ПОНЯТІЕ

ДОБРОВОЛЬНАГО ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА

ВЪ

ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ

Н. НЕРСЕСОВА.

МОСКВА

1878

ПОНЯТІЕ

ДОБРОВОЛЬНАГО ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА

ВЪ

ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ

Н. НЕРСЕСОВА.

МОСКВА

1878

Типо-Литографія И. И. Смирнова, Кудрино соб. д.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

„Niemand ist für sich allein da, Jeder ist zugleich für Andere, sagen wir: für die Welt da".

Jhering, Der Zweck im Recht, I. гл. 6, стр. 86.

Институтъ добровольнаго представительства имѣетъ громадное значеніе для промышленнаго оборота, давая возможность правоспособному лицу расширять свою юридическую дѣятельность. При посредствѣ этого института юридическая личность человѣка переходитъ за предѣлы, очерченные его физической природой. Съ помощію добровольнаго представительства одно и то же лице можетъ одновременно вступать въ юридическія отношенія съ различными лицами, совершать нѣсколько сдѣлокъ, по которымъ оно одно будетъ считаться юридическимъ субъектомъ. Очевидно, что такое юридическое понятіе можетъ возникнуть только въ развитомъ гражданскомъ оборотѣ и въ эпоху болѣе или менѣе развитаго юридическаго состоянія. Тамъ, гдѣ предѣлы гражданскаго оборота ограничиваются семьей или родомъ, когда потребности отдѣльныхъ лицъ удовлетворяются результатами ихъ собственной дѣятельности, или—

членовъ семьи, не можетъ рождаться идея добровольнаго представительства, такъ какъ нѣтъ практической надобности въ немъ. Съ другой стороны первоначальная эпоха правоваго состоянія характеризуется строгимъ формализмомъ, вызываемымъ стремленіемъ къ пластичному и конкретному міровоззрѣнію, свойственнымъ младенческому періоду человѣческаго ума. Указанный формализмъ въ правѣ, состоявшій въ торжественныхъ словахъ и обрядахъ, которыми сопровождалось совершеніе юридическаго акта, требовалъ необходимо присутствія юридическаго субъекта, т. е. лица, которое должно было пріобрѣтать права и обязанности изъ даннаго акта. Съ подобнымъ требованіемъ правоваго формализма не могла быть совмѣстима идея прямаго, непосредственнаго, добровольнаго представительства.

По мѣрѣ того, какъ съ одной стороны гражданскія отношенія дѣлались разнообразными, сложными, увеличивались потребности людей, а съ другой— право освобождалось отъ формализма, какъ необходимаго условія своего существованія, стала ощущаться потребность въ пользованіи юридическими услугами постороннихъ лицъ. Такое направленіе должно было повести къ созданію института добровольнаго представительства.

Представительство, такимъ образомъ, является институтомъ, въ которомъ выражается общественное

значеніе человѣка — служить интересамъ другихъ, тѣмъ болѣе, что этимъ обусловливается и личный интересъ. Если вообразить себѣ такое состояніе, въ которомъ каждый исключительно занимается въ своей дѣятельности безъ всякаго отношенія къ другимъ лицамъ, то подобное состояніе человѣчества было бы очень близко къ животному міру. Только при совокупной дѣятельности людей и при оказываніи взаимныхъ услугъ достигается общественное благо, которымъ пользуется и отдѣльное лице.

