

ОТЪ АВТОРА.

Въ составъ настоящаго изслѣдованія вошли, между прочимъ, въ переработанномъ и дополненномъ видѣ, статьи о представительствѣ и довѣренности, помѣщенные нами въ разное время въ нашихъ юридическихъ изданiяхъ. Но онѣ составляютъ лишь небольшую часть настоящаго труда. Все остальное — новое, нигдѣ не напечатанное ¹⁾.

Въ этомъ изслѣдованiи нами разработаны и нѣкоторыя важныя стороны торговаго представительства, которыя содѣйствуютъ къ болѣе всестороннему выясненiю существа современнаго представительства. Мы считали это возможнымъ сдѣлать въ ученiи о представительствѣ въ *гражданскомъ* правѣ, слѣдуя взгляду германистовъ (Безелеръ, Герберъ, Блунтшили и др.), которые рассматриваютъ торговое право, какъ составную часть обще-гражданскаго. Совмѣстное изслѣдованiе однородныхъ явленiй гражданскаго и торговаго права содѣйствуетъ болѣе всестороннему обсужденiю тѣхъ и другихъ.

Въ настоящемъ изслѣдованiи читатели замѣтятъ одну особенность: въ ученiе о представительствѣ вклю-

¹⁾ Вслѣдствiе измѣненiя системы и расширенiя размѣровъ изслѣдованiя, изъ статьи «Представительство въ гражданскомъ правѣ», помѣщенной нами въ т. 31, ч. 2, Ж. М. Ю. за 1867 годъ, въ это сочиненiе вошли одни лишь отрывки. Все остальное подверглось полной переработкѣ.

чено нами и душеприкащество, которое обыкновенно излагается въ отдѣлѣ о наследствѣ. Полагаемъ, что самое удобное мѣсто теоріи душеприкащества, именно, въ представительствѣ. Въ связи съ ученіемъ о представительствѣ всего легче могутъ быть уразумѣваемы тонкія особенности этого оригинальнаго института.

Съ теченіемъ времени, надѣемся выпустить отдѣльнымъ изданіемъ, въ переработанномъ и дополненномъ видѣ, наши статьи по другимъ отдѣламъ гражданского права, помѣщенные въ юридическихъ изданіяхъ, съ прибавленіемъ кое-чего новаго.

С.-Петербургъ.
26-го августа, 1878 г.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

СТРАН.

Нѣсколько предварительныхъ словъ (о сравнительномъ изученіи
русскаго гражданского права). 1—6

Однообразіе общихъ началъ права и разнообразіе положительныхъ законодательствъ. — Значеніе для нашего юридическаго быта сравнительнаго изученія теоріи права и иностранныхъ законодательствъ. — Научныя начала и юридическія явленія. — Теорія и практика.

ГЛАВА I. Ученія о представительствѣ. 7—14

Существо и значеніе представительства. — Ученія римскаго права и юристовъ. — Критическій разборъ теоріи Пухты — Ученіе Савиньи.

ГЛАВА II. Существо современнаго представительства 15—35

Представитель и посланникъ (nuntius). — Непосредственный переходъ на лице представляемое отношеній, установленныхъ представителемъ. — Одностороннее (скрытое) представительство. — Отличія его отъ полнаго представительства. — Критическій разборъ взгляда юристовъ, непризнающихъ односторонняго представительства. — Полное представительство, существованіе котораго выводится изъ обстоятельствъ дѣла. — Упомянутіе имени представляемаго и объективность въ представительствѣ. — Практическая суть объективности. — Теорія права и явленія жизни. — *Различать и отдѣлять* юридическія понятія.

ГЛАВА III. Представительство по нашимъ законамъ 36—47

Представитель и посланникъ. — Представитель съ общою и частною довѣренностію и взглядъ Савиньи. — Непосредственный переходъ на лице представляемое отношеній, установленныхъ представителемъ. — Преступныя и недозволенныя дѣйствія представителя. — Правоспособность представляемаго и дѣеспособность представителя. — Теорія права, наши гражданскіе законы и судебная практика. — Одностороннее представительство.

ГЛАВА IV. Внешняя и внутренняя стороны представительства 48—52

Довѣренность, представительство и полномочіе. — Внешняя и внутренняя стороны всѣхъ видовъ представительства. — Сто-роны эти должны быть лишь *отличаемы*, но не *отдѣляемы*. — Взглядъ г. Нерсесова.

ГЛАВА V. Представительство въ силу закона 53—63

Подраздѣленіе представительства. — Необходимое предста-вительство по римскому праву. — *Cura bonorum*. — Понятіе объ этомъ институтѣ въ нашихъ законахъ. — *Cura ventris*. — Замѣт-ный пробѣлъ въ нашихъ законахъ. — *Mandatum praesumptum*. — Законное представительство въ нашемъ быту.

ГЛАВА VI. Представительство по довѣренности 64—99

Довѣренность по римскому праву и современнымъ законо-дательствамъ. — *Mandatum qualificatum* и его практическое до-стоинство. — Одностороннее представительство по довѣрен-ности. — Критическій разборъ понятія римскаго права о безвозвѣздности договора довѣренности. — Односторонность и двусторонность договора довѣренности. — Отличіе довѣренности отъ договора личнаго найма. — Разборъ взгляда сената. — Опредѣленіе довѣренности. — Довѣренность и вѣрующее письмо; полномочіе и порученіе. — *Procuratio in rem suam* въ нашей жизни. — Заключеніе договора довѣренности. — Предметъ довѣренности. — Взаимныя отношенія довѣрителя и повѣрен-наго. — Отношенія между нѣсколькими довѣрителями и повѣ-ренными. — Редакція и смыслъ ст. 2325, 1 ч. X т. — Дозволи-тельные законы. — Формы полномочія.

ГЛАВА VII. Смѣшанное представительство 100—125

Существо смѣшаннаго представительства. — Представитель-ство городскихъ, сельскихъ и торгово-промышленныхъ об-ществъ. — Существо торговаго товарищества по иностранному праву. — Товарищество полное. — Представительство полного товарищества. — Неограниченность и неизмѣняемость полномо-чія товарищей. — Товарищи-распорядители (*associés-gé-ralts*). — Наше законодательство о полномъ товариществѣ. — Неудобства, проистекающія отъ нашихъ законовъ о предста-вительствѣ товарищества. — Товарищество на вѣрѣ. — Подсуд-ность товарищества, состоящаго изъ нѣсколькихъ торговыхъ домовъ. — Разборъ взгляда сената о неимѣнн правленіемъ права лично представлять общество на судѣ. — Юридическія лица и совокупность лицъ. — Критическій разборъ мнѣнія Гаренса объ органахъ юридическихъ лицъ.

ГЛАВА VIII. Просига (Намѣстничество) 126—150

Практическія потребности, вызвавшія существованіе про-сига. — Неудобства полномочія по довѣренности. — Опредѣ-

леніе просига. — Существо этого института по германскому торговому праву. — Неограниченность и неизмѣняемость полномо-чія прокуриса. — Коллективное просига. — Установленіе и прекращеніе просига. — Прокурисъ и *associé-gérant*. — Наши законы и торговая жизнь. — Прокура въ нашей жизни. — Дѣло Международнаго Банка съ Колосовскимъ. — Существо товарищества на вѣрѣ. — Довѣренность, выданная представи-телемъ товарищества на вѣрѣ, по дѣламъ товарищества, отъ своего имени. — Юридическое значеніе циркуляровъ, рассы-лаемыхъ у насъ по купечеству, при открытіи торговаго дома. — Юридическое значеніе внесенія просига въ регистръ. — Просига съ точки зрѣнія нашего закона. — Мнѣніе государственнаго совѣта о просига и его важное практическое значеніе. — Толкованіе законовъ, наша судебная практика и законода-тельная власть. — Взглядъ на просига профессора Цитовича.

ГЛАВА IX. Фактическое представительство. (*Negotiorum gestio*) 151—176

Существо *negot. gestio*. — Взглядъ на этотъ институтъ иностранныхъ законодательствъ и науки права. — Юридическое значеніе *znanil* представляемымъ о дѣятельности представи-теля. — Существенныя принадлежности *neg. gestio*. — Дѣятель-ность фактич. представителя полезная и прибыльная. — По-слѣдствія фактическаго представительства. — Права и обязан-ности фактическаго представителя, лица представляемаго и третьихъ лицъ. — Общая характеристика фактическаго пред-ставительства. — Отношеніе его къ довѣренности. — Моментъ одобренія въ фактическомъ представительствѣ. — Мнѣніе Лас-сали. — *Actio de in rem verso*. — *Facta concludentia*.

ГЛАВА X. Фактическое представительство въ нашемъ быту. 177—210

Теоретическій разборъ случаевъ фактическаго представи-тельства, встрѣтившихся у насъ на практикѣ (дѣла Куротен-ковой съ Пассекомъ и Кривды съ Сало) — Полезность дѣйствій представителя и фактическое одобреніе оныхъ. — Разборъ дѣла Ивина съ Кейсаровымъ, Философова съ Службиннымъ, Войтхова съ Рѣзниковымъ и др. — Современное положеніе понятія о фактическомъ представительствѣ въ нашемъ юриди-ческомъ быту. — Борьба въ нашей жизни между свободою представительства и формализмомъ довѣренности (дѣла Гнипы съ Базилевскимъ, Махно съ Милорадовичемъ и Ефимова съ книг. Урусовою). — Колебанія сената и послѣдовательность низшихъ судебныхъ мѣстъ. — *Actio de in rem verso* въ нашей практикѣ. — Теоретическій разборъ дѣла Дейтера съ Васи-льевымъ и Варнавера. — Право и справедливость. — Objec-тивность въ представительствѣ. — Общій выводъ.

ГЛАВА XI. Управление имъніями 211—220

Взглядъ римскаго права и прусскаго законодательства. — Практическое значеніе вида представительства объ управленіи имъніями. — Постановленія о немъ прусск. кодекса. — Выводъ по отношенію къ нашей юридической жизни. — Взглядъ сената.

ГЛАВА XII. Молчаливое полномочіе. (Mandatum tacitum) 221—235

Существо молчаливаго полномочія. — Постановленія иностранныхъ законодательствъ. — Молчаливое полномочіе прислуги и членовъ семейства. — Понятіе о молчаливомъ полномочіи въ законодательствахъ и въ жизни. — Споръ французскихъ юристовъ. — Право и потребности жизни. — Молчаніе и согласіе. — Различіе между фактическимъ представительствомъ и молчаливымъ полномочіемъ. — Родственные ихъ черты. — Отношеніе къ этимъ понятіямъ судебной практики. — Объективированіе сферы дѣятельности представителя. — Законодательство и юридическая жизнь. — Законодательная редакція.

ГЛАВА XIII. Представительство и поручительство 236—240

Различіе между представительствомъ и поручительствомъ. — Смѣшеніе этихъ понятій въ нашемъ законѣ. — Значеніе системы въ правѣ. — Своеобразность представительства юридическихъ лицъ. — Отличіе этого представительства отъ поручительства.

ГЛАВА XIV. Душеприкащество 241—279

Происхожденіе душеприкащества. — Его юридическое существо. — Способъ возникновенія. — Своеобразности душеприкащества. — Критическій разборъ мнѣнія Унгера и Гербера. — Духъ нашихъ законовъ и теорія права. — Свобода воли завѣщателя при предоставленіи полномочія душеприкащику и постановленія закона. — Суть полномочія душеприкащика. — Право владѣнія и распоряженія душеприкащика наследственнымъ имуществомъ. — Самостоятельное и зависимое право распоряженія. — Право наследниковъ изъять наследственное имущество изъ владѣнія душеприкащика. — Ограниченіе свободы воли завѣщателя. — Невозможность безотчетнаго душеприкачества. — Предоставленіе душеприкащику права выбора наследниковъ, легатаріевъ и распредѣленія долей наследства и отказовъ. — Распредѣленіе полномочія между несколькими душеприкащиками. — Отказъ отъ своего званія душеприкащика, которому назначенъ легатъ. — Совмѣстное существованіе душеприкачества и опеки. — Совмѣщеніе въ одномъ лицѣ званія душеприкащика и опекуна. — Контроль государства надъ дѣйствіями душеприкащика. — Прекращеніе душеприкачества. — Призваніе нашей судебной практики и ея направленіе.

ГЛАВА XV. Явленія родственныя довѣренности. 280—291

Приказаніе (jussus). — Сходство этого понятія съ довѣренностью по иностраннымъ и нашимъ законамъ. — Совѣтъ (consilium) — Его существо и юридическое значеніе. — Рекомендація. — Значеніе совѣта по взгляду сената и нашихъ законовъ. — Договоръ продажи съ рукъ (contractus aestimatorius); его юридическое существо и практическое значеніе.

ГЛАВА XVI. Несовершеннолѣтніе повѣренные 292—302

Право несовершеннолѣтнихъ быть повѣренными по иностраннымъ законодательствамъ. — Основанія этого права. — Ограниченная отвѣтственность несовершеннолѣтнихъ повѣренныхъ. — Логика нашихъ законовъ о несовершеннолѣтніи. — Право несовершеннолѣтнихъ быть повѣренными по духу нашихъ законовъ. — Важное практическое значеніе этого вопроса и ст. 83 нот. полож. — Право это по буквъ нашихъ законовъ. — Заключеніе.

ГЛАВА XVII. Отношенія лицъ заинтересованныхъ къ предмету и существу довѣренности. 303—337

Критическій разборъ ст. 542, 1 ч. X т. — Взглядъ московскаго юридическаго общества. — Отношенія довѣрителя и повѣреннаго къ предмету довѣренности. — Несостоятельность взгляда 542 ст. на довѣренность. — Законы и природа юридическихъ явленій. — Совершеніе довѣрителемъ и повѣреннымъ двухъ сдѣлокъ на предметъ довѣренности. — Послѣдствія дѣйствій довѣрителя, устранивающихъ дѣятельность повѣреннаго. — Отношенія повѣреннаго къ третьимъ лицамъ и къ довѣрителю. — Вѣрующее письмо и конфиденціальная инструкція. — Довѣренность, замѣняющая собою купчую. — Послѣдствія ограниченія свободы юридическаго оборота. — Случай условной довѣренности. — Юридическія отношенія, установленныя повѣреннымъ отъ своего имени и по довѣренности другаго. — Характеристика общей довѣренности. — Объективированіе содержанія довѣренности. — Толкованіе договоровъ. — Послѣдствія преступленія, совершеннаго представителемъ.

ГЛАВА XVIII. Право передовѣрія 338—369

Взглядъ на передовѣріе римскаго права и современныхъ законодательствъ. — Отношенія между довѣрителемъ, повѣреннымъ и субститутомъ. — Критическій разборъ взгляда на послѣдствія передовѣрія Цахаріе, Лорана, остзейскаго кодекса и Штубенрауха. — Послѣдствія уничтоженія довѣрителемъ довѣренности перваго повѣреннаго. — Критическій разборъ взгляда прусскаго кодекса и Тролонга. — Выдача опекуномъ довѣренности и право передовѣрія. — Отвѣтственность повѣ-

ренного за выборъ субтитута. — Зависимость субтитута отъ повѣреннаго. — Опроверженіе практическихъ соображеній противъ нашего взгляда на послѣдствія передовѣрія. — Взглядъ на послѣдствія передовѣрія судебной практики. — Излишній формализмъ въ нашихъ судебныхъ мѣстахъ по предмету передовѣрія. — Удобства, представляемыя на практикѣ, нашимъ взглядомъ на послѣдствія передовѣрія. — Право передовѣрія лица, не имѣющаго права ходатайствовать въ судебныхъ мѣстахъ. — Формы и существо дѣла.

ГЛАВА XIX. Дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ довѣренности 370—395

Юридическое значеніе выступленія повѣреннаго изъ предѣловъ довѣренности. — Критическій разборъ ст. 1304 саксонскаго кодекса. — Послѣдствія дѣйствій повѣреннаго, выходящихъ изъ предѣловъ довѣренности, по отношенію къ доверителю. — Одобреніе доверителемъ дѣйствій повѣреннаго, выходящихъ изъ предѣловъ довѣренности и negotiorum gestio. — Дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ довѣренности и совершенныя имъ отъ своего имени. — Послѣдствія дѣйствій повѣреннаго, выходящихъ изъ предѣловъ довѣренности, по отношенію къ повѣренному. — Редакція законодательныхъ постановленій. — Юридическій характеръ заблужденія. — Выступленіе повѣреннаго изъ предѣловъ довѣренности, происшедшее по заблужденію. — Послѣдствія дѣйствій повѣреннаго, выходящихъ изъ предѣловъ довѣренности, по отношенію къ третьему лицу. — Обязано ли третье лицо разсматривать довѣренность? — Случай изъ практики.

ГЛАВА XX. Прекращеніе довѣренности 396—421

Индивидуальность договора довѣренности. — Научныя начала и положительныя законодательства. — Прекращеніе довѣренности смертію доверителя. — Довѣренность на случай смерти доверителя и душеприкащикство. — Уничтоженіе довѣренности доверителемъ. — Юридическое значеніе публикаціи объ уничтоженіи довѣренности. — Молчаливое прекращеніе довѣренности. — Отказъ повѣреннаго отъ довѣренности. — Недостаточность нашихъ законовъ о прекращеніи довѣренности. — Юридическое значеніе условия, коимъ доверитель и повѣренный ограничиваютъ свое право прекращенія довѣренности. — Противорѣчія во взглядѣ севата. — Послѣдствія нарушенія договоровъ. — Право повѣреннаго на выговоренное вознагражденіе, въ случаѣ уничтоженія довѣренности до окончанія порученнаго ему дѣла.

ГЛАВА XXI. Полномочіе на представленіе имущества залогомъ въ казну 422—430

Procuratio in rem suam въ нашемъ законѣ. — Критическій разборъ ст. 1621, 1 ч. X т. — Срочность довѣренности и срокъ залога имущества. — Нераціональность постановленія второй половины ст. 1621, 1 ч. X т.

ГЛАВА XXII. Разборъ ученій о существѣ представительства нѣмецкихъ юристовъ 431—434

Теорія Шѣрла, Кунце и Шотта.

НѢСКОЛЬКО ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫХЪ СЛОВЪ.

(о сравнительномъ изученіи русскаго гражданскаго права).

Однообразіе общихъ началъ права и разнообразіе положительныхъ законодательствъ. — Значеніе для нашего юридическаго быта сравнительнаго изученія теорій права и иностранныхъ законодательствъ. — Научныя начала и юридическія явленія. — Теорія и практика.

Du choc des opinions jaillit la vérité.

Всѣмъ памятно то недавнее время, когда многіе возставали противъ сравнительнаго изученія русскаго гражданскаго права и требовали, чтобы наука права развивалась у насъ путемъ самостоятельнымъ. Проповѣдую подобный взглядъ во имя самостоятельной, изолированной науки русскаго гражданскаго права, этимъ eo ipse отрицали всякое общенаучное значеніе гражданскаго права и подавали руку противникамъ юридической науки. Это весьма естественно. Мы понимаемъ возможность существованія различныхъ *воззрѣній* на одинъ и тотъ же предметъ гражданскаго права, возможность разнообразнаго проявленія и развитія извѣстныхъ юридическихъ явленій въ жизни народовъ путемъ народныхъ обычаевъ и положительныхъ узаконеній; но не понимаемъ возможности совмѣстнаго существованія двухъ научныхъ *истинъ*, двухъ научно-вѣрныхъ *началъ* одной и той же юридической матеріи. Извѣстно, что ученіе достойно названія науки только

тогда, когда оно служитъ воспроизведеніемъ природы извѣстныхъ явленій, ихъ законовъ, ихъ началъ. Но, такъ какъ природа однихъ и тѣхъ же юридическихъ явленій вездѣ одна и та-же, то и юридическая наука *въ тѣсномъ смыслѣ*, т. е. въ смыслѣ сгруппированія *началъ* юридическихъ явленій, можетъ быть только одна. Двухъ *научно-истинныхъ* понятій о правѣ собственности, обязательствѣ, представительствѣ и пр. быть не можетъ, такъ какъ природа этихъ институтовъ права вездѣ одна и та-же. Какъ невозможно существованіе двухъ законовъ объ одномъ и томъ же экономическомъ явленіи, такъ невозможно существованіе двухъ *истинныхъ* началъ, по которымъ совершалась бы, напр., уступка правъ и обязательствъ и пр.

Этимъ объясняется то громадное, всеобъемлющее вліяніе, которое римское право приобрѣло въ юридическомъ быту современной Европы. Формулируя, во многихъ своихъ положеніяхъ, истинную природу правовыхъ явленій, оно завоевало умы юристовъ и легло въ основу почти всѣхъ современныхъ европейскихъ законодательствъ.

Но, повторяемъ, все нами сказанное объ однообразіи юридической науки относится только къ однимъ *общимъ ея началамъ*; развитіе же и примѣненіе этихъ началъ въ жизни имѣетъ у каждаго народа, сообразно съ его географическими, экономическими и другими мѣстными условіями, свои много-различныя особенности. Этимъ объясняется значительное разнообразіе, существующее въ законодательствахъ различныхъ народовъ.

Сравнительное изученіе содѣйствуетъ къ открытію началъ, кроющихся въ явленіяхъ нашего юридическаго быта и къ уразумѣнію особенностей этихъ явленій. Только предварительная научная подготовка даетъ намъ возможность, съ од-

ной стороны, не скользя по поверхности подлежащихъ изученію юридическихъ явленій, проникнуть въ ихъ внутренній смыслъ, въ ихъ сущность, а съ другой — отнестись къ нимъ критически. Только посредствомъ сопоставленія различныхъ мнѣній объ извѣстныхъ юридическихъ явленіяхъ можно понять особенности ихъ въ какомъ либо юридическомъ быту. Словомъ, безъ предварительной научной подготовки, которую можемъ почерпнуть только изъ западно-европейской литературы и иностранныхъ законодательствъ, мы не можемъ имѣть мѣрило для пониманія, оцѣнки и критическаго анализа явленій нашего юридическаго быта. Только посредствомъ сравнительнаго изученія нашего юридическаго матеріала, произведеній нашей судебной практики и западной науки, можно содѣйствовать къ осуществленію справедливаго желанія лучшихъ юристовъ, чтобы нашъ юридическій бытъ «былъ постоянно освѣщаемъ свѣтомъ науки, чтобы теорія и практика шли и развивались рука объ руку, чтобы ни въ той, ни въ другой не было ни одностороннихъ заблужденій, ни фальшивыхъ увлеченій, чтобы создавалась, наконецъ, дѣйствительно правильная юридическая жизнь, достойная великаго государства»¹⁾.

Римское право получаетъ, въ настоящее время, для нашей практики особенное значеніе. Съ введеніемъ новыхъ судебныхныхъ учреждений въ Привислянскихъ и Прибалтійскихъ губерніяхъ, въ которыхъ дѣйствуютъ законы, пропитанные римскимъ правомъ, — право это должно получить широкое примѣненіе въ нашей кассационной практикѣ. Не сомнѣваемся, что этимъ путемъ рациональныя начала этого права приобретутъ твердую точку опоры въ нашей жизни.

¹⁾ Объяснительная записка къ Проект. Учр. суд. мѣстѣ, стр. 232.

При изучении гражданского права необходимо, по возможности, соединить знакомство съ немецкою и французскою литературами. Немцы—отвлеченные мыслители, творцы общих началъ, принциповъ. Французы практичны, хотя иногда впадаютъ въ распылчатость. Соединение метода изучения тѣхъ и другихъ юристовъ пріучаетъ къ отвлеченно-практическому способу мышления.

Кромѣ юридической литературы, для насъ важно изучение и западно-европейскихъ законодательствъ. Законодательства эти суть продуктъ практической жизни. Они представляютъ собою отраженіе юридическихъ потребностей жизни. Разработанное на научныхъ началахъ законодательство можетъ быть названо *практическою теоріею*¹⁾. При непрерывномъ общеніи современныхъ народовъ, потребности юридической жизни во многомъ одинаковы во всѣхъ государствахъ. Поэтому постановленія этихъ законодательствъ, которыя не касаются лишь индивидуальныхъ особенностей даннаго народа, могутъ служить важнымъ подспорьемъ при разрѣшеніи спорныхъ случаевъ въ каждомъ, сколько нибудь развитомъ, юридическомъ быту.

Но, при примѣненіи къ нашей жизни началъ науки и иностранныхъ законодательствъ, необходимъ строгій критическій разборъ. Какъ въ римскомъ правѣ должны быть отдѣляемы начала, которыя были исключительно свойственны особенностямъ римскаго юридическаго быта, отъ началъ *раціональныхъ* (*ratio juris*), такъ и въ современныхъ законодательствахъ должны быть отличаемы законы чисто *положи-*

¹⁾ Вслѣдствіе того, что законодательныя постановленія содержатъ въ себѣ одни лишь немотивированные выводы права, Игерингъ весьма остроумно называетъ ихъ «практическими оконечностями права», («die practischen Spitzen des Rechts»).

тельные, т. е. составляющіе ихъ индивидуальную особенность, отъ законовъ, въ основу которыхъ легли начала чисто теоретическія, общепримѣнимыя.

Въ нашемъ изслѣдованіи намъ неоднократно приходится подвергать подробному критическому разбору ученія западно-европейскихъ юристовъ и постановленія иностранныхъ законодательствъ. Мы это дѣлаемъ не для одной библиографической полноты предмета. Ничто такъ не содѣйствуетъ всестороннему выясненію изслѣдуемаго предмета, какъ критика противоположныхъ мнѣній. Подробное критическое изучение постановленій иностранныхъ законодательствъ имѣетъ еще для насъ важное практическое значеніе, въ виду предстоящихъ преобразованій въ нашемъ гражданскомъ законодательствѣ. Иностранныя законодательства могутъ служить лучшею школою для изощренія нашего искусства въ формулированіи и редакціи законодательныхъ постановленій.

Научныя начала должны обнимать и выяснять собою существо, формулируемыхъ ими, правовыхъ явленій. Противорѣчіе между тѣми и другими указываетъ на несостоятельность вѣставленныхъ началъ. Весьма естественно, что къ явленіямъ, которыя должны служить основой и пробнымъ камнемъ прочности и раціональности научныхъ началъ, должны быть отнесены и явленія нашего юридическаго быта. Вотъ почему мы, имѣя въ нашихъ изслѣдованіяхъ, главнымъ образомъ, въ виду интересы нашей юридической жизни, считали себя вправе критику ученій иностранныхъ юристовъ основывать, между прочимъ, на нашихъ законахъ и на явленіяхъ нашего юридическаго быта, въ той мѣрѣ, въ какой мы ихъ находимъ раціональными и соответствующими потребностямъ жизни.

Теоретическія положенія мы старались сводить къ ихъ практическимъ послѣдствіямъ. Теорія и практика двѣ стороны одного и того же понятія. Онѣ взаимно пополняютъ, разъясняютъ и развиваютъ одна другую. Теорія—осадокъ, кристаллизація вѣковой, тысячелѣтней практики.

ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ.

ГЛАВА I.

Ученія о представительствѣ.

Существо и значеніе представительства. — Ученія римскаго права и юристовъ. — Критическій разборъ теоріи Пухты. — Ученіе Савиньи.

Представительство имѣетъ цѣлію удовлетворять настоятельнымъ потребностямъ жизни. Оно даетъ возможность отправлять посредствомъ представителей свою юридическую дѣятельность такимъ лицамъ, которыя сами не могутъ этого сдѣлать, вслѣдствіе какихъ либо естественныхъ, юридическихъ или нравственныхъ препятствій (болѣзань, отдаленность мѣста дѣятельности, отсутствіе дѣеспособности, неумѣніе защищать свое дѣло на судѣ и проч.). Въ этомъ случаѣ представительство имѣетъ значеніе *замѣны* одного лица другимъ. Понятіе о юридической замѣнѣ лицъ составляетъ основную, фундаментальную идею представительства. Но, съ большимъ развитіемъ экономической жизни и ея потребностей, эта основная идея получаетъ болѣе широкое практическое примѣненіе: представительство становится средствомъ для расширенія сферы юридической дѣятельности лица. Посредствомъ представителей лице можетъ одновременно совершать юридическія дѣйствія въ различныхъ и самыхъ отдаленныхъ мѣстахъ. Одно лице представляется дѣйствующимъ въ нѣсколькихъ лицахъ ¹⁾. Отсюда понятно, какое видное мѣсто ученіе о представитель-

¹⁾ Troplong (Droit civil expliqué, т. 16, du Mandat, стр. 7—8) замѣчаетъ, что представительство служитъ средствомъ для восполненія интеллектуальной стороны человеческой личности: то, на что лице само неспособно, оно можетъ сдѣлать услугами другихъ (представителей, повѣренныхъ).

ствѣ должно, въ настоящее время, занимать среди институтовъ гражданскаго права. Живой обмѣнъ цѣнностей, существующій, въ настоящее время, не только между частями одного и того же государства, но и между различными государствами, гласный судъ и, обусловливаемое имъ, необходимое для уравниванія силы состязавшихся въ судѣ сторонъ, сословіе повѣренныхъ, существованіе множества юридическихъ лицъ, имѣющихъ столь важное значеніе въ различныхъ отрасляхъ экономической дѣятельности нашего времени, — все это придаетъ представительству громадное значеніе въ промышленномъ и юридическомъ быту современной Европы. Ученіе о представительствѣ заслуживаетъ серьезнаго вниманія юриста.

Существо представительства состоитъ въ томъ, что одно лице (представитель) отправляетъ *юридическую* дѣятельность вмѣсто другаго (лица представляемаго).

Посредствомъ представительства юридическія отношенія становятся довольно сложными и, вмѣстѣ съ тѣмъ, отвлеченными. Право (въ субъективномъ смыслѣ) есть нѣчто абстрактное, неуловимое, неудобно-передаваемое. Простой и естественный способъ установленія юридическихъ отношеній состоитъ въ томъ, что каждое лице дѣйствуетъ само за себя. Вступленіе въ юридическую дѣятельность промежуточныхъ органовъ усложняетъ эти отношенія, дѣлаетъ ихъ менѣе опредѣленными, болѣе шаткими и рискованными и, вмѣстѣ съ тѣмъ, менѣе доступными чувственному наблюденію. Вотъ почему понятіе о представительствѣ въ томъ широкомъ смыслѣ, въ которомъ оно извѣстно въ новое время, не встрѣчается у народа въ его младенчествѣ, когда умъ человѣка не развилъ еще въ себѣ способности отвлеченнаго мышленія, а устремленъ на одно внѣшнее, образное, и всему духовному придаетъ матерьяльное, вещественное выраженіе. Представительство есть плодъ разсудочной дѣятельности человѣка и развитаго юридическаго и экономическаго быта.

Вотъ почему мы въ древне-римскомъ правѣ почти вовсе не встрѣчаемъ свободнаго представительства ¹⁾. Тогда существовало

¹⁾ О вліяніи, которое ограниченіе свободы представительства имѣло на социальный бытъ римской республики послѣднихъ вѣковъ, см. Игеринга «Geist d. röm. Rechts», изд. 2, ч. 2, стр. 252 и слѣд.

одно лишь представительство въ силу закона, необходимое, о которомъ будетъ сказано ниже. Представительство это имѣло мѣсто лишь между лицами, состоящими въ отношеніяхъ власти, подчиненія (*potestas, manus, mancipium*). Таковы члены римской семьи (дѣти и рабы) ¹⁾. Въ этомъ своемъ видѣ представительство являлось послѣдствіемъ, господствовавшаго въ то время, грубаго, матерьялистическаго взгляда на власть. Власть тогда означала собою не нравственное преобладаніе одного лица надъ другимъ, а полное (физическое, имущественное) порабощеніе однихъ лицъ другими ²⁾. Съ отвлеченнымъ понятіемъ представительства одного лица другимъ римскій юридическій бытъ тогда не былъ знакомъ. Впослѣдствіи, съ большимъ развитіемъ экономической жизни, въ римскомъ правѣ стали проявляться и зачатки свободнаго представительства. Наконецъ римское право, въ своемъ развитіи идеи свободнаго представительства, остановилось на слѣдующемъ положеніи: представитель самъ, въ своемъ лицѣ, пріобрѣтаетъ права и обязанности, вытекающія изъ установленныхъ имъ съ третьими, сторонними лицами отношеній. Эти права и обязанности представитель переноситъ на лице представляемое посредствомъ дѣйствительной, или фиктивной цессіи (уступки). Право лица представляемаго на уступку представителемъ всѣхъ послѣдствій установленныхъ имъ отношеній ограждалось по римскому праву исками, извѣстными подъ названіемъ *actiones quasi institoriae* ³⁾.

¹⁾ *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur* (D. 45, de verb. obl. 1, 38, § 17; см. также ib. 126, § 2, 130 и др.).

²⁾ Бринцъ (Lehrbuch der Pandecten, ч. 3, 71 г., § 367) замѣчаетъ, что если въ настоящее время представительство является признакомъ особой силы, то въ римскомъ правѣ оно являлось послѣдствіемъ слабости: пріобрѣтенія дѣтей и рабовъ, въ силу самой необходимости, по закону, становились принадлежностію главы семейства.

³⁾ Ср. Buchka, die Lehre v. d. Stellvertretung; Rubstrat: Inwiefern и пр. въ Archiv für die civilistische Praxis, т. 30; Виндшейда, Lehrbuch d. Pandecten, ч. 2, § 313; Stubenrauch, Comment. z. allg. öster. bürgerl. Gesetz., 2 изд. 65 г., т. 2, § 1018; Zimmermann, die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, 1876 г., стр. 90 и 102 и Troplong ib. стр. 13, 49, 485 и послѣд. — Сказанное въ текстѣ относится всего больше къ договорнымъ отношеніямъ; при владѣніи же и, пріобрѣтаемомъ чрезъ оное, правѣ собственности, представительство допускалось и по римскому праву (Zimmermann, ib., стр. 90). Впрочемъ, въ послѣднее время и въ римскомъ правѣ стали проявляться нѣкоторые непосредственныя отношенія между лицомъ представляемымъ и третьими лицами и въ

Рациональность этого взгляда римского права на представительство и применимость его къ современной жизни старались отстаивать нѣкоторые изъ извѣстных нѣмецкихъ романистовъ.

Такъ Пухта, отличая представительство при вещномъ правѣ отъ представительства при договорахъ, не допускаетъ непосредственнаго перехода договорныхъ отношеній на лице представляемое. Такой непосредственный переходъ этихъ отношеній нарушилъ бы, по мнѣнiю Пухты, основное начало договоровъ. Въ основѣ договора, говоритъ онъ, лежитъ соглашенiе участниковъ. Обязательственное отношенiе, вытекающее изъ договора, тѣсно, неразрывно слито съ заключившими его лицами. Непосредственный переходъ этого отношенiя на третье лице противорѣчитъ этому существу договора: если допустить подобный переходъ, то сторонами договорнаго отношенiя окажутся лица, неучаствовавшiя въ его заключенiи, въ соглашенiи о немъ. Поэтому договорныя отношенiя, по мнѣнiю Пухты, останавливаются, такъ сказать, на представителѣ и только чрезъ него, посредственно, переходятъ на лице представляемое. Последнее, по мнѣнiю Пухты, совершается путемъ дѣйствительной, или фиктивной цессii (уступки), которая ограждается посредствомъ такъ называемыхъ *actio utilis*, *actio quasi institoria*¹⁾. Такимъ образомъ, по мнѣнiю Пухты, невозможность, при представительствѣ, непосредственнаго перехода юридическихъ отношеній на лице представляемое не есть своеобразное проявленiе римскаго формализма, а прямо вытекаетъ изъ существа договора.

Савиньи полемизируетъ противъ Пухты. Уравнивая значенiе дѣятельности посланника (*Bote*) и уполномоченнаго (*Bevollmächtigter*), Савиньи говоритъ, что въ томъ и другомъ случаѣ право или обязательство непосредственно переходитъ на третье лице. Передаетъ ли, говоритъ Савиньи, представитель строго опредѣленное рѣшенiе лица представляемаго, или онъ имѣетъ право выбора между нѣсколькими рѣшенiями—онъ только простой органъ воли лица представляемаго. Третье лице имѣетъ лишь въ виду

договорахъ, путемъ *actiones utiles*, *actio quasi cessicia*, (Troplong, стр. 489 и 490; Curtius *Stellvertretung bei Verträgen*, въ *Archiv f. d. civilistische Praxis*, т. 58, 75 г., стр. 76).

¹⁾ Vorlesungen, ч. 1, §§ 52, 53; ч. 2, § 273 и слѣд. О нѣкоторыхъ послѣдователяхъ ученiя Пухты поговоримъ въ концѣ нашего изслѣдованiя.

лице представляемое, а не посредника (представителя). Исключенiе Савиньи признаетъ за представителемъ, уполномоченнымъ общою довѣренностью (*institor*). Третье лице можетъ тогда и не имѣть въ виду лица представляемаго; по этому первое, въ отношенiи ответственности, имѣетъ право выбора между лицомъ представляемымъ и представителемъ. Другое дѣло, если представитель дѣйствуетъ отъ своего имени. Въ семъ послѣднемъ случаѣ Савиньи приходитъ къ заключенiю, сходному съ Пухтою¹⁾.

Рустратъ (*ib.*), Бухка²⁾, Арндтъ³⁾, Виндшейдъ⁴⁾, Унгеръ⁵⁾, Бринцъ (*ib.*, § 367), Вангеровъ⁶⁾ и Баронъ (*Pandecten* § 65 и 223) признаютъ въ представительствѣ непосредственный переходъ правъ и обязательствъ на лице представляемое. Одни изъ этихъ юристовъ отличаютъ посланника отъ представителя, а другiе вовсе умалчиваютъ объ этомъ различiи.

Непосредственный переходъ на представляемаго договорныхъ отношенiй, устанавливаемыхъ представителемъ, признается и новѣйшими законодательствами (Прус. ч. I, тит 13 § 85; Австрiйск. §§ 1017 и 1018; Саксонск. § 788; Французск. art. 1998 и др.).

Этими ученiями мы охарактеризовали основныя различiя въ пониманiи существа представительства въ гражданскомъ правѣ.

Слѣдуетъ замѣтить, что упомянутое различiе взглядовъ имѣетъ не одно теоретическое значенiе, но и ведетъ къ различнымъ практическимъ послѣдствiямъ. Если представитель только посредствующiй органъ, то для насъ не имѣютъ значенiя его личныя способности къ установленiю правоотношенiй (*ignorantia*, *dolus*, неспособность и пр.). Если же онъ юридическiй дѣятель, то личныя отношенiя его имѣютъ важное значенiе, ибо они могутъ оказывать влиянiе на самое существованiе сдѣлки. Далѣе, если обязательство проходить чрезъ представителя, т. е., если онъ ближайшiй, не-

¹⁾ Das Obligationenrecht, ч. 2, стр. 54—68. Къ заключенiю весьма сходному со взглядомъ Савиньи приходитъ и комментаторъ австрiйскаго кодекса, профессоръ Штубенрайхъ (*Commentar zum allg. bürgerl. Gesetzbuch*, § 1018). Отчасти этотъ взглядъ развиваетъ и Troplong (*ib.* стр. 323, 490 и др.).

²⁾ Die Lehre von der Stellvertretung, стр. 204, 205, 233, 234 и др.

³⁾ Lehrbuch der Pandecten, §§ 215—248.

⁴⁾ Lehrbuch des Pandectenrechts, изд. 3, 70 г., § 73—74.

⁵⁾ System des österr. Privatrechts, 3 изд., ч. 2, стр. 129—140. Унгеръ называетъ посланника не *Bote*, а *Gehülfe* (помощникъ).

⁶⁾ Lehrbuch der Pandecten, § 661.

посредственный участник, то онъ вмѣстѣ съ тѣмъ и отвѣтственное лицо. Третье лицо можетъ привлечь представителя къ отвѣтственности за его дѣйствія на пользу представляемаго, хотя второй, если дѣйствовалъ въ предѣлахъ полномочія, можетъ, съ своей стороны, понудить къ отвѣтственности послѣдняго (exser-tio doli). Вопросъ этотъ получаетъ чрезвычайно важное значеніе при несостоятельности лица представляемаго. Лице же представляемое и третье, не находясь въ непосредственныхъ между собою отношеніяхъ, не могутъ подлежать и одинъ предъ другимъ прямой отвѣтственности. Наконецъ, вопросъ этотъ, какъ увидимъ ниже (стр. 42—46), имѣетъ еще весьма важное значеніе для опредѣленія качества и объема, необходимой для представителя, правоспособности.

Если и признать безспорнымъ взглядъ Пухты о безусловной индивидуальности договорныхъ отношеній и, тогда его, никоимъ образомъ, нельзя примѣнить къ понятію о представительствѣ. Намъ кажется, что Пухта не довольно тонко отдѣлилъ два различныхъ понятія или же увлекся формализмомъ римской стипуляціи. Мы, именно, полагаемъ, что можно говорить объ индивидуальности отношеній только въ договорахъ *уже установленныхъ* и, вслѣдствіе этого, спорить о возможности или невозможности уступки (сингулярсукцессіи) правъ и обязанностей по онимъ; но это отнюдь не можетъ имѣть отношенія къ представительству. Между представителемъ и третьимъ лицомъ не образуется никакихъ индивидуальныхъ отношеній, которыя мѣшали бы непосредственному переходу правъ и обязанностей изъ заключаемой сдѣлки на лице представляемое, ибо какъ первый, такъ и второй, *при самомъ же заключеніи сдѣлки*, имѣютъ въ виду лице представляемое и только его. Договорныя отношенія, *при самомъ ихъ установленіи*, переходятъ и связываются съ лицомъ представляемымъ. Такимъ образомъ, если Пухта, въ доказательство того, что не слѣдуетъ допускать при представительствѣ непосредственнаго перехода обязательственныхъ отношеній на лице представляемое, ссылается на невозможность въ договорахъ сингулярсукцессіи (уступки), то онъ произвольно играетъ двумя совершенно разнородными понятіями. Повторяемъ, въ представительствѣ нѣтъ ни времени, ни мѣста для установленія какихъ бы то ни было индивидуальныхъ отношеній между представителемъ и третьимъ лицомъ. Представитель — лице стороннее, чуждое существу и составу договорнаго отношенія.

Отношеніе это проходитъ не *чрезъ*, а мимо него. Придавать же значеніе одному отсутствію лица представляемаго, значить узаконить самый отчаянный и стѣснительный формализмъ. Такимъ образомъ мнѣніе Пухты, по нашему, не только не вытекаетъ изъ существа представительства, но прямо ему противорѣчитъ. Оно и противорѣчитъ желаніямъ какъ представителя и представляемаго, такъ и третьяго лица, которые имѣютъ въ виду, чтобы юридическое отношеніе связывалось не съ первымъ, а прямо, непосредственно со вторымъ. Если бытъ послѣдовательнымъ, то съ точки зрѣнія Пухты, нельзя было бы допускать къ приобрѣтенію въ качествѣ представителя для другаго правъ такому лицу, которое, по своему юридическому положенію, само не способно обладать оними, ибо, въ такомъ случаѣ, немыслимъ переходъ этихъ правъ чрезъ лице представителя ¹⁾. Между тѣмъ, какъ справедливо замѣчаетъ Бухка (стр. 205), возможность подобнаго представительства — «непоколебимое правило современной юриспруденціи».

Приведенными соображеніями опровергается уже въ достаточной мѣрѣ то объясненіе Пухты, что, при непосредственномъ переходѣ договорныхъ отношеній на лице представляемое, сторонами въ немъ окажутся лица, неучаствовавшія въ его заключеніи, въ соглашеніи о немъ. Изъ этого объясненія Пухты видно, что онъ останавливается на одной лишь видимой, внѣшней сторонѣ отношенія представительства, вмѣсто того чтобы проникнуть въ смыслъ, въ значеніе, въ цѣль его. Онъ останавливается на одномъ *видимомъ* фактѣ дѣятельности представителя, но упускаетъ изъ виду основаніе этой дѣятельности, причину ея, которая составляетъ юридическую суть представительства. Развѣ юридическія дѣйствія, совершаемыя представителемъ, не сопровождаются согласіемъ, волею лица представляемаго и развѣ это согласіе не дѣлаетъ послѣдняго хотя невидимымъ, но извѣстнымъ третьему лицу, *первоначальнымъ* участникомъ юридическихъ отношеній,

¹⁾ Въ приложеніи къ нашему юридическому быту, логическое развитіе положенія Пухты повело бы къ требованію, чтобы купеческій прикащикъ имѣлъ купеческое свидѣтельство. Во время крѣпостнаго права, положеніе это должно было бы повести къ безусловному запрещенію посредствующаго участія недворянъ въ юридическихъ отношеніяхъ, имѣющихъ своимъ предметомъ населенное имѣніе; но ср. Т. X, ч. 1, ст. 2298, 2299, и 2305, а также Мейера Рус. Гр. Право, изд. 3, ч. 2 стр. 473. Подробности объ этомъ вопросѣ см. ниже гл. III.

устанавливаемых представителем¹⁾? Выразить свою волю можно не только непосредственно, так сказать, физически, но и посредством, интеллектуально. Путем предварительного или последующего одобрения юридических отношений, устанавливаемых представителем (или в силу закона), воля лица представляемого проникает в самые эти отношения. И так мы не видим никакого противоречия между понятием об индивидуальности договорных отношений и непосредственным переходом оных при представительстве на лице представляемое. В фиктивной цессии не предстоит никакой надобности.

Таким образом нельзя, после сказанного, не сочувствовать отстаиваемому Савиньи понятию о непосредственном переходе договорных отношений на лице представляемое. Тонкое юридическое чутье Савиньи — этого эмансипатора юридической мысли от безусловного подчинения римскому праву, защитника свободы юридического мышления — поняло несостоятельность и опасность для юридического быта последствий Пухтовской теории. Но, отгадав более соответствующее сущности отношений сгруппирование выводов и последствий представительства, Савиньи, в то же время, не успел уяснить их источник, центральное понятие, из которого они вытекают и прибегнул к шаткому и натянутому основанию. Смешение, именно, у Савиньи понятий о представителе и посланнике, на котором построено его учение о представительстве, вряд ли выдерживает критику. Но эта мысль отнюдь не необходима для объяснения тех выводов и последствий, к которым ведет правильное построение учения о представительстве.

¹⁾ При представительстве по закону (см. ниже) действительное согласие воля лица представляемого замещается постановлением закона.

ГЛАВА II.

Существо современного представительства.

Представитель и посланник (nuntius). — Непосредственный переход на лице представляемое отношений, установленных представителем. — Одностороннее (скрытое) представительство. — Отличия его от полного представительства. — Критический разбор взгляда юристов, отрицающих одностороннее представительство. — Полное представительство, существование которого выводится из обстоятельств дела. — Упоминание имени представляемого и объективность в представительстве. — Практическая суть объективности. — Теория права и явления жизни. — Различать и отделять юридические понятия.

Представителя никоим образом нельзя смешивать с посланником (nuntius). Деятельность того и другого имеет различную цель и назначение.

Игеринг следующим образом характеризует различие между деятельностью представителя и посланника: в процессе заключения договорных отношений, говорит он, следует различать элемент юридический и фактический. Первый составляет необходимое условие существования отношения, существенную составную часть его; второй — нечто побочное, случайное, произвольное. Существенно важно в договор, напр., соглашение, но безразлично взятие выговоренного предмета. Игеринг замечает, что в младенческом состоянии народа, при господстве материалистического взгляда на юридические явления, фактическая и юридическая стороны договорного отношения почти совпадают, покрывают одна другую. Вся, сопровождающая проявление воли, внешняя обстановка составляет, с точки зрения формализма, необходимую, существенную принадлежность сделки. С большим развитием понимания права, когда главное внимание начинается, в юридическом быту, обращать на волю и ее проявление, сторона юридическая начинает разграничиваться, отделяться от фактической. Из чего то необходимого, последняя становится чем то второстепенным, случайным. Поэтому

различіе между юридическою и фактическою сторонами сдѣлки играетъ видную роль въ современномъ быту. Прилагая вышеизложенныя соображенія къ ученію о представительствѣ, Игерингъ находитъ, что дѣятельность посланника выражаетъ собою фактическую сторону сдѣлки, а представителя — юридическую ея сторону ¹⁾.

Противъ этого взгляда Игеринга, Унгеръ (ib. стр. 130, пр. 3) справедливо замѣчаетъ, что нельзя назвать участіе посланника въ дѣятельности на пользу лица представляемаго чисто фактическимъ. Посланникъ передаетъ волю лица представляемаго, но воля—элементъ юридическій.

Поэтому слѣдуетъ признать, что различіе между представителемъ и посланникомъ заключается не столько въ содержаніи ихъ дѣятельности, сколько въ способѣ отправленія, въ характеръ этой дѣятельности, не столько въ томъ, что они дѣлаютъ, а въ томъ, какъ они дѣйствуютъ. Посланникъ — орудіе лица представляемаго, органъ выраженія его воли. Представитель юридическій дѣятель. Посланникъ передаетъ или исполняетъ строго опредѣленную волю самаго представляемаго; представитель проявляетъ свою сознательную дѣятельность, свои соображенія. При посланникѣ юридическое дѣйствіе или сдѣлку совершаетъ само лице представляемое; оно передаетъ лишь свою, вполнѣ выразившуюся, законченную волю чрезъ посредство посланника или помощника. Представитель самъ совершаетъ юридическое дѣйствіе или сдѣлку отъ имени или въ интересѣ лица представляемаго. Представитель самъ проявляетъ свою волю, которая признается волею самаго лица представляемаго ²⁾. Итакъ между представи-

¹⁾ «Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte» въ журналѣ Игеринга «Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts», Bd. I, стр. 275—277 и послѣд.

²⁾ Ср. Laband, die Stellvertretung и пр. въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, 1866, т. X; Schliemann въ томъ же журналѣ, т. 16, 71 г.; Thöl, das Handelsrecht, 5 изд. 75 г., ч. 1, § 72 и Zimmermann, die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, 76 г., стр. 19 и послѣд. Циммерманъ опредѣляетъ дѣятельность посланника слѣдующимъ образомъ: онъ помогаетъ лицу представляемому въ выраженіи его воли. Шлиманъ (стр. 18 и послѣд.) представляетъ весьма рельефный примѣръ различія дѣятельности посланника и представителя: заключенію сдѣлки обыкновенно предшествуютъ предварительныя переговоры, которыхъ выражаются въ предложеніи (offerte) и изъясненіи согласія (accepte). Предложенія часто подвергаются значительнымъ видоизмѣненіямъ, пока

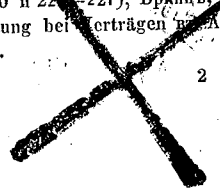
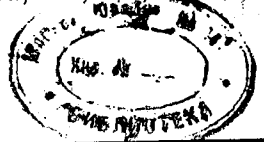
телемъ и посланникомъ существуетъ внутреннее, характеристическое различіе. Поэтому, согласно сущности дѣла, посланникомъ можетъ быть лице и не обладающее дѣеспособностію; представитель долженъ обладать необходимыми для юридической дѣятельности качествами. По логической послѣдовательности, для насъ безразлично знаніе или незнаніе посланникомъ юридическаго существа и содержанія совершающейся сдѣлки или извѣстныхъ качествъ объекта (напр. купленной или проданной вещи), безразличны его bona или mala fides, пониманіе или непониманіе сказанныхъ имъ словъ, существованіе или отсутствіе истиннаго его сознанія о предметѣ его дѣятельности; ибо вся юридическая сторона отношенія, въ которомъ участвуетъ посланникъ, обсуживается съ точки зрѣнія самаго лица представляемаго. Но вся эта внутренняя сторона дѣятельности чрезвычайно важна для представителя; ибо онъ юридическій дѣятель и эта сторона отношеній должна быть обсуживаема съ его точки зрѣнія. Вопросы о свободѣ воли, заблужденіи, принужденіи и обманѣ обсуживаются съ точки зрѣнія представителя, а не представляемаго. Такъ какъ дѣеспособность обсуживается исключительно съ точки зрѣнія представителя, то представляемымъ можетъ быть и лице, необладающее дѣеспособностію (опекаемый). Суть представительства и заключается, какъ мы говорили, между прочимъ, и въ томъ, что оно даетъ возможность совершать юридическія дѣйствія другому лицу и необладающему дѣеспособностію ¹⁾.

Сфера дѣятельности посланника можетъ быть болѣе тѣсная или болѣе широкая; дѣятельность эта можетъ быть чисто механическая (какъ напр., передача письма, въ которомъ выражена воля лица на вступленіе въ сдѣлку) или можетъ обуславливаться нѣкоторыми умственными соображеніями. И въ семъ послѣднемъ

не достигнется окончательнаго соглашенія. Въ представительствѣ всѣ эти переговоры приводятся къ окончанію самимъ представителемъ и третьимъ лицомъ. Въ посланничествѣ же на новыя предложенія третьяго лица необходимо потребовать согласія самаго принципала (представляемаго), безъ чего сдѣлка не можетъ состояться. Все это потому, что въ представительствѣ сдѣлку совершаетъ представитель, а въ посланничествѣ — самъ принципалъ (хозяинъ, представляемый).

¹⁾ Ср. Anschütz и Völckerndorf, Commentar zum allg. deutsch. Handelsgesetzbuche, ч. I, стр. 393; Laband (ib. стр. 189—190 и 220—227); Брайчъ, Lehrbuch d. Pandecten, § 371, 2; Curtius, Stellvertretung bei Verträgen, Archiv f. d. civilist. Praxis, т. 58, стр. 88, 89 и др.

14930 / 85-2776



случае характер этой деятельности чисто исполнительный; она не содержит в себе никаких самостоятельных юридических моментов¹⁾.

Посланниками обыкновенно бывают: домашняя прислуга, торговые служители и т.в. служащие в конторах, обществах и на железных дорогах, которые приводят в исполнение точно определенными предписаниями принципала, также бухгалтеры и кассиры, которые производят записки в книги и платежи по точно определенным указаниям хозяев или их повѣренных, посредники, которые, устраивая какое либо дело, сообщают об этом сторонам, выражаемую каждою из них, волю и пр.²⁾.

¹⁾ Нет сомнѣнія, что между лицом, передающим письмо, в котором выражена воля принципала и посланником, устно сообщающим выражение воли послѣдняго, существенное различие. Деятельность первого чисто механическая; его личность не играет роли: если онъ потеряет письмо и оно будетъ найдено адресатомъ, или оно будетъ доставлено послѣднему другимъ лицомъ—послѣдствія выйдутъ одни и тѣ же; личность же посланника, передающаго устно волю принципала, имѣетъ важное значение: онъ долженъ передать эту волю, иначе сдѣлка не состоится (Шлиманъ и Циммерманъ ib.). Это указываетъ лишь на существованіе въ посланничествѣ большаго разнообразія въ способахъ деятельности. Но это не можетъ еще, по нашему, служить основаніемъ къ принципиальному подраздѣленію того и другаго способа деятельности и къ отнесенію способа устной передачи воли представляемаго къ составу *представительства*, какъ это дѣлаетъ Шлиманъ (ib. стр. 1—14) и нѣкоторые другіе юристы. Отличительная черта того и другаго вида посланничества — отсутствіе инициативы, сознательной юридической деятельности; въ томъ и другомъ случаѣ дѣйствія посланника не имѣютъ въ себѣ ничего самостоятельнаго; это дѣйствія чисто *исполнительныя*. — Подробное опроверженіе мнѣнія юристовъ, признающихъ означенное различіе, см. Hermann Schott, *der obligatorische Vertrag unter Abwesenden* 1873 г. Ср. также Curtius (ib., а также стр. 94, 95 и др.), который замѣчаетъ, что различіе между посланникомъ и письмомъ имѣетъ вліяніе лишь на *окончаніе*, но не на самое существо сдѣлки. «Посланникъ—говорящее письмо, а письмо—нѣмой посланникъ».

²⁾ См. Makower, *das allg. deutsche Handelsgesetzbuch mit Commentar*, изд. 6, 75 г., стр. 95, прим. I, b.; также Carl Gareis, *die Verträge zu Gunsten Dritter*, 73 г., стр. 3—11. Мы не сочли нужнымъ остановиться на, приводимыхъ симъ послѣднимъ, подраздѣленіяхъ видовъ посланниковъ, такъ какъ они не имѣютъ строго определеннаго юридическаго основанія. Границы этихъ подраздѣленій болѣе или менѣе произвольны, а посему не поддаются точному юридическому формулированію. — Laband (ib. стр. 189—190 и 226—227) замѣчаетъ, что, въ виду признаваемаго современнымъ правомъ непосредственнаго перехода отношеній, устанавливаемыхъ представителемъ, на лице представляемое, иногда невозможно и не существенно отыскать различіе между посланникомъ и представителемъ. Тѣмъ не менѣе различіе это весьма важно, потому что оно во многихъ случаяхъ ведетъ

Такимъ образомъ сущность дѣла указываетъ на необходимое, характеристическое различіе между посланникомъ и представителемъ³⁾.

Но изъ всего сказаннаго нисколько не явствуетъ, чтобы, вслѣдствіе юридическаго характера деятельности представителя, договорное отношеніе, заключаемое имъ, оставалось на немъ, проходило чрезъ него. Дѣйствія представителя не есть нѣчто отдѣльное, самостоятельное, которое связывалось бы съ его личностію, какъ съ участникомъ обязательства. Юридическая деятельность совершается представителемъ не отъ его имени или не въ его интересѣ, а во имя, или въ интересѣ лица представляемаго, которое, предварительнымъ или послѣдующимъ одобреніемъ, или въ силу постановленія закона, присвоиваетъ эту деятельность себѣ. Вслѣдствіе всего этого, юридическая деятельность представителя оказывается — если можно такъ выразиться — точно собственною деятельностью лица представляемаго, на время или при извѣстныхъ условіяхъ, присвоенною представителю. Непосредственное отношеніе лица представляемаго къ юридическимъ отношеніямъ, устанавливаемымъ представителемъ, составляетъ моментъ объективно проявляющійся при заключеніи этихъ отношеній; об этомъ знаютъ, съ этимъ согласны оба контрагента. Игнорировать это нѣтъ никакого основанія. Между тѣмъ это обстоятельство игнорируется при признаніи *посредственнаго* перехода договорнаго отношенія; ибо тогда, при заключеніи онаго, прямымъ и непосредственнымъ участникомъ является только представитель.

Все сказанное относится къ тому случаю, когда представитель дѣйствуетъ отъ имени лица представляемаго. Совсѣмъ иное дѣло, если представитель совершаетъ юридическое дѣйствіе отъ своего имени (*Ersatzmann* по Игерингу (ib.), односторонній представи-

къ существеннымъ практическимъ послѣдствіямъ (на которыя мы указали въ текстѣ). Шлиманъ же (ib. стр. 30) справедливо замѣчаетъ, что, въ случаѣ сомнѣнія, слѣдуетъ признавать лице посланникомъ, котораго сфера деятельности болѣе ограничена, а не представителемъ. Таковъ же взглядъ Тѣля (ib. § 72). Это замѣчаніе соответствуетъ рациональному правилу: *in dubio quod minimum*.

³⁾ Слѣдуетъ замѣтить, что это различіе между посланникомъ и представителемъ сознавалось уже римскимъ правомъ. О первомъ источнике говорятъ: *veluti per epistolam, veluti per nuntium* (D. 44, 7, 2).

тель) ¹⁾. И односторонний и полный представитель совершает юридическую деятельность вместо другого лица. Но в полном представительстве юридическая связь представителя и лица представляемого проявляется внешним, видимым образом, объективно; в одностороннем же представительстве между ними существует одна лишь внутренняя, субъективная связь, о которой третье, стороннее лицо не знает, или которую оно может игнорировать. В первом случае переход юридического отношения, установленного представителем с третьим лицом, на лицо представляемое является необходимым условием, неразрывною составною частью самого этого отношения; во втором случае переход этот является лишь одним из *последствий* этого отношения. В первом случае переход этот является вследствие соглашения, состоявшегося между представителем, лицом представляемым и третьим лицом; во втором — вследствие соглашения, состоявшегося между представителем и одним лишь лицом представляемым. В полном представительстве третьи, сторонние лица имеют, при установлении юридического отношения, в виду лицо представляемое; в одностороннем — представителя.

При таком внутреннем, характеристическом различии между двумя этими подразделениями представительства, и последствия из них вытекающие, очевидно, должны быть различны. При полном представительстве юридические отношения, устанавливаемые представителем, *непосредственно* переходят на лицо представляемое. В одностороннем представительстве переход этот совершается *посредственно*. Относительно третьих, сторонних лиц, обладателей прав и обязанностей, вытекающих из установленных правоотношений, является один лишь односторонний представитель: нельзя навязывать третьим, сторонним лицам контрагента (лицо представляемое), которого они не имели в виду при совершении сделки. Но, в силу состоявшегося между односторонним представителем и лицом представляемым предварительного соглашения (или в силу закона), эти права и обязанности от первого переходят на по-

¹⁾ Этот вид представительства мы позволяем себе назвать *односторонним*, по основаниям, которые будут видны из нижеизложенного.

следнего. Таким образом в одном лишь одностороннем представительстве получает практическое применение вышеприведенный взгляд римского права на представительство, который отстаивают Пухта и его последователи ¹⁾.

Важные практические последствия, которые влечет за собою это различие между полным и односторонним представительством слишком очевидны. Право зачета (*compensatio*) третье лицо может осуществить против представителя лишь в одностороннем представительстве (см. Troplong, стр. 497). Громадная важность этого различия обнаруживается, в особенности, в случае несостоятельности лица представляемого или представителя. При полном представительстве интересы третьих, сторонних лиц затрагиваются лишь несостоятельностью первого; в одностороннем — несостоятельностью второго. Подобных практических последствий в жизни может встречаться не мало.

Пример одностороннего представительства встречается у представителя товарищества на вере. Третьи, сторонние лица вступают в юридические отношения с одним лишь представителем товарищества; с вкладчиками же они никакого дела не имеют ²⁾. Характер одностороннего представительства имеет и комиссионер. Комиссионер действует по поручению и за счет другого, но обыкновенно от своего имени; поэтому права и обязанности, вытекающие из отношений самого комиссионера с третьими лицами, переходят на него самого ³⁾. От него же эти

¹⁾ Об одностороннем представительстве ср. Игеринга, ib. стр. 312 и посл.; Буха стр. 207—211; Troplong, Mandat, стр. 492, 494 и посл. и стр. 566 и посл.; Dalloz, Jurisprudence générale т. 30, Mandat, № 25 и др.; Laurent, Principes de droit civil français, 77 г., т. 28, №№ 60—63.

²⁾ Ст. 2135, 1 ч., X т. Сь подробностями об этом предмете встретимся ниже.

³⁾ Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, изд. 3, 73 г., § 231; Gerber, System d. deutschen Privatrechts, 73 г., § 199; Thöl, ib. § 72; Manuel de droit commercial français et étranger и пр. par Hœchster, Sacré et Oudin, Paris, 74 г., стр. 317, 342, 349 и 359; Boistel, Précis du cours de droit commercial 75 г., стр. 341, 342 и др. Le commissionaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant (Code de Commerce, art. 91; ср. также art. 92); ср. Troplong (ib. стр. 502) и Clamageran, du louage d'industrie, du mandat et de la Commission, № 312 и посл. Немецкое право признает, что комиссионер действует всегда от своего имени; но французское право допускает, что комиссионер может действовать как от своего лица, так и от лица коммитента.

права и обязанности переносятся на доверителя. Характерь одно-сторонняго представителя имѣть и повѣренный въ томъ случаѣ, когда онъ, не объявляя о вѣрющемъ письмѣ, дѣйствуетъ отъ своего имени.

Такимъ образомъ между полнымъ, (всестороннимъ) и одно-стороннимъ (скрытымъ) представительствомъ внутреннее, существенное различіе. Но изъ этого отнюдь не слѣдуетъ, чтобы этотъ способъ юридической дѣятельности одного лица въ интересѣ другаго слѣдовало совершенно исключить изъ состава представительства, какъ это полагаютъ нѣкоторые юристы (Унгеръ, Лабандъ, Гарейсъ, Циммерманъ и Бринцъ, *ib.* § 368, 2 и § 371, 4). Мы рѣшительно возражаемъ противъ этого взгляда, который, безъ серьезнаго основанія, дробитъ понятія о представительствѣ. Выдѣляя этотъ способъ юридической дѣятельности одного лица въ интересахъ другаго изъ ученія о представительствѣ, эти юристы не указываютъ ему никакого другаго, точно опредѣленнаго, мѣста среди институтовъ гражданскаго права. Одностороннее представительство останется какъ бы висящимъ въ воздухѣ. Одностороннему представителю, такъ сказать, некуда будетъ голову склонить.

Одностороннее представительство, какъ увидимъ, явленіе довольно часто встрѣчающееся въ жизни. Оно имѣетъ корень въ потребностяхъ жизни. Понятіе о немъ мы относимъ къ числу основныхъ понятій представительства въ гражданскомъ правѣ. Выдѣливъ это понятіе изъ представительства, въ изслѣдуемомъ нами ученіи образуется значительный пробѣлъ. Разнообразныя явленія жизни, которыя, по своему внутреннему юридическому смыслу, имѣютъ несомнѣнный характеръ представительства, останутся безъ твердой юридической основы. Это внесетъ въ представительство элементъ разрозненности и путаницу¹⁾. Вотъ почему считаемъ необходимымъ, въ виду спорности этого вопроса, подвергнуть подробному критическому разбору взглядъ юристовъ, не признающихъ односторонняго представительства.

¹⁾ Вопреки мнѣнію Лабанда (см. стр. 298) мы позволяемъ себѣ рѣшительно настаивать на томъ, что путаницу вноситъ не самое понятіе объ одностороннемъ представительствѣ, а исключеніе его изъ ученія о представительствѣ. Это подтвердится дальнѣйшимъ ходомъ нашего изслѣдованія.

Унгеръ, не признавая за указанною дѣятельностію одного лица въ интересахъ другаго характера представительства, называетъ односторонняго представителя *Zwischenperson*. Различіе между представителемъ и *Zwischenperson* Унгеръ характеризуетъ слѣдующимъ образомъ: первый освобождаетъ лице представляемое отъ труда совершенія сдѣлки, второй самъ вступаетъ въ установленное имъ отношеніе; представитель заключаетъ сдѣлку лично ему, чуждую, *Zwischenperson* — свою *собственную*; при представительствѣ совершается одно юридическое отношеніе, послѣдствія котораго связываются съ лицомъ представляемымъ; при дѣятельности же *Zwischenperson* результатъ этотъ достигается путемъ нѣсколькихъ сдѣлокъ¹⁾.

Мы говорили, что сами признаемъ существенное различіе между полнымъ и одностороннимъ представительствомъ; но съ этимъ взглядомъ Унгера не можемъ вполне согласиться. Юридическія отношенія, устанавливаемыя одностороннимъ представителемъ, переходятъ *отъ него* прямо на лице представляемое, въ силу, предварительнаго состоявшагося между ними, соглашенія представительства. Если въ одностороннемъ представительствѣ имѣть непосредственный переходъ отношеній съ третьяго лица на лице представляемое, то есть непосредственный переходъ этихъ отношеній на послѣдняго отъ представителя²⁾. Нельзя никоимъ образомъ утверждать, что односторонній представитель заключаетъ съ третьимъ лицомъ *свою* сдѣлку. Это только повидимому. Такъ это кажется для посторонняго, непосвященнаго взгляда. Права и обязанности, вытекающія изъ сдѣлки, установленной одностороннимъ представителемъ, непосредственно, въ силу предварительнаго соглашенія или другихъ основаній представительства (закона, факта), переходятъ *отъ него* на лице представляемое. Послѣдній это свое право можетъ отстаивать при посредствѣ суда³⁾. Если

¹⁾ Oesterreichisches Privatrecht, ч. 2, стр. 134—136.

²⁾ Ср. Арндта, *Lehrb. d. Pand.*, изд. 8, 74 г., § 76, прим. 2.

³⁾ Laurent (*Principes de droit civil français*, ч. 28, №№ 62 и 63) справедливо замѣчаетъ, что, хотя доверитель, при одностороннемъ представительствѣ, и не состоитъ въ непосредственныхъ отношеніяхъ къ третьему лицу, тѣмъ не менѣе онъ имѣетъ полную возможность достигнуть прямого къ нему иска. Доверитель можетъ, именно, понудитъ повѣреннаго уступить ему права и искъ, приобретенные послѣднимъ въ отношеніи третьихъ лицъ. Этимъ путемъ доверитель можетъ

для полного, объективного перехода на лице представляемое от-
ношения, установленного представителем, послѣднему приходится
еще иногда совершить на имя первого сдѣлку, то она не пред-
ставляет собою ничего новаго, *самостоятельнаго*, а является
лишь прямымъ, *необходимымъ* послѣдствіемъ существующаго пред-
ставительства. Этотъ переход можетъ совершиться и помимо воли
представителя, посредствомъ суда ¹⁾.

Изъ этого видно, что Лабандъ совершенно неправъ, говоря,
что изъ односторонняго представительства нельзя придти къ за-
ключенію о юридическихъ отношеніяхъ, существующихъ между
представляемымъ и представителемъ (ib. стр. 197—198). Такого
заключенія намъ, можетъ быть, нельзя будетъ сдѣлать, когда

вступить въ непосредственныя сношенія съ третьими лицами. Точно также и
третьи лица могутъ, путемъ уступки правъ приобретенныхъ повѣреннымъ, всту-
пить въ непосредственныя отношенія къ довѣрителю. Curtius (ib. стр. 76) замѣ-
чаетъ, что и въ настоящее время къ одностороннему представительству примѣнимо
римское *utilis actio quasi cessicia* (право довѣрителя требовать осуществления
правоотношенія непосредственно отъ третьяго лица). Не полагаемъ, чтобы
примѣненіе этого правила встрѣчало затрудненіе и въ нашей практикѣ. — См. слѣ-
дующее примѣчаніе.

¹⁾ Укажемъ, для большей наглядности, на одинъ изъ многихъ случаевъ, встрѣ-
чающихся на практикѣ. По порученію Марка, Павлова и барона Френкеля,
С.-Петербургскій Учетный и Судный Банкъ подписался въ мартѣ 1873 г. *отъ*
своего имени въ С.-Петербургскомъ обществѣ Взаимнаго кредита на 7520 акцій
Голубовской каменно-угольной промышленности. Письмомъ отъ 3-го мая 1873 г.
банкъ заявилъ Обществу Взаимнаго кредита, что временныя свидѣтельства на
эти акціи должны быть составлены на имена его препоручителей (Практ. С.-Пе-
тербургскаго Коммерческаго Суда, 74 г. № 46). — Возможно ли утверждать, что
подписка на акціи была собственно сдѣлкою самаго банка, что акціи принад-
лежали ему? Очевидно нѣтъ. Акціи эти могли быть препоручителями истребо-
ваны отъ банка судомъ. Подобные иски признаются и французскою практикою
(Laurent, ib.). Такимъ образомъ письмо 3-го мая 1873 г. есть не какая либо но-
вая, самостоятельная сдѣлка, а лишь необходимое послѣдствіе, существовавшего
между банкомъ и означенными лицами, отношенія препорученія. Вообще не бу-
детъ ли противно здравому практическому смыслу утверждать, что учетный
банкъ, подписываясь на акціи, не дѣйствовалъ въ качествѣ представителя Марка,
Павлова и Френкеля, хотя обществу Взаимнаго кредита и не было объ этомъ из-
вѣстно до письма банка 3-го мая 1873 г.? Характеръ представителя признавъ
былъ въ томъ дѣлѣ за банкомъ и нацими судебными мѣстами. Это примѣръ на-
стоящаго односторонняго представительства. — Мало то. Полагаемъ даже, что,
и независимо отъ письма банка 3 мая, препоручители могли бы, доказавъ свое
отношеніе препорученія къ банку, истребовать эти акціи непосредственно изъ
общества Взаимнаго кредита. — См. предшествующее примѣчаніе.

между ними не возникнетъ никакихъ недоразумѣній. Тогда намъ
незачѣмъ и знать объ этихъ отношеніяхъ, которыя составляютъ
лишь ихъ собственное дѣло. Но эти отношенія явно обнаружатся
и станутъ намъ вполне извѣстными, когда возникшій между
ними споръ дойдетъ до суда. Тогда станетъ явнымъ, что пред-
ставитель дѣйствовалъ въ *интересъ лица представляемаго*, ко-
торое имѣетъ полную возможность отстаивать свои права на
судѣ. Это то патологическое состояніе юридическихъ отношеній
(разногласія, споры) теорія, главнымъ образомъ, и должна имѣть
въ виду. Теорія должна указать средства къ излеченію болѣз-
неннаго состоянія юридическихъ явленій.

Съ точки зрѣнія приведенныхъ юристовъ слѣдуетъ отрицать
характеръ представительства у повѣреннаго, снабженнаго фор-
мальною довѣренностію, если онъ только дѣйствуетъ въ интересѣ
довѣрителя, но отъ своего имени. Это дѣло невозможное: Воз-
можно ли не признавать представителемъ комиссіонера или же
лице, стоящее во главѣ и распоряжающееся дѣлами товарище-
ства на вѣрѣ, если оно совершило отъ своего имени дѣйствія
въ интересѣ товарищества? ¹⁾ Возможно ли не признавать пред-
ставителемъ опекуна, дѣйствующаго отъ своего имени, но въ ин-
тересѣ опекаемаго или душеприкащика, совершающаго отъ своего
имени юридическія дѣйствія относительно наследственнаго иму-
щества? ²⁾ Въ римскомъ правѣ представитель, какъ мы видѣли,

¹⁾ Trop long доказываетъ, что въ торговой сферѣ интересъ купца часто тре-
буется чтобы участіе его въ дѣлѣ оставалось въ секретѣ и чтобы его предстани-
тель дѣйствовалъ отъ своего собственнаго имени (стр. 493—494, 500, 502 и др.).
Это утверждаетъ и Ladenburg (die Vollmacht als Verkehrsmittel, въ Zeitschrift
für das gesammte Handelsrecht, Bd. XI, 68 г., стр. 74). Отъ этого комиссіо-
неры болѣею частью дѣйствуютъ отъ своего имени. Практическій случай дѣя-
тельности представителя товарищества на вѣрѣ увидимъ въ дѣлѣ Междунаро-
днаго Банка съ Колосовскимъ, подробный разборъ котораго представленъ ниже,
въ главѣ о просита.

²⁾ Примѣръ опеки и душеприкащика можетъ, по нашему, всего лучше
доказать всю несостоятельность теоріи Унгера и его послѣдователей. Положимъ
душеприкащикъ, получившій, впредь до приведенія въ исполненіе духовнаго за-
вѣщанія, которое у насъ можетъ продолжаться довольно долго, въ завѣщаніи
домъ завѣщателя, заключаетъ отъ своего имени съ жильцами арендные кон-
тракты или сдѣлки съ подрядчиками, каменщиками, плотниками и пр. Очевидно
все эти сдѣлки будутъ обязательны для наследниковъ. На чемъ же можетъ осно-
вываться обязательность для нихъ этихъ сдѣлокъ, если не на основаніи пред-

только и дѣйствовали отъ своего имени; однако онъ не переставалъ быть представителемъ ¹⁾. Односторонній представитель дѣйствуетъ хотя отъ своего имени, но *въ интересъ* лица представляемаго. Онъ *представитель интересовъ* послѣдняго ²⁾.

Изъ изложенныхъ соображеній легко понять какъ неправъ Гарейсъ (ib. стр. 14 и 17), который, не признавалъ односторонняго представительства, говорить, что въ немъ одно лице представляетъ интересы другого фактически, экономически, но не юридически. Мы видѣли, что права и обязанности, вытекающія изъ установленныхъ одностороннимъ представителемъ отношений, переходятъ *отъ него* непосредственно на лице представляемое. Изъ этого явствуетъ, что первый является представителемъ не экономическихъ, а юридическихъ интересовъ послѣдняго ³⁾.

Прусскій кодексъ прямо признаетъ разсматриваемый видъ дѣятельности въ интересъ другого представительствомъ (ч I, тит. 13, § 154) ⁴⁾.

Саксонскій кодексъ говорить по разсматриваемому предмету

ставительства, на которомъ построено душеприкащество? (См. ниже гл. «Душеприкачество»). Странно было бы утверждать, что это сдѣлки самаго душеприкащика. Самое званіе душеприкащика, весь юридическій характеръ его дѣятельности указываетъ, что онъ лишь представитель интересовъ другихъ. Тоже самое и съ опекуномъ.

¹⁾ См. Troplong, ib. стр. 493.

²⁾ Laurent (ib., № 61) говоритъ: quand le mandataire traite avec un tiers, quoique en son nom, il est censé, à l'égard du mandant, avoir traité dans l'intérêt de celui-ci et avoir fait la chose dont il était chargé.

³⁾ И Циммерманъ не признаетъ односторонняго представительства. Лице, дѣйствующее въ интересахъ, но не отъ имени другого, по его мнѣнію, не представитель (ib. стр. 26 и 86). Для характеристики ученія этого автора достаточно лишь замѣтить, что онъ, какъ прямое послѣдствіе отрицанія односторонняго представительства, признаетъ, что и прокураторъ (высшее проявленіе торговаго представительства, см. ниже гл. «Procurator») не есть представитель (стр. 29)!... Это значитъ хватать чрезъ край! Вообще мы не считаемъ нужнымъ останавливаться подробно на нѣкоторыхъ, предлагаемыхъ Циммерманомъ, нововведеніяхъ ученія о представительствѣ (стр. 37 и послѣд.), признавая ихъ отвлеченными тонкостями, лишенными практическаго значенія. Многос изъ нихъ опровергается всѣмъ содержаніемъ настоящаго изслѣдованія.

⁴⁾ Ср. комментарий къ этому § прусскаго кодекса Коха, Ферстера и проч., изд. 5, 75 г., стр. 159, прим. 30. Комментары эти признаютъ въ одностороннемъ представительствѣ даже непосредственныя отношенія между третьимъ лицомъ и представляемымъ, если представитель, дѣйствуя отъ своего имени, исполнилъ лишь данное ему порученіе. Ср. выше стр. 23, прим. 3.

слѣдующее: договоры, которые *представитель* (Stellvertreter) заключаетъ отъ своего имени, устанавливаютъ обязательственныя отношенія за и противъ него; третье лице вправѣ допускать *представляемаго* къ вступленію въ отношеніе, установленное между нимъ и *представителемъ*, лишь по общимъ началамъ объ уступкѣ правъ и обязательствъ (§ 790). Если же въ обладаніе лица представляемаго перешелъ предметъ, который представитель получилъ въ силу сдѣлки, состоявшейся между нимъ и третьимъ лицомъ, то сіе послѣднее вправѣ требовать отъ лица представляемаго стоимости, которую этотъ предметъ имѣлъ во время перехода къ первому (§ 791). Изъ этихъ постановленій видно, что саксонскій кодексъ не только называетъ участникомъ односторонняго представительства *представителемъ* и лицомъ *представляемымъ*, но и признаетъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, *непосредственность* отношеній между послѣднимъ и третьимъ лицомъ ¹⁾.

Изложенныя нами выше (стр. 19—22) соображенія объ одностороннемъ представительствѣ должны, по нашему, получить примѣненіе въ томъ лишь случаѣ, когда третьи, стороннія лица, *которые* входятъ въ сдѣлку съ представителемъ, не знаютъ о томъ, что онъ дѣйствуетъ въ интересъ не своемъ, а лица представляемаго или же, если они и знаютъ объ этомъ, но имѣютъ въ виду установить юридическое отношеніе *именно* съ нимъ лично, а не съ представляемымъ. Совсѣмъ другое, если изъ обстоятельствъ дѣла явно обнаруживается, что третье лицо хорошо знало, что тотъ, кто вступилъ съ ними въ сдѣлку, дѣйствуетъ, хотя отъ

¹⁾ Одностороннее представительство признаютъ, кромѣ Игеринга и Бухка, еще Арндтъ (ib. § 76, прим. 2); Виндшейдъ (ib. § 73, прим. 2); Вагон (§ 65, II, 2, а); Zacharie, le droit civil français (т. 5, § 750, прим. 1 и 3); Troplong (ib.); Laurent (ib.) и др. — Выше мы видѣли, что комиссіонеръ обыкновенно дѣйствуетъ въ интересъ коммитента, но отъ своего лица. Но комиссіонерство — торговое порученіе, довѣренность: la commission est le mandat commercial (Boistel, ib. стр. 341); ce contrat (de commission) correspond au contrat de mandat (Pradier-Fodéré, Précis de droit commercial, 1866 г., стр. 92); ce même acte (mandat) dans le commerce, s'appelle commission (Поронъ, предварит. прим. къ art. 94 Code de Commerce; см. также Clamagerant, ib. № 341 и Gerber ib. § 199). Такимъ образомъ, согласно мнѣнію юристовъ непризнающихъ односторонняго представительства, приходится одинъ изъ наиболѣе важныхъ видовъ торговой довѣренности — комиссіонерство — вовсе исключить изъ состава представительства.

своего имени, но въ интересѣ другого и если оно при этомъ само имѣло въ виду установить юридическое отношеніе не съ тѣмъ, съ которымъ оно договаривалось, а съ лицомъ, интересы котораго онъ представлялъ или же, если третье лице при этомъ не высказало рѣшительнаго намѣренія вступить въ отношеніе именно съ представителемъ, а не съ представляемымъ. Къ подобнымъ случаямъ, по нашему убѣжденію, должны быть примѣняемы начала не односторонняго, а полнаго представительства. Въ представительствѣ, какъ вообще въ юридической дѣятельности, главное, преобладающее значеніе имѣетъ не одна внѣшность, форма, буква, а дѣйствительное существо дѣла, истинное сознание, намѣреніе сторонъ. На этомъ одномъ построена вся договорная часть гражданскаго права. Въ представительствѣ рѣшающее значеніе имѣетъ не одно упоминаніе имени того или другаго лица. Имя имѣетъ тутъ значеніе лишь на столько, на сколько оно обнаруживаетъ явную волю, желаніе сторонъ связать устанавливаемое отношеніе съ лицомъ представляемымъ или съ представителемъ. Но, если эта воля, это сознание сторонъ несомнѣнно обнаруживается изъ другихъ конкретныхъ обстоятельствъ дѣла, то нѣтъ ни малѣйшаго основанія игнорировать ее. Воля сторонъ (явная или презюмтивная) составляетъ въ представительствѣ авторитетъ, предъ которымъ долженъ преклониться и умолкнуть всякій формализмъ¹⁾. Если я, напр., на врученной мнѣ платежной роспискѣ по обязательству, выданному однимъ лицомъ другому, или на переданномъ мнѣ отъ магазина или поставщика счетѣ напишу, что я получилъ полное удовлетвореніе, то не можетъ быть ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, что деньги эти получены мною не для себя лично, а для лица, которому они слѣдовали²⁾. Тоже самое въ дѣятельности душеприкащика и опекуна³⁾. Лица эти, по самому

¹⁾ Существенное значеніе, говорятъ Anschütz и Völderndorf, имѣетъ не одна формальная, но и матерьяльная связь лица представляемаго съ юридическимъ отношеніемъ, устанавливаемымъ представителемъ. Тутъ важна не одна внѣшность, но внутреннее сознание, воля (Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, ч. I, стр. 390). См. также Curtius (ib. стр. 77) и Troplong (ib. стр. 515—517). Вообще мысли наши объ одностороннемъ представительствѣ получаютъ еще большее подтвержденіе въ дальнѣйшемъ развитіи нашего изслѣдованія.

²⁾ См. объ этомъ ниже во гл. о молчаливомъ полномочіи (mandatum tacitum).

³⁾ См. выше, стр. 25, примѣч. 2.

своему званію и по юридическому существу своей дѣятельности, суть лишь представители интересовъ другихъ. Одно то обстоятельство, что они совершаютъ относительно вѣреннаго имъ имущества, дѣйствія отъ своего имени, не можетъ измѣнить *юридическій характеръ* ихъ дѣятельности. Странно было бы, напр., утверждать, что если опекунъ или душеприкащикъ выдалъ жильцу, временно завѣдываемаго имъ, дома росписку, въ которой сказано, что онъ получилъ арендную плату, то опекаемый или наследникъ вправѣ вторично требовать арендныхъ денегъ только потому, что росписка выдана отъ лица самаго опекуна или душеприкащика. Званіе лица, выдавшаго росписку и предметъ ея, столько же указываютъ на существованіе, въ семъ случаѣ, представительства, сколько упоминаніе имени представляемаго. Не признавать этого, значило бы отвергать самые очевидные факты¹⁾. Вотъ почему мы находимъ совершенно логичнымъ постановленіе обще-германскаго торговаго уложенія, по которому права и обязанности, вытекающія изъ дѣятельности товарища-распорядителя, непосредственно переходятъ на самое товарищество и въ томъ случаѣ, когда она совершена и не отъ имени послѣдняго, если только изъ обстоятельствъ дѣла и воли сторонъ явствуетъ, что она имѣла цѣлію интересы товарищества²⁾. Буквально тоже самое повторяется этимъ уложеніемъ относительно представителей акціонернаго общества (art. 230). Таковъ, какъ еще увидимъ ниже, и взглядъ этого уложенія на способъ дѣятельности уполномоченнаго и прокуриста (art. 52). Таковъ же его взглядъ и на нѣкоторыя другія явленія торговаго представительства (art. 461 и 502)³⁾.

¹⁾ Такимъ образомъ, если опекунъ дѣйствуетъ отъ своего имени, но въ интересѣ опекаемаго, то характеръ этой дѣятельности будетъ зависѣть отъ того, известно ли третьему лицу званіе опекуна, или обнаруживается ли это изъ обстоятельствъ дѣла, предмета сдѣлки и пр. или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ (если только третье лице не высказало рѣшительнаго намѣренія вступить въ сдѣлку, именно, лично съ опекуномъ) будетъ представительство полное; во второмъ — одностороннее. Тоже съ душеприкащикомъ.

²⁾ Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, Art. 114.

³⁾ Въ прусскомъ кодексѣ имѣется еще слѣдующее постановленіе: если опекунъ совершилъ сдѣлку отъ своего имени, но изъ обстоятельствъ дѣла, известныхъ третьему лицу, обнаруживается, что она учинена въ интересѣ опекаемаго, то отъ усмотрѣнія третьяго лица зависитъ держаться, въ семъ отношеніи, опе-

Послѣ всего изложеннаго считаемъ себя вправѣ утверждать, что мнѣніе Лабанда, будто знаніе третьимъ лицомъ о томъ, что односторонній представитель дѣйствуетъ за счетъ другого, не имѣетъ для дѣла значенія (стр. 197), врядъ ли заслуживаетъ вниманія. Лабандъ, впрочемъ, противорѣчитъ самъ себѣ. По поводу приведенныхъ постановленій германскаго торговаго уложенія онъ, именно, говоритъ, что представителю *не всегда* необходимо явно выражать, что онъ дѣйствуетъ отъ имени представляемаго; это необходимо лишь тогда, когда иначе *третье лицо не знало бы объ этомъ обстоятельстве* (стр. 216). Изъ этого явствуетъ, что, и по мнѣнію самаго Лабанда, знаніе третьяго лица о томъ, что представитель дѣйствуетъ въ интересѣ другого, имѣетъ практическое значеніе. Далѣе (стр. 217) онъ говоритъ, что лишь въ *большинствѣ случаевъ* (значитъ не всегда!) необходимо явно упомянуть о томъ, что лице дѣйствуетъ отъ имени другаго ¹⁾.

И Унгеръ признаетъ, что не необходимо, чтобы представитель явно упоминалъ имя представляемаго, а достаточно, если первый явно дѣйствуетъ въ *качество представителя* (т. 2, стр. 138, прим. 37) ²⁾. Но, что значитъ признавать лице дѣйствующимъ въ *качество представителя*? Это значитъ обращать вниманіе на его сознаніе, на его волю, на *характеръ* его дѣйствій. Но, если обращать вниманіе на этотъ *внутренній* элементъ дѣятельности представителя (а не обращать на это вниманія было бы крайне странно), то нельзя не признавать представительства и въ томъ случаѣ, когда изъ обстоятельствъ дѣла явно обнаруживается, что лице дѣйствовало какъ *представитель интересовъ другаго*. Въ

купа или опекаемаго; послѣдній же пріобрѣтаетъ вытекающія изъ этой сдѣлки права (т. IV, тит. 18, § 251 и 252). Сочетаніе въ одномъ этомъ случаѣ двухъ изложенныхъ нами началъ представительства, составляетъ нечто исключительное. Но и это постановленіе служитъ подтвержденіемъ нашего взгляда на сущность односторонняго представительства. Опекаемый пріобрѣтаетъ права и можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за сдѣлку, совершенную опекуномъ отъ своего имени. Такія послѣдствія влечетъ за собою лишь отношеніе *представительства*.

¹⁾ Нѣкоторые возраженія противъ взгляда Лабанда см. еще у Cannstein'a, Vollmacht und Auftrag и пр., въ Zeitschrift für d. Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 3, 76 г.

²⁾ Тоже самое утверждаетъ и Thöl (Handelsrecht, ч. I, § 62, стр. 203).

такомъ случаѣ нельзя такъ рѣшительно отрицать и существо односторонняго представительства.

Изъ изложеннаго становится яснымъ, что мы совсѣмъ расходимся со взглядомъ г. Нерсесова ¹⁾, который утверждаетъ, что объективный моментъ составляетъ *«суть»* представительства ²⁾. Объективная сторона, какъ мы и сами говорили, имѣетъ безспорно важное значеніе въ представительствѣ. Но значеніе ея основывается на томъ, что она обыкновенно составляетъ лучшее средство для обнаруженія представительственнаго сознанія, воли участвующихъ сторонъ ³⁾. Но таковыми признаками могутъ служить, какъ мы видѣли, и другія обстоятельства. Съ другой стороны одно отсутствіе объективности не устраняетъ дѣятельности одного лица въ интересахъ другаго изъ состава представительства. Вообще объективность есть своего рода форма; но форма имѣетъ лишь рациональный смыслъ какъ надежное средство для констатированія сознанія, воли сторонъ. Она лишь *средство* для огражденія интересовъ права; но не составляетъ дѣли сама по себѣ. Она не *«суть»* права.

Намъ кажется, что одна изъ причинъ, вызвавшихъ взглядъ противниковъ односторонняго представительства — неточное выясненіе практическаго значенія объективнаго момента въ представительствѣ. Юристы эти отождествляютъ объективность съ

¹⁾ «Понятіе добровольнаго представительства въ гражд. правѣ», Москва, 78 г., стр. 36 и послѣд.

²⁾ Подъ объективнымъ моментомъ г. Нерсесовъ разумѣетъ упомянаніе имени лица представляемаго (стр. 1, 34 и др.).

³⁾ Замѣтимъ, что объективность не всегда составляетъ доказательство существованія между представителемъ и представляемымъ тѣхъ взаимныхъ отношеній, которыя мы обыкновенно предполагаемъ служащими основой представительства, а именно — дѣятельности перваго *въ интересъ* втораго. У насъ часто случается, что одно лице дѣйствуетъ какъ представитель другаго (по довѣренности или по прикащичьему свидѣтельству) исключительно *въ своихъ интересахъ*, для того, чтобы пользоваться общественнымъ положеніемъ, репутаціею, кредитомъ представляемаго. Всего больше это явленіе встрѣчается у насъ въ торговомъ быту (въ особенности между подрядчиками), но иногда, какъ увидимъ ниже, и въ обыкновенномъ гражданскомъ быту. (Ср. Ladenburg'a ib.). Въ этихъ случаяхъ представитель будетъ *procurator in rem suam*. Изъ этого уже видно различіе между полномочіемъ и порученіемъ, о которомъ будетъ сказано ниже. Въ приведенныхъ случаяхъ повѣренный дѣйствуетъ по *полномочію*, но не по *порученію* представляемаго.

упоминаніем *имени* лица представляемаго; поэтому они юридическую дѣятельность лица въ интересѣ другаго, но отъ *своего* имени, не признаютъ представительствомъ. Но мы видѣли (стр. 30) что и эти юристы допускаютъ отступленія отъ этого правила. На самомъ дѣлѣ отождествленіе объективности съ упоминаніемъ *имени* представляемаго, по нашему, — крупная ошибка. Практическій смыслъ объективности заключается въ томъ, чтобы явно обнаружилось качество лица, какъ представителя другаго. Это необходимо для того, чтобы третьи лица знали, что они имѣютъ дѣло не съ тѣмъ лицомъ, съ которымъ они договариваются, а съ представляемымъ. Но эта цѣль, какъ мы говорили, иногда достигается и независимо отъ упоминанія имени представляемаго: когда третье лице знаетъ о званіи представителя, когда это обнаруживается изъ обстоятельствъ дѣла, изъ предмета сдѣлки и проч. И въ этихъ случаяхъ представительство будетъ не менѣе объективно, чѣмъ при упоминаніи *имени* лица представляемаго. Но если признаемъ, что упоминаніе имени представляемаго не есть *conditio sine qua non* полного представительства, тогда уже нѣтъ основанія и признать, что одно отсутствіе имени представляемаго (т. е. дѣятельность отъ своего лица) устраняетъ юридическую дѣятельность одного лица въ интересѣ другаго изъ состава представительства. Дѣйствительно, иногда почти невозможно провести рѣзкую, разграничительную линію между полнымъ и одностороннимъ представительствомъ. То, что на первый взглядъ кажется одностороннимъ представительствомъ, можетъ быть, при ближайшемъ выясненіи обстоятельствъ дѣла, признаваемо представительствомъ полнымъ ¹⁾. Такимъ образомъ вытѣсненіе обсуживаемаго способа дѣятельности изъ состава представительства является не только нерациональнымъ, но и невозможнымъ.

Вообще врядъ ли юристы отдадутъ себѣ ясный отчетъ въ томъ, отчего они поднимаютъ такое гоненіе противъ односторонняго представительства. Выше (стр. 7) мы видѣли, что представительство вызвано, главнымъ образомъ, интересами лицъ представляемыхъ ²⁾. врядъ ли въ этомъ можетъ быть и сомнѣніе. Пред-

¹⁾ См. выше, стр. 24, примѣч. 1. См. еще ниже гл. «факт. представительство въ нашемъ юридическомъ быту».

²⁾ Ср. Перссона предисловіе; ср. Савиньи, *Système* ч. 3, стр. 90 и др.

ставительство служить средствомъ для замѣны и расширенія юридической личности представляемаго. Но эта цѣль, какъ мы видѣли, достигается и одностороннимъ представительствомъ, хотя не въ столь широкой формѣ, какъ въ представительствѣ полномъ. И односторонній представитель совершаетъ *юридическую* дѣятельность *взаимнъ* представляемаго, расширяетъ сферу дѣятельности послѣдняго. Практическій *raison d'être* того и другаго способа дѣятельности вполне одинаковъ.

Юристы эти создали à priori теорію представительства, суть которой — непосредственный переходъ отношеній, устанавливаемыхъ представителемъ, съ *третьимъ* лицомъ на представляемаго. Все, что не подходитъ подъ эту теорію, они исключаютъ изъ состава представительства. Это, по нашему, неправильная исходная точка зрѣнія. Не явленія жизни должны быть пригоняемы подъ апіористическую теорію, а теорія должна быть выводима изъ конкретныхъ явленій жизни. Практическая суть представительства — *юридическая* дѣятельность одного лица *взаимнъ* другаго. Но замѣна одного лица другимъ при этой дѣятельности проявляется въ жизни въ двоякомъ видѣ: въ формѣ явной (объективной) и скрытой. Поэтому слѣдуетъ признать, что представительство бываетъ явное (объективное) и скрытое (одностороннее).

Итакъ, одностороннее представительство понятіе реальное, соответствующее практическому взгляду на дѣло. Теорія противниковъ — нѣчто искусственное, *придуманное*.

Мы говорили, что юристы, возстающіе противъ включенія юридической дѣятельности одного лица въ *интересъ* другаго въ составъ представительства, не указываютъ ей другаго, точно опредѣленнаго мѣста въ гражданскомъ правѣ. Лабандъ (ib. стр. 239 и др.) говоритъ, что характеръ этой дѣятельности будетъ зависѣть отъ ея юридическаго основанія. Такъ, если лице дѣйствуетъ въ силу довѣренности, то дѣятельность его будетъ порученіемъ; если дѣятельность эта произвольная, то она *negotiorum gestio* и пр. ¹⁾, но не *представительство*. Этимъ Лабандъ, по нашему, оказываетъ весьма плохую услугу ученію о представительствѣ. Съ

¹⁾ Подъ *neg. gestio* онъ разумѣетъ лишь взаимныя отношенія между фактическимъ представителемъ и представляемымъ; представительство — отношенія первого къ третьимъ, стороннимъ лицамъ.

этой точки зрѣнія, всё виды представительства (довѣренность, опека, душеприкащество, просига и пр.) раздѣлятся на двѣ, совершенно самостоятельныя, части, которыя будутъ лишены всякой органической связи. Опекуны, душеприкащики, прокурислы и пр. будутъ *иногда* представителями, иногда нѣтъ. Когда за ними возможно будетъ признавать званіе представителя — это, очевидно, будетъ вопросъ факта, такъ какъ одно упоминаніе имени представляемаго, даже съ точки зрѣнія самаго Лабанда (см. выше, стр. 30), не составляетъ исключительнаго признака объективности, т. е. представительства, а тутъ играетъ роль и сознаніе третьяго лица и обстоятельства дѣла и пр. Предоставляю нашимъ юристамъ самимъ судить какая невообразимая путаница произойдетъ отъ этого въ представительствѣ. Къ чему всё эти тонкости, которыя лишены реальной, практической основы?

Для полной характеристики ученія юристовъ, не признающихъ односторонняго представительства, замѣтимъ еще, что они не отыскали окончательно для этого вида дѣятельности одного лица вмѣсто другаго подходящаго названія ¹⁾. Это обстоятельство отнюдь не маловажное. Названіе содержитъ въ себѣ формулированіе юридическаго существа явленія ²⁾. Неумѣніе отыскать названіе указываетъ на отсутствіе яснаго представленія о внутреннемъ существѣ юридическаго явленія. Такимъ образомъ, ученіе этихъ юристовъ свойства чисто отрицательнаго, разрушительнаго; оно страдаетъ отсутствіемъ творчества. Это ученіе доказываетъ, что *la critique est facile, mais l'art est difficile*.

И такъ мы констатируемъ существованіе характеристическихъ особенностей, отличающихъ одностороннее представительство отъ полнаго, но не отдѣляемъ ихъ совершенно одного отъ другаго.

¹⁾ Предлагаали: Ersatzmann (Игерингъ), Zwischenperson (Шерль и Унгеръ), Interessenvertreter (Гаренсъ), Vertreter (Бринцъ); но пока, какъ видно, ни на чемъ окончательно еще не остановились. Тѣль (ib. § 72, прим. 2) находитъ, что комиссіонеръ — синонимъ односторонняго представителя. Но это взглядъ явно ошибочный. Изъ вышеизложеннаго мы могли уже убѣдиться, что комиссіонерство лишь *одна изъ видовъ* общаго понятія объ одностороннемъ представительствѣ.

²⁾ Le but d'une définition, говоритъ Clamageran, (ib., № 292), c'est de donner les traits caractéristiques d'une chose, de telle sorte qu'on ne puisse plus la confondre avec une autre. Эти слова, относящіяся къ *опредѣленію* юридическаго понятія, вполне прихитны и къ названію юридическаго явленія.

Различать и отдѣлять — понятія отнюдь не тождественныя. Въ гражданскомъ правѣ имѣется не мало родственныхъ явленій съ значительными типическими особенностями. Но они тѣмъ не менѣе не перестаютъ быть явленіями *родственными*. Довѣренность, фактическое представительство, молчаливое полномочіе, просига, душеприкащество и пр. имѣютъ въ себѣ многія характеристическія особенности; но они тѣмъ не менѣе составляютъ лишь виды одного общаго, родоваго понятія о представительствѣ.

ГЛАВА III.

Представительство по нашимъ законамъ.

Представитель и посланникъ. — Представитель съ общою и частною довѣренностию и взглядъ Савиньи. — Непосредственный переходъ на лице представляемое отношений, установленныхъ представителемъ. — Преступныя и недозволенныя дѣяствія представителя. — Правоспособность представляемаго и дѣеспособность представителя. — Теорія права, наши гражданскіе законы и судебная практика. — Одностороннее представительство.

Наше законодательство отличаетъ весьма ясно представителя или уполномоченнаго отъ посланника. По отношенію къ первому сводъ говоритъ, что принимать довѣренности или быть повѣренными могутъ всѣ тѣ, коимъ, по закону, не воспрещено *оступати отъ договоры* (т. X, ч. I. ст. 2294). Ясно, что представитель является, по закону, *юридическимъ дѣятелемъ*. Въ торговой сферѣ къ лицамъ, дѣятельность которыхъ взаимнѣ другаго имѣетъ характеръ представительства, относятся главные прикащики; характеръ же посланниковъ имѣютъ помощники и другіе торговые служители (полож. о пошл. ст. 55). Юридическое значеніе дѣятельности первыхъ состоитъ въ томъ, что имъ поручается какая либо особая торговая операція, закупка или продажа товаровъ и проч., т. е. предметы, обусловливающіе самостоятельную дѣятельность, личную инициативу дѣятеля. Таковы уполномоченные и повѣренные при оптовой торговлѣ, управляющіе всѣмъ торгомъ хозяина или особымъ заведеніемъ, какъ-то: фабрицие откупами, повѣренные на хожденіе по таможенному производству дѣлъ и пр. (полож. о пошл. ст. 56; ср. нынѣ отмѣненную ст. 258, т. XI, ч. 2). Напротивъ, вторые имѣютъ своимъ назначеніемъ только *исполненіе предписаннаго*¹⁾ и производство

¹⁾ Такова была буквальная редакція ст. 259, т. XI, ч. 2, которая нынѣ замѣнена постановленіемъ полож. о пошл. и пр.

случайныхъ и необходимыхъ мелочныхъ расходовъ. Таковы помощники прикащиковъ перваго класса, опредѣляемые *не для распоряженія*, а для *пособія*¹⁾ имъ въ дѣлахъ и всѣ состоящіе при конторахъ конторщиками и обучающіеся торговлѣ въ лавкахъ, а равно сидѣльцы заведеній (полож. о пошл. ст. 57).

Выше (стр. 10—11) мы видѣли, что Савиньи дѣлаетъ различіе между представителемъ, исполняющимъ нѣкоторыя извѣстныя порученія, и представителемъ съ общою довѣренностию (*institor*²⁾ по Савиньи). По этому вопросу въ нашемъ законодательствѣ имѣются совершенно противоположныя опредѣленія. Подъ названіемъ купческаго прикащика, говоритъ законъ, разумѣется всякій, кто управляетъ торговыми дѣлами своего хозяина *вообще*, или только исполняетъ его *порученія* въ теченіи опредѣленнаго времени. Далѣе къ главнымъ прикащикамъ относятся уполномоченные, повѣренные или комиссіонеры при оптовой торговлѣ, коимъ поручается *цѣлая* торговая операція и вмѣстѣ съ тѣмъ покупка или продажа товаровъ, или дѣлается *одно* изъ сихъ порученій³⁾. Точно также смотритъ на это дѣло и наша судебная практика. Во всѣхъ своихъ рѣшеніяхъ, относящихся къ представительству, сенатъ не замѣчаетъ никакого различія между повѣреннымъ съ частною и общою довѣренностию. Подводя эти два вида представительства подъ одну категорію, подъ одно основное понятіе, нашъ законъ долженъ былъ естественно признать за юридическою дѣятельностию съ ними связанною и одинаковыя практическія послѣдствія. Нашъ законъ и признаетъ дѣйствительно обязательство хозяина, или лица представляемаго, отвѣтствовать какъ за долги прика-

¹⁾ Ср. выше (стр. 11, прим. 5), мнѣніе Унгера, называющаго посланника *помощникомъ*. См. также выше (стр. 16, примѣч. 2) опредѣленіе Циммермана существа дѣятельности посланника.

²⁾ Римскій *инститоръ* аналогиченъ съ нашимъ повѣреннымъ или прикащикомъ съ общою довѣренностию. *Institor*, говоритъ римское право, *appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet, nec multum facit tabernac sit praepositus, an cuilibet alii negotiationi* (D. XVI, t. 3, § 3). «Общю довѣренностию, говоритъ законъ, предоставляется повѣренному или прикащику вообще отправлять торговыя дѣла вѣрителя и входить во всѣ съ онымъ сопряженныя соотношенія». (Т. XI, ч. 2, ст. 726).

³⁾ Т. XI, ч. 2, изд. 1857 г., ст. 256 и 258. Въ настоящее время статьи эти замѣнены ст. 56 положенія о пошлинахъ за право торговли и другихъ промысловъ; но смыслъ ихъ остался тотъ же.

щика, так и за всё его дѣйствія съ довѣренностію согласныя, принадлежностію сколько частной довѣренности, столько же полной, или неограниченной ¹⁾.

Эти опредѣленія закона и этотъ взглядъ нашей судебной практики на представительство имѣютъ безспорное логическое основаніе. Дѣло въ томъ, что приведенное подраздѣленіе Савиньи представительства на два разнохарактерныхъ вида съ различными практическими послѣдствіями, есть, по нашему, только послѣдствіе его ошибочнаго взгляда на сущность представительства вообще. Лишая, смѣшеніемъ его съ посланникомъ, представителя всякаго юридическаго характера, низводя его на степень простаго органа, Савиньи не могъ, въ то же время, не замѣтить, какъ очевидная нелѣпность вышла бы, если-бы онъ это понятіе приложилъ и къ представителю съ общою довѣренностію (institor). Вотъ почему Савиньи нашелся вынужденнымъ выдѣлить этотъ видъ представительства изъ своего общаго понятія и поставить его совершенно отдѣльно. Но послѣ той характеристики представительства, которую мы представили въ нашемъ изложеніи и которая, какъ мы видѣли и увидимъ, проводится въ нашемъ законѣ и въ нашей судебной практикѣ, не только нѣтъ надобности, но и нельзя отличить представителя частнаго отъ общаго, не впадая въ логическое противорѣчіе. Если все отличие представителя отъ посланника состоитъ въ болѣе самостоятельномъ юридическомъ характерѣ дѣятельности перваго, то подъ это общее понятіе должны непременно подойти какъ представитель частный, такъ и общій, ибо различіе между тѣмъ и другимъ состоитъ не въ существѣ и въ характерѣ ихъ дѣятельности, которая у того и у другаго юридическая, а только въ способѣ ея проявленія, въ размѣрахъ, которые предоставлены ей по желанію лица представляемаго. Очевидно, что такое чисто фактическое различіе, не имѣющее ничего общаго съ сущностію, съ основнымъ понятіемъ юридическаго явленія, не можетъ и служить основаніемъ къ юридическому подраздѣленію сего послѣдняго ²⁾.

¹⁾ Т. XI, ч. 2, ст. 725—727 и 728.

²⁾ Виднейшій признаеть одинаковое юридическое значеніе за довѣренностію какъ частною, такъ и общою. (Lehrb. d. Pand. § 409). Онъ справедливо замѣчаетъ (§ 34, прим. 2), что общая и частная довѣренность понятія весьма отно-

По этимъ же основаніямъ мы находимъ совершенно правильнымъ взглядъ Унгера и Лабанда, которые замѣчаютъ, что то обстоятельство, въ какой мѣрѣ совершеніе праваго отношенія предоставлено личному усмотрѣнію представителя, не имѣетъ юридическаго значенія для характеристики отношенія представительства. Лице можетъ, быть представителемъ и въ томъ случаѣ, когда усмотрѣніе и выборъ его совершенно ограниченны и стѣснены лицемъ представляемымъ. Важно лишь, чтобы дѣятельность его была *юридическая*, чтобы онъ не *передавалъ* волю лица представляемаго, а самъ *дѣйствовалъ* nomine mandantis (или въ интересъ послѣдняго). Такъ лице, которому поручена покупка точно опредѣленнаго предмета въ магазинѣ, въ которомъ *prix fixe*, есть представитель, такъ какъ онъ совершаетъ сдѣлку купли — продажи ¹⁾.

Что, съ точки зрѣнія нашего законодательства и нашей судебной практики, сдѣлка, не останавливаясь на представителѣ, переходитъ непосредственно на лице представляемое, т. е., что дѣйствія перваго разсматриваются какъ бы совершонныя самимъ послѣднимъ, — это видно изъ всѣхъ по этому предмету узаконеній и равнообразныхъ судебныхъ случаевъ о представительствѣ, которые встрѣчаются въ нашей кассационной практикѣ.

Въ видное общими, выражающими сущность дѣла, опредѣленіями, законодательство наше высказываетъ эту мысль по своему: «Во всякой довѣренности довѣритель долженъ изяснить, что онъ во всемъ, что повѣренный, по довѣренности его сдѣлаетъ, ему *отримаъ и споримаъ и прекословимаъ не будемаъ*» (1 ч. X т., ст. 2302). Довѣренность на производство торговаго есть письменный актъ, силою коего имѣющій право торговаго уполномочиваетъ другое лице къ про-

сительныя. Одна довѣренность можетъ быть общаю, другая болѣе общаю. Подробный разборъ понятій о довѣренности общей и частной см. у Dalloz, Jurisprudence générale, т. 30, Mandat, №№ 76—174 и у Лорана, Principes de droit civil français, т. 27, № 406 и послѣд.

¹⁾ System d. österr. Privatrechts, ч. 2, § 90, прим. 20; Laband ib., стр. 190. См. также Schliemann, ib., стр. 19 и послѣд. Послѣдній замѣчаетъ, что и повѣренный съ общою довѣренностію въ каждомъ *данномъ* случаѣ, совершая одно какое либо дѣйствіе, вполне сходенъ съ повѣреннымъ съ частною довѣренностію. — Ср. также Curtius, Stellvertretung bei Verträgen, въ Archiv für civilistische Praxis, т. 58, 75 г., стр. 71 и 74.

изводству торговых дѣлъ своихъ или оборотовъ на свой счетъ и на свое имя (т. XI, уст. торг., ст. 722). Вѣритель не имѣетъ права оспаривать тѣхъ дѣйстви повѣреннаго, которыя не превышаютъ данной ему власти, но долженъ признавать ихъ такъ какъ бы они учинены были имъ самимъ ¹⁾. Повѣренный представляетъ лице тяжущагося на судѣ и всѣ дѣйствія его, совершенныя въ предѣлахъ данной ему довѣренности, почитаются обязательными для доверителя ²⁾. Какъ нѣчто выдѣленное изъ личности представляемаго, дѣятельность уполномоченныхъ и комиссіонеровъ должна быть сообразна съ торговыми правами своихъ вѣрителей ³⁾. Вслѣдствіе приведеннаго взгляда на отношенія между представителемъ и лицомъ представляемымъ, законъ совершенно послѣдовательно считаетъ послѣдняго исключительнымъ участникомъ договора, заключеннаго посредствомъ представителя. На хозяина (т. е. лице представляемое) переходятъ права, возникающія изъ дѣйстви представителя; онъ же и отвѣтствуетъ предъ третьимъ лицомъ за всѣ его (прикащика) дѣйствія съ довѣренностью согласныя, а также за вредъ и убытки, причиненные кому бы то ни было повѣреннымъ при исполненіи своей обязанности ⁴⁾, и за все то, что «въ силу его (хозяина) порученія, приказанія или съ его вѣдома и воли прикащикомъ учинено будетъ» ⁵⁾. Хозяинъ не можетъ отказаться отъ законной за него (прикащика) отвѣтственности, подѣ предлогомъ, что послѣдній торговалъ на свой счетъ и на занятія деньги (т. XI, ч. 2, ст. 710). Если имѣющій право войти въ подрядъ съ казною не можетъ участвовать въ томъ лично, то уполномочиваетъ вмѣсто себя другихъ, пріемля одна-коже всю отвѣтственность на себя (1 ч., X т., ст. 1782). Въ случаѣ неисправности по поставкѣ для казны, принятой на себя дворянскимъ обществомъ и исполненіе которой оно вручило избранному имъ уполномоченному, взысканіе обращается на общество

¹⁾ Т. X, ч. 2, о судопроизв. и пр., ст. 193. Это самая замѣчательная, по точности и ясности опредѣленія, статья, въ которой выражено понятіе о непосредственномъ переходѣ на лице представляемое отношенія, установленнаго представителемъ.

²⁾ Уст. гражд. судопроизв. ст. 249.

³⁾ Пол. о пошл. и пр. ст. 62.

⁴⁾ Т. XI, ч. 2, ст. 728. См. также т. X, ч. 1, ст. 687.

⁵⁾ Т. XI, ст. 705. Ср. прусск. код., тит. 13, § 153 и Code civil, art. 1997 и 1998.

дворянства всей губерніи или одного изъ нѣсколькихъ уѣздовъ, соотвѣтственно тому, какъ взята поставка неисправно выполненная (1 ч., X т., ст. 1766).— Изъ всѣхъ этихъ статей закона ясно видно, что по нашему законодательству юридическія отношенія, возникающія изъ дѣятельности представителя, не останавливаясь на немъ, переходятъ непосредственно на лице представляемое. Представитель, по нашему закону, только юридическій посредникъ и остается внѣ отношеній, имъ же устанавливаемыхъ отъ имени лица представляемаго ¹⁾.

Такъ какъ представитель замѣняетъ представляемаго только въ извѣстныхъ условіяхъ, то послѣдній точно также какъ не отвѣчаетъ за дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ довѣренности, не отвѣтствуетъ и за преступныя дѣйствія представителя ²⁾, такъ какъ на преступленіе не можетъ быть полномочія. *Rei turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agetur* (D. l. 17; tit. I; 6 § 3). Вотъ почему доверитель не отвѣтствуетъ за ложное показаніе, учиненное повѣреннымъ, если онъ въ такомъ показаніи повѣреннаго, именно, не уполномоченъ ³⁾. Взысканіе за такое показаніе обращается лично на повѣ-

¹⁾ Мысль о непосредственномъ переходѣ на лице представляемое отношеній, установленныхъ представителемъ, развита въ кас. рѣшен. 67 г., № 27; 68 г., № 884; 69 г., № 1996; 70 г., № 1039; 72 г., № 228 и сбор. Кирима и Коналскаго за 78 г., № 271. При такой несомнѣнности общаго, безусловнаго правила нашего законодательства о непосредственномъ переходѣ правъ и обязанностей, вытекающихъ изъ дѣятельности представителя, на лице представляемое, нельзя не удивляться существовавшему до послѣдняго времени въ нѣкоторыхъ судебныхъ департаментахъ правительствующаго сената, дѣйствующихъ на основаніи 2 ч., X т., а равно въ С.-Петербургскомъ коммерческомъ судѣ, порядку, по которому взысканіе гербовыхъ пошлинъ и штрафа за неправое вчинаніе иска и неправую апелляцію, за отсутствіемъ доверителя, иногда обращалось на повѣренныхъ, которые вели дѣло въ судѣ. Это направленіе подожительно противозаконное и лишенное всякаго юридическаго основанія. Въ лицѣ повѣреннаго вчинаетъ искъ и приносить жалобу самъ доверитель. Одинъ лишь доверитель пріобрѣтаетъ права, вытекающія изъ этихъ дѣйстви повѣреннаго. На него одного и должны перейти всѣ обязанности; онъ одинъ долженъ подвергнуться и всѣмъ неблагоприятнымъ послѣдствіямъ этихъ дѣйстви.

²⁾ Т. XI, Св. устржд. и пр. 707, также т. X, ст. 2328. Ср. также ст. 4370, 3 ч., Св. губ. Остз.

³⁾ Врядъ ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что если доверитель уполномочитъ повѣреннаго на подобное показаніе, то каждый изъ нихъ будетъ подлежать самостоятельной отвѣтственности.

ренного (ст. 2328, 1 ч., X т.). Поэтому же хозяинъ не подлежит ни ответственности, ни положенному таможенными законами штрафу, когда его прикащики безъ его вѣдома и воли торгуютъ заповѣдными, или утаенными отъ пошлинъ товарами (т. XI, ч. 2, ст. 707). Точно также одинъ лишь повѣренный подвергается ответственности за умышленное несоблюдение таможенныхъ постановлений; онъ, именно, лишается на всегда права на такое хожденіе (т. XI, ст. 738, прим.).

Если же представитель совершилъ какое либо преступное дѣяніе по порученію лица представляемаго (напр. продалъ, по его порученію, чужое имущество), то весьма естественно, что каждый изъ нихъ подвергается за это личной ответственности, ибо, какъ совершенно справедливо замѣчаетъ Пухта, лице представляемое, въ такомъ случаѣ, интеллектуальный виновникъ преступления, а представитель физическій дѣятель¹⁾.

Признавая, что отношенія, создаваемыя представителемъ, не останавливаются на немъ, а прямо, непосредственно переходятъ и связываются съ лицомъ представляемымъ, законъ совершенно послѣдовательно требуетъ отъ повѣренного не обладанія тою спеціальною правоспособностію, которою обуславливается *вступленіе* въ какое либо юридическое отношеніе, на которое онъ уполномоченъ, а одной лишь *общей дѣеспособности*; спеціальная же правоспособность, требуемая этимъ отношеніемъ, необходима лишь для лица представляемаго, съ которымъ отношеніе это связывается и на котораго переходитъ, вытекающія изъ онаго, права

¹⁾ Vorlesungen, ч. I, § 52. — Но въ законѣ имѣются нѣкоторые исключенія изъ этого правила. Такъ родители отвѣтствуютъ за убытки, происшедшіе отъ преступныхъ дѣяній ихъ дѣтей, если дѣянія эти произошли вслѣдствіе небрежности родителей (ст. 686, 1 ч., X т.). Что, въ семь случаевъ, рѣчь идетъ и о преступныхъ дѣяніяхъ — это ясно видно изъ второй половины этой статьи, въ которой употреблено выраженіе: «къ предупрежденію преступленія или проступка». Основаніемъ этой ответственности служить, указанная въ этой статьѣ, обязанность родителей имѣть наблюденіе надъ дѣтьми и предотвращать преступныя дѣянія съ ихъ стороны. Хозяинъ пароходнаго или другаго корабля или судна отвѣтствуетъ за вредъ и убытки, причиненные нечестностію корабельщика (ст. 918, т. XI, уст. торг.). Что разумѣть законъ подъ выраженіемъ «нечестность» — опредѣлить съ точностію трудно. Но мы едва ли ошибемся, если будемъ утверждать, что дѣянія, которыя подходятъ подъ это понятіе, имѣютъ точку соприкосновенія съ понятіемъ о проступкахъ.

и обязанности. Для обладанія спеціальными правами необходима соответствующая имъ правоспособность. Для *установленія* же юридическихъ отношеній, изъ коихъ эти права вытекаютъ, достаточно *общая дѣеспособность*. Вотъ почему *давать* довѣренность для хожденія по таможенному производству могутъ только тѣ, кто имѣетъ право *заграничнаго торга и именно лица, имѣющія купеческія свидѣтельства, какъ первой, такъ и второй гильдіи и дворяне* (т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 739). *Принимать* же довѣренность для хожденія по таможеннымъ дѣламъ могутъ всѣ лица, коимъ по *общимъ законамъ* не воспрещается вступать въ подобныя обязательства, *изъ какому бы сословію и званію они не принадлежали*, вообще же иностранцамъ, равно какъ и російскимъ подданнымъ (тамъ же ст. 741). Эта же мысль лежитъ и въ основу 696 ст. т. XI, которою «запрещается приказчику или сидѣльцу торговать такими товарами, какими *торговля хозяину его не дозволена*»¹⁾.

Прусскій кодексъ, въ противность вышеуказаннымъ общимъ началамъ его о представительствѣ, не дозволяетъ приобрѣтеніе по порученію правъ, свойственныхъ извѣстному сословію или профессіи, лицами, неимѣющими спеціальнаго на это права; третье лице не обязано входить въ сдѣлки съ подобнымъ повѣреннымъ; но если оно вступило съ нимъ въ сдѣлку, то она «по правилу» *обязательна какъ для достъртеля, такъ и для третьяго лица* (ч. I, тит. 13, §§ 31—33). Такимъ образомъ, если прусское законодательство

¹⁾ Ст. 730, т. XI, ч. 2, въ которой сказано, что запрещается лицамъ торговаго званія давать лицамъ, не принадлежащимъ къ сему сословію, довѣренности на производство торговли — очевидно имѣетъ чисто фискальный характеръ. Законъ, именно, имѣетъ въ виду, чтобы лица, коимъ поручается веденіе и управленіе торговыми дѣлами, были снабжены приказными свидѣтельствами (полож. о пошл. за право торг. и др. пром., ст. 54, 56 и 58). Но, очевидно, что статья эта относитъ не требуетъ, чтобы повѣренный обладалъ тѣми *спеціальными* правами, которыя необходимы для отношеній имъ устанавливаемыхъ. Лице, снабженное торговою довѣренностію и завѣдующее торговыми дѣлами, обязано лишь имѣть приказчые, но не купеческое свидѣтельство. Между тѣмъ для того, чтобы *обладать* правами, вытекающими изъ дѣйствій этого лица, необходимо спеціальное правомочіе, т. е. необходимо быть купцомъ 1 или 2 гильдіи (полож. о пошл. и пр. ст. 10 и 16). Такимъ образомъ это постановленіе не только не опровергаетъ, но, напротивъ, подтверждаетъ общее правило, изложенное нами въ текстѣ. Для того, чтобы *владѣть* торговымъ заведеніемъ необходимо быть купцомъ; *управлять* же торговыми дѣлами можно и не будучи купцомъ.

не дозволяет подобнаго рода представительства, то оно, въ сущности, его и не воспрещает: запрещеніе должно было-бы повлечь за собою недѣйствительность, состоявшейся между повѣреннымъ и третьимъ лицомъ, сдѣлки. Это какое-то безхарактерное постановленіе (ср. еще тамъ же § 75)¹⁾.

Вотъ почему не можемъ согласиться съ Кохомъ, который, основываясь на приведенныя постановленія прусскаго кодекса, выставляетъ общимъ правиломъ, что лице, необладающее специальными правами, свойственными извѣстному отношенію, не можетъ явиться въ ономъ представителемъ (*das Recht der Forderungen*, ч. 3, стр. 522). Такое правило противорѣчитъ общимъ началамъ представительства. Представитель, какъ мы видѣли и увидимъ, есть лишь *юридическій посредникъ*. Права и обязанности, вытекающія изъ установленныхъ имъ отношеній, не связываются съ нимъ лично. Они проходятъ, мимо него, прямо къ лицу представляемому. Къ чему же представителю обладать тѣмъ специальнымъ правомочіемъ, коимъ обусловливается *вступленіе* въ правоотношеніе? Къ чему, наприимѣръ, управляющему торговыми дѣлами, банкирскою конторою, товариществомъ, прокуристу непременно имѣть званіе кунца? Положительныя законодательства могутъ дозволить себѣ нѣкоторыя отступленія отъ теоретическихъ

¹⁾ Исключеніе изъ указаннаго правила имѣется и въ нашихъ законахъ. Такъ по уставамъ нѣкоторыхъ нашихъ торгово-промышленныхъ обществъ подавать по довѣренности голоса могутъ лишь лица, имѣющія право участвовать въ общемъ собраніи (суб. части. ком. банкъ § 39; москов. ком. б. § 54). Но тутъ рѣчь идетъ не о представительствѣ въ правахъ присутственныхъ, а о передачѣ личного права голоса. Этотъ законъ, очевидно, вызванъ интересами сихъ обществъ, желаніемъ предотвратить вышательство въ дѣла общества лицъ, не заинтересованныхъ въ его успѣшной дѣятельности. Основую этого закона служатъ не юридическія соображенія, а общественные интересы. Во время крѣпостнаго права существовалъ, нѣмъ отмѣненный, законъ (ст. 2300, ч. 1, X т.), по которому запрещалось давать довѣренности лицамъ недворянскаго происхожденія на управленіе деревнями *съ передачею всѣхъ правъ опочинныхъ*, со включеніемъ въ довѣренность какихъ либо долговыхъ сдѣлокъ и пр. Но этотъ законъ, какъ видно изъ самаго его содержанія, имѣлъ цѣлю предупредить перекупленіе, подъ видомъ довѣренности, населенныхъ имѣній въ руки недворянъ. Этотъ законъ былъ вызванъ потребностями существовавшаго тогда государственнаго строя. Подробности объ этомъ увидимъ еще ниже. Подобные законы, вызывающіеся исключительными обстоятельствами, всегда образуютъ собою отступленіе отъ принципа, отъ общихъ началъ права. Законъ исключительный есть *отступленіе* отъ общаго правила. Но мы, конечно, имѣемъ въ виду лишь общія начала.

начала. Но сама теорія эти начала искажать не должна. Приведенный взглядъ на разсматриваемый предметъ нашего законодательства мы считаемъ вполне рациональнымъ, послѣдовательнымъ и соответствующимъ общимъ началамъ представительства¹⁾.

Это основное начало представительства, изъ котораго мы можемъ извлекать весьма важные выводы. Такъ, по закону (т. XI, ст. 546, по продолж. 63 г.) крестьяне, неимѣющіе недвижимой собственности и нижніе военные чины не имѣютъ права обвязываться векселями. Но изъ изложеннаго явствуетъ, что они могутъ выдавать векселя по довѣренностямъ другихъ лицъ.

Нельзя, впрочемъ, не замѣтить, что указанное начало проводится въ нашемъ законодательствѣ не особенно строго и послѣдовательно. Ст. 2293 1 ч. X т. говоритъ, что выдавать довѣренности могутъ лица, которыя «*по состоянію своему могутъ вступать въ договоры*»; въ ст. же 2294 1 ч. X т. сказано, что быть повѣренными могутъ всѣ тѣ, «*коимъ, по закону, не воспрещено вступать въ договоры*». Изъ этихъ выраженій можно заключить, что законъ смутно, неясно сознавалъ различіе въ положеніи лица представляемаго и представителя. Отъ перваго законъ, повидимому, требуетъ болѣе широкой правоспособности, чѣмъ отъ втораго. Но въ чемъ, именно, заключается это различіе юридическаго положенія этихъ лицъ — въ законѣ не выражено. Въ то же время законъ смѣшиваетъ *правоспособность* представляемаго и *дѣеспособность* представителя, требуя отъ того и другаго права *вступать* въ договоры. Это обыкновенная характеристическая черта не высоко развитаго состоянія права: юридическія понятія ощущаются, смутно сознаются, но не проявляются наружу, не высказываются. Подобныя неточности и противорѣчія въ на-

¹⁾ Унгеръ (*österr. Privatr.*, ч. 2, стр. 136, прим. 38) и Лабандъ (*ib.*, стр. 185 и 226—227) прямо признаютъ, что представитель можетъ приобретать для представляемаго права и налагать на него обязанности, въ которыхъ онъ лично вступить не можетъ. Права и обязанности, устанавливаемыя представителемъ, переходятъ на лице представляемое; поэтому они должны быть сообразуемы исключительно съ правоспособностію послѣдняго, а не перваго. Таковъ же и взглядъ Бринца, *ib.* § 371, 3. Ср. также Curtius'a (*ib.* стр. 86—88), который, вслѣдствіе этого, утверждаетъ, что контрагентомъ считается представитель, а на лице представляемое переходятъ лишь права и обязанности, вытекающія изъ установленнаго имъ отношенія. Сравни еще выше, стр. 12 и 13, примѣч. 1.

шихъ законахъ не должны насъ удивлять. Къ нашему гражданскому законодательству нельзя относиться съ такими строгими требованиями какъ къ кодексамъ западно-европейскимъ. Кодексы эти построены на началахъ теоретическихъ, т. е., на вѣковомъ, историческомъ опытѣ. Наше законодательство лишено было этой прочной основы. Съ нашего законодательства достаточно, если рациональное теоретическое начало находить въ немъ *точку опоры*. Тогда начало это можетъ уже и должно быть поддержано и развито судебною практикою. Практика должна явиться двигательною прогресса въ юридической жизни. Она должна служить пионеромъ нашего законодательства въ области права. Изъ практики здравыя теоретическія начала, соотвѣтствующія потребностямъ жизни, пересаждаются въ законодательство. Практика даетъ пищу, матерьялъ для законодательства. Такую творческую, живительную силу практика проявляла во все время, у всехъ народовъ. Судебная практика всегда разрабатывала матерьялъ, подготавливала почву для преобразовательной дѣятельности законодателя. Законъ черпалъ свои взгляды изъ жизни, изъ практики. Практика — источникъ законодательства. Римское право, которое легло въ основу всего нашего юридическаго міросозерцанія, выработалось практикою. Преторскіе эдикты были — *viva vox populi Romani*. Законъ воспринималъ и формулировалъ то, что создавала практика. Такъ образовались современныя западно-европейскія законодательства ¹⁾, въ томъ числѣ и новѣйшій германскій торговый уставъ. Только рациональное, прогрессивное усовершенствованіе судебной практики можетъ избавить насъ отъ легальныхъ несообразностей, поднять уровень нашего законодательства и поставить его на подобающую высоту.

Что нашъ законъ признаетъ одностороннее представительство, въ этомъ врядъ ли можетъ быть сомнѣніе. Изъ духа и смысла ст. 774—776 т. XI уст. торг. явствуетъ, что въ товариществѣ на вѣрѣ вступать въ юридическія отношенія съ сторонними лицами могутъ лишь товарищи, т. е. представители товарищества, но не вкладчики. Между тѣмъ нѣтъ сомнѣнія, что для вкладчиковъ обязательны все дѣйствія товарищей. На первыхъ пере-

¹⁾ Римское право было заимствовано въ Германію судебною практикою; изъ нея оно перешло въ законодательство.

ходить, въ размѣрѣ договора и вкладовъ, установленныя послѣдними, права и обязанности ¹⁾. Такимъ образомъ это явленіе представляетъ собою типъ односторонняго представительства. Но мы говорили выше, что одинъ изъ видовъ односторонняго представительства — коммисіонерство. Относительно же коммисіонеровъ въ законѣ имѣется слѣдующее постановленіе: правила въ предшедшей главѣ о наемныхъ прикащикахъ и лавочныхъ сидѣльцахъ изложенныя, въ разсужденіи отчетовъ, храненія и сбереженія товаровъ, наблюденія выгодъ и предостереженія отъ убытковъ хозяина, простираются равнобѣрно и на тѣхъ, кои отъ купцовъ *уполномочиваются* довѣренностію къ производству торгова и къ управленію торговыми дѣлами, *хотя бы они были коммисіонерами* (ст. 737, т. XI уст. торг.; см. также ст. 726, и др. т. XI, ч. 2). Ясно, что законъ приравниваетъ коммисіонеровъ къ *представителямъ* по торговой довѣренности. Точно также ст. 56 полож. о попл. очевидно сравниваетъ коммисіонера съ агентомъ.

¹⁾ Подробности объ этомъ см. ниже въ гл. «Росига».

ГЛАВА IV.

Внѣшняя и внутренняя стороны представительства.

Довѣренность, представительство и полномочіе.—Внѣшняя и внутренняя стороны всѣхъ видовъ представительства.—Стороны эти должны быть лишь *отличаемы*, но не *отдѣляемы*.—Взглядъ г. Перессова.

Понятіе о довѣренности слѣдуетъ строго отличать отъ понятія о представительствѣ. Между двумя этими понятіями рѣзкая граница. Первое выражаетъ собою относительную, внутреннюю сторону отношеній между довѣрителемъ и повѣреннымъ; второе—сторону внѣшнюю, абсолютную, точку соприкосновенія представителя съ третьими, сторонними лицами ¹⁾. Соединеніе довѣренности съ представительствомъ—нѣчто случайное, а не необходимое. Соединеніе это встрѣчается въ одномъ видѣ, въ одной группѣ случаевъ представительства, основа которыхъ—взаимное соглашеніе между лицомъ представляемымъ и представителемъ (договоръ довѣренности). Такъ, въ одностороннемъ представительствѣ есть внутренняя сторона отношеній (порученіе, довѣренность и пр.), но нѣтъ стороны видимой, внѣшней, нѣтъ полного представительства. Противуположное отношеніе видно при опекахъ: опекуны—представители, хотя не повѣренные. Правленія страховых, торгово-промышленныхъ и желѣзнодорожныхъ обществъ—суть представители этихъ обществъ, но не настоящіе повѣренные. Объемъ представительственныхъ правъ сихъ правленій опредѣляется самими уставами обществъ. Это различіе между довѣренностію и собственно представительствомъ проявляется и въ установленныхъ судебными уставами 20 ноября 1864 г. способахъ отправленія дѣятельности представителей нашими присяжными повѣренными.

¹⁾ *Ih-ring, Mitwirkung и пр.; Laband ib., стр. 203—209; Curtius ib., стр. 80—81 и др.*

Когда присяжный повѣренный беретъ на себя ходатайство по дѣлу, по соглашенію съ тяжущимся ¹⁾, тогда онъ—представитель по довѣренности; противоположный сему случай наступаетъ тогда, когда присяжный повѣренный назначается для ходатайства по дѣлу, вслѣдствіе объявленія поданнаго тяжущимся въ судъ или по назначенію, вслѣдствіе просьбы тяжущихся, совѣтомъ присяжныхъ повѣренныхъ, или, наконецъ, по назначенію предсѣдателя суда ²⁾. Практическое различіе между первымъ и вторымъ способомъ дѣятельности присяжнаго повѣреннаго весьма важное и вытекаетъ изъ сущности дѣла. Въ первомъ случаѣ, представительство присяжнаго повѣреннаго есть слѣдствіе простаго соглашенія его, частнаго договора его съ тяжущимся, дѣйствіе котораго присяжный повѣренный можетъ прекратить по своему желанію ³⁾. Во второмъ случаѣ, присяжный повѣренный дѣйствуетъ не вслѣдствіе простаго соглашенія, не какъ частное лицо, а какъ официальный представитель тяжущагося, а по сему онъ и не можетъ самъ, по своей волѣ, отказаться отъ исполненія даннаго ему порученія, не представивъ достаточныхъ для сего причинъ ⁴⁾.

И понятіе о полномочіи не всегда тождественно съ довѣренностію, порученіемъ. Понятія эти не всегда покрываютъ одно другое. Объемъ полномочія представителя, т. е. право его управомочивать и обязывать лице представляемое, можетъ быть иногда гораздо шире довѣренности, порученія, т. е. согласія, выраженнаго лицомъ представляемымъ; первое можетъ иногда существовать и независимо отъ втораго ⁵⁾.

Различіе между внутреннею и внѣшнею стороною существуетъ во всѣхъ видахъ представительства. Такъ, въ фактическомъ представительствѣ и въ молчаливомъ полномочіи необходимо отличить внутреннія отношенія между лицомъ представляемымъ и предста-

¹⁾ Ст. 383 учр. суд. установ. и 248 гражд. судопроизв.

²⁾ Учр. суд. устан., ст. 254, 367 и 390.

³⁾ Уст. гражд. судопроиз. ст. 252.

⁴⁾ Учр. суд. устан., ст. 394.

⁵⁾ Laband *ib.*; см. выше стр. 31, примѣч. 3. Сущность этого различія будетъ болѣе развита и станетъ болѣе понятна въ гл. VI, VII и др.

вителимъ и ихъ внѣшнія отношенія къ стороннимъ лицамъ. Въ опекахъ слѣдуетъ отличить взаимныя отношенія между опекуномъ и опекаемымъ и отношенія ихъ къ стороннимъ лицамъ. Тоже самое въ представительствѣ юридическихъ лицъ, въ товариществѣ и пр. Въ представительствѣ по довѣренности внутренняя сторона отношеній выражается соглашеніемъ между довѣрителемъ и повѣреннымъ, (договоромъ довѣренности), а въ другихъ видахъ представительства тѣми основаніями, на которыхъ они построены (закономъ, фактомъ и пр.).

Мы указали на различіе между внутреннею и внѣшнею стороною представительства, потому что оно необходимо для выясненія и анализа составныхъ частей и послѣдствій этого института. Различіе это, какъ увидимъ, играетъ въ ученіи о представительствѣ весьма видную, практическую роль. Но эти стороны представительства должны быть лишь *отличаемы*, но не *отдѣляемы* одна отъ другой. Мы отнюдь не можемъ согласиться съ взглядомъ г. Нерсесова, который совершенно раздѣляетъ эти стороны представительства и ставитъ каждую изъ нихъ особнякомъ. Это значитъ совершенно разрознить понятія, которыя, при всемъ ихъ характеристическомъ различіи, имѣютъ между собою тѣсную, органическую связь. Внутренняя сторона отношенія представительства служитъ, обыкновенно, основою для внѣшней его стороны. Такъ, въ представительствѣ по довѣренности внутренняя связь между довѣрителемъ и повѣреннымъ, выражающаяся въ ихъ взаимномъ соглашеніи (въ договорѣ довѣренности), служитъ обыкновенно основою для внѣшней дѣятельности повѣреннаго, формулируемой въ вѣрующемъ письмѣ. На отношеніяхъ между опекуномъ и опекаемымъ основывается право представительства перваго въ интересахъ послѣдняго. На внутренней связи между лицомъ представляемымъ и представителемъ строится правомочіе послѣдняго въ молчаливомъ полномочіи. Отъ характера отношеній между этими лицами зависятъ и послѣдствія дѣятельности представителя въ фактическомъ представительствѣ. Между тѣмъ г. Нерсесовъ (стр. 35, 37 и др.) совершенно *раздѣляетъ* внѣшнюю и внутреннюю сторону этихъ отношеній, называя первую *представительствомъ*, а вторую *порученіемъ*. Онъ говоритъ: «тамъ, гдѣ посредствующее лице дѣйствуетъ не только за счетъ другаго, но и отъ его имени,

будетъ не *порученіе*, а *представительство*». Но развѣ порученіе, договоръ довѣренности, не составляетъ обыкновенно первоначальной основы внѣшней дѣятельности повѣреннаго¹⁾? Такъ какъ приведенное различіе не имѣетъ подъ собою практической основы, то г. Нерсесовъ невольно впадаетъ въ противорѣчіе съ самимъ собою. Онъ говоритъ (стр. 35—36, прим. 68): «впрочемъ внутренняя сторона представительства, т. е. юридическія отношенія между принципаломъ и его представителемъ, должны быть разрѣшены по началамъ *порученія*». Но если представительство совершенно отдѣлено отъ порученія, то какимъ образомъ первое можетъ быть обуславиваемо по началамъ втораго? Нерсесовъ говоритъ (стр. 37): «возможно, что оба эти момента *совпадаютъ* по своему объему, но нѣрѣдко они расходятся между собою по содержанию». Прекрасно. Но это можетъ лишь служить основаніемъ къ тому, чтобы *отличать*, но не *раздѣлять* эти понятія²⁾. Мало того. Если эти два момента иногда *совпадаютъ*, значитъ между ними имѣется какая-либо связь и они не должны быть *раздѣляемы* одинъ отъ другаго.

Мы потому такъ останавливаемся на этомъ вопросѣ, что, при

¹⁾ Довѣренность, говоритъ сенатъ (75 г., № 273), по существу своему, есть юридическій актъ, которымъ довѣритель уполномочиваетъ повѣреннаго, на основаніи предшествовавшаго между ними *соглашенія*, на совершеніе извѣстныхъ вмѣстѣ него дѣйствій *по праву представительства*.—См. также рѣшеніе 67 г., № 421 и др.—Германское торговое уложеніе (art. 41) говоритъ, что прокуріруетъ (*представляетъ* торговой фирмы) — лице, которому *поручено* (beauftragt) завѣдываніе торговыми дѣлами принципала (см. ниже гл. «Procura»).—Cannstein, (Vollmacht und Auftrag и пр. въ Zeitschrift f. d. Privat- und öffentliche Recht d. Gegenwart т. 3, 76 г., стр. 674), справедливо замѣчаетъ, что лице, которому дано порученіе, *можетъ* обладать правомъ *представительства*, а уполномоченный *безусловно* обладаетъ этимъ правомъ. Въ порученіи право представительства — нечто случайное; въ полномочіи существовавшее. Порученіе и полномочіе не различныя отношенія; общее между ними — совершеніе юридическихъ дѣйствій однимъ за счетъ другаго. — Съ другими же отличіями между порученіемъ и полномочіемъ, на которыя указываетъ Канштейнъ, мы, какъ увидимъ ниже (гл. VI) согласиться не можемъ.

²⁾ И Лабандъ (ib.) только *отличаетъ*, но не совершенно раздѣляетъ понятія о довѣренности и представительствѣ. Онъ говоритъ, что оба эти понятія встрѣчаются врознь, но и *совокупно*; порученіе *можетъ* (но не всегда должно) служить источникомъ полномочія (стр. 204). Таковъ взглядъ и Виндшейда, (§ 74, прим. 1 и § 409), Брианца (§ 372, конецъ стр. 1619), Ладенбурга (die Vollmacht и пр., стр. 75—76) и Curtius (ib., стр. 78, 79 и 80). Ср. предшествующее примѣч.

сложности учения о представительствѣ, выясненіе основныхъ понятій этого института является крайнею необходимостію. Иначе рискуемъ впасть въ противорѣчія и смѣшеніе понятій. Это разногласіе въ основныхъ понятіяхъ представительства (см. еще выше стр. 31) объяснить нашимъ юристамъ различіе во взглядахъ на нѣкоторыя важныя стороны этого учения, которыя встрѣчаются въ нашемъ изслѣдованіи и у г. Нерсесова ¹⁾).

¹⁾ Раздѣленіе между представительствомъ и порученіемъ (т. е. договоромъ доверенности, см. понятіе добров. предст., стр. 2) г. Нерсесовъ доводитъ до того, что называетъ ихъ различными *институтами* (стр. 35). Это раздѣленіе приодного лица *отъ имени другого* (стр. 34), съ чѣмъ, какъ мы доказали выше (стр. 19—35), нельзя согласиться, а порученіемъ, доверенностію — дѣятельность одного лица *за счетъ* другого, «но отъ своего собственнаго имени» (стр. 35). Это послѣднее понятіе совершенно произвольное. Оно, какъ увидимъ, не имѣетъ никакой основы въ явленіяхъ жизни (ср. выше стр. 51, прим. 1). Это значитъ пересадить къ намъ римское понятіе о *mandatum*. Въ настоящее время понятіе г. Нерсесова о порученіи можетъ быть примѣнимо лишь отчасти къ комиссіонерству; но мы видѣли, что французское право признаетъ, что и комиссіонеръ иногда дѣйствуетъ отъ имени коммиттента. Капитальное разногласіе между нами и г. Нерсесовымъ становится болѣе яснымъ изъ послѣдующаго изложенія.

ГЛАВА V.

Представительство въ силу закона.

Подраздѣленіе представительства. — Необходимое представительство по римскому праву. — *Cura bonorum*. — Понятіе объ этомъ институтѣ въ нашихъ законахъ. — *Cura ventris*. — Замѣтный пробѣлъ въ нашихъ законахъ. — *Mandatum praesumptum*. — Законное представительство въ нашемъ быту.

Существо представительства зависитъ отъ того основанія, на которомъ оно построено.

Основанія, которыя вызываютъ и поддерживаютъ представительство, могутъ быть тройкаго рода: законъ, воля лица и то и другое совокупно.

Поэтому слѣдуетъ подразличить: представительство *въ силу закона*, по *доверенности* и представительство *смѣшанное*.

Представительство въ силу закона ¹⁾, есть тотъ видъ представительства, котораго возникновеніе и сфера дѣятельности точно определяются самимъ закономъ.

Извѣстно, какую роль играло въ римскомъ правѣ необходимое или законное представительство. Въ Римѣ, съ одной стороны, была большая масса лицъ, лишенныхъ или ограниченныхъ въ своихъ гражданскихъ правахъ; съ другой, тамъ выдвигается въ громаднѣйшихъ размѣрахъ власть *paterfamilias*'а. Вся юридическая дѣятельность римской семьи, вся ея имущественная сфера вращалась, исходила и возвращалась къ одному этому центру — *paterfamilias*. Его личность поглощала и покрывала собою всѣхъ ему подчиненныхъ членовъ семейства. Это былъ необходимый представитель своихъ рабовъ, жены и дѣтей. Съ другой стороны, приобрѣтенія дѣтей и рабовъ, по римскому закону, переходили къ главѣ семейства ²⁾. Это было весьма естественно. Дѣти и рабы у рим-

¹⁾ Для краткости мы «представителей въ силу закона» будемъ называть законными представителями, хотя это выраженіе не совсемъ точное.

