отдельные вопросы о договорном характере векселя, о юридическом составе, порождающим вексельное обязательство, были освещены в работах В. С. Анохина<sup>90</sup>, М. Г. Масевич, Е. А. Павлодского<sup>91</sup>, Д. В. Мурзина<sup>92</sup>, Д. С. Пахомова<sup>93</sup>, Н. Г. Семилютиной, и др.<sup>94</sup>

Подавляющее большинство авторов (как дореволюционных, так и современных) определяют вексель как одностороннюю сделку или одностороннее обещание. Только отдельные дореволюционные правоведы, например Г. Ф. Шершеневич, обосновывали тезис о договорном происхождении векселя. Вместе с тем следует отметить, что при кажущейся простоте идеи вопросы происхождения векселя и вексельного обязательства, их места в гражданском праве являются достаточно сложными и требуют более глубокого и детального исследования с уче-

<sup>88</sup> См. например: Е. Н. Абрамова. Форма векселя: автореф. дис. ... к.ю.н. – Владивосток, 2002; Бакшеева Ю. Н. Механизм реализации вексельного обязательства в российском гражданском праве: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 2010; Белов В. А. Проблемы цивилистической теории российского вексельного права: автореф. дис. ... д.ю.н. – М., 2004; Габов А. В. Вексель в системе российских ценных бумаг: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 1999; Габов А. В. Проблемы гражданско-правового регулирования отношений на рынке ценных бумаг: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2010; Дробышев С. Ю. Вексель в коммерческом обороте: автореф. дис. ... к.ю.н. – СПб., 1996; Добрынина Л. Ю. Основные проблемы развития вексельного права России на современном этапе: автореф. дис. ... к.ю.н. – Екатеринбург, 1997; Елагин М. Б. Правовое регулирование обращения вексельных обязательств в современных условиях: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 2011; Кремер Ю. А. Гражданско-правовое регулирование вексельной ответственности: автореф. дис. ... к.ю.н. – Екатеринбург, 1998; Рукавишников И. В. Вексель как объект гражданских прав: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 1999; Грачев В. В. Акцепт векселя: автореф. дис. ... к.ю.н. – СПб., 2001; Зорин Н. А. Права векселедержателя по законодательству России: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 2001; Можаяев Л. В. Правовое регулирование векселя и вексельного обращения в законодательстве Российской Федерации: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 2002.; Трегубенко Е. Ю. Ордерные ценные бумаги: автореф. дис. ... к.ю.н. – СПб, 2003, и др.

<sup>89</sup> См.: Черепакхин Б. Б. Юридическая природа векселя и Положение о векселях 1922 года. Труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2001. – С. 43–45.

<sup>90</sup> Анохин В. С. Применение вексельного законодательства в арбитражном судопроизводстве // Хозяйство и право. – 2005. – № 4. – С. 128–142.

<sup>91</sup> Масевич М. Г., Павлодский Е. А. Правовое регулирование залога векселей // Право и экономика, 2001. – № 11. – С. 86–87.

<sup>92</sup> Мурзин Д. В. Ценные бумаги – бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. – М.: Статут, 1998. – С. 62.

<sup>93</sup> Пахомов Д. С. Правовое регулирование исполнения вексельного обязательства: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 2001.

<sup>94</sup> См.: Семилютина Н. Г. Понятие и виды ценных бумаг. Предпринимательское право: курс лекций. – М.: Юрид. лит., 1993. – С. 130–131, и др.

том достигнутого на сегодняшний день уровня цивилистики и векселистики как одного из ее разделов.

Таким образом, основные исследования по возникновению ценных бумаг, в том числе векселей, в XIX в. проводились учеными – юристами Германии. Для этого были соответствующие условия: использование пандектов (в Германии вплоть до начала XX в. действовало пандектное право); высокий уровень цивилистики. Все учения о ценных бумагах, зародившиеся в Германии, можно было объединить в две большие группы: одна признавала основой ценной бумаги – договор, другая – одностороннюю юридическую сделку должника.

Существуют конкретные учения, теории о правовой природе возникновения векселя независимо от типа векселя, изложенные в трудах профессоров В. Д. Каткова<sup>95</sup> и В. В. Черепихина<sup>96</sup> и других. Они соответствуют объективным реалиям, сложившимся в дореволюционной и послереволюционной векселистике. Как уже было сказано, *все теории возникновения векселя и вексельного обязательства подразделяются на договорные и внедоговорные*. На сегодняшний день таких теорий бытует множество. Однако все эти теории исходят только из двух принципиальных положений: вексельное обязательство порождает договор; вексельное обязательство порождает одностороннее обещание (волеизъявление). Проанализировав все современные теории о векселе, можно сказать, что они, в основном, как и в XIX в., объединены в две группы: договорная теория происхождения векселя и теория одностороннего обещания. Однако, как показывает последние исследования, следует отказаться от монизма в вексельном праве, поскольку данные теории (договорная или внедоговорная) не могут полностью охватить и объяснить все многообразие свойств векселя. Качественный теоретический поиск нового о возникновении векселя и вексельного обязательства, их места в современном российском гражданском праве возможен только на базе ясного понимания того, что вексель является сложным и уникальным правовым явлением. Невозможно полностью понять вексель, не исследовав всех его составляющих. Одной из задач настоящего исследования является задача – показать и доказать, что *в векселе одновременно присутствуют как договор, так и одностороннее обещание (односторонняя сделка), то есть имеет место дуализм векселя*.

Профессор О. С. Иоффе справедливо подчеркивал, что «важнейшая задача правоведе-ния – обновление юридических наук, отказ от догм и утопий, сосредоточение на том, чего требует жизнь».<sup>97</sup> Профессор М. М. Агарков, выделяя вексель от других ценных бумаг, верно утверждал, что «вопрос о переходе прав на бумагу... *не может быть поставлен в общей форме для ордерных бумаг, а должен рассматриваться для каждой бумаги отдельно*»<sup>98</sup>. С учетом этого теоретического положения профессора М. М. Агаркова, как представляется нам, *ошибочной явилась точка зрения ученых, полагающих спроецировать общие положения о ценных бумагах (в том числе теории о возникновении ценной бумаги) полностью на векселя*.

<sup>95</sup> Катков В. Д. Общее учение о векселе: Юридическое исследование. – Харьков, 1904.

<sup>96</sup> Черепихин В. В. Юридическая природа векселя и Положение о векселях 1922 года. – М.: Право и жизнь, 1923. – С. 3–120.

<sup>97</sup> Иоффе О. С. Избранные труды: В 4 т. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2010. – Т. 4. – С. 677.

<sup>98</sup> Агарков М. М. Учение о ценных бумаг.: науч. наследие // Основы банковского права. Учение о ценных бумаг. – 3-е изд. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 280.

## Глава II. Общая характеристика договорной теории векселя и вексельного договора

Теория (греч. *theōria* – рассмотрение, исследование) – система основных идей в той или иной отрасли знания; форма научного знания, дающая целостное представление о закономерностях и существенных связях действительности<sup>99</sup>. Как указывает член-корреспондент АН РФ С. С. Алексеев, «наряду с философией права в мире научных дисциплин, сложившихся с общенаучной разработкой правовых проблем, самостоятельное и исключительное важное место занимает *общая теория права*»<sup>100</sup>.

Условно общую теорию можно представить как целостное правовое явление, состоящее из совокупности правовых теорий и учений, в том числе теорий и учений о векселе. На современном этапе наука о вексельном праве поднялась на такой уровень познания, когда новые теоретические знания получают не путем обобщения новых эмпирических материалов, а за счет изменения оснований познания, использования новых общенаучных концепций, методов и подходов как в собственно в цивилистических, так и в других правовых науках. С одной стороны, это ведет к дифференциации науки вексельного права. С другой – способствует росту тенденции к исследованию векселя в неузкой научной направленности. Исследование этих тенденций выходит за рамки непосредственного предметного поля не только вексельной, но и гражданско-правовой науки, поэтому решение этой задачи могут взять на себя общеправовые науки и методология этих наук, имеющих все необходимые средства.

Договорная теория векселя возвратилась в лоно науки российского гражданского права относительно недавно, когда наука вексельного права перестала удовлетворять требованиям практики вексельного оборота и возникла потребность в качественном изменении вексельной науки. Предпринимались попытки доказать теоретичность договорного происхождения векселя, наметить пути его теоретизации. В связи с этим особо актуальна проблема формирования основ построения договорной теории векселя. Малочисленные публикации по этой тематике порождают дискуссии по различным вопросам. В этой ситуации возрастает потребность в исследовании и разработке методологических проблем договорной теории векселя и природы вексельного договора. Договорная теория векселя исходит из положения о том, что договор выступает, во-первых, как связующая сила отношений между вексельными участниками и, во-вторых, как основание возникновения вексельного обязательства. Эмпирической базой договорной теории является повседневная вексельная практика. Договорная теория векселя не приемлет постулаты, выдвигаемые в последнее время отдельными российскими учеными, утверждающими, что науке униженно и недостойно служить практическим целям.

В современной науке гражданского права растет понимание необходимости преимущества учений о гражданском праве, которые по существу, восходят к Римскому праву. Профессор В. А. Рыбаков верно отмечает, что одной из актуальных проблем науки гражданского права является исследование особенностей, содержания и характера функций гражданско-правового регулирования, позволяющих наиболее полно раскрыть социальную ценность гражданского права как системного правового, а также механизм обеспечения надлежащего исполнения прав и обязанностей субъектами гражданского правообразования. Мы будем нередко ссылаться на работы дореволюционных классиков, а также на труды советских цивилистов С. Н. Братуся, А. В. Венедиктова, О. С. Иоффе, А. В. Красса и других»<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Российский энциклопедический словарь. Кн. 2. – М.: БЭС, 2000. – С. 1560.

<sup>100</sup> Алексеев С. С. Философия права и теория права // Собр. соч.: в 9 т. – М.: Статут, 2010. – Том 7. – С. 31.

<sup>101</sup> Рыбаков В. А. Функции гражданско-правового регулирования (общетеоретические и воспитательные функции). – 2-е изд., переаб. и доп. – М.: Юрист, 2011. – С. 7.