Въ представительствѣ проявляется и другая не менѣе важная сторона: предпочтеніе интересовъ общества интересамъ частныхъ лицъ. Представительство характеризуется главнымъ образомъ объективнымъ моментомъ, т. е. оно имѣетъ значеніе для третьихъ, которыя чрезъ посредство этого института вступаютъ въ прямыя юридическія отношенія съ представляемымъ. Эта сторона представительства все болѣе и болѣе получаетъ развитіе въ виду своей цѣлесообразности, такъ что въ настоящее время почти заслонила собой внутреннюю, субъективную сторону, т. е. взаимныя правовыя отношенія между представляемымъ и представителемъ. Внутренняя сторона представительства не обусловливаетъ непремѣнно и внѣшнюю; другими словами—правовыя послѣдствія, возникающія изъ сдѣлки, заключенной на основаніи представительнаго полномочія, не за-

висятъ отъ юридическихъ отношеній представляемаго и представителя, или, говоря юридическимъ языкомъ, представительное полномочіе не зависимо отъ своей causa. Дано ли полномочіе въ собственномъ интересѣ представителя или самого принципала, это не вліяетъ на отношенія къ третьимъ лицамъ, обязаннымъ дѣйствовать только на основаніи содержанія представительнаго полномочія. Мало того, если даже легитимаціонный актъ, свидѣтельствующій о полномочіи, перешелъ въ руки представителя помимо воли принципала, посредствомъ преступнаго дѣйствія или находки, тѣмъ не менѣе третье лице, вступившее bona fide съ такимъ представителемъ въ сдѣлку, имѣетъ право привлекать къ отвѣтственности самого принципала. Если приходится дѣлать выборъ между интересами частнаго лица и цѣлаго общества, хотя бы въ лицѣ отдѣльныхъ членовъ его, то не можетъ быть колебанія относительно того, кому изъ нихъ дать предпочтеніе. Представительство именно основано на идеѣ предпочтенія общественнаго интереса предъ частнымъ.

Въ настоящемъ изслѣдованіи мы поставили себѣ задачей выяснить общее понятіе добровольнаго представительства, дать этому институту юридическое обоснованіе, чѣмъ должно обусловливаться правильное разрѣшеніе всякихъ трудностей и недоумѣній, вытекающихъ изъ представительныхъ отношеній. Для дости-

женія указанной цѣли мы нашли раціональнымъ обратиться прежде всего къ сравненію института представительства съ другими аналогическими юридическими понятіями. При этомъ мы нѣсколько уклонялись отъ прямой задачи, отъ предмета нашего изслѣдованія, останавливаясь болѣе, чѣмъ это слѣдовало бы, на опредѣленіи понятій нѣкоторыхъ изъ сравниваемыхъ нами юридическихъ институтовъ; но такое уклоненіе оправдывается еще не вполнѣ установившимся понятіемъ ихъ въ западной юридической литературѣ, не говоря ужъ о нашей, въ которой почти не касались этихъ институтовъ. Такому сравненію посвящена вся первая глава нашей книги. На основаніи данныхъ, добытыхъ въ первой главѣ, мы нашли возможнымъ опредѣлить во второй институтъ добровольнаго представительства и установить надлежащее понятіе его; наконецъ, въ третьей главѣ мы показали отношеніе положительнаго права къ изслѣдуемому нами институту, при чемъ бо́льшее мѣсто удѣлено римскому праву, въ которомъ этотъ институтъ не получилъ правовой санкціи, а изъ новыхъ законодательствъ мы остановились только на германскомъ, французскомъ и русскомъ.

Глава I.

Подъ представительствомъ въ частномъ правѣ разумѣется совершеніе однимъ лицомъ—представителемъ, отъ имени другаго—принципала, юридической сдѣлки, изъ которой возникаютъ непосредственно права и обязанности только для этого послѣдняго. Правовымъ основаніемъ, въ силу котораго представитель замѣняетъ юридически личность представляемаго въ имущественномъ оборотѣ, можетъ быть или предписаніе закона, судебное рѣшеніе, правительственное распоряженіе, или же воля представляемаго лица. Къ представителямъ по первому основанію принадлежатъ: отцы [1]), по нѣкоторымъ законодательствамъ, относительно имущества, принадлежащаго ихъ малолѣтнимъ дѣтямъ; правители юридическихъ лицъ, представительное полномочіе которыхъ устанавливается обыкновенно самимъ уставомъ; опекуны [2]), назначенные правительственными учрежденіями къ имуществу малолѣтняго или безумнаго; ликвидаторы торговыхъ товариществъ, въ томъ числѣ и акціонерныхъ компаній, назначенные по судебному опредѣленію или по распоряженію правительственнаго учрежденія. Мы ограничиваемся приведенными примѣрами, такъ какъ не намѣрены

---

[1]) Саксонское уложеніе § 1821; ст. 180, 226 X. т. ч. I. св. зак.