²⁾ Dig. 45, 1, 38 § 17.

лица умершаго или лишеннаго всёхъ правъ состоянія, нѣтъ въ виду или на лицо наслѣдниковъ, когда наслѣдственные права, истекающія изъ духовнаго завѣщанія, по незасвидѣствованію его въ установленномъ порядкѣ, еще не возникли, — въ сихъ случаяхъ законъ, для обезпеченія правъ наслѣдниковъ (частныхъ лицъ, кавны или обществъ), возлагаетъ на мировыхъ судей распоряженія относительно *охраненія* оставшагося имущества. (67 г., № 177). Изъ смысла и духа ст. 1402 и 1403 уст. гр. суд. явствуется, что охраненіе имущества умершаго, въ случаѣ отсутствія наслѣдниковъ, можетъ быть требуемо представителемъ государственной власти — прокурорскимъ надзоромъ.

Точно также существуетъ и по нашимъ законамъ *cura bonorum absentis* (l'administration des biens d'un absent) ¹⁾. Имѣніе лица въ безвѣстномъ отсутствіи находящагося, говоритъ законъ, по надлежачему въ семь удостовѣреніи, *берется отъ казенный приставъ* (ст. 1243, I ч. X т.), т. е. для *храненія* онаго назначается опека (ус. гражд. судопроизв. ст. 1453). Возбудить вопросъ объ этой опекѣ могутъ какъ частныя лица такъ и прокурорскій надзоръ (уст. гр. судопр., ст. 1451). *Cura bon. abs.* названо у насъ не попечительствомъ, а опекою.

Во всёхъ этихъ случаяхъ *cura bonorum* имѣетъ и по нашимъ законамъ характеръ государственнаго учрежденія. Оно и у насъ имѣетъ цѣлю лишь *охраненіе* имущества лица (*custodia rerum* ²⁾).

¹⁾ Французскіе юристы, у которыхъ вообще не проведено строго различіе между законнымъ и добровольнымъ представительствомъ, (что, какъ увидимъ ниже, имѣетъ своимъ послѣдствіемъ смѣшеніе понятій о различныхъ видахъ представительства), называютъ законное представительство, — *mandat par loi* (*mandat légal*) ou *par justice* (Clamageran, ib. № 306, прим. I; Dalloz, Jurisprudence générale, т. XXX, Mandat, §§ 57 и 76). Неточность этого выраженія слишкомъ очевидна. Вся суть довѣренности — воля, взаимное соглашеніе, чего нѣтъ въ представительствѣ по закону.

²⁾ По нашему закону однимъ только правомъ охраненія (*custodia rerum*) пользуются еще лица, коимъ поручается завѣдываніе имуществомъ безумныхъ или сумасшедшихъ. Имущество признанныхъ безумными или сумасшедшими, говоритъ законъ, отдается въ управленіе ихъ наслѣдникамъ, *съ запрещеніемъ продавать или закладывать* что либо изъ онаго при жизни владѣльца и съ обязанностію остающагося за законными издержками доходы, *сохранять отъ чуждости* (ст. 376, I ч., X т.). Суть охранительной дѣятельности (*actes d'administration*) Clamageran опредѣляетъ слѣдующимъ образомъ: *les actes, qui tendent à conserver et à faire valoir la fortune d'une personne, non à l'augmenter ou la diminuer* (№ 314).

Весьма чувствительно отсутствіе въ нашихъ законахъ понятія *cura bonorum ventris nomine*.

Этотъ видъ *cura bonorum* существуетъ почти во всёхъ, намъ извѣстныхъ, европейскихъ законодательствахъ. Въ случаѣ смерти лица, послѣ котораго осталась беременная жена, учреждается, согласно этимъ законодательствамъ, въ огражденіе наслѣдственныхъ правъ имѣющаго родиться ребенка, попечительство (*cura ventris nomine* ¹⁾).

Попечительство это имѣетъ двойное назначеніе. Съ одной стороны попечитель (*curateur au ventre*) долженъ стараться предупредить возможность злоупотребленія со стороны жены: беременность можетъ быть ею придумана, ребенокъ можетъ родиться мертвымъ или умереть скоро послѣ рожденія, а жена можетъ подставить чужаго ребенка. Съ другой стороны попечитель долженъ охранять наслѣдственное имущество въ интересѣ ребенка наслѣдодателя, который дѣйствительно рождается послѣ его смерти. Такъ какъ существованіе подобнаго попечительства, по самому существу и назначенію своему, можетъ быть лишь кратковременное, то задача попечителя состоитъ лишь въ *охраненіи* наслѣдственнаго имущества, а не въ управленіи и распоряженіи онымъ ²⁾.

Необходимость учрежденія, въ этомъ случаѣ, совершенно самостоятельнаго попечительства вынуждается самимъ существомъ дѣла. Охраненіе наслѣдственнаго имущества не можетъ быть предоставлено матери, которая, за смертію отца, считается естественною опекуншею своихъ дѣтей, такъ какъ она, какъ лице заинтересованное, не можетъ пользоваться, въ этомъ случаѣ, довѣріемъ; кромѣ того ребенокъ, который рождается, можетъ и не приобрести права на наслѣдство (онъ можетъ родиться мертвымъ). Столь же мало можетъ быть ввѣряемо охраненіе наслѣдственнаго имущества другимъ законнымъ наслѣдникамъ умершаго, такъ какъ они, въ случаѣ рожденія ребенка, могутъ вовсе не имѣть права на наслѣдство ³⁾. Такимъ образомъ *cura ventris nomine* имѣетъ большое практическое значеніе.

¹⁾ Прусск. код., ч. 2, тит. 18, § 10; die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875, § 88; Code Nap., art. 393 и др.

²⁾ Laurent, Principes de droit civil français, т. 4, стр. 508—510.

³⁾ Ср. Porrona коммент. къ art. 393, C. N.

Въ нашемъ законодательствѣ, по этому предмету, наибѣйшій пробѣлъ. Это можетъ породить въ жизни не мало замѣшательствъ. Интересы будущаго наслѣдника лица, умершаго безъ завѣщанія и оставившаго беременную жену, у насъ ничѣмъ рѣшительно не гарантированы. До рожденія ребенка, который, въ случаѣ неимѣнія другихъ нисходящихъ, можетъ даже сдѣлаться единственнымъ наслѣдникомъ умершаго, другіе законные наслѣдники послѣдняго, находящіеся на лицѣ, могутъ вступить во владѣніе наслѣдственнымъ имуществомъ. Предвидя для себя опасность отъ рожденія новаго наслѣдника, они могутъ эксплуатировать и даже раззорить это имущество. Новорожденный наслѣдникъ можетъ остаться ни при чемъ. Такимъ образомъ отсутствіе въ нашихъ законахъ понятія о *cura ventris* составляетъ существенный пробѣлъ, о восполненіи котораго слѣдуетъ подумать нашему законодательству¹⁾.

Къ законному же представительству должно быть отнесено и, такъ называемое, *mandatum praesumptum*.

Подъ техническимъ выраженіемъ *mandatum praesumptum* разумѣлся въ римскомъ правѣ совершенно отдѣльный, спеціальныи видъ представительства. По римскому праву лица, состоявшія между собою въ извѣстныхъ степеняхъ кровнаго или гражданского родства, могли являться одни за другихъ истцами, жалобчиками въ судѣ. Такое право представительства признавалось, *presumptum* за родственниками въ силу самаго закона. Отсюда выраженіе *mandatum praesumptum* (предполагаемое полномочіе) въ отличіе отъ *mandatum verum* (дѣйствительное полномочіе). Явившійся въ судѣ представителемъ интересовъ другихъ, родственники должны были представить, въ оградженіе интересовъ отвѣтчиковъ, обезпеченіе, поручительство (*cautio rati*). Такъ какъ это обезпеченіе совершенно ограждало интересы противной стороны, то представители и не обязаны были добыть, впоследствии, отъ

¹⁾ Слѣдуетъ замѣтить, что необходимость восполненія этого пробѣла въ нашемъ законодательствѣ сознавала и комиссия, учрежденная при министерствѣ внутр. дѣлъ, для составленія проекта устава объ опекахъ. Въ составленномъ ею проектѣ устава объ опекахъ четыре статьи (283—286) посвящены *cura ventris* (см. труды этой комиссіи, т. 3, стр. 59 и 142). Но извѣстно, что существованіе этой комиссіи не привело пока ни къ какимъ практическимъ результатамъ.

лица представляемаго одобреніе своихъ дѣйствій. Послѣдствія этихъ дѣйствій гарантировались представленнымъ обезпеченіемъ. Впоследствии *mandatum praesumptum* распространено было и на право родственниковъ являться въ судѣ представителями интересовъ отвѣтчиковъ, обвиняемыхъ¹⁾.

Mandatum praesumptum перешло и въ прусскій кодексъ. Но оно подверглось въ немъ значительнымъ измѣненіямъ.

По прусскому закону, родственники восходящихъ и нисходящихъ линій, братья и сестры, родные и двоюродные, супруги и ихъ родители могутъ, *въ случаяхъ, не терпящихъ отлагательствъ*, отправлять одни отъ имени другихъ юридическую дѣятельность (ч. I, тит. 13, § 119). Такое же право представительства имѣютъ совладѣльцы общей собственности и общихъ правъ и соучастники въ процессѣ въ отношеніи ихъ совмѣстныхъ дѣлъ, а также управляющіе, бухгалтеры и домашняя прислуга въ отношеніи порученныхъ имъ дѣлъ (§§ 120—123)²⁾. Лица эти, явив-

¹⁾ См. Кохъ, d. Recht d. Forderungen, § 287.
²⁾ Некоторыя изъ лицъ, упоминаемыхъ въ §§ 119—123 прусскаго кодекса, могутъ пользоваться льготами въ отношеніи права представительства на судѣ. Такъ, напримеръ, не въ томъ, что лица эти, какъ это постановлено въ прусскомъ законѣ, пользуются правомъ *предполагаемаго* полномочія на представительство, а въ томъ, что они вправе ходатайствовать о доверенности въ судѣ, въ то время, когда подобное право не признается за сторонними лицами. На основаніи ст. 387 и 388 учрежд. судебн. устан. въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ имѣетъ жительство число присяжныхъ повѣренныхъ, признаваемое достаточнымъ, частнымъ лицамъ ходатайство по доверенности въ судѣ не дозволяется. Эти законы измѣнены Высочайше утвержденными 25 мая 1874 г. правилами о лицахъ, имѣющихъ право быть повѣренными по судебнымъ дѣламъ. Въ силу этихъ правилъ, право ходатайствовать въ судѣ имѣютъ, кромѣ присяжныхъ повѣренныхъ, еще лица, получившія изъ судебныхъ мѣстъ на таковое право свидѣтельства. На основаніи же ст. 389 учрежд. судебн. устан., не запрещается тянущимся и въ случаяхъ, означенныхъ въ ст. 387 и 388 учрежд. устан., давать доверенности на веденіе тяжбныхъ дѣлъ своимъ родственникамъ, супругамъ, дѣтямъ и лицамъ, имѣющимъ одну общую съ доверителемъ тяжбу или завѣдывающимъ по доверенностямъ имѣніями или дѣлами тянущихся. Исключеніе, признанное въ этой статьѣ закона, подтверждено правилами 25 мая 1875 г. (ч. 1). Вообще родство даетъ, по нашимъ законамъ, исключительное право представительства на судѣ. Такъ по закону не могутъ быть повѣренными вообще: священнослужители блага духовенства, ученики, воспитанники, студенты и слушатели, продолжающіе учебный или академическій курсъ, доколѣ они не окончатъ его; но всѣ эти лица могутъ представлять на судѣ интересы своихъ родныхъ: дѣтей, родителей, женъ, братьевъ и сестеръ (ст. 246 уст. гр. суд. пун.

шись въ качествѣ презюмтивныхъ представителей, должны увѣдомить о своихъ дѣйствіяхъ лицъ представляемыхъ. Такое увѣдомленіе могутъ сдѣлать и третьи лица, съ которыми представители вступаютъ въ правовыя отношенія. Если лицо представляемое не выражаетъ своей воли въ теченіе опредѣленнаго времени, то оно признается изъявившимъ свое согласіе на дѣятельность представителя¹⁾; если же оно дѣйствіемъ представителя не одобряетъ, то отношенія, установленныя послѣднимъ, признаются несостоявшимися, а предъ третьими, сторонними лицами, отвѣтствуетъ за свои дѣйствія самъ представитель (§§ 124—128). Изъ этихъ постановленій видно, что римское понятіе о *mandatum praesumptum* подверглось въ прусскомъ кодексѣ существеннымъ измѣненіямъ. Въ римскомъ правѣ *mandatum praesumptum* получало примѣненіе лишь къ процессу; по прусскимъ же законамъ оно примѣнимо ко всѣмъ вообще правовымъ отношеніямъ. По прусскому праву презюмтивное представительство ограничено лишь *случаями крайней необходимости*; оно можетъ имѣть мѣсто лишь тогда, когда не требуется спеціальнаго полномочія. Наконецъ, прусскій кодексъ требуетъ послѣдующаго одобренія презюмтивнаго представительства лицомъ представляемымъ. Всего этого римское право

4 и 6). Такимъ же правомъ пользуются и члены судебныхъ установленій и чины прокурорскаго надзора въ томъ случаѣ, когда дѣла ихъ родственниковъ производятся не въ томъ судѣ, въ которомъ они состоятъ и не въ подѣломственныхъ оному мѣстахъ (тамъ же, п. 8). Въ основу этихъ законовъ легли слѣдующія соображенія: не должно лишать тяжущихся права давать довѣренности на веденіе тяжбы дѣл своимъ родителямъ, супругамъ, дѣтямъ и лицамъ, имѣющимъ общую съ довѣрителемъ тяжбу, или завѣдующимъ по довѣренностямъ его имѣніями, такъ какъ интересы тяжущихся съ первыми изъ поименованныхъ лицъ обыкновенно бывають до того тождественны, что лишать тяжущихся права давать довѣренности самимъ лицамъ было бы почти равносильно лишенію ихъ самихъ права вести свои дѣла (разсуд. государств. канц. къ ст. 389 учрежд. судебн. установл.). Врядъ ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что именно эта мысль объ обыкновенной тождественности интересовъ родственниковъ въ судебныхъ дѣлахъ вызвала и легла въ основу всего понятія о *mandatum praesumptum*.

¹⁾ Кохъ (ib.) совершенно справедливо относится критически къ этому постановленію прусскаго кодекса. На самомъ дѣлѣ, признать одно молчаніе въ теченіи извѣстнаго времени, лица представляемаго формальнымъ согласіемъ его на извѣстное правоотношеніе, установленное презюмтивнымъ представителемъ — это весьма нелогично: одно молчаніе не можетъ еще служить доказательствомъ согласія (см. ниже, гл. IX).

не требовало. Изъ этого видно, что если въ римскомъ правѣ *mandatum praesumptum* являлось чистѣйшимъ представительствомъ въ силу закона, то, по прусскому кодексу, къ постановленіямъ закона, тутъ примѣнивается и воля лица представляемаго.

Къ законному же представительству относится у насъ опека, учреждаемая надъ малолѣтними, безумными, сумасшедшими, глухонемыми, нѣмыми и расточителями¹⁾.

Хотя опекуны къ малолѣтнимъ могутъ быть назначаемы родителями послѣднихъ по духовному завѣщанію (ст. 227 1 ч. X т.); но и таковыя опекуны должны быть утверждаемы правительствомъ и находиться подъ его контролемъ (ст. 228). Если же по завѣщанію опекуны не назначены и, оставшіеся въ живыхъ, родители не хотятъ быть опекунами своихъ дѣтей, то опека надъ послѣдними назначается самимъ правительствомъ (ст. 231, 238, 243, 249 по продолж. 1863 г., 254 и 259 1 ч. X т.).

Опекуны всецѣло замѣняютъ собою личность опекаемаго въ имущественномъ отношеніи (ст. 268, 273, 274, 275, 279 и 281 1 ч. X т.).

Опека надъ безумными, сумасшедшими, глухонемыми и нѣмыми почти сравнена съ опекою надъ малолѣтними (ст. 277, 1 ч. X т.).

Съ опекою же надъ малолѣтними сравнена вообще опека, учреждаемая по Высочайшему повелѣнію, если только въ немъ не выражено противное (ст. 296, 1 ч. X т.).

Опекуны надъ расточителями вполне замѣняютъ личность послѣднихъ въ распоряженіи имѣніемъ и въ юридическихъ сношеніяхъ съ другими лицами²⁾.

Къ законному же представительству относилась опека, которая, во время существованія крѣпостнаго права, назначалась за злоупотребленіе помѣщицей власти.

Немедленно по учрежденіи опеки надъ помѣщикомъ за злоупотребленіе имъ власти своей, гласилъ тогдашній законъ, всѣ

¹⁾ Само собою понятно, что въ ученіи о представительствѣ возможно лишь коснуться однихъ, такъ сказать, верхушекъ, окрaining института опеки. Подробное же разсмотрѣніе существа, догматики этого института, должно составить предметъ отдѣльнаго изслѣдованія.

²⁾ Т. XIV, уст. о предупред. и пресѣч. преступл., ст. 246.

недвижимыя имѣнія его, гдѣ бы онѣя ни состояли, подвергаются сей опеке, и съ тѣмъ вмѣстѣ налагается на нихъ повсемѣстное запрещеніе въ письмѣ купчихъ, закладныхъ и всякаго рода сдѣлокъ¹⁾. Вообще же и въ этомъ случаѣ опека замѣняла собою личность опекаемаго въ управленіи и распоряженіи его имущества²⁾.

По нашимъ законамъ родители являются законными представителями своихъ малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ дѣтей (ср. Curtius, ib. стр. 81). Отцу принадлежитъ по закону опека надъ имуществомъ, дошедшимъ въ собственность малолѣтнимъ дѣтямъ его (1 ч. X т., ст. 226). Въ случаѣ личной обиды, несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ нанесенной, родители имѣютъ право вступить за нихъ и произвести искъ законнымъ порядкомъ (1 ч. X т., ст. 174). По достиженіи дѣтьми надлежащаго возраста родители пекутся объ опредѣленіи сыновей въ службу или въ промыселъ, соответственно ихъ состоянію, и объ отдачѣ дочерей въ замужество (ст. 175). Вообще въ рукахъ родителей забота о нравственной и юридической жизни своихъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей (ст. 174). Такимъ образомъ, законное представительство родителей, по отношенію къ ихъ дѣтямъ, гораздо шире и выше обыкновеннаго свободнаго представительства, касающагося только имущественной стороны человѣка. Представительство родителей по отношенію къ ихъ дѣтямъ имѣетъ вообще характеръ опеки³⁾.

Во время крѣпостнаго права помѣщики были законными представителями своихъ крестьянъ⁴⁾. Имущественное представительство помѣщиковъ, по отношенію къ ихъ крестьянамъ, носило на себѣ характеръ опеки⁵⁾. Не можемъ не замѣтить, что, всматри-

¹⁾ Ibid. ст. 428.

²⁾ Ibid. ст. 429 и 431—433.

³⁾ Въ нашихъ законахъ предвидѣнъ случай, въ которомъ родители являются *ответственными* за дѣйствія дѣтей, т. е. дѣти признаются какъ бы законными представителями своихъ родителей (ст. 686, 1 ч., X т.). Ср. выше (стр. 53—54) о законномъ представительствѣ по римскому праву.

⁴⁾ Т. IX, законы о состояніяхъ, ст. 1119 и др.

⁵⁾ Тамъ же стр. 1103 и слѣд., а также ст. 1138 и слѣд. Законные представители по дѣламъ казенныхъ крестьянъ — стряпчіе по дѣламъ государственныхъ имуществъ, губерніе стряпчіе казенныхъ дѣлъ и окружные начальники, вѣдомства государственныхъ имуществъ (ст. 197, т. X, ч. 2, зак. о судопроизводствѣ).

ваясь въ имущественныя отношенія помѣщиковъ къ крестьянамъ во время крѣпостнаго права, нельзя въ нихъ не замѣтить черты весьма близкія, родственныя имущественнымъ отношеніямъ родителей къ ихъ дѣтямъ. Но объ этомъ не здѣсь мѣсто распространяться.

Нѣкоторые остатки законнаго представительства въ отношеніи временно-обязанныхъ крестьянъ сохранились за помѣщикомъ и въ настоящее время. Само собою понятно, что представительство помѣщика теперь потеряло свой прежній, всеобъемлющій, всепоглощающій характеръ опеки. Оно сохранило лишь нравственный характеръ какого-то патронатства, покровительства, попечительства. Помѣщику предоставляется въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ признается для крестьянъ полезнымъ, ходатайство и заступничество за нихъ по дѣламъ, касающимся цѣлаго общества или отдѣльных лицъ¹⁾. Помѣщику предоставляется для защиты крестьянъ, водворенныхъ на его землѣ, присутствовать, буде пожелаетъ, и безъ особаго на то отъ нихъ полномочія, при слѣдствіяхъ, производимыхъ надъ крестьянами по дѣламъ о проступкахъ и преступленияхъ, или къ коимъ они прикосновенны и пользоваться при этомъ правами, указанными въ ст. 152 т. XV, кн. 2 и пр.; также поучать по симъ дѣламъ справки въ уѣздныхъ и губернскихъ учрежденіяхъ той губерніи, гдѣ сіи крестьяне жительствоуютъ²⁾ — Это своего рода *mandatum praesumptum*.

¹⁾ Общее положеніе о крестьянахъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости, 19 февраля 1861 г., ст. 156.

²⁾ Общее полож. ст. 28; см. также ст. 27. Помѣщику предоставлена также и роль третейскаго судьи въ спорахъ между крестьянами (ст. 26 и 156 общ. положенія).

ГЛАВА VI.

Представительство по доверенности.

Доверенность по римскому праву и современнымъ законодательствамъ.—Mandatum qualificatum и его практическое достоинство. — Одностороннее представительство по доверенности. — Критическій разборъ понятія римскаго права о безвозмездности договора доверенности. — Односторонность и двусторонность договора доверенности. — Отличіе доверенности отъ договора личнаго найма. — Разборъ взгляда сената.—Опредѣленіе доверенности. — Доверенность и вѣрующее письмо; полномочіе и порученіе. — Procuratio in rem suam въ нашей жизни. — Заключение договора доверенности. — Предметъ доверенности. — Взаимныя отношенія доверителя и повѣреннаго. — Отношенія между нѣсколькими доверителями и повѣренными.—Редакція исмыслъ ст. 2325, 1 ч. X Т.—Дозволительные законы. — Формы полномочія.

Durch das römische Recht, über das römische Recht. (Ihering, «Unsre Aufgabe», въ его Jahrbücher, т. I).

Представительство по доверенности возникаетъ въ силу, состоявшагося между представителемъ и представляемымъ, соглашения — договора доверенности.

По римскому праву доверенность могла имѣть своимъ предметомъ интересы одного доверителя (mandatum simplex), одного третьяго лица (mandatum qualificatum: напр. доверитель поручаетъ повѣренному купить для третьяго лица домъ, принять за него поручительство), или же совмѣстные интересы обоихъ или одного изъ нихъ и повѣреннаго (купить домъ для доверителя и третьяго лица; порученіе повѣренному дать его собственныя деньги займа другому и пр.) ¹⁾.

¹⁾ Mandatum inter nos contrahitur sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena... Aliena tantum, veluti si tibi mandem, ut Titii negotia gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo fideiubeas; mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et Titii negotia gereres, vel ut mihi et Titii fundum emereres, vel ut pro me et

Этотъ взглядъ римскаго права почти цѣликомъ перешелъ въ кодексы саксонскій и остзейскій.

Саксонскій кодексъ говоритъ, что доверенность есть договоръ, въ силу котораго одно лице обязуется безвозмездно вести дѣла согласно воли другаго (§ 1295). Далѣе кодексъ этотъ говоритъ, что доверенность можетъ имѣть предметомъ дѣла доверителя или третьяго лица и отчасти дѣла самаго повѣреннаго. Если же доверенность касается исключительно однихъ интересовъ повѣреннаго, то она разсматривается какъ совѣтъ (§ 1300) ¹⁾.

Остзейскій кодексъ опредѣляетъ договоръ доверенности слѣдующимъ образомъ: одна сторона (повѣренный) обязывается исполнить другой (доверителю) въ общемъ порядкѣ известное порученіе (ст. 4363). Уполномочивать, говоритъ этотъ кодексъ, дозволяется на веденіе не только собственныхъ своихъ, но и постороннихъ дѣлъ, наприм. на принятіе поручительства, или на выдачу ссуды третьему лицу, причемъ вѣритель безмолвно принимаетъ на самаго себя поручительство за это лице (ст. 4372). Дѣйствительными признаются равномѣрно и такія полномочія, которыя выданы на совершеніе дѣлъ, относящихся одновременно къ доверителю и къ третьему лицу или къ уполномоченному и къ этому третьему лицу, наконецъ, къ доверителю и къ уполномоченному (ст. 4373).

Не можемъ тутъ же не замѣтить, что приведенная ст. 4372 остзейскаго кодекса содержитъ въ себѣ, на нашъ взглядъ, недостаточно точное разграниченіе юридическихъ понятій. Если доверитель поручаетъ повѣренному совершить какія либо юридическія дѣйствія въ пользу третьяго лица, причемъ первый изъ нихъ принимаетъ на себя ручательство за послѣдняго, то, въ сущности, повѣренный дѣйствуетъ не въ интересахъ третьяго лица, а доверителя, который далъ ему это порученіе и предъ нимъ отвѣтствуетъ. Если же и третье лице извлекаетъ выгоды изъ сдѣлокъ, совершаемыхъ повѣреннымъ отъ имени или въ интересѣ доверителя, то это нисколько

Titius fideiubeas; tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes; quodsi ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum (Dig. 1. XVII, Mandati vel contra, tit. 1; 2. — См. также Inst. 1. 26, de Mandato 1, 2, 3 etc.).

¹⁾ О существѣ и юридическомъ значеніи совѣта (consilium) см. ниже.

не измѣняетъ характера отношеній между послѣдними. Повѣренный остается представителемъ интересовъ довѣрителя и въ томъ случаѣ, если изъ установленныхъ имъ отношеній извлекло прибыль одно третье лице, а довѣритель понесъ убытки. (Code civil, art. 1999; австрійск. код. § 1014; 1 ч. X т. ст. 2326; ср. Curtius, ib. стр. 95). Представительство интересовъ должно быть въ довѣренности понимаемо въ смыслѣ не экономическомъ, а юридическомъ ¹⁾).

Вышеприведенный взглядъ римскаго права на предметъ довѣренности развивается во многихъ нѣмецкихъ учебникахъ гражданскаго права ²⁾).

Законодательства же французское, итальянское, прусское и австрійское во многомъ отступаютъ отъ этого взгляда римскаго права на довѣренность.

Французскій кодексъ говоритъ, что по довѣренности одно лице приобретаетъ право совершить какія либо дѣйствія *для довѣрителя и отъ его имени* (art. 1984). Итальянское уложеніе говоритъ, что довѣренность есть договоръ, въ силу коего одно лице обязывается безвозмездно или за какое либо вознагражденіе исполнить дѣло *за другое лице, возложившее на него эту обязанность* (ст. 1737). Прусскій кодексъ говоритъ, что довѣренность есть договоръ, въ силу котораго повѣренный совершаетъ юридическія дѣйствія *для и вмѣсто* (für und statt) довѣрителя (ч. 1, тит. 3 § 5). Австрійскій кодексъ говоритъ, что довѣренность есть договоръ, въ силу котораго одно лице принимаетъ на себя вести порученное ему дѣло *отъ имени* другаго лица (§ 1002).

Такимъ образомъ эти законодательства говорятъ въ довѣренности лишь объ интересѣ *довѣрителя*.

Слѣдуетъ замѣтить, что изъ приведенныхъ законодательствъ болѣе тѣсное опредѣленіе договора довѣренности даютъ законодательства французское и, въ особенности, австрійское, а болѣе широкое прусское и итальянское. Съ точки зрѣнія первыхъ двухъ

¹⁾ Если мы, въ нашемъ изслѣдованіи, говоримъ, что представитель дѣйствуетъ *въ интересъ* лица представляемаго, то этимъ отнюдь не имѣемъ въ виду *выгоду*, *пользу* послѣдняго. Интересъ — интеллектуальная связь представителя съ лицомъ представляемымъ. Интересъ и польза, съ точки зрѣнія юридической, понятія отнюдь не тождественныя. Они могутъ сходиться и расходиться.

²⁾ См. Puchta, Pandecten, § 323; Arndts Lehrb. d. Pand., § 291 и др.

законодательствъ, по довѣренности можно совершить юридическія дѣйствія лишь отъ имени довѣрителя ¹⁾ (nomine procuratorio). Съ точки же зрѣнія послѣднихъ двухъ законодательствъ характеръ довѣренности сохраняется и въ томъ случаѣ, когда повѣренный дѣйствуетъ *въ интересъ*, хотя и не отъ имени довѣрителя ²⁾).

Mandatum qualificatum можетъ встрѣтиться и у насъ въ жизни. Тогда оно преобразуется въ форму, соответствующую особенностямъ нашего юридическаго быта. Если у насъ одно лице поручитъ другому купить для третьяго имѣніе, то повѣренному придется получить вѣрующее письмо не отъ препоручителя, а отъ лица, для котораго должно быть куплено имѣніе, т. е. на чье имя должна быть совершена купчая ³⁾. Въ этомъ случаѣ повѣренный будетъ дѣйствовать по *порученію* одного и по *полномочію* другаго. Вънѣшнимъ образомъ повѣренный будетъ представлять личность покупателя; отъ ответственности же за свои дѣйствія онъ будетъ подлежать предъ *лицемъ*, съ которымъ онъ входилъ въ соглашеніе, отъ котораго получило порученіе — предъ препоручителемъ. Если же повѣренному будетъ поручена покупка для третьяго лица движимой вещи, *тогда онъ можетъ дѣйствовать и какъ представитель* препоручителя.

Но, намъ кажется, врядъ ли слѣдуетъ придерживаться

¹⁾ Troplong находитъ вѣдѣтвіе этого редакцію art. 1984 с. с. неудовлетворительною (incomplètement formulée, стр. 493).

²⁾ Весьма естественно, что въ этомъ случаѣ наступаютъ лишь послѣдствія односторонняго представительства, о которыхъ мы говорили выше (стр. 19—22; ср. Troplong, стр. 495 и послѣд.). Вотъ почему итальянскій кодексъ постановилъ, что повѣренный, дѣйствующій отъ своего имени, самъ становится ответственнымъ предъ третьимъ лицомъ (ст. 1744). Troplong говоритъ объ одностороннемъ представителѣ по довѣренности слѣдующее: ce n'est pas qu'il cesse par cela être mandataire. Entre son mandant et lui il n'a pas d'autre rôle que celui qu'il tient de la procuration: *respectu ad mandantem retinet semper figuram mandatarii*. Les actions mandati directa et contraria produisent tous leurs effets. Mais, à l'égard des tiers, le mandant s'efface; le mandataire est seul connu (стр. 492—493; см. также стр. 566 и послѣд.). Dalloz говоритъ: il n'est pas cependant nécessaire, pour qu'il y ait mandat avec tous les effets ordinaires entre le mandant et le mandataire, *que celui-ci ait traité, au nom du mandant*; les commissionnaires, qui sont les véritables mandataires, peuvent agir ou en leur propre nom, ou au nom de leur commettant (Jurisprudence générale, t. 30, Mandat, № 25).

³⁾ Врядъ ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что у насъ возможно купить для другаго имѣніе не иначе какъ по вѣрующему отъ него письму.

взгляда римскаго права, что въ томъ случаѣ, когда одно лице поручаетъ другому совершеніе юридическихъ дѣйствій, касающихся третьяго, предметомъ порученія будетъ *исключительно* интересъ третьяго лица (*aliena tantum*; см. выше, стр. 64 примѣч. 1). Одно то, что лице даетъ порученіе, указываетъ, что оно заинтересовано въ его выполненіи. Имѣетъ ли оно интересъ матеріальный или нравственный—все равно. Мы уже говорили, что нельзя смѣшивать понятія объ интересѣ въ смыслѣ юридическомъ и экономическомъ. Иначе рискуемъ лишиться въ представительствѣ всякой твердой почвы. Такимъ образомъ и въ случаяхъ, подводимыхъ римскимъ правомъ подъ понятіе о *mandatum qualificatum* можно говорить объ интересѣ препоручителя, довѣрителя¹⁾. Вообще, полагаемъ, возможно и слѣдуетъ признать правиломъ, что *порученіе предполагаетъ интересъ препоручителя*. А такъ какъ главная основа дѣятельности повѣреннаго—интересъ довѣрителя, интересы же лицъ третьихъ нѣчто отдѣльное, самостоятельное, не находящееся въ тѣсной зависимости отъ договора довѣренности, — то въ специальномъ формулированіи нѣсколькихъ видовъ довѣренности (*mandatum qualificatum* и пр.) не представляется практической необходимости²⁾.

Этимъ возможно объяснить себѣ то обстоятельство, что въ большинствѣ современныхъ законодательствъ, въ томъ числѣ и въ нашемъ, говорится лишь о дѣйствіяхъ повѣреннаго на пользу довѣрителя; о квалифицированномъ же мандатѣ въ нихъ нѣтъ и рѣчи.

Такъ какъ въ первой части X т. нигдѣ прямо не выражено,

¹⁾ Одинъ изъ видовъ *mand. qualif.*—*переводъ* (*assignatio*), коимъ одно лице поручаетъ другому выдать третьему известную сумму. И въ этомъ случаѣ имѣетъ обыкновенно интересъ и препоручитель (ассигнантъ, трассантъ).

²⁾ Лоранъ (т. 27, № 405), вопреки Pothier и Troplong, отрицаетъ юридическое значеніе *mandatum qualificatum*. Онъ говоритъ, что не можетъ быть довѣренности, въ выполненіи которой довѣритель не заинтересованъ; это была бы сдѣлка безцѣльная. Лоранъ, повидимому, отрицаетъ даже возможность проявленія въ жизни порученій, въ родѣ тѣхъ, которыя рискованно подводить подъ понятіе о *mand. qualif.* Мы же того мнѣнія, что подобныя порученія весьма возможны; но они могутъ быть подведены подъ общее понятіе о довѣренности и не требуютъ specialнаго формулированія подъ именемъ *mandatum qualificatum*.—Q. *mand. qualif.* см. Вангерова, ч. 3, § 580 и Коха, *das Recht der Forderungen*, ч. 3, стр. 541.

что повѣренный обязанъ совершать свои дѣйствія непремѣнно отъ имени довѣрителя, то и у насъ слѣдуетъ признать обязательными для послѣдняго дѣйствія перваго, совершенныя и не отъ имени довѣрителя, если изъ обстоятельствъ дѣла несомнѣнно оказывается, что они совершены въ интересѣ, взаимнѣ довѣрителя¹⁾. Само собою понятно, что въ этомъ случаѣ будутъ имѣть мѣсто послѣдствія односторонняго представительства, о которыхъ мы говорили выше (стр. 19—22; см. также стр. 67, прим. 2).

Но, въ виду существенныхъ, практическихъ различій между полнымъ и одностороннимъ представительствомъ, необходимо признать, что повѣренный вправѣ въ гражданскихъ сдѣлкахъ дѣйствовать отъ своего имени лишь съ разрѣшенія довѣрителя или въ случаѣ особой необходимости²⁾. Иначе онъ можетъ подлежать предъ довѣрителемъ ответственности за неблагоприятныя послѣдствія, происшедшія отъ такого способа его дѣятельности.

Изъ изложеннаго нами выше (стр. 27—29) уже явствуетъ, что послѣдствія односторонняго представительства должны наступить тогда лишь, когда третьи, стороннія лица не знали о томъ, что повѣренный дѣйствуетъ въ интересѣ другаго; если же изъ обстоятельствъ дѣла обнаруживается, что они объ этомъ знали и при этомъ не выразили явнаго намѣренія вступить въ сдѣлку съ самимъ повѣреннымъ, то должны наступить послѣдствія полного представительства по довѣренности³⁾.

¹⁾ Сомнѣніе можетъ лишь возникнуть относительно примѣнимости этого понятія въ нашемъ торговомъ быту. Сомнѣніе, именно, возбуждаетъ ст. 722, т. XI, въ которой говорится, что довѣритель уполномочиваетъ повѣреннаго производить обороты «на свой счетъ и на свое имл». Но эта статья формулируетъ лишь юридическое понятіе акта довѣренности и не содержитъ въ себѣ ничего безусловнаго, повелительнаго. Доказательствомъ тому служить изложенный нами выше (стр. 47), взглядъ нашего законодательства на дѣятельность комиссіонера. Хотя онъ обыкновенно дѣйствуетъ отъ своего лица, онъ признается законномъ *повѣреннымъ*, который, какъ всѣмъ извѣстно, употребляется въ нашихъ законахъ какъ синонимъ *представителя*. Наконецъ и въ статьѣ 722 упоминается о дѣятельности повѣреннаго «на счетъ» довѣрителя.— Уже изъ однихъ постановленій о довѣренности нашего и другихъ европейскихъ законодательствъ легко убѣдиться, какъ совершенно произвольно опредѣленіе г. Перессова, что порученіе—дѣятельность однаго лица за счетъ другаго, «но отъ своего собственнаго имени» (см. выше, стр. 52 примѣч. 1). Онъ возводитъ исключеніе въ общее правило, въ принципъ.

²⁾ См. Troplong, *Mandat*, стр. 499.

³⁾ Ср. еще Troplong, *ib.* стр. 515—517.

По римскому праву характеристическою чертою довѣренности (mandatum) была *безвозмездность*; условленная плата превращала довѣренность въ договоръ личнаго найма ¹⁾. Это объясняется тѣмъ, что римское право смотрѣло на дѣятельность уполномоченнаго, какъ на дружескую услугу (officium, amicitia), которая всегда бесплатна.

Взглядъ этотъ могъ, по нашему, возникнуть и удержаться въ римскомъ правѣ лишь вслѣдствіе своеобразнаго строя римской юридической, общественной и экономической жизни. Существованіе рабства, всепоглащающая власть родителей надъ членами семьи, которая давала широкій просторъ законному представительству и дѣлала случаи свободнаго представительства по довѣренности весьма рѣдкими, взглядъ на адвокатуру исключительно какъ на средство для пріобрѣтенія славы и высокаго общественнаго положенія ²⁾ и другія особенности римской жизни—все это было причиною тому, что отношеніе довѣренности не получило у римлянъ такого широкаго развитія и не пріобрѣло въ жизни такого экономического значенія какъ у современныхъ народовъ. Въ настоящее время, при большемъ развитіи потребностей жизни и экономическихъ понятій общества, когда на личный физическій и умственный трудъ стали смотрѣть какъ на матерьяльную цѣнность, на капиталъ, когда законное представительство сохранилось лишь въ весьма ограниченныхъ размѣрахъ и свободное представительство получило столь широкое, всеобъемлющее развитіе въ различныхъ отрасляхъ нашей жизни — взглядъ римскаго права на безвозмездность договора довѣренности оказывается вполнѣ несостоятельнымъ. Почти всѣ, намъ извѣстныя, европейскія законодательства допускаютъ въ договорѣ довѣренности условія о вознагражденіи ³⁾. Такъ фран-

¹⁾ Mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit; contrarium ergo est officio merces, interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit (Dig., lib. 17, Mandati vel contra, tit. I, 1., § 4).

²⁾ О взглядѣ римлянъ на адвокатуру см. Игеринга «Geist d. röm. Rechts».

³⁾ Извѣстное намъ исключеніе изъ этого правила представляеть собою св. мѣст. узак. губ. остѣ., который (ч. 3, ст. 4367) цѣлкомъ заимствовалъ римское понятіе о безвозмездности договора довѣренности; если же выговорено условіе о вознагражденіи повѣреннаго, то такую сдѣлку этотъ кодексъ признаеть договоромъ личнаго найма или подрядомъ. Но остѣйскій кодексъ и отличается своею, иногда безотчетною, привязанностію къ римскому праву. Въ кодексѣ

прусскій кодексъ признаеть договоръ довѣренности безвозмезднымъ, *если въ немъ нѣтъ противуположнаго условія* (art. 1986) ¹⁾. Австрійскій кодексъ говоритъ: если завѣдываніе чужими дѣлами ясно или, вслѣдствіе спеціальности сословія, къ которому принадлежитъ уполномоченный, молчаливо обусловлено вознагражденіемъ, то довѣренность принадлежитъ къ возмезднымъ; въ противномъ же случаѣ къ безвозмезднымъ договорамъ (§ 1004). Саксонскій кодексъ признаеть договоръ довѣренности безвозмезднымъ (§ 1295); но если въ немъ включено условіе о вознагражденіи, то онъ подчиняется постановленіямъ о довѣренности, если стороны, именно имѣли въ виду признать его таковымъ договоромъ (§ 1299). Прусскій кодексъ также допускаеть въ договорѣ довѣренности условіе о вознагражденіи (ч. I, тит. 13, §§ 77 и 78). Новѣйшее по редакціи законодательство итальянское слѣдующимъ образомъ опредѣляетъ существо договора довѣренности: «довѣренность есть договоръ, въ силу котораго одно лице обязывается безвозмездно или за какое либо вознагражденіе, исполнить дѣло за другое лице, возложившее на него эту обязанность» (ст. 1737). Вслѣдствіе сѣмъ кодексъ этотъ постановляетъ, что довѣренность считается безвозмездною, если не условлено противнаго (ст. 1739). Что касается нашего законодательства, то въ немъ въ комъ догматическая сторона представительства вообще разработана весьма скудно, о юридическомъ существѣ договора довѣренности ничего не сказано. За неимѣніемъ противурѣчащаго постановленія, законъ, очевидно, условіе о вознагражденіи повѣреннаго предоставляетъ обоюдному соглашенію договаривающихся сторонъ. На практикѣ у насъ врядъ ли кому придетъ въ голову требовать, чтобы договоръ довѣренности былъ безвозмездный. Въ

этомъ пропадаютъ такія постановленія римскаго права, которыя, въ настоящее время, лишены всякаго практическаго значенія. Тѣмъ не менѣе и этотъ кодексъ постановилъ, что когда за завѣдываніе чужими дѣлами, принятое кѣмъ либо на себя безвозмездно, вознагражденіе будетъ дано вполнѣдствіи, или когда за личныя услуги уполномоченнаго, не подлежащая прямой оцѣнкѣ, т. е. не имѣющія рыночной цѣны, будетъ обѣщано возмездіе, то свойство договора сѣмъ не измѣняется (ст. 4368). Изъ этого видно, что остѣйск. кодексъ не могъ послѣдовательно провести начало безвозмездности договора довѣренности. Эти уступки и компромиссы указываютъ на безсиліе и несостоятельность самаго принципа.

¹⁾ Art. 1999 говоритъ, что довѣритель долженъ уплатить повѣренному условленную плату (salaires).

торговой сферѣ у насъ имѣется постановленіе, что если въ договорѣ «на счетъ рядной платы и содержанія *ничего не сказано*, то прикащикъ или сидѣлецъ не вправе того законно требовать¹⁾. Изъ этого постановленія по *argumentum a contrario* явствуетъ, что въ договорѣ съ прикащиками возможно условіе о вознагражденіи. По уставамъ 20 н. 1864 г. министр юстиціи устанавливаетъ даже на каждые три года таксу для опредѣленія количества вознагражденія повѣренныхъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда тяжущіеся не заключали съ ними письменныхъ условій²⁾).

Такимъ образомъ договоръ довѣренности можетъ быть какъ съ условіемъ о вознагражденіи, такъ и безъ оного³⁾.

Вотъ почему нельзя согласиться съ тѣми юристами, которые, придерживаясь устарѣвшихъ традицій римскаго права о договорѣ довѣренности, признаютъ безвозмездность необходимою принадлежностію этого договора⁴⁾. Общія начала должны служить отраженіемъ явленій дѣйствительной жизни. Но начало безвозмездности договора довѣренности находится въ рѣшительномъ противорѣчій со взглядами и потребностями современной жизни, проникшими въ сознаніе европейскихъ законодательствъ. Общее, преобладающее въ жизни, правило въ отношеніяхъ довѣренности — вознагражденіе повѣреннаго за оказываемыя имъ услуги. Безвозмездность дѣйствій повѣреннаго является лишь рѣдкимъ исключеніемъ⁵⁾. Возводить же исключеніе въ принципъ и игнорировать

¹⁾ Т. XI, св. учр. торг. ст. 687.

²⁾ Учрежд. суд. установл., ст. 396. Подобная такса существуетъ и для французскихъ адвокатовъ (Laurent, *ib.*, т. 27, № 342).

³⁾ *Le mandat est gratuit de sa nature... mais il n'est pas gratuit de son essence.* (Laurent, *ib.*, т. XIV, стр. 355; см. еще *ib.*, т. 27, № 338, а также Clamagerant, № 308 и Zacharie, *ib.*, т. 5, § 750, прим. 8). Такимъ образомъ договоръ довѣренности *можетъ*, но не *долженъ* быть безвозмезднымъ.

⁴⁾ Такъ Пухта (Vorlesungen, ч. 2, изд. 5, стр. 189) говорить, что по договору довѣренности порученіе *должно* быть принято *безвозмездно*. Аридетъ признаетъ характеристическою чертою довѣренности — отсутствіе условія о вознагражденіи (Lehrb. d. Pand., § 299). Этотъ взглядъ защищаетъ и Troplong (Mandat, стр. 20 и др.).

⁵⁾ По поводу приведеннаго art. 1986 С. Н., признающаго безвозмездность правиломъ, а возмездность исключеніемъ, — Лоранъ (т. 27, № 339) замѣчаетъ: *il se trouve que l'exception a absorbé la règle, car, en fait, les mandats les plus importants sont salariés.* Торговую же довѣренность признаютъ возмездною по своей природѣ трудъ коммерческаго человѣка долженъ быть вознаграждаемъ (Laurent, *ib.* № 343).

общее правило, крайне несообразно. Само римское право допускало въ договорѣ довѣренности свободный гонораръ¹⁾, а, впоследствии, при измѣнившихся обычаяхъ и потребностяхъ, даже условіе о вознагражденіи²⁾. Если же римское право отдѣляло вопросъ о вознагражденіи отъ самаго договора довѣренности и признавало, что вознагражденіе можетъ быть требуемо повѣреннымъ лишь путемъ самостоятельнаго, независимаго отъ отношенія довѣренности, иска (*persecutio extra ordinem*)³⁾, то это, по нашему, происходило отъ извѣстнаго стремленія римскаго права избѣгать введенія новыхъ началъ, согласно съ измѣнившимися потребностями жизни и приурочивать эти потребности къ существующимъ началамъ права⁴⁾. Приведенное судопроизводственное различіе римскаго права, въ настоящее время, потеряло всякое практическое значеніе. Но эти колебанія римскаго права доказываютъ, что, съ развитіемъ экономической жизни, несостоятельность принципа безвозмездности отношенія довѣренности дала себя сильно чувствовать и принципъ этотъ не могъ быть послѣдовательно проводимъ въ жизни.

Нѣмецкіе юристы отстаиваютъ начало безвозмездности договора довѣренности съ очевидною цѣлію сохранить, установившіяся въ римскомъ правѣ, взглядъ на него какъ на односторонній договоръ (*contractus unilaterale*) съ *actio contraria* повѣреннаго. Но нельзя гнуть жизнь и ея явленія подъ отвлеченными формулы. Напротивъ, формулы эти должны преклоняться предъ дѣйствительностію и ея явленіями. Не все то хорошо, что въ римскомъ правѣ. Необходимо изъ него заимствовать то, что рационально и практически; но слѣдуетъ, не колеблясь, отбросить изъ него все то, что оказывается непримѣнимымъ къ современной жизни. *Durch das römische Recht über das römische Recht, какъ говорить Игерингъ*⁵⁾.

¹⁾ *Si renumerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio* (D. I. XVII, т. 1, 6 пр.).

²⁾ Кохъ, *das. R. d. Ford.* ч. 3, стр. 524; Барон, §§ 296 и 299, II; Syntenis, *das praktische gemeine Civilrecht*, ч. 2, § 113; Видишевскій, ч. 2, § 405.

³⁾ Кохъ *ibidem*.

⁴⁾ См. Ihering, *Geist d. röm. Rechts*, § 56 и др.

⁵⁾ Лоранъ говорить по поводу довѣренности: *il suffit d'ouvrir le code civil, pour se convaincre que la théorie romaine n'est plus celle de notre droit*.

Кохъ, (*das Recht d. Forder*, ч. 3, стр. 524 и 525), признавая, что понятие римскаго права о возможности полученія гонорара посредством *persecutio extra ordinem*, не имѣетъ примѣненія въ настоящее время, въ то же время утверждаетъ, что, въ случаѣ существованія условія о вознагражденіи, довѣренность превращается въ договоръ личнаго найма или безыменный договоръ (*contractus innominatus*). Кохъ упрекаетъ французскій кодексъ за то, что онъ воспринялъ «противорѣчивое» ученіе о двусторонности договора довѣренности. Баронъ (*Pandecten* § 299, II и § 206), хотя признаетъ, что понятіе о безвозмездности, не можетъ быть признано отличительною чертою довѣренности, тѣмъ не менѣе, также не можетъ отказаться отъ понятія объ односторонности этого договора. Это доказываетъ только съ какимъ упрямствомъ нѣмецкіе юристы отстаиваютъ иногда, самыя непримѣнимыя къ современному быту, начала римскаго права. Мы рѣшительно не предвидимъ никакого несчастья оттого, что довѣренность будетъ признаваема и договоромъ двустороннимъ. Мы тутъ не замѣчаемъ никакой нелогичности. Мы не видимъ никакой практической необходимости утверждать, что односторонность составляетъ суть, природу договора довѣренности. Вообще мы рѣшительно непонимаемъ какое практическое различіе въ томъ: будетъ ли повѣренный имѣть право на вознагражденіе путемъ отдѣльнаго соглашенія или въ силу самаго договора довѣренности? Но къ чему сохранять подраздѣленіе, которое не имѣетъ практическаго значенія? Теорія существуетъ для практики, а не наоборотъ. Теорія, не имѣющая практическаго значенія — зданіе безъ фундамента. Она расшатается отъ малѣйшаго соприкосновенія. Разъ повѣренный имѣетъ, вслѣдствіе его дѣятельности по довѣренности, извѣстныя права, а довѣритель, по отношенію къ нему, извѣстныя обязанности—въ довѣренности оказывается сочетаніе взаимныхъ правъ и обязанностей сторонъ, т. е. она—договоръ двусторонній (*contractus bilateralis*).

Къ какимъ противорѣчіямъ и натяжкамъ ведетъ это стрем-

moderne (т. 27, № 334). Une doctrine, говоритъ онъ справедливо (ib. № 335), parait suspecté par cela seul, qu'elle s'écarte de la tradition romaine. Il serait temps de s'affranchir de cette superstition, alors que l'on a secoué des préjugés bien plus puissants.

леніе юристовъ удержать, во что бы то ни стало, римское понятіе о безвозмездности и односторонности договора довѣренности—всею лучше видно у Троллона. Онъ самъ говоритъ, что понятіе о безвозмездности утвердилось въ римскомъ правѣ оттого, что оно разсматривало довѣренность, какъ дружескую услугу, одолженіе (*bienfaisance*, стр. 8). Онъ согласенъ съ тѣмъ, что въ настоящее время, довѣренность утратила характеръ дружеской услуги и стало настоящимъ обязательствомъ (*acte d'obligation et de nécessité*, стр. 24). Мало того, онъ признаетъ, что, въ договорѣ довѣренности можетъ быть выговорено для повѣреннаго вознагражденіе (*récompense*, а не *honoraire*, ib. стр. 172 и 180). Онъ, вслѣдствіе этого, признаетъ и существованіе *mandat salarié* (стр. 177). Но, въ то же время, онъ отстаиваетъ взглядъ римскаго права на безвозмездность договора довѣренности. Но разъ довѣренность стала обязательствомъ, отчего она этотъ свой характеръ должна сохранить лишь въ отношеніи довѣрителя, но не повѣреннаго? Логичнѣе всего утверждать, что, съ отпаденіемъ причины, основанія взгляда о безвозмездности довѣренности, рушились и его послѣдствія¹⁾.

Лоранъ (т. 27, №№ 338, 340 и 446, и т. 28, № 5), Dalloz (т. XXX, *Mandat* § 144), Сивтенисъ (ib.)²⁾ и др. прямо признаютъ, что довѣренность съ условіемъ о вознагражденіи есть договоръ двусторонній (*contrat bilateral; synallagmaticque*)³⁾.

¹⁾ Troplong доказываетъ отпаденіе довѣренности отъ договора личнаго найма различіемъ между трудомъ умственнымъ и механическимъ. По этому поводу Лоранъ (т. 27, № 337) справедливо замѣчаетъ, что человекъ вноситъ во всякій трудъ умственный элементъ и что всякій трудъ одинаково достоинъ уваженія. — Несостоятельность теоріи римскаго права, которая видитъ отличительную черту между довѣренностью и личнымъ наймомъ въ различіи, существующемъ между *operae liberales* и *illiberales*, весьма мѣтко и остроумно доказываетъ Clamageran (ib. №№ 293—304).

²⁾ Ср. также Ladenburg ib., стр. 75, 78 и др. Виндшайдъ (ч. 2, § 409) говоритъ, что довѣренность по природѣ своей безвозмездна; но она иногда сомнѣстима съ обѣщаніемъ гонорара.

³⁾ Лоранъ (т. 27, №№ 335 и 336) справедливо замѣчаетъ, что, въ сущности между гонораромъ и вознагражденіемъ (*salaire*) нѣтъ никакой разницы. То и другое — плата за трудъ. Il peut y avoir salaire dans le mandat, comme il y a toujours salaire dans le louage d'industrie (ib. № 338; ср. Clamageran, № 300). Лоранъ признаетъ, что условіе о вознагражденіи повѣреннаго можетъ быть не только явное, но и молчаливое, презюмируемое изъ обстоятельствъ дѣла (ib. № 346).

И такъ довѣренность, смотря по обстоятельствамъ, можетъ быть признаваема договоромъ одностороннимъ или двустороннимъ. Понятіе римскаго права о безусловной односторонности договора довѣренности оказывается непримѣнимымъ къ потребностямъ современной жизни. Сенатъ, какъ видно изъ его опредѣленія существа договора довѣренности, изложеннаго ниже (стр. 80 прим. 2) признаетъ его договоромъ двустороннимъ.

Освободившись отъ условія о безвозмездности, договоръ довѣренности, повидимому, сблизился съ договоромъ личнаго найма. Но это только повидимому. Между этими двумя договорами и теперь остаются весьма важныя, характеристическія различія.

Самое капитальное, внутреннее различіе между договорами довѣренности и личнаго найма заключается въ томъ, что первый имѣетъ своимъ предметомъ исключительно *юридическую* дѣятельность лица (установленіе, измѣненіе и прекращеніе правъ и обязанностей); послѣдній же имѣетъ предметомъ *фактическую* дѣятельность — работы (физическія или умственныя ¹⁾). Кроме того отличительная черта договора найма — наемная плата (*merces*; ст. 2218, 1 ч. X т.) ²⁾ Договоръ же довѣренности, какъ мы говорили, *можетъ быть и безвозмезднымъ*. Весьма важное характеристическое отличіе договора довѣренности заключается еще въ томъ, что послѣдствіемъ его является обыкновенно отношеніе *представительства* (право установить отъ имени или въ интересѣ довѣрителя извѣстныя юридическія отношенія съ третьими лицами), чего не имѣется въ личномъ наймѣ. Наемникъ *дѣлаетъ для* наемщика; повѣренный *дѣйствуетъ взаимно* довѣрителя. Повѣренный дѣйствуетъ въ предѣлахъ правоспособности довѣрителя, выражаетъ *его* волю; наемникъ вноситъ въ дѣло свою спо-

¹⁾ См. Laband, стр. 189 и Унгера *ib.*, ч. 2, стр. 133, прим. 18; Anschütz и Völderndorf, Commentar z. allg. deutsch. Handelsgesetz. ч. I, стр. 386; Clamagerant. *ib.* №№ 305, 309, 319 и 351; см. также Zimmermann (die Lehre etc., стр. 14), который говоритъ, что представительство имѣетъ лишь отношеніе къ *юридическимъ* отношеніямъ (Rechtsgeschäfte), а не къ фактическимъ дѣйствіямъ и что съ этимъ почти все согласны (см. еще *ib.*, стр. 32, III).

²⁾ См. Troplong, *ib.*, стр. 185: le prix est essentiel dans le louage; point de prix, point de louage d'ouvrages. И ст. 2218, 1 ч., X т. говорить: «при заключеніи найма договаривающіяся стороны *обязаны* опредѣлить цѣну оного». См. также Arndt's, Lehrb. d. Pand., § 309 и др.

собность, *свою* волю ¹⁾). Существенное различіе между этими договорами заключается еще въ томъ, что вѣрнее письмо можетъ быть прекращено по усмотрѣнію довѣрителя или повѣреннаго или смерти одного изъ нихъ (1 ч., X т., ст. 2230 по продолж. 63 г.; С. N. art. 2002 и 2003 и др.). Это обстоятельство, влекущее за собою уничтоженіе предмета договора довѣренности — юридической дѣятельности повѣреннаго — не можетъ, какъ увидимъ, не имѣть практическихъ послѣдствій для самаго договора. Личный же наемъ можетъ оставаться въ силѣ и послѣ смерти нанятого (1 ч., X т., ст. 2238; С. N. art. 1795). Нѣкоторыя другія подробности этого различія будутъ еще видны изъ нижеслѣдующаго.

Такимъ образомъ, если сенатъ совершенно уничтожаетъ всякую разграничительную линію между личнымъ наймомъ и довѣренностію и относитъ дѣятельность ходатаевъ по дѣламъ къ договору личнаго найма ²⁾, то онъ этимъ смѣшиваетъ два начала, которыя имѣютъ между собою существенныя отличія.

Какъ важно сохранить различіе между довѣренностію и договоромъ личнаго найма видно изъ того, что сенатъ, смѣшавъ эти два договора, не могъ послѣдовательно провести это свое начало и впалъ въ противорѣчіе съ самимъ собою.

Въ дѣлѣ Будаевскаго съ Засыпкинымъ (сборн. рѣш. 1871 г. № 676), лихвинскій мировой съѣздъ призналъ не дѣйствительнымъ, заключенный между этими лицами, договоръ на веденіе первымъ дѣлъ втораго, за несоблюденіемъ условій, указанныхъ въ ст. 2201 и 2214 1 ч. X т. Сенатъ не могъ не замѣтить, какую путаницу понятій внесло бы въ практику примѣненіе къ довѣренности законовъ о личномъ наймѣ. Поэтому онъ высказалъ,

¹⁾ См. Штубенрауха. Прим. 2 къ § 1002 австр. код. и ком. къ прус. код. Коха и др., ч. I, тит. 13, прим. 5 къ § 5; Арндтса *ib.* § 291; см. еще мнѣніе Duvergier у Dalloz, т. 30, louage d'ouvrage et d'industrie, № 5 и Laurent, т. 27, №№ 333, 338, 344 и 401. Въ обыкновенномъ представительствѣ по довѣренности различіе это заключается еще въ томъ, что повѣренный дѣйствуетъ *отъ имени* довѣрителя, чего нѣтъ въ личномъ наймѣ. Но это различіе не имѣетъ мѣста въ одностороннемъ представительствѣ по довѣренности.

²⁾ Предметомъ личнаго найма, говоритъ сенатъ (67 г. № 43), можетъ быть не только личный, физическій трудъ, но и исполненіе за извѣстное вознагражденіе личныхъ обязанностей, требующихъ извѣстныхъ познаній и умственной дѣятельности, такъ, напримѣръ, *ходатаевъ по дѣламъ, управляющихъ, воспитателей* и пр.

что, хотя имъ (въ рѣшеніи 1867 г. № 43) и разъяснено, что, по смыслу 2201 ст. 1 ч. X т., наемъ повѣреннаго относится къ договорамъ личнаго найма, «но изъ вышесприведенной статьи не видно, чтобы всѣ договоры личнаго найма подчинялись тѣмъ ограниченіямъ и условіямъ, которыя постановлены собственно относительно найма слугъ и работниковъ, съ цѣлію предупрежденія кабалы или укрѣпленія однихъ лицъ другими. Поэтому мировой съездъ, примѣнивъ 2214 ст. 1 ч. X т., опредѣляющую срокъ найма слугъ и работниковъ къ договору о наймѣ повѣреннаго, нарушилъ точный смыслъ этой статьи закона». Но рѣшенія подобнаго рода не только не выясняютъ, но затемняютъ юридическія понятія. На самомъ дѣлѣ: если довѣренность относится къ договорамъ личнаго найма и если, въ то же время, не всѣ законы относительно послѣднихъ договоровъ имѣютъ примѣненіе къ довѣренности, то какіе же, именно, изъ этихъ законовъ могутъ быть примѣнимы къ довѣренности и какіе нѣтъ? Недоразумѣніе тутъ увеличивается еще тѣмъ, что ст. 2214, 1 ч. X т. вовсе не относится исключительно къ найму слугъ и рабочихъ, какъ это полагаетъ сенатъ. Статья эта изложена въ общей формѣ; поэтому она должна получить измѣненіе ко всѣмъ видамъ договора личнаго найма, а стало быть, согласно взгляду сената, и къ довѣренности ¹⁾

Въ дѣлѣ Олейникова съ Поляковымъ (1873 г. № 235), Сенатъ попытался провести нѣкоторое различіе между договоромъ довѣренности и личнаго найма; но попытка эта, по нашему, неудачная.

Сенатъ говоритъ: «договоръ о наймѣ ходатая по судебнымъ дѣламъ и договоръ о наймѣ врача принадлежатъ къ одному роду законныхъ актовъ, имѣющихъ предметомъ дѣйствія лицъ, устанавлиющія личныя по договору обязательства (1528 ст. 1 ч. X т.); но въ природѣ ихъ есть нѣкоторая разница, имѣющая вліяніе и на способъ исполненія договора. Выраженіемъ довѣрія къ ходатаю

¹⁾ Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что въ жизни иногда встрѣчается совмѣстное существованіе договоровъ личнаго найма и довѣренности. Такъ управляющій и прикащикъ, независимо своей юридической дѣятельности, совершаютъ иногда и чисто фактическія дѣйствія. Въ такомъ случаѣ дѣйствія этихъ лицъ, смотря по ихъ характеру, могутъ быть обуживаемы по началамъ того или другаго изъ этихъ договоровъ (см. ниже гл. объ управленіи имѣніемъ).

служить письменный актъ; имѣя въ рукахъ вѣрующее письмо своего довѣрителя, повѣренный имѣетъ и право совершать всѣ дѣйствія, относящіяся къ предметамъ и не выходящія изъ предѣловъ даннаго ему уполномочія, такъ что отъ дѣятельности и даже воли самаго повѣреннаго зависитъ приобрести право на условленное вознагражденіе отъ довѣрителя. Въ иномъ положеніи находится врачъ; его дѣятельность, исполненіе принятыхъ имъ на себя по договору обязанностей должны быть вызываемы волею другаго, съ нимъ договорившагося лица, которое не можетъ быть принуждено имъ пользоваться исключительно его совѣтомъ и принимать прописываемыя имъ лекарства, не обращаясь къ пособію другихъ врачей, внушающихъ пациенту болѣе довѣрія».

Врядъ ли съ этимъ возможно согласиться. Вѣрующее письмо даетъ повѣренному лишь *право* представлять личность довѣрителя; но довѣритель всегда имѣетъ полную возможность помѣшать повѣренному въ осуществленіи этого права. Положимъ, довѣритель заключилъ съ повѣреннымъ условіе на веденіе всѣхъ его дѣлъ съ платою за каждое дѣло или погодно. Это нисколько не мѣшаетъ довѣрителю самому начать задуманное имъ дѣло въ судѣ или обратиться для этого къ другому повѣренному. Столь же легко ему, получивъ изъ суда повѣстку о предъявленіи къ нему иска, явиться въ судъ для объясненій лично или пригласить для этого другаго повѣреннаго. Постоянный повѣренный можетъ даже и не знать обо всемъ этомъ. Такимъ образомъ довѣритель можетъ столько же не пользоваться услугами повѣреннаго, сколько пациентъ услугами врача. Утверждать, что «отъ дѣятельности и даже воли самаго повѣреннаго зависитъ приобрести право на условленное вознагражденіе» — нѣтъ никакой возможности.

Различіе между довѣренностію и личнымъ наймомъ не въ подобныхъ, чисто внѣшнихъ, признакахъ, а въ ихъ внутренней, юридической сущности. Довѣренность есть договоръ *sui generis*, послѣдствія котораго должны быть выводимы изъ особенностей его индивидуальнаго юридическаго характера. Законы о личномъ наймѣ къ нему примѣняемы быть не могутъ. На самомъ дѣлѣ: если примѣнять къ довѣренности законы о личномъ наймѣ, то придется признать, что жена не можетъ принимать довѣренность безъ согласія мужа (1 ч. X т. ст. 2202 по продолж. 63 г.), придется прилагать къ довѣренности ст. 2209 по продолж. 63 г.,

2238 и др. 1 ч. X т. о наймѣ. Это породитъ неимовѣрную путаницу ¹⁾.

Изъ всего изложеннаго становится яснымъ, что понятие о до-
вѣренности, которое вызывается потребностями современной жизни,
совершенно отлично отъ того понятія объ этомъ договорѣ, которое
выработалось въ римскомъ правѣ.

Довѣренность есть договоръ, въ силу котораго *одна сторона*
(довѣритель) *предоставляетъ другой сторонѣ* (повѣренному) *право,*
а послѣдняя принимаетъ на себя обязанность отправлять отъ
имени или въ интересъ первой, безвозмездно или за определенное
вознагражденіе, какую либо юридическую дѣятельность ²⁾.

Договоръ довѣренности (mandat) необходимо отличить отъ
вѣрующаго письма (procuratio). Выше (стр. 48—52) мы говорили о
различіи между вѣршею и внутреннею стороною отношенія пред-
ставительства. Въ представительствѣ по довѣренности вѣршняя
сторона выражается въ вѣрущемъ письмѣ, а внутренняя (взаим-

¹⁾ Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что самъ законъ отчасти смѣшиваетъ до-
вѣренность съ личнымъ наймомъ, отнеся дѣйствія управляющихъ дѣлами купцовъ
и фабрикантовъ къ личному найму (ст. 2219, I ч., X т.). Но это не даетъ права
смѣшивать эти два договора въ тѣхъ случаяхъ, когда для этого не представляется
легальнаго основанія и этимъ создать принципъ, который не можетъ быть послѣ-
довательно проведенъ на практикѣ.

²⁾ Dalloz (т. 30 Mandat, № 1) слѣдующимъ образомъ опредѣляетъ существо
договора довѣренности: un contrat, par lequel une personne confie la gestion
d'une ou des plusieurs affaires pour la faire *en sa place* (а не en son nom) et à
ses risques, à une autre personne, qui s'en charge, gratuitement ou moyennant un
honoraire, et s'oblige à lui en rendre compte. Сенатъ опредѣляетъ этотъ договоръ
слѣдующимъ образомъ: «договоръ довѣренности (порученія) заключается препо-
рученіемъ однимъ лицомъ (довѣрителемъ) исполненія его именемъ и подъ его
отвѣтственностію, известныхъ дѣйствій, опредѣленныхъ или неопредѣленныхъ и
принятіемъ на себя другимъ лицомъ (повѣреннымъ) сихъ дѣйствій къ исполненію
безмездно или за условленное вознагражденіе» (1870 г., № 1039). Въ другомъ
мѣстѣ сенатъ говоритъ, что «довѣренность есть юридическій актъ, въ силу
котораго одно лице *уполномочиваетъ* другое совершить или исполнить за него
известное, дозволенное закономъ, дѣйствіе» (1868 г., № 355).—Эти опредѣленія
страдаютъ тѣмъ недостаткомъ, что въ нихъ не указано какія, именно, дѣйствія
могутъ служить предметомъ довѣренности. Это повальный недостатокъ опредѣ-
леній, почти всѣхъ известныхъ намъ, французскихъ юристовъ. Выше мы видѣли,
что предметомъ довѣренности могутъ быть лишь дѣйствія *юридическія*.—Во
второмъ опредѣленіи сената смѣшаны понятія о договорѣ довѣренности съ пол-
номочіемъ, которое выражается въ вѣрущемъ письмѣ. О различіи между этими
понятіями см. ниже.

ныя отношенія между довѣрителемъ и повѣреннымъ) въ договорѣ
довѣренности. Вѣрущее письмо—актъ *полномочія*; суть довѣрен-
ности—*порученіе*. Полномочіе указываетъ на *право* повѣреннаго
представлять личность довѣрителя предъ третьими лицами; пору-
ченіе—на *обязанности* повѣреннаго по отношенію къ довѣрителю.
Обязанности могутъ быть лишь въ отношеніи интересовъ другаго;
поэтому не можетъ быть порученія относительно интересовъ
самаго повѣреннаго. Но полномочіе имѣетъ иногда въ виду и
интересы одного представителя ¹⁾. Бываетъ procuratio in rem
suam; но не можетъ быть mandatum in rem suam. Полномочіе
обыкновенно является послѣдствіемъ даннаго порученія; порученіе
служитъ обыкновенно основою полномочія. Но эти понятія могутъ
и расходиться. Бываютъ полномочія безъ настоящаго порученія
(напр.: procuratio in rem suam; ср. еще выше, стр. 67); бываютъ
порученія безъ видимаго полномочія (одностороннее представитель-
ство по довѣренности ²⁾).

Procuratio in rem suam (полномочіе въ интересѣ представителя)
нерѣдко встрѣчается и у насъ въ жизни. Выше (стр. 31, прим. 3) мы
уже указали на подобные случаи—на производство купцами само-
стоятельныхъ торговыхъ оборотовъ подъ видомъ полномочія другихъ.
Замѣтимъ, что отнюдь нельзя утверждать, чтобы подобная дѣятель-
ность (если она только не содержитъ въ себѣ скрытую, преступную
цѣль) была противна ст. 696 и 708, т. XI, 2 ч. Въ статьяхъ этихъ

¹⁾ См. выше, стр. 31, примѣч. 3.

²⁾ Ср. Бринцъ, Lehrb. der Pand., ч. 3, § 732; Виндшейда, Lehrb. d. Pand.,
§ 74, прим. I и § 409; Laband ib.; Ladenburg ib., стр. 75 и 79; Curtius ib.,
стр. 80 и др. Мысли эти будутъ развиты въ дальнѣйшемъ изслѣдованіи. О
различіи между порученіемъ и полномочіемъ по мнѣнію Canstein'a см. выше
стр. 51, прим. 1. Каништейнъ (ib. стр. 688—690) видитъ различіе между поруче-
ніемъ и полномочіемъ еще въ томъ, что первое имѣетъ предметомъ *одно* юриди-
ческое дѣйствіе, а второе *множество* дѣйствій и что полномочіе даетъ лицу
право разрѣшить вопросъ о томъ *слѣдуетъ ли* совершить известное дѣйствіе
(«об»), а порученіе указываетъ на *необходимость* совершенія оного. Эта харак-
теристика намъ кажется совершенно произвольною. Коммисіонеру можетъ быть
поручено совершеніе цѣлаго ряда дѣйствій какъ и уполномоченному; тотъ и
другой вправѣ и обязаны обсудить степень цѣлесообразности своихъ дѣйствій.
На нашъ взглядъ, если порученіе соединено съ полномочіемъ, тогда они двѣ
стороны одного понятія (права представительства); если же они появляются
отдѣльно, то различіе между ними то же, что между одностороннимъ и полнымъ
представительствомъ (ср. выше стр. 19—22).

говорится, что запрещается купеческому прикащику или сидѣльцу производить торгъ на имя хозяина собственными товарами. Статьи эти, очевидно, имѣть двоякую цѣль: съ одной стороны ограждать интересы хозяевъ противъ злоупотребленій приказчиковъ; съ другой — интересы казны: запрещается, именно, производить торговлю по одному прикащичьему свидѣтельству безъ взноса гильдейскихъ пошлинъ. Съ устраненіемъ этихъ основаній должно само собою пасть и запрещеніе. Если лице, дѣйствующее по полномочию другого, состоитъ въ купечествѣ соответственной гильдіи и производитъ самостоятельные обороты съ согласія довѣрителя, то въ этомъ ничего противузаконнаго быть не можетъ. Бываетъ еще, что купецъ, содержащій торговое заведеніе, оплачиваемое имъ акцизомъ, отдаетъ одну изъ статей своей торговли (напр. буфетъ) въ наемъ другому, торгующему какъ его прикащикъ. Встрѣчаются еще случаи слѣдующаго рода. Известно, что купцы вносятъ пошлины за право торговли за годъ или за полгода впередъ. Если купецъ продаетъ свое торговое заведеніе другому, то, во избѣжаніе вторичнаго платежа пошлинъ, покупщикъ, до истеченія срока, по который пошлины внесены, торгуетъ по прикащичьему свидѣтельству продавца. Въ гражданскомъ быту *procuratio in rem suam* случается нерѣдко при уступкѣ правъ по претензіямъ (*cessio*), въ особенностях нахождающимся въ производствѣ судебныхъ мѣстъ. Во избѣжаніе различныхъ пререканій, которыя можетъ возбудить прямая уступка права (сингулярсуцессія¹⁾), цедентъ выдаетъ цессionario довѣренность на веденіе дѣла и полученіе присужденныхъ денегъ. Иногда должникъ даетъ кредитору, въ удовлетвореніе претензіи, полномочіе на управленіе имѣніемъ перваго и полученіе изъ него доходовъ, которые остаются въ пользу кредитора. Или вотъ еще случай, встрѣтившійся намъ на практикѣ: А. продалъ Б. домъ свой, заложный въ кредитномъ обществѣ. Въ это время въ обществѣ составлялись соображенія о распредѣленіи между заемщиками нѣкоторой части внесенныхъ ими процентовъ. Во избѣжаніе затрудненій въ полученіи изъ общества процентовъ за время до продажи дома, покупщикъ Б. выдалъ продавцу А. довѣренность на полу-

¹⁾ Противъ подобной уступки можетъ иногда основательно возражать отвѣтчикъ, котораго она можетъ стѣснять въ его правѣ предъявленія вѣрительныхъ исковъ и возраженій, связанныхъ съ личностью первоначальнаго кредитора.

ченіе этихъ денегъ, которыя должны были оставаться въ пользу послѣдняго. Весьма естественно, что во всѣхъ подобныхъ случаяхъ между представителемъ и представляемымъ заключаются сдѣлки, коими гарантируются права перваго. Мы привели нѣсколько, намъ извѣстныхъ, случаевъ *procuratio in rem suam*. Нѣтъ сомнѣнія, что въ жизни это явленіе вызывается и другими потребностями. Но уже изъ изложеннаго видно, что *procuratio in rem suam* — явленіе, имѣющее корень въ потребностяхъ жизни¹⁾.

Договоръ довѣренности заключается иногда безмолвно. Это случается тогда, когда повѣренный, принимая отъ довѣрителя вѣрющее письмо и, приступивъ къ осуществленію своихъ правъ по оному, этимъ выражаетъ свое согласіе на заключеніе договора довѣренности. Находящееся въ рукахъ повѣреннаго вѣрющее письмо и осуществленіе правъ по оному служатъ обыкновенно открытымъ, публичнымъ удостовѣреніемъ о состоявшемся между нимъ и довѣрителемъ договорѣ довѣренности. Таково правило, признаваемое французскимъ правомъ и нашимъ Сенатомъ²⁾.

¹⁾ Примѣръ *procuratio in rem suam* имѣется и въ ст. 1621, 1 ч., X т., о которой будетъ подробно сказано ниже.

²⁾ Le contrat du mandat ne se forme que par l'acceptation du mandataire (C. N., art. 1984). L'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution, qui lui a été donné par le mandataire (C. N. art. 1985). Ср. Dalloz (Mandat № 184), Zachariae (§ 751, прим. 3) и Laurent (т. 27, № 392). Эту мысль признаетъ и Сенатъ. Онъ именно (75 г. № 273) призналъ, что принятіемъ отъ Зеньковского довѣренности и совершеніемъ по оной юридическихъ дѣйствій (ходатайствомъ во второй инстанціи), Павелко изъявилъ согласіе на измѣненіе договора довѣренности 1869 г., по которому онъ обязанъ былъ вести дѣло Зеньковского лишь въ одномъ окружномъ судѣ, т. е. этимъ путемъ между ними установилось *новое соглашеніе*, новый договоръ довѣренности. Troplong (стр. 162 и послѣд.) вмѣстѣ съ Pothier утверждаетъ, что вопросъ о томъ, составляетъ ли молчаливое оставленіе у себя лицомъ, присланной ему при письмѣ, довѣренности согласіе на принятіе званія повѣреннаго — есть вопросъ факта, значеніе котораго зависитъ отъ данныхъ, индивидуальныхъ обстоятельствъ дѣла: необходимо выяснитъ, не оставлено ли письмо безъ отвѣта по разсѣянности или по другимъ обстоятельствамъ (см. также Laurent, т. 27, № 393). Но, если лице, которому прислана довѣренность, занимается по профессіи порученіями другихъ (адвокаты, комиссіонеры и пр.), то молчаніе его должно быть предполагаемо равносильнымъ согласію: довѣрителю имѣть право заранѣе рассчитывать на пріемъ этимъ лицомъ предложеннаго порученія; предположеніе это можетъ быть уничтожено лишь явно выраженнымъ отказомъ (Troplong, стр. 162, 337 и 338). Этотъ взглядъ, очевидно — послѣдствіе правила, что одно молчаніе не есть еще необходимый признакъ согласія. Этотъ взглядъ раздѣляютъ и другіе юристы (Dalloz, ib. №№ 184 и 185 и Clamagetan № 306).

Но это правило, по нашему, не безусловное. Мы видѣли выше (стр. 31, прим. 3, стр. 67 и 81—83), что бываетъ полномочіе безъ порученія. Изъ этого видно, что нахожденіе въ рукахъ лица акта полномочія и осуществленіе правъ по оному не всегда еще указываютъ на существованіе между представляемымъ и представителемъ порученія, договора довѣренности. Но, независимо сего, врученіе вѣрющаго письма, само по себѣ, указываетъ лишь на предоставленіе лицу *права* дѣйствовать отъ имени другаго; но оно еще не безусловно доказываетъ о даваемомъ *порученіи* и о принятіи довѣрителемъ на себя вытекающихъ изъ онаго *обязанностей*. Если я далъ повѣренному общее вѣрющее письмо по всѣмъ моимъ дѣламъ, то этимъ я предоставилъ ему лишь *право* совершать, въ случаѣ надобности, отъ моего имени юридическія дѣйствія; но этимъ еще отнюдь не выражена моя *обязанность* поручить ему каждое дѣло, право на веденіе котораго предусматрѣно въ вѣрющемъ письмѣ. Если я, по какому либо дѣлу, явлюсь въ судъ лично или приплю другаго повѣреннаго, то одно предъявленіе общимъ уполномоченнымъ своего вѣрющаго письма, подача имъ въ судъ бумаги или явка его въ засѣданіе суда — не могутъ еще породить для него права, а для меня обязанности вознаграждать его за веденіе дѣла. Необходимо еще быть увѣреннымъ въ томъ, что, не смотря на мою личную явку или на посылку другаго повѣреннаго, я желалъ, чтобы въ дѣлѣ участвовалъ и повѣренный, снабженный общою довѣренностію. Такимъ образомъ вѣрющее письмо еще не указываетъ всегда, безусловно на существованіе договора довѣренности, *порученія*. Съ другой стороны лишитъ вѣрющаго письма доказательства существованія порученія невозможно, такъ какъ, въ большинствѣ случаевъ, вѣрющее письмо съ тѣмъ только и выдается, чтобы права по оному были осуществляемы, т. е., чтобы осуществился договоръ довѣренности.

Такимъ образомъ за осуществленіемъ правъ по вѣрющему письму можетъ быть, по нашему мнѣнію, признаваемо лишь значеніе *юридическаго предположенія* (praesumptio juris) о существованіи порученія. Предположеніе это должно сохранять силу до тѣхъ поръ, пока данныя дѣла не укажутъ на противоположное намѣреніе довѣрителя.

Весьма часто договоръ довѣренности заключается письменно. Въ условіи обыкновенно говорится объ обязанностяхъ, принимае-

мыхъ на себя довѣрителемъ и повѣреннымъ, о вознагражденіи повѣреннаго, о неустойкѣ въ случаѣ невыполненія условія и пр.

И такъ вѣрющее письмо есть лишь односторонній актъ легитимации, свидѣтельствующій предъ сторонними лицами о данномъ довѣрителемъ повѣренному полномочіи (правѣ представительства); объ объемѣ и предѣлахъ онаго. Вѣрющее письмо, какъ актъ односторонній, не есть договоръ. Оно обыкновенно является лишь послѣдствіемъ *уже состоявшагося* соглашенія, договора довѣренности. Оно поэтому, служить, какъ мы видѣли, юридическимъ предположеніемъ о восполнѣдованіи такового соглашенія¹⁾.

¹⁾ Циммерманъ (Die Lehre и пр. стр. 88 и 89) говоритъ, что *полномочіе* (Bevollmächtigung, которое выражается въ вѣрющемъ письмѣ) есть *односторонній актъ* представляемаго, а не *договоръ* довѣренности. — Французскіе юристы слѣдующимъ образомъ характеризуютъ различіе между довѣренностію и вѣрющимъ письмомъ: le mandat est l'acte synallagmatique, qui se forme entre le mandant, qui donne le pouvoir d'agir, et le mandataire qui l'accepte; la procuration est l'acte *unilateral*, par lequel une personne donne un pouvoir non encore accepté, mais dont l'acceptation ulterieure forme le contrat de mandat (Zachariae, accepté, mais dont l'acceptation ulterieure forme le contrat de mandat (Zachariae, въ перев. Massé и Vergé, ч. 5, § 750, прим. I; см. также Laurent, Principes de droit civil, т. 27, № 332). Но французскій законъ, какъ и наши законы и судебная практика, часто смѣшиваютъ эти два различныхъ понятія (le mandat ou la procuration, art. 1984). Французскіе юристы за это и упрекаютъ С. Н. (Laurent ib.). — Различіе между договоромъ довѣренности и вѣрющимъ письмомъ точно и ясно проведено въ рѣшеніи сената 1867 г., № 421. Довѣренность (т. е. *вѣрющее письмо*), говоритъ сенатъ, по существу своему, составляетъ юридическій актъ, которымъ вѣритель уполномочиваетъ повѣреннаго, *на основаніи предшествующаго между ними соглашенія*, на совершеніе извѣстныхъ вмѣсто него дѣйствій по праву представительства. Но вѣрющее письмо, по своей формѣ, опредѣляетъ только пространство полномочія, предоставляемаго повѣренному (ст. 2326), а не обязательства довѣрителя къ повѣренному и сего послѣдствіе къ довѣрителю. Эти взаимныя обязательныя юридическія отношенія довѣрителя и повѣреннаго устанавливаются по взаимному ихъ соглашенію, особымъ договорнымъ актомъ, которымъ опредѣляются права и обязанности довѣрителя и повѣреннаго, относительно количества вознагражденія, если размѣръ вознагражденія не установленъ закономъ, относительно неустойки за преждевременное уничтоженіе довѣренности или за отказъ отъ оной и т. п. Но въ рѣшеніи своемъ по дѣлу Павелко съ Зельковскимъ (75 г., № 273) сенатъ уже смѣшиваетъ эти два, столь отличныя между собою, понятія. Сенатъ, именно, говоритъ: *«довѣренность»* (т. е. вѣрющее письмо) сама по себѣ составляетъ *договоръ между довѣрителемъ и повѣреннымъ*, составляетъ *на основаніи предшествующихъ между ними лицами соглашеній*, опредѣляетъ для повѣреннаго предѣлы полномочія и ограждаетъ довѣрителя по предмету исполненія повѣреннымъ даннаго ему порученія и пр. По смыслу этого рѣшенія выходитъ, что и вѣрющее письмо и предварительное соглашеніе суть договоры довѣренности. Вообще въ этомъ рѣшеніи понятія о вѣрющемъ письмѣ и дого-

Такимъ образомъ вѣрующее письмо служитъ самымъ надежнымъ доказательствомъ существованія полномочія. Но оно доказательство не исключительное. Сенатъ, именно, призналъ, что существованіе полномочія можетъ быть доказываемо не однимъ лишь вѣрующимъ письмомъ, но и другими данными ¹⁾. Это взглядъ, по нашему, вполне рациональный и соответствующій потребностямъ жизни. Вѣрующее письмо служитъ доказательствомъ существованія воли, согласія довѣрителя на представленіе его личности повѣреннымъ. Но подобная доказательная сила должна быть признаваема и за другими данными, обнаруживающими согласіе одного лица на представительственную дѣятельность другаго.

Изъ изложеннаго легко понять, что для третьихъ, стороннихъ лицъ имѣетъ юридическое значеніе одно лишь полномочіе (актъ легитимациі, вѣрующее письмо) повѣреннаго; но не договоръ довѣренности, не взаимное соглашеніе между довѣрителемъ и повѣреннымъ, которое обязательно лишь для нихъ обоихъ ²⁾.

воръ довѣренности спутаны, темны. Нельзя не пожалѣть, что сенатъ отступилъ отъ точнаго разграниченія этихъ понятій, выраженнаго въ рѣшеніи 67 г., № 421. Ср. еще выше, стр. 80, примѣч. 2.

¹⁾ Въ дѣлѣ Камыниной съ крестьянами села Курбы (гр. кас. рѣш. 73 г., № 8) московская судебная палата признала доказаннымъ право Лукьянова на заключеніе отъ имени Камыниной съ крестьянами села Курбы условія о рубкѣ лѣса въ имѣніи Камыниной, тѣмъ, что условіе это было явлено въ волостномъ правленіи и что Лукьяновъ заключилъ въ другое время условіе на отдачу луговъ въ короткое содержаніе, по которому Камынина получила деньги. Сенатъ призналъ, что изъ 2326 ст. т. X, ч. 1 нельзя выводить того заключенія, чтобы фактъ полномочія повѣреннаго на совершеніе извѣстнаго дѣйствія отъ имени довѣрителя могъ быть удостоверенъ со стороны третьихъ лицъ лишь представленіемъ формальной довѣренности на совершеніе этого дѣйствія, и не могъ быть доказываемъ другими какими либо актами, изъ коихъ очевиденъ этотъ фактъ. Обязывать третьихъ лицъ къ представленію самой довѣренности, въ подобныхъ настоящему случаѣхъ, было бы и не справедливо, такъ какъ оно, во многихъ случаяхъ, было бы для нихъ невозможнымъ, между тѣмъ какъ довѣритель, осмари-
вующій полномочіе своего повѣреннаго на совершеніе извѣстнаго дѣйствія, всегда имѣетъ возможность, въ подтвержденіе такового спора своего, представить довѣренность или копию съ нея.—Эту же мысль сенатъ высказалъ и въ дѣлѣ Булакова съ Авгѣевымъ (сбор. Книрима и Ковалевскаго т. I, 78 г., № 272).

²⁾ Ладенбургъ (ib., стр. 82, 83, 98 и 99) замѣчаетъ, что, въ виду того, что полномочіе повѣреннаго независимо отъ его causa (основанія: полномочіе можетъ и не образоваться съ порученіемъ и пр.) и для третьихъ лицъ не обязательны взаимныя отношенія между повѣреннымъ и довѣрителемъ, то для первыхъ важнѣе лишь самый фактъ нахожденія въ рукахъ повѣреннаго вѣрующаго письма.

Довѣренность, какъ это явствуетъ изъ изложеннаго нами выше, (стр. 41—42) можетъ быть выдаваема лишь на дѣйствія дозволенныя. Порученіе совершить преступное дѣйствіе есть, само по себѣ, преступленіе. *Rei turpis nullum mandatum est* ¹⁾.

Довѣренность можетъ имѣть предметомъ лишь дѣйствія, не связанныя съ личностію довѣрителя. Осуществленіе личныхъ правъ не можетъ быть поручаемо повѣренному (ст. 2293, 1 ч. X т.). Такъ, не можетъ быть поручаемо повѣренному составленіе завѣщанія, такъ какъ право завѣщательное есть личное, а равно заключеніе брака и пр. ²⁾.

Представительство по довѣренности влечетъ за собою различныя послѣдствія въ отношеніяхъ между довѣрителемъ и повѣреннымъ. Такъ какъ повѣренный отправляетъ свою дѣятельность отъ имени и въ интересѣ довѣрителя, то онъ долженъ отвѣтствовать предъ послѣднимъ за всѣ свои дѣйствія и отдавать ему въ нихъ отчетъ. Съ другой стороны, довѣритель отвѣтствуетъ предъ

Основаніе перехода къ повѣренному этого акта для нихъ безразлично. Довѣритель можетъ сослаться, по отношенію къ третьимъ лицамъ, на незаконность этого перехода (похищеніе, присвоеніе и пр.), въ томъ лишь случаѣ, если докажетъ, что они знали объ этомъ и что съ ихъ стороны было *dolus* или *culpa*.

¹⁾ Ср. Koch, *das Recht der Forderungen*, ч. 3, стр. 581. Такъ лице не можетъ требовать вознагражденія за исполненіе имъ порученія другаго по перевозкѣ изъ заграницы контрабандныхъ товаровъ, по совершенію кражи или по покункѣ или продажѣ завѣдомо краденой вещи. Весьма естественно, что это правило примѣнимо къ тому лишь случаю, когда лице, которому дано порученіе, знало о преступномъ характерѣ оного. (Ср. Dalloz, т. 30, Mandat, № 36; Laurent, t. 27, № 402 и Clamageran, ib. № 309). Таковы же послѣдствія довѣренности вообще на недозволенныя дѣйствія. Такъ должна быть, по нашему, признана недѣйствительною довѣренность, выданная на покупку и продажу на срокъ акцій (ср. 1 ч. X т. ст. 2167, п. 2; см. Laurent, т. 27, № 402). (См. выше стр. 41—42).

²⁾ См. Savigny, *System III*, § 113; Zimmermann, *die Lehre etc.* стр. 123, прим. 147 и стр. 126 II; Унгеръ, *Oester. Privatr.*, ч. 2, стр. 138, прим. 36; Laband *ib.*, стр. 228, прим. 66; Dalloz, т. XXX, Mandat № 45. Последній замѣчаетъ, что дѣйствія, по коимъ недопускается довѣренности, въ настоящее время, весьма немноги (ib. № 51); ср. также Лорана, t. 27, № 401. По нашимъ законамъ, если завѣщатель не умѣетъ, или, за болѣзнію, не можетъ подписать собственноручно завѣщаніе, то вѣсто него, по его просьбѣ, должно имѣть всѣ тѣ качества, какія требуются для имовѣрнаго свидѣтеля при завѣщаніи (1 ч. X т. ст. 1053). Очевидно, что лице, которое подписываетъ завѣщаніе, по просьбѣ завѣщателя, отнюдь не будетъ повѣреннымъ для составленія завѣщанія. Онъ кладетъ лишь, взаимнъ завѣщателя, подпись подъ завѣщаніемъ, составленнымъ со словъ самаго завѣщателя.

повѣреннымъ за всѣ понесенныя послѣднимъ, вслѣдствіе своей дѣятельности на пользу перваго, расходы, убытки, а также долженъ вознаграждать его за труды.

За *исходъ* дѣла, говоритъ прусскій кодексъ, повѣренный отвѣтствуетъ лишь въ случаѣ допущенной имъ неосторожности, недосмотра (*Versehen*; ч. 1, тит. 13, § 54). Если повѣренный дѣйствовалъ за вознагражденіе, то онъ отвѣтствуетъ за всякую умѣренную неосторожность (§ 56). Повѣренный обязанъ, по требованію довѣрителя, увѣдомлять его о положеніи порученнаго ему дѣла (§ 60). Всѣ выгоды, проистекающія отъ порученнаго повѣренному дѣла, должны принадлежать одному довѣрителю (§ 62). Поэтому повѣренный не можетъ, безъ согласія довѣрителя, извлекать изъ даннаго ему порученія какія либо выгоды для себя ¹⁾ (§ 63); но онъ имѣетъ право заниматься въ свою личную прибыль такими дѣлами, которыя не имѣютъ ничего общаго съ предметомъ довѣренности (§ 64). Довѣритель же обязанъ возратить повѣренному всѣ понесенныя имъ, во время его дѣятельности въ интересъ перваго, *необходимыя* и *полезныя* расходы (§ 65). Расходы, положительно воспрещенные довѣрителемъ, должны быть возмѣщаемы повѣренному въ томъ лишь случаѣ, когда они обращены *на пользу* довѣрителя и послѣдній присвоилъ себѣ происшедшія отъ нихъ выгоды (§ 67). Количество необходимыхъ и полезныхъ расходовъ, употребленныхъ на себя повѣреннымъ, обуславливается съ точки зрѣнія положенія его, а не довѣрителя (§ 68). За постигшіе повѣреннаго несчастные случаи довѣритель отвѣтствуетъ лишь тогда, когда онъ былъ тому виною хоть малѣйшею неосторожностію (§ 80). За случайные же убытки довѣритель отвѣтствуетъ тогда, когда повѣренный, исполняя возложенное на него порученіе, не могъ ихъ избѣгнуть (§ 81).

Австрійскій кодексъ возлагаетъ на повѣреннаго обязанность отдавать довѣрителю, по его требованію, отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ (§ 1012). Повѣренному воспрещается принимать, безъ согласія довѣрителя, при исполненіи возложеннаго на него порученія, подарки отъ третьихъ лицъ; полученные повѣреннымъ подарки обращаются въ кассу для бѣдныхъ (§ 1013).

¹⁾ И у насъ имѣется законъ (ст. 708, т. XI, ч. 2), который запрещаетъ повѣренному извлекать выгоды во время дѣятельности его отъ имени довѣрителя. Но этотъ законъ преслѣдуетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, фискальную цѣль. Ср. выше, стр. 81—82.

Французскій кодексъ говоритъ, что повѣренный отвѣтствуетъ не только за обманъ (*du dol*), но и за промахи (*fautes*), сдѣланные имъ при отправленіи своей дѣятельности ¹⁾. Отвѣтственность за промахи примѣняется съ меньшею строгостію къ тому, кто дѣйствуетъ безвозмездно, чѣмъ къ тому, кто получаетъ вознагражденіе (art. 1992). Повѣренный обязанъ дать довѣрителю отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ и передать ему все, что получилъ въ силу довѣренности, хотя бы полученное и не слѣдовало довѣрителю ²⁾ (§ 1993). Повѣренный обязанъ уплатить проценты изъ суммъ, которыя онъ употребилъ въ свою пользу, со дня ихъ израсходованія, а изъ суммъ, оставшихся за нимъ въ долгъ, со времени просрочки (1996). Довѣритель долженъ исполнить обязательства, установленныя повѣреннымъ въ предѣлахъ довѣренности (1998). Онъ обязанъ возратить повѣренному понесенныя имъ, при выполненіи порученія расходы ³⁾ и уплатить условленное вознагражденіе. Если повѣренный исполнилъ свою обязанность исправно, то довѣритель не можетъ отказать ему въ платежѣ расходовъ и вознагражденія, хотя бы дѣло ему порученное и не имѣло успѣха; довѣритель не можетъ сбавить количество понесенныхъ повѣреннымъ расходовъ подъ тѣмъ предлогомъ, что они могли бы быть сдѣланы въ меньшемъ размѣрѣ (1999). Довѣритель обязанъ вознаградить повѣреннаго за убытки, понесенныя имъ при отправленіи своей дѣятельности, если она имъ исправно выполнена (2000). Довѣритель обязанъ уплатить повѣренному съ суммъ, имъ израсходованныхъ, проценты со дня израсходованія (2001).

¹⁾ Если, положимъ, повѣренный довѣритъ деньги или товары довѣрителю лицу или фирмѣ, предстоящую несостоятельность которыхъ легко было предвидѣть, онъ за это отвѣтствуетъ предъ довѣрителемъ (*Troplong*, стр. 364 и 390). *Laurent* (т. 27, № 476) говоритъ, что если окажется, что обстоятельства помѣшали повѣренному въ выполненіи имъ своей обязанности, то онъ отвѣтственности предъ довѣрителемъ подмечать не можетъ.

²⁾ Это постановленіе ср. кодекса весьма понятно. Деньги, хотя онъ и не слѣдовали, даны не лично повѣренному; онъ врученъ ему какъ представителю интересовъ другаго лица (довѣрителя). Поэтому онъ и подлещать передать послѣднему (см. *Рогонъ*, ком. къ art. 1993; см. также рѣшеніе Сената по дѣлу Федоровой съ Вржосекъ, сборникъ Клирима и Ковалевскаго, т. I, 78 г., № 271).

³⁾ *Troplong* (стр. 583) замѣчаетъ, что довѣритель обязанъ возмѣщать повѣренному, расходы не только необходимыхъ, но и *полезныя*, напр.: расходы по страхованію, которое можетъ быть и было не безусловно необходимо, но полезно.

Постановления по этому предмету итальянскаго уложения (ст. 1746—1756) составляютъ буквальный переводъ приведенныхъ узаконеній французскаго кодекса ¹⁾.

Въ 1 ч., X т. о взаимной ответственности довѣрителя и повѣреннаго и объ отчетности, которую послѣдній обязанъ первому въ своей дѣятельности, ничего не сказано ²⁾. Но понятіе это такъ очевидно вытекаетъ изъ всего существа представительства по довѣренности ³⁾, что оно получаетъ у насъ полное примѣненіе на практикѣ ⁴⁾.

Весьма важный вопросъ представляютъ собою взаимныя отношенія нѣсколькихъ повѣренныхъ и довѣрителей. Къ сожалѣнію вопросъ этотъ весьма мало разработанъ въ литературѣ и законодательствахъ.

Прусскій кодексъ говоритъ, что дѣйствія каждаго изъ нѣсколькихъ повѣренныхъ имѣютъ для довѣрителя силу лишь тогда, когда ими пріобрѣтаются для послѣдняго права и выгоды; обязан-

¹⁾ Позволяемъ себѣ крѣпко замѣтить, что г. Зарудный допустилъ неточность въ своемъ переводѣ ст. 1752 итальянскаго уложения. Статья эта очевидно, буквальный переводъ, изложеннаго нами въ текстѣ, арт. 1998 франц. код. Смыслъ этого закона заключается въ томъ, что довѣритель долженъ выполнить все тѣ обязательства, въ которыхъ повѣренный вступилъ отъ его имени или въ его интересѣ съ третьими, сторонними лицами, въ предѣлахъ довѣренности. Между тѣмъ г. Зарудный перевелъ эту статью слѣдующимъ образомъ: «довѣритель обязанъ исполнять обязательства, заключенныя имъ съ повѣреннымъ, согласно съ даннымъ ему уполномочіемъ». Въ этомъ переводѣ указанный законъ получаетъ совершенно иной смыслъ, чѣмъ онъ имѣетъ на самомъ дѣлѣ или, лучше сказать, въ переводѣ законъ этотъ становится непонятнымъ.

²⁾ Относительно же торговыхъ повѣренныхъ, по этому предмету, имѣются довольно подробныя постановленія (ст. 705—720, т. XI, ч. 2).

³⁾ L'obligation de rendre compte est inhérente au mandat (Troplong, стр. 399). Поэтому, полагаемъ, условіе объ освобожденіи повѣреннаго отъ обязанности давать отчетъ, будетъ недействительно. Безотчетность противорѣчитъ существу довѣренности, какъ и душеприкаществу (см. ниже). Повѣренный—лице зависимое, подчиненное довѣрителю; поэтому онъ не можетъ быть безотчетенъ. Если Troplong указываетъ на противоположное рѣшеніе этого вопроса (ib.), то онъ сознаетъ, что въ этомъ случаѣ условіе теряетъ характеръ довѣренности, а получаетъ значеніе пожертвованія, даренія. Такимъ образомъ, въ томъ случаѣ, когда обстоятельства дѣла ясно указываютъ, что довѣритель ничего подобнаго не имѣлъ въ виду, а выдалъ лишь обыкновенную довѣренность, — безотчетность, по нашему, не должна быть признаваема въ силѣ.

⁴⁾ См. дѣло Филипова съ Глаголевымъ (72 г., № 145), а также дѣло Федоровой съ Вржосекъ (сборн. Книрима 1878 г., № 271).

ности же, установленныя этими дѣйствіями, для довѣрителя силы не имѣютъ (ib., §§ 206 и 207). Но это, по нашему, такое шаткое и рискованное правило, которое способно породить въ жизни одни лишь замѣшательства. Этимъ постановленіемъ довѣритель возводится на степень безконтрольнаго судьи дѣйствій своихъ повѣренныхъ и третьихъ лицъ. Онъ можетъ признавать въ этихъ дѣйствіяхъ то, что для него выгодно и отвергнуть то, что для него невыгодно. Онъ пользуется одними правами и не имѣетъ никакихъ обязанностей. Это порядокъ невозможный ¹⁾. Прусскій кодексъ постановляетъ еще, что если порученіе такого рода, что каждый изъ повѣренныхъ можетъ исполнить лишь часть онаго, то дѣйствія каждаго изъ нихъ вполне обязательны для довѣрителя (§ 202 и 209). Но, въ сущности, и это постановленіе не разрѣшаетъ вопроса о сферѣ дѣятельности каждаго изъ нѣсколькихъ повѣренныхъ. Какое порученіе имѣетъ то или другое свойство—вопросъ этотъ будетъ зависѣть отъ данныхъ, индивидуальныхъ обстоятельствъ дѣла. Такимъ образомъ разрѣшеніе вопроса о предѣлахъ правомочія каждаго изъ повѣренныхъ будетъ зависѣть отъ усмотрѣнія суда.

Саксонскій кодексъ говоритъ, что если порученіе дано совместно нѣсколькимъ повѣреннымъ, то обязывать довѣрителя могутъ лишь всѣ вмѣстѣ, если только противоположное ясно не выражено или не вытекаетъ изъ обстоятельствъ дѣла (§ 1313). Почти таково же постановленіе австрійскаго кодекса (§ 1011). Эти постановленія имѣютъ за собою уже то достоинство, что они опредѣленны. Они не порождаютъ такихъ сомнѣній, какъ постановленія прусскаго кодекса.

Французскій кодексъ этого вопроса не коснулся. Нѣкоторые французскіе юристы, по аналогіи, разрѣшаютъ этотъ вопросъ въ

¹⁾ Замѣтимъ, что если одинъ изъ нѣсколькихъ повѣренныхъ выговорилъ въ заключенной имъ сдѣлкѣ для довѣрителя одни лишь права, то они, если противъ нихъ не спорить довѣритель, будутъ действительны, именно за отсутствіемъ спора. Третьи же лица не могутъ оспаривать силу, или сами заключенной, сдѣлки. Но это само собою понятно. Для этого не нуженъ законъ. Изъ смысла же приведеннаго въ текстѣ постановленія прусскаго кодекса явствуетъ, что если одинъ изъ нѣсколькихъ повѣренныхъ заключилъ сдѣлку, по которой выговорены для довѣрителя права и обязанности, то довѣритель можетъ присовѣить себѣ лишь первыя и отказаться отъ исполненія послѣднихъ. Это положеніе юридически невозможно, немислимо.

смыслъ противоположномъ постановленіямъ саксонскаго и австрійскаго кодексовъ. Они, именно, говорятъ, что по французскому праву каждый изъ нѣсколькихъ повѣренныхъ вправѣ самостоятельно исполнять данное имъ порученіе, если только въ довѣренности не выражено противное ¹⁾.

Въ нашемъ законодательствѣ имѣется по разсматриваемому вопросу статья, которая крайне странна по своей внѣшней формѣ, по редакціи, но заслуживаетъ полнаго вниманія по своему духу и внутреннему смыслу.

Ст. 2325, 1 ч., X т., именно, гласитъ:

Избравшій себѣ нѣсколькихъ повѣренныхъ, съ тѣмъ, что каждый изъ нихъ можетъ дѣйствовать отдѣльно и независимо отъ другихъ повѣренныхъ, долженъ каждому изъ нихъ дать особую довѣренность на узаконенной гербовой бумагѣ и съ надлежащимъ засвидѣтельствованіемъ въ судѣ; но ежели довѣренность дается нѣсколькимъ лицамъ, съ тѣмъ, что изъ нихъ каждый отдѣльно одинъ безъ другаго дѣйствовать по ней не можетъ, а уполномочиваются ось они вмѣстѣ дѣйствовать отъ имени доверителя совокупно, въ такомъ случаѣ довѣренность можетъ быть писана и на одномъ гербовомъ листѣ, ибо тогда повѣренные представляютъ нераздѣльно какъ бы одно лице ²⁾.

Направленіе этой статьи закона чисто фискальное. Съ точки зрѣнія редакціи этого закона можно подумать, что вся суть довѣренности — гербовый листъ, на которомъ она написана. Существо же отношеній между доверителемъ, повѣреннымъ и третьими лицами — дѣло побочное, второстепенное. Эта гоньба за формализмомъ юридическихъ явленій, въ ущербъ ихъ внутренней, догматической сущности, этотъ полицейскій надзоръ за пошлинами, который идетъ скорѣе къ уставу о гербовомъ сборѣ — составляетъ повальную болѣзнь 1 ч., X т. Не мало трудовъ и усилій потребуетъ излеченіе этой болѣзни.

Но, если вникнемъ въ духъ и смыслъ этой статьи и перевернемъ ея редакцію, то увидимъ, что законъ ставитъ характеръ

¹⁾ Troplong, le droit civil expliqué et пр. т. XVI, du Mandat, стр. 465; Rogron, прим. къ art. 19.5 C. C.; Dalloz, Mandat № 299. Этотъ же взглядъ развиваетъ и Тель (Handelsrecht, ч. I, § 61), основываясь на римскомъ правѣ.

²⁾ Ст. 187, 2 ч., X т. составляетъ букввальное повтореніе ст. 2325 1 ч., X т.

полномочія нѣсколькихъ повѣренныхъ въ зависимости отъ количества выданныхъ имъ довѣренностей. Если каждому изъ повѣренныхъ выдана особая довѣренность, то «каждый изъ нихъ можетъ дѣйствовать отдѣльно и независимо отъ другихъ»; если же всѣмъ имъ дана одна довѣренность, то «изъ нихъ каждый отдѣльно одинъ безъ другаго дѣйствовать не можетъ, а уполномочиваются всѣ они вмѣстѣ дѣйствовать отъ имени доверителя совокупно» ¹⁾. Такимъ образомъ этотъ законъ даетъ точные, несомнѣнные признаки для опредѣленія характера дѣятельности нѣсколькихъ повѣренныхъ. Точность, опредѣленность внѣшнихъ признаковъ разграниченія юридическихъ явленій — составляетъ одно изъ капитальныхъ достоинствъ законовъ, которыя дѣлаютъ ихъ удобопримѣнимыми въ жизни ²⁾. Замѣтимъ еще, что это постановленіе закона имѣетъ и рациональное основаніе. Каждый повѣренный, имѣющій отдѣльную довѣренность, вправѣ считать себя самостоятельнымъ представителемъ доверителя. Стороннія лица и судъ не могутъ и не должны знать о существованіи другихъ его повѣренныхъ. Но если въ одной довѣренности упомянуто нѣсколько повѣренныхъ, то мы вправѣ заключить, что доверитель имѣлъ въ виду, чтобы личность его представлялась лишь всѣми ими вмѣстѣ ³⁾.

Врядъ ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что ст. 2325, 1 ч., X т., какъ законъ дозволительный, должна получить примѣненіе лишь при отсутствіи со стороны доверителя распоряженій противуположнаго содержанія. Отъ доверителя зависитъ отступить отъ порядка, установленнаго ст. 2325 1 ч., X т. Онъ можетъ въ каждомъ изъ нѣсколькихъ отдѣльныхъ вѣрющихъ писемъ высказать, что повѣренный можетъ дѣйствовать лишь сообща съ другимъ или съ другими повѣренными; въ вѣрющемъ же письмѣ, выданномъ сообща нѣсколькимъ повѣреннымъ, доверитель можетъ вы-

¹⁾ Мысль эта отчасти признана и Сенатомъ, который высказалъ, что если въ довѣренности на веденіе дѣла, данной нѣсколькимъ лицамъ, не содержится полномочія на дѣйствіе каждаго повѣреннаго отдѣльно и независимо отъ другихъ, то судъ не вправѣ принимать къ разсмотрѣнію жалобы и просьбы, поданныя отъ имени одного изъ повѣренныхъ (сборникъ Кнѣрима и Ковалевскаго 78 г., т. I, № 274).

²⁾ Ср. Ihering, Geist d. röm. Rechts, ч. 2, т. 2, 58 г., стр. 353, 354 и др.

³⁾ См. рѣшеніе Сената 74 г., № 13.

разить, что каждый из них вправе и самостоятельно действовать и представлять его личность¹⁾. Эти распоряжения доверителя должны быть безусловно обязательны для суда и третьих, сторонних лиц. В последнем случае, в виду фискального характера ст. 2325, 1 ч., X т., судь может лишь взыскать дополнительные гербовые пошлины.

Законы гражданские, по общему, преобладающему правилу, суть дозволительные (*leges dispositivae, permissivae*). Они устанавливают лишь порядок правовых отношений, на случай отсутствия выражения воли самих частных лиц. Воля лиц — основа, жизнь юридических отношений. Свобода воли лиц не стесняется дозволительными законами. Закон может быть признан повелительным в том лишь случае, когда в нем несомненно выражено, что исполнение его составляет *conditio sine qua non*. На наш взгляд, всякое сомнение должно быть толкуемо против императивности закона.

По вопросу об ответственности нескольких поверенных взгляды законодательства различны. Римское право признавало каждого из нескольких поверенных солидарно ответственным предъ доверителем (*unumquemque pro solido conveniri debere, D. 17, Mandati, t. 1, 60 § 2*). Прусский кодекс говорит, что если свойство поручения не таково, что каждый из нескольких поверенных уполномочен на отдельные действия, то каждый из них отвечает предъ доверителем солидарно (§§ 201 и 202). Напротив французской и итальянской кодексы постановляют, что солидарность ответственности каждого из нескольких поверенных имеет место в том лишь случае, когда это положительно выговорено (*art. 1995*)²⁾.

¹⁾ Само собою понятно, что эта воля доверителя может быть выведена и из *духа* и *смысла* вверяющего письма и вообще из данных дела.

²⁾ Лорань замечает, что от доверителя зависить ограждать свои интересы уговором о солидарной ответственности; закон не должен принять на себя эту заботу (*ib.*, т. XXVII, № 467). Важное значение вопроса о порядке ответственности нескольких поверенных слишком ясно. Оно выступает всего ярче в том случае, когда из нескольких поверенных, получивших для доверителя известную сумму, один, в руках которого находилась эта сумма или часть оной, оказался несостоятельным. Французская практика признает, что солидарной ответственности — если она выговорена — каждый из нескольких поверенных подвергается лишь за действия, совершенные в пределах довер-

В наших законах о порядке ответственности нескольких поверенных ничего не сказано. Полагаем, что в нашей жизни должен получить применение взгляд французского и итальянского права. Выражение ст. 2325 «поверенные представляют нераздельно как бы одно лице» (которое относится лишь к случаю выдачи несколькими поверенным *одной* доверенности) имеет в виду лишь высказать, что все поверенные являются как бы *одним* представителем доверителя, т. е. представительство его личности может быть выражено лишь всеми поверенными совокупно. Но из этого нельзя еще заключить, чтобы каждый из них отвечал предъ доверителем солидарно. Напротив, вся суть солидарной ответственности заключается в том, что каждый из участников является в *цѣлой* суммѣ *самостоятельным* ответственным лицом. Если несколько поверенных образуют собою «как бы одно лице», то они *все вмѣстѣ* (т. е. все это «как бы одно лице») отвечают за долг доверителю, а не каждый из них самостоятельно¹⁾. Поэтому эта ответственность распределяется между *всеми вмѣстѣ*, т. е. *pro rata*. Вообще, в виду того, что у нас становится преобладающим рациональное правило, что солидарность не предполагается (*la solidarité ne se présume point*)²⁾ и что она имеет место в том лишь случае, когда она положительно выговорена или установлена законом — солидарность в ответственности поверенных, за неимением точного, несомненного постановления закона, допускаема быть не может. Всякое сомнение должно быть толкуемо против солидарности. Весьма естественно, что уговор о солидарности вполне зависит от доброй воли сторон.

Сущность отношений нескольких доверителей к одному поверенному, за отсутствием по этому вопросу точки опоры в на-

ренности, но не за те действия, которые выходят из этих предельных (*Dalloz, Mandat, № 300*). Эта же практика признает, в некоторых случаях, солидарную ответственность каждого из нескольких поверенных. Так, в случае, если предмет, за который они подлежат ответственности, неделим, если они совершили против доверителя проступок и проч. (*Dalloz, Mandat, №№ 296—298*).

¹⁾ Подробности по этому вопросу см. в статье нашей: «Круговая порука и солидарность в обязательствах» и пр. (*Ж. М. Ю.*, 68 г., Январь).

²⁾ См. касс. реш. 70 г., №№ 1866, 1879; 74 г., № 306; 75 г., № 19 и др.

шемъ законѣ, легко можетъ быть опредѣлена самою природою и логикою, представительства.

Повѣренный, уполномоченный нѣсколькими лицами, представляетъ собою всѣхъ своихъ довѣрителей; поэтому юридическія отношенія имъ устанавливаемыя должны быть обсуживаемы такъ, какъ бы въ нихъ вступили сами довѣрители. Такъ какъ солидарность не предполагается, то права и обязанности, вытекающія изъ этихъ отношеній, распределяются между довѣрителями въ одинаковыхъ, *ровныхъ* доляхъ ¹⁾. Отступленіе отъ этого порядка распределенія долей правъ и обязанностей, а равно солидарность ихъ, можетъ имѣть мѣсто въ томъ лишь случаѣ, когда это положительно выговорено ²⁾. По этимъ же основаніямъ и довѣрители отвѣтствуютъ предъ повѣреннымъ въ одинаковыхъ, равныхъ доляхъ. Противуположное можетъ получить примѣненіе лишь въ случаѣ явно выраженной воли сторонъ. Уничтоженіе довѣренности однимъ изъ довѣрителей или смерть одного изъ нихъ, не лишаетъ ея силы по отношенію къ другимъ изъ нихъ. Отказъ повѣреннаго отъ довѣренности долженъ быть заявленъ всѣмъ довѣрителямъ (ср. прус. код. § 214); съ тѣми изъ довѣрителей, которымъ онъ не заявилъ, повѣренный остается въ обязательныхъ отношеніяхъ ³⁾.

¹⁾ Подробности объ этомъ см. въ статьѣ, (упомянутой выше, стр. 95, прим. 1).

²⁾ Врядъ ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что установить солидарность отношеній довѣрителей, повѣренный можетъ тогда лишь, когда такое право ему положительно предоставлено довѣренностію или оно несомнѣнно явствуетъ изъ общаго смысла ея. Всякое сомнѣніе должно быть истолковано противъ этого права. Все это логически вытекаетъ изъ правила, что солидарность не предполагается.

³⁾ Постановленія французскаго (art. 2002), итальянскаго (ст. 1756) и прусскаго кодексовъ, по которымъ каждый изъ нѣсколькихъ довѣрителей отвѣтствуетъ солидарно предъ повѣреннымъ, мы находимъ законами чисто *положительными*, которые, по основаніямъ, изложеннымъ въ текстѣ, у насъ примѣненія получить не могутъ. Эти постановленія основываются на текстѣ римскаго права (Trop long, стр. 633—634). Слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что по французскому кодексу, солидарность имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда нѣсколько довѣрителей выдали повѣренному *однѣ* актъ полномочія; если же каждый изъ нихъ выдалъ повѣренному отдѣльный актъ, то солидарность не имѣетъ мѣста (ib., стр. 637). Точно также мы признаемъ чисто *положительнымъ* и постановленіе прусск. кодекса (§ 215), въ силу котораго уничтоженіе довѣренности однимъ изъ довѣрителей или смерть одного изъ нихъ не прекращаетъ довѣренности. Дѣйствительно, Тролонъ (стр.

По своей формѣ полномочія бываютъ *письменныя* и *словесныя*.

Словесныя полномочія допускаются почти всѣми, намъ извѣстными, европейскими законодательствами ¹⁾.

Французскіе юристы говорятъ, что договоръ довѣренности можетъ быть заключенъ *молчаливо, словесно* и *письменно* ²⁾.

По нашимъ законамъ словесное полномочіе имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда одно лицо уполномочивается приложить руку вмѣсто другаго по безграмотности (2 ч. X т., ст. 188; см. также полож. о нот. части, ст. 113) или на завѣщаніи, по болѣзни завѣщателя (ст. 1053, 1 ч., X т.), а также, когда довѣритель словесно заявляетъ суду о томъ повѣренномъ, котораго онъ выбралъ для веденія его дѣла (ст. 46, 47 и п. 3 ст. 248 уст. гр. судопроизв.).

Къ *словеснымъ* же довѣренностямъ законъ относитъ полномочіе на подачу въ судъ какого-либо прошенія. «Для сего, говорить законъ, достаточно означить въ рукоприкладствѣ подъ просьбою, что подать оную довѣряется такому-то лицу» (ст. 188, 2 ч.

662—664) приходитъ, по этому вопросу, къ заключенію противоположному: онъ, именно, говоритъ, что каждый изъ нѣсколькихъ довѣрителей можетъ отдѣльно прекратить довѣренность въ долѣ его касающейся,

¹⁾ Кодексы оetzейскій, ст. 4366; австрійскій, § 1005; французскій, art. 1985: le mandat peut être donné... verbalement. Законодательства эти, какъ и юристы, часто смѣшиваютъ лишь полномочіе съ довѣренностію.

²⁾ Zacharie, ч. 5, § 751. (О молчаливомъ полномочіи, *mandatum tacitum*, см. ниже). По мнѣнію Тролона, въ виду возможности словеснаго полномочія, существованіе онаго въ дѣлахъ, въ которыхъ, въ слѣдствіе поспѣшности которою они были вызваны, не могло сохраниться письменныхъ о томъ доказательствъ, можетъ быть третьими лицами доказываемо свидѣтельскими показаніями, если только лице дѣйствовало *prosecutoris nomine* (стр. 157—161). Лоранъ (т. 27, стр. 500 и 501) совершенно основательно отвергаетъ этотъ взглядъ, который могъ бы породить въ жизни не мало неудобствъ. Но, намъ кажется, слѣдуетъ признать, что свидѣтельскими показаніями можетъ быть доказываемо *исполненіе* по довѣренности, т. е., что лице, въ извѣстномъ случаѣ, дѣйствовало не въ своемъ интересѣ, а въ качествѣ повѣреннаго другаго. Это можетъ имѣть мѣсто лишь тогда, когда самое существованіе полномочія не оспаривается. Самое же существованіе полномочія, т. е. то обстоятельство, что лице состояло повѣреннымъ другаго, свидѣтельскими показаніями доказываемо быть не можетъ (см. еще Dalloz, ib. № 182). Словомъ, свидѣтельскими показаніями можно доказывать лишь существованіе фактовъ, дѣйствій, но не акта, сдѣлки, договора.

Х т.)¹⁾. Но этот взгляд закона, очевидно, ошибочный. Это доверенность не словесная, а письменная, но лишь неформальная²⁾.

Вся суть въ вѣрующемъ письмѣ — выраженіе воли доверителя на предоставленіе другому правъ полномочія. То или другое выраженіе не измѣняетъ существа дѣла (ср. Dalloz, ib. Mandat, № 145). И у насъ теперь на практикѣ стали сознать, что вся суть въ доверенности, какъ вообще въ сдѣлкахъ, воля сторонъ, а не форма, способъ выраженія. Въ былое время опущеніе въ вѣрующемъ письмѣ выраженія: «во всемъ, что вы въ силу сей доверенности законно учините, тому вѣрю, спорить и прекословить не буду» — могло бы, пожалуй, имѣть своимъ послѣдствіемъ признаніе недѣйствительною самой доверенности. Въ настоящее время сенатъ прямо призналъ, что подобныя упущенія не имѣютъ никакого вліянія на юридическую силу вѣрующаго письма (69 г. № 1196, 70 г. № 1039 и 75 г. № 644).

¹⁾ Подобнаго рода полномочіе допускается и по суд. уст. 20 ноября 1864 г. (уст. гражд. судопр., ст. 259).

²⁾ Въ С.-Петербургскомъ коммерческомъ судѣ, насколько это намъ извѣстно по собственному опыту, не принимаются (или по крайней мѣрѣ не принимались до недавняго времени) прошенія по полномочію, данному въ порядкѣ, указанномъ въ ст. 188, 2 ч., Х т. и 259 уст. гражд. суд. На чемъ основывается подобная практика коммерческаго суда намъ рѣшительно непонятно. Законы торговые составляютъ лишь исключеніе изъ общегражданскихъ законовъ. Очевидно, что общіе гражданскіе законы не могутъ имѣть примѣненіе къ дѣламъ коммерческимъ, въ томъ лишь случаѣ, когда существуютъ законы спеціально — торговые. Въ противномъ случаѣ и къ дѣламъ коммерческимъ могутъ и должны получать примѣненіе общегражданскіе законы. Рогронъ говоритъ: *la loi commercial étant une dérogation au droit commun, il s'ensuit que, pour tous ce qui n'est pas compris dans l'exception, les commerçants sont gouvernés par le droit civil (code de commerce expliqué, предварит. прим. къ тит. III, des sociétés)*. Вообще нѣтъ ни малѣйшаго логическаго основанія стѣснять, въ этомъ отношеніи, свободу частныхъ лицъ. Доверенность есть актъ, свидѣтельствующій о томъ, что одно лице уполномочено совершать юридическія дѣйствія отъ имени другаго. Очевидно, что этотъ свой юридическій характеръ доверенность сохраняетъ какъ въ томъ случаѣ когда она формальная, т. е. засвидѣтельствована у нотариуса, такъ и тогда, когда она неформальная. Свидѣтельство нотариуса удостоверяетъ лишь подпись и дѣеспособность доверителя; но она не вноситъ въ характеръ доверенности *ничего юридическаго*. Изъ этого видно, что, если нѣтъ сомнѣнія въ подписи и дѣеспособности доверителя, то простая вѣрительная надпись должна, съ точки зрѣнія юридической, имѣть такую же силу какъ и формальная доверенность. (См. рѣш. Сената по дѣлу Булгакова и Агѣева, сбор. Книрима, 78 г., № 272).

Полномочіе можетъ быть условное и срочное¹⁾. Сенатъ (75 г. № 646) совершенно вѣрно призналъ, что срочность указываетъ лишь на время, въ теченіи котораго повѣренный вправѣ совершать юридическую дѣятельность отъ имени доверителя, но не на продолжительность заключаемыхъ имъ сдѣлокъ. Лице, которому выдана доверенность на годъ, можетъ только въ теченіи этого времени дѣйствовать отъ имени доверителя; но въ теченіи года, онъ вправѣ совершать и такія сдѣлки, которыя должны имѣть силу на нѣсколько лѣтъ (наприм., заключить арендные контракты на 2 — 3 года). Отъ этого правила слѣдуетъ, по нашему, отступить, въ томъ лишь случаѣ, когда въ доверенности ясно обозначено, что повѣренный можетъ совершать сдѣлки лишь на извѣстный срокъ.

О нѣкоторыхъ, болѣе выдающихся, послѣдствіяхъ представительства по доверенности, поговоримъ подробно въ послѣдующемъ изложеніи.

¹⁾ Mandatum et in diem differri et sub conditione fieri potest (Inst. l. 3, t. 26, § 12). — Le mandat peut être pur et simple ou conditionnel (Zacharie, m. 5, § 750, прим. 9). Примѣръ условной доверенности приведемъ ниже. Срочныя доверенности у насъ встрѣчаются въ особенности въ торговомъ быту. Такъ какъ гильдейскія пошлины вносятся обыкновенно лишь за годъ, то и торговыя доверенности, выдача коихъ обусловливается званіемъ купца, выдаются болѣею частію на годъ. (Ср. ст. 728, т. XI, ч. 2, п. 4).

ГЛАВА VII.

Смѣшанное представительство.

Существо смѣшаннаго представительства. — Представительство городскихъ, сельскихъ и торгово-промышленныхъ обществъ. — Существо торговаго товарищества по иностранному праву. — Товарищество полное. — Представительство полнаго товарищества. — Неограниченность и неизмѣняемость полномочія товарищей. — Товарищи-распорядители (associés-gérants). — Наше законодательство о полномъ товариществѣ. — Неудобства, протекающія отъ нашихъ законовъ о представительствѣ товарищества. — Товарищество на вѣрѣ. — Подсудность товарищества, состоящаго изъ нѣсколькихъ торгѣвыхъ домовъ. — Разборъ взгляда сената о немнѣннѣмъ правленіемъ права лично представлять общество на судѣ. — Критическій разборъ мнѣнія Гарриса объ органахъ юридическихъ лицъ.

Изъ предъидущаго мы видѣли, что основа необходимаго представительства — законъ, а представительства по довѣренности — воля участниковъ. Но въ жизни встрѣчается цѣлая группа отношений представительства, въ которыхъ постановленія закона сочетаются съ волею участвующихъ въ нихъ лицъ. Этотъ видъ представительства мы и называемъ *смѣшаннымъ* ¹⁾. Онъ встрѣчается преимущественно въ представительствѣ юридическихъ лицъ, организуемыхъ на выборныхъ началахъ. Съ одной стороны выборъ представителей зависитъ отъ воли избирателей и лицъ избираемыхъ, а съ другой — сфера дѣятельности этихъ представителей точно опредѣляется закономъ и не подлежитъ регулированію со стороны избирателей.

¹⁾ Позволяемъ себѣ ввести въ юридическую литературу этотъ новый видъ представительства, на сколько намъ извѣстно, не встрѣчающійся ни въ одномъ изъ изслѣдованій по разбираемому предмету, въ виду того, что считаемъ его необходимымъ для болѣе точной разсортировки обильнаго матерьяла, входящаго въ составъ ученія о представительствѣ. Съ нѣкоторыми видами смѣшаннаго представительства мы еще встрѣтимся въ послѣдующемъ изложеніи. Dalloz (Mandat, § 76) говоритъ: il est de mandataires, qui exercent à la fois un mandat légal et un mandat privé. Это мы и называемъ *смѣшаннымъ представительствомъ*.

Таково представительство городскихъ, сельскихъ, страховыхъ и торгово-промышленныхъ обществъ.

Городскія и сельскія общества суть политическія корпораціи; но такъ какъ они субъекты имущественныхъ правъ и обязанностей, то дѣятельность ихъ соприкасается и съ областію гражданскаго права ¹⁾.

Главнымъ представителемъ города является городская дума, которая «представляетъ собою все городское общество» ²⁾. Дума выбирается самимъ городскимъ обществомъ на четыре года и состоитъ изъ городского головы и изъ гласныхъ, «въ числѣ соотвѣтствующемъ числу лицъ, пользующихся правомъ голоса на выборахъ» (ст. 48). Съ своей стороны дума на четыре же года выбираетъ управу, состоящую изъ городского головы и не менѣе двухъ членовъ ³⁾ (ст. 70). Городская управа дѣйствуетъ согласно инструкціямъ и полномочіямъ думы и отдаетъ послѣдней отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ (ст. 72 и 76). Дума вмѣстѣ съ управою и суть органы городского самоуправленія. Такимъ образомъ дума является выборнымъ представителемъ городского общества, а управа уполномоченнымъ думы. Но, въ тоже время, самъ законъ указываетъ на предметы дѣятельности управы, которые она совершаетъ подъ контролемъ думы (ст. 72 и 118 гор. полож.). Предѣлы же дѣятельности думы точно опредѣлены закономъ; изъ этихъ предѣловъ она не вправѣ выходить, подъ опасеніемъ недействительности ея распоряженій (ст. 9). Избирательныя же собранія не вправѣ даже выдавать гласнымъ какія либо инструкціи (ст. 40). Нѣкоторыя чисто гражданскія дѣйствія думы, (какъ отдача впервые въ пользованіе участковъ городской земли), подлежатъ еще утвержденію губернатора и министра внутреннихъ дѣлъ (ст. 122). И такъ, мы въ представительствѣ города встрѣчаемъ сочетаніе началъ представительства по закону и по довѣренности. Кромѣ дѣлъ общественнаго управленія, которыя не входятъ въ предметъ нашего изслѣдованія и относятся къ области

¹⁾ Stobbe, Handb. d. deutsch. Privatrechts, ч. I, § 55; Gerber, System des deutsch. Privatr., § 50.

²⁾ Городовое положеніе, ст. 16 и 54.

³⁾ Въ небольшихъ уѣздныхъ и безуѣздныхъ городахъ, а также въ посадахъ, городская дума можетъ, не выбирая управы, непосредственное представительство города поручить одному лишь городскому головѣ (ст. 71 полож.).

общественнаго права, представители города завѣдуютъ дѣлами городского хозяйства, распоряжаются городскими капиталами, вступаютъ отъ имени города въ отношенія обязательства и поручительства, совершаютъ займы, выполняютъ всѣ принятыя на себя городомъ обязательства и выбираютъ отъ себя повѣренныхъ для веденія дѣлъ общества въ судѣ (ст. 117, 118, 124, 125, 126, 139 и 140 город. полож.). Всѣ эти дѣйствія представителей вполнѣ обязательны для городского общества, на которое, согласно общимъ началамъ представительства, исключительно переходятъ, вытекающія изъ оныхъ, права и обязанности.

Представители сельскихъ обществъ суть: сельскій и волостной сходъ, сельскій староста и волостной старшина.

Сельскій сходъ составляется изъ крестьянъ — домохозяевъ, принадлежащихъ къ составу сельскаго общества и изъ всѣхъ, назначенныхъ по *выбору*, должностныхъ лицъ. Волостной же сходъ состоитъ изъ волостныхъ и сельскихъ должностныхъ лицъ, замѣщаемыхъ по выбору и изъ крестьянъ, избираемыхъ отъ каждаго села или поселка ¹⁾. Сельскій и волостной старшина выбираются сельскимъ и волостнымъ сходомъ (ст. 51 и 78 полож.). По закону, домохозяева, составляющіе члены сельскаго схода, могутъ, въ случаѣ отлучки, болѣзни и вообще невозможности лично явиться на сходъ, прислать вмѣсто себя кого либо изъ членовъ своего семейства (ст. 47). Такимъ образомъ самый составъ представительства сельскихъ обществъ образуется какъ изъ лицъ, указанныхъ закономъ (наличные домохозяева), такъ и изъ лицъ, назначаемыхъ по выбору и по довѣренности. Эти представители сельскихъ обществъ могутъ еще, съ своей стороны, выдавать другимъ лицамъ довѣренности на хожденіе по дѣламъ общества (об. пол., ст. 51, п. 17 и 78, п. 8). Эти лица будутъ чистыми представителями общества по довѣренности ²⁾.

Сфера же дѣятельности представителей сельскихъ обществъ точно опредѣлена закономъ.

Сельскій и волостной сходы, кромѣ дѣлъ общественнаго управления, завѣдуютъ и чисто имущественными, гражданскими дѣ-

¹⁾ Общее полож. о крестьянахъ ст. 47 и 71.

²⁾ Относительно *адаксовъ* отъ крестьянъ, см. цирк. мин. вн. дѣлъ 4 ноября 1863 г. и Высочайше утвержд. мнѣніе комитета министровъ 9 ноября 1863 г.

лами обществъ. Они производятъ передѣлъ земель, распоряжаются участками земли по какому либо случаю остающимися праздными или не состоящими въ подворномъ пользованіи, приносятъ куда слѣдуетъ чрезъ особыхъ выборныхъ жалобы и просьбы по дѣламъ общества (общ. полож. ст. 51 и 78). Сельскій староста и волостной старшина, кромѣ дѣлъ общественнаго управления, завѣдуютъ, въ порядкѣ установленномъ обществомъ, мірскимъ хозяйствомъ и мірскими суммами, распоряжаются запаснымъ общественнымъ капиталомъ и пр. (ст. 58, п. 11 и 84, п. 7).

Таковъ же и характеръ представительства башкиръ и заводскихъ людей разныхъ наименованій ¹⁾.

Представителями кредитныхъ и торгово-промышленныхъ обществъ суть ихъ правленія.

Правленія торгово-промышленныхъ и кредитныхъ обществъ выбираются самими обществами; но сфера дѣятельности правленийъ точно опредѣлена уставомъ и не подлежитъ регулированію со стороны сихъ обществъ. Законъ замѣняетъ собою содержаніе довѣренности.

Такъ, правленіе имѣетъ, въ силу самаго закона, право совершать всѣ сдѣлки банка, утверждать своею подписью всѣ обязательства, документы, квитанціи, контракты, акценты, тратты и вообще всѣ бумаги, производить отъ имени банка или общества взысканія, разрѣшать ссуды, наблюдать за своевременною уплатою процентовъ и «представлять лице банка (или общества) во всѣхъ отношеніяхъ съ правительственными или частными лицами» ²⁾.

Итакъ, въ этомъ видѣ представительства воля лица представляемаго выражается лишь въ выборѣ представителя. Общество можетъ выбирать своими представителями кого угодно. Но разъ выбранный представитель, при опредѣленіи пространства своего полномочія, подчиняется не волѣ своихъ избирателей, а постановленіямъ закона. Въ этихъ, установленныхъ закономъ, предѣлахъ, представители и являются отвѣтственными предъ обществомъ ³⁾.

¹⁾ См. прилож. II, III и IV къ ст. I, примѣч. I полож. о крестьянахъ, по продолж. 1868 г.

²⁾ См. полож. о городск. обществ. банкахъ, ст. 3, 8, 19 и 21; уставъ Сиб. Частн. Коммерч. Банка §§ 20, 25; уставъ Сиб. Общ. Взаимн. Кредита, §§ 26, 32; уставъ Общ. Взаимн. Позем. Кредита, § 18 и др.

³⁾ Къ смѣшанному же представительству можетъ быть отнесено и конкурсное

Вопросъ о представительствѣ товариществъ находится въ тѣсной зависимости отъ опредѣленія ихъ существа и юридическаго характера. Поэтому, говоря о представительствѣ товариществъ, намъ приходится въ немногихъ словахъ коснуться ихъ юридической сущности¹⁾. Это для насъ тѣмъ болѣе необходимо, что юридическое существо товарищества выяснено въ нашемъ законѣ весьма недостаточно.

Римское право признавало товарищество (*societas*) обязательствомъ, заключеннымъ между нѣсколькими лицами съ цѣлю извлекать изъ общаго предпріятія взаимныя выгоды. Оно признавало товарищество лишь совокупностью нѣсколькихъ лицъ, но не самостоятельнымъ субъектомъ правъ и обязанностей. Права и обязанности, которыя устанавливались со всѣми товарищами или ихъ представителями, распределялись между первыми въ соответственныхъ доляхъ²⁾.

Совсѣмъ другой взглядъ на торговое товарищество выработался въ современномъ правѣ. Взглядъ этотъ вызвалъ широкимъ развитіемъ экономической жизни современныхъ народовъ.

Французское и итальянское право признаютъ товарищество юридическимъ лицомъ³⁾.

Германское право старалось уклоняться отъ точнаго, научнаго формулированія юридическаго существа товарищества. Тѣмъ не менѣе оно не могло не признать за нимъ бытіе самостоятельнаго, моральнаго лица.

управленіе, которое является представителемъ какъ кредиторомъ такъ и должника (т. XI, ч. 2, ст. 1904 и 1931). Конкурсное управленіе выбирается кредиторами (т. XI, ч. 2, ст. 1903 и 1904); но область его представительственной дѣятельности опредѣлена закономъ и не подлежитъ измѣненію со стороны избирателей (т. XI, ст. 1928—1930). Къ этому же виду представительства отчасти относится и администрація (т. XI, ч. 2, ст. 1869 и 1874).

¹⁾ Въ настоящемъ очеркѣ мы будемъ говорить лишь о торговыхъ товариществахъ, которыя всего чаще встрѣчаются и играютъ видную роль въ жизни и которыя одни имѣютъ характеръ самостоятельнаго, моральнаго лица. Гражданскія же товарищества составляютъ лишь совокупность лицъ и не имѣютъ отдѣльнаго, самостоятельнаго бытія. Различіе между совокупностью отдѣльныхъ лицъ и товариществомъ, какъ самостоятельнымъ субъектомъ правъ, т. е., юридическимъ лицомъ, признается и Сенатомъ (69 г. № 454; 70 г. №№ 941, 942 и 1155; 74 г. № 478; 75 г. № 554 и др.).

²⁾ Endemann, *das deutsche Handelsrecht*, изд. 2, 68 г., § 34.

³⁾ Endemann, *ib.*; Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1875 г., стр. 111 и 122; Pradier-Fodéré, *Précis du droit commerc.*, изд. 2, 66 г., стр. 100 и торговое уложеніе итальянскаго королевства, ст. 107.

При составленіи новаго обще-германскаго торговаго уложенія, вопросъ о существѣ товарищества возбудилъ сильные споры. Нѣкоторые доказывали необходимость признанія товарищества юридическимъ лицомъ. Говорили, именно, что непризнаніе, подобно римскому праву, за товариществомъ отдѣльнаго, самостоятельнаго существованія, противорѣчитъ практическимъ воззрѣніямъ и потребностямъ жизни, которая видитъ въ товариществѣ *одно* само-бытное, независимое отъ личности товарищей, лице. Признавать товарищество *совокупностью лицъ*—значитъ допустить, что права и обязанности его соединяются и распределяются по долямъ между товарищами. Но это противорѣчитъ потребностямъ торговаго оборота, для котораго важна отвѣтственность *одного товарищества*, а не *нѣсколькихъ товарищей*. Какъ на одинъ изъ самыхъ важныхъ мотивовъ для признанія товарищества юридическимъ лицомъ указывали на то соображеніе, что имущество товарищества должно быть признаваемо свободнымъ отъ посягательствъ и претензій частныхъ кредиторовъ товарищей и, что кредиторы товарищества должны имѣть исключительное право на его имущество, вслѣдствіе его несостоятельности.

Но, съ другой стороны, возставали противъ признанія въ принципѣ товарищества юридическимъ лицомъ. Противники этого признанія замѣтили, именно, что фикція о юридической личности товарищества противорѣчитъ практическому взгляду на дѣло, такъ какъ въ жизни само товарищество никогда не отдѣляется отъ качества и экономическаго положенія его участниковъ. Признаніе товарищества юридическимъ лицомъ повлекло бы за собою тѣ невыгодныя послѣдствія, что участники его были бы стѣснены въ распоряженіи своимъ имуществомъ, какъ члены общины, и что кромѣ имущества, принадлежащаго самому товариществу, участники его лично не подлежали бы за его дѣятельность никакой отвѣтственности. Поэтому рѣшили не выставлять общаго начала о существѣ товарищества и ограничиться лишь формулированіемъ нѣкоторыхъ характеристическихъ признаковъ, которые гарантируютъ за товариществомъ бытіе отдѣльнаго, самостоятельнаго (моральнаго) лица²⁾. Вслѣдствіе этого, постановленія германскаго

²⁾ Makover, *das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch*, mit Commentar, 6 изд. 75 г., стр. 112—115; Anschütz и Völderndorf, *Commentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch*, ч. 2, стр. 5—13.

торгового уложения о товариществѣ представляютъ собою, какъ увидимъ, смѣсь понятий, примѣнимыхъ къ юридическимъ лицамъ и къ совокупности отдѣльныхъ лицъ.

Товарищества бываютъ: 1) полное (société en nom collectif, offene Gesellschaft); 2) на вѣрѣ или по вкладамъ (société en commandite, Commanditgesellschaft) и 3) по участкамъ или на акціяхъ (la société anonyme).

Мы останѣмся лишь на первыхъ двухъ видахъ товарищества, такъ какъ постановленія о представительствѣ акціонерныхъ обществъ излагаются больше всего въ ихъ спеціальныхъ уставахъ; мы этого предмета вкратцѣ коснулись уже и выше.

Полнымъ называется *товарищество, состоящее изъ двухъ или нѣсколькихъ лицъ, которыя производятъ торговое предпріятіе подъ общою фирмою и отвѣтствуютъ за долги ея солидарно, всѣмъ своимъ имуществомъ*¹⁾.

По германскому торговому уложенію товарищество можетъ подъ своею фирмою пріобрѣтать всякія права по договорамъ, на движимое и недвижимое имущество, вступать въ обязательства и защищать свои права на судѣ въ качествѣ истца и отвѣтчика (art. 111). Частные кредиторы товарищей не вправе обращаться взысканіе своихъ претензій на имущество товарищества (art. 119).

Изъ этихъ постановленій видно, что и германскій кодексъ признаетъ товарищество моральнымъ лицомъ, имѣющимъ отдѣльное, самостоятельное бытіе, независимое отъ личности самихъ товарищей, т. е. лицомъ юридическимъ.

Но, въ то же время, кодексъ этотъ постановилъ, что участники отвѣтствуютъ за всѣ долги товарищества всѣмъ своимъ имуществомъ, солидарно (art. 112)²⁾.

¹⁾ Ср. Endemann ib.; d. deutsch. Handelsgesetz. art. 85; Thöl, das Handelsrecht, изд. 5, 75 г., ч. I, § 88; Code de commerce, art. 80; итальянск. торг. улож., ст. 112.—Фирма (raison sociale)—*торговое им.* Купецъ можетъ торговать подъ своимъ обыкновеннымъ, гражданскимъ или подъ чужимъ именемъ (напр.: «Карлъ Лугеръ, торгующій подъ фирмою Верманъ и сынъ»). Товарищество имѣетъ всегда одно лишь *торговое* имя (фирма), такъ какъ оно не имѣетъ гражданского имени («Торговый домъ Скараанга и К^о и пр.». См. Thöl ib., ч. I, § 53; Pradier-Fodéré ib., стр. 100.

²⁾ Солидарная отвѣтственность товарищей установлена и французскимъ (art. 22) и итальянскимъ (ст. 114) торговыми кодексами.

Солидарная отвѣтственность товарищей за долги товарищества своимъ собственнымъ имуществомъ противорѣчитъ существу юридического лица. Если товарищество отдѣльное, независимое отъ личности товарищей, лице, то за его долги должно отвѣтствовать одно его собственное имущество. Личное имущество товарищей должно оставаться всторонѣ. Но это отступленіе отъ существа юридического лица вызвано потребностями торгового оборота. Кредитъ, оказываемый товариществу, будетъ гораздо шире, если за его долги будутъ отвѣтствовать, кромѣ его, еще собственное имущество самихъ товарищей. Этимъ значительно обезпечиваются интересы кредиторовъ товарищества.

Влѣдствіе изложеннаго общаго понятія о товариществѣ, представительство его организуется, преимущественно, на началахъ представительства юридическихъ лицъ. Дѣятельность представителей признается обязательною для всего товарищества. На товарищество переходятъ всѣ права и обязанности, установленныя отъ его имени или въ его интересѣ его представителями.

Въ представительствѣ полного товарищества иностранное право отличаетъ слѣдующіе два случая: 1) когда въ договорѣ или актѣ товарищества не указано точно, кто изъ товарищей будетъ завѣдывать его дѣлами и 2) когда, именно, указаны тѣ товарищи, которые будутъ управлять дѣлами товарищества (associés-gérants; geschäftsführende Gesellschafter; товарищи-распорядители).