## § 1. Договорная теория в системе дуалистической концепции векселя

По договорной теории векселя право, выраженное в бумаге, возникает на основании договора между составителем бумаги и ее приобретателем<sup>102</sup>, а не на основании факта составления бумаги (односторонней сделки векселедателя). По М. М. Агаркову, составление ценной бумаги само себе не может порождать правоотношение до тех пор, пока не попадет в обращение<sup>103</sup>. Действительно, вексель остается всего-навсего бумагой и не представляет какую-либо ценность, пока не будет передан векселеприобретателю. Только с момента передачи векселя возникают определенные субъективные гражданские права и обязанности у участников вексельных отношений. Несерьезными представляются аргументы сторонников теории волеизъявления о возникновении вексельного обязательства с момента составления векселя или на основании односторонней сделки. (Разве, если я составил бумагу под названием «вексель» со всеми реквизитами, и эта бумага находится у меня на руках, могут возникнуть какие-либо права или обязанности? Конечно же нет! Очевидно, до тех пор, пока акт передачи не состоится, бумага под названием «вексель» остается простой бумагой. Акт передачи векселя состоится только в случае согласия его принять векселеприобретателем). *Для возникновения обязательства между составителем векселя (векселедателем) и принимающей стороны необходимо согласие последней о принятии векселя*, т. е. первопричиной возникновения обязательства по векселю является *договор*. Автор исследования счел целесообразным при характеристике договора и вексельного обязательства использовать проверенные тысячелетиями правовые понятия, раскрывающие сущность и природу гражданско-правовых обязательств и договоров. «... Воля человека, – как замечает профессор Рене Саватье, – вносит жизнь в право. Она выражается главным образом в договорах, которые представляют собой согласие воли двух или нескольких лиц, создающее правовые последствия<sup>104</sup>. (Выделено авт.)

### 1.1. Дуалистическое понимание векселя

Основой исторической науки является хронология. Без нее невозможно представить существование ни эмпирического, ни теоретического знания в цивилистике. Она включает в себя последовательность, порядок исторических событий. Следовательно, вексель, учения о векселях необходимо исследовать хронологически с момента их возникновения. Возникновение, изучение и последовательное развитие учения о векселе составляет важное звено в познании современного векселя. По мнению специалистов вексельного права, вексель возник в XII–XIII вв. в Италии как результат торгового оборота между различными городами-государствами<sup>105</sup> и как следствие острой необходимости в размене и переводе денег. Активное использование векселя в Италии в торговом обороте, по словам профессора Г. Ф. Шершеневича<sup>106</sup>, относится к XII в. Чтобы избежать перевозки денег, прибегали к оборотным письменным доку-

<sup>102</sup> Brunner H. Die Wertpapiere. Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. – Leipzig, 1882. – 74 s.

<sup>103</sup> Агарков М. М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М.: Волтерс-Клувер, 2005. – С. 259.

<sup>104</sup> Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк / пер. с фр. и вступ. ст. д.ю.н. Р. О. Халфиной. – М.: Прогресс, 1972. – С. 141.

<sup>105</sup> См., например: Нерсесов Н. О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права // Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. – М.: Статут, 1998. – С. 116–167; Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.). – М.: Спарк, 1994. – С. 264–266; Добрынина Л. Ю. Вексельное право России. – М.: Спарк, 1998. – С. 4; Ильин В. В., Макеев А. В., Павлодский Е. А. Вексельное право. Общие положения и юридический комментарий. – М.: Банковский деловой центр, 1997. – С. 7–8, и др.

<sup>106</sup> Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права ч. – М.: Спарк, 1994. – С. 266–269.

ментам. Обменная контора на переданную монету обещала вернуть ее в установленное время и в установленном месте. В удостоверение права на получение эквивалентных денег выдавалась расписка. Лицо, получившее наличные деньги и выдавшее расписку, не являлось плательщиком, а действовало как гарант исполнения обязательства по расписке. Такой документ имел многие признаки современного переводного векселя. Это мнение правоведов ни в дореволюционное время, так и современную эпоху не оспаривал и не оспаривает. В настоящее время оно является чуть ли не аксиомой. Правда, в отличие от многих авторов, В. А. Белов полагает, что следы документов, служащих прототипом векселя, обнаружены в Древнем Вавилоне (правда, проф. В. А. Белов, не указывает источники заимствования этой информации – *Примеч. авт.*),<sup>107</sup> Он также утверждает, что временем рождения векселя следует считать рубеж XI–XII вв. Как доказывал автор в предыдущем разделе работы, векселеподобные обязательства существовали и в римском частном праве. Как считает профессор В. М. Гордон, «в начальный период развития векселя (XI и XII в.) юристы того времени, воспитанные на принципах римского права, понимали вексельное обязательство, прежде всего, как договорное и старались отнести его к одному из типичных договоров»<sup>108</sup>.

Некоторые примеры устойчивого гражданско-правового знания нередко рассматриваются как «вечное», «абсолютно истинное» или просто «истинное» знание, что характерно для работ профессора В. А. Белова, который признает истинной только теорию одностороннего волеизъявления. Однако, на наш взгляд, такая оценка знания не является обоснованной. Ошибочно отождествлять устойчивое знание с вечным, неизменным знанием. Даже если некоторое знание не изменилось за два тысячелетия, нет основания считать, что оно останется таким же и в будущем. Поэтому договорную или другую теорию векселя (в том числе теорию векселя об одностороннем волеизъявлении, возникшую однажды после появления работы профессора К. Эйнерта в 1839 году в восточной Германии) нельзя признать истиной, установленной раз и навсегда. Следует отметить, что ученым, как и вообще человеку свойственен субъективизм, отсутствие объективности, приписывание событиям и личностям прошлого несуществующих, надуманных качеств.

В процессе эволюции человеческого общества и усложнения экономического оборота совершенствовалась форма векселя. В дальнейшем он становится орудием кредита и надежным средством платежа и получения долга. К концу XVI в. вексель приобретает основные современные черты и распространяется по всей Европе.

Хотя вексельное право, как указывалось выше, зародилось в Италии, однако, впоследствии, с принятием Французского Торгового Ординанса 1673 г. французское вексельное законодательство получило признание во всех Европейских государствах. Во французском векселе определяющее значение имеет договор как основание выдачи векселя. Так, в ст. 16 Титула V Торгового Ординанса 1673 г. записано: «...на векселедателей и индоссантов переводных векселей возлагается обязанность доказать, что лица, на которых векселя были выписаны, имели перед ним задолженность...»<sup>109</sup>.

Первым и основным типом векселя, по мнению профессора Г. Ф. Шершеневича (данный факт общепризнан), является французский: «Французское вексельное законодательство характеризовалось тем, что вексель стал оборотным документом. До этого вексель хотя и обладал передаваемостью, но его оборотоспособность была ограничена. Оборотоспособность векселя достигалась путем совершения надписи на обороте документа (*in dasso*), называемой индоссаментом. Индоссаментом передавались все права по векселю. Индоссамент признан во Фран-

<sup>107</sup> Белов В. А. Очерки по вексельному праву. – М.: Статут, 2000. – С.15.

<sup>108</sup> Гордон В. М. Вексельное право. Сущность векселя, его составление, передача и протест // В. М. Гордон. – Харьков: Юрид. Изд-во НКЮ УССР, 1926. – С. 68.

<sup>109</sup> Коммерческий кодекс Франции / пер. с фр. В. Н. Захватаева. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – С.1123.

ции сначала законом 1654 г., а впоследствии – торговым уставом 1673 г., окончательное и всеобщее распространение приобрел по французскому торговому кодексу 1807 г. При этом по французскому вексельному законодательству передача векселя по надписи допускалась только с согласия векселедателя, выраженного в самом векселе. Каждый надписатель отвечал только перед тем, кому он сам передал вексель. В дальнейшем допущен регрессный иск к любому из надписателей, минуя предшественника, однако при этом истец терял право регресса к надписателям, которых он пропустил»<sup>110</sup>. После появления нового типа векселя – германского<sup>111</sup>, начинается отсчет германского периода развития векселя. Профессор Г. Ф. Шершеневич выделяет следующие особенности германского типа векселя:

1. Главная – он признается абстрактным обязательством, совершенно оторванным от своего основания (французский вексель требовал указания, по какому основанию он выдан).

2. Германский вексель обладает свойством передаваемости, пока иное не установлено волей векселедателя (во французском векселе передаваемость устанавливалась только волей векселедателя). Кроме того, формальная вексельная строгость, характерная для французского векселя, была заменена материальной вексельной строгостью, по которой все условия, указанные в векселе, имеют силу достоверности, а те, которые не нашли отражение в документе, не имеют значения для вексельного обязательства, т. е. действует принцип: «чего нет в векселе, того не существует в мире».

Вторая половина XIX в. характеризуется тем, что в юридической литературе европейских государств, в том числе России, как правило, под влиянием трудов германских правоведов русскими учеными активно исследуется вопрос о юридической сущности ценных бумаг и векселя в частности.

Вопрос о правовой природе ценных бумаг всегда считался одним из сложных как в цивилистической науке, так и в литературе. Как указывает профессор Н. О. Нерсесов<sup>112</sup>, в XIX в. под влиянием в основном немецких юристов вырабатываются две теории возникновения ценных бумаг: договорная теория и теория одностороннего обещания. Основателем договорной теории ценной бумаги является Ф. К. Савиньи (Savigny F. C.), который в своем труде «Обязательственное право»<sup>113</sup>, подчеркивает, что «договор, как известно, есть совместное соглашение двух договаривающихся волей. До этого момента нет договора; воля каждой стороны, в отдельности взятая, не составляет еще договора: необходимо их единение». Согласно Савиньи, для действительности ценных бумаг как юридического акта кроме договорного соглашения как первоначального основания их возникновения, требуется, еще передача документа в руки другого лица – приобретателя. Следовательно, простая подпись должника под документом не придает последнему юридической силы, необходимо принятие его противной стороной, другими словами, требуется *traditio* документа. Но и эта теория, будучи в своем основании договорной, не дает удовлетворительного ответа в некоторых случаях. Например, если бумага на предъявителя перешла помимо воли должника (выдавателя документа) в чужие руки и стала циркулировать, то, каково должно быть положение последующих добросовестных приобретателей?<sup>114</sup> Договорная теория Савиньи (Savigny F. C) была развита в работах Бруннера, Унгера, Гольдшмидта и других. Так, по мнению Бруннера (Brunner H.)<sup>115</sup>, юридическая сделка возникает не с момента изготовления документа, а с момента традиции: «*Traditio facit logui chartam*», т. е. вексель, хотя и подписывается векселедателем, не устанавливает обязательства.

<sup>110</sup> Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. – С. 267.

<sup>111</sup> Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. – С. 268.

<sup>112</sup> Нерсесов Н. О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права // Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. – М.: Статут, 1998. – С. 200.

<sup>113</sup> Савиньи Ф. К. Обязательственное право: пер. с нем. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 576.

<sup>114</sup> Савиньи Ф. К. Обязательственное право: пер. с нем. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 427–523.

<sup>115</sup> Brunner H. Die Wertpapiere. Handbuch das deutschen Handels-, See- und Wechselrechts – Leiprig, 1882. – 421 s.

Таким образом, чтобы вексель породил какое-либо обязательство, необходимо принять его противной стороной. Юридическое действие векселя начинается только с переходом в чужие руки. Как полагает Унгер (Unger F)<sup>116</sup>, бумаги на предъявителя – суть литеральных контрактов современного права, дальнейшая передача которых совершается на основании новации с переменной личности кредитора.