[2]) Ст. 231 X. т. ч. I.

исчерпать всевозможные виды представительныхъ полномочій, основанныхъ не на волѣ лица представляемаго. Спеціальную задачу нашего изслѣдованія составляетъ тотъ видъ представительства, который основанъ на волѣ лица представляемаго и извѣстенъ въ положительныхъ законодательствахъ подъ именемъ договора порученія [3]), полномочія [4]) или довѣренности [5]). Эту форму представительства, въ отличіе отъ указанныхъ выше, можно назвать добровольнымъ или, вѣрнѣе, договорнымъ представительствомъ. Такъ какъ мы имѣемъ въ виду установить общее понятіе этого юридическаго института, то для достиженія означенной цѣли находимъ вполнѣ раціональнымъ опредѣлить мѣсто договорнаго представительства въ области другихъ схожихъ съ нимъ юридическихъ институтовъ, указывая на характеристическіе признаки послѣднихъ, въ отличіе отъ перваго. Путемъ такого отрицательнаго логическаго пріема мы можемъ придти къ положительному опредѣленію изслѣдуемаго нами юридическаго института.

§ 1. Отличіе представительства отъ фактическаго соучастія.

Институтъ представительства указываетъ на болѣе или менѣе развитое состояніе имущественнаго оборота—осложненіе и разнообразіе юридическихъ отношеній. Возникновеніе его обусловливается тѣмъ общимъ положеніемъ, что человѣкъ не можетъ довольствоваться своими собственными дѣйствіями, а потому прибѣгаетъ къ услугамъ постороннихъ лицъ. Эта же

---

[3]) Code civil, art. 1984.

[4]) Прусское земское уложеніе, ч. I., титулъ XIII; австрійское гражданское уложеніе, ч. II. отдѣлъ XXII.

[5]) X. т. ч. I. св. зак., кн. IV., разд. VI., гл. II.

причина породила и множество формъ пользованія однимъ лицомъ услугами другаго, которыя неправильно называются на разговорномъ языкѣ также представительствомъ. Даже нѣкоторые изъ ученыхъ юристовъ понимаютъ представительство въ такомъ обширномъ и неопредѣленномъ смыслѣ, какъ напримѣръ Бринцъ и Виндшейдъ. Первый [6]) изъ нихъ опредѣляетъ представительство «als Vollführung fremder Geschäfte, nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach», такъ что, по его мнѣнію, и поденщикъ, работающій на чужой землѣ, считается представителемъ нанимателя [7]). Второй [8]) говоритъ: «Stellvertretung liegt überall da vor, wo Jemand statt eines Andern handelt». Но представительство въ такомъ обширномъ смыслѣ, какъ понимаютъ его вышеприведенные два юриста, не есть понятіе юридическое и не можетъ быть предметомъ юридическаго анализа, или, вѣрнѣе, подъ такое неопредѣленное понятіе подойдутъ различныя по своей природѣ отношенія. Такъ называемое фактическое представительство [9]),

---

[6]) Kritische Blätter, № 2, стр. 4.

[7]) Тамъ-же, стр. 5.

[8]) Pand. (3 изд.) § 73 n° 2.