Въ первомъ случаѣ каждый изъ товарищей признается имѣющимъ, *въ силу самаго закона*, право распоряжаться всѣми дѣлами товарищества. Каждый изъ товарищей считается уполномоченнымъ остальными на такое распоряженіе дѣлами товарищества. Довѣренности тутъ никакой не нужно. Мѣсто ея занимаетъ законъ, который замѣняетъ собою волю товарищей. Всякое ограниченіе, сдѣланное относительно права представительства каждаго изъ товарищей, необязательно для лицъ третьихъ, стороннихъ. Ограниченіе это можетъ имѣть юридическую силу лишь въ отношеніи самихъ товарищей. Такимъ образомъ, если товарищи очертили для каждаго изъ нихъ извѣстный кругъ представительственной дѣятельности и одинъ изъ нихъ выступилъ изъ указанныхъ ему предѣловъ полномочія, то онъ можетъ за это подлежать отвѣтственности лишь предъ своими сотоварищами. Въ отношеніи же

лицъ третьихъ, стороннихъ, всё его дѣйствія сохраняютъ полную обязательную силу ¹⁾).

Самостоятельность права представительства каждого изъ товарищей ограничивается правомъ возраженія или протеста, которое имѣютъ противъ его дѣйствій другіе товарищи. Но и это право сохраняетъ лишь юридическую силу по отношенію къ самимъ товарищамъ. Для лицъ же третьихъ, стороннихъ оно никакой обязательной силы имѣть не можетъ ²⁾.

Это различіе въ послѣдствіяхъ ограниченія права представительства каждого изъ товарищей по отношенію къ самимъ товарищамъ и третьимъ, стороннимъ лицамъ, является прямымъ послѣдствіемъ упомянутого выше (стр. 49 и 81) различія между полномочіемъ и довѣренностію, порученіемъ. Различіе это, какъ увидимъ еще, играетъ въ представительствѣ весьма видную роль.

Этимъ фиксированіемъ сферы представительства товарищества въ отношеніи лицъ третьихъ, стороннихъ, торговое право имѣло, очевидно, въ виду удовлетворить потребностямъ коммерческаго оборота, облегчить сношенія съ товариществомъ и ограждать интересы частныхъ лицъ, имѣющихъ съ нимъ дѣла. Право каждого изъ товарищей представлять собою личность всего товарищества облегчаетъ торговые обороты, какъ для самаго товарищества такъ и для третьихъ, стороннихъ лицъ. Точное опредѣленіе границъ полномочія каждого изъ товарищей самимъ закономъ и устраненіе возможности произвольныхъ въ немъ измѣненій освобождаютъ третьихъ, стороннихъ лицъ отъ необходимости

¹⁾ Герм. торг. улож., art. 86, 114 и 116; Makover, ib., стр. 116, прим. 8; Anshütz и Völderndorff, ч. 2, стр. 194; Gerber, стр. 528; Thöl, § 92; Laband, ib., стр. 218—224. Ср. еще Code de commerce, art. 22 и прим. Рогрона; Boistel, стр. 127 и 128; Pradier-Fodéré, стр. 101 и 102 и торг. улож. итальянск. королевства, ст. 114. Таково же постановленіе германск. торг. улож. и относительно дѣятельности представителей акціонернаго общества. Дѣйствія этихъ представителей обязательны для общества въ отношеніи третьихъ лицъ и въ томъ случаѣ, если они выступаютъ изъ предѣловъ, указанной имъ общимъ собраніемъ акціонеровъ, дѣятельности. За превышеніе власти представители отвѣтствуютъ лишь предъ обществомъ. Третьимъ, стороннимъ лицамъ до всего этого нѣтъ дѣла (art. 231). По французскому праву отчужденіе и закладъ недвижимыхъ имѣній могутъ быть совершаемы лишь съ согласія всѣхъ товарищей (Boistel, стр. 131); напротивъ, по германскому праву и эти юридическія дѣйствія могутъ быть совершаемы каждымъ изъ товарищей (Gerber ib.).

²⁾ Герм. art. 102; Anshütz, стр. 195.

справляться съ содержаніемъ довѣренности и съ объемомъ полномочія каждого изъ товарищей и гарантируетъ имъ увѣренность въ прочность, установленныхъ съ товариществомъ, правоотношеній. Никакихъ споровъ относительно предѣловъ полномочія товарищей при этомъ порядкѣ и возникать не можетъ.

И такъ и въ товариществѣ полномъ, какъ вообще у юридическихъ лицъ, преобладаютъ отличительные признаки *смитманнаго* представительства: сочетаніе воли участниковъ (договоръ товарищества) и постановленій закона.

Въ основу права представительства *associés* полного товарищества легли тѣ же начала, которыя, какъ увидимъ ниже, получили широкое развитіе и въ *procura*.

Но если полномочіе каждого изъ членовъ полного товарищества не можетъ быть, въ отношеніи третьихъ лицъ, *ограничиваемо*, то нѣкоторые изъ нихъ могутъ быть совсѣмъ лишены права представленія товарищества.

Въ этомъ случаѣ должны быть точно указаны имена тѣхъ товарищей, которые вправѣ представлять собою личность товарищества, управлять и распоряжаться его дѣлами. Эти товарищи и называются *associés-gérants* (товарищи-распорядители). Имена этихъ товарищей должны быть вносимы въ торговый судъ, а по французскому праву, они должны быть публикуемы во всеобщее свѣдѣніе. Но и въ этомъ случаѣ *каждый* изъ товарищей-распорядителей вправѣ по закону *самостоятельно* завѣдывать дѣлами всего товарищества, если только не сдѣлано противуположнаго постановленія ¹⁾.

Германскій торговый кодексъ говоритъ, что права и обязанности, вытекающія изъ дѣятельности каждого изъ товарищей-распорядителей, непосредственно переходятъ на самое товарищество и въ томъ случаѣ, когда она совершена и не отъ имени послѣдняго, если только изъ обстоятельствъ дѣла и воли сторонъ яв-

¹⁾ Тамъ же, а равно германскій торговый кодексъ, art. 114 и Boistel, стр. 128 и 129. Исключеніе признается лишь относительно установленія *procura*. *Procura* можетъ быть установлено лишь съ согласія всѣхъ товарищей-распорядителей. Каждый изъ *associés-gérants* можетъ назначить прокуриста лишь въ случаѣ крайней необходимости, когда промедленіе въ его назначенія грозитъ опасностію дѣламъ товарищества (Thöl, стр. 311). Но въ отношеніи третьихъ лицъ обязательно установленіе и прекращеніе *procura*, сдѣланное и однимъ изъ товарищей, *при какихъ бы то ни было обстоятельствахъ* (art. 118).

ствуетъ, что она имѣла цѣлю интересы товарищества ¹⁾ (art. 114). Это постановленіе служить лучшимъ подтвержденіемъ, изложенныхъ нами выше (стр. 27—29), соображеній о существѣ полного представительства.

Всякій товарищъ распорядитель вправѣ представлять интересы товарищества на судѣ (art. 117).

Право самостоятельной дѣятельности каждаго изъ товарищей въ томъ и другомъ изъ указанныхъ случаевъ ограничивается лишь тѣми юридическими и торговыми дѣйствіями, которыя находятся въ непосредственной связи съ предметомъ предпріятія товарищества. Таковыя дѣйствія каждый изъ товарищей вправѣ совершать безъ испрошенія предварительнаго согласія другихъ товарищей. Дѣйствія же, неимѣющія непосредственнаго отношенія къ торговымъ дѣламъ товарищества, могутъ быть предприняемы лишь съ согласія всѣхъ товарищей (Герм., art. 103). Но и нарушеніе этого постановленія влечетъ за собою юридическія послѣдствія лишь въ отношеніяхъ между самими товарищами; по отношенію же къ лицамъ третьимъ, стороннимъ,—сохраняютъ обязательную силу дѣйствія каждаго изъ товарищей *по какимъ бы то ни было торговымъ оборотамъ* и совершонныя помимо согласія остальныхъ товарищей ²⁾. Словомъ, по отношенію къ третьимъ лицамъ, каждый изъ товарищей *всестро* и *неограниченно* представляетъ собою личность всего товарищества. Этимъ стороннія лица освобождены отъ необходимости наводить справки о *существовѣ, родѣ и размѣрахъ* предпріятія товарищества.

¹⁾ Pradier-Fodéré говоритъ: si le gérant avait contracté en son propre nom, quand bien même la société aurait profité de son engagement, elle ne saurait être tenue. Mais le créancier aura l'action *indirecte* contre la société, c'est à dire qu'il pourra seulement intenter contre les autres associés les droits de l'associé son débiteur, qui a contracté avec lui (стр. 102—103). Согласно нашимъ вышеизложеннымъ соображеніямъ объ одностороннемъ представительствѣ (см. выше, стр. 19—29), это мнѣніе должно получить приложеніе въ томъ лишь случаѣ, когда стороннія лица *не знали*, что товарищъ дѣйствуетъ не въ своемъ интересѣ, а въ интересѣ всего товарищества. Въ противномъ случаѣ, должны наступить послѣдствія, указанные въ приведенномъ текстѣ, art. 114 герм. торг. кодекса.

²⁾ Герм. art. 114—116; Anschütz, ч. 2, стр. 199 и 200. Вообще юридическій характеръ представительства товарищества станеть болѣе понятнымъ изъ слѣдующей главы о прокура, которую мы развили подробнѣе. Характеръ представительства товарищей и прокуриста созданы по одному и тому же юридическому типу.

И по нашимъ законамъ товарищество есть самостоятельное, моральное лице.

Товарищество полное, говоритъ законъ, составляется изъ двухъ или многихъ товарищей, положившихъ *за едино* торговать подѣ *общимъ названіемъ всѣхъ*. Оно называется *торговымъ домомъ подѣ ихъ именемъ* (т. XI, ст. 756).» — «*Общее названіе всѣхъ*», «*торговый домъ подѣ ихъ именемъ*» — и есть то, что именуется во французскомъ правѣ *raison sociale*, наименованіе товарищества, фирма, въ которую могутъ входить только имена *наличныхъ* товарищей ¹⁾.

Обязательства съ посторонними *на общее имя дома* дѣлаемыя, срокъ или безсрочность товарищества, зависятъ отъ дѣйствія взаимнаго договора (т. XI, ст. 765). *Торговый домъ пользуется правами торга*, смотря по качеству гильдій, въ которой записаны товарищи (ст. 770).

Изъ этихъ постановленій видно, что, хотя законъ не особенно послѣдовательно отдѣляетъ товарищей отъ самаго товарищества, но онъ, въ тоже время, признаетъ за послѣднимъ характеръ самостоятельной личности, отдѣльное, независимое бытіе.

Признавая товарищество самостоятельнымъ лицомъ, законъ нашъ, подобно иностраннымъ законодательствамъ, опредѣляетъ моментъ его возникновенія. Физическое лице является на свѣтъ путемъ *естественнымъ*; моральное лице имѣетъ *юридическій* моментъ рожденія. Торговый домъ, говоритъ законъ, не иначе можетъ быть открытъ и не иначе получаетъ *гражданское и торговое знаменованіе*, какъ по предварительномъ обвѣщеніи о томъ купечества печатными листами и по внесеніи въ магистратъ или въ думу выписи изъ своихъ взаимныхъ постановленій (т. XI, ст. 766).

Вотъ моментъ юридическаго рожденія товарищества. Съ этого момента торговый домъ получаетъ *гражданское и торговое знаменованіе*, т. е., онъ становится самостоятельнымъ лицомъ.

Только такое официальное, публичное заявленіе кладетъ на товарищество печать отдѣльнаго существованія, самостоятельнаго бытія, которое должно быть признаваемо и третьими, сторонними лицами. Безъ этого должно быть признано, соединеніе лицъ въ товарищество сохранить лишь характеръ частнаго соглашенія, договора.

¹⁾ Code de commerce, art. 21; торг. улож. итальянск. корол., ст. 113; ср. выше, стр. 106, прим. 1.

Стороннія лица могут не признавать за подобнымъ товариществомъ значенія самостоятельной личности.

Но, признавая товарищество самостоятельнымъ лицомъ, и нашъ законъ, въ тоже время, подобно иностраннымъ кодексамъ, постановилъ, что «товарищи торговаго дома отвѣтствуютъ за всѣ долги онаго вообще и порознь *всѣмъ имуществомъ своимъ движимымъ и недвижимымъ*» (ст. 763, т. XI).

Постановленія закона о представительствѣ полнаго товарищества весьма неполны, скудны.

Законъ говоритъ лишь, что въ выписи, которую товарищество представляетъ, на основаніи 766 ст., т. XI, «должно быть означено... имя, отчество, прозваніе, жительство и званіе товарищей и подпись и печать *тѣхъ товарищей, которые уполномочены непосредственно править и распорядиться дѣлами*» (т. XI, ст. 767).

Изъ этого постановленія видно, что законъ обуславливаетъ существованіе товарищества необходимостію указанія *associés-gérants*. Безъ товарищей-распорядителей у насъ, повидимому, товарищество невозможно. Это требованіе ст. 766, очевидно, объясняется тѣмъ, что по нашимъ законамъ каждый товарищъ не пользуется правомъ самостоятельно завѣдывать дѣлами товарищества. А такъ какъ всѣ товарищи совокупно (если ихъ много) не могутъ заниматься дѣлами товарищества, то должны быть указаны имена тѣхъ товарищей, которые на это уполномочены. Въ интересахъ товарищества можетъ быть иногда чтобы всѣ товарищи вправѣ были завѣдывать его дѣлами; но этимъ удобствомъ товарищество у насъ пользоваться не можетъ, вслѣдствіе неясности юридическаго положенія товарищей. Но законъ не характеризуетъ существа представительства и при существованіи товарищей-распорядителей. Можетъ ли каждый изъ подобныхъ товарищей самостоятельно отправлять дѣятельность отъ имени или въ интересѣ товарищества или для этого необходимо совмѣстное участіе всѣхъ этихъ товарищей? Конечно, въ циркулярахъ и въ выписяхъ такое право распоряженія можетъ быть предоставлено каждому изъ товарищей. Но если имъ это право не предоставлено?

Такъ какъ самъ законъ не предоставляетъ каждому изъ товарищей самостоятельнаго права распоряженія дѣлами товарищества, то таковое право зависитъ отъ одного усмотрѣнія и воли самихъ

товарищей. Такое право можетъ быть предоставлено товарищу лишь съ согласія другихъ товарищей, т. е., по ихъ полномочію.

Неудобства такого порядка представительства товарищества явствуютъ уже изъ вышеизложеннаго. Обуславливать каждый шагъ товарищества волею всѣхъ товарищей, ихъ довѣренностію—значить мѣшать дѣятельности товарищества и ставить въ тягостное положеніе лицъ третьихъ, стороннихъ, которыя имѣютъ съ нимъ дѣло. По иностранному праву дѣлами товарищества можетъ свободно двигать каждый изъ товарищей. У насъ, *въ силу самаго закона*, товарищество представляется тяжелою машиною, которая ворочается лишь усилиями всѣхъ товарищей. Въ иностранныхъ государствахъ лицу, желающему вступить съ товариществомъ въ юридическое отношеніе, необходимо лишь убѣдиться въ томъ, что онъ имѣетъ дѣло съ товарищемъ, съ *associé-gérant* или съ прокуристомъ. У насъ этого мало. Для того чтобы быть увѣреннымъ, что дѣятельность товарищества не будетъ впоследствии оспариваема, у насъ необходимо осведомиться о наличномъ составѣ товарищей-распорядителей, а, главное, справиться съ содержаніемъ довѣренности, съ предѣлами полномочія распорядителя. Иначе можетъ быть плохо.

Выше мы видѣли какъ иностранное право старалось ограждать интересы третьихъ, стороннихъ лицъ, входящихъ въ сношеніе съ товариществомъ и упрочить, возникающія между ними, юридическія отношенія. Для этого оно отдѣлило внутреннія, взаимныя отношенія между товарищами отъ ихъ вѣншихъ отношеній къ третьимъ лицамъ. Взаимныя соглашенія товарищей относительно существа и размѣровъ дѣятельности и торговыхъ оборотовъ товарищества, сохраняя для нихъ юридическое значеніе, не имѣютъ обязательной силы для лицъ третьихъ, стороннихъ. Эти лица могутъ безбоязненно вступать съ товарищами во *всякаго рода* торговыя сдѣлки, которыя, въ силу самаго закона, будутъ обязательны для товарищества. Напротивъ, нашъ законъ говоритъ, что «обязательства съ посторонними на общее имя дома дѣлаемыя... *зависятъ отъ дѣйствія взаимнаго договора*» (т. XI, ст. 765). Такимъ образомъ вѣнняя дѣятельность товарищества, его представительство предъ сторонними лицами, поставлено закономъ въ полную, безусловную зависимость отъ воли и усмотрѣнія самихъ товарищей. Взаимное соглашеніе между товарищами можетъ ежедневно измѣняться;

согласно съ этимъ должно будетъ измѣняться юридическое положеніе товарищества и его представительства предъ публикою. Но стороннія лица не могутъ знать о взаимномъ соглашеніи между товарищами, о колебаніяхъ и видоизмѣненіяхъ, которымъ оно подвергается; до всего этого закону нѣтъ никакого дѣла¹⁾. Интересы лицъ третьихъ, стороннихъ, предоставлены на полный произволъ товарищей. Ненормальность такого положенія дѣлѣ слишкомъ очевидна. Вообще, при томъ широкомъ развитіи, которое получила въ послѣднее время наша промышленная жизнь, нельзя не отнестись съ прискорбіемъ къ незавидному положенію нашего торговаго законодательства, для усовершенствованія котораго у насъ такъ мало дѣлается.

При такомъ положеніи дѣла, изъ дѣятельности товарищества должно возникать у насъ множество недоразумѣній и споровъ, которые не могутъ имѣть мѣста въ западной Европѣ. У насъ, Коте начинаетъ искъ о признаніи недѣйствительнымъ заклада 208 бочекъ оливкаго масла, сдѣланнаго въ сѣверномъ обществѣ страхованія товарищескъ торговаго дома Панке, Шпереромъ, на томъ основаніи, что послѣдній не былъ на это уполномоченъ другимъ товарищескъ этого дома, истцемъ Коте²⁾. У насъ судъ отказываетъ

¹⁾ Правда, товарищи должны по закону вносить въ думу «выписки изъ своихъ взаимныхъ постановленій» (ст. 766, т. XI). Но развѣ могутъ частныя лица, прежде чѣмъ вступить съ товариществомъ въ сдѣлку, справляться въ думѣ о постановленіяхъ товарищей? А если эти «постановленія» неясны, туманны, безграмотно написаны — какъ разрѣшить возбуждаемія ими сомнѣнія?

²⁾ См. «Практику С.Петербургскаго Коммерческаго Суда» за 1873 г., № 29 — Дѣло Шперера съ сѣвернымъ обществомъ служитъ нагляднымъ доказательствомъ тому, какъ важно отдѣлять въ жизни и законодательствѣ внутреннія, взаимныя отношенія товарищей, отъ внѣшняго представительства товарищества предъ сторонними лицами. Изъ обстоятельствъ этого дѣла коммерческой судъ нашель: 1) что въ товарищескомъ договорѣ объ учрежденіи торговаго дома А. Панке, состоявшемся между Шпереромъ и Коте, между прочимъ, постановлено: «Товарищи имѣютъ равныя права и равное участіе въ прибыткахъ и убыткахъ по всѣмъ операціямъ торговаго дома А. Панке; завѣдываніе и веденіе всѣхъ торговыхъ дѣлъ лежитъ на обоихъ товарищахъ и одинъ безъ другаго не имѣетъ права предпринимать что либо, касающееся до этого дѣла или входитъ въ какія бы то ни было обязательства и дѣлать долги; каждая операція, однимъ словомъ, весь ходъ дѣла можетъ имѣть мѣсто лишь по обоюдному нашему соглашенію»; 2) что въ выпискѣ изъ товарищескаго договора, представленной Шпереромъ и Коте за общюю подписью въ С.Петербургскую купеческую управу, значится, что дѣлами по торговой операціи предоставляется и Коте и Шпереру

торговому дому И. В. Юнкеръ и К^о въ полученіи денегъ по переводнымъ векселямъ, выданнымъ ему директоромъ товарищества тюлевой фабрики, Адольфомъ Глинцемъ, на томъ основаніи, что послѣдній не былъ уполномоченъ на выдачу этихъ писемъ законною довѣренностію отъ остальныхъ членовъ-распорядителей товарищества, хотя «сдѣлки, заключаемыя однимъ Глинцемъ неоднократно принимались остальными директорами и общими собраніями пайщиковъ на счетъ товарищества»¹⁾.

Во Франціи, въ Итали и въ особенности въ Германіи врядъ ли возможны такіе споры и недоразумѣнія, вытекающіе изъ дѣятельности полнаго товарищества, какіе встрѣчаются у насъ²⁾.

распоряжаться какъ слѣдуетъ полному товарищу, а въ циркулярныхъ письмахъ, разосланныхъ Шпереромъ и Коте, значится, что каждый изъ нихъ подписывается «А. Панке». Судъ совершенно правильно разсудилъ, «что при такомъ противорѣчьи между товарищескимъ договоромъ, съ одной стороны и выпискою изъ онаго, представленною товарищами въ купеческую управу, и разосланными ими циркулярными письмами, съ другой стороны — въ опредѣленіи отъ ношей товарищества къ третьимъ лицамъ слѣдуетъ руководствоваться содержаніемъ выписки и циркулярныхъ писемъ, такъ какъ представленіе товарищами въ купеческую управу выписки изъ товарищескаго договора, въ которой (3 п., 767 ст., т. XI) должна быть означена подпись тѣхъ товарищей, которые уполномочены непосредственно править и распоряжаться дѣлами, и рассылка ими циркулярныхъ писемъ, составляющія необходимое условіе законнаго существованія товарищества (766 ст., т. XI), очевидно установлены въ видахъ огражденія третьихъ лицъ». — Такимъ образомъ, еслибы въ выписи изъ товарищескаго договора и въ циркулярахъ не было точно обозначено, что каждый изъ товарищей вправѣ самостоятельно распоряжаться дѣлами товарищества, тогда закладъ масла въ сѣверномъ обществѣ долженъ бы быть признанъ недѣйствительнымъ. Но развѣ общество можетъ, вступая съ товариществомъ въ сдѣлку, справляться каждый разъ съ выпискою въ купеческой управѣ и разрѣшать недоразумѣнія ею возбуждаемыя? Практиченъ и цѣлесообразенъ ли подобный порядокъ?

¹⁾ *Практ. с.-петерб. ком. суда за 1872 г. № 40. Рѣшеніе коммерческаго суда утверждено сенатомъ (практика спб. ком. суда 1874 г., № 35). Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что въ этомъ случаѣ рѣчь шла, повидному, о товариществѣ не полномъ, а на паяхъ, который имѣлъ свой уставъ, хотя изъ дѣла не видно необходимо ли было по уставу, для отправленія дѣятельности товарищества, участіе всѣхъ директоровъ. Мы указываемъ на этотъ примѣръ потому, что еслибы въ томъ дѣлѣ рѣчь шла о полномъ товариществѣ — и тогда оно тѣмъ болѣе должно было бы получить разрѣшеніе въ смыслѣ, указанномъ въ рѣшеніи суда.*

²⁾ *Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что судебная практика старается иногда, на сколько возможно, сглаживать неудобства, пронсекающія отъ неудовлетворительности нашихъ законовъ о товариществѣ. Такъ, въ дѣлѣ торговаго дома «Братья Туляковы» съ комитетомъ надъ дѣлами Тименкова (практ. спб. ком. суда 1876 г., № 19), Сенатъ (по 4 Д-ту) высказалъ, что «каждое лице, всту-*

Нѣкоторое исключеніе изъ указаннаго положенія товарищей нашъ законъ допускаетъ относительно представительства товарищества на судѣ. Представлять товарищество на судѣ можетъ у насъ каждый изъ associés-gérants и помимо довѣренности. «Лица, уполномоченныя по договору товарищества непосредственно управлять дѣлами торговаго дома, имѣющаго известную фирму, могутъ по дѣламъ сего дома искать и отвѣчать на судѣ и *безъ особенной довѣренности*, если въ договорѣ не постановлено противнаго. Тоже право представляется въ товариществѣ полномъ *одному* изъ товарищей, если онъ, по силѣ учредительнаго договора, уполномоченъ распоряжаться дѣлами товарищества» (уст. гр. суд., ст. 26). Эта статья закона отчасти напоминаетъ собою вышеприведенныя постановленія иностранныхъ законодательствъ, въ силу которыхъ каждый изъ associés-gérants пользуется, между прочимъ, правомъ представительства товарищества и на судѣ. Существенное различіе заключается лишь въ томъ, что по смыслу ст. 26 ус. гр. судопр., право представительства товарища на судѣ можетъ быть ограничено товарищескимъ договоромъ. По нѣмецкому же праву такое ограниченіе невозможно.

Къ сожалѣнію, въ судебныхъ уставахъ, изданныхъ государственною канцеляріею, не указаны соображенія, послужившія основою этой статьѣ закона. Слѣдуетъ полагать, что редакторы судебныхъ уставовъ прониклись, хоть отчасти, сознаніемъ тѣхъ потребностей жизни, которыя вызвали постановленія иностраннаго права о представительствѣ товариществъ и которыя, какъ нами указано выше, не могутъ не ощущаться и въ нашемъ торговомъ быту. Смыслъ и духъ приведенной статьи ус. гр. суд., должны

пающее въ договоръ съ товарищами, принималъ отъ имени фирмы обязательства, вправѣ ожидать, что обязательства эти, коль скоро они выданы отъ имени фирмы *или* *либо* изъ товарищей, согласно товарищескаго договора и съ соблюденіемъ въ подлинъ на нихъ правилъ, указанныхъ въ товарищескомъ договорѣ, будутъ признаны имѣющими законную силу и подлежащими удовлетворенію со стороны товарищей торговаго дома. — Но, стараясь удовлетворять потребностямъ жизни, практика можетъ лишь исполнять *пробы* закона; но она не можетъ обходить ясно выраженные постановленія его. Въ приведенномъ рѣшеніи Сената, именно, говорится, что дѣйствія товарищей обязательны для товарищества, на сколько они соответствуютъ *товарищескому договору*. Но въ этой обязательности для стороннихъ лицъ договоръ товарищей и заключается, какъ мы говорили, одно изъ самыхъ главныхъ неудобствъ для жизни нашихъ постановленій о товариществѣ.

служить слишкомъ явнымъ указателемъ для будущихъ редакторовъ нашего представительства торговаго товарищества *вообще* ¹⁾.

Товарищество на вѣрѣ (la société en commandite, Commanditengesellschaft), есть соединеніе подъ одною общою фирмою, для торговыхъ цѣлей, одного или нѣсколькихъ лицъ, которыя отвѣтствуютъ солидарно всѣмъ своимъ имуществомъ (associés en nom, commandités, complimentaires, gérants; по нашему закону — товарищи) и одного или нѣсколькихъ лицъ, которыя участвуютъ въ товариществѣ лишь своими вкладами (commanditaires, Commandisten, вкладчики). Правомъ представительства по дѣламъ товарищества пользуются одни лишь первые. Они обязываютъ своими дѣйствіями все товарищество, а, слѣдовательно, и вкладчиковъ въ размѣрѣ ихъ вкладовъ. По иностраннымъ кодексамъ и въ товариществѣ на вѣрѣ *каждый* изъ товарищей (commandités) по закону вправѣ представлять собою *все* товарищество. Вообще же къ праву представительства этого вида товарищества примѣнимы вышеизложенныя начала представительства полнаго товарищества ²⁾.

Достоинъ вниманія вопросъ о подсудности товарищества, который имѣетъ тѣсную связь съ существомъ, съ догматикою товарищества и его представительства.

Вопросъ о подсудности товарищества не можетъ возбуждать никакихъ сомнѣній въ томъ случаѣ, когда дѣятельность его сосредоточивается въ одномъ лишь торговомъ домѣ. Тогда подсудность его опредѣляется по мѣсту, гдѣ помѣщается торговый домъ

¹⁾ Врядъ ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что каждый изъ associés-gérants вправѣ представлять товарищество и въ коммерческомъ судѣ. Если въ т. XI это не выражено прямо какъ въ судеб. уставахъ, то это явно вытекаетъ изъ точнаго смысла торговаго устава. Въ коммерческомъ судѣ, именно, допускается къ хожденію по дѣламъ бухгалтеры, кассиры и *вообще лица, состоящіа при конторѣ истаца и отъпчика* (п. 2; ст. 1297, т. XI). Мы думаемъ, что associé-gérant можетъ, во всякомъ случаѣ, быть названъ *лицемъ, состоящимъ при конторѣ товарищества*. Если даже тутъ можетъ возникнуть какое либо сомнѣніе, то оно, въ виду всего вышеизложеннаго и ст. 26 ус. гр. суд., должно быть разрѣшено въ пользу представительства товарищества каждымъ изъ associés-gérants.

²⁾ Allg. deutsch. Handelsgesetzbuch, art. 164 и 167; Code de commerce, art. 23, 26 и 27; итал. торг. улож. ст. 118, 121, 122, 124 и др.; Voistel, стр. 138 и 139; ср. т. XI, ч. 2, ст. 772—776. О представительствѣ товарищества на вѣрѣ мы будемъ имѣть еще случай говорить ниже во главѣ о «прокура».

(ст. 1529 т. XI, 35 и 220 уст. гр. судопр.). Не может возникнуть особенных недоразумений и в том случае, когда товарищество имеет один центральный торговый дом и некоторые побочные отделения, агентуры. Тогда подсудность определяется по местожительству первого или последних (ст. 36 и 221 уст. гр. судопр.).

Вопрос этот усложняется и становится спорным в том случае, когда деятельность товарищества сосредоточивается в нескольких торговых домах или конторах, имеющих одинаковое юридическое или экономическое значение.

Нижеприведенный случай, встретившийся на практике, представить этот вопрос в большей наглядности и дать нам возможность развить его в общей, теоретической форме.

Учредители торгового дома Скараманга и К^о разослали по купечеству циркуляр следующего содержания¹⁾:

Марсель, 1 июля 1866 г. Ссылаясь на циркуляр от 31 декабря истекшего года, извещавший Васъ об уничтожении торгового дома Ралли и Скараманга, имеем честь уведомить Васъ, что мы основали *новое торговое товарищество* (une nouvelle société commerciale) под фирмою «Скараманга и К^о». *Дома наши (nos maisons), учрежденные в Марсели, Лондонѣ, С.-Петербурѣ, Таганрогѣ и Ростовѣ-на-Дону; будутъ заниматься дѣлами на свой счетъ и въ комиссію.* Просимъ замѣтить имена тѣхъ лицъ, которыя будутъ управлять нашими упомянутыми домами (susdites maisons) и которыя одни будутъ подписываться нашею товарищескою фирмою (notre raison sociale) «Скараманга и К^о». Примите увѣреніе въ нашемъ отличномъ уваженіи

Понтія П. Скараманга.

Иванъ П. Скараманга.

Затѣмъ въ циркулярѣ поименованы лица, которыя будутъ заведывать дѣлами товарищества. Въ Таганрогѣ заведывающимъ дѣлами названъ Иванъ П. Скараманга, а въ Петербургѣ Петръ П. Скараманга и Иванъ Е. Скараманга и пр.

Представитель таганрогскаго дома «Скараманга и К^о», иностранный 1-й гильдіи купецъ Ив. Петр. Скараманга, выдалъ до-

¹⁾ О юридическомъ значеніи подобныхъ циркуляровъ см. ниже, во главѣ о «просига».

увѣренность на управленіе дѣлами торговаго дома «Скараманга и К^о» 2-й гильдіи купцу Сталати Евстратьевичу Скараманга, а послѣдній передовѣрилъ это свое право барону Юлію Францевичу Корранца. 18 марта 1871 г. Корранца «по довѣренности торговаго дома «Скараманга и Комп.», заключилъ съ повѣреннымъ княгини Долгорукой условіе на поставку и перевозку хлѣба. По случаю возникшихъ по этому условію недоразумѣній, повѣренный княгини Долгорукой предъявилъ въ с.-петербургскомъ коммерческомъ судѣ искъ къ иностранному торговому дому «Скараманга и К^о», указавъ на с.-петербургское отделение этого товарищества какъ на его представителя. Повѣренный ^{В.З.} этого предъявилъ отводъ противъ подсудности этого дѣла с.-петербургскому коммерческому суду, основываясь на томъ, что означенный договоръ заключенъ съ представителемъ *таганрогскаго отдѣленія* торговаго дома «Скараманга и К^о». Вопросъ этотъ возбудилъ живые споры. Коммерческій судъ призналъ настоящее дѣло себѣ неподсуднымъ. Сенатъ отмѣнилъ опредѣленіе суда и призналъ означенный искъ подсуднымъ с.-петербургскому коммерческому суду.

Намъ кажется, что вопросъ этотъ разрѣшается весьма просто, согласно изложеннымъ началамъ представительства товарищества.

Корранца заключилъ съ княг. Долгорукою договоръ отъ имени «торговаго дома (т. е. товарищества) Скараманга и К^о». По началамъ представительства, права и обязанности, вытекающія изъ этого договора, переносятся на самое товарищество. Вслѣдствіе этого, отвѣтственность по приведенному договору перешла на товарищество «Скараманга и К^о».

Такимъ образомъ рѣшеніе вопроса о подсудности означеннаго иска находится въ зависимости отъ вопроса о томъ: гдѣ местожительство товарищества «Скараманга и К^о»?

Местожительство товарищества, какъ вообще всякаго юридическаго лица, опредѣляется по мѣсту, гдѣ находится его фирма (ст. 1529, т. XI, ч. 2 и 220 уст. гр. судопр.).

Гдѣ же помѣщается органъ дѣятельности, фирма товарищества «Скараманга и К^о»?

Изъ точнаго смысла приведеннаго циркуляра явствуетъ, что упоминаемые въ немъ дома не суть отдѣльныя, *самостоятельныя* предпріятія, а лишь органы *одного* товарищества: въ циркулярѣ говорится объ *одномъ* товариществѣ, которое будетъ отпра-

лить свою дѣятельность при посредствѣ нѣсколькихъ органовъ, торговыхъ домовъ ¹⁾. По смыслу циркуляра, дѣятельность всѣхъ этихъ торговыхъ домовъ имѣетъ *одинаковое* юридическое и экономическое значеніе: ни одному изъ нихъ въ циркулярѣ не отдается предпочтенія предъ другимъ. Всѣ эти дома *одинаковые* органы, представители товарищества «Скараманга и К^о». Такимъ образомъ идеальная личность этого товарищества олицетворяется *въ одинаковой мѣрѣ въ каждомъ* изъ этихъ торговыхъ домовъ. Отсюда явствуетъ, что *и подсудность товарищества «Скараманга и К^о» будетъ одинакова въ мѣстожителѣствахъ каждого изъ упомянутыхъ торговыхъ домовъ.*

Итакъ, книг. Долгорукая имѣла полное право обратиться съ своимъ искомъ въ любой изъ тѣхъ судовъ, которымъ подсудны, упомянутые въ циркулярѣ, торговые дома.

Формулируя этотъ выводъ въ общихъ, теоретическихъ выраженіяхъ, окажется, что *подсудность товарищества, отправляющаго свою дѣятельность при посредствѣ нѣсколькихъ равноправ-*

¹⁾ Вопросъ о томъ, составляютъ ли нѣсколько торговыхъ домовъ или конторъ одно или нѣсколько товариществъ, есть вопросъ факта, разрѣшеніе котораго зависитъ отъ индивидуальныхъ обстоятельствъ даннаго дѣла (Маковер, стр. 114, прим. 2; б). Вопросъ этотъ, очевидно, имѣетъ громадное практическое значеніе. Такъ, въ случаѣ несостоятельности одного изъ торговыхъ домовъ, отъ разрѣшенія этого вопроса зависитъ то обстоятельство, должно ли поступить въ конкурсъ одно лишь его имущество или же и имущество прочихъ торговыхъ домовъ. Последнее можетъ имѣть мѣсто въ томъ лишь случаѣ, когда торговые дома суть представители *одного* товарищества. Вопросъ этотъ имѣетъ важное значеніе и при привлеченіи торговаго дома или товарища къ ответственности по сдѣлкамъ, заключеннымъ товариществомъ. Такъ, Спб. Ком. Судъ отказалъ Овсаникову въ искѣ къ Эдмунду Брандту, торгующему подъ фирмою «В. Брандтъ и К^о», за нарушеніе договора о консигнаціи пшеницы, заключеннаго истцомъ въ 1864 г. съ торговымъ домомъ «В. Брандтъ сыновья и К^о» въ Лондонѣ, на томъ основаніи, что призналъ, что упомянутыя двѣ фирмы составляютъ два совершенно отдѣльных, самостоятельныхъ торговыхъ дома и поэтому товарищъ одного изъ этихъ торговыхъ домовъ не можетъ подлежать ответственности за сдѣлки, заключенныя съ другимъ изъ этихъ торговыхъ домовъ (практика Спб. Коммерч. Суда, ч. I, № 39). — Вопросъ же о томъ, есть ли какое либо товарищество полное или на вѣрѣ, разрѣшается слѣдующимъ образомъ: если нѣсколько лицъ соединились въ товарищество, не объяснивъ положительно его юридическаго характера, то оно признается полнымъ товариществомъ. Товариществомъ на вѣрѣ оно признается тогда лишь, когда это явно выражено (Маковер, тамъ-же, стр. 115, прим. 3).

ныхъ торговыхъ домовъ, опредѣляется по мѣстожителѣству каждого изъ этихъ домовъ ¹⁾.

Выше мы говорили, что какъ по иностраннымъ, такъ и по нашимъ законамъ, всякій товарищъ-распорядитель *вправѣ*, въ силу самаго закона, представлять лице товарищества на судѣ. По отношенію къ разсматриваемому нами вопросу о подсудности товарищества, мы должны взять оборотную сторону этого права. Обратная сторона всякаго права есть соответствующая обязанность. Поэтому мы, согласно съ изложеннымъ выводомъ, можемъ утверждать, что *всякій самостоятельный товарищъ-распорядитель обязанъ явиться на судѣ по всемъ искамъ, предъявляемымъ къ товариществу ²⁾.* Въ этомъ видно громадное различіе, существующее между обыкновеннымъ повѣреннымъ съ общою довѣренностію и *associé-gérant*. Повѣренный, какъ увидимъ ниже, имѣетъ лишь *право*, но не обязанъ представлять въ каждомъ случаѣ довѣрителя.

Считаемъ еще нужнымъ сказать нѣсколько словъ о правѣ представительства на судѣ правленій компаній и обществъ. Сенатъ (дѣло Конылова съ 2-мъ страховымъ отъ огня обществомъ, 1875 г., № 521) призналъ, что правленія могутъ представлять компаніи и общества на судѣ не иначе, какъ чрезъ особаго уполномоченнаго; сами же, въ своемъ лицѣ, они дѣйствовать отъ имени обществъ на судѣ не вправѣ. Съ этимъ взглядомъ врядъ ли возможно согласиться.

Сенатъ ссылается на ст. 27 уст. гр. судопр. Въ этой статьѣ говорится, что *общества, товарищества и компаніи*, (какъ юридическія лица), могутъ искать и отвѣчать на судѣ не иначе, какъ чрезъ повѣреннаго ³⁾. Но это не можетъ относиться къ пра-

¹⁾ Boistel (стр. 122) говоритъ: *la jurisprudence admet que les sociétés, dont l'exploitation s'étend sur une grande étendue, peuvent avoir plusieurs domiciles, et être assignées partout où réside un agent chargé du contentieux.* — Слѣдуетъ замѣтить, что подсудность отвѣчика въ нѣсколькихъ различныхъ мѣстахъ жительства составляетъ явленіе, весьма часто встрѣчающееся и въ нашей юридической жизни (см. уст. гр. судопр. ст. 205, 210, 217, 218, 219 и 221).

²⁾ Ср. Anschütz и Völderndorf, стр. 193, art. 102.

³⁾ Ст. 27 уст. гр. судопр., основана на ст. 166, т. X, ч. 2 (соображ. гос. канц. къ ст. 27 уст. гр. судопр.). Но и въ ст. 166, 2 ч., X т. говорится лишь объ обществахъ, монастыряхъ, церквахъ и пр., т. е. о юридическихъ лицахъ, но не объ ихъ представителяхъ.

влению, которое само есть уполномоченный общества, компании и пр. (ст. 2181, 1 ч., X т.). Ст. 1285 уст. гр. судопр., на которую ссылается сенатъ, нисколько не говоритъ въ пользу его взгляда. Въ этой статьѣ закона сказано, что казенныя управления ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ не иначе, какъ чрезъ особыхъ уполномоченныхъ. Но казенныя управления отнюдь не могутъ быть приравнены къ правленіямъ обществъ. Казенныя управления суть отчасти самостоятельные субъекты имущественныхъ правъ и обязанностей, т. е. *юридическія лица*.¹⁾ Они вступаютъ *отъ своего лица* въ сдѣлки и приобретаютъ *на свое имя* имущество.²⁾ Ничего подобнаго не можетъ быть признаваемо за правленіями обществъ и компаний. Не всякое коллегіальное учрежденіе есть юридическое лице. Юридическимъ лицомъ называется такое учрежденіе, которое является самостоятельнымъ, независимымъ отъ его членовъ, субъектомъ правъ и обязанностей (Виндшейда, ч. I, §§ 49 и 57). Но правленіе отнюдь не есть самостоятельный субъектъ имущественныхъ правъ и обязанностей. Права и обязанности, вытекающія изъ юридической дѣятельности правленія, переходятъ и связываются съ самимъ обществомъ. Правленіе есть лишь *совокупность* нѣсколькихъ физическихъ лицъ, которыя вмѣстѣ являются представителемъ общества. Правленіе имѣетъ тотъ же характеръ представительства, какъ и нѣсколько повѣренныхъ по одной довѣренности (см. выше, стр. 90—94). Если три повѣренныхъ могутъ представлять на судѣ одного довѣрителя, то мы рѣшительно не понимаемъ, отчего не могутъ этого же дѣлать три директора правленія.³⁾ Мысли наши подтверждаются еще слѣдующими соображеніями. Въ ст. 27 уст. гр. судопр. говорится, между прочимъ, о товариществахъ. Но въ ст. 26 уст. гр. судопр. прямо сказано, что лица, уполномоченныя завѣдывать дѣлами товарищества, могутъ искать и отвѣчать за товарищество на судѣ. Съ точки зрѣнія Сената между ст. 26 и 27 уст. гражд.

¹⁾ См. соображ. гос. канцеляріи къ ст. 1285 уст. гр. судопр.; ср. Арндтса, Lehrb. d. Pand., § 47 и Виндшейда, Lehrb. d. Pand., ч. I, § 57; 3.

²⁾ Такъ, напр., казенныя палаты и пр., какъ и судебныя установленія, имѣютъ свои дома. Известно, что на практикѣ нерѣдко бываютъ споры объ имущественныхъ правахъ между различными казенными вѣдомствами.

³⁾ Для завѣдыванія дѣлами обществъ обыкновенно достаточно участіе трехъ директоровъ. (Уставъ 2-го рос. отъ огня общества, §§ 8, 9 и др.).

судопр. окажется непримиримое противорѣчіе.—Причтъ есть коллективный представитель церкви. Но причтъ имѣетъ полное право вести на судѣ дѣла церкви¹⁾. Правленіе общества, по своему юридическому характеру, можетъ быть сравниваемо съ причтомъ.

Мысли наши подтверждаются и взглядомъ иностраннаго права. Германское торговое уложеніе (art. 227) говоритъ, что правленіе пользуется правомъ *судебнаго* и *внѣсудебнаго* представительства акціонернаго общества.²⁾ Правленіе можетъ даже принимать присягу отъ имени общества (art. 232). Hahn³⁾ говоритъ, что правленіе акціонернаго общества приравнивается, по объему своего полномочія, съ членомъ завѣдующимъ дѣлами товарищества. Но мы видѣли выше (стр. 110), что подобные члены имѣютъ право представлять товарищество на судѣ. Thöl⁴⁾ прямо говоритъ, что правленіе акціонернаго общества вправе искать и отвѣчать на судѣ и принимать присягу отъ имени общества.

Юридическія лица не могутъ сами вести дѣла свои на судѣ, оттого, что они лица моральныя, идеальныя. Они обладаютъ лишь *правоспособностію*, и только въ исключительныхъ случаяхъ *дѣеспособностію*.⁵⁾ Они сами, по общему правилу, не могутъ отправлять какую бы то ни было юридическую дѣятельность. Физическія же лица, изъ коихъ образуется юридическое лице, представляютъ собою нѣчто отдѣльное, самостоятельное отъ послѣдняго (ср. Виндшейда, ч. I, § 57; 1). Но правленіе, какъ совокупность нѣсколькихъ физическихъ лицъ, обладаетъ полною дѣеспособностію. Оно можетъ совершать всякаго рода юридическую дѣятельность; поэтому оно можетъ вести дѣла и на судѣ.

¹⁾ Соображ. гос. канц. подъ стат. 1285 уст. гр. судопр. Вообще въ этихъ соображеніяхъ довольно ясно высказана мысль, что явиться сами на судѣ не могутъ лишь юридическія лица, но не ихъ коллективные представители.

²⁾ Германское торговое уложеніе говоритъ, что правленіе *можетъ* дѣйствовать и чрезъ уполномоченныхъ (art. 234). Такое же *право* признаетъ за правленіями и итальянское торговое уложеніе (ст. 138). О случаяхъ же, въ которыхъ правленіе было бы *обязано* избрать повѣреннаго, въ законодательствахъ этихъ нѣтъ и помину. Конечно, обыкновенно правленія посылаютъ за себя въ судѣ повѣреннаго. Это требуетъ ихъ собственный интересъ. Это удобно и для суда. Но это *право* правленій, а не ихъ обязанность.

³⁾ Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, изд. 2, 71 г., Comm. къ art. 227, § 3.

⁴⁾ Das Handelsrecht, § 170.

⁵⁾ См. объ этомъ ниже, стр. 124—125.

Говоря о представительствѣ юридическихъ лицъ, мы не можемъ обойти молчаніемъ одно, касающееся этого предмета, замѣчаніе Гарейса ¹⁾. Онъ, именно, говоритъ, что дѣятельность органовъ товариществъ и промышленныхъ обществъ не должна быть подведена подъ понятіе о представительствѣ. Органы эти, по его мнѣнію, выражаютъ не свою волю, которая должна быть признаваема волею обществъ, а передаютъ *волю самихъ обществъ*, которыя, внѣ своихъ органовъ, не имѣютъ другаго, внѣшняго юридического существованія. Въ органахъ этихъ дѣйствуетъ само общество. Поэтому они, по мнѣнію Гарейса, не представители, а, связанные съ существомъ общества, органы выраженія *его* воли.

Съ этимъ взглядомъ едва-ли можно согласиться.

Мы не полагаемъ, чтобы подъ внѣшнимъ, *юридическимъ* существованіемъ, необходимо было разумѣть одинъ видимый, осязаемый, физическій образъ лица. Но что общество, внѣ своихъ органовъ, имѣетъ отдѣльное, самостоятельное *юридическое* существованіе—это всего нагляднѣе видно изъ того, что имущественныя права и обязанности, которыя устанавливаются правленіемъ общества, связываются не съ одними членами, образующими правленіе, а со всѣмъ обществомъ. Самое объясненіе Гарейса, будто правленія составляютъ единственные органы выраженія воли общества—лишено основанія. Кромѣ правленія, общество выражаетъ свою волю непосредственно, въ общемъ собраніи своихъ членовъ. Правленіе, какъ всякій повѣренный, отдаетъ обществу отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ (ст. 2185 и 2186 1 ч. X т.). Нѣкоторыя дѣйствія могутъ быть совершаемы правленіемъ отъ имени или въ интересѣ общества, лишь съ разрѣшенія общаго собранія его членовъ. Нѣкоторыя же дѣйствія (какъ измѣненія и дополненія въ уставѣ, назначеніе запаснаго и усиленіе основнаго капитала общества, открытіе новыхъ конторъ, приобрѣтеніе недвижимыхъ имѣній, распределеніе дивиденда, а равно разрѣшеніе вопроса о закрытіи или о продолженіи существованія общества и пр.) могутъ быть предприняемы однимъ лишь общимъ собраніемъ ²⁾. Во всемъ этомъ про-

¹⁾ Die Verträge zu Gunsten Dritter, historisch und dogmatisch dargestellt, von Dr. Carl Gareis, Würzburg 1873 г., стр. 12 и 13.

²⁾ Т. X. ч. I, ст. 2182; уст. сб., харьковск. и другихъ кред. общ. §§ 48—54.; уст. сб. частн. коммерч. банка §§ 48, 49, 51, 54 и др.; см. также art 231 и др. обще-германск. торг. улож.

являются несомнѣнные признаки отдѣльнаго существованія и самостоятельной дѣеспособности общества. Общество есть самостоятельное лице, которое проявляетъ несомнѣнные признаки жизни, самостоятельности. Если же общество есть моральное лице, если оно само, независимо отъ правленія, обладаетъ дѣеспособностію, то какимъ образомъ права и обязанности, устанавливаемыя правленіемъ, переходятъ на общество, если не путемъ существующихъ между ними представительственныхъ отношений? На чемъ основывается то понятіе Гарейса, что правленіе или распорядители передаютъ волю самаго общества, товарищества? Дѣятельность правленія и распорядителей не совершается подъ диктовку общества и товарищества. Очевидно, что это понятіе—чистѣйшая фикція. Поэтому, гораздо правильнѣе утверждать, что правленіе, какъ вообще и другіе представители, выражаетъ *свою* волю, которая, въ силу существующихъ между нимъ и обществомъ представительственныхъ отношений, *признается волею самаго общества* ¹⁾. Это понятіе болѣе реальное, болѣе соответствующее существу и дѣйствительности жизненныхъ отношений. Общество столько же дѣйствуетъ само чрезъ свои органы, сколько всякое другое лице представляемое дѣйствуетъ чрезъ своего представителя. Малолѣтній можетъ отправлять юридическую дѣятельность не иначе, какъ при посредствѣ опекуна. Если признать, что правленіе не есть представитель общества, то столько же можно было бы утверждать, что опекунъ не представитель малолѣтняго. И такъ, приведенное мнѣніе Гарейса есть простая фикція, лишенная реальной почвы. *Правленія суть органы и вмѣстѣ представители обществъ.*

¹⁾ Ст. 2181, 1 ч., X т. гласитъ: директоры компаніи или члены правленія *дѣйствуютъ въ качествѣ ея уполномоченныхъ*; и потому, въ случаѣ законопротивныхъ распоряженій и преступленія предъловъ власти, подлежатъ ответственности предъ компаніею на общемъ основаніи законовъ. И такъ правленія суть представители общества! Ср. Лабандъ, *ib.*, стр. 186.

ГЛАВА VIII.

Просица (Намѣстничество) ¹⁾.

Практическія потребности, вызвавшія существованіе просица. — Неудобства полномочія по доверенности. — Определеіе просица. — Существо этого института по германскому торговому праву. — Неограниченность и неизмѣняемость полномочія прокуриста. — Коллективное просица. — Установленіе и прекращеніе просица. — Прокуристъ и *associé gérant*. — Наши законы и торговая жизнь. — Прокура въ нашей жизни. — Дѣло Международнаго Банка съ Колосовскимъ. — Существо товарищества на вѣрѣ. — Доверенность, выданная представителемъ товарищества на вѣрѣ, по дѣламъ товарищества, отъ своего имени. — Юридическое значеніе циркулярвъ, разсылаемыхъ у насъ по купечеству, при открытіи торговаго дома. — Юридическое значеніе внесенія просица въ регистръ. — Просица съ точки зрѣнія нашего закона. — Мнѣніе государственнаго совѣта о просица и его важное практическое значеніе. — Толкованіе законовъ, наша судебная практика и законодательная власть. — Взглядъ на просица профессора Цитовича.

Наиболѣе распространенный въ жизни видъ представительства — дѣятельность по доверенности. Но вѣрющее письмо не всегда легко и удобно удовлетворяетъ потребностямъ юридическаго оборота. Неудобства вѣрющаго письма заключаются въ томъ, что содержаніе его разнообразно и индивидуально. Редакція и содержаніе вѣрющаго письма могутъ страдать неполнотою, недомолвками, пробѣлами; они могутъ возбуждать различныя толкованія, недоразумѣнія. Нѣкоторыя изъ дѣйствій повѣреннаго могутъ быть оспариваемы, какъ выходящія изъ предѣловъ доверенности. Все это не можетъ не стѣснять и даже парализовать бесостановочность и быстроту дѣйствій повѣреннаго. Самая необходимость разсма-

¹⁾ Выраженія: просица, procurist, всего удобнѣе могутъ быть переведены словами: намѣстничество, намѣстникъ. Прокуристъ всецѣло замѣняетъ принципала; первый занимаетъ *мѣсто* втораго; онъ его *намѣстникъ*. Это выраженіе государственнаго права соответствуетъ выраженіямъ «представитель», «посланникъ», также замѣшваннымъ яли, по крайней мѣрѣ, встрѣчающимся въ государственномъ правѣ.

тривать, въ каждомъ данномъ случаѣ, вѣрющее письмо и сообразоваться, при всѣхъ дѣйствіяхъ повѣреннаго, съ содержаніемъ его — весьма отяготительна какъ для него самаго, такъ и для третьихъ лицъ, въ особенности, когда дѣятельность повѣреннаго обусловливается частымъ вступленіемъ въ юридическія отношенія. Вотъ почему эти неудобства особенно ощутительны въ коммерческой сферѣ, въ сношеніяхъ между представителями торговыхъ предприятий, гдѣ требуется быстрота и непрерывность отправленія коммерческихъ и юридическихъ дѣйствій.

При томъ широкомъ развитіи, которое получили торговые обороты въ новѣйшее время, шаткость, связанная съ дѣятельностію повѣреннаго, неувѣренность въ прочности и непоколебимости его юридическихъ дѣйствій, не могли не отразиться неблагоприятно на интересахъ самихъ доверителей. Представительство по доверенности оказалось неудовлетворяющимъ потребностямъ торговаго оборота. Почувствовалась необходимость въ такой системѣ представительства, при которой одно лице могло бы, *въ силу самаго закона, всецѣло и неограниченно* замѣнять собою торговую личность другого. При такой системѣ представительства, торговое предприятие можетъ продолжать свою обычную, ничѣмъ не стѣсняемую, дѣятельность и въ отсутствіи принципала, а третьи, стороннія лица могутъ быть увѣрены въ прочности и непоколебимости тѣхъ юридическихъ отношеній, въ которыя они вступаютъ съ представителемъ предприятия.

Эти потребности и послужили причиною, призвавшею къ жизни институтъ торговаго представительства, извѣстный подъ названіемъ *просица*.

Подъ просица разумѣется *неограниченное, въ отношеніи третьихъ лицъ, полномочіе на управленіе и распоряженіе торговыми дѣлами отъ имени и за счетъ хозяина оныхъ* ¹⁾.

Просица есть, въ своемъ современномъ видѣ, нововведеніе общегерманскаго торговаго уложенія ²⁾. Но оно существуетъ и имѣеть

¹⁾ Anschütz и Völderndorff (Commentar и пр., ч. 1., стр. 300) говорятъ, что прокуристъ есть «уполномоченный, который неограниченно представляетъ торговую личность (die kaufmännische Persönlichkeit) принципала».

²⁾ Goldschmidt: Gutachten über den Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs (стр. 34).

громадное практическое значеніе и въ нашей торговой жизни. Такъ какъ наше законодательство оставило этотъ институтъ безъ всякаго нормированія, то опредѣленіе его юридическаго существа возбуждаетъ у насъ на практикѣ нескончаемые споры и разногласія. У насъ на практикѣ почти вовсе не знакомы съ существомъ этого института, который играетъ въ торговомъ быту такую видную роль.

Вотъ почему чрезвычайно важно ознакомиться съ юридическимъ характеромъ этого института, въ той формѣ, въ какой онъ выработана современными нѣмецкимъ правомъ.

Прокура, по своему юридическому характеру, принадлежитъ къ смѣшанному представительству. Отличительная черта его заключается въ томъ, что лице, облеченное этимъ полномочіемъ, выбирается хозяиномъ торговаго предпріятія; но область дѣятельности этого представителя опредѣляется закономъ. Законъ замѣняетъ собою довѣренность. Такъ какъ сфера дѣятельности прокуриса точно опредѣлена закономъ, то объемъ и пространство его полномочія не находятся въ колеблющемся состояніи и независимы отъ индивидуальнаго содержанія вѣрющаго письма. Полномочіе прокуриса вполне объективное.

Прокура, говоритъ всеобщій германскій торговый кодексъ, уполномочиваетъ на всѣ торговыя и юридическія (какъ судебныя такъ и внѣсудебныя) дѣйствія, которыя оказываются нужными для оборотовъ коммерческаго предпріятія; оно замѣняетъ собою всѣ, требуемыя закономъ, спеціальныя полномочія; оно даетъ право принимать и устранять торговыхъ помощниковъ и уполномоченныхъ ¹⁾.

Одна изъ потребностей, которая имѣетъ цѣлю удовлетворить объективированіе сферы дѣятельности прокуриса, это — огражденіе интересовъ третьихъ лицъ. Третьи лица, съ которыми прокурисъ входитъ въ сношеніе, только тогда могутъ быть увѣрены въ томъ, что совершаемыя имъ дѣйствія и устанавливаемыя имъ сдѣлки никакъ не будутъ оспариваемы, когда сфера полномочія прокуриса

¹⁾ Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, art. 42. На отчужденіе и обремененіе недвижимой собственности прокурисъ имѣетъ право въ томъ лишь случаѣ, когда это ему ясно предоставлено, такъ какъ эти предметы не входятъ въ кругъ *торговой* дѣятельности.

точно опредѣлена самимъ закономъ и ей предоставлены самыя широкіе, *неограниченныя* и *неизмѣняемыя* размѣры. Вотъ почему германскій торговый кодексъ постановилъ, что ограниченіе въ полномочія прокуриса (сдѣланное принципаломъ) не имѣетъ обязательной силы для третьихъ лицъ; это постановленіе, прибавляетъ кодексъ, относится въ особенности къ ограниченіямъ, которыя клонятся къ тому, чтобы прокура уполномочивало лишь на завѣдываніе извѣстнаго рода дѣлами, чтобы оно осуществлялось лишь при извѣстныхъ обстоятельствахъ, на опредѣленный срокъ или въ извѣстномъ мѣстѣ (art. 43) ¹⁾.

И такъ, третьимъ, стороннимъ лицамъ нѣтъ никакой надобности входить, при вступленіи съ прокурисомъ въ юридическое отношеніе, въ обсужденіе вопроса о томъ, соответствуетъ ли то или другое дѣйствіе, тотъ или другой торговый оборотъ сферѣ коммерческой дѣятельности принципала. Такая необходимость поразила бы сомнѣнія, недоразумѣнія и споры и стѣсняла бы торговыя сношенія. Стороннія лица могутъ смѣло входить съ прокурисомъ во всякаго рода, безъ исключенія, торговыя сдѣлки. Законное полномочіе прокуриса не ограничивается одними тѣми дѣйствіями, которыя непосредственно связаны съ предпріятіемъ принципала. Прокурисъ, въ силу закона, уполномоченъ и на всѣ тѣ торговыя и юридическія дѣйствія, которыя можетъ потребовать *какое бы то ни было* коммерческое предпріятіе. Прокурисъ всецѣло замѣняетъ собою торговую личность принципала; онъ его alter ego. Поэтому всѣ тѣ дѣйствія, на которыя имѣетъ право принципалъ, входятъ въ сферу полномочія и прокуриса. Словомъ, стороннія лица могутъ оказать прокурису то же довѣріе, которое они питаютъ къ самому принципалу. Единственный предѣлъ сферы полномочія прокуриса заключается въ *торговомъ* характерѣ его дѣйствій. Прокурисъ представитель *торговой* личности принципала; на совершеніе юридическихъ дѣйствій внѣ *торговой* сферы онъ полномочія не имѣетъ ¹⁾. Прокурисъ имѣетъ

¹⁾ Curtius (ib., стр. 85) доказываетъ, что это постановленіе торговаго уложенія составляетъ лишь развитіе правила римскаго права о различіи послѣдствій договора довѣренности въ отношеніи лицъ его заключившихъ и лицъ третьихъ, стороннихъ.

²⁾ Ср. Makover, d. allg. deutsche Handelsgesetz. mit Commentar, 6 изд. Берлинъ 1875 г., стр. 82 и др.; Anschütz и Völkerndorff, Commentar zum allg.

право получать от имени принципала товары, распоряжаться ими, получать и отдавать товары в комиссию, заключать договоры страхования, совершать займы, получать, причитающиеся принципалу по торговым оборотам, деньги, получать, выдавать и переучитывать векселя, вести судебные дела, нанимать поверенных, заключать мировые сделки, прекращать дела производством, отказываться от прав принципала¹⁾ и пр. Словом, *полномочие прокуриса столь же широко как торговая деятельность самого принципала.*

Если ограничения просига не имеют обязательной силы для лиц третьих, сторонних, то они в то же время вполне действительны для принципала и прокуриса. Прокурис должен стараться не выходить из пределов деятельности, указанных этими ограничениями. Иначе он может подлежать ответственности предъ принципаломъ. Сторонним же лицам до всего этого нетъ дела. По отношению къ третьимъ лицамъ, все дѣйствія и правоотношенія, установленныя прокурисомъ, вполне обязательны для принципала (или товарищества), *не смотря ни на какія ограничения, которыя установлены послѣднимъ въ полномочіи первого*²⁾. Исключеніе представляютъ собою лишь преступныя

deutsch. Handelsgesetzb., ч. I, стр. 321—337; Hahn, Comment. zum allg. deutsch. Handelsgesetzb., 2 изд., 71 г., art. 41, § 2 и art. 43; Thöl d. Handelsrecht, изд. 5, ч. I, § 56, п. 2; Curtius (ib.), Laband (ib.). См. также Bluntsehli, deutsches Privatr., изд. 3, 64 г., § 134. Если, положимъ, прокурисъ механическаго завода войдетъ въ соглашеніе относительно покупки значительнаго количества чаю, сахару, кофе, табуку и пр., то сделка будетъ вполне обязательна для принципала. Тѣмъ говорить, что виноторговецъ, вернувшись изъ путешествія, можетъ, по волѣ своего всемогущаго прокуриса, неожиданно очутиться банкиромъ.

¹⁾ Makover ib., прим. 5; Hahn, art. 43; Anschütz, стр. 322, 2; Endemann, d. deutsche Handelsr., 68 г., стр. 235; Beseler, System d. gem. deutsch. Privatr., 73 г., стр. 898 и др. Аншцъ доказываетъ даже, что прокурисъ можетъ, какъ alter ego принципала, принимать за него по торговымъ дѣламъ въ судѣ присягу. Столкновение между противоположными дѣйствіями принципала и прокуриса должны быть разсматриваемы какъ противорѣчія въ дѣйствіяхъ самаго принципала: то изъ этихъ дѣйствій должно сохранять силу, которое имѣетъ преобладающее значеніе. Если, положимъ, принципалъ, живя въ другомъ мѣстѣ, настаиваетъ на исполненіи сделки, отъ которой отказался прокурисъ, то отказъ послѣдняго сохраняетъ свою силу. — (Anschütz, стр. 335).

²⁾ Makover, ib., стр. 83, прим. 7, С.; Anschütz и Völderndorff, стр. 332 и 334; Thöl, § 56; Hahn, art. 41, § 2. — Ограниченія просига необязательны для третьихъ лицъ и въ томъ случаѣ, если они имъ извѣстны. Для третьихъ лицъ все эти ограниченія *недѣйствительны.* (Thöl ib.; Anschütz, стр. 387).

дѣйствія, за которыя отвѣтствуетъ лице ихъ учинившее. Третье лице, если оно знало о преступности этого дѣйствія, является участникомъ онаго. Но за правонарушенія прокуриса отвѣтствуетъ принципалъ¹⁾.

Такимъ образомъ въ просига встрѣчаемъ тѣ характеристическія особенности представительства, которыя присвоены дѣятельности associés-gérants полнаго товарищества (см. выше, стр. 107—110).

Въ просига, какъ и въ представительствѣ товарищей торговаго товарищества, всего рельефнѣе видно вышеупомянутое (стр. 48—50 и 81) различіе между внѣшнею стороною представительства, которая касается лицъ третьихъ, стороннихъ и внутреннею его стороною, которая имѣетъ въ виду отношенія между принципаломъ и прокурисомъ. Это различіе играетъ въ представительствѣ весьма важную, практическую роль.

И такъ, просига освобождаетъ третьихъ лицъ отъ необходимости справляться съ содержаніемъ и объемомъ полномочія прокуриса. Полномочіе это—нѣчто объективное, прочное, непоколебимое, неподлежащее измѣненіямъ. Достаточно лишь убѣдиться въ томъ, что *существуетъ* просига. Объемъ и пространство этого полномочія сами собою извѣстны—право на неограниченное распоряженіе торговыми дѣлами принципала.

Въ торговомъ предпріятіи можетъ быть одинъ или нѣсколько прокурисовъ (art. 41). Въ послѣднемъ случаѣ все они могутъ образовать собою совокупно одно просига (Collectivprocura) или каждый изъ нихъ можетъ явиться самостоятельнымъ прокурисомъ. Когда имѣетъ мѣсто тотъ или другой случай—вопросъ факта. Предположеніе идетъ въ пользу самостоятельности каждаго изъ нѣсколькихъ прокурисовъ. Противуположное должно быть доказываемо. Если все прокурисы образуютъ собою одно цѣлое, то все акты торговаго дома должны быть совершаемы отъ ихъ общаго имени и за подписью всехъ ихъ. Если же прокурисы самостоятельны, то каждый изъ нихъ замѣняетъ собою личность принципала²⁾.

Просига устанавливается посредствомъ точнаго обозначенія въ

¹⁾ Anschütz, стр. 394.

²⁾ Endemann и Beseler ib.; Anschütz, стр. 319 и 320.

вѣрющемъ письмѣ или инымъ образомъ письменно, что лицу, назначенному представителемъ фирмы, предоставляется право прокурита¹⁾.

Объ установленіи и прекращеніи прокуры должно быть заявлено въ коммерческомъ судѣ и записано въ торговый регистръ (торг. код., art. 45). При этомъ прокурить туда же сообщаетъ наименованіе фирмы и свою собственную подпись. Обыкновенно объ этомъ рассылаются циркуляры, публикуется въ газетахъ и пр. Но званіе прокурита не обуславливается всѣми этими формальностями²⁾. Онъ сохраняетъ это свое званіе и помимо выполненія указанныхъ обрядностей. Это весьма естественно. Установленный закономъ формы имѣютъ цѣлю придать прокурѣ больше безспорности, прочности и этимъ оградить интересы третьихъ, стороннихъ лицъ, входящихъ въ сношеніе съ учрежденіемъ, котораго представителемъ является прокурить. Но само просига устанавливается волею принципала до исполненія означенныхъ обрядностей. Въ книгу вносится готовое, установившееся просига. Поэтому прокура приобретаетъ юридическую силу независимо отъ выполненія этихъ формъ. Всѣ дѣйствія, совершенныя прокуритомъ до выполненія всѣхъ установленныхъ закономъ обрядностей, имѣютъ для принципала полную обязательную силу. Единственное послѣдствіе, которое влечетъ за собою неисполненіе предписанныхъ закономъ формъ, состоитъ въ наложеніи на лицъ, обязанныхъ ихъ выполнить, штрафа (art. 45).

Подпись прокурита содержитъ въ себѣ наименованіе фирмы, которой онъ является представителемъ, съ прибавленіемъ его имени. Если прокуритовъ нѣсколько и они всѣ образуютъ одно просига, то должны быть подписи всѣхъ ихъ (art. 44); но дѣйствія и сдѣлки прокурита сохраняютъ силу и въ томъ случаѣ, если онѣ совершены и не за подписью фирмы, если только изъ обстоятельствъ обнаруживается, что онѣ учинены въ интересахъ фирмы (art. 52). Вообще, говоритъ Аншютцъ и Фольдерндорфъ (стр. 391), если третьему лицу известно просига или полномочіе

¹⁾ Art. 41; Beseler, стр. 898. Hahn (art. 41, § 3) говоритъ, что установленіе просига можетъ быть и молчаливое: если принципалъ дозволяетъ лицу подписываться прокуритомъ, то онъ этимъ фактически выражаетъ свое согласіе на дѣятельность того лица, какъ прокурита.

²⁾ Endemann, стр. 137; Anschütz и Völderndorf, стр. 342.

контрагента, то юридическое отношеніе должно быть признано установившимся между первымъ и принципаломъ, хотя бы представитель и не дѣйствовалъ отъ имени послѣдняго, если только этому не противорѣчитъ существо, природа сдѣлки. Это вполнѣ подтверждаетъ выраженный нами выше (стр. 27—29) взглядъ, что въ представительствѣ роль играетъ не одно имя, не одна внѣшность, но и дѣйствительное существо дѣла, внутреннее сознаніе, воля участниковъ.

Прокурить можетъ завѣдывать торговымъ предпріятіемъ самъ одинъ или вмѣстѣ съ хозяиномъ онаго. Но и въ послѣднемъ случаѣ прокурить считается самостоятельнымъ представителемъ предпріятія¹⁾.

Просига, данное на управленіе одною изъ нѣсколькихъ торговыхъ фирмъ принципала, ограничивается сферою дѣятельности одной этой фирмы. Но если подъ одною фирмою существуетъ центральный торговый домъ съ отдѣленіями, то полномочіе прокурита, завѣдывающаго первымъ, распространяется и на сферу дѣятельности послѣднихъ, хотя бы они были и въ другомъ городѣ (Anschütz, стр. 335).

Прокурить имѣетъ право уполномочивать и другихъ лицъ на веденіе дѣлъ фирмы въ качествѣ повѣренныхъ; но передавать всю полноту своего полномочія, т. е. самое просига, онъ своею собственною властію, безъ разрѣшенія принципала, не вправе (art. 53). Просига переноситъ торговую личность одного лица на другаго. Совершить такое перемѣщеніе правъ можетъ лишь лице ими обладающее, т. е. принципалъ, хозяинъ фирмы, но не прокурить, который является лишь его замѣстителемъ, представителемъ, но самостоятельно, въ своемъ лицѣ, этихъ правъ не имѣетъ.

Просига прекращается отказомъ хозяина предпріятія или прокурита, смертію послѣдняго и закрытіемъ торговаго дома. Но смерть хозяина не прекращаетъ просига. Въ семъ случаѣ необходимо еще устраненіе прокурита наследниками принципала. Торговая личность (фирма) не прекращаетъ своего существованія со смертію принципала; поэтому одинъ фактъ его смерти не можетъ еще устранить представителя фирмы²⁾.

¹⁾ Beseler, § 218; Anschütz и Völderndorf, стр. 331.

²⁾ Art. 54. Ср. Endemann, стр. 138; Anschütz, стр. 398. Ограниченіе суще-

Выше (стр. 109, прим. 1) мы уже говорили, что въ товариществѣ устанавливаются и прекращаются прокура можетъ, въ отношеніи третьихъ лицъ, каждый изъ товарищей, уполномоченныхъ представлять товарищество (art. 118).

Если объ уничтоженіи просига не занесено въ торговый регистръ и не объявлено публично, то принципаль можетъ сослаться на уничтоженіе просига по отношенію къ третьимъ лицамъ, въ томъ лишь случаѣ, если онъ докажетъ, что оно было извѣстно симъ послѣднимъ при совершеніи сдѣлки. Если же эти формальности были выполнены, то прекращеніе просига получаетъ обязательную силу для третьихъ лицъ, за исключеніемъ лишь случая, когда они докажутъ, что они оставались въ невѣдѣніи относительно этого обстоятельства (art. 46).

Изъ этого постановленія видно, что какъ возникновеніе, такъ и прекращеніе просига не поставлено въ безусловную зависимость отъ внесенія въ регистръ. Съ момента уничтоженія его принципаломъ, просига прекращаетъ свое существованіе. Съ этого момента принципаль не приобретаетъ чрезъ прокуриса никакихъ *правъ*. *Обязанности* же, установленныя послѣ этого момента прокурисомъ, переходятъ на принципала до тѣхъ поръ, пока онъ не докажетъ, что третьи лица, съ которыми прокурисъ вступилъ въ отношеніе, знали объ уничтоженіи просига. Напротивъ, если фактъ уничтоженія просига отмѣченъ въ регистръ, то принципаль свободенъ и отъ *обязанностей*, установленныхъ прокурисомъ. Противуположное можетъ имѣть мѣсто въ томъ лишь случаѣ, если третьи лица докажутъ, что они лишены были возможности знать о прекращеніи просига. Такимъ образомъ внесеніе въ регистръ служитъ лишь юридическимъ *предположеніемъ* въ пользу *знанія* третьими лицами объ уничтоженіи просига; невнесеніе — въ пользу *незнанія* ими объ этомъ обстоятельстве¹⁾.

Существованіе просига лишь на время жизни принципала недействительно, въ силу вышеприведеннаго art. 43 торг. улож. (Thöl, ib.; Hahn, art. 54, § 6).—Правило это вызвано потребностями торговаго оборота: коммерческое предпріятіе не должно приостановить свою дѣятельность со смертію принципала; это могло бы вредно отразиться на интересахъ какъ самаго предпріятія, такъ и лицъ, входящихъ съ нимъ въ соприкосновеніе.

¹⁾ Endemann, стр. 138; Anschütz и Völderndorf, стр. 343 и 344. Тѣмъ же, вообще слѣдуетъ выходить изъ той точки зрѣнія, что уничтоженіе просига

Въ германскомъ торговомъ кодексѣ имѣется еще постановленіе, въ силу котораго прокурису запрещается, безъ разрѣшенія хозяина фирмы, производить торговлю на свой счетъ и за счетъ третьихъ лицъ. Въ случаѣ неисполненія прокурисомъ этого постановленія, принципаль вправе отъ него требовать возмѣщенія понесенныхъ имъ отъ этого убытковъ. Хозяину предоставляется также эти торговые обороты прокуриса принять на свой счетъ (art. 56).

Это постановленіе имѣетъ очевидною цѣлю охранять интересы торговыхъ домовъ и предотвратить неблагоприятныя послѣдствія, которыя могутъ для нихъ возникнуть отъ столкновенія съ личными интересами прокурисовъ, если послѣдніе будутъ производить торговые обороты на свой счетъ¹⁾.

Таковы общія понятія о просига германскаго права.

Изъ этого очерка легко замѣтить, что, за немногими исключениями²⁾, прокурисъ, по своему юридическому положенію, сравненъ съ associé-gérant полнаго товарищества. Сфера дѣятельности того и другаго создана по одному и тому-же юридическому типу. Въ этомъ нѣтъ ничего удивительнаго. Мысль, которая легла въ основу дѣятельности этихъ торговыхъ представителей, одна и таже. Мысль эта заключается въ объективированіи предъ третьими, сторонними лицами сферы дѣятельности представителей торговыхъ

должно имѣть мѣсто въ томъ же порядкѣ, какимъ произошло и установленіе онаго. Если объ установленіи просига было обнародовано циркулярами или въ газетахъ, то этимъ же порядкомъ должно послѣдовать и уничтоженіе онаго. Иначе стороннія лица имѣютъ основаніе доказывать, что послѣднее имъ было неизвѣстно. Это основаніе можетъ быть опровергнуто лишь асными, фактическими данными (ср. Hahn, art. 54).

¹⁾ Подобное же постановленіе имѣется и въ испанскомъ торговомъ кодексѣ, который запрещеніе представителю торговой фирмы производить отъ своего имени или отъ имени стороннихъ лицъ, самостоятельные торговые обороты; ограничиваетъ тѣми лишь дѣлами, которыя входятъ въ кругъ дѣятельности фирмы хозяина. Въ случаѣ нарушенія прокурисомъ этого запрещенія, принципаль вправе получить барышъ, произшедшій отъ этихъ оборотовъ представителя, не принимая на свой счетъ произтекающіе отъ нихъ убытки. (Manuel de droit commercial français et étranger par Hoehster, Sacré et Oudin, 1874 г., стр. 82.) Таковаго же характера постановленіе встрѣчается и во французскомъ торговомъ кодексѣ относительно управляющихъ дѣлами товариществъ и обществъ (Code de commerce, tit. III de sociétés, art. 40).

²⁾ Такъ associé-gér. имѣетъ, какъ мы видѣли, (стр. 108, прим. 1 и 109, прим. 1), по германскому торговому кодексу, право устанавливать прокуру, отчуждать и закладывать недвижимое имѣніе товарищества. Прокурисъ же подобныхъ правъ не имѣетъ.

домовъ, товариществъ. Стоять ли во главѣ торговаго предпріятія его же участники, товарищи или же стороннія лица, прокуристы — все равно. Въ томъ и другомъ случаѣ мысль эта сохраняетъ одинаковое значеніе и можетъ и должна оставаться неизмѣнною.

У насъ встрѣтился на практикѣ весьма интересный случай гросига, который, въ свое время, надѣлалъ много шума въ нашемъ торговомъ мірѣ. На этомъ случаѣ мы считаемъ необходимымъ остановиться довольно подробно, такъ какъ онъ намъ наглядно докажетъ какъ возникаетъ и существуетъ гросига у насъ въ жизни. Это дѣло представитъ намъ также возможность разобрать нѣсколько интересныхъ вопросовъ торговаго представительства. Но, главнымъ образомъ, дѣло это доказываетъ, какъ далеко отстало наше торговое законодательство отъ потребностей жизни. Коммерческая жизнь развилась у насъ, въ послѣднее время, чрезвычайно быстро. Она заимствовала изъ западной Европы всѣ тѣ учрежденія, которыя ей необходимы для расширившагося торговаго оборота и для сношенія съ торговымъ рынкомъ Европы. Законодательство же наше не успѣло послѣдовать за этимъ быстрымъ шествіемъ жизни. Жизнь далеко ушла; законодательство отстало. Законодательство наше не успѣло создать для всѣхъ, заимствованныхъ жизнью, учреждений соотвѣтствующія нормы. Вслѣдствіе этого, нѣкоторыя изъ этихъ учреждений остаются безъ твердой, легальной основы и висятъ какъ бы въ воздухѣ. Къ новымъ, развившимся учреждениямъ приходится прилагать старую, обветшалую мѣрку. На взрослога человѣка приходится одѣвать платье, которое онъ носилъ въ дѣтствѣ. Къ гросига остается примѣнять понятія о довѣренности. Легко понять какаю невообразимую путаницу должна отъ этого произойти на практикѣ ¹⁾

¹⁾ Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что, указанная въ текстѣ, систематическая разработка понятія о гросига и возведеніе этого вида представительства на степень самостоятельнаго института, существенно отличающагося отъ довѣренности — встрѣчается, главнымъ образомъ, въ одномъ лишь германскомъ торговомъ кодексѣ. Прокура и составляетъ нововведеніе этого кодекса, вызванное потребностями торговаго оборота. Остальныя, намъ извѣстныя, европейскія законодательства представляютъ собою по этому предмету большое разнообразіе. Одни изъ этихъ законодательствъ (какъ французское и итальянское) вовсе оставляютъ гросига безъ отдѣльнаго, самостоятельнаго нормированія. Другія же (какъ англійское и испанское), придавая гросига нѣкоторыя характеристическія особенности, отличающія его отъ довѣренности, во многомъ сравниваютъ и смѣ-

Слб. 1-й гильдіи купецъ, Иванъ Николаевичъ Соколовъ, въ сентябрѣ 1869 г., разослалъ слб. купечеству циркуляръ слѣдующаго содержанія: «Милостивый Государь, симъ имѣю честь увѣдомить Васъ, что, съ содѣйствіемъ вкладчиковъ, я открылъ съ 1 сентября сего года торговый домъ подъ фирмою «И. Н. Соколовъ и К^о», для производства всѣхъ, закономъ дозволенныхъ, торговыхъ операций. Управление и завѣдываніе дѣлами моей банкирской конторы я поручилъ г. С. А. Берендсу. Контора помѣщается тамъ то. Извѣщая Васъ объ этомъ, покорнѣйше прошу почтить меня Вашимъ довѣріемъ и замѣтить нижеслѣдующія подписи. Съ совершеннымъ почтеніемъ имѣю честь быть И. Н. Соколовъ и К^о. И. Н. Соколовъ будетъ подписывать: «И. Н. Соколовъ и К^о»; С. А. Берендсъ будетъ подписывать: «по дов. И. Н. Соколовъ и К^о., С. А. Берендсъ» ¹⁾.

Соколовъ выдалъ еще Берендсу вѣрующее письмо слѣдующаго содержанія: «уполномочиваю Васъ управлять всѣми дѣлами моей банкирской конторы въ С.-Петербургѣ, а именно: имѣть ежедневное по дѣламъ и операциямъ сей конторы на слб. биржѣ, всѣ фонды, акціи, облигаціи и другія государственныя и частныя процентныя бумаги за счетъ третьихъ лицъ на всякую сумму... покупать и продавать, а за счетъ конторы производить покушки на сумму не свыше ея основнаго капитала, съ тѣмъ, чтобы покупка бумагъ на сроки производилась по обоюдному моему съ Вами согласію ²⁾; въ случаѣ неполученія денегъ по векселямъ

пинимаютъ эти два вида представительства (Mauel и пр. стр. 71—80). Но изъ изложеннаго въ текстѣ, читатели легко могли убѣдиться какъ рациональнъ начала гросига, выработанныя германскимъ правомъ. Они вызваны настоятельными потребностями жизни. Поэтому начала эти, при разработкѣ вопроса о существѣ гросига, должны получить громадное, первенствующее значеніе. Всего ближе подходитъ, по разсматриваемому предмету, къ германскому праву американское законодательство, которое своими подробными постановленіями о гросига придаетъ этому виду представительства отсчетокъ самостоятельности, рѣзко отличающей его отъ довѣренности (ib., стр. 80—82).

¹⁾ Подобный циркуляръ, разосланный по купечеству, при открытіи торговаго дома, приведенъ нами и выше, стр. 118.

²⁾ Это условіе, согласно вышензложенному взгляду германскаго права (art. 43; см. выше, стр. 129), не имѣло бы обязательной силы для третьихъ лицъ. По отношенію къ третьимъ лицамъ имѣла бы, согласно этому праву, полную юридическую силу и покупка бумагъ на сумму свыше основнаго капитала конторы

протестовать оные, съ должниковъ деньги взыскивать и въ получении оныхъ росписываться за меня; изъ почтамта принимать подъ Вашу росписку всё присылаемыя на имя моей конторы суммы, посылки, бумаги и письма, вносить въ государственный и частные банки на хранение и текущій счетъ процентныя бумаги и деньги; однимъ словомъ, производить всё, дозволенные закономъ и обычаями биржи, банкирскія операціи и дѣйствовать во всемъ въ пользу и къ выгодѣ моей конторы». Довѣренность эта подписана: «спб. 1-й гильдіи купцомъ Иваномъ Соколовымъ, по отчеству Николаевымъ».

Этой торговой конторѣ «И. Н. Соколовъ и К^о» генераль-лейтенантъ Колосовскій выдалъ на нѣсколько десятковъ тысячъ векселей. Векселя эти были учтены Берендсомъ въ Спб. Международномъ Коммерческомъ Банкѣ. На этихъ векселяхъ имѣется надпись Берендса слѣдующаго содержания: «заплатите приказу Спб. Международнаго Коммерческаго Банка; по дов. И. Н. Соколовъ и К^о, С. А. Берендсъ».

Впослѣдствіи контора «И. Н. Соколовъ и К^о» сдѣлалась несостоятельною. Международный Банкъ предъявилъ означенные векселя ко взысканію съ Колосовскаго. Послѣдній предъявилъ въ спб. коммерческомъ судѣ къ Международному Банку искъ, доказывая, что банкъ не можетъ считаться по этимъ векселямъ законнымъ векселедержателемъ. Искъ свой Колосовскій основывалъ, главнымъ образомъ, на томъ, что Берендсъ не былъ вѣрющимъ письмомъ уполномоченъ на переучетъ векселей конторы «И. Н. Соколовъ и К^о» (т. XI, уст. о векс. ст. 541, п. 6 и ст. 558) и что Соколовъ подъ довѣренностію подписался не «И. Н. Соколовъ и К^о», а «спб. 1-й гильдіи купецъ И. Н. Соколовъ».

Коммерческій судъ Колосовскому въ искѣ отказалъ. Въ д-тѣ сената по этому дѣлу возникло разногласіе. Вслѣдствіе сего, дѣло это поступило на разсмотрѣніе общаго собранія сената, которое отмѣнило рѣшеніе коммерческаго суда и признало, что Берендсъ не имѣлъ права переучитывать векселя и что поэтому претензія Междун. Банка по векселямъ Колосовскаго не подлежитъ удо-

и совершенная безъ обоюднаго согласенія прокуриста съ принципаломъ. Но прокуристъ, въ случаѣ нарушенія этого условія, подлежалъ бы за это отвѣтственности предъ своимъ хозяиномъ.

влетверенію. По всеподданнѣйшей жалобѣ Междун. Банка, дѣло это поступило на разсмотрѣніе государственнаго совѣта, который отмѣнилъ рѣшеніе общаго собранія сената и оставилъ въ силѣ рѣшеніе коммерческаго суда¹⁾.

Что въ приведенномъ нами случаѣ рѣчь идетъ о росига — въ этомъ врядъ ли возможно малѣйшее сомнѣніе. Это ясно видно изъ содержанія вѣрющаго письма, въ которомъ Берендсу предоставлено «производить, *всѣ* дозволенные законами и обычаями биржи, банкирскія операціи». Это еще болѣе несомнѣнно явствуетъ изъ циркуляра, въ которомъ сказано, что Берендсу предоставлено управление и завѣдываніе дѣлами банкирской конторы «Соколова и К^о» и что онъ будетъ подписываться: «*по дов.* И. Н. Соколовъ и К^о, С. А. Берендсъ». Выраженіе «*по дов.*» (*по доверію*) соответствуетъ у насъ въ жизни, употребляемымъ въ германской торговой практикѣ, буквамъ р. р., т. е. *per procura*.

При существованіи вышеизложенныхъ постановленій о росига, въ Германіи споръ, подобный приведенному, врядъ ли былъ бы возможенъ. Во всякомъ случаѣ на искъ, подобный предъявленному Колосовскимъ, тамъ не обратили бы ни малѣйшаго вниманія. Это дѣло служить лучшимъ доказательствомъ раціональности началъ германскаго права о росига. На самомъ дѣлѣ утверждать, что прокуристъ не вправѣ переучитывать векселя — въ высшей степени странно. Переучетъ векселей составляетъ существенную основу банкирскихъ операцій. Безъ переучета векселей подобныя операціи обыкновенно почти невозможны. Прокуристъ банкирской конторы, который не вправѣ переучитывать векселя, почти тоже, что присяжный повѣренный, который не имѣлъ бы права вести гражданскія дѣла, докторъ, который былъ бы лишень права лечить отъ нѣкоторыхъ серьезныхъ болѣзней... Между тѣмъ у насъ приведенное дѣло возбудило столько споровъ, колебаній и сомнѣній и проходило столько инстанцій!..

Рѣшеніе общаго собранія по дѣлу Международнаго Банка съ Колосовскимъ, въ свое время, произвело переломъ въ нашемъ

¹⁾ Рѣшенія по этому дѣлу Коммерч. суда, Сената и Гос. Совѣта помѣщены въ «Практикѣ Коммерческаго Суда» за 1874 г. (№ 30). Подробныя же обстоятельства этого дѣла, въ которомъ пишущій эти строки лично участвовалъ со стороны Международнаго Банка, приведены въ текстѣ изъ подлиннаго дѣла.

торговомъ мѣрѣ. Въ этомъ нѣтъ ничего удивительнаго. Общее собраніе признало, что, по смыслу выданной ему довѣренности, Берендсъ не имѣлъ права переучитывать векселя Колосовскаго. Но требовать, чтобы наши торговые дома и банки держали, при своихъ операціяхъ, въ одной рукѣ довѣренности прокуристовъ, а въ другой X или XI св. зак. — значить почти объявить смертный приговоръ всей дѣятельности банковъ. Самое званіе прокуриста должно освободить отъ обязанности справляться съ предѣлами его полномочія. Тутъ не должны быть допускаемы никакія сомнѣнія и колебанія. Объективность и неограниченность полномочія — составляетъ жизненную основу рросига. Въ этомъ весь *raison d'être* этого института.

Итакъ, приведенный случай указываетъ на весьма важный пробѣлъ въ нашемъ торговомъ законодательствѣ, восполненіе котораго вынуждается насущными потребностями жизни.

Весьма важный вопросъ заключается въ томъ: какое значеніе имѣютъ у насъ, для установленія рросига, циркуляры, въ родѣ вышеприведеннаго, которые рассылаются по купечеству? Могутъ ли они служить достаточнымъ удостовѣреніемъ о существованіи прокурора?

Не лишне также интереса вопросъ о значеніи довѣренности, выданной Берендсу Соколовымъ отъ своего собственнаго имени.

Скажемъ прежде всего нѣсколько словъ о значеніи довѣренности, выданной прокуристу отъ имени самого представителя товарищества на вѣрѣ. Подобные случаи могутъ встрѣтятся на практикѣ. Тутъ важенъ не отдѣльный случай, а общее правило.

Съ точки зрѣнія иностраннаго права, вопросъ этотъ не можетъ и возбуждать какой-либо споръ. Мы, именно, видѣли выше (стр. 109—110, 117 и 132), что, по германскому торговому кодексу, дѣйствія товарища и прокуристовъ обязательны для всего товарищества и въ томъ случаѣ, когда они совершены ими отъ своего собственнаго имени, если только изъ обстоятельствъ дѣла обнаруживается, что они имѣли цѣльно интересы не представителей, а торговаго предприятия¹⁾. А что довѣренность, выданная Берендсу Соколовымъ

¹⁾ Тѣль (ib. 2) говоритъ, что обозначеніе въ подписи прокуриста фирмы торговаго дома необходимо для большей точности, для устраненія недоразумѣній; но опущеніе этого не влечетъ за собою неблагоприятныхъ послѣдствій. Ср. также и Hahn, комм. къ art. 44, § 2.

отъ своего имени, имѣла въ виду интересы товарищества Соколова и К^о — въ этомъ не можетъ быть и сомнѣнія: довѣренность выдана Берендсу на управленіе дѣлами торговаго дома «Соколовъ и К^о».

Мы нисколько не сомнѣваемся въ томъ, что такое же разрѣшеніе долженъ получить разсматриваемый вопросъ и въ нашей практикѣ. Необходимо лишь припомнить юридическое существо товарищества на вѣрѣ.

Товарищество на вѣрѣ (*la société en commandite*) состоитъ изъ одного или нѣсколькихъ товарищей съ приобщеніемъ одного или нѣсколькихъ вкладчиковъ (т. XI, ч. 2, ст. 772). Вкладчики (*commanditaires*) не вправѣ вступать отъ имени товарищества въ какія-либо юридическія отношенія со сторонними лицами (т. XI, ст. 774; германск. торг. улож., art. 158; Code de commerce, art. 27). Предъ сторонними лицами отвѣтствуютъ лишь ихъ вклады (т. XI, ст. 775; германск., art. 165; фр., art. 26). Вся юридическая дѣятельность товарищества на вѣрѣ отправляется одними лишь товарищами (т. XI, ст. 772, 773 и 775; герм. торг. улож., art. 158). Изъ всего этого видно, что вкладчики никакой юридической роли въ сношеніяхъ товарищества со сторонними лицами не играютъ. Личность товарищества сосредоточивается и сливается съ одними лишь товарищами, которые суть его представители. Изъ этого несомнѣнно явствуетъ, что, при обсужденіи юридической дѣятельности товарищества на вѣрѣ въ сношеніяхъ съ третьими, сторонними лицами, необходимо лишь обращать вниманіе на ту роль, которую играютъ въ ней одни товарищи. Положеніе вкладчиковъ дѣло вполне безразличное¹⁾.

Личность торговаго дома «И. Н. Соколовъ и К^о» сосредоточивалась и воплощалась въ одномъ лишь Соколовѣ. Личность перваго всецѣло сливалась съ лицомъ послѣдняго. Третьи, сторонніе лица только и знали и должны были знать одного Соколова. До вкладчиковъ имъ не было никакого дѣла. Были ли у Соколова вкладчики и какіе именно — это для стороннихъ лицъ вопросъ вполне безразличный. Еслибъ Соколовъ объявлялъ, что онъ открываетъ контору отъ своего имени и К^о и у него компаніоновъ вовсе не

¹⁾ Ср. Beseler, deutsches Privatrecht, § 223; Pradier-Fodéré, Précis de droit commercial etc., стр. 109—111.

оказалось бы, — то положеніе третьихъ лицъ отъ этого нисколько бы не измѣнилось. Для нихъ важенъ былъ Соколовъ и основной капиталъ его конторы. Чей это капиталъ — все равно. Словомъ, по отношенію къ третьимъ лицамъ, торговый домъ «И. Н. Соколовъ и К^о» и «С.-Петербургскій 1-й гильдіи купецъ Ив. Ник. Соколовъ» — термины юридически вполне однозначущіе. Но, само собою понятно, что, при такомъ положеніи дѣла, употребленіе одного изъ этихъ терминовъ, вмѣсто другаго, не можетъ имѣть значеніе для третьихъ лицъ. Если вкладчики роли не играютъ, то опущеніе, при подписи, буквъ «и К^о», должно явиться дѣломъ вполне безразличнымъ.

Итакъ, *спрятое письмо, выданное отъ своего имени представителемъ товарищества на вѣрѣ по дѣламъ товарищества, должно быть признано равносильнымъ спрятому письму самого товарищества.*

Эти соображенія могутъ служить новымъ подтвержденіемъ нашего взгляда на существо представительства, изложеннаго выше (стр. 27—32).

Относительно юридическаго значенія циркуляровъ, рассылаемыхъ по купечеству, замѣтимъ слѣдующее:

На основаніи 766 ст. т. XI, ч. 1, которая, въ силу ст. 772 того тома, примѣнима и къ товариществу на вѣрѣ, торговый домъ *не иначе можетъ быть открытъ и не иначе получаетъ гражданское и торговое знаменованіе, какъ по предварительномъ обвѣщеніи о томъ купечества печатными листами и по внесеніи въ магистратъ или въ думу выписки изъ своихъ взаимныхъ постановленій.*

Такимъ образомъ, оповѣщенія или циркуляры, рассылаемые по купечеству, являются *учрежденіемъ, установленнымъ закономъ.*

Въ дѣлѣ международнаго банка съ Колосовскимъ было выражено мнѣніе, будто циркуляры составляютъ лишь фактическое увѣдомленіе купечества объ открытіи торговаго дома и никакого юридическаго значенія не имѣютъ. Съ этимъ мнѣніемъ, никоимъ образомъ, нельзя согласиться.

Законодатель не торговый посредникъ, не спекуляторъ, не аферистъ. Законъ не указываетъ купечеству на способы, коими оно можетъ распространять свои торговые обороты и доводить о нихъ до свѣдѣній публики. Законъ не можетъ предписать купечеству про-

изводить публикаціи и дѣлать рекламы съ одною лишь спекуляторскою цѣлью. Это ниже достоинства закона. Законъ формулируетъ лишь юридическую сторону торговой жизни. *Все, что устанавливается закономъ для нормированія торговаго оборота, имѣетъ юридически-обязательную силу.* Но юридическая сила циркуляра можетъ и должна лишь заключаться въ томъ, что *все содержаніе его обязательно для лица, подписавшаго и разославшаго его.* Если Соколовъ въ циркулярѣ, разосланномъ купечеству, заявилъ, что Берендсъ будетъ подписываться отъ имени его торговой фирмы, то подпись перваго должна вполне замѣнять собою подпись послѣдней. Иначе циркуляръ обратится въ пустую, безсодержательную рекламу. *Итакъ, просига и у насъ можетъ быть установлена циркуляромъ. Циркуляръ замѣняетъ собою актъ полномочія.*

Это вполне согласно съ вышеприведеннымъ взглядомъ на этотъ предметъ германскаго права, по которому прокура можетъ быть установлено не только довѣренностию, но и всякимъ другимъ актомъ, удостоверяющимъ объ его возникновеніи и существованіи (art. 41).

Возможно ли лучшее удостовѣреніе о назначеніи лица прокуроромъ, чѣмъ положительное указаніе объ этомъ въ циркулярѣ, рассылаемомъ по купечеству? Нѣмецкіе юристы признаютъ даже, что прокура можетъ быть установлена посредствомъ публикаціи въ газетахъ ¹⁾. Но, очевидно, что циркуляры, подписываемые принципаломъ и обращаемые къ извѣстнымъ представителямъ купечества, стоятъ гораздо выше безличныхъ объявленій и публикацій ²⁾. Такой способъ назначенія прокуры весьма естественный.

¹⁾ Anschütz и Völderndorff, стр. 316, прим. 15.; Hahn, art. 41, § 3 и др.

²⁾ Нѣмецкіе юристы прямо указываютъ на циркуляры и письма, рассылаемые по купечеству, какъ на способъ установленія прокуры (Гольдшмидтъ, Gutachten и проч., стр. 35 и 36; Anschütz, стр. 317; Hahn, art. 41, § 3). Hahn говоритъ, что установленіе просига производится посредствомъ циркуляровъ, объявленій въ газетахъ и вообще путемъ извѣщеній, которыя, по свойству своему, относятся не къ отдѣльнымъ лицамъ, но къ цѣлой публикѣ. Гольдшмидтъ справедливо замѣчаетъ, что одно внесеніе просига въ регистръ не удовлетворяетъ потребностямъ торговаго оборота. Свѣдѣнія, содержащіяся въ регистрѣ, не получаютъ широкаго распространенія. Гораздо большую извѣстность получаетъ установленіе просига путемъ циркуляровъ, публикацій въ газетахъ и пр.—Нисколько не сомнѣваемся, что эти, снѣшкомъ простыя и рациональныя, мысли вполне примѣнимы и у насъ на практикѣ.

По закону (ст. 767 т. XI, ч. 1) въ выпискѣ, которую товарищи представляютъ въ думу, должно быть означено: 1) родъ товарищества, полного или на вѣрѣ; 2) имя, отчество, прозваніе, жительство и званіе товарищей; 3) *подпись и печать тѣхъ товарищей, которые уполномочены непосредственно править и распоряжатъ дѣлами*; 4) количество капитала, составленнаго товарищами.

Законъ предвидитъ лишь случай, когда управленіе торговымъ домомъ поручено одному изъ товарищей фирмы. Но, очевидно, что этотъ же порядокъ долженъ быть соблюдаемъ и въ томъ случаѣ, когда управленіе торговымъ домомъ, т. е. гроссига, будетъ предоставлено стороннему лицу. И въ этомъ случаѣ подпись и печать прокуриста должны быть предъявлены въ думу.

Но врядь ли возможно сомнѣваться въ томъ, что невнесение прокура въ регистръ не лишаетъ его юридической силы по отношенію къ третьимъ, стороннимъ лицамъ. Невнесение гроссига въ думу составляетъ упущеніе однихъ товарищей торговаго дома. Стороннія лица не могутъ и не должны слѣдить за выполненіемъ этими товарищами своихъ обязанностей. Но упущеніе можетъ быть поставлено въ вину лишь тому лицу, которое его допустило. Вслѣдствіе сего, на этомъ упущеніи могутъ лишь основываться возраженія третьихъ лицъ противъ товарищей, но не наоборотъ. Точно также одни изъ третьихъ лицъ не могутъ противопоставить это обстоятельство другимъ, стороннимъ лицамъ. Вышеприведенное положеніе германскаго права, по которому гроссига имѣетъ юридическую силу и до внесенія онаго въ регистръ, слишкомъ естественно, рационально и практично, чтобы не получить примѣненія и въ нашемъ быту¹⁾.

¹⁾ Въ дѣлѣ Международнаго Банка съ Колосовскимъ, послѣдній, между прочимъ, сослался на то, что, при учрежденіи торговаго дома «И. Н. Соколовъ и К^о», не были соблюдены формальности, требуемыя ст. 766 и 767 т. XI и что поэтому торговый домъ этотъ, въ силу 771 ст. т. XI, не возмѣялъ юридическаго существованія. Онъ этимъ хотѣлъ доказать, что Берендъ не могъ переучитывать векселя отъ имени несуществовавшаго торговаго дома. Но нечего, кажется, доказывать, что означенное упущеніе могло бы быть противопоставлено одному лишь Соколову, на которомъ лежала обязанность исполнить постановленія, изложенныя въ ст. 766 и 767 1 ч. т. XI. Но оно не могло служить возраженіемъ противъ сторонняго лица, Международнаго Банка, которому нѣтъ дѣла до исполненія тѣхъ обязанностей, которыя лежали на Соколовѣ. Эта мысль, очевидно,

И такъ, въ нашемъ законѣ указанъ лишь порядокъ установленія гроссига. Но въ чемъ заключается юридическое существо этого института, какъ велика область дѣятельности прокуриста — объ этомъ въ законѣ ничего не сказано.

Весьма важный и капиталный шагъ въ развитіи и упроченіи въ нашемъ юридическомъ быту понятія о гроссиге — сдѣлалъ государственный совѣтъ въ Высочайше утвержденномъ мнѣніи своемъ по приведенному дѣлу международнаго банка съ Колосовскимъ. Это мнѣніе высшаго, судебнаго-законодательнаго учрежденія имѣетъ весьма важное значеніе для разбираемаго нами предмета; поэтому считаемъ необходимымъ сдѣлать изъ него выписку.

Торговые дома и въ особенности банкирскія конторы, говорить государственный совѣтъ, производятъ многочисленныя, ежедневныя операціи съ разными лицами и другими домами, причѣмъ нѣтъ никакой возможности ставить въ обязанность лицамъ, вступающимъ съ ними въ сдѣлки, требовать предъявленія документовъ, на основаніи которыхъ торговый домъ учрежденъ и въ которыхъ опредѣлялось бы, кому и на какихъ правахъ предоставлено управленіе домомъ или завѣдываніе дѣлами его. Предъявленіе управляющимъ торговымъ домомъ данной ему довѣренности или другаго акта уполномочія при заключеніи каждой сдѣлки и при совершеніи каждой торговой операціи — представляется дѣломъ положительно невыполнимымъ. Поэтому и требуется обвѣщеніе товарищества, въ которомъ означаются, между прочимъ, подписи лицъ,

легла и въ основу art. 56, Tit. III, Code de commerce, который гласитъ: les formalités prescrites par l'article précédent et par le présent article (т. е. о внесении выписки товарищества въ регистръ) seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés. Это постановленіе слѣдуетъ лишь дополнить тѣмъ соображеніемъ, что опущеніе указанныхъ формальностей не можетъ, въ одинаковой мѣрѣ, быть противопоставляемо и однимъ третьимъ лицомъ другому. Основаніе, принципъ тутъ тотъ же, какъ и при возраженіяхъ, дѣлаемыхъ товарищемъ торговаго дома въ отношеніи третьихъ лицъ. По всеобщему германскому торговому уложенію, за дѣятельность товарищества на вѣрѣ, начавшуюся до оффиціальнаго занесенія его въ регистры торговаго суда, даже вкладчики отвѣтствуютъ предъ третьими лицами не только одними своими вкладами, но и лично; противоположное имѣетъ мѣсто въ томъ лишь случаѣ, когда будетъ доказано, что третьи лица знали объ ограниченной отвѣтственности первыхъ одними своими вкладами. (art. 163). Это объясняется тѣмъ, что, до соблюденія всѣхъ формальностей, товарищество на вѣрѣ разсматривается какъ полное (Makover, стр. 167, прим. 18).

уполномоченных на управление домомъ. *Подпись такихъ лицъ, о коихъ объявлено въ объявленіяхъ, должна быть признаваема подписью торговаго дома или фирмы, и каждый, вступающій въ сдѣлку съ товариществомъ, имѣетъ полное основаніе вѣрить таковой подписи, какъ подписи самаго торговаго дома, ибо когда торговый домъ объявилъ официально, что сдѣлки, имъ заключаемыя, будутъ за подписью указанного въ объявленіи лица, не сдѣлавъ при этомъ никакого ограниченія относительно рода сдѣлокъ, то каждая сдѣлка, этимъ лицомъ отъ имени торговаго дома подписанная, должна быть несомненно признаваема обязательною для торговаго дома. Если допустить иное толкованіе, то это, въ высшей степени, затруднило бы всякія операціи между торговыми домами и подорвало бы довѣріе къ подписямъ торговыхъ фирмъ... Хотя, говоритъ далѣе государственный совѣтъ, на основаніи 558 статьи устава о векселяхъ, передаточныя на оныхъ надписи должны быть дѣлаемы передавателемъ или его законо-уполномоченнымъ, но, очевидно, законъ не подразумеваетъ здѣсь исключительно повѣреннаго, дѣйствующаго по формальной довѣренности, такъ какъ по силѣ и важности циркуляра, рассылаемаго при образованіи торговаго дома, нельзя не признать, что указываемый онымъ управляющій соединяетъ въ лицѣ своемъ всѣ качества законноуполномоченнаго.*

Въ этомъ мнѣніи Государственнаго Совѣта отражается весьма многое изъ взгляда германскаго права на просига. Государственный Совѣтъ, признавая за циркуляромъ важное юридическое значеніе, вполне объективируетъ область дѣятельности прокуриста и предоставляетъ ему неограниченную сферу полномочія. Онъ признаетъ подпись прокуриста тождественною *съ подписью торговаго дома*, т. е. признаетъ его alter ego принципала и каждую сдѣлку, совершонную первымъ, обязательною для послѣдняго. Изъ этого явствуетъ, что *все, что можетъ сдѣлать торговый домъ вправъ совершить и его прокуристъ*, такъ какъ *подпись послѣдняго равнозначуща подписи перваго*. Прокуристъ не обыкновенный уполномоченный, а тотъ же принципалъ, въ другомъ лицѣ ¹⁾.—Такова сила потребностей юридической жизни, что онѣ

¹⁾ Съ точки зрѣнія Государственнаго Совѣта, должны быть, собственно, признаваемы дѣйствительными и векселя, выданные прокуристомъ отъ имени торго-

вынуждаютъ судебныя мѣста усвоить себѣ рациональныя начала, выработанныя долговременнымъ опытомъ, не смотря на отсутствіе ихъ въ законѣ.

Это мнѣніе Государственнаго Совѣта положило твердое и широкое основаніе для зданія просига, которое воздвигнется въ будущемъ преобразователями нашего торговаго законодательства. Имѣя такой авторитетный прецедентъ въ этомъ мнѣніи Государственнаго Совѣта, можно утверждать, что просига отчасти существуетъ уже теперь въ нашей жизни. Мы говоримъ *отчасти*, потому что въ мнѣніи Госуд. Совѣта видно и весьма важное отступленіе отъ взгляда на просига, усвоеннаго германскимъ правомъ. Мы видѣли выше (стр. 128—131), что неизмѣняемость полномочія—составляетъ основную черту просига и служить надежною гарантіею для интересовъ третьихъ лицъ. Но Гос. Сов. признаетъ широкое полномочіе прокуриста въ томъ лишь случаѣ, если *не сдѣлано* «никакого ограниченія относительно рода сдѣлокъ». Такимъ образомъ, ограниченіе полномочія прокуриста допускается Государственнымъ Совѣтомъ. Въ этомъ нѣтъ ничего удивительнаго. Государственный Совѣтъ разрѣшилъ лишь частный случай; но онъ не установилъ закона; поэтому онъ и не обсуживалъ этого предмета всесторонне.

Это мнѣніе Государственнаго Совѣта—рѣшеніе чисто *судебное*. Подобныя рѣшенія имѣетъ право постановить каждое судебное мѣсто. Ниже увидимъ, что подобныя чисто теоретическія понятія вносятся въ нашу практику и Сенатомъ. Это мнѣніе Государственнаго Совѣта служить нагляднымъ доказательствомъ тому, какое плодотворное вліяніе можетъ имѣть рациональная судебная практика на развитіе и усовершенствованіе нашего права.

У насъ иные практики въ каждомъ, сколько нибудь затруднительномъ, вопросѣ, въ каждомъ несоотвѣтствіи буквы закона съ его очевиднымъ смысломъ и духомъ—привыкли усматривать вопросъ законодательный. Это, весьма вредное по своимъ послѣд-

ваго дома и въ томъ случаѣ, если подобное право и не оговорено въ циркулярѣ (см. выше, стр. 130). Но, въ виду важности этого вопроса (п. 6, ст. 541, т. XI, ч. 2), развитіе его слѣдуетъ еще ожидать въ будущемъ. Но, если таковое право оговорено въ циркулярѣ,—тогда относительно дѣйствительности, выданныхъ прокуристомъ отъ имени торговаго дома, векселей не можетъ быть и сомнѣнія. Вторяемъ, циркуляръ не хуже довѣренности.

ствіямъ, заблужденіе. Если, при неудовлетворительности редакціи догматической части нашихъ гражданскихъ законовъ, постоянно обращаться къ содѣйствию законодателя, тогда законодательные вопросы встрѣтятся на каждомъ шагѣ. Законодательнымъ вопросамъ не будетъ конца. Примиреніе неточной редакціи закона съ его духомъ и смысломъ есть вопросъ толкованія закона, т. е. вопросъ чисто судебный, а не законодательный. — *Духъ закона есть такой же источникъ права, какъ и его буква. Буква есть лишь средство для выраженія мысли законодателя.* Ясно, что вся суть, именно, въ этой мысли. Несоответствіе между буквою закона и его явнымъ смысломъ, его духомъ, указываетъ лишь на неточность редакціи закона: если законодатель явно желалъ одно, но, повидимому, высказалъ другое—онъ, очевидно, неточно, неясно выразился. Неточность редакціи—явленіе, встречающееся во всѣхъ законодательствахъ (ср. Игеринга, Geist d. röm. Rechts, ч. 2, т. 2, § 44 и др. и Пухта, Vorlesungen, изд. 5, 62 г., ч. 1, § 15, стр. 39—«ungeschickte Sprecher»). Въ примиреніи неточной редакціи закона съ его очевиднымъ смысломъ и духомъ—вся суть наиболѣе развитаго способа толкованія закона, а именно, *логическаго*.

Вслѣдствіе неполноты и неудовлетворительности редакціи нашихъ гражданскихъ законовъ, судебные уставы 20 ноября 1864 г., имѣли, очевидно, въ виду центръ тяжести нашего права перенести изъ сферы законодательной въ область судебную. Уставы эти освободили нашу судебную практику отъ прежней законодательной опеки и предоставили ей полную свободу развитія ¹⁾. Судебная практика признана совершеннолѣтнею. Она должна сама помочь

¹⁾ См. уст. гражд. судопр. ст. 9, которая ввела у насъ *логическій* способъ толкованія закона, т. е., болѣе свободное отношеніе къ закону, толкованіе закона съ точки зрѣнія его духа и смысла, съ точки зрѣнія *раціональной*. Эта статья закона внесла явное отступленіе отъ способа исключительно—буквальнаго толкованія закона, указаннаго въ ст. 65, т. I, ч. I, св. зак. основ. Ст. 10 уст. гр. суд. ввела начало прямо противоположное тому способу толкованія законовъ и порядку рѣшенія дѣлъ, который указанъ въ ст. 52, т. I, ч. I св. основ. зак., и другихъ законахъ прежняго порядка судопроизводства, которые подчиняли судебныя мѣста законодательной опеки. Врядъ ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что для судебныхъ мѣстъ обязательны ст. 9 и 10 уст. гр. суд., которыя помѣщены въ судебныхъ уставахъ, а не 52 и 65 осн. зак., которыя ими въ сущности отмѣняются: *jus posterius derogat priori* (ср. ст. 70, т. I, ч. I, св. ос. зак.).

себѣ въ затруднительныхъ случаяхъ, а не прибѣгать къ пособію законодателя. Напротивъ, она сама должна помогать законодателю. Судебной практикѣ предоставлена полная возможность усвоить себѣ здравыя, прогрессивныя идеи, соответствующія потребностямъ жизни и этимъ пролагать путь для развитія законодательства. Судебная практика должна служить зеркаломъ, въ которомъ отражались бы всѣ пробѣлы и несовершенства законодательства. Заглянувъ въ это зеркало, законодатель замѣтитъ свои недостатки и постарается ихъ исправить. Только этимъ путемъ судебная практика можетъ удовлетворить своему высокому призванію, о которомъ мы говорили выше (стр. 45—46).

О ргосига говорить, въ своихъ лекціяхъ по торговому праву (выпускъ 2, стр. 357—364), и профессоръ Цитовичъ. Изложивъ вкратцѣ и довольно неясно ученіе о ргосига, г. Цитовичъ сопровождаетъ его какими то колкими, ироническими замѣчаніями. «*Инструментъ*, говорить онъ о ргосига, вышелъ *энергическій* (!) и острый; имъ можно рѣзать хорошо, но осторожно, *ибо можно не только обрѣзаться, но и зарѣзаться* (по карману конечно). Не можетъ быть спора, что прокура одно изъ великихъ изобрѣтеній германскаго дѣловаго гения: не даромъ онъ такъ долго практиковался на Пандектахъ. Момзень долженъ радоваться, глядя, какъ не только въ Римѣ, но и въ его родной Германіи, людямъ если даютъ ножи, такъ ножи острые. Честь *изобрѣтенія* принадлежитъ Гольдшмидту, а способность этого *снаряда* (!) дѣлать *юридическіе партзы* (!) лучше всего характеризовалъ уполномоченный изъ Гамбурга въ нюрнбергской комиссіи, сказавши, что прокура, все равно какъ и римское *legis actio: non recipit diem vel conditionem.*»

Отчего г. Цитовичъ такъ озлился на ргосига, отчего онъ обрешивается на него такимъ обиліемъ краснорѣчія и остроумія — трудно понять. Если причиною этого озлобленія послужило—какъ это можно, впрочемъ, лишь отчасти догадаться по нѣкоторымъ, довольно туманнымъ, соображеніямъ г. Цитовича, предшествующимъ приведенной выпискѣ — опасеніе, что прокурисеть, будучи неограниченнымъ представителемъ своего принціпала, можетъ злоупотреблять своею властію и причинить ему своими дѣйствіями

вредъ, то противъ этого можно лишь возразить, что вредъ можетъ наносить довѣрителю и обыкновенный, ограниченный въ своихъ дѣйствіяхъ, повѣренный. Пусть принципаль будетъ остороженъ въ выборѣ прокуриса ¹⁾. Если же послѣдній злоупотребитъ своимъ полномочіемъ, то интересы принципала могутъ быть ограждены такими же законами, какими охраняются интересы довѣрителя противъ злоупотребленій повѣреннаго. Отрицать полезность института права одною, представляемою имъ, *возможностію* злоупотребленій, довольно странно. Такой способъ аргументаціи повелъ бы насъ слишкомъ далеко. Исходя изъ такой точки зрѣнія, можно было бы доказать вредность всякаго представительства вообще ²⁾. Противовѣсомъ злоупотребленій служатъ карательные законы. Предотвратить же самую возможность злоупотребленій—не въ силахъ никакая научная система. Институтъ *procurator*, какъ мы видѣли, возникъ и выросъ подъ непосредственнымъ давленіемъ потребностей торговаго оборота. Это служить для него лучшею рекомендаціею, лучшимъ *raison d'être*. Въ одномъ позволяемъ себѣ увѣрить профессора Цитовича: Гольдшмидтъ не могъ *изобрѣсти* «инструментъ» или «нарядъ» *procurator*, какъ вообще никакая рациональная теорія не *изобрѣтается*. Онъ могъ лишь содѣйствовать юридическому *формулированію* этого института. Понятіе о *procurator* вызвано и создано потребностями жизни. Юристы, какъ и германское законодательство, обработали лишь его и придали ему научную форму и систематическую цѣльность. Это, кажется, достаточно видно изъ соображеній, изложенныхъ нами выше.

¹⁾ Кто, справедливо говорятъ Anschütz и Völderndorff (ч. 1, стр. 322, прим. 4), желаетъ пользоваться выгодами *procurator*, тотъ долженъ подчиниться и представляемому ему риску.— Польза, доставляемая институтами права, говоритъ Игерингъ, приобретается часто цѣною некоторыхъ неудобствъ (Geist d. röm. R., ч. 3, гл. 50, стр. 17).

²⁾ Выше (стр. 135) мы говорили, что право представительства *procurator* тождественно съ полномочіемъ *associé-gérant* и участника товарищества. Но участникъ товарищества можетъ столько же злоупотреблять довѣріемъ-отоварицей, сколько *procurator* довѣріемъ принципала. Если осуждать *procurator*, то придется отрицать и цѣлесообразность объективности полномочія отоварицей. На это врядъ ли рѣшится юристъ съ здравымъ смысломъ.

ГЛАВА IX.

Фактическое представительство. (Negotiorum gestio) ¹⁾.

Существо *neg. gestio*. — Взглядъ на этотъ институтъ иностранныхъ законодательствъ и науки права. — Юридическое значеніе *neg. gestio* представляемымъ о дѣятельности представителя. — Существенныя принадлежности *neg. gestio*. — Дѣятельность факт. представителя полезная и прибыльная. — Послѣдствія факт. представительства. — Права и обязанности факт. представителя, лица представляемаго и третьихъ лицъ. — Общая характеристика факт. представительства. — Отношеніе его къ довѣренности. — Моментъ одобренія въ факт. представительствѣ.—Мнѣніе Лассала.—*Actio de in rem verso*. — *Facta concludentia*.

Въ предъидущемъ изложеніи мы разсматривали виды представительства, имѣющіе опредѣленные *юридическія* основанія (законъ и воля лица). Переходимъ къ разсмотрѣнію вида представительства, первоначальною основою котораго служатъ совершившіеся *факты*.

Ученіе о *negotiorum gestio* имѣетъ для насъ не одинъ библиографическій интересъ. Начала *negotiorum gestio*, по нашему крайнему разумѣнію, слишкомъ глубоко коренятся въ потребностяхъ юридической жизни народовъ, чтобы изученіе ихъ не могло представить собою для предмета нашего изслѣдованія интересъ практическій, интересъ жизни.

Въ виду невыясненности этого института въ нашемъ правѣ, необходимо обстоятельно развить начала его въ томъ видѣ, въ какомъ они представляются въ наукѣ и въ современныхъ зако-

¹⁾ Буквальный переводъ этого технического римскаго выраженія «*negotiorum gestio*». По это переводное выраженіе весьма блѣдное. Оно не содержитъ въ себѣ того понятія, которое специально характеризуетъ институтъ *neg. gestio*. Поэтому мы (журн. гражд. и торг. права 1872 г., июль, стр. 378, прим. 2), предложили *neg. gestio* перевести выраженіемъ «фактическое представительство». Это выраженіе теперь нѣрѣдко встрѣчается въ литературѣ и на практикѣ. Слѣдуетъ полагать, что оно получило у насъ право гражданства.

подательствѣхъ и подробно доказать примѣнимость этихъ началъ къ нашему юридическому быту. Этимъ надѣемся укрѣпить, выдвинутое нами въ нашей юридической литературѣ, понятіе о фактическомъ представительствѣ на болѣе твердой, научной почвѣ.

По общимъ понятіямъ права, одно лице можетъ отправлять юридическую дѣятельность отъ имени другого лишь въ силу точнаго и яснаго юридическаго основанія (см. выше стр. 53). Но настоятельныя потребности юридической жизни вызвали отступленіе отъ этого правила. Въ жизни встрѣчается не мало обстоятельствъ (отсутствие, болѣзнь, неумѣлость и проч.), которые могутъ побудить одно лице вмѣшиваться въ дѣла другого безъ его согласія и безъ законнаго полномочія. Эти потребности и призвали къ жизни существованіе института *neg. gestio*.

Такимъ образомъ *negotiorum gestio* есть *представительство одного лица другимъ помимо всякаго, строго-юридическаго основанія* ¹⁾.

Neg. gestio построено на идеѣ, такъ называемыхъ, *quasi contractus* (какъ бы договоры), существо которыхъ состоитъ въ томъ, что извѣстный фактъ или одностороннее воздѣйствіе одного лица на имущественную сферу другого, порождаетъ между этими лицами такія одностороннія или взаимныя обязательственныя отношенія, которые обыкновенно возникаютъ лишь путемъ договора. *Neg. gestio* построено по образцу и по формѣ доверенности. Оно *quasimandatum* (какъ бы доверенность).

Необходимость *negotiorum gestio* римское право мотивируетъ слѣдующимъ образомъ: для лицъ отсутствующихъ, говорить оно, заключается большой интересъ въ томъ, чтобы они не лишились своего имущества, своего залога, вслѣдствіе произвольнаго имъ завладѣнія, произвольной продажи, потери права на искъ или вслѣдствіе какихъ либо противузаконныхъ дѣяній ²⁾.

Римскій преторъ говорилъ: если кто либо будетъ вести дѣло

¹⁾ Вангеровъ опредѣляетъ *neg. gestio* *веденіемъ дѣла по мимо полномочія и не по обязанности службы*. (Lehrb. d. Pand., § 664, прим. I). Циммерманъ (die Lehre и пр., стр. 86 и 128) говоритъ, что *neg. gestio* имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда между представляемымъ и представителемъ не существуетъ какихъ либо особыхъ юридическихъ отношеній (полномочія, отческой власти, завѣдыванія дѣлами юридическаго лица).

другаго, или дѣла, оставшіяся послѣ смерти другаго лица, то я дамъ ему по сему предмету право на искъ ¹⁾.

Положеніе римскаго права гласитъ:

Si quis absentis negotia gesserit, licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem ejus impenderit, vel etiam ipse se in re absentis alicui obligaverit, habeat eo nomine actionem. (D. III. l. 5, § 2).

Точный и буквальный смыслъ этого положенія заключается въ слѣдующемъ:

Кто ведетъ дѣла отсутствующаго, тотъ пріобрѣтаетъ право иска, относительно употребленныхъ имъ на эти дѣла съ пользою расходовъ и принятыхъ имъ по этому поводу на себя обязательствъ, *хотя бы отсутствующій и не зналъ о веденіи его дѣлъ*.

Изъ этого положенія пандектовъ Орпанскій вывелъ заключеніе будто «незнаніе» лица представляемаго о томъ, что другой занимается его дѣлами есть «существенная составная часть *neg. gestio*» ²⁾. Это взглядъ неосновательный.

По нашему, изъ приведеннаго положенія отнюдь нельзя сдѣлать такой выводъ. Изъ этого положенія возможно лишь вывести, что *dominus negotii* *можетъ и не знать* о веденіи его дѣлъ. Однимъ словомъ, *neg. gestio* можетъ имѣть мѣсто какъ въ томъ случаѣ, когда *dominus negotii* *знаетъ о веденіи его дѣла другимъ*, такъ и въ томъ случаѣ, когда онъ этого не знаетъ.

На самомъ дѣлѣ, какой юридическій элементъ заключается въ фактѣ *знанія* о существованіи извѣстныхъ обстоятельствъ? Въ юридическихъ отношеніяхъ имѣетъ лишь значеніе: воля, согласіе. Но знаніе и согласіе—понятія отнюдь не безусловно тождественныя ³⁾. Я могу знать объ извѣстномъ дѣяніи и не одобрять его. Знаніе, въ совокупности съ другими обстоятельствами дѣла, можетъ служить лишь *однимъ изъ признаковъ*, изъ коихъ презюмируется существованіе воли и согласія. Но оно безотносительно, само по себѣ, отнюдь не можетъ быть признаваемо тождественнымъ съ этими основными элементами права ⁴⁾.

¹⁾ Ibidem ³⁾.

²⁾ «Юридическія предположенія и ихъ значеніе» (Журн. гражд. и уг. права, 74 г., июль и августъ).

³⁾ «Connaissance n'est pas un consentement» (Laurent, т. XX, № 311).

Ученіе о *neg. gestio* перешло во всѣ тѣ иностранныя законодательства, въ основу которыхъ легли начала, выработанныя римскимъ правомъ.

Кто, говоритъ французскій кодексъ, беретъ на себя добровольно веденіе дѣла другаго лица, тотъ—все равно *знаетъ ли о томъ хозяинъ. оныхъ* или нѣтъ (*soit que le propriétaire connaisse le gestion, soit qu'il l'ignore*) — беретъ на себя безмолвно обязательство продолжать тѣ дѣла, которыя онъ началъ вести, и докончить ихъ и пр. (art. 1372; см. объясненіе Рогрона).

Прусскій кодексъ, изложивъ подробно постановленія о *neg. gestio*, говоритъ, что отсутствіе или *присутствіе* хозяина, чьи дѣла ведетъ *neg. gestor*, не измѣняетъ сущности изложенныхъ постановленій (ч. I, т. II, § 246)¹⁾. Если хозяинъ, *узнавъ* о веденіи его дѣлъ другимъ лицомъ, не противорѣчилъ этому, то *долженъ одобрить оное* (§ 247).

Австрійскій кодексъ говоритъ: кто желаетъ принять на себя веденіе дѣлъ съ тѣмъ, чтобы доставить хозяину оныхъ выгоду, долженъ стараться получить на это *согласіе* послѣдняго (§ 1037).

Саксонскій кодексъ говоритъ, что фактическій представитель, при отправленіи своей дѣятельности, долженъ сообразоваться съ *дѣйствительною* или предполагаемою волею лица представляемаго, а, за отсутствіемъ подобнаго руководства, — съ природою возложеннаго на него порученія и съ обстоятельствами дѣла (§ 1355).

Эти постановленія иностранныхъ законодательствъ слишкомъ ясны. Они не требуютъ никакихъ комментаріевъ. Они признаютъ характеръ *neg. gestio* не только въ томъ случаѣ, когда лице представляемое *знаетъ* о веденіи его дѣлъ, но и тогда какъ извѣстна его *воля* объ этомъ и когда онъ *одобряетъ* оное.

своемъ изслѣдованіи «О происхожденіи и дѣленіи обязательствъ» (стр. 313), относительно *neg. gestio*, говоритъ, что «воля лица остается пассивною, неподвижною, потому ли что это лице вовсе не имѣетъ свѣдѣнія о происходящемъ дѣйствіи, или же потому, что *зналъ о семъ, оно не соглашается на такое и не притѣствуетъ ему*». Но съ общою характеристикою г. Голевинскаго о *neg. gestio*, изъ котораго онъ почти вовсе исключаетъ понятіе о волѣ лица представляемаго и отвѣтственность послѣдняго ограничивается одною полученною *прибылью* — трудно согласиться по основаніямъ, которыя изложены въ послѣдующемъ разсужденіи.

Таковъ же взглядъ на этотъ предметъ и современной науки права.

Кохъ говоритъ, что знаніе хозяина не превращаетъ фактическаго представительства въ довѣренность¹⁾. Хозяинъ долженъ лишь пассивно относиться къ дѣятельности фактическаго представителя, не высказываться; присутствіе хозяина, безъ порицанія этой дѣятельности, признается молчаливымъ одобреніемъ ея, которое дѣлаетъ эту дѣятельность обязательною для лица представляемаго.

Вангеровъ говоритъ, что вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ *знаніе dominus negotii* можетъ сравнить дѣятельность фактическаго представителя съ отношеніемъ довѣренности, составляетъ *quaestio facti*²⁾. Изъ этого очевидно, что онъ отнюдь не признаетъ *незнаніе* лица представляемаго безусловно необходимымъ, отличительнымъ признакомъ *negotiorum gestio*.

Ардтсъ говоритъ, что необходимое условіе *neg. gestio* заключается въ томъ, чтобы фактическій представитель дѣйствовалъ съ заботливостію, согласно съ интересами лица представляемаго и отнюдь не вопреки, *ясно выраженной или инымъ образомъ наруженной, волѣ* лица представляемаго³⁾.

Данквардтъ говоритъ, что отсутствіе хозяина (*dominus negotii*) не есть необходимое условіе *negotiorum gestio*⁴⁾.

Вотъ почему западно-европейскіе юристы и законодательства признаютъ характеръ *neg. gestio* и въ томъ случаѣ, когда представитель по довѣренности выступаетъ изъ предѣловъ своего полномочія, когда онъ дѣйствуетъ на основаніи довѣренности, которая оказывается недѣйствительною, или когда онъ дѣйствуетъ, ошибочно полагая, что состоитъ повѣреннымъ⁵⁾.

И такъ, о *незнаніи*, какъ о необходимомъ условіи *neg. gestio*, не можетъ быть и рѣчи⁶⁾.

¹⁾ Das Recht der Forderungen, 1859, ч. III, стр. 583.

²⁾ Lehrb. d. Pandecten, § 664, прим. 2.

³⁾ Lehrb. d. Pandecten, § 298.

⁴⁾ Die negotiorum gestio, § 298.

⁵⁾ Кохъ (тамъ же, стр. 583 и 586); Синтенисъ. das praktische gemeine Civilrecht, ч. 2, изд. 1, стр. 587; Laurent ib., № 319; Troplong ib., стр. 78, 299 и 300; ост. код., ст. 4426.

Дѣятельность negotiorum gestor'a ¹⁾ (фактическаго представителя) можетъ быть чисто фактическая (какъ охраненіе вещи) ²⁾ или юридическая (заключеніе договора, поручительство, полученіе и уплата долговъ и проч.).

Negotiorum gestio можетъ сочетаться въ одномъ лицѣ съ дѣятельностію въ силу довѣренности. Такъ, если кто-либо дѣйствуетъ отъ имени или въ интересѣ двухъ лицъ, и отъ одного изъ нихъ онъ имѣетъ довѣренность, а отъ другаго нѣтъ, то относительно послѣдняго онъ является negotiorum gestor'омъ.

Существенныя принадлежности negotiorum gestio:

а) оно должно имѣть своимъ предметомъ *negotia aliena* — *дѣла другаго*. Но понятію этому не противорѣчитъ, если дѣла *частію* собственныя представителя, если и онъ заинтересованъ въ нихъ ³⁾. Если neg. gestor совершаетъ какія либо дѣйствія

являть отличительную черту neg. gestio — Лассаль (Das System d. erworbenen Rechte, 1861 г., ч. 1, стр. 126) и отчасти Троллопъ. О взглядѣ этихъ авторовъ поговоримъ ниже.

¹⁾ О нижеслѣдующемъ разсужденіи относительно существа и послѣдствій neg. gestio и вытекающихъ изъ онаго для представителя и лица представляемаго взаимныхъ правъ и обязанностей, см.: Dig. l. III, t. 5, de negotiis gestis; Кохъ, тамъ же §§ 291—295; Виндшейдъ, Lehrb. d. Pandectenrechts, §§ 430—432; Синтенисъ, тамъ же, § 114; Danquardt, die negotiorum gestio; Пухта, Pandectenvorlesungen, §§ 327—329; Вангеровъ, § 664; Zacharie, le droit civil français, т. V, § 622; Laurent, т. XX, №№ 310—341 и соотвѣтствующіе отдѣлы иностранныхъ законодательствъ.

²⁾ Возможность разсматриваемаго вида представительства при фактическихъ дѣйствіяхъ—признается всѣми, намъ извѣстными, юристами (см., кромѣ авторовъ, упомянутыхъ въ предъидущемъ прим., еще Циммермана die Lehre и пр., стр. 134). Это составляетъ исключеніе изъ общаго понятія о представительствѣ, которое не имѣетъ мѣста при фактическихъ дѣйствіяхъ (см. стр. 16—19 и 76). Это исключеніе объясняется тѣмъ, что вся суть neg. gestio— факты. Кромѣ того, въ фактическомъ представительствѣ нѣтъ различія между представителемъ и посланникомъ. Фактическія дѣйствія гестора могутъ быть слѣдующаго рода: соедѣль или арендаторъ дома производить, за отсутствіемъ владѣльца онаго, необходимыя въ ономъ починки и пр.

³⁾ Такъ, напр., если кредиторъ охраняетъ имущество своего должника. Въ семъ случаѣ, въ охраненіи этого имущества заинтересованъ не только хозяинъ онаго, но и тотъ, кто его охраняетъ (gestor), такъ какъ изъ этого имущества послѣднему, какъ кредитору, можетъ быть придется удовлетворить свою претензію. Это же правило примѣнимо и къ представительству по довѣренности. По довѣренности можно дѣйствовать не только по такимъ дѣламъ, въ которыхъ заинтересованъ одинъ лишь довѣритель, но и по такимъ, въ которыхъ заинтересованъ и повѣ-

отъ имени другаго, съ намѣреніемъ пріобрѣсти выгоду *исключительно* для себя, то онъ, хотя подлежитъ отвѣтственности предъ хозяиномъ дѣла, въ то же время разсматривается какъ лице, ведущее свои собственныя дѣла, т. е. хозяинъ не отвѣтствуетъ предъ нимъ, какъ предъ представителемъ; на dominus'a negotii (хозяина дѣлъ) переходятъ обязанности лишь на столько, на сколько онъ *обогатился* отъ веденія дѣлъ (in quantum locupletior est). Зablужденіе въ лицѣ хозяина дѣлъ не имѣетъ вліянія на существованіе neg. gestio: gestor признается представителемъ того лица, которое оказывается дѣйствительнымъ хозяиномъ (D. III, 5, 5). Точно также признается neg. gestor'омъ лице, ведущее чужія дѣла, не имѣя, при томъ, въ виду никакого опредѣленнаго хозяина;

б) веденіе дѣлъ должно совершаться *animo obligandi*, т. е. съ намѣреніемъ обязывать представляемаго. Противуположный случай встрѣчается тогда, когда фактическій представитель ведетъ дѣла другаго, въ видѣ одолженія, дружеской услуги, дарственнымъ образомъ. Въ этомъ случаѣ не наступаютъ послѣдствія neg. gestio, о которыхъ будетъ сказано ниже ¹⁾. Но существованіе animi obligandi всегда предполагается и считается свойственнымъ веденію дѣлъ. Противуположное сему, т. е. намѣреніе дарственнаго веденія дѣлъ, должно быть доказано. Personne n'est présumé donner. Такое заключеніе можетъ быть презюмируемо и изъ обстоятельствъ дѣла; и

в) дѣятельность фактическаго представителя должна быть направлена *на пользу, въ интересъ* лица представляемаго: дѣйствія фактическаго представителя, которыя клонятся ко вреду представляемаго, не имѣютъ для послѣдняго обязательной силы. Положеніе это составляетъ противуположность правилу представительства по довѣренности, въ силу котораго для довѣрителя обязательны и тѣ дѣйствія повѣреннаго, которыя клонятся ко вреду перваго (ст. 2326, 1 ч., т. X.; С. N. art. 1999, и пр.) ²⁾. Одною

¹⁾ Laurent (№ 323) говоритъ: si le gérant a eu l'intention de faire une libéralité, il n'est plus gérant, il est donateur... J'achète et je paye le prix au nom d'un tiers; si je fais le paiement dans une intention de libéralité, il y aura donation sous forme de paiement, il n'y aura pas de gestion d'affaires; je n'aurai aucune action contre le tiers pour lequel j'ai payé.

²⁾ Различіе между довѣренностію и фактическимъ

добросовѣстнаго *убѣжденія* представителя въ томъ, что дѣятельность, которую онъ предпринимаетъ, принесетъ пользу лицу представляемому, недостаточно. Необходимо, чтобы дѣятельность эта *дѣйствительно* была полезная.

Но необходимо отличать дѣятельность *полезную* отъ *прибыльной*. Веденіе дѣлъ можетъ быть полезное, но не приносить барыша. Могутъ представиться какія либо обстоятельства, вслѣдствіе которыхъ хозяинъ не успѣлъ или не можетъ воспользоваться благоприятными послѣдствіями, которыя влечетъ за собою веденіе дѣлъ. Наконецъ, непредвидѣнные обстоятельства могутъ помѣшать достиженію тѣхъ результатовъ, къ которымъ была направлена дѣятельность представителя, или добытые этою дѣятельностію результаты ускользнули, исчезли. Такъ, напр., если строеніе, возведенное фактическимъ представителемъ, вполнѣ обринулось или сгорѣло, или пріобрѣтенныя имъ вещи были похищены и пр. И въ этомъ случаѣ, если дѣятельность представителя была необходима для лица представляемаго, если она имѣла цѣлю предотвращеніе вреда, который постигъ бы неми-

на волѣ, на согласіи довѣрителя; поэтому дѣйствія перваго должны быть обязательны для послѣдняго, хотя бы они были для него невыгодны. Le mandataire, говоритъ Troplong (стр. 586), ne répond pas du succès; il ne répond que de sa bonne foi, de son zèle, de sa diligence. Фактический представитель вмѣшивается въ дѣла другаго самовольно. Какъ бы ни были похвалны его побудительныя къ тому причины, — онъ можетъ на это рѣшиться въ томъ лишь случаѣ, когда дѣятельность его представляетъ собою явную выгоду, пользу лицу представляемому (ср. Troplong, стр. 87—88). — Самовольно вмѣшиваться въ дѣла другаго возможно лишь въ томъ случаѣ, когда этого требуетъ *польза, интересъ* послѣдняго. Вообще польза, интересъ лица представляемаго составляетъ основную, фундаментальную идею фактическаго представительства. Этотъ институтъ, какъ мы видѣли, и вызванъ въ жизни необходимостію ограждать имущественныя *интересы* лица, которое само по чему либо не можетъ о нихъ позаботиться. — Нѣкоторые изъ французскихъ юристовъ утверждаютъ, что для понятія о *neg. gestio* необходимо, чтобы, до началія дѣятельности фактическаго представителя, уже существовало *negotium* (дѣло), которое должно было быть ведено (напр., починка дома уже существующаго); но если дѣло начато самимъ представителемъ (напр. постройка новаго дома), то, въ семъ случаѣ, не *negotiorum gestio*, а *neg. susceptio* (Zacharie, le droit civil français, ч. V, § 622, прим. 3). Съ этимъ мнѣніемъ вѣдь ли возможно согласиться. Какая разница въ томъ: продолжаетъ ли лице веденіе дѣла уже существовавшаго или начинаетъ вести дѣло несуществовавшее? Никакого юридическаго различія въ этихъ способахъ дѣятельности нѣтъ. И въ томъ и въ другомъ случаѣ, если лицо отнѣсшее дѣятельность эту на

неуемо хозяина (*dominus negotii*) и если представитель дѣйствовалъ разумно, добросовѣстно и въ интересѣ лица предствляемаго, и результаты его дѣятельности исчезли не по его винѣ, — должны наступить всѣ тѣ послѣдствія, которыя влечетъ за собою дѣятельность *полезная*, т. е. хозяинъ обязанъ вознаградить гестора за понесенные имъ расходы ¹⁾.

По вопросу о полезности дѣйствій фактическаго представителя важно различіе, признаваемое юристами между веденіемъ одного и многихъ или всѣхъ дѣлъ лица представляемаго. Если представитель велъ одно лишь дѣло, то для того, чтобы признать способъ этого веденія полезнымъ, необходимъ подробный и строгій разборъ всѣхъ обстоятельствъ онаго. Если же представитель занимался нѣсколькими или всѣми дѣлами лица представляемаго, то невозможно слишкомъ строго относиться къ подробностямъ каждаго изъ этихъ дѣлъ. Въ этомъ случаѣ достаточно, если общее направленіе дѣятельности представителя было цѣлесообразное, разумное и клонилось къ пользѣ лица представляемаго. Если же, въ какихъ либо подробностяхъ, веденіе этихъ дѣлъ было неловкое, неискusstное, нераціональное, то это не можетъ имѣть вліянія на признаніе юридической силы и значенія установленныхъ представителемъ отношеній.

Рустратъ ²⁾ различаетъ въ понятіи о полезности дѣйствій фактическаго представителя слѣдующіе два случая: 1) когда представитель совершаетъ такія необходимыя дѣйствія, которыхъ самъ представляемый не въ состояніи дѣлать, вслѣдствіе какихъ либо препятствій (отсутствіе, болѣзнь, и пр.; напр. лице производитъ, въ отсутствіе хозяина, необходимыя починки въ его домѣ, лечитъ его лошадь и пр.) и 2) когда онъ совершаетъ дѣйствія, которыя могли бы быть сдѣланы самимъ представляемымъ. Въ первомъ случаѣ достаточно, если дѣйствія сами по себѣ полезны; результатъ, къ которому они приводятъ, не имѣетъ значенія. По-

¹⁾ Is autem, qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, *etsi effectum non habuit negotium* (D. III, 5, 10). Для того, говоритъ Моранъ (№ 329; ср. № 316), чтобы лице имѣло охоту браться за веденіе дѣлъ другаго, необходимо чтобы ему были возмѣщаемы понесенные имъ расходы, не смотря на результаты его дѣятельности. См. также Troplong'a, стр. 87.

этому для представляемого обязательны и заключенныя представителем сдѣлки, хотя бы при этомъ еще не были достигнуты результаты, который онѣ имѣли въ виду и представитель не понесъ никакихъ расходовъ. Дѣйствія эти были *необходимы*, а стало быть и *полезны*. Во второмъ случаѣ, дѣйствія представителя, сами по себѣ полезны, не могутъ быть еще обязательны для представляемого. Послѣдній могъ все это сдѣлать самъ; никто не вправе навязывать другому услуги безъ особой надобности. Въ этомъ случаѣ, дѣйствія представителя будутъ обязательны для представляемого лишь на столько, на сколько первый понесъ расходовъ. Понесеніемъ расходовъ представитель оказалъ представляемому явную услугу, принесъ ему очевидную пользу,

Полезны еще всѣ тѣ дѣйствія представителя, которыми представляется понесеніе представляемымъ убытковъ.

Переходимъ къ послѣдствіямъ, вытекающимъ изъ отношенія *neg. gestio*. По этому предмету необходимо рассмотреть взаимныя отношенія: а) представителя и лица представляемого; б) представителя и третьяго лица и, в) третьяго лица и представляемого.

а) Характеръ отношеній представителя къ *dominus negotii* зависитъ отъ того, одобряетъ ли послѣдній дѣятельность перваго или нѣтъ. Если представитель дѣйствуетъ вопреки прямому запрещенію *dominus negotii*, то онъ является отвѣтственнымъ какъ за совершеніе недозволенныхъ дѣйствій: онъ долженъ вознаграждать хозяина за всякій, происшедшій отъ этихъ дѣйствій для его дѣлъ, вредъ или за недостающую прибыль, не имѣетъ права на возмѣщеніе понесенныхъ имъ расходовъ и можетъ лишь вознаграждать себя обратнымъ полученіемъ въ натурѣ, сдѣланныхъ имъ для *dominus negotii*, прибрѣтеній, если это можетъ быть совершено безъ вреда для имущества послѣдняго, а также расчитаться съ хозяиномъ посредствомъ зачета (*compensatio*) въ полученныхъ имъ прибыляхъ. Словомъ, въ этомъ случаѣ наступаютъ почти тѣ же послѣдствія, которыя влечетъ за собою, по нашимъ законамъ, недобросовѣстное владѣніе (ст. 611, 619 и др., I ч., X т.), или преступное дѣяніе (ст. 644 и др., I ч., X т.). Все изложенное получаетъ примѣненіе и къ тому случаю, когда фактический представитель, зная, что лицо представляемое опредѣлило къ своимъ дѣламъ повѣреннаго, своимъ самовольнымъ вмѣша-

тельствомъ устранить его отъ дѣятельности, которая оказалась бы болѣе пригодною и полезною *domini negotii*. Если послѣдній, не имѣя возможности высказаться во время отправленія фактическимъ представителемъ своей дѣятельности, впоследствии не признаетъ ея, откажется отъ нея, то *neg. gestor* обязанъ возстановить имущество хозяина въ прежнемъ положеніи, а, если это невозможно, то обязанъ взять на свой счетъ все, что сдѣлалъ и вознаграждать хозяина. Если же лицо представляемое, хотя первоначально воспретило дѣятельность фактического представителя, впоследствии ее одобритъ — то послѣдствія запрещенныхъ дѣйствій отпадаютъ и между первымъ и послѣднимъ возникаютъ какъ бы договорныя (*quasi-мандатныя*) отношенія.

Слѣдуетъ лишь замѣтить, что, за отсутствіемъ одобренія, въ опредѣленіи взаимныхъ отношеній между представляемымъ и представителемъ будетъ играть немаловажную роль вопросъ о полезности для перваго дѣйствій послѣдняго. Чѣмъ болѣе необходимы и полезны были для перваго дѣйствія послѣдняго, съ тѣмъ большею снисходительностію должно быть обсуживаемо произвольное вмѣшательство представителя въ дѣла представляемого и тѣмъ менѣе тяжела должна быть отвѣтственность гестора за свои дѣйствія.