Как было отмечено, с момента появления труда «*Das Wechselrecht nach dem Bedürfniss des XIX Jahrhunderts*» (1839) немецкого ученого К. Эйнерта, рассматривающего вексель как купеческие деньги, и принятия Общегерманского вексельного Устава (1848) представление о векселе коренным образом меняется. Вексель приобретает абстрактную основу, оторванную от обязательства между лицами вексельных отношений. Это в определенной степени способствует возникновению теории одностороннего (внедоговорного) обещания, родоначальником которого является немецкий цивилист *Johann Emil Kuntze*<sup>117</sup>, который в своих работах обосновывает эту теорию и доказывает, что вексель обязан своим созданием одностороннему акту воли лишь одного лица, изготавливающего и подписывающего вексельный документ. Разновидности данной теории – теория добросовестного приобретения, в России и в отдельных государствах, входящих в Женевскую систему вексельного права, играют доминирующую роль в различных исследованиях векселей. Профессор Б. Б. Черпахин так характеризует основные вексельные теории: «теория добросовестного приобретения, оставаясь на почве теории креации, отмечает необходимость еще некоторых дополнительных моментов в фактическом составе, именно добросовестности приобретения, причем под последней понимается не какой-либо волевой акт, а лишь определенное состояние сознания, т. е. не юридическое действие, а юридическое событие. Эта теория есть исправленная и дополненная односторонне-сделочная теория креации; она отмечает, что для возникновения права векселедержателя недостаточно одностороннего обоснования векселя векселедателем. Последним вексель изготавливается и выпускается в обращение, и для этого его волеизъявления вполне достаточно; но для того, чтобы возникло право векселедержателя и, следовательно, произошла перфекция вексельного отношения, необходимо, чтобы было налицо известное состояние сознания векселедержателя. В каких случаях и поскольку это требуется: от первого приобретателя или же от всякого держателя векселя; нарушается ли это требование наличностью знания о неправомерности выбытия векселя из рук векселедателя, или же достаточно того, чтобы при наличии определенных условий – обстоятельств векселедержатель должен был бы знать об этом, – все эти детали могут быть определены лишь в результате исследования конкретного содержания относящихся сюда норм положительного права. Таковы четыре главнейшие односторонне-сделочные теории. В сущности говоря, все рассуждения представителей теории одностороннего волеизъявления и их споры между собою, так же, как и со сторонниками договорной теории, вращаются вокруг одного основного вопроса: с какого момента следует считать обоснованным вексельное отношение. Сторонники договорной теории говорят: со времени принятия векселя первым приобретателем. Для представителей односторонне-сделочной теории вопрос о моменте перфекции вексельного отношения означает:

1) с какого момента следует считать изъясненной (*erklärt*) или обнаруженной (*geäußert*) одностороннюю волю векселедателя или всякого другого обязанного по векселю лица – принять на себя вексельное обязательство, и

2) какие дополнительные обстоятельства, не нарушающие односторонне-сделочного характера отношения, являются необходимыми элементами фактического состава».<sup>118</sup>

<sup>116</sup> См.: Unger F. System des Oesterreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. II. 90. – Wangerow, 1984. – 608 s. (287-301s.).

<sup>117</sup> См.: Johann Emil Kuntze. Das Wechselrecht. – Fues, 1884. – 350 s.

<sup>118</sup> Черпахин Б. Б. Юридическая природа векселя и Положение о векселя 1922 года // Тр. по гражданскому праву. – М.: Статут, 2001. – С. 43–445.

Сторонники одностороннего обещания склоняются к мнению, что ценные бумаги возникают благодаря односторонней воле должника. Этот последний изготавливает бумагу, подписывает ее и таким образом создает новую ценность, которая наступает лишь с переходом документа в руки другого. Один из основоположников этого учения, Кунце, обосновывает тезис о том, что документ, ценная бумага получают юридическую жизнеспособность благодаря односторонней воле должника. Таким образом, документ как таковой считается действительным благодаря воле должника, односторонне в нем выраженной, но практическое действие его парализовано до тех пор, пока он не перейдет в руки приобретателя. Обобщая теорию одностороннего обещания, Н. О. Нерсесов<sup>119</sup> обращает внимание на следующее: все существующие в германской юридической литературе мнения по данному вопросу подходят под одну из двух приведенных теорий (**договорная теория, теория одностороннего обещания**. – *Примеч. авт.*) и различаются между собой лишь в частности. По мнению Н. О. Нерсесова, указанные теории и взгляды авторов на юридическую природу ценных бумаг, в том числе на вексель, имеют существенные недостатки, которые уменьшают ценность этих теорий и взглядов. Так, Бруннер<sup>120</sup> («договорная теория», см. выше. – *Примеч. авт.*) не различает два момента в ценных бумагах<sup>121</sup>: возникновение и приобретение прав по ним. Традиция необходима для второго, а не для первого. В это время появляются работы, объясняющие различные стороны теории договорного происхождения векселя. Одним из основоположников договорной теории является немецкий цивилист Н. Толь (*Thöl H.*)<sup>122</sup>, который доказывает возникновение вексельного обязательства фактом заключения договора вне векселя.

Как показывают источники, в XIX в. в объяснении происхождения векселя признавалось определенное практическое значение и договорная теория векселя. Следует акцентировать внимание на том, что среди цивилистов дореволюционной России не было однозначного подхода к теории возникновения векселя как ценной бумаги. Одни авторы твердо стоят на позиции договорного характера векселя, другие считали его обязательством, вытекающим из одностороннего обещания. Среди русских ученых, чьи труды о договорном характере вексельного обязательства не утратили своего значения в наше время, можно назвать профессора Г. Ф. Шершеневича<sup>123</sup>, В. Д. Каткова<sup>124</sup> и других, которые рассматривают вексель как договорное обязательство, при этом отмечают, что имеют в виду не то договорное отношение, которое приводит к векселю (например, куплю-продажу или заем), а то отношение, которое создается векселем. Договорный момент обнаруживается в том, что векселедатель становится ответственным перед векселедержателем в силу передачи ему векселя – документа с намерением обязать перед ним. Профессор Г. Ф. Шершеневич определяет вексель как одностороннее обязательство, основанное на договоре и выраженное в письменной, строго определенной форме – заплатить денежную сумму<sup>125</sup>. Данное определение векселя профессора Г. Ф. Шершеневича является одним из исходных положений договорной теории векселя. Источники по вексельному праву в русской цивилистике (конец XIX – начало XX в.) позволяют утверждать автору настоящей работы, что сторонники договорного происхождения векселя договорным признают только основное вексельное обязательство, а второстепенные вексельные обязательства ими рассматриваются как внедоговорные. *При этом особо следует подчеркнуть,*

<sup>119</sup> Нерсесов Н. О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права // Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. – М.: Статут, 1998. – С. 200–213.

<sup>120</sup> Brunner H. Die Wertpapiere. Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. – Leipzig, 1882. – 231s.

<sup>121</sup> Нерсесов Н. О. Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. – М.: Статут, 1998. – С. 195.

<sup>122</sup> Thöl H. Wechselrecht. – Göttingen, 1847. – 125 s.

<sup>123</sup> См.: Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. – С. 67; Он же. Учебник торгового права. – Казань: Тип. ун-та., 1899. – 347 с.; Он же. Курс торгового права. – 3-е изд. – Казань: Тип. ун-та., 1899. – 889 с., и др.

<sup>124</sup> Катков В. А. Указ. соч.; Он же. Передача векселя по надписи (индоссамент). – Одесса: Тип. «Техник», 1909.

<sup>125</sup> Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. – Т. 3: Вексельное право. – М.: Статут, 2003. – С. 40.

что дореволюционные авторы фактически не исследовали вопрос о договорах как основание возникновения отдельных второстепенных (подчиненных) вексельных обязательств (Курсив авт.).

К началу XX в. договорная теория векселя выделяется как самостоятельная теория о векселях. Профессор Б. Б. Черепяхин, обобщая взгляды сторонников договорной теории, отмечает следующее: «... С точки зрения договорной теории, вексельное обязательство возникает только после того, как документ передан первому приобретателю на основании соглашения, последовавшего между векселедателем и первым приобретателем. При последовательном применении этой теории, несмотря на всю самостоятельность позиции векселедержателя, могут возникать разные споры по поводу этого первого момента возникновения вексельного обязательства.

Векселеобязанное лицо может защищаться против предъявленного к нему требования указанием на то, что оно никогда не вступало ни с кем в договорные отношения об установлении вексельного обязательства, что хотя вексель, действительно, написан и подписан им, но действия эти сами по себе не имеют юридического значения, и что затем документ был передан им третьему лицу не с целью принять на себя вексельное обязательство, а чтобы передать документ, например, на хранение, для просмотра, как образчик, для того, чтобы объяснить этому третьему лицу, как надо писать векселя и т. п. Такие соображения являются совершенно правильным и последовательным выводом из договорной теории...»<sup>126</sup>.

Следовательно, в дореволюционной России договорной теории векселя появляются отдельные зачатки. Однако, сторонники договорной теории векселя не дают каких-либо объяснений природы данного договора, существенных элементов этого договора, особенно воли и волеизъявления, момента заключения данного договора. Следует также подчеркнуть, что договорным русскими учеными признается только основное вексельное обязательство, а второстепенные вексельные обязательства, они фактически разделяли позиции теории одностороннего волеизъявления, не рассматривают как договорные (Курсив авт.).

Как указывалось в литературе того периода, из всех теорий природы ценной бумаги доминирует теория одностороннего обещания или односторонней воли, согласно которой выдавший обязан, потому что он создал бумагу<sup>127</sup>. Один из основных сторонников этой теории профессор Н. О. Нерсесов формулирует вывод о том, что бумаги на предъявителя (а выдача бланкового векселя равносильна выдаче ценной бумаги на предъявителя. – Примеч. авт.) суть одностороннего формального обязательства, циркулирующего в обороте, подобие реальных вещей<sup>128</sup>. Как справедливо указывает профессор Б. Б. Черепяхин, все многообразие теорий, предложенных для разрешения этого вопроса, при всем их расхождении может быть сведено к двум основным направлениям с большими или меньшими модификациями в пределах каждого из них: теории договорной и теории одностороннего волеизъявления. Представители последней расходятся в деталях, сходятся в признании односторонне-сделочного характера векселя: это теория креации, теория эмиссии (выпуска), передачи и уступки (*Begebungs – oder Aushandigungstheorie*), теория добросовестного приобретения (*Redlich – reitsstheorie*) и другие<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> Черепяхин Б. Б. Юридическая природа векселя и Положение о векселях 1922 года. – М.: Право и жизнь, 1923. – Кн. 9-10. – С. 8–9.

<sup>127</sup> Черепяхин Б. Б. Юридическая природа векселя и Положение о векселях 1922 года. – М.: Право и жизнь, 1923. – Кн. 9-10. – С. 176.