[9]) Считаемъ необходимымъ замѣтить, что въ нашей юридической литературѣ употребляется терминъ—фактическое представительство въ смыслѣ Negotiorum gestio; впервые установилъ его у насъ Гордонъ (см. его изслѣдованіе о представительствѣ въ гражданскомъ правѣ, помѣщенное въ Журналѣ министерства юстиціи за 1867 годъ, т. 31, стр. 260, а также послѣдующія его статьи по этому вопросу). Но, во первыхъ, этотъ терминъ не замѣняетъ вполнѣ Negotiorum gestio, которая можетъ проявиться не только въ формѣ прямаго представительства, но и порученія (закрытаго представительства)—(см. ниже, настоящую главу § 7); во вторыхъ, онъ можетъ ввести въ заблужденіе относительно характера дѣятельности представителя; другими словами—можно подумать, что дѣйствія такого представителя имѣютъ чисто фактическое свойство, то есть не воспроизводятъ никакихъ правовыхъ послѣдствій.

гдѣ дѣйствія одного лица воспроизводятъ для другаго одни только фактическія послѣдствія, характеризуется по преимуществу внутренними отношеніями между этими двумя лицами, а представительство, какъ юридическое понятіе, имѣетъ значеніе по своей внѣшней сторонѣ, т. е. для третьихъ лицъ, которыя чрезъ представителя вступаютъ въ юридическія отношенія съ самимъ принципаломъ. Фактическое представительство является естественнымъ послѣдствіемъ всякаго общежитія, поэтому для своего существованія оно не нуждается въ особой санкціи положительнаго права. Между тѣмъ юридическое представительство, будучи уклоненіемъ отъ естественнаго порядка вещей, по которому сдѣлка воспроизводитъ правовыя послѣдствія только между непосредственными соучастниками ея, можетъ существовать лишь по признаніи его положительнымъ правомъ.

Впрочемъ въ настоящее время Бринцъ и Виндшейдъ въ вопросѣ о понятіи представительства примкнули къ господствующему ученію. Это явствуетъ изъ того, что первый въ своихъ пандектахъ [10]) опредѣляетъ представительство, какъ вмѣшательство въ чужія юридическія сдѣлки *). Второй же ученый въ послѣднемъ (4-мъ) изданіи своихъ пандектъ [11]) прямо отказался отъ своего прежняго мнѣнія, по которому понятіе представительства могло быть относимо и къ личному найму.

Юридическій характеръ дѣятельности представителя отличаетъ изслѣдуемый нами институтъ отъ различныхъ видовъ

---

[10]) См. первое изданіе, стр. 1594.

*) (Intervention in fremden *Rechtsgeschäften*, bei welchen der Intervenient das Geschäft erklärtermassen anstatt eines Andern und nur für oder wider diesen verrichtet haben will, und so dann auch mit der Wirkung verrichtet, als ob dieser selbst gehandelt hätte).

[11]) § 73, № 2.

фактическаго соучастія при заключеніи сдѣлокъ. Нерѣдко случается, что совершающій юридическую сдѣлку пользуется для этого чисто фактическими услугами стороннихъ лицъ, такъ напр. передаетъ черезъ ихъ посредство свою волю (per nuntium); объявляетъ ее при помощи лицъ, которыя подписываются за него или облекаютъ съ его словъ сдѣлку въ письменную форму; получаетъ, или же передаетъ черезъ стороннихъ лицъ вещь, составляющую предметъ заключаемой имъ юридической сдѣлки; или же фактическіе соучастники выражаютъ волю контрагента на другомъ языкѣ (переводчикъ) и т. п.

Въ чемъ же заключается характеристическій признакъ фактическаго соучастія вообще? Іерингъ [12]) выводитъ понятіе фактическаго соучастія въ противоположность юридическому, въ томъ числѣ и представительству, изъ отличія юридическаго дѣйствія, которое только производитъ правовыя послѣдствія, отъ фактическаго; при чемъ онъ и въ юридическихъ дѣйствіяхъ отличаетъ специфически-юридическій элементъ отъ чисто-фактическаго. Первый составляетъ, по мнѣнію Іеринга, зародышъ, ядро, небходимое условіе юридической сдѣлки, а второй безразличенъ для существа ея. Соучастіе, относящееся только къ этому послѣднему элементу въ сдѣлкѣ, называется фактическимъ.