б) Взаимныя отношенія третьяго лица и фактического представителя зависятъ отъ того, совершаетъ ли послѣдній свою дѣятельность отъ своего лица, какъ это всего чаще бываетъ, или прямо отъ лица хозяина дѣла (*dominus negotii*). Въ первомъ случаѣ, *neg. gestor* является представителемъ лишь въ отношеніи представляемого, въ интересъ котораго онъ отправляетъ свою дѣятельность. Въ отношеніи же третьяго лица, онъ не представитель интересовъ другаго, а самостоятельный контрагентъ. Поэтому, въ семъ случаѣ, третье лицо не входитъ ни въ какія непосредственныя отношенія съ представляемымъ, съ которымъ оно никакого дѣла не имѣетъ. Единственнымъ обладателемъ правъ и отвѣтственнымъ за установленныя отношенія — является предъ третьими лицами фактической представитель, какъ самостоятельный участникъ въ этихъ отношеніяхъ. Съ лицомъ же представляемымъ вступаетъ, касательно возникающихъ изъ *negotiorum gestio* правъ и обязанностей, въ непосредствен-

ныя отношенія, одинъ лишь фактическій представитель ¹⁾. Если же представитель дѣйствовалъ, при отправленіи своей дѣятельности, отъ лица хозяина (ср. выше, стр. 27—29), тогда все зависитъ отъ того, одобряетъ ли послѣдній веденіе дѣла или нѣтъ. Если онъ одобряетъ, то этимъ устанавливаются непосредственныя взаимныя отношенія между нимъ и третьимъ лицомъ. Представляемый является тогда предъ третьимъ лицомъ отвѣтственнымъ за всѣ дѣйствія *neg. gestor'a*, какъ своего представителя. Если же одобренія *neg. gestio* не послѣдуетъ, то юридическія отношенія, которыя имѣли въ виду установить представитель и третье лицо, должны быть признаны невозможными юридическаго существованія. Это весьма естественно. Лице представляемое, не можетъ быть признано участникомъ отношенія, отъ того, что оно его не желаетъ; фактическій же представитель — отъ того, что имѣлось въ виду связать это отношеніе не съ нимъ лично, а съ представляемымъ, отъ имени котораго онъ дѣйствовалъ, и отъ воли котораго существованіе этого отношенія поставлено въ зависимость. Но какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ, если *dominus negotii* приобрѣлъ, вслѣдствіе дѣятельности представителя, какое-либо приращеніе изъ имущества третьяго лица, — сіе послѣднее можетъ непосредственно привлечь перваго къ отвѣтственности въ размѣрѣ этого обогащенія, такъ называемымъ, *actio de in rem verso*, о которомъ будетъ сказано ниже.

и в). Взаимныя отношенія между третьимъ лицомъ и *dominus negotii* явствуютъ уже изъ вышеизложеннаго. Если *gestor* велъ дѣла хозяина отъ своего лица, то третье лицо не входитъ ни въ какія непосредственныя отношенія къ представляемому, но можетъ лишь привлечь его къ отвѣтственности въ той мѣрѣ, въ какой послѣдній обогатился на счетъ его, третьяго. Если *gestor* велъ дѣла отъ лица *dom. neg.*, но послѣдній не одобрилъ его дѣйствій, то отношенія, которыя имѣлось въ виду установить, признаются несостоявшимися; но и въ семъ случаѣ третье лицо можетъ привлечь хозяина къ отвѣтственности въ мѣрѣ его обогащенія на счетъ третьяго. Если же хозяинъ одобрилъ дѣйствіе

¹⁾ Словомъ, въ этомъ случаѣ наступаютъ тѣ же послѣдствія, которыя, какъ

представителя, то между нимъ и третьимъ лицомъ устанавливаются договорныя отношенія.

Слѣдуетъ лишь замѣтить, что одобреніе можетъ быть явное или презюмтивное, фактическое. *Явное* одобреніе всѣхъ дѣйствій представителя лишаетъ представляемаго права возражать противъ *невыгодности, бесполезности* для него дѣйствій представителя ¹⁾. Противъ того, что оно одобрило, лице болѣе спорить не можетъ. Но *презюмтивное* одобреніе можетъ быть признаваемо лишь на столько, насколько оно явствуетъ изъ данныхъ обстоятельствъ дѣла и изъ способа отношеній къ нимъ представляемаго. Въ случаѣ споровъ и сомнѣній — при установленіи факта презюмтивного одобренія будетъ играть немаловажную роль и вопросъ о *полезности* дѣйствій представителя.

Обязанности, которыя возникаютъ изъ отношенія *negotiorum gestio* для представителя и лица представляемаго, во многомъ зависятъ отъ индивидуальныхъ обстоятельствъ cadaго даннаго дѣла. Но въ общемъ характеръ этихъ обязанностей выражается въ слѣдующемъ:

Представитель обязанъ продолжать разъ начатое веденіе дѣла. Такъ какъ *neg. gestio* основывается не на ясно выраженной волѣ хозяина, но на фактѣ, то смерть его не прекращаетъ дѣятельности представителя. Представитель обязанъ отдавать хозяину отчетъ въ своей дѣятельности, возратить ему все, что перешло въ его руки изъ имущества хозяина, а равно доходы, проценты и пр. Такъ какъ вмѣшательство *gestora* въ дѣла *dominus* есть

¹⁾ Ср. Koch, d. Recht d. Forder, ч. 3, стр. 523. Это слишкомъ рациональное послѣдствіе одобренія доказываетъ какъ неправъ Troplong, говоря (стр. 128, 129 и др.), что одобреніе не производитъ никакого измѣненія въ положеніи *neg. gestio*. Мы видѣли выше (стр. 157, в), что полезность дѣйствій представителя — одна изъ характеристическихъ чертъ фактическаго представителя. Но эта черта отпадаетъ, въ случаѣ явнаго одобренія представляемымъ *всѣмъ* дѣйствіямъ представителя. Изъ этого же читатели увидятъ въ какой мѣрѣ правъ г. Пересовъ. говоря (стр. 69, прим. 124), что мы для понятія *neg. gestio* считаемъ «необходимымъ» одобреніе и выгодность дѣйствій представителя. Напротивъ, тамъ, гдѣ существуетъ *явное* одобреніе, вопросъ о полезности дѣйствій мы считаемъ излишнимъ. Въ слѣдующей главѣ мы будемъ еще имѣть случай подробно говорить о практическомъ значеніи вопроса о *полезности* дѣйствій представителя для опредѣленія юридическихъ отношеній между представляемымъ и третьими лицами. О *negotiorum gestio* и *mandatum tacitum*. будетъ сказано во главѣ о

произвольное, то дѣйствія его обсуживаются весьма строго. Онъ отвѣтствуетъ не только за *dolus* (недобросовѣстность, обманъ), но и за *culpa lata* и *levis* (легкую неосторожность). За случайность (*casus*) онъ не отвѣтствуетъ. Но кто взялся за веденіе дѣла вопреки прямому воспрещенію хозяина, отвѣтствуетъ даже за случайность, еслибъ она не произошла безъ его вмѣшательства (Прус. код., тит. 13, § 242; Саксонск., § 1347). Вышеуказанной строгой точкѣ зрѣнія не подчиняется тотъ, кто былъ вынужденъ взяться за дѣла другого, или кто взялся за эти дѣла изъ челоуѣколюбія и для того, чтобъ предотвратить отъ хозяина вѣроятный вредъ. Въ этомъ случаѣ *gestor* отвѣтствуетъ лишь за грубую неосторожность.

Хозяинъ дѣлъ обязанъ вознаграждать *gestor'a*, который отправляетъ свою дѣятельность разумно, добросовѣстно и съ пользою, за всѣ расходы, которые онъ понесъ въ интересѣ перваго. Если нѣкоторые изъ понесенныхъ представителемъ расходовъ оправдываются потребностію (*impensae necessariae*), а другіе нѣтъ (какъ напр. употребленные на предметы роскоши—*impensae voluptariae*), то хозяинъ вправѣ принять на себя лишь первые изъ нихъ. Но хозяинъ долженъ дозволить, чтобы представитель все то, за что не получаетъ вознагражденія, взялъ себѣ обратно, если это можетъ быть сдѣлано безъ вреда для перваго. Если же представитель совершитъ свою дѣятельность дарственнымъ образомъ, то онъ не имѣетъ никакого права на вознагражденіе со стороны лица представляемаго (Сакс. § 1353; см. выше, стр. 157).

Если представитель велъ общее его и другаго лица дѣло, то получаетъ вознагражденіе по соразмѣрности. Но это въ томъ случаѣ, если дѣла ихъ могутъ быть отдѣляемы одно отъ другаго и каждое изъ нихъ могло быть ведено независимо отъ другаго. Въ противномъ случаѣ, отношенія между представителемъ и *dominus negotii* обсуживаются по началамъ общности имущественныхъ правъ (*judicium divisorium*).

Послѣдствія *одобренія* дѣятельности представителя заключаются въ томъ, что лице представляемое обязано вознаграждать его за *свои* понесенные расходы, даже за *impensae voluptariae* и отвѣтствовать предъ третьими лицами за установленныя обязательства.

Неправоспособное лице представляемое отвѣтствуетъ лишь тѣмъ имуществомъ, которое имѣется у него на лицѣ во время возник-

новенія обращенной къ нему претензіи. Неправоспособный фактический представитель вправѣ требовать вознагражденія за понесенные имъ при своей дѣятельности расходы, а, съ своей стороны, отвѣтствуетъ лишь въ размѣрѣ своего обогащенія (Сакс. 1349 и 1351).

Искъ, которымъ лице представляемое привлекаетъ къ отвѣтственности фактическаго представителя, называется *actio negotiorum directa*; искъ же, съ которымъ послѣдній можетъ привлечь къ отвѣтственности перваго, называется *actio neg. gestorum contraria*.

Изъ всего вышеизложеннаго видно, что *neg. gestio* отнюдь не отдѣляется такою непроницаемою стѣною отъ довѣренности, какъ это можно полагать, читая рассужденія по сему предмету Оршанскаго (ib.). Между двумя этими понятіями весьма важныя, существенныя различія; но между ними, въ то же время, много общихъ точекъ соприкосновенія, много юридически общаго. Они составляютъ два вида одного и того же родоваго понятія о представительствѣ. Они понятія родственныя ¹⁾.

Характеристическое различіе между *neg. gestio* и довѣренностію заключается въ томъ, что повѣренный дѣйствуетъ въ силу предварительнаго, ясно выраженнаго согласія довѣрителя; *neg. gestor* совершаетъ свою дѣятельность не только безъ яснаго полномочія, но и помимо всякаго другаго строго-юридическаго основанія (какъ представительство по закону).

Точка соприкосновенія представительства фактическаго и по довѣренности заключается въ томъ, что и первое изъ этихъ понятій отнюдь не исключаетъ проявленія воли участвующихъ лицъ. Дѣйствительно, самый фактъ веденія дѣла, какъ вообще фактъ въ *quasi-contractus*, влечетъ за собою юридическія послѣд-

¹⁾ Французскій кодексъ говоритъ относительно фактическаго представителя: *il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire* (art. 1375). Итальянское уложеніе говоритъ: кто добровольно беретъ на себя веденіе чужихъ дѣлъ, тотъ принимаетъ на себя обязательство продолжать начатое управленіе (*gestione*) и довести его до конца до тѣхъ поръ, пока живущій въ томъ интересѣ не будетъ въ состояніи распоряжаться самъ за себя и долженъ, кромѣ того, подчиниться всѣмъ послѣдствіямъ своихъ дѣйствій и всѣмъ обязательствамъ, которыя истекали бы изъ довѣренности, полученной отъ заинтересованнаго лица (art. 1141). Лоранъ говоритъ относительно *neg. gestio*: *ce sont donc les règles du contrat que l'on doit appliquer, autant qu'elles peuvent recevoir leur application* (t. XX, стр. 345).

ствія. Но и тогда, для установления обязательственных отношений со стороны гестора къ хозяину дѣла, необходима, какъ мы видѣли (стр. 157), воля представителя (*animus obligandi*). Послѣдствіи же одного *факта* веденія дѣлъ, подкрѣпленнаго даже одностороннею волею представителя, не простираются далѣе предѣловъ дѣйствительнаго имущественнаго приращенія лица представляемаго. Для того же, чтобы установились между фактическимъ представителемъ, лицомъ представляемымъ и третьимъ полныя, взаимныя обязательственныя отношенія — необходима презюмтивная *воля* первыхъ. Можно, помимо воли лица, истребовать, перешедшее къ нему безъ юридическаго основанія, имущество другого ¹⁾; но нельзя навязывать лицу, вопреки его волѣ (явно обнаружившейся вполнѣ влѣдствіи или презюмтивной, предполагаемой), дѣйствія другого, обязательственныя отношенія. И такъ, въ *neg. gestio* встрѣчаемъ сочетаніе понятій о фактѣ и о волѣ, взаимно-дѣйствіе этихъ двухъ элементовъ ²⁾. Въ представительствѣ по довѣренности воля лица представляемаго выражается въ ясномъ, *предварительномъ* (письменномъ или словесномъ) одобреніи дѣйствій представителя. Въ *neg. gestio* воля эта обыкновенно выражается уже во время дѣятельности представителя *фактически* и презюмируется изъ обстоятельствъ дѣла. Если лицо представляемое, зная о дѣятельности въ его интересѣ фактическаго

¹⁾ Кстати замѣтимъ, что Оршанскій (*ib.*) оказываетъ ничуть незаслуженную честь положенію: «*natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorum*», называя его «элементарнымъ началомъ права, которое всегда будетъ признаваемо судьями всѣхъ странъ». Оршанскій ошибается. Лучшіе нѣмецкіе юристы вполнѣ основательно признають это правило *ложнымъ* понятіемъ. На самомъ дѣлѣ, если лицо обогатилось на чужой счетъ *законнымъ образомъ*, то въ этомъ ничего предосудительнаго быть не можетъ. Поэтому, гораздо вѣрнѣе другое римское правило: *constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam* (D. 12, 7, 1, § 3) или «*nam jure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident*» (D. 25, 2; см. Виндшейда, *Lehrbuch der Pandecten*, § 421, прим. 1). Какъ понятіе общее, сіе послѣднее правило имѣетъ полное приращеніе и къ ученію о *neg. gestio*.

²⁾ Вслѣдствіе того, что понятіе о *neg. gestio* проявляется въ жизни въ разныхъ, отличныхъ одна отъ другой, формахъ, въ которыхъ преобладающими элементами являются иногда факты и иногда воля (явная или презюмтивная), Данквартъ, въ своемъ изслѣдованіи *die Negotiorum gestio* (Rostok, 1855), и подраздѣляетъ это понятіе на нѣсколько различныхъ видовъ.

представителя, не противорѣчить ей и присвоиваетъ себѣ результаты этой дѣятельности, то онъ этимъ обыкновенно выражаетъ свою волю, свое согласіе на эту дѣятельность. Если фактическій представитель дѣйствуетъ помимо знанія лица представляемаго, но дѣятельность первая направлена *на пользу* послѣдняго — и тогда воля, согласіе представляемаго можетъ быть презюмируемо. Можно справедливо предположить, что хозяинъ всегда будетъ доволенъ тѣмъ, что нашлось лице, которое взяло на себя предотвратитъ убытки, которые могли бы произойти для его дѣла, влѣдствіе его отсутствія, или доставляетъ ему выгоду ¹⁾.

Рѣшительный моментъ фактическаго представительства, говорятъ Арндтсъ и Рустратъ ²⁾, заключается въ томъ, чтобы возникновеніе его было вызвано такими обстоятельствами, при которыхъ лице представляемое не могло бы добросовѣстно утверждать, что оно не одобрило бы этой дѣятельности представителя, еслибъ знало о ней предварительно. Вопросъ этотъ, справедливо замѣчаетъ Арндтсъ, будетъ зависѣть отъ добросовѣстнаго обсужденія данныхъ, индивидуальныхъ обстоятельствъ дѣла (*arbitratus boni viri*). Тутъ возможно лишь указать на нѣкоторыя общія, руководящія мысли; но невозможно установить одно твердое, неизмѣнное правило.

Поэтому, одно изъ необходимыхъ условій для установления взаимныхъ обязательственныхъ отношений между лицомъ представляемымъ и фактическимъ представителемъ заключается въ томъ, чтобы дѣятельность послѣдняго была направлена *на пользу* первого ³⁾

¹⁾ Въ нѣкоторыхъ случаяхъ признается фактическое представительство и помимо всякаго одобренія. Такъ, если одно лице уплатило другому долгъ, слѣдующій ему съ третьяго, то первый пріобрѣтаетъ отъ послѣдняго право на возвратъ этихъ денегъ. Тоже, если кто либо далъ другому займы отъ имени третьяго, то между всѣми этими лицами устанавливается отношеніе обязательства займа (Zimmermann, *die Lehre* и пр., стр. 301 и послѣд.).

²⁾ *Gesammelte civilistische Schriften*, Arndts v. Arnberg, 1873 г., ст. zur *Lehre von Neg. gestio* и *Ruhrstrat*, Ueber *Neg. gestio*, стр. 25—26.

³⁾ *Tamen quidquid utiliter in rem ejus impenderit* (D., de *neg. g.* III, 5, 2); *sed sufficit si utiliter gessit, et si effectum non habuit negotium* (*ib.* 10, § 1); *sicut autem in negotiis vivorum gestis sufficit utiliter negotium gestum, ita et in bonis mortuorum, licet diversus exitus sit* (*ib.* 12, § 2); *que utiliter in negotia alicui erogantur... actione negotiorum gestorum peti possunt* (*ib.* 45). Ср. Laurent, *ib.*, стр. 347.

и чтобы она совершалась не вопреки прямому запрещению лица представляемого¹⁾).

Всего больше *neg. gestio* сближается съ представительствомъ по довѣренности въ томъ случаѣ, когда на дѣятельность фактическаго представителя послѣдуетъ явное (словесное или письменное) одобрение лица представляемого. Тогда *neg. gestio* становится, по своему юридическому характеру, почти тождественнымъ съ довѣренностью: *ratihabitio mandato comparatur*. Юридическія послѣдствія того и другой становятся вполне одинаковыми.

Но, если въ этомъ случаѣ *neg. gestio* тѣсно сближается съ представительствомъ по довѣренности, то и тогда не вполне исчезаетъ отличительный ихъ характеръ. И въ семь случаѣ, между двумя этими понятіями останется то характеристическое различіе, что до ея одобрения дѣятельность *neg. gestor'a* была чисто фактическая. Различіе между ними заключается еще въ томъ, что довѣренность можетъ имѣть отношеніе лишь къ дѣйствіямъ, которыя должны еще воспослѣдовать, между тѣмъ одобрение (*ratihabitio*) относится къ дѣйствіямъ предшествовавшимъ. Различіе между этими понятіями заключается еще въ слѣдующемъ: одобрение, очевидно, можетъ быть признаваемо обязательнымъ лишь для лица, учинившаго оное, т. е. для лица представляемого; но оно не можетъ имѣть безусловной силы для представителя. Послѣдній, несмотря на одобрение, сохраняетъ характеръ фактическаго представителя¹⁾. Но между положеніемъ повѣреннаго и

¹⁾ *Varon, Pandecten, § 310; Синтенисъ, стр. 586; Кохъ, стр. 583 и др.* Прямое запрещеніе освобождаетъ представляемого отъ всякой ответственности за дѣйствія фактическаго представителя; но и тогда дѣйствія эти влекутъ за собою извѣстныя юридическія послѣдствія. Представитель, какъ мы видѣли (стр. 106; а), отвѣтствуетъ, въ этомъ случаѣ, какъ за недозволенные дѣйствія, а отъ лица представляемаго можетъ быть истребовано перешедшее къ нему, вслѣдствіе этихъ дѣйствій, имущество третьяго лица (*actio de in rem verso*). Таковы и послѣдствія такого веденія дѣлъ, которое предпринято не въ интересъ лица представляемаго (*Laurent, № 333*). Вотъ почему французскіе юристы говорятъ: «il y a quasi contrat *neg. gestio* encore que la gestion ait eu lieu *malgré la défense du maître* (*Zachariae, § 622, прим. 4; ср. также Troplong, стр. 78—87*).

¹⁾ Ср. Пухта *Vorlesungen, §§ 327—329; Zachariae, ib.; Вангеровъ, § 664, прим. 3. Ст. 4427 св. остз. губ. гласитъ: если кто, не давъ порученія на управленіе начальными или уже оконченными дѣлами своими, впоследствии оное утвердить, то юридическое положеніе управляющаго симъ не измѣняется; къ*

фактическаго представителя, по иностранному праву, значительная разница. Такъ, по общимъ началамъ права, представитель обязанъ вознаградить представляемого за всѣ убытки, происшедшіе для послѣдняго отъ вины и небрежности перваго. Но отвѣтственность фактическаго представителя, какъ самовольно вмѣшавшагося въ дѣла другаго, должна быть обсуживаема гораздо строже отвѣтственности повѣреннаго, дѣйствующаго съ согласія довѣрителя (*Laurent № 314*). Степень ответственности фактическаго представителя будетъ зависѣть отъ индивидуальныхъ обстоятельствъ дѣла, отъ большей или меньшей важности причинъ, вызвавшихъ его вмѣшательство въ дѣла другаго (*Итальянск. уложен. ст. 1134; С. N. art. 1374*). Фактическій представитель можетъ требовать возмѣщенія лишь расходовъ, сдѣланныхъ имъ съ тщательною экономіею, плодотворность коихъ онъ можетъ доказать; ничего подобнаго не требуется отъ повѣреннаго (*Troplong, ib., стр. 90 и 587*)¹⁾.

Вотъ почему, какъ римское право, такъ и современное право вѣдѣніе подробно разсматриваютъ въ отдѣлѣ о *neg. gestio* вопросъ о тѣхъ послѣдствіяхъ, которыя влечетъ за собою одобрение лицомъ представляемымъ дѣятельности фактическаго представителя.

Если, говорить римское право, должникъ уплачиваетъ фактическому представителю долгъ, слѣдующій лицу представляемому, то первый не приобрѣтаетъ на полученные деньги права собственности отъ того, что онъ ихъ получилъ не для себя лично, а въ качествѣ представителя другаго лица. Но лице представляемое, если оно одобрило дѣятельность фактическаго представителя, при-

постановленіе имѣется и въ саксонскомъ кодексѣ (§ 134Q).—Весьма мѣтко характеризуетъ различіе между довѣренностью и *neg. gestio* Кохъ (стр. 582): Довѣренность, говорить онъ, совершается вслѣдствіе соглашенія, *consensu*; она существуетъ и тогда, когда повѣренный ничего не дѣлаетъ. *Neg. gestio* является *re*, въ силу совершившагося дѣянія, по собственному побужденію представителя (*voluntate gestoris*). Поэтому и на неспособнаго могутъ переходить обязанности какъ фактическаго представителя, такъ и хозяина дѣлъ въ мѣрѣ обогащенія отъ *neg. gestio*. — Но намъ кажется, что эту характеристику Коха слѣдуетъ дополнить тѣмъ, что она имѣетъ лишь отношеніе къ возникновенію фактическаго представительства. Въ своемъ же дальнѣйшемъ развитіи оно, какъ мы видѣли, вполне уживается, даже обуславливается понятіемъ о *volle*.

¹⁾ *Troplong (ib., стр. 91)* доказываетъ еще, что положеніе несостоятельности представителя менѣе выгодно положенію повѣреннаго, въ случаѣ несостоятельности

брѣтаетъ на эти деньги право собственности даже вопреки волѣ должника ¹⁾).

Посредствомъ одобренія, говоритъ Арндтсъ, дѣятельность фактическаго представителя пріобрѣтаетъ для лица представляемаго такую обязательную силу, какъ бы она была совершена по полномочію послѣдняго (Lehrb. d. Pand., § 298).

Фактическій представитель, говоритъ Виндшейдъ; обязанъ передать лицу представляемому все то, что перешло въ его руки, вслѣдствіе его *юридической дѣятельности* на пользу послѣдняго, въ томъ лишь случаѣ, когда лице представляемое *одобряетъ* эту дѣятельность и признаетъ ее обязательною для себя; фактическій же представитель вправе требовать возмѣщенія понесенныхъ имъ на веденіе дѣлъ расходовъ въ особенности тогда, когда онъ можетъ опираться на ясно выраженную *волю* лица представляемаго ²⁾).

Послѣдующее одобреніе (ratihabitio), говоритъ Кохъ, не превращаетъ фактическаго представительства въ стношеніе довѣренности. Одобреніе влечетъ за собою лишь то послѣдствіе, что иску представителя (actio negotiorum gestorum) не можетъ быть противупоставлено возраженію о бесполезности его дѣятельности въ интересѣ лица представляемаго ³⁾).

Рустрагъ, одинъ изъ извѣстнѣйшихъ специалистовъ въ ученіи о negotiorum gestio, обсуживая вопросъ о томъ значеніи, которое имѣетъ сдѣлка, заключенная фактическимъ представителемъ съ третьимъ лицомъ, доказываетъ, что до *одобренія* ея лицомъ представляемымъ (dominus negotii), сдѣлка не имѣетъ твердаго юридическаго существованія ⁴⁾).

¹⁾ D. De negotiis gestis, III, t. 5, 24. См. тамъ-же 6, § 6: et tu ratum habueris nihil agitur ratihabitione.—Imo puto, et si comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse; sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possum semel probatum, et quemadmodum quod utiliter gestum est, necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. Ceterum si ubi probavi, non est negotiorum gestio, quid fiet, si a debitore meo exegerit et probaverim, quemadmodum recipiam? (D. h. t., 9) Si pecuniam a debitore tuo Julianus exigit, eamque solutionem ratum habuisti, habes adversus eum negotiorum gestorum actionem (l. g. c. de neg. gest. 2, 19).

²⁾ Lehrb. d. Pandecten, § 430.

³⁾ Das Recht d. Forderungen, ч. 3, стр. 523. См. еще Danquardt die Neg. gestio, § 11. Ср. выше, стр. 163 и прим. 1.

⁴⁾ Ueber Stellvertretung ohne Vollmacht, въ журналѣ Игеринга, Jahrbücher

Лассаль, доказывая, что существо neg. gestio основано на *предполагаемой закономъ волѣ* лица представляемаго, объясняетъ, что понятіе объ *одобреніи* послѣднимъ дѣятельности представителя вполне соответствуетъ природѣ этого института. На самомъ дѣлѣ, говоритъ онъ, если существо neg. gestio заключается въ *предполагаемой волѣ* лица представляемаго, то свойство этого института нисколько не должно измѣняться оттого, что *предположеніе* о существованіи воли получаетъ дѣйствительное *подтвержденіе* чрезъ послѣдовавшее одобреніе ¹⁾).

Изъ приведеннаго положенія Лассаль выводитъ еще другое заключеніе, о которомъ слѣдуетъ сказать нѣсколько словъ.

Лассаль, именно, говоритъ, что такъ какъ существо neg. gestio заключается въ *предполагаемой волѣ* представляемаго, то изъ этого явствуетъ, что онъ можетъ лишь знать о существованіи *причины* для веденія дѣлъ (neg. gestio), которыхъ онъ самъ не приводитъ въ исполненіе по ошлопности или потому, что не придаетъ имъ значенія; но онъ не долженъ знать о *самомъ веденіи* дѣлъ. Если онъ знаетъ о послѣднемъ обстоятельстве, тогда воля его уже не предполагаемая, а дѣйствительная, хотя и молчаливая ²⁾. Съ этимъ выводомъ трудно согласиться. Мы говорили выше (стр. 153), что знаніе и согласіе—понятія отнюдь не тождественныя. Лице можетъ знать о веденіи дѣлъ, но не выражать своего согласія. Оно можетъ не обнаруживать по этому предмету свою настоящую волю потому ли, что встрѣчаетъ тому препятствія или просто потому, что не желаетъ высказаться, прежде чѣмъ выяснится намѣреніе фактическаго представителя, дѣль и послѣдствія веденія дѣлъ: посмотримъ, молъ, что съ этого выйдетъ. Во всякомъ случаѣ, согласіе, хотя молчаливое, можетъ быть признаваемо въ томъ лишь случаѣ, когда это несомнѣнно обнаруживается еще изъ другихъ обстоятельствъ дѣла. Но одно *знаніе* лица представляемаго само по себѣ, а ргоги, не можетъ служить доказатель-

¹⁾ Das System d. erworbenen Rechte, ч. 1, стр. 123; ср. Laurent, ib.; т. 20, №№ 323 и 336.

²⁾ Ibidem, стр. 126. Нѣкоторое сходство съ этимъ имѣетъ и взглядъ Тролона, который говоритъ, что хозяинъ не долженъ знать о *возникновеніи* neg. gestio; но онъ можетъ знать о веденіи дѣла, когда оно уже началось (ib. стр. 76. 96 и др.). Замѣчанія наши относительно мнѣнія Лассалья служатъ опроверженіемъ

ством существованія его воли и согласія на дѣятельность фактическаго представителя.

Въ подтвержденіе приведеннаго взгляда своего, Лассаль ссылается на афоризмъ римскаго права: *qui tacet consentire videtur*. Но извѣстно, что неправильность этого положенія давно уже признана юристами. Вмѣсто него выставлено другое, болѣе вѣрное правило: *qui tacet cum loqui potuit et loqui debuit consentire videtur*. Изъ послѣдняго положенія явствуетъ, что молчаніе лица можетъ быть признаваемо равносильнымъ его согласію, *лишь при существованіи другихъ обстоятельствъ, которыя подтверждаютъ такое предположеніе*. По изложеннымъ же основаніямъ, намъ кажется, нельзя признать правильнымъ и другое положеніе римскаго права, по которому: *semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*. Отсутствие запрещенія равносильно молчанію. Но одно молчаніе, какъ мы говорили, не можетъ служить доказательствомъ существованія *согласія*. Поэтому мы и не можемъ согласиться съ взглядомъ тѣхъ юристовъ ¹⁾, которые на этомъ послѣднемъ афоризмѣ строятъ свою теорію о *mandatum tacitum* ²⁾.

Считаемъ еще нужнымъ сказать нѣсколько словъ объ *actio de in rem verso*, о которомъ было упомянуто выше (стр. 162 и 168, прим. 1) и которое имѣетъ связь съ ученіемъ о *neg. gestio*.

Относительно этого иска, Оршанскій, въ упомянутой статьѣ своей, говорить: «если всмотрѣться поближе, то окажется, что въ цитируемыхъ г. Гордономъ рѣшеніяхъ ³⁾ сенатъ призналъ не *neg. gestio* и не *mandatum praesumptum*, а *совсѣмъ другой институтъ обязательственнаго права*, извѣстный подъ названіемъ *actio de in rem verso*».

Но эта выписка доказываетъ лишь, что Оршанскій плохо былъ знакомъ съ понятіемъ объ *actio de in rem verso*.

¹⁾ См. напр. Zacharie, *le droit civil français*, ч. 5, § 761, прим. 2 и Troplong, *ib.*, стр. 125.

²⁾ Подробности объ этомъ см. ниже въ гл. о «молчаливомъ полномочіи».

³⁾ Это нѣкоторыя изъ рѣшеній, въ которыхъ мы находимъ начало фактиче-

Actio de in rem verso было первоначально вызвано своеобразнымъ строемъ римской семейной жизни. Мы уже говорили (стр. 9 и 53), что, по римскимъ законамъ, права, которыя были приобретаемы дѣтьми и рабами, переходили непосредственно, въ силу самаго закона, на главу семейства (*paterfamilias*), которому первые были юридически всецѣло подвластны. Первоначально существовало правило, въ силу котораго подвластныя лица могли лишь дѣйствовать *въ пользу* главы семейства, *приобрѣтать* для него, улучшить его имущественное положеніе; но они не имѣли права дѣйствовать *во вредъ* послѣднему, ухудшить его положеніе, *обязываться* отъ его имени: *melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest* (D. 50, 17, § 133). Но такое положеніе дѣла, въ силу котораго глава семейства приобретае одни лишь права своихъ дѣтей и рабовъ и не могъ быть привлекаемъ къ исполненію принятыхъ ими на себя обязанностей, было явленіемъ ненормальнымъ, которое имѣло своимъ послѣдствіемъ различныя злоупотребленія. Этотъ неестественный и непослѣдовательный порядокъ римскій преторъ старался устранить введеніемъ искомъ, извѣстныхъ подъ названіемъ *actiones quod jussu* и *de in rem verso* ¹⁾. Въ силу послѣдняго иска, къ ответственности за обязанности, вытекающія изъ сдѣлокъ, совершенныхъ подвластными лицами, могъ быть привлеченъ и глава ихъ, если онъ, вслѣдствіе этихъ сдѣлокъ, получилъ какое либо имущественное приращеніе (D., l. XV, 3, *de in rem verso*). При послѣдующемъ развитіи римскаго права, это право иска распространено было на всѣ тѣ случаи, когда одно лицо, вслѣдствіе дѣятельности другого, получило безъ законнаго основанія приращеніе изъ имущества третьяго лица. Третье лицо и можетъ, посредствомъ *actio de in rem verso*, привлечь къ ответственности то лицо, которое обогатилось на его счетъ ²⁾. Такимъ образомъ, *actio de in rem verso* является лишь послѣдствіемъ предшествовавшаго отношенія, вслѣдствіе котораго произошло обогащеніе одного лица, при посредствѣ другаго, изъ

¹⁾ Объ *actio quod jussu* будетъ сказано въ гл. XV.

²⁾ Если имущественное приращеніе одного лица произошло незаконнымъ образомъ *непосредственно* отъ другаго, то сей послѣдній можетъ привлечь къ ответственности перваго посредствомъ, такъ-называемыхъ, *condictiones: condictio sine data causa non secuta, indebiti, ob turpem causam* (См. Пухта, *Vorlesungen*,

имущества третьяго. Однимъ изъ способовъ, коими можетъ совершаться имущественное обогащеніе одного лица на счетъ третьяго, и есть negotiorum gestio. Если лице представляемое получило, вслѣдствіе дѣятельности фактическаго представителя, приращеніе изъ имущества третьяго лица, то сіе послѣднее можетъ привлечь перваго къ отвѣтственности посредствомъ actio de in rem verso¹⁾. Этимъ искомъ третье лице можетъ привлечь къ отвѣтственности dominus negotii въ размѣрѣ полученнаго имъ имущественнаго приращенія и въ томъ случаѣ, когда фактическій представитель дѣйствовалъ отъ своего имени, а, слѣдовательно, какъ указано выше, самъ лично сдѣлался отвѣтственнымъ предъ третьимъ лицомъ, или даже когда представитель дѣйствовалъ вопреки волѣ dom. negotii (см. стр. 162 и 168, прим. 1). Этотъ искъ будетъ имѣть примѣненіе и къ тому случаю, когда neg. gestor совершаетъ свою дѣятельность не къ выгодѣ или не въ интересѣ лица представляемаго, а исключительно въ свою собственную пользу, въ како-

¹⁾ Ср. Савиньи, Obligationenrecht, § 54; Коха, d. R. d. Ford., § 291; Виндшейда, § 483 и Лорана, т. 20, №№ 324 и 337—338 и т. 28, № 63. Видно Оршанскій не прочелъ внимательно § 483 учебника Виндшейда, на который онъ ссылается въ упомянутой статьѣ своей. Иначе онъ, какъ изъ текста того §, такъ и изъ примѣчаній къ нему (2, 4 и 5) понялъ бы всю несообразность противопоставленія actio de in rem verso понятію о neg. gestio. Французское право прямо признаетъ actio de in rem verso послѣдствіемъ neg. gestio: ainsi la femme mariée qui gère volontairement l'affaire d'autrui... doit rendre tout ce dont elle s'est enrichie, par suite de l'action de in rem verso (Zacharie, le cours de droit français, ч. 5, § 622, прим. 1). Лоранъ прямо говоритъ: à vrai dire, l'action de gestion d'affaires et l'action de in rem verso cèdent, de la même cause, d'une immixtion dans les affaires d'autrui (№ 337). Ср. еще Циммермана Die Lehre etc., стр. 317 и посл. Французскіе юристы слѣдующимъ образомъ характеризуютъ соотношеніе между actio neg. gestio и de in rem verso: первое имѣетъ мѣсто тогда, когда искъ основанъ на пользѣ, принесенной domini negotii, второе — тогда, когда дѣло идетъ о прибыли, имъ полученной (Zacharie, ib., прим. 1; Лоранъ, т. 20, № 340). Такимъ образомъ, французскіе юристы признаютъ, что actio de in rem verso получаетъ примѣненіе и къ тому случаю, когда приращеніе послѣдовало непосредственно изъ имущества другаго лица. Слѣдуетъ замѣтить, что въ новѣйшее время и нѣкоторые нѣмецкіе юристы стали допускать въ этомъ случаѣ примѣненіе actio de in rem verso. Такимъ образомъ, этотъ искъ можетъ быть примѣняемъ какъ къ neg. gestio, такъ и къ другимъ случаямъ, въ которыхъ одно лице получаетъ обогащеніе изъ имущества другаго (ср. «Kommentar in Anmerkungen» къ прусскому кодексу Коeh, Förster, Johow и пр., Берлинъ, 1875 г., т. 2, ч. I, стр. 178 и 179, прим. 1 и 4). Въ этомъ своемъ видѣ, actio de in rem verso содержитъ въ себѣ то общее понятіе, которое въ частности выражено въ ст. 574, 609 и др. ч. 1, т. X.

вомъ случаѣ, какъ мы видѣли выше, dominus negotii отвѣтствуетъ лишь въ размѣрѣ полученнаго имъ обогащенія (quantum locupletior est). Точно также этотъ искъ будетъ имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, когда лице представляемое или представитель не правоспособны, въ каковомъ случаѣ отвѣтственность ихъ, какъ мы видѣли, ограничивается размѣромъ ихъ имущественнаго приращенія. Во всѣхъ этихъ случаяхъ actio de in rem verso служитъ звѣномъ, связующимъ лице третье и представляемаго и ставящее ихъ въ непосредственныя между собою отношенія. Изъ этого явствуетъ, что actio de in rem verso отнюдь не есть нѣчто самостоятельное или даже противоположное negotiorum gestio. Напротивъ, первое есть лишь одно изъ послѣдствій втораго. Оно получаетъ примѣненіе въ томъ случаѣ, когда рѣчь идетъ о привлеченіи dominus negotii къ отвѣтственности лишь въ предѣлахъ, полученнаго имъ, имущественнаго приращенія. Neg. gestio относится къ actio de in rem verso какъ причина къ слѣдствію. Очевидно, что опровергать послѣднимъ изъ этихъ понятій существованіе перваго — значитъ утверждать чистѣйшую юридическую несообразность.

Послѣ всего изложеннаго легко понять и то соотношеніе, въ какомъ находится понятіе о facta concludentia къ ученію о фактическомъ представительствѣ (negotiorum gestio). Мысль о признаніи существованія воли, выразившейся въ фактахъ, въ дѣяніяхъ (facta concludentia), какъ вообще понятіе о волѣ, принадлежитъ къ числу, такъ называемыхъ, *общихъ понятій* права. Какъ общее понятіе, оно проникаетъ различныя отдѣлы права, въ коихъ можетъ возбуждаться вопросъ о признаніи фактически выразившейся воли. Оно входитъ и въ составъ ученія о negotiorum gestio. Facta concludentia *составляетъ одно изъ основныхъ понятій* negotiorum gestio. Мы, именно, выше видѣли, что одно изъ основныхъ понятій neg. gestio заключается въ томъ, что изъ фактовъ и обстоятельствъ дѣла прѣзюмируется существованіе воли лица представляемаго (dominus negotii) на совершеніе отъ его имени или въ его интересѣ юридическихъ дѣйствій фактическимъ представителемъ (neg. gestor). Изъ этого явствуетъ, что опровергать понятіемъ о facta concludentia существованіе neg. gestio — какъ это дѣлаетъ Оршанскій (ib.) — значитъ утверждать явную несообразность. Понятіе о первомъ входитъ въ составъ ученія о второмъ. Понятіе о facta concludentia можетъ лишь подтверждать,

но не опровергать существование *neg. gestio*. Утверждать, что, въ данномъ случаѣ, представляется не *neg. gestio*, а *facta concludentia* — тоже самое, что говорить о юридическомъ отношеніи, что оно не сдѣлка, не договоръ, а просто взаимное соглашеніе двухъ или нѣсколькихъ участвующихъ лицъ¹⁾.

¹⁾ Не можемъ, кстати, не замѣтить, что напрасно Оршанскій поднялъ въ упомянутой выше статьѣ своей такъ много шума изъ за *facta concludentia*. Это понятіе вовсе не такое тонкое и возвышенное, чтобы оно не было доступно обыкновенному юридическому пониманію. Что воля лица можетъ быть выражена не только на словахъ, но и въ самыхъ дѣйствіяхъ—это понятіе не только ученымъ юристамъ, но и сколько нибудь толковымъ практикамъ. Это понятіе получаетъ у насъ частое примѣненіе на практикѣ. Оно было неоднократно развиваемо нами и въ печати. Это видно изъ самой статьи нашей, изъ которой Оршанскій сдѣлалъ выписки. Въ статьѣ «Дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ довѣренности» (Журн. торгов. и гражд. права, июнь, 1872 г.) мы говорили: «присвоеніе результатовъ дѣйствій повѣреннаго само содержитъ въ себѣ фактическое одобреніе сихъ дѣйствій»; «для законодателя достаточно того, что довѣритель юридически или фактически одобряетъ дѣйствія повѣреннаго» и пр. Въ изложенномъ можемъ убѣдить самое выраженіе «фактическое представительство», которое мы впервые ввели въ нашу юридическую терминологию (см. выше, стр. 151, прим. 1) и которое нынѣ, въ числѣ другихъ, усвоилъ себѣ и Оршанскій.

ГЛАВА X.

Фактическое представительство въ нашемъ быту.

Теоретическій разборъ случаевъ фактическаго представительства, встрѣтившихся у насъ на практикѣ (дѣла Коротенковой съ Пассекомъ и Кривды съ Сало). — Полезность дѣйствій представителя и фактическое одобреніе оныхъ. — Разборъ дѣла Ивина съ Кейсаровымъ, Философова съ Службинымъ, Войтихова съ Ръзниковымъ и др. — Современное положеніе понятія о фактическомъ представительствѣ въ нашемъ юридическомъ быту. — Борьба въ нашей жизни между свободою представительства и формализмомъ довѣренности (дѣла Гнины съ Базилевскимъ, Махно съ Милорадовичемъ и Ефимова съ кн. Урусовою). — Колебанія сената и послѣдовательность низшихъ судебныхъ мѣстъ. — *Actio de in rem verso* въ нашей практикѣ. — Теоретическій разборъ дѣла Дейтера съ Васильевымъ и Варшавера. — Право и справедливость въ представительствѣ. — Общій выводъ.

Was sich verwirklicht als Recht, ist Recht, auch wenn es in den Gesetzen nicht zu finden ist. (Ihering, Geist d. röm. Rechts, § 38).

Послѣ всего вышеизложеннаго, переходимъ къ разбору случаевъ изъ нашей судебной практики, въ которыхъ проявляются начала *neg. gestio*. Въ виду важности значенія, спорнаго и невыясненнаго въ нашей юридической литературѣ, вопроса о фактическомъ представительствѣ, намъ придется сдѣлать обстоятельныя выписки изъ рѣшеній и подвергнуть ихъ подробному, критическому разбору.

Повѣренный мѣщанинъ Меланъи Коротенковой, титулярный совѣтникъ Праведниковъ, обратился 20 февраля 1869 г. въ сумскій окружный судъ съ искомъ къ коллежскому совѣтнику Вячеславу Пассеку и объяснилъ, что мужъ его довѣрительницы, Андрей Коротенко (умершій 30 декабря 1864 г.), по условію отъ 13 апрѣля 1863 г. произвелъ въ Криничанской экономіи Пассека грабарныя работы на сумму 1537 р. 7½ к. Въ число этихъ денегъ онъ получилъ 985 р. 36 к.; поэтому Праведни-

ковъ просилъ: присудить съ Пассека Коротенковой остальные 551 р. 71½ к., съ процентами со дня предъявленія иска. Въ доказательство сего иска, къ дѣлу представлены: во 1-хъ, упомянутое условіе отъ 13 апрѣля 1863 г., по коему Коротенко нанятъ былъ для производства земляныхъ работъ въ Криничанской экономіи Пассека, съ показаніемъ предмета и цѣны найма. Условіе это подписано управляющимъ Криничанскою экономіею, П. Соллогубомъ, съ приложеніемъ печати экономіи; во 2-хъ, расчетная квитанція отъ 26 ноября 1865 г., за № 318, выданная изъ экономіи Соллогубомъ въ томъ, что, за произведенными по 27 ноября 1865 г. уплатами за сдѣланны Коротенкомъ работы, остается за экономіею 708 р. 71½ к., и въ 3-хъ, книжка, данная Коротенку на записку выдаваемыхъ ему за работу денегъ, изъ которой видно, что послѣ выдачи Коротенку квитанціи, уплачено ему Соллогубомъ въ разное время 157 р. Повѣренный Пассека, Череповъ, оспаривая этотъ искъ Коротенковой, объяснилъ, что Соллогубъ не имѣлъ отъ Пассека довѣренности. Окружный судъ присудилъ съ Пассека въ пользу Коротенковой 551 р. 71½ к., съ процентами съ 5 марта 1869 г. по день удовлетворенія. На это рѣшеніе Пассекъ принесъ апелляціонную жалобу Харьковской судебной палатѣ, которая нашла, что возраженія аппелятора будто искъ Коротенковой относится не къ нему, а къ Соллогубу, не заслуживаетъ уваженія, ибо документы, на коихъ основанъ искъ, подписаны Соллогубомъ какъ лицомъ не самостоятельнымъ, а въ качествѣ управляющаго экономіею Пассека, и при томъ самъ Пассекъ не отвергаетъ ни даннаго имъ Соллогубу права на завѣдываніе дѣлами его экономіи, ни условій договора, заключеннаго 13 апрѣля 1863 г. съ Коротенкомъ, ни дѣйствительности произведенныхъ для экономіи работъ (ст. 480 уст. гр. суд.); что и послѣ удаленія Соллогуба произведена выдача Пассекомъ Коротенковой 2 руб., которую признаетъ дѣйствительною и самъ Пассекъ, хотя и объясняетъ, что выдача эта сдѣлана не въ видѣ уплаты, а съ благотворительною цѣлью. Посему судебная палата признала рѣшеніе окр. суда правильнымъ. Сенатъ, между прочимъ, говоритъ, что палата изъ обстоятельствъ дѣла вывела заключеніе, что *неимѣніе Соллогубомъ довѣренности отъ Пассека не избавляло Пассека отъ обязанности заплатить Коротенку остальные деньги* за произведенныя имъ, по сознанію самого отвѣтчика,

работы. Это заключеніе судебной палаты не нарушаетъ ни точнаго смысла 470 ст. уст. гр. суд. и ст. 2045 и 2046, т. X, ч. I, ибо счета, подписанные Соллогубомъ, приняты палатою не какъ доказательство существованія долга за Пассекомъ, въ силу заключеннаго съ Коротенкомъ договора, а какъ подтвержденіе того обстоятельства, что *Коротенко принялъ на себя земляныя работы въ имѣніи Пассека и что работы эти имъ были произведены, чего и самъ Пассекъ не отвергаетъ*; ни ст. 2326, т. X, ч. I, ибо палата присудила съ Пассека взысканіе въ пользу Коротенковой не потому, чтобы признала дѣйствія управляющаго имѣніемъ, хотя бы онъ и не имѣлъ довѣренности отъ владѣльца, для сего послѣдняго безусловно обязательными, а потому, что, *въ подлежащемъ случаѣ, управляющій имѣніемъ Пассека дѣйствовалъ не самостоятельно и что распоряженія его были не беззислотны владѣльцу*, который и послѣ удаленія Соллогуба самъ уплатилъ Коротенковой часть слѣдовавшей мужу ея за работы суммы.

Изъ этого рѣшенія мы видимъ, что какъ судебныя мѣста, такъ и сенатъ признали для Пассека обязательнымъ договоръ 13 апрѣля 1863 г., заключенный Соллогубомъ съ Коротенко, не смотря на то, что Соллогубъ не имѣлъ отъ Пассека довѣренности ни на управленіе отъ его имени имѣніемъ, ни на заключеніе отъ его имени договоровъ. Это рѣшеніе мотивируется тѣмъ, что работы были дѣйствительно произведены Коротенко для экономіи Пассека, что Соллогубъ дѣйствовалъ не самостоятельно, а какъ представитель Пассека, что послѣдній не отвергаетъ даннаго имъ первому права на завѣдываніе его дѣлами, что распоряженія Соллогуба были «беззислотны» Пассеку и что самъ Пассекъ уплатилъ Коротенковой два рубля. Однимъ словомъ, Пассекъ призналъ обязаннымъ удовлетворить Коротенкову оттого, что онъ присвоилъ себѣ результаты дѣятельности Соллогуба и фактически одобрилъ эту дѣятельность. Нужно замѣтить, что тутъ не было даже явнаго одобренія Пассекомъ дѣйствій Соллогуба. Это одобреніе презюмтивное. Судебныя мѣста презюмировали это одобреніе изъ нѣкоторыхъ обстоятельствъ дѣла (платежъ двухъ рублей, пассивное отношеніе Пассека къ дѣйствіямъ Соллогуба и пр.). Нужно ли, послѣ всего изложеннаго нами выше, еще серьезно доказывать, что въ этомъ дѣлѣ имѣются всѣ тѣ отличительныя при-

знаки, которые характеризуют существо negotiorum gestio? — Если бы дѣло Пассека съ Коротенковою слушалось въ Прусскомъ судѣ, то судъ этотъ пришелъ бы къ заключенію, согласному съ вышеизложеннымъ, на точномъ основаніи §§ 241, 247 и 248, т. 13 allg. bürg. Gesetz. ¹⁾ Французскій же судъ постановилъ бы по этому дѣлу подобное же рѣшеніе, руководствуясь точнымъ смысломъ art. 1375 кодекса, въ силу котораго, если дѣло было ведено хорошо, хозяинъ (dom. negotii) долженъ исполнить всѣ обязательства, заключенныя negotiorum gestor'омъ отъ своего имени и возмѣстить ему всѣ издержки.

Не можемъ еще не замѣтить, что самое выраженіе «небезызвѣстно» (Пассеку), которое употреблено въ изложенномъ рѣшеніи сената, сильно напоминаетъ собою вышеприведенную характеристику negotiorum gestio Коха (см. стр. 155), который, признавая, что знаніе лицомъ представляемымъ о дѣятельности представителя не лишаетъ ея характера фактическаго представительства, говоритъ, что лице представляемое должно *пассивно* относиться къ этой дѣятельности ²⁾.

Если же сенатъ, какъ это явно проглядываетъ въ мотивахъ его рѣшенія по дѣлу Пассека, уклоняется отъ проведения по разсматриваемому предмету общихъ началъ и строго придерживается однихъ лишь обстоятельствъ того дѣла, то въ этомъ нѣтъ ничего удивительнаго. Правительствующій сенатъ не есть ученая коллегія, которая занимается разработкою общихъ, отвлеченныхъ началъ права. Тѣмъ менѣе можно отъ него требовать, чтобы онъ ввелъ въ нашу юридическую жизнь стройную, научную систему фактическаго представительства. Судебныя мѣста ограничиваются лишь разборомъ обстоятельствъ даннаго дѣла и постановленіемъ по оному своего заключенія. Задача науки состоитъ въ томъ, чтобы отдѣльные казусы возвести въ принципъ, въ стройную и цѣльную систему права.

¹⁾ § 241 прусск. код. гласитъ: Если dominus negotii присвоилъ себѣ выгоды, происшедшія отъ дѣятельности фактическаго представителя, то, въ размѣръ оныхъ, долженъ отвѣтствовать за издержки. Въ §§ 247 и 248 сказано, что если хозяинъ *зналъ* о веденіи дѣла и не противорѣчалъ этому, то долженъ одобрить оное и отвѣтствовать предъ тѣмъ, кто велъ дѣла, въ размѣръ полученныхъ имъ выгодъ.

²⁾ См. также выше (стр. 153) прим. 4) и прим. 2)

Еще болѣе достойно вниманія, относительно предмета нашего изслѣдованія, рѣшеніе мирового съѣзда по дѣлу Долинскаго и Сало (кассац. рѣш. 1870 г., № 635). Мѣщ. Денисъ Кривда занялъ у казака Степана Сало 150 п. ржи и обязался возвратить оную съ насыпомъ 25 п. къ 15 окт. 1866 г., въ чемъ выдалъ 5 апр. 1866 г. росписку, объяснивъ въ оной, что, въ случаѣ невозвращенія къ сроку, долженъ отвѣтить собственнымъ имуществомъ. По сей роспискѣ Сало, въ іюлѣ 1869 г., требовалъ чрезъ мировой судъ удовлетворенія отъ помѣщика Долинскаго, утверждая, что хлѣбъ былъ взятъ Кривдою, прикащикомъ Долинскаго и ссыпанъ для экономіи сего послѣдняго, и что кромѣ того взято Кривдою для той же экономіи въ іюнѣ и іюлѣ 75 пуд., также съ условіемъ о процентахъ, вслѣдствіе чего просилъ и о взысканіи за сей хлѣбъ, всего 449 руб. съ Долинскаго. Мглинскій мировой съѣздъ нашелъ, что Долинскій, выѣзжая въ 1865 г. въ С.-Петербургъ, оставилъ имѣніе свое въ распоряженіи прикащика, мѣщанина Кривды, *не снабдивъ его на управленіе имѣніемъ законною до-
вѣренностью*, которая ограничивала бы дѣйствія его по имѣнію, и такимъ неограниченнымъ довѣріемъ Долинскій предоставилъ Кривдѣ распоряжаться по его имѣнію такъ, какъ онъ распоряжался имъ самъ; *но такое довѣріе не освобождало Кривду отъ отвѣтственности предъ Долинскимъ за все то, что могло быть сдѣлано имъ во вредъ владѣльцу имѣнія*. Имѣя при томъ въ виду письмо Долинскаго къ сыну истца Сало отъ 27 іюня 1866 г. въ которомъ онъ проситъ истца Сало дать для обѣмненія полей его хотя нѣсколько ржи, *слѣдуетъ признать, что Кривда имѣлъ полное право на позаимствование для экономіи Долинскаго хлѣба, точно также какъ онъ имѣлъ право, распоряжаясь имѣніемъ, производить покупку и продажу экономическихъ продуктовъ безъ довѣренности*. Объясненіе же Долинскаго, что Кривда бралъ хлѣбъ у Сало для себя, а не для экономіи, опровергается присяжными показаніями свидѣтелей, которые удостоверяютъ какъ *поступленіе хлѣба къ Долинскому, такъ и употребленіе его въ количество, показанное истцомъ* ¹⁾. Посему мировой съѣздъ призналъ, что Долинскій долженъ отвѣтствовать за

взяты 225 пудовъ хлѣба; но условіе о процентахъ на оный не можетъ быть для него обязательно, какъ клонящееся ко вреду его.

Намъ кажется, что, читая приведенное дѣло, можно подумывать, что мглинскій мировой съѣздъ руководствовался, при разрѣшеніи онаго, вышеизложенными началами римскаго права о negotiorum gestio, или постановленіями о немъ иностранныхъ законодательствъ—такъ рѣшеніе это отзывается основными понятіями этого института! Кривда не имѣлъ довѣренности ни на управленіе имѣніемъ Долинскаго, ни на получение для его имѣнія ржи. Занявъ безъ полномочія для имѣнія Долинскаго рожь, Кривда дѣйствовалъ лишь въ качествѣ фактическаго представителя. А такъ какъ со стороны Долинскаго не послѣдовало явнаго одобренія дѣйствій Кривды, то съѣздъ призналъ, что довѣріе Долинскаго (которое съѣздъ презюмировалъ изъ обстоятельствъ дѣла), ¹⁾ не освобождало Кривду отъ отвѣтственности предъ Долинскимъ за все то, «что могло быть сдѣлано имъ во вредъ владѣльцу имѣнія». Такимъ образомъ, съѣздъ призналъ, въ настоящемъ дѣлѣ, то вышеизложенное основное начало negotiorum gestio, по которому дѣйствія gestor'a, при отсутствіи явнаго одобренія, признаются имѣющими юридическое значеніе для лица представляемаго (dominus negotii) лишь на столько, на сколько они направлены на пользу лица представляемаго (quidquid utiliter in rem ejus impenderit; прусск. код. §§ 238—241), въ противоположность началамъ представительства по довѣренности. по которымъ для довѣрителя обязательны и тѣ дѣйствія повѣреннаго, которыя клонятся ко вреду его (ст. 2326, 1 ч., X т.). Поэтому съѣздъ, признавъ Долинскаго обязаннымъ возратить Сало взятыя у него Кривдою 225 пуд. хлѣба, которые поступили въ экономію Долинскаго (т. е. которые Долинскій фактически себѣ присвоилъ, которые обращены въ его пользу), освободилъ его отъ обязанности возратить остальной хлѣбъ, назначенный въ видѣ преміи или процентовъ, какъ условіе «клонящееся ко вреду его». И такъ, можно подумывать, что съѣздъ примѣнилъ къ настоящему дѣлу вышеприведенное положеніе римскаго права о neg. gestio,

¹⁾ Изъ того, что Долинскій поручилъ Кривдѣ свое имѣніе, не снабдивъ его довѣренностью, съѣздъ, при совокупности другихъ обстоятельствъ, вывелъ заключеніе, что довѣріе Долинскаго къ Кривдѣ было неограниченное.

по которому quod utiliter in negotia alicui erogantur... actione negotiorum gestorum peti possunt (D. III, 5, § 45) или quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rata haberi (D. h. t. 9) или же § 241 прусск. кодекса, въ силу котораго «если dominus negotii присвоилъ себѣ выгоды отъ веденія дѣла, то, въ размѣръ ихъ, обязанъ отвѣтствовать за издержки».

Не признавать въ этомъ дѣлѣ явныхъ признаковъ negotiorum gestio—значить отвергать самые очевидные факты!

Въ упомянутой выше (стр. 170) статьѣ Рустрата приведенъ слѣдующій примѣръ neg. gestio: А., продававшій лошадей на базарѣ, уходя оставилъ для наблюденія за лошадьми племянника своего В.; сей послѣдній продалъ нѣсколько лошадей В. Дѣятельность В., Рустратъ признаетъ neg. gestio.—Но если В. признается дѣйствовавшимъ при продажѣ лошадей въ качествѣ neg. gestor'a, если, какъ мы видѣли выше (стр. 155), наука права признаетъ характеръ фактическаго представительства за дѣйствіями повѣреннаго, выходящими изъ предѣловъ довѣренности,—то неужто не имѣемъ полного права признавать тотъ же юридическій характеръ за дѣйствіями Соллогуба при заключеніи имъ условія съ Коротенко и Кривды при занятіи имъ у Сало для Долинскаго ржи?

Сенатъ, въ рѣшеніи своемъ по этому дѣлу, говорить: независимо отъ формальной довѣренности, по коей одно лице совершаетъ отъ имени другаго дѣйствія и обязательства, *опредѣленные прямымъ полномочіемъ*, могутъ быть случаи, въ коихъ одно лице, состоя въ служебныхъ отношеніяхъ къ другому, совершаетъ, *съ воли его и согласія, дѣйствіе* къ огражденію его *интересовъ и для пользы порученнаго имущества*; въ такихъ случаяхъ, смотря по обстоятельствамъ дѣла, дѣйствія служебнаго лица, поколику изъ дѣла явствуетъ, *что они были не произвольны, а утверждались на согласіи или приказаніи владѣльца и клонились не ко вреду его*, могутъ быть признаны обязательными для сего послѣдняго. Посему и 687 ст., 1 ч., X т. постановляетъ, что не токмо вѣрители отвѣчаютъ за дѣйствія повѣренныхъ, сообразныя съ полномочіемъ, но и господа за дѣйствія слугъ, сообразныя съ приказаніемъ. Въ настоящемъ дѣлѣ судомъ признано, *по обстоятельствамъ дѣла*, что Кривда, хотя и безъ формальной довѣренности, бывъ прикащикомъ въ имѣніи Долинскаго и завѣдуя

симъ имѣніемъ, занималъ хлѣбъ у Сало не для себя, а для имѣнія, что хлѣбъ сей поступилъ въ пользу хозяйства Долинскаго, что самъ Долинскій изъявлялъ свою волю на заемъ хлѣба у того же Сало и что посему онъ, а не Кривда, лично обязанъ отвѣтствовать Салу за принятый въ экономію хлѣбъ. Это заключеніе съѣзда зависѣло отъ усмотрѣнія суда, рѣшившаго дѣла по существу и не подлежитъ ревизіи сената въ порядкѣ, установленномъ 186 ст. уст. гражд. суд.

Оршанскій (ib.), разбирая это рѣшеніе сената, приходитъ къ заключенію, что въ немъ не можетъ быть рѣчи о *neg. gestio*, потому, что тутъ говорится о *volъ* и *согласіи*. Но съ этимъ отнюдь нельзя согласиться.

О какого рода волѣ и согласіи говорить сенатъ въ этомъ своемъ рѣшеніи? О предварительномъ (письменномъ или даже словесномъ) согласіи тутъ не можетъ быть рѣчи. Сенатъ высказываетъ эти соображенія по поводу разбираемаго имъ дѣла; очевидно, что онъ могъ высказывать такія лишь соображенія, которыя соотвѣтствуютъ существу и обстоятельствамъ этого дѣла. Но изъ дѣла видно, что у Кривды довѣренности не было и Долинскій прямого согласія на полученіе Кривдою отъ Сало ржи не изъявлялъ ¹⁾. Въ настоящемъ дѣлѣ не можетъ быть даже и рѣчи о послѣдующемъ (письменномъ или словесномъ) *одобреніи* дѣйствій фактич. представителя, хотя и подобное одобреніе, какъ мы доказывали выше (стр. 169—171), отнюдь не противорѣчитъ существу фактич. представительства. Такого рода одобренія въ дѣлѣ Сало съ Долинскимъ не было. Очевидно, что, по поводу дѣла Сало съ Долинскимъ, рѣчь можетъ быть лишь о волѣ и согласіи, которыя презюмируются изъ фактовъ и обстоятельствъ дѣла, изъ пассивнаго отношенія лица представляемаго къ дѣятельности фактическаго представителя и изъ присвоенія первымъ результатовъ дѣятельности послѣдняго. Сенатъ говоритъ о той волѣ и согласіи, которыя съѣздъ презюмировалъ изъ обстоятельствъ дѣла Сало съ

¹⁾ Письмо Долинскаго къ сыну Сало, очевидно, не можетъ служить доказательствомъ изъявленія первымъ согласія на полученіе Кривдою отъ Сало ржи, во 1-хъ потому, что оно писано не лично къ нему, а къ его сыну, и во 2-хъ потому, что въ немъ не выражено согласія на полученіе Кривдою того количества

Долинскимъ. Но мы видѣли (стр. 165—167), что воля и согласіе, которыя презюмируются изъ обстоятельствъ дѣла, не только не противорѣчатъ юридическому существу фактическаго представительства, но, напротивъ, составляютъ одинъ изъ отличительныхъ его признаковъ. И сенатъ въ своемъ рѣшеніи говоритъ, что дѣянія фактическаго представителя должны «клониться къ *огражденію его (хозяина) интересовъ* и къ *пользѣ* порученнаго имущества, а не ко *вреду его*», т. е. сенатъ обусловливаетъ эти дѣйствія тѣми свойствами, которыя наука и законодательства признаютъ существенными, характеристическими чертами *negotiorum gestio* (см. выше, стр. 157—160).

Это дѣло можетъ убѣдить насъ въ томъ, въ какой мѣрѣ правъ г. Нересовъ, говоря (стр. 69), что «въ представительной *neg. gestio* нѣтъ надобности говорить объ *интересахъ* принципа, какъ необходимаго условія возникновенія для него юридическихъ послѣдствій, такъ какъ... отвѣтственность его обуславливается *одобреніемъ*, послѣ котораго безразлична выгодность или убыточность сдѣлки для него». Нересовъ упускаетъ изъ виду тѣ, всего чаще встрѣчающіеся на практикѣ, случаи фактическаго представительства, когда лице представляемое оснашиваетъ обязательность для него дѣйствій представителя и когда самому суду приходится, изъ обстоятельствъ дѣла и изъ отношеній къ нему перваго *презумировать фактическое одобреніе* имъ дѣйствій представителя. Въ этихъ случаяхъ, констатированнаго самимъ судомъ, одобренія—вопросъ о необходимости и полезности дѣйствій представителя всегда будетъ играть видную роль на практикѣ ¹⁾. Чѣмъ необходимѣе, благоразумнѣе и плодотворнѣе были для представляемаго дѣйствія представителя, тѣмъ больше основанія признавать обязательными для перваго отношенія съ третьими лицами, установленныя послѣднимъ. Тотъ же самый съѣздъ, который призналъ Долинскаго обязаннымъ возратить Сало стоимость 225 пудовъ хлѣба ²⁾, не считъ возможнымъ признать его отвѣтственнымъ и

¹⁾ *Quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi* (D. III, t. 5; 9). Такимъ образомъ и римское право признаетъ, что одобреніе, выводимое судомъ изъ обстоятельствъ дѣла, находится въ зависимости отъ *полезности* дѣйствій представителя.

²⁾ Это было своего рода *actio de in rem verso*, которое, какъ мы видѣли (стр.

за выговоренные Кривдою проценты. О полезности дѣйствій Кривды говоритъ и Сенатъ.

Г. Нерсесовъ, очевидно, развиваетъ слѣдующую мысль: понятіе о *полезности дѣйствій* представителя имѣетъ лишь значеніе для обсужденія взаимныхъ отношеній между нимъ и представляемымъ (стр. 67); въ отношеніяхъ же между послѣднимъ и третьими лицами играетъ роль лишь понятіе объ *одобреніи* (*gatihabitio*) (стр. 69). Съ этимъ взглядомъ не можемъ согласиться. Понятія о полезности дѣйствій представителя и объ одобреніи ихъ представляемымъ имѣютъ одинаковое примѣненіе къ тѣмъ и къ другимъ отношеніямъ. Если воспослѣдовало *явное* одобреніе представляемымъ дѣйствій представителя, то между ними устанавливается связь довѣренности. Въ этомъ случаѣ нѣтъ надобности говорить о полезности дѣйствій при обсужденіи отношеній какъ между ними, такъ и между представляемымъ и третьими лицами ¹⁾. Если же *явного* одобренія не послѣдовало и суду приходится презюмировать *фактическое* одобреніе, то понятіе о полезности дѣйствій представителя будетъ имѣть значеніе какъ при обсужденіи отношеній между представителемъ и представляемымъ, такъ и отношеній послѣдняго къ третьимъ лицамъ.

Такимъ образомъ мы признаемъ, что вопросъ о полезности дѣйствій представителя имѣетъ реальное, практическое значеніе и для обсужденія отношеній между представляемымъ и третьими, сторонними лицами ²⁾. Изъ этого также видно, какъ нераціональ-

заключается въ томъ, что третье лице можетъ требовать отъ представляемаго то, что, *вслѣдствіе neg. gestio*, перешло отъ перваго къ послѣднему. Такимъ образомъ содержаніе этого *actio* составляетъ *пользу*, которую извлекло лице представляемое изъ дѣйствій *neg. gestora*.

¹⁾ Само собою понятно, что мы имѣемъ въ виду случаи, когда гесторъ дѣйствовалъ какъ *настоящій представитель*.

²⁾ Art. 1375 C. N. говоритъ относительно *neg. gestio*: *le maître, dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements, que le gérant a contractés en son (представляемаго) nom et пр.* По поводу этихъ выраженій французскаго кодекса Лоранъ (т. XX, стр. 361) замѣчаетъ: *mais il (представляемый) n'est tenu que si l'affaire a été bien administrée. C'est au tiers à voir, s'il veut traiter à ces conditions avec le gérant; il risque de n'avoir pas d'action contre le maître si l'affaire était mal administrée.* Такимъ образомъ, французское право ставитъ отношенія между представляемымъ и третьими лицами въ зависимости

но и непрактично *раздѣлять* понятія о виѣшней и внутренней сторонѣ представительства (см. выше стр. 50—52).

Замѣтимъ еще, что дѣло Сало съ Долинскимъ служитъ практическимъ подтвержденіемъ нашего взгляда на существо представительства, изложеннаго выше (стр. 27—29; см. также стр. 32 и прим. 1). Росписка 5 апрѣля 1866 г. выдана Кривдою отъ своего имени. Но съѣздъ, выяснивъ обстоятельство, что она выдана Кривдою въ качествѣ представителя Долинскаго и въ его интересѣ, призналъ послѣдняго *непосредственно* отвѣтственнымъ по ней. Этого и нельзя было не признавать по простому, здравому смыслу. Изъ этого видно, что, какъ мы говорили выше (стр. 32), иногда нѣтъ возможности провести разграничительную линію между представительствомъ одностороннимъ и полнымъ.

Примѣръ признанія нашего судебною практикою фактическаго представительства представляютъ собою еще дѣло Ивина съ Кейсаровымъ (кас. рѣш. 1871 г., № 602).

Если, говоритъ Рустратъ (*Ueber Neg. gestio*, стр. 51), сдѣлки, заключенныя фактическимъ представителемъ, оказываются необходимою принадлежностію *полезнаго* завѣдыванія дѣлами, то представитель можетъ понудить представляемаго къ освобожденію его отъ принятыхъ на себя обязанностей (ср. также *Ruhrstrat, ib.*, стр. 67, 84 и др.). Такимъ образомъ и Рустратъ признаетъ, что вопросъ о полезности дѣйствій гестора имѣетъ юридическое значеніе для опредѣленія отношеній его и представляемаго къ третьимъ лицамъ. Полагаемъ, что каждый здравомыслящій юристъ согласится съ нами, что то практическое значеніе, которое прусскій кодексъ (ч. I, т. 2, §§ 240, 241, 243 и др.) придаетъ пользѣ, извлекаемой представляемымъ, относительно претензій къ нему представителя, будетъ имѣть мѣсто и въ случаѣ непосредственнаго обращенія къ представляемому самимъ третьимъ лицемъ, какъ это было въ дѣлѣ Сало съ Долинскимъ. Если же римское право, какъ и нѣкоторые нѣмецкіе юристы, говоритъ обыкновенно о полезности дѣйствій представителя лишь въ отношеніи отвѣтственности *предъ нимъ* представляемаго, то это, по нашему, объясняется вышеуказаннымъ (стр. 9) понятіемъ римскаго права о представительствѣ, въ силу котораго лице представляемое отвѣтствовало *предъ* послѣднимъ, въ силу котораго лице представляемое отвѣтствовало *предъ* третьими же лицами имѣетъ лишь представительствѣ; *предъ* третьими же лицами отвѣтствовало сей послѣдній. Съ радикальнымъ измѣненіемъ этого взгляда въ современномъ правѣ, съ появленіемъ непосредственной отвѣтственности представляемаго *предъ* третьими лицами—и въ отношеніяхъ между этими лицами долженъ имѣть значеніе вопросъ о выгодности, полезности дѣйствій представителя (ср. *Ruhrstrat, ib.*, стр. 53).—Г. Нерсесовъ дѣлаетъ вышеуказанное различіе въ *neg. gest.*, слѣдующей своей системѣ *раздѣленія* внутренней и виѣшней стороны представительства, не-правильность котораго нами доказана выше (стр. 50—52). Внутренняя сторона от-

Это дѣло служить любопытнымъ доказательствомъ тому, къ какимъ натяжкамъ должны иногда прибѣгать наши судебныя мѣста, сознавая безусловную необходимость усвоенія въ жизни началъ фактическаго представительства и не имѣя для этого твердой точки опоры въ законѣ.

Крестьянинъ Ивинъ искалъ съ коллежскаго совѣтника Кейсарова 545 р. 70 к. за свозку сѣна и доставку песку въ домъ послѣдняго. Ивинъ основывалъ свой искъ на книжкѣ, въ которой отмѣчены произведенныя работы и которая подписана управляющимъ домомъ Кейсарова, Маликовымъ. Кейсаровъ оспаривалъ искъ Ивина неимѣніемъ Маликовымъ довѣренности. Окружный судъ призналъ искъ Ивина подлежащимъ удовлетворенію. Моск. суд. палата оставила жалобу Кейсарова безъ послѣдствій, въ виду того, что нашла доказаннымъ производство значащихся въ книжкѣ Ивина работъ, что работы производились по порученію Кейсарова и что *ничѣмъ не доказано, чтобы Маликовъ вышелъ изъ предѣловъ даннаго ему порученія.*

Это послѣднее заключеніе палаты, съ точки зрѣнія представительства по довѣренности, лишено всякаго основанія. По общимъ началамъ права, одно лице можетъ отправлять юридическую дѣятельность отъ имени другаго, лишь въ силу точнаго и несомнѣннаго юридическаго основанія (стр. 152). При представительствѣ по довѣренности, основаніе это заключается въ содержаніи довѣренности. Очевидно, что, въ случаѣ спора, не лице представляемое должно доказать, что представитель *не* имѣлъ права дѣйствовать отъ его имени, а послѣдній (или третье лице) долженъ доказать, что онъ *имѣлъ* право на совершеніе этихъ дѣйствій отъ имени довѣрителя ¹⁾. — Врядъ ли возможно согласиться и съ соображеніями по сему дѣлу сената. Сенатъ оставилъ жалобу Кейсарова безъ послѣдствій на томъ основаніи, что лице, служащее по найму, можетъ, по распоряженію хозяина, удостовѣрить своею подписью дѣйствительность производства работъ. Но трудно допустить, чтобы самъ сенатъ согласился возвести это свое положеніе въ начало,

¹⁾ Anschütz и Völderndorff (Comment. z. allg. deutsch. Handelsgesetz, ч. I, стр. 387) говорятъ, что обязанность доказывать существованіе полномочія лежить

въ принципѣ. Записка въ книжкѣ произведенныхъ работъ имѣеть, съ точки зрѣнія юридической, одинаковое значеніе со всѣми другими документами и актами о полученіи займа, ссуды, поклажи и проч. Юридическія послѣдствія этихъ актовъ одни и тѣ же. Различны лишь формы, въ которыя облекаются эти сдѣлки. Акты займа, ссуды, поклажи влекутъ за собою обязанность возвратить полученные деньги или вещи. Записка въ книгу устанавливаетъ обязанность уплатить за произведенныя работы. И тѣ и другіе акты служатъ письменнымъ удостовѣреніемъ о существованіи извѣстнаго правоотношенія, обязательства. Но не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что сенатъ не рѣшится выставить принципомъ, чтобы одно лице (хоть и служащее по найму) могло, безъ надлежащей довѣренности, выдавать, обязательныя для другаго лица, удостовѣренія, т. е. документы, акты.

Если же приведенныя соображенія неправильны съ точки зрѣнія юридической, то построенное на нихъ рѣшеніе легко объясняется сознаніемъ фактической правоты иска Ивина. Это сознаніе вполне оправдывается здравымъ смысломъ и справедливостью.

Всѣ вышеуказанныя противорѣчія возникаютъ лишь тогда, когда означенное дѣло разсматривается съ точки зрѣнія представительства по довѣренности. Но противорѣчія эти совершенно сглаживаются, если разсматривать дѣло съ точки зрѣнія фактическаго представительства. Если и признать, что Маликовъ не былъ уполномоченъ на производство работъ въ домѣ Кейсарова и записку оныхъ въ книжку, то, въ то же время, нѣтъ сомнѣнія въ томъ, что работы эти производились *съ вѣдома* Кейсарова. Кейсаровъ противъ производства сихъ работъ не спорилъ. Наконецъ, онъ присвоилъ себѣ происшедшія отъ нихъ выгоды. Все это несомнѣнно доказываетъ, что онъ фактически одобрилъ эти работы; поэтому онъ, согласно началамъ фактическаго представительства, подлежитъ за нихъ отвѣтственности.

Это дѣло служитъ доказательствомъ тому, что начала *neg. gestio* вызваны неотложными потребностями практической жизни и что нашъ юридическій бытъ сильно нуждается въ усвоеніи этихъ началъ!

Принимая признанія нашею судебною практикою фактическаго

представительства встрѣчается и въ дѣлѣ Философова съ Службинымъ¹⁾.

Философовъ заявилъ мировому судѣ, что въ іюлѣ 1873 г. Службинъ самовольно, безъ его вѣдома, вспахалъ 4 дес. принадлежащей ему, Философову, земли и просилъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Отвѣтчикъ возразилъ, что эти 4 десят. земли онъ снялъ отъ помощника управляющаго имѣніемъ Философова Ненастьева, въ доказательство чего представилъ росписку послѣдняго объ уплатѣ 42 р. за снятую землю. Истецъ опровергалъ право Ненастьева отдавать въ наемъ землю и получать деньги, неимѣніемъ довѣренности. Мировой съѣздъ, между прочимъ, нашелъ, что «Ненастевъ въ теченіи нѣсколькихъ лѣтъ сдававшій землю крестьянамъ, заключавшій условія, получавшій платежи, распоряжавшійся конторскими книгами и печатью, не могъ совершать эти дѣйствія иначе какъ съ согласія и по порученію Философова». Поэтому съѣздъ отказалъ Философову въ искѣ. Сенатъ оставилъ кассационную жалобу его безъ послѣдствій.

Весьма интересный случай фактическаго представительства представляетъ собою дѣло Войтихова съ Рѣзниковымъ (собр. кассац. рѣш. 1870 г., № 793).

Въ ахтырскомъ мировомъ съѣздѣ разсматривалось дѣло по иску губ. секретаря Трофима Войтихова, о взысканіи съ мѣщанина Петра Рѣзникова денегъ, заплаченныхъ Войтиховымъ за проданную ему работникомъ Рѣзникова лошадь, съ условіемъ возврата денегъ въ случаѣ, если лошадь окажется больною. Лошадь дѣйствительно оказалась больною. Войтиховъ требовалъ съ Рѣзникова также вознагражденія за содержаніе лошади и за другія издержки. Отвѣтчикъ доказывалъ, что искъ этотъ относится къ его работнику, продавшему лошадь съ обязанностію возврата денегъ, на каковое условіе онъ не былъ уполномоченъ. Мировой съѣздъ нашелъ, что, на основаніи 684 ст. т. X ч. 1, всякій обязанъ вознаградить другаго за причиненный ему вредъ; поэтому Рѣзниковъ, продавъ Войтихову больную и вскорѣ упавшую лошадь, обязанъ вознаградить послѣдняго за всѣ убытки и возратить полученную за лошадь сумму. Посему и принимая во вниманіе, что отъ про-

дажи лошади воспользовался Рѣзниковъ, а не его работникъ, что послѣдній дѣйствовалъ по порученію перваго и что поэтому ответственность должна падать на Рѣзникова, — съѣздъ утвердилъ рѣшеніе мирового судьи о взысканіи съ Рѣзникова въ пользу Войтихова денегъ, полученныхъ за лошадь и о вознагражденіи его за убытки. Рѣзниковъ просилъ сенатъ объ отмѣнѣ сего рѣшенія, по неправильному толкованію 2235 ст. X т. 1 ч., возлагающей отвѣтственность на хозяина за работника только тогда, когда послѣднему поручено учинить какое либо дѣйствіе, между тѣмъ работникъ его, просителя, при повѣркѣ доказательствъ, показалъ, что ему Рѣзниковъ продавать больную лошадь за здоровую не поручалъ. Сенатъ оставилъ жалобу Рѣзникова безъ послѣдствій потому, во 1-хъ, что заключеніе съѣзда по этому предмету выведено изъ обстоятельствъ дѣла, показаній означеннаго работника и объясненій сторонъ и поэтому оно относится къ существу дѣла, не подлежащему, за силою 5 ст. учр. суд. уст., разрѣшенію въ кассационномъ порядкѣ и во 2-хъ, что жалоба Рѣзникова на неправильное толкованіе съѣздомъ 2235 ст. X т. 1 ч. оказывается лишенною основанія, такъ какъ съѣздъ изъ дѣла, именно, усмотрѣлъ, что лошадь продана работникомъ Рѣзникова по его порученію.

Это дѣло напоминаетъ собою случай продажи лошади племянникомъ А. лицу Б., упомянутый въ вышеприведенной статьѣ Рустрата (см. выше, стр. 183).

Однимъ изъ мотивовъ присужденія съѣздомъ денегъ съ Рѣзникова послужило то обстоятельство, что «отъ продажи лошади воспользовался Рѣзниковъ», т. е., что онъ присвоилъ себѣ результаты дѣятельности его работника. Если съѣздъ призналъ также, что работникъ дѣйствовалъ въ этомъ случаѣ по порученію Рѣзникова, то это очевидно одно лишь предположеніе, презюмція, которую съѣздъ вывелъ изъ обстоятельствъ дѣла, такъ какъ самъ Рѣзниковъ оспаривалъ право его работника на заключеніе условія о возвратѣ за проданную лошадь денегъ. Такимъ образомъ, рѣшеніе съѣзда основано на фактѣ присвоенія Рѣзниковымъ результатовъ дѣятельности его работника и на презюмированномъ согласіи перваго на дѣятельность послѣдняго. Но эти признаки и составляютъ характеристическія черты фактическаго представи-

жизни Практика воспринимает и легитимизирует эту потребность жизни. Само собою понятно, что тут может быть лишь рѣчь о болѣе или менѣе солидных *зачаткахъ*, о *зарожденіи* у насъ понятія объ этомъ институтѣ, о проявленіи *основной мысли* его; но не можетъ быть еще рѣчи о цѣльной,стройной, прочно установившейся у насъ *системѣ* этого института. Система права развивается путемъ долговременной работы науки и практики. Одною наитія свыше тутъ мало. При такомъ положеніи дѣла понятно, что ученіе о *neg. gestio*, не имѣя еще подъ собою въ нашемъ быту основательно разработанной почвы, находясь еще въ состояніи текучемъ, плавильномъ, должно подвергаться разнымъ колебаніямъ, зависящимъ отъ личнаго усмотрѣнія и произвола. Наука должна содѣйствовать къ тому, чтобы ученіе это укрѣпилось въ сознаніи нашей практики, получило въ ней устойчивость и твердое положеніе. Изъ этого явствуетъ, что если на практикѣ встрѣчаются и случаи, въ коихъ судебныя мѣста не признаютъ началъ *neg. gestio* или, если въ рѣшеніяхъ, въ которыхъ отражается идея этого института, высказываются и нѣкоторыя мысли противорѣчащія ему, — то это отнюдь не можетъ и не должно поколебать силу изложенныхъ нами соображеній. Съ насъ достаче время, нельзя еще требовать, чтобы начала этого института въ коихъ проявляются идеи, мысли *neg. gestio*. Но, въ настоящее время, нельзя еще требовать, чтобы начала этого института приобрѣли у насъ безусловное господство. Если встрѣчаются противурѣчивыя рѣшенія сената по предметамъ, которые нормированы нашимъ законодательствомъ, то тѣмъ болѣе возможны нерѣшительность и колебанія относительно понятія о *negotiorum gestio*, которое не имѣетъ еще у насъ легальной основы. Напротивъ, намъ кажется, что, опираясь на прецеденты, которые доказываютъ, что понятіе о *neg. gestio* не чуждо нашему быту, и на рациональность началъ, лежащихъ въ основѣ этого понятія и выработанныхъ вѣковымъ опытомъ и наукою права, — мы можемъ считать себя вправѣ отнестись критически къ тѣмъ примѣрамъ изъ практики, которые отступаютъ отъ этихъ началъ. Только такимъ способомъ возможно очистить путь къ дальнѣйшему развитію и упроченію у насъ этого института, въ которомъ, какъ доказываетъ практика, нашъ юридическій бытъ чувствуетъ сильную потребность.

амттить, что рѣшеніе съѣзда не можетъ быть основано на 687 и 2235 ст. 1 ч. X т., въ коихъ говорится, что хозяинъ отвѣтствуетъ за вредъ и убытки, нанесенные его слугами согласно его приказанію¹⁾. Эти статьи закона, очевидно, имѣютъ въ виду убытки, наносимые *фактомъ, дѣйствіемъ* слуги, учиненнымъ по приказанію хозяина (напр. слуга, по приказанію хозяина, убилъ лошадь, разбилъ зеркало, вспахалъ поле другого лица и пр.). Въ дѣлѣ же Войтихова съ Рѣзниковымъ рѣчь идетъ о убыткахъ, происшедшихъ для другого лица отъ сдѣлки, отъ *юридическаго дѣйствія* слуги. Но на совершеніе юридическаго дѣйствія, сдѣлки необходимо явное полномочіе. За отсутствіемъ же довѣренности, судебныя мѣста рѣшили это дѣло по началамъ фактическаго представительства.

И въ этихъ послѣднихъ дѣлахъ судебныя мѣста презюмировали *фактическое* одобреніе представляемымъ дѣятельности представителя, руководствуясь, между прочимъ, *пользою*, выгодною, извлеченною изъ нея первымъ (см. выше, стр. 185—187).

Мы, конечно, не станемъ утверждать, что судебныя мѣста, при постановленіи вышеприведенныхъ рѣшеній, руководствовались именно тѣмъ ученіемъ о *neg. gestio*, которое выработано наукою права и западно-европейскими законодательствами. Не можетъ быть почти и сомнѣнія, что мысли о фактическомъ представительствѣ, которыя пробиваются въ приведенныхъ рѣшеніяхъ, проявились самостоятельно и вызваны сознаніемъ неотложныхъ потребностей жизни. Тутъ дѣйствовала та же потребность, которая вызвала въ западно-европейскомъ правѣ первоначальную идею о *neg. gestio* и побуждала къ дальнѣйшему развитію и всесторонней разработкѣ этого института. Изъ этого легко будетъ понятно, говоря объ отношеніи нашей судебной практики къ ученію о *neg. gestio*, мы имѣли въ виду лишь доказать естественность, рациональность и практичность этого института и въ нашей жизни. Наша цѣль была — наглядно доказать, что наша юридическая жизнь выказываетъ явную потребность въ акклиматизированіи понятія о *neg. gestio*, въ сродненіи съ нимъ, и что судебная практика не остается равнодушною къ этому голосу

¹⁾ Въ ст. 687 1 ч. X т. упоминается еще о «полномочіи», данномъ «врите-лемъ». Это случай совершенно отдѣльный, который не имѣетъ ничего общаго съ фактическимъ представительствомъ.

Примѣръ непризнанія сенатомъ началъ фактическаго представительства представился въ рѣшеніи сената по дѣлу Гнипа съ Базилевскимъ (1870 г., № 777). Но и въ этомъ дѣлѣ мировыя учрежденія вполне признали существованіе этихъ началъ. Изъ этого дѣла видно, какимъ колебаніямъ подвергается въ нашей жизни понятіе о фактическомъ представительствѣ. Тутъ проявляется борьба потребностей жизни, отстаивающихъ свободу представительства, съ формализмомъ довѣренности. Мировыя учрежденія являются защитниками прогрессивнаго стремленія жизни къ свободѣ фактическаго представительства, а сенатъ—охранителемъ консервативнаго элемента представительства по довѣренности.

Наши юристы поймутъ, что для предмета нашего изслѣдованія рѣшенія нижнихъ судебныхъ мѣстъ имѣютъ почти столько же значенія, сколько рѣшенія самаго сената. Намъ необходимо доказать, что жизнь чувствуетъ настоятельную потребность въ началахъ *neg. gestio* и что судебная практика сознаетъ свое призваніе идти на встрѣчу и удовлетворять этимъ потребностямъ жизни. Наши мировыя учрежденія находятся лицомъ къ лицу съ юридическою жизнью, въ непосредственномъ общеніи съ нею. Очевидно, что и отношеніе этихъ учреждений къ предмету нашего изслѣдованія имѣетъ большой практической интересъ. Отношеніе судебныхъ мѣстъ къ фактическому представительству чрезвычайно важно еще потому, что понятіе о немъ выводится изъ фактовъ и обстоятельствъ дѣла; поэтому оно, въ большинствѣ случаевъ, не подлежитъ обсужденію въ кассационномъ порядкѣ, какъ это и признано сенатомъ въ нѣкоторыхъ изъ приводимыхъ въ сей главѣ рѣшенійхъ (стр. 184 и 191).

Этого мало. Если внимательно разсмотрѣть дѣло Гнипа съ Базилевскимъ, то, съ точки зрѣнія справедливости и здоровой логики, нельзя не отдать предпочтеніе рѣшенію по оному мировымъ учрежденіямъ предъ рѣшеніемъ сената. По крайней мѣрѣ, мы, съ своей стороны, рѣшительно склоняемся въ пользу соображеній первыхъ противъ рѣшенія сената.

«5 мая 1868 года истецъ Григорій Гнипа взялъ въ имѣніи Базилевскаго 100 дес. сѣнокусу изъ третьей копны (двѣ въ экономію, а третью въ свою пользу) съ уплатой по 30 коп. отъ каждой взятой имъ десятины; причитающіеся по *уговору съ него за 100 дес. 30 руб.* онъ тогда же заплатилъ и получилъ съ

томъ ростиску, находящуюся при дѣлѣ и подписанную Базилевскимъ. Изъ числа этихъ 100 дес., отъ Гнипы отобраны были 20 дес. и сданы ему за 100 руб., *въ полученіи которыхъ управляющій имѣніемъ Добрянскій выдалъ ему ростиску.* Оставшіяся у Гнипы, изъ числа взятыхъ имъ изъ третьей копны, 80 дес. выкошены были имъ, совместно съ принятыми въ долю товарищами; затѣмъ онъ убралъ сѣно и съ 20 десят., которое, *съ дозволенія экономіи,* забралъ, не складывая въ стоги. На 80 дес. вышло сѣна 390 копень, которое было сложено въ стоги и распределено на 3 части; когда, вслѣдъ затѣмъ, Гнипа отправился въ экономію съ просьбою отдѣлить ему его третью часть, то владѣлецъ Базилевскій объявилъ ему, что такъ какъ *деньги, уплоченныя имъ управляющему Добрянскому, не записаны въ конторскія книги, то третьей части сѣна съ 80 дес. онъ не получитъ.* Григорій Гнипа предъявилъ искъ къ Базилевскому, объясняя, что онъ имѣлъ дѣло не съ Добрянскимъ, а съ экономіею Базилевскаго, и что не его дѣло, записаны ли деньги на приходъ или нѣтъ; что онъ, въ лицѣ управляющаго, довѣрялъ экономіи; поэтому онъ просилъ возвратить ему захваченную у него 3-ю часть наконеннаго на 80 дес. сѣна, т. е. 130 копень, или вмѣсто нихъ вознаградить его, по стоимости сѣна въ 1868 г., въ суммѣ 390 р. с. Отвѣтчикъ оспаривалъ правильность этого иска тѣмъ, что Добрянскій не былъ уполномоченъ довѣренностью на заключеніе какихъ-либо сдѣлокъ по его экономіи. Мировой судья напелъ, что экономія *смотрѣла равнодушно на то,* что сѣно на 80 десятинахъ по уборкѣ складывается въ стоги и распределяется на 3 части по условію, тогда какъ на 20 десятинахъ, выкошенныхъ уже послѣ, сѣно не складывается, а забирается прямо съ копень. Если допустить, что экономія замѣтила это злоупотребленіе лишь тогда, когда сѣно съ 20 десятинъ было уже забрано, то это обстоятельство давало экономіи только право искать судебнымъ порядкомъ за самоуправство Гнипы, а не отыскивать своего права путемъ захвата, въ противность 531 и 690 ст. X т. 1 ч. Соглашиться съ заключеніемъ отвѣтчика, что сѣно съ 20 десятинъ взято какъ $\frac{1}{3}$, невозможно, потому что количество сѣна на 20 дес. неизвѣстно и никто его не отдѣлялъ Гнипѣ какъ 3-ю часть; напротивъ, какъ изъ свидѣтельскихъ показаній видно, Гнипа косилъ его послѣ уборки сѣна, кошеннаго съ копны, забиралъ

его прямо съ копень, и притомъ съ отъдома и въ присутствіи управляющаго, прикащика и стенописца. Тутъ нѣтъ признаковъ самоуправства и ни изъ чего не видно, чтобы экономія или владѣлецъ Базилевскій такъ смотрѣли на это дѣло. Изъ записки, данной симъ послѣднимъ Гнипѣ, видно, что онъ смотрѣлъ на это дѣло такъ, какъ оно было въ дѣйствительности, именно: что сѣно Гнипы удерживается потому, что деньги 100 р., отданныя имъ за 20 дес. сѣнокоса управляющему Добрянскому, не записаны въ книгу. Вотъ именно почему, т. е. потому, что сей послѣдній не записалъ денегъ Гнипы въ книгу, экономія сочла себя вправе взять удовлетвореніе по своему усмотрѣнію, не прибѣгая къ посредству судебного разбирательства. Изъ дѣла не видно, была ли Добрянскому дана формальная довѣренность или нѣтъ, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, усматривается, что Добрянскій, какъ въ присутствіи владѣльца, такъ и безъ него распоряжается имѣніемъ какъ управляющій, и ежели бы онъ даже не имѣлъ законной довѣренности, то, согласно обычаю, нельзя не признать за нимъ право производить по экономіи, въ которой онъ поставленъ какъ заведывающій ходомъ всѣхъ хозяйственныхъ операций, раздачу сѣнокоса на различныхъ условіяхъ, не откладывая этого до тѣхъ поръ, пока возвратится владѣлецъ и допустить траву посохнуть. При томъ нужно замѣтить, что раздача травы за деньги есть дѣло мѣстнаго обычая и это сплосъ и рядомъ дѣлается во всѣхъ экономіяхъ, не исключая и Писаревской. Экономія не видѣла въ этомъ злоупотребленія со стороны управляющаго и въ конторскихъ книгахъ объ этихъ сдѣлкахъ отмѣчено, и не возникло претензій по тѣмъ изъ нихъ, по которымъ обязательство выполнено, т. е. съ одной стороны, — сѣно выкошено и забрано, а съ другой — деньги внесены и записаны въ конторскія книги. Значитъ, ежели сдѣлка по взгляду самой экономіи законна и правильна, лишь бы деньги были внесены и записаны въ книгу, то почему же со стороны Гнипы она можетъ считаться невыполненною. Другіе носили деньги въ контору, а онъ отдалъ ихъ управляющему Добрянскому, — лику, считающемуся изъ числа служащихъ въ экономіи старшимъ. Коль скоро не возникаетъ сомнѣнія, что Гнипою деньги внесены, то вопросъ о томъ, оставилъ ли эти деньги Добрянскій у себя, или, забывъ только отмѣтить въ книгѣ, употребилъ на экономію, — касается уже

владѣльца, который, зная кому онъ доверяетъ, могъ дѣлать учетъ и поспѣрку своему управляющему и сообразно тому искать съ него. Поэтому, въ данномъ случаѣ, прямымъ отвѣтчикомъ Гнипы является Писаревская экономія, или Базилевскій, по уполномочію котораго Добрянскій распоряжался Писаревскою экономіею, какъ управляющій». Поэтому мировой судья опредѣлилъ: взыскать въ пользу Гнипа, соображаясь съ цѣною сѣна, указанною свѣдущими людьми, 325 руб. Константиноградскій съѣздъ мировыхъ судей утвердилъ это рѣшеніе. Сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе съѣзда, оттого что онъ сослался на обычаи, вопреки 130 ст. уст. гражд. суд., а также за нарушеніемъ ст. 2326 и 687 1 ч. X т.

Нельзя не удивляться, что сенатъ кассировалъ такое справедливое и проникнутое рациональными основаніями рѣшеніе съѣзда. Это тѣмъ болѣе удивительно, что сенатъ имѣлъ уже предъ собою въ виду прецедентъ признанія фактическаго представительства въ приведенномъ дѣлѣ Сало съ Долинскимъ — взглядъ, къ которому сенатъ, впоследствии, возвратился въ дѣлѣ Пассека съ Коротенковою. Сенатъ, въ настоящемъ случаѣ, увлекся формализмомъ, который затемнилъ предъ нимъ фактическую правоту иска Гнипы. Съ точки зрѣнія теоретической, рѣшеніе съѣзда стоитъ неизмѣримо выше рѣшенія сената.

И по этому дѣлу, какъ и по дѣламъ изложеннымъ выше, можно предположить точно мировой судья и съѣздъ руководствовались началами *neg. gestio*, выработанными наукою и иностранными законодательствами — до такой степени начала эти рациональны, естественны, а посему доступны здравому, логическому смыслу.

Сенатъ кассировалъ это рѣшеніе, между прочимъ, потому, что съѣздъ основывался, вопреки 130 ст. уст. гражд. суд., на обычаяхъ въ томъ случаѣ, гдѣ существуютъ законы. Но, независимо отъ обычая, рѣшеніе съѣзда построено на здоровой логикѣ, почерпнутой изъ обстоятельствъ дѣла.

Не будемъ уже говорить о томъ, что въ настоящемъ дѣлѣ вопросъ шелъ о правѣ Гнипа не на сѣно, скошенное съ 20 дес. земли, которыя были отданы ему Добрянскимъ, а на $\frac{1}{2}$ сѣна, скошеннаго имъ съ тѣхъ 80 дес. земли, которыя были отданы Гнипѣ по роспискѣ, подписанной самимъ Базилевскимъ. По этому предмету не могъ быть прямо и возбужденъ вопросъ о представительствѣ и довѣренности. Тутъ могъ лишь возникнуть вопросъ

о томъ: имѣлъ ли Базилевскій право зачета (*compensatio*) на это сѣно, т. е. право не выдавать Гнипѣ этого сѣна, въ виду того, что онъ получилъ сѣно съ 20 дес. земли, на которыя онъ, по мнѣнію Базилевскаго, не имѣлъ права. Но это совсѣмъ другой вопросъ, который не возбужденъ въ рѣшеніи сената, построенномъ исключительно на одномъ формалистическомъ требованіи довѣренности.

Но и самое право Гнипы на сѣно, скошенное съ 20 десят. земли, полученныхъ имъ по условію съ Добрянскимъ, врядъ ли можетъ подлежать сомнѣнію. Базилевскій зналъ объ этомъ условіи и не противорѣчилъ оному. Экономія Базилевскаго *пассивно* или, какъ выражается мировой судья, *равнодушно* относилась ко всѣмъ дѣйствіямъ Гнипы, которыя были послѣдствіемъ этого условія (скося и уборка сѣна и проч.). Если къ этому прибавить, что Добрянскій завѣдывалъ, съ согласія Базилевскаго, всѣми хозяйственными распоряженіями по имѣнію послѣдняго и что онъ постоянно отдавалъ на скося траву, и Базилевскій противъ этого не спорилъ — то изъ совокупности всѣхъ этихъ обстоятельствъ нельзя не придти къ положительному убѣжденію въ фактическомъ одобреніи Базилевскимъ дѣйствій Добрянскаго. Во всякомъ случаѣ, это фактическое одобреніе безусловно признано съѣздомъ и не подлежало перевершенію сената въ порядкѣ кассационномъ. Но, если Базилевскій фактически одобрилъ дѣйствія Добрянскаго, то для перваго должны быть признаны обязательными и всѣ послѣдствія дѣйствій послѣдняго.

Выше (стр. 158) мы видѣли, что въ фактическомъ представительствѣ слѣдуетъ отличить дѣятельность представителя *полезную* отъ *прибыльной*. Что отдача Добрянскимъ Гнипѣ въ наемъ земли была *полезна* для Базилевскаго — въ этомъ врядъ ли возможно сомнѣніе. Такимъ образомъ, она должна была быть признана обязательною для Базилевскаго и тогда, еслибъ и не была *прибыльна*, т. е. еслибъ деньги за наемъ земли и не поступили въ экономію.

Примѣръ борьбы между формализмомъ довѣренности и свободю фактического представительства встрѣчается еще въ дѣлѣ Махно съ Милорадовичемъ ¹⁾:

И въ этомъ дѣлѣ мировыя учрежденія признали начала фактического представительства, а сенатъ отказался отъ традицій, завѣщанныхъ ему вышеприведенными его рѣшеніями, и принесъ слишкомъ явныя потребности жизни въ жертву формализму.

Вообще, изъ приведенныхъ нами случаевъ судебной практики легко убѣдиться, что мировыя учрежденія выказываютъ больше восприимчивости къ началамъ фактического представительства, чѣмъ сенатъ. Сенатъ находится, по отношенію къ нимъ, въ какомъ-то нерѣшительномъ, колеблющемся состояніи: то онъ относится къ этимъ началамъ съ особымъ сочувствіемъ и предупредительностію, то вдругъ, какъ-то неожиданно отъ нихъ отворачивается. Причину тому не трудно себѣ объяснить. Фактическое представительство институтъ по преимуществу практической. Онъ созданъ не наукою, а возникъ подъ непреодолимымъ давленіемъ потребностей жизни ¹⁾. Наука собрала лишь нестройный матеріалъ, созданный жизнію, сформировала, обработала его, дала ему надлежащую выкройку и возвела его въ цѣльную, организованную систему. Мы уже неоднократно говорили, что потребности, вызвавшія въ жизни фактическое представительство, существуютъ и въ нашемъ юридическомъ быту. Мировыя учрежденія всего ближе къ юридической жизни. Они живо чувствуютъ настоятельныя потребности жизни и сознаютъ необходимость удовлетворять имъ. Сенатъ не находится въ такомъ непосредственномъ общеніи съ жизнію; поэтому онъ иногда скорѣе склоняется въ сторону формализма.

Управляющій имѣніемъ Милорадовича, Зеленко, объяснивъ: 1) что изъ экономіи Махно продано въ имѣніе Милорадовича 400 четвертей ржи на сумму 1,320 р., и 2) что, не смотря на уплату всѣхъ этихъ денегъ, экономія не поставила ржи на 136 р. 60 к., — просилъ о взысканіи съ Махно означенной суммы и сверхъ того 250 р. убытковъ. При этомъ Зеленко представилъ условіе, заключенное съ служащимъ въ экономіи Махно, Болховцемъ; а, въ доказательство того, что Болховецъ дѣйствовалъ съ согласія и приказанія Махно, приложилъ письмо Махно къ Болховцу. Мировой съѣздъ нашелъ, что свидѣтельскими показаніями

¹⁾ Подробности объ этомъ предметѣ, см. Danquart, die Negotiorum gestio

вполнѣ выяснилось, что рожь продана изъ экономіи Махно въ экономію Милорадовича, служащимъ у перваго, Болховцемъ, съ вѣдома и согласія Махно. Посему, признавая, что Махно, на основаніи 687 и 2235 ст., 1 ч., X т., обязанъ отвѣчать за всѣ убытки, причиненные Милорадовичу служащимъ у перваго, Болховцемъ, — съѣздъ призналъ Махно отвѣтственнымъ по иску Зеленко. Сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе съѣзда, руководствуясь, между прочимъ, слѣдующими соображеніями: со стороны истца не представлено никакихъ доказательствъ тому, чтобы Болховецъ имѣлъ отъ Махно узаконенную довѣренность на заключеніе отъ его имени обязательствъ; при такихъ обстоятельствахъ дѣла, допущеніе со стороны съѣзда доказательствъ чрезъ свидѣтелей и признаніе, на основаніи сдѣланныхъ ими показаній, договора, состоявшагося между Болховцемъ и экономіею Милорадовича на поставку въ эту экономію ржи, обязательнымъ для Махно, — представляется послѣдовавшимъ въ нарушение какъ вышеупомянутаго закона, такъ и ст. 409 и 101 уст. гражд. суд.

Отчего сенатъ, признавъ въ приведенныхъ выше случаяхъ силу и значеніе фактическаго представительства, отказался отъ этихъ началъ въ двухъ послѣднихъ своихъ рѣшеніяхъ, — рѣши-тельно непонятно. Дѣятельность Добрянскаго и Болховца носитъ на себѣ тотъ же характеръ фактическаго представительства, какъ и дѣйствія Солмогуба, Кривды, Маликова, Ненастьева и работника Рѣзникова. Никакого существеннаго различія въ характерѣ дѣятельности этихъ лицъ не имѣется. Поэтому, это отступленіе сената можетъ быть лишь объяснено новизною и неустановленностью у насъ началъ фактическаго представительства.

Что же касается, возбужденнаго сенатомъ въ дѣлѣ Махно съ Милорадовичемъ, вопроса о томъ, можетъ ли существованіе фактическаго представительства быть выяснено свидѣтельскими показаніями, то положительное рѣшеніе этого вопроса врядъ ли можетъ подлежать сомнѣнію. Существо фактическаго представительства заключается въ томъ, что сознаніе и воля лица представляемаго презюмируются изъ фактовъ и обстоятельствъ дѣла; но факты и обстоятельства дѣла могутъ и должны быть выяснены свидѣтельскими показаніями¹⁾. Ни о какомъ нарушении статьи

409 устава гражданского судопроизводства тутъ не можетъ быть и рѣчи.

Случай фактическаго представительства, по которому мировыя учрежденія пришли въ столкновеніе со взглядомъ сената, представляетъ собою еще дѣло Ефимова съ конторою княгини Урусовой. (кас. рѣш. 1870 г., № 1751). И въ этомъ дѣлѣ мировыя учрежденія признали существованіе фактическаго представительства, а сенатъ отвергъ это понятіе.

Ярославскій съѣздъ мировыхъ судей, рассмотрѣвъ дѣло о взысканіи крестьяниномъ Ефимовымъ съ Бурмакинской конторы княгини Урусовой 215 р., нашелъ: должникъ крестьянина Ефимова, Никита Максимовъ, долженъ былъ получить изъ конторы княгини Урусовой за выдѣланный кирпичъ 250 руб. Управляющій означенною конторою, мѣщанинъ Чабровъ, обязавшись удерживать у Максимова въ пользу Ефимова деньги 215 р., не исполнилъ этого обязательства и даже изорвалъ квитанцію, выданную Ефимову. Вслѣдствіе чего Максимовъ получилъ изъ конторы всѣ деньги сполна. Ефимовъ предъявилъ искъ о взысканіи съ княгини Урусовой означенныхъ 215 руб. Мировой судья присудилъ Ефимову эти деньги. Управляющій конторою княгини Урусовой, Гусевъ, въ своей апелляціонной жалобѣ, объяснилъ, что княгиня Урусова обязана была уплатить деньги Максиму и удержаніе ихъ было бы съ ея стороны самоуправствомъ, и что за дѣйствія Чаброва она отвѣтствовать не обязана. Съѣздъ нашелъ, что Чабровъ дѣйствовалъ въ настоящемъ дѣлѣ не отъ своего лица, а какъ управляющій конторою княгини Урусовой, для которой Максимовъ обязанъ былъ поставить кирпичъ. Если бы Ефимовъ, какъ кредиторъ Максимова, не имѣлъ въ виду обязательства Чаброва объ удержаніи денегъ у Максимова, то онъ обратился бы о взысканіи сихъ денегъ къ подлежащему суду, который и сдѣлалъ бы распоряженіе объ удержаніи оныхъ изъ суммы, слѣдовавшей Максиму за кирпичъ. Изъ этого совершенно ясно, что не Чабровъ лично долженъ отвѣчать предъ Ефимовымъ, а лице, упол-

письменные доказательства, существованіе фактическаго представительства можетъ быть доказано свидѣтельскими показаніями (С. N. art. 1348; Laurent, t. XX, стр. 345; см. также Troplong, стр. 159 и 162). Послѣдній говоритъ: la gestion d'affaires est un quasi-contrat, dont la preuve est indépendante des preuves relatives au contrat de convention

¹⁾ Французское право прямо признаетъ, что, за несомнѣнностью показаній

помогшее Чаброва на дѣйствія по конторѣ, т. е. книжки Урусова, которая, въ свою очередь, имѣетъ полное право иска въ убытки съ Чаброва. Поэтому сѣздъ утвердилъ рѣшеніе судьи. Сенатъ говоритъ: одно то обстоятельство, что Чабровъ былъ управляющимъ конторою имѣнія Урусовой, не можетъ по закону служить основаніемъ къ возложенію на Урусова ответственности за всякаго рода обязательства, выданныя Чабровымъ, и что, на основаніи 2326 ст.; т. X, ч. I., сѣздъ могъ постановить рѣшеніе объ обращеніи взысканія на Урусову не иначе, какъ по соображеніи съ содержаніемъ довѣренности, въ силу которой Чабровъ распоряжался по имѣнію Урусовой, а между тѣмъ изъ рѣшенія сѣзда вовсе не видно, чтобы въ основаніе онаго была принята означенная довѣренность. Поэтому сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе сѣзда.

Намъ кажется, что и въ этомъ дѣлѣ, съ точки зрѣнія логики и потребностей жизни, нельзя не отдать предпочтеніе соображеніямъ мировыхъ учрежденій предъ взглядомъ сената. На самомъ дѣлѣ, Чабровъ былъ управляющимъ, т. е. представителемъ конторы кн. Урусовой. Очевидно, что лице, которому приходилось вступать съ этою конторою въ юридическія отношенія, могъ это сдѣлать не иначе, какъ посредствомъ Чаброва. Ефимову необходимо было долгъ, причитающійся ему съ Максимова, получить изъ конторы кн. Урусовой. Онъ обратился по этому дѣлу къ Чаброву. Такъ поступилъ бы и каждый изъ насъ. Ни къ кому другому, кромѣ управляющаго, невозможно и не слѣдуетъ обращаться по дѣламъ конторы. Владѣльцы, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, не живутъ въ своихъ имѣніяхъ. Всѣмъ безусловно распоряжается управляющій. Чабровъ сдѣланъ былъ управляющимъ конторою, очевидно, съ тѣмъ, чтобы распоряжаться всѣми ея дѣлами. Производство платежей за сдѣланныя въ имѣніи работы и доставленные предметы—составляетъ прямую обязанность конторы, или, что все равно, ея представителя, управляющаго. И такъ, Чабровъ не только имѣлъ право, но и былъ обязанъ выдавать Максиму за кирпичъ деньги. Поэтому онъ имѣлъ право входить съ Ефимовымъ въ соглашеніе объ отдачѣ ему этихъ же денегъ за долгъ, причитающійся послѣднему съ Максимова, тѣмъ болѣе, что эта сдѣлка, понятно, могла состояться не иначе, какъ съ согласія самого Максимова. Если, съ общаго согласія, было условлено выдать 215 р. Ефимову, то эти деньги причитались

съ конторы уже ему, а не Максиму. Выдача послѣднему денегъ послѣдовало незаконнымъ образомъ. Поэтому Ефимову должны были быть выданы конторою тѣ 215 р., которые ему слѣдовали по исполнѣнн правильному соглашенію. Контора же могла потребовать возврата этихъ денегъ съ Максимова (*condictio indebiti; la répétition de l'indu*).

Если Чабровъ не былъ уполномоченъ на производство платежей формальною довѣренностью кн. Урусовой, то воля, согласіе ея на это безусловно должна была презюмироваться изъ обстоятельствъ дѣла, изъ самаго положенія Чаброва. Воля кн. Урусовой на означенныя дѣйствія Чаброва выразилась тѣмъ, что она назначила его управляющимъ, т. е. распорядителемъ дѣлъ ея конторы. Она и обязана отвѣтствовать за распоряженія его по дѣламъ конторы.

Въ послѣдующихъ своихъ рѣшеніяхъ сенатъ исполнѣ признаетъ начала фактическаго представительства. Въ дѣлѣ Лернера съ Лембергомъ (1874 г., № 76) сѣздъ присудилъ съ послѣдняго въ пользу перваго 43 р. 80 к. за доставленный первымъ на заводъ послѣдняго анисъ, полученный кассиромъ завода, Трахтенбергомъ,—на томъ основаніи, что сей послѣдній, служа на заводѣ, употребилъ анисъ не въ свою пользу, а въ пользу завода Лембера. Въ дѣлѣ же Пирожкова съ Борелемъ (75 г., № 486), сѣздъ присудилъ съ послѣдняго въ пользу перваго 198 р. 95 к. за товаръ по счетамъ, подписаннымъ неимѣвшимъ полномочія Дельпешемъ, на томъ основаніи, что *товаръ поступилъ на кухню Бореля*.—Сенатъ по обоимъ дѣламъ оставилъ жалобы безъ послѣдствій. По послѣднему дѣлу сенатъ говоритъ: «за признаніемъ, что товаръ поступилъ на кухню Бореля, т. е. обращенъ Борелемъ въ свою пользу, для поставщика товара было безразлично, кѣмъ выданы за товаръ счеты, а Борелю слѣдовало доказать произведеніе за оный уплаты».—Такимъ образомъ къ этимъ дѣламъ исполнѣ примѣнены вышеизложенныя начала *actio de in rem verso*, какъ послѣдствія фактическаго представительства (см. стр. 185, прим. 2). И эти дѣла доказываютъ, какое важное практическое значеніе имѣетъ понятіе о пользѣ для опредѣленія отношеній между представляемымъ и третьими лицами. (См. выше, стр. 185—187 и 192).

Случай фактическаго представительства, признанный судебными мѣстами, представляетъ собою еще дѣло Мукинина съ

с.-петербургскимъ страховымъ отъ огня обществомъ (Суд. Вѣстн. 67 г., № 21). Страховое общество имѣло въ Смоленскѣ аккредитованнаго агента Никифорова, который, съ своей стороны, имѣлъ въ Ростовѣ корреспондента Бурдакова. 5 іюня 1866 г. Мукининъ внесъ Бурдакову страховую премію за свой домъ. Эти деньги Бурдаковъ сдалъ на почту въ Рославль 9-го, а получены онѣ въ Смоленскѣ Никифоровымъ 11-го іюня. 9 іюня въ Ростовѣ былъ пожаръ, отъ котораго сгорѣлъ домъ Мукинина. Страховое общество отказалось выдать Мукинину вознагражденіе за пожарный убытокъ на слѣдующемъ, между прочимъ, основаніи: существованіе договора страхования начинается со времени взноса страховой преміи; а какъ Бурдаковъ повѣреннымъ общества не состоялъ, то, въ настоящемъ случаѣ, договоръ страхования могъ бы воспріять начало лишь со времени полученія страховой преміи за домъ Мукинина Никифоровымъ; но послѣдній получилъ эту премію 11 іюня, т. е. уже послѣ пожара. Окружный судъ въ искѣ Мукинину къ страховому обществу отказалъ. С.-Петербургская же палата, между прочимъ, нашла, что Бурдаковъ, хотя не состоялъ повѣреннымъ общества, но принималъ на страхъ имущество *свѣдома* общества, а посему признала, что договоръ страхования, заключенный между Мукининымъ и страховымъ обществомъ, воспріять начало со времени снесенія страховой преміи Бурдакову, т. е. съ 5 іюня, и присудила Мукинину просимую страховую сумму.

Приведенныя дѣла доказываютъ, что начала фактическаго представительства приобрѣли уже въ нашей *судебной* (разумѣя не одной кассационной) практикѣ весьма солидную точку опоры¹⁾.

¹⁾ По этому поводу, невольно припоминаются слова, высказанныя нами еще въ 1867 г., скоро послѣ введенія въ дѣйствіе новыхъ учреждений въ первыхъ судебныхъ округахъ. Характеръ практики нашихъ новыхъ судовъ, говорили мы, конечно не установился еще. Но, насколько мы успѣли приглядѣться къ зачаткамъ этого, начинающаго образовываться, характера ея, — намъ кажется, что практика эта выказываетъ стремленія удалиться отъ формализма и, по мѣрѣ возможности, приблизиться къ жизни и ея потребностямъ. Если стремленія эти укрѣпятся и получатъ строго опредѣленную форму, то практика новыхъ судовъ разовьется тѣ зачатки свободы представительства, которые кроются въ практикѣ старыхъ судовъ. Тогда понятіе о *negotiorum gestio* утвердится въ нашемъ юридическомъ быту и получитъ въ немъ право гражданства (Журн. Мин. Юст. 67 г.,

Весьма любопытный и совершенно своеобразный случай фактическаго представительства встрѣтился въ дѣлѣ Дейтера съ Васильевымъ (Судебн. Вѣстн. 1867 г., № 137). Считаю полезнымъ остановиться на подробномъ разсмотрѣніи этого случая, потому что въ немъ проявляются многія тонкія особенности и характеристическія свойства *negotiorum gestio*, о которыхъ мы говорили выше.

Купецъ Дейтеръ завѣщаль свое имущество дѣтямъ: Константину, Іосифу, Егору и Александру. Въ числѣ этого имущества была закладная на домъ третьяго лица. Трое изъ этихъ наслѣдниковъ (Константинъ, Іосифъ и Александръ) передали свои права по закладной Васильеву, который застраховалъ заложенный домъ въ полной стоимости. Когда домъ сгорѣлъ, Васильевъ получилъ сполна страховую сумму изъ товарищества Саламандра. Но четвертый сынъ Дейтера, Егоръ, не уступавшій своихъ правъ Васильеву, предъявилъ искъ о взысканіи съ послѣдняго причитающейся на его, Егора, долю страховой суммы. Окружный судъ, принявъ во вниманіе, что фактъ застрахованія не даетъ еще Васильеву исключительнаго права воспользоваться всею суммою, полученною изъ страховаго общества, призналъ искъ Егора Дейтера правильнымъ. Но судебная палата отмѣнила рѣшеніе окружнаго суда, основываясь на томъ, что, по смыслу 2199 ст., 1 ч. X т., вознагражденіе страховымъ обществомъ за понесенные убытки можетъ послѣдовать лишь подъ условіемъ внесенія страховой преміи, въ которой, въ данномъ случаѣ, Егоръ Дейтеръ не участвовалъ.

Мы имѣли уже случай замѣтить¹⁾, что не согласны съ рѣшеніемъ по сему дѣлу палаты. Мы, именно, сказали, что застраховать имущество можетъ лишь лицо, заинтересованное въ поддержаніи и неприкосновенности его. Вслѣдствіе чего, застраховать $\frac{1}{4}$ долю закладной, права на которую не перешли къ Васильеву, могъ лишь Егоръ Дейтеръ или его представитель. По этому Васильевъ, относительно страхования этой $\frac{1}{4}$ доли закладной, долженъ быть разсматриваемъ какъ фактическій представитель Дейтера и подлежать предъ послѣднимъ отвѣтственности за полученную въ этой долѣ страховую сумму.

Г. Брандтъ ¹⁾ не согласенъ съ этимъ нашимъ заключеніемъ. Онъ говоритъ, что къ этому дѣлу непримѣнимы начала фактическаго представительства, потому что страхованіе договоръ личный.

Это объясненіе не заслуживаетъ вниманія.

Договоръ страхованія можетъ быть заключаемъ посредствомъ повѣреннаго. Въ этомъ, конечно, не можетъ быть и тѣни сомнѣнія. Поэтому онъ можетъ быть совершенъ и фактическимъ представителемъ, за дѣйствіями котораго признается, какъ мы видѣли, характеръ *какъ бы доверенности* (*quasi mandatum*) ²⁾.

На самомъ дѣлѣ: Васильевъ, въ отношеніи указанной $\frac{1}{4}$ доли закладной, не могъ явиться самостоятельнымъ контрагентомъ договора страхованія, такъ какъ у него тутъ не было никакого имущественнаго интереса. Эта $\frac{1}{4}$ доля была для него *negotium alienum*. Съ этимъ согласенъ и г. Брандтъ. Между тѣмъ общество, получивъ отъ Васильева страховую премію и за эту $\frac{1}{4}$ долю закладной, вступило съ нимъ въ договоръ страхованія и относительно этой $\frac{1}{4}$ доли. Не будучи *самостоятельнымъ* участникомъ этого договора, Васильевъ могъ вступить въ него лишь въ качествѣ фактическаго представителя Дейтера, *который одинъ справъ былъ* заключить этотъ договоръ ³⁾.

Мы говорили выше, что если лице ведетъ дѣла другаго совместно съ своими собственными, то оно относительно первыхъ считается фактическимъ представителемъ. Это положеніе римскаго права цѣликомъ вошло и въ прусскій кодексъ (тит. 13, § 258).

¹⁾ Журн. гражд. и угол. права 1875 г., 8, стр. 174 и 175.

²⁾ Troplong (стр. 578) прямо признаетъ возможность заключенія договора страхованія помимо доверенности, т. е. посредствомъ *neg. gestio*. Примѣръ, приведенный Троллономъ, совершенно аналогиченъ съ дѣломъ Дейтера.

³⁾ Замѣтимъ слѣдующее: Г. Брандтъ, не соглашаясь съ нашимъ мнѣніемъ, что Егоръ Дейтеръ имѣетъ право требовать отъ Васильева полученную послѣднимъ страховую сумму за $\frac{1}{4}$ часть закладной, въ тоже время согласенъ съ тѣмъ, что и Васильевъ не имѣлъ права получить эту сумму съ общества. Спрашивается: какія же послѣдствія должны были возникнуть изъ договора страхованія относительно этой $\frac{1}{4}$ части закладной? Неужели договоръ долженъ былъ быть признанъ недействительнымъ, и никто не вправѣ былъ бы требовать съ общества за четвертую долю закладной страховую сумму? Врядъ ли съ этимъ возможно согласиться. Общество, получивъ и за эту часть закладной страховую премію, само вступило по этому предмету въ договоръ съ Васильевымъ. Оно

Дѣло Дейтера съ Васильевымъ представляетъ собою именно подобный случай.

То обстоятельство, что Васильевъ, при заключеніи договора страхованія относительно $\frac{1}{4}$ доли закладной, имѣлъ лишь въ виду свой собственный интересъ, — не имѣетъ для дѣла значенія. Мы видѣли выше (стр. 157), что и въ такомъ случаѣ фактически представитель отвѣтствуетъ предъ хозяиномъ, а послѣдній отвѣтствуетъ предъ первымъ въ размѣрѣ своего обогащенія (*quantum locupletior est*) ¹⁾. Поэтому Васильевъ вправѣ былъ требовать отъ Е. Дейтера возвращенія соотвѣтственной доли внесенной имъ страховой преміи, такъ какъ послѣдній обогатился этою суммою: для того, чтобы страховать имущество, Дейтеру нужно было внести страховую премію, но онъ ее не внесъ, а вмѣсто него сумму эту внесъ Васильевъ.

Съ точки зрѣнія прусскаго кодекса, дѣло Дейтера съ Васильевымъ безспорно было бы разрѣшено въ вышеуказанномъ смыслѣ, на точномъ основаніи §§ 255, 258 и 260, тит. 13 Allg. Landr.

Съ точки зрѣнія остъ. кодекса, дѣло Дейтера съ Васильевымъ было бы разрѣшено въ этомъ смыслѣ, на точномъ основаніи ст. 4429 и 4432. Въ первой изъ сихъ статей сказано: если кто, предполагая, что ведетъ собственные дѣла, дѣйствуетъ по чужимъ, то заступаемый (*dom. neg.*), *хотя и приобретаетъ истекающія изъ сего права*, но возмѣщаетъ управляющему (*neg. gest.*) его расходы и затраты лишь на столько, на сколько обогатился его управленіемъ. Такое же буквально постановленіе имѣется въ саксонскомъ кодексѣ (§ 1342). Во второй изъ указанныхъ статей сказано: вошедшій въ чужія дѣла только для самаго себя и ради собственныхъ своихъ выгодъ вполне отвѣтствуетъ предъ заступаемымъ, но самъ можетъ простирать къ нему требованія лишь настолько, насколько тотъ его управленіемъ обогатился. Таково же постановленіе саксонскаго кодекса (§ 1356).

Въ заключеніе приведемъ еще одинъ, весьма интересный, случай фактическаго представительства, встрѣтившійся въ практикѣ старыхъ судебныхъ учреждений. Если не ошибаемся, случай этотъ намъ докажетъ, что безъ фактическаго представительства иногда нѣтъ никакого исхода при разрѣшеніи на практикѣ дѣлъ.

Рѣшеніемъ волынской соединенной палаты, 28 ноября 1872 г., присуждено съ доходовъ, оставшагося послѣ смерти Нися Варшавера, дома 2000 р. с. въ пользу Шмуля Гибермана и Рухли Варшаверъ. Судебный приставъ, приводя въ исполненіе означенное рѣшеніе, устранилъ изъ дома владѣлицу его, Хава Варшаверъ, и самъ заключилъ 14 сентября 1873 г. условіе объ отдачѣ того дома въ арендное содержаніе Дувиду Варшаверу на одинъ годъ, за сумму 725 р. с. Дувидъ Варшаверъ арендныхъ денегъ въ срокъ не уплатилъ. По возникшему вслѣдствіе сего спору, палата, между прочимъ, высказала, что «Хава Варшаверъ лишена возможности по контракту, заключенному судебнымъ приставомъ съ Дувидомъ Варшаверомъ, производить взысканіе, такъ какъ договоры могутъ приводиться въ исполненіе лишь по требованію участвующихъ въ нихъ лицъ».

Намъ кажется, что безъ фактическаго представительства правильное рѣшеніе этого дѣла невозможно. Съ точки же зрѣнія этого вида представительства, дѣло это разрѣшается весьма просто. Отдавать въ аренду имѣніе можетъ лишь собственникъ или его представитель. Вмѣшавшись самовольно въ это дѣло, которое составляло для него *negotium alienum*, судебный приставъ, при заключеніи аренднаго контракта, дѣйствовалъ (и могъ лишь дѣйствовать) въ качествѣ фактическаго представителя владѣльца имѣнія. По началамъ же фактическаго представительства, права, установленныя представителемъ, переносятся на лице представляемое. Поэтому Хава Варшаверъ имѣла полное право требовать отъ Дувиды Варшавера условленныхъ по контракту арендныхъ денегъ¹⁾.

Дѣла Дейтера и Варшавера представляютъ собою также случаи, въ коихъ одно лице дѣйствовало отъ *своего* имени въ интересахъ другого. Но было бы крайне странно не признавать въ этихъ случаяхъ характера представительства, явно обнаруживающагося изъ самаго предмета сдѣлокъ. Невозможно согласиться съ мнѣніемъ Волынской палаты, что только потому, что договоръ аренды заключенъ самимъ судебнымъ приставомъ, Хава Варшаверъ не имѣетъ права требовать по оному денегъ отъ арендатора ея дома.

Это значило бы поставить право въ рѣшительное противорѣчіе со здравымъ смысломъ, съ потребностями жизни, съ справедливостію. Идеаль права — возвыситься до справедливости¹⁾. Этого идеала право не всегда можетъ достигнуть. Но тамъ, гдѣ понятія о правѣ и справедливости вполне совмѣстимы (*jus aequum*), не слѣдуетъ разобщать ихъ искусственно. Право не должно противорѣчить здравому, логическому смыслу. Формы должны лишь служить существу дѣла, потребностямъ жизни; но сіи послѣднія не должны быть приносимы въ жертву мертвой, безсодержательной формѣ. — Фактическое представительство и имѣетъ своею основою идею справедливости: оно сообразуется съ фактами, съ данными, индивидуальными обстоятельствами дѣла.

Въ дѣлѣ Дейтера съ Васильевымъ рѣчь шла о правѣ перваго на полученіе доли страховой суммы съ послѣдняго. Но мы, не колеблясь, утверждаемъ, что если-бъ Васильевъ не получилъ всей страховой суммы изъ товарищества Саламандра, то Дейтеръ имѣлъ бы полное право причитающуюся на его долю часть этой суммы требовать непосредственно отъ товарищества, такъ какъ Васильевъ могъ заключить договоръ страхованія лишь въ качествѣ представителя Дейтера.

Эти два дѣла, а равно дѣло Сало съ Долинскимъ (см. выше, стр. 181), служатъ новымъ подтвержденіемъ взгляда на существо представительства, изложеннаго нами выше (стр. 22—33). Изъ этихъ дѣлъ видно, что объективность въ представительствѣ отнюдь не тождественна съ упоминаніемъ имени представляемаго: она можетъ быть выводима изъ обстоятельствъ дѣла и изъ предмета сдѣлки; поэтому трудно провести рѣзкую, разграничительную линію между одностороннимъ и полнымъ представительствомъ (см. стр. 187). Такимъ образомъ, выдѣлить одностороннее представительство изъ изслѣдуемаго ученія — значитъ распатать самое зданіе представительства.

Изъ изложеннаго легко понять, какъ неправъ Лабандъ, говоря (ib. стр. 230), что если представитель дѣйствуетъ отъ своего имени, то онъ *negotiorum gestor*, а не представитель; если же

¹⁾ Ср. Виндшейда, *Lehrb. d. Pand.*, изд. 3, 70 г., ч. 1, § 28 и Уггера, *Oester. Privatrecht*, ч. 1, изд. 3, стр. 72—73. — Справедливость (*aequitas*) — право,

онъ дѣйствуетъ отъ имени представляемаго, то онъ представитель, а не *neg. gestor* (см. выше, стр. 33—34). Это является прямымъ послѣдствіемъ невѣрнаго *раздѣленія* внѣшней и внутренней сторонъ представительства (см. выше, стр. 48—52). Также *раздѣленіе* не можетъ имѣть мѣсто: то, что на первый взглядъ кажется представительствомъ одностороннимъ (*neg. gestio*), можетъ, какъ мы видѣли, при ближайшемъ ознакомленіи съ обстоятельствами дѣла, оказаться представительствомъ полнымъ.

Послѣ всего вышеизложеннаго, считаемъ себя вправѣ утверждать, что *negotiorum gestio* отнюдь не составляетъ для насъ какой-нибудь анахронизмъ или библиографическій терминъ. Это и въ нашемъ юридическомъ быту понятіе живое, современное, практическое. Мы долго не обойдемся безъ этого понятія. Жизнь наша не можетъ существовать безъ началъ *neg. gestio*. Наша юридическая жизнь вступила въ горячую борьбу съ безусловнымъ господствомъ формализма довѣренности. Источникъ этой борьбы кроется въ потребностяхъ жизни и никогда не иссякнетъ. Поэтому и борьба жизни съ формализмомъ нескончаемая. Это борьба на жизнь и на смерть. Побѣдителями изъ этой борьбы должны выйти потребности жизни. Законодательство не устоитъ противъ неумолимаго голоса жизни и неотразимаго напора ея насущныхъ, жгучихъ потребностей. Оно должно будетъ взять подъ свое покровительство свободу представительства. Начала *neg. gestio* должны въ будущемъ проникнуть и въ наше законодательство. Пока же можемъ, вмѣстѣ съ Игерингомъ, повторить, что *все то, что въ жизни осуществляется какъ право, есть право, хотя бы оно и не было установлено въ законодательствѣ*¹⁾.

¹⁾ Говоря объ отношеніи *negotiorum gestio* къ нашему юридическому быту, нельзя не упомянуть о томъ, что, при составленіи проекта уст. гражд. судопр., въ комиссіи была сдѣлана довольно энергической попытка пригнать начала *negotiorum gestio* къ одной сторонѣ дѣятельности нашихъ присяжныхъ повѣренныхъ, а именно, — къ продолженію дѣятельности повѣреннаго въ случаѣ смерти доверителя. Эта попытка можетъ также служить доказательствомъ, какъ сильна,

ГЛАВА XI.

Управление имѣніями.

Взглядъ римскаго права и прусскаго законодательства. — Практическое значеніе вида представительства объ управленіи имѣніями. — Постановленія о немъ прусск. кодекса. — Выводъ по отношенію къ нашей юридической жизни. — Взглядъ сената.

Изъ всего изложеннаго нами выше видно, что случаи фактическаго представительства встрѣчаются въ нашемъ быту преимущественно въ дѣятельности управляющихъ имѣніями. Поэтому считаемъ полезнымъ сказать нѣсколько словъ относительно постановленій иностранныхъ законодательствъ объ управляющихъ. Постановленія эти могутъ служить поучительнымъ урокомъ для нашего законодательства.

Римское право, по общему правилу, признавало управляющаго, дѣйствующаго въ силу довѣренности, повѣреннымъ, а безъ довѣренности — фактическимъ представителемъ (*negotiorum gestor*). Но, такъ какъ управляющему обыкновенно ввѣряются на храненіе

въ извѣстныхъ случаяхъ юридической дѣятельности, потребность въ началахъ *negotiorum gestio*. Попытка эта не удалась, потому что большинство членовъ вполнѣ справедливо возразило, что «наше законодательство означеннаго правила (о *negotiorum gestio*) не устанавливаетъ, что правило это *можетъ быть введено* лишь при пересмотрѣ нашихъ гражданскихъ законовъ, — что не входитъ въ кругъ вѣдомства комиссіи» (объяснит записка къ проекту уст. гражд. судопр. ч. 1, стр. 135—141). По въ самомъ этомъ возраженіи проглядываетъ, по нашему, нѣкоторая доля признанія. Если же законодательство наше не устанавливаетъ понятія о *negotiorum gestio*, то начало это, какъ мы видѣли, водворяется практикою. Переходъ же юридическихъ началъ въ законодательство при посредствѣ практики — какъ мы говорили уже выше (стр. 46 и 148—149) — самое естественное, физиологическое развитіе права. Это наиболѣе удобный способъ усвоенія юридическихъ началъ. — Вообще приведенная нами практика по фактическому представительству всего краснорѣчивѣе доказываетъ, какое богатство юридическихъ понятій можетъ внести въ нашу жизнь рациональная судебная практика, какъ много она можетъ содѣйствовать къ расширенію нашего юридическаго кругозора и къ усовершенствованію нашего законодательства.

вещи, имущество хозяина, то римское право перѣдко въ дѣятельности его признавало и характеръ договора поклажи¹⁾.

Это подраздѣленіе въ характерѣ дѣятельности управляющаго сохранилось и въ прусскомъ кодексѣ. Но, само собою понятно, что главный, преобладающій элементъ въ управленіи имѣніями—отношеніе представительства. Вѣреніе управляющему имуществу является лишь послѣдствіемъ главной, основной его дѣятельности въ качествѣ представителя. Поэтому договоръ поклажи играетъ тутъ роль побочную, второстепенную. Самое видное мѣсто занимаетъ тутъ понятіе о представительствѣ²⁾.

Управленіе имѣніями, говоритъ прусскій кодексъ, насколько оно имѣетъ цѣлью охраненіе и сбереженіе ввѣряемаго имущества, обсуживается по началамъ договора поклажи, а на сколько оно относится къ завѣдыванію дѣлами другаго—по началамъ представительства. Если управляющій завѣдуетъ имѣніями по довѣренности, то онъ — повѣренный; если же лице взялось за завѣдываніе имѣніемъ безъ порученія хозяина, или управляющій выступилъ изъ предѣловъ дѣятельности, указанныхъ въ довѣренности или въ законѣ, то онъ признается фактическимъ представителемъ (negotiorum gestor³⁾).

Положеніе управляющаго имѣніями рѣзко отличается отъ положенія обыкновенныхъ повѣренныхъ. Завѣдываніе имѣніями сопряжено съ безусловною необходимостью отправлять извѣстныя, часто весьма спѣшныя и неотложныя, дѣйствія по хозяйству имѣнія. Между тѣмъ, весьма часто управляющіе имѣніями не имѣютъ формальныхъ довѣренностей и завѣдуютъ имѣніями по словесному порученію хозяевъ. Въ томъ случаѣ, когда управляющій завѣдуетъ имѣніемъ на основаніи довѣренности, содержаніе ея

¹⁾ Koch, Forderungsrecht, § 295.

²⁾ Кохъ справедливо замѣчаетъ, что къ управленію имѣніями не примѣнимы начала договора поклажи. Отношеніе принятеля поклажи къ охраняемой вещи отрицательное, пассивное; между тѣмъ, отношеніе управляющаго къ ввѣренному ему имуществу предпринимчивое, дѣятельное. Управляющій, по своему званію, обязанъ предпринимать, по отношенію къ переданному ему имуществу, извѣстныя положительныя дѣйствія, вызываемыя даннымъ ему порученіемъ (стр. 597). — Мы полагаемъ, что дѣятельность управляющаго—смѣсь довѣренности съ личнымъ наймомъ (см. выше, стр. 78, прим. 1).

³⁾ Allg. Landr. и пр., ч. 1, тит. 14, §§ 109, 166 и 167.

можетъ возбуждать различныя толкованія, споры, недоразумѣнія; она можетъ страдать неясностью, пробѣлами. Обусловливать же каждое изъ необходимыхъ по хозяйству дѣйствій управляющаго истребованіемъ предварительнаго согласія хозяина имѣнія—весьма часто представляется невозможнымъ. Такое требованіе парализовало бы правильное теченіе хозяйства имѣнія и дѣятельность управляющаго. Вотъ почему прусское законодательство старалось, независимо отъ довѣренности, частью объективировать сферу дѣятельности управляющихъ. Оно очертило извѣстный кругъ дѣятельности, въ предѣлахъ котораго дѣйствія управляющихъ обязательны для хозяевъ, независимо отъ довѣренности, въ силу самаго закона. Эти постановленія закона, вмѣстѣ съ существующимъ въ иностранныхъ законодательствахъ институтомъ *neg. gestio*, вполне способны удовлетворить настоятельнымъ потребностямъ, связаннымъ съ управленіемъ имѣніями.

Такъ, по прусскому закону, управляющій обязанъ заботиться о сохранности и хорошемъ хозяйственномъ управленіи ввѣреннаго ему имѣнія; предотвращать отъ него могущіе произойти убытки, извлекать возможные выгоды, взыскивать слѣдующіе доходы, не допускать недоимокъ и представлять во всемъ хозяину отчетъ (§§ 110—117). Само собою понятно, что управляющій, вмѣстѣ съ симъ, имѣетъ и всѣ тѣ права, которыя необходимы для осуществленія этихъ, возложенныхъ на него, обязанностей.

Управляющій, силою самаго закона, вправе получать и отпущать въ кредитъ, имуществомъ и работою, настолько, насколько это необходимо для поддержанія нормальнаго теченія дѣлъ ему порученныхъ (§§ 127 и 128). Изъ этого явствуетъ, что онъ, въ этомъ размѣрѣ, вправе вступать отъ имени хозяина въ договоры купли-продажи¹⁾. Въ указанномъ же размѣрѣ управляющій вправе вступать отъ имени хозяина въ сдѣлки и относительно поставокъ въ будущемъ (§ 131). Тоже онъ вправе, въ случаяхъ нетерпящихъ отлагательства, въ силу самаго закона, защищать въ судѣ интересы управляемаго имъ имѣнія (тит. 13, § 122). Но управляющій не долженъ, безъ особенной необходимости, отступать отъ заведеннаго въ хозяйствѣ порядка и не предпринимать, безъ осо-

¹⁾ См. «Kommentar in Anmerkungen» къ прусск. код. Koch, Förster, Iohov и пр., изд. 5, 1875 г., ч. 1, т. 2, стр. 201, прим. 8.

баго разрѣшенія хозяина, ничего такого, что связано съ необыкновенными расходами, рискуя быть признаннымъ дѣйствующимъ въ качествѣ фактическаго представителя (neg. gestor¹⁾); §§ 111—114). Съ своей стороны, хозяинъ долженъ исполнить всѣ принятыя на себя, въ его интересѣ, управляющимъ обязанности и вознаградить послѣдняго за понесенные имъ расходы. Если управляющій отправлялъ какую либо дѣятельность по хозяйству отъ своего собственнаго имени, то, тѣмъ не менѣе, вытекающія изъ онаго права и обязанности переносятся непосредственно на самаго хозяина, если только изъ обстоятельствъ явствуетъ, что онъ дѣйствовалъ въ качествѣ управляющаго (§ 130; ср. выше стр. 27—29²). Но весьма естественно, что необходимо точно выяснитъ, отправлялъ ли управляющій эту дѣятельность въ интересѣ хозяина или для себя лично³). Управляющій не вправе самовольно передавать другимъ исполненіе возложенныхъ на него порученій; но онъ можетъ, при выполненіи нѣкоторыхъ отдѣльныхъ дѣйствій, пользоваться услугами другихъ (§§ 121 и 122).

Уже изъ этого краткаго очерка постановленій прусскаго кодекса легко убѣдиться, что въ Пруссіи управляющій имѣніемъ въправѣ, независимо отъ всякой довѣренности, отправлять, въ силу самаго закона, отъ имени или въ интересѣ хозяина, всю ту юридическую дѣятельность, которая необходима для поддержанія правильнаго теченія дѣлъ ему порученныхъ.

Какое громадное практическое значеніе имѣютъ изложенныя постановленія прусскаго кодекса—легко понять изъ вышеприведенныхъ спорныхъ случаевъ дѣятельности управляющихъ, встрѣтившихся у насъ на практикѣ. Съ точки зрѣнія прусскаго кодекса, такіе споры относительно юридической силы дѣйствій управляющихъ были бы невозможны. По крайней мѣрѣ, разрѣшеніе подобныхъ споровъ не возбуждало бы въ Пруссіи никакихъ затрудненій. Оригинальнѣе же рѣшенія, въ родѣ тѣхъ, которые поста-

¹) Изъ этого постановленія логически вытекаетъ, что предпріятія, сопряженныя съ необыкновенными расходами, управляющій въправѣ совершать и безъ особаго разрѣшенія хозяина.

²) Это постановленіе является новымъ подтвержденіемъ нашего взгляда на существо представительства и значеніе объективности, изложеннаго выше (стр. 27—33).

³) См. Коха Commentar и пр., прим. къ § 130 прусск. кодекса.

новили сенатъ по дѣламъ Гнипы и Милорадовича, тамъ положительно невозможны¹⁾. Во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ споры шли о такихъ дѣйствіяхъ управляющихъ, которыя являются послѣдствіемъ обыкновеннаго, естественнаго теченія дѣлъ по хозяйству имѣній. Подобныя дѣйствія управляющіе въправѣ въ Пруссіи совершать въ силу самаго закона. Такіе споры относительно содержанія ихъ довѣренностей и предѣловъ ихъ полномочія тамъ не могутъ имѣть мѣсто. Въ случаѣ сомнѣнія, вопросъ разрѣшится по началамъ neg. gestio.

Нечего говорить, что право на совершеніе подобныхъ дѣйствій, въ силу самаго закона, управляющій можетъ имѣть лишь тамъ, гдѣ это ему дозволяется законодательствомъ. У насъ, гдѣ самъ законъ не опредѣлилъ для управляющихъ никакой сферы дѣятельности отъ имени и въ интересѣ хозяевъ, дѣйствія ихъ должны обсуживаться исключительно съ точки зрѣнія содержанія и предѣловъ выдаваемыхъ имъ довѣренностей, а, за неимѣніемъ оныхъ, съ точки зрѣнія логики фактическаго представительства.

У насъ управляющіе или лица, завѣдующіе по довѣренности имѣніями или дѣлами, пользуются тѣми льготами, что они имѣютъ право ходатайствовать въ судѣ по дѣламъ своихъ хозяевъ, не смотря на то, что не удовлетворяютъ условіямъ, указаннымъ въ ст. 389 учрежд. суд. уст. и п. I Высочайше утвержденныхъ правилъ 25 мая 1874 г. о лицахъ, имѣющихъ право быть повѣренными по дѣламъ въ судѣ (ст. 389 учр. суд. уст. и п. 1 прав. 25 мая). Въ основу этого исключительнаго права управляющихъ имѣніями легли слѣдующія соображенія: необходимость дозволенія тяжущимся довѣрять веденіе своихъ тяжбныхъ дѣлъ лицамъ, завѣдывающимъ ихъ имѣніями по довѣренностямъ, истекаетъ изъ того, что большинство нашихъ землевладѣльцевъ не живутъ въ своихъ имѣніяхъ, тяжбы-же объ оныхъ должны производиться въ тѣхъ судахъ, коимъ подвѣдома мѣстность, гдѣ расположены эти имѣнія; и потому удобнѣе всего поручить веденіе подобной тяжбы и многихъ другихъ дѣлъ, связанныхъ съ владѣ-

¹) Въ Пруссіи дѣла эти несомнѣнно были бы разрѣшены въ смыслѣ, указанномъ въ рациональныхъ мотивахъ мирового съѣзда и противъ взгляда сената, на точномъ основаніи, указанныхъ въ текстѣ, §§ 117—119, 127 и 128 allg. Landrecht. Иначе эти дѣла, съ точки зрѣнія логики и здраваго смысла, и у насъ не могли быть разрѣшены.