<sup>128</sup> Черепяхин Б. Б. Юридическая природа векселя и Положение о векселях 1922 года. – М.: Право и жизнь, 1923. – Кн. 9-10. – С. 206.

<sup>129</sup> Черепяхин Б. Б. Юридическая природа векселя и Положение о векселях 1922 года // Труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2001. – С. 33–35.

Дореволюционные ученые, как и послереволюционные, под юридической природой векселя понимают характер основания вексельного обязательства. Как нам представляется, это верный вывод.

К сожалению, после революции происхождение векселя, юридическая природа векселя и вексельного обязательства, особенно природа отдельных подчиненных (второстепенных) вексельных обязательств как договорных, не являются предметом самостоятельного исследования советских, постсоветских ученых-правоведов, вследствие чего указанная проблема не находит полного отражения в науке вексельного права и в специальной литературе.

Абсолютное большинство специалистов вексельного права XIX в., как правило, рассматривают (произведения Н. О. Нерсесова, Кунце и др.) вексельное обязательство как обязательство, основанное на односторонней сделке или одностороннем обещании. Такое положение характерно и для науки вексельного права Новейшего времени. В изданных в последние годы в России научных работах по векселистике авторы в редких случаях понимают под векселем и основным вексельным обязательством договорное обязательство. В современную эпоху, в один из переломных этапов в истории развития науки о векселях, остро встает вопрос о его будущей правовой конструкции. В современной цивилистической науке на фоне потока научных трудов по вексельному праву работ, затрагивающих вопросы договорной теории векселя, крайне незначительно.

В начале советского периода появляется труд известного ученого-цивилиста Н. Г. Вавина, который на основании ст. 1 и 10 Положения о векселях 1922 г.<sup>130</sup> делает вывод о договорном характере юридической природы векселя<sup>131</sup>. Однако, вследствие реформ 1930–1931 гг. в СССР вексель перестал употребляться и фактически перестает быть предметом отдельных научных исследований в России до начала 90-х гг. XX в.

В постсоветское время исследовательский интерес к вексельному праву постоянно растет, одним из побудительных моментов этого являются противоречивость, нестабильность и отсутствие единообразного применения отдельных норм вексельного законодательства в судебной и судебно-арбитражной практике по разрешению вексельных споров. На сегодняшний день очевидным является и то, что объем выпущенных векселей растет быстрыми темпами с каждым годом (См. введение: *Так, по данным Центрального Банка России, сумма учтенных кредитными организациями векселей на 1 декабря 2008 г. составила 232,3 млрд руб., рост по сравнению с аналогичным периодом 2007 г. почти на 18 %.*<sup>132</sup> *,а вложения только банков России в векселя в 2010 г. выросли на 41 %.*<sup>133</sup> *и имеется устойчивая тенденция к их росту (Так, на 1.10.12 года портфель только учтенных банками векселей составил 311 млрд руб., увеличившись с начала 2012 г.*<sup>134</sup>). *По данным авторитетных источников, общий объем векселей в 2010 г. в России составил более 2,5 трлн рублей, а в 2013 г. только за первый квартал составил 1064 млрд руб.*<sup>135</sup> *Это обстоятельство также предопределило дальнейшие исследования векселя и вексельного обязательства, поскольку право не могло быть впереди естественных процессов, наоборот, право всегда отставало от этих процессов. Кстати, тенденция роста оборота векселей в экономике характерна не только для России, но для и ведущих развитых государств (к примеру, в Германии только за один день, 28 октября 2011 г., в ходе тендеров были размещены векселя почти на 3 млрд евро*<sup>136</sup>, *24 сентября 2012 г. а правительство Гер-*

<sup>130</sup> Собрание Указов. – 1922 г. – № 25. – Ст. 285.

<sup>131</sup> См.: Вавин Н. Г. Научно-практический комментарий Положения о векселях. – М.: Юрид. изд-во Н.К.Ю., 1923. – 32.

<sup>132</sup> Бюллетень банковской статистики. – 2009. – № 1. – С. 34.

<sup>133</sup> Финансовые известия. – 2011. – 28 января.

<sup>134</sup> «Обзор финансового рынка» за 2012 года Департамента ЦБ РФ // [www.cbr.ru](http://www.cbr.ru)

<sup>135</sup> «Обзор финансового рынка» за 2012 года Департамента ЦБ РФ // [www.cbr.ru](http://www.cbr.ru)

<sup>136</sup> Обзор рынка казначейских векселей Великобритании и Германии – 1 октября 2011 года // [instaforex.com](http://instaforex.com).

мании разместило векселя со сроком погашения один год на сумму 1,173 млрд евро<sup>137</sup>, а всего в 2012 г. было размещено векселей на 270,1 млрд евро<sup>138</sup>. В США на аукционе 4 недельных векселей, прошедшем 18 октября 2011 г., было реализовано векселей на 30 миллиардов долларов<sup>139</sup>, а на аукционе 4-недельных векселей, прошедшем 23 января 2013 г., было реализовано \$ 30 001 217 500 в казначейских векселях<sup>140</sup>).

Появляется огромный массив монографий и учебных пособий, посвященных рассмотрению вопросов отечественной науки вексельного права и вексельному обращению, в которых вексель, как правило, анализируется с точки зрения положений только одной теории – теории одностороннего волеизъявления. Исследование векселя и вексельного обязательства в данных работах строится на теории односторонней сделки или одностороннего обещания либо ее разновидностей – эмиссионной, креационной теорий, теории добросовестной приобретения и т. п., что связано, по мнению автора, с доминированием в российском вексельном праве взглядов, точек зрения, суждений и выводов сторонников данной теории. Так, профессор В. А. Белов в докторской диссертации «Проблемы цивилистической теории российского вексельного права» в категорической форме утверждает о том, что он не приемлет договорного происхождения векселя, поскольку «договор как юридический факт принципиально несовместим с теми юридическими свойствами, которыми обладает вексель как ценная бумага, а именно – свойствами публичной достоверности и абстрактности»<sup>141</sup>. Как нам представляется, договор как юридический факт присутствует во многих вексельных отношениях. Основные постулаты теории добросовестного приобретения, которые легли в основу диссертационного исследования профессора В. А. Белова, не могут дать объяснения многим вопросам вексельного права и тенденциям практики. Представляется, это не совсем верно для поступательного движения учения о векселях. Обилие работ по вексельной тематике само по себе еще не свидетельствует о достаточном уровне доктрины вексельного права. В этих работах исследовательская мысль, за редким исключением, не простирается дальше констатаций факта наличия в вексельном праве точек зрения, рассматривающих договорные начала в векселе<sup>142</sup>.

Требуются фундаментальные исследования в области вексельного права, в частности исследования договорной теории о векселе, поскольку в этом разделе науки гражданского права имеются явные пробелы. Договорная теория не является предметом отдельного монографического исследования у русских авторов в разное время.

Проблемы юридической природы векселя в трудах ученых рассматриваются на протяжении последних лет, но с позиции теории договорного происхождения векселя они малоисследованы.

<sup>137</sup> fi nam.ru

<sup>138</sup> <http://delo.ua/world/zamedlennyj-rost-ekonomiki-germanii-privedet-k-uvelichinij-u-razmeshch-170204/>

<sup>139</sup> [http://instaforex.com/ru/forex\\_analysis/41919/?x=YPG](http://instaforex.com/ru/forex_analysis/41919/?x=YPG)

<sup>140</sup>

[http://www.mt5.com/ru/forex\\_analysis/quickview/80165obzor\\_auktionov\\_kaznacheyskih\\_vekseley\\_ssha\\_i\\_scheta\\_soma\\_\\_\\_24\\_yanvarya\\_2013\\_goda\\_](http://www.mt5.com/ru/forex_analysis/quickview/80165obzor_auktionov_kaznacheyskih_vekseley_ssha_i_scheta_soma___24_yanvarya_2013_goda_)

<sup>141</sup> Белов В. А. Проблемы цивилистической теории российского вексельного права: автореф. дис. ... д.ю.н. – М., 2004. – С. 31.

<sup>142</sup> См. например: Е. Н. Абрамова. Форма векселя: автореф. дис. ... к.ю.н. – Владивосток, 2002; Белов В. А. Проблемы цивилистической теории российского вексельного права: автореф. дис. ... д.ю.н. – М.: 2004; Дробышев С. Ю. Вексель в коммерческом обороте: автореф. дис. ... к.ю.н. – СПб., 1996; Добрынина Л. Ю. Основные проблемы развития вексельного права России на современном этапе: автореф. дис. ... к.ю.н. – Екатеринбург, 1997; Кремер Ю. А. Гражданско-правовое регулирование вексельной ответственности: автореф. дис. ... к.ю.н. – Екатеринбург, 1998; Габов А. В. Вексель в системе российских ценных бумаг: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 1999; Рукавишников И. В. Вексель как объект гражданских прав: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 1999; Грачев В. В. Акцепт векселя: автореф. дис. ... к.ю.н. – СПб., 2001; Зорин Н. А. Права векселедержателя по законодательству России: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 2001; Можаяев Л. В. Правовое регулирование векселя и вексельного обращения в законодательстве Российской Федерации: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 2002.; Трегубенко Е. Ю. Оредерные ценные бумаги: автореф. дис. ... к.ю.н. – СПб, 2003, и др.

Не признавая аргументы сторонников теории одностороннего волеизъявления, профессор Г. Ф. Шершеневич справедливо указывает на следующее: «... рассматриваемая теория оставляет открытым вопрос, кто же является кредитором по векселю в момент его создания, пока еще никто не выразил своей воли приобрести его? Возможно ли допустить существование обязательства с одной обязанностью без права требования? Можно ли говорить о возникновении вексельного обязательства в силу одного создания векселя, когда тою же одностороннею волей должника вексель может быть уничтожен без всяких юридических последствий?»<sup>143</sup>. На эти вопросы в диссертационных исследованиях, ни в научных работах по вексельному праву сторонниками теории одностороннего волеизъявления (в том числе профессора В. А. Белова) *не даются ответы до настоящего времени*.