Положеніе, что во всякомъ юридическомъ актѣ слѣдуетъ отличать фактическій и правовой элементъ, врядъ ли можетъ подлежать сомнѣнію; но опредѣленіе этихъ двухъ элементовъ Іерингомъ не отличается особенной точностью, что было указано Унгеромъ [13]) и Лабандомъ [14]).

---

[12]) Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte въ его Jahrbücher, Bd. 1, ст. 274 и слѣд.

[13]) См. его System des Oesterreichischen Privatrechts. (3 изд.) II, § 90, № 3

[14]) «Die Stellvertretung nach D. H. G. B.» въ журналѣ Гольдшмита «Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht». Bd. X., стр. 189 и слѣд.

Въ самомъ дѣлѣ, чисто-фактическія отношенія пріобрѣтаютъ при извѣстныхъ условіяхъ юридическій интересъ, и на оборотъ, необходимый юридическій элементъ сдѣлки можетъ превратиться въ фактическое отношеніе. Напр. воля, считающаяся необходимымъ юридическимъ элементомъ для сдѣлки, будучи выражена не въ надлежащей формѣ, теряетъ юридическій интересъ и становится фактическимъ явленіемъ; на оборотъ, дѣятельность писца, написавшаго духовное завѣщаніе, для котораго письменная форма составляетъ необходимое условіе, или дѣятельность посыльнаго, передающаго другому контрагенту волю своего принципала, является необходимымъ элементомъ даннаго юридическаго акта, хотя дѣйствія этихъ лицъ не суть юридическія, а чисто-фактическія. Гораздо вѣрнѣе будетъ основывать указанное отличіе на волѣ лица дѣйствующаго, т. е. на волѣ соучастника, составляющей внутренній моментъ, съ которымъ внѣшнее дѣйствіе органически связано [15]). Всякое дѣйствіе, какъ скоро оно составляетъ внѣшнее проявляніе воли самого дѣйствующаго и направлено на измѣненіе правоотношеній, становится юридическимъ [16]). Если же дѣйствіе, хотя и обусловливается желаніемъ его виновника, но составляетъ лишь выраженіе воли другаго лица (принципала, dominus'a), то оно будетъ фактическимъ. На этомъ основаніи дѣятельность соучастника при заключеніи юридической сдѣлки будетъ фактическая не потому, что его дѣйствія не имѣютъ необходимаго юридическаго значенія для данной сдѣлки, какъ говоритъ Іерингъ, а потому, что оно составляетъ выраженіе воли не самого соучастника, а настоящаго субъекта сдѣлки.

Различные виды фактическаго соучастія можно подвести подъ слѣдующія главныя формы: 1) Соучастіе для заключенія

---

[15]) Laband, ibid. ст. 192.

[16]) Виндшейдъ, Pand. I. § 70.

юридической сдѣлки, проявляющееся въ видѣ совѣта или внѣшняго формулированія данной сдѣлки (словесно или письменно) [17]. Самая сдѣлка возникаетъ лишь послѣ объявленія воли принципала въ надлежащей формѣ. До этого момента, несмотря на проявленіе фактическаго соучастія, сдѣлка въ юридическомъ смыслѣ признается не существующей. Къ подобному фактическому соучастію принадлежитъ дѣятельность юриста для облеченія юридическаго акта въ надлежащую форму; посредника (маклера), подготовляющаго заключеніе сдѣлки, которая совершается самими контрагентами [18]; дѣятельность юрисконсульта въ различныхъ присутственныхъ мѣстахъ и т. п.