немъ недвижимыми имѣніями, лицамъ, кои уже завѣдываютъ этими имѣніями и коимъ обыкновенно вручаются всѣ относящіяся къ онымъ документы ¹⁾. Циркуляръ министра юстиціи 7 мая 1875 года истолковалъ это право управляющихъ въ самомъ широкомъ смыслѣ. Принимая во вниманіе, сказано въ циркулярѣ, цѣль упомянутого закона (т. е. ст. 289 учр. суд. уст. и п. 1 прав. 25 мая 1874 г.) — выдѣлить изъ числа повѣренныхъ, занимающихся адвокатурою по профессіи, лицъ, стоящихъ по какимъ либо основаніямъ въ особыхъ, предполагающихъ взаимное довѣріе, отношеніяхъ къ тяжущемуся — надлежитъ держаться возможно широкаго толкованія статьи 1 правилъ 25 мая (6 іюня) 1874 г. и 389 ст. учр. суд. уст. и, сообразно съ симъ, признать за тяжущимися право *уполномочивать* на веденіе дѣлъ ихъ въ судѣ лицъ, завѣдывающихъ ихъ имѣніями или дѣлами, хотя бы завѣдываніе это и не распространялось на все въ совокупности имущество довѣрителя, а касалось отдѣльнаго его имѣнія или только управленія его дѣлами.

Изъ изложенныхъ постановленій видно, что правомъ ходатайства въ судѣ по дѣламъ хозяевъ, управляющіе пользуются въ томъ лишь случаѣ, когда они на подобное ходатайство уполномочены довѣренностью. Если же управляющій имѣніемъ, какъ это весьма часто бываетъ, довѣренности по управленію имѣніемъ вовсе не имѣетъ или имѣетъ довѣренность, которая не уполномочиваетъ его явно на ходатайство въ судѣ, то онъ къ такому ходатайству допускаемъ быть не можетъ.

Но вышеприведенные случаи изъ судебной практики легко могутъ убѣдить, какъ недостаточна та ничтожная льгота, которая закономъ предоставляется управляющимъ и въ какомъ ненормальномъ положеніи находится, въ этомъ отношеніи, наша юридическая жизнь.

Весьма часто управляющіе домами и имѣніями не имѣютъ довѣренностей. Они завѣдуютъ вѣренными имъ имѣніями по словесному порученію ихъ хозяевъ. А если у нихъ имѣются довѣренности, то врядъ ли возможно, при каждомъ дѣйствіи управляющаго, справляться съ содержаніемъ и объемомъ его полномочія

¹⁾ Разсуд. гос. канц. къ ст. 389, учрежд. судеб. устан.

и оставлять у себя формальныя копіи съ его довѣренности. Между тѣмъ, управляющимъ имѣніями сплошь да рядомъ приходится вступать въ сдѣлки и совершать всѣ тѣ юридическія дѣйствія, которыя необходимы по хозяйству имѣній. Управляющіе домами взимаютъ съ жильцовъ наемную плату и выдаютъ имъ въ томъ квитанціи, входятъ въ сдѣлки относительно необходимыхъ по дому починокъ и перестроекъ и пр. Управляющіе имѣніями продаютъ произведенія оныхъ, приобрѣтаютъ необходимыя принадлежности хозяйства и пр. Признаніе всѣхъ этихъ дѣйствій управляющихъ, въ случаѣ неимѣнія ими достаточнаго формальнаго полномочія, зависитъ отъ благоусмотрѣнія самихъ хозяевъ ¹⁾. Лица, которыя входятъ въ юридическія отношенія съ управляющими, должны находиться въ вѣчной тревогѣ и опасеніи за неприкосновенность своихъ правъ и прочность, подлежащихъ исполненію, обязанностей хозяевъ имѣній. Плотники, столяры, трубочисты, полотеры, каменщики, извозчики и пр., которые производятъ работы по книжкамъ или по условію съ управляющими, рискуютъ, въ случаѣ недобросовѣстности владѣльца, лишиться плодовъ своихъ долговременныхъ и тяжелыхъ трудовъ, какъ это грозило Ивину по дѣлу его съ Кейсаровымъ (стр. 188—189). Съ другой стороны, отъ такого положенія дѣлъ могутъ пострадать интересы и самихъ хозяевъ имѣній. Если управляющій не снабженъ формальною и полною довѣренностью, то онъ можетъ быть недопускаемъ къ совершенію отъ имени хозяина такихъ дѣйствій, которыя окажутся необходимыми и неотложными въ интересѣ самаго имѣнія, имъ завѣдуемаго.

И такъ, тутъ замѣчается въ нашей правовой жизни чувствительный пробѣлъ, о восполненіи котораго слѣдовало бы серьезно подумать нашему законодательству. Неудобства этого пробѣла

¹⁾ Весьма часто, если управляющіе не имѣютъ формальнаго полномочія, лицамъ, въ особенности производящимъ небольшія работы, трудно это доказать. Доказать это возможно лишь при существованіи нотаріальныхъ актовъ или формальныхъ копій съ довѣренности. Но нотаріальные акты на мелкія работы—явленіе необычае. Представленіе же формальныхъ копій съ довѣренности—дѣло весьма трудное и часто невыполнимое. Формальныя копіи съ довѣренности выдаются обыкновенно лишь при болѣе или менѣе крупныхъ сдѣлкахъ. Управляющіе и не могутъ выдавать копіи съ довѣренностей всѣмъ лицамъ, съ коими входятъ въ сношеніе. Это дѣло невыполнимое.

тѣмъ болѣе ощущаются на практикѣ, что у насъ не выработалась еще твердо установившаяся система фактическаго представительства. Намъ, именно, кажется, что законодательство должно объективировать известную сферу полномочія для дѣятельности управляющихъ отъ имени и въ интересѣ ихъ хозяевъ. Оно должно опредѣлить известный кругъ дѣйствій, тѣсно связанныхъ съ потребностями управляемыхъ имѣній, въ предѣлахъ котораго управляющіе имѣли бы право представлять собою лицо своихъ хозяевъ, независимо отъ довѣренности, въ силу самаго закона. Но пока существуетъ этотъ пробѣлъ въ законѣ, на помощь потребностямъ жизни должна явиться наша судебная практика. Она должна широко толковать полномочіе управляющаго въ смыслѣ, требуемомъ сущностію возложенныхъ на него обязанностей. *Qui veut la fin, veut les moyens*. Кто отдаетъ лицу въ завѣдываніе свое имѣніе, тотъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, имѣетъ въ виду доставить ему и средства, необходимыя для выполненія, возложеннаго на него, порученія. Управляющій, которому поручено завѣдываніе имѣніемъ, говоритъ Рустратъ ¹⁾, долженъ быть признавъ уполномоченнымъ и на дѣйствія, которыя не упомянуты явно въ довѣренности, но которыя необходимы и полезны для управленія имѣніемъ (на ссуду, на покупку вещей, полученіе платежей, отдачу въ аренду участковъ земли, защиту въ судѣ и пр.). Эти дѣйствія должны быть предполагаемы въ самомъ правѣ и обязанности управленія имѣніемъ. — Если же какія либо дѣйствія управляющаго не могутъ быть подведены подъ понятіе о предполагаемомъ полномочіи, то судебная практика должна, — если данныя дѣла указываютъ, что дѣйствія эти были необходимы и полезны въ интересѣ владѣльца, — примѣнять къ нимъ начала фак-

¹⁾ Ueber Neg. gestio, стр. 24 и 91. — Но слѣдуетъ замѣтить, что управляющій, которому отдано имѣніе въ завѣдываніе, не можетъ отдавать его *цѣликомъ* въ аренду. Управленіе имѣніемъ и аренда — двѣ различныя системы хозяйства. Управляющій — представитель владѣльца. Въ лицѣ управляющаго завѣдуетъ и владѣетъ имѣніемъ самъ хозяинъ. Арендаторъ — лице третье, стороннее владѣльцу имѣнія. Аренда лишаетъ владѣльца права владѣнія имѣніемъ. Такимъ образомъ аренда — система хозяйства прямо противоположная управленію имѣніемъ. При послѣдней системѣ, владѣніе имѣніемъ остается, въ лицѣ управляющаго, въ рукахъ владѣльца; при первомъ — право это отходитъ отъ владѣльца къ арендатору.

тическаго представительства. Она должна стараться развить начала этого института, зачатки которыхъ проведены въ вышеизложенныхъ случаяхъ изъ нашей судебной практики. Было бы весьма желательно, чтобы не повторились у насъ на практикѣ рѣшенія въ родѣ тѣхъ, которыя постановлены сенатомъ по дѣламъ Гнипы и Милорадовича.

Весьма важный шагъ въ объективированіи сферы дѣятельности управляющихъ сдѣлалъ Сенатъ въ рѣшеніи своемъ по дѣлу Готлинскаго съ графомъ Ностичъ (1874 года, № 781). Это рѣшеніе служить новымъ доказательствомъ (см. выше, стр. 147—149 и 210, прим. 1) тому, какъ много можетъ сдѣлать для развитія нашего права раціональная судебная практика. Въ этомъ рѣшеніи Сената отражаются идеи, которыя легли въ основу приведенныхъ постановленій прусскаго кодекса объ управленіи имѣніемъ — Нельзя не признать, говоритъ сенатъ, что могутъ быть случаи, въ которыхъ одно лице, состоя въ служебныхъ отношеніяхъ къ другому, какъ повѣренный его, совершаетъ дѣйствія, хотя буквально въ довѣренности и неупомянуты, но тѣмъ не менѣе основанныя на опредѣленныхъ довѣренностью *отношеніяхъ его къ доверителю*, а потому и не могущія быть признанными дѣйствіями, выходящими изъ предѣловъ полномочія. Къ такимъ отношеніямъ слѣдуетъ отнести, между прочимъ, отношенія управляющаго къ лицу, доверившему ему управленіе имуществомъ. Если въ выданной управляющему довѣренности не выражено прямо, что доверитель отклоняетъ отъ себя всякую отвѣтственность по заключеннымъ управляющимъ и неудовлетвореннымъ имъ обязательствамъ за работы или поставку припасовъ, необходимыхъ для хозяйственнаго управленія имуществомъ, то очевидно такія обязательства, какъ заключенныя управляющимъ *на основаніи служебныхъ его къ доверителю отношеній и въ исполненіе обязанности его хозяйственно управлять имуществомъ, не могутъ быть признаны выходящими изъ предѣловъ полномочія, и необязательными для доверителя его лишь потому, что такія дѣйствія не указаны прямо въ довѣренности.* ¹⁾

¹⁾ Въ дѣлѣ Булгакова съ Авгѣевымъ (Сборн. Книрима, 78 г., № 272), казанская суд. палата признала, что управленіе имѣніемъ предоставляетъ лицу право «покупать все необходимое для имѣнія, а равно обмѣнивать сельско-хозяйствен-

Замѣтимъ еще слѣдующее. Выше мы видѣли, что какъ римское право, такъ и прусскій кодексъ признають дѣятельность управляющаго, въ томъ случаѣ, когда онъ завѣдуетъ дѣлами безъ прямого порученія хозяина или выходитъ изъ предѣловъ полномочія— фактическимъ представительствомъ. Послѣ этого, врядъ ли можетъ быть малѣйшее сомнѣнiе въ томъ, что въ приведенныхъ нами случаяхъ изъ судебной практики рѣчь идетъ о фактическомъ представительствѣ.

ныя произведенія на деньги, т. е. извлекать изъ имѣнiя доходъ. Сенатъ, оставивъ безъ послѣдствiй жалобу на это рѣшенiе, этимъ выказалъ свое сочувствiе къ этому взгляду палаты (ср. выше, стр. 181).

ГЛАВА XII.

Молчаливое полномочiе ¹⁾ (Mandatum tacitum).

Существо молчаливаго полномочiя. — Постановленiя иностранныхъ законодательствъ. — Молчаливое полномочiе прислуги и членовъ семейства. — Понятiе о молчаливомъ полномочiи въ законодательствахъ и въ жизни. — Споръ французскихъ юристовъ. — Право и потребности жизни. — Молчанiе и согласiе. — Различiе между фактическимъ представительствомъ и молчаливымъ полномочiемъ. — Родственныя ихъ черты. — Отношенiе къ этимъ понятiямъ судебной практики. — Объективированiе сферы дѣятельности представителя. — Законодательство и юридическая жизнь. — Законодательная редакцiя.

Quid interest an verbis, an facto, voluntatem tuam declarasses? (С. 1. 4, 6).

Понятiе о молчаливомъ полномочiи заслуживаетъ полнаго вниманiя русскаго юриста. Хотя этой формы полномочiя нѣтъ у насъ въ законѣ; но она не можетъ не существовать и дѣйствовать и у насъ въ жизни. Она и вызвана потребностями жизни.

Молчаливымъ называется такое полномочiе, *которое выражается въ фактахъ, въ дѣйствiяхъ, въ отношенiяхъ между лицами* ²⁾.

Молчаливое полномочiе существовало и въ римскомъ правѣ. Оно подробно разработано и въ современныхъ европейскихъ законодательствахъ. Нѣкоторыя изъ постановленiй этихъ законодательствъ, вызванныя потребностями жизни, до такой степени рациональны, что мысли въ нихъ кроющiяся могутъ и должны быть

¹⁾ Mandatum tacitum мы переводимъ выраженiемъ «молчаливое полномочiе», отого, что въ этомъ явленiи самая важная сторона—моментъ представительства, отношенiе представителя къ третьимъ, стороннимъ лицамъ. Молчаливая довѣренность (порученiе) служитъ лишь *основой* этого вида представительства. По этимъ же основанiямъ мы и mandatum praesumptum перевели выраженiемъ «предполагаемое полномочiе» (см. выше, стр. 58—60).

²⁾ Mandat tacite est celui, dont l'existence résulte par voi d'induction nécessaire de certains faits et de certaines circonstances (Zacharie, § 751, прим. 2).

примѣняемы въ каждомъ юридическомъ быту, въ которомъ спорные вопросы, за отсутствіемъ закона, разрѣшаются путемъ логическихъ или практическихъ соображеній. Они должны имѣть практическое значеніе и въ нашемъ юридическомъ быту.

Одно врученіе лицу *домовой* росписки, говоритъ прусскій кодексъ, не содержитъ въ себѣ полномочія на полученіе слѣдующей по оной суммы (ч. I, тит. 13, § 129). Но врученіе (*anvertrauen*) *платежной* росписки указываетъ вмѣстѣ съ симъ и на полномочіе получить по оной деньги (§ 130).

Это весьма понятно. Долговая росписка можетъ быть вручена лицу не съ одною цѣлію полученія по оной удовлетворенія: она, напр., можетъ быть передана лишь на храненіе. Но, если кредиторъ составляетъ платежную росписку и передаетъ ее другому лицу, то онъ можетъ это дѣлать съ единственною цѣлію полученія отъ должника слѣдующей суммы. Иначе ему незачѣмъ написать платежную росписку и передавать ее другому.

При составленіи обще-германскаго торговаго уложенія, редакція послѣдняго постановленія прусскаго кодекса возбудила противъ себя сильныя возраженія. Возставали, именно, противъ выраженія «*anvertrauen*» (вручить, ввѣрить)¹⁾. Совершенно справедливо замѣтили, что это выраженіе не удовлетворяетъ потребностямъ жизни. Если, именно, кредиторъ станетъ оспаривать право лица, имѣющаго въ рукахъ платежную росписку, на полученіе полнаго удовлетворенія, утверждая, что она была имъ самовольно присвоена, — то должнику придется доказывать, что росписка была самимъ кредиторомъ *вручена* тому лицу. Но доказать это чрезвычайно трудно, а иногда почти невозможно. Такимъ образомъ, въ этомъ случаѣ интересъ должника окажется ничѣмъ не гарантированнымъ. Между тѣмъ цѣль молчаливаго полномочія, именно, и состоитъ въ огражденіи интересовъ должника. Поэтому въ германскомъ торговомъ кодексѣ приведенное постановленіе прусскаго законодательства получило другую редакцію. Art. 296 обще-германскаго торговаго уложенія, именно, гласитъ: *предъявитель* (*der Ueberbringer*) платежной квитанціи считается уполномоченнымъ на полученіе по оной удовлетворенія,

¹⁾ См. «Comment. in Anmerk» Коха и др. прим. къ § 130 прус. код. и Makover (ib.) стр. 255, прим. 28.

если только извѣстныя плательщику обстоятельства не указываютъ на противоположное. Эта редакція закона совершенно устраняетъ всякіе споры о способѣ перехода квитанціи въ руки молчаливаго представителя. Должникъ не отвѣтствуетъ вторично и въ томъ случаѣ, если окажется, что лицо, получившее деньги, самовольно присвоило себѣ платежную квитанцію. Знаніе же должникомъ обстоятельствъ, о коихъ говорится въ приведенной статьѣ торговаго кодекса, напр. незаконнаго присвоенія лицомъ платежной росписки, очевидно, долженъ будетъ доказывать кредиторъ¹⁾.

Если внимательно разсмотрѣть приведенное постановленіе германскаго торговаго кодекса, то нельзя, по нашему, не придти къ заключенію, что оно отстаетъ отъ строгой юридической логики. На самомъ дѣлѣ, обязательство можетъ быть прекращено лишь однимъ изъ юридическихъ способовъ погашенія. Однимъ изъ этихъ способовъ погашенія и есть платежъ (*solutio*). Но платежъ можетъ имѣть юридическое значеніе лишь тогда, когда онъ совершенъ легальнымъ путемъ. Удовлетвореніе по похищенной квитанціи юридически не прекращаетъ существованія обязательства. Кредиторъ вправе требовать по оному вновь удовлетворенія (*querela non numeratae pecuniae*). Должникъ же можетъ требовать возврата неправильно уплаченныхъ имъ денегъ отъ лица, присвоившаго ихъ себѣ незаконнымъ образомъ (*condictio ob iniustam causam* или *condictio sine causa*).

Но это отступленіе отъ строгой теоріи вызвано и оправдывается настоятельными потребностями жизни. Торговцы и мастера, на примѣръ, постоянно посылаютъ покупателямъ и заказчикамъ, чрезъ своихъ служителей, счета съ надписью о полученіи полнаго удовлетворенія. Иногда на счетахъ имѣется вѣрительная надпись, иногда нѣтъ. Служители получаютъ причитающіяся по счетамъ деньги. Если же кредиторы вправе будутъ оспаривать полномочіе лицъ, получающихъ платежи по предъявленнымъ ими счетамъ, то положеніе плательщиковъ можетъ оказаться весьма тягостнымъ. Наконецъ тутъ могутъ случаться и разныя злоупотребленія. Кредиторъ, именно, можетъ умышленно дать счетъ другому лицу, съ тѣмъ чтобы, по полученіи послѣднимъ

¹⁾ Ср. также Ladenburg (ib., стр. 82).

денегъ, оспорить его полномочіе. Если счетъ или квитанція дѣйствительно похищенъ, то пусть страдаетъ за свою неосторожность кредиторъ, но не ни въ чемъ неповинный должникъ, плательщикъ¹⁾. И такъ приведенное постановленіе германскаго торговаго кодекса имѣетъ глубокой практической смыслъ.

Лице, которому поручена продажа движимаго имущества, говорить прусскій кодексъ, вправѣ получить за оное деньги лишь тогда, если довѣритель предоставилъ ему возможность *передать* вещь покупщику (ib., § 131). Напротивъ австрійскій кодексъ постановляетъ, что порученіе продавать товаръ содержитъ въ себѣ уже и полномочіе получать за оный покупную цѣну и выдавать въ томъ квитанцію (§ 1030). Подразличеніе, дѣлаемое въ продажѣ товара прусскимъ кодексомъ, по нашему, не лишено практическаго значенія. На самомъ дѣлѣ, лицу можетъ быть поручено лишь входить въ соглашеніе о продажѣ вещи, окончательно уговориться относительно этой продажи. Изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы ему было предоставлено право получить отъ покупщика покупную цѣну предмета. Но, если лицу предоставлено передать покупщику самую проданную вещь, то это служить достаточнымъ доказательствомъ тому, что ему дано право получить и самую покупную цѣну предмета. Купля - продажа обыкновенно предполагаетъ немедленную уплату покупной цѣны (*pretium certum*) проданной вещи, при самой передачѣ ея, которою завершается продажа. Продажа въ кредитъ — нѣчто исключительное. Она не можетъ быть предполагаема. Вслѣдствіе этого порученіе продать и передать вещь — содержитъ въ себѣ и полномочіе на получение покупной за нее цѣны.

Торговые служители и ученики, говорить прусскій кодексъ, вправѣ получить за продаваемые товары плату лишь во время передачи оныхъ, но не во всякое другое время (ч. II, тит. 8, § 550). Порученіе продавать вещь не содержитъ въ себѣ полномочія оставить въ кредитъ ея покупную цѣну (*ibidem*, ч. I, тит. 13, § 139). Это весьма понятно. Мы уже говорили, что обыкновенно купля - продажа обусловливается немедленнымъ платежемъ покупной цѣны предмета. Оставленіе этой цѣны въ кре-

¹⁾ Ср. Curtius, ib. стр. 84.

дитъ — явленіе исключительное. Но такимъ исключительнымъ правомъ лице можетъ пользоваться тогда лишь, когда оно ему положительно, несомнѣнно предоставлено. Поэтому, если лице безъ явнаго полномочія отдало вещь въ кредитъ, то хозяинъ можетъ потребовать обратно вещь или немедленнаго платежа за оную денегъ (§§ 137 и 138). Но, если предпріятіе такого рода, что производство оного всегда сопровождается кредитомъ, то оказанный представителемъ кредитъ обязателенъ для представляемаго и безъ явнаго на то полномочія (§ 139). Разрѣшеніе продавать товаръ не содержитъ въ себѣ полномочія на покупку товара (австрійскій кодексъ, § 1031). Хозяинъ и глава семейства не отвѣтствуютъ за кредитъ, оказанный на ихъ счетъ ихъ прислугѣ или членамъ семейства. Право послѣднихъ на полученіе кредита отъ имени первыхъ должно быть доказано лицомъ, отпускавшимъ въ кредитъ (ib. § 1032); но, если между лицомъ отпускающимъ и получающимъ въ кредитъ существуетъ расчетная книжка, въ которую записываются отпускаемые въ кредитъ товары, то предполагается, что лице *принесшее* (*der Ueberbringer*) расчетную книжку, уполномочено и получать товары въ кредитъ (ib. § 1033).

И французская практика не признаетъ молчаливаго полномочія лицъ, находящихся въ услуженіи, на полученіе отъ имени хозяевъ въ кредитъ припасовъ. Такое полномочіе можетъ быть выводимо лишь изъ данныхъ обстоятельствъ дѣла. Напримѣръ, если слуга постоянно забиралъ въ лавкѣ въ кредитъ и хозяинъ расплачивался, то это можетъ служить доказательствомъ молчаливаго полномочія, даннаго послѣднимъ первому¹⁾.

Служащіе въ лавкахъ и магазинахъ считаются уполномоченными на полученіе и продажу товаровъ, составляющихъ предметъ торговли этихъ мѣстъ (*das allg. deutsche Handelsgesetz* b., art. 50).

Французское право признаетъ, что *mandatum tacitum* считается существующимъ между супругами. Такъ, жена признается молчаливо уполномоченною на дѣйствія, касающіяся хозяйства семейства²⁾.

¹⁾ Dalloz, Mandat №№ 170 и 171.

²⁾ Laurent, т. XX, № 311, а также т. 27, № 386; Troplong, стр. 414; Dalloz, Mandat, № 167.

Изъ приведенныхъ постановленийъ иностранныхъ законодательствъ обращаетъ на себя особенное вниманіе законъ относительно кредита, оказываемаго прислугѣ и членамъ семейства. Вопросъ этотъ возбуждаетъ не мало споровъ и у насъ въ жизни. Признавать хозяина ответственнымъ за всякій кредитъ, который оказывается его прислугѣ и членамъ семейства — нѣтъ возможности: они могутъ забирать товаръ лично для себя или даже для другихъ. Поэтому законъ постановилъ, что право кредита за этими лицами не предполагается, а должно быть доказано. Право это можетъ быть обнаруживаемо и изъ индивидуальныхъ обстоятельствъ cadaго дѣла. Въ этомъ случаѣ обыкновенно будутъ играть болѣе или менѣе видную роль начала фактическаго представительства ¹⁾. Но за однимъ *имѣнемъ въ рукахъ* расчетной книжки законъ признаетъ доказательство дѣйствительнаго, молчаливаго полномочія. Если прислуга взяла эту книжку самовольно безъ вѣдома хозяина, — продавцу до этого нѣтъ дѣла. Пусть хозяинъ наблюдаетъ за своею расчетною книжкою. За свою оплошность пусть поплатится онъ, но не стороннее лице. Австрійскій законъ о расчетныхъ книжкахъ сильно напоминаетъ собою прусскій законъ о платежной роспискѣ. Постановление это слишкомъ практично, чтобы оно не могло заслуживать вниманія и у насъ.

Не трудно догадаться, что изложенныя постановленія не исчерпываютъ всего понятія о *mandatum tacitum*. Существо этого понятія заключается въ томъ, что полномочіе признается обнаружившимся изъ извѣстныхъ фактовъ и обстоятельствъ. Но обстоятельства юридическихъ казусовъ разнообразны до безконечности; творчество жизни неисчерпаемо. Законъ можетъ лишь намѣтить и формулировать нѣкоторые, наиболѣе крупныя и выдающіяся, случаи молчаливаго полномочія, встрѣчающіяся въ жизни. Въ постановленіяхъ объ этихъ случаяхъ проглядываетъ мысль, духъ,

¹⁾ Французское право признаетъ, что, по общему правилу, прислуга дѣлаетъ закупки на наличныя деньги; вопросъ же о кредитѣ, который можетъ быть ей оказываемъ за счетъ хозяевъ, зависитъ отъ индивидуальныхъ обстоятельствъ и фактовъ дѣла. Такъ, за прислугою холостяга, который самъ не покушается принадлежностей хозяйства, право кредитоваться можетъ быть скорѣе признаваемо, чѣмъ за прислугою семейнаго человека. Тутъ имѣютъ также значеніе и порядки и обычаи, установившіяся въ хозяйствѣ (прим. Laurent, т. 27, № 390).

принципъ закона о *mandatum tacitum*. Но законъ не можетъ заранее предвидѣть всѣ тѣ разнообразныя случаи молчаливаго полномочія, которые могутъ встрѣтиться въ жизни. Многое должно будетъ, въ каждомъ данномъ случаѣ, дополнить здравый смыслъ судьи. Но и приведенныя постановленія способны устранить множество споровъ по весьма важнымъ и обыденнымъ явленіямъ жизни. Твердая же точка опоры, которую даетъ судья законъ, облегчитъ ему возможность разрѣшить и тѣ встрѣчающіяся въ жизни случаи молчаливаго полномочія, которые закономъ не предвидѣны.

Во французскомъ кодексѣ о *mand. tacitum* ничего не говорится. Поэтому между французскими юристами возникъ споръ о томъ, возможно ли молчаливое полномочіе (*mandatum tacitum*) по духу французскихъ законовъ. Было не мало голосовъ за и противъ допущенія этого понятія во французскомъ юридическомъ быту. Судебная практика, какъ и слѣдовало ожидать, оказалась склонною въ пользу этого вида полномочія ¹⁾.

Не можемъ не замѣтить, что насъ удивляетъ самая постановка, направленіе этого спора французскихъ юристовъ.

Mandatum tacitum понятіе не *придуманное*, не *изобрѣтенное*. Оно вызвано потребностями юридической жизни. Жизнь выработала логику этого понятія и подготовила для него *естественную*, рациональную подкладку. Этимъ объясняется живучесть и долговѣчность этого понятія римскаго права. Но жизнь сильнѣе всякихъ формалистическихъ требованій закона. Потребности жизни пробиваютъ себѣ дорогу, не смотря ни на какія затрудненія, которыя противопоставляетъ ей законъ. Лучшее доказательство тому мы видѣли въ вышеприведенной практикѣ нашихъ судовъ о фактическомъ представительствѣ. Вопросъ можетъ только состоять въ томъ, *въ какихъ именно случаяхъ* можетъ быть признаваемо понятіе о *mand. tacitum*. Законъ можетъ суживать или

¹⁾ См. объ этомъ Zacharie § 751, прим. 2; Troplong, стр. 75 и 114 — 154 и Dalloz, Mandat, № 167. Тролонъ, опровергая противоположное мнѣніе, горячо отстаиваетъ *раціональность* *mand. tac.* и правильность этого понятія въ юридической жизни Франціи. Съ этимъ согласны Dalloz и Laurent (т. 27, №№ 377 — 399). Выясненіе этого, спорнаго у французскихъ юристовъ, вопроса имѣетъ практическое значеніе и для насъ, такъ какъ и наши законы не упоминаютъ о *mandatum tacitum*.

расширять это понятие. Оно может признавать молчаливое полномочие в таких случаях, в которых сама практика, без содѣйствія закона, не рѣшалась бы признавать его; таковы, напр. нѣкоторыя изъ вышеприведенныхъ постановленій прусскаго и австрійскаго кодексовъ о покупкѣ и продажѣ товара торговыми служителями и пр. Но само это понятие въ *принципѣ* будетъ, въ случаяхъ имѣющихъ *раціональную*, логическую основу, признаваемо судебными мѣстами, независимо отъ постановленія закона. Таковы, напр., случаи врученія платежной росписки или счета съ надписью о полученіи полного удовлетворенія или же случай полученія въ кредитъ товара по расчетной книжкѣ.

Такимъ образомъ, споръ въ принципѣ о возможности примѣненія въ жизни понятія о *mandatum tacitum*, мы считаемъ совершенно несостоятельнымъ. Практика всегда будетъ признавать это понятие, не смотря на то, что оно не выражено въ законѣ ¹⁾.

Мы говорили уже выше (стр. 172), что не можемъ согласиться съ тѣми французскими юристами, которые основываютъ понятие о *mandatum tacitum* на афоризмѣ римскаго права: *semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*. На самомъ дѣлѣ, существо *mand. tac.* должно быть выводимо не изъ одного отрицательнаго, *молчаливаго* отношенія лица представляемаго къ дѣятельности представителя. Одно молчаніе, какъ мы уже говорили (стр. 153 и 171), не указываетъ еще на существованіе *согласія*. Понятіе о молчаливомъ полномочіи можетъ и должно быть выведено лишь изъ *положительныхъ* дѣйствій и фактовъ,

¹⁾ Troplong говоритъ: le mandant est tenu de respecter ce qui a été fait par ses mandataires tacitement autorisés par lui, jouissant de sa confiance et faisant ses affaires ostensiblement. La bonne foi du public ne doit pas être trompée. Мысли, которыя лежатъ въ основѣ *mand. tac.*, довольно ясно признаны и сенатомъ въ дѣлѣ Булакова съ Автѣвымъ (сборн. Кнприма и Ковалевскаго, 78 г., № 272). Судъ, говоритъ сенатъ, не можетъ не обращать вниманія на то обстоятельство, имѣло ли третье лицо какія либо основанія для признанія своего контрагента имѣющимъ право на заключеніе известной сдѣлки отъ имени своего довѣрителя, а это обстоятельство можетъ быть установлено не на основаніи только формально совершенной довѣренности, а по *всѣмъ тѣмъ представленнымъ къ дѣлу доказательствамъ, изъ коихъ можно съ несомнѣнностью заключить, что въ данномъ случаѣ повѣренный поставленъ былъ, по волѣ своего довѣрителя, или съ вѣдома его, въ такое положеніе, которое давало третьему лицу поводъ заключать о существованіи упомощія его на совершеніе известнаго рода дѣйствій*. Ср. выше, стр. 86, прим. 1.

которыя указываютъ на *дѣйствительное существованіе молчаливаго согласія* лица представляемаго на дѣятельность представителя. Полномочіе это названо *молчаливымъ* не потому, что оно заключается изъ одного *моманія* лица представляемаго. Оно носитъ это названіе только потому, что согласіе довѣрителя не высказывается *явно* (письменно или словесно), а обнаруживается изъ *положительныхъ дѣйствій и фактовъ*.

Молчаливое полномочіе (*mandatum tacitum*) — въ виду того, что въ немъ нѣтъ явно высказанной воли лица представляемаго — имѣетъ, съ перваго взгляда, большое сходство съ фактическимъ представительствомъ (*negotiorum gestio*). Но это только повидимому. Между двумя этими понятіями внутреннее, характеристическое различіе ¹⁾. Основа *negotiorum gestio* — *произвольное* вмѣшательство одного лица въ дѣла другаго. Воля лица представляемаго обнаруживается изъ способа его отношеній къ дѣйствіямъ, къ фактамъ, *совершаемымъ* или *совершеннымъ* представителемъ. Факты, дѣйствія *предшествуютъ* обнаруживаемой волѣ представляемаго. *Предварительнаго согласія лица представляемаго* *negotiorum gestio* не имѣется. Напротивъ, въ *mandatum tacitum* изъ существующихъ отношеній или изъ дѣйствій самаго лица представляемаго обнаруживается *предварительное согласіе* его на послѣдующія дѣйствія представителя ²⁾. Словомъ, въ *neg. gestio* презюмируется *одобреніе* представляемымъ *совершающимся* или *совершившимся уже* фактовъ и дѣйствій представителя, а въ *mandatum tacitum* обнаруживается *предварительное согласіе* представляемаго на *совершеніе* представителемъ *извѣстныхъ* дѣйствій. И такъ, *mandatum tacitum* та же довѣренность, только не явная, а молчаливая. *Mandatum tacitum* не есть *quasi-con-*

¹⁾ Различіе между этими понятіями, указываемое Лассалемъ (*das System der ergo-benen Rechte*, ч. I, стр. 124), весьма неопредѣленно, неясно и неточно.

²⁾ Въ томъ, что одно лице состоитъ съ другимъ въ супружескихъ отношеніяхъ или, что одно лице передаетъ другому расчетную книжку, платежную квитанцію и пр. обнаруживается *предварительное согласіе* перваго на дѣйствія послѣдняго. Этому понятію вовсе нѣтъ въ *neg. gestio*. Troplong (стр. 154 и 155) утверждаетъ, что существованіе *mand. tacitum* можетъ быть обнаруживаемо лишь изъ несомнѣнныхъ данныхъ (сознанія, письменныхъ актовъ и пр.); но оно не можетъ быть доказываемо свидѣтельскими показаніями (какъ это въ *neg. gestio*). См. также Laurent, т. XX, № 313.

tractus, а настоящая доверенность ¹⁾). Вследствие этого, в *mandatum tacitum* не может быть и тех характеристических отличий от доверенности, которые существуют в *neg. gestio*. Последствия *mandatum tacitum* те же, что и доверенности ²⁾).

Замѣтимъ еще, что вышеприведенное различіе относится къ тому случаю *negotiorum gestio*, въ которомъ оказывается одобрение лица представляемаго (явное или презюмтивное, фактическое). Но между *mandatum tacitum* и *neg. gestio* существуетъ еще различіе болѣе капитальное. *Mandatum tacitum* основано *исключительно* на предварительномъ *одобрении*. Одобрение — основное начало, краеугольный камень этого понятія. Основа *neg. gestio* — *произвольное* вмѣшательство одного лица въ дѣла другого. *Последующее одобрение тутъ можетъ быть и не быть*. Въ случаѣ отсутствія одобрения, различіе между *mandatum tacitum* и *neg. gestio* становится чрезвычайно рѣзкимъ.

Послѣ всего изложеннаго, легко понять въ какой мѣрѣ правъ г. Персесовъ, говоря (стр. 69 и 70), что мы въ примѣрахъ изъ нашей судебной практики, изложенныхъ выше (стр. 177—210), смѣшиваемъ понятія о фактическомъ представительствѣ съ молчаливымъ полномочіемъ. Возможно ли ставить на одну степень эти примѣры изъ судебной практики съ случаями молчаливаго полномочія, приведенными выше? Возможно ли относительно озна-

¹⁾ Laurent говорить: le mandat tacite se parfait par le concours de consentement de parties contractantes (т. XX, № 311; ср. ib., т. 27, №№ 384 и 385). Troplong говорить про *mand. tacitum*: «consentement bien que tacite, n'est pas moins consentement sérieux». (стр. 76).

²⁾ При такомъ коренномъ различіи между *neg. gestio* и *mand. tacitum*, мы находимъ неосновательными нападки французскихъ юристовъ (см. Лорана, ib. № 311) на выраженіе, приведеннаго нами выше (стр. 154), art. 1372 французскаго кодекса, «soit que le propriétaire connaisse la gestion», находя, будто этимъ закономъ *neg. gestio* смѣшивается съ *mand. tacitum*. Суть *mand. tacitum* заключается не въ одномъ *знаніи* лицомъ представляемымъ о дѣйствіяхъ представителя, но въ предварительномъ его *согласіи* на эти дѣйствія. Различіе же между *знаніемъ* и *согласіемъ* нами указано выше (стр. 153 и 171). Поэтому не можемъ согласиться и съ мнѣніемъ Лорана (ib.), Тролона (ib., стр. 76, 126 и др.), которые различіе между *mand. tac.* и *neg. gestio* видятъ лишь въ томъ, что въ первомъ изъ нихъ знаніе представляемаго проявляется съ *самого начала* дѣятельности представителя, а во второмъ лишь *во время* этой дѣятельности. Это противорѣчитъ собственному объясненію Лорана, что «connaissance n'est pas un consentement» (ib., т. 20, № 311).

ченныхъ примѣровъ изъ судебной практики говорить о *предварительномъ*, молчаливомъ *полномочіи*, когда одобрение лица представляемаго презюмируется въ нихъ лишь изъ самихъ *совершившихся* фактовъ, изъ *учиненныхъ дѣйствій* представителя и изъ отношенія къ нимъ представляемаго въ фактѣ вѣренія управляющему въ завѣдываніе имѣнія, то въ такой же мѣрѣ слѣдовало бы въ фактѣ выдачи лицу доверенности видѣть молчаливое *полномочіе* и на дѣйствія, имѣющія отношеніе къ предмету порученія, но выходящія изъ предѣловъ доверенности. Вѣреніе имѣнія въ завѣдываніе есть такое же порученіе, какъ всякое другое ¹⁾. Но мы видѣли выше, что лучшие юристы подводятъ дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ доверенности, подъ понятіе о фактическомъ представительствѣ. Мы видѣли, что прусскій кодексъ подводитъ подъ это понятіе и дѣйствія управляющихъ безъ доверенности. Возможно ли, наконецъ, и самое отдаленное понятіе о молчаливомъ полномочіи въ дѣлахъ Дейтера и Варшавера (см. выше, стр. 205—210)?

Чтобы положить предѣлъ недоразумѣніямъ, замѣтимъ еще слѣдующее. Если между фактическимъ представительствомъ и молчаливымъ полномочіемъ существенное различіе, то между ними и не мало общаго. Сходство между ними заключается въ томъ, что въ томъ и въ другомъ понятіи — полномочіе или одобрение не *явно*, а выведенное изъ *фактовъ*, изъ обстоятельствъ дѣла. Въ молчаливомъ полномочіи презюмируется *предварительное*, а въ фактическомъ представительствѣ *последующее* одобрение. Вследствие этого, въ каждомъ данномъ случаѣ, можетъ иногда возникнуть сомнѣніе — имѣемъ ли мы дѣло съ фактическимъ представительствомъ или съ молчаливымъ полномочіемъ. Рѣшеніе этого вопроса можетъ тутъ, во многомъ, зависѣть отъ личнаго усмотрѣнія, отъ взгляда на дѣло ²⁾.

¹⁾ Мы говоримъ о техъ странахъ, гдѣ не существуетъ, подобно Пруссіи, для управляющихъ опредѣленнаго полномочія въ силу закона.

²⁾ Напр. управляющій заключаетъ безъ полномочія какія либо сдѣлки по хозяйству имѣнія или повѣренный совершаетъ какое либо дѣйствіе, не обозначенное въ доверенности, но имѣющее непосредственное отношеніе къ данному порученію. Нѣкоторые могутъ придти къ заключенію, что, въ силу существующихъ между хозяиномъ и его управляющимъ или повѣреннымъ отношеній,

На нашъ взглядъ всякое сомнѣнiе должно быть толкуемо въ пользу фактическаго представительства, изъ котораго для лица представляемаго возникаетъ отвѣтственность менѣе тяжелая, чѣмъ изъ молчаливаго полномочiя, послѣдствiя котораго тѣ же, что и довѣренности. *In dubio quod minimum.* Вотъ почему мы въ дѣйствiяхъ управляющихъ безъ довѣренностей склонны признавать характеръ фактическаго представительства, а не молчаливаго полномочiя. Допуская послѣднее, намъ придется признавать хозяина отвѣтственнымъ за *act*, какiя бы то ни было дѣйствiя управляющаго, какъ бы они были совершены въ силу довѣренности. Этимъ мы рискуемъ впасть въ другую крайность. Интересы хозяина будутъ предоставлены на полный произволъ управляющаго. Вотъ почему, полагаемъ, что отвѣтственность хозяевъ за дѣйствiя управляющихъ должна, въ случаѣ спора, быть выведена изъ *совершившихся* фактовъ и изъ отношенiй къ нимъ первыхъ.

Вообще полагаемъ, что, въ большинствѣ случаевъ, практика будетъ болѣе склонна подводить дѣятельность одного лица на пользу другаго безъ явнаго полномочiя подъ понятiе о фактич. представительствѣ, чѣмъ о молчаливомъ полномочiи. Фактич. представительство болѣе сообразуется съ справедливостiю, съ необходимостiю и полезностiю дѣйствiй представителя (стр. 157—158, 185—187, 192, 203 и 209) и отвѣтственность представляемаго строго соразмѣряется съ его дѣйствительнымъ отношенiемъ къ совершившимся фактамъ, къ даннымъ дѣла. Въ особенности начала фактическаго представительства будутъ примѣняться къ случаямъ, когда представитель совершаетъ цѣлый рядъ дѣйствiй, изъ которыхъ, по отношенiю къ каждому, слѣдуетъ сообразоваться съ презюмтивною волею представляемаго. Въ фактическомъ представительствѣ мы менѣе рискуемъ нарушить правило *supra ius, supra injuria*, чѣмъ въ молчаливомъ полномочiи, въ которомъ строгiя послѣдствiя довѣренности сочетаются съ *презюмированнымъ* одобренiемъ. Вотъ почему, полагаемъ, что начала молчаливаго пол-

слѣдуетъ, при данныхъ обстоятельствахъ, признавать *предварительное*, молчаливое *consensu* первого на дѣйствiя послѣднихъ, а иные могутъ признавать, что одобренiе должно быть презюмируемо лишь изъ *совершившихся* фактовъ и дѣйствiй.

номочiя будутъ примѣняемы лишь въ случаяхъ, указанныхъ закономъ, или въ тѣхъ случаяхъ, когда существующiя отношенiя или очевидныя данныя *несомнѣнно* указываютъ на предварительное одобренiе представляемымъ дѣйствiй представителя.

Выдвинувъ впервые въ нашей литературѣ понятiе о фактическомъ представительствѣ, мы, главнымъ образомъ, имѣли въ виду противудѣйствовать тому формалистическому направленiю нашей практики, которое ассимилировало добровольное представительство съ довѣренностiю. Мы желали доказать, что представительство можетъ быть и *фактическое*. Но это понятiе, еще въ большей мѣрѣ, свойственно и молчаливому полномочiю. Такимъ образомъ, разногласiе можетъ тутъ возникать лишь относительно отдѣльныхъ, частныхъ случаевъ. Въ принципѣ же различiе между фактическимъ представительствомъ и молчаливымъ полномочiемъ не можетъ под- лежать ни малѣйшему сомнѣнiю.

Приведенныя положенiя иностранныхъ кодексовъ о молчаливомъ полномочiи, а равно изложенныя выше постановленiя о товариществѣ, прокура, управленiи имѣнiемъ и фактическомъ представительствѣ — указываютъ на стремленiе западно-европейскихъ законодательствъ объективировать сферу дѣятельности представителя и освободить эту дѣятельность отъ безусловнаго подчиненiя произволу лица представляемаго. На ряду съ *полномочiемъ*, существуетъ и *легитимация* (ср. Лабанда, *ib.* стр. 241). Это стремленiе законодательствъ нельзя не признать вполне рациональнымъ и практическимъ. На самомъ дѣлѣ, лице представляемое всегда заинтересовано въ томъ, чтобы оспаривать обязательную силу тѣхъ дѣйствiй представителя, которыя оказываются для него невыгодными или неудобными. Это стремленiе лицъ представляемыхъ порождаетъ въ жизни множество споровъ и недоразумѣнiй. Объективированiе сферы дѣятельности представителя имѣетъ цѣлю установить для этой дѣятельности точно опредѣленныя нормы, очертить для нея извѣстный кругъ, въ предѣлахъ котораго она можетъ свободно двигаться, независимо отъ содержанiя вѣрющаго письма, и этимъ предотвратить возникновенiе споровъ и недоразумѣнiй. Въ случаѣ же возникновенiя подобныхъ споровъ, судебныя мѣста найдутъ въ установленныхъ закономъ нормахъ болѣе или менѣе твердую точку опоры для своихъ рѣшенiй. Въ иностранныхъ государствахъ, отношенiя представительства должны

возбуждать значительно меньше недоразумѣній, чѣмъ у насъ, въ Россіи, гдѣ законодательство оставило почти безъ всякаго нормирования дѣятельность представителя и представило ее на полный произволъ лица представляемаго ¹⁾. У насъ все зависитъ исключительно отъ измѣнчиваго, часто запутаннаго и неяснаго, содержанія вѣрующаго письма. Судебныя мѣста лишены у насъ, въ этомъ отношеніи, сколько нибудь надежнаго руководства. Такое положеніе дѣла не въ состояніи удовлетворить усложнившимся отношеніямъ жизни. Одною довѣренностію въ представительствѣ трудно довольствоваться.

Вообще, чѣмъ полнѣе законодательство, чѣмъ больше сторонъ гражданского оборота оно захватываетъ въ свою область, тѣмъ болѣе оно соотвѣтствуетъ своему назначенію — служить регуляторомъ юридической жизни. Стремленіе гражданского законодательства проникать во всѣ сферы правовой дѣятельности частныхъ лицъ, отнюдь не составляетъ посягательства на свободу юридического оборота. Гражданское законодательство (за исключеніемъ законовъ повелительныхъ и запретительныхъ) имѣетъ цѣлію нормировать юридическія отношенія между частными лицами на тотъ лишь случай, когда они не формулированы самими сторонами. Частныя лица всегда властны устраивать свои взаимныя правовыя отношенія согласно своему желанію (см. выше, стр. 93—94). Такимъ образомъ, стремленіе законодательства объективировать сферу правовой дѣятельности частныхъ лицъ имѣетъ цѣлію не стѣснять, а *охранять* свободу юридического оборота. Оно способствуетъ правильнымъ, физиологическимъ отправлениямъ этой жизни и предотвращаетъ споры и недоразумѣнія, которые составляютъ ея патологическія явленія. Въ этомъ и состоитъ гигиеническое значеніе гражданскихъ законовъ. Въ случаѣ возникновенія споровъ, гражданскіе законы облегчаютъ способъ ихъ разрѣшенія; тогда они получаютъ характеръ діагностики (см. выше, стр. 25).

¹⁾ Впрочемъ, нѣкоторыя, весьма слабыя попытки объективировать сферу дѣятельности повѣреннаго встрѣчаются и въ нашемъ законѣ. Такъ ст. 48 уст. гр. суд. постановляетъ, что повѣренный, коему тяжущійся поручилъ веденіе дѣла у мирового судьи, можетъ окончить оное миромъ, *хотя бы о томъ не было упомянуто въ довѣренности*. Попытка къ объективированію проявилась также и относительно представительства товарищества на судѣ (см. выше, стр. 116).

Но, стараюсь быть по возможности полнымъ, законодательство должно избѣгать другой крайности — расплывчатости. Законодательству необходимо лишь установить общія нормы, по оно не должно пускаться въ излишнія мелочности и подробности. Чрезмѣрный объемъ законодательства затрудняетъ возможность основательнаго ознакомленія съ нимъ и примѣненія его въ жизни. Необходимъ особенный тактъ и умѣнье экономически пользоваться обильнымъ правовымъ матерьяломъ, который содержится въ жизни. Вѣскость и глубина внутренняго содержанія должны, по возможности, замѣнить собою чрезмѣрный внѣшній объемъ законодательныхъ постановленій. Простота, мѣткость и сжатость — вотъ идеаль законодательной редакціи. Къ этому идеалу должно стремиться искусство редакторовъ законовъ.

Насколько намъ извѣстны европейскія законодательства, наибольшее полнотою нормируемаго матерьяла отличается прусскій кодексъ.

ГЛАВА XIII.

Представительство и поручительство.

Различіе между представительствомъ и поручительствомъ. — Смѣшеніе этихъ понятій въ нашемъ законѣ. — Значеніе системы въ правѣ. — Свообразность представительства юридическихъ лицъ. — Отличіе этого представительства отъ поручительства.

Вытекающая изъ представительства отвѣтственность одного лица за юридическія дѣйствія другаго, придаетъ институту этому нѣкоторое внѣшнее сходство съ поручительствомъ¹⁾. Мы говоримъ *внѣшнее*, потому что внутренняго, юридическаго сходства между этими двумя институтами, по нашему, и тѣни нѣтъ. Характеристическая черта поручительства заключается въ томъ, что главнымъ отвѣтственнымъ лицомъ является здѣсь поручникъ (соотвѣтствующій, въ представительствѣ, представителю). Отвѣтственность поручителя слѣдуетъ за отвѣтственностію поручника. Между тѣмъ въ представительствѣ отвѣтствуетъ только *одно* лицо представляемое (соотвѣтствующій, въ поручительствѣ, поручителю). Такимъ образомъ, между двумя этими институтами сходство весьма отдаленное и незначительное. Остановились же мы на этомъ сходствѣ потому, что мы въ 1 ч. X т. встрѣтили смѣшеніе понятій объ этихъ двухъ институтахъ гражданскаго права. Въ отдѣленіи «особенныя правила о *поручительствѣ* по договорамъ съ казною», 1 п. 1563 ст. гласитъ: «(по обязательствамъ съ казною *поручительство* допускается), когда дворянство принимаетъ на себя продовольствіе войскъ цѣлымъ сословіемъ губерніи, или одного изъ нѣсколькихъ уѣздовъ, и уполномочіе въ данныхъ на сіе довѣренностияхъ подписано будетъ двумя третями помѣщиковъ той губерніи или того уѣзда, съ точнымъ опредѣленіемъ, до какой

¹⁾ На различіе между поручительствомъ и довѣренностію указываетъ и Dalloz (т. XXX, Mandat, № 16).

суммы дѣлается отъ нихъ уполномоченному довѣріе. *Отвѣтственность, при исполненіи обязательствъ сего рода, упадетъ только на подписавшихъ довѣренности помѣщиковъ*». Законъ — какъ видно изъ приведеннаго нами заглавія и изъ всего содержанія 2 отдѣл., 1-й гл., разд. II, кн. IV — признаетъ эту отвѣтственность помѣщиковъ за дѣйствія своего уполномоченнаго *поручительствомъ*. Но, послѣ всего вышеизложеннаго, каждому станетъ яснымъ, что это — взглядъ совершенно неправильный. Отвѣтственность помѣщиковъ является, въ семь случаевъ, прямымъ и естественнымъ слѣдствіемъ не поручительства, а подписаннаго *ими договора довѣренности*. Помѣщики, въ семь случаевъ, не поручители, а довѣрители.

Опредѣливъ неправильно характеръ этого юридическаго отношенія, законъ не могъ выдержать его до конца и долженъ былъ естественно придти къ послѣдствіямъ, противорѣчающимъ имъ же выставленному основному понятію. Признавъ это юридическое отношеніе, о которомъ говорится въ 1 п. 1563 ст. поручительствомъ, закону, чтобы быть послѣдовательнымъ, необходимо было допустить, въ этомъ случаѣ, и всѣ выводы, вытекающіе изъ поручительства, а именно, признать, что отвѣтственными лицами являются тутъ поручникъ и поручитель¹⁾, въ настоящемъ случаѣ — дворянство и его уполномоченный. Но законъ этого не сдѣлалъ. Онъ этого не могъ сдѣлать, не впадая въ явную несообразность. Законъ опредѣляетъ, что «отвѣтственность, при неисполненіи обязательствъ сего рода, упадетъ *только* на подписавшихъ довѣренности помѣщиковъ», т. е. призналъ, въ семь случаевъ, послѣдствія, прямо и естественно вытекающія изъ договора довѣренности — исключительную отвѣтственность довѣрителей за дѣйствія повѣреннаго. Такимъ образомъ 1 п. 1563 ст. представляетъ собою соединеніе названія поручительства и *послѣдствій* довѣренности. Это можетъ послужить намъ поучительнымъ урокомъ. Изъ этого видно, какъ опасно удаляться отъ началъ юридическихъ явленій. Юридическія начала должны быть строго отдѣляемы одно отъ другаго. Безнаказанно смѣшивать одно юридическое начало съ другимъ нѣтъ возможности. Смѣшеніе научныхъ началъ, въ при-

¹⁾ Ср. ст. 1558 и 1560 1 ч. т. X.

мѣненіи къ извѣстнымъ юридическимъ явленіямъ, необходимо отразится и дастъ себя почувствовать въ развитіи этихъ вопросовъ, въ послѣдствіяхъ изъ нихъ вытекающихъ. *Смѣшеніе началъ юридическихъ явленій ведетъ къ противорѣчіямъ въ развитіи послѣдствій, изъ нихъ вытекающихъ.*

Изъ приведеннаго примѣра видно, какъ вполнѣ правъ Игерингъ, придавая такое важное значеніе систематическому изложенію законодательства. Систематизація правовыхъ положеній, говорить Игерингъ, представляетъ собою не одно лишь простое указаніе соответствующихъ имъ мѣстъ, но содержитъ въ себѣ вѣскую оцѣнку ихъ внутренняго существа и ихъ соотношенія къ другимъ положеніямъ. Это — рѣчь безъ словъ. Правильная систематизація является лишь результатомъ вѣрнаго пониманія существа институтовъ права. Ошибка въ системѣ является послѣдствіемъ и, вмѣстѣ съ симъ, источникомъ недостаточнаго пониманія разбираемаго предмета, ложнымъ указателемъ. До тѣхъ поръ, пока наука не отыскала для изслѣдуемаго предмета соответствующаго мѣста въ системѣ права — она его не всецѣло поняла, такъ какъ понимать предметъ, значитъ постичь не одну лишь его сущность, но и его соотношеніе къ другимъ явленіямъ права¹⁾. На самомъ дѣлѣ, помѣщеніе приведеннаго пункта 1563 ст. 1 ч., X т., не въ отдѣлѣ о довѣренности, а въ поручительствѣ, очевидно, явилось прямымъ послѣдствіемъ неточнаго разграниченія нашимъ законодательствомъ началъ довѣренности и поручительства.

Въ особенности слѣдуетъ предостеречь отъ смѣшенія понятія о поручительствѣ съ представительствомъ юридического лица, товарищества.

Положеніе представителей юридического лица, которые суть, вмѣстѣ съ тѣмъ, и его члены (напр., associés-gérants товарищества, правленія общества и др.) довольно своеобразное. *Они соединяютъ въ себѣ званіе представителей и лицъ представляемыхъ.* Въ качествѣ представляемыхъ, они подлежатъ отвѣтственности за юридическія дѣйствія, совершенныя ими какъ представители. Такъ, директора правленія, какъ члены общества, под-

¹⁾ Geist d. röm Rechts, ч. 2, т. II, стр. 343, и прим. 480. — Ср. выше, стр. 22, 33 и 34

лежать отвѣтственности предъ сторонними лицами за долги общества, наравнѣ съ прочими его членами¹⁾.

Повидимому, представленіе юридического лица однимъ изъ его членовъ, по обоюдной ихъ отвѣтственности, содержитъ въ себѣ большое сходство съ поручительствомъ. Но это только повидимому. Повторяемъ, при поручительствѣ отвѣтствуетъ поручникъ и поручитель; при представительствѣ же, отвѣтствуетъ одно лице представляемое, въ настоящемъ случаѣ — одно юридическое лицо, составною частію, членомъ котораго есть и его представитель. Практическія послѣдствія этого различія состоятъ въ слѣдующемъ: поручникъ и поручитель суть, по своему положенію въ юридическомъ отношеніи поручительства, такъ сказать, *различныя* лица; отвѣтственность того и другаго предъ третьимъ лицомъ имѣетъ *различныя* юридическія основанія, причины — главное, коренное обязательство и принадлежностное — поручительство. Поэтому-то въ отвѣтственности ихъ соблюдается *постепенность*²⁾, соответствующая различію положенія того и другаго въ юридическомъ отношеніи. Къ тому, такъ какъ объектъ, предметъ основнаго обязательства и поручительства одинъ, то (какъ это вообще бываетъ въ корреальныхъ и солидарныхъ обязательствахъ) удовлетвореніе, произведенное поручникомъ, освобождаетъ отъ отвѣтственности предъ третьимъ лицомъ поручителя и наоборотъ. Тутъ обязанъ удовлетворить третье лицо *одинъ* изъ нихъ; но кто этотъ одинъ — вопросъ этотъ разрѣшается при самомъ производствѣ удовлетворенія. Совсѣмъ иное, въ случаѣ представленія юридического лица

¹⁾ Уставы С.-Петербургскаго, Харьковскаго и др. обществъ взаимнаго кредита §§ 10 и 21. Поэтому же, по закону (ст. 847, 2 ч., X т.) штрафы (за неправильное вчинаніе тяжбъ и исковъ) падаютъ не на одного избраннаго мірскимъ обществомъ изъ среды своей повѣреннаго, но на цѣлое общество. Слѣдуетъ лишь замѣтить, что редакція приведенной 847 ст. не вполнѣ соответствуетъ выражаемому имъ понятію. Преимущественный вѣсь придается въ этой статьѣ повѣренному (не на одного... повѣреннаго); между тѣмъ, единственнымъ отвѣтственнымъ лицомъ является, въ этомъ случаѣ, общество, какъ лице представляемое; повѣренный же является отвѣтственнымъ лишь, какъ членъ его. Поэтому ст. 847 должна была бы быть формулирована слѣдующимъ образомъ: штрафы сіи падаютъ на цѣлое общество, а *поэтому* и на, избраннаго имъ изъ среды своей, повѣреннаго.

²⁾ Ст. 1558 и 1560 1 ч., X т., свод. гражд. зак.; Виндшейдъ, Lehrbuch der Pandecten, § 478.

однимъ изъ его членовъ. Въ семъ случаѣ, юридическое лице и его представитель образуютъ собою, по отношенію къ ихъ отвѣтственности предъ третьимъ лицомъ, одно лице представляемое; отвѣтственность ихъ предъ третьимъ лицомъ имѣетъ одно нераздѣльное юридическое основаніе — обязательственныя отношенія, установленныя представителемъ. Весьма естественно, что они оба подлежатъ *одновременной* отвѣтственности. Обязанность удовлетворить третье лице лежитъ на томъ и другомъ. *О постепенности въ отвѣтственности не можетъ быть, въ настоящемъ случаѣ, и рѣчи.* Громадное значеніе, которое различіе это имѣетъ на практикѣ, слишкомъ ясно, чтобы на немъ слѣдовало еще останавливаться.

ГЛАВА XIV.

Душеприкащичество.

Происхожденіе душеприкащичество — Его юридическое существо. — Способъ возникновенія. — Свособразности душеприкащичество. — Критическій разборъ мнѣнія Уингера и Гербера. — Духъ нашихъ законовъ и теорія права. — Свобода воли завѣщателя при предоставленіи полномочія душеприкащику и постановленія закона. — Суть полномочія душеприкащика. — Право владѣнія и распоряженія душеприкащика наследственнымъ имуществомъ. — Самостоятельное и зависящее право распоряженія. — Право наследниковъ изъять наследственное имущество изъ владѣнія душеприкащика. — Ограниченіе свободы воли завѣщателя. — Невозможность безотчетнаго душеприкащичество. — Предоставленіе душеприкащику права выбора наследниковъ, легатаріевъ и распределенія долей наследства и отказовъ. — Распределеніе полномочія между нѣсколькими душеприкащиками. — Отказъ отъ своего званія душеприкащика, которому назначенъ легатъ. — Совѣстное существованіе душеприкащичество и опеки. — Совѣщеніе въ одномъ лицѣ званія душеприкащика и опекуна. — Контроль государства надъ дѣйствіями душеприкащика. — Прекращеніе душеприкащичество. — Призваніе нашей судебной практики и ея направленіе.

Совершенно оригинальный видъ представительства составляетъ душеприкащичество.

Душеприкащичество возникло и развивалось у различныхъ народовъ вполне самостоятельно. Возникновеніе его вызывалось неотложными потребностями жизни каждаго народа. Оно встрѣчается въ нашемъ древнемъ правѣ. Свое названіе институтъ этотъ получилъ у насъ отъ употреблявшагося въ древнихъ завѣщаніяхъ выраженія: «*приказываю душу*» такому-то. Душеприкащичество самостоятельно возникло и развилось въ древне-германскомъ правѣ; но, впоследствии, оно было приурочено къ понятіямъ водворившагося въ Германіи римскаго права. Во Франціи душеприкащичество развилось путемъ народныхъ обычаевъ ¹⁾.

¹⁾ См. Неволна, Ист. рос. гражд. зак., ч. 3, кн. 2, § 482 и др.; Demolombe, Cours de Code Napoleon, изд. 4, т. XXII (стр. 1 и 2); Mittermaier, Grundsätze d. gemeinen deutsch. Privatrechts, изд. 7, ч. 2, § 464; Gerber, Syst. d. deutsch. Privatrechts, § 265; Arndts, Lehrb. d. Pand. § 504.

Не смотря на такое разнообразіе происхожденія, душеприкащичество имѣетъ, въ юридической жизни современныхъ народовъ, много общихъ характеристическихъ признаковъ. Юридическій типъ этого института вездѣ одинаковъ. Различіе только въ развитіи нѣсколькихъ отдѣльныхъ чертъ, подробностей. Это служитъ подтвержденіемъ высказанной нами мысли, что потребности юридической жизни народовъ во многомъ вполнѣ одинаковы; поэтому общи начала гражданскаго права (см. выше, стр. 1—2).

Римское право различаетъ душеприкащиковъ, назначаемыхъ по завѣщанію (*executores testamentarii*), по соглашенію между наследниками и легатаріями (*conventionales*) и опредѣляемыхъ самимъ государствомъ (*dative, legales*¹⁾. Это различіе источниковъ возникновенія душеприкащичества признается и нѣкоторыми современными законодательствами.

Но душеприкащикъ, назначаемый съ согласія наследниковъ и легатаріевъ, есть обыкновенный повѣренный; опредѣляемый же правительствомъ, есть опекунъ. Оригинальный характеръ сохраняетъ лишь душеприкащикъ, назначаемый по завѣщанію. Одинъ только этотъ видъ душеприкащичества и существуетъ въ нашей жизни. О немъ одномъ мы и будемъ говорить.

Наше законодательство, вообще весьма бѣдное въ выясненіи юридическаго существа представительства, вовсе не касается догматики душеприкащичества. Законъ говоритъ лишь, что духовное завѣщаніе исполняется душеприкащиками по волѣ завѣщателя (ст. 1084 I ч., X т.). Но въ чемъ заключается юридическое существо и характеръ душеприкащичества—объ этомъ въ законѣ ни слова.

Существо душеприкащичества опредѣляется его внутреннимъ содержаніемъ и его свойствами, его природою и призваніемъ.

Призаніе душеприкащика состоитъ въ томъ, чтобы привести въ извѣстность и порядокъ весь активъ наследственнаго имущества и распредѣлить его между лицами, которымъ имущество это завѣщано — наследниками и легатаріями. Для этого душеприкащикъ собираетъ и принимаетъ въ свое завѣдываніе все имѣющееся на лицѣ имущество завѣщателя, производитъ взысканіе и удовле-

¹⁾ Пухта *Pandecten-Vorlesungen*, § 482; *Arndts, ib.*, § 504.

твореніе по взаимнымъ претензіямъ завѣщателя и другихъ лицъ, собираетъ доходы, недоимки и пр.¹⁾.

Дѣятельность душеприкащика иногда весьма сложная и разнообразная. Но, вникая во внутреннее содержаніе, въ юридическое существо этой дѣятельности, мы замѣтимъ въ ней весьма много общаго съ характеромъ дѣятельности представителя съ обширнымъ полномочіемъ. Душеприкащикъ совершаетъ свою дѣятельность отъ имени или въ интересѣ другого лица. Подобная дѣятельность можетъ быть совершаема однимъ лишь *представителемъ* лица.

Основа представительственной дѣятельности душеприкащика—выборъ, воля завѣщателя. Душеприкащикъ отправляетъ свою дѣятельность по желанію, по *довѣрью*, по *порученію* завѣщателя. Такимъ образомъ душеприкащикъ—*уполномоченный завѣщателя*. Завѣщаніе замѣняетъ собою вѣрующее письмо.

Дѣйствительно, почти всѣ извѣстныя намъ западно-европейскія законодательства признаютъ душеприкащичество *доверенностью*. Хотя французскій кодексъ прямо не высказываетъ этого опредѣленія; но оно наглядно и бесспорно вытекаетъ изъ всѣхъ его постановленій по этому предмету²⁾. Сенатъ называетъ душеприкащика «*уполномоченнымъ исполнителемъ воли завѣщателя*» (68 г., № 78).

Необходимо прежде всего выяснитъ способъ и моментъ возникновенія душеприкащичества. Безъ выясненія этого вопроса,

¹⁾ Ср. кодексы франц. арт. 1031; итальянск. 908; саксонск. 2237 и остзейскій 2459; Пухта *Vorlesungen* § 482 и рѣш. кас. деп. сен. 1871 г. № 1258.

²⁾ *L'exécution testamentaire est évidemment un mandat.* (Demolombe, *ib.*, стр. 5). Виндшейдъ, признавая, что «содержаніе обязательственнаго отношенія душеприкащичества *вообще* опредѣляется по аналогіи доверенности» (*Lehrb. d. Pand.* ч. III, § 567), въ то же время допускаетъ въ немъ преимущественную аналогію съ опекою (*ib.* прим. 7). Неправильность этого послѣдняго мнѣнія Виндшейда видно изъ слѣдующаго. Ниже (стр. 272) увидимъ, что, на ряду и одновременно съ душеприкащичествомъ, можетъ существовать при наследственномъ имуществѣ и опека. Опекуны и душеприкащики не только отправляютъ совершенно разнородныя функціи, но могутъ даже явиться противниками на судѣ. Но, если опека и душеприкащичество органы двухъ различныхъ сферъ дѣятельности, то, очевидно, что примѣнять къ послѣднему начала первой—нѣтъ никакой возможности. Будучи несостоятельнымъ вообще, это мнѣніе Виндшейда, въ особенности, не приложимо къ нашему юридическому быту. Правила нашего законодательства объ опекѣ никакого примѣненія къ душеприкащичеству имѣть не могутъ.

мы не можем имѣть понятіе о душеприкащичествѣ, какъ объ индивидуальномъ явленіи, которое имѣетъ свое начало и конецъ.

Душеприкащичество есть договоръ довѣренности. Всякій договоръ воспринимаетъ свое начало съ того момента, когда состоялось окончательное соглашеніе сторонъ. Когда происходитъ единеніе воли завѣщателя и душеприкащика ¹⁾?

Въ извѣстной намъ литературѣ душеприкащичества вопросъ этотъ почти вовсе не выясненъ.

Мы полагаемъ, что взаимное соглашеніе сторонъ въ душеприкащичествѣ можетъ имѣть мѣсто, *какъ при жизни зашщателя, такъ и послѣ его смерти.*

Обыкновенный порядокъ возникновенія душеприкащичества заключается въ томъ, что завѣщатель объявляетъ лицу, что онъ желаетъ назначить его душеприкащикомъ. Назначеніе его имѣетъ мѣсто послѣ изъявленія душеприкащикомъ согласія на принятіе этого званія. Душеприкащикомъ выбирается лице близкое завѣщателю, пользующееся его полнымъ довѣріемъ. Дѣятельность душеприкащика слишкомъ важна и хлопотлива и чрезъ чуръ затрагиваетъ самые близкіе и сокровенные интересы завѣщателя, чтобы назначеніе перваго могло состояться безъ его вѣдома и положительнаго согласія. Согласіе душеприкащика можетъ быть выражено явно (письменно ²⁾ или словесно) и фактически или молчаливо: напр. принятіе душеприкащикомъ на храненіе завѣщанія, содержаніе котораго ему извѣстно, или принятіе въ свое вѣдываніе наслѣдственнаго имущества, указываетъ на положительное его согласіе принять на себя это званіе, точно также какъ принятіе вѣрющаго письма указываетъ обыкновенно на согласіе вступить въ договоръ довѣренности (стр. 83—84). Съ воспослѣдованіемъ этого

¹⁾ Вопросъ этотъ можетъ возникнуть на практикѣ въ томъ случаѣ, когда душеприкащикъ уклоняется отъ исполненія своей обязанности и является вопросъ о томъ, принялъ ли онъ на себя званіе душеприкащика или нѣтъ? Вопросъ этотъ также важенъ для опредѣленія дѣли и назначенія передачи завѣщателемъ, при жизни, имущества своего другому лицу. Если доказано, что имущество передано послѣднему, какъ душеприкащику, то становится явнымъ, что онъ могъ распоряжаться имъ лишь послѣ смерти завѣщателя. См. упоминаемое ниже (стр. 245, прим. 2) дѣло Гольнскаго съ Масловымъ (кас. рѣш. 68, г. № 765).

²⁾ Положить завѣщатель просить кого либо принять на себя званіе душеприкащика; лице это письмомъ извѣщаетъ завѣщателя о согласіи своемъ принять это званіе.

взаимнаго соглашенія, душеприкащичество должно быть признано окончательно состоявшимся. Но *осуществленіе* этого договора начинается лишь съ момента смерти завѣщателя. Смерть завѣщателя есть *срокъ* (dies) исполненія договора — cum morietur. Въ этомъ случаѣ, *душеприкащичество есть договоръ довѣренности in diem* или *ex die*. Это будетъ dies certus для *quaestio an, incertus* для *quando*: смерть лица не подлежитъ сомнѣнію, только неизвѣстно время, *когда* (quando) она наступитъ. Извѣстно, что срочный договоръ считается окончательно состоявшимся со времени воспослѣдованія взаимнаго соглашенія сторонъ. Отдается лишь на время моментъ *осуществленія, исполненія* договора ¹⁾. Такимъ образомъ, въ этомъ случаѣ договоръ душеприкащичества окончательно воспринимаетъ свое начало *при жизни завѣщателя* ²⁾. Это — *mandatum post mortem*.

Таковъ обыкновенный, общепотребительный способъ возникновенія душеприкащичества. Назначеніе душеприкащика безъ полученія его предварительнаго согласія, составляетъ, по самому существу, по свойству душеприкащичества, явленіе крайне рѣдкое, исключительное, экстраординарное.

Въ этомъ исключительномъ случаѣ, окончательное сформированіе душеприкащичества происходитъ послѣ смерти завѣщателя. Въ этомъ глѣтъ ничего неестественнаго. Воля лица, выраженная въ завѣщаніи, признается имѣющею полную юридическую силу и послѣ его смерти. Съ приобщеніемъ къ этой законно су-

¹⁾ Савиньи System d. heut. röm. Rechts, III, § 125; Виндшейдъ, Pand., изд. 3, ч. 1, § 96; Пухта Vorlesungen, § 62 и др.

²⁾ Въ дѣлѣ Гольнскаго съ Масловымъ (кас. рѣш. 68 г., № 765) сенатъ высказалъ, что если бы 80 серій, полученныхъ душеприкащикомъ Масловымъ отъ завѣщателя Веселовскаго при его жизни, были переданы послѣднимъ съ тѣмъ, чтобы первый распоряжался имъ лишь *послѣ смерти завѣщателя*, то это было бы *завѣщательное распоряженіе*. Изъ этого видно, что, сенатъ признаетъ возможность молчаливаго, фактическаго принятія званія душеприкащика и возникновенія душеприкащичества при жизни завѣщателя. Нѣкоторые законодательства признають, что душеприкащичество можетъ быть установлено посредствомъ договора съ завѣщателемъ (сакс., ст. 2230 и ост. ст. 2453). Но французскіе юристы признають, что назначеніе душеприкащика, какъ актъ завѣщательный, можетъ имѣть мѣсто лишь въ завѣщаніи (Daloz, т. XVI, ч. 2, № 4027). Врядъ ли возможно сомнѣваться, что и по духу нашихъ законовъ, назначеніе душеприкащика есть актъ завѣщательный (ст. 1084, 1 ч., X т.), а посему оно можетъ имѣть мѣсто лишь въ духовномъ завѣщаніи (1 ч., X т., ст. 991).

ществующей воле завѣщателя согласія душеприкащика — окончательнo формируется договоръ душеприкащичества. Такое разновременное воссоединеніе двухъ воле не составляетъ явленіе исключительное, свойственное одному душеприкащичеству. Мы видѣли (стр. 161, 163 и др.) и увидимъ, что послѣдующее одобреніе лицомъ представляемымъ дѣйствій представителя равносильно предварительному одобренію оныхъ посредствомъ довѣренности — *habitu mandati comparatur*. Такимъ образомъ и въ обыкновенномъ представительствѣ встрѣчается воссоединеніе предшествовавшей воли представителя и третьяго лица съ послѣдующею волею представляемаго. Въ душеприкащичествѣ же это случается наоборотъ. Разница только въ томъ, что представитель и третье лицо существуютъ въ моментъ одобренія представляемымъ дѣйствій представителя, а завѣщателя, въ моментъ изъявленія душеприкащикомъ согласія, нѣтъ въ живыхъ. Но это различіе теряетъ свое юридическое значеніе, въ виду того, что воля завѣщателя считается существующею и послѣ его смерти. Кроме того, это воссоединеніе воле послѣ смерти завѣщателя имѣетъ еще основу формальную въ законѣ, который установилъ душеприкащичество.

Воля душеприкащика послѣ смерти завѣщателя можетъ выразиться явно или фактически — принятіемъ завѣщанія къ исполненію ¹⁾.

Но однимъ опредѣленіемъ душеприкащичества, какъ договора довѣренности, отнюдь не исчерпывается его юридическое существо. Душеприкащичество довѣренность *своеобразная*. Своеобразности душеприкащичества до такой степени существенны и характеристичны, что онѣ придаютъ этому институту колоритъ, во многомъ отличный отъ обыкновенной довѣренности. Эти своеобразности душеприкащичества должны быть подробно изслѣдованы. Иначе существо его останется для насъ темнымъ, неразгаданнымъ.

Своеобразности душеприкащичества вызываются исключительностию его положенія. Обыкновенный представитель совершаетъ свою дѣятельность при жизни лица представляемаго. Дѣятельность же душеприкащика начинается лишь съ момента смерти завѣщателя. Одно это обстоятельство вносить въ душеприка-

¹⁾ Или же принятіемъ отказа, назначеннаго душеприкащику въ завѣщаніи, въ вознагражденіе за его труды (*Demolombe*, стр. 11).

щичество много типическихъ особенностей, которыя чужды обыкновенному представительству по довѣренности.

Ниже мы увидимъ, что законодательства признають за повѣреннымъ полную свободу дѣйствій: онъ можетъ во всякое время отказаться отъ своего полномочія. Это можетъ имѣть мѣсто лишь въ обыкновенной довѣренности: довѣритель обладаетъ возможностью замѣнить устранившагося повѣреннаго другимъ. Но подобная свобода дѣйствій не можетъ быть признаваема за душеприкащикомъ. Завѣщатель умираетъ въ надеждѣ, что оставилъ послѣ себя довѣренное лицо, которое выполнитъ всѣ его распоряженія. Отказъ душеприкащика отъ выполненія возложенныхъ на него обязанностей — можетъ произвести большое разстройство въ наследственномъ имуществѣ и поставить въ тягостное положеніе лицъ, интересы которыхъ связаны съ исполненіемъ завѣщанія. Вотъ почему законодательства, предоставивъ душеприкащику принять на себя это званіе или нѣтъ, постановляютъ, что послѣ принятія этого своего званія, онъ отъ него отказаться не можетъ, безъ основательной причины ¹⁾.

Легко понять, что это обстоятельство можетъ имѣть важныя послѣдствія для лицъ, заинтересованныхъ въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ. Положимъ, предъявляется искъ, касающійся обязанностей душеприкащика по духовному завѣщанію. Повѣренный, какъ увидимъ, можетъ отказаться представлять довѣрителя въ

¹⁾ Австр. ст. 816; сакс. 2233; остр. 2455; см. Synteniss, *das practische gemeine Civilrecht*, ч. 3, § 182, 6. Roth (*Bayerisches Civilrecht*, 1875 года, ч. 3, стр. 803—804) говоритъ, что душеприкащикъ можетъ быть заинтересованными лицами принуждаемъ къ выполненію принятаго имъ на себя порученія. Весьма естественно, что правило объ обязательности для душеприкащика возложеннаго на него порученія не безусловно. Душеприкащикъ можетъ быть освобожденъ отъ этой обязанности, если онъ почему либо поставленъ въ невозможность ее выполнить (*Demolombe*, стр. 6). Никто не обязанъ оказать другому убыточное для себя одолженіе: *iniquum est damnosum esse cuique beneficium suum*. По саксонскому кодексу душеприкащикъ можетъ отказаться отъ выполненія своихъ обязанностей лишь по причинамъ, признаннымъ уважительными судомъ (§ 2235). Напротивъ, сенатъ (71 г. № 873) признаетъ, повидимому, что душеприкащикъ можетъ отказаться отъ своихъ обязанностей, по своему усмотрѣнію, безъ указанія уважительныхъ причинъ. Ср. также дѣло Печасва, 75 г., № 27. Остр. кодексъ (ст. 2455) говоритъ, что если душеприкащикъ принялъ опредѣленный ему завѣщателемъ легатъ (отказъ), то уже не можетъ отказаться отъ своихъ обязанностей (очевидно даже и по уважительнымъ причинамъ).

известномъ дѣлѣ. Душеприкащикъ отъ этого отказаться не можетъ. Повѣстка о вызовѣ въ судъ можетъ быть у него оставлена, не смотря на его отказъ. Невыгодныя послѣдствія, которыя могутъ произойти для лицъ заинтересованныхъ въ наследственномъ имуществѣ отъ уклоненія душеприкащика отъ участія въ судебномъ производствѣ по дѣлу, могутъ, пасть на его отвѣтственность¹⁾. Вообще, по общимъ началамъ права, прямымъ послѣдствіемъ обязанности для душеприкащика исполненія принятой имъ на себя обязанности—можетъ явиться отвѣтственность его за убытки, понесенные заинтересованными лицами, вслѣдствіе неисправнаго выполненія имъ или неосновательнаго отказа отъ своей обязанности.

Выше мы видѣли, что существо довѣренности заключается въ томъ, что повѣренный отправляетъ отъ имени и въ интересѣ довѣрителя юридическую дѣятельность съ третьими лицами. Повѣренный находится въ зависимости и подлежитъ отвѣтственности предъ однимъ довѣрителемъ; отъ третьихъ же лицъ, съ которыми онъ вступаетъ въ правоотношенія, онъ вполне независимъ²⁾. Довѣрителемъ душеприкащика есть завѣщатель. Третьими же лицами, съ которыми душеприкащикъ вступаетъ въ отношеніе, являются тѣ, интересъ которыхъ входитъ въ соприкосновеніе съ наследственнымъ имуществомъ (наслѣдники, легатаріи, кредиторы, должники и др.). Душеприкащикъ не можетъ оставаться въ исключительной зависимости отъ воли завѣщателя, котораго нѣтъ въ живыхъ. Воля завѣщателя для него безусловно обязательна. Но исключительность положенія душеприкащика ведетъ къ тому, что

¹⁾ На основаніи ст. 24 уст. гражд. судопроизв., искн, на завѣщаніи основанныя, *предъявляются, по общимъ правиламъ о подсудности*, къ тому лицу (душеприкащику или наслѣднику), на обязанности кою возложено исполненіе духовнаго завѣщанія. Изъ этой статьи закона явствуетъ, что подсудность по дѣламъ объ исполненіи духовнаго завѣщанія поставлена въ тѣсную связь съ личностію душеприкащика. Душеприкащикъ приравнивается закономъ, въ этомъ отношеніи, съ наслѣдникомъ. Очевидно, что измѣненіе порядка о подсудности, установленнаго закономъ, не можетъ быть предоставлено волѣ душеприкащика. Душеприкащикъ, какъ и наслѣдникъ, можетъ быть понуждаемъ явиться отвѣтчикомъ по иску, касающемуся исполненія духовнаго завѣщанія. Въ случаѣ его уклоненія отъ отвѣта, дѣло должно быть разрѣшено по правиламъ, установленнымъ на случай неявки отвѣтника. Неблагопріятныя послѣдствія, которыя могутъ произойти отъ этого уклоненія отъ отвѣта для лицъ, заинтересованныхъ въ наследственномъ имуществѣ, должны пасть на отвѣтственность душеприкащика.

²⁾ Подробнѣе объ этомъ см. ниже, въ гл. XVII.

онъ становится отчасти въ зависимое положеніе и отъ нѣкоторыхъ лицъ третьихъ, съ которыми онъ вступаетъ въ юридическое отношеніе. Такъ, душеприкащикъ обязанъ отдавать въ своихъ дѣйствіяхъ отчетъ и подлежить за оныя отвѣтственности предъ наслѣдниками, легатаріями и пр.¹⁾ Наслѣдники вправе побуждать душеприкащика къ скорѣйшему исполненію возложенныхъ на него обязанностей (австрійск. 816). Наслѣдники, легатаріи и другіи заинтересованныя лица могутъ, въ случаѣ когда душеприкащикъ не исполнитъ своихъ обязанностей, дѣйствовать во вредъ ихъ интересамъ, и лишиться почему либо ихъ довѣрія или если дѣла его пришли въ разстройство, жаловаться на него суду и просить даже его удаленія²⁾.

И такъ, душеприкащество представляетъ собою весьма любопытное явленіе въ представительствѣ. Наслѣдники и легатаріи являются, по отношенію къ душеприкащику, третьими лицами. Интересы первыхъ и послѣдняго могутъ быть совершенно противоположны. Въ случаѣ столкновенія ихъ интересовъ, душеприкащикъ можетъ оказать наслѣдникамъ и легатаріямъ противодѣйствіе, опираясь на волѣ завѣщателя³⁾. Но, въ то же время, вто-

¹⁾ Прус. ст. 562; сакс. 2239; остр. 2463 и 2467; франц. art. 1031. Roth (Bayrisches Privatr., ч. 3, стр. 803) говоритъ, что душеприкащикъ отвѣтствуетъ предъ наслѣдниками за правильное выполненіе принятаго имъ на себя порученія. См. рѣшенія кас. д-та сената 69 г. № 227, 68 г. № 78, 70 г. № 917 и 73 г. дѣло Просиной и Числовой (сборн. Киврима и Боровиковскаго, вып. 1, №№ 16 и 81). Въ дѣлѣ о завѣщаніи Дингильштета (71 г. № 873 г.), сенатъ призналъ, что наслѣдники могутъ требовать отъ душеприкащика отчета и до наступленія, опредѣленнаго завѣщателемъ, срока вступленія или во владѣніе наследственнымъ имуществомъ.

²⁾ Кодексы сакс. § 2241; остзейскій ст. 2468 и 2469; Dalloz (№ 4128).

³⁾ По прусскому кодексу, въ случаѣ разногласія между душеприкащикомъ и наслѣдниками относительно исполненія по завѣщанію,—перснѣе получаетъ мнѣніе перваго (§ 561). Но это постановленіе, какъ справедливо замѣтилъ г. Гольмстенъ («О душеприкащикахъ», стр. 56), весьма опасно. Оно даетъ просторъ произволу и злоупотребленіямъ со стороны душеприкащика. Гораздо цѣлесообразнѣе взглядъ остзейскаго кодекса, по духу и смыслу котораго разногласіе между душеприкащикомъ и заинтересованными лицами разрѣшается судомъ (ст. 2458). Этотъ же взглядъ отстаиваетъ и Ротъ (стр. 804). Такой порядокъ разрѣшенія разногласія между душеприкащикомъ и лицами, заинтересованными въ наследственномъ имуществѣ (наслѣдниками, легатаріями и пр.), вполне соответствуетъ потребностямъ и вынуждается самимъ существомъ дѣла. Поэтому онъ получить примѣненіе и у насъ въ жизни. Въ случаѣ возникновенія у насъ между указанными лицами

рые занимают, по отношенію къ первому, господствующее положеніе.

Представительство юридических лиц указало намъ на случай соединенія въ одномъ лицѣ званія представителя и лица представляемаго (стр. 238—239). Душеприкащичество представляет собою примѣръ соединенія въ одномъ лицѣ званія лица третьяго и отчасти представляемаго. Основная причина въ томъ и другомъ случаѣ одна и та же — двойственность положенія этихъ лицъ: по случаю смерти завѣщателя, права его, за тѣми лишь исключеніями, которыя выражены въ завѣщаніи, сосредоточиваются въ лицѣ наследниковъ и легатаріевъ. Отсюда является распределеніе роли представляемаго между завѣщателемъ, наследниками и легатаріями.

Такимъ образомъ, основной принципъ представительства вполнѣ сохраняется и въ душеприкащичествѣ. Душеприкащикъ сохраняетъ зависимое, служебное положеніе представителя. Но эта зависимость его видоизмѣняется и разнообразится, вслѣдствіе раздробленія личности представляемаго.

Послѣ всего изложеннаго станетъ понятнымъ, что мы не можемъ согласиться съ мнѣніемъ Унгера и Гербера, которые, признавая душеприкащичество довѣренностію, утверждаютъ, что душеприкащикъ является представителемъ не завѣщателя, а наследниковъ. По мнѣнію этихъ юристовъ, душеприкащикъ дѣйствуетъ по неизмѣнному порученію завѣщателя, но отъ имени наследниковъ, которые, за неимѣніемъ душеприкащика, сами исполняютъ его обязанности¹⁾.

несогласія, дѣло, съ той или другой стороны, — какъ всегда въ случаѣ споровъ въ дѣлахъ имущественныхъ, — будетъ доведено до суда, который и разрешитъ возникшее недоразумѣніе (см. кас. рѣш. 69 г., № 935). Этотъ порядокъ разрешенія споровъ между душеприкащикомъ и лицами, заинтересованными въ наследственномъ имуществѣ вытекаетъ и изъ прямого смысла ст. 24 и 25 уст. гражд. судопроизв.

¹⁾ Unger, т. 6, d. oester. Erbrecht, § 27, прим. 7; Gerber, System d. deutsch. Privatr. § 265, прим. 7. Такого же мнѣнія придерживаются и нѣкоторые другіе юристы, какъ Ферстеръ, Гиншюсъ (Commentar in Anmerkungen Koch, Förster, Jahn и др. 1875, т. 2, ч. I, стр. 110, прим. 51) и пр. И нѣкоторые французскіе юристы придерживаются того мнѣнія, что душеприкащикъ—представитель наследниковъ. Въ числѣ этихъ юристовъ Aubri и Rau, le droit civ. franç. т. VI, § 711. Лоранъ опровергаетъ это мнѣніе въ слѣдующихъ, достойныхъ вниманія, выраженіяхъ: le mandataire représente le mandant et agit en son nom; c'est en réalité le mandant qui agit par l'intermédiaire du mandataire. Tel n'est certes pas

Это мнѣніе не выдерживаетъ, по нашему, ни малѣйшей критики.

Наслѣдники могутъ быть недовольны выборомъ душеприкащика; они могутъ протестовать противъ этого выбора. Но быть повѣреннымъ другаго, вопреки его волѣ и желанію—понятіе немислимое. Конечно, за неимѣніемъ душеприкащика, обязанность исполненія завѣщанія лежитъ на наследникахъ. Но фактъ назначенія душеприкащика, именно, указываетъ, что завѣщатель *милл* наследниковъ правъ, связанныхъ съ этимъ званіемъ. Душеприкащичество является весьма часто явнымъ протестомъ противъ дѣятельности наследниковъ по исполненію завѣщанія¹⁾. Очевидно, что душеприкащикъ не можетъ быть представителемъ такихъ правъ наследниковъ, *которыя они сами не имеютъ*. Далѣе, повѣренный въ своей дѣятельности находится въ полной зависимости отъ довѣрителя; душеприкащичество же сохраняютъ во многомъ, по отношенію къ наследникамъ, вполнѣ независимое положеніе²⁾. Повѣренный и довѣритель составляютъ, съ юриди-

le rôle de l'exécuteur testamentaire. Il représente si peu les héritiers, qu'il est plutôt établi contre eux, il limite et entrave leur action; s'il prend leur place pour exécuter les dernières volontés du défunt, c'est parce que le testateur se défie de l'exacitude, de la diligence, et même de la bonne foi de ses héritiers; voilà donc un mandataire, si on le veut considérer comme tel, qui fait ce que les prétendus mandants ne sont pas disposés à faire (Principes de droit civil français, т. 14, № 323). Но, если мы раздѣляемъ взглядъ Лорана относительно того, что душеприкащикъ не есть представитель наследниковъ, то мы считаемъ это явнѣе невѣрнымъ въ томъ отношеніи, что оно вовсе не признаетъ за наследниками правъ представляемаго. Demolombe (стр. 5), Dalloz (jurisprudence générale, т. XVI, ч. 2, № 4023) Syntenis (das practische gemeine Civilrecht, ч. 3, § 182) и Bluntschli (deutsches Privatrecht, изд. 3, § 247; 3) также признаютъ душеприкащика повѣреннымъ завѣщателя. Прусскій кодексъ прямо признаетъ душеприкащика «уполномоченнымъ наследодателя» (Bevollmächtigter des Erblassers), а завѣщательное распоряженіе—*довѣренностію* (Vollmacht), инструкцію его (ч. I, тит. 12, § 557). Эта же мысль явно проглядываетъ и въ постановленіяхъ австрійскаго (§ 816), остзейскаго (ст. 2457 и 2459 и др.) и саксонскаго (§§ 2237 и 2238) кодексовъ.

¹⁾ Весьма часто назначеніе душеприкащика является послѣдствіемъ недовѣрія, которое завѣщатель питаетъ къ наследникамъ. Не довѣряя ихъ добросовѣстности въ исполненіи его распоряженій, завѣщатель возлагаетъ эту обязанность на стороннихъ лицъ (душеприкащиковъ), (Laurent, ib.; Demolombe, стр. 2; Mittermaier, ib. § 464).

²⁾ Самостоятельность положенія душеприкащика видна изъ того, что наследники не могутъ помѣшать ему въ выполненіи возложеннаго на него порученія и

ческой точки зрѣнія, одно лице. Интересы того и другаго по предмету полномочія всегда солидарны, тождественны. Никакого противорѣчія между ними быть не можетъ и не должно (см. ниже, гл. XVII). Но интересы наследниковъ и обязанности душеприкащика весьма часто могутъ приходиться въ столкновение. Въ случаѣ разногласія между ними, они могутъ даже явиться противниками на судѣ¹⁾. Повѣренный и довѣритель противники на судѣ, по предмету довѣренности — это понятіе неслыханное, невозможное²⁾!

И такъ, душеприкащикъ—представитель завѣщателя. Наследники обладаютъ лишь тѣми правами представляемаго, которыхъ не можетъ осуществить завѣщатель. Права эти начинаются за предѣлами распоряженій завѣщателя. Однимъ словомъ, *дѣятельность наследниковъ, въ качествѣ представляемыхъ, начинается лишь тамъ, гдѣ кончается полномочіе завѣщателя.*

Переходимъ къ разрѣшенію весьма важнаго вопроса о предѣлахъ свободы воли завѣщателя, въ предоставленіи душеприкащику полномочія.

По этому вопросу встрѣчается сильное разногласіе между юристами. Нѣкоторые юристы утверждаютъ, что опредѣленіе содержанія и предѣловъ дѣятельности душеприкащика вполнѣ зависитъ отъ усмотрѣнія завѣщателя и что свобода воли послѣдняго

что онъ, въ предѣлахъ своего полномочія, исключаетъ дѣятельность наследниковъ; между тѣмъ довѣритель и самъ, какъ увидимъ (гл. XVII), вправѣ, несмотря на существованіе довѣренности, совершать тѣ дѣйствія, на которыя онъ уполномочилъ повѣреннаго; кромѣ того душеприкащикъ можетъ понудить наследниковъ исполнить все то, что необходимо для успѣшности его порученія (Roth, стр. 803; Mittermaier, ib., п. VIII и IX; Syntenis, ib., § 182, 6; Bluntschli, ib.; ср. прусск. код., ч. I, тит. 12, § 560; ср. Dalloz (ib. № 4024), который говоритъ: *l'exécuteur testamentaire «représente le testateur vis-à-vis d'eux»* (наследниковъ).

¹⁾ Ср. Demolombe, стр. 57; Mittermaier, ib. IV и IX; см. выше, стр. 249, прим. 3.

²⁾ Ниже (въ гл. о прекращеніи довѣренности) мы будемъ имѣть еще случай доказать, что душеприкащество не есть исключительное явленіе довѣренности на случай смерти (*mandatum post mortem*) и что подобныя довѣренности встрѣчаются и независимо отъ душеприкачества. Этимъ будетъ доказана несостоятельность взгляда тѣхъ юристовъ (Безелеръ и др.), которые отрицаютъ въ душеприкачествѣ характеръ довѣренности, потому, что оно устанавливается на случай смерти, а равно тѣхъ (Унгеръ, Герберъ и др.), которые, вслѣдствіе этого, признаютъ душеприкащика представителемъ не завѣщателя, а наследниковъ.

ничѣмъ не ограничена¹⁾. Напротивъ, Лоранъ горячо отстаиваетъ ту мысль, что дѣятельность душеприкащика ограничивается предѣлами, указанными въ законѣ. Завѣщатель, по его мнѣнію, можетъ лишь суживать, но не расширять указанную закономъ сферу дѣятельности душеприкащика; за предѣлы, установленные закономъ, завѣщатель выходитъ не вправѣ. Наследники, говорить онъ, — собственники наследственного имущества. Душеприкащество стѣсняетъ наследниковъ въ распоряженіи ихъ правомъ собственности. Такое стѣсненіе можетъ быть имъ навязуваемо лишь въ предѣлахъ, указанныхъ въ законѣ. Завѣщатель изъ за гроба не можетъ налагать на нихъ новыя стѣсненія²⁾.

Слѣдуетъ замѣтить, что, хотя въ нашемъ законодательствѣ не имѣется постановленій нормирующихъ существо, догматику душеприкачества, но вопросъ этотъ имѣетъ практическое значеніе и въ нашей жизни. Существо и призваніе душеприкачества одинаковы у всѣхъ народовъ (ср. стр. 2 и 242); поэтому постановленія иностраннаго права объ этомъ институтѣ оказываются во многомъ вполнѣ соответствующими направленію и духу нашего законодательства. Судебная практика вообще и кассационныя рѣшенія о душеприкачествѣ, въ особенности, доказываютъ, какія рациональныя теоретическія мысли можетъ вносить опытный и образованный юристъ сквозь прорѣхи нашего законодательства, подъ прикрытіемъ *общаго смысла, духа* нашихъ законовъ. Тамъ, гдѣ нѣтъ ничего отрицательнаго, можно вносить все положительное, которое соответствуетъ существу нормируемаго предмета. *Духъ* законовъ служитъ нерѣдко русскимъ флагомъ, подъ прикрытіемъ котораго провозятся юридическія истины иностраннаго издѣлія. Это не контрабанда. Акклиматизируясь на нашей почвѣ, входя въ нашу плоть и кровь, привозныя понятія становятся, какъ и всѣ другія пріобрѣтенія общечеловѣческой цивилизаціи, нашимъ собственнымъ достояніемъ. Пересаженные на нашу почву, эти юридическія понятія приносятъ обильные плоды. Они подготовляютъ богатый матеріалъ для будущихъ нашихъ законодательныхъ работъ по догматикѣ гражданского права. Дѣйствительно,

¹⁾ См. Безелеръ, стр. 594; ср. Виндшейда *Lehrb. d. Pand.*, § 567 и *Syntenis*, ib., ч. 3, § 182.

²⁾ Т. 14, №№ 332—335. Такого же мнѣнія и Dalloz (ib. № 4025).

мы увидимъ, что сенатъ, на скудной точкѣ опоры, предоставляемой закономъ, построилъ почти цѣлую систему душеприкащичества.

Со взглядомъ Лорана мы не можемъ согласиться уже потому, что онъ основывается на принципѣ французскаго права объ открытіи наслѣдства, который, какъ нами объяснено въ другомъ мѣстѣ ¹⁾, мы находимъ несостоятельнымъ. Лоранъ понять не можетъ, какимъ образомъ завѣщатель можетъ изъ-за гроба стѣснять наслѣдниковъ, *которые суть собственники наслѣдственнаго имущества*. На нашъ взглядъ, наслѣдники, послѣ открытія наслѣдства, приобретаютъ лишь право на *полученіе* наслѣдственнаго имущества. Собственниками онаго они становятся лишь послѣ *принятія* наслѣдства. Но *принимать* можно лишь то, что *даютъ*. На то, чего завѣщатель не даетъ, наслѣдники права собственности приобретать не могутъ. Итакъ, ограниченія, налагаемые завѣщателемъ на наслѣдниковъ посредствомъ душеприкащичества, не составляютъ ничего неестественнаго, непонятнаго. Законы, за исключеніемъ повелительныхъ и запретительныхъ, нормируютъ существо душеприкащичества на случай отсутствія распоряженій завѣщателя (ср. выше стр. 94). Но законы не могутъ исчерпать все разнообразіе содержанія душеприкащичества, точно также, какъ они не могутъ заранее предвидѣть и нормировать содержаніе всевозможныхъ довѣренностей. Усмотрѣнію завѣщателя, какъ и довѣрителя, должна быть предоставлена широкая свобода. Обязанности душеприкащика весьма разнообразны. Онѣ зависятъ отъ особенностей даваемыхъ ему порученій. Можетъ ли все это предвидѣть и исчерпать законъ? Завѣщатель налагаетъ на наслѣдниковъ ограниченія не изъ за гроба. Распоряженія завѣщателя излагаются имъ при жизни въ завѣщаніи. Воля завѣщателя сохраняетъ силу и послѣ его смерти ²⁾.

¹⁾ См. наше изслѣдованіе: открытіе, принятіе и отреченіе отъ наслѣдства, «Суд. Вѣстн.», 1870 г., №№ 54, 55, 59, 60, 63, 65 и 68.

²⁾ Demolombe (стр. 74 и послѣд.) признаетъ, что воля завѣщателя относительно полномочія душеприкащика не ограничивается содержаніемъ онаго, указаннымъ въ законѣ. Разрѣшая завѣщателю право выбора душеприкащика, говоритъ онъ, законъ этимъ самымъ предоставилъ первому давать послѣднему все то полномочіе, которое необходимо для приведенія въ исполненіе возлагаемыхъ на него порученій.

Что по нашимъ законамъ завѣщатель пользуется полною свободою при опредѣленіи предѣловъ полномочія душеприкащика — это явствуетъ изъ ст. 25 уст. гражд. суд. Въ этой статьѣ сказано: душеприкащики имѣютъ право производить иски *по осмы тѣмъ предметамъ, по коимъ, въ силу завѣщанія, такое право принадлежитъ имъ*. Право судебной защиты есть право личное, съ публичнымъ отгѣнкомъ. При передачѣ этого права, лице не пользуется такою свободою; какъ въ распоряженіи другими, чисто имущественными, правами. Если представительство душеприкащика на судѣ зависитъ отъ полнаго усмотрѣнія завѣщателя, то тѣмъ болѣе послѣдній пользуется полною свободою при опредѣленіи сферы полномочія душеприкащика въ частной, имущественной дѣятельности. Эта же мысль подтверждается и ст. 1084 1 ч. X т., въ которой сказано, что «духовныя завѣщанія исполняются душеприкащиками... *по волю завѣщателя*».

Дѣйствительно сенатъ признаетъ за завѣщателемъ полную свободу въ опредѣленіи пространства полномочія душеприкащика (71 г. №№ 863, 1258 и др.; 75 г. №№ 50, 322 и др.; см. еще ниже, стр. 258).

Изъ точнаго смысла постановленій другихъ современныхъ законодательствъ положительно явствуетъ, что завѣщатель, и въ большинствѣ западно-европейскихъ государствъ, пользуется полною свободою при опредѣленіи предѣловъ дѣятельности душеприкащика ¹⁾.

Хорошо формулируетъ этотъ вопросъ остзейскій кодексъ. Онъ, именно, говоритъ: юридическія отношенія душеприкащика и пространство его правъ и обязанностей *опредѣляются, выраженной вою завѣщаніи, волею завѣщателя*; если же послѣднимъ ничего положительно о семъ не опредѣлено, то душеприкащикъ обязанъ лишь заботиться о соблюденіи и исполненіи послѣдней воли завѣщателя, а также пенсисъ, *на сколько сіе для этой цѣли необходимо*, о приведеніи наслѣдства въ порядокъ и о распредѣленіи его между наслѣдниками и легатаріями (ст. 2457). Такимъ образомъ, кодексъ этотъ предоставляетъ на волю завѣщателя опредѣлить предѣлы полномочія душеприкащика. На случай же отсутствія

¹⁾ Прус. §§ 557, 558, 560, 561; австр. § 816; сакс. 2237, 2238 и остзейск. 2458 — 2460.

указанія на этотъ предметъ въ завѣщаніи, самъ законъ указываетъ на извѣстные дѣйствія, которыя вправѣ совершить душеприкащикъ, въ силу своего званія, независимо отъ всякаго полномочія. Это, именно, тѣ дѣйствія, которыя обуславливаются самимъ существомъ, призваніемъ душеприкащичества.

Это самый правильный способъ формулированія сути душеприкащичества. Это вполне соответствуетъ существу душеприкащичества, какъ своего рода довѣренности. Воля завѣщателя не можетъ быть ограничена относительно объема полномочія, которое онъ желаетъ предоставить душеприкащику, какъ воля довѣрителя не можетъ быть стѣснена относительно содержания довѣренности, выдаваемой имъ повѣренному. Безъ этой свободы душеприкащичество, какъ и довѣренность, потеряетъ свое практическое значеніе. Но если, какъ мы видѣли (стр. 233) и увидимъ, въ обыкновенномъ представительствѣ часто представляется закону нужнымъ объективировать извѣстный кругъ дѣятельности, на которую представитель имѣетъ право, независимо отъ содержанія полномочія, то тѣмъ болѣе это необходимо въ душеприкащичествѣ. Довѣрителя душеприкащика нѣтъ въ живыхъ. Онъ не можетъ восполнить пробѣлы, которые оказываются въ полномочіи душеприкащика и могутъ помѣшать ему въ исполненіи обязанностей, связанныхъ съ его званіемъ и даннымъ ему порученіемъ. Въ этомъ случаѣ законъ долженъ замѣнить волю завѣщателя. Самъ законъ долженъ очертить извѣстный кругъ дѣятельности, въ предѣлахъ котораго душеприкащикъ можетъ свободно двигаться, независимо отъ содержанія даннаго ему полномочія. Въ этотъ кругъ долженъ быть вмѣщенъ тотъ минимумъ дѣйствій, который требуется самимъ существомъ, самимъ званіемъ душеприкащика. Отъ воли же завѣщателя должно зависѣть суживать или расширять этотъ кругъ дѣятельности душеприкащика. До тѣхъ поръ, пока не имѣется въ виду ясно выраженной воли завѣщателя, которая положительно очерчиваетъ сферу дѣятельности душеприкащика и видоизмѣняетъ объемъ полномочія, предоставленнаго ему въ силу закона—душеприкащикъ долженъ, въ силу самаго закона, считаться имѣющимъ право на всѣ тѣ дѣйствія, которыя необходимы для выполненія возложенныхъ на него обязанностей. Только при взаимодѣйствіи этихъ двухъ элементовъ—свободы воли завѣщателя и полномочія душеприкащика въ силу

закона—душеприкащичество будетъ находиться въ положеніи, въ которомъ ему возможно будетъ удовлетворять тѣмъ цѣлямъ и тому назначенію, которымъ оно призвано служить.

По иностранному праву, за отсутствіемъ указанія въ завѣщаніи, полномочіе душеприкащика опредѣляется слѣдующими, вытекающими изъ свойства и назначенія его, общими правилами:

Душеприкащикъ обязанъ привести въ извѣстность и собрать все наслѣдственное имущество; поэтому онъ составляетъ инвентарь наслѣдственному имуществу и отыскиваетъ имущество наслѣдодателя изъ владѣнія третьихъ лицъ; въ случаѣ надобности, онъ имѣетъ право отчуждать имущество, производить и получать платежи, производить взысканіе долговъ и входить въ соотвѣтствующія соглашенія. Душеприкащикъ обязанъ привести въ исполненіе волю завѣщателя; поэтому онъ имѣетъ право отстаивать въ судѣ дѣйствительность духовнаго завѣщанія, отчуждать соотвѣтственную долю наслѣдственного имущества для удовлетворенія отказовъ и распределить остальное имущество между наслѣдниками. На управление имуществомъ онъ имѣетъ право лишь тогда, когда оно предоставлено ему по завѣщанію. Разногласіе въ въ толкованіи завѣщанія должно быть разрѣшаемо судомъ¹⁾.

Нечего говорить, что душеприкащикъ, въ случаѣ необходимости, можетъ замѣнить себя повѣреннымъ и что онъ имѣетъ право покрыть изъ наслѣдственного имущества всѣ понесенные имъ, при исполненіи своей обязанности, расходы (ср. Dalloz, №№ 4056 и 4114; Demolombe, стр. 32).

На нашъ взглядъ, вышеизложенными правами, соотвѣтствующими существу возлагаемыхъ на него обязанностей, душеприкащикъ долженъ пользоваться и по духу нашихъ законовъ. На основаніи ст. 25 уст. гр. судопр. душеприкащички имѣютъ право производить иски по всѣмъ тѣмъ предметамъ, по коимъ, въ силу завѣщанія, такое право принадлежитъ имъ или по коимъ искъ *оказывается необходимымъ для исполненія возложенныхъ на нихъ*

¹⁾ Roth, ib., стр. 805—811; Bluntschli, deutsches Privatrecht, изд. 3, § 247; 4 и Syntenis (ib., § 128 и п. 1), который говоритъ, что, за отсутствіемъ определенной воли завѣщателя, душеприкащикъ рассматривается какъ повѣренный съ общимъ полномочіемъ (General-Mandat). См. также Demolombe, стр. 47—71; С. N., art. 1031; саксонск. § 2237 и остзейск. ст. 2459.

завѣщателемъ распоряженій. Духъ и общій смыслъ этой статьи закона весьма ясенъ. Душеприкащикъ пользуется тѣми правами по исполненію завѣщанія, которыя указаны въ завѣщаніи, а, въ случаѣ неточнаго указанія въ ономъ, тѣми правами, которыя оказываются необходимыми для выполнения возложенныхъ на него обязанностей. Такимъ образомъ *внутренній смыслъ* этой статьи закона вполне соответствуетъ содержанию вышеприведенной ст. 2457 остъ. кодекса. На самомъ дѣлѣ, законъ, дозволяя назначить душеприкащика для приведенія въ исполненіе духовнаго завѣщанія, долженъ дать ему и всѣ тѣ права, которыя ему необходимы для выполнения этой обязанности. *Qui veut la fin, veut les moyens.* Дѣйствительно, почти всѣ вышеуказанныя права признаются за душеприкащикомъ и сенатомъ (68 г. № 78, 70 г. № 1059, 71 г. № 1258 и др.). Въ дѣлѣ Шибалкина (1870 г. № 917) сенатъ призналъ, что душеприкащику могутъ быть предоставлены всѣ тѣ права, которыя необходимы для приведенія въ исполненіе духовнаго завѣщанія (см. выше, стр. 255).

Изъ приведенной ст. 25 уст. гр. судопр. явствуетъ, что душеприкащикъ имѣетъ право иска и по такимъ предметамъ, которые не предвидѣны въ завѣщаніи, но которые необходимы для приведенія въ исполненіе воли завѣщателя. Если душеприкащикъ можетъ, въ этомъ случаѣ, быть истцомъ, то онъ, очевидно, можетъ тогда явиться и отвѣтчикомъ. Искъ и отвѣтъ суть двѣ стороны одного и того же понятія—права представительства на судѣ. Они имѣютъ одно и то же юридическое основаніе—право судебной защиты. Иногда, въ одномъ и томъ же дѣлѣ, права иска и отвѣта смѣшиваются и сливаются воедино, такъ что ихъ нельзя отдѣлить одно отъ другаго. Душеприкащикъ можетъ весьма часто быть поставленъ въ необходимость явиться отвѣтчикомъ по дѣлу, которое, съ перваго взгляда, не имѣетъ непосредственнаго отношенія къ духовному завѣщанію, но которое, по своимъ послѣдствіямъ, можетъ отразиться на самомъ исполненіи завѣщанія. Положимъ, предъявляется искъ по условію, заключенному съ покойнымъ. Проигрышъ этого дѣла повлечетъ за собою уменьшеніе наследственнаго актива; а это, съ своей стороны, можетъ помѣшать точному исполненію воли завѣщателя. Такимъ образомъ, по существу дѣла и по смыслу закона, полномочіе душеприкащика, въ качествѣ представителя завѣщателя на судѣ, можетъ и

должно быть весьма обширное. Оно можетъ затмить собою полномочіе опекуна. Само собою понятно, что для веденія дѣла завѣщателя на судѣ душеприкащикъ и у насъ вправѣ избрать повѣреннаго (см. рѣш. сената 70 г., № 1059).

Выше мы говорили, что управленіемъ наследственнымъ имуществомъ душеприкащикъ пользуется, по иностранному праву, въ томъ случаѣ, когда оно предоставлено ему завѣщателемъ¹⁾. Но мы полагаемъ, что практика будетъ признавать за душеприкащикомъ это право и тогда, когда оно не явно выражено въ завѣщаніи, если оно оказывается безусловно необходимымъ для приведенія въ исполненіе, возложеннаго на душеприкащика, порученія. Возлагая на душеприкащика подобное порученіе, завѣщатель этимъ самымъ выражаетъ согласіе на передачу ему во владѣніе имущества. Это будетъ своего рода молчаливое полномочіе (*mandatum tacitum*; см. выше, стр. 221 и послѣд.²⁾).

Сенатъ призналъ, что наследственное имущество должно быть передано въ вѣдѣніе душеприкащика, не ожидая утвержденія наследниковъ въ правахъ наследства (69 г., № 612). Душеприкащикъ вправѣ принять во владѣніе это имущество безъ всякаго судебного опредѣленія (*Demolombe*, стр. 43; *Dalloz*, № 1058).

По прусскому кодексу, душеприкащикъ, которому предоставлено владѣніе наследственнымъ имуществомъ, признается управляющимъ (§ 558). Такимъ образомъ, къ этому случаю получаютъ примѣненіе всѣ тѣ постановленія объ управленіи имѣніемъ, о которыхъ мы говорили выше (стр. 211—220).

Можетъ ли у насъ душеприкащику быть предоставлено право

¹⁾ Прусск. 558; сакс. 2238; остъ. 2459. Во французскомъ и итальянскомъ кодексахъ говорится лишь о возможности передачи душеприкащику во владѣніе движимаго имущества. Оно можетъ продолжаться не болѣе одного года со дня смерти завѣщателя (С. N. art. 1026; итальянск. ст. 906). Недвижимое же имѣніе во владѣніе душеприкащика передаваемо быть не можетъ (*Demolombe*, стр. 38). Это различіе между движимымъ и недвижимымъ имуществомъ основывается на томъ, что первое можетъ быть легко расхищено; поэтому оно, въ огражденіе интересовъ легатаріевъ и другихъ заинтересованныхъ лицъ, должно быть передано во владѣніе душеприкащика; недвижимое же имѣніе такимъ случайностямъ подвергаться не можетъ; кромѣ того, на недвижимомъ имѣніи легатаріи имѣютъ по французскому праву законную ипотеку (*Demolombe*, стр. 37; *Dalloz*, № 4057 и 4058).

²⁾ Ср. *Mittermaier*, ib. Эта мысль получаетъ подтвержденіе и въ рѣшеніи сената 1871 г. № 1258. См. выше стр. 256—258.

распоряженія наследственнымъ имуществомъ, т. е. право закладывать и отчуждать его?

Г. Гольмстенъ (стр. 49) отвѣчаетъ на этотъ вопросъ отрицательно. Онъ говоритъ, что «право распоряженія» и «въ предѣлахъ воли завѣщателя» — понятія одно другое исключаютъ. Это взглядъ положительно ошибочный. Онъ является послѣдствіемъ смѣшенія двухъ разнородныхъ понятій о самостоятельномъ и зависимомъ правѣ распоряженія. Право распоряженія составляетъ нераздѣльную составную часть права собственности. Поэтому, само это право не можетъ быть отдѣляемо отъ послѣдняго. Но осуществленіе права распоряженія можетъ быть поручаемо и представителю. Этимъ лице представляемое не отдѣляется отъ себя права распоряженія¹⁾. Напротивъ, въ лицѣ представителя, распоряжается своимъ имуществомъ само лице представляемое. Развѣ нельзя предоставить повѣренному право закладывать и продавать имѣніе (ст. 542, 1 ч. X томъ)? Отчего же нельзя это право предоставить душеприкащику? Такое право должно быть признаваемо за душеприкащикомъ тѣмъ болѣе, что оно часто оказывается безусловно необходимымъ для приведенія въ исполненіе всѣхъ распоряженій завѣщателя. Такъ, напримѣръ, въ томъ случаѣ, когда завѣщатель предоставилъ душеприкащикамъ продать его имущество, съ тѣмъ, чтобы вырученныя изъ онаго деньги распределить между лицами и учреждениями, указанными въ завѣщаніи²⁾.

¹⁾ См. въ гл. XVII разборъ ст. 542, 1 ч. X. т.

²⁾ Во французской юридической литературѣ существуютъ по этому вопросу разныя мнѣнія. Demolombe (томъ XXII, стран. 63, и 81 91) и другіе авторы, которыхъ онъ цитируетъ, признаютъ за душеприкащикомъ право распоряженія. Этого же мнѣнія придерживается судебная практика и французскій кассационный сенатъ. Напротивъ, Лоранъ (ibidem, №№ 365 — 369) горячо отстаиваетъ мнѣніе о невозможности предоставить душеприкащику права распоряженія. Онъ и по этому вопросу исходитъ изъ вышеприведенной (стр. 253) точки зрѣнія, что права наследниковъ и универсальныхъ легатаріевъ, какъ собственниковъ наследственнаго имущества, не могутъ быть ограничиваемы посмертною волею завѣщателя. Для Лорана наследники и легатаріи все, а воля завѣщателя — ничто. Это мнѣніе мы уже достаточно опровергли выше (стр. 254). Впрочемъ и Лоранъ допускаетъ исключеніе изъ этого правила въ томъ случаѣ, когда продажа недвижимаго имѣнія оказывается безусловно необходимою для удовлетворенія легатаріевъ (стр. 396). А если продажа необходима для удовлетворенія кредиторовъ? Развѣ душеприкащикъ обязанъ во всемъ сообразоваться съ волею наслед-

Отезейскій кодексъ прямо признаетъ за душеприкащикомъ право распоряженія наследственнымъ имуществомъ. Онъ, именно, говоритъ: отчуждать что либо изъ завѣщаннаго имущества дозволяется душеприкащику лишь въ предѣлахъ той власти, которая, именно, предоставлена ему на сіе завѣщателемъ или же въ тѣхъ случаяхъ, когда такое отчужденіе непременно необходимо для охраненія и для исполненія завѣщанія, какъ, напр., для удовлетворенія легатаріевъ (ст. 2460). Такимъ образомъ, кодексъ этотъ признаетъ за душеприкащикомъ право распоряженія не только въ томъ случаѣ, когда оно предоставлено ему завѣщателемъ, но и въ такомъ случаѣ, когда ему таковое право не предоставлено, если оно оказывается необходимымъ для выполненія возложенныхъ на него обязанностей¹⁾.

Вышеуказанное различіе между самостоятельнымъ и зависимымъ правомъ распоряженія проглядываетъ въ рѣшеніи сената по дѣлу Бехтѣевой съ Миролюбовымъ (1870 г. № 1750), хотя оно выражено въ немъ не съ достаточною ясностію. Исходя изъ этой точки зрѣнія, сенатъ пришелъ къ совершенно правильному заключенію о томъ, что душеприкащику можетъ быть предоставлено право распоряженія наследственнымъ имуществомъ. Эту же мысль сенатъ высказалъ и въ дѣлѣ о завѣщаніи Шибалкина (70 г. № 917). Завѣщаніемъ, по разуму 1084 ст. X т. 1 ч., говоритъ сенатъ, могутъ душеприкащику, въ отношеніи имуще-

никовъ и легатаріевъ? Развѣ воля завѣщателя ничего не значить? Съ точки зрѣнія Лорана, душеприкащикество должно лишиться того важнаго практическаго значенія, которое оно имѣетъ въ жизни, какъ представительство лица умершаго, какъ способъ приведенія въ исполненіе его воли. Пухта также утверждаетъ, что душеприкащикъ не пользуется правомъ распоряженія (Vorlesungen, § 482). Ошибочность этого взгляда слишкомъ явствуетъ изъ всего вышеизложеннаго.

¹⁾ Такое право признается за душеприкащикомъ и нѣкоторыми партикулярными нѣмецкими законодательствами (Безелеръ, стр. 594). Этотъ взглядъ разделяютъ и Миттермайеръ, ib. X, и Syntenis, ib. § 182; 1. Это же право, независимо отъ разрѣшенія завѣщателя, признается за душеприкащикомъ и многими французскими юристами, приведенными у Dalloz (ib., № 4088). Dalloz лично не разделяетъ этого взгляда (ib.). Для насъ правильность взгляда, выраженнаго въ ст. 2460 ост. кодекса, внѣ всякаго сомнѣнія. Взглядъ этотъ вызывается неотложною практическою необходимостію. Душеприкащикъ не можетъ быть лишенъ тѣхъ средствъ, которыя необходимы для выполненія возложенной на него задачи. Это было бы противно здравому смыслу. Повторяемъ: qui veut la fin, veut les moyens.

ства завѣщателя, быть предоставлены такія только распоряженія, которыя составляютъ исполненіе выраженной въ завѣщаніи воли умершаго. — Право распоряженія, которое является лишь исполненіемъ воли другого лица и есть право *записное*. Только такое право распоряженія и предоставляется душеприкащику. — Право душеприкащика на распоряженіе наследственнымъ имуществомъ признано сенатомъ и въ рѣшеніяхъ его 71 г. № 863, 75 г. № 322 и др. ¹⁾

¹⁾ Любопытный примѣръ обширнаго полномочія, предоставленнаго душеприкащику, съ правомъ распоряженія имуществомъ, встрѣчается въ дѣлѣ торговаго дома «Братья Туляковы» съ комитетомъ надъ дѣлами Тименкова (практика спб. коммерч. суда, 76 г., № 19). Спб. 1-й гильдіи купецъ, Андрей Ивановичъ Тименковъ, по духовному завѣщанію, составленному 25 сентября 1871 г., назначилъ все свое имущество «на призрѣніе немощныхъ и воспитаніе немощныхъ». Исполненіе этой воли своей онъ возложилъ на трехъ душеприкащиковъ — потомственныхъ почетныхъ гражданъ: Николая Цѣлибѣева, Ивана Аверина и спб. 2-й гильдіи купца Ивана Тулякова, которыхъ, между прочимъ, просилъ учинить слѣдующее: 1) довести до конца, сдѣланную завѣщателемъ вчернѣ, постройку богадѣльни подъ названіемъ: «Домъ Призрѣнія Тименкова-Фролова», согласно высочайше утвержденному плану; 2) исходатайствовать утвержденіе со стороны правительства устава богадѣльни, имъ, завѣщателемъ, представленнаго; 3) при приведеніи сего въ дѣйствительное исполненіе, передать все возведенныя зданія, по окончаніи ихъ, въ управленіе особаго, имѣющаго быть учрежденнымъ въ порядкѣ на то въ уставѣ указанномъ, комитета, въ который они, душеприкащики, должны вступить пожизненными членами; 4) въ теченіи двухъ лѣтъ закончить все дѣла его, продать все движимое имущество его, кромѣ святыхъ иконъ, получить съ должниковъ его долги по документамъ, но съ условіемъ, что, если кто-либо изъ нихъ окажется въ стѣсненномъ положеніи и будетъ просить отсрочки, то отсрочить платежъ до двухъ лѣтъ, а, въ случаѣ несостоятельности, взыскація не производить; 5) обративъ такимъ образомъ, все движимое имущество въ наличный капиталъ, все что останется отъ него, за уплатою долговъ его и указанныхъ въ завѣщаніи выдачъ и необходимыхъ издержекъ, передать въ распоряженіе комитета, которому надлежитъ за тѣмъ распорядиться этимъ какъ собственностью богадѣльни, согласно уставу и 6) при сдачѣ комитету капитала представить ему подробный отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ и въ движеніи суммъ; кромѣ же комитета никому болѣе отчета не отдавать. — Болѣе широкаго полномочія душеприкащику трудно себѣ и представить. Но нѣтъ ли малѣйшаго основанія признать это полномочіе недѣйствительнымъ. Напротивъ, этотъ примѣръ служитъ доказательствомъ тому, что, при хорошо организованной системѣ контроля надъ дѣйствіями душеприкащика, широкое полномочіе его можетъ плодотворно принести обильные и плодотворные результаты. Какимъ образомъ Тименковъ осуществлялъ бы свои благія намѣренія, если бы онъ не пользовался полною свободою въ предоставленіи полномочія своимъ душеприкащикамъ? — Нѣкоторые французскіе юристы и французская практика признають, что завѣщатель, не имѣющій

Право владѣнія и распоряженія душеприкащика можетъ иногда, безъ особой необходимости, войти въ столкновеніе съ интересами, желаніями и симпатіями наследниковъ. Нѣкоторые изъ законодательствъ предоставляютъ наследникамъ простой способъ выйти изъ этого столкновенія. Они, именно, могутъ истребовать наследственное имущество изъ владѣнія душеприкащика, представивъ въ его распоряженіе средства, достаточныя для приведенія въ исполненіе распоряженій завѣщателя ¹⁾. Эти постановленія весьма рациональны. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ, право распоряженія является для душеприкащика лишь средствомъ для приведенія въ исполненіе распоряженій завѣщателя. Душеприкащикъ *можетъ, но не обязанъ* пользоваться этимъ своимъ правомъ, когда для этого не представляется необходимости.

Другое дѣло, если завѣщатель выразилъ безусловное, императивное желаніе, чтобы его имущество непременно было продано и между наследниками и легатаріями были распределены только однѣ деньги. Тогда исполненіе воли завѣщателя должно быть признаваемо обязательнымъ какъ для душеприкащика, такъ и для наследниковъ и легатаріевъ. Душеприкащикъ можетъ лишь отказаться отъ *права*, предоставленнаго ему завѣщателемъ; но онъ не можетъ уклоняться отъ исполненія возложенной на него *обязанности*.

Слѣдуетъ ли изъ всего вышеизложеннаго, что завѣщатель вовсе неограниченъ въ распоряженіяхъ своихъ о душеприкащикествѣ? — Нисколько.

Не будемъ говорить о законахъ повелительныхъ и запретительныхъ. Они безспорно ограничиваютъ волю завѣщателя.

Свобода воли завѣщателя ограничивается еще основными началами, юридическою природою формулируемаго имъ явленія. Природа юридическихъ явленій кроется и въ самихъ законахъ: законъ ничего противостественнаго постановлять не можетъ. Такимъ образомъ, юридическая природа института обыкновенно имѣетъ и положительную, легальную основу. Видоизмѣнять основныя на-

наследниковъ, можетъ предоставить душеприкащику право продавать и все его недвижимыя имѣнія и вырученныя деньги распределить между легатаріями (см. Dalloz, № 4087).

¹⁾ Сакс. § 2243; франц. art. 1027; итальянск. ст. 907.

чала института, распоряжаться въ смыслѣ противномъ его природѣ — завѣщатель не вправе. Видоизмѣнять основныя понятія явленій, значитъ присвоить себѣ власть законодательную, если не больше. Такой власти частное лице, завѣщатель, имѣть не можетъ.

Завѣщатель имѣетъ право распоряжаться, по своему усмотрѣнію, своимъ имуществомъ. Онъ можетъ назначить наследникомъ, собственникомъ онаго, кого угодно. Но, назначивъ лицу право собственности на наследственное имущество, онъ не можетъ искажать самое понятіе объ этомъ правѣ. Онъ не можетъ, напр., совсѣмъ отдѣлить право распоряженія отъ права собственности и передать эти права въ разныя руки. Права эти тѣсно связаны между собою — такова природа права собственности. Завѣщатель можетъ свободно распоряжаться въ области факта; но онъ не можетъ самовластно хозяйничать въ сферѣ права.

Тоже самое въ душеприкащикествѣ. Завѣщатель можетъ назначить душеприкащикомъ кого угодно. Но, сдѣлавъ это назначеніе, онъ не можетъ исковеркать понятіе, существо душеприкащикества.

Душеприкащикество — довѣренность, хотя и своеобразная. Основное начало довѣренности — зависимое, служебное положеніе представителя. Одно изъ послѣдствій этой зависимости — обязанность душеприкащика отвѣтствовать и давать въ своихъ дѣйствіяхъ отчетъ заинтересованнымъ въ наследственномъ имуществѣ лицамъ. Видоизмѣнять это основное понятіе душеприкащикества завѣщатель не вправе. Онъ не можетъ назначать *безотвѣтственныхъ, безотчетныхъ, душеприкащиковъ*. Безотчетность — одно изъ высшихъ проявленій вполне самостоятельной дѣятельности. Такою полною, неограниченною самостоятельностью можетъ обладать лишь собственникъ, но не его представитель, душеприкащикъ. Безотчетность противорѣчитъ существу, природѣ душеприкащикества. Это понятія несовмѣстимыя, одно другое исключаютъ. При безотчетности, душеприкащикъ изъ лица служебнаго, подчиненнаго, превращается въ безконтрольнаго, полновластнаго хозяина. *Безотчетное душеприкащикество* — *contradictio in adjecto*. (См. выше, стр. 90, прим. 3).

Вотъ почему мы находимъ вполне рациональнымъ постановленіе саксонскаго кодекса, который говоритъ, что *завѣщатель не*

можетъ освободить душеприкащика отъ обязанности составлять опись имуществу и *даже отчетности*; онъ можетъ лишь назначить срокъ для этихъ дѣйствій душеприкащика (ст. 2239¹⁾).

Вотъ почему находимъ совершенно правильнымъ и соображеніе сената о томъ, что назначенные въ завѣщаніи *безотчетные* душеприкащики *подлежатъ отчетности* предъ лицами, коимъ завѣщано наследственное имущество (1868 г. № 78)²⁾.

¹⁾ И остзейскій кодексъ говоритъ, что душеприкащикъ *долженъ* дать наследникамъ и другимъ заинтересованнымъ лицамъ отчетъ за время своего завѣдыванія наследствомъ (ст. 2467).

²⁾ Нѣкоторыя изъ соображеній по этому дѣлу сената достойны полного вниманія. Это рѣшеніе служитъ нагляднымъ доказательствомъ тому, какія вѣскія теоретическія мысли судьи, съ хорошою юридическою подготовкою, могутъ проводить по предмету, догматическое существо котораго не разработано нашимъ законодательствомъ (Ср. выше, стр. 45—46, 146—149 и 253—254). Относительно приведенія въ дѣйствіе воли завѣщателя, говоритъ сенатъ, законъ постановляетъ, что завѣщаніе исполняется душеприкащиками или самими наследниками *по воле* завѣщателя (ст. 1084 т. X, ч. I). Точный, буквальный смыслъ сей статьи показываетъ, что право душеприкащика относительно распоряженія имуществомъ, остающимся послѣ завѣщателя, ограничивается волею сего послѣдняго. Изъ сего слѣдуетъ, что дѣйствительное право душеприкащика заключается въ томъ, чтобы воля завѣщателя, покуда она не противорѣчитъ предписанію закона, была въ точности выполнена во всѣхъ частяхъ, безъ всякой отмычки. Исходя изъ сего начала, основаннаго на смыслѣ ближайшемъ къ *общему духу* нашего законодательства, заботливо ограждающаго точное исполненіе воли завѣщателя, душеприкащикъ, какъ *уполномоченный исполнитель воли умершаго завѣщателя*, а не собственной воли, въ случаѣ жалобы наследниковъ на произвольныя, несогласныя съ завѣщаніемъ, его распоряженія, *обязанъ дать отчетъ, какъ въ отношеніи имущества, временно вопреки его завѣдыванію, такъ и въ отношеніи точнаго исполненія воли завѣщателя. Предоставленіе душеприкащику права безотчетно распоряжаться имуществомъ, завѣщаннымъ въ собственность другому лицу, равнялось бы присвоенію или права собственника на чужую собственность, право измѣнить, по своему усмотрѣнію, волю завѣщателя, выраженную въ завѣщаніи, вопреки воли исполненію. Очевидно, что душеприкащикъ, какъ исполнитель воли завѣщателя, а не собственной воли, не приобретаетъ никакихъ правъ на чужую собственность, правъ несовмѣстныхъ съ правами наследника, которому переходитъ имущество сего послѣдняго не по воле душеприкащика, а по воле завѣщателя.*— Въ этомъ рѣшеніи сената отражается весьма многое изъ теоріи душеприкащикества. Изъ ничего создана почти цѣлая система; обрисованъ типъ душеприкащика. Но не можемъ не замѣтить, что въ этомъ рѣшеніи сената есть и весьма существенный недостатокъ. Сенатъ всю суть душеприкащикества основываетъ на *воле* завѣщателя; но не объясняетъ отчего недѣйствительна безотчетность душеприкащика, установленная *волею* самаго завѣщателя? Правда, сенатъ говоритъ о волѣ завѣщателя, «покуда она не противорѣчитъ предписанію закона». Но гдѣ тотъ законъ,

Невозможность безотчетного душеприкащичества признает и французская доктрина и практика ¹⁾:

Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя не согласиться съ мнѣніем Demolomb'a (стр. 91), что, если установленіемъ безотчетности завѣщатель желалъ лишь отдать душеприкащику, въ видѣ отказа, то что остается послѣ распредѣленія между лицами, указанными въ завѣщаніи, назначенныхъ имъ суммъ, тогда распоряженіе это исполнѣ дѣйствительно. Это весьма естественно. Безотчетность несовмѣстима лишь съ званіемъ душеприкащика, какъ *представителя интересовъ другихъ лицъ*. Но если сумма, остающаяся послѣ приведенія въ исполненіе распоряженій завѣщателя, составляетъ принадлежность душеприкащика, то, по отношенію къ этой суммѣ, онъ уже не душеприкащикъ, не представитель интересовъ другихъ лицъ, а *настоящій собственникъ*. Собственникъ же, относительно своего имущества, никому отчета давать не долженъ. Весьма естественно, что такой характеръ можетъ быть признаваемъ за душеприкащикомъ лишь съ крайнею осторожностью и въ томъ лишь случаѣ, когда это несомнѣнно явствуетъ

который положительно запрещаетъ безотчетное душеприкащичество? Такимъ образомъ, вся суть въ указаніи тѣхъ предѣловъ, до которыхъ можетъ доходить свобода воли завѣщателя. Это мы и старались выяснитъ въ текстѣ. Мысль, что душеприкащикъ не можетъ быть безотчетенъ, высказана сенатомъ и въ дѣлѣ о завѣщаніи Шибалкина (70 г. № 917; ср. еще рѣшеніе 69 г. № 227).

¹⁾ Laurent стр. 409—411; Demolombe 92—93. Le testateur, говоритъ Demolombe (ib. стр. 40—41), pouvait priver son héritier de tous ses biens; et c'eût été là, s'il l'avait faite, une disposition normale, qui ne blessait, en aucune façon, l'intérêt général de la société; mais ce qui constituerait, au contraire, une disposition anormale, en opposition avec les principes essentiels du droit privé et du droit public, c'est celle par laquelle le testateur prétendrait apporter des entraves arbitraires au droit de propriété, qu'il laisse à son héritier. Demolombe выставляетъ слѣдующіе пункты ограниченія свободы воли завѣщателя: 1) Порученія, возлагаемая на душеприкащика, должны имѣть лишь цѣлію обезпечитъ исполненіе духовнаго завѣщанія. Эту мысль высказалъ и сенатъ въ дѣлѣ Шибалкина (1870 г., № 917): «Душеприкащику могутъ быть предоставлены только такія распоряженія, которыя составляютъ исполненіе, выраженной въ завѣщаніи, воли завѣщателя». Мы видѣли (стр. 258—259), что это понятіе весьма широкое и что нерѣдко дѣйствія, которыя, съ перваго взгляда, кажутся неимѣющими ничего общаго съ исполненіемъ по завѣщанію, по внимательномъ разсмотрѣніи, могутъ оказаться имѣющими съ этимъ тѣсную связь; 2) порученія эти не должны противорѣчить повелительнымъ и запретительнымъ законамъ, и 3) они не должны быть противны общественному порядку (l'ordre public) и нравственности. Напротивъ, Dalloz (№ 4110) признаетъ возможною безотчетность душеприкащика.

изъ смысла духовнаго завѣщанія. Всякое сомнѣніе должно быть толкуемо противъ такого предположенія. Les libéralités ne se présument pas.

Вопросъ этотъ былъ возбужденъ въ дѣлѣ Шибалкина (70 г. № 917). Шибалкинъ назначилъ Алексѣева, Савельева и Заканова безотчетными душеприкащиками своего имущества и поручилъ имъ сдѣлать выдачи и пожертвованія въ пользу церквей и богоугодныхъ заведеній. С.Петербургская судебная палата нашла, что желаніе завѣщателя заключалось въ томъ, чтобы «изъ имущества, составляющихъ предметъ его распоряженія, удовлетворена была цѣль, на пользу которой сдѣланъ отказъ, а *остатокъ остался въ пользу лица, которому былъ завѣщанъ въ распоряженіе*», т. е. въ пользу душеприкащиковъ. При этомъ палата совершенно вѣрно замѣтила, что, въ сущности, въ этомъ случаѣ, душеприкащикъ остается безотвѣтственнымъ лишь въ отношеніи наслѣдниковъ по закону; относительно же наслѣдниковъ по завѣщанію онъ не остается безотвѣтственнымъ потому, что связанъ имъ отдать все то, что имъ причитается по завѣщанію. Сенатъ отмѣнилъ это рѣшеніе палаты, потому что нашелъ, что душеприкащикамъ было предоставлено лишь право распоряженія, которое составляетъ лишь составную часть права собственности, но не самое это право (ст. 420, 1 ч. X т.) ¹⁾. При этомъ сенатъ нашелъ неправильнымъ понятіе «какъ бы собственность» (quasi-собственность), выведенное палатою и не соответствующее нашимъ законамъ. Но намъ кажется, что если судебное мѣсто изъ совокупнаго смысла духовнаго завѣщанія и данныхъ дѣла придетъ къ несомнѣнному заключенію, что лицу, названному хотя душеприкащикомъ, предоставлено право собственности на излишекъ имущества завѣщателя, который останется за удовлетвореніемъ распоряженій по завѣщанію, — то врядъ ли этотъ вопросъ факта можетъ подлежать переверженію въ порядкѣ кассационномъ.

Послѣ изложеннаго не трудно разубишить, возбуждавшійся у насъ на практикѣ, вопросъ о правѣ завѣщателя предоставить душеприкащику выборъ наслѣдника.

¹⁾ Мысль, что душеприкащикъ, которому предоставлено право распоряженія имуществомъ, не можетъ еще быть названъ собственникомъ, проведена сенатомъ и въ дѣлѣ о духовномъ завѣщаніи кн. Аргутинскаго-Долгорукова, (1874 г. № 155).

Подобное право противорѣчитъ существу душеприкащичества. Душеприкащикъ — лицо, находящееся въ служебномъ, въ зависимомъ отношеніи отъ воли завѣщателя и лицъ, заинтересованныхъ въ наслѣдственномъ имуществѣ. Право выбора наслѣдника ставить его въ положеніе совершенно независимое. Никакой контроль, никакая отчетность, относительно дѣйствій его по этому выбору, немислимы. Выборъ наслѣдниковъ — самая существенная составная часть, центр тяжести завѣщательнаго права. Но право завѣщательное есть право личное. Оно никому передаваемо быть не можетъ. Мы видѣли (стр. 87 прим. 2), что даже составленіе завѣщанія не можетъ быть поручаемо повѣренному. Тѣмъ менѣе можетъ быть перенесена на другаго суть завѣщательнаго права — выборъ наслѣдника. Лице, которому предоставлено право выбора наслѣдника — не душеприкащикъ, а вторичный завѣщатель.

Столь же мало можетъ быть предоставлено усмотрѣнію душеприкащика назначеніе долей наслѣдства лицамъ, указаннымъ въ завѣщаніи. Необходимую принадлежность назначенія наслѣдника составляетъ — опредѣленіе ему доли наслѣдственнаго имущества. Предоставить другому лицу назначеніе наслѣдникамъ долей, оставшагося послѣ завѣщателя, имущества — то же самое, что предоставить ему выборъ самихъ наслѣдниковъ. Лице, которое назначаетъ долю наслѣдственнаго имущества, можетъ фактически устранить, указанного въ завѣщаніи, наслѣдника, назначивъ ему такую долю наслѣдственнаго имущества, которая будетъ равна нулю ¹⁾.

Лучшимъ подтвержденіемъ тому, что, съ точки зрѣнія нашего закона, не могутъ быть предоставляемы душеприкащикамъ вышеизложенныя права, служитъ то соображеніе, что само завѣщаніе,

¹⁾ И французское право признаетъ, что нельзя предоставить душеприкащику опредѣленіе наслѣдниковъ и назначеніе имъ долей наслѣдства (Demolombe, стр. 73 и пр.). Таково и направленіе французской практики (Laurent, № 334). Нечего прибавить, что Лоранъ вполне раздѣляетъ этотъ взглядъ, который совершенно соответствуетъ его ученію о душеприкащичествѣ (см. выше, стр. 253). Но Demolombe признаетъ, что усмотрѣнію душеприкащика можетъ быть предоставлено распределеніе между наслѣдниками и легатаріями, ex arbitrio boni viri, долей наслѣдства, *опредѣленныхъ въ завѣщаніи* (стр. 74). Ср. также Bluntschli, ib., § 247; 5.

въ которомъ содержатся подобныя распоряженія, должно быть признано недѣйствительнымъ, на точномъ основаніи ст. 1026 1 ч. X т. Въ этой статьѣ закона сказано: *имущества завѣщаемыя* и лица, коимъ оныя завѣщаются, должны быть въ завѣщаніи точно означены. Но, если назначеніе наслѣдниковъ и опредѣленіе имъ долей наслѣдства предоставляется усмотрѣнію душеприкащика, то, очевидно, что въ завѣщаніи, въ этомъ случаѣ, *не* обозначены ни имена наслѣдниковъ, ни имущества имъ назначаемыя ¹⁾.

По этимъ же основаніямъ слѣдовало бы признать недѣйствительнымъ и предоставленіе душеприкащику выбора легатаріевъ и назначенія имъ долей наслѣдственнаго имущества. Но отказы имѣютъ, весьма часто, въ жизни цѣлю такіе *riae causae*, что судебная практика оказывается, по этому вопросу, склонною къ отступленію отъ строгой теоріи, по чисто нравственнымъ побужденіямъ. Такъ, напр., практика врядъ ли согласится признать недѣйствительнымъ распоряженіе завѣщателя, коимъ усмотрѣнію душеприкащика предоставляется выборъ стипендіата или богоугоднаго заведенія, ²⁾ съ тѣмъ, чтобы имъ была отдана извѣстная доля наслѣдственнаго имущества. Врядъ ли кто либо станетъ упрекать судебную практику за такое отступленіе отъ строгихъ началъ теоріи ³⁾.

Все вышеизложенное показываетъ, что мнѣніе Унгера, будто дѣятельность душеприкащика зависитъ отъ инструкціи завѣщателя, а, за неимѣніемъ ея, отъ природы возложенной на него задачи ³⁾ — не можетъ быть признано правильнымъ. Мы, именно, видѣли, что не всѣ права и обязанности, возлагаемыя на душеприкащика законны и дѣйствительны. *Предѣлы дѣятельности душеприкащика опредѣляются полномочіемъ завѣщателя и существомъ возложенныхъ на него обязанностей, на сколько они не противоречатъ природѣ душеприкащичества и императивнымъ законамъ, а также постановленіями самаго закона.*

¹⁾ Ср. также ст. 1010 и 1018 1 ч. X т. — Такого же мнѣнія и Лоранъ относительно завѣщанія, въ которомъ содержатся распоряженія, въ родѣ изложенныхъ въ текстѣ. *La validité même du mandat pouvait être contestée, puisque la testatrice n'avait fait aucune disposition de ses biens* (№ 334).

²⁾ Bluntschli (ib.) даже прямо признаетъ за завѣщателемъ право предоставить душеприкащику назначеніе отказовъ и выборъ лицъ, которымъ они должны быть выданы.

³⁾ Das öster. Erbrecht, стр. 125.

Взаимныя отношенія нѣсколькихъ душеприкащиковъ формулируются, согласно выраженной завѣщателемъ волѣ. Онъ можетъ предоставить каждому изъ нихъ отдѣльную, самостоятельную сферу дѣятельности или же требовать ихъ совмѣстной дѣятельности.

Когда душеприкащиковъ нѣсколько и занятія между ними не распределены завѣщателемъ, — они, говоритъ остзейскій кодексъ, должны вести дѣла по возможности сообща. Но, въ крайнемъ случаѣ, они имѣютъ право дѣйствовать и отдѣльно ¹⁾. Если они раздѣляютъ между собою свои дѣйствія по добровольному соглашенію, то тѣмъ не менѣе отвѣтствуютъ круговою порукою (ст. 2464). Французскій же кодексъ говоритъ, что изъ нѣсколькихъ душеприкащиковъ каждый можетъ, за отсутствіемъ другихъ, дѣйствовать самостоятельно; если завѣщатель не опредѣлилъ каждому изъ нихъ отдѣльной сферы дѣятельности, то они обязаны дать солидарно отчетъ во *вѣренной имъ движимости* (art. 1031). Таково же постановленіе и итальянскаго уложенія (ст. 910). Такимъ образомъ, по взгляду этихъ законодательствъ, законное предположеніе идетъ въ пользу права на отдѣльную, самостоятельную дѣятельность каждого изъ душеприкащиковъ; къ совмѣстной дѣятельности они могутъ быть признаваемы обязанными, лишь тогда, когда это ясно выражено завѣщателемъ. Это положеніе имѣетъ цѣлю облегчить дѣятельность душеприкащиковъ и устранить споры и недоразумѣнія, которые могутъ возникнуть отъ требованія, чтобы всѣ душеприкащики дѣйствовали совмѣстно. Такъ какъ каждый изъ душеприкащиковъ можетъ дѣйствовать отдѣльно, то они не отвѣтствуютъ солидарно, за исключеніемъ лишь за вѣренную имъ движимость ²⁾.

Согласно съ этихъ взглядовъ, иностранныя законодательства постановили, что если одинъ изъ нѣсколькихъ душеприкащиковъ откажется или почему либо не можетъ исполнить возложенную на него обязанность, то остальные вправѣ сами дѣйствовать ³⁾.

¹⁾ См. также Roth, стр. 804.

²⁾ См. Demolombe (стр. 25—32) и Dalloz (ib. 4055). Постановленіе саксонскаго кодекса о способѣ дѣятельности нѣсколькихъ душеприкащиковъ (§ 2236) вполнѣ сходно со взглядомъ французскаго и итальянскаго кодексовъ.

³⁾ Сакс. § 2236; франц. art. 1033; итальянск., ст. 910.

Отказъ одного изъ душеприкащиковъ, говоритъ Dalloz (№ 4106), не можетъ лишить остальныхъ довѣрія, которымъ одарилъ ихъ завѣщатель, если только въ завѣщаніи явно не выражена безусловная необходимость ихъ *совмѣстной* дѣятельности. Всякое сомнѣніе должно быть истолковано противъ подобнаго требованія.