Однако с отрицанием договорной теории векселя вряд ли можно согласиться, поскольку судебная и судебно-арбитражная практика России не воспринимает теорию одностороннего волеизъявления векселя, констатируя его договорный характер. Несомненно, действует негласное правило: наука служит интересам практики, а не наоборот. Договорный характер основного вексельного обязательства следует также из норм ст. 17 Положения о переводном и простом векселе, согласно которым лица, к которым предъявлен иск по переводному векселю, не могут выдвинуть векселедержателю возражения, основанные на их личных отношениях к векселедателю или к предшествующим векселедержателям, если только векселедержатель, приобретая вексель, не действует сознательно в ущерб должнику. *Таким образом, закон указывает на эти отношения как договорные*. Одностороннее волеизъявление (одностороннее обещание) не может порождать основное вексельное обязательство. К примеру, я составил простой вексель, себя записал векселедателем. Данное обстоятельство не указывает на возникновение вексельного обязательства. Допустим, согласимся с мнением сторонников теории одностороннего волеизъявления и предположим, что возникло вексельное обязательство. Кто же выступает кредитором по обязательству? Кому я должен совершить платеж? Лицу, которое указано в векселе? *Если вексель мною не передан никому, у меня, как у векселедателя, нет обязанности совершить платеж по векселю! Такая обязанность векселедателя возникает только с момента передачи векселя первому векселедержателю*. Чтобы вексель был передан первому векселедержателю, только односторонней воли векселедателя недостаточно, *необходимо встречное волеизъявление на принятие этого векселя*. Следовательно, без совпадения воли и волеизъявления на выдачу и принятие конкретного векселя не может возникнуть основное вексельное обязательство. Когда имеет место совпадение воли и волеизъявления сторон по векселю на выдачу и принятие векселя, а это возможно только при наличии воли и волеизъявления на установление, изменение или при прекращении вексельных прав и обязанностей, – это значит договор, который мы называем, чтобы отличать от других договоров – вексельным. Таким образом, одностороннее волеизъявление выдавателя (или передающего) векселя не порождает основное вексельное обязательство без встречного волеизъявления с другой стороной векселепринимающего.

Специалисты справедливо отмечают, что «современная российская доктрина и правоприменительная практика сталкиваются и вынуждены разрешать во многом те же вопросы, что и сто лет назад, хотя в некотором смысле положение современных юристов (теоретиков и практиков) существенно сложнее. Объяснение тому кроется в определенной неразвитости национального вексельного законодательства, состоящего по существу всего лишь из норм Конвенции 1930 г. ...»<sup>144</sup>. Представляется, что только договорная теория, судебная и судебно-арбитражная практика применения вексельного законодательства, исходящая из договорного

<sup>143</sup> Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. – С. 49.

<sup>144</sup> Маковская А. А. Вексельное и морское право в России в 20 веке (разные судьбы) / вступ. ст. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. – Т. 3: Вексельное право. – М.: Статут, 2003. – С. 12–13.

понимания вексельного обязательства, позволяют в полной мере уяснить вопросы предъявления векселя к платежу (акцепту) и его правовые последствия, об определении момента возникновения и прекращения вексельного обязательства, об установлении систем вексельных обязательств, о месте системы вексельных обязательств в системе общегражданских обязательств и их взаимосвязь, а также другие вопросы развития векселя.

Качественный теоретический поиск нового в возникновении векселя и вексельного обязательства, их места в современном российском гражданском праве возможен только на базе ясного понимания того, что вексель является сложным и уникальным правовым явлением. Невозможно полностью понять вексель, не исследовав всех его составляющих. Юридическую природу векселя невозможно уяснить, если отвергать договорный характер вексельного обязательства.

В науке вексельного права наблюдается парадоксальное сочетание фактически двух взаимоисключающих теорий – договорной теории векселя и теории одностороннего волеизъявления (обещания). Эти теории не только уживаются, но и являются формами научного познания векселя, дают представление о векселе с разных правовых точек зрения. Следует отметить, что многие (а в России в настоящее время – абсолютное большинство) признают только теорию одностороннего волеизъявления, выдвигая ее в качестве непререкаемой истины. Они полностью отказываются признавать за договорной теорией векселя какого-либо объективного значения, однако не дают сколько-нибудь убедительного объяснения такого невосприятия ими договорной теории векселя. Представляется, что сторонники данной трактовки, абсолютизируя теорию одностороннего волеизъявления (одностороннего обещания), создают искаженное однобокое представление о векселе. Автор полагает верным утверждение Д. С. Пахомова о том, что монизм в вексельном праве невозможен<sup>145</sup>. Несостоятельность монизма в вексельном праве аргументирует В. Д. Катков: «...нельзя свести теорию векселя к одному началу. Никакой «монизм» здесь невозможен. Живая действительность векселя слишком разнообразна, чтобы можно было втиснуть ее в рамки одного какого-либо принципа...»<sup>146</sup>. Данный вывод профессора В. Д. Каткова о дуализме векселя не потерял своей актуальности и в наши дни. С. М. Барац, не разделяющий мнения о договорной теории векселя, писал: «Если за вексельным обязательством нельзя признать характер одностороннего обязательства, то и противоположная (договорная) теория, взятая в своей исключительности, тоже не может быть признана безусловно правильной»<sup>147</sup>. Следовательно, и С. М. Барац не отрицает дуалистическую концепцию векселя.

Между тем обе теории, по существу, истинны. Это обусловлено тем, что *вексель следует рассматривать как дуалистическую конструкцию и вексельное обязательство как сложноподчиненное гражданско-правовое обязательство, состоящее из основного обязательства (возникновение которого возможно только на основании договора) и подчиненных обязательств, основаниями которых может быть как договор, так и односторонняя сделка.* Таким образом, в науке вексельного права складывается такая специфическая ситуация, когда по одним и тем же вексельным проблемам, в объяснении одних и тех же вексельных институтов выдвигаются две (с учетом разновидностей и более) теории, объединяющие сущность векселя. Придет время (но не в ближайшем будущем), как полагает автор, на их основе будет создана новая вексельная теория, которая включит в себя переосмысленное истинное, положительное, которое содержит каждая теория.

<sup>145</sup> Пахомов Д. С. Вексельные теории об основаниях вексельного обязательства: монизм невозможен / Д. С. Пахомов // Юрист, 2001. – № 7. – С. 11–14.

<sup>146</sup> Катков В. Д. Указ. соч. – С. 15.

<sup>147</sup> Барац С. М. Курс вексельного права в связи с учением о векселях и вексельных операциях / С. М. Барац. – СПб.: Тип. товарищества «Обинст. польза», 1893. – С. 15.

## 1.2. Договорная теория векселя

*Договорная теория как форма научного познания о векселе является самостоятельной теорией и представляет собой совокупность понятий и суждений, относящихся к векселю.* В последние годы среди ученых-цивилистов все чаще звучат высказывания о «чистой» цивилистической теории, согласно которой только теория имеет какое-либо значение для гражданско-правовой науки, а практика применения гражданского, в том числе вексельного, законодательства, истолковывается как нечто, лишенное творческих начал. Но, если руководствоваться диалектикой или ориентироваться только на эмпирические чувства и потребности, можно установить, что именно *практика (вексельного оборота) создает условия для познания векселя и выдвигает новые проблемы.* Наука вексельного права развивается, главным образом, решая проблемы, поставленные перед ней вексельной практикой. Только вексельная практика является побудительной формой для исследования векселя. К примеру, вексель в России с 30-х до начала 90-х гг. XX в. внутри страны практически не использовался. Вследствие этого не было целенаправленных исследований векселя в науке гражданского права, в частности, теории вексельного права. Как только с начала 90-х гг. прошлого века вексель начинает активно использоваться в экономике, поднимается настоящий бум. Появляется большое количество публикаций по вексельному праву, в том числе диссертаций и монографических исследований. Следовательно, только практические потребности вызывают определенное развитие научного познания, а *результаты научного исследования в любой области человеческого познания можно проверить только практическим путем.* Вся история науки вообще и гражданско-правовой в частности подтверждает аксиому, что только практика является предпосылкой конкретных теоретических исследований. На это обращают внимание отечественные цивилисты. Профессор О. А. Красавчиков характеризует взаимосвязь науки и практики следующим образом: «Взаимосвязь советской науки гражданского права с юридической практикой (практикой работы суда, прокуратуры, арбитража и иных органов, применяющих нормы права) многопланова... Наука своими теоретическими исследованиями помогает юридической практике более правильно уяснить и применять нормы действовавшего права. Здесь, в частности, следует указать на монографические исследования, посвященные отдельным правовым институтам, статьи, в которых обобщается практика по тем или другим важнейшим категориям гражданских дел, и т. д. В этом смысле наша цивилистическая наука освещает путь практике применения норм гражданского законодательства. Изучая опыт применения гражданского закона, юридическая наука преследует и ряд иных целей, в частности пополнение и углубление собственных представлений о юридических законах, их жизненности, необходимости внесения соответствующих коррективов в действующие нормы и т. д. Юридическая практика не только воспринимает теории, представления и идеи, вырабатываемые юридической наукой. Она сама, проводя необходимые обобщения в целях стабилизации и единства правоприменительной практики, оказывается перед необходимостью теоретического осмысливания добытых результатов обобщения. Здесь имеются в виду прежде всего обобщения, проводимые нашими высшими судебными, прокурорскими, арбитражными органами. В руководящих разъяснениях этих органов содержится немало теоретических суждений не только о том, как, но и почему именно так следует применять соответствующие нормы права»<sup>148</sup>.

В связи с этим сомнительными представляются выводы профессора В. А. Белова, содержащиеся в его работах по поводу взаимосвязи теории и практики. Так, В. А. Белов усматривает в кризисе теоретической юриспруденции вину практики в лице людей, причастных к ней

<sup>148</sup> Красавчиков О. А. Категории науки гражданского права // Избр. тр.: 2 т. – М.: Статут, 2005. – Т. 1. – С. 204–205.

(судей, юристов-практиков и т. д.)<sup>149</sup>. Направление исследования, ориентированного на чистую науку и теорию, русская цивилистика один раз (в XIX веке) уже проходила. Как указывает известный русский цивилист И. А. Баранов, в Новейшее время явилась смена направления науки гражданского права, с которым гражданское право обращается опять в доктрину, отрешенную от всякой связи с действующим правом и вводится в чистую науку (*Выделено авт.*), исследующую законы развития явлений частноправовой сферы ... Такое направление исследования не имеет каких-либо перспектив без учета практических потребностей<sup>150</sup>. Далее он подчеркивает, что теория гражданского права должна заниматься не только раскрытием законов в области гражданско-правовой жизни, а историко-догматическом изучением отдельных вопросов действующего права, т. е. *теория должна служить потребностям действительной жизни*<sup>151</sup>. Высказывание профессора О. С. Иоффе является весьма актуальным: Важнейшая задача правоведения – обновление юридических наук, отказ от догм и утопий, сосредоточение на том, чего требует жизнь.<sup>152</sup>

Следует заметить, что взаимосвязь теоретической науки и практики универсальна. Любая конкретная форма познания (в том числе познание векселя) имеет свои границы. *Договорная теория векселя обеспечивает выход за пределы непосредственных эмпирических фактов и способна глубоко проникнуть непосредственно в сущность векселя через призму договора. Взаимосвязь теории и практики эффективна при решении проблем, возникающих в ходе вексельного обращения.* Эти проблемы должны быть решены исходя из многовековой истории развития науки вексельного права и вексельной практики. Обобщения профессора Г. Ф. Шершеневича об отношении теории и практики, сделанные более века назад, характерны и для современной российской юридической науки: «Ничего подобного не замечается в России, где не только нет общения между теорией и практикой, но, напротив, обнаруживается какая-то неприязнь, враждебность между теоретиками и практиками. Первые считают содействие правосудию ниже своего достоинства и относятся несколько презрительно к судебной практике, а на попытку отдельного ученого прийти на помощь суду смотрят как на измену научному делу. Вторые со снисходительной улыбкой посматривают на кабинетные эксперименты ученого, не имеющие никакого к ним отношения и, предполагая унизить значение науки, указывают на неумение ее воспитанников составлять канцелярские бумаги»<sup>153</sup>.