2) Соучастіе для исполненія заключенной уже юридической сдѣлки. Оно проявляется обыкновенно въ видѣ совершенія различныхъ чисто фактическихъ услугъ, согласно волѣ принципала. Подъ эту категорію можно подвести дѣйствіе лица, вручающаго вещь ея пріобрѣтателю по порученію отчуждающаго; дѣйствіе сидѣльца въ магазинѣ, уносящаго или приносящаго по приказанію хозяина извѣстную вещь; лица, производящаго уплату указаннаго ему количества денегъ, вѣшающаго товаръ, составляющій предметъ сдѣлки, и т. п.

3) Соучастіе для надлежащаго выраженія во внѣ воли принципала. Къ такимъ соучастникамъ принадлежатъ: переводчикъ,

---

[17]) Gareis „Die Verträge zu gunsten Dritter“, (Ст. 4) называетъ такое соучастіе соучастіемъ при концепціи юридической сдѣлки.

[18]) Не представляется надобности выдѣлять посредниковъ въ особую группу, какъ это дѣлаетъ Gareis (тамъ-же, стр. 6), такъ какъ все отличіе ихъ отъ другихъ, указанныхъ въ текстѣ фактическихъ соучастниковъ, заключается въ томъ, что послѣдніе, говоря словами Gareis'а, пособляютъ при заключеніи юридической сдѣлки только одной сторонѣ, а первые—обѣимъ сторонамъ. См. Zimmermann—„Die stellvertretende negotiorum gestio“, ст. 16 и 14.—Laband—указ. соч. ст. 123 и Унгеръ—ст. 129 вовсе не причисляютъ маклеровъ къ соучастникамъ вообще.

лица, призываемыя для письменнаго изложенія даннаго юридическаго акта, когда это не предписывается, какъ essentialia negatii, самимъ закономъ. Самый важный видъ этого соучастія составляетъ передача объявленія воли одного контрагента отсутствующему другому. Сюда относится дѣятельность почтовыхъ, телеграфныхъ учрежденій и вообще — посыльныхъ (nuntius), составляющихъ типъ этого класса фактическаго соучастія.

Всѣ упомянутыя три группы фактическаго соучастія имѣютъ между собой то общее, что онѣ направляютъ лишь волю принципала, единственнаго субъекта юридической сдѣлки; т. е. фактическій соучастникъ передаетъ, излагаетъ, или исполняетъ только чужую волю, а не свою собственную. Между тѣмъ представитель заключаетъ сдѣлку самъ, т. е. выражаетъ свою собственную волю, которая производитъ юридическія послѣдствія для принципала.

Изъ всѣхъ видовъ фактическаго соучастія заслуживаетъ особеннаго вниманія дѣятельность нунція, такъ какъ она во многихъ конкретныхъ случаяхъ близко подходитъ къ дѣятельности представителя, вслѣдствіе чего понятіе нунція подверглось особенно тщательной обработкѣ въ юридической литературѣ, и до сихъ поръ служитъ предметомъ контроверзъ. Въ виду этого мы считаемъ необходимымъ остановиться нѣсколько подробнѣе на этомъ понятіи для указанія отличія его отъ представительства.

Господствовавшее до послѣдняго времени ученіе различало представителя и нунція по степени свободы, предоставленной принципаломъ тому и другому. Если посредствующее лице при совершеніи сдѣлки имѣетъ право выбора относительно контрагента или объекта, однимъ словомъ, если отъ его усмотрѣнія зависитъ рѣшеніе вопросовъ: должна ли быть совер-