Рациональность и практичность этихъ положеній иностраннаго права слишкомъ очевидны. Безъ этой свободы, дѣятельность душеприкащиковъ можетъ быть парализована на каждомъ шагу и исполненіе воли завѣщателя подвергнется большому риску.

Сенатъ призналъ, что, въ случаѣ смерти одного изъ душеприкащиковъ, волю завѣщателя вправѣ исполнить душеприкащикъ, оставшіеся въ живыхъ ¹⁾. Полагаемъ, что эту мысль сената можно, по аналогіи, — согласно съ приведенными постановленіями иностранныхъ законодательствъ — распространить на всѣ тѣ случаи, когда одинъ изъ душеприкащиковъ не хочетъ или не можетъ исполнить возложенную на него обязанность.

Остзейскій кодексъ говоритъ, что если душеприкащикъ откажется, будетъ устраненъ отъ своего званія или умретъ, то, отъ усмотрѣнія суда зависитъ предоставить исполненіе завѣщанія наследнику или назначить попечителя надъ наследствомъ (ст. 2469).

У насъ очевидно, обязанность душеприкащика перейдетъ, въ этомъ случаѣ, къ наследнику. Если же наследника нѣтъ, то лица, заинтересованныя въ наследственномъ имуществѣ (какъ легатаріи и пр.), могутъ быть поставлены въ безвыходное положеніе. Они, конечно, могутъ просить о назначеніи надъ наследственнымъ имуществомъ опеки. Остается только предоставить опекѣ права душеприкащика, т. е. право ликвидировать наследственное имущество и распределить его между легатаріями. Это единственный исходъ изъ такого чрезвычайно затруднительнаго положенія (ср. ниже, стр. 275 и прим. 1).

Если завѣщатель, опредѣливъ въ завѣщаніи душеприкащика, назначилъ ему, вмѣстѣ съ тѣмъ, легатъ, — то можетъ возникнуть вопросъ о томъ: влечетъ ли отказъ душеприкащика отъ своего званія лишеніе его права на легатъ? Нѣкоторые юристы ²⁾ справедливо замѣчаютъ, что разрѣшеніе этого вопроса зависитъ

¹⁾ Дѣло о завѣщаніи Савиной, 68 г. № 308 и дѣло Нечасова, 75 г., № 27.

²⁾ Demolombe (ib. стр. 9—12) и Dalloz (ib. №№ 4031 и 4032).

отъ смысла духовнаго завѣщанія. Если изъ завѣщанія видно, что завѣщатель назначилъ душеприкащику легать, какъ вознагражденіе за его труды по исполненію духовнаго завѣщанія, то отреченіе отъ своего званія влечетъ для него и потерю права на вознагражденіе, т. е. на отказъ; если же отказъ составляетъ нѣчто отдѣльное, независимое отъ обязанности душеприкащика, то отреченіе его не влечетъ за собою этихъ послѣдствій. Въ случаѣ сомнѣнія, *предположеніе* должно быть въ пользу того, что завѣщатель не имѣлъ въ виду назначить легать, какъ вознагражденіе за труды душеприкащика ¹⁾.

Въ нашей литературѣ ²⁾ возбужденъ вопросъ о томъ: можетъ ли, на ряду съ душеприкащикомъ, существовать опека надъ наслѣдственнымъ имуществомъ?

Утвердительное разрѣшеніе этого вопроса врядъ ли можетъ подлежать сомнѣнію. Задача душеприкащичества и опеки совершенно различныя. Душеприкащикъ представитель завѣщателя, а опекунъ—наслѣдника. Поэтому и интересы того и другаго могутъ быть совершенно противоположны. Въ случаѣ столкновенія тѣхъ интересовъ, коихъ они суть представителями, опекунъ и душеприкащикъ могутъ даже явиться противниками на судѣ (стр. 249, прим. 3). Но возможность совмѣстнаго существованія органовъ двухъ различныхъ сферъ дѣятельности—внѣ всякаго сомнѣнія.

Но могутъ ли душеприкащичество и опека быть сосредоточены въ одномъ лицѣ? ³⁾

Мы полагаемъ, что и этотъ вопросъ разрѣшается утвердительно.

Изъ вышеизложеннаго мы видѣли, что душеприкащичество служить противовѣсомъ интересамъ наслѣдниковъ въ томъ лишь случаѣ, когда оно существуетъ отдѣльно, самостоятельно отъ личности послѣднихъ. Но обязанности душеприкащика могутъ быть завѣщателемъ возлагаемы на самихъ наслѣдниковъ ⁴⁾. Это,

¹⁾ Ср. выше, стр. 247 и прим. 1.

²⁾ См. Гольмстенъ «о душеприкащикахъ» стр. 66.

³⁾ Случай соединенія въ одномъ лицѣ званія опекуна и душеприкащика см. сбор. Книрича т. I, 75 л., № 16, дѣло Просной и Человой.

⁴⁾ На основаніи ст. 24 уст. гр. судоп. искл. на завѣщаніи основанные, предъявляются, по общимъ правиламъ о подсудности, къ тому лицу (*душеприкащику или наслѣднику*), на обязанность коего возложено исполненіе завѣщательныхъ распоряженій. Изъ примаго смысла этой статьи закона явствуетъ,

очевидно, будетъ имѣть мѣсто въ томъ случаѣ, когда нечего опасаться столкновенія между интересами наслѣдниковъ и обязанностями душеприкащиковъ. Но, если душеприкащикомъ можетъ быть самъ наслѣдникъ, то это званіе, въ случаѣ несовершеннолѣтія послѣдняго, можетъ быть присвоено и его представителю, опекуну ¹⁾.

Считаемъ полезнымъ обратить вниманіе на весьма чувствительный пробѣлъ, который замѣчается въ положеніи душеприкащичества въ нашей жизни.

Выше мы видѣли, что основная черта душеприкащичества, придающая ему отличительное свойство представительства, составляетъ зависимое, служебное положеніе душеприкащика. Эта зависимость обнаруживается, между прочимъ, въ томъ, что душеприкащикъ подлежитъ въ своихъ дѣйствіяхъ отчетности и отвѣтственности предъ лицами, заинтересованными въ наслѣдственномъ имуществѣ. Въ обыкновенномъ представительствѣ эта зависимость—постоянная, неизмѣнчивая. Но въ душеприкащичествѣ она можетъ сдѣлаться кажущейся, фиктивной; она можетъ совсѣмъ исчезнуть. Содержаніе духовнаго завѣщанія составляетъ тайну, которая можетъ быть и неизвѣстна указаннымъ въ немъ легатаріямъ, въ особенности, если они пребываютъ въ отдаленности отъ мѣстожителства завѣщателя. Между душеприкащикомъ и наслѣдниками легко можетъ состояться стачка, въ нарушеніе интересовъ легатаріевъ. Самое завѣщаніе можетъ быть скрыто. Опасность эта можетъ еще увеличиться въ томъ случаѣ, когда наслѣдниковъ вовсе нѣтъ, а все наслѣдственное имущество должно быть, по волѣ завѣщателя, распредѣлено между одними, указанными въ завѣщаніи, легатаріями (ср. стр. 269). Если исполненіе по духовному завѣщанію сопряжено съ сложными операціями по приведенію въ наличность наслѣдственнаго актива, если доли легатаріевъ находятся въ зависимости отъ окончательнаго исхода всѣхъ этихъ операцій,—то душеприкащикъ можетъ очутиться въ положеніи почти безконтрольнаго хозяина наслѣдственнаго имущества. Такимъ образомъ, душеприкащикъ можетъ фактически оказаться

что обязанности душеприкащика могутъ быть возлагаемы на самихъ наслѣдниковъ. Такъ это обыкновенно и бываетъ въ жизни. Ср. стр. 251.

¹⁾ Ср. Demolombe, стр. 7 и Dalloz, № 4053.

въ положеніи, несоотвѣтствующемъ юридическому существу, задачамъ и призванію душеприкащика.

Поэтому мы полагаемъ, что государство должно принять на себя верховный контроль надъ дѣятельностію душеприкащиковъ. Тогда государство замѣнитъ собою, въ случаѣ надобности, отсутствующаго лица представляемаго.

Весьма важный шагъ сдѣлало, въ этомъ отношеніи, Высоч. утвержд. 5 апрѣля 1869 г. мѣнѣе гос. совѣта по проекту временныхъ правилъ о духовныхъ завѣщаніяхъ. На основаніи ст. 19 этого мѣнѣя, завѣщанія, найденныя лицами производящими опись и опечатаніе имущества умершаго, отсылаются въ подлежащій окружной судъ, который приступаетъ къ утверженію завѣщанія, *неожидая подачи о томъ прошенія*. Этимъ путемъ содержаніе завѣщанія сдѣлается извѣстнымъ суду, независимо отъ предъявленія онаго къ утверженію наследниками и душеприкащиками. Далѣе (ст. 31) говорится, что по утверженіи завѣщаній, заключающихъ въ себѣ назначенія въ пользу церквей, монастырей, богоугодныхъ заведеній и вообще на предметы благотворительности или общественной пользы, окружной судъ препровождаетъ выписки изъ сихъ завѣщаній прокурору, для сообщенія въ подлежащія вѣдомства, вмѣстѣ съ свѣдѣніями объ имени и мѣстѣ жительства душеприкащиковъ или лицъ, предъявившихъ завѣщанія къ утверженію.

Слѣдуетъ полагать, что эти законы вызваны, именно, опасеніемъ за упомянутыя неблагопріятныя послѣдствія, къ которымъ можетъ повести исключительность положенія душеприкащика. Но, въ такомъ случаѣ, законодательству не слѣдуетъ останавливаться на полдорогѣ. Интересы частныхъ лицъ, не умѣющихъ сами себя ограждать, должны быть столь же близки государству сколько и интересы общественныхъ учреждений. Это вполне соотвѣтствуетъ призванію государства охранять интересы лицъ, нуждающихся въ его помощи. Въ этомъ вся суть, весь смыслъ и назначеніе правительственной опеки. Находятся же опекуны подъ контролемъ правительственной власти! Но задача душеприкащика иногда выше, власть его надъ наследственнымъ имуществомъ иногда шире власти опекуна. Надъ душеприкащикомъ часто контроль не менѣе необходимъ, чѣмъ надъ опекуномъ. Правительственный контроль можетъ устранить и то, упомянутое нами

(стр. 271), неудобство, которое можетъ произойти для наследниковъ и легатаріевъ, въ случаѣ отказа или смерти душеприкащика. Въ этомъ случаѣ, мѣсто душеприкащика займетъ государство ¹⁾.

Въ этомъ отношеніи достойно подражанія австрійское законодательство, которое признаетъ судъ верховнымъ душеприкащикомъ (*Supremus testamentarii executor*) ²⁾.

Душеприкащество прекращается: исполненіемъ даннаго душеприкащику порученія, или истеченіемъ срока, на который оно ему дано, смертію его ³⁾, признаніемъ завѣщанія недѣйствительнымъ, назначеніемъ надъ наследственнымъ имуществомъ конкурса и отстраненіемъ душеприкащика по распоряженію суда (*Roth*, стр. 812—814 и *Syntenis*, *ib.*, § 182; 7).

Изъ всего вышеизложеннаго видно, что практика заложила уже довольно прочный фундаментъ для зданія душеприкащества, которое должно быть воздвигнуто въ будущемъ въ нашемъ законодательствѣ. Многое остается еще впереди; но начало сдѣлано.

¹⁾ Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что этотъ пробѣлъ въ законѣ начинаетъ восполняться судебною практикою. Сенатъ, именно, въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ (69 г. № 935; 73 г. № 578; ср. еще 68 г. № 78, 71, г. № 738 и др.) призналъ, что душеприкащики подлежатъ за свои дѣйствія отвѣтственности предъ опекунскими учрежденіями и что наследники могутъ требовать проверки этихъ дѣйствій и судомъ. Эта мысль весьма рациональна. Она заслуживаетъ полнаго вниманія и несторонняго развитія.

²⁾ Unger, d. oester. Erbrecht, стр. 125.

³⁾ Очевидно, что это послѣдствіе будетъ имѣть и лишеніе душеприкащика всѣхъ правъ состоянія и признаній, его несостоятельнымъ (Ср. *Dalloz* № 4128). Нѣкоторые юристы справедливо признають, что если изъ смысла духовнаго завѣщанія явствуетъ, что завѣщатель, назначивъ душеприкащика, выразилъ свое довѣріе не къ самому *лицу*, а къ его званію (напр. городского головы, предводителя дворянства и пр.), тогда смерть его не прекращаетъ душеприкащества; оно переходитъ къ преемнику душеприкащика по его званію (*Dalloz*, № 4127). Нѣкоторые юристы полагаютъ, что, за смертію душеприкащика, судъ можетъ назначить на его мѣсто другаго. *Dalloz* (№ 4131) справедливо считаетъ это невозможнымъ. Назначеніе душеприкащика, какъ и повѣреннаго, основано на волѣ завѣщателя. Поэтому замѣна одного душеприкащика другимъ немыслима.

Приведенныя нами рѣшенія о душеприкащикествѣ, фактическомъ представительствѣ, управленіи имѣніемъ и молчаливомъ полномочіи—служать лучшимъ подтвержденіемъ взгляда на призваніе нашей судебной практики, изложеннаго нами выше (стр. 45—46, 147—149 и 210, прим. 1). Догматика права не то, что судопроизводство. Въ догматикѣ заимствованія изъ иностраннаго права весьма трудны. Этимъ объясняется отсталость догматической части нашихъ гражданскихъ законовъ, въ сравненіи съ законами о судопроизводствѣ и неуспѣшность попытокъ дѣлаемыхъ у насъ для усовершенствованія нашего гражданского законодательства (Ср. выше, стр. 58, прим. 1). За то практика имѣетъ большую возможность содѣйствовать поднятію уровня догматики права, чѣмъ законовъ о судопроизводствѣ. Юридическія истины, прежде чѣмъ попасть въ законодательство, должны быть переработаны въ горнилѣ судебной практики (стр. 210, прим. 1 и 253). Практика должна предварительно испробовать и доказать примѣнимость того или другаго теоретическаго положенія и соотвѣтствіе его потребностямъ нашей жизни. Одобренныя и усвоенныя практикою, юридическія истины проникаютъ и въ законодательство. Таковъ естественный ходъ развитія права. Напрасно практика будетъ ожидать спасенія отъ законодательства. Законодатель не въ силахъ одинъ справиться съ необычайно трудною задачею преобразованія гражданскихъ законовъ, безъ содѣйствія практики. Ему необходимъ для этого достаточный матерьялъ. Этотъ матерьялъ можетъ быть подготовленъ лишь судебною практикою совмѣстно съ наукою (ср. выше, стр. 3). Такимъ образомъ, *будущность нашего права во многомъ въ рукахъ судебной практики*. Чѣмъ выше и развитѣе будетъ судебная практика, тѣмъ больше возможности для усовершенствованія законодательства.

Изложенное указываетъ на то направленіе, которому должна слѣдовать наша судебная практика. Она, подобно западно-европейской практикѣ, *должна быть логична и рациональна*.

Глубоко ошибаются тѣ юристы, которые, при разрѣшеніи дѣлъ, обращаютъ вниманіе на одну лишь внѣшность, форму, букву закона и упускаетъ изъ виду его духъ, логическую и рациональную сторону. Къ какимъ несообразностямъ ни привела бы иногда буква закона, — они отстаиваютъ ее, вопреки духу всей системѣ права, логическому смыслу, потребностямъ жизни, а иногда и

исторической правдѣ¹⁾. При такомъ поверхностномъ, механическомъ отношеніи къ закону — въ практикѣ трудно водвориться

¹⁾ Подобное направленіе, проявляющееся иногда на практикѣ, должно быть хорошо извѣстно лицамъ, близко знакомымъ съ нашею судебною практикою. Но приведемъ и нѣкоторые примѣры. Въ ст. 2002 т. XI, ч. 2, сказано: что если къ несостоятельному должнику, признанному неосторожнымъ, «впослѣдствіи дойдетъ» имущество по наследству, дару и пр., то оно обращается на удовлетвореніе его кредиторовъ. Смыслъ закона, очевидно, тотъ, что *все* имущество несостоятельнаго должно быть обращено на удовлетвореніе его кредиторовъ: имущество несостоятельнаго въ сущности принадлежитъ имъ, а не ему. Но практика, основываясь на выраженіи «впослѣдствіи дойдетъ», толкуетъ эту статью въ томъ смыслѣ, что на удовлетвореніе претензій можетъ быть обращено лишь имущество, которое дойдетъ къ несостоятельному *послѣ закрытія конкурса* (74 г. № 215). Такимъ образомъ имущество, которое должникъ успѣлъ скрыть во время существованія конкурса, на удовлетвореніе претензій кредиторовъ обращено быть не можетъ. Это значитъ поощрять должниковъ къ сокрытію имущества, назначать премію за ловкія продѣлки. Должникъ можетъ, послѣ закрытія конкурса, открыто жить на деньги, которые онъ утаилъ, отиалъ у кредиторовъ!... Для насъ несомнѣнно, что такого положенія дѣлъ законодатель и въ мысляхъ не имѣлъ создать. Ст. 2002 т. XI говоритъ объ имуществѣ, которое «дойдетъ» къ несостоятельному, предполагая, что то имущество, которое у него было во время существованія конкурса, сполна обращено на удовлетвореніе его кредиторовъ (т. XI, ст. 1932—1959). Но изъ этого нисколько не слѣдуетъ, чтобы законъ имѣлъ въ виду поощрять сокрытіе должникомъ своего имущества. Напротивъ, изъ того, что законъ предписываетъ обращать на удовлетвореніе кредиторовъ даже имущество, которое несостоятельный случайно приобрѣтетъ послѣ закрытія конкурса, явствуетъ, что тѣмъ болѣе на этотъ предметъ должно быть обращено имущество, которое должникъ скрылъ во время конкурса (*argumentum a maiori ad minus*). Если въ ст. 2002 редакція не совѣсьмъ точна (наши законы по догматикѣ права вообще отличаются тщательностію редакціонной отдѣлки), то логическій смыслъ ее слишкомъ ясенъ. — Слѣдуетъ лишь сопоставить рѣшеніе по этому дѣлу съ нѣкоторыми изъ лучшихъ рѣшеній, приведенныхъ выше, чтобы замѣтить разнообразіе направленій въ практикѣ. Въ послѣднихъ замѣтна мотивировка на основаніяхъ *рациональныхъ*; въ первомъ — одно механическое сочетаніе статей закона, безъ объясненія ихъ логической, рациональной основы. Законъ, молъ, такъ постановилъ; отчего — неизвѣстно. По нашему, это «отчего», — логическая сторона права, — должна играть на практикѣ видную роль. Только, выясняя логическую основу закона, судебная практика можетъ быть рациональна: *scire leges, non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (D. 1. 3 § 17; ср. также Унгера, ч. 1, § 13, Вангерова § 24 и др.). Законодатель всегда преслѣдуетъ точно опредѣленную цѣль — удовлетвореніе потребностямъ жизни. Эту цѣль и слѣдуетъ постигать. Она — логическая основа закона. — Въ ст. 1068 1 ч. X т. сказано, что лице, не имѣющее нисходящаго потомства, можетъ передать свое родовое имѣніе, «одному» ближайшему или болѣе отдаленному родственнику. Нѣкоторые судебныя мѣста, толкуя этотъ законъ въ императивномъ смыслѣ, признаютъ недѣйствительными духовныя завѣщанія, коими родовое имѣніе передается *двумъ* родственникамъ. При этомъ совершенно упускаютъ изъ виду, что

раціональному взгляду на дѣло. Мы имѣемъ полное право аналитически относиться къ закону и толковать его съ точки зрѣнія логической, раціональной (ст. 9 уст. гр. судопр.). Несообразности не должны быть предполагаемы въ законѣ; онѣ обыкновенно указываютъ лишь на неточность редакціи закона. Согласно логическому способу толкованія закона, слѣдуетъ, въ такомъ случаѣ, сообразоваться съ духомъ закона и съ общимъ смысломъ всей системы права. Редакція закона, какъ всякое твореніе человѣческаго ума, можетъ страдать неясностію, неточностію (см. выше, стр. 148). Въ особенности неудовлетворительна казуистическая редакція догматической части нашихъ гражданскихъ законовъ, которая образовалась нѣсколько десятковъ лѣтъ тому, когда законодательная редакція стояла у насъ не на особенно высокой ступени развитія. Но неточная редакція не можетъ помѣшать судьямъ руководствоваться логическимъ смысломъ закона. Неточная редакція является прямымъ, естественнымъ послѣдствіемъ того неисчерпаемаго разнообразія юридическихъ казусовъ, которое проявляется въ жизни. Но мысль закона идетъ всегда дальше и глубже его буквы. Мысль закона обнимаетъ то, чего не успѣла выразить буква. Это весьма естественно. Законодатель всегда преслѣдуетъ извѣстную идею, цѣль. *Безцѣльными законовъ нѣтъ и быть не можетъ.* Если буква не успѣла облечь мысль законодателя въ широкую, всеобъемлющую форму, то мысль эта тѣмъ не менѣе существуетъ. *Но мысль, духъ закона служитъ такимъ же источникомъ права, какъ и его буква.* Духъ закона служитъ еще

вся система нашего наследственного права построена, именно, не на единоличномъ, а на поколѣнномъ правѣ наследованія (ст. 1122, 1127, 1128, 1136 и др. 1 ч. X т.) и что этотъ порядокъ наследованія образовался исторически (Пенюлинъ, ист. рос. гр. зак. ч. 3, § 520 и Кавелинъ «взглядъ на историческое развитіе русскаго порядка законнаго наследованія» стр. 41, 43 и др.). При этомъ также забываютъ, что приведенное императивное толкованіе водворяетъ въ нашей системѣ наследственного права жалкій остатокъ, чуждаго духу нашихъ законовъ, закона о единонаслѣдіи (27 марта 1714 г.), отвергнутого жизнью и законодательствомъ еще въ 1731 г. Для насъ несомнѣнно, что законъ могъ выраженіе «одному» понять лишь въ смыслѣ дозволятельномъ: безпотомный владѣлецъ *можетъ*, т. е., имѣть право передать имѣніе и одному изъ ближайшихъ или болѣе отдаленныхъ родственниковъ (Ср. ст. 26 уст. гр. судопр.: «одному изъ товарищей»). Объ этомъ вопросѣ надѣмся еще, при случаѣ, поговорить болѣе подробно. Ср. еще выше, стр. 121—123. — Вообще по этому предмету можно было бы многое кое что сказать; но не здѣсь этому мѣсто.

болѣе обильнымъ источникомъ права, чѣмъ его буква (см. выше, стр. 253). Если судебная практика будетъ санкціонировать своими рѣшеніями несообразности, къ которымъ ведетъ иногда неточная редакція закона, тогда никогда не выберемся изъ того неудовлетворительнаго состоянія, въ которомъ находится наше гражданское законодательство. Зеркало (см. выше, стр. 149) будетъ отражать предъ глазами законодателя вовсе не то, что ему слѣдовало бы видѣть.

ГЛАВА XV.

Явленія родственныя довѣренности.

Приказаніе (jussus).—Сходство этого понятія съ довѣренностію по иностраннымъ и нашимъ законамъ. — Совѣтъ (consilium). — Его существо и юридическое значеніе. — Рекомендаціи. — Значеніе совѣта по взгляду сната и нашихъ законовъ. — Договоръ продажи съ рукъ (contractus aestimatorius); его юридическое существо и практическое значеніе.

Изслѣдовавъ различныя виды представительства, перейдемъ къ разсмотрѣнію нѣкоторыхъ явленій родственныхъ довѣренности. Затѣмъ изложимъ подробности и послѣдствія самаго важнаго изъ видовъ представительства, наиболѣе встречающагося въ жизни, а именно—представительства по довѣренности.

Значеніе во многомъ сходное съ довѣренностію имѣетъ *приказаніе* (jussus), даваемое лицу состоящему въ отношеніи подчиненія къ лицу приказывающему. По римскому праву приказаніе (jussus) имѣло значеніе лишь относительно лицъ подвластныхъ. Приказаніе, данное отцемъ сыну на совершеніе извѣстныхъ дѣйствій, давало третьему лицу, вступившему съ сыномъ въ юридическое отношеніе, право обращаться по этому предмету съ претензіею къ отцу (actio quod jussu или de jussu¹⁾; см. выше, стр. 173). Прусскій кодексъ говоритъ, что порученія, исполняемыя по приказанію, обсуживаются по началамъ довѣренности (§ 224). Кодексъ этотъ требуетъ, чтобы приказаніе было облечено въ письменную форму. Исключеніе изъ этого правила прусскій кодексъ допускаетъ въ томъ лишь случаѣ, когда дѣйствія, требующія приказаніемъ, относятся къ обязанностямъ подчиненнаго, установленнымъ закономъ (§§ 225 и 226)²⁾.

¹⁾ Пухта, Pandecten-Vorlesungen § 277.

²⁾ Циммерманъ (die Lehre и пр., стр. 34 — 35), признавая за приказаніемъ сходство съ довѣренностію, говоритъ, что приказаніе должно быть дано третьему

Но, если между приказаніемъ и довѣренностію есть сходство, то между ними имѣется и нѣкоторое различіе. Различіе это заключается въ томъ, что въ приказаніи нѣтъ той свободы воли, которая существуетъ въ довѣренности. Основа довѣренности—воля, согласіе: *mandatum non suscipere cuilibet liberum est; приказаніе* — нѣчто принудительное¹⁾.

По нашему закону за причиненные кому либо обиды или убытки слугами, отвѣтственность на господина ихъ падаетъ только въ томъ случаѣ, *когда обиды или убытки произведены по его приказанію* (ст. 2235, 1 ч. X т.). Эта мысль повторяется и въ ст. 687, 1 ч. X т. Изъ этихъ статей закона явствуетъ, что и по нашему закону лице приказывающее отвѣтствуетъ за дѣйствія, учиненныя вслѣдствіе его приказанія, точно также какъ довѣритель отвѣтствуетъ за дѣйствія повѣреннаго. Такимъ образомъ и по нашему закону приказаніе имѣетъ юридическое значеніе довѣренности. Это доказывается и ст. 690, т. XI, уст. торг., въ которой приказаніе сопоставлено съ порученіемъ. Къ этому же виду довѣренности относятся предписанія, даваемыя казеннымъ вѣдомствомъ своимъ должностнымъ лицамъ на ходатайство по его дѣламъ въ судѣ (уст. гражд. суд. ст. 1286). Эти предписанія названы самимъ закономъ «письменнымъ уполномочіемъ» (уст. гражд. суд. ст. 1286). Сюда же относятся довѣренныя порученія или приказы, которые даются присутственными мѣстами чиновникамъ для полученія на почтѣ денегъ и бумагъ и для совершенія другихъ дѣлъ (прим. къ ст. 2292, 1 ч. X т.)²⁾.

лицу (Anweisung). Но съ этимъ ограниченіемъ понятія о приказаніи врядъ ли возможно согласиться. Если одно лицо дѣйствуетъ по приказанію данному *ему* другимъ, то нѣтъ основанія не признавать эти дѣйствія обязательными для послѣдняго.

¹⁾ Ср. Troplong, ib. стр. 49 и Dalloz, т. XXX, Mandat, № 7.

²⁾ Примѣч. къ ст. 2292, 1 ч. X т. гласитъ: отъ довѣренности различаются довѣренныя порученія или приказы, каковыя даются отъ присутственныхъ мѣстъ чиновникамъ ихъ для полученія на почтѣ денегъ или бумагъ или для исправленія другихъ дѣлъ. Это примѣчаніе указываетъ лишь на *подразличіе*, существующее къ общему понятію о довѣренности, на отдѣльный видъ ея, извѣстный подъ названіемъ *приказанія*. Но законъ этотъ отнюдь не имѣлъ въ виду постановить, что приказъ не есть довѣренность. Это доказывается тѣмъ, что примѣчаніе это помѣщено во главѣ о довѣренности, что самъ законъ называетъ ихъ *довѣренными порученіями*, что законъ не указываетъ на то, въ чемъ состоятъ отличительныя особенности приказа и различіе его отъ довѣренности. Это же доказы-

Совѣтъмъ другое значеніе имѣеть совѣтъ (consilium) или рекомендація, даваемые однимъ лицомъ другому, въ интересахъ послѣдняго ¹⁾. Совѣтъ или рекомендація не составляютъ порученія. Мы говорили выше, что довѣренность можетъ имѣть своимъ предметомъ юридическіе интересы одного довѣрителя или же совмѣстные интересы его и повѣреннаго, но не одни интересы сего послѣдняго (стр. 81 и 156, прим. 3). Порученіе, даваемое лицу исключительно въ его интересахъ, римское право признаетъ простымъ совѣтомъ или рекомендаціею, которые, по природѣ своей, не порождаютъ никакихъ обязательственныхъ отношеній между лицомъ дающимъ и принимающимъ оный, ибо каждый воленъ слѣдовать данному совѣту или нѣтъ ²⁾. Вотъ почему по общему правилу за неудачный совѣтъ или рекомендацію никто отвѣтственности подлежать не можетъ. Таковъ же взглядъ на этотъ предметъ и прусскаго кодекса (ib. § 217) и саксонскаго (§ 1300;

васть и сопоставленіе этого примѣчанія съ приведенными въ текстѣ законами, изъ которыхъ видно, что наше законодательство признаетъ за приказаніемъ характеръ довѣренности. Законъ различаетъ, но не раздѣляетъ приказанія отъ довѣренности (см. выше, стр. 35)

¹⁾ Юридическое существо совѣта имѣетъ въ нашей жизни важное практическое значеніе. Не говоря о томъ, что у насъ частныя лица ежедневно обращаются по своимъ дѣламъ за совѣтами къ повѣреннымъ, при здѣшнемъ окружномъ судѣ существуетъ для дачи совѣтовъ специальное учрежденіе, — консультація присяжныхъ повѣренныхъ, состоявшая къ 1 января 1878 г. изъ 90 человекъ и давшая, въ теченіи 1877 г., 843 словесныхъ и письменныхъ совѣта и заключенія (см. отчетъ консультаціи за 1877 г.). Подобныя консультаціи стали учреждаться и въ провинціи. Подобная же консультація, сколько извѣстно изъ газетъ, образовалась и среди частныхъ повѣренныхъ.

²⁾ Quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur...; cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium (D. I. 17; 2 pr. et § 6). — Если предлагаю другому купить для себя лошадь, то это — порученіе; если же предлагаю ему купить для себя лошадь, то это простой совѣтъ (Ladenburg, ib. стр. 75). — Циммерманъ говоритъ, что лице дающее совѣтъ, не представитель, а помощникъ въ принятіи рѣшенія (Gehülfe in der Beschlussfassung). Излагается ли, говоритъ онъ, совѣтъ словесно или письменно и какое существенное значеніе онъ бы не имѣлъ при заключеніи дѣла, — совѣтъ есть лишь поводъ, побужденіе (Anstoss) къ ней; дѣла же совершается самими лицомъ обращающимся за совѣтъ (die Lehre etc., стр. 15). Le conseil est un fait moral et non un fait juridique, alors même qu'à la suite du conseil il se forme un contrat...; les volontés ne concourent point dans le but de contracter (Laurent, т. 27, № 357).

см. выше, стр. 65). Но изъ этого правила имѣются и нѣкоторыя исключенія. Прусскій кодексъ, именно, согласно съ римскимъ правомъ ¹⁾, признаетъ, что если совѣтъ или рекомендація даны лицу съ умышленною цѣлью нанести ему вредъ, то лице, давшее совѣтъ, можетъ быть привлечено къ отвѣтственности за невыгодныя послѣдствія онаго (actio de dolo ²⁾). Лице, давшее совѣтъ по предмету своей специальности, отвѣтствуетъ за вредныя послѣдствія, проистекшія вслѣдствіе его грубой неосторожности (grobes Versehen ³⁾). Лице давшее совѣтъ за вознагражденіе, отвѣтствуетъ и за послѣдствія умѣренной неосторожности (прусск. кодексъ § 218—221).

Вангеровъ ⁴⁾ старается доказать, что лице, давшее совѣтъ, подлежитъ отвѣтственности за послѣдствія онаго въ томъ случаѣ, когда это выговорено въ особомъ договорѣ. Мы нисколько не сомнѣваемся въ правильности этого взгляда. Нѣтъ никакихъ основаній признавать подобный договоръ недѣйствительнымъ. Но дѣло въ томъ, что, въ этомъ случаѣ, основою отвѣтственности служить, по нашему, не самый совѣтъ, а договоръ, который имѣлъ бы юридическое значеніе и независимо отъ совѣта. Самъ Вангеровъ признаетъ, что договоръ, коимъ лице принимаетъ на себя рискъ извѣстнаго предпріятія, будетъ вполне дѣйствитель-

¹⁾ Consilio non fraudulenti nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit (D. I. 47, pr. de R. J.).

²⁾ Тролонъ говорить, что, если давній совѣтъ старался своимъ вліяніемъ и авторитетомъ воздѣйствовать на кліента и этимъ побудилъ его къ такому поступку, на который онъ не рѣшился бы безъ этого авторитетнаго совѣта, и въ особенности если въ увѣреніяхъ перваго можно было усмотрѣть *ручательство* за успѣхъ совѣта, — лице давшее совѣтъ обязано отвѣтствовать за неблагоприятныя послѣдствія онаго. Но, при обсужденіи обстоятельствъ подобныхъ дѣлъ, говорить Тролонъ, требуется величайшая осторожность; иначе можно иногда угодить неосновательнымъ придиркамъ кліентовъ. Всякое сомнѣніе должно быть истолковано противъ обязательной силы совѣта (ib. стр. 28—35). Dalloz говорить, что съ вложеннымъ взглядомъ относительно обязательности совѣта можно согласиться лишь тогда, когда совѣтъ данъ пристрастно или недобросовѣстно (т. 30, Mandat, № 12; см. также Laurent, т. 27, № 360).

³⁾ Тролонъ говорить, что адвокатъ не отвѣтствуетъ за ошибочный совѣтъ, если онъ только не данъ съ преднамѣренною цѣлью ввести лице въ заблужденіе. Неумѣлость, говоритъ онъ, есть недостатокъ, но не обманный поступокъ. Онъ этотъ свой взглядъ мотивируетъ еще спорностію юридическихъ казусовъ, по которымъ обращаются за совѣтами (стр. 26—27). Таковъ же взглядъ и Dalloz (т. 30, Mandat, № 12).

⁴⁾ Lehrbuch d. Pandecten, § 659, п. 3.

лень. Если же такой договор возник вследствие даннаго совѣта, то, очевидно, что отъ этого сила и значеніе договора нисколько не измѣняются. Изъ этого явствуетъ, что совѣтъ тутъ собственно ни причесть. Довѣренность влечетъ за собою известную отвѣтственность *независимо* отъ всякаго договора, по самой своей сущности. Совѣтъ же, самъ по себѣ, подобныхъ послѣдствій повлечь за собою не можетъ.

Вотъ почему нельзя не признать совершенно правильнымъ постановленіе остзейскаго кодекса, въ силу котораго, если совѣтъ данъ кѣмъ либо въ качествѣ эксперта или съ обѣщаніемъ, по особому договору, взять послѣдствія онаго на себя, то давшій сей совѣтъ отвѣчаетъ *не на основаніи онаго, а вследствие обязательнаго отношенія*, въ которое поставилъ себя къ другой сторонѣ, въ первомъ случаѣ какъ экспертъ, а во второмъ — какъ *обязавшійся предъ нею своимъ обѣщаніемъ* (прим. къ ст. 4416).

Остзейскій кодексъ говоритъ о рекомендаціи отдѣльно отъ совѣта. Простая рекомендація, говоритъ онъ, или восхваленіе хорошихъ качествъ вещи или человѣка, съ намѣреніемъ склонить тѣмъ кого либо къ известному дѣйствию не устанавливаютъ сами по себѣ никакого обязательнаго отношенія (ст. 4417)¹⁾. Изъ этого

¹⁾ Verba recommandatoria non obligant (D. Mandati, 12, § 12). Тролонгъ (стр. 52) говоритъ: une recommandation de la personne n'est pas un mandat de pourvoir à ses besoins d'argent. Лоранъ говоритъ: celui qui fait une recommandation n'entend pas s'obliger... Si vous rendez un service sur ma recommandation, ce n'est pas en mon nom que vous le rendez, et ce n'est pas moi qui agit par votre intermédiaire (т. 27, № 357). Но, въ то же время, авторы эти справедливо признаютъ, что если рекомендація сопровождается просьбою или предложеніемъ объ оказаніи кредита, то она приобретаетъ значеніе порученія или поручительства. Въ особенности это имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда рекомендація произошла по собственной инициативѣ; если же она служитъ отвѣтомъ на сдѣланный запросъ, то она простой совѣтъ (Тролонгъ, стр. 33—38; Laurent, № 358). Dalloz справедливо замѣчаетъ, что рекомендательныя письма ежедневно даются добрымъ знакомымъ; въ нихъ выражается лишь доброе расположеніе; но они не содержатъ въ себѣ ничего обязательнаго. Обязательный характеръ можетъ быть за ними признаваемъ въ томъ лишь случаѣ, когда это въ нихъ ясно, несомнѣнно выражено, *car il est de règle, que les obligations ne se présentent pas* (т. XXX, Mandat, № 10 и 11). Лоранъ замѣчаетъ, что обязательную силу рекомендація должна имѣть тогда, когда она обращена къ лицу, занимающемуся по процессу порученіями подобными тому, какое имѣла въ виду рекомендація (ib. № 359). — Endermann замѣчаетъ, что и въ торговомъ правѣ получаетъ примѣненіе правило гражданскаго права, что совѣтъ или рекомендація, если не содержатъ въ себѣ

допускаются слѣдующія исключенія: 1) когда рекомендація сдѣлана съ злымъ умысломъ, или 2) когда будетъ доказано, что безъ нея данное дѣйствіе не было бы совершено; 3) въ Ревелѣ, Галсалѣ и Везенбергѣ рекомендовавшая купцу неизвѣстнаго покупателя и склонявшая его тѣмъ къ отпуску товаровъ въ кредитъ, отвѣтствуетъ въ исправной за оныя уплаты (4418).

Въ нашихъ законахъ о юридическихъ послѣдствіяхъ совѣта ничего не сказано. Но по этому вопросу, имѣется рѣшеніе сената, которое достойно вниманія.

Гурьяновъ жилъ въ домѣ Салтыковой и остался долженъ за квартиру 10 р. 80 к. Въ обезпеченіе этого долга онъ прислалъ управляющему домомъ, Шнитникову, съ дворникомъ Андреевымъ завернутую въ платокъ шубу, стоившую ему 52 р. Шнитниковъ шубы не принялъ, а оставилъ ее у дворника Андреева, у котораго вычелъ изъ жалованья должныя Гурьяновымъ деньги. Андреевъ, не получая денегъ съ Гурьянова болѣе 2 мѣсяцевъ, по *совѣту* Шнитникова, шубу продалъ и изъ вырученныхъ денегъ удержалъ слѣдующій ему долгъ. Гурьяновъ обратился къ мировому судѣ съ просьбою о взысканіи съ Шнитникова денегъ 52 р. за шубу. Судья въ искѣ отказалъ. Дѣло это поступило на разсмотрѣніе съѣзда, который нашелъ, что Гурьяновъ основываетъ искъ свой съ Шнитникова въ 52 р. на признаніи его въ томъ, что Шнитниковъ *посоветовалъ* дворнику Андрееву продалъ шубу, оставленную Гурьяновымъ у того дворника за долгъ по найму квартиры въ 10 р. 80 к. и что изъ этого признанія истекаетъ *обязанность* Шнитникова отвѣчать за продажу шубы съ платкомъ, противъ оцѣнки которыхъ въ 52 р. Шнитниковъ спора не заявилъ. При такомъ положеніи дѣла, признавая, что Шнитниковъ *не имѣлъ права разрѣшать* продажу чужой шубы, оставленной въ обезпеченіе долга и что Гурьяновъ обязанъ заплатить Шнитникову 10 р. 80 к., съѣздъ, на основаніи 81, 112 и 129 ст. уст. гр. суд., опредѣлилъ: отмѣнивъ рѣшеніе судьи, обязать мѣщанина Гурьянова заплатить Шнитникову 10 р. 80 к., а

недобросовѣстности, обмана (Arglist), не имѣетъ ничего обязательнаго. Только въ торговомъ правѣ строже относятся къ вопросу о томъ, былъ ли, въ данномъ случаѣ, простой совѣтъ или обязательная рекомендація. Если въ рекомендаціи проглядываетъ ручательство, то рекомендующій вообще отвѣтствуетъ за рекомендуемаго (§ 148).

Шнитникова обязать возвратить шубу съ платкомъ Гурьянову; въ случаѣ же невозможности сего исполнить, уплатить Гурьянову показанную имъ стоимость шубы и платка 52 р. Сенатъ нашель, что съѣздъ основаль, главнымъ образомъ, свое рѣшеніе на признаніи Шнитникова въ томъ, что онъ *посоветовалъ* дворнику Андрееву продать шубу Гурьянова, изъ чего съѣздъ вывелъ заключеніе, что Шнитниковъ *не имѣлъ права разрѣшать* продажу чужой шубы и потому *обязанъ* или возвратить оную Гурьянову, или заплатить за нее деньги. Такое рѣшеніе заключаетъ въ себѣ явное нарушеніе законовъ. Обращаясь къ правиламъ, существующимъ въ нашемъ законодательствѣ о вознагражденіи за вредъ и убытки, послѣдовавшіе отъ дѣяній, непризнаваемыхъ преступленіями или проступками, въ нихъ усматривается общее коренное правило, что всякій обязанъ вознаградить за вредъ и убытки, причиненные кому либо *его* дѣяніемъ или упущеніемъ (ст. 684, т. X ч. 1 зак. гр.). Слѣдовательно, никто за чужое дѣяніе не можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности, кромѣ исключеній, содержащихся въ 686 и 687 ст. того же тома, въ силу коихъ: отвѣтственность за вредъ и убытки, причиненные малолѣтними въ случаяхъ, закономъ опредѣленныхъ, возлагается на ихъ родителей, и, на томъ же основаніи, отвѣтствуютъ за малолѣтнихъ, безумныхъ или сумасшедшихъ тѣ, кои обязаны имѣть за ними надзоръ (ст. 686); равнымъ образомъ господа и вѣрители отвѣтствуютъ за вредъ и убытки, причиненные ихъ слугами и повѣренными при исполненіи ихъ порученій, сообразно съ приказаніями или исполненіемъ, которыя даны имъ господами и вѣрителями (ст. 687). Во всякомъ другомъ случаѣ, неподходящемъ къ числу вышеуказанныхъ исключеній, возлагать на когонибудь отвѣтственность за вредъ и убытки, причиненные дѣяніемъ другаго лица, было бы нарушеніемъ буквальнаго смысла 684 ст. А какъ, въ настоящемъ дѣлѣ, мировой съѣздъ возложилъ на Шнитникова отвѣтственность предъ Гурьяновымъ не за дѣяніе или упущеніе, самимъ Шнитниковымъ учиненное, а *только за советъ*, данный имъ Андрееву, и при этомъ не обнаружено даже и того, чтобы отношенія Андреева къ Шнитникову были тѣ, о коихъ упоминается въ 687 ст., т. X ч. 1, то нельзя не признать, что рѣшеніемъ мирового съѣзда явно нарушены 684 ст., X т. 1 ч. зак. гражд. и 9 ст. уст. гражд. судопроизв. По сему правитель-

ствующій сенатъ опредѣлилъ: рѣшеніе съѣзда отмѣнить (1868 года, № 55).

Изъ этого дѣла видно, что сенатъ вообще не признаетъ за совѣтомъ юридическихъ послѣдствій. Въ примѣненіи къ обстоятельствамъ приведеннаго дѣла, соображенія сената оказываются вполне правильными. Дѣйствительно, за простой совѣтъ лице отвѣтственности подвергаемо быть не можетъ. Но мы полагаемъ, что и у насъ возможно привлекать къ отвѣтственности лице, которое дало совѣтъ, съ умысломъ ввести другаго въ убытки, если окажется, что этотъ совѣтъ былъ необходимъ для совершения тѣхъ дѣйствій, отъ коихъ убытки произошли и что безъ этого совѣта второе лице избѣгло бы, постигшихъ его, невыгодныхъ послѣдствій. Такая отвѣтственность можетъ быть основана, если не на 645, то на 684 стат. 1 ч. X тома. Въ сей послѣдней статьѣ говорится, что лице отвѣтствуетъ за убытки, происшедшіе отъ его дѣйствій. Дѣянія же могутъ быть не одни физическія, но и интеллектуальныя. Совѣтъ, въ указанномъ смыслѣ, и можетъ быть названъ интеллектуальнымъ дѣяніемъ, отъ котораго произошли для другаго лица убытки. Точно также, полагаемъ, и у насъ возможно привлекать къ отвѣтственности специалиста за явную неосторожность при дачѣ имъ другому лицу совѣта, въ особенности, если онъ получилъ за совѣтъ вознагражденіе. Это вытекаетъ изъ 647 ст. 1 ч. X т., по смыслу которой лице отвѣтствуетъ за убытки, происшедшіе вслѣдствіе его неосторожности.

Переходимъ къ разсмотрѣнію существа договора, извѣстнаго въ римскомъ правѣ подъ названіемъ *contractus aestimatorius* (договоръ продажи съ рукъ).

Подъ этимъ названіемъ разумѣется договоръ, въ силу котораго одно лице ввѣряетъ другому вещь, съ тѣмъ, чтобы послѣдній продалъ ее за опредѣленную сумму, а если не удастся продать ее, то возвратилъ бы первому самую вещь.

Этотъ договоръ имѣетъ практическое значеніе. Онъ встрѣчается и у насъ въ жизни ¹⁾.

¹⁾ Такъ у насъ богатые женщины весьма часто отдають торговкамъ для продажи свои поддержанныя платья. Это чистѣйшій типъ *contractus aestimatorius*, почти ежедневно встрѣчающійся у насъ въ жизни. Въ особенности въ Петербургѣ и въ Москвѣ есть торговки, которыя специально занимаются этимъ дѣломъ.

Определение существа этого договора возбуждало в римском правѣ сильные споры. Одни признавали его договоромъ условной купли - продажи. Говорили, именно, что лице, которое получаетъ вещь, становится ея собственникомъ, съ тѣмъ условіемъ, что оно можетъ уплатить покупную цѣну или же возвратитъ обратно самую вещь. Другіе видѣли въ этомъ договорѣ личный наемъ: собственникъ нанимаетъ лице съ тѣмъ, чтобы оно продало его вещь. Наконецъ, третьи находили, что это договоръ довѣренности¹⁾.

Въ виду спорности этого договора, вытекающія изъ онаго права и обязанности осуществлялись по римскому праву, такъ называемымъ, *actio de praescriptis verbis*²⁾, которое имѣло мѣсто въ томъ случаѣ, когда правоотношеніе, вслѣдствіе невьясненности юридическаго существа его, не могло быть подведено ни подъ одинъ изъ точно опредѣленныхъ *actiones*.

Весьма естественно, что отъ опредѣленія существа этого договора находятся въ зависимости и юридическія послѣдствія онаго.

Весьма важный вопросъ заключался въ томъ: кто долженъ нести послѣдствія постигшей вещь случайности (*periculum*; напр., если вещь сгорѣла)³⁾? Если признать *contractus aestimat.* договоромъ купли-продажи, то послѣдствія эти должны пасть на покупателя вещи, который признается условнымъ собственникомъ—*casum in re sentit dominus*. Если же признать его договоромъ личного найма или довѣренности, то послѣдствія случайности долженъ нести лице отдающее вещь, первоначальный собственникъ ея⁴⁾.

У нихъ всегда найдете много поддержаннаго платья, которое передано имъ для продажи. Иногда онѣ сами покупаютъ поддержанное платье и отъ себя уже продаютъ. Но весьма часто имъ только отдаются вещи для продажи, имъ поручается продажа вещи. Онѣ продаютъ вещи у себя дома или разносятъ ихъ для продажи по домамъ. У насъ еще случается, что старую мебель и хозяйственныя принадлежности сдаютъ для продажи въ лавку, торгующую поддержанными вещами. Такія лавки имѣются въ Апракешномъ дворѣ и въ Александровскомъ рынкѣ. Нѣмцы называютъ *contractus aestimatorius*—*Trödelvertrag*. *Trödler*—торговецъ старыми вещами, старьевщикъ.

¹⁾ D. L. XIX, t. III, de *aestimatoria*.

²⁾ *Ib.* t. 5, de *praescriptis verbis* и пр., 13.

³⁾ Способъ разрѣшенія этого вопроса см. въ D. L., XIX, 17, § 1.

⁴⁾ Повѣренный за случайность не отвѣтствуетъ (*Troplong*, стр. 604—605; см. также выше, стр. 88).

Важное значеніе имѣетъ также вопросъ о томъ, какаѣ судьба должна постичь означенную вещь, въ случаѣ наступившей несостоятельности одного изъ участниковъ *contractus aestimatorius*? Если собственникъ вещи сдѣлался несостоятельнымъ, она должна поступить въ конкурсную массу. Очевидно, что и разрѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ того, кто считается собственникомъ вещи до ея продажи.

Нѣмецкіе юристы, слѣдуя взгляду римскаго права, признаютъ, что опредѣленіе существа этого договора зависитъ отъ данныхъ обстоятельствъ дѣла. Это — *quaestio facti*. Въ то же время они выставляютъ нѣкоторыя руководящія начала этого договора¹⁾.

На нашъ взглядъ, простой житейскій смыслъ и потребности жизни подсказываютъ, что *contractus aestimatorius*—договоръ весьма близкій, родственнѣе довѣренности. На самомъ дѣлѣ, получателя вещи нельзя назвать собственникомъ ея, хоть бы и условнымъ. Это понятіе слишкомъ далеко отъ практической основы договора. По смыслу этого договора, вещь отнюдь не отдается получателю на правѣ собственности. Напротивъ того, ему поручается *отыскать* покупателя вещи, *продать* ее. Это и не договоръ личного найма. Въ *contr. aestim.* можетъ быть и не обозначенъ срокъ, въ теченіи котораго вещь должна быть продана. Тогда первоначальный собственникъ вправе во всякое время потребовать обратно вещь. Наконецъ, тутъ можетъ быть не опредѣлена и цѣна за услуги. Получателю можетъ быть, именно, предоставлено право оставить въ свою пользу тотъ излишекъ, который онъ выручитъ за вещь сверхъ положенной собственникомъ цѣны²⁾. Между тѣмъ, отличительная черта договора личного найма — срокъ и цѣна за услуги (см. стр. 76, прим. 2). И такъ *contractus aestimatorius*—одинъ изъ видовъ довѣренности³⁾. Лицу поручается продажа вещи. Это, по нашему, своего рода коммиссіонерство въ мелкомъ, незначительномъ видѣ.

Вотъ почему достойны вниманія постановленія по этому договору острейскаго кодекса, который относитъ его къ группѣ дого-

¹⁾ Пухта *Vorlesungen* § 313; Кохъ, *das Recht d. Ford.* § 360; Арндтсъ, *Lehrb. d. Pand.* § 290 и др.

²⁾ Кохъ, тамъ; Баронъ, *Pandecten*, § 307; ост. код., ст. 4222.

³⁾ Баронъ (*ib.*) предлагаетъ признать этотъ договоръ *mandatum mea et tua gratia* (довѣренность въ интересъ довѣрителя и повѣреннаго).

воровъ, «возникающихъ изъ завѣдыванія чужими дѣлами», въ какой группѣ помѣщена и довѣренность. Постановленія по этому предмету остзейскаго кодекса довольно логически развиваютъ послѣдствія этого договора.

Вполнѣ соотвѣтственно указанному началу кодексъ этотъ постановляетъ, что право собственности на вещь остается, и послѣ передачи ея для сбыта, за лицомъ передающимъ¹⁾, на котораго падаютъ и послѣдствія случайности, развѣ принятель положительно взялъ этотъ рискъ на себя (ст. 4420) и что до продажи вещи собственникъ можетъ потребовать ее во всякое время обратно (ст. 4421). Если, говорить этотъ кодексъ, взявшій вещь для сбыта продать ее за цѣну выше той, которая была назначена собственникомъ, то излишекъ принадлежитъ ему. Сверхъ того, онъ можетъ требовать вознагражденія за свои труды, если такое было выговорено. Когда взявшій вещь для сбыта, имѣя возможность продать ее за назначенную цѣну, упуститъ это сдѣлать, то онъ не подлежитъ за это никакой отвѣтственности (ст. 4422²⁾).

¹⁾ Кохъ (ib.) говоритъ: «contr. aestimatorius» устанавливаетъ альтернативное обязательство получателя возратить, въ теченіи опредѣленнаго времени, вещь или выговоренную цѣну; *отсюда вытекаетъ*, что случайная потеря вещи не освобождаетъ его отъ обязательства (ihn nicht liberirt). Но этотъ конечный выводъ, по нашему, отнюдь не является необходимымъ послѣдствіемъ выставленнаго Кохомъ начала этого договора. Если обыкновенному повѣренному поручается продажа какого либо предмета, то и онъ обязанъ возратить вырученныя деньги, а, если продажа не состоялась, то повѣренную ему вещь. Тѣмъ не менѣе случайность освобождаетъ повѣреннаго отъ этой обязанности. Въ томъ и состоитъ суть случайности (casus), что она *освобождаетъ отъ исполненія обязательства* и всецѣло падаетъ на собственника вещи. Аридтъ (ib.) говоритъ, что если принятель домогался (nachgesucht) вступленія въ сдѣлку, то на него падаютъ послѣдствія случайности. Но намъ рѣшительно непонятно какое юридическое значеніе имѣетъ вопросъ о томъ: кто предложилъ, кто домогался вступить въ сдѣлку? Въ договорѣ важно не предложеніе, не инициатива, а состоявшееся соглашеніе. Если соглашеніе окончательно состоялось, то стороны пріобрѣтаютъ то юридическое положеніе, которое ими установлено. Предшествовавшіе соглашенію предварительныя переговоры, домогательства—никакого значенія не имѣютъ. Поставить вопросъ объ отвѣтственности въ зависимость отъ такого шаткаго, лишеннаго юридическаго характера, основанія—нѣтъ, по нашему, ни малѣйшей возможности. Вообще отвѣтственность въ contractus aestimatorius получателя вещи за постигнувшую ее случайность, противорѣчитъ существу договора продажи съ рукъ и намѣренію сторонъ (ср. Барона, тамъ же).

²⁾ Довольно подробно говорить о contract. aestim. и прусскій кодексъ (ч. I, тит. 11, отдѣл. 5). Но постановленія этого кодекса, по разсматриваемому пред-

Изъ изложеннаго уже явствуетъ, что если собственникъ вещи, и послѣ передачи ея для сбыта, но до совершившейся продажи, сдѣлается несостоятельнымъ, то вещь эта должна поступить въ конкурсную массу.

Contractus aestimatorius служитъ еще подтвержденіемъ, изложеннаго нами выше, взгляда на сущность односторонняго представительства. Получатель вещи продаетъ ее обыкновенно отъ своего собственного имени. Но было бы весьма странно отрицать тотъ очевидный фактъ, что, продавая чужую вещь, онъ дѣйствуетъ и можетъ лишь дѣйствовать въ качествѣ представителя собственника ея. Продавать вещь можетъ лишь собственникъ или лице представляющее, замѣняющее его личность.

мету, довольно неточны, произвольны, и не поддаются ни подъ какую цѣльную систему. По справедливому замѣчанію Коха (ib.), въ постановленіяхъ прусскаго кодекса трудно узнать contractus aestimatorius; онъ въ нихъ превратился въ нѣчто загадочное.

ГЛАВА XVI.

Несовершеннолѣтніе повѣренные.

Право несовершеннолѣтнихъ быть повѣренными по иностраннымъ законодательствамъ. — Основанія этого права. — Ограниченная ответственность несовершеннолѣтнихъ повѣренныхъ. — Логика нашихъ законовъ о несовершеннолѣтніи. — Право несовершеннолѣтнихъ быть повѣренными по *духу* нашихъ законовъ. — Важное практическое значеніе этого вопроса и ст. 83 нот. полож. — Право это по *буквѣ* нашихъ законовъ. — Заключение.

Могутъ ли по нашимъ законамъ несовершеннолѣтніе быть повѣренными?

Нѣкоторыхъ можетъ, пожалуй, удивить самая постановка этого вопроса. Повидимому отрицательное разрѣшеніе его не можетъ подлежать ни малѣйшему сомнѣнію (ст. 2294 1 ч. X т., п. 1 ст. 45 и п. 2, 246 уст. гр. судопр.). Но это только повидимому. Внимательное изученіе этого вопроса приведетъ насъ къ результатамъ совершенно противоположнымъ. Вопросъ этотъ заслуживаетъ подробнаго разсмотрѣнія.

Прежде всего разсмотримъ взглядъ на этотъ вопросъ иностранныхъ законодательствъ. Взглядъ этотъ облегчитъ намъ болѣе всестороннее выясненіе этого вопроса и съ точки зрѣнія нашихъ законовъ.

Почти всѣ намъ извѣстныя западно-европейскія законодательства признають, что несовершеннолѣтніе могутъ быть повѣренными ¹⁾.

Французскій кодексъ говоритъ, что несовершеннолѣтній *можетъ быть избираемъ* повѣреннымъ; но довѣритель можетъ привлечь такого повѣреннаго къ ответственности лишь по законамъ объ обязательствахъ несовершеннолѣтнихъ (art. 1990). Буквально то же самое повторяетъ и итальянское уложеніе (ст. 1743).

¹⁾ Постановленія эти имѣютъ свою основу въ римскомъ правѣ (Troplong, стр. 326).

Достоиню вниманія развитіе, которое получилъ этотъ вопросъ въ прусскомъ кодексѣ. Изъ постановленій этого кодекса, по разсматриваемому предмету, мы извлечемъ нѣкоторые выводы, которые окажутся намъ полезными при послѣдующемъ изложеніи.

Прусскій кодексъ выставляетъ общимъ правиломъ, что лице можетъ вступить въ отношеніе довѣренности въ той лишь мѣрѣ, въ какой оно вообще можетъ обязываться (ч. I, тит. 13, § 29); *третье лице не обязано отступать отъ сдѣлки съ повѣреннымъ, не обладающимъ полною дѣеспособностію* (§ 32). Въ то же самое время кодексъ этотъ говоритъ, что лице, которое само не способно *обязываться*, можетъ надлежащимъ исполненіемъ порученія приобрести *права* противъ довѣрителя (§ 30); если третье лице вступаетъ съ подобнымъ повѣреннымъ въ сдѣлку, то она обязательна какъ для него, такъ и для довѣрителя (§ 33). Сдѣлка недѣйствительна лишь, если дѣятельность повѣреннаго противорѣчитъ воспретительному закону (§ 34).

Австрійскій кодексъ говоритъ: если довѣритель выбралъ повѣреннымъ лице неспособное *обязываться*, то отношенія, установленныя послѣднимъ, обязательны, какъ для перваго, такъ и для третьяго лица (§ 1018) ¹⁾.

Эти постановленія иностранныхъ законодательствъ составляютъ, повидимому, отступленіе отъ вышеприведеннаго (стр. 17 и 36) общаго начала представительства, по которому представитель, какъ юридическій дѣятель, долженъ обладать и необходимою дѣеспособностію.

Но это только повидимому. Несовершеннолѣтніе отнюдь не лишены дѣеспособности. Они не могутъ только *обязываться*; но они могутъ *приобрѣтать права*. Обязанности же, вытекающія изъ представительства, переходятъ исключительно на лице представляемое; повѣренный остается въ сторонѣ отъ этихъ обязанностей.

¹⁾ Прусскій и австрійскій кодексы говорятъ *вообще* о правѣ лицъ, не обладающихъ полною дѣеспособностію, быть повѣренными. Поэтому, съ точки зрѣнія этихъ законодательствъ, повѣреннымъ можетъ быть и замужняя женщина, которая, какъ извѣстно, по иностраннымъ законамъ, безъ согласія мужа не можетъ вступать въ обязательства (Koch, Förster, Jöhov и др. Allg. Landrecht и пр. mit Commentar in Anmerkungen, прим. къ § 32 прусск. код.). Таково и постановленіе французскаго кодекса (art. 1990). Напротивъ итальянское уложеніе подобнаго права за замужнею женщиною безъ согласія мужа не признаетъ (ст. 1743).

Къ этому необходимо присовокупить слѣдующее: законъ о совершеннолѣтннхъ есть чисто *положительный*, формальный. Развитие умственныхъ способностей людей совершается весьма различно. Оно находится въ зависимости отъ индивидуальныхъ особенностей даннаго лица. Иной семнадцатилѣтннхъ развитѣе и практичѣе другаго 25-лѣтняго. Но законъ не можетъ слѣдить за индивидуальнымъ развитіемъ каждаго лица. Поэтому законъ ставитъ *общій* срокъ для совершеннолѣтннхъ, хотя срокъ этотъ можетъ оказаться часто и не соответствующимъ дѣйствительному состоянию умственнаго развитія даннаго лица.

Законы о несовершеннолѣтннхъ имѣютъ свою очевидно цѣлю ограждать интересы несовершеннолѣтннхъ (*restitutio propter minorem aetatem*). Законъ, именно, исходитъ изъ той точки зрѣнія, что несовершеннолѣтннхъ, если ему предоставить свободу самостоятельной юридической дѣятельности, можетъ сдѣлаться предметомъ эксплуатаціи, обмана (ср. Curtuis, *ib.*, стр. 98). Но, очевидно, что эта заботливость закона теряетъ всякое значеніе въ отношеніи повѣренныхъ. Повѣренный дѣйствуетъ не въ *своихъ* интересѣхъ, а въ интересѣ довѣрителя. Если довѣритель находитъ несовершеннолѣтняго достаточно развитымъ для того, чтобы представлять его, довѣрителя, интересы, если въ то же время изъявляетъ согласіе вступить съ несовершеннолѣтнимъ повѣреннымъ въ юридическую дѣятельность и третье лицо, — то закону нѣтъ никакого повода и основанія вмѣшиваться и парализировать эти соображенія и волю частныхъ лицъ ¹⁾.

Весьма естественно, что эти соображенія имѣютъ мѣсто въ томъ лишь случаѣ, когда рѣчь идетъ относительно установленія повѣреннымъ юридическихъ отношеній между довѣрителемъ и третьимъ лицомъ, или о приобрѣтеніи первымъ *правъ* изъ договора довѣренности. Совсѣмъ другое, когда дѣло заходитъ объ *отсутственности* повѣреннаго предъ довѣрителемъ. Тогда вновь приобрѣтаетъ значеніе заботливость закона объ огражденіи интересовъ

¹⁾ Рогронъ (ком. къ art. 1990) говоритъ: le mandant, qui confie ses intérêts à un mineur, juge qu'il a la capacité suffisante pour gérer l'affaire qu'il lui remet; les actes qu'il fera avec de tiers, en qualité de mandataire, seront donc valables, et le mandant ne pourra pas se refuser à les exécuter. См. также Troplong, стр. 324 и 330 и Laurent, т. 27, № 398.

несовершеннолѣтннхъ. Вотъ почему иностранныя законодательства, какъ мы видѣли, разрушая несовершеннолѣтнимъ устанавливать, въ качествѣ повѣренныхъ, юридическія отношенія между довѣрителемъ и третьимъ лицомъ и приобрѣтатъ *права*, вытекающія изъ довѣренности, ограничиваютъ ихъ *отсутственностью*, связанною съ этимъ договоромъ, постановленіями закона объ обязательствахъ несовершеннолѣтннхъ ¹⁾. Этимъ же объясняется и вышеприведенное (стр. 165) положеніе, по которому несовершеннолѣтннхъ (фактической представитель отвѣтствуетъ лишь въ размѣрѣ своего обогащенія).

Что и въ основу нашихъ законовъ о несовершеннолѣтннхъ легли, именно, указанные нами соображенія—въ этомъ врядъ ли можетъ быть сомнѣніе. Никакой другой цѣли, кромѣ огражденія интересовъ самихъ несовершеннолѣтннхъ, законы эти и не могутъ имѣть въ виду. *Son* (несовершеннолѣтняго) *incapacité consiste à ne pas être lésé* (Laurent, т. 27, № 398). Кассационная практика освятила этотъ взглядъ многими рѣшеніями. Сенатъ, именно, неоднократно, объяснилъ, что законы о несовершеннолѣтннхъ имѣютъ лишь цѣлю ограждать ихъ интересы, но не стѣснять ихъ въ пользованіи своими приобрѣтенными выгодами и правами ²⁾.

¹⁾ Рогронъ (ком. къ art. 1990) говоритъ: il ne fallait pas qu'en acceptant un mandat, le mineur émancipé puisse s'obliger comme les personnes, qui jouissent de tous leurs droits; см. также Troplong, стр. 326 и Dalloz, т. XXX, Mandat № 63; Laurent, *ib.*, № 398.

²⁾ Изъ буквального смысла ст. 220 т. X ч. 1, говоритъ правительствующій сенатъ, явствуетъ, что законъ признаетъ недѣйствительными только тѣ долговья обязательства, которыя выданы несовершеннолѣтнимъ на себя, безъ предварительнаго согласія на то попечителя, но не долговья обязательства, выданные въ пользу несовершеннолѣтнимъ совершеннолѣтнимъ лицомъ, который, пользуясь полною гражданскою правоспособностью, можетъ выдать отъ своего имени долговья обязательства несовершеннолѣтнему, не спрашивая на это предварительнаго согласія попечителя сего послѣдняго (1871 г. № 933, Хромова). Въ 222 ст., говоритъ сенатъ, изъяснено, что несовершеннолѣтннхъ, давшій письменное обязательство безъ согласія опекуна, отъ своего имени, не подвергается по одному никакому взысканію и отвѣту, но въ сей статьѣ вовсе не выражено, что *недѣйствительны и въ пользу несовершеннолѣтннхъ* долговья обязательства, по коему онъ производитъ взысканіе; да и *вопръ ея со стороны лицъ*, по коему онъ производитъ взысканіе; да и *цѣль приведеннаго закона состоитъ въ огражденіи интересовъ несовершеннолѣтннхъ отъ ущерба, и несогласно было бы ни съ цѣлю сего закона, ни съ правиломъ 65 ст. 1 т. основ. зак., распространить дѣйствіе оного на обязательства, по коимъ оныя клонятся къ выгодѣ несовершеннолѣтннхъ* (1871 г. № 1057, Казлицына). См. также 71 г. № 596; 72 г., № 1049; 73 г., №№ 194 и 245.

Эта мысль слишком проста, ясна и очевидна, чтобы слѣдовало еще на ней долѣе остановиться.

Въ виду этого мы позволяемъ себѣ утверждать, что приведенныя нами мысли, кроющіяся въ изложенныхъ постановленіяхъ иностранныхъ законодательствъ о несовершеннолѣтнихъ повѣренныхъ, могутъ получить практическое примѣненіе и въ нашемъ юридическомъ быту.

Конечно судъ не станетъ допускать завѣдомо несовершеннолѣтнихъ повѣренныхъ къ представительству на судѣ: ст. 45 и 246 уст. гр. суд. прямо говорятъ, что несовершеннолѣтніе *не могутъ* быть повѣренными.

Но, если несовершеннолѣтній повѣренный совершитъ у насъ какую либо сдѣлку съ третьимъ лицомъ, то она, по нашему мнѣнію, оспариваема быть не можетъ. Этого мало. Мы пойдемъ дальше и скажемъ, что вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ въ указанномъ смыслѣ не только въ томъ случаѣ, когда довѣритель и третье лицо *знали* о томъ, что повѣренный несовершеннолѣтній, но и тогда, когда они этого *не знали*, если только повѣренный не ввелъ довѣрителя въ заблужденіе. Повторяемъ, на законы о несовершеннолѣтніи могутъ основывать свои права одни лишь несовершеннолѣтніе, въ пользу которыхъ льготы этихъ законовъ только и установлены. Но на нихъ не могутъ опираться лица третьи, совершеннолѣтнія, до которыхъ законы эти никакого отношенія не имѣютъ¹⁾. Поэтому довѣритель и третье лицо не могутъ основывать на нихъ свое требованіе о признаніи недѣйствительною сдѣлки, учиненной несовершеннолѣтнимъ повѣреннымъ. Пусть довѣритель и третье лицо справляются о возрастѣ повѣреннаго. Никто имъ въ этомъ не мѣшаетъ. Но если они, по своей оплошности или неосторожности, вступили съ несовершеннолѣтнимъ повѣреннымъ въ юридическое отношеніе, то оно ими оспариваемо быть не можетъ. Въ особенности за третьими лицами не должно быть признаваемо никакое право оспаривать подобныя отношенія. Опытность и развитіе повѣреннаго могутъ имѣть значеніе лишь для довѣрителя, чьи интересы онъ представляетъ и ограждаетъ. Отъ неумѣлости повѣреннаго могутъ пострадать лишь

¹⁾ Эта мысль явно проглядываетъ и въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ Сената (74 г., № 891; сборн. Кирича 78 г., № 28).

интересы довѣрителя¹⁾. Третьимъ же лицамъ, которые сами ограждаютъ свои интересы, до всего этого нѣтъ дѣла. Поэтому полагаемъ, что если довѣрителью, въ случаѣ нарушенія его интересовъ, можетъ быть иногда предоставлено право доказывать, что онъ былъ несовершеннолѣтнимъ обманутъ или введенъ въ заблужденіе, то такое право не должно быть признаваемо за третьими лицами, которыхъ интересы отъ этого пострадать не могутъ.

Вопросъ этотъ тѣмъ легче можетъ получить разрѣшеніе въ указанномъ смыслѣ, что догматическая часть нашихъ гражданскихъ законовъ, т. е. I ч. X т., не включаетъ въ себѣ прямого запрещенія несовершеннолѣтнимъ быть повѣренными. Ст. 2294 I ч. X т. говоритъ, что принимать довѣренности или быть повѣренными могутъ всѣ тѣ, *коимъ по закону не воспрещено вступать въ договоры*. Но мы говорили выше, что оспаривать договоры, заключенные несовершеннолѣтними, могутъ лишь они одни, въ огражденіе своихъ интересовъ, но отнюдь не третьи, сторонніе лица въ огражденіе ихъ правъ. Такимъ образомъ, несовершеннолѣтнимъ въ сущности *не воспрещено* вступать въ договоры. Они пользуются лишь привилегіею *оспаривать*, въ извѣстныхъ случаяхъ, заключаемые ими договоры. Въ отношеніи ихъ *правъ и выгодъ* договоры эти сохраняютъ юридическую силу²⁾.

¹⁾ Dalloz (т. XVI, ч. 2, № 4035) говоритъ: dans les mandats ordinaires le mandant est seul intéressé; c'est lui, qui choisit le mandataire; il peut le révoquer quand il lui plaît; si la gestion est mauvaise, lui seul en souffre, et il ne peut imputer qu'à lui même le dommage qu'il en souffre.

²⁾ Слѣдуетъ еще замѣтить, что сенатъ вообще выказываетъ направленіе доводить ограниченіе дѣеспособности несовершеннолѣтняго лишь до того minimum'a, который ясно и несомнѣнно вынуждается буквальнымъ смысломъ закона. Сенатъ, признавая несовершеннолѣтняго въ извѣстной мѣрѣ дѣеспособнымъ, старается, по возможности, удержать въ силѣ совершаемые имъ сдѣлки, которыя и не имѣютъ въ виду исключительную ихъ выгоду. Такъ, сенатъ признаетъ за несовершеннолѣтними не только право получать доходы съ ихъ имѣній и проценты съ ихъ капиталовъ (71 г. № 858) и обязанность вознаградить за причиненные ими другимъ лицамъ убытки (69 г. № 292) а равно возвратить полученное ими имущество другого (74 г., № 820), но признаетъ дѣйствительною и совершенною ими продажу движимаго имущества (67 г. № 416 и 69 г. № 324). Какъ изъ правила, содержащагося въ 220 ст., говоритъ сенатъ, *нельзя вывести заключенія, чтобы несовершеннолѣтній безусловно не имѣлъ права, безъ письменнаго согласія попечителя, распорядиться какимъ либо движимымъ имуществомъ*, то посему и покупка такой движимости у несовершеннолѣтняго не можетъ имѣть для покупателя послѣдствій въ 1410 ст. указанныхъ (69 г. № 324). И такъ, несовер-

Не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что къ нашимъ юридическимъ возрѣніямъ вполне примѣнимъ взглядъ иностранныхъ законодательствъ и объ *отвѣтственности* несовершеннолѣтнихъ по договору довѣренности. Несовершеннолѣтній можетъ, въ качествѣ повѣреннаго, устанавливать для другихъ права и обязанности. Онъ можетъ изъ этого договора пріобрѣтать и для себя извѣстные права и выгоды. Но относительно отвѣтственности, вытекающей для него изъ этого договора, онъ, по своему желанію, вправе пользоваться установленными для него закономъ льготами. Ст. 220 и 222 I ч. X т. сохраняютъ тутъ полную юридическую силу. Никакая воля довѣрителя и третьяго лица не можетъ уничтожить силу этихъ законовъ.

Поэтому мы находимъ несомнѣннымъ, что и постановленіе прусскаго кодекса, о томъ, что третье лице не *обязано* вступать въ юридическое отношеніе съ несовершеннолѣтнимъ повѣреннымъ сохраняетъ вполне свой логическій смыслъ и въ нашемъ юридическомъ быту. Несовершеннолѣтніе не обладаютъ полною дѣеспособностію. Вступленіе съ ними въ правовое отношеніе, какъ это явствуетъ изъ вышеизложеннаго, можетъ быть сопряжено съ невыгодными послѣдствіями для совершеннолѣтняго ¹⁾. Поэтому никто не можетъ быть признанъ обязаннымъ вступать съ ними въ договорныя соглашенія, въ сдѣлки.

Это положеніе можетъ имѣть въ жизни важное практическое значеніе. Положимъ одно лице заключило съ другимъ предварительное условіе (*actum de pacto contrahendo*) на совершеніе въ извѣстный срокъ купли - продажи какого либо имущества, при-

шеннолѣтній обладаетъ у насъ довольно изрядною долею дѣеспособности. Онъ не можетъ лишь обязываться; но нельзя сказать, что онъ не вправе вступать въ договоры (ст. 229⁴). Все сказанное въ текствѣ имѣетъ лишь отношеніе къ дѣятельности несовершеннолѣтняго повѣреннаго въ частномъ юридическомъ быту.— Но можетъ ли дѣятельность несовершеннолѣтняго повѣреннаго на судѣ служить поводомъ къ отмѣнѣ или кассациі, состоявшейся при его участіи, рѣшенія суда? При императивности содержанія ст. 45 и 220 ус. гр. судопроизв. слѣдуетъ полагать, что вопросъ этотъ разрѣшается въ смыслѣ утвердительномъ. Въ этомъ смыслѣ высказался Сенатъ въ дѣлѣ Протасьева (73 г., № 1355; ср. 74 г., № 28).

¹⁾ Мы говорили, что довѣритель можетъ оспаривать сдѣлку, учиненную несовершеннолѣтнимъ повѣреннымъ, доказавъ, что онъ былъ послѣднимъ введенъ въ заблужденіе. Подобный споръ, очевидно, затрагиваетъ и интересы третьяго лица.

чемъ выговорена неустойка для стороны, которая уклонится отъ окончательнаго совершенія этого договора. Ко времени наступленія срока покушникъ присылаетъ продавцу для окончательнаго совершенія купли - продажи несовершеннолѣтняго повѣреннаго. Продавецъ вправе не вступить съ нимъ въ договорное соглашеніе. Это не будетъ съ его стороны нарушеніемъ договора; неустойкѣ онъ за это подвергнуться не можетъ.

Слѣдуетъ замѣтить, что, возбужденный нами, вопросъ о правѣ несовершеннолѣтнихъ быть повѣренными отнюдь не лишень въ нашемъ быту практическаго значенія. Напротивъ, приведенный нами взглядъ на положеніе несовершеннолѣтняго повѣреннаго можетъ устранить не мало затрудненій и замѣшательствъ, которые могутъ встрѣтиться по этому предмету въ жизни. Не будемъ говорить о томъ, что въ нашей юридической жизни возможны, какъ мы видѣли выше, полномочіе словесное, молчаливое, и quasi-довѣренность (фактическое представительство). Въ этихъ случаяхъ несовершеннолѣтній смѣло можетъ явиться повѣреннымъ. Но нѣтъ ничего легче несовершеннолѣтнему сдѣлаться у насъ повѣреннымъ и по *формальной* довѣренности. Хотя, на основаніи ст. 83 нотар. полож., нотариусъ долженъ удостовѣриться въ дѣеспособности тѣхъ, *на имя которыхъ* актъ слѣдуетъ совершить, но на практикѣ законъ этотъ, по отношенію къ одностороннимъ актамъ, остается мертвою буквою ¹⁾. Вѣрющее письмо есть односторонній актъ, который подписывается однимъ лишь довѣрителемъ. Только его самоличность и дѣеспособность удостовѣряетъ нотариусъ. Право—и дѣеспособность повѣреннаго нотариусъ и не думаетъ кон-

¹⁾ Ст. 83 нотар. полож. гласитъ: нотариусъ долженъ, сверхъ удостовѣренія въ самоличности участвующихъ въ совершеніи акта или ихъ повѣренныхъ, удостовѣриться также, *имѣютъ ли тѣ, отъ имени и на имя которыхъ актъ слѣдуетъ совершить, законную правоспособность*. Эта статья нотар. полож. (т. е. собственно вторая половина ея) подвергается той участи, которая обыкновенно постигаетъ законы неудобноосуществимые. Что это требованіе закона дѣйствительно невыполнимо систематически—это слишкомъ ясно. Положимъ лице, живущее въ Петербургѣ, желаетъ совершить у нотариуса довѣренность, засмѣе письмо или вексель на имя лица, проживающаго въ Астрахани, въ Одессѣ, на Кавказѣ. Удостовѣрить дѣеспособность этихъ лицъ, на имя которыхъ совершаются указанные акты, нотариусу нѣтъ никакой возможности. Но жизнь любитъ последовательность. Она не допускаетъ компромиссовъ. Разъ убѣдившись, что этотъ законъ невыполнимъ, она не заботится уже объ его осуществленіи и въ тѣхъ случаяхъ, когда требованія его могли бы быть выполнены.

тролировать. Такой контроль для него не всегда и возможен. Таким образом нотариус легко совершить доверенность не только на имя несовершеннолетнего, но и на имя умаличенного, банкрота и каторжника... Закон на бумаге существует; но, что всего важнее, его трудно и почти невозможно осуществить. Мало того. Судь, при совершении доверенным каких либо юридических действий, справляется лишь о существовании доверенности. Но нам не приходило слышать, чтобы он требовал доказательств относительно деспособности доверенного. Таким образом несовершеннолетний может не только *получить* формальную доверенность, но и свободно совершать от имени доверителя различные сделки ¹⁾...

Если такое отсутствие контроля над деспособностью доверенного может породить в жизни не мало затруднений и замешательств, то они, с точки зрения изложенного нами взгляда, могут быть устранены по крайней мере в отношении несовершеннолетних доверенных. Если несовершеннолетний доверенный заключит какую либо сделку, то она должна быть признана действительной.

Все вышеизложенное клонилось к тому, чтобы доказать, что юридическая деятельность несовершеннолетних доверенных возможна по *духу* нашего законодательства.

Но этого мало. Мы имеем возможность указать на случаи, в которых представительство несовершеннолетних дозволено по точному, *буквальному* смыслу наших законов.

Мы говорили (см. выше, стр. 281), что к доверенностям должны быть отнесены предписания, даваемые казенным ведомством своим должностным лицам на ходатайство по его делам в суд (ст. 1286 уст. гражд. судопр. и ст. 1298 т. XI, ч. 2), а также доверенные поручения или приказы, которые даются присутственными местами чиновникам их для получения на почтѣ денег или бумаг или *для исправления других дел* (примѣч. к ст. 2292 1 ч. X т.).

¹⁾ Laband (ib., стр. 228, прим. 65) справедливо замечает, что ежедневный опыт доказывает, что несовершеннолетние приказчики и торговые служители совершают для своих доверителей юридические действия, которые не могут не быть признаваемы обязательными для последних.

По нашим законам лице может поступить на «*действительную службу*», когда ему «минетъ шестнадцать лѣтъ» ¹⁾.

Очевидно, если несовершеннолетний может состоять на действительной службѣ, то онъ пользуется всеми правами, предоставляемыми этою службою. Начальство же имѣетъ полное право возлагать на него всѣ тѣ обязанности и поручения, какія только могутъ быть даваемы лицамъ, состоящимъ на действительной службѣ. Къ числу такихъ правъ и обязанностей чиновника относится и представительство интересовъ своего ведомства на судѣ и въ другихъ случаяхъ юридической дѣятельности ²⁾.

Такимъ образомъ семнадцатилѣтній чиновникъ можетъ явиться представителемъ, довереннымъ интересамъ казны ³⁾.

Послѣ всего изложеннаго легко понять, что правило о дозволении несовершеннолетнимъ быть доверенными, не можетъ получить въ жизни широкое практическое примѣненіе. Рѣдко какое лице рискнетъ довериться представителю, который, приобретая всѣ права вытекающія изъ договора доверенности, не подвергается по оному никакой почти ответственности. Къ несовершеннолетнему доверенному доверитель прибѣгнетъ только въ крайнихъ случаяхъ.

Несовершеннолетний можетъ быть лишь такимъ представителемъ, который выбирается волею лица представляемаго и служить лишь *посредникомъ* въ дѣятельности послѣдняго съ третьими лицами (каковъ, напр., доверенный). Только въ этомъ случаѣ могутъ получить примѣненіе соображенія, изложенныя нами выше. Но несовершеннолетний не можетъ быть такимъ представителемъ, который опредѣляется въ силу закона и *замѣняетъ* собою личность представляемаго (каковъ, напр., опекунъ). Въ семъ

¹⁾ Св. зак. т. III, уставъ о службѣ по опредѣленію отъ правительства, ст. 8.

²⁾ Ст. 546 уст. гражд. судопр. имѣетъ отношеніе къ частнымъ лицамъ. Не полагаемъ, чтобы она могла быть примѣнена и къ должностнымъ лицамъ.

³⁾ Нельзя не удивляться непослѣдовательности нашего закона. Для того чтобы быть на судѣ представителемъ интересовъ частнаго лица, необходимо быть совершеннолетнимъ; присяжнымъ же довереннымъ можно быть, имея не менѣе 25 лѣтъ отъ роду (ст. 355, учрежд. судеб. установл.). Но представителемъ интересовъ казеннаго ведомства, министерства, цѣлаго государственнаго учрежденія, можетъ быть и несовершеннолетний!...

случаѣ представителемъ можетъ быть лишь лице, обладающее полною правою—и дѣеспособностію ¹⁾.

Изъ вышеизложеннаго также легко понять, что несовершеннолѣтній можетъ быть лишь повѣреннымъ, но не одностороннимъ представителемъ, такъ какъ послѣдній вступаетъ съ третьимъ лицомъ въ обязательственныя отношенія лично отъ себя и душеприкащикомъ, дѣятельность котораго не можетъ находиться въ такой постоянной, безусловной зависимости и подъ такимъ контролемъ его довѣрителя, котораго нѣтъ въ живыхъ ²⁾.

Легко понять, что изложенное имѣетъ лишь отношеніе къ несовершеннолѣтнимъ и лицамъ сравненнымъ съ ними относительно дѣеспособности, какъ напр. состояще подъ опекою за расточительность (Laband, *ib.* стр. 228 и Curtius *ib.* стр. 87), и, по иностранному праву, замужнія женщины. Только къ этимъ случаямъ примѣнимы основанія и соображенія, изложенныя выше. Лица же, лишенныя дѣеспособности по другимъ основаніямъ (какъ безумные, несостоятельные и лишенные правъ) не могутъ быть представителями по довѣренности ³⁾.

¹⁾ Прусскій кодексъ ч. 2, тит. 18, § 131; code civile, art. 442 и др.

²⁾ С. N. art. 1030; Dalloz, *ib.* № 4035 и 4044.

³⁾ Clamageran (du louage d'industrie etc. № 311) замѣчаетъ, что право быть повѣреннымъ можетъ быть признаваемо лишь за тѣми, которыхъ ограниченіе дѣеспособности сдѣлано въ ихъ пользу, въ огражденіе ихъ интересовъ, но не за тѣми, для которыхъ ограниченіе это является наказаніемъ, какъ лица, лишенныя по суду правъ состоянія. — Zacharie (le droit civil français, § 751) говоритъ: la capacité juridique du mandataire n'a d'influence que sur les obligations, qu'il contracte personnellement: elle n'en a aucune sur les conséquences juridiques que le contrat peut avoir pour le mandant. Il suit de là que celui, qui a donné mandat à un mineur, se trouve lié par ce que le mineur a promis en vertu de ce mandat, au nom de mandataire; tandis que le mineur poursuivi de l'action de mandat, (actio mandati directa), a, selon les circonstances, la bénéfice de restitution. Тоже говоритъ Лоранъ (№ 397) и Clamageran (№ 314). Это, очевидно, мнѣніе, господствующее среди французскихъ юристовъ. Но соображенія, изложенныя нами въ текстѣ, могутъ убѣдить въ томъ, что французскіе юристы неправы, высказавъ въ общей формѣ положеніе, что правоспособность (лучше дѣеспособность) повѣреннаго не имѣетъ никакого вліянія на юридическія послѣдствія, связанныя съ дѣятельностію его отъ имени довѣрителя. Это поло-

ГЛАВА XVII.

Отношенія лицъ заинтересованныхъ къ предмету и существу довѣренности.

Критическій разборъ ст. 542, 1 ч. X т. — Взглядъ московскаго юридическаго общества. — Отношенія довѣрителя и повѣреннаго къ предмету довѣренности. — Несостоятельность взгляда 542 ст. на довѣренность. — Законы и природа юридическихъ явленій. — Совершеніе довѣрителемъ и повѣреннымъ двухъ сдѣлокъ на предметъ довѣренности. — Послѣдствія дѣйствій довѣрителя, устрояющихъ дѣятельность повѣреннаго. — Отношенія повѣреннаго къ третьимъ лицамъ и къ довѣрителю. — Вѣрующее письмо и конфиденціальная инструкция. — Довѣренность замѣняющая собою купчую. — Послѣдствія ограниченія свободы юридическаго оборота. — Случай условной довѣренности. — Юридическія отношенія, установленныя повѣреннымъ отъ своего имени и по довѣренности другаго. — Характеристика общей довѣренности. — Объективированіе содержанія довѣренности. — Толкованіе договоровъ. — Послѣдствія преступленія, совершеннаго представителемъ.

Догматика представительства по довѣренности, имѣющаго въ жизни такое обширное примѣненіе, разработана въ нашемъ законодательствѣ весьма скудно. При такомъ положеніи дѣлѣ, для насъ получаетъ особенный интересъ каждый проблескъ мысли, каждый намекъ, который встрѣчается въ законѣ относительно внутренней, догматической стороны представительства по довѣренности.

женіе можетъ быть примѣнимо не къ дѣеспособности повѣреннаго вообще, а лишь къ его несовершеннолѣтностію или аналогичному ему ограниченію дѣеспособности. Вообще же право—и дѣеспособность повѣреннаго—элементъ безусловно необходимый въ довѣренности (стр. 17).—Повѣренный *юридическій дѣлатель*. А безъ права и дѣеспособности нельзя выразить въ законной формѣ, юридически свою волю. См. Dalloz, т. XXX, Mandat, § 38.—Laband (*ib.*, стр. 228), объясняя возможность для несовершеннолѣтнихъ быть повѣренными тѣмъ, что права и обязанности, устанавливаемыя представителемъ, переходятъ исключительно на лице представляемое, забываетъ вовсе, что и представитель принимаетъ на себя известныя обязанности предъ представляемымъ. Съ точки зрѣнія Лабанда сдѣлало бы признаніе право быть представителемъ и за малолѣтними, чего и онъ не признаетъ (*ib.* прил. 65). Такимъ образомъ право несовершеннолѣтнихъ быть представителями должно быть признаваемо съ ограниченіями, указанными выше.

Вотъ почему считаемъ полезнымъ остановиться на подробномъ, критическомъ разсмотрѣніи 542 ст., I ч., X т., въ которой, между прочимъ, высказывается и взглядъ закона на внутреннюю сторону отношеній довѣрителя и повѣреннаго къ предмету довѣренности.

Ст. 542, I ч., X т. — какъ это весьма часто бываетъ съ нашими законодательными постановленіями по догматикѣ гражданскаго права — излагаетъ взглядъ закона на отношенія довѣрителя и повѣреннаго къ предмету довѣренности въ формѣ казуистической. Въ статьѣ этой говорится, именно, лишь о случаѣ выдачи довѣренности на право распоряженія недвижимымъ имѣніемъ. Оно, впрочемъ, иначе и быть не могло, такъ какъ статья эта помѣщена не въ отдѣлѣ о довѣренности, а въ отдѣлѣ «о правѣ распоряженія, отдѣльномъ отъ права собственности».

Но, при теоретическомъ анализѣ законодательныхъ положеній, недостаточно останавливаться на разборѣ одного, рассматриваемаго закономъ, случая. Необходимо проникнуть глубже и уловить общую, отвлеченную мысль, которая лежитъ въ ихъ основѣ. Только при такомъ способѣ изслѣдованія возможно основательное выясненіе разбираемаго вопроса.

Чтобы придать мысли, лежащей въ основѣ той части 542 ст. I ч., X т., которая говоритъ о довѣренности, форму общую, отвлеченную, необходимо выдѣлить ее изъ той фактической скорлупы, въ которой она кроется.

Ст. 542, I ч., X т., гласитъ:

Право распоряженія не иначе можетъ *отдѣлиться отъ права собственности*, какъ или *по довѣренности, данной отъ владельца другому*, или по закону, когда имущество подвергается запрещенію въ совершеніи купчихъ и закладныхъ крѣпостей, или секвестру въ его управленіи или опеки.

Ст. 542, I ч., X т., говоритъ, что посредствомъ довѣренности право распоряженія *отдѣляется* отъ права собственности, т. е. что оно отходитъ отъ собственника къ повѣренному. Статья эта приравниваетъ послѣдствія предоставленія повѣренному права распоряженія съ послѣдствіями запрещенія въ совершеніи купчихъ и закладныхъ крѣпостей и наложенія на имѣніе опеки. Въ сихъ послѣднихъ случаяхъ собственникъ, какъ извѣстно, *лишается* на время права распоряженія имѣніемъ.

Такимъ образомъ общая, основная мысль ст. 542 I ч. X т., относительно довѣренности, можетъ быть выражена въ слѣдующемъ видѣ:

На время существованія довѣренности, право распоряженія предметомъ (вещью или дѣйствіемъ) оной переходитъ исключительно къ повѣренному и довѣритель лишается этого права.

Что мы имѣемъ полное право дѣлать подобныя общіе выводы изъ казуистическихъ постановленій закона — въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія. Однохарактерныя юридическія явленія, образующія собою содержаніе извѣстнаго института гражданскаго права, должны быть разрѣшаемы одинаковымъ путемъ. Законы, указывающіе пути къ разрѣшенію этихъ явленій, должны быть одинаковаго содержанія и не допускать въ себѣ противорѣчій¹⁾. Иначе разрѣшеніе юридическихъ явленій будетъ совершаться не по законамъ, вытекающимъ изъ ихъ существа и природы, а по произволу, по прихоти.

Достойный вниманія примѣръ примѣненія на практикѣ, изложеннаго нами общаго вывода 542 ст., I ч., X т., мы встрѣтили въ апрѣльской книжкѣ 1871 г. «Юридическаго Вѣстника», издаваемаго московскимъ юридическимъ обществомъ (стр. 18 и 19). Въ московскомъ юридическомъ обществѣ былъ предложенъ къ разрѣшенію слѣдующій вопросъ: «которая изъ двухъ купчихъ крѣпостей, совершенныхъ въ одинъ и тотъ же день собственникомъ и его повѣреннымъ на одно и то же имѣніе, должна быть признана дѣйствительною?» По этому вопросу Юридическій Вѣстникъ рассказываетъ: членъ, предложившій вопросъ, г. Любавскій, полагалъ, что собственникъ имѣнія, по 542 ст., I ч., X т., выдачею довѣренности *ограничилъ свое право распоряжаться имѣніемъ впродъ до уничтоженія оной*, на основаніи 2330 и 2331 ст. того же тома и части и что за симъ купчая, совершенная повѣреннымъ въ данномъ случаѣ, должна быть признана дѣйствительною по 2326 ст. Съ этимъ мнѣніемъ согласились и остальные члены, бывшіе въ засѣданіи.

Въ этомъ вопросѣ насъ интересуетъ не столько результатъ рѣше-

¹⁾ Исключеніе составляютъ, такъ называемые, законы чисто *положительные*, которые не вытекаютъ изъ логики отношеній, а вызываются экономическими, политическими и др. соображеніями.

ня московскаго юрид. общества, сколько его мотивы, основанія. Изъ нихъ именно видно, что и высшая юридическая интеллигенція Москвы придерживается выставленнаго нами общаго вывода изъ 542 ст., I ч., X т. Обстоятельство это придаетъ разбираемому нами вопросу значеніе весьма серьезное.

Конечно, московское юридическое общество разрѣшило одинъ приведенный случай на основаніи дѣйствующаго закона и, съ этой точки зрѣнія, оно разрѣшило его согласно съ буквальнымъ смысломъ 542 ст., I ч., X т. Но юридическое общество не судебное мѣсто, на разрѣшеніе котораго представляются жгучіе вопросы минуты, и которому не всегда возможно останавливаться на критическую оцѣнку внутренняго достоинства законовъ. Юридическое общество есть свободное собраніе представителей науки и практики, которое имѣетъ своею цѣлію обсуживать юридическіе вопросы не съ точки зрѣнія ихъ минутнаго, насущнаго интереса, а съ точки зрѣнія интереса болѣе постояннаго и прочнаго, представляемаго ихъ внутреннею, рациональною сущностью. Юридическое общество имѣетъ своею цѣлію поднять судебную практику до высоты теоретическаго мышленія. Тутъ безъ критики и внутренней оцѣнки разбираемыхъ предметовъ дѣло обойтись не можетъ. Результаты, къ которымъ приходитъ юридическое общество, слѣдуетъ признавать основанными не на одномъ формальномъ законѣ, но и на внутреннемъ, логическомъ убѣжденіи.

Недостатокъ приведеннаго взгляда на отношенія доверителя и повереннаго къ предмету доверенности — недостатокъ, весьма часто у насъ встрѣчающійся — состоитъ въ томъ, что онъ разсматриваетъ вопросъ казуистически, не сводя его къ общимъ началамъ представительства по доверенности.

Что такое представительство по доверенности и какія отношенія оно устанавливаетъ между доверителемъ и повереннымъ — легко видѣть изъ вышеизложеннаго.

Посредствомъ доверенности доверитель предоставляетъ поверенному право дѣйствовать, въ извѣстныхъ предѣлахъ, отъ своего имени и въ своемъ интересѣ. Поверенный въ дѣйствіяхъ своихъ въ предѣлахъ доверенности не есть лице самостоятельное, независимое отъ доверителя. Поверенный — если можно такъ выразиться — тотъ же доверитель, только въ другомъ лицѣ. Дѣйствія повереннаго суть, въ то же время, и дѣйствія доверителя.

Мысли эти — слишкомъ простыя сами по себѣ и ясно вытекающія изъ существа представительства, какимъ оно является въ жизни — выражены, какъ мы видѣли, хотя и въ казуистической формѣ, въ законахъ нашихъ о доверенности, (см. выше, стр. 39—41).

Изъ вышеизложеннаго явствуетъ, что между доверителемъ и повереннымъ не можетъ быть, по отношенію къ предмету доверенности, никакихъ сдѣлокъ¹⁾. Сдѣлка предполагаетъ существованіе *двухъ* лицъ, *двухъ* сторонъ; между тѣмъ доверитель и поверенный образуютъ собою, съ юридической точки зрѣнія, по отношенію къ предмету доверенности, *одно* лице.

Но что такое *отдѣленіе* посредствомъ доверенности права распоряженія отъ права собственности или вообще отдѣленіе отъ доверителя права на предметъ доверенности — какъ не сдѣлка, въ силу которой право на предметъ доверенности переходитъ отъ доверителя къ поверенному?

Такимъ образомъ посредствомъ доверенности никакого *отдѣленія* права на предметъ доверенности отъ доверителя къ поверенному не совершается и совершаться не можетъ.

И не странно ли, на самомъ дѣлѣ, толковать объ *отдѣленіи* отъ доверителя права распоряженія предметомъ доверенности, когда всѣ дѣйствія повереннаго истекаютъ и возвращаются къ доверителю, когда одинъ лишь доверитель является тѣмъ источникомъ права, изъ котораго поверенный, во все время своей дѣятельности по доверенности, черпаетъ свои юридическія силы и когда вмѣстѣ съ изсякновеніемъ этого источника, со смертію доверителя, прекращается и сила полномочія повереннаго? Возможна ли рѣчь о лишеніи доверителя, на время дѣйствія доверенности, права распоряженія предметомъ оной, когда всѣ дѣйствія повереннаго проникнуты юридическою личностію доверителя и право послѣдняго безпрерывно проявляетъ признаки своей жизни въ дѣйствіяхъ перваго?

Итакъ право распоряженія предметомъ доверенности сохраняется

¹⁾ Нечего, кажется и объяснять, что сдѣлки, заключаемыя между доверителемъ и повереннымъ относительно вознагражденія, не имѣютъ ничего общаго ни съ актомъ полномочія, ни съ соглашеніемъ, определяющимъ предметъ доверенности.

за доверителемъ и послѣ выдачи доверенности, точно также какъ и до выдачи оной. Представительство имѣетъ цѣлью расширить кругъ дѣятельности лица. Посредствомъ доверенности доверитель предоставляетъ и повѣренному право дѣйствовать по предмету доверенности, отнюдь не лишая и себя этого права. Съ повѣреннымъ доверитель является дѣйствующимъ въ двухъ лицахъ. Доверенность расширяетъ, но отнюдь не умаляетъ сферы правъ доверителя.

Кому, на самомъ дѣлѣ, придетъ въ голову утверждать, что лицу, выдавшему доверенность на управленіе дѣлами, на ходатайство по дѣлу въ судѣ и пр., воспрещается самому принимать участіе въ дѣйствіяхъ по управленію дѣлами, въ объясненіяхъ на судѣ и пр.?

Примѣры совместной дѣятельности доверителя и повѣреннаго по управленію дѣлами и объясненію въ судѣ на практикѣ такъ часты, наши юристы, я полагаю, до такой степени сознаютъ рациональность и непреложность этихъ явленій, что мы отказываемся отъ дальнѣйшихъ разсужденій по сему предмету.

Но если, въ приведенныхъ нами примѣрахъ, доверитель безспорно сохраняетъ право распоряженія предметомъ доверенности и послѣ выдачи оной, то отчего же допускать исключеніе по отношенію къ распоряженію имѣніемъ? Развѣ юридическій характеръ этого явленія въ чемъ либо отличается отъ характера другихъ явленій? Мыслимо ли, наконецъ, примѣненіе въ жизни оспариваемаго нами взгляда на доверенность на распоряженіе имѣніемъ? Неужели станутъ воспрещать собственнику, выдавшему доверенность на распоряженіе имѣніемъ, вмѣшиваться въ дѣйствія по сему распоряженію? Но вмѣшиваться въ эти дѣйствія можетъ лишь лице, которое сохраняетъ право на оныя.

И такъ, каково бы ни было рѣшеніе вышеприведеннаго вопроса, мы никакъ не примиримся съ основаніями онаго, выставленными московскимъ юридическимъ обществомъ. Утверждать, что «выдачею доверенности (доверитель) ограничилъ свое право распоряжаться имѣніемъ, впредь до уничтоженія оной» — значитъ выставить несостоятельный принципъ. Невозможно жертвовать общимъ началомъ, принципомъ, ради затрудненій, которыя представляетъ одинъ случай. Искаженіе общаго начала влечетъ за собою изуродованіе цѣлаго ряда юриди-

ческихъ отношеній. Такъ, на примѣръ, съ точки зрѣнія тѣхъ основаній, которыя приведены по разбираемому нами вопросу московскимъ юридическимъ обществомъ, одинаковое съ этимъ вопросомъ рѣшеніе долженъ былъ бы получить и случай совершенія доверителемъ и повѣреннымъ двухъ купчихъ крѣпостей, или вообще двухъ сдѣлокъ, на одно и то же имущество и *въ разное время*. На самомъ дѣлѣ, если доверитель ограниченъ, на время дѣйствія доверенности, въ правѣ распоряженія своимъ имуществомъ, то сдѣлка имъ учиненная по отношенію къ сему имуществу, когда бы она ни состоялась, если только во время существованія доверенности, должна быть признана недѣйствительною. Мало того. Сдѣлка доверителя во время дѣйствія доверенности должна быть признана недѣйствительною и тогда, если она одна только и существуетъ и никакой сдѣлки на это имущество и не было совершено повѣреннымъ. Но это значило бы дойти до нелѣпности. Это значило бы пойти тою дорогою, которая прямо ведетъ къ выставленному нами выше общему выводу изъ 542 ст., 1 ч., X т...

Такимъ образомъ, въ концѣ концовъ, общая мысль, которая проглядываетъ въ 542 ст., 1 ч., X т., оказывается непримѣнимою на практикѣ. Приравнивать предоставленіе повѣренному права распоряженія съ запрещеніемъ въ совершеніи купчихъ и закладныхъ крѣпостей и наложеніемъ опеки — какъ это дѣлаетъ ст. 542 1 ч. X т. — не представляется никакой возможности.

Послѣ всего изложеннаго, мы позволимъ себѣ противъ взгляда 542 ст. 1 ч. X т. на доверенность выставить противоположное общее правило, по которому *доверитель и послѣ выдачи доверенности сохраняетъ неприкосновеннымъ право распоряженія предметомъ ея*. Выдачею доверенности доверитель не отдѣляетъ отъ себя права распоряженія, а, *напротивъ, осуществляетъ это право въ лицѣ своего повѣреннаго*¹⁾.

Выраженіе 542 ст., 1 ч., X т.: «отдѣленіе по доверенности права распоряженія отъ права собственности» мы признаемъ понятіемъ ошибочнымъ, противорѣчающимъ юридической логикѣ и воззрѣніямъ жизни. На долю будущихъ редакторовъ нашего гражданского свода законовъ выпадетъ легкій трудъ пропустить цѣликомъ все это выраженіе...

¹⁾ Ср. выше, стр. 260.

Неутѣшительный выводъ, къ которому мы пришли по поводу взгляда 542 ст., 1 ч., X т., на отношенія довѣрителя и повѣреннаго къ предмету довѣренности, можетъ послужить нѣкоторымъ поучительнымъ урокомъ для нашихъ дѣятелей по части законодательной. Изъ вышеизложеннаго, именно, видно, съ какимъ глубокимъ вниманіемъ необходимо, при составленіи законодательныхъ положеній, слѣдить за потребностями жизни. Съ ними безнаказанно шутить нельзя. Законы, идущіе противъ требованій жизни и природы юридическихъ явленій, будутъ игнорируемы и затерты самою жизнію и останутся мертвою буквою¹⁾. Такая именно судьба постигла и взглядъ 542 ст., 1 ч., X т., на отношенія довѣрителя и повѣреннаго къ предмету довѣренности. Жизнь въ принципѣ не признаетъ этого взгляда и идетъ по этому вопросу путемъ отдѣльнымъ, самостоятельнымъ²⁾...

Изъ изложеннаго, кажется, понятно, отчего мы до такой степени отстаиваемъ въ нашемъ быту общія юридическія начала и встаемъ противъ ихъ искаженія.

Юридическая жизнь народа не можетъ обойтись безъ общихъ руководящихъ правилъ, безъ началъ. Иначе движеніе этой жизни представитъ собою какую-то путаницу отрывочныхъ, смутныхъ, неясныхъ понятій; это будетъ жизнь случайностей, жизнь на удачу. Но строгое проведеніе началъ можетъ иногда привести къ слишкомъ рѣзкимъ результатамъ, которые войдутъ въ столкновеніе съ потребностями дѣйствительной жизни. Тогда — какъ мы видѣли (стр. 222—224) и увидимъ (см. ниже, стр. 313—314) — вмѣшивается въ дѣло положительное законодательство, которое своими постановленіями старается смягчить рѣзкость этихъ результатовъ.

Такимъ образомъ законодательство можетъ видоизмѣнить по-

¹⁾ См. выше, стр. 299 и прим. 1.

²⁾ Существо права, говоритъ Игерингъ, — практическая осуществимость. Постановленіе, лишенное этого свойства, не заслуживаетъ названія права. Оно — недѣйствующая пружина въ механизмѣ права, которая можетъ быть выкинута безъ малѣйшаго вреда для послѣдняго (Der Kampf um's Recht, изд. 3, стр. 70). Не все то право, что законъ, а все то законъ, что право (Ihering, der Geist d. röm. Rechts, ч. 2, § 56, стр. 57).

слѣдствіи извѣстныхъ началъ, но оно не можетъ искажать самымъ начала подъ страхомъ быть отвергнутымъ жизнію...

Что же касается существа вышеприведеннаго вопроса, предложеннаго въ московскомъ юридическомъ обществѣ, то мы, для успокоенія нашихъ юристовъ, должны прежде всего замѣтить, что совершеніе въ одинъ и тотъ же день двухъ купчихъ крѣпостей, если оно, пожалуй, возможно было при прежнемъ порядкѣ совершенія крѣпостныхъ актовъ, въ которомъ относительно мѣста совершенія подобныхъ актовъ и выясненія правъ продавцевъ господствовала полнѣйшая неурядица, то оно оказывается почти немислимымъ при новомъ нотаріальномъ порядкѣ совершенія крѣпостныхъ актовъ. По положенію о нотаріальной части (ст. 157) нотаріальные акты обращаются въ крѣпостные лишь послѣ утвержденія оныхъ старшимъ нотаріусомъ того судебнаго округа, гдѣ находится имѣніе. Такимъ образомъ у старшихъ нотаріусовъ сосредоточивается вся историческая лѣтопись недвижимыхъ имѣній его округа (ст. 161). Очевидно, что старшій нотаріусъ, который при совершеніи каждаго крѣпостнаго акта обязанъ справиться въ крѣпостныхъ, запретительныхъ и разрѣшительныхъ книгахъ, а также въ реестрахъ крѣпостныхъ дѣлъ и въ указателяхъ къ этимъ книгамъ и реестрамъ, о принадлежности имущества продавцу, или же потребовать представленія другихъ доказательствъ на таковую принадлежность (ст. 167 и 168 полож. о нот. части), имѣетъ полнѣйшую возможность не только въ одинъ день, но и вообще не совершать двухъ купчихъ крѣпостей на одно и то же имѣніе.

Но, если мы этимъ объясненіемъ хотѣли смягчить значеніе вопроса, постановленнаго въ московскомъ юридическомъ обществѣ, то мы, въ то же время, не станемъ утверждать абсолютную невозможность его. Главнѣе же всего то, что, если не такъ легко предположеніе о совершеніи въ одинъ день довѣрителемъ и повѣреннымъ двухъ купчихъ крѣпостей на одно и то же имѣніе, то нѣтъ ничего легче, какъ совершеніе ими двухъ нотаріальныхъ или доманшихъ актовъ на переходъ движимаго имущества. И тогда вопросъ, предложенный въ московскомъ юридическомъ обществѣ г. Любавскимъ, предстанетъ во всей своей силѣ, хотя въ другомъ видѣ.

Вопросъ сводится къ слѣдующему: какія послѣдствія влекутъ

за собою юридическія сдѣлки, заключенныя, независимо другъ отъ друга, довѣрителемъ и повѣреннымъ съ разными лицами на одинъ и тотъ же предметъ довѣренности?

Разсмотримъ этотъ вопросъ въ болѣе общей, всесторонней формѣ.

Вопросъ этотъ получить весьма простое и естественное разрѣшеніе, если обратимъ вниманіе на то, что нами сказано было о сущности взаимныхъ отношеній довѣрителя и повѣреннаго къ предмету довѣренности. Мы видѣли, что если повѣренный получаетъ право предпринять извѣстныя юридическія дѣйствія по отношенію къ предмету довѣренности, то такое же право остается въ то же время и за довѣрителемъ. Такимъ образомъ, если довѣритель и повѣренный заключили разныя сдѣлки на одинъ и тотъ же предметъ довѣренности, то, такъ какъ дѣйствія того и другаго вполне законны, *слѣдуетъ признать действительною ту сдѣлку, которая заключена раньше*. Это весьма естественно. Первая сдѣлка во всякомъ случаѣ дѣйствительна; а, въ такомъ случаѣ, вторая недействительна потому, что заключена на предметъ, сдѣлавшійся уже по силѣ первой сдѣлки собственностью другаго лица ¹⁾. Если же было бы доказано, что обѣ сдѣлки заключены въ одно и то же время, то, такъ какъ въ такомъ случаѣ строго — *юридическаго* основанія къ предпочтенію одной сдѣлки другой нѣтъ, — слѣдовало бы, по нашему крайнему разумѣнію, отдать предпочтеніе сдѣлкѣ, заключенной повѣреннымъ, на слѣдующемъ основаніи справедливости: такъ какъ договоръ довѣренности именно и заключается довѣрителемъ съ тѣмъ, чтобы повѣренный предпринялъ, по отношенію къ предмету этого договора, извѣстныя юридическія дѣйствія, то первому слѣдуетъ обходиться съ правомъ своимъ на этотъ предметъ весьма осторожно. Во имя интересовъ стороннихъ лицъ, вступающихъ въ юридическія отношенія съ повѣреннымъ, слѣдуетъ признать, что, въ случаѣ столкновения предпринятыхъ по пред-

¹⁾ Этотъ выводъ получить примѣненіе въ томъ лишь случаѣ, когда первою сдѣлкою осуществился переходъ на контрагента *права собственности* на предметъ ея. Если же обѣ сдѣлки установили лишь *договорныя* отношенія, то исходъ дѣла будетъ зависѣть отъ того, по какой изъ этихъ сдѣлокъ воспослѣдуетъ удовлетвореніе. Сдѣлка, по которой не послѣдуетъ удовлетворенія, должна считаться нарушенною довѣрителемъ, который обязанъ вознаградить контрагента за понесенныя имъ убытки.—Ср. еще выше, стр. 130, прим. 1.

мету довѣренности одновременныхъ дѣйствій довѣрителя и повѣреннаго, дѣйствія перваго должны уступить дѣйствіямъ втораго. Но это начало справедливости не можетъ имѣть примѣненія къ первому случаю, гдѣ оно встрѣчается съ упомянутымъ нами болѣе сильнымъ *юридическимъ* началомъ, которому оно должно уступить ¹⁾.

Первый случай разсматриваемаго нами вопроса предусмотрѣнъ прусскимъ кодексомъ, котораго постановленіе (часть 1, томъ 1, тит. 13 § 86) согласно съ нашимъ о немъ выводомъ. Наше разсужденіе по этому вопросу доказываетъ, что это постановленіе прусскаго закона не есть нѣчто *положительное*, а прямо вытекаетъ изъ существа представительства и, какъ таковое, можетъ имѣть примѣненіе и въ области дѣйствій прусскаго законодательства.

Но въ прусскомъ кодексѣ имѣется, по разсматриваемому нами вопросу, еще постановленіе, которое мы признаемъ чисто положительнымъ, но весьма практическимъ. Если, говоритъ прусскій кодексъ, довѣритель не извѣстилъ о своихъ переговорахъ повѣреннаго, то сдѣлка послѣдняго остается въ своей силѣ, хотя бы и была имъ заключена послѣ (тит. 13, § 88). Это постановленіе прусскаго кодекса вызвано, вѣроятно, тѣмъ началомъ справедливости, началомъ обезпеченія интересовъ третьихъ лицъ, о которомъ мы говорили выше. Это постановленіе *практическое*, вызванное потребностями дѣйствительной жизни и какъ таковое оно можетъ получить примѣненіе лишь въ той средѣ, на которую распространяется дѣйствіе, санкціонированнаго его, положительнаго законодательства: одно только положительное законодательство вправѣ отступить отъ началъ юридической науки и логики

¹⁾ Для приверженцевъ *jus strictum*, которые не согласятся признать выставленнаго нами принципа справедливости въ вопросѣ о двухъ одновременно совершенныхъ довѣрителемъ и повѣреннымъ сдѣлкахъ, мы бы предложили слѣдующій, хотя довольно жесткій, но чисто юридическій исходъ. Можно именно утверждать, что такъ какъ обѣ сдѣлки имѣютъ одинаковую юридическую силу, то онѣ уравниваются одна другою и ни одна изъ нихъ не можетъ подлежать осуществленію, т. е. что продажа или вообще перемена, произведенная въ имущественныхъ отношеніяхъ сторонъ, должна быть признана несостоявшею. Этотъ исходъ возможенъ лишь, въ случаѣ установленія по сдѣлкѣ *права собственности*. Въ противномъ случаѣ и сюда примѣнимы соображенія, изложенныя въ предшествующемъ примѣчаніи.

въ интересѣ потребностей жизни и этимъ примирить первыя съ послѣдними¹⁾. Мы говорили, что это послѣднее постановленіе прусскаго кодекса чисто положительное. Дѣйствительно, юридическая логика говоритъ совершенно противоположное сему постановленію. По юридической логикѣ, сдѣлка довѣрителя, совершенная имъ раньше сдѣлки заключенной повѣреннымъ, какъ содержащая въ себѣ всѣ необходимыя для сдѣлки условія, должна сохранить полную юридическую силу; извѣщеніе же довѣрителемъ повѣреннаго, съ точки зрѣнія этой логики, не можетъ имѣть никакого вліянія на дѣйствительность этой сдѣлки, если оно не требуется только положительнымъ закономъ. Но, повторяемъ, мы привели это постановленіе прусскаго кодекса потому, что считаемъ его весьма практическимъ, вызваннымъ потребностями дѣйствительной жизни, которыя не могутъ не быть чувствуемы и внѣ прусской территоріи...

Въ связи съ изложеннымъ, находится слѣдующій вопросъ: какія юридически послѣдствія должны повлечь за собою дѣйствія довѣрителя, направленные на предметъ довѣренности, если они дѣлаютъ невозможною или излишнею дѣятельность повѣреннаго?

И рѣшеніе этого вопроса находится въ тѣсной зависимости отъ вопроса о правѣ довѣрителя, послѣ выдачи имъ довѣренности, на распоряженіе предметомъ довѣренности. Мы уже говорили, что выдачею довѣренности довѣритель никоимъ образомъ не лишается *права распоряженія предметомъ довѣренности*. Повѣренный не получаетъ никакого *права на предметъ* довѣренности. Довѣренность не есть временная уступка *права на какой либо предметъ*, такъ какъ право на предметъ есть что то исключительное, абсолютное. Посредствомъ довѣренности повѣренный получаетъ только возможность, право предпринять извѣстныя юридическія дѣйствія по отношенію къ предмету собственности довѣрителя, установить для него извѣстныя права и обязательства. Правило, что повѣренный есть *юридическій посредникъ*, оставленіе или отрѣшеніе котораго отъ этого званія зависитъ исключительно отъ воли довѣрителя—само по себѣ слишкомъ просто и естественно, чтобы на немъ слѣдовало долге останавливаться. Такимъ образомъ, если дѣй-

¹⁾ См. выше, стр. 310.

ствія довѣрителя, направленные на предметъ довѣренности, дѣлаютъ невозможною или излишнею дѣятельность повѣреннаго, то въ виду того, что означенныя дѣйствія должны, какъ мы говорили, сохранить полную юридическую силу,—они въ то же время лишаютъ довѣренности всякой дѣйствительной силы, такъ какъ никакой договоръ не мыслимъ безъ вещественнаго предмета, составляющаго его основу. Такимъ образомъ, по нашему, вслѣдствіе означенныхъ дѣйствій довѣрителя, *довѣренность прекращается сама по себѣ*. Для повѣреннаго же означенныя дѣйствія довѣрителя могутъ иногда породить лишь право требовать вознагражденія за убытки имъ вслѣдствіе ихъ понесенныя. Это рѣшеніе выставленнаго нами вопроса вытекаетъ изъ сущности дѣла.

Эти наши чисто теоретическія соображенія вполне подтверждаются взглядомъ на этотъ вопросъ нѣкоторыхъ законодательствъ. Прусскій кодексъ говоритъ, что если продолженіе дѣятельности повѣреннаго оказывается несомнѣннымъ съ дальнѣйшими распоряженіями довѣрителя, то довѣренность считается безмолвно прекратившеюся (ч. 1, тит. 13, § 185). Остзейскій кодексъ говоритъ, что «полномочіе признается отмѣненнымъ безмолвно, когда довѣритель самъ исполнить данное имъ другому порученіе» (ст. 4405).

Въ этомъ смыслѣ высказались и нѣкоторые французскіе юристы. Довѣренность, говорятъ они, можетъ имѣть своимъ предметомъ лишь дѣйствія, которыя предстоятъ совершить. Если же эти дѣйствія окончены въ моментъ состоявшагося между довѣрителемъ и повѣреннымъ соглашенія, или предметъ довѣренности уничтоженъ, то довѣренность считается несуществующею, даже и тогда, когда стороны объ этомъ не знали¹⁾.

Вышеприведенныя положенія иностранныхъ законодательствъ и юристовъ служатъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, подтвержденіемъ нашего

¹⁾ (Zacharie, § 751, прим. 7; Troplong, стр. 345; Dalloz, т. XXX, Mandat, § 32). По римскому праву изъ отношенія довѣренности (obligatio et mandato) возникали для довѣрителя, по отношенію къ повѣренному, actio mandati directa, а для послѣдняго, по отношенію къ первому, actio mandati contraria. Этими исками они могли принуждать одинъ другаго къ исполненію своихъ взаимныхъ обязанностей. Предварительное исполненіе порученнаго повѣренному дѣйствія лишало этихъ исковъ юридической силы (Пухта, Pandecten-Vorlesungen, § 323). Въ основу этого постановленія лежитъ, по нашему, мысль, изложенная въ текстѣ.

взгляда (стр. 309) о томъ, что выдача довѣренности *не отдѣляется* отъ довѣрителя права распоряженія предметомъ оной. На самомъ дѣлѣ, по смыслу этихъ положеній, довѣритель не только не лишается этого права, но распоряженія, сдѣланныя имъ по предмету довѣренности, могутъ лишить ея силы и значенія.

Послѣ всего изложеннаго любопытно посмотрѣть какъ разрѣшило послѣдній вопросъ общее собраніе сената.

Нѣкто Поповъ принялъ на себя, по условію съ стат. совѣт. Верекинымъ, ходатайство по взысканію съ Мельгунова, по пяти предъявленнымъ противъ него Верекинымъ заемнымъ письмамъ, 56 000 р. с., съ тѣмъ, чтобы они всю сумму, какая будетъ взыскана или получена отъ Мельгунова, раздѣлили между собою пополамъ; между тѣмъ Верекинъ заключилъ, помимо Попова, съ Мельгуновою (матерью Мельгунова) мировую сдѣлку, по которой онъ прекратилъ искъ къ Мельгунову за 15.000 р. с., въ число коихъ получилъ отъ нея 5000 р. с. Вслѣдствіе иска Попова, дѣло это дошло до о. с. сената, которое, основываясь на слова, заключеннаго между Поповымъ и Верекинымъ, условія «хранить сіе условіе свято и ненарушимо съ обѣихъ сторонъ, а равно и данной ему, Попову, довѣренности безъ взаимнаго ихъ согласія не уничтожать», — пришло къ заключенію, что «по буквальному смыслу означеннаго условія и по содержанію 974, 976, 984 по прод. и 2098 ¹⁾ ст. X т. (изд. 1832); *Верекинъ безъ согласія Попова не имѣлъ никакого права* заключать мировую сдѣлку съ Мельгуновою» и пр. Принявъ еще во вниманіе, что Верекинъ, до заключенія мировой сдѣлки, зналъ о томъ, что Поповъ свою половину предоставилъ на пополненіе своего долга въ казну, — общ. собр. сената признало, что означенная мировая сдѣлка можетъ имѣть силу только по отношенію къ части Верекина, но не по отношенію къ Попову, котораго часть должна быть *взыскана съ Мельгуновой*, согласно представленію Попова, въ пользу казны (т. 2, № 171).

Несостоятельность этого рѣшенія о. с. слишкомъ явная. Съ прекращеніемъ между Верекинымъ и Мельгуновою дѣла миромъ, уничтожился предметъ довѣренности, выданной Верекинымъ Попову (ходатайство по дѣлу Мельгунова); вслѣдствіе этого факти-

¹⁾ Статьи эти соответствуютъ 1537 ст. X т. изд. 1857 г.

чески прекратилась и самая эта довѣренность. За нарушеніе же Верекинымъ условія заключеннаго имъ съ Поповымъ, послѣдній могъ лишь искать съ перваго понесенные имъ вслѣдствіе этого убытки. Но Мельгунова тутъ ни причесть. Ей нѣтъ дѣла до условія, заключеннаго между Поповымъ и Верекинымъ (1 ч. X т., ст. 569). Ссылка о. с. на то обстоятельство, что Поповъ предоставилъ свою половину на пополненіе казеннаго долга, лишена всякаго юридическаго значенія: кому дѣло до того, что Поповъ назначилъ на пополненіе своего казеннаго долга деньги, которыя ему не принадлежали и могли никогда не сдѣлаться его принадлежностію: довѣренность могла быть уничтожена Верекинымъ; Верекинъ или Поповъ могъ умереть до окончанія означеннаго порученія, и дѣйствіе довѣренности должно было бы прекратиться на основаніи закона; Мельгуновы могли оказаться несостоятельными; наконецъ обстоятельства могли заставить Попова и Верекина заключить, съ обоюднаго ихъ согласія, мировую съ Мельгуновою. Какое дѣло Мельгуновою и даже Верекину до того, что казна согласилась принять отъ Попова, въ обезпеченіе своей претензіи, эти, болѣе чѣмъ сомнительныя, деньги? Несостоятельность объясненія общ. собр., что Верекинъ не имѣлъ права, безъ согласія Попова, окончить дѣло миромъ, слишкомъ явствуетъ изъ всего изложеннаго выше (стр. 306—309).

Судебный случай, возникшій въ Владимірскомъ окружномъ судѣ по дѣлу лондонскаго товарищества выксунскихъ горныхъ заводовъ съ Шепелевымъ (Судебный Вѣстникъ 1867 г. № 103), наводитъ на слѣдующій вопросъ: имѣетъ ли право повѣренный съ общаго довѣренностію отвести себя отъ обязанности отвѣчать на судѣ по дѣлу, входящему въ сферу его полномочія? ¹⁾

Мы уже говорили (стр. 80—81), что въ дѣятельности повѣреннаго необходимо отличить отношенія его къ третьимъ, стороннимъ лицамъ, съ которыми онъ приходитъ въ соприкосновеніе на основаніи открытаго, публичнаго вѣрющаго письма, отъ отношеній его къ довѣрителю, на основаніи договора довѣренности между ними заключеннаго, который есть нѣчто самостоятельное, отдѣльное отъ вѣрющаго письма. Юридическій характеръ отношеній

¹⁾ Соображенія по этому вопросу помѣщены нами въ передовой статьѣ № 118 Судебн. Вѣстн. за 1867 г. Здѣсь они являюся въ нѣсколько измѣненномъ видѣ.

перваго рода совершенно отличенъ отъ характера втораго рода отношеній.

На основаніи вѣрующаго письма, составляющаго актъ легитимации, повѣренный уполномочивается, то есть получаетъ *право* представлять, въ извѣстныхъ случаяхъ, другое лицо (довѣрителя), совершать отъ его имени или въ его интересѣ извѣстныя юридическія дѣйствія (повѣренный «*справъ* производить то», что ему предоставлено по содержанію довѣренности, ст. 2326 1 ч. X т.). Не всякое лицо вправѣ дѣйствовать за другое. Вѣрующее письмо и предоставляетъ повѣренному подобное *право*. Но вѣрующимъ письмомъ отнюдь не возлагается на повѣреннаго *обязанность* воспользоваться этимъ, ему предоставленнымъ, правомъ совершать отъ имени или въ интересѣ довѣрителя извѣстныя юридическія дѣйствія. Если повѣренный, по чему бы то ни было, не считаетъ нужнымъ пользоваться, въ извѣстномъ случаѣ, правомъ представлять лицо довѣрителя, то стороннія лица отнюдь не могутъ за это претендовать къ нему. Вообще же въ отношеніяхъ повѣреннаго къ третьимъ, стороннимъ лицамъ, проглядываютъ одни только права; обязанностей нѣтъ никакихъ ¹⁾. Обязательственная, отвѣтственная сторона отношеній представительства по довѣренности въ отношеніи къ третьимъ, стороннимъ лицамъ — оставлена исключительно за довѣрителемъ.

Другое дѣло отношенія повѣреннаго къ довѣрителю, вытекающія изъ договора довѣренности, между ними заключеннаго. На основаніи этого договора, повѣренный принимаетъ на себя предъ довѣрителемъ обязанность совершать отъ его имени или въ его интересѣ извѣстныя юридическія дѣйствія. Противъ этой обязанности повѣреннаго договоромъ довѣренности обыкновенно возлагается на довѣрителя, въ видѣ эквивалента, извѣстныя обязанности предъ повѣреннымъ (см. стр. 84—85). Если повѣренный отказывается почему либо отъ отправленія какихъ нибудь юридическихъ дѣйствій отъ имени или въ интересѣ довѣрителя, на которыя онъ симъ послѣднимъ уполномоченъ, то онъ можетъ подлежать предъ нимъ отвѣтственности, на основаніи договора довѣренности. Но нарушенъ ли подобнымъ отказомъ повѣреннаго интересъ довѣрителя и возможно ли слѣдуетъ ли за то привлечь

¹⁾ Ср. выше, стр. 248.

перваго къ отвѣтственности — обо всемъ этомъ можетъ судить одинъ лишь довѣритель; одному ему только извѣстны какъ интересъ его, такъ и обязанности, возложенныя на повѣреннаго договоромъ довѣренности. Лицамъ третьимъ, стороннимъ, нѣтъ до этой отвѣтственности дѣла. Вся внутренняя, личная сторона отношеній между довѣрителемъ и повѣреннымъ, которая формулируется договоромъ довѣренности, остается внѣ вліянія лицъ третьихъ, стороннихъ.

Такимъ образомъ, въ представительствѣ по довѣренности рѣзко выдѣляются двѣ, отличныя по свому характеру, стороны. Въ отношеніяхъ повѣреннаго къ лицамъ третьимъ, стороннимъ, формулируемыхъ вѣрующимъ письмомъ, выражается, такъ сказать, сторона правъ повѣреннаго; сторона же обязанностей его, которая составляетъ необходимую принадлежность, оборотную сторону всякаго права, проявляется въ отношеніяхъ повѣреннаго къ довѣрителю, которыя формулируются договоромъ довѣренности, между ними заключеннымъ ¹⁾.

Это различіе характера указанныхъ нами двухъ родовъ отношеній повѣреннаго выказывается въ формѣ и въ сущности самихъ актовъ, на которыхъ тѣ и другія отношенія основаны. Въ вѣрующемъ письмѣ говорится обыкновенно, что повѣренный *уполномочивается* на такія то юридическія дѣйствія и затѣмъ исчисляются тѣ дѣйствія, на совершеніе которыхъ имѣетъ право повѣренный. Въ условіи же или договорѣ довѣренности, заключаемомъ повѣреннымъ съ довѣрителемъ, обыкновенно говорится, что повѣренный принимаетъ на себя, т. е. *обязывается* совершить такія то дѣйствія и затѣмъ говорится о тѣхъ юридическихъ послѣдствіяхъ, которыя влечетъ за собою неисполненіе повѣреннымъ, принятаго имъ на себя, обязательства. Словомъ, въ первомъ изъ сихъ актовъ говорится обыкновенно о совокупности правъ повѣреннаго, а во второмъ — о совокупности его обязательствъ.

¹⁾ Бриндъ (Lehrb. d. Pand., ч. 3, § 372) говоритъ, что полномочіе (Vollmacht) даетъ лишь *возможность, право*, а не возлагаетъ безусловной *обязанности* (rechtliche Macht, ein blosses Dürfen, im Gegensatz zum Müssen, ein Können im Gegensatz zum Nichtkönnen). Ср. также Виндшейда (Lehrb. d. Pand., § 74, прим. 1). Лабандъ (ib. стр. 74) говоритъ, что вѣрующее письмо *уполномочиваетъ*, но не *обязываетъ* повѣреннаго. Въ этомъ и заключается различіе полномочія отъ порученія, которое налагаетъ на повѣреннаго извѣстныя обязанности по отношенію къ довѣрителю (ср. выше, стр. 80—81).

Эти соображенія прямо приводят насъ къ разрѣшенію разбираемаго нами вопроса.

Если вѣрющимъ письмомъ повѣренный уполномочивается на совершеніе какихъ либо юридическихъ дѣйствій, на веденіе тяжкихъ дѣлъ и пр., то онъ получаетъ на это *право*; но изъ этого не слѣдуетъ еще, чтобы онъ былъ обязанъ къ тому и чтобы онъ могъ быть принуждаемъ къ исполненію этой обязанности третьимъ лицомъ, — истцомъ, при посредствѣ суда, т. е. чтобы неисполненіе повѣреннымъ сей обязанности могло бы повлечь для довѣрителя его какія нибудь невыгодныя юридическія послѣдствія.

Повторяемъ, обсужденіе смысла и значенія этого отказа повѣреннаго отъ дачи за своего довѣрителя отвѣта на судѣ, оцѣнка цѣли и послѣдствій этого отказа, признаніе или непризнаніе за нимъ значенія упущенія и отступленія отъ своей обязанности — все это дѣло одного довѣрителя, такъ какъ только къ нему повѣренный состоитъ въ обязательныхъ отношеніяхъ, но не истца и суда, которые должны видѣть въ представленіи повѣреннымъ своего довѣрителя одно право перваго. Словомъ, если повѣренный, не смотря на свое полномочіе, не желаетъ или считаетъ почему либо невозможнымъ или ненужнымъ представлять на судѣ лице своего довѣрителя, то онъ, по нашему, вправѣ предъявить отводъ, на основаніи 3 п. 571 ст. уст. гр. судопр. Въ такомъ случаѣ искъ долженъ быть предъявленъ къ настоящему отвѣтчику по сему дѣлу, т. е. къ довѣрителю его. Весьма естественно, что подобный оборотъ дѣла можетъ иногда повлечь за собою важныя юридическія послѣдствія. Тутъ можетъ, именно, возникнуть, вслѣдствіе этого, вопросъ о неподсудности иска тому суду, которому онъ предъявленъ; а вопросъ о мѣстѣ предъявленія иска можетъ иногда имѣть для истца чрезвычайно важное значеніе.

Выше (стр. 318) мы говорили, что, помимо вѣрющаго письма, между довѣрителемъ и повѣреннымъ обыкновенно составляется еще частное условіе, которое имѣетъ цѣлью опредѣлить ихъ взаимныя отношенія. Случается, что, помимо вѣрющаго письма, довѣритель еще и въ этомъ условіи указываетъ повѣренному на предѣлы его дѣятельности, такъ что условіе это получаетъ характеръ частной, конфиденціальной инструкціи повѣренному въ его дѣйствіяхъ въ интересѣ довѣрителя.

Спрашивается: какое значеніе имѣетъ эта конфиденціальная инструкція довѣрителя для третьихъ лицъ? Положимъ, что предѣлы дѣятельности, указанные повѣренному въ условіи, разнятся отъ предѣловъ дѣятельности, начертанныхъ ему въ вѣрющемъ письмѣ, — какія послѣдствія должны повлечь за собою для третьихъ лицъ дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ указанныхъ въ условіи, но, въ то же время, вполне соответствующія той области дѣятельности, которая предоставлена ему на основаніи вѣрющаго письма?

Нѣкоторые изъ западно-европейскихъ законодательствъ (австрійское, § 1012, прусское § 93 и остзейское 4402), выставили по этому вопросу слѣдующее правило: частная инструкція, данная довѣрителемъ повѣренному, не имѣетъ никакого вліянія на отношенія сего послѣдняго къ третьимъ лицамъ, т. е. законность дѣйствій повѣреннаго по отношенію къ третьимъ лицамъ должна, и при существованіи частной инструкціи, обсуживаться исключительно съ точки зрѣнія открытаго, публичнаго вѣрющаго письма.

Тоже самое говоритъ Пухта по отношенію къ двумъ довѣренностямъ, изъ коихъ одна открытая, а другая конфиденціальная. Онъ, именно, говоритъ, что по отношенію къ третьимъ лицамъ имѣетъ юридическое значеніе первая довѣренность, а въ отношеніяхъ между довѣрителемъ и повѣреннымъ послѣдняя (Voglesungen, § 279).

Въ нашемъ законодательствѣ, вообще весьма скупомъ на формулированіе догматической стороны отношеній представительства, объ этомъ вопросѣ ничего не сказано. Не сомнѣваемся, что и въ нашемъ юридическомъ быту необходимо, въ настоящемъ случаѣ, слѣдовать правилу, выставленному западно-европейскимъ правомъ.

Внѣшняя сторона отношеній представительства по довѣренности выражается и у насъ исключительно однимъ вѣрющимъ письмомъ. Законъ только о немъ и упоминаетъ. Законъ говоритъ, что все сдѣланное повѣреннымъ, на основаніи данной ему довѣренности ¹⁾, остается въ силѣ. Вѣрющее письмо есть тотъ откры-

¹⁾ Что подъ словомъ «довѣренность» законъ разумѣетъ вѣрющее письмо, слишкомъ очевидно, чтобы стоило на этомъ останавливаться. Вообще слѣдуетъ замѣтить, что законъ, не отличая понятія о договорѣ довѣренности отъ полномочія, употребляетъ обыкновенно слово «довѣренность» вмѣсто «вѣрющаго письма».

тый, публичный актъ, которымъ довѣритель указываетъ стороннимъ лицамъ на предѣлы полномочія повѣреннаго. Одинъ этотъ актъ и можетъ лишь быть обязательнымъ для лицъ третьихъ, стороннихъ. Содержаніе этого акта должно быть обязательно и для довѣрителя по отношенію къ стороннимъ лицамъ (ср. *Ladenburg, ib.* стр. 81 и 91). Только вѣрющимъ письмомъ третьимъ лицамъ возможно и необходимо сообразоваться и руководствоваться въ своихъ отношеніяхъ къ повѣренному. И сама сущность дѣла и справедливость говорятъ въ пользу того, что невозможно требовать чтобы третье, стороннее лице руководствовалось въ своихъ отношеніяхъ къ повѣренному частнымъ условіемъ, о существованіи котораго оно можетъ и не знать и которое можетъ быть обязательно только для лицъ его заключившихъ, но не для третьихъ лицъ ¹⁾. *Inter alia acta aliis nec nocent nec prosunt.*

Но мы встрѣтили на практикѣ вѣрующее письмо, въ которомъ упоминается о частномъ условіи. Въ вѣрующемъ письмѣ, именно, сказано: «прошу Васъ принять трудъ управлять такимъ то имѣніемъ, на условіяхъ по особо заключенному между нами условію»; за тѣмъ слѣдуетъ подробное исчисленіе дѣйствій, на которыя уполномоченъ повѣренный. Нѣтъ сомнѣнія, что и упоминаніе условія въ вѣрующемъ письмѣ не можетъ сдѣлать соблюденіе его обязательнымъ для третьяго лица. При существованіи формальнаго вѣрующаго письма, частное условіе не можетъ имѣть значеніе для третьяго лица. Оно сохраняетъ силу только для лицъ его заключившихъ.

Если, именно, повѣренный совершитъ какія либо дѣйствія, которыя выходятъ изъ предѣловъ, указанныхъ въ конфиденціальной инструкціи или въ условіи, но, въ то же время, соответствуютъ кругу дѣятельности, указанному въ вѣрующемъ письмѣ,

Выше (стр. 85, прим. 1) мы видѣли, что эти два понятія сближаются и французскимъ кодексомъ, который признаетъ ихъ однозначущими терминами: *le mandat ou la procuration* (art 1984).

¹⁾ Примеръ противорѣчій между частнымъ соглашеніемъ и открытымъ актомъ полномочія представляетъ собою дѣло Шперера съ Коте (см. выше, стр. 114, прим. 2). Судебный мѣста совершенно правильно признали для товарищества Банке обязательнымъ полномочіе, выраженное въ циркулярѣ, разосланномъ купечеству и замѣняющемъ собою вѣрующее письмо (см. выше, стр. 143), а не въ товарищескомъ договорѣ.

то дѣйствія эти, по отношенію къ третьимъ лицамъ, для довѣрителя вполне обязательны. Повѣренный же за выступленіе изъ предѣловъ конфиденціальной инструкціи можетъ подлежать отвѣтственности предъ довѣрителемъ ¹⁾.

Но Штубенраухъ справедливо замѣчаетъ, что, если повѣренный предъявилъ третьему лицу частную инструкцію довѣрителя, то она получаетъ значеніе открытаго вѣрующаго письма, вполне обязательнаго и для третьихъ лицъ (ком. къ § 1018 австр. код.). Это, очевидно, оттого, что разъ инструкція предъявлена третьему лицу, она теряетъ характеръ частнаго, секретнаго соглашенія. И *Лабандъ* (*ib.* стр. 222) говоритъ, что если третьему лицу извѣстно ограниченіе полномочія или по обстоятельствамъ дѣла должно было быть ему извѣстнымъ, то оно для него обязательно ²⁾ *Герм. торг. улож. (art. 47)*, говоритъ, что довѣритель можетъ сослаться на ограниченіе, сдѣланное имъ въ полномочіи повѣреннаго, въ томъ лишь случаѣ, когда онъ докажетъ, что оно было извѣстно третьимъ лицамъ.

Но обязано ли третье лице справляться съ содержаніемъ частнаго соглашенія, о которомъ упоминается въ вѣрующемъ письмѣ или существованіе котораго ему извѣстно? Можетъ ли довѣритель поставить третьему лицу въ вину, что оно не навело объ этомъ справокъ? Полагаемъ нѣтъ. Если повѣренный самъ не предъявляетъ третьему лицу частнаго соглашенія, то послѣдній имѣетъ полное право считать это соглашеніе секретнымъ, обязательнымъ лишь для довѣрителя и повѣреннаго. Третьему лицу нѣтъ дѣла до частныхъ соглашеній между довѣрителемъ и повѣреннымъ. Ему нѣтъ надобности навязываться на довѣріе. Третье лицо обязано сообразоваться и руководствоваться въ своихъ дѣйствіяхъ лишь тѣмъ, что ему видно и извѣстно ³⁾.

¹⁾ Ср. *Лабанда, ib.*; *Ladenburg, ib.* и стр. 97; *Curtius, ib.* стр. 84, прим. 13.

²⁾ Ср. также *Curtius, ib.* стр. 84, прим. 13.

³⁾ Третьи, стороннія лица, говоритъ *Anselütz* и *Völderndorff* (*Commentar zum allg. deutsch. Handelsgesetz*, ч. I, стр. 389), не обязаны удостоверяться въ томъ, соответствуетъ ли объемъ полномочія повѣреннаго состоявшемуся между нимъ и довѣрителемъ частному соглашенію. Ср. также *Лабандъ* *ib.* стр. 222. Ср. также *Толъ* (§ 66), который говоритъ, что частное ограниченіе полномочія обязательно для третьихъ лицъ лишь тогда, когда содержаніе онаго было имъ объявлено (посредствомъ циркуляровъ и пр.).

По разсматриваемому предмету мы видимъ весьма существенное различіе между довѣренностію, съ одной стороны, и дѣятельностію участниковъ товарищества и прокуриста съ другой. Если въ представительствѣ по довѣренности не обязательны для третьихъ лицъ ограниченія, изложенныя въ частной инструкціи или въ скрытомъ вѣрющемъ письмѣ, то въ дѣятельности участниковъ товарищества и прокуриста, какъ мы видѣли выше (стр. 107—110, 117 и 128—130), не обязательны для третьихъ лицъ и тѣ ограниченія противъ установленныхъ закономъ предѣловъ полномочій, которыя содержатся и въ открытомъ, публичномъ вѣрющемъ письмѣ. Все это потому, что въ грюсига и въ представительствѣ товарищества имѣеть, по иностранному праву, значеніе не вѣрющее письмо, а замѣняющій его законъ.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ одинаково наглядно проявляется, указанное нами выше (стр. 48—52), характеристическое различіе между вѣншною стороною представительства, которая имѣеть значеніе относительно лицъ третьихъ, стороннихъ и внутренней его стороною, имѣющею обязательную силу лишь между лицомъ представляемымъ и представителемъ.

Мы встрѣтили на практикѣ довѣренность слѣдующаго рода, выданную въ пятидесятихъ годахъ: г-жа У—ская предоставила г. Б. свое имѣніе «въ полное его распоряженіе съ правомъ продавать, закладывать, подарить и вообще распоряжаться симъ имѣніемъ по своему усмотрѣнію; выдавать билеты крестьянамъ, а равно если она, У—ская, и на будущее время приобрететъ покупкою какое либо недвижимое имѣніе, заселенное или незаселенное, т. е. дома, деревни, лѣсныя и пахатныя дачи и пустоши, то въ такой же силѣ она, У—ская, уполномочиваетъ Б. распоряжаться ими: т. е. продавать, закладывать, дарить и пр., *словамъ ни въ чемъ себя не стѣснять* и для сего совершать отъ своего имени всякіе акты и *дарственные записи*, подавать прошенія, объявленія и пр., и что Б. по сему законно учинить, — въ томъ она, У—ская, спорить и прекословить не будетъ».

Прочтя эту довѣренность, рождается вопросъ: возможно ли предоставить повѣренному право на такое широкое, *безконтрольное* распоряженіе, вѣреннымъ ему, имуществомъ, и даже имуществомъ, которое приобрететъ довѣритель въ будущемъ, каково

право — не только безотчетно закладывать и продавать это имущество, но даже подарить его?

Изъ предъидущаго мы въ достаточной мѣрѣ убѣдились, что дѣятельность повѣреннаго не есть ничто самостоятельное, а производное, заимствованное отъ лица представляемаго («повѣренный представляетъ лице довѣрителя», т. X, ч. II, ст. 191), который и послѣ выдачи довѣренности остается хозяиномъ предмета. Вслѣдствіе этого, повѣренный обязанъ въ своихъ дѣйствіяхъ отчетностію; безотчетныхъ же повѣренныхъ быть не можетъ (стр. 90, прим. 3 и стр. 264). Послѣ этого мы должны придти къ заключенію, что довѣренность, превращающая повѣреннаго въ самостоятельнаго дѣятеля, не есть, собственно говоря, довѣренность. Дѣйствительно, всматриваясь ближе въ приведенную нами довѣренность, слѣдуетъ признать, что она только довѣренность по вѣншной формѣ; по внутреннему же смыслу своему, по юридическому своему характеру, она подходитъ скорѣе къ купчей крѣпости. На самомъ дѣлѣ, подарить вещь, по своему произволу, кому угодно, можетъ только собственникъ ея¹⁾. Мы говорили, что довѣренность эта *подходитъ* къ купчей крѣпости. Понятное дѣло, что какихъ широкихъ правъ довѣренность не предоставляла бы повѣренному, она никогда не можетъ сравниться съ купчею крѣпостию. Между ними всегда останется громадное, характеристическое различіе, состоящее уже въ томъ, что купчая крѣпость дѣлаетъ право собственности на приобретаемое имущество прочнымъ, непоколебимымъ, неотъемлемымъ; между тѣмъ довѣренность, по самому существу своему и на основаніи закона, можетъ быть всегда прекращаема по своему усмотрѣнію каждою изъ участвующихъ въ договорѣ довѣренности сторонъ. — Но довѣренность, въ родѣ нами теперь разсматриваемой, отличается еще отъ купчей крѣпости тѣмъ, что купчая можетъ быть совершена лишь на имущество наличное, принадлежащее въ данное время въ собственность продавцу; между тѣмъ, разсматриваемая нами довѣренность выдана и на имущество, которое приобрететъ довѣритель въ будущемъ²⁾.