Отличие от России, в западных странах иная правовая культура. Как замечает профессор Г. Ф. Шершеневич, «до половины XVIII в. юридические факультеты на Западе пользовались таким уважением со стороны практики, что на их усмотрение и заключение присылались наиболее трудные дела. Настоящее время дает не менее доказательств полного единения науки и судебной практики. Какая масса сочинений выходит из-под пера практиков, которые сегодня занимают судейское кресло или адвокатскую трибуну, а завтра восседают на кафедре в качестве профессора, и наоборот. Постоянные юридические съезды обнаруживают самую тесную связь между теоретиками и практиками. Судьи, прокуроры, адвокаты всюду на Западе вступают на свое поприще, не иначе как в полном научном вооружении и в последующей своей деятельности не прерывают сношений с наукой, но поддерживают постоянным чтением, что лучше всего доказывается массой расходящихся книг юридического содержания. На суде не стесняются приводить цитаты из наиболее известных сочинений, ссылаются на наиболее ува-

<sup>149</sup> Белов В. А. Типичные недостатки диссертаций по гражданскому праву // Вестн. гражданского права. – 2007. – № 1; Он же. Юридическая схолистика как новая научная специальность // Изв. вузов. Правоведение. – 2007. – № 1, и др.

<sup>150</sup> Баранов И. А., Г. Ф. Шершеневич. Наука гражданского права в России // Сборник правоведения и общественных знаний. – СПб, 1893. – Т. 2. – С. 69–71.

<sup>151</sup> Баранов И. А., Г. Ф. Шершеневич. Наука гражданского права в России // Сборник правоведения и общественных знаний. – СПб, 1893. – Т. 2. – С. 69–71.

<sup>152</sup> Иоффе О. С. Избранные труды: В 4 т. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2010. – Т. 4. – С. 677.

<sup>153</sup> Шершеневич Г. Ф. Наука гражданского права. – М.: Статут, 2003. – С. 239.

жаемые авторитеты. Решения французских или германских судов представляют собой образцы умелого применения теории к практике. Тонкий анализ дела, умение выделить юридические элементы, точная и сжатая мотивировка – все это качества западных судов, прекрасно свидетельствующие о высоком практическом значении теоретической подготовки юристов»<sup>154</sup>.

Можно сделать вывод, что позиция сторонников «чистой» гражданско-правовой науки не только не состоятельна, но, по сути, вредна, поскольку искусственно осуществляется отрыв науки от практики. Такая отрицательная тенденция вряд ли служит подготовке высококвалифицированных юристов. И стоит ли после этого жаловаться на отдельные абсурдные решения судов, на принятие актов правоохранительными органами, особенно на низших звеньях власти.

*Договорная теория векселя, по мнению автора, является самостоятельной теорией в вексельном праве, поскольку имеет объект и предмет исследования.* В качестве объекта договорной теории векселя выступает вексель, предметом – отношения, возникающие в связи с выдачей, передачей векселя и исполнением вексельного обязательства. Договорная теория векселя теоретически воспроизводит всю систему вексельных обязательств как целого правового явления через призму договора как юридического факта путем разложения этой системы, выделив из нее такие связи и отношения, которые служат исходной точкой познания векселя.

По нашему мнению, учение о векселях, является целостным, имеет своим исходным пунктом единство и многообразие определенных теорий: договорной и одностороннего изъявления (обещания), причем процесс исторического развития учения характеризуется возникновением новых качественных состояний этих теорий. При этом целостность не подразумевает наличия одинаковых, общих, однообразных подходов теорий к исследованию векселя, скорее, предполагает различные подходы, которые составляют единое целое в системе исследования векселя.

Сказанное позволяет автору сделать вывод *о возможности применения модели дихотомического деления учения о векселях: на договорную и одностороннего обещания (волеизъявления).* Как известно, дихотомия (греч. διχοτομία – сечение на два) – метод классификации делением объема понятия на два сложноподчиненных его вида по схеме «противоречивой противоположности». Предельное дихотомическое деление на два основных потока является устойчивой конструкцией и типологией. В рамках учения о векселях автор считает обоснованным общетипологическое противопоставление договорной теории и теории одностороннего обещания (волеизъявления): подобное деление вытекает из оснований единства и многообразия вексельного учения, в рамках которого происходит деление на два потока, являющихся взаимообусловленными и взаимосвязанными и представляющими единое целое. Модель дихотомического деления не вытесняет какую-либо теорию о векселях из системы учения, напротив, данная типология, выражающая неизменную двоичность единого, через противопоставление явлений способствует более полному изучению векселя.

Договорная теория векселя не остается неизменной. Она постоянно развивается, совершенствуется, проникая все глубже в сущность и юридическую природу векселя. Как и любая другая теория вексельного права, она не отбрасывает накопленные столетиями знания о договорном происхождении векселя, опровергает только устаревшие догмы вексельного права.

Однако договорную теорию векселя нельзя абсолютизировать, поскольку неправомерно требовать от теории объяснения всех фактов, касающихся вексельных отношений. Если признать договорную теорию векселя неколебимой и абсолютной истиной, то она представляла бы «мертвую» теорию. Поэтому договорная теория векселя, как и любая другая цивилистическая теория, является истиной относительной, динамично развивающейся и не может претендовать на абсолютную обоснованность. При этом договорная теория векселя может содержать какие-то частные несогласованности, иметь несоответствия между элементами внутри теории, сви-

<sup>154</sup> Шершеневич Г. Ф. Наука гражданского права. – М.: Статут, 2003. – С. 239.

детельствующие об ее внутренней противоречивости. Это доказывает только одно – постоянное развитие и совершенствование договорной теории векселя.

Таким образом, *договорная теория векселя в современном гражданском праве является частнонаучной методологической основой анализа и познания закономерностей возникновения, изменения и прекращения вексельных обязательств как договорных и объяснения основных этапов этого процесса, характера и механизмов формирования обязательств между субъектами вексельных отношений.* Договорная теория векселя построена на своих принципах: системность, целостность, упорядоченность. Метод сравнительно-исторического анализа договорной теории, отражающий движение от решения простых теоретических проблем к решению сложных позволяет сделать вывод о том, что договорная теория векселя является одной из основ для постижения юридической природы векселя. В динамике развития вексельного учения договорная теория должна опережать систему требований, предъявляемых практикой вексельного оборота. Договорная теория векселя выступает как совокупность исторически сложившихся и закрепленных, устойчивых взглядов, призванных удовлетворить потребности, вызванные вексельным оборотом.

Договорная теория векселя – составной элемент учения о векселях. Это понятие многомерное и многоаспектное. Договорная теория векселя, возникшая в XIX в. как закономерный результат развития научного познания векселя, на современном этапе испытывает потребность в качественной перестройке применительно к современному векселю. Договорная теория векселя содержит исходные данные, раскрывающие содержание векселя.

*Современная судебная практика России не воспринимает положения теории одностороннего волеизъявления, исходит из договорного характера вексельного обязательства. Следовательно, и наука вексельного права адекватно должна реагировать на эту практику.*

## § 2. Природа вексельного договора

Договор как частноправовой институт был известен древним цивилизациям. В римском праве договором признается соглашение двух лиц. Ульпиан, характеризуя гражданско-правовой договор, пишет, что соглашение – это согласие и договоренность двоих<sup>155</sup>. Понятие «договор» в вексельном праве является не только наиболее элементарной, но и основной формой познания векселя, отличающегося от одностороннего обещания. Поэтому его природа – важнейший вопрос современной договорной теории векселя. В настоящее время имеется большое количество концепций, дающих ответ на этот вопрос. Однако, несмотря на большое их разнообразие, намечается довольно устойчивая тенденция объяснить специфику понятия договора применительно к вексельным отношениям. Для многих современных исследователей договор – форма познания, которая выражается конкретно в нормах позитивного права (гражданского права). При этом принимается на веру, что в этом и состоит главная особенность природы вексельного договора (о вексельном договоре – см. ниже). Тем самым как бы дают понять, что вопрос автоматически снят и не требует дальнейших исследований. Между тем данная проблема совсем не так проста, как может показаться на первый взгляд.

Огромный теоретический и научный интерес представляет сущность договора, являющегося основанием возникновения основного (главного) вексельного обязательства и отдельных второстепенных (подчиненных) вексельных обязательств – вексельного договора. Так, в науке русского, советского и российского гражданского права исследования в этой части носят отрывочный характер и не затрагивают конкретики юридической природы векселя. Следует отметить, что договорная теория векселя в русском гражданском праве возникает под влиянием учений германских цивилистов. Одним из основоположников договорной теории в германской цивилистике о ценных бумагах, о векселе в частности, является профессор Ф. К. Савиньи, который рассматривает вексель как договор, представляющий собой особую сделку, имеющую определенную цель, обращение и окончание<sup>156</sup>. Н. Thöl, германский цивилист, фактически заложивший основы и обосновавший договорную теорию векселя в своем труде «Wechselrech» (1847), утверждал следующее: «...Вексельное обязательство устанавливается выдачей и принятием векселя (*Geben und Nehmen*), причем эти два акта должны произойти по соглашению и, вместе взятые, составляют вексельный договор. Для этого передача векселя должна быть совершена с намерением установить вексельное обязательство, предполагаемое, однако, в самом факте перенесения владения, пока кто-нибудь не примет вексель, – вексельного обязательства нет, нет, собственно, и векселя, а есть только исписанная бумага, при этом вексельный договор, по Thöl, не есть простая сделка купли или мены, как это полагали представители старых договорных теорий, – напротив, это договор абстрактный, строго формальный, имеющий аналогий с римской стипуляцией...»<sup>157</sup>. Таким образом, у Thöl<sup>158</sup> мы находим отдельную характеристику природы вексельного договора. Как следует из опубликованных работ, Thöl не стал углубляться в природу вексельного договора, исследовав в основном его внешние черты.

В русской литературе договорную теорию векселя выдвигают Г. Ф. Шершеневич, В. А. Катков. Так, профессор Шершеневич обосновывает договорный характер вексельного обязательства следующим образом: «...Рассматривая вексель как договорное обязательство, мы имеем в виду не то договорное отношение, которое привело к векселю, например куплю-

<sup>155</sup> Дигесты Юстиниана / пер. с лат.; отв. ред. Л. А. Кофанов. – Т. 3. – М.: Статут, 2003. – С. 569.