¹⁾ Ср. Пухта, Vorlesungen, § 69.

²⁾ Несоблюденіемъ указаннаго нами юридическаго различія между довѣренностію и купчею крѣпостию грѣшить, нѣкоторымъ образомъ, указъ правит. сената

Такимъ образомъ, мы не можемъ не признать, что приведенная нами довѣренность есть явленіе аномальное, отступающее отъ условій договора довѣренности, выработанныхъ наукою и положительными законодательствами.

Уже съ перваго взгляда можно замѣтить, что приведенная довѣренность носить на себѣ отпечатокъ чего-то неискренняго, подозрительнаго, противузаконнаго. Дѣйствительно, изъ уголовного дѣла, въ которомъ мы встрѣтили упомянутую довѣренность, можно заключить, что она — одна изъ тѣхъ уловокъ, одинъ изъ тѣхъ изворотовъ, къ которымъ выказываетъ особую способность и изобрѣтательность юридическій бытъ, отягощенный различнаго рода законодательными ограниченіями, съ которыми жизнь не можетъ примириться. Изъ того дѣла, именно, видно, что Б. не былъ утвержденъ сенатомъ въ дворянствѣ, а У — ская была дворянка, и весьма вѣроятнымъ становится, что упомянутая довѣренность есть одинъ изъ тѣхъ, обремененныхъ въ эту форму, писанныхъ на имя недворянъ, передаточныхъ актовъ на населенное недвижимое имѣніе, противъ которыхъ судъ и законодательство наши вели въ началѣ нынѣшняго столѣтія такую отчаянную, но, какъ видно, не совсѣмъ удачную борьбу ¹⁾, призвавшую къ жизни нынѣ отмѣненную ст. 2300 Х т. св. зак. гражд., по которой запрещается давать довѣренности лицамъ недворянскаго состоянія на управление деревнями съ передачею всѣхъ правъ вотчинныхъ, со включеніемъ въ довѣренность какихъ либо долговыхъ сдѣлокъ и проч. ²⁾.

Видно, жизнь не могла примириться съ исчезнувшимъ нынѣ исключительнымъ правомъ потомственныхъ дворянъ на населенное имѣніе, и подводила мины подъ это законодательное постановле-

отъ 7 марта 1811 г. (пол. собр. зак. 1811 г., № 24547), въ которомъ, по поводу довѣренности, сходной съ довѣренностью нами рассмотрѣнной, сказано, что «актъ сей ничто иное есть, какъ купчая крѣпость, только подъ другимъ именемъ». Совершеніе дѣйствій въ будущемъ — отличительный признакъ довѣренности (Пухта, Vorlesungen, § 323). См. выше. стр. 315.

¹⁾ См. собр. зак. 1811 г. № 24547 и 1816 № 26469.

²⁾ Въ настоящее время вмѣсто этой статьи существуетъ постановленіе, что помѣщикъ можетъ, по своему усмотрѣнію, передавать права свои вполнѣ или съ ограниченіями и по законнымъ довѣренностямъ всѣмъ тѣмъ лицамъ, которымъ, общими законами не воспрещается управление имѣніями (Общ. подожн. о крестьян. ст. 163).

ніе. Горячая видно была борьба, когда законодательству приходилось защищаться такими строгими указами, каковы указъ объ этомъ предметѣ правит. сената отъ 7 марта 1811 г., который однако оказался недостаточнымъ, такъ какъ, спустя пять лѣтъ, приходилось снова строго напомнить объ его существованіи Высочайше утвержд. мнѣніемъ гос. сов. отъ 25 октября 1816 г. ¹⁾.

¹⁾ Указъ 7 марта 1811 года (полн. собр. № 24547) послѣдовалъ по слѣдующему дѣлу: Статскій совѣтникъ Александръ Даниловъ выдалъ купцу Бродникову на управленіе его имѣніемъ, село Киселево и деревню Шебалево, довѣренность, въ которой, между прочимъ, сказано: п. 2) великія помѣщичьи выгоды собирать съ крестьянъ безъ сношенія съ нимъ, Даниловымъ, по собственному распоряженію и употреблѣнію ему, Бродникову, на свои надобности, безъ всякаго Данилову и наследникамъ его отчета; п. 4) предоставляется ему крестьянъ, кого онъ разсудитъ, порознь, или все имѣніе безъ остатка съ землею, или на вывозъ безъ земли, продавать и закладывать, также на волю отпускатъ, а при томъ, по усмотрѣнію пользы и выгоды его, Бродникова, волеть отдѣлить, безъ обиды крестьянъ, часть земли и лѣсовъ для продажи. Почему можетъ отъ имени его, Данилова, онъ, Бродниковъ, на все сіе купчія, закладныя и отпускныя у крестьянскихъ дѣлъ давать, и въ случаѣ продажи получаемыя деньги употреблѣть по своему разсужденію, въ коихъ ему, Данилову, равно наследникамъ его отъ Бродникова и наследниковъ онаго никакого отчета не требовать. Сверхъ того, за какую бы цѣну онъ ни продалъ, остается въ полной его волѣ, и п. 6) онъ, Бродниковъ, во всемъ уполномоченъ, яко полный хозяинъ, съ тѣмъ, ежели кому и отъ себя повѣритъ онъ по сей ему данной отъ Данилова довѣренности, по точной силѣ оной, то повѣренному его, Бродникова, онъ, Даниловъ, вѣритъ, и что учинено будетъ какъ имъ Бродниковымъ, такъ и его повѣреннымъ, противу сего впредь ни о чемъ спорить и прекословить не будетъ. Бродниковъ передалъ права свои по этому вѣрющему письму Алексинскому купцу Кондратию Никитину. Сенатъ нашелъ, что актъ, отъ Данилова Бродникову данный, ничто иное есть, какъ купчая крѣпость, только подъ другимъ именемъ; ибо въ немъ предоставлены всѣ тѣ права, какія самому владѣльцу по купчей принадлежатъ, съ отреченіемъ даже его за себя и наследниковъ своихъ отъ малѣйшаго въ чемъ либо къ имѣнію и доходамъ прикосновенія, такъ что Бродниковъ и наследники его содѣланы полновластными распорядителями наравнѣ съ собственностью ихъ. Каковаго акта не только купцу, неимѣющему никакого по законамъ права владѣть деревнями и крестьянами, но и никому изъ помѣщиковъ дать невозможно, съ одной стороны потому, что отъ сего казна лишнется своего интереса, а съ другой стороны, что таковыя передачи будутъ имѣть сильное вліяніе на неограниченныя злоупотребленія и измѣненія законовъ, особливо для купчихъ крѣпостей и особливо для довѣренностей постановленныхъ. Но палата, не выкинувъ въ настоящей смыслъ означеннаго вѣрющаго письма, и не согласивъ онаго съ указомъ 22 августа 1784 г., коимъ накрѣпко подтверждено всѣмъ присутственнымъ мѣстамъ, до которыхъ принадлежитъ совершеніе крѣпостей, чтобъ они на имена лицъ, не имѣющихъ права владѣнія недвижимымъ имѣніемъ, людьми и крестьянами, отнюдь никакихъ на то крѣпостей и письменныхъ сдѣлокъ въ про-

Но какъ бессильно было законодательство въ этой борьбѣ съ изобрѣтательностью дѣйствительной жизни, можно видѣть изъ того, что еще въ пятидесятыхъ годахъ возможны были явленія въ родѣ упомянутой нами довѣренности ¹⁾.

Тивность законовъ не писали, засвидѣтельствовала оно въ видѣ простой и обыкновенной довѣренности, и подъ симъ предлогомъ допустила изворотъ продажи деревень съ крестьянами такимъ людямъ, которымъ подобное владѣніе законами воспрещено. Для того упомянуты довѣренности, какъ отъ Данилова Бродникову данную, такъ и отъ сего Никитину, истребовать отъ нихъ, или у кого они находятся, яко невольныя и противузаконныя, уничтожить, съ отмѣткою сего въ книгахъ московской гражданской палаты и тѣхъ присутственныхъ мѣстъ, гдѣ они были явлены. При чемъ у нихъ отобрать и купчія Фридриховъ и Даниловъ, а имѣніе предоставить законному владѣльцу. О исполненіи чего предписать указами оной палаты и тасарскому губернскому правленію, поставя въ замѣчаніе первой изъ нихъ, что если откроются впредь подобныя дѣйствія, то будетъ поступлено съ нѣю по всей строгости законовъ, на сія случаи изданныхъ. Нынѣ же членовъ: председателя, совѣтника, засѣдателей отъ дворянства и секретарей (такихъ то) за таковое сдѣланное ими упущеніе опубликовать указами во всемъ палатамъ гражданского суда, а въ губерніяхъ, на особенномъ правѣ состоящихъ, тѣмъ мѣстамъ, въ вѣдомствѣ конхъ крѣпостныя дѣла находятся». — Въ Высочайше утвержденномъ имѣніи гос. совѣта 23 окт. 1816 г. (полн. собр. № 26469), между прочимъ, сказано: п. 6). Въ вѣрющихъ письмахъ никакихъ долговыхъ оборотовъ не включать (ибо на сія имѣются другой формы законами постановленные документы), а потому и должно въ оныхъ единственно писать слѣдующее: что такой то вѣрять — такому то продать или заложить крестьянъ или дворовыхъ людей съ землею, и полученные по сему деньги доставить ему, вѣрителью, или такому-то по его порученію съ подлежащею въ оныхъ роспискою; п. 7) въ вѣрющія письма на имя разночинцевъ и людей, не имѣющихъ дворянскаго права (исключая только евреевъ), которымъ отъ владѣльцевъ или вотчинниковъ поручено будетъ управленіе вотчинъ, деревень, крестьянъ и крѣпостныхъ дворовыхъ людей, никакихъ долговыхъ сдѣлокъ не включать; равнымъ образомъ тѣми письмами не давать имъ права на продажу или закладъ вѣримаго въ управленіе ихъ имѣніи и крѣпостныхъ людей; но, въ случаѣ сей надобности, снабжать ихъ особыми вѣрющими письмами и п. 9) со дня обнаруженія сихъ правилъ, все нынѣ существующія на прежнемъ основаніи вѣрющія письма и другія довѣренности, писанныя на имя разночинцевъ и людей, права дворянскаго не имѣющихъ, должны быть уничтожены. Для перемѣны же оныхъ по новому порядку, назначается пребывающимъ въ Россіи годовый, а отсутствующимъ двухгодичный срокъ, и если въ теченіи сего времени прежнія вѣрющія письма перемѣнены, или отобраны не будутъ: то, уничтоживъ оныя, крестьянъ и дворовыхъ людей, находящихся по силѣ тѣхъ вѣрющихъ писемъ въ управленіи разночинцевъ и другихъ лицъ, не имѣющихъ дворянскаго права, истребовать въ губернское правленіе для предоставленія имъ на основаніи законовъ избрать родъ жизни, въ который ихъ и записать.

¹⁾ Во Франціи довѣренностями, подобными вышеприведеннымъ, стараются передавать имущество въ руки религиозныхъ общинъ, коимъ пріобрѣтеніе имущества не дозволено. Troplong (Mandat, № 427) и Laurent (т. 27, № 403) жестоко нападаютъ на подобные происки этихъ общинъ.

Такимъ образомъ, явленіе это можетъ служить для насъ нѣкоторымъ поучительнымъ урокомъ. Изъ него можно заключить, какъ много мѣшаютъ установленію правильныхъ отношеній въ юридическомъ быту ограниченія, идущія противъ свободы теченія экономической и юридической жизни. Чѣмъ меньше въ юридическомъ быту привилегированныхъ исключеній, тѣмъ меньше поводовъ обходить законъ, тѣмъ тѣснѣе область дѣятельности уголовной юрисдикціи и тѣмъ больше возможности установиться правильному теченію юридической жизни. Легко представить себѣ какую шаткость и путаницу вносить въ юридическія отношенія аномалическія явленія въ родѣ приведенной довѣренности! Не говоря о томъ, что самое стремленіе обходить стѣсняющій свободу экономической жизни законъ вноситъ деморализацію въ общество и подрываетъ въ немъ уваженіе къ достоинству. В. В. Авторитету законовъ — достаточно вспомнить лишь то, что недвижимое имѣніе куплено, положимъ, на деньги Б. и оно его собственностью, между тѣмъ У-ская могла, по закону (ст. 2330 и 2332 X т.), уничтожить по своему усмотрѣнію довѣренность, или же довѣренность должна была прекратиться ея смертію, и тогда имѣніе, ни болѣе ни менѣе, должно было стать собственностью У-ской! Изъ того дѣла можно дѣйствительно заключить, что Б. первоначально самъ купилъ имѣніе у третьяго лица и, не будучи дворяниномъ, совершилъ купчую на имя У-ской, которая выдала ему, съ своей стороны, означенную довѣренность. Такимъ образомъ У-ская имѣла полную возможность преспокойно пріобрѣсти въ собственность имѣніе, не истративъ на него ни копѣйки! Сколько можно заключить изъ упомянутаго дѣла, У-ская оказалась настолько практичною, что, дѣйствительно, не отказалась воспользоваться этимъ благоприятнымъ для нея случаемъ, и послѣ смерти Б. объявила себя хозяйкою означеннаго имѣнія...

Выше (стр. 29) мы говорили, что полномочіе можетъ быть условнымъ.

На практикѣ встрѣтился слѣдующій случай *условной довѣренности*: помѣщица Матокина уполномочила губ. секр. Друговцова заложить ея деревню, на случай если понадобится деньги на покупку для нея имѣнія или домовъ, но съ условіемъ, чтобы необходимость такого залога была предварительно рассмотрѣна и разрѣшена штабсъ-капитаномъ Шеншинымъ Желая заложить де-

ревни Матокиной, Друговцовъ просилъ 2-й департаментъ с.-петербургской гражданской палаты совершить на опыа закладную, при чемъ онъ представлялъ письмо Шеншина, въ которомъ сей послѣдній объясняетъ, что онъ долженъ по дѣламъ службы отправиться въ полкъ, а посему уполномочиваетъ Друговцова дѣйствовать по довѣренности Матокиной по своему усмотрѣнію. По смерти Матокиной наследники ея, крестьяне Сухановы, предъявили искъ о признаніи недействительной закладной, совершенной Друговцовымъ, объясняя, что, для совершения означенной закладной, Друговцову недостаточно было одного разрѣшительнаго письма Шеншина, — а ему необходима была довѣренность со стороны сего послѣдняго, на что Шеншинъ, съ своей стороны, долженъ былъ имѣть довѣренность отъ Матокиной. О. С. признало означенную закладную дѣйствительною ¹⁾).

Смысль подобной условной довѣренности тотъ, что дѣйствія повѣреннаго получаютъ обязательную для довѣрителя силу только тогда, когда на совершеніе ихъ воспослѣдовало *согласіе* третьяго лица. Но отреченіе 3-го лица отъ контроля надъ дѣятельностью повѣреннаго и предоставленіе ему права дѣйствовать самостоятельно, есть то же согласіе, выраженное имъ по отношенію къ будущимъ дѣйствіямъ повѣреннаго, только согласіе общее, такъ сказать, гуртовое. Нѣтъ надобности анализировать причины, побудившія 3-е лице къ такому отреченію отъ контроля надъ дѣйствіями повѣреннаго. Важно то, что юридически *мысль* условной довѣренности вполне выразилась на дѣлѣ. Съ этой точки зрѣнія, дѣйствія повѣреннаго должны имѣть для довѣрителя обязательную силу. Если третье лице дѣйствовало недобросовѣстно, то, смотря по обстоятельствамъ, можетъ возникнуть вопросъ объ ответственности его предъ довѣрителемъ; но все это не можетъ имѣть вліянія на признаніе силы дѣйствій повѣреннаго.

Дѣло Шульгина съ Боговскимъ (кас. рѣш. 1869 г. № 728) ¹⁾

¹⁾ Сб. рѣш. общ. собр. сената, т. 2, № 461.

¹⁾ Сущность этого дѣла заключается въ слѣдующемъ: Шульгинъ выдалъ Боговскому задаточную росписку отъ своего имени и по довѣренности сестры своей, Екатерины Шульгиной. Боговскій предъявилъ росписку ко взысканію съ одного Шульгина. Послѣдній требовалъ привлеченія къ ответственности по сему дѣлу и его сестры. Мировой судья и съѣздъ присудили съ Шульгина всю сумму по роспискѣ. Сенатъ отмѣнилъ это рѣшеніе съѣзда.

наводитъ на обсужденіе слѣдующаго общаго вопроса: какія послѣдствія влечетъ за собою юридическое отношеніе, установленное однимъ лицомъ отъ своего имени и по довѣренности другаго?

Вопросъ этотъ разрѣшается на основаніи общихъ началъ представительства по довѣренности, изложенныхъ выше. Мы говорили, что въ лицѣ повѣреннаго дѣйствуетъ самъ довѣритель. Поэтому отношеніе, установленное лицомъ отъ своего имени и по довѣренности другаго, должно быть рассматриваемо такъ, какъ бы въ него вступили два отдѣльныхъ лица. Права же и обязанности, возникающія изъ отношенія, въ которое вступили два или нѣсколько лицъ, безъ уговора о солидарности, распределяются между этими лицами въ *равныхъ* доляхъ (см. выше, стр. 95 и 96). Измѣненіе въ распределеніи этихъ долей, а равно солидарность правъ и обязанностей, вытекающихъ изъ этого отношенія, можетъ имѣть мѣсто лишь въ случаѣ яснаго на этотъ предметъ уговора. Такимъ образомъ права и обязанности, вытекающія изъ отношенія, установленнаго однимъ лицомъ отъ своего имени и по довѣренности другихъ, въ случаѣ отсутствія яснаго уговора противоположнаго содержанія, распределяются между повѣреннымъ и довѣрителемъ въ равныхъ доляхъ. Шульгинъ по задаточной роспискѣ, выданной имъ отъ своего имени и по довѣренности сестры Екатерины Шульгиной, могъ быть привлеченъ къ ответственности лишь въ *половинѣ* указанной въ ней суммы.

Намъ извѣстно, что на практикѣ возбуждался нерѣдко слѣдующій вопросъ: когда въ вѣрющемъ письмѣ говорится, что повѣренному предоставляется право предпринимать *оно вообще* юридическія дѣйствія, которые окажутся необходимыми по извѣстному дѣлу, по вмѣстѣ съ тѣмъ дѣлается специальное перечисленіе отдѣльныхъ дѣйствій повѣреннаго, — то слѣдуетъ ли допустить его къ совершенію по тому дѣлу дѣйствій, не обозначенныхъ специально, т. е. слѣдуетъ ли означенную довѣренность считать по упомянутому въ вѣрющемъ письмѣ предмету полною или ограниченою?

Вопросъ этотъ, конечно, не можетъ быть рѣшенъ теоретически, а рѣшѣнъ, такъ какъ чрезвычайно важно рассмотреть, въ каждомъ данномъ случаѣ, смыслъ и назначеніе вѣрющаго письма. Но намъ кажется, что въ подобныхъ случаяхъ преимущественный вѣсъ и главное преобладающее значеніе слѣдуетъ придавать выра-

женію общаго полномочія, употребленному въ довѣренности. Дѣло въ томъ, что обыкновенно довѣрители думаютъ, что спеціальнымъ перечисленіемъ отдѣльныхъ дѣйствій повѣреннаго, они больше еще подтверждаютъ мысль свою объ общемъ характерѣ довѣренности, выданной повѣренному, и не полагаютъ вовсе, что это излишне и что они этимъ только возбуждаютъ недоразумѣнія. Выраженіе общаго полномочія указываетъ на то, что довѣритель имѣлъ въ виду сдѣлать довѣренность, имъ выданную, общою. Иначе ему не зачѣмъ было бы употребить подобное выраженіе. Если не руководствоваться этимъ правиломъ, то подобныя довѣренности всегда будутъ возбуждать на практикѣ множество недоразумѣній, которыя стѣснятъ свободу дѣятельности повѣреннаго и этимъ нарушаютъ и интересы довѣрителей. Нѣтъ фактической возможности предвидѣть и исчислить въ довѣренности всѣ тѣ дѣйствія, которыя могутъ оказаться необходимыми повѣренному въ его дѣятельности по порученному ему дѣлу. Выраженіе общаго полномочія освобождаетъ довѣрителей отъ этого неудобства. Это выраженіе и должно быть, главнымъ образомъ, на виду при опредѣленіи характера довѣренности и предѣловъ дѣятельности повѣреннаго ¹⁾.

Мы имѣли случай убѣдиться, что практика наша не всегда слѣдуетъ приведенному нами взгляду. Намъ извѣстны примѣры, что, не смотря на выраженіе общаго полномочія, употребленнаго въ довѣренности, повѣренный не допускался судомъ къ отправленію такихъ дѣйствій по порученному ему дѣлу, которыя не были упомянуты въ числѣ спеціальныхъ дѣйствій повѣреннаго, исчисленныхъ въ довѣренности. Это слѣдствіе привычки нѣкоторой части нашихъ практиковъ придерживаться буквы, подробностей и неумѣнія сводить подробности къ одному общему и добиваться смысла цѣлаго. По нашему мнѣнію, всегда слѣдуетъ выходить изъ той точки зрѣнія, что если довѣритель уполномочилъ повѣреннаго на отправленіе извѣстной юридической дѣятельности, то онъ ему вмѣстѣ

¹⁾ Французскіе юристы говорятъ: Le mandat est spécial lorsqu'il a pour objet une affaire ou même plusieurs affaires déterminées. Au contraire le mandat est général, soit qu'il embrasse toutes les affaires du mandant, soit que, restreint à un certain ordre d'affaires, il comprenne toutes les affaires prévues ou imprévues qui rentrent dans ce cercle (Zacharie, § 752, прим. 1. Ср. еще Коха, ч. 3, стр. 538—541).

съ симъ предоставилъ и ту свободу дѣйствій, безъ которой повѣренному невозможно добросовѣстное выполненіе своей обязанности: qui veut la fin, veut les moyens. Полномочіе должно соответствовать размѣрамъ порученія ¹⁾. Если напр. повѣренный уполномоченъ ходатайствовать вообще по какому нибудь дѣлу, производящемуся въ судѣ, то ему должно быть предоставлено право предпринимать всѣ тѣ дѣйствія, которыя потребуются или покажутся ему необходимыми для *судебнаго* по дѣлу производства. Весьма естественно, такимъ образомъ, что безъ спеціальнаго на то полномочія повѣренный не вправе заключить по сему дѣлу мировую сдѣлку и прекратить дѣло, такъ какъ эти дѣйствія прямо противорѣчатъ смыслу довѣренности, предоставляющей ему право ходатайствовать по *судебному* дѣлопроизводству.

Выше (стр. 233) мы говорили, что недоразумѣнія и колебанія, которыя вызываюся на практикѣ толкованіемъ содержанія довѣренности, побудили западно-европейскія законодательства объективировать, во многихъ случаяхъ, сферу дѣятельности представителя и освободить эту дѣятельность отъ безусловнаго подчиненія произволу лица представляемаго. Это же обстоятельство послужило причиною тому, что нѣкоторые изъ законодательствъ старались объективировать самое содержаніе выдаваемыхъ довѣренностей, въ особенности въ торговомъ быту. Такъ, германскій торговый кодексъ постановляетъ, что довѣренность, выданная однимъ лицомъ другому на управленіе всѣми его торговыми дѣлами или однимъ какимъ либо торговымъ предпріятіемъ, *уполномочиваетъ повѣреннаго на всѣ тѣ обороты и юридическія дѣйствія, которыми обыкновенно обусловливаются подобныя предпріятія*; но повѣренный вправе входить въ вексельныя обязательства, получать займы и вести судебныя дѣла лишь въ случаѣ яснаго на то полномочія. *Во остальномъ онъ относительно дѣла, на котораго ему выдана довѣренность, не нуждается въ спеціальномъ полномочіи* (allg. deutsch. Handelsgesetzbuch, art. 47). Австрійскій кодексъ говоритъ, что повѣренный, имѣющій даже лишь ограниченную довѣренность, вправе употребить всѣ тѣ средства, которыя необходимы для выполненія порученнаго

¹⁾ Ср. Шубенрайха Commentar и проч. ч. 2, прим. 2 къ § 1009 австр. код.; герм. торг. улож., art. 47 и др. и Curtius, ib., стр. 82 и 83.

ему дѣла (§ 1009). Наше законодательство нисколько не позаботилось объ объективированіи сферы дѣятельности повѣренныхъ ¹⁾. Пространство и предѣлы власти лицъ, уполномоченныхъ отъ купцовъ довѣренностію къ производству торга и къ управленію торговыми дѣлами, говоритъ законъ, зависятъ отъ качества и содержанія самой довѣренности и опредѣляются общими правилами, въ законахъ гражданскихъ постановленными (т. XI, стр. 736). Законъ лишь постановляетъ, что всякая довѣренность, данная въ общихъ выраженіяхъ и безъ опредѣленія условій, также качества и количества товаровъ, представляетъ повѣренному, приказчику или комиссіонеру право дѣйствовать, въ такихъ случаяхъ, *по собственному своему усмотрѣнію* и называется полною или неограниченною довѣренностію (ст. 727, т. XI). Эта послѣдняя статья закона можетъ служить подтвержденіемъ высказанныхъ нами выше соображеній о томъ, что преимущественный мѣст. и главное значеніе должны быть придаваемы употребляемымъ въ довѣренности *общимъ* выраженіямъ.

При толкованіи договоровъ и обязательствъ, совершенныхъ повѣренными, на практикѣ весьма часто возникаютъ недоумѣнія относительно свойства ихъ и о томъ, совершены ли они отъ имени самаго повѣреннаго или довѣрителя. Недоумѣнія эти происходятъ обыкновенно отъ того, что содержаніе сихъ актовъ составляетъ частію отъ имени довѣрителя и частію отъ имени самаго повѣреннаго. По подобнымъ вопросамъ нужно, по нашему, руководствоваться слѣдующимъ общимъ правиломъ: необходимо лишь изъ смысла акта и изъ содержанія всего отношенія констатировать тотъ фактъ, дѣйствовало ли лице, при совершеніи известной сдѣлки и установленіи известнаго отношенія, отъ имени и какъ повѣренный другаго. Если фактъ этотъ констатированъ, то за сямъ отдѣльными выраженіями, употребленными въ актахъ отъ имени самаго повѣреннаго, никакого значенія имѣть не могутъ. Юридическое отношеніе должно быть признано имѣющимъ обязательную силу для довѣрителя. Важны не отдѣльные выраженія, а общая руководящая мысль, лежащая въ основѣ договорнаго отношенія. На нашъ взглядъ вполне достаточно, если повѣренный подписался подъ актомъ «по довѣренности такого-то» —

¹⁾ См. выше, стр. 234, прим. 1.

и тогда сдѣлка должна быть признана совершенною отъ имени довѣрителя, хотя бы повѣренный упоминалъ въ ней лишь свое имя ¹⁾.

Муральтъ требовалъ съ Фельзенгардта 250 руб. по роспискѣ, слѣдующаго содержанія: «отъ господъ Бурьямъ Муральта и К^о получилъ 250 р. до возвращенія оныхъ къ 10 января сего года, въ чемъ свидѣтельствую. Сиб., 5 января 1867 г. по довѣренности Н. М. Пашкова, Фельзенгардтъ». Отвѣтчикъ возразилъ, что деньги получены имъ по довѣренности Пашкова, который и долженъ подлежать отвѣтственности по этому дѣлу. Судебныя мѣста оставили это возраженіе отвѣтчика безъ уваженія на томъ основаніи, что изъ содержанія записки они вывели заключеніе, будто Фельзенгардтъ занялъ деньги для себя лично, а не по довѣренности Пашкова и что изъ объясненія Фельзенгардта оказалось, что онъ довѣренностію Пашкова не былъ уполномоченъ на совершеніе займа (кас. рѣш. 68 г., № 551).

Съ этимъ способомъ толкованія договора врядъ ли возможно согласиться.

При толкованіи договоровъ, въ томъ числѣ и договора довѣренности, слѣдуетъ выходить изъ той точки зрѣнія, что громадное большинство лицъ, вступающихъ въ юридическія отношенія, не юристы. Они не способны строго взвѣшивать юридическое значеніе каждаго употребляемаго ими слова, выраженія. Нерѣдко частныя лица придаютъ отдѣльному слову, выраженію вовсе не тотъ смыслъ, который оно имѣетъ въ юридической техникѣ. Если судъ станетъ останавливаться на каждомъ употребляемомъ сторонами выраженіи и словѣ и будетъ толковать ихъ съ своей точки зрѣнія, т. е. съ точки зрѣнія юридической техники, то онъ этимъ навязаетъ сторонамъ свою субъективную мѣрку юридическаго пониманія предмета. Между тѣмъ, при толкованіи договоровъ, важна степень пониманія, воля сторонъ, а не суда. Вотъ почему, при толкованіи договоровъ, важно не столько каждое отдѣльное выраженіе

¹⁾ Ср. Унгра (Oester. Privatr., ч. 2, стр. 138, прим. 37), а также Брицца (Lehrb. d. Pandecten, § 371, 4), который говоритъ, что безразлично употреблены ли повѣренными *verba obligativa* (слова обязательства) и *executiva* (исполненія) отъ имени довѣрителя или же одни послѣднія и что важную роль играетъ ссылка въ актѣ на довѣренность, которая была въ виду сторонъ.

ніе, слово, сколько *совокупность* обстоятельствъ, ихъ общій внутренній смыслъ. Судъ не долженъ ловить тяжущихся на словахъ. Напротивъ, онъ долженъ изъ совокупности, общаго смысла и духа имѣющихся въ виду данныхъ открыть строгую житейскую правду, волю сторонъ, которая легла въ основу установленнаго отношенія.

Если не останавливаться на каждомъ отдѣльномъ словѣ приведенной росписки, и вникнуть во всю совокупность ея содержанія, то врядъ ли возможно придти къ другому заключенію, какъ къ тому, что росписка выдана и деньги получены Фельзенгардтомъ по довѣренности Пашкова.

Совсѣмъ другое дѣло, если Фельзенгардтъ не былъ довѣренностию Пашкова уполномоченъ на совершеніе займа. И тогда слѣдовало предварительно обратиться съ искомъ къ Пашкову, отъ имени котораго совершонъ заемъ и только, въ случаѣ непризнанія имъ онаго для себя обязательнымъ, истцу возможно было бы требовать отъ Фельзенгардта *возмещенія понесенныхъ имъ убытковъ*. Но это обстоятельство, какъ увидимъ ниже (гл. XIX), можетъ еще подвергаться видоизмѣненіямъ. Важно еще и то обстоятельство, что, въ случаѣ спора Пашкова, могло бы еще быть доказано существованіе между нимъ и Фельзенгардтомъ отношенія фактическаго представительства или молчаливаго полномочія.

Какія послѣдствія должно повлечь за собою преступленіе, содѣянное представителемъ по отношенію къ лицу представляемому, при отправленіи имъ во имя послѣдняго юридической дѣятельности, если дѣятельность эта не выходила, въ то же время, изъ предѣловъ данной ему довѣренности?

Если при этомъ между повѣреннымъ и третьимъ лицомъ, съ которымъ онъ совершилъ юридическую дѣятельность, была стачка, то, такъ какъ они оба являются участниками въ семъ преступленіи, дѣятельность повѣреннаго теряетъ всякую дѣйствительную силу. Если же третье лицо не знало о преступленіи, совершонномъ повѣреннымъ, тогда, какъ намъ кажется, должно получить примѣненіе слѣдующее общее правило: *дѣйствія повѣреннаго, совершонныя имъ до начала преступленія, обязательны для лица представляемаго; дѣйствія же, совершонныя первымъ послѣ началія преступленія, для послѣдняго не обязательны*, т. е. за первыя дѣйствія предъ 3-мъ лицомъ отвѣтствуетъ лице представляе-

мое, а за послѣднія самъ представитель. Это весьма естественно. Дѣйствія представителя, совершонныя имъ до начала преступленія, совершенно законны и вполне подчиняются выставленнымъ нами правиламъ о представительствѣ; дѣйствія же представителя, совершонныя имъ послѣ началія преступленія, лишены юридической силы, помимо вліянія лица представляемаго, по самой ихъ преступности. За гражданскія же послѣдствія, которыя влекли за собою эти дѣйствія, долженъ отвѣтствовать самъ преступникъ. № 570, т. 2, сборн. рѣш. общ. собр. сен. представляетъ намъ случай, гдѣ повѣренный не возвратилъ денегъ выроченныхъ имъ за продажу имѣнія своего довѣрителя. Такъ какъ въ этомъ случаѣ преступленіе началось по окончаніи юридической дѣятельности повѣреннаго, то общее собраніе вполне правильно признало дѣйствія повѣреннаго имѣющими законную силу, а его подлежащимъ личной отвѣтственности предъ закономъ, а денежной — предъ довѣрителемъ.

ГЛАВА XVIII.

Право передовѣрія.

Взглядъ на передовѣріе римскаго права и современныхъ законодательствъ.—Отношенія между довѣрителемъ, повѣреннымъ и субститутомъ.—Критическій разборъ взгляда на послѣдствія передовѣрія Цахаріе, Лорана, остзейскаго кодекса и Штубенрауха.—Послѣдствія уничтоженія довѣрителемъ довѣренности перваго повѣреннаго.—Критическій разборъ взгляда прусскаго кодекса и Troplong'a.—Выдача опекуномъ довѣренности и право передовѣрія.—Отвѣтственность повѣреннаго за выборъ субститута.—Зависимость субститута отъ повѣреннаго.—Опроверженіе практическихъ соображеній противъ нашего взгляда на послѣдствія передовѣрія.—Взглядъ на послѣдствія передовѣрія судебной практики.—Изысканій формализмъ въ нашихъ судебныхъ мѣстахъ по предмету передовѣрія.—Удобства, представляемыя на практикѣ, нашимъ взглядомъ на послѣдствія передовѣрія.—Право передовѣрія лица, не имѣющаго права ходатайствовать въ судебныхъ мѣстахъ.—Формы и существо дѣла.

Отношеніе передовѣрія составляетъ явленіе почти ежедневно встрѣчающееся въ жизни. Между тѣмъ этотъ весьма важный вопросъ почти вовсе не разработанъ въ нашемъ законодательствѣ. И въ литературѣ намъ не удалось встрѣтить яснаго и отчетливаго анализа этого предмета. Послѣдующее изложеніе представляетъ собою попытку выяснитъ догматическую сущность этого вопроса.

По вопросу о субституціи (передовѣріе) мы встрѣчаемъ рѣзкое различіе между постановленіями римскаго права и современныхъ европейскихъ законодательствъ. Различіе это является прямымъ послѣдствіемъ разнообразнаго пониманія тѣмъ и другими законодательствами самаго существа института представительства.

Римское право, какъ мы видѣли (см. выше, стран. 9), не знало представительства въ настоящемъ, современномъ его смыслѣ, т. е. въ смыслѣ непосредственнаго перехода отношеній, устанавливаемыхъ представителемъ, на лице представляемое. По римскому праву уполномоченный самъ, въ своемъ лицѣ, пріобрѣтаетъ права и обязанности, вытекающія изъ установленныхъ имъ отношеній и переноситъ ихъ на лице довѣрителя посредствомъ дѣйствительной или фиктивной цессии, которая ограж-

далась правомъ иска послѣдняго къ первому (*actio utilis, actio quasi institoria*)¹⁾. Будучи лицомъ самостоятельнымъ отъ довѣрителя, повѣренный, по римскому праву, въ силу одного своего полномочія, имѣлъ право выбора субститута; но онъ оставался предъ довѣрителемъ отвѣтственнымъ за всѣ дѣйствія послѣдняго. Субститутъ же являлся отвѣтственнымъ предъ повѣреннымъ. Римское право формулируетъ эти отношенія, вытекающія изъ субституціи (передовѣріе), въ слѣдующей, довольно софистической, формѣ: если, говорить оно, повѣренный поручаетъ ввѣренныя ему дѣла другому лицу, то онъ пріобрѣтаетъ противъ послѣдняго право иска (т. е. право привлекать его къ отвѣтственности), вслѣдствіе того что и онъ, съ своей стороны, остается отвѣтственнымъ (предъ довѣрителемъ); повѣренный же остается отвѣтственнымъ предъ довѣрителемъ потому, что онъ имѣетъ право иска (противъ субститута)²⁾. Въ другомъ мѣстѣ римское право объясняетъ, что право иска повѣреннаго къ субституту предшествуетъ обязанности перваго отвѣтствовать предъ довѣрителемъ³⁾. Это очевидно потому, что въ сущности настоящимъ отвѣтственнымъ за дѣйствія представительства лицомъ является тотъ, кто фактически исполнилъ предоставленныя порученія.

Въ новѣйшихъ законодательствахъ встрѣчаемъ существенный переворотъ въ понятіи о субституціи. Переворотъ этотъ, какъ мы говорили, является послѣдствіемъ измѣненія взгляда на самое существо представительства по довѣренности.

По современнымъ понятіямъ о представительствѣ, въ лицѣ повѣреннаго дѣйствуетъ самъ довѣритель и отношенія, установленныя первымъ, непосредственно связываются съ личностію послѣдняго. *Qui mandat ipse fecisse videtur*. Логическимъ послѣдствіемъ этого понятія является запрещеніе повѣренному права выбора субститута безъ согласія на то довѣрителя. Полномочіе основывается

¹⁾ См. Dalloz т. XXX, Mandat, № 2.

²⁾ *Si quis mandaverit alicui gerenda negotia ejus, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur; tenetur autem, quia agere potest.* (D. L. 17, Tit. I, § 3).

³⁾ D. L. 3, T. 5, 28. Баронъ (Pandecten § 306), излагая взглядъ римскаго права на субституцію, вноситъ въ него, какъ намъ кажется, нѣкоторыя измѣненія по этому предмету новѣйшаго правовѣдѣнія, съ которыми ознакомимся въ послѣдующемъ изложеніи.

на доверіи, которое доверитель питает къ способностямъ, энергіи и добросовѣстности повѣреннаго. Поэтому одни лишь *личныя* дѣйствія послѣдняго могутъ быть обязательны для перваго. Повѣренный не можетъ навязывать доверителю дѣйствія другаго имъ избраннаго лица—субститута¹⁾.

Вотъ почему повѣршія законодательства и ограничили ту свободу передоверія, которою повѣренный пользовался по римскому праву.

Прусскій кодексъ постановляетъ, что повѣренный можетъ передоверить другому лицу не иначе какъ въ силу, предоставленнаго ему доверенностію, права; иначе онъ отвѣтствуетъ за дѣйствія субститута, какъ за свои собственныя (ч. I, тит. 13 § 37 и 38). Австрійскій кодексъ запрещаетъ передоверіе безъ яснаго на то полномочія, допуская лишь исключеніе въ случаѣ крайней необходимости (§ 1010). Саксонскій кодексъ обязываетъ самаго повѣреннаго исполнить возложенныя на него порученія; повѣренный можетъ передоверить свое право другому, «оставаясь свободнымъ» (отъ отвѣтственности), лишь въ слѣдующихъ случаяхъ: когда доверитель изъявилъ согласіе на передоверіе, когда повѣренный встрѣтитъ препятствія въ исполненіи, не терпящаго отлагательства, порученія и когда порученіе такого свойства, что не можетъ быть исполнено безъ содѣйствія третьяго лица (§ 1307). Остзейскій кодексъ говоритъ: если причины, отъ самаго уполномоченнаго происходящія, воспрепятствуютъ ему лично исполнить принятое на себя порученіе, а между тѣмъ свойство дѣла не терпитъ отлагательства, то онъ долженъ выполнить свое обязательство черезъ третьяго, развѣ бы передача полномочія другому лицу (субституціи) именно была ему договоромъ воспрещена; кромѣ этихъ случаевъ уполномоченный можетъ замѣнять себя другимъ только тогда, когда такое право положительно предоставлено ему доверителемъ (ст. 4397 и 4380).

По нашему закону повѣренный въ такомъ только случаѣ можетъ передать доверенность другому лицу, если именно право сіе предоставлено ему отъ доверителя (ст. 2329 1 ч. X тома, по продолж. 1863 года; см. еще уставъ гражданск. судопроизводства, стат. 250). И въ нашемъ законѣ указаны случаи, когда

¹⁾ Ср. Тролона, du Mandat, стр. 426—429 и Laurent, т. 27, № 482.

уполномоченный можетъ передоверить свое право въ случаѣ необходимости. Ст. 740 т. XI, ч. 2. именно, гласитъ: доверенность для хожденія по таможенному производству дѣла можетъ быть дана не только отъ хозяина товаровъ, но и отъ уполномоченнаго имъ пріемщика оныхъ, *когда по какимъ либо причинамъ не въ состояніи онъ самъ того исполнить*. Такъ какъ въ послѣдней статьѣ о полномочіи на передоверіе не говорится, то слѣдуетъ придти къ заключенію, что уполномоченный пріемщикъ можетъ, въ указанномъ случаѣ, доверить другому исполненіе возложеннаго на него порученія и безъ разрѣшенія на то доверителя. Такимъ образомъ статья 740 2 части XI тома представляетъ собою исключеніе изъ правила, установленнаго въ 2329 ст. I ч. X т.¹⁾ и на подобіе иностранныхъ законодательствъ устанавливаетъ случай передоверія въ силу необходимости.

Какія отношенія устанавливаются въ современномъ быту, вслѣдствіе субституціи, между повѣреннымъ, субститутомъ и доверителемъ?

Современныя законодательства, въ отношеніи этого вопроса, совершенно расходятся со взглядомъ римскаго права. Мы видѣли, что, по римскому праву, субститутъ не вступалъ ни въ какія непосредственныя отношенія съ доверителемъ, а состоялъ лишь въ зависимости отъ повѣреннаго, который, съ своей стороны, оставался отвѣтственнымъ предъ доверителемъ. Напротивъ прусскій кодексъ постановляетъ, что между доверителемъ и субститутомъ «устанавливаются тѣ же самыя права и обязанности, какія существуютъ между первымъ и повѣреннымъ» (ч. I тит. 13 § 40).

¹⁾ Доранъ, выставивъ общимъ правиломъ, что повѣренный не можетъ, безъ согласія доверителя, передоверить другому, прибавляетъ, что многое тутъ зависитъ отъ интереса доверителя. Если передоверіе сдѣлано въ интересъ доверителя, то онъ не можетъ на это претендовать, такъ какъ его интересъ охраняется такъ, какъ бы дѣйствовалъ самъ повѣренный (ib. № 482); ср. ниже, стр. 355, прим. 1. Нѣкоторые французскіе юристы допускаютъ, кромѣ яснаго полномочія на передоверіе, еще молчаливое, подразумеваемое. Il y a une autorisation tacite lorsque, par exemple, le mandant confie au mandataire une affaire que celui-ci ne peut évidemment accomplir par lui-même (Zacharie, le droit civil français § 753, прим. 22). См. также Тролона, стр. 440 и Dalloz, т. 30, Mandat, № 288, которые также признаютъ, что повѣренный можетъ доверить другому исполненіе возложенныхъ на него обязанностей, если онъ лично встрѣчаетъ тому непреодолимые препятствія (ср. Dalloz, № 289).

Саксонскій кодексъ говоритъ, что если повѣренному представлено право передовѣрія, то отношенія между субститутомъ и довѣрителемъ обсуживаются по законамъ довѣренности; если же ему такое право не предоставлено, то по законамъ о negotiorum gestio (§ 1309). Итальянское уложеніе постановляетъ, что довѣритель можетъ дѣйствовать *непосредственно* противъ лица, на коего повѣренный возложилъ свои обязанности (ст. 1848). Французскій кодексъ говоритъ, что довѣритель вправѣ привлекать къ отвѣтственности самаго субститута (art. 1994).

По поводу сего послѣдняго постановленія французскаго кодекса Цахаріе замѣчаетъ, — что впрочемъ само собою понятно, — что привлеченіе субститута должно ограничиваться предѣлами отвѣтственности, вытекающей изъ предоставленнаго ему полномочія, хотя бы сіе послѣднее и не соответствовало довѣренности, выданной первому повѣренному. При этомъ Цахаріе прибавляетъ, что обязанности, вытекающія изъ довѣренности, существуютъ со стороны субститута и по отношенію къ повѣренному и что довѣритель лишается права иска противъ субститута, если послѣдній отдалъ въ своихъ дѣйствіяхъ отчетъ повѣренному¹⁾.

Наше законодательство представляетъ собою по отношенію къ этому вопросу явленіе весьма странное. Въ догматической части нашихъ гражданскихъ законовъ, т. е. въ I ч. X т., о сущности, матеріальной сторонѣ субституціи не сказано ни слова. Тамъ, какъ это весьма часто бываетъ съ нашимъ законодательствомъ²⁾, упоминается лишь о формальной сторонѣ этого вопроса, а именно говорится, что передача довѣренности должна быть совершена на особомъ листѣ гербовой бумаги и что на самой довѣренности должно быть означено на какой предметъ довѣренности передача эта совершается³⁾; но ни слова не говорится о томъ, что за юридическое отношеніе передача права по довѣренности другому лицу, каковы отношенія между повѣреннымъ и субститутомъ, между ними обоими и довѣрителемъ и пр. Между тѣмъ нельзя сказать, чтобы вопросъ этотъ не былъ на примѣтѣ у нашего законодательства. Напротивъ во 2 ч. X т., по отношенію къ повѣреннымъ,

¹⁾ Le droit civil français § 753, прим. 24.

²⁾ См. выше, стр. 92.

³⁾ Т. X. ч. I, ст. 2329, по продолж 1863 г.

ходатайствующимъ въ судебныхъ мѣстахъ, объ этомъ предметѣ имѣется довольно общее, съ теоретическимъ отгѣнкомъ, опредѣленіе, достаточно высказывающее взглядъ на этотъ предметъ нашего законодательства. Въ ст. 194, 2 ч. X т., именно, сказано: «если повѣренному дозволено въ довѣренности передать свое уполномочіе другому, то *принявшій на себя оную, вступаетъ во все права и обязанности своего предмѣстника*».

Хотя это постановленіе закона, какъ помѣщенное во 2 ч. X т., имѣетъ лишь непосредственное отношеніе къ однимъ повѣреннымъ, ходатайствующимъ по дѣламъ въ судахъ, но, какъ выраженное въ общей формѣ, оно должно получить примѣненіе и къ чисто догматической сторонѣ отношенія субституціи. Изъ этого постановленія обнаруживается общая мысль, духъ нашего закона по разбираемому вопросу. Это общее понятіе закона мы вправѣ перенести и на всю догматическую сущность субституціи вообще.

Если вникнуть въ духъ и смыслъ ст. 194, 2 ч. X т. и приведенной ст. 40 прусскаго кодекса, то увидимъ, что мысль, которая кроется въ той и другой статьѣ, совершенно одинаковая. Статьи эти отличаются только, и то лишь отчасти, по формѣ изложенія. Какъ по тому, такъ и по другому закону субститутъ вступаетъ въ права и обязанности перваго повѣреннаго.

И такъ, наша доморощенная 2 ч. X т. вполнѣ сходится въ одной довольно тонкой мысли о существѣ субституціи съ Allg. Landrecht für Preuts. Staaten—явленіе многознаменательное! Не нужно, кажется, лучшаго доказательства объ однородности основныхъ юридическихъ началъ въ жизни различныхъ народовъ.

Изъ изложеннаго мы видимъ, что современныя законодательства ставятъ субститута въ непосредственныя отношенія съ самимъ довѣрителемъ.

Мысли, кроющіяся въ приведенныхъ законодательныхъ постановленіяхъ, теоретически совершенно вѣрны. Но выраженные въ слишкомъ общей, отвлеченной формѣ, онѣ не достаточно выясняютъ отношенія лицъ, участвующихъ въ субституціи. Постараемся представить болѣе точный анализъ этихъ отношеній, основываясь на общихъ началахъ представительства по довѣренности. Приведенныя законодательныя постановленія послужатъ намъ легальною точкою опоры.

По общимъ началамъ представительства по довѣренности, по-

вѣренный олицетворяет собою довѣрителя. Въ лицѣ повѣреннаго дѣйствуетъ самъ довѣритель. Поэтому дѣйствія, совершенныя первымъ, непосредственно переносятся и связываются съ послѣднимъ.

Если повѣренный, по праву предоставленному ему довѣренностию, выбралъ субститута, то это то же самое какъ бы субститутъ былъ выбранъ самимъ довѣрителемъ. Отношеніе субституціи переносится непосредственно на самаго довѣрителя. Поэтому *субститутъ является такимъ же непосредственнымъ представителемъ довѣрителя какъ и самъ первоначально уполномоченный*. Субститутъ вступаетъ «во всѣ права и обязанности своего предмѣстника»¹⁾.

Указанныя нами мысли въ особенности строго научно выражены въ приведенномъ постановленіи прусскаго кодекса.

Изложенное подтверждается еще тѣмъ соображеніемъ, что всѣ юридическія дѣйствія, въ силу передовѣрія, субститутъ совершаетъ не отъ имени уполномоченнаго, учинившаго передовѣріе, а отъ имени и въ интересѣ довѣрителя. Субститутъ не можетъ совершить означенныя дѣйствія отъ имени перваго повѣреннаго, такъ какъ всѣ эти дѣйствія клонятся къ интересу не сего послѣдняго, а довѣрителя. Права и обязанности, устанавлиаемыя субститутомъ, переходятъ не на перваго повѣреннаго, который самъ является въ семъ случаѣ лишь юридическимъ посредникомъ, а не обладателемъ сихъ правъ и обязанностей (см. стр. 314), но прямо, непосредственно на самаго довѣрителя.

¹⁾ Ср. Dalloz Mandat, № 287, Thöl das Handelsrecht, ч. I, § 61. Кохъ (das Recht der Forderungen, ч. 3, стр. 547—448) говоритъ, что по общему (т. е. римскому) праву субститутъ состоитъ въ отношеніяхъ довѣренности къ первому повѣренному (субституенту); довѣритель же можетъ лишь требовать себѣ отъ послѣдняго уступки права его на претензію къ первому или же уступка эта подразумѣвается. Въ то же время Кохъ признаетъ, что по прусскимъ законамъ, довѣритель, если разрѣшилъ повѣренному право выбора субститута, имѣетъ къ послѣднему *actio mandati*, т. е. *самостоятельное* право привлечь его къ отвѣтственности за его дѣйствія. Но прусскій кодексъ, какъ мы видѣли, развиваетъ по предмету субституціи взглядъ, который мы признаемъ основнымъ началомъ субституціи современнаго правовѣднія. Такимъ образомъ и это мнѣніе Коха можетъ служить подтвержденіемъ изложеннаго нами взгляда, что субститутъ долженъ быть признанъ такимъ же *непосредственнымъ* повѣреннымъ довѣрителя, какъ и самъ субституентъ.

Но слѣдуетъ замѣтить, что, употребленное въ нашемъ законѣ выраженіе «предмѣстникъ» не вполне соответствуетъ существу отношенія субституціи. Выраженіе «предмѣстникъ» указываетъ на то, будто субститутъ поступаетъ *на мѣсто* перваго повѣреннаго, т. е. что сей послѣдній, послѣ установленія субституціи, выступаетъ изъ отношенія довѣренности. На самомъ дѣлѣ это не такъ. Смыслъ довѣренности съ правомъ передовѣрія состоитъ въ слѣдующемъ: довѣритель, очерчивая кругъ дѣйствій, которые вправѣ совершать отъ его имени повѣренный, вмѣстѣ съ симъ предоставляетъ ему право уполномочить и другое лицо на совершеніе всѣхъ этихъ дѣйствій или части оныхъ. Такимъ образомъ, право передовѣрія лишь одно изъ дѣйствій, на которыя повѣренный уполномоченъ въ силу довѣренности. Но, очевидно, что совершеніе повѣреннымъ одного изъ порученныхъ ему дѣйствій отнюдь не лишаетъ довѣренности юридической силы. Первый повѣренный и послѣ передовѣрія сохраняетъ право представленія лица довѣрителя. И такъ прямымъ послѣдствіемъ субституціи является, по нашему, лишь то, что *вмѣсто одного у довѣрителя оказывается два или несколько повѣренныхъ—первоначально уполномоченный и субституты*¹⁾.

Вотъ почему не можемъ согласиться съ Цахаріе (тамъ § 753, примѣчаніе 20), который, основываясь на рѣшеніяхъ французскаго кассационнаго сената, утверждаетъ, что послѣ установленія субституціи, повѣренный теряетъ право дѣйствовать въ силу довѣренности. Изложенныя нами выше соображенія въ достаточной мѣрѣ опровергаютъ это мнѣніе. Право передовѣрія, какъ и самое представительство по довѣренности, кромѣ престои замѣны одного лица другимъ, имѣетъ еще цѣлю расширять сферу юридической

¹⁾ Къ подобному же выводу приходитъ и комментаторъ прусскаго кодекса (Allg. Landr. и пр., 5 изд. 1875 г. т. 2, ч. I, стр. 138, прим. 26). Онъ, именно, говоритъ, что если довѣритель уполномочилъ повѣреннаго правомъ передовѣрія, то субститутъ является вторымъ уполномоченнымъ довѣрителя. Въ рѣшеніяхъ по дѣлу Трофимова и Оомина (75 г. № 862) сенатъ высказалъ, что повѣренный, передовѣривъ другому право ходатайства въ судѣ, этимъ самымъ не лишается права ходатайства. Тролонгъ (стр. 458—459) признаетъ эту мысль въ томъ лишь случаѣ, когда повѣренный выбралъ субститута, хотя съ разрѣшенія довѣрителя, *но отъ своего имени*. Несомнительность этого взгляда достаточно явствуетъ изъ изложеннаго нами въ текстѣ.

дѣятельности лица ¹⁾). Согласно же мнѣнію Цахаріе никакого расширенія сферы дѣятельности лица отъ права передовѣрія и ожидать нельзя.

Шаткость и неосновательность этого положенія Цахаріе видна уже изъ того, что этотъ его выводъ находится въ противорѣчій съ другими его же соображеніями по предмету субституціи. Если, именно, повѣренный, послѣ установленія субституціи, лишается права дѣйствовать въ силу довѣренности, то онъ этимъ, очевидно, выходитъ изъ отношенія довѣренности, становится стороннимъ сему отношенію лицомъ. Никакой середины тутъ быть не можетъ. Мы не въ состояніи переварить понятіе о повѣренномъ, который не вправѣ дѣйствовать въ предѣлахъ довѣренности. Какимъ же образомъ Цахаріе, какъ мы видѣли выше (стр. 342), въ то же самое время признаетъ, что со стороны субститута существуютъ, по отношенію къ первоначально уполномоченному, обязательственныя отношенія, вытекающія изъ довѣренности и что первый можетъ отдавать послѣднему отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ? Мыслимо ли, чтобъ субститутъ оставался въ обязательственныхъ отношеніяхъ и могъ отдавать отчетъ лицу, стороннему отношенію довѣренности? Если же — какъ это вытекаетъ изъ приведенныхъ противурѣчивыхъ соображеній Цахаріе — первоначально уполномоченный, послѣ установленія имъ субституціи, не есть ни повѣренный и ни стороннее довѣренности лице, то что же онъ наконецъ такое?

Такимъ образомъ мы видимъ, что Цахаріе, одною рукою выталкивая повѣреннаго, послѣ установленія субституціи, изъ отношенія довѣренности, другою самъ же его туда тянетъ. Это, по видимому, произошло оттого, что, хотя Цахаріе высказалъ выше-приведенное неправильное положеніе, но юридическое чутье не допускало его развить это положеніе съ систематическою послѣдовательностію. Отсюда указанные противорѣчія.

И такъ, повѣренный и послѣ установленія субституціи, сохраняетъ права, предоставленныя ему въ силу довѣренности. Исключеніе изъ этого правила составить, по нашему, тотъ случай, когда довѣренностію повѣренному предоставлено одно лишь право вы-

¹⁾ Савини говоритъ, что посредствомъ представительства получается большое облегченіе для юридической дѣятельности въ жизни, оттого, что «оно умножаетъ юридическія органы лица» (System, ч. 3, стр. 90). Ср. выше, стр. 7.

бора субститута ¹⁾. Въ семь случаевъ, съ исполненіемъ порученія о выборѣ субститута, составляющаго все содержаніе довѣренности, сія послѣдняя, лишенная своей юридической основы, теряетъ свою силу (п. 1 ст. 2330 1 ч. X т.).

Взглядъ вполнѣ аналогичный съ Цахаріе развиваетъ и Лоранъ. Онъ говоритъ, что если повѣренный выбралъ субститута съ разрѣшенія довѣрителя, то довѣренность первого, съ обоюднаго его и довѣрителя согласія, прекращается; повѣренный становится свободнымъ отъ своихъ обязанностей по довѣренности ²⁾, а безъ обязанностей нѣтъ и довѣренности (т. 287, № 47; ср. и № 488). Лоранъ признаетъ субститута (перваго повѣреннаго) *довѣрителемъ* субститута и говоритъ, что, при передовѣрії, существуютъ два довѣрителя — настоящий довѣритель и первый повѣренный (ib. № 494).

Несостоятельность этого взгляда явствуетъ уже изъ вышеизложеннаго. Замѣтимъ еще, что этотъ неправильный взглядъ имѣетъ свою основу, между прочимъ, въ томъ, что французскіе юристы вообще незнакомы съ отвлеченнымъ понятіемъ о различіи между представительствомъ и довѣренностію, полномочіемъ и порученіемъ (см. стр. 48—50 и 80—81). Мы уже говорили (стр. 318—319), что въ полномочіи выражается сторона *права* повѣреннаго, а въ довѣренности, порученіи — сторона его *обязанностей*. Если повѣренный передовѣряетъ другому, т. е. возлагаетъ на него исполненіе какого либо *порученія*, то этимъ онъ еще не лишается *права* представлять лице своего довѣрителя. Повторяемъ, право передовѣрія есть одно изъ дѣйствій, на которыя уполномоченъ повѣренный. Дѣйствіе это можетъ лишить довѣренности юридической силы, въ томъ лишь случаѣ, когда оно *одно* составляетъ всю суть, все содержаніе полномочія (п. 1 ст. 2330 1 ч. X т., по продолж. 63 г.). Въ противномъ случаѣ передовѣріе столь же мало лишаетъ довѣренности силы, сколько всякое другое дѣйствіе повѣреннаго, которымъ не исчерпывается вся полнота его полномочія.

¹⁾ Довѣренности на одно лишь право передовѣрія нерѣдко встрѣчаются на практикѣ. Если довѣритель живетъ далеко отъ того мѣста, гдѣ ему нужно имѣть и розыскать повѣреннаго, то онъ, если ему нельзя лично туда отправиться, посылаетъ другое лице, которое онъ уполномочиваетъ правомъ выдачи довѣренности на имя третьяго лица.

²⁾ Подъ условіемъ, если субститутъ «*sarable et solvable*» (см. ниже, стр. 356).

Несостоятельность оспариваемого нами взгляда станет еще болѣе наглядною въ томъ случаѣ, когда повѣренный съ общою довѣренностію передовѣряетъ другому лишь нѣкоторыя изъ правъ своихъ по одной или, когда повѣренный съ безрочною довѣренностію передовѣряетъ другому лишь на извѣстный срокъ. Въ первомъ случаѣ придется признать, что повѣренный лишается права представительства на часть дѣйствій по довѣренности, которую онъ передовѣрилъ другому, а во второмъ, — что онъ лишается этого права на срокъ передовѣрія, послѣ чего право это вновь воскрешается. Несообразность этихъ послѣдствій, къ которымъ ведетъ оспариваемый нами взглядъ — слишкомъ очевидна. Вообще взглядъ этотъ лишаетъ довѣрителя тѣхъ удобствъ, которыя имѣетъ въ виду общая довѣренность. Въмѣсто того чтобы замѣнить себя однимъ лицомъ съ общою довѣренностію, которое, съ своей стороны, можетъ набирать себѣ субститутовъ, довѣрителю, живущему, положимъ, за границею придется послѣ каждаго акта передовѣрія (которое будто лишаетъ довѣренности силы) выдавать повѣренному новую довѣренность. Стѣсненіе это окажется чувствительнымъ въ особенности въ торговой сферѣ.

Объясненіе же Лорана, что субституентъ становится *доверителемъ* субститута ¹⁾ — противорѣчитъ основнымъ началамъ представительства по довѣренности. Вся суть этого вида представительства заключается въ томъ, что права и обязанности, устанавливаемыя повѣреннымъ, переходятъ на довѣрителя (стр. 19 и 39—41). Это признаетъ и Лоранъ (см. выше, стр. 250, прим. 1). Но развѣ на субституента переходятъ права и обязанности, устанавливаемыя субститутомъ?

Самую рѣзкую противоположность противъ изложеннаго нами взгляда на послѣдствія субституціи представляетъ собою сводъ узак. Остз. губ., который цѣликомъ усвоилъ взглядъ на этотъ предметъ римскаго права. Въ ст. 4381 этого свода сказано: «субституція не освобождаетъ перваго уполномоченнаго отъ отвѣтственности предъ довѣрителемъ, *отъ того числа и за выборъ субститута; послѣдній же, въ силу субституціи, не отсутствуетъ*

¹⁾ Этотъ явно неправильный взглядъ развиваетъ и Troplong: le mandataire est quelquefois un *mandant* par rapport à une personne à laquelle il a délégué ses pouvoirs (стр. 686).

ни отъ какія договорныя отношенія къ доверителю и отвѣчаетъ ему только въ качествѣ завѣдывающаго чужими дѣлами безъ порученія ¹⁾).

Мы допускаемъ, что правило, выраженное въ этомъ постановленіи, можетъ имѣть рациональный смыслъ въ томъ случаѣ, когда субституція установлена безъ разурѣшенія довѣрителя. Но, какъ общее правило, долженствующее имѣть примѣненіе и для субституціи, установленной въ силу предоставленнаго полномочія, постановленіе это оказывается, по нашему, явною несообразностію. Это какой-то жесткій, формалистическій взглядъ древняго римскаго права, по которому совершеніе юридическаго отношенія должно быть видимо, осязаемо. Не довольно того, что довѣритель долженъ быть видимо, осязаемо на установленіе субституціи; — нѣтъ, для того, чтобы вступить съ субститутомъ въ непосредственныя отношенія, довѣрителю необходимо съ нимъ *лично договориваться*. Выше мы говорили, что выборъ субститута есть одно изъ дѣйствій, на совершеніе которыхъ повѣренный уполномочивается довѣренностію. Если же отношеніе субституціи, установленной повѣреннымъ, не переносится прямо на довѣрителя, то намъ становится рѣшительно непонятнымъ, — какимъ образомъ довѣритель вообще вступаетъ чрезъ повѣреннаго въ непосредственныя отношенія къ третьимъ лицамъ? Какимъ образомъ субститутъ можетъ быть признаваемъ лицомъ завѣдывающимъ чужими дѣлами *безъ порученія*, когда онъ выбранъ вслѣдствіе полномочія, т. е. согласія довѣрителя, а стало быть дѣйствуетъ *по порученію* отъ него? ²⁾ Наконецъ, если довѣритель не вступаетъ съ субститутомъ ни въ какія непосредственныя отношенія, то какой вообще смыслъ имѣетъ предоставленіе довѣрителемъ повѣренному права выбора субститута?

¹⁾ Подъ выраженіемъ «завѣдующій чужими дѣлами безъ порученія», остзейскій кодексъ разуметъ *negotiorum gestor*'а.

²⁾ Это положеніе остзейскаго кодекса, по которому субститутъ является лишь фактическимъ представителемъ (*negotiorum gestor*) довѣрителя, доказываетъ, что кодексъ этотъ, въ своемъ подражаніи римскому праву, оказывается иногда *plus royal que le roi*. На самомъ дѣлѣ и по римскому праву, какъ это справедливо замѣчаетъ Кохъ (стр. 518), субститутъ не можетъ считаться фактическимъ представителемъ. Это, очевидно, потому что онъ дѣйствуетъ съ воли и съ согласія самого довѣрителя.

Вполнѣ усвоилъ себѣ взглядъ римскаго права на отношеніе субституціи и комментаторъ австрійскаго кодекса, профессоръ вѣнскаго университета, Штубенраухъ. Онъ, именно, говоритъ, что «довѣритель въ своихъ претензіяхъ долженъ держаться одного лишь перваго повѣреннаго, а не субститута, такъ какъ онъ съ послѣднимъ *не сходитъ ни въ какія обязательственныя отношенія*;» исключеніе Штубенраухъ допускаетъ лишь въ случаѣ, когда до-вѣритель *одобрилъ* субституцію и этимъ вступилъ съ субститу-томъ въ непосредственныя отношенія ¹⁾).

Можно было бы еще согласиться съ Штубенраухомъ, еслибъ онъ этотъ свой взглядъ примѣнилъ къ случаю неяснаго полномочія на совершеніе передовѣрія. Но взглядъ этотъ кажется намъ въ высшей степени страннымъ и непонятнымъ, въ примѣненіи къ случаю «яснаго полномочія» на установленіе субституціи. Къ чему новое *одобреніе* до-вѣрителемъ субституціи, когда предоставленіемъ повѣренному въ до-вѣренности права передовѣрія, до-вѣритель этимъ уже *заранѣе одобрилъ* субституцію? Чѣмъ предвари-тельное одобреніе посредствомъ до-вѣренности хуже послѣдующаго, личнаго? Вся дѣятельность повѣреннаго отъ имени и въ интересѣ до-вѣрителя и непосредственный переходъ оной на послѣдняго и имѣютъ своимъ исключительнымъ основаніемъ одно лишь предвари-тельное одобреніе дѣйствій повѣреннаго, выраженное въ до-вѣренности. Если для до-вѣрителя становятся, въ силу до-вѣренности, обязательными всѣ дѣйствія и отношенія, устанавливаемыя повѣ-реннымъ, то отчего для него необязательна, установленная по-слѣднимъ, субституція? Если первыя переходятъ чрезъ повѣрен-наго непосредственно на до-вѣрителя, то отчего не признать то же самое и по отношенію къ послѣдней? Если, не смотря на пол-номочіе, требовать личнаго одобренія до-вѣрителемъ субституціи, то отчего не требовать таковаго же личнаго одобренія до-вѣрите-лемъ всѣхъ отношеній и дѣйствій, совершаемыхъ отъ его имени и въ его интересѣ, въ силу до-вѣренности, повѣреннымъ?

И такъ мы пришли къ заключенію, что, въ силу передовѣрія, субститутъ становится въ *непосредственныя* отношенія къ до-вѣ-рителю. Прямой, логическій выводъ этого положенія состоитъ въ томъ, что измѣненія, которымъ подвергается полномочіе повѣрен-

¹⁾ Commentar zum allg. öfter. bürg. Gesetzbuche, Вѣна, 1865 г., § 1010.

наго, остаются безъ вліянія на положеніе субститута. Уничтоженіе до-вѣрителемъ до-вѣренности перваго повѣреннаго, отказъ отъ оной и смерть сего послѣдняго—не лишаютъ силы и значенія до-вѣрен-ности субститута, какъ вошедшей въ непосредственную связь съ самимъ до-вѣрителемъ. Эта до-вѣренность можетъ быть прекращена лишь отдѣльнымъ, самостоятельнымъ актомъ до-вѣрителя, смертію его или субститута, отказомъ послѣдняго и пр.

Этотъ выводъ подкрѣпляется еще слѣдующими соображеніями. Мы говорили, что выборъ субститута есть одно изъ дѣйствій, на совершеніе которыхъ первый повѣренный уполномоченъ до-вѣрен-ностію. Всѣ же дѣйствія повѣреннаго сохраняютъ юридическую силу и послѣ прекращенія до-вѣренности (ст. 2334 1 ч. X т.). Поэтому и субституція должна сохранить законную силу и послѣ уничтоженія до-вѣренности субституента.

Таковы *логическія* послѣдствія, которыя вытекаютъ изъ выше-изложеннаго общаго понятія о непосредственныхъ отношеніяхъ субститута къ до-вѣрителю. Эти послѣдствія должны получить полное примѣненіе въ томъ случаѣ, когда законъ не устанавливаетъ *положительнаго* исключенія изъ приведеннаго правила. Видоиз-мѣнять логическія послѣдствія, вытекающія изъ общихъ началъ права, можетъ одно лишь положительное законодательство (см. стр. 310). Поэтому приведенныя послѣдствія должны, по нашему, имѣть безусловную силу въ нашемъ юридическомъ быту.

Прусское законодательство отступаетъ отъ приведенныхъ логи-ческихъ послѣдствій права передовѣрія. Признавъ совершенно логически, что смерть повѣреннаго не прекращаетъ до-вѣренности субститута (§ 193), прусскій кодексъ, въ то же время, постанов-ляетъ, что уничтоженіе полномочія повѣреннаго прекращаетъ и силу субституціи (§ 181). Послѣднее постановленіе прусскаго ко-декса есть, по нашему, законъ чисто *положительный*, составляющій отступленіе отъ изложенныхъ началъ права передовѣрія. На самомъ дѣлѣ, если субститутъ является *непосредственнымъ* представите-лемъ до-вѣрителя, то субституція должна въ такой же мѣрѣ со-хранить силу послѣ уничтоженія до-вѣренности перваго повѣрен-наго, какъ и всѣ другія дѣйствія его, совершонныя имъ въ силу до-вѣренности. Какое, наконецъ, различіе между двумя моментами прекращенія до-вѣренности — уничтоженіемъ ея до-вѣрителемъ и смертію повѣреннаго? Отчего въ первомъ случаѣ субституція пре-

кращается, а въ послѣднемъ нѣтъ? Тутъ нѣтъ цѣльной системы, нѣтъ логической послѣдовательности. Оба эти момента являются совершенно одинаковыми способами прекращенія довѣренности субституента. Понятіе о *непосредственности* отношеній между довѣрителемъ и субститутомъ говоритъ противъ подраздѣленія указанныхъ двухъ случаевъ прекращенія полномочія послѣдняго. Тотъ и другой случай не должны имѣть вліяніе на существованіе субституціи. И такъ, какъ постановленіе чисто положительное, приведенный законъ прусскаго кодекса можетъ имѣть примѣненіе лишь въ томъ юридическомъ быту, въ которомъ онъ дѣйствуетъ. Логическаго распространенія тутъ допускаемо быть не можетъ.

Взглядъ сходный съ приведенными постановленіями прусскаго кодекса развиваетъ и Troplong (стр. 458; ср. стр. 688 и 689). Онъ говоритъ: *le substitué devient l'homme du mandant et n'a plus à faire qu'à lui*. Поэтому онъ говоритъ, что смерть субституента не прекращаетъ полномочія субститута. Но онъ это мотивируетъ тѣмъ, что послѣ субституціи повѣренный выходитъ изъ отношенія довѣренности, что, какъ мы говорили выше по отношенію къ взгляду Цахаріе и Лорана, мы признаемъ совершенно неосновательнымъ. Мы доказали, что сохраненіе полномочія субститута послѣ прекращенія довѣренности субституента имѣетъ совсѣмъ другія основанія. Но въ другомъ мѣстѣ Troplong говоритъ (стр. 686): *la revocation de ce mandataire entraîne la revocation de ce sous-mandataire* (удаленіе повѣреннаго влечетъ за собою и устраненіе субститута).

Не можемъ, прежде всего, не указать на полную противорѣчивость этого взгляда Тролона. Онъ говоритъ, что повѣренный, послѣ установленія субституціи, выступаетъ изъ отношенія довѣренности. Значитъ довѣренность его прекращается *ipso facto*. Но, если довѣренность повѣреннаго послѣ субституціи уже не существуетъ, то какимъ образомъ можетъ быть послѣ того рѣчь о прекращеніи ея, объ устраненіи повѣреннаго? То что не существуетъ не можетъ и не должно быть прекращаемо. Это противорѣчіе доказываетъ вообще несостоятельность взгляда французскихъ юристовъ на передовѣріе.

Но отчего прекращеніе довѣрителемъ полномочія субституента уничтожаетъ право субститута, въ то время когда смерть втораго не влечетъ за собою подобныхъ послѣдствій—рѣшительно непостижимо.

Для этого нѣтъ ни малѣйшаго логическаго основанія. Тролонъ указываетъ на примѣръ опекуна: съ прекращеніемъ его званія уничтожаются и выданныя имъ довѣренности. Но между опекуномъ и повѣреннымъ, уполномоченнымъ правомъ передовѣрія, нѣтъ ничего общаго. Опекунъ не повѣренный, а законный представитель опекаемаго. Опекунъ дѣйствуетъ не *по полномочию*, а *азампнз* опекаемаго. Опекунъ не *передостряетъ*, а самостоятельно *достряетъ*, уполномочиваетъ. Право уполномоченнаго, установленнаго опекуномъ, зиждется лишь на личности послѣдняго, а не, какъ въ представительствѣ по довѣренности, на личности самаго *дострятеля*. Естественно, что съ прекращеніемъ званія опекуна, должно рунуться и построенное на немъ полномочіе. Но этого не можетъ случиться съ устраненіемъ субституента, такъ какъ право субститута опирается не на званіе перваго, а на *волю самаго дострятеля*, выраженной въ довѣренности. Приведенное противорѣчіе, въ которое впадаетъ одинъ изъ талантливѣйшихъ французскихъ юристовъ, можетъ служить лучшимъ доказательствомъ крайней важности строгаго подразличенія отдѣльных видовъ представительствъ. Противорѣчіе это и явилось послѣдствіемъ отсутствія у французскихъ юристовъ систематическаго подразличенія между представительствомъ по закону и по довѣренности (см. выше, стр. 56, прим. 1).

Тролонъ, впрочемъ, старается самъ смягчить свое приведенное положеніе. Онъ, именно, говоритъ (стр. 687), что полномочіе субститута не прекращается съ уничтоженіемъ права субституента, когда изъ какого либо акта видно, что довѣритель призвалъ субститута *своимъ повѣреннымъ*. Но мы доказали, что для этого не нужно особаго акта. Это доказываетъ само право передовѣрія, представленное довѣрителемъ субституенту.

Относительно отвѣтственности повѣреннаго за дѣйствія свои при установленіи субституціи, въ нашемъ законѣ—въ коемъ вообще объ отвѣтственности повѣреннаго предъ довѣрителемъ никакихъ почти постановленій не имѣется—ничего не сказано.

Прусскій кодексъ говоритъ: если субституція установлена съ разрѣшенія довѣрителя, то повѣренный отвѣтствуетъ лишь за грубыя или умѣренныя ошибки, сдѣланныя имъ *при выборѣ субститута* (тит. 13 § 39). Если же порученіе такого рода, что самъ уполномоченный не можетъ его исполнить безъ содѣйствія дру-

гих лиц, то онъ отвѣтствуетъ за умѣренную неосторожность, допущенную имъ при *выборѣ* или наблюденіи за своими помощниками (§ 46). То же самое имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда уполномоченный, встрѣтивъ препятствія при исполненіи возложеннаго на него порученія, прибѣгъ по этому случаю къ услугамъ другихъ лицъ (§ 47). Но кто, говоритъ прусскій кодексъ, при исполненіи даннаго ему порученія пользовался *безъ нужды* услугами другихъ лицъ, тотъ отвѣтствуетъ за *всѣ* убытки, происшедшіе отъ дѣйствій его помощниковъ (§ 48). И австрійскій кодексъ, не упоминая вовсе объ отношеніяхъ субститута къ довѣрителю, говоритъ, что повѣренный, передовѣрившій въ силу яснаго полномочія или вслѣдствіе крайней необходимости, отвѣтствуетъ за *выборъ* субститута (§ 1010). Таково же постановленіе по сему предмету и саксонскаго кодекса (§ 1308).

Эти постановленія иностранныхъ законодательствъ, по нашему, совершенно правильны съ теоретической точки зрѣнія и вполне соотвѣтствуютъ юридическому существу субституціи. По началамъ представительства по довѣренности повѣренный отвѣтствуетъ за всѣ свои дѣйствія предъ довѣрителемъ (стр. 87—90). Но такъ какъ дѣятельность повѣреннаго при установленіи субституціи состоитъ исключительно въ *выборѣ* субститута, то только за этотъ *выборъ* онъ и можетъ подлежать отвѣтственности. За *дѣйствія* же, совершонныя отъ имени довѣрителя самимъ субститутомъ, обязанъ отвѣтствовать самъ послѣдній, какъ непосредственный представитель перваго ¹⁾.

Это правило должно получить примѣненіе въ томъ лишь случаѣ, когда выборъ субститута сдѣланъ съ разрѣшенія довѣрителя ²⁾. Если же выборъ субститута послѣдовалъ помимо согласія довѣрителя, то первый не можетъ считаться *непосредственнымъ* представителемъ послѣдняго; дѣйствія субститута не могутъ быть признаны совершонными *съ согласія* довѣрителя. Выборъ субститута сдѣланъ повѣреннымъ на собственный свой рискъ и страхъ. Въ этомъ случаѣ повѣренный отвѣтствуетъ за *всѣ дѣйствія* субститута ³⁾. Такимъ образомъ, если управляющій, не имѣвшій

¹⁾ Ср. Троллона стр. 433.

²⁾ Подъ это же правило иностранныхъ законодательства подпадаютъ и случаи передовѣрія вслѣдствіе крайней необходимости (см. стр. 340).

³⁾ Ср. Троллона, стр. 426—432.

права передовѣрія, довѣрилъ другому совершеніе какихъ либо юридическихъ дѣйствій по завѣдуемому имъ имѣнію, то довѣритель вправѣ не признавать этихъ дѣйствій для себя обязательными ¹⁾. Если же онъ фактически одобряетъ эти дѣйствія, то они должны быть обсуживаемы по началамъ фактическаго представительства. Но понятно, что если воспослѣдовало явное одобреніе всѣхъ дѣйствій субститута, то они для довѣрителя вполне обязательны.

Но если приведенныя постановленія иностранныхъ законодательствъ совершенно правильны съ теоретической точки зрѣнія, то они въ то же время выяснены не довольно практически. Что такое на практикѣ это отвлеченное понятіе объ отвѣтственности повѣреннаго за выборъ субститута, гдѣ въ жизни граница между этою отвѣтственностью и отвѣтственностью за дѣйствія субститута—ничего этого не видно изъ постановленій тѣхъ законодательствъ.

Мы можемъ лишь, съ своей стороны, прибавить, что подъ отвѣтственностью за выборъ слѣдуетъ, очевидно, разумѣть отвѣтственность за злоумышленный, недобросовѣстный или неосторожный выборъ лица субститута, т. е. за то, что технически называется *culpa in eligendo*. Такъ, повѣренный обязанъ отвѣтствовать, если окажется, что онъ выбралъ въ субститутъ лицо совершенно неспособное къ отпращиванію возложенныхъ на него обязанностей или лице неправопособное, недобросовѣстное и пр., и вслѣдствіе этого довѣритель понесъ убытки. Весьма естественно, что повѣренный не будетъ подлежать отвѣтственности за неблагоприятныя послѣдствія своего выбора, если онъ докажетъ, что, хотя субститутъ и оказался неспособнымъ или недобросовѣстнымъ, но что повѣренный выборъ этотъ сдѣлалъ вполне добросовѣстно и осторожно. Такъ, если выборъ субститута для веденія дѣлъ въ судѣ сдѣланъ былъ по рекомендаціи суда или совѣта присяжныхъ повѣренныхъ ²⁾ и пр.

¹⁾ См. Dalloz, Mandat, № 281 и 282. Dalloz вполне правъ, не соглашаясь съ Троллономъ, который (стр. 429—430) говоритъ, что довѣритель не можетъ опорочить порученіе, если оно хорошо выполнено лицомъ, произвольно выбраннымъ повѣреннымъ, такъ какъ искъ долженъ имѣть своимъ основаніемъ *интересъ*. Dalloz справедливо замѣчаетъ, что послѣдствія дѣйствій произвольнаго субститута могутъ быть иногда распознаваемы не сразу, а лишь впоследствии. Ср. выше, стр. 341, прим. 1.

²⁾ Троллоновъ (стр. 435—436) замѣчаетъ, что вообще отвѣтственность эта

Весьма естественно, что разрѣшеніе вопроса о свойствѣ, сдѣланнаго повѣреннымъ, выбора, будетъ зависѣть отъ усмотрѣнія суда.

Эти соображенія наши относительно практическаго значенія отвѣтственности повѣреннаго за *выборъ* субститута вполнѣ подтверждаются взглядомъ на этотъ предметъ, Виндшейда.

Виндшейдъ, именно, относительно отвѣтственности повѣреннаго при установленіи субституціи, говоритъ, что нужно отличить, уполномоченъ ли былъ повѣренный на передовѣріе или нѣтъ. Въ послѣднемъ случаѣ повѣренный отвѣтствуетъ безусловно за всѣ промахи (Fehler) субститута; въ первомъ же случаѣ онъ отвѣтствуетъ лишь тогда, когда негодность (Untauglichkeit) субститута была или должна была быть ему извѣстна¹⁾. Отвѣтственность за негодность субститута и есть лишь болѣе практически сформулированное понятіе объ отвѣтственности за *выборъ* субститута, о которомъ говорятъ приведенныя законодательства.

Французскій кодексъ по этому вопросу болѣе точенъ и опредѣлительнѣе, чѣмъ приведенныя нѣмецкія законодательства. Онъ говоритъ, что въ случаѣ полномочія на установленіе субституціи, повѣренный отвѣтствуетъ въ томъ случаѣ, если лице имъ выбраннымъ оказалось явно неспособнымъ или несостоятельнымъ (poitirement incarable ou insolvable art. 1994²⁾).

Вопросъ о несостоятельности субститута получаетъ весьма важное практическое значеніе при привлеченіи его къ отвѣтственности за убытки, нанесенныя довѣрителю его неправильными или неосторожными дѣйствіями (ср. стр. 94, прим. 2). Если повѣренный выбралъ субститута, который оказывается неспособнымъ къ возмѣщенію нанесенныхъ довѣрителю убытковъ, то весьма естественно, что за эти убытки обязанъ отвѣтствовать предъ довѣрителемъ самъ выбравшій его повѣренный. Такимъ

должна быть обсуживаема съ точки зрѣнія момента состоявшагося выбора субститута. Если повѣренный выбралъ въ субститута лицо, которое пользовалось хорошою репутациею, но впоследствии не оправдало ожиданій, и злоупотребило довѣріемъ, то повѣренный тутъ ни при чемъ.

¹⁾ Lehrb. d. Pandect. § 410; ср. § 401, прим. 5.

²⁾ Это постановленіе французскаго кодекса заимствовано итальянскимъ Уложеніемъ, которое говоритъ, что повѣренный отвѣтствуетъ за дѣйствія субститута, если лице имъ избранное было очевидно неспособно и неплатно (non solvente, ст. 1748).

образомъ это постановленіе Code Napoleon оказывается совершенно логическимъ послѣдствіемъ общаго понятія о субституціи и вытекающей изъ него отвѣтственности повѣреннаго за сдѣланный имъ *выборъ* субститута. Оно вполнѣ соотвѣтствуетъ потребностямъ жизни и потому достойно полнаго нашего вниманія. Постановленіе это восполняетъ собою весьма важный пробѣлъ, обнаруживающійся по этому вопросу въ нѣмецкихъ законодательствахъ¹⁾; въ которыхъ о случаѣ несостоятельности субститута ничего не сказано²⁾.

Прибавимъ, съ своей стороны, что, очевидно, вопросъ о несостоятельности субститута можетъ быть обсуживаемъ лишь по отношенію къ моменту выбора его. Если несостоятельность субститута обнаружилась лишь послѣ выбора его повѣреннымъ, и во время этого выбора никакихъ признаковъ его несостоятельности нельзя было предвидѣть, то повѣренный, очевидно, никакой отвѣтственности за него предъ довѣрителемъ подлежать не можетъ.

Достойна вниманія еще одна совершенно вѣрная мысль, выраженная въ приведенномъ 1994 art. французскаго кодекса. Въ немъ именно сказано, что вышеупомянутая отвѣтственность повѣреннаго за неспособность и несостоятельность субститута должна имѣть мѣсто въ томъ лишь случаѣ, когда усмотрѣнію перваго предоставлена свобода выбора субститута и ему не указано на точно опредѣленное лицо, которое должно быть выбрано субститутомъ. На самомъ дѣлѣ, если довѣритель указываетъ повѣренному именно то лицо, которому должно быть сдѣлано передовѣріе, въ такомъ случаѣ выборъ субститута дѣлаетъ не повѣренный, а самъ довѣритель. Повѣренный лишь выполняетъ заранѣе состоявшійся выборъ довѣрителя. Понятно, что объ отвѣтственности по

¹⁾ Странно, что Цахаріе, комментируя приведенный нами въ текстѣ art. 1994 Code Nap., говоритъ лишь объ отвѣтственности повѣреннаго за выборъ субститута «poitirement incarable» и вовсе пропускаетъ выраженіе «insolvable» (§ 753; 5). Между тѣмъ, какъ нами объяснено въ текстѣ, съ этимъ выраженіемъ соединено понятіе, имѣющее въ жизни весьма важное практическое значеніе.

²⁾ Нельзя, впрочемъ, не замѣтить, что это послѣдствіе вытекаетъ изъ самаго понятія объ отвѣтственности повѣреннаго за *выборъ* субститута, о которой говорятъ нѣмецкія законодательства. Отвѣтственность повѣреннаго за выборъ субститута въ французскомъ кодексѣ слишкомъ ограниченная. Повѣренный обязанъ столько же отвѣтствовать за выборъ недобросовѣстнаго субститута, сколько и за выборъ неспособнаго и несостоятельнаго.

вѣреннаго за собственный выборъ довѣрителя не можетъ быть и рѣчи ¹⁾.

Въ нашемъ законѣ, какъ мы говорили, относительно отвѣтственности при выборѣ субститута ничего не сказано. Но изложенныя постановленія иностранныхъ законодательствъ до такой степени естественны, логичны и соответствуютъ потребностямъ жизни и существу субституціи, что мысли въ нихъ кроющіяся не могутъ не имѣть практическаго значенія и для нашего юридическаго быта. Легальную опору для этихъ мыслей находимъ и въ нашемъ законѣ. Если упущенія при выборѣ субститута сдѣланы повѣреннымъ съ преступнымъ намѣреніемъ повредить интересамъ довѣрителя, то второй можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за убытки: понесенные послѣднимъ, на основаніи 644 и въ особенности 645 ст. I ч. X т. Въ первой изъ сихъ статей сказано, что каждое лице обязано отвѣтствовать за убытки, нанесенные другому преступленіемъ или проступкомъ, совершеннымъ съ предумышленіемъ или безъ оного. Въ послѣдней статьѣ прибавлено, что «виновный обязанъ вознаградить не только за убытки, непосредственно происшедшіе отъ сего дѣянія, но и за всѣ тѣ, *хотя болѣе отдаленныя*, которые имъ дѣйствительно съ симъ намѣреніемъ причинены». Именно послѣднее выраженіе закона вполне соответствуетъ понятію объ отвѣтственности повѣреннаго за убытки, причиненные довѣрителю дѣйствіями неспособнаго, недобросовѣстнаго или несостоятельнаго субститута. Убытки эти происходятъ не непосредственно отъ дѣйствій самаго повѣреннаго, но являются *болѣе или менѣе отдаленными* послѣдствіями сихъ дѣйствій. — Если же упущенія повѣреннаго при выборѣ субститута произошли по неосторожности, то онъ можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности, на основ. ст. 647 I ч. X т. Въ этой статьѣ закона сказано: не подлежатъ вознагражденію вредъ и убытки, происшедшіе отъ дѣянія случайнаго, учиненнаго не только безъ намѣренія, но и безъ всякой со стороны

¹⁾ Ср. Тролона (стр. 432). Дюрантонъ замѣчаетъ, что повѣренный, которому въ довѣренности точно указано лицо субститута, отвѣтствуетъ за дѣйствія послѣдняго въ томъ случаѣ, когда во время между выдачею первому довѣренности и установленіемъ субституціи, въ личности субститута произошли такіа препятствующія выбору остоятельства (causes d'empêchement), о которыхъ довѣритель не зналъ и которыя были извѣстны повѣренному (Zacharie тамъ, § 753, прим. 22).

учинившаго оное неосторожности. Изъ этой статьи, по argumentum a contrario, явствуетъ, что за свои неосторожныя дѣйствія лице подлежить отвѣтственности.

Мы видѣли, что иностранныя законодательства признаютъ одинаковое юридическое значеніе за передовѣриемъ, совершеннымъ по праву предоставленному довѣренностію, съ передовѣриемъ въ случаяхъ предусмотрѣнныхъ, а посему разрѣшенныхъ закономъ. Въ томъ и другомъ случаѣ повѣренный отвѣтствуетъ лишь за *выборъ* субститута. Рациональность мотивовъ, лежащихъ въ основѣ этихъ постановленій слишкомъ ясна и понятна: разрѣшеніе закона замѣняетъ собою полномочіе довѣрителя. Вслѣдствіе этого и передовѣріе, учиненное въ силу закона, должно имѣть такую же силу какъ совершенное съ согласія довѣрителя. Поэтому, если согласятся съ нами, что ст. 740 2 ч. XI т. имѣть въ виду случай законнаго передовѣрія, то соображенія, изложенныя нами относительно отвѣтственности въ нашемъ быту повѣреннаго за выборъ субститута, должны получить примѣненіе и къ случаю, указанному въ ст. 740, 2 ч. XI т. Кромѣ указаннаго, въ нашихъ законахъ встрѣчаемъ и другіе случаи передовѣрія въ силу закона. Мы говорили выше, что сходъ, который есть законный представитель сельскаго общества, можетъ выдавать другимъ лицамъ довѣренности на хожденіе по дѣламъ общества (Общ. полож. ст. 51, п. 17). Очевидно, что это—законная передача права представительства, присвоеннаго сельскому сходу. Такое законное право передовѣрія имѣютъ и правленія торговыхъ и промышленныхъ обществъ (Уст. С.-Петербургскаго Частнаго Коммерч. Банка § 37).

Если же субституція учинена повѣреннымъ совершенно произвольно, то повѣренный и у насъ долженъ оставаться предъ довѣрителемъ отвѣтственнымъ за всѣ дѣйствія субститута. Это весьма естественно. Довѣритель въ семъ случаѣ не входилъ съ субститутомъ ни въ какія отношенія. Поэтому онъ вправѣ держаться одного лишь, имъ избраннаго, повѣреннаго. Если, напримѣръ, управляющій имѣніемъ или домою передастъ на время управленіе онымъ другому лицу безъ разрѣшенія хозяина, то первый обязанъ отвѣтствовать предъ хозяиномъ за всѣ дѣйствія субститута.

Выше мы говорили, что субститутъ вступаетъ въ непосредственныя отношенія къ довѣрителю. Но мы полагаемъ, что онъ,

въ то же время, остается въ некоторой зависимости и отъ перваго повѣреннаго. Полномочіе субститута имѣеть своимъ основаніемъ передовѣріе повѣреннаго. Это передовѣріе и служить звѣномъ, соединяющимъ между собою этихъ лицъ. Въ этомъ отношеніи мы сходимся съ основною мыслью, выраженною въ вышеприведенныхъ соображеніяхъ Пахаріе, по которымъ субститутъ находится съ повѣреннымъ въ обязательственныхъ отношеніяхъ, вытекающихъ изъ довѣренности. Мы, именно, находимъ, что довѣренность субститута можетъ быть уничтожена не однимъ довѣрителемъ, но и первымъ повѣреннымъ. Необходимо признать, что если довѣритель предоставилъ повѣренному право выбирать по своему усмотрѣнію субститута, то этимъ самимъ онъ его уполномочилъ и устранить послѣдняго, если онъ почему либо находитъ субститута ненужнымъ или несоотвѣтствующимъ той дѣятельности, которую онъ ему предоставилъ¹⁾. Иначе невозможна свободная дѣятельность повѣреннаго. Иначе немислима отвѣтственность его за выборъ субститута. Обязанности всегда сочетаются съ соответственными правами. Отвѣтственность повѣреннаго за выборъ субститута тогда только можетъ имѣть рациональную смысль, когда ему предоставлена свобода уничтожить этотъ выборъ, если онъ находитъ это нужнымъ. Исключеніе составляетъ тотъ случай, когда довѣритель самъ указываетъ на лице субститута. Въ семъ случаѣ повѣренный выполняетъ лишь выборъ самаго довѣрителя. Первый не можетъ уничтожить выборъ послѣдняго, если это прямо не предусмотрено въ довѣренности.

Противъ указанныхъ нами послѣдствій субституціи могутъ возразить, что они породятъ на практикѣ значительныя неудобства. Могутъ, именно, сказать, что признать субститута непосредственнымъ представителемъ самаго довѣрителя и освободить повѣреннаго отъ отвѣтственности за всѣ дѣйствія перваго — значитъ поставить интересы довѣрителя въ зависимость отъ лица ему не-

¹⁾ Это право признаеть за повѣреннымъ прусск. кодексъ, который говоритъ, что онъ вправе по своему усмотрѣнію устранить субститута (тит. 13, § 183). Весьма часто повѣренный выбираетъ субститута для того, чтобы послѣдній могъ его временно замѣнить въ дѣятельности его въ предѣлахъ довѣренности. Весьма естественно, что когда повѣренный въ этой замѣнѣ его личности субститутомъ болѣе не нуждается, то онъ можетъ послѣдняго устранить изъ отношеній довѣренности.

извѣстнаго, отъ лица, котораго онъ не одарилъ личнымъ довѣріемъ; признаніе же, что прекращеніе довѣренности повѣреннаго не имѣеть вліянія на существованіе довѣренности субститута, повлечетъ за собою то, что самъ довѣритель можетъ и не знать о повѣренныхъ, которые, будучи выбраны первоначальнымъ уполномоченнымъ, будутъ дѣйствовать отъ его имени. Отъ всего этого можетъ сильно пострадать интересъ довѣрителя¹⁾.

Противъ подобныхъ утилитарныхъ возраженій намъ, конечно, достаточно было бы объяснить, что дѣло юриста лишь, руководствуясь рациональными, основными понятіями права, сдѣлать изъ нихъ логическіе выводы. Объ удобствахъ или неудобствахъ не его дѣло судить²⁾. Объ этомъ пусть заботится законодательная политика, или, имѣющая въ юридическомъ быту могущественное вліяніе, воля самихъ сторонъ. Намъ необходимы общія правила, принципы. Безъ нихъ существовать не можемъ. Безъ нихъ практическая жизнь съ своею необозримою массою юридическихъ казусовъ представить собою какую то неразрѣшимуую путаницу смутныхъ, темныхъ, невыясненныхъ понятій. А если намъ необходимы общія правила, принципы, то мы должны признать и всѣ логическіе выводы изъ оныхъ. Принципы безъ выводовъ не имѣютъ смысла.

Но мы находимъ самыя эти возраженія неосновательными.

Когда рѣчь идетъ о лицахъ, вступающихъ въ юридическія отношенія, то естественно предполагаются лица, имѣющія ясное сознаніе о своихъ правахъ и обязанностяхъ и о средствахъ къ ихъ огражденію. Для огражденія лицъ, которыя сами не заботятся или не понимаютъ своихъ интересовъ и оставляютъ ихъ на произволь случайности, всякая теорія окажется безсильною. На то существуютъ опека, нотариусы, адвокаты и пр.

Если лице питаетъ такое безусловное довѣріе къ повѣренному, что предоставляетъ полному его усмотрѣнію право передовѣрія, то это доказываетъ, что оно заранее согласно на выборъ повѣреннаго и исполнѣ довѣрлетъ выбранному имъ субституту. Довѣритель столько же довѣрлетъ производимому повѣреннымъ выбору субститута, сколько и всѣмъ другимъ дѣйствіямъ, которыя второй совер-

¹⁾ Подобныя возраженія намъ приходилось выслушивать на практикѣ.

²⁾ См. выше, стр. 150, прим. 1.

шасть отъ имени перваго. Черезъ предоставленное право субституціи довѣріе это сообщается самому, субституту. Выборъ гарантируется еще отвѣтственностію за него повѣреннаго. Субститутъ, конечно, можетъ нарушить интересъ довѣрителя; но въ такой же мѣрѣ интересъ этотъ можетъ нарушить самъ повѣренный. Ошибки и недобросовѣтность возможны какъ при субститутѣ, такъ и при повѣренномъ. Противъ нихъ застраховаться нельзя; никакими теоріями и правилами ихъ не искоренишь. Поэтому онѣ и не могутъ служить основаніемъ, на коемъ строится теорія права.

Не слѣдуетъ еще забывать, что указанныя нами послѣдствія субституціи имѣютъ мѣсто лишь въ случаѣ отсутствія яснаго на этотъ предметъ уговора противоположнаго содержанія. Законы гражданскіе, за исключеніемъ принудительныхъ и запретительныхъ, имѣютъ лишь въ виду случаи, неформулированные самими сторонами (см. выше, стр. 94 и 254). Если довѣритель не желаетъ довѣрять дѣйствіямъ субститута, то пусть выговариваетъ себѣ полную отвѣтственность повѣреннаго за эти дѣйствія. Никто ему въ этомъ не мѣшаетъ. Если же довѣритель ничего подобнаго не выговорилъ, то мы вправѣ предполагать, что, предоставивъ полному усмотрѣнію повѣреннаго выборъ субститута, онъ этимъ заранее изъявилъ согласіе на вступленіе съ послѣднимъ въ непосредственныя отношенія.

Что же касается того возраженія, что довѣритель можетъ оставаться въ безвѣстности относительно выбранныхъ повѣренными субститутами, то противъ этого можно лишь замѣтить, что добросовѣстный повѣренный не можетъ не сообщать довѣрителю о такихъ важныхъ юридическихъ дѣйствіяхъ, совершаемыхъ имъ отъ имени послѣдняго, каковъ выборъ субститута. По иностраннымъ законодательствамъ такое уведомленіе повѣренными довѣрителя будетъ обязательно, для перваго, въ силу закона¹⁾. По этимъ законодательствамъ повѣренный обязанъ отдавать довѣрителю отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ (см. стр. 88—90). Не можетъ быть и сомнѣнія въ томъ, что первый обязанъ давать послѣднему отчетъ въ томъ употребленіи, которое онъ сдѣлалъ отъ предоставленнаго ему

¹⁾ Troplong говорить, что повѣренный обязанъ уведомлять довѣрителя о положеніи его дѣлъ и обо всемъ томъ, что для него полезно (стр. 383). См. также Dalloz, Mandat, № 207.

права передовѣрія. Въ нашемъ законѣ объ отчетности повѣреннаго въ своихъ дѣйствіяхъ предъ довѣрителемъ ничего не сказано. Но эта обязанность повѣреннаго такъ непреодолимо вытекаетъ изъ всего существа представительства и такъ настоятельно вынуждается потребностями жизни, что, какъ мы говорили (стр. 90), практика сама совершенно основательно признаетъ ея необходимость. Поэтому мы полагаемъ, что и у насъ необходимость сообщать довѣрителю о выбираемыхъ субститутахъ является для повѣреннаго не одною нравственною, но и, освященною практикою, юридическою его обязанностію.

Къ этому необходимо еще прибавить слѣдующее: извѣстно, что нотаріусъ отмѣчаетъ на подлинной довѣренности имена лицъ, въ пользу коихъ совершается передовѣріе (ст. 2329, 1 ч. X т., по продолж. 1863 г.)¹⁾. Такимъ образомъ довѣритель можетъ изъ одной довѣренности своего перваго уполномоченнаго знать обо всѣхъ своихъ субститутахъ.

Самый же легкій и удобный способъ уничтоженія довѣрителемъ всѣхъ выданныхъ повѣренными субститутамъ довѣренностей — публикація. Публикація объ уничтоженіи этихъ довѣренностей можетъ быть сдѣлана въ общихъ выраженіяхъ. Она можетъ быть употреблена и противъ тѣхъ субститутами, имена или мѣстожительство которыхъ неизвѣстно довѣрителю.

На практикѣ мы встрѣтили нѣсколько случаевъ передовѣрія, по которымъ судебныя мѣста пришли къ заключенію, согласному съ изложеннымъ нами выше. Изъ этихъ случаевъ слѣдуетъ придти къ заключенію, что указанныя нами послѣдствія права передовѣрія пустили въ нашей практикѣ довольно глубокіе корни.

Въ с.-петербургскомъ коммерческомъ судѣ производилось дѣло по иску, предъявленному, по довѣренности генералъ-лейтенанта Колосовскаго, прис. пов. Куневичемъ къ дѣйств. статск. сов. Стабровскому о векселяхъ. Право по этой довѣренности Куневичъ передовѣрилъ прис. пов. Андрееву. 30 апрѣля 1871 г. Куневичъ умеръ. 1 мая 1871 г. наступилъ для Колосовскаго срокъ для изьявленія неудовольствія на, состоявшееся въ пользу Стабровскаго, рѣшеніе коммерч. суда. Объявленіе о неудовольствіи подано

¹⁾ Ср. рѣш. сената 1874 г., № 756.

въ тотъ день Андреевымъ. Повѣренный Стабровскаго заявилъ споръ противъ права Андреева на совершение юридическихъ дѣйствій отъ имени Колосовскаго, объясняя, что со смертію Куневича довѣренность, выданная имъ по передовѣрію Андрееву, прекратила свое дѣйствіе; Коммерч. судъ оставилъ этотъ споръ безъ уваженія. Въ опредѣленіи своемъ судъ, между прочимъ, говоритъ: «что за смертію Куневича дѣйствіе довѣренности, выданной имъ по передовѣрію отъ Колосовскаго Андрееву, не можетъ почитаться прекратившимся, такъ какъ, по силѣ 5 п. 2330 ст. т. X ч. 1 по прод. 1863 г., дѣйствіе довѣренности прекращается лишь со смертію довѣрителя; довѣрителемъ же Андреева является не Куневичъ, а Колосовскій; что, по сему, нельзя не признать, что Андреевъ и послѣ смерти Куневича, послѣдовавшей 30 апрѣля, былъ законно уполномоченъ на объявленіе отъ имени Колосовскаго 1 мая отъ зова о неудовольствіи на рѣшеніе суда». На это опредѣленіе суда повѣренный Стабровскаго принесъ жалобу прав. сенату. Достоинств. вниманія, что эта жалоба основывается, между прочимъ, на 194 ст., 2 ч. X т., на которой и мы основывали наши совершенно противоположныя соображенія, изложенныя выше. Ст. 194, 2 ч. X т., сказано въ этой жалобѣ, ясно говоритъ, что принявшій на себя полномочіе отъ повѣреннаго, которому предоставлено право передовѣрія, вступаетъ во всѣ права и обязанности своего предшественника; изъ этого явствуетъ, что если прекратилась довѣренность сего предшественника, то вмѣстѣ съ симъ потеряло свою силу и полномочіе, выданное имъ другому лицу по праву передовѣрія. Договоръ довѣренности, сказано въ жалобѣ, есть договоръ личный и потому, согласно 1544 ст. 1 ч. X т., онъ прекращается для лицъ въ немъ участвующихъ въ моментъ смерти одного изъ нихъ. Примѣняя эти соображенія къ настоящему дѣлу, повѣренный Стабровскаго находитъ, что повѣренный Колосовскаго, Куневичъ, могъ передать свое полномочіе Андрееву только на тотъ срокъ, на который сохраняла силу выданная первому довѣренность; такъ какъ полномочіе Куневича, по случаю его смерти, прекратилось 30 апрѣля, то въ тотъ же день прекратилась и довѣренность, выданная имъ Андрееву. — Прав. сенатъ оставилъ эту жалобу безъ уваженія¹⁾.

¹⁾ Точно такое же дѣло разсматривалось во французскомъ сенатѣ, который разрѣшилъ этотъ вопросъ въ смыслѣ нами защищаемомъ (Troplong, стр. 688).

Останавливаться на подробномъ разборѣ этого случая — намъ, послѣ всего вышеизложеннаго, не представляется надобности. Коммерческій судъ совершенно правильно заключилъ, что довѣрителемъ Андреева былъ не Куневичъ, а Колосовскій, отъ имени котораго Андреевъ совершалъ всѣ свои дѣйствія въ судѣ. Передовѣріе, учиненное Куневичемъ Андрееву, было одно изъ тѣхъ дѣйствій, на которыя первый былъ уполномоченъ довѣренностію Колосовскаго. Это дѣйствіе передовѣрія, какъ и всѣ другія дѣйствія Куневича въ предѣлахъ довѣренности Колосовскаго, должны были сохранить по отношенію къ послѣднему юридическую силу и послѣ смерти перваго. И такъ Андреевъ, будучи непосредственнымъ представителемъ Колосовскаго при жизни Куневича, остался таковымъ же и послѣ его смерти. Личные договоры, какъ сказано въ жалобѣ повѣреннаго Стабровскаго, конечно сохраняютъ свою силу лишь при жизни участвующихъ въ нихъ лицъ. Но дѣло въ томъ, что, въ настоящемъ случаѣ, въ силу предоставленнаго Колосовскимъ Куневичу права передовѣрія, Андреевъ находился въ отношеніяхъ договора довѣренности не съ Куневичемъ, а непосредственно съ Колосовскимъ. Очевидно, что смерть Куневича не могла имѣть вліянія на юридическую силу этихъ отношеній. Что ст. 194, 2 ч. X т. не имѣетъ того смысла и изъ нея нельзя придти къ тѣмъ выводамъ, на которые указываетъ повѣренный Стабровскаго — объ этомъ нами достаточно сказано выше. На самомъ дѣлѣ, изъ буквальнаго смысла ст. 194, 2 ч. X т. видно, что субституту присвоены всѣ тѣ права, коими обладаетъ первый повѣренный. Изъ этого несомнѣнно явствуетъ, что если повѣренному предоставлено по закону право дѣйствовать въ силу довѣренности во все время жизни довѣрителя, то такое же право должно быть признано и за субститутомъ. Никакого другаго вывода изъ этой статьи закона и невозможно сдѣлать.

Въ этомъ же смыслѣ высказался и кассач. д-тъ сената по дѣлу Кагана съ Маркевичемъ (73 г. № 1475). Каганъ заключилъ съ Мандрусомъ, дѣйствовавшимъ по передовѣрію отъ повѣреннаго Маркевича, Ганкина, домашнее условіе, въ силу котораго Маркевичъ продалъ Кагану 25.000 градусовъ спирта. Каганъ потребовалъ исполненія по этому условію. Маркевичъ возразилъ, что условіе это для него не обязательно потому, что ко времени заключенія онаго была уже уничтожена довѣренность Ганкина,

вслѣдствіе чего прекратилось и передовѣріе Мандрусу. Мировой судья и съѣздъ уважили это объясненіе Маркевича. Сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе съѣзда, объяснивъ, что «съ предоставленіемъ въ довѣренности, выданной Ганкину, права передовѣрять такую Мандрусу, *этотъ послѣдній, послѣ совершенія такого передовѣрія, сдѣлался такимъ же дозвѣреннымъ лицомъ Маркевича, какъ и самъ Ганкинъ*».

Такое же взгляды на рассматриваемый предметъ одесской судебной палаты, высказанный по дѣлу Маркъ¹⁾.

¹⁾ Козманскій, вопросы гражд. права и пр., т. I, № 113. Это рѣшеніе весьма замѣчательное. Оно воспроизводитъ весьма многое изъ теоріи права передовѣрія, приведенной нами выше. Считаю полезнымъ сдѣлать изъ этого рѣшенія подробную выписку. — Варвара Маркъ уполномочила поручика Павла Буракова довѣренностью на управленіе имѣніемъ ея при селѣ Бѣлогоры и на продажу находившейся въ немъ движимости, съ правомъ передовѣрія. Бураковъ передалъ это полномочіе Комарницкому, который, продавъ торговому дому Масъ и комп. 583 пуда 29 фунтовъ мериносовой шерсти за 11966 р. 27 к. и разной другой движимости на сумму 31471 р. 23 к., представилъ отчетъ лишь на сумму 29926 р. 93 к., и затѣмъ ни денегъ за шерсть въ количествѣ 11966 р. 27 к. и остальныхъ за движимость 1544 р. 30 к., ни отчета въ нихъ не представилъ; Маркъ просила деньги эти выискать въ ея пользу съ Комарницкаго. Противъ этого иска Комарницкій, не представляя отвѣта по существу, предъявилъ, на основаніи 3 п. 571 ст. уст. гр. суд., отводъ въ томъ, что искъ Варвары Маркъ вовсе къ нему не относится; что съ своими требованіями она должна обращаться къ своему повѣренному Буракову; что онъ съ истинною ни въ какихъ личныхъ обязательствахъ, основанныхъ на договорѣ, не состоялъ, а имѣлъ сношеніе съ однимъ Бураковымъ, и что онъ съ нимъ однимъ долженъ свести и покончить всѣ расчеты по исполненію данной ему довѣренности. Судебная палата нашла, что довѣритель имѣетъ полное право требовать отчета отъ уполномоченнаго, получившаго передовѣрительную довѣренность, непосредственно, и обратиться къ нему прямо съ искомъ, минуя лице, которому дана была довѣренность съ правомъ передовѣрія. Такое мнѣніе свое палата основываетъ на слѣдующихъ соображеніяхъ: во 1-хъ, что второй повѣренный представляетъ собою не личность того, кто передалъ ему довѣренность, но личность самаго доверителя; во 2-хъ, что сей послѣдній, употребивъ въ довѣренности выраженія «что вы законно учините, я впредь спорить и прекословить не буду», и предоставивъ ему право, въ замѣнъ себя, избрать другаго уполномоченнаго, и передать ему право дѣйствовать во всемъ въ предѣлахъ и въ силу довѣренности, полученной отъ доверителя, — *тѣмъ самымъ отклоняетъ отъ перваго повѣреннаго дальнѣйшую ответственность за дѣйствія по довѣренности*; пока первый повѣренный исполняетъ предоставленныя ему дѣйствія по существу даннаго порученія, онъ долженъ считаться настоящимъ повѣреннымъ своего доверителя; но коль скоро онъ, въ силу даннаго ему въ довѣренности права, передалъ полномочіе другому лицу, сіе послѣднее вступаетъ во всѣ его права и обязанности, *дѣлается повѣреннымъ не*

Не можемъ еще не обратить вниманія на одно формалистическое стѣсненіе, которое существуетъ у насъ на практикѣ, въ слѣдствіе невѣрнаго пониманія существа права передовѣрія. Нѣкоторыя изъ нашихъ судебныхъ мѣстъ, въ томъ числѣ и с.-петербургская суд. палата, требуютъ, при совершеніи субститутомъ какихъ либо юридическихъ дѣйствій, представленія подлинной довѣренности, на основаніи которой учинено передовѣріе¹⁾. Это требованіе имѣетъ очевидную цѣлю убѣдиться въ томъ, что довѣренность, въ силу которой учинено передовѣріе, не уничтожена во время отправленія субститутомъ своей юридической дѣятельности. Неосновательность такого требованія слишкомъ явна. Мы, именно, говорили выше, что субституція сохраняетъ свою силу и послѣ прекращенія довѣренности субституента. Такимъ образомъ указанный формализмъ оказывается совершенно излишнимъ.

Между тѣмъ формалистическое требованіе представленія субститутомъ довѣренности субституента порождаетъ на практикѣ значительныя неудобства. Требованіе это можетъ даже весьма часто оказаться положительно невыполнимымъ, въ томъ случаѣ, когда субституентъ живетъ въ другомъ мѣстѣ, чѣмъ субститутъ, когда первому самому нужна его довѣренность для отправленія

того, отъ котораго получилъ передовѣріе, по уполномоченіямъ отъ настоящаго доверителя, дѣйствуетъ отъ его имени и представляетъ его личность: въ 3-хъ, что право доверителя требовать отъ перваго своего повѣреннаго отчетности, можно допустить въ такомъ единственно случаѣ, когда повѣренный, не имѣя права передовѣрія для исполненія порученныхъ ему дѣйствій, долженъ былъ отъ себя уполномочить на оныя другія, какъ напримѣръ лицо, получившее довѣренность на полное управленіе имѣніемъ, нанимаетъ отъ себя прикащиковъ; въ такомъ случаѣ, естественно, единственнымъ повѣреннымъ является это лице, получившее полномочіе безъ права передовѣрія; лица, коимъ повѣренный поручилъ отъ себя предоставленныя ему дѣйствія, суть его уполномоченные, не повѣренные его доверителя; но если существуетъ право передовѣрія, и если, основываясь на этомъ правѣ, первый повѣренный передалъ свое полномочіе въ полномъ составѣ третьему лицу, то, какъ выше уже сказано, *это третье лице является прямымъ представителемъ перваго и настоящаго доверителя*. Посему палата признала отвѣтъ Комарницкаго незаслуживающимъ уваженія.

¹⁾ По крайней мѣрѣ отъ насъ лично с.-петербургская палата (по 2 д-ту) требовала представленія подлинной довѣренности, въ силу которой провинціальный присяжн. повѣренный передовѣрилъ намъ веденіе дѣла въ судѣ. Мы слышали, что подобныя же требованія предъявляютъ и нѣкоторыя изъ московскихъ судебныхъ учреждений.

своей юридической дѣятельности, когда дѣятельность эта такого рода, что влечетъ за собою назначеніе многихъ субститутовъ въ разныхъ мѣстахъ имперіи и когда довѣритель пребываетъ въ какомъ-нибудь отдаленномъ мѣстѣ или за границею. Лицу уполномоченному общою довѣренностію для того, чтобы имѣть возможность назначать въ разныхъ мѣстахъ субститутовъ, необходимо было бы имѣть множество подлинныхъ довѣренностей, количество которыхъ трудно опредѣлить.

И такъ, одно это обстоятельство можетъ насъ убѣдить въ томъ, что если принципъ самостоятельнаго существованія субституціи и можетъ повлечь за собою нѣкоторыя неудобства, то онъ въ то же время, имѣетъ и весьма выгодныя стороны. Это же обстоятельство доказываетъ, что врядъ ли возможно сочувственно относиться къ вышеприведенному постановленію прусскаго кодекса и мнѣнію юристовъ, что уничтоженіе довѣренности, субституента, влечетъ за собою прекращеніе субституціи. Этотъ взглядъ и имѣетъ своимъ послѣдствіемъ тотъ, упомянутый стѣснительный формализмъ, въ силу котораго субституту для подтвержденія своего права, необходимо представлять довѣренность субституента.

Указанный принципъ самостоятельнаго существованія субституціи имѣетъ еще и другія выгодныя послѣдствія. Такъ, ниже увидимъ, какія неудобства могутъ явиться въ нашей жизни вслѣдствіе внезапной смерти повѣреннаго, или неожиданнаго отказа его отъ довѣренности. Обстоятельства эти могутъ повлечь за собою приостановку и полный застой въ теченіи порученныхъ повѣренному дѣлъ. Существованіе же субститута, полномочіе котораго не прекращается вмѣстѣ съ довѣренностію субституента, можетъ значительно уменьшить это неудобство.

Послѣ всего вышеизложеннаго, не трудно разрѣшить возникшій у насъ на практикѣ вопросъ о томъ: можетъ ли лице, которое само не имѣетъ права ходатайствовать въ судѣ, передоверить право на такое ходатайство лицу, обладающему этою специальною дѣеспособностію?

Мы говорили, что передоверіе есть одно изъ дѣйствій, на которыя повѣренный уполномочивается довѣренностію. Но, если повѣренный не можетъ лично ходатайствовать въ судѣ, то это не можетъ лишить его права, на то дѣйствіе по довѣренности, которое ему никакимъ закономъ не воспрещено, а именно, — на пе-

редоверіе. Въ этомъ случаѣ, довѣренность получить тотъ смыслъ, что довѣритель уполномочилъ повѣреннаго передоверить ходатайство въ судѣ лицу имѣющему на то право. Но что лицу, не имѣющему права лично ходатайствовать въ судѣ, возможно поручить передоверить подобное право другому — въ этомъ не можетъ быть и сомнѣнія. Это вытекаетъ изъ изложеннаго нами выше (стр. 42—45) общаго начала представительства, по которому повѣренному необходима лишь *общая дѣеспособность*, а не специальная правоспособность.

Такой способъ разрѣшенія этого вопроса вполне соотвѣтствуетъ и духу нашихъ законовъ о правѣ ходатайства въ судѣ. Законы эти имѣютъ цѣлю оградить интересы тяжущихся и правосудія. Эта цѣль всецѣло достигается и путемъ означеннаго передоверія: предъ довѣрителемъ отвѣтствуетъ субститутъ; онъ же и ведетъ на судѣ дѣло. Мысль закона оказывается вполне выполненною.

На сколько намъ извѣстно, судебныя мѣста разрѣшаютъ этотъ вопросъ обыкновенно въ противоположномъ смыслѣ¹⁾. Это очевидный остатокъ привычки нашей прежней практики ставить форму выше существа дѣла. У насъ и теперь нерѣдко проскальзываетъ устарѣвшая идея: *la forme emporte le fond*. Этотъ безсодержательный, безцѣльный формализмъ мы считаемъ понятіемъ весьма вреднымъ. Намъ необходимо съ нимъ раздѣлаться. Слѣдуетъ усвоить себѣ простую мысль, что формы служатъ лишь *средствомъ* для огражденія интересовъ права, но не цѣлю сами по себѣ (см. стр. 31). Формѣ, въ сущности должно быть придаваемо самостоятельное значеніе лишь тогда, когда этого безусловно, императивно требуетъ законъ. Всякое сомнѣніе должно быть толкуемо противъ обязательности формъ, не имѣющихъ *рациональнаго* значенія, т. е. не ограждающихъ реальныхъ интересовъ правосудія. Форма должна уступить мѣсто здравому смыслу и житейской правдѣ, почерпнутой изъ обстоятельствъ дѣла. Право лица не должно быть приносимо въ жертву мертвой, безсодержательной формѣ. Форма, какъ самостоятельная цѣль, не имѣетъ смысла.

¹⁾ См. дѣло Безобразова съ Сабуровымъ (75 г., № 888). Изъ этого рѣшенія слѣдуетъ полагать, что сенатъ склоняется къ заключенію, согласному съ защищаемымъ нами, хотя въ рѣшеніи вопросъ этотъ и не разрѣшенъ принципиально. — Ср. Нерсесова «понятіе добровольнаго представительства», стр. 80—81.

ГЛАВА XIX.

Дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ довѣренности ¹⁾.

Юридическое значеніе выступления повѣреннаго изъ предѣловъ довѣренности. — Критическій разборъ ст. 1304 саксонскаго кодекса. — Послѣдствія дѣйствій повѣреннаго, выходящихъ изъ предѣловъ довѣренности, по отношенію къ доверителю. — Одобреніе доверителемъ дѣйствій повѣреннаго, выходящихъ изъ предѣловъ довѣренности и negotiorum gestio. — Дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ довѣренности и совершонныя имъ отъ своего имени. — Послѣдствія дѣйствій повѣреннаго, выходящихъ изъ предѣловъ довѣренности, по отношенію къ повѣренному. — Редакція законодательныхъ постановленій. — Юридическій характеръ заблужденія. — Выступление повѣреннаго изъ предѣловъ довѣренности, происшедшее по заблужденію. — Послѣдствія дѣйствій повѣреннаго, выходящихъ изъ предѣловъ довѣренности, по отношенію къ третьему лицу. — Обязано ли третье лице разсматривать довѣренность? — Случай изъ практики.

Въ ст. 2326 1 ч. X т. сказано: повѣренный обязанъ не выходить изъ предѣловъ довѣренности, и вправѣ производить токмо то, что ему по точному содержанію оной дозволено.

Основная мысль этой статьи слишкомъ ясна и не требуетъ пространныхъ комментаріевъ. Общее, естественное правило при совершеніи юридическихъ дѣйствій состоитъ въ томъ, что они имѣютъ обязательную силу лишь для лица, совершившаго оныя, что оно одно отвѣтствуетъ за свои дѣйствія. Чтобы одно лице приобрѣтало права дѣйствіями другаго или обязано было отвѣтствовать за дѣйствія другаго — для этого необходимо точно опредѣленное юридическое основаніе. Основаніе это при поручительствѣ или круговой порукѣ выражается въ поручительской записи или надписи; при солидарныхъ обязательствахъ — въ ясно выраженномъ условіи о солидарности установленныхъ отношеній;

¹⁾ Такъ какъ за дѣйствіями повѣреннаго, выходящими изъ предѣловъ довѣренности, признается, какъ мы видѣли выше (гл. IX), характеръ фактическаго представительства, то настоящая глава и гл. IX дополняютъ отчасти одна другую.

при представительствѣ по довѣренности — въ содержаніи довѣренности. Очевидно, что эта отвѣтственность одного лица за дѣйствія другаго можетъ существовать лишь въ строго опредѣленныхъ предѣлахъ, указанныхъ въ томъ юридическомъ основаніи, на которое она опирается.

Какъ исполнѣ рациональная и вытекающая изъ существа юридическихъ отношеній, мысль, выраженная въ постановленіи 2326 ст. 1 ч. X т., имѣетъ практическое примѣненіе не въ одномъ нашемъ юридическомъ быту. Мы ее встрѣчаемъ почти во всѣхъ намъ извѣстныхъ европейскихъ законодательствахъ (австрійскій кодексъ §§ 1009 и 1016; прусскій ч. 1, т. II, тит. 13, § 49; code Napoléon art. 1989; ср. art. 1998).

Нѣкоторое довольно странное исключеніе представляетъ собою саксонскій кодексъ, который постановляетъ, что «повѣренный можетъ отступить отъ ясно выраженнаго указанія доверителя настолько, насколько возможно полагать, что доверитель одобрилъ бы это отступленіе, еслибъ ему были извѣстны вызывающія оное обстоятельства» ¹⁾ (§ 1304). Неясность и туманность этого постановленія были бы непростительны учебнику гражданскаго права; тѣмъ менѣе онѣ могутъ быть допущены въ законодательствѣ, отличительное свойство котораго должны составлять точность и опредѣленность выражений. Постановленіе это, по нашему, и не логично. Очевидно, что оно должно получить примѣненіе къ тому случаю, когда доверитель оспариваетъ дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ довѣренности, хотя ему и указаны основательныя причины ихъ вызванія. Въ томъ случаѣ, когда доверитель одобряетъ эти дѣйствія повѣреннаго (явно или фактически) — они, какъ мы видѣли и еще увидимъ ниже, будутъ обязательны для перваго въ силу этого, имъ выраженнаго, согласія; въ такомъ случаѣ это постановленіе закона оказывается излишнимъ и невужнымъ. Но если доверитель оспариваетъ дѣйствія повѣреннаго, не смотря на то, что ему указываютъ на причину ихъ вызвавшую, если нѣтъ данныхъ, которыя бы указывали на фактическое одобреніе доверителемъ дѣйствій повѣреннаго — неужто судъ, на обязанности котораго лежитъ приведеніе, по просьбѣ за-

¹⁾ Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, изд. 2 Зибенгаара, Лейпцигъ, 1865.

интересованнаго лица, въ исполненіе постановленія закона, можетъ, основываясь на приведенномъ 1304 § кодекса и находя, что эти обстоятельства подходятъ подъ смыслъ этого параграфа, *понудить* доверителя *одобрить* эти дѣйствія повѣреннаго? Можетъ ли и вправѣ ли судъ поставить себя на мѣсто доверителя и судить о томъ, какъ сей послѣдній поступилъ бы при данныхъ обстоятельствахъ? Это значило бы волю суда поставить на мѣсто воли доверителя. А это противорѣчило бы даже прямому смыслу самаго приведеннаго постановленія саксонскаго кодекса, въ коемъ говорится объ одобреніи доверителя, а не суда. Мало того. Это значило бы предполагаемую судомъ волю доверителя на одобрение дѣйствій повѣреннаго, выходящихъ изъ предѣловъ доверенности, поставить въ противорѣчіе съ тою дѣйствительною его волею, которая выражается въ фактѣ оспариванія имъ этихъ дѣйствій. Наконецъ, мыслимо ли *понудительное одобрение* доверителемъ дѣйствій повѣреннаго? Такимъ образомъ статья 1304 саксонскаго кодекса вводитъ насъ въ какой то лабиринтъ смутныхъ, туманныхъ понятій, изъ котораго нѣтъ никакого выхода.

Приведенное постановленіе саксонскаго кодекса, очевидно, вызвано идеею о фактическомъ представительствѣ. Но мы видѣли, что этотъ видъ представительства имѣетъ свои характеристическія особенности (польза, интересъ лица представляемаго, презюмтивная воля его и пр.) и по своимъ послѣдствіямъ отличается отъ доверенности. Обо всѣхъ этихъ особенностяхъ въ постановленіи саксонск. кодекса не говорится; между тѣмъ, упоминаемая въ ономъ, дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ доверенности, сравнены съ дѣйствіями, совершенными въ предѣлахъ доверенности.

Вотъ почему мы простую мысль, выраженную въ ст. 2326 1 ч. X т. и кодексахъ австрійскомъ, прусскомъ и французскомъ, предпочитаемъ статьѣ 1304 саксонскаго кодекса. Если доверителю угодно будетъ одобрить дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ доверенности, пусть его одобряетъ. Закону же и суду нѣтъ никакой надобности насиловать или даже предугадывать въ семъ отношеніи волю доверителя. Если же дѣйствія повѣреннаго будутъ одобрены фактически, то къ нимъ будутъ примѣнены начала фактическаго представительства.

Самый важный вопросъ, подлежащій нашему обсужденію, за-

ключается въ томъ: какія юридическія послѣдствія влекутъ за собою дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ доверенности?

Въ нашемъ законѣ объ этомъ вопросѣ ни слова.

Между тѣмъ вопросъ этотъ вовсе не такой простой и ясный, чтобы не стоило остановиться на внимательномъ его изученіи.

Необходимо рассмотреть послѣдствія, которыя влекутъ за собою дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ доверенности, по отношенію къ доверителю, повѣренному и третьему лицу, съ которымъ повѣренный вступаетъ отъ имени доверителя въ юридическія отношенія.

Разсмотрѣнію этого вопроса въ указанномъ порядкѣ мы и посвятимъ послѣдующее изложеніе.

Что доверитель не вступаетъ въ тѣ юридическія отношенія, которыя установлены отъ его имени дѣйствіями, выходящими изъ предѣловъ доверенности, въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія. Это вытекаетъ изъ упомянутаго нами общаго правила о силѣ и значеніи тѣхъ юридическихъ дѣйствій, которыя совершаются однимъ лицомъ отъ имени другаго. Такимъ образомъ изъ этихъ дѣйствій повѣреннаго не возникаютъ для доверителя ни права, ни обязанности, которыя дѣйствія эти имѣли въ виду для него установить¹⁾.

Мысль о необязательности для доверителя дѣйствій повѣреннаго, выходящихъ изъ предѣловъ доверенности, ясно выражена въ кодексахъ саксонскомъ (§ 1307) и французскомъ (art. 1998).

Но все это имѣетъ отношеніе къ тому лишь случаю, когда доверитель оспариваетъ дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ доверенности. Если же доверитель одобряетъ эти дѣйствія повѣреннаго яснымъ выраженіемъ на оныя согласія или фактическимъ присвоеніемъ результатовъ, изъ нихъ вытекающихъ, то дѣйствія эти получаютъ для доверителя полную юридическую силу.

Въ иностранныхъ законодательствахъ мы это правило находимъ прямо выраженнымъ въ законѣ.

Такъ, австрійскій кодексъ (§ 1016) постановляетъ, что за дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ доверенности, до-

¹⁾ Ср. Тролона (стр. 566 — 567).

вѣритель отвѣтствуетъ въ той мѣрѣ, въ какой онъ ихъ одобрилъ или въ какой онъ присвоиваетъ себѣ происшедшую отъ нихъ пользу.

Французскій кодексъ говоритъ, что дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ довѣренности, пріобрѣтаютъ для довѣрителя обязательную силу лишь тогда, когда послѣдній ясно или молчаливо ихъ одобряетъ (art. 1998).

Почти ту же мысль мы встрѣчаемъ и въ прусскомъ кодексѣ (ч. 1 т. II, тит. 13, § 51). Но нельзя не обратить вниманія на странность редакціи этой статьи прусскаго кодекса.

Статья эта гласитъ: «если дѣйствія повѣреннаго, не смотря на выступленіе изъ предѣловъ довѣренности, направлены на пользу довѣрителя и сей послѣдній *желаетъ* присвоить себѣ выгоду, вытекающую изъ этихъ дѣйствій (will den Vortheil daraus sich zueignen), то онъ вмѣстѣ съ тѣмъ *долженъ одобрить* (muss genehmigen) и выступленіе повѣреннаго изъ предѣловъ довѣренности».

Съ точки зрѣнія чисто теоретической, приведенныя постановленія австрійскаго и французскаго кодексовъ стоятъ гораздо выше постановленія прусскаго кодекса.

И въ основу этой статьи прусскаго кодекса легла, очевидно, мысль фактическаго представительства; но и въ ней не указаны характеристическія его особенности. Въ фактическомъ представительствѣ имѣетъ значеніе *дѣйствительное присвоеніе* лицомъ представляемымъ результатовъ дѣйствій представителя; въ этой же статьѣ прусскаго кодекса говорится лишь: если представитель *желаетъ* присвоить себѣ выгоду, проистекающую изъ дѣйствій представителя.

Самое выраженіе прусскаго кодекса: *долженъ одобрить*, содержитъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе. Одобреніе или, что все равно, изъявленіе согласія составляетъ актъ доброй воли лица: оно не можетъ быть вынуждаемо закономъ. Когда лицо по закону *должно* одобрить извѣстныя дѣйствія, то, собственно говоря, одобряетъ эти дѣйствія не лице, а самъ законъ или судъ ¹⁾.

¹⁾ Это постановленіе прусскаго кодекса напоминаетъ намъ странный указъ одного изъ судебныхъ департаментовъ сената, коимъ предписано было: *позудитъ такого-то совершить на свое имѣніе въ пользу другаго купчую крѣпость...*

Такимъ образомъ всего проще и естественнѣе выразить мысль объ одобреніи довѣрителемъ дѣйствій повѣреннаго въ той формѣ, какъ она изложена въ австрійскомъ или еще лучше въ французскомъ законѣ.

Присвоеніе результатовъ дѣйствій повѣреннаго, выходящихъ изъ предѣловъ довѣренности, само содержитъ въ себѣ фактическое одобреніе сихъ дѣйствій. Въ новомъ одобреніи ихъ по закону — какъ того требуетъ прусскій кодексъ — не представляется надобности. Это излишняя и никуда негодная роскошь.

Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что и самъ прусскій кодексъ въ другомъ мѣстѣ признаетъ изложенную нами мысль. Кодексъ этотъ, именно, говоритъ, что изъ послѣдующихъ дѣйствій довѣрителя можетъ быть сдѣлано заключеніе объ одобреніи имъ дѣятельности повѣреннаго (тамъ § 143). Такимъ образомъ, если довѣритель, зная о выступленіи повѣреннымъ изъ предѣловъ довѣренности, присвоиваетъ себѣ результаты или выгоды его дѣятельности, то это признается явнымъ (ausdrücklichen) одобреніемъ оной (§ 144).

Эти постановленія иностранныхъ законодательствъ не чисто *положительныя*: они составляютъ прямой, логическій выводъ общихъ, основныхъ началъ договорнаго права. Но общія начала договорнаго права, какъ естественный продуктъ потребностей челоуѣческой жизни, во всѣхъ законодательствахъ почти одни и тѣ же.

На самомъ дѣлѣ, что такое довѣренность, какъ не предварительное согласіе довѣрителя на цѣлый рядъ послѣдующихъ дѣйствій повѣреннаго, которыя имъ будутъ совершаемы въ предѣлахъ довѣренности ¹⁾? Но чѣмъ послѣдующее изъявленіе согласія на дѣйствія лица хуже предварительнаго согласія на оныя ²⁾?

Мы бы назначили премію тому, кто взялъ бы на себя приведеніе въ исполненіе этого указа сената въ томъ случаѣ; когда собственникъ имѣнія не согласился бы исполнить его добровольно...

¹⁾ Эта мысль о сущности и значеніи довѣренности проглядываетъ и въ 3 п. 248 ст. уст. гражд. судопр., по которой полномочіе присяжному повѣренному можетъ быть удостовѣрено словеснымъ заявленіемъ довѣрителя и повѣреннаго, записаннымъ въ журналъ суда. Эта статья значительно расширяетъ свободу представительства.

²⁾ Curtius (ib., стр. 104) говоритъ, что одобреніе есть послѣ полученное порученіе (Nachholung des Auftrags). Поэтому одобреніе можетъ быть выражено представителю. — Эта мысль признана и сенатомъ въ дѣлѣ Плотичина съ Амосо...

Если на дѣйствіа повѣреннаго послѣдуетъ явное согласіе до-
вѣрителя, то они будутъ обсуживаться по началамъ довѣренности;
если же одобрение презюмтивное, то—по началамъ фактическаго
представительства.

Характеръ дѣйствій фактическаго представителя (*negotiorum
gestor*) и дѣйствій повѣреннаго, выходящихъ изъ предѣловъ до-
вѣренности, какъ мы говорили выше, (стр. 155) одинъ и тотъ же.
Если наша судебная практика признаетъ обязательными для лица
представляемаго дѣйствіа фактическаго представителя, то и дѣй-
ствіа повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ довѣренности, должны
быть признаваемы обязательными для довѣрителя, если на нихъ
послѣдовало явное или презюмтивное согласіе послѣдняго.

Все вышеизложенное относительно послѣдующаго изъясненія
довѣрителемъ согласія на дѣйствіа повѣреннаго, выходящія изъ
предѣловъ довѣренности, можетъ имѣть примѣненіе къ тому лишь
случаю, когда повѣренный дѣйствовалъ отъ имени довѣрителя.
Если же повѣренный дѣйствовалъ отъ своего собственнаго имени
(одностороннее представительство) или отъ имени другаго лица,
но не довѣрителя, то никакое за симъ слѣдующее согласіе не
можетъ установить между послѣднимъ и третьимъ лицомъ непосред-
ственныхъ юридическихъ отношеній ¹⁾. *Ratum quis habere non
potest, quod ipsius nomine gestum non est.* Это весьма естественно.
Въ томъ случаѣ, когда повѣренный дѣйствуетъ хотя внѣ предѣ-
ловъ довѣренности, но отъ имени довѣрителя, послѣдующее со-
глашеніе на эти дѣйствіа довѣрителя соединяется съ предшество-
вавшимъ согласіемъ на оныя третьяго лица и образуютъ собою
взаимное ихъ согласіе на вступленіе въ юридическое отношеніе.
Когда же повѣренный дѣйствуетъ не отъ имени довѣрителя, то
со стороны третьяго лица не было и нѣтъ никакого согласія на

вымъ (сборн. Книрима и Ковалеваго, т. 1, 78 г., № 273). Сенатъ высказалъ,
что одобрение *retrotrahitur ad initium negotii*, т. е. что юридическія послѣдствія
одобрения переносятся къ моменту *возникновенія* сдѣлки, по которой оно послѣ-
довало. Laurent говоритъ про одобрение: *le consentement, donné après l'acte, equi-
vaut au pouvoir donné avant l'acte* (т. 28, № 65); но въ то же время, онъ споритъ
противъ правила, что одобрение относится къ началу сдѣлки (ib. № 74). Этимиъ,
какъ намъ кажется, онъ противорѣчитъ самъ себя.

¹⁾ См. Штубенрауха, *Commentar zum allg. öster. Gezetzb.* ч. 3, § 1009 и
Бринца *Lehrb. d. Pand.* ч. 3, § 373.

вступленіе съ симъ послѣднимъ въ какое либо отношеніе. Оче-
видно, что одностороннее согласіе довѣрителя не можетъ устано-
вить юридическое отношеніе между нимъ и третьимъ лицомъ.

Мысль эта отчасти проглядываетъ въ рѣшеніи общаго собра-
нія сената, № 241, т. 1. Только въ этомъ рѣшеніи рассматри-
вается не сторона правъ довѣрителя, а его обязанностей. Аршау-
ловъ, дѣйствовавшій по довѣренности Мошковцова, подписывался
подъ актами конкурса, учрежденнаго надъ дѣлами Юдина, *кре-
диторомъ*, а не повѣреннымъ кредитора. Общее собраніе обра-
тило, вслѣдствіе этого, взысканіе, возложенное на кредиторовъ
Юдина, не на Мошковцова, а лично на самаго Аршаулова Тутъ
выражена та мысль, что повѣренный, дѣйствовавшій отъ сво-
его имени, лично отвѣчаетъ за свои дѣйствіа предъ третьими
лицами.

Конечно и въ томъ случаѣ, когда повѣренный дѣйствуетъ не
отъ имени довѣрителя, можетъ послѣдовать взаимное согласіе
послѣдняго и третьяго лица на признаніе состоявшимся между
ними того юридическаго отношенія, которое установилъ повѣ-
ренный. Тогда и это отношеніе будетъ обязательно какъ для до-
вѣрителя, такъ и для третьяго лица. Но въ этомъ случаѣ обя-
зательность для нихъ этого отношенія будетъ основываться не
на дѣйствіяхъ повѣреннаго, а на личномъ, взаимномъ согласіи
довѣрителя и третьяго лица. Это не то отношеніе, которое имѣлъ
въ виду установить повѣренный. Это отношеніе другое, которое
установлено самимъ довѣрителемъ. Что это различіе не одно тео-
ретическое и что оно можетъ повлечь за собою важныя практи-
ческія послѣдствія—въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія.

Когда повѣренный, оставляя въ сторонѣ довѣренность, совер-
шаетъ дѣйствія, на которыя онъ уполномоченъ, отъ своего соб-
ственнаго имени, то онъ является предъ довѣрителемъ отвѣт-
ственнымъ за понесенные имъ вслѣдствіе этого убытки (Ср. Шту-
бенрауха, *ib.*—примѣръ, приведенный изъ германской суд. прак-
тики). Правило это будетъ, по нашему, имѣть общее примѣненіе
въ томъ лишь случаѣ, когда повѣренному выдана довѣренность
на совершеніе какого либо точно опредѣленнаго дѣйствія, пору-
ченія. Въ этомъ случаѣ совершеніе повѣреннымъ этого дѣйствія
отъ своего имени является прямымъ нарушеніемъ обязанности

его предъ доверителемъ ¹⁾). Но правило это не можетъ имѣть безусловнаго примѣненія въ томъ случаѣ, когда повѣренному выдана общая доверенность. Иначе пришлось бы утверждать, что повѣренный, имѣющій общую доверенность, вовсе не вправе совершать отъ своего имени какія либо изъ тѣхъ дѣйствій, на которыя онъ уполномоченъ по доверенности. Положимъ, кто нибудь имѣетъ общую доверенность на совершеніе безъ ограниченія отъ имени своего доверителя различныхъ предпріятій. Пришлось бы утверждать, что этотъ повѣренный не вправе отъ своего лица входить въ какое либо предпріятіе. Это значило бы лишить повѣреннаго его личной самостоятельности, части его правоспособности ²⁾. Это противорѣчило бы значенію и смыслу доверенности. Доверенность предоставляетъ лицу право совершать отъ имени доверителя извѣстныхъ дѣйствія; но она не лишаетъ его права совершать подобныя дѣйствія и отъ своего имени. Такимъ образомъ, при существованіи общей доверенности, опредѣленіе отношеній повѣреннаго къ доверителю будетъ во многомъ зависѣть отъ индивидуальныхъ обстоятельствъ дѣла. Необходимо будетъ въ каждомъ данномъ случаѣ, руководствуясь духомъ и смысломъ доверенности, опредѣлить то значеніе, какое имѣетъ для доверителя извѣстное дѣйствіе повѣреннаго, то положеніе, которое въ этомъ случаѣ занимаетъ повѣренный по отношенію къ доверителю. Во всякомъ случаѣ указанное правило будетъ имѣть примѣненіе и къ повѣренному, снабженному общою доверенностію, въ томъ случаѣ, когда онъ, совершая отъ своего имени извѣстное дѣйствіе, пользовался въ этомъ случаѣ средствами, кредитомъ или доверіемъ своего доверителя.

Переходимъ къ разсмотрѣнію послѣдствій, которыя влекутъ за

¹⁾ Dalloz (Mandat, № 211) говоритъ, что если повѣренный приобрѣлъ отъ своего имени вещь, покупка которой поручена ему другимъ, то онъ тогда лишь обязанъ передать ее доверителю, когда она, именно, точно и несомнѣнно составляла предметъ порученія.

²⁾ Намъ извѣстенъ примѣръ изъ судебной практики, что повѣренный, получившій юридическое образованіе, являясь защитникомъ ответчика, предъявлялъ противъ исца отводъ на томъ основаніи, что сей послѣдній былъ общимъ повѣреннымъ другаго и былъ снабженъ отъ послѣдняго общою доверенностію, а сдѣлку, о которой шла въ томъ случаѣ рѣчь, онъ совершилъ отъ своего собственнаго имени и самостоятельно явился въ судъ истцемъ!...

собою дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ доверенности, для него самаго.

Австрійскій кодексъ постановляетъ, что за послѣдствія тѣхъ дѣйствій, которыя выходятъ изъ предѣловъ доверенности, отвѣтствуетъ самъ повѣренный (§ 1009).

Но въ чемъ именно заключается эта отвѣтственность повѣреннаго, обязательны ли для него лично тѣ отношенія, которыя онъ имѣлъ въ виду установить отъ имени своего доверителя, или въ этомъ случаѣ возникаютъ для повѣреннаго послѣдствія другаго рода—вопросъ этотъ въ австрійскомъ кодексѣ невыясненъ. Между тѣмъ вся суть въ выясненіи этого, именно, вопроса.

Весьма часто иностранныя законодательства, въ отношеніи редакціи своихъ постановленій, впадаютъ въ крайность, противоположную той, которую мы встрѣчаемъ въ нашемъ законодательствѣ. Если въ нашемъ гражданскомъ сводѣ преобладаетъ сильная казуистичность, которая ставитъ нашу практику въ постоянныя затрудненія при разрѣшеніи встрѣчающихся въ жизни практическихъ случаевъ, то въ постановленіяхъ иностранныхъ законодательствъ нерѣдко встрѣчаемъ слишкомъ туманную отвѣченность, которая столько же неудобна въ практическомъ отношеніи. И та и другая крайность одинаково не соответствуютъ цѣли и назначенію законодательства. Законодательство существуетъ для жизни. Очевидно, что одна изъ его существенныхъ потребностей—простота и ясность изложенія, которыя дѣлаютъ его удобопримѣнимымъ въ жизни ¹⁾.

Необходима особая умѣлость, необходимъ счастливый творческій тактъ для того, чтобы, при редакціи законодательныхъ положеній, попасть на ту трезвую, отвлеченно-практическую точку изложенія, которая необходима для законодательства ²⁾. Тутъ не помогутъ никакіе руководящіе законы, никакая наука. Редак-

¹⁾ Прекрасную характеристику значенія и достоинства законодательства см. у Игеринга Geist d. röm. Rechts ч. 2, т. II, гл. Theorie der juristischen Technik.

²⁾ Намъ извѣстно, что нѣкоторые юристы, указывая на неудобства для практики слишкомъ отвлеченнаго изложенія нѣкоторыхъ германскихъ законодательствъ, этихъ хотѣтъ оправдать и превознести казуистическое изложеніе нашей 1 ч. X т. Это капитальная ошибка. Между туманною отвлеченностію и казуистичностію есть средняя ступень, которая всего больше идетъ къ законодательству и которую мы называемъ изложеніемъ отвлеченно-практическимъ. Это языкъ, которымъ

ція законовъ тонкое искусство. Все тутъ зависитъ отъ творческаго чутья редактора законовъ.

Въ отношеніи простоты и ясности изложенія французскій кодексъ стоитъ, по нашему, выше кодексовъ германскихъ. Но зато въ первомъ не находимъ той глубокой разработки предмета, которую встрѣчаемъ въ сихъ послѣднихъ. И наши судебные уставы представляютъ собою, по нашему, порядочный образецъ законодательной редакціи.

Что повѣренный не становится лично участникомъ тѣхъ отношеній, которыя онъ своими дѣйствіями, выходящими изъ предѣловъ довѣренности, имѣлъ въ виду установить для своего довѣрителя—въ этомъ не можетъ быть и сомнѣнія. Основа юридическихъ сдѣлокъ — взаимное соглашеніе участвующихъ въ нихъ сторонъ. Третье лицо, съ которымъ повѣренный вступаетъ въ отношеніе отъ имени своего довѣрителя, имѣетъ, при установленіи этого отношенія, въ виду лишь послѣдняго, но не повѣренняго. Повѣренный — юридическій посредникъ, на которомъ отношеніе это отнюдь не останавливается. Если за симъ то отношеніе, которое повѣренный имѣлъ въ виду установить отъ имени своего довѣрителя, оказывается, по случаю отсутствія полномочія, необязательнымъ для послѣдняго, то оно въ то же время не можетъ быть признано имѣющимъ обязательную силу и для повѣренняго, который въ заключеніи онаго самостоятельно, отъ своего лица, не участвовалъ. Отношеніе это слѣдуетъ считать несостоявшимся¹⁾.

Такимъ образомъ не только третье лицо вправѣ не признавать повѣренняго участникомъ того отношенія, въ которое оно имѣло въ виду войти при его посредствѣ съ довѣрителемъ, но и повѣренный вправѣ отказаться отъ участія въ этомъ отношеніи, если третье лицо и изъявляетъ на это свое согласіе. Таково прямое, логическое послѣдствіе вышеизложеннаго.

Мы говоримъ, что повѣренный *вправѣ* отказаться отъ участія въ томъ отношеніи. Весьма естественно, что никто не можетъ помѣшать повѣренному сдѣлаться участникомъ того отно-

пишутъ наши практики, обладающіе теоретическою подготовкою, языкъ code Napoleon и судебныхъ уставовъ 20 ноября 1864 г.

¹⁾ Ср. Врианда Lehrb. d. Pand. ч. 3, § 371; 5.

шенія, которое онъ имѣлъ въ виду установить отъ имени своего довѣрителя, если на то согласно третье лицо. Но тогда, съ юридической точки зрѣнія, возникаетъ совершенно другое отношеніе, съ новыми участниками. Это не то отношеніе, которое повѣренный имѣлъ въ виду установить отъ имени своего довѣрителя.

Понятно, что все вышеизложенное имѣетъ отношеніе къ тому лишь случаю, когда довѣритель не одобряетъ дѣйствій повѣренняго, выходящихъ изъ предѣловъ довѣренности. Въ томъ случаѣ, когда довѣритель одобряетъ эти дѣйствія, юридическое отношеніе, которое было установлено отъ имени довѣрителя, сохраняется, какъ мы говорили выше, полную юридическую силу.

Точно также все вышеизложенное имѣетъ примѣненіе къ тому лишь случаю, когда повѣренный вступаетъ съ третьимъ лицомъ въ юридическія отношенія отъ имени своего довѣрителя. Если же имъ это сдѣлано отъ своего имени, то хотя бы онъ и имѣлъ при семъ въ виду своего довѣрителя, единственнымъ участникомъ этого отношенія становится, какъ мы говорили выше, лишь повѣренный.

Но если повѣренный не становится участникомъ тѣхъ отношеній, которыя онъ имѣлъ въ виду установить отъ имени своего довѣрителя дѣйствіями своими, выходящими изъ предѣловъ довѣренности, то онъ не можетъ быть, въ то же время, освобожденъ отъ отвѣтственности за послѣдствія, которыя влечетъ за собою упущеніе его, обнаружившееся въ выступленіи его изъ предѣловъ довѣренности.

Въ чемъ состоитъ эта отвѣтственность?

Прусскій кодексъ (тамъ § 50) постановляетъ, что въ этомъ случаѣ повѣренный отвѣтствуетъ предъ довѣрителемъ за понесенные послѣднимъ убытки.

Это совершенно правильно. Но постановленіе это неполно. Отвѣтственность повѣренняго не ограничивается одними убытками довѣрителя. Онъ обязанъ отвѣтствовать и за убытки, понесенные отъ этихъ его дѣйствій третьимъ лицомъ, съ которымъ онъ вступилъ въ отношеніе отъ имени довѣрителя. Это явствуетъ изъ той рациональной мысли, которая выражена въ 574, 647 и 684 ст., 1 ч., X т., и которая повторяется и въ другихъ европейскихъ законодательствахъ, по которой каждое лицо отвѣтствуетъ за

за убытки, причиненные другому его дѣяніемъ или упущеніемъ ¹⁾.

Общее собраніе сената признало, что Северюгинъ, на основаніи довѣренности, выданной ему Ниловымъ, не имѣлъ права взять отъ его имени у наследниковъ графа Шувалова въ аренду чураковскій заводъ. Поэтому оно освободило Нилова отъ взысканія по заводу и обратило взысканіе по сему предмету лично на Северюгина (т. II, ч. I, № 31). Не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что взысканіе это обращено на Северюгина не въ качествѣ участника въ арендованіи завода, а въ качествѣ лица, обязаннаго вознаградить за убытки, нанесенные его дѣйствіями другому лицу.

Слѣдуетъ лишь замѣтить, что отвѣтственности предъ третьимъ лицомъ повѣренный можетъ подлежать въ томъ лишь случаѣ, когда первому не была извѣстна недостаточность полномочія послѣдняго; если же и ему было извѣстно это обстоятельство, то объ отвѣтственности предъ нимъ повѣреннаго не можетъ быть и рѣчи. Въ этомъ случаѣ слѣдуетъ предполагать, что повѣренный и третье лицо вступили въ сдѣлку лишь подъ условіемъ одобренія довѣрителемъ дѣйствій повѣреннаго. За неосуществленіе этого

¹⁾ Циммерманъ, признавая, что въ *принципѣ* представитель не можетъ считаться участникомъ того отношенія, которое имъ установлено внѣ предѣловъ довѣренности (die Lehre и пр., стр. 286, В) говоритъ, что, съ точки зрѣнія практической и справедливости, за третьимъ лицомъ должно быть признано право понудить представителя къ *выполненію самой выговоренной сдѣлки*. (стр. 289 и 293). Въ особенности это должно имѣть мѣсто въ томъ случаѣ, когда изъ обстоятельствъ дѣла явно обнаруживается, что представитель принялъ на себя *гарантію* въ томъ, что одобреніе послѣдуетъ (ib. стр. 292). Циммерманъ выходитъ изъ того соображенія, что, при вступленіи въ юридическое отношеніе, третье лицо имѣетъ въ виду самое это отношеніе, а не убытки. На эту утилитарную точку зрѣнія стало и германское торговое уложеніе, которое постановило, что, въ случаѣ вступленія изъ предѣловъ довѣренности, отъ третьяго лица зависитъ требовать отъ повѣреннаго *исполненія договора или возмѣщенія убытковъ* (art. 55). Лабандъ (ib. стр. 237) слѣдующимъ образомъ объясняетъ смыслъ этого постановленія германск. торговаго уложенія: представитель долженъ возмѣстить третьему лицу не одни *дѣйствительно понесенные* имъ убытки (damnum emergens, напр. произведенные расходы), но и ускользнувшую *прибыль* (герм. торг. улож. art. 283). Исполненіе же сдѣлки есть самый простой и вѣрный способъ возмѣщенія этой прибыли. Curtius (ib. стр. 104) объясняетъ этотъ законъ тѣмъ, что обыкновенно весьма трудно опредѣлять количество понесенныхъ третьимъ лицомъ убытковъ. Онъ признаетъ, что это законъ неслѣдовательный, но вызванъ потребностями жизни.— Весьма естественно, что подобная отвѣтственность повѣреннаго можетъ имѣть мѣсто лишь въ силу положительнаго закона

условія, на которое согласилось третье лицо, повѣренный отвѣтствовать не можетъ. Отвѣтственность повѣреннаго можетъ быть вызвана лишь его виною (dolus или culpa in contrahendo) или небрежностью ¹⁾.

Изложенное выше относительно отвѣтственности повѣреннаго предъ довѣрителемъ и третьимъ лицомъ имѣетъ безспорное примѣненіе къ тому случаю, когда повѣренный совершилъ дѣйствія, выходящія изъ предѣловъ довѣренности, выполнѣ сознательно.

Вопросъ этотъ нѣсколько усложняется въ томъ случаѣ, когда эти дѣйствія совершены повѣреннымъ по ошибкѣ или невѣдѣнію.

Тутъ мы встрѣчаемся съ весьма важнымъ пробѣломъ въ нашемъ законодательствѣ, неблагоприятныя послѣдствія котораго весьма ощутительны на практикѣ. Въ нашемъ законодательствѣ остались безъ всякаго нормированія послѣдствія, которыя влекутъ за собою дѣйствія, совершонныя лицомъ вслѣдствіе заблужденія (невѣдѣнія и ошибки). Между тѣмъ, понятіе о заблужденіи одно изъ тѣхъ основныхъ, элементарныхъ понятій, которыя Игерингъ въ своемъ Geist des röm. Rechts ²⁾ весьма остроумно и удачно назвалъ юридическою азбукою, изъ которой составляются всѣ слова, выраженія и мысли гражданскаго права. Это одно изъ тѣхъ основныхъ понятій, вліяніе которыхъ проникаетъ въ самые разнообразныя отдѣлы гражданскаго права. Въ будущихъ законодательныхъ работахъ по нашему гражданскому уложенію восполненіе пробѣла о заблужденіи должно занять одно изъ видныхъ мѣстъ.

Мы не войдемъ въ подробное обсужденіе довольно сложнаго вопроса о заблужденіи, которому мѣсто въ общей части гражданскаго права. Но, въ виду отсутствія въ нашихъ законахъ постановленій по сему предмету, мы здѣсь же коснемся этого вопроса вкратцѣ, насколько это необходимо для предмета нашего изслѣдованія.

Извѣстно подраздѣленіе этого понятія на заблужденіе (невѣдѣніе, ошибка ³⁾) по отношенію къ закону (ignorantia, error juris) и по отношенію къ факту (ignorantia, error facti).

¹⁾ Laband, ib. стр. 234—235; Виндшейдъ, § 74, пр. 4; Брицъ § 371; 5; Curtius, ib. стр. 10.

²⁾ Ч. 1, изд. 2, стр. 41; ч. 2, т. II, Die juristische Analyse (das Rechts-Alphabet).

³⁾ Подъ *невѣдѣніемъ* (ignorantia) разумѣется *отсутствіе* сознанія о законѣ

О заблужденіи относительно закона нечего распространяться. Въ нашемъ, какъ и въ другихъ европейскихъ законодательствахъ, постановлено, что никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, обнародованнаго установленнымъ порядкомъ (ст. 62, т. I, ч. 1; австрійскій кодексъ § 2; саксонскій § 97 и пр.). Это однокобразное во всѣхъ законодательствахъ постановленіе вынуждается насущными потребностями юридической жизни народовъ. Безъ этого закона невозможно было бы сколько нибудь правильное отправленіе юридическихъ потребностей жизни.

Заблужденіе ¹⁾ можетъ крыться въ *побудительныхъ причинахъ* къ совершенію сдѣлки или въ самомъ ея существѣ, въ составныхъ ея частяхъ.

По общему правилу заблужденіе въ побудительныхъ причинахъ (*falsa causa*) не имѣетъ никакого вліянія на юридическую силу сдѣлки ²⁾. Въ юридическихъ сдѣлкахъ важно лишь существованіе сознанія, воли; причина же, вызывающая проявленіе воли, дѣло безразличное. Заблужденіе въ побудительныхъ причинахъ касается лишь факта *возникновенія* воли, но не самого ея существованія. Это заблужденіе не важное — *error concomitans*.

Римскіе юристы говорили: *falsam causam non nocet*. Австрійскій кодексъ признаетъ общимъ правиломъ, что побудительныя причины не имѣютъ вліянія на силу возмездныхъ сдѣлокъ (§ 901; ср. также § 572).

Но и въ этомъ случаѣ бываютъ исключенія. Такъ признають лице свободнымъ отъ отвѣтственности по сдѣлкѣ, учиненной по заблужденію въ побудительныхъ причинахъ къ совершенію оной, когда заблужденіе сіе вызвано обманомъ. Но тогда собственно имѣетъ значеніе не заблужденіе, а обманъ. — Заблужденіе въ

или фактъ; *ошибка* — *неопрное* объ этомъ сознаніе. Я могу, наприимѣръ, вовсе не знать закона, воспреещающаго несовершеннолѣтнимъ совершать духовныя завѣщанія, или могу и знать о существованіи этого закона, но невѣрно, ошибочно его понимать. Юридическія послѣдствія невѣдѣнія и ошибки одни и тѣ же.

¹⁾ О заблужденіи см. Пухта *Pandecten — Vorlesungen* ч. I, § 57; Вияднейдъ, *Lehrb. d. Pandecten* ч. I, § 76; Унгеръ, *System, d. öster. allg. Privatr.*, ч. II, §§ 77 и 81; Савиньи *System* ч. III и др.

²⁾ Положимъ, я заказалъ въ дорогѣ богатую обстановку кабинета, полагая, что въ ней нуждаюсь; затѣмъ оказалось, что обстановка кабинета уже изготовлена и я въ заказанной больше не нуждаюсь.

побудительныхъ причинахъ имѣетъ юридическое значеніе и въ томъ случаѣ, когда дѣйствительность побудительныхъ причинъ выговорена условіемъ сдѣлки (код. австр. § 901). Это весьма естественно. Неосуществленіе условія дѣлаетъ недѣйствительною самую сдѣлку. Нѣкоторые законодательства придаютъ юридическое значеніе побудительнымъ причинамъ при безвозмездныхъ сдѣлкахъ (код. австр. § 572 и 901).

Такъ называемое *грубое* заблужденіе (вытекающее изъ небрежнаго отношенія лица къ своимъ обязанностямъ), касающееся и самаго существа сдѣлки, не имѣетъ юридическаго значенія, т. е. какъ благопріятныя, такъ и неблагопріятныя послѣдствія, связанныя съ подобною сдѣлкою, сохраняють полную юридическую силу. *Plus est in re quam in existimatione*. Нѣкоторые законодательства признають тѣ же самыя послѣдствія и за *умѣреннымъ* заблужденіемъ. Ошибка весьма умѣренная считается извинительною.

Рѣшеніе вопроса о качествѣ заблужденія, понятно, будетъ зависѣть отъ усмотрѣнія суда.

Извинительная ошибка, если она относится къ существеннымъ составнымъ частямъ сдѣлки (къ лицу или предмету) и обнаруживаетъ полное подавленіе воли дѣйствующаго, можетъ повлечь за собою недѣйствительность сдѣлки.

Тѣмъ не менѣе мы полагаемъ, что и въ этомъ случаѣ лицо, дѣйствовавшее по заблужденію — если оно только не вовлечено въ него обманомъ противной стороны — должно отвѣтствовать предъ другою стороною за убытки, ею понесенные. — Исключеніе можетъ быть допущено въ самыхъ крайнихъ случаяхъ.

Слѣдуетъ выходить изъ той точки зрѣнія, что, вступая въ юридическое отношеніе, лицо должно основательно обсудить всѣ касающіяся его обстоятельства. Нельзя допустить, чтобы заблужденіе одного лица, которое весьма часто является послѣдствіемъ невнимательнаго его отношенія къ совершаемымъ имъ дѣйствіямъ, ставило другихъ лицъ въ затруднительное положеніе и влекло бы для нихъ напрасную трату времени и убытки. Пусть каждое лице заранѣе рассчитываетъ и взвѣшиваетъ обстоятельства, коими обставлены его юридическія дѣйствія, подвергаясь отвѣтственности за промахи и ошибки. Непризнаніе въ принципѣ за заблужденіемъ юридическихъ послѣдствій, совершенно справедливо

замѣчаетъ Савиньи, составляетъ для юридическаго оборота единственную гарантію противъ колебаній и произвола (System III, стр. 355).

Вотъ почему полное освобожденіе лица отъ послѣдствій тѣхъ юридическихъ дѣйствій, которыя совершены имъ вслѣдствіе заблужденія, должно являться лишь крайнимъ исключеніемъ. Юридическое предположеніе должно идти противъ такого освобожденія отъ сихъ послѣдствій. Смягчающія обстоятельства должны быть доказаны лицомъ, ссылающимся на оныя.

Въ прусскомъ кодексѣ имѣются слѣдующія общія постановленія о заблужденіи. Заблужденіе относительно существенныхъ обстоятельствъ, главнаго предмета, лица и положительно предполагаемыхъ качествъ лица или предмета сдѣлки, когда видно, что безъ этого заблужденія лицо не изъявило бы согласія на совершеніе сдѣлки, влечетъ за собою недействительность оной и въ томъ случаѣ, когда заблужденіе могло бы быть избѣгнуто (ч. 1, т. I, тит. 4, §§ 75—78). Но, если заблужденіе произошло вслѣдствіе грубой или умѣренной неосторожности и второе лицо не знало о семъ заблужденіи, то лицо, дѣйствовавшее по заблужденію, обязано вознаградить второе лицо за происшедшіе по его винѣ убытки (§ 79). Заблужденіе относительно такихъ качествъ лица и предмета, существованіе которыхъ обыкновенно предполагается, уничтожаетъ выраженіе воли (§ 81); но сдѣлка остается въ силѣ, если заблужденіе произошло вслѣдствіе грубой или умѣренной неосторожности (§ 82). Заблужденіе относительно другихъ обстоятельствъ или качествъ не уничтожаетъ выраженія воли (§ 83).

Изъ этихъ постановленій прусскаго кодекса видно, что онъ почти цѣликомъ воспроизводитъ научный взглядъ на послѣдствія заблужденія.

Всего менѣе извинительно заблужденіе, которое вызываетъ дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ довѣренности. Это заблужденіе относительно качествъ и размѣровъ своего собственнаго правомочія (error facti propria). Это заблужденіе неизвинительное. Совершенно справедливо говорили о заблужденіи подобнаго рода римскіе юристы, что plurimum interest utrumquis de alterius causa et facto non sciret, an de jure suo ignorat. Повѣренный, которому приходится вступать отъ имени своего до-

вѣрителя въ сношеніе съ третьими лицами, обязанъ основательно знать объемъ и предѣлы своего полномочія. Всѣ невыгодныя послѣдствія, которыя влечетъ для довѣрителя и третьяго лица происшедшее въ дѣйствіяхъ повѣреннаго заблужденіе, должны быть обращены на самаго повѣреннаго.

Таково общее правило, юридическое предположеніе, которому необходимо въ семъ случаѣ слѣдовать.

Слѣдуетъ замѣтить, что хотя въ законѣ нашемъ и не имѣется специальныхъ постановленій о заблужденіи, но все вышеизложенное объ этомъ понятіи имѣетъ значительную точку опоры и въ нашемъ законодательствѣ. Это явствуетъ изъ 684 ст. 1 ч. X т., въ которой говорится, что всякій обязанъ вознаградить за вредъ и убытки, причиненные его дѣяніемъ или *упущеніемъ*, хотя бы сіе дѣяніе или упущеніе и не составляли ни преступленія, ни проступка. Это еще болѣе видно изъ 647 ст. 1 ч. X т., въ которой сказано, что не подлежитъ вознагражденію вредъ и убытки, происшедшіе отъ дѣянія случайнаго, учиненнаго не только безъ намѣренія, но и безъ всякой со стороны *упущившаго оное неосторожности*. Такимъ образомъ за упущеніе и неосторожныя дѣйствія лице подлежитъ полной отвѣтственности. Но что такое заблужденіе, такъ называемое, грубое или неумѣренное, въ особенности относящееся къ качествамъ и свойству самаго дѣйствующаго лица, какъ не слѣдствіе упущенія или неосторожности¹⁾?

Но и тутъ возможны исключенія. Могутъ быть случаи, когда заблужденіе повѣреннаго вызывается обстоятельствами, предотвращеніе которыхъ отъ него не зависѣло (ст. 684, 1 ч. X т.). Не должно быть поставлено повѣренному въ вину заблужденіе, происшедшее, такъ сказать, съ вѣдома и согласія лица, съ которымъ повѣренный вступилъ въ сдѣлку. Положимъ, что у повѣреннаго не было при себѣ, при совершеніи извѣстнаго дѣйствія, довѣренности. Предваривъ объ этомъ третье лицо, онъ, не ручаясь за достовѣрность своего полномочія, выразилъ лишь пред-

¹⁾ Нѣмецкіе юристы признаютъ, что повѣренный отвѣтствуетъ за свою неосторожность. Они объясняютъ это тѣмъ, что согласіе на совершеніе дѣйствій на пользу другаго содержитъ въ себѣ обязанность дѣйствовать осторожно (Вилдшейдъ, ч. II, стран. 410, примѣч. 4). — Ср. Лорана *ibidem*, т. 27, № 475, 476 и послѣд.

положение о томъ, что онъ имѣеть право на совершение извѣстныхъ дѣйствій. Третье лицо согласилось на совершение сдѣлки при такихъ сомнительныхъ обстоятельствахъ. За тѣмъ оказалось, что повѣренный не былъ уполномоченъ на это дѣйствие. Вина повѣреннаго и третьяго лица совершенно одинаковы; вина одного уравновѣшивается виною другаго ¹⁾. Къ подобнымъ случаямъ будетъ имѣть примѣненіе весьма рациональное постановленіе прусскаго кодекса, по которому, если заблужденіе произошло со стороны обоихъ участниковъ, то никакое возмѣщеніе убытковъ не должно имѣть мѣста (ч. I, т. I, тит. 4, § 80). Тѣмъ не менѣе мы полагаемъ, что и въ указанномъ случаѣ повѣренный отвѣтствуетъ за убытки, нанесенные его дѣйствіями доверителю, который тутъ ни въ чемъ не повиненъ.

То же самое слѣдуетъ сказать и о случаѣ обоюднаго ошибочнаго толкованія повѣреннымъ и третьимъ лицомъ смысла и содержания доверенности. Положимъ, содержаніе доверенности неясно и повѣренный и третье лицо истолковали оную въ смыслѣ, благоприятномъ для совершенія извѣстныхъ дѣйствій; но за симъ судъ, по спору доверителя, призналъ, что повѣренный не вправѣ былъ совершить означенныя дѣйствія ²⁾.

Въ рѣшеніи № 59 т. I сборн. рѣш. общ. собр. сен. сенатъ призналъ недѣйствительнымъ третейское рѣшеніе, составленное по записи повѣреннаго Нарышкиной, Ольшевскаго и Селявы по взаимнымъ претензіямъ первой и послѣдняго, на томъ основаніи, что Ольшевскій не имѣлъ по доверенности права на предоставленіе дѣла разбору третейскаго суда. Изъ дѣла слѣдуетъ придти къ заключенію, что Селява разсмотрѣлъ доверенность Ольшевскаго и нашелъ, что Ольшевскій имѣлъ право на предоставленіе дѣла разбору третейскаго суда. Поэтому Селява, по нашему мнѣнію, не имѣлъ бы права и на вознагражденіе со сто-

¹⁾ Ср. Anschütz и Völderndorf ib., стр. 400; Laband ib., стр. 235.

²⁾ Въ этомъ случаѣ является сочетаніе фактическаго и юридическаго заблужденія. Повѣренный и третье лицо считаютъ законными такіа дѣйствія, которыя судомъ признаются незаконными. Но въ сущности это заблужденіе фактическое: повѣренный и третье лицо знали о содержаніи 2326 ст. 1 ч. X т. Заблужденіе произошло лишь относительно подведенія подъ эту статью закона сложныхъ и запутанныхъ обстоятельствъ дѣла. Срав. Унгера ч. 2, стр. 33 и 34.

роны Ольшевскаго за понесенные имъ вслѣдствіе третейскаго рѣшенія убытки.

Слѣдуетъ однако замѣтить, что при такомъ тонкомъ понятіи какъ заблужденіе, характеръ и свойства котораго во многомъ зависятъ отъ данныхъ, индивидуальныхъ обстоятельствъ дѣла, которыми оно вызвано, общіе, неизмѣнные законы и правила относительно послѣдствій, изъ него вытекающихъ, невозможны. Обстоятельства даннаго дѣла и усмотрѣніе суда будутъ въ этомъ случаѣ играть немаловажную роль. Но соображенія, выработанныя по сему предмету наукою и законодательствами, могутъ служить весьма важною точкою опоры, болѣе или менѣе надежнымъ руководствомъ при разрѣшеніи встрѣчающихся въ жизни случаевъ.

Переходимъ къ разсмотрѣнію послѣдствій, которыя дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ доверенности, имѣютъ по отношенію къ третьему лицу. Вопросъ этотъ отчасти уже разобранъ нами выше, при опредѣленіи послѣдствій, которыя дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ доверенности, имѣютъ по отношенію къ доверителю и самому повѣренному.

Юридическое отношеніе, которое имѣлъ въ виду установить повѣренный дѣйствіями своими, выходящими изъ предѣловъ доверенности, не имѣеть для третьяго лица юридической силы. Въ отношеніи этомъ не достаетъ одного изъ главныхъ элементовъ вслѣдствіе которой юридической сдѣлки — взаимнаго согласенія участвующихъ въ ней сторонъ. Такимъ образомъ отказаться отъ этого отношенія вправѣ не только доверитель, не изъявившій еще на оное согласія, но и третье лицо ¹⁾. Хотя третье лицо, вступая съ повѣреннымъ въ это отношеніе, этимъ изъявило на оное согласіе, но это согласіе одностороннее, которое не можетъ служить основаніемъ юридическаго отношенія. Это согласіе третьяго лица не связывается и не поддерживается согласіемъ другой стороны. Не имѣя поддержки въ волѣ доверителя, согласіе третьяго лица виситъ, такъ сказать, въ воздухѣ и распадается само собою ²⁾.

¹⁾ Исключеніе представляетъ собою, по нашему, одностороннія обязательства (заслуженныя письма, векселя и пр.), которыхъ третье лицо, послѣ выдачи оныхъ, не можетъ оспаривать тѣмъ, что повѣренный не имѣлъ на полученіе оныхъ полномочія. Дѣйствія обязавшагося лица ограничиваются одною лишь выдачею подобнаго обязательства. Остаются одніи лишь его обязанности, которыхъ онъ оспаривать не можетъ.

²⁾ Эти соображенія примѣнимы лишь къ тому случаю, когда третье лицо не

Эти соображенія имѣютъ примѣненіе лишь къ тѣмъ отношеніямъ, дѣйствительность коихъ оспариваетъ довѣритель или по которымъ онъ еще не высказался. До тѣхъ поръ, пока не послѣдовало одобреніе довѣрителемъ дѣйствій повѣреннаго, выходящихъ изъ предѣловъ довѣренности, или пока неизвѣстенъ взглядъ на эти дѣйствія довѣрителя, отношеніе, установленное послѣднимъ, есть зданіе безъ фундамента. Малѣйшее прикосновеніе расшатываетъ это зданіе и превращаетъ его въ прахъ.

Совсѣмъ другое, когда довѣритель одобрилъ дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ довѣренности. Послѣдующее одобреніе довѣрителемъ дѣйствій представителя равносильно предварительному одобренію оныхъ путемъ довѣренности; поэтому юридическое отношеніе, которое установлено представителемъ и одобрено довѣрителемъ, имѣетъ полную юридическую силу, какъ бы совершонное въ предѣлахъ довѣренности. Какъ вполнѣ законное, отношеніе это должно быть признано обязательнымъ не только для довѣрителя, но и для третьяго лица. Нельзя допустить, чтобы сдѣлка могла быть признана обязательною для одной изъ участвующихъ въ ней сторонъ и необязательною для другой стороны. Это дѣло немислимое.

Въ этомъ смыслѣ дѣйствительно высказался и сенатъ (1873 г., № 443). Тихановскіе искали съ Анисимова 1,000 руб. по неустойчивой записи, заключенной послѣднимъ съ повѣреннымъ первымъ, Арцибашевымъ. Отвѣтчикъ возразилъ, что Арцибашевъ, по содержанію данной ему довѣренности, не былъ уполномоченъ на заключеніе условія о неустойкѣ. Прав. сенатъ объяснилъ, что «дѣйствія повѣреннаго, не возбуждающія спора со стороны довѣрителя, должны быть признаваемы въ той же силѣ, какъ бы самимъ довѣрителемъ совершонныя».

Въ этомъ же дѣлѣ сенатъ высказалъ еще слѣдующую мысль: «налагая на повѣреннаго обязанность не выходить изъ предѣловъ довѣренности, законъ тѣмъ самымъ ограждаетъ лишь довѣрителя

знало о выступленіи повѣреннымъ изъ предѣловъ довѣренности. Если же оно знало объ этомъ и заключило сдѣлку подъ условіемъ одобренія ея довѣрителемъ, то оно обязано выждать этого одобренія: оно, въ этомъ случаѣ, связано условнымъ уговоромъ съ самимъ повѣреннымъ. См. выше, стр. 382—383; см. также упомянутую выше (стр. 170, прим. 4) статью Рустрата.

отъ отвѣтственности по сдѣлкамъ, безъ участія его воли совершоннымъ и только довѣрителю предоставляетъ право оспаривать дѣйствія его повѣреннаго, какъ нарушающія предѣлы даннаго имъ полномочія»¹⁾.

Мысль эта совершенно вѣрная. Довѣренность служитъ лишь удостовѣреніемъ въ томъ, что одно лице (повѣренный) имѣетъ право отправлять извѣстную юридическую дѣятельность отъ имени другаго (довѣрителя). Очевидно, что оспаривать это право повѣреннаго можетъ лишь то лице, чьи интересы онъ представляетъ (ср. выше, стр. 296 — 297). Но мысль эта должна быть поставлена въ ея естественныя границы. Она, по нашему, можетъ получить примѣненіе въ томъ лишь случаѣ, когда довѣритель успѣлъ уже высказаться относительно сдѣлки, совершонной его повѣреннымъ. Довѣритель можетъ одобрить тѣ части сдѣлки, которыя соотвѣтствуютъ довѣренности и оспаривать тѣ условія оной, на включеніе которыхъ повѣренный не имѣлъ полномочія. Подобное право не можетъ быть признаваемо за третьимъ лицомъ. Но нельзя утверждать, чтобы третье лицо, замѣтивъ, что сдѣлка, заключенная имъ съ повѣреннымъ выходитъ изъ предѣловъ его полномочія, обязано было, до одобренія оной довѣрителемъ, исполнять свои обязанности по оной, рискуя подвергнуться неблагоприятнымъ послѣдствіямъ неодобренія ея довѣрителемъ. Третье лицо можетъ отказаться отъ сдѣлки или выждать одобренія ея довѣрителемъ²⁾.

Но мы полагаемъ, что третье лицо, если оно отказывается отъ сдѣлки до того, пока выяснится взглядъ на оную довѣрителя,

¹⁾ Эту же мысль высказываетъ и Troplong (стр. 321).

²⁾ Циммерманъ признаетъ, что до послѣдовавшаго одобренія дѣйствій представителя третье лицо можетъ отступить отъ сдѣлки (стр. 293 и др.) Въ прусскомъ кодексѣ имѣется еще слѣдующее, не лишенное практическаго значенія, постановленіе: если довѣритель узналъ отъ повѣреннаго или третьяго лица, съ которымъ послѣдній входилъ въ юридическое отношеніе, о выступленіи повѣреннымъ изъ предѣловъ довѣренности, то онъ обязанъ, въ теченіи извѣстнаго срока, высказаться: одобряетъ ли онъ дѣйствія послѣдняго или нѣтъ (§ 146); если же онъ этого не исполнилъ, то отвѣтствуетъ предъ третьимъ лицомъ, съ которымъ повѣренный вступилъ въ отношеніе, за причиненныя ему убытки (§ 145). Срокъ этотъ можетъ быть назначенъ довѣрителю третьимъ лицомъ; но имѣются сроки, установленныя самимъ закономъ. Подробности объ этомъ предметѣ см. прусскій код. тит. 5, §§ 90—105.

должно быть лишено права на вознаграждение со стороны повѣреннаго за убытки, имъ понесенные вслѣдствіе того, что сдѣлка не состоялась. Это весьма естественно. Убытки — это тотъ матеріальный вредъ, который наносится одному лицу дѣйствіями другого. Когда довѣритель одобряетъ дѣйствія повѣреннаго, отношеніе, установленное послѣднимъ внѣ предѣловъ довѣренности, получаетъ тотъ же характеръ и значеніе, какъ и отношеніе, установленное въ предѣлахъ довѣренности. Всѣ расчеты и предположенія, которыя третье лицо имѣло въ виду при вступленіи съ повѣреннымъ въ сдѣлку, могли бы вполне осуществиться послѣ одобренія довѣрителемъ дѣйствій повѣреннаго; если же само третье лицо разстраиваетъ эту возможность одобренія, пусть оно само несетъ на себѣ отвѣтственность за послѣдствія этого. Въ этомъ случаѣ убытки причинены третьему лицу не повѣреннымъ, а имъ самимъ. *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire* ¹⁾.

Что третье лицо вправѣ не признавать повѣреннаго участникомъ тѣхъ отношеній, которыя послѣдній имѣлъ въ виду установить отъ имени довѣрителя — это ясно изъ изложеннаго нами выше.

Весьма важный вопросъ заключается въ томъ: обязательно ли для третьяго лица, вступающаго въ юридическое отношеніе съ повѣреннымъ, личное рассмотрѣніе имъ содержанія и объема довѣренности? — Практическія послѣдствія этого вопроса состоятъ въ томъ: можетъ ли третьему лицу быть поставлено въ вину и можетъ ли оно быть лишено юридическихъ послѣдствій, связанныхъ съ фактомъ выступленія повѣреннымъ изъ предѣловъ довѣренности, въ томъ случаѣ, когда оно не требовало и не разсматривало довѣренности?

По общему правилу, каждое лицо обязано отвѣтствовать за убытки, нанесенные другому его даже неосторожными дѣйствіями (ст. 574, 647 и 684, 1 ч. X т.). Обязанность лица отвѣтствовать за послѣдствія своихъ дѣйствій не обусловливается закономъ предварительнымъ убѣжденіемъ втораго лица въ правильности, законности, или даже осторожности дѣйствій перваго. Каждое

¹⁾ Исключеніе должно быть признано въ томъ случаѣ, когда третье лицо не можетъ выждать одобренія, когда дѣло не терпитъ отлагательства.

лицо отвѣтствуетъ предъ другимъ за честность, законность и обдуманность своихъ дѣйствій. При совершеніи гражданскихъ сдѣлокъ каждое лицо вправѣ довѣрять увѣреніямъ и дѣйствіямъ другаго. Законъ предполагаетъ каждое лицо дѣйствующимъ честно, законно и обдуманно до тѣхъ поръ, пока не доказано противное. Послѣ этого мы приходимъ къ положительному заключенію о томъ, что третье лицо не обязано лично разсматривать и убѣдиться въ содержаніи и объемѣ довѣренности. Конечно, интересъ третьяго лица требуетъ того, чтобы оно лично разсмотрѣло довѣренность ¹⁾. Иначе сдѣлка, въ которую оно входитъ съ повѣреннымъ, можетъ оказаться необязательною для довѣрителя. Но это *право* третьяго лица, а не его *обязанность*. Неразсмотрѣніе довѣренности не можетъ быть названо упущеніемъ или неосторожностію со стороны третьяго лица. Это не можетъ быть поставлено ему въ вину. Повѣренный и въ семъ случаѣ отвѣтствуетъ предъ третьимъ лицомъ за убытки, причиненные ему дѣйствіями, выходящими изъ предѣловъ довѣренности. Для этого достаточно лишь, чтобы повѣренный увѣрилъ третье лицо въ правѣ своемъ совершить тѣ дѣйствія, которыя оказались выходящими изъ предѣловъ довѣренности, чтобы повѣренный, при совершеніи какой либо сдѣлки, сослался при этомъ на свою довѣренность ²⁾.

Въ заключеніе замѣтимъ, что, при оснаиваніи довѣрителемъ дѣйствій повѣреннаго, необходимо строго отличать демаркационную линію, которая разграничиваетъ дѣйствія, совершенныя повѣреннымъ въ предѣлахъ довѣренности, отъ тѣхъ его дѣйствій,

¹⁾ Тролонъ говоритъ: *les tiers n'agissent pas prudemment, quand ils traitent avec un mandataire, sans s'être fait représenter la procuration* (стр. 697).

²⁾ Такого же мнѣнія очевидно и Тролонъ (стр. 557), но онъ разсматриваетъ этотъ вопросъ исключительно съ точки зрѣнія повѣреннаго: *les tiers ont ajouté foi à sa (mandataire) parole; ils ont cru ce qu'il affirmait de l'étendue de ses pouvoirs. Pourrait il se plaindre de cette confiance? Тролонъ того мнѣнія, что только въ томъ случаѣ, когда третьи лица довѣрились относительно содержанія и предѣловъ полномочія увѣреніямъ повѣреннаго, онъ подлежитъ предъ ними отвѣтственности. Если же третьимъ лицамъ была предъявлена довѣренность и они, не смотря на то, вступили съ повѣреннымъ въ сдѣлку, выходящую изъ предѣловъ довѣренности, повѣренный предъ ними никакой отвѣтственности не подлежитъ: они дѣйствовали на свой рискъ и страхъ* (стр. 558 и 567). Ср. также выше, стр. 323 и прим. 3.

которыя выходятъ изъ сихъ предѣловъ. Иногда въ цѣломъ ряду дѣйствій повѣреннаго, имѣющихъ между собою тѣсную, неразрывную связь, нѣкоторыя изъ сихъ дѣйствій могутъ быть совершены въ предѣлахъ довѣренности, а другія внѣ этихъ предѣловъ. Необходимо строго отличать одни дѣйствія отъ другихъ.

На практикѣ встрѣтился слѣдующій случай. А. выдалъ Б. довѣренность, въ которой было сказано: *въ обезпеченіе поставки по военному вѣдомству* уполномочиваю васъ принимать заимообразно чужіе залого. Б. заключилъ съ В. договоръ, по которому получилъ отъ сего послѣдняго безъимянный билетъ для представленія въ залогъ; но представилъ этотъ билетъ въ залогъ не по поставкѣ по военному вѣдомству, а по другому предпріятію. Залогъ былъ проданъ въ удовлетвореніе начета, оказавшагося по обезпеченному имъ предпріятію. В. потребовалъ удовлетвореніе за свой залогъ отъ А., А. возразилъ, что не считаетъ себя обязаннымъ удовлетворить В. на томъ основаніи, что повѣренный его, Б., употребилъ залогъ не по поставкѣ по военному вѣдомству, а по другому предпріятію, этимъ вышедъ изъ предѣловъ довѣренности, и что В., заключивъ съ Б. договоръ на отдачу ему билета для представленія въ залогъ, не выговорилъ въ договорѣ цѣли и назначенія, съ которыми залогъ этотъ долженъ былъ быть употребленъ.

Не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что претензія В. совершенно основательная. А. долженъ отвѣтствовать предъ В. и, съ своей стороны, можетъ требовать удовлетворенія отъ повѣреннаго своего Б.—Неупоминаніе въ договорѣ, заключенномъ повѣреннымъ Б. съ залогодателемъ В., условія о предоставленіи полученнаго залога въ обезпеченіе поставки по военному вѣдомству, не могло ослабить для довѣрителя А. обязательную силу сего договора. Указаніе въ довѣренности цѣли и назначенія залога должно было служить лишь для повѣреннаго руководствомъ при употребленіи имъ въ дѣло полученнаго залога. Залогодатель обязанъ былъ убѣдиться лишь въ томъ, имѣетъ-ли повѣренный право брать отъ имени своего довѣрителя отъ другихъ залого. Подъ выступленіемъ изъ предѣловъ довѣренности разумѣется совершеніе повѣреннымъ такого дѣйствія, которое противорѣчитъ или несогласно съ содержаніемъ довѣренности. Одно неупоминаніе въ договорѣ, заключенномъ повѣреннымъ съ залогодателемъ, о цѣли и назначеніи залога, не можетъ быть названо дѣйствіемъ, противорѣчающимъ

или несогласнымъ съ содержаніемъ довѣренности. Обстоятельство это отнюдь не стѣсняло свободы дѣйствій повѣреннаго: онъ могъ бы этотъ же залогъ, согласно съ довѣренностію, представить въ обезпеченіе по поставкѣ по военному вѣдомству и тогда всѣ его дѣйствія были бы вполне согласны съ довѣренностію. Само собою разумѣется, что нельзя назвать выступленіемъ изъ предѣловъ довѣренности совершеніе такого дѣйствія, которое само по себѣ, безъ послѣдовавшаго за симъ противозаконнаго дѣйствія повѣреннаго, вполне согласовалось бы съ содержаніемъ довѣренности. Наконецъ и упоминаніе въ договорѣ, заключенномъ повѣреннымъ съ залогодателемъ, о цѣли и назначеніи залога, само по себѣ, не могло бы предотвратить употребленіе за симъ повѣреннымъ залога и не въ обезпеченіе поставки по военному вѣдомству. Договоръ не актъ полномочія, который предъявляется лицу или мѣсту, принимающему залогъ. Договоръ хранится у лицъ, его заключившихъ; какимъ образомъ мѣсто или лицо, принимающее залогъ, могло бы знать о содержаніи договора, хранящагося у сторонъ? Наконецъ, обязательны-ли для третьяго лица или мѣста договоръ, заключенный между повѣреннымъ и залогодателемъ? Договоръ не вѣрющее письмо, назначеніе котораго служить руководствомъ не только для повѣреннаго, но и для третьихъ лицъ. Такимъ образомъ упоминаніе въ договорѣ, заключенномъ между повѣреннымъ и залогодателемъ, о цѣли и назначеніи залога являлось бы, по отношенію къ дальнѣйшей дѣятельности повѣреннаго, обстоятельствомъ вполне безразличнымъ. Но, очевидно, что опущеніе безразличнаго для довѣрителя обстоятельства не можетъ быть поставлено въ вину залогодателю.

ГЛАВА XX.

Прекращение доверенности.

Индивидуальность договора доверенности. — Научныя начала и положительныя законодательства. — Прекращение доверенности смертью доверителя. — Доверенность на случай смерти доверителя и душеприкащикство. — Уничтожение доверенности доверителемъ. — Юридическое значеніе публикаціи объ уничтоженіи доверенности. — Молчаливое прекращеніе доверенности. — Отказъ повѣреннаго отъ доверенности. — Недостаточность нашихъ законовъ о прекращеніи доверенности. — Юридическое значеніе условія, коимъ доверитель и повѣренный ограничиваютъ свое право прекращенія доверенности. — Противорѣчія во взглядахъ сената. — Послѣдствія нарушенія договоровъ. — Право повѣреннаго на выговоренное вознагражденіе, въ случаѣ уничтоженія доверенности до окончанія порученнаго ему дѣла.

Юридическая дѣятельность, вытекающая изъ представительства по доверенности, обуславливаетъ собою, съ одной стороны, личныя соображенія и находчивость повѣреннаго — качества въ высшей степени индивидуальныя; съ другой стороны дѣятельность эта, въ особенности при представительствѣ съ общаю доверенностію, не можетъ, по неуловимому разнообразію своему, быть заранѣе вполне предвидѣна и безусловно очерчена инструкціями, такъ что всегда остается не мало простора самостоятельнымъ, произвольнымъ дѣйствіямъ со стороны повѣреннаго. Этотъ характеръ представительства по доверенности обуславливаетъ въ отношеніяхъ между доверителемъ и повѣреннымъ, кромѣ юридической, еще нравственную связь, особое довѣріе перваго къ правственности и уму послѣдняго и дѣлаетъ это юридическое отношеніе въ высшей степени личнымъ, индивидуальнымъ. Поэтому повѣренный обязанъ лично исполнять порученныя ему дѣйствія и, какъ мы говорили выше, безъ особаго на то полномочія не можетъ передать права по доверенности другому лицу. По строгой личности отношеній, возникающихъ изъ представительства по доверенности, оно прекращается съ обоюднаго или односторонняго желанія доверителя и повѣреннаго, а также физическою и гражд-

данскою смертію каждаго изъ нихъ ¹⁾. Точно также прекращается дѣятельность представителя юридическаго лица при прекращеніи существованія сего послѣдняго ²⁾. Естественно, что въ случаѣ спора, знаніе повѣреннымъ о смерти доверителя при совершеніи имъ отъ имени сего послѣдняго юридическаго отношенія, должно быть доказано стороною, утверждающею это обстоятельство ³⁾. Понятно, что юридическія отношенія, установленныя повѣреннымъ при жизни доверителя, какъ перешедшія уже на сего послѣдняго, должны сохранять свою силу и послѣ смерти доверителя или повѣреннаго ⁴⁾, какъ вообще послѣ прекращенія доверенности.

На нѣкоторыхъ изъ приведенныхъ нами послѣдствій начала индивидуальности отношеній доверенности, намъ придется нѣсколько остановиться.

Прекращение доверенности смертью доверителя или повѣреннаго, какъ мы говорили, прямо вытекаетъ изъ существа доверенности. *Mandatum solvitur morte*. Съ одной стороны отношеніе представительства по доверенности есть связь личная, индивидуальная, а съ другой — дѣятельность повѣреннаго есть не самостоятельная, а производная, зависящая и обуславливаемая волею доверителя. Естественно, что съ прекращеніемъ поддерживающей ее воли и со смертію лица, коему оказано довѣріе, должна прекратиться и сама дѣятельность по доверенности. Таково прямое послѣдствіе началъ этого вида представительства.

Но научныя начала не всегда съ одинаковою послѣдовательностію могутъ быть проводимы въ жизни. Такова сила потребностей практической жизни, что онѣ способны вынудить уступки, отступленія отъ строго научныхъ началъ. Удовлетвореніе этимъ потребностямъ жизни — прямая обязанность положительнаго законодательства (см. выше, стр. 310 и 313—314). Именно въ этомъ примиреніи началъ науки съ потребностями дѣйствительной жизни

¹⁾ *Mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare*. (D. Mandati, 26). Troplong (стр. 682) говоритъ, что если доверенность выдана нѣсколькимъ лицамъ, съ тѣмъ, чтобы они дѣйствовали совокупно, то смерть каждаго изъ нихъ прекращаетъ доверенность.

²⁾ Уст. С.-Петербур. Части. Комерч. Банка, § 67 и др.

³⁾ Ср. сборн. рѣш. т. 1, № 102.

⁴⁾ Ср. т. X, ст. 2334. См. также ст. 251 уст. гражд. судопроизв.

и проявляется, главнымъ образомъ, та самостоятельная, нѣрѣдко отличная, даже противоположная наукѣ, дѣятельность положительнаго законодательства, которая, вслѣдствіе особенностей, проявляющихся въ жизни народовъ, и составляетъ одну изъ причинъ того явленія, что, при одинаковости научныхъ началъ, положительныя законодательства народовъ представляютъ собою значительное разнообразіе (см. стр. 2).

Въ предъидущемъ изложеніи намъ уже неоднократно приходилось встрѣчаться съ отступленіями, допускаемыми законодательствами отъ послѣдовательнаго развитія научныхъ началъ. Нѣкоторыя изъ этихъ отступленій мы нашли рациональными, практическими, а другія, несоответствующими юридической логикѣ или жизненнымъ потребностямъ. Съ отступленіями законодательствъ отъ теоретическихъ началъ намъ придется встрѣтиться и въ настоящей главѣ.

По закону (ст. 2334 1 ч. X т.) довѣренность прекращается съ полученіемъ повѣреннымъ извѣстія о смерти довѣрителя. Но въ жизни, могутъ встрѣтиться случаи, когда безусловное исполненіе закона о прекращеніи силы довѣренности съ полученіемъ повѣреннымъ извѣстія о смерти довѣрителя, — или неудобноисполнимо или повлекло бы за собою такія нарушенія имущественныхъ интересовъ наслѣдниковъ лица представляемаго, къ которымъ право не можетъ оставаться совершенно равнодушнымъ. Трудно, напр. требовать, чтобы управляющій имѣніемъ, заводомъ, домомъ, или дѣлами, прямо послѣ полученія имъ извѣстія о смерти своего довѣрителя, бросилъ означенное имущество или дѣла, ввѣренныя его управленію, на произволъ случая. Обыкновенно повѣренный сохраняетъ управленіе имуществомъ или дѣлами до тѣхъ поръ, пока не будутъ приняты другія мѣры, обезпечивающія неприкосновенность сего имущества и правильное теченіе дѣлъ ему порученныхъ, или же до тѣхъ поръ, пока сила выданной ему довѣренности не будетъ возобновлена наслѣдниками довѣрителя. Но естественно, что такъ какъ нашъ законъ не предусматриваетъ этихъ потребностей дѣйствительной жизни, то все сказанное зависитъ отъ доброй воли повѣреннаго. Нечего говорить, что для правильнаго теченія юридической и экономической жизни нашей, подобныя пробѣлы въ законодательствѣ могутъ оказаться не совсѣмъ благопріятными. Подобныя же неблагопріятныя послѣд-

ствія могутъ произойти для дѣлъ довѣрителя и въ случаѣ внезапнаго прекращенія довѣренности вслѣдствіе смерти повѣреннаго.

Иностранныя законодательства обратили вниманіе на подобнаго рода послѣдствія, которыя могутъ проистекать для дѣлъ довѣрителя отъ внезапнаго прекращенія довѣренности вслѣдствіе смерти его или повѣреннаго. Они прилагали старанія къ тому, чтобы предотвратить подобныя неблагопріятныя послѣдствія.

Римское право обязывало наслѣдниковъ повѣреннаго продолжать начатыя имъ дѣла довѣрителя, а наслѣдниковъ послѣдняго вознаграждать повѣреннаго за расходы, понесенные имъ послѣ смерти довѣрителя, если онъ не зналъ объ этой смерти ¹⁾.

Эти мысли римскаго права еще болѣе развиты современными западно-европейскими законодательствами.

Остзейскій кодексъ постановляетъ: «если уполномоченный, при полученіи имъ извѣстія о смерти довѣрителя, уже началъ веденіе порученнаго ему дѣла, то онъ не только имѣетъ право, но и обязанъ заботиться о немъ до тѣхъ поръ, пока наслѣдниками не будетъ сдѣлано другаго распоряженія» ²⁾. Точно также сводъ этотъ устанавливаетъ на случай смерти повѣреннаго обязанность наслѣдниковъ его не оставлять дѣлъ довѣрителя до тѣхъ поръ, пока по отношенію къ нимъ не будутъ сдѣланы другія распоряженія ³⁾. Такія же постановленія встрѣчаемъ и въ прусскомъ кодексѣ (тит. 13 §§ 187 и 188), который требуетъ, въ то же время, отъ довѣрителя или его наслѣдниковъ, въ случаѣ смерти повѣреннаго, немедленное принятіе мѣръ къ обезпеченію ихъ дѣлъ, а отъ повѣреннаго, чтобы онъ, въ случаѣ смерти довѣрителя, продолжалъ начатое имъ веденіе дѣлъ, на сколько это необходимо для предотвращенія невыгодныхъ для наслѣдниковъ довѣрителя послѣдствій. Подобныя же постановленія имѣются и въ кодексахъ австрійскомъ (§ 1022) и французскомъ (art. 1991 и 2010).

Нѣкоторыя изъ европейскихъ законодательствъ допускаютъ продолженіе существованія довѣренности и послѣ смерти довѣри-

¹⁾ Виндшейдъ § 411. Inst., III, 27 § 10; таково же постановленіе и франц. код. (art. 2018).

²⁾ Ч. 3 ст. 4411.

³⁾ Тамъ ст. 4413.—См. также code civil ст. 2010.

теля, если полномочіе именно съ тѣмъ установлено, чтобы оно дѣйствовало послѣ его смерти или, какъ выражается прусскій кодексъ, если природа возложеннаго на повѣреннаго порученія такова, что оно можетъ быть исполнено лишь послѣ смерти до-вѣрителя ¹⁾).

Внезапное оставленіе повѣреннымъ дѣлъ до-вѣрителя послѣ смерти послѣдняго, можетъ весьма вредно отразиться въ особен-ности въ торговой сферѣ, гдѣ малѣйшій перерывъ въ оборотѣ и въ теченіи дѣлъ можетъ произвести большое разстройство въ дѣ-лахъ и причинить до-вѣрителю значительные убытки. Вотъ по-чему въ германскомъ торговомъ кодексѣ встрѣчаемъ слѣдующее по-становленіе: до-вѣренность, выданная купцомъ для торговыхъ обо-ротовъ, не прекращается его смертію, если противоположное сему ясно не выражено или не вытекаетъ изъ обстоятельствъ (art. 297 ²⁾).

Такимъ образомъ въ томъ случаѣ, когда повѣренный продол-жаетъ свою дѣятельность отъ имени до-вѣрителя послѣ смерти послѣдняго, характеръ этой дѣятельности въ юридическомъ быту западной Европы существенно отличается отъ характера ея въ на-шей жизни. Тамъ дѣятельность эта имѣетъ юридическую основу — постановленіе закона. У насъ дѣятельность эта юридическаго осно-ванія не имѣетъ: она чисто фактическая, т. е. она — настоящее *negotiorum gestio* ³⁾).

Слѣдуетъ замѣтить, что хотя законъ запрещаетъ повѣренному продолжать свою дѣятельность послѣ смерти до-вѣрителя (ст. 2334 1 ч. X т., по продолж. 63 г.), но и въ нашемъ законодатель-ствѣ предвидѣнъ случай обыкновеннаго полномочія, начинающа-гося со смертію до-вѣрителя. На основаніи ст. 758 т. XI, хозяйинъ

¹⁾ Австр., § 1022; прусск., тит. 13, § 190. До-вѣренность на дѣйствія послѣ смерти (напр. на устройство памятника до-вѣрителю) допускало и римское право (*Tutorlog*, стр. 669).

²⁾ Ср. выше, стр. 133, прим. 2.

³⁾ Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что у насъ продолженіе дѣятельности повѣ-реннаго послѣ смерти до-вѣрителя, какъ бы оно ни было необходимо и полезно, сопряжено съ большимъ рискомъ, такъ какъ повѣренный, если только того по-желаютъ наследники до-вѣрителя, можетъ быть за это преслѣдуемъ уголовнымъ порядкомъ (ст. 2334 1 ч., X т., по прод. 66 г.). Такимъ образомъ то, что ино-странныя законодательства находятъ иногда весьма полезнымъ и даже необходи-мымъ, наше законодательство запрещаетъ подъ страхомъ уголовной ответствен-ности. У насъ повѣренный послѣ смерти до-вѣрителя долженъ бросить его дѣла на произволъ судьбы. Примѣръ весьма поучительный.

или товарищъ торговаго дома обязанъ «назначить лице, должеп-ствующее *заступить*, въ случаѣ его смерти, *его мѣсто*». Это лице будетъ *заступать мѣсто* товарища или хозяина по выбору, съ согласія, т. е. по до-вѣренности послѣдняго ¹⁾).

Намъ кажется, что предоставленіе повѣренному права дѣйстви-вать отъ имени до-вѣрителя послѣ смерти послѣдняго не состав-ляетъ ничего противуестественнаго. Правило о прекращеніи силы до-вѣренности со смертію до-вѣрителя вытекаетъ, главнымъ обра-зомъ, какъ мы говорили, изъ личнаго до-вѣрія, на которомъ по-строено это отношеніе. Это до-вѣріе можетъ существовать лишь при жизни до-вѣрителя. Но изъ этого отнюдь не слѣдуетъ, чтобы до-вѣрен-ность не могла быть иногда, въ случаѣ особенной необходимости, выдаваема именно съ тѣмъ, чтобы нѣкоторыя порученія были испол-нены послѣ смерти до-вѣрителя. Въ этомъ случаѣ воля до-вѣрителя или замѣняющей ее законъ прямо заявляетъ, что до-вѣріе къ по-вѣренному продолжится послѣ смерти перваго. Исполняется же послѣ смерти лица воля его, выраженная въ духовномъ завѣ-щаніи, въ условіяхъ и обязательствахъ, оставшихся послѣ его смерти! Отчего не можетъ быть исполнена послѣ смерти лица воля его, точно опредѣленная въ до-вѣренности ²⁾? Различіе между до-вѣренностію и другими *имущественными* договорами заклю-чается въ слѣдующемъ: имущественные договоры сохраняютъ силу послѣ смерти лица по самому существу своему, по своей природѣ. Напротивъ, до-вѣренность, какъ всѣ вообще личные договоры, *по природѣ* своей прекращается со смертію каждаго изъ соучастни-ковъ. Существованіе ея можетъ продолжаться и послѣ смерти до-вѣрителя въ тѣхъ лишь исключительныхъ случаяхъ, когда это вынуждается неотложными потребностями, когда для этого имѣется какое-либо точно-опредѣленное юридическое основаніе — воля до-вѣрителя или постановленіе закона ³⁾).

¹⁾ Случай существованія до-вѣренности послѣ смерти до-вѣрителя указавъ и въ ст. 1621, 1 ч. X т., о которой будетъ сказано ниже.

²⁾ Les parties contractantes, говоритъ Лоранъ (т. 28, № 85), peuvent stipuler que le mandat continuera après leur décès.

³⁾ Бельгійскій кассационный судъ говоритъ относительно условія о продол-женіи существованія до-вѣренности послѣ смерти повѣреннаго: une pareille stipu-lation n'a rien de contraire aux bonnes moeurs ni à l'ordre public. Si la loi fait exception, c'est à raison de la nature du contrat, ce n'est pas à raison de son

Изъ изложеннаго явствуетъ, что душеприкачиство, какъ довѣренность, получающая силу послѣ смерти довѣрителя (*mandatum post mortem*), не составляетъ исключительное явленіе въ правовѣдѣніи. И обыкновенная довѣренность можетъ иногда сохранить силу послѣ смерти довѣрителя. При такомъ положеніи дѣла, мнѣніе тѣхъ юристовъ, которые отрицаютъ въ душеприкачиствѣ характеръ довѣренности только потому, что она пріобрѣтаетъ юридическую силу послѣ смерти довѣрителя (Безелеръ и друг.) или которые, вслѣдствіе этого, признаютъ душеприкачика повѣреннымъ наслѣдниковъ (Унгеръ, Герберъ и др.), очевидно теряетъ всякое юридическое значеніе.

Кромѣ случая смерти довѣрителя, довѣренность, по нашему закону, прекращается (т. X ст. 2330, по прод. 1863 года п. 3): уничтоженіемъ довѣренности по распоряженію довѣрителя ¹⁾.

Ст. 2331 по прод. 1863 г. гласитъ: «Прошеніе объ уничтоженіи довѣренности подается... 2) въ уѣздный судъ или гражданскую палату, по усмотрѣнію довѣрителя, если довѣренность дана на совершеніе какихъ-либо дѣйствій вообще безъ ограниченія ихъ какимъ-либо мѣстомъ; кромѣ сего дѣлается публикація объ уничтоженіи довѣренности ²⁾».

essence (Laurent, *ib.*, № 85). Мы говоримъ о возможности существованія довѣренности послѣ смерти довѣрителя, какъ о чемъ исключительномъ, которое нуждается неотложными потребностями. Это весьма естественно. Какъ общее правило это не можетъ быть признаваемо: повѣренный не есть самостоятельный дѣлатель; онъ представляетъ другое лице. Въ лицѣ повѣреннаго дѣйствуетъ самъ довѣритель. Но умершій дѣйствовать не можетъ (ср. Laurent, № 79). Troplong (стр. 670) говоритъ по этому вопросу: *l'obligation a pris naissance du vivant du mandant. Peu importe que l'exécution en soit différée après son décès. La volonté des parties a pu déroger à la règle ordinaire, qui attache la fin du mandat au décès du mandant* (стр. 670, см. еще стр. 670—681). Dalloz (*Jurisprudence générale*, т. XVI ч. 2, № 4023) говоритъ по поводу прекращенія довѣренности со смертію довѣрителя: *cette règle n'est point de l'essence du mandat, et elle ne reçoit point son application au cas où l'objet du mandat est de telle nature, qu'il ne puisse être rempli qu'après le décès du mandant*. Этотъ взглядъ напоминаетъ собою приведенное выше (стр. 400) постановленіе прусскаго кодекса.

¹⁾ Уничтоженіе довѣренности можетъ быть не только письменное, но и словесное; уст. гражд. суд. ст. 251.

²⁾ Ср. С. Н. art. 2008. — С.-петербургская судебная палата по дѣлу Анны Раевской (Суд. Вѣстн. 76 г., № 23) признала, что публикацію объ уничтоженіи довѣренности долженъ сдѣлать по просьбѣ довѣрителя не нотариусъ, а судъ.

Ст. 2332 по прод.: довѣритель *имѣетъ право* требовать, чтобы повѣренный возвратилъ ему довѣренность ¹⁾.

Ст. 2334. Акты совершенные повѣреннымъ и другія его по довѣренности дѣйствія до полученія имъ извѣстія о прекращеніи силы ея, или же до полученія публикаціи объ уничтоженіи довѣренности *въ мѣстѣ пребыванія повѣреннаго*, признаются законными. Всѣ заключенныя послѣ полученія сей публикаціи сдѣлки признаются недѣйствительными; если же будетъ доказано, что объ уничтоженіи довѣренности было уже извѣстно лицамъ, заключившимъ такую сдѣлку, то виновные наказываются по законамъ о подлогахъ.

Изъ этихъ постановленій видно, что всѣ обязательныя дѣйствія, которыя должны быть принимаемы со стороны довѣрителя для уничтоженія довѣренности, выданной имъ на совершеніе какихъ либо дѣйствій безъ ограниченія какимъ либо судебнымъ мѣстомъ ²⁾, заключается, по закону, въ подачѣ объ этомъ прошенія въ судъ и въ публикаціи. Послѣ этихъ дѣйствій довѣрителя довѣренность прекращается уже — не съ полученіемъ повѣреннымъ извѣстія объ уничтоженіи ея, а *съ полученіемъ объ этомъ публикаціи въ мѣстѣ его пребыванія*. Отнятіе-же у повѣреннаго довѣренности есть по закону *право* довѣрителя (такъ какъ, во избѣжаніе могущихъ возникнуть столкновеній, онъ въ этомъ самъ заинтересованъ), но не *обязанность* его. Прямое послѣдствіе сказаннаго есть то, что дѣйствія повѣреннаго, совершенныя имъ послѣ полученія *въ его мѣстоожительство* публикаціи, не могутъ повлечь для довѣрителя какія бы то ни было юридическія послѣдствія, хотя бы объ этой публикаціи не было извѣстно ни повѣренному, ни третьему лицу (напр., если они живутъ въ деревнѣ и не получаютъ газетъ). Легко понять, что такой способъ прекращенія довѣренности можетъ повести къ нарушенію интересовъ частныхъ лицъ и повѣреннаго безъ всякой съ ихъ стороны вины и къ стѣсненію свободы юридической дѣятельности въ жизни. Съ этой точки зрѣнія можетъ быть цѣлесообразнѣе было бы обя-

¹⁾ Таково-же постановленіе и французскаго кодекса (art. 2004).

²⁾ Если довѣренность дана на совершеніе какихъ либо дѣйствій въ определенномъ судебномъ мѣстѣ, то прошеніе объ уничтоженіи ея подается въ это судебное мѣсто (т. X, п. 1 ст. 2331, по прод. 1863).

затѣ довѣрителя, послѣ уничтоженія довѣренности, отнять ее у повѣреннаго, а послѣдняго, въ случаѣ отказа, возвратитъ довѣренность ¹⁾, освобождая ихъ отъ этой обязанности только въ случаѣ невозможности ея исполненія.

Нѣкоторые изъ иностранныхъ законодательствъ позаботились предотвратить, по возможности, тѣ неудобства, которыя могутъ происходить отъ уничтоженія довѣренности посредствомъ одной публикаціи, которая можетъ оставаться неизвѣстною или незамѣченною третьими, сторонними лицами. Если, говорить прусскій кодексъ, повѣренному поручено вступленіе въ юридическое отношеніе съ извѣстнымъ лицомъ или же довѣрителю извѣстно лице, съ которымъ повѣренный вступаетъ въ отношеніе, то довѣритель, въ случаѣ уничтоженія довѣренности, обязанъ увѣдомить объ этомъ третье лице; если же онъ этого не сдѣлалъ, то сдѣлки, заключенныя повѣреннымъ съ этимъ лицомъ и послѣ уничтоженія довѣренности, сохраняютъ силу, если послѣднему не было извѣстно о прекращеніи довѣренности. За убытки же, происшедшіе отъ этихъ сдѣлокъ, отвѣтствуютъ предъ довѣрителемъ повѣренный (тамъ же §§ 167—169). О практичности этихъ постановленій нечего много говорить — она слишкомъ очевидна. Постановленія эти способны устранить изъ жизни не мало замѣшательства, споровъ и недоразумѣній ²⁾.

Но если публикаціи объ уничтоженіи довѣренности произведено не было, то сдѣлка, совершенная повѣреннымъ, въ силу оставшагося у него акта полномочія, должна, по нашему, со-

¹⁾ Дѣйствительно, прусскій кодексъ постановляетъ, что лице, выступающее изъ отношенія довѣренности, должно (muss) вытребовать или возвратитъ довѣренность (ч. I, тит. 13, § 161). Напротивъ, французскій кодексъ, согласно нашему закону, постановляетъ, что довѣритель можетъ понудитъ повѣреннаго возвратитъ ему довѣренность (art. 2004). Таково-же постановленіе и итальянскаго уложенія (ст. 1758).

²⁾ Troplong (стр. 659) говоритъ: публикація имѣетъ цѣлю увѣдомитъ объ уничтоженіи довѣренности не только стороннихъ лицъ, но иногда и повѣреннаго (если онъ не увѣдомленъ особо). Весьма естественно, что если изъ обстоятельствъ дѣла обнаруживается, что повѣренный зналъ о прекращеніи довѣренности помимо публикаціи или спеціальнаго увѣдомленія, онъ долженъ быть признанъ неизмѣнимымъ съ того времени права дѣйствовать въ качествѣ повѣреннаго. Если-же, не смотря на публикацію, окажется, что повѣренный и третье лице не знали о прекращеніи довѣренности, то дѣйствія перваго должны сохранить полную юридическую силу.

хранить въ отношеніи довѣрителя полную обязательную силу и въ томъ случаѣ, если окажется, что повѣренный лично былъ извѣщенъ довѣрителемъ объ уничтоженіи довѣренности. Публикаціи имѣетъ значеніе публичнаго увѣдомленія объ уничтоженіи довѣренности. Безъ публичнаго заявленія сторонніи лица не могутъ знать объ этомъ уничтоженіи. Поэтому уничтоженіе довѣренности, произведенное посредствомъ частнаго увѣдомленія довѣрителемъ повѣреннаго, можетъ лишь быть обязательно для нихъ обоихъ, но отнюдь не для третьихъ лицъ, для которыхъ это — *res inter alias acta* ¹⁾.

Повѣренный-же за совершеніе имъ сдѣлки послѣ уничтоженія довѣренности можетъ подлежать отвѣтственности предъ довѣрителемъ. Въ этомъ и состоитъ обязательная для нихъ обоихъ сила акта частнаго уничтоженія довѣренности. Повѣренный, именно, обязанъ вознаграditъ довѣрителя за всѣ, понесенные послѣднимъ отъ этой сдѣлки, убытки ²⁾.

Но мы полагаемъ, что если будетъ доказано, что и третье лице знало, при совершеніи сдѣлки, объ уничтоженіи довѣренности, то сдѣлка эта должна быть признана безусловно недействительною и въ отношеніи его, хотя и не было публикаціи. Публикація имѣетъ значеніе увѣдомленія третьихъ лицъ объ уничтоже-

¹⁾ Ср. Curtius, ib., стр. 84, прим. 13, и Laurent, т. 28. № 115. Французскій кодексъ говоритъ: la revocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers, qui ont traité dans l'ignorance de cette revocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire (art. 2005). Вопль тождественное постановленіе имѣется и въ итальянскомъ уложеніи (ст. 1759). Ср. Troplong, стр. 570—571.— Врядъ ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что и третье лице не можетъ, въ разсматриваемомъ случаѣ, отказаться отъ сдѣлки (если на нее извѣстна согласіе довѣритель), ссылаясь на уничтоженіе довѣрителемъ полномочія повѣреннаго: оспаривать дѣйствія послѣдняго можетъ одинъ лишь довѣритель, но не третье лице (см. стр. 390—391).

²⁾ Тѣ же послѣдствія должны наступить и въ томъ случаѣ, когда въ рукахъ повѣреннаго осталась довѣренность, по коей порученіе уже исполнено. Положимъ лице уполномочило другаго занять для него 100 р. Порученіе исполнено: 100 р. заняты. Затѣмъ повѣренный, имѣя въ рукахъ довѣренность, беретъ у другаго займы еще 100 р. Довѣритель не можетъ оспаривать послѣднюю сдѣлку на томъ основаніи, что повѣренный былъ уполномоченъ занять лишь одинъ разъ 100 руб. Пусть довѣритель оплатится за свою оплошность; пусть отвѣтствуетъ предъ нами повѣренный. Третьимъ лицамъ до этого нѣтъ дѣла (см. Тролонъ, 569—570; ср. еще стр. 700).

ни доверенности. Но, очевидно, что тѣ же послѣдствія должны наступить для третьяго лица и въ томъ случаѣ, если оно знало объ уничтоженіи доверенности и помимо публикаціи. Важна не форма, а сущность дѣла—*знание* объ уничтоженіи доверенности ¹⁾.

Вполнѣ согласно съ изложенными соображеніями разрѣшено по разсматриваемому предмету одинъ случай мюнхенскимъ оберъ-апелляціоннымъ судомъ.

Истецъ требовалъ отъ отвѣтника удовлетворенія по сдѣлкѣ, заключенной повѣреннымъ послѣдняго. Отвѣтникъ выразилъ, что не считаетъ себя обязаннымъ платить на томъ основаніи, что сдѣлка состоялась послѣ уничтоженія полномочія. Обстоятельствами дѣла выяснено, что актъ доверенности оставался у повѣреннаго и послѣ уничтоженія полномочія. Мюнхенскій оберъ-апелляціонный судъ присудилъ истцу его требованіе по слѣдующимъ соображеніямъ:

Если, сказано въ рѣшеніи, уполномоченный на совершеніе юридическихъ сдѣлокъ, находился, и по уничтоженіи полномочія, во владѣніи актомъ доверенности, на основаніи котораго онъ вступилъ въ сдѣлку съ третьимъ лицомъ отъ имени доверителя, то послѣдній обязанъ принять сдѣлку на свой счетъ, если онъ не можетъ доказать, что третьему лицу было извѣстно объ уничтоженіи полномочія (Судебн. Вѣстн. 74 г., № 172).

Выше (стр. 314—317) мы говорили, что доверенность можетъ еще прекратиться *фактически* или молчаливо ²⁾. Это бываетъ, именно, въ томъ случаѣ, когда слѣдующія за выдачею доверенности, дѣйствія доверителя не могутъ быть совмѣстимы съ дѣятельностію повѣреннаго, когда уничтожается предметъ доверенности и вообще когда порученіе оказывается невыполнимымъ (напр., порученіе купить пароходъ, который погибъ въ морѣ) ³⁾.

Европейскія законодательства упоминаютъ еще объ одномъ случаѣ фактическаго прекращенія доверенности. Определеніе къ дѣлу, порученному повѣренному, новаго уполномоченнаго, гово-

¹⁾ Ср. рѣшеніе сената по дѣлу Колюховскаго съ Политанскимъ; Сборн. Книрма, 78 г., № 279.

²⁾ Молчаливое уничтоженіе доверенности соответствуетъ молчаливому *установленію* полномочія (mandatum tacitum, см. гл. XII).

³⁾ Ср. Troplong, du Mandat, стр. 345.

рить французскій кодексъ, равносильно устраненію перваго изъ нихъ (art. 2006). Полномочіе, говоритъ оствейскій кодексъ, признается отмѣненнымъ безмолвно, когда доверитель для того же дѣла назначить другаго уполномоченнаго (ст. 4405).

Но, по нашему мнѣнію, это законы чисто положительные. Они не имѣютъ основы въ юридической логикѣ. Изъ нихъ не можетъ быть сдѣлано никакихъ теоретическихъ выводовъ, которые могли бы быть примѣнимы къ нашему юридическому быту.

На самомъ дѣлѣ, какъ по нашему закону, такъ и по иностраннымъ законодательствамъ доверитель можетъ имѣть по одному дѣлу нѣсколько повѣренныхъ ¹⁾. Для уничтоженія же доверенности необходимо юридическое дѣйствіе, несомнѣнно свидѣтельствующее объ этомъ. Изъ этого явствуетъ, что одно назначеніе другаго повѣреннаго отнюдь не можетъ служить доказательствомъ устраненія перваго: доверитель могъ имѣть въ виду сохранить по порученному дѣлу обоихъ повѣренныхъ. И такъ, назначеніе по порученному дѣлу другаго повѣреннаго можетъ служить доказательствомъ уничтоженія доверенности въ томъ лишь случаѣ, когда это явно обнаруживается изъ воли доверителя и изъ обстоятельствъ дѣла или когда свойство порученія таково, что въ немъ два повѣренныхъ участвовать не могутъ или же когда это положительно постановлено закономъ ²⁾.

¹⁾ Ст. 2325, 1 ч., X т.; Code Civilart. 1995; прус. код. §§ 201—209 и др. см. выше, стр. 90—96.

²⁾ И Troplong допускаетъ, что назначеніе другаго повѣреннаго можетъ лишь имѣть значеніе, указанное нами въ текстѣ; поэтому онъ говоритъ, что art. 2006 можетъ получить примѣненіе лишь въ случаѣ, когда изъ обстоятельствъ дѣла не вытекаетъ, что доверитель имѣлъ лишь въ виду назначить еще одного повѣреннаго (стр. 704—706 и 710). Поэтому мы не можемъ согласиться съ мнѣніемъ Лорана (т. 28, № 101), который говоритъ, что самое назначеніе другаго повѣреннаго уже указываетъ на устраненіе перваго; воли же доверителя на сохраненіе полномочія обоими повѣренными должна быть доказана. Мы полагаемъ наоборотъ: до тѣхъ поръ, пока явная-воля доверителя или самое свойство порученія положительно не указываютъ на устраненіе перваго повѣреннаго, слѣдуетъ заключить, что имѣлось въ виду дать полномочіе обоимъ повѣреннымъ. Намъ кажется, что этотъ выводъ болѣе соответствуетъ справедливому объясненію самаго Лорана (ib.), что le consentement ne se présume jamais; on l'induit, quand il n'est pas exprès, de faits qui supposent nécessairement que celui, qui les pose, manifeste par cela une certaine volonté, dans l'espèce, celle de révoquer le mandataire. Изъ этихъ соображеній явствуетъ, что до тѣхъ поръ, пока несомнѣнно не обнаружилось желаніе доверителя прекратить полномочіе перваго повѣреннаго, оно должно быть признаваемо сохранившимъ свою силу.

Кромѣ сказаннаго представительство по довѣренности прекращается еще истеченіемъ срока, если оно срочное (напр. если оно дано на время отсутствія довѣрителя или на годъ)¹⁾, а также по обоюдному или одностороннему желанію довѣрителя или повѣреннаго²⁾. Слѣдуетъ прибавить еще, что оно прекращается вслѣдствіе ограниченія дѣеспособности довѣрителя или повѣреннаго (несостоятельность, подверженіе опеки и пр.).

На практикѣ можетъ возникнуть вопросъ: съ какого, именно, момента повѣренный, въ случаѣ отказа отъ довѣренности, можетъ прекратить свою дѣятельность отъ имени довѣрителя? Въ законѣ это опредѣлено не точно. Законъ говоритъ, что когда повѣренный слагаетъ съ себя принятую имъ по довѣренности обязанность, то онъ «при семъ долженъ увѣдомить о своемъ намѣреніи довѣрителя, съ возвращеніемъ подлинной довѣренности, и объявить тому присутственному мѣсту, въ коемъ онъ по довѣренности дѣйствовалъ, указавъ и мѣстожителство довѣрителя;»³⁾ но въ законѣ ничего не сказано, въ чемъ состоитъ это увѣдомленіе и когда, именно, слѣдуетъ считать фактъ увѣдомленія совершившимся? Если довѣритель, положимъ, живетъ въ Петербургѣ, а повѣренный его живетъ и занимается его дѣлами въ Кяхтѣ, сообщеніе же между этими городами (туда и назадъ) продолжается около двухъ мѣсяцевъ, то съ котораго, именно, момента повѣренный можетъ оставить въ Кяхтѣ дѣла своего довѣрителя?

По смыслу закона увѣдомленіе повѣреннымъ довѣрителя является юридическимъ дѣйствіемъ, необходимымъ для прекращенія первымъ отношенія довѣренности. Поэтому мы вправѣ требовать, чтобы при увѣдомленіи семъ соблюдено было то условіе, которое составляетъ естественную принадлежность всякаго юри-

¹⁾ Французское право признаетъ, что если довѣритель утверждаетъ, что сдѣлка совершена повѣреннымъ заднимъ числомъ, то первый долженъ доказать это обстоятельство (Troplong, стр. 691).

²⁾ Т. X. ст. 2330 и 2333 по прод.

³⁾ Т. X. ст. 2333 по прод. 1863 г. Весьма естественно, что послѣдняя половина статьи имѣетъ въ виду тотъ случай, когда повѣренный занимается веденіемъ дѣлъ въ присутственныхъ мѣстахъ. Если же повѣренный занимается другими, напр. торговыми дѣлами довѣрителя, то никакого заявленія присутственному мѣсту быть не можетъ. Въ семъ случаѣ остается одно лишь увѣдомленіе довѣрителя. Къ сему послѣднему случаю главнымъ образомъ и относится вопросъ нами разбираемый въ текстѣ.

дическаго дѣйствія, а именно, *обоздное выраженіе воли участникомъ*. Нечего говорить, что такъ какъ отказъ повѣреннаго отъ отношенія довѣренности есть актъ односторонній, зависящій отъ одного его желанія, то согласіе или несогласіе довѣрителя не можетъ имѣть на это отреченіе повѣреннаго никакого вліянія; но мы и не говоримъ о *согласіи* довѣрителя, а о выраженіи его *воли*. Но такъ какъ выраженіе воли въ юридическомъ дѣйствіи есть не просто звукъ, пущенный лицомъ на воздухъ, а сообщеніе этой воли другому лицу, то мы должны признать, что увѣдомленіе повѣреннымъ довѣрителя объ его отреченіи отъ довѣренности можетъ считаться окончателно совершившимся и воспріявшимъ законную силу *лишь съ помоченіемъ повѣреннымъ отъ довѣрителя извѣщенія* о томъ, что ему извѣстно уже объ отреченіи перваго отъ довѣренности или что онъ получилъ его увѣдомленіе. Таково условіе, соблюденіе котораго можно, по нашему, по закону *требовать* отъ повѣреннаго при отреченіи имъ отъ довѣренности. Это необходимо и для предотвращенія случайностей, которыя могутъ встрѣтить увѣдомленіе повѣреннаго: оно можетъ и не дойти до довѣрителя и тогда онъ останется безъ всякой вѣсти объ отказѣ повѣреннаго отъ довѣренности¹⁾. Съ полученіемъ же извѣщенія отъ довѣрителя повѣренный вправѣ бросить дѣла довѣрителя. Но обыкновенно и здѣсь практическая жизнь смягчаетъ строгія послѣдствія закона и обыкновенно повѣренный не бросаетъ прямо, послѣ увѣдомленія довѣрителя о своемъ отреченіи отъ довѣренности, дѣла довѣрителя на произволъ случая, а остается при нихъ до тѣхъ поръ, пока симъ послѣднимъ не будутъ приняты мѣры къ ихъ обезпеченію. Но опять таки все это зависитъ отъ доброй воли повѣреннаго.

Каковъ характеръ дѣятельности повѣреннаго въ семъ послѣднемъ случаѣ? Послѣ нами вышесказаннаго, для каждаго юриста должно быть весьма ясно, что мы здѣсь опять таки имѣемъ дѣла съ фактическимъ представительствомъ (*negotiorum gestio*).

Судебные уставы 20 ноября 1864 г. формулируютъ вопросъ объ отреченіи присяжнаго повѣреннаго отъ довѣренности съ большою точностію, опредѣлительностію и большею гарантіею для довѣрителя. Въ случаѣ отказа отъ ходатайства по дѣлу, присяжный

¹⁾ Laurent говорить: *il faut que le mandant sache, que le mandataire ne veut plus se charger de l'affaire* (№ 105).

повѣренный обязанъ увѣдомить о семъ довѣрителя такъ заблаговременно, чтобы довѣритель успѣлъ явиться до срока самъ или прислать другаго повѣреннаго ¹⁾. «Предсѣдатель суда, по соображеніи съ разстояніемъ жительства довѣрителя отъ суда и обстоятельствамъ дѣла, опредѣляетъ срокъ, по истеченіи коего повѣренный признается свободнымъ отъ своей обязанности. До истеченія сего срока повѣренный обязанъ ходатайствовать по дѣлу въ предѣлахъ своего полномочія. Впрочемъ, предсѣдатель имѣетъ право освободить повѣреннаго отъ ходатайства по дѣлу, назначивъ вмѣсто него присяжнаго повѣреннаго, впредь до избранія тяжущимся новаго повѣреннаго» ²⁾.

По римскому праву повѣренный не могъ отказаться отъ принятаго имъ на себя порученія, если довѣритель лишенъ былъ возможности принять другія мѣры для обезпеченія порученнаго ему дѣла; онъ могъ это сдѣлать, лишь указавъ основательныя тому причины (Inst. III, 27, § 11; см. еще Виндшейда, § 411.)

Прусскій кодексъ обязываетъ повѣреннаго, при отреченіи имъ отъ довѣренности, продолжать самому или чрезъ субститута начатыя имъ дѣла довѣрителя до тѣхъ поръ, пока довѣрителемъ не будутъ приняты мѣры къ ихъ обезпеченію; но и довѣритель обязанъ принять эти мѣры немедленно послѣ полученія извѣстія объ отреченіи повѣреннаго (§§ 172—173).

Наши юристы поймутъ, что всѣ указанныя заботы иностранныхъ законодательствъ объ интересахъ довѣрителей на случай прекращенія довѣренности, имѣютъ глубокой смыслъ и вызваны насущными потребностями юридической жизни. На самомъ дѣлѣ, неожиданное оставленіе повѣреннымъ дѣлъ довѣрителя можетъ поставить послѣдняго въ несчастное положеніе и разстроить его дѣла. По нашему закону, который, за исключеніемъ вышеприведеннаго случая относительно присяжныхъ повѣренныхъ, оставилъ, въ этомъ отношеніи, интересы довѣрителя безъ всякаго вниманія, повѣренный за неблагопріятныя послѣдствія, которыя происходятъ для довѣрителя отъ неожиданнаго оставленія его дѣлъ, никакой отвѣтственности подлежать не можетъ. Немедленно послѣ отказа онъ, какъ указано выше, можетъ бросить дѣла довѣрителя. Напротивъ, по иностраннымъ законодательствамъ, повѣренный

¹⁾ Уст. гражд. судопроизв. ст. 252.

²⁾ Тамъ же ст. 254. — Ср. прусск. код., тит. 13, §§ 176—178.

будетъ подлежать за эти неблагопріятныя послѣдствія полной отвѣтственности. Такимъ образомъ мы и въ этомъ случаѣ встречаемся съ весьма существеннымъ пробѣломъ въ нашемъ законодательствѣ, о восполненіи котораго придется позаботиться будущимъ преобразователямъ нашихъ гражданскихъ законовъ.

Весьма спорнымъ является вопросъ о томъ: дѣйствительно ли условіе, коимъ довѣритель и повѣренный ограничиваютъ себя на извѣстное время въ правѣ прекращенія силы довѣренности, выбора другихъ уполномоченныхъ и пр.?

Вопросъ этотъ имѣетъ большое практическое значеніе. Въ договорахъ, заключаемыхъ между довѣрителемъ и повѣреннымъ, весьма часто встрѣчаются условія, коими довѣритель обязуется не уничтожать, а повѣренный не отказаться отъ довѣренности. Рѣшеніе этого вопроса встрѣчаетъ на практикѣ большія затрудненія. Вопросъ этотъ заслуживаетъ подробнаго обсужденія.

Въ кассационной практикѣ встрѣчаются, по этому вопросу, противурѣчивыя рѣшенія.

Въ дѣлѣ Кондырева съ Ижевскимъ (1867 г., № 421) сенатъ призналъ, что подобное условіе недѣйствительно, какъ противное ст. 2330, 1 ч. X т. Сенатъ говоритъ, что *«не можетъ быть ограничена условіемъ воля довѣрителя относительно избранія нѣсколькихъ уполномоченныхъ по одному и тому же дѣлу (ст. 2325, 1 ч. X т.) и прекращенія данной довѣренности (п. 3 ст. 2330, 1 ч. X т.) и воля уполномоченнаго въ отношеніи отказа отъ принятаго уполномочія (п. 4 ст. 2320, 1 ч. X т.), такъ какъ подобныя ограниченія были бы несогласны съ постановленіями закона о силѣ и значеніи вѣрующахъ писемъ»*. Въ дѣлѣ же Давыденко съ Болковою (1868 г. № 305) сенатъ, напротивъ, говоритъ, что *«законъ даетъ довѣрителю право уничтожить довѣренность по своей волѣ и усмотрѣнію, но нисколько не стѣсняетъ его въ пользованіи этимъ правомъ и въ ограниченіи его по собственному усмотрѣнію, а потому, если довѣритель заключаетъ съ лицомъ, кому онъ выдаетъ довѣренность, особый договоръ касательно срока довѣренности, то такой договоръ не можетъ быть признаваемъ противнымъ п. 3 ст. 2330, 1 ч. X т.»*¹⁾.

¹⁾ Этотъ взглядъ подтвержденъ сенатомъ и въ рѣшеніи по дѣлу Бузыловой съ Нѣженцовымъ (75 г., № 483).

Выставленный нами вопрос возбуждает споры и получает различное разрешеніе и въ иностранномъ правѣ.

Саксонскій кодексъ говоритъ, что довѣритель не можетъ лишить себя права прекратить по своему усмотрѣнію довѣренность (§ 1321); напротивъ повѣренный можетъ отказаться отъ права отреченія отъ довѣренности (§ 1323). Это подразличеніе въ правахъ довѣрителя и повѣреннаго кажется намъ довольно страннымъ. Но выставленный нами вопросъ разрѣшается саксонскимъ кодексомъ довольно точно хотя, какъ увидимъ, не полно.

Въ другихъ иностранныхъ законодательствахъ означенный вопросъ не получилъ почти никакого сколько нибудь удовлетворительнаго разрѣшенія.

Прусскій кодексъ, по вопросу объ уничтоженіи довѣрителемъ довѣренности и отказа отъ оной повѣреннымъ, проводитъ мысль вполне согласную съ нашимъ законодательствомъ. Онъ, именно, говоритъ, что по общему правилу довѣритель можетъ по усмотрѣнію уничтожить довѣренность, а повѣренный отказаться отъ выполненія, возложеннаго на него порученія (ч. I, тит. 13, § 159). О томъ же какое значеніе имѣетъ заключенное между довѣрителемъ и повѣреннымъ условіе противоположнаго содержанія, кодексъ этотъ ничего не говоритъ.

Австрійскій кодексъ говоритъ, что довѣритель можетъ по своему усмотрѣнію уничтожить довѣренность; но онъ обязанъ не только возмѣстить понесенные повѣреннымъ расходы и убытки, но и дать ему соотвѣтственное вознагражденіе за труды (§ 1020); повѣренный можетъ отказаться отъ довѣренности; но если это отреченіе послѣдовало до окончанія порученнаго ему дѣла, то онъ обязанъ вознаградить довѣрителя за понесенные имъ убытки (§ 1021).

Такимъ образомъ прусскій и австрійскій кодексы совершенно сравниваютъ права довѣрителя и повѣреннаго въ отношеніи прекращенія силы довѣренности.

Напротивъ, французскій кодексъ и итальянское уложеніе допускаютъ по этому предмету различіе въ правахъ довѣрителя и повѣреннаго. Постановленія объ этомъ предметѣ итальянскаго уложенія составляютъ буквальный переводъ положеній французскаго кодекса.

Довѣритель, говорятъ эти кодексы, можетъ во всякое время

уничтожить полномочіе. Повѣренный можетъ отказаться отъ полномочія, объявивъ довѣрителю свой отказъ. Но если этотъ отказъ убыточенъ для довѣрителя, то онъ долженъ быть вознагражденъ за убытки повѣреннымъ, за исключеніемъ только случая, когда сей послѣдній не можетъ продолжать исполненіе по довѣренности безъ значительнаго для себя ущерба (фр. art. 2004 и 2007; итальянск. 1758 и 1761) ¹⁾.

Послѣднее опредѣленіе этихъ кодексовъ, очевидно, составляетъ развитіе положенія римскаго права, по которому никто не обязанъ оказать убыточную для него услугу — *nemini suum officium debet esse damnosum* ²⁾.

Изъ этихъ постановленій видно, что довѣритель можетъ безответственно уничтожить по своему усмотрѣнію довѣренность; повѣренный же за свой отказъ отъ довѣренности часто можетъ подвергнуться значительной ответственности. Но судебная практика старалась устранить эту неправомерность положенія довѣрителя и повѣреннаго, предоставивъ и послѣднему право требовать вознагражденія, въ случаѣ если уничтоженіе довѣренности послѣдовало безъ уважительныхъ основаній и причинило ему убытки.

Приведенныя постановленія австрійскаго и прусскаго кодексовъ совершенно сходны въ основной своей мысли. Тѣмъ не менѣе комментаторы ихъ, по вопросу о значеніи условія, имѣющаго въ виду ограничить право довѣрителя и повѣреннаго на прекращеніе довѣренности, приходятъ къ противоположнымъ заключеніямъ.

Комментаторы прусскаго кодекса находятъ, что довѣритель и повѣренный могутъ, по условію, отказаться отъ правъ своихъ на прекращеніе довѣренности. Прусскій верховный трибуналъ призывалъ подобное условіе обязательнымъ для сторонъ; но вмѣстѣ съ тѣмъ нашель, что оно не договоръ довѣренности, а безименный договоръ (*contractus innominatus*) ³⁾.

¹⁾ Rogron прим. къ art. 2004.

²⁾ Французскіе юристы указываютъ на другія препятствія, которыя могутъ освободить повѣреннаго отъ обязанности вознаградить довѣрителя за отказъ отъ довѣренности: болѣзнь, возникшія между ними испрізнанныя отношенія, собственныя неотложныя дѣла повѣреннаго и пр (Tropiong стр. 716—717).

³⁾ Koch, Förster, Johov и др. комментарий къ § 159 прусскаго кодекса, прим. 33. Подъ *contractus innominatus* разумѣлись въ римскомъ правѣ договоры, кото-

Напротив, комментаторъ австрійскаго кодекса, Штубенраухъ, повидимому, приходитъ къ заключенію противоположному. По его мнѣнію подобное условіе необязательно для лицъ его заключившихъ. Какъ довѣритель, такъ и повѣренный могутъ, не смотря на существованіе подобнаго условія, прекратить по усмотрѣнію дѣйствіе довѣренности¹⁾.

Намъ кажется, что всѣ вышеприведенныя постановленія и соображенія комментаторовъ недостаточно выясняютъ существо и значеніе разсматриваемаго вопроса. Не выяснено, именно, какія послѣдствія влечетъ за собою нарушеніе одною изъ сторонъ этого условія.

Мы находимъ несомнѣннымъ, что условіе, коимъ ограничиваются права довѣрителя и повѣреннаго на прекращеніе довѣренности, имѣетъ полную юридическую силу. Законъ предоставляетъ довѣрителю и повѣренному *право* прекратить, по своему усмотрѣнію, дѣйствіе довѣренности. Это законъ не повелительный, а дозволительный. Стороны могутъ воспользоваться этимъ своимъ правомъ или нѣтъ. Никакой законъ не можетъ навязывать частнымъ лицамъ пользованіе извѣстнымъ правомъ вопреки ихъ желанію²⁾.

Вышеприведенное постановленіе саксонскаго кодекса, по смыслу котораго подобное условіе не обязательно для довѣрителя, мы признаемъ закономъ чисто *положительнымъ*, который отстаетъ отъ общихъ началъ свободы распоряженія правами, предоставляемыми дозволительными законами. Поэтому, по отношенію къ нашему юридическому быту, изъ этого закона никакого примѣненія сдѣлаемо быть не можетъ. Но, въ тоже время, было бы крайне странно утверждать, что довѣритель и повѣренный могутъ быть

рыхъ существо не подведено подъ точно опредѣленное юридическое понятіе и которые не имѣютъ спеціальнаго названія.

¹⁾ Stubenrauch, Commentar. къ приведеннымъ въ текстъ §§ австрійскаго кодекса.

²⁾ Mais aucune disposition de la loi, говоритъ французскій кас. сенатъ, ne défend de modifier le contrat de mandat par les conventions particulières; il est donc loisible aux parties de stipuler que la procuration ne pourra être révoquée sans que le mandataire reçoive une indemnité (Laurent, т. 28, № 98). En l'absence d'une convention, говоритъ Лоранъ, le mandant conserve le droit absolu de révocation, sans indemnité aucune (ib. № 99). Такимъ образомъ условіе объ ограниченіи этого права довѣрителя, по мысли Лорана, вполне возможно.

понуждаемы къ *буквальному* выполненію сего условія, т. е., что они могутъ быть принуждаемы судомъ оставаться въ отношеніяхъ довѣренности.

Весь вышеизложенный вопросъ сводится къ тому: какія послѣдствія возникаютъ для сторонъ, вслѣдствіе нарушенія подобнаго условія? Возможно ли принуждать довѣрителя и повѣреннаго исполнять договоръ довѣренности вопреки ихъ желанію?

Вопросъ этотъ получить простое и естественное разрѣшеніе, если вникнемъ въ послѣдствія, которыя влечетъ за собою вообще нарушеніе договора одною изъ сторонъ заключившихъ его.

На основаніи 570 ст. 1 ч. X т. всякій договоръ и всякое обязательство, въ случаѣ неисполненія, производитъ право требовать отъ лица обязавшагося удовлетворенія *во всемъ томъ, что постановлено въ оныхъ*.

Этотъ законъ, можетъ быть правильный съ абсолютной теоретической точки зрѣнія, рѣдко оказывается выполнимымъ на практикѣ. Принудительное *буквальное* исполненіе *всего содержанія* договора возможно лишь въ томъ случаѣ, когда предметомъ онаго служатъ, имѣющіяся въ наличности, индивидуальныя или же точно опредѣленныя замѣнимыя вещи. Совсѣмъ другое, если предметомъ договора служатъ *дѣйствія* лица въ тѣсномъ смыслѣ¹⁾. Понуждать человека къ совершенію цѣлага ряда дѣйствій, на которыя онъ обязался, — дѣло рѣшительно невозможное, неестественное, фактически невыполнимое. Никакой судъ, никакая власть въ мірѣ тутъ ничего подѣлать не могутъ. Всѣ ихъ усилія, въ этомъ отношеніи, ни къ чему не поведутъ. Нельзя понудить архитектора или подрядчика возвести, согласно условію, но помимо желанія, строеніе. Нельзя силою заставить поставщика выполнить взятую имъ поставку (ср. выше, стр. 374 и прим. 1). Тѣмъ менѣе возможно принудительное буквальное исполненіе въ договорахъ личныхъ. Никакими мѣрами не заставишь хозяина, или нанимателя, вопреки желанію, держать слугу или наемника въ теченіи условленнаго времени, а сихъ послѣднихъ оставаться все это время на

¹⁾ Мы говоримъ дѣйствія *въ тѣсномъ смыслѣ* (locatio conductio operarum, seu operis). Въ обширномъ смыслѣ объектомъ договора служатъ *дѣйствія* лица и въ томъ случаѣ, когда оно обязалось доставить извѣстный *предметъ*. *Доставка, дача* (dare) предмета есть то дѣйствіе, къ которому лице обязано.

службъ или на работѣ у хозяина или нанимателя¹⁾). Еще менѣе возможно принудительное буквальное исполненіе договора довѣренности. Договоръ этотъ имѣетъ свою основу исключительно въ довѣрїи одного лица къ уму, познаніямъ и способностямъ другаго. Никакое судебное рѣшеніе не можетъ замѣнить исчезнувшее довѣрїе, составляющее основу, краеугольный камень договора довѣренности.

¹⁾ Любопытнымъ примѣромъ тому, какъ мало возможно въ жизни принудительное исполненіе договора личнаго найма, въ случаѣ его нарушенія, можетъ служить дѣло Эдельштейна съ Меньшовымъ (Систем. Сборн. Книрима и Боровиковскаго, вып. 1, № 160). Мировой судья, разсмотрѣвъ дѣло по иску Николая Эдельштейна объ обязаніи Меньшова отработать должные имъ 262 руб. 50 коп., присудилъ ко взысканію съ Меньшова въ пользу Эдельштейна 249 р. 10 к. сознаннаго первымъ съѣздъ, объясняя, что по заключенному съ Меньшовымъ договору, сей послѣдній обязался все забранное у него *отработать*. Съѣздъ, находя, что *Меньшовъ обязался долгъ свой погасить работою*, опредѣляетъ: *обязать Меньшова признанную имъ за собою сумму 249 р. 10 к. отработать Эдельштейну*. Сенатъ, между прочимъ, нашелъ, что, на основаніи 2239 ст. 1 ч. X т., работникъ, который взялъ впередъ отъ хозяина деньги и не заработалъ ихъ къ сроку по болѣзни, а между тѣмъ не имѣетъ чѣмъ ихъ заплатить, долженъ по выздоровленіи заслужить ихъ и послѣ срока. Точно также работникъ, причинившій хозяину убытокъ и не имѣющій чѣмъ заплатить, долженъ заработать этотъ убытокъ. Такимъ образомъ ст. 2239 вмѣняетъ въ обязанность работнику отработать образовавшійся за нимъ долгъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ не въ состояніи заплатить долгъ деньгами. Поэтому сенатъ нашелъ опредѣленіе съѣзда погасить долгъ Эдельштейну работою неправильнымъ. — И такъ, сенатъ присудилъ съ Меньшова лишь полученные деньги, въ то время когда онъ по договору обязался *отработать* ихъ. Очевидно, что между возвратомъ полученныхъ денегъ и отработкою ихъ—громадная практическая разница. Хозяину нужны не деньги, а именно, выговоренная за нихъ работа. Ст. 2329, 1 ч., X т., очевидно, имѣетъ въ виду тотъ случай, когда не было договора противоположнаго содержанія. Въ настоящемъ же случаѣ, съѣздъ призналъ, что Меньшовъ условился *отработать* занятые деньги. Этотъ вопросъ факта перевершенію сената не подлежалъ. Но сенатъ постановилъ свое рѣшеніе, очевидно, въ томъ сознаніи, что *понудить* человека отработать деньги невозможно. На самомъ дѣлѣ, любопытно было бы знать, какимъ образомъ работникъ, въ случаѣ неимѣнія имъ средствъ къ возврату полученныхъ денегъ, могъ бы быть принужденъ къ исполненію постановленія ст. 2239, 1 ч., X т., *обязать (его) заслуживать* за срокъ столько времени, сколько по свидѣтельству онъ болынымъ находился». Неужели судебный приставъ или полиція будутъ стоять и слѣдить за нимъ во все время его работы? А если онъ откажется работать, если будетъ работать несправно, непрялежно или вообще не такъ какъ нужно, какъ слѣдуетъ?—И такъ постановленіе ст. 2239, 1 ч., X т. принадлежитъ къ числу неосуществимыхъ въ жизни законовъ. О судьбѣ такихъ законовъ, мы говорили выше (стр. 299 и прим. 1, и 309—311 прим. 1). Никакихъ другихъ мѣръ, кромѣ обыкновенныхъ мѣръ взысканія, и вознагражденія за нанесенные убытки, въ подобныхъ случаяхъ, въ жизни и проводимо быть не можетъ.

Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ договоръ, въ случаѣ его принудительнаго выполненія, получаетъ совершенно иную форму, иное направленіе. Индивидуальныя дѣйствія замѣняются вещественными предметами, деньгами¹⁾. Гасеге превращается въ *date*; *pretium transit in locum rei*. Вмѣсто дѣйствій съ лица, нарушившаго договоръ, присуждается потерпѣвшей сторонѣ убытки, вознагражденіе. Съ договоромъ совершается своего рода *novatio necessaria* (вынужденное возобновленіе, видоизмѣненіе).

И такъ, нельзя понуждать довѣрителя оставить у себя на все выговоренное время повѣреннаго, а сего послѣдняго на это время оставаться при дѣлахъ перваго. Но всегда возможно присудить съ лица, нарушившаго договоръ довѣренности, въ пользу потерпѣвшей стороны убытки, вознагражденіе. Вышеизложенный взглядъ австрійскаго кодекса, имѣющій, очевидно, отношеніе къ случаю уничтоженія довѣрителемъ довѣренности и отказа отъ оной повѣреннаго, происшедшихъ при отсутствіи всякаго на этотъ предметъ договора, долженъ быть безспорно примѣняемъ и къ случаю нарушенія, заключеннаго между ними, условія, коими ограничиваются предоставленныя имъ закономъ права относительно довѣренности. Всего легче оказывается принудительное исполненіе подобнаго условія тогда, когда въ немъ, на случай нарушенія, выговорена извѣстная сумма, которую лице, нарушившее договоръ, обязано платить сторонѣ потерпѣвшей. Въ вышеприведенномъ дѣлѣ между Кондыревымъ и Ижевскимъ было условлено, что за уничтоженіе довѣренности до окончанія дѣла о наслѣдствѣ, первый платитъ послѣднему 2000 руб. сер. Эта сумма безусловно должна была быть присуждена Ижевскому съ нарушителя договора, Кондырева. Соображенія по тому дѣлу сената мы находимъ совершенно неправильными.

Всѣ изложенныя соображенія должны получить полное примѣненіе и ко всѣмъ другимъ случаямъ, когда лица, участвовавшія въ договорѣ довѣренности, отказываются отъ какихъ-либо другихъ, предоставленныхъ имъ закономъ, правъ. Такъ, напримѣръ, если довѣритель отказывается отъ права выбрать другаго повѣреннаго и пр.

¹⁾ Ср. Коха Forderungsrecht, § 6.

Что же касается вышеприведенных постановлений саксонскаго, французскаго и итальянскаго кодексовъ, которые отдають предпочтеніе положенію довѣрителя предъ повѣреннымъ, то эти стремленія законодательствъ не могутъ не быть признаны совершенно неосновательными. Конечно участники въ договорѣ довѣренности могутъ выговорить для себя въ условіи какое угодно положеніе. Это дѣло ихъ личнаго усмотрѣнія, ихъ воли, которой никто стѣснять не можетъ. Но законъ рассматриваетъ отношенія участниковъ договора съ объективной точки зрѣнія. Права и интересы этихъ лицъ предъ закономъ одинаковы. Законъ никакой неправомерности тутъ допускать не долженъ. Въ случаѣ нарушенія договора, обѣ стороны, за отсутствіемъ противоположнаго уговора, должны подвергаться одинаковымъ послѣдствіямъ.

Весьма трудный и невыясненный вопросъ заключается въ томъ: вправѣ ли повѣренный требовать вознагражденія, выговореннаго по условію, въ случаѣ уничтоженія довѣрителемъ довѣренности до окончанія порученія ¹⁾?

Тролонъ (№ 652) разрѣшаетъ этотъ вопросъ отрицательно. Онъ говоритъ, что, еслибъ повѣренный имѣлъ право требовать, въ этомъ случаѣ, вознагражденія, то этимъ парализовалась бы свобода довѣрителя на уничтоженіе довѣренности. Этотъ взглядъ, повидимому, отчасти раздѣляетъ и Лоранъ (т. 27, №№ 338 и 340 и т. 28, № 28), хотя онъ сознаетъ затруднительность разрѣшенія этого вопроса и не рассматриваетъ его принципиально.

Намъ кажется, что такое абсолютное разрѣшеніе этого вопроса — дѣло весьма рискованное. Это значитъ поставить повѣреннаго въ полную, безотвѣтственную зависимость отъ произвола, каприза и недобросовѣстности довѣрителя. Повѣренный посвящаетъ порученному ему дѣлу время, труды и несетъ расходы, а довѣритель, предвидя успѣшный исходъ дѣла, подготовленный усилиями повѣреннаго, и не нуждаясь болѣе въ его содѣйствіи, можетъ прекратить довѣренность и этимъ лишить повѣреннаго

¹⁾ Вопросъ этотъ неоднократно возникалъ на практикѣ (70 г., № 363; 71 г., №№ 36 и 676; 76 г. № 699 и др.). Если уничтоженіе довѣренности послѣдовало до начала дѣятельности повѣреннаго, то врядъ ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что онъ не имѣетъ права на выговоренное вознагражденіе (Dalloz, т. 30, Mandat, № 346).

возможности получить за свой трудъ вознагражденіе. Несправедливость эта становится еще болѣе замѣтною въ отношеніи управляющихъ и прикащиковъ. Существованіе этихъ лицъ будетъ находиться въ полной, безусловной зависимости отъ прихоти хозяина ¹⁾).

Мы полагаемъ, что слѣдуетъ прежде всего выдѣлить тѣ случаи, въ коихъ дѣятельность по довѣренности связана съ личнымъ наймомъ (какова дѣятельность управляющихъ, прикащиковъ и пр.). Въ этихъ случаяхъ одно прекращеніе полномочія не можетъ уничтожить силу, заключеннаго между сторонами, условія, такъ какъ дѣйствія по довѣренности и личному найму, въ этихъ случаяхъ, тѣсно связаны и не могутъ быть отдѣляемы одни отъ другихъ; личный же наемъ не можетъ быть прекращаемъ по одному усмотрѣнію хозяина (1 ч. X т. ст. 2236) ²⁾.

Относительно же повѣренныхъ, въ собственномъ смыслѣ, замѣтимъ слѣдующее. Если мы несогласны съ приведеннымъ взглядомъ Тролона, то, въ тоже время, не можемъ согласиться и съ мнѣніемъ тѣхъ юристовъ, которые совсѣмъ отдѣляютъ судьбу условія, заключеннаго между довѣрителемъ и повѣреннымъ, отъ вѣрющаго письма и утверждаютъ, что прекращеніе послѣдняго нисколько не вліяетъ на юридическую силу перваго ³⁾. Предметъ условія—юридическія дѣйствія повѣреннаго. Съ прекращеніемъ вѣрющаго письма, устраняется и объектъ условія. Но безъ пред-

¹⁾ По поводу права довѣрителя уничтожить, по своему усмотрѣнію довѣренность, Лоранъ (т. 25, № 98) говоритъ: il y a des mandataires qui trouvent leurs moyens de subsistance dans les mandats, ou commissions qu'ils accomplissent; il est certain que la revocation d'un commis, qui exerce un mandat, lui cause un préjudice, s'il ne trouve pas immédiatement une autre position; ne serait il pas juste de lui accorder une indemnité?

²⁾ Конечно и въ этихъ случаяхъ можетъ быть иногда признаваемо за хозяиномъ право требовать освобожденія его отъ обязанности по условію, если способность дѣятельности управляющаго и пр. ставитъ перваго въ рѣшительную невозможность оставаться съ нимъ въ отношеніяхъ, установленныхъ условіемъ. Въ этихъ случаяхъ въ иностранномъ правѣ играетъ весьма важную роль внутренняя сторона отношеній (недобросовѣстность, небрежность, dolus, culpa, négligence и пр.; см. ниже, стр. 421 прим. 1) — понятіе, которое совсѣмъ отсутствуетъ въ нашемъ законодательствѣ и развитіе котораго должно быть подготовлено нашею судебною практикою. Подобныя попытки уже и вѣрщаются въ нашей практикѣ (см. дѣло Устинова съ Ганомъ, 71 г., № 946).

³⁾ Это мнѣніе весьма распространено между практиками. Мнѣніе это довольно ясно высказано и въ рѣшеніи сната по дѣлу Стоппевича съ Кругликами (75 г., № 699).

мета условіе существовать не можетъ. Условіе имѣетъ въ виду окончаніе порученія. Но нельзя за неоконченное порученіе требовать вознагражденія, выговореннаго за порученіе вполне оконченное. Довѣрителю не можетъ быть поставлено въ вину то, что онъ самъ устранилъ объектъ условія и лишилъ повѣреннаго возможности окончить порученіе. Онъ не можетъ за это подлежать ответственности, какъ контрагентъ другихъ договоровъ. Довѣритель дѣйствуетъ, въ этомъ случаѣ, по праву, предоставленному ему закономъ. Нельзя лицу ставить въ вину то, что онъ дѣлаетъ съ разрѣшенія самаго закона ¹⁾. Вообще придерживаться разбираемаго мнѣнія юристовъ — значитъ обратиться въ насмѣшку п. 3 ст. 2330 1 ч. X т. по прод. 63 г. На самомъ дѣлѣ, отъ всякаго договора возможно отказаться, если удовлетворить другую сторону выговореннымъ вознагражденіемъ. Какая же особенная выгода выйдетъ для довѣрителя отъ п. 3 ст. 2330, 1 ч. X т.?

Необходимо выяснитъ себѣ логическій смыслъ, цѣль закона, признающаго за довѣрителемъ право прекращать по своему усмотрѣнію довѣренность. Цѣль эта слишкомъ ясна: она заключается *въ огражденіи интересовъ довѣрителя*. Довѣритель не можетъ быть принуждаемъ оставаться въ обязательныхъ отношеніяхъ къ повѣренному, который нарушаетъ его интересы и къ которому онъ не питаетъ довѣрія. *Этою цѣлью должно быть соизмѣряемо право довѣрителя*. Если способъ дѣятельности повѣреннаго даль доврителью серьезный поводъ опасаться за свои интересы, то уничтоженіе довѣренности вполне соответствуетъ мысли и цѣли закона. Но законъ этотъ, никоимъ образомъ, не имѣетъ въ виду потакать своекорыстнымъ и недобросовѣстнымъ стремленіямъ довѣрителей и обратитъ повѣреннаго въ орудіе для ихъ эксплуатаціи. Такимъ образомъ, если уничтоженіе довѣренности вызвано недобросовѣстными побужденіями довѣрителя или полнѣйшимъ произволомъ, неоправдываемымъ потребностями, то оно не можетъ быть признаваемо соответствующимъ *мысли и цѣли* п. 3, ст. 2330, 1 ч. X т. по прод. 63 г. Въ семъ послѣднемъ случаѣ, довѣритель не можетъ быть освобожденъ отъ своихъ обязанностей предъ повѣреннымъ. Словомъ, по нашему мнѣнію, разрѣшеніе выстав-

¹⁾ Celui qui use d'un droit ne fait de tort à personne (Laurent, т. 28, № 97).

леннаго нами вопроса будетъ зависѣть во многомъ отъ данныхъ, индивидуальныхъ обстоятельствъ дѣла ¹⁾. Однообразное, принципальное разрѣшеніе этого вопроса врядъ ли возможно безъ риска столкнуться, въ каждомъ данномъ случаѣ, съ здравымъ смысломъ и правдою, обнаруживаемою обстоятельствами дѣла.

Понятно, что все вышеизложенное должно получить примѣненіе въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣдствія уничтоженія довѣрителемъ довѣренности не предусмотрены въ условіи. Если же въ условіи прямо сказано, что повѣренный сохраняетъ, и въ случаѣ уничтоженія довѣренности, право на полное удовлетвореніе, то нѣтъ основанія отступить отъ этого соглашенія сторонъ. Это признаетъ и Тролонъ (ib.) ²⁾.

¹⁾ Полагаемъ, что этотъ способъ разрѣшенія вопроса вполне соответствуетъ и мысли Лорана, который свой взглядъ основываетъ, именно, на внутренней сторонѣ дѣятельности повѣреннаго. Онъ, именно, говоритъ: *le mandataire ne peut réclamer son salaire quand il est coupable de dol* (т. 28, № 26); *si la révocation (du mandat) a lieu pour cause de négligence, il est certain, que le mandataire ne peut pas réclamer de salaire; то же самое en cas de faute* (ib. № 28). Въ другомъ мѣстѣ (т. 28, № 100) онъ также говоритъ о случаѣ прекращенія довѣренности, вызваннаго фактами «négligence» и «improbité» со стороны повѣреннаго. Онъ, говоря о Лоранѣ, dans l'espèce, la faute est constatée par le fait de la révocation du mandat (ib., № 28), т. е. Лоранъ находитъ, что уничтоженіе довѣрителемъ довѣренности указываетъ на неудовлетворительность дѣйствій повѣреннаго. Но, если обстоятельства доказываютъ, что уничтоженіе довѣренности нисколько не было вызвано способомъ дѣятельности повѣреннаго, а напротивъ, недобросовѣстностію или просто произволомъ довѣрителя? Очевидно, въ этомъ случаѣ и Лоранъ не рѣшится примѣнить выраженный имъ взглядъ. — Отъ внутренней, нравственной стороны дѣятельности повѣреннаго (dol, fraude, négligence) ставить въ зависимость право его на вознагражденіе и Dalloz (т. 30, Mandat, №№ 343, 347 и др.). Повторяемъ, этотъ взглядъ иностраннаго права вполне заслуживаетъ подражанія со стороны нашей судебной практики.

²⁾ Но полагаемъ, что, въ случаѣ явныхъ, вопіющихъ нарушеній повѣренными его обязанностей, довѣритель, съ точки зрѣнія приведеннаго взгляда иностраннаго права (см. предшествующее прим.), можетъ быть освобожденъ отъ платежа выговореннаго вознагражденія и въ томъ случаѣ, если прямо оговорено, что оно имѣетъ мѣсто и не смотря на уничтоженіе довѣренности.

ГЛАВА XXI.

Полномочіе на представленіе имущества залогомъ въ казну.

Procuratio in rem suam въ нашемъ законѣ.—Критическій разборъ ст. 1621, 1 ч. X т.—Срочность довѣренности и срокъ залога имущества.—Нераціональность постановленія второй половины ст. 1621, 1 ч. X т.

Выше (стр. 81) мы говорили, что и въ нашей жизни встрѣчается *procuratio in rem suam* (полномочіе въ интересѣ представителя). Весьма замѣтный примѣръ этого вида полномочія представляетъ собою довѣренность на представленіе имущества въ залогъ по договорамъ съ казною¹⁾. Довѣренность эта имѣетъ въ виду лишь интересъ подрядчика или поставщика, который, въ настоящемъ случаѣ, повѣренный залогодателя. Этою довѣренностію подрядчикъ уполномочивается представить чужое имущество въ залогъ, въ обезпеченіе договора подряда или поставки, заключеннаго имъ съ казною. Такимъ образомъ договоръ довѣренности является въ этомъ случаѣ чѣмъ то принадлежностнымъ, подчиненнымъ главному договору о поставкѣ или подрядѣ, заключенному поставщикомъ или подрядчикомъ съ казною. Обыкновенно въ этомъ случаѣ получаетъ матеріальную выгоду и довѣритель или залогодатель. Онъ, именно, получаетъ отъ подрядчика, за представленіе ему права залога надъ своимъ имуществомъ, извѣстные проценты стоимости этого имущества въ видѣ страховой преміи. Но это сдѣлка совершенно побочная, отдѣльная отъ договора довѣренности. Она обязательна и извѣстна лишь договаривающимся сторонамъ. По отношенію къ третьимъ, стороннимъ лицамъ подрядчикъ является уполномоченнымъ въ своемъ интересѣ.

Съ этимъ видомъ полномочія законъ связываетъ нѣкоторыя

¹⁾ Т. X, ч. 1, ст. 1609 и 1618.

особенности, которыя заслуживаютъ вниманія. Выше (стр. 402 и послѣд.) мы видѣли, что довѣритель имѣетъ по закону право уничтожить довѣренность по своему усмотрѣнію и что она прекращается его смертію. Относительно же разсматриваемаго вида конь постановилъ совершенно противоположное.

Ст. 1621, 1 ч. X т., именно, гласитъ: «Залогодатели не могутъ, ни подъ какимъ предлогомъ, уничтожить данныхъ ими довѣренностей на ихъ залоги, коль скоро оныя уже предъявлены къ торгамъ на подряды; и посему предъявленные довѣренности имѣютъ сохранять дѣйствіе свое до истеченія ихъ срока; равнымъ образомъ, въ случаѣ смерти довѣрителя, наследники его не имѣютъ права уничтожать предъявленныхъ уже обязательствъ въ полномочія затеченія срока въ нихъ постановленнаго».

Эта статья вмѣщаетъ въ себѣ ту характеристическую особенность, которая окрашиваетъ своеобразнымъ цвѣтомъ довѣренность на представленіе имущества залогомъ въ казну и дѣлаетъ ея юридическій характеръ отличнымъ отъ довѣренности вообще. Статья эта достойна подробнаго критическаго разбора.

Укажемъ прежде всего на значительную неточность редакціи этой статьи.

Въ процессѣ заключенія договора подряда или поставки съ казною слѣдуетъ отличить два отдѣльныхъ періода времени: время приготовленія къ заключенію этого договора, предшествующее совершенію самаго договора (время приготовленія къ торгамъ и самое время торговъ) и время, начинающееся съ окончаніемъ торговъ,—моментъ окончательнаго заключенія этого договора.

Къ торгамъ могутъ явиться нѣсколько лицъ, которыя представляютъ залоги или залоговыя свидѣтельства¹⁾; это предварительное представленіе залоговъ имѣетъ въ виду будущее оставленіе подряда за однимъ изъ торгующихся. Заключеніе договора подряда или поставки наступаетъ лишь съ окончаніемъ торговъ или переторжки и слѣдующихъ за этимъ формальностей, т. е. въ то время, когда подрядъ или поставка окончательно признается за лицомъ, предложенія котораго оказались наиболѣе выгодными для интересовъ казны²⁾. Это лицо только и вступаетъ въ до-

¹⁾ 1783, 1833, 1846, 1847, 1852 и 1855 ст. ч. 1 т. X св. гр. зак.

²⁾ Тамъ же ст. 1858—1862, 1865, 1867 и 1868.

говорныя съ казною отношенія ¹⁾. Остальныя затѣмъ лица, явившіяся на торгъ, получаютъ обратно свои залого или залоговыя свидѣтельства.

Какъ ни просто и ясно различіе между двумя указанными моментами времени въ заключеніи договоровъ съ казною — въ ст. 1621, 1 ч. X т. мы встрѣчаемъ ихъ смѣшанными вмѣстѣ.

Чтобы придать больше прочности торгамъ на подряды, законъ постановилъ, что «залогодатели не могутъ ни подъ какимъ предлогомъ уничтожать данныхъ ими довѣренностей на залого, коль скоро онѣ уже *предъявлены къ торгамъ* на подряды», т. е. законъ ограничилъ право уничтоженія довѣренностей временемъ приготовления къ совершенію договора подряда или поставки, временемъ *предшествующимъ моменту заключенія этого договора*. Этимъ запрещеніемъ прекращенія силы довѣренности предварительно заключенія самаго договора подряда или поставки, законъ, какъ мы говорили, имѣлъ въ виду обезпечить будущее оставленіе подряда за однимъ изъ лицъ, явившихся на торги. Иначе могло бы случиться, что подрядъ или поставка останется на торгахъ или на переторжкѣ за однимъ изъ явившихся на торги лицъ, а довѣренность окажется къ тому времени уничтоженною. Но такъ какъ во время производства торговъ, неизвѣстно еще за кѣмъ изъ лицъ, явившихся къ торгамъ, останется подрядъ или поставка, то законъ постановилъ, что *всѣ* довѣренности, предъявленныя къ торгамъ, не могутъ быть уничтожены съ момента ихъ предъявленія. Таковъ смыслъ перваго предложенія 1621 ст. 1 ч. X т.

Но не можетъ быть никакого сомнѣнія въ томъ, что, слѣдующія за этимъ предложеніемъ, слова 1621 ст. «и по сему предъявленныя довѣренности имѣютъ сохранять дѣйствіе свое до истеченія ихъ срока; равнымъ образомъ, въ случаѣ смерти довѣрителя, наследники его не имѣютъ права уничтожать предъявленныхъ уже обязательствъ въ теченіи срока, въ нихъ постановленнаго» — могутъ относиться только ко времени послѣ окончанія торговъ, ко времени, *слѣдующему за моментомъ заключенія договора подряда или поставки*. Иначе будетъ непонятно требованіе закона, чтобы довѣренности сохраняли свое дѣйствіе «до истече-

¹⁾ Тамъ же ст. 1892—1897.

нія ихъ срока». До довѣренностей, которыя *предъявлены* были только къ торгамъ лицами, за которыми поставка или подрядъ не остался и которыя получили, вслѣдствіе этого, довѣренности эти обратно, казнѣ и закону нѣтъ никакого дѣла. Ограничить право уничтоженія довѣренностей, полученныхъ обратно лицами, за которыми подрядъ не остался, истеченіемъ ихъ срока — закону нѣтъ ни повода, ни основанія. Законъ подобнаго, ни на чемъ не основаннаго, запрещенія не могъ никоимъ образомъ имѣть въ виду. Словомъ, мы признаемъ совершенно безспорнымъ, что первое предложеніе 1621 ст. относится ко времени предъявленія довѣренностей къ торгамъ, т. е. ко времени, *предшествующему* моменту заключенія договора подряда, а послѣднія два предложенія этой статьи относятся къ времени, *слѣдующему* за моментомъ заключенія этого договора. Кромѣ того, изъ этого прямо вытекаетъ, что первое предложеніе имѣетъ въ виду довѣренности *всѣхъ лицъ явившихся* къ торгамъ, а послѣднія два исключительно довѣренности того лица или тѣхъ лицъ, *за которыми подрядъ или поставка остался*. Но все это въ ст. 1621 смѣшано вмѣстѣ. Такимъ образомъ статья эта представляетъ собою смѣшеніе двухъ, совершенно отличныхъ одинъ отъ другаго, моментовъ времени въ процессъ заключенія договора подряда или поставки съ казною и двухъ, различающихся одна отъ другой, группъ довѣренностей.

И такъ редакція 1621 ст. 1 ч. X т. должна, по нашему, подлежать коренной, радикальной переработкѣ. Она должна быть раздѣлена на двѣ, совершенно отдѣльныя, самостоятельныя по своему содержанію, статьи. Первая изъ этихъ статей должна относиться къ довѣренностямъ, предъявленнымъ къ торгамъ и должна выразить собою ту мысль, что довѣренности эти не могутъ быть прекращены до времени окончанія торговъ и переторжки или до времени окончательнаго утвержденія подряда или поставки за лицомъ, за которымъ оныя остались на торгахъ. Вторая статья должна относиться къ довѣренностямъ того лица или тѣхъ лицъ, за которыми остался на торгахъ и утвержденъ за тѣмъ подрядъ или поставка.

Такова редакціонная сторона 1621 ст. 1 ч. X т.

Остановимся на приведенныхъ нами послѣднихъ двухъ предложеніяхъ 1621 ст. ч. 1 X т., относящихся, какъ мы сказали,

ко времени, слѣдующему за моментомъ заключенія договора подряда или поставки съ казною, ко времени вступленія въ дѣйствіе и существованія этого договора.

Запрещеніе уничтожить довѣренность, выданную на представленіе имущества залогомъ по договорамъ съ казною «до истеченія ея срока» и постановленіе о продолженіи существованія этой довѣренности и послѣ смерти довѣрителя, есть положительное узаконеніе, составляющее отступленіе отъ указаннаго нами выше начала свободы договора довѣренности, по которому дѣйствіе этого договора прекращается по желанію довѣрителя или повѣреннаго или смертію одного изъ нихъ. Всякое *положительное* узаконеніе имѣть свое логическое основаніе, кроющееся въ потребностяхъ дѣйствительной жизни. Разсмотримъ основанія, на которыхъ зиждется ст. 1621 1 ч. X т. Такъ какъ узаконеніе это находится въ тѣсной связи съ сущностію договора довѣренности на представленіе имущества залогомъ въ казну, то разборъ перваго прямо приведетъ насъ къ критическому анализу и существа сего послѣдняго.

По нашему крайнему разумѣнію, приведенныя нами послѣднія два предложенія 1621 ст. 1 ч. X т., по крайней мѣрѣ въ той формѣ, въ которой они выражены, основаны на простомъ недоразумѣніи и смѣшеніи понятій. Цѣль, которую преслѣдуетъ эта часть 1621 ст. X т., весьма ясна: статья эта, какъ мы говорили, имѣетъ въ виду оградить средства обезпеченія договоровъ съ казною отъ произвола залогодателей: если повѣренный представилъ на извѣстное время имущество другаго лица залогомъ въ казну, то законъ требуетъ, чтобъ собственникъ онаго не могъ на все это время лишить казну заложеннаго имущества. Но для этого вовсе не нужна эта часть 1621 ст. X т. Эта часть 1621 статьи схватываетъ одну внѣшнюю, формальную сторону акта уничтоженія залогодателемъ довѣренности, но не проникаетъ въ его внутренній смыслъ, въ его юридическое значеніе. Какое значеніе имѣетъ уничтоженіе залогодателемъ довѣренности, послѣ представленія имущества *залогомъ* въ казну, когда этимъ своимъ представленіемъ залога въ казну повѣренный *совершилъ уже* то потребное для казны дѣйствіе, на которое онъ уполномоченъ по довѣренности, вслѣдствіе чего дѣйствіе это, на точномъ основаніи 2326, 2334 ст. X т. и прод. къ ней 1863 г., *должно сохранять*

законную силу и послѣ уничтоженія довѣренности? Къ тому, какъ извѣстно, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, обезпеченіемъ договоровъ съ казною служатъ недвижимыя имѣнія. А объ имѣніи имѣется еще въ законѣ отдѣльное постановленіе, которое, какъ общее, должно безспорно имѣть примѣненіе и къ случаю представленія имущества въ залогъ по договорамъ съ казною. Ст. 2334 1 ч. X т., именно, говоритъ: «поселику все, что учинено повѣреннымъ, согласно съ его довѣренностію прежде ея уничтоженія, остается въ своей силѣ, то посему *имѣніе, принятое въ залогъ по довѣренности, остается съ залогомъ, зотя бы впоследствии довѣренность была и уничтожена.*»

Повторяемъ, заложенное имущество необходимо должно оставаться за казною на все время опредѣленное въ довѣренности, помимо всякаго особеннаго на этотъ случай постановленія закона, на точномъ основаніи приведенныхъ нами статей 1 ч. X т., св. гр. зак.; уничтоженіе же залогодателемъ довѣренности послѣ момента заключенія договора подряда или поставки, еслибъ оно и не было запрещено закономъ, не могло бы имѣть на это никакого вліянія. Мы рѣшительнѣйшимъ образомъ утверждаемъ, что уничтоженіе довѣренности на представленіе имущества залогомъ въ казну, когда залогъ этотъ туда уже представленъ въ обезпеченіе состоявшагося договора подряда или поставки, есть формальное дѣйствіе безъ содержанія и безъ всякихъ юридическихъ послѣдствій по отношенію къ имуществу, заложенному въ казну. Къ чему же законодательству запрещать то, что не имѣетъ по себѣ никакого юридическаго значенія?

Точно также нечего опасаться и уничтоженія довѣренности послѣ смерти довѣрителя, наследниками сего послѣдняго, такъ какъ, на точномъ основаніи приведенныхъ и 2330 ст., 1 ч. X т., все сдѣланное повѣреннымъ на основаніи данной ему довѣренности остается въ силѣ и послѣ смерти довѣрителя.

Слѣдуетъ еще замѣтить, что обыкновенно довѣренность на представленіе имущества въ залогъ въ казну содержитъ въ себѣ слѣдующую мысль: *залогодатель довѣряетъ повѣренному представленіе въ казну имущества залогомъ на опредѣленный въ довѣренности срокъ.* Такимъ образомъ содержаніе этой довѣренности составляетъ одно только *порученіе* представить залогъ въ казну; *съ исполненіемъ же этого порученія довѣренность эта, по*

самою сущности дѣла и на точномъ основаніи 1 п. 2330 ст. по продолж., *прекращается сама по себѣ*, въ силу закона и помимо уничтоженія ея довѣрителемъ. Если же довѣренность, и послѣ представленія имущества залогомъ въ казну, формально не уничтожена довѣрителемъ, то существованіе ея въ семь случаевъ есть не легальное, не юридическое, а чисто фактическое¹⁾.

Повторяемъ: не довѣренность эта выдается на извѣстный срокъ, а въ довѣренности опредѣляется, что заложенное имущество можетъ служить на извѣстный срокъ обезпеченіемъ договора заключеннаго съ казною. Такимъ образомъ, съ отдачею этого имущества въ залогъ въ казну, довѣренность на представленіе онаго, съ исполненіемъ сего порученія, составляющаго цѣль и содержаніе ея, *юридически* прекращается; *но имущество, какъ заложенное на основаніи довѣренности, остается, на точномъ основаніи статей св. зак. вышеприведенныхъ, въ обезпеченіе договора съ казною на срокъ, опредѣленный въ довѣренности.*

Въ жизни, эти два рѣзко отличныхъ одно отъ другаго понятія о пространствѣ времени существованія довѣренности на представленіе имущества въ залогъ по договорамъ съ казною и времени, въ продолженіе котораго остается подъ залогомъ заложенное имущество, часто смѣшиваются. И наше законодательство также поддавалось этому смѣшенію понятій. Вотъ почему въ законѣ видна такая неустановленность возрѣвній на этотъ видъ довѣренности: за однимъ правильнымъ понятіемъ слѣдуетъ въ законѣ другое, неправильное. Съ одной стороны законъ самъ правильно характеризуетъ содержаніе этого вида довѣренности выраженіемъ — *«право предъявленія»* (имущества залогомъ въ казну) (ст. 1619), т. е. правомъ на исполненіе этого *порученія*. Далѣе законъ²⁾ го

¹⁾ Эти соображенія имѣютъ лишь отношеніе къ тому случаю, когда довѣренность выдана на представленіе залога въ обезпеченіе *одного опредѣленнаго* подряда или поставки. Если же довѣренность выдана для представленія залога въ обезпеченіе подрядовъ и поставокъ вообще, то, послѣ представленія залога въ обезпеченіе одного подряда или поставки, довѣренность сохраняетъ еще силу и имѣетъ значеніе при представленіи залога въ обезпеченіе другихъ подрядовъ. Но эта возможность дальнѣйшаго пользованія довѣренностью имѣетъ лишь значеніе для однихъ частныхъ контрагентовъ, но отнюдь не для казны. Казнѣ объ этомъ незачѣмъ заботиться. Между тѣмъ, ст. 1621 и др. 1 ч. X т., о коихъ говорится въ настоящей главѣ, имѣютъ въ виду интересы одной казны.

²⁾ Т. X, ст. 1620.

ворить, что никакой залогъ не можетъ служить казнѣ обезпеченіемъ далѣе того срока, который въ довѣренности означенъ. Тутъ срокъ правильно отнесенъ къ заложенному имуществу. Но затѣмъ законъ¹⁾ прибавляетъ, «что *безсрочныя довѣренности* не допускаются». Последнее выраженіе вовсе не соотвѣтствуетъ той цѣли, которую преслѣдуетъ законъ. Для казны важенъ не срокъ, на который выдана довѣренность, а тотъ срокъ, на который дозволено представить *имущество въ залогъ* (см. выше, стр. 99). Эта мысль закона можетъ быть выражена въ слѣдующей формѣ: *довѣренности на отдачу имущества въ залогъ безъ срока запрещаются*. Это выраженіе соотвѣтствуетъ цѣли, которую преслѣдуетъ законодательство. Такое требованіе закона весьма понятно. Еслибъ въ довѣренности не былъ опредѣленъ срокъ, на который дозволяется отдать имущество въ залогъ, то залогодатель, какъ собственникъ, вправѣ былъ бы потребовать во всякое время обратно свое имущество и этимъ поколебать прочность договоровъ частныхъ лицъ съ казною.

Послѣ всего изложеннаго, считаемъ себя вправѣ утверждать, что, какъ съ точки зрѣнія взгляда закона на довѣренность на отдачу имущества въ залогъ по договору съ казною, такъ и съ точки зрѣнія нами изложеннаго взгляда на этотъ видъ довѣренности, послѣднія два предложенія 1621 ст. оказываются совершенно излишними. Въ первомъ случаѣ эта часть 1621 ст. запрещаетъ то, что само по себѣ не имѣетъ никакого юридическаго значенія; во второмъ случаѣ, она запрещаетъ прекратить довѣренность *на самомъ дѣлѣ юридически вовсе не существующую*.

Если же законодательство наше, слѣдуя взгляду о продолженіи существованія довѣренности и послѣ отдачи имущества въ залогъ, въ огражденіе интересовъ казны отъ всякихъ могущихъ возникнуть недоразумѣній примѣнителей закона, считало нужнымъ повторить то, что само собою ясно вытекаетъ изъ смысла общихъ постановленій закона о довѣренности, — то оно должно было въ этомъ случаѣ основываться именно на этихъ общихъ постановленіяхъ и притомъ выразить вовсе не ту мысль, которая теперь проведена въ послѣднихъ двухъ предложеніяхъ 1621 ст. Въ этомъ случаѣ послѣднія два предложенія 1621 ст. должны

¹⁾ Тамъ-же.

были, именно, выразить слѣдующую мысль: такъ какъ, на основаніи 2326, 2334 ст. X т. и продолж. ея, дѣйствія повѣреннаго, совершенныя имъ до прекращенія довѣренности, сохраняютъ свою силу и послѣ ея прекращенія, то имущество, представленное въ залогъ по договорамъ съ казною, остается въ залогъ на срокъ, на который оно было представлено повѣреннымъ, *еслибъ даже довѣренность была уничтожена и раньше этого срока.*

Съ точки же зрѣнія нами изложеннаго взгляда на разсматриваемую довѣренность, послѣднія два предложенія 1621 ст., еслибъ въ нихъ оказалась необходимость, должны были бы получить редакцію слѣдующаго рода: *хотя довѣренность прекращается вмѣстѣ съ представленіемъ имущества въ казну; но имущество сіе остается въ залогъ на срокъ, означенный въ довѣренности* ¹⁾.

¹⁾ Считаю нужнымъ замѣтить, что, не смотря на то, что мы указали на различіе между понятіями о вѣрующемъ письмѣ и договорѣ довѣренности (стр. 80 и послѣд.), намъ не рѣдко приходится употреблять выраженіе «довѣренность» вмѣсто «вѣрующее письмо». Это потому, что законъ и практика не строго отличаютъ эти выраженія. Практикѣ предстоитъ провести въ будущемъ строгую разграничительную линію между этими понятіями.

ГЛАВА XXII.

Разборъ ученій о существѣ представительства нѣмецкихъ юристовъ.

Теорія Шёрла, Кунце и Шотта.

Чтобы не обременить читателей разборомъ множества различныхъ воззрѣній юристовъ на ученіе о представительствѣ въ началѣ нашего изслѣдованія, когда самое ученіе нами не было еще выяснено, мы опустили разборъ ученій о представительствѣ нѣкоторыхъ германскихъ юристовъ. Теперь, когда ученіе о представительствѣ уже выяснено нами, по мѣрѣ силъ и возможности, считаемъ возможнымъ, для библиографической полноты, восполнить въ немногихъ словахъ этотъ пробѣлъ. Скажемъ нѣсколько словъ о теоріи Шёрла ¹⁾ и Кунце ²⁾. Къ взгляду этихъ юристовъ могутъ быть отчасти отнесены и мысли, высказанныя нами по поводу ученія Пухты (стр. 12—14), которое мнѣнія этихъ ученыхъ только развиваютъ и нѣсколько переинтерпретируютъ. Но это развитіе мысли Пухты ведетъ въ ученіяхъ этихъ юристовъ къ тому, что теорія представительства выходитъ у нихъ въ совершенно превратномъ видѣ. Представитель и лицо представляемое обмѣниваются у нихъ своими ролями. Главнымъ, даже исключительнымъ, участвующимъ въ юридическихъ отношеніяхъ, вытекающихъ изъ представительства, дѣятелемъ является, по ихъ ученію, представитель; лицо же представляемое у нихъ что то второстепенное, побочное. Все наше разсужденіе о представительствѣ служить опроверженіемъ этихъ ученій.

¹⁾ Zur Verhandlung über die Mitwirkung и проч., во второй книг. журнала Игеринга Jahrbücher für die Dogmatik и пр.

²⁾ Die Obligation und Singular-accession.

Шёрль, именно, признаетъ представителя исключительно обязаннымъ, въ случаѣ, если третье лицо только къ нему ищетъ довѣрія; если же оно довѣряетъ лицу представляемому, то представитель *преимущественно* (principaliter) обязанъ! Въ этомъ мнѣнн Шёрла формализмъ Пухты доведенъ до своего апогея. Намъ рѣшительно непонятно, какой смыслъ имѣетъ довѣрие къ лицу, которое—какъ третьему лицу хорошо извѣстно—причастно юридическому отношенію одною моментальною посредническою дѣятельностію, послѣ которой оно становится совершенно чуждымъ, постороннимъ дѣлу, безусловно оставляя мѣсто лицу представляемому, которое и остается исключительно участникомъ отношенія? Какимъ образомъ представитель можетъ быть преимущественно, даже исключительно (точно лица представляемаго и не существуетъ!) обязаннымъ, когда оба контрагента, какъ это вытекаетъ изъ смысла сдѣлки, имѣютъ лишь въ виду лицо представляемое? Если третье лицо знаетъ и видитъ въ лицѣ, съ которымъ ведетъ переговоры, только выразителя *чужой* воли, *чужаго* желанія, то простѣйшая логика, простой разумъ, непоколебимо говоритъ, что единственнымъ участникомъ сдѣлки становится лицо представляемое, какого бы о немъ мнѣнн ни было третье лицо. Если третье лицо вступаетъ, при посредствѣ представителя, съ лицомъ представляемымъ въ юридическія отношенія, то онъ этимъ самымъ выражаетъ свое довѣрие къ послѣднему. Если третье лицо не ищетъ довѣрія къ лицу представляемому, то пусть не вступаетъ въ сдѣлки съ представителемъ его. Дѣло не въ одной волѣ и желанія третьяго лица. Вся суть въ основной мысли, въ юридическомъ характерѣ всего отношенія представительства, въ томъ направленн, которое имѣетъ воля всѣхъ лицъ, участвующихъ въ этомъ отношенн и о которомъ мы говорили выше. Ученн, проповѣдуемое Шёрломъ, есть, по нашему, не представительство, а скорѣе солидарное обязательство, въ которомъ представитель оказывается еще *преимущественнымъ* участникомъ—словомъ, нѣчто въ родѣ самодѣльнаго поручительства. Что и говорить о томъ случаѣ представительства, когда представитель является, по ученн Шёрла, *исключительнымъ* отвѣтственнымъ лицомъ! Въ этомъ случаѣ смыслъ представительства, по нашему, совершенно искаженъ.

Если Шёрль, различая, подобно Пухтѣ, представителя при

правѣ вещномъ и обязательственнымъ, мотивируетъ свое мнѣнн, въ отношенн послѣдняго, тѣмъ, что въ договорномъ обязательствѣ контрагентъ самъ создаетъ «правовой объектъ и при томъ не видимый, внѣшннй, а субъективное, личное правовое отношенн», и что поэтому личность представителя, какъ юридическаго дѣятеля въ договорѣ имъ устанавливаемомъ, не можетъ быть выдѣлена изъ состава сего послѣдняго,—то это намъ кажется одною перифразировкою понятія Пухты объ индивидуальности договорныхъ отношенн, и намъ остается сослаться на нами прежде указанное недоразумѣнн, которое лежитъ въ основѣ этого взгляда. Не мѣшаетъ еще прибавить, что, проповѣдуя подобное ученн о представительствѣ, Шёрль дѣлаетъ, по отношенн къ этому вопросу, претензію на мѣсто естествоиспытателя и говорить, что, откладывая всторону Corpus juris, онъ свое положенн выводитъ изъ природы отношенн!...

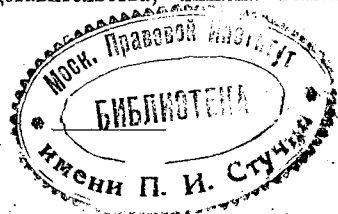
Всѣ эти соображенія могутъ быть отнесены и къ ученн Кунце, у котораго представительство принимаетъ видъ корреляльнаго обязательства (стр. 272 и 290), даже акцессарнаго, въ которомъ принадлежностнымъ участникомъ является лицо представляемое. Представительство является еще, по ученн Кунце, сложнымъ обязательствомъ (стр. 268), корнемъ, основою котораго является, ни болѣе ни менѣе, обязательственное отношенн представителя къ третьему лицу! Каждому, прочитавшему наше изслѣдованн, не трудно будетъ оцѣнить достоинство этого, взлѣяннаго и сильно любимаго Кунце, понятія о Stamm- и Zweigobligation, когда самъ Кунце, вынужденный вѣроятн сознаннемъ практическихъ потребностей, признаетъ, неизвѣстно, впрочемъ, на какомъ логическомъ и юридическомъ основанн, что представитель, послѣ заключенія имъ какого либо юридическаго отношенія съ третьимъ лицомъ, лишается права требованія, взысканія и, съ своей стороны, освобождается отъ всякаго иска по обязательству (стр. 289, 291)—и все это остается исключительно за лицомъ представляемымъ (стр. 268 и 269)! Что же это за договорное отношенн представителя (и еще главное, основное!) безъ правъ и обязанностей, безъ всякихъ признаковъ жизни и движенія? Такое обязательство имѣетъ своимъ основаннемъ не жизнь съ ея потребностями, а единственно книгу Кунце...

Вообще книга Кунце объ обязательствахъ и сингулярсукцессии,

содержа въ себѣ мѣстами не мало тонкихъ юридическихъ мыслей, представляетъ собою, относительно цѣлостной разработки предмета, замѣчательный образецъ туманной, философствующей бредни, лишенной реальной, практической почвы.

Сильно отвывается философіею Кунце и ученіе о представительствѣ Германа Шотта ¹⁾. Онъ говоритъ, что договорныя отношенія, устанавливаемыя представителемъ, составляютъ его *собственныя* отношенія; но, въ то же время, они *непосредственно* переходятъ на лице представляемое. Эти два противорѣчивыя и несомѣстимыя понятія Шоттъ находитъ возможнымъ примирить слѣдующимъ образомъ. Въ силу своего договорнаго или законнаго полномочія, говоритъ онъ, представитель имѣетъ свободу воздѣйствія на опредѣленную область правъ и обязанностей лица представляемаго. Въ предѣлахъ этой области первый дѣйствуетъ какъ субъектъ правъ и обязанностей, принадлежащихъ послѣднему. Поэтому, хотя договорныя отношенія, какъ созданныя волею представителя, связаны съ его личностію, но, такъ какъ предметъ оныхъ касается сферы правъ и обязанностей лица представляемаго, то послѣдствія сихъ отношеній исключительно и непосредственно переходятъ на сего послѣдняго. И такъ, *договорныя отношенія* связаны съ личностію представителя, а *послѣдствія* оныхъ съ лицомъ представляемымъ—философія неудобопереваримая! Врядъ ли Шоттъ въ состояніи будетъ доказать, какъ могутъ быть въ жизни отдѣляемы юридическія отношенія отъ ихъ послѣдствій и гдѣ между ними точная, разграничительная линія?...

Къ чему же вся эта софистика, которая, противорѣча существу и логикѣ представительства, лишена всякой реальной, жизненной основы ²⁾?



¹⁾ Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, стр. 72—74.

²⁾ Разборъ взгляда Теля. см. Нерсесова, стр. 107—110.

О П Е Ч А Т К И.

СТРАИ.	СТРОКА.	НАПЕЧАТАНО:	СЛѢДУЕТЪ ЧИТАТЬ:
13	11 сверху	такому лицу	такое лице
128	10 снизу	которая	которой
140	20 сверху	прокурора	прокура
150	19 сверху	« <i>снарядъ</i> »	« <i>снарядъ</i> »
158	1 снизу	gergere	gerit
244	16 снизу	въдываніе	завѣдываніе
274	5—6 сверху	отсутствующаго лица	лице отсутствующаго
279	2 сверху	санціонировать	санкціонировать
322	14 сверху	alia	alios