<sup>156</sup> Савиньи Ф. К. Обязательственное право. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 432–437.

<sup>157</sup> Черепяхин Б. Б. Труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2001. – С. 36–37.

<sup>158</sup> Thöl Н. Wechselrecht / Н. Thöl. – Göttingen, 1847. – 125 s.

продажу или заем, а то отношение, которое создается векселем. Договорный момент обнаруживается в том, что векселедатель становится ответственным перед векселедержателем в силу передачи ему векселя-документа с намерением обязать перед ним. Следовательно, если бы вексель вышел из рук создавшего его векселедателя помимо его воли, вексельное обязательство не создано бы. Вексель, заготовленный и положенный на стол в ожидании того лица, которому он предназначался, похищен этим лицом, вошедшим в кабинет без хозяина. При скоропостижной смерти купца в его железном сундуке находят вексель, приготовленный в ожидании доставки товара. Ни в том, ни в другом из приведенных случаев вексельное обязательство не возникает, потому что вексель не был выдан векселедателем. Между тем момент выдачи является существенным по нашему законодательству, которое постановляет, что: 1) вексель для вступления его в силу в отношении первого приобретателя должен быть выдан ему векселедателем, 2) выдачею векселя векселедатель принимает на себя ответственность за платеж по оному. С другой стороны, одной выдачи или перенесения владения на документ недостаточно, если в этом акте не выражается сознательная воля принять на себя обязательство. Поэтому если вексель передается с иной целью, например для учета в банке, то вексельное обязательство не может возникнуть. Иванов берет от Карпова вексель, чтобы, присоединив на нем свою подпись, получить в банке кредит, а вместо того обращает его непосредственно против Карпова. Нахождение векселя в руках векселедержателя, во владении его, создает предположение договорной выдачи, которая поэтому не требует с его стороны доказательств, но допускает со стороны векселедателя опровержение...»<sup>159</sup>. Разделял эту точку зрения и В. А. Катков<sup>160</sup>.

В советское время Н. Г. Вавин, исследуя нормы ст. 1 и 10 Положения о векселях, основываясь на выводах Г. Ф. Шершеневича, В. А. Каткова, обосновывает договорный характер вексельного обязательства. Согласно договорной теории вексель признается как договорное одностороннее денежное, абстрактное и формальное обязательство. Договор является основанием вексельного обязательства, прежде всего, между векселедателем и первым векселедержателем. При этом основное содержание данного договора – передача векселя векселедержателю с намерением обязать перед ним. *Основные «недостатки» договорной теории векселя, изложенные в работах русских и советских ученых, по мнению автора, следующие:*

1. Договорным, как правило, признается только первоначальное вексельное обязательство между векселедателем и векселедержателем. *Между тем другие вексельные обязательства, в том числе обязательства с участием регрессных должников по векселю, договорными не признаются.*

2. Природа вексельного договора (основание вексельного обязательства) малоисследованна.

3. Исследование существенных элементов, особенно воли и волеизъявления, этого договора не получает должного развития.

4. Малоисследованными являются вопросы о природе договора, послужившего основанием установления, изменения и прекращения конкретного вексельного обязательства.

По мнению Н. А. Крутицкого, «...вексельное обязательство векселедателя в отношении последующих векселедержателей, как правило, и всегда в отношении первого векселедержателя возникает на основании заключаемого векселедателем и первым векселедержателем через выдачу и принятие векселя договора об установлении вексельного обязательства...»<sup>161</sup>. Как считает Д. С. Пахомов, «...сущность вексельного обязательства проявляется в особой связи его с основанием своего возникновения. Такая связь заключается в следующем: должник связан с первым приобретателем бумаги (своим непосредственным контрагентом по вексельной

<sup>159</sup> Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. – С. 40–41.

<sup>160</sup> Катков В. А. Общее учение о векселе: юридическое исследование. – Харьков: Тип. Губ. правл. – 1894. – С. 89.

<sup>161</sup> Крутицкий Н. А. Основания возникновения вексельного обязательства // Правоведение. – 1999. – № 3. – С. 99.

делке) договорными отношениями, которые дают ему возможность приводить против требования последнего все вытекающие из них возражения, тогда как в отношении последующих приобретателей он является обязанным в соответствии со своим односторонним волеизъявлением, получившим выражение в содержании бумаги, и совершенно независимо от отношения к своему контрагенту...»<sup>162</sup>.

Наши исследования показывают, что *основанием отдельных вексельных обязательств может являться не только односторонне обязывающий договор, но и двухсторонне обязывающий*, что будет доказываться в последующих разделах работы.

*Выяснение вопроса о природе договора, послужившего основанием конкретного вексельного обязательства, как полагает автор, является отправной точкой для характеристики вексельного обязательства как договорного, имеет определенный научный и практический интерес. Как представляется, исследование природы договора, послужившего основанием возникновения вексельного обязательства, следует прежде всего опираться на постулаты общего учения о договорах, а не только на нормы позитивного права. При этом договор, послуживший основанием возникновения вексельного обязательства, следует выделить из других общегражданских договоров, и выше нами предлагалось назвать его «вексельным договором». Название «вексельный договор» необходимо также для выделения его из других договоров, послуживших основаниями передачи векселя (купли-продажи, дарения, займа, кредита и т. п.), поскольку на практике, как и в доктрине нередко имеет место отождествление этих договоров.*

Договор, как институт, возникший в римском частном праве, с момента возникновения претерпел определенные изменения. Профессор Б. Б. Черепахин в связи с этим справедливо отмечает: «...Если мы обратимся к истории признания связующей силы договоров, то мы здесь тоже увидим, что к господству положения  *Pacta sunt servanda* – право пришло весьма постепенно: сначала получили признание отдельные типы договоров, постепенно число их умножалось, признание распространялось на определенные категории безымянных договоров ( *contractus innominati*) и бесформальных соглашений ( *pacta*) и, наконец, утвердилось признание связующей силы всякого соглашения, поскольку оно не стоит в противоречии с положительным правом...»<sup>163</sup>.

Когда юрист, специалист, ученый сталкиваются со словом «договор», то часто забывают о суждении профессора Б. Б. Черепехина о связующей силе всякого соглашения. У них невольно появляются ассоциации с договором как понятием, заложенным в гражданском законе: порядок заключения, стадии заключения, существенные и несущественные условия договора, тип договора и т. п. Это ставит человека в узкие рамки закона, и ему тяжело выйти из сложившихся представлений о договоре. Когда говорим, что имеет место договорная теория векселя, возникают вполне обоснованные вопросы: какой тип или вид договора, какие существенные условия этого договора, как выделить стадии договора и т. д. В связи с этим следует обратиться к историческим фактам, как знанию о прошлом, поскольку использование понятия «исторический факт» в значении исторического знания является более определенным и однозначным. Это позволяет избежать не только понятийной путаницы, но и догматизма. Нередко для защиты своей точки зрения мои уважаемые постоянные оппоненты ссылаются на то, «что это исторический факт», т. е. гипотеза выдается за реальное событие. Но любое высказывание о событии представляет собой интерпретацию этого события. Не только высказывание, сама мысль невозможна без интерпретации. Является необоснованным смешение знания и реального события. Исторический факт представляет собой достоверное научное знание о человеческом прошлом. Проблема исторического факта заключается не только в объяснении, но и выделении события или явления. В любой науке, в том числе и гражданско-правовой, существует недостоверное

<sup>162</sup> Пахомов Д. С. Правовое регулирование исполнения вексельного обязательства: автореф. дис. к.ю.н. – М., 2001. – С. 6.

<sup>163</sup> Черепахин Б. Б. Труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2001. – С. 51.

знание. Появление недостоверного знания нередко связано с поверхностным, неглубоким объяснением исторических событий. Следствием недостаточной критики сведений, сообщаемых историческим источником, является неосознанное принятие этих сведений на веру.

Первоначальной исходной точкой, объясняющей «обязательство», «договор» и другие классические институты гражданского права, считается знание, характеризующееся длительной устойчивостью. Устойчивым знанием является такое знание, которое существует, не изменяясь, длительное время, и которое не удалось опровергнуть (найти значительные непреодолимые аномалии). Обычно оно является основой науки.

Автор настоящей работы подвергается постоянной критике по вопросу о природе вексельного договора. Которого. Как полагает автор, *судить о его заключении можно только на основании установления совпадения двух волей договаривающихся сторон на передачу и принятие векселя*. Задаются вопросы: Какой вид или тип договора в векселе? Какие существенные условия договора? Предмет договора? Какие стадии заключения договора (оферта или акцепта) и чем определяется момент заключения договора? и т. д. При этом оппоненты не хотят признать, что договор, к примеру, в Европейском праве, может быть заключен без оферты и акцепта<sup>164</sup>. Критики договорной теории векселя пытаются представить договор в узком правовом значении и только в рамках, очерченных нормами гражданского закона и устоявшихся взглядов на классификацию договора, а не исходят из природы договора. Изложенные в Гражданском кодексе РФ договоры представляют собой замкнутую систему определенных договоров, каждый из которых имеет конкретное значение. Поскольку экономическая жизнь не стоит на месте, постоянно меняется, усложняется, то в определенных случаях поименованные в гражданском законе договоры не могут удовлетворить потребностей гражданского оборота. Между тем нормы п. 2 ст. 421 ГК РФ предусматривают: «Стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами». Профессор Е. А. Суханов справедливо указывает, что «из принципа свободы договора вытекает возможность заключения договоров как предусмотренных, так и не предусмотренных законодательством. На этом основано деление договоров на поименованные (названные в ГК РФ или ином законе) и непоименованные (неизвестные закону, но не противоречащие общим началам и смыслу гражданского законодательства). Такие договоры иногда называют также договорами *sui generis* («своего», т. е. особого, «рода») или «нетипичными договорами». К ним применяются нормы наиболее сходные с конкретным договором или типом договоров (в чем, между прочим, проявляется практическое значение типизации договорных обязательств) и общие положения обязательственного (договорного) права, т. е. правило об аналогии закона, а при невозможности этого – аналогия права».<sup>165</sup> Сказанное профессором Сухановым Е. А., позволяет снять часть вопросов в отношении договора в вексельном обязательстве. Договор в договорной теории векселя является, прежде всего, нетипичным (непоименованным) договором. Другие вопросы о договоре можно будет снять, если *исходить из природы договора как согласование двух волей, в результате которого возникает единая (согласованная) воля, есть ли договор или нет, можно судить, прежде всего, по этим элементам договора*. Есть направленная на установление гражданских прав и обязанностей воля – есть договор, нет такой воли – нет договора. Что же такое воля? Воля – понятие и категория, прежде всего, психологии и философии. Как заметил справедливо профессор В. А. Ойгензихт, «Многие правовые понятия и категории непосредственно определяются соответствующими философскими категориями и понятиями... совершенно недопустимо искусственно создавать «свои» понятия и категории (Курсив авт.), искать специфику там, где ее нет, видеть задачу в конструировании этих поня-

<sup>164</sup> См.: Принципы Европейского договорного права: пер. на рус. яз. А. Т. Амирова, Б. И. Пугинского // Вестник ВАС РФ. – 2005. – № 3. – С. 125–177; № 4. – С. 152–177.

<sup>165</sup> Суханов Е. А. Виды договоров в гражданском праве // Гражданское право: в 2 т. – Т. 2, полутом 1. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Бек, 2000. – С. 158.

тий, а не в их специфичном применении. Многие категории и понятия не могут принадлежать только одной отрасли науки»<sup>166</sup>. Понятие воля как детерминанта поведения человека зародилось в Древней Греции и впервые было явно сформулировано Аристотелем (384–324 гг. до н. э.), который ввел это понятие как объяснительное, чтобы отличать поступки, совершенные на основе разумного субъекта, от поступков, вызванных его желанием<sup>167</sup>. В науке психологии под волей понимается сознательное регулирование человеком своего поведения и деятельности, выраженное в умении преодолевать внутренние и внешние трудности при совершении целенаправленных действий<sup>168</sup>, и волевые действия развиваются на основе произвольных движений и действий<sup>169</sup>. *Категорию «воля» в гражданском праве следует употреблять (применить) в том значении, в каком она поясняется психологией и философией.*

На предопределяющее значение конкретной воли для констатации факта заключения договора неоднократно указывалось в авторитетных суждениях представителей философско-правовой мысли, классиков цивилистики Нового и Новейшего времени, классиков римского частного права. Г. В. Ф. Гегель характеризовал договор как «два согласия, посредством которых осуществляется общая воля»<sup>170</sup>. И. Кант подчеркивал: «Но ни через отдельную волю получающего обещание свое одного переходит к другому; это происходит только через объединенную волю обоих...»<sup>171</sup>.

Профессора В. А. Ойгензихт дает объяснение понятию соглашения. *Соглашение – это согласие, совпадение воли сторон, направленных на одну цель (Курсив авт.).* Соглашение проявляется в двух формах изъявления воли: предложения и принятия. В каждом случае воля выражается односторонним образом, но необходимо, чтобы она была обращена к другой стороне прямо или косвенно. Здесь возникают различные вопросы о формах выражения воли. Нужно отметить, что нет обязательного требования определенности предложения в смысле конкретного субъекта. Вопрос о юридическом эффекте предложения и принятия является спорным<sup>172</sup>.

Таким образом, *воля и волеизъявление сторон являются существенными условиями для любого гражданско-правового договора, в том числе нетипичных (непоименованных).* В отличие от договоров, предусмотренных гражданским законом, о заключении нетипичного договора можно судить только путем установления наличия совпадения воли договаривающихся сторон. Договоры, основания вексельных обязательств относятся к нетипичным. Следовательно, *о наличии или отсутствии договора можно судить только путем анализа соответствующих воли участников вексельного обязательства.* При установке этой воли следует учитывать многое. Только воля вступающих в конкретное гражданское правоотношение может породить конкретный договор. *Нет воли, нет ее изъявления, следовательно, не может состояться и договор.* Условно договор, как и другая гражданско-правовая сделка, состоит из четырех элементов: субъектов, воли и волеизъявления, формы и содержания. Если пороки присутствуют в таких элементах договора, как субъект, форма или содержание, то закон во многих случаях дает возможность их «исцелять» (к примеру, субъект – филиал, не обладающий правосубъектностью и заключивший сделку, но этот порок правосубъектности можно «исцелить», если будет одобрение сделки в последующем юридическом лицом (ст. 183 ГК РФ)). То же самое можно сказать о форме: например, в сделках при уклонении стороны от нотариального

<sup>166</sup> Ойгензихт В. А. Воля и волеизъявление (очерки теории, философии и психологии права). – Душанбе: Дониш, 1983. – С. 5.

<sup>167</sup> Ильин Е. П. Психология воли. – СПб.: Питер, 2009. – С. 235.

<sup>168</sup> Щербатых Ю. В. Общая психология. – СПб.: Питер, 2010. – С. 168.

<sup>169</sup> Маклаков А. Г. Общая психология: учебн. для вузов. – СПб.: Питер, 2010. – С. 374.

<sup>170</sup> Гегель Г. В. Ф. Философия права / пер. с нем. Б. Г. Столпнера. – М.: Мир книги, 2007. – С. 135.

<sup>171</sup> Кант И. Критики практического разума. – СПб.: Наука, 2005. – С. 320.

<sup>172</sup> Ойгензихт В. А. Указ. соч. – С. 121.

удостоверения, другая сторона вправе принуждать к этому (ст. 165 ГК РФ). Если содержание не соответствует предписаниям норм права, то закон в отдельных случаях дает возможность оспорить (оспоримые сделки) эти сделки, путем, к примеру, установления специальных сроков исковой давности (1 год, ст. 181 ГК РФ), т. е. «исцелять» недействительные оспоримые сделки. В отличие от других элементов, в отсутствии воли не может возникнуть какая-либо сделка (договор), волю нельзя исцелять. *Воля, которая не изъявлена, также является причиной отсутствия договора.* Она должна быть изъявлена, т. е. о воле лица должны знать окружающие, в первую очередь лица, которые хотели бы установить с ним конкретные гражданско-правовые отношения по поводу какого-либо объекта гражданских прав. Следовательно, воля и волеизъявление являются предпосылкой порождения не только договорного правоотношения, но и других гражданско-правовых отношений, всегда действует принцип единства воли и волеизъявления (*без конкретной воли не может быть ее изъявления, и наоборот, изъявления воли фактически не может быть в отсутствие конкретной воли при нормальном процессе гражданского оборота*).

**Исследование подходов римских юристов к проблемам воли и волеизъявления в гражданском праве позволяет увидеть оптимальные пути решения данных проблем в российском вексельном праве. В римском праве договор, прежде всего, рассматривается исходя из волевого элемента договора. Как же представляли договор в римском праве? Как указывает профессор Ю. Барон, в римском праве двухсторонняя сделка (договор. – Примеч. авт.) возникает из соглашения двух или нескольких самостоятельно друг другу противостоящих волей (*Выделено авт.*)<sup>173</sup>.**

Следовательно, договор представляет собой соглашение двух договаривающихся волей (кстати, приводимое данное определение из римского права в наших работах почему-то неоднократно вызывало непонятную иронию оппонентов). Основываясь на данном определении, проф. Н. О. Нерсесов дает такую трактовку: «договор, как известно, есть совместное соглашение двух договаривающихся волей»<sup>174</sup>. Примерно то же самое утверждает проф. Ф. К. Савиньи: «Договор вообще есть соглашение нескольких лиц, определяющие их юридические отношения в форме выражения общей воли»<sup>175</sup>.

Вексельный договор можно признать и формальным. Формальные договоры были известны римскому праву. Если в гражданском законодательстве понятие «формальный договор» не встречается, это не говорит о том, что такие договоры не могут быть. В римском праве такие договоры были. Они признаются и нашим гражданским законодательством, если его условия не противоречат закону.

Стоит заметить, что в римском праве выделяли безымянные договоры, которые не входили в число принятых реальных и консенсуальных договоров, но требовали своего признания. Это объясняется следующим: «в торговле и в деловой жизни других слоев населения изо дня в день складывались самые разнообразные отношения, из которых многие никак не укладывались в точные, тесные рамки установившихся контактов, не только формальных контрактов более старого права, но и новейших реальных и консенсуальных контрактов.

В поисках выхода из создавшегося положения постепенно пришли к тому, что если два лица договорились о каких-то имущественных предоставлениях друг другу, причем это их соглашение не подходило ни под один реальный или консенсуальный контракт, то, как только одной стороной обязательство исполнено, этой исполнившей стороне должна быть дана судебная защита. Первоначально этой стороне стали давать кондикционный иск (*condictio*) для истребования обратно ценностей, переданных другой стороне. Дальнейшее развитие права

<sup>173</sup> Барон Ю. Система римского гражданского права. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2005. – С. 155.

<sup>174</sup> Нерсесов Н. О. Представительство и ценные бумаги в гражданском. – М.: Статут, 1998. – С. 197.

<sup>175</sup> Савиньи Ф. К. Обязательственное право. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 374.

привело к тому, что исполнившая сторона получила иск и для понуждения другой стороны к исполнению ее обязательства (т. е. договорный иск)».<sup>176</sup>

**С момента зарождения частного права в Древнем Риме одной из сложных, актуальных и практически значимых проблем является определение места воли и волеизъявления как элементов гражданско-правового договора.**

Римские классики придавали большое значение истинной внутренней воле договаривающихся сторон. К примеру, в Институции Юстиниана говорится о том, что «если император думает об одной вещи, а проликтор – о другой, то не заключается никакого обязательства... (J, 3.19.23)»<sup>177</sup>, т. е. римское право в первую очередь требовало выявления внутренней воли договаривающихся сторон. Если нет совпадения внутренней воли сторон, то не может быть заключено какое-либо обязательство.

Третье положение, которому римские юристы придают немаловажное значение, соответствие намерения стороны (внутренней воли) сказанным по этому поводу словам (внешнее проявление воли – волеизъявление). К примеру, в Дигестах читаем: «Кто говорит одно, а хочет другого, тот не говорит того, что означают его слова, потому что он этого не хочет, но и не говорит того, потому что он те слова не говорит»<sup>178</sup>.

Таким образом, римские юристы делают выводы, которые играют немаловажную роль в современной гражданско-правовой науке, гражданском праве и судебной практике при разрешении правовых проблем, возникающих из споров по гражданско-правовым обязательствам, в т. ч. договоров, а также в толковании и уяснении конкретных условий договора. По мнению римских юристов, прежде всего, необходимо установить волю лиц, вступающих в обязательственные правоотношения, установить, совпадают ли воли договаривающихся сторон. Далее предлагается выявить внешнюю волю – какие действия совершает сторона, т. е. установить волеизъявление. Но этого еще недостаточно. Необходимо доказать, соответствует ли внутренняя воля человека внешним ее проявлениям, т. е. соответствует ли поведение (слово) человека внутренней воле («Что он хотел?»). Эти постулаты, выведенные римскими юристами, можно считать классическими. Однако, несмотря на это, они, к сожалению, не всегда воспринимаются ни нормами современного гражданского права, ни правоприменительными органами. Более того, при разрешении конкретных споров часто забывают данные классические аксиомы римской юриспруденции.

---

<sup>176</sup> Римское частное право: учебник / под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. – М.: Юристъ, 1997. – С. 483.

<sup>177</sup> Институция Юстиниана. Памятники римского права. – М.: Зерцало, 1998. – С. 263.

<sup>178</sup> Римское частное право: учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. – М.: Юристъ, 1997. – С. 316.

## **Конец ознакомительного фрагмента.**

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.