шена сдѣлка и какъ? то оно будетъ представителемъ. Наоборотъ, если принципалъ заранѣе опредѣлилъ всѣ подробности сдѣлки, такъ что для личнаго произвола и усмотрѣнія посредствующаго лица не остается никакого мѣста, то послѣднее будетъ нунціемъ. Такое опредѣленіе нунція мы находимъ даже у глоссаторовъ. Напр. у Azo: «Nuntius est is, qui vicem gerit epistolae estque velut pica et organum et vox domini...» Съ нимъ соглашались Accursius, Baldus [19]). Хотя нѣкоторые изъ новыхъ юристовъ, опредѣляя понятіе нунція, и указывали на существенный моментъ его, но въ результатѣ все отличіе между представителемъ и нунціемъ сводили опять таки на степень свободы. Такъ Бухка [20]) говоритъ, что дѣятельность прокуратора не ограничивается передачей воли манданта другому контрагенту, такъ какъ прокураторъ самъ заключаетъ договоръ. Въ другомъ мѣстѣ [21]) онъ повторяетъ, что прокураторъ не служитъ, на подобіе нунція, органомъ чужой воли, а совершаетъ самъ юридическія дѣйствія, необходимыя для заключенія договора; и вслѣдъ за этимъ устанавливаетъ видимый признакъ, по которому возможно отличить прокуратора отъ нунція, состоящій въ томъ, что первому предоставляется нѣкоторый произволъ при вступленіи въ договоръ, второму же не дается никакого выбора между различными рѣшеніями. Такое воззрѣніе на нунція съ незначительными измѣненіями повторяется и другими юристами [22]). Съ особенной ясностію

---

[19]) См. Buchka—Die Lehre von der Stellvertretung, ст. 123, 135.

[20]) Указанное сочиненіе, стр. 237.

[21]) Тамъ-же, стр. 206.

[22]) Platner.—«Ueber offene und verschlossene Briefe» въ Archiv'ѣ für civil. Praxis. Bd. 50, ст. 235. Canstein—его статья въ Zeitschrift für das privat-und oeffentliche Recht der Gegenwart Bd. III. ст. 678. Этому же воззрѣнію

и подробностію развиваетъ его Іерингъ [23]). По его мнѣнію, нунцій все равно, что передатчикъ письма, говорная труба, чрезъ которую стороны сами непосредственно заключаютъ сдѣлку. Контрагентъ можетъ, вмѣсто нунція, отправить ученаго попугая, или вмѣсто носителя письма — дрессированное животное.

Если согласиться съ этимъ воззрѣніемъ, то между представителемъ и нунціемъ, строго говоря, не будетъ существеннаго отличія, такъ какъ общее или спеціальное полномочіе, большая или меньшая степень свободы, въ предѣлахъ которой дѣйствуетъ посредствующее лице, указываетъ на количественное отличіе, а не на качественное. Слѣдовательно, отличіе ихъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ будетъ вопросъ факта, зависящій отъ обстоятельствъ, сопровождающихъ совершеніе сдѣлки, и отъ природы ея. Если представитель и нунцій суть названія одного и того же общаго понятія, то теоретическое установленіе отличія между ними, помимо своей неустойчивости, не должно имѣть и практическаго интереса, который однако признается большинствомъ цитированныхъ нами писателей. Чтобы остаться послѣдовательными самимъ себѣ, имъ слѣдовало бы признать, что нунцій долженъ обладать необходимой общей правоспособностію на подобіе представителя. Наконецъ, при такомъ несущественномъ отличіи нунція отъ представителя, допущеніе перваго понятія положительнымъ правомъ должно было бы завершиться по логической послѣдовательности признаніемъ и втораго. Между тѣмъ намъ извѣстно, что римское право, принципіально

слѣдуютъ у насъ Гордонъ (См. Журналъ Министерства Юстиціи за 1867 г., ст. 255) и Евецкій въ своей монографіи о представительствѣ, стр. 16—хотя онъ и возражаетъ противъ старой школы.

[23]) Указ. выше сочиненіе его, стр. 278—290.

отрицавшее представительство, находило въ то же время возможнымъ совершеніе сдѣлокъ чрезъ посредство нунціевъ [24]).

Для насъ представляетъ особенный интересъ мнѣніе Ульпіана о томъ, что большая или меньшая степень спеціализированія порученія не можетъ служить отличительнымъ признакомъ прокуратора отъ нунція [25]).

Такая неопредѣленность и неустойчивость характеристическаго признака нунція, установленнаго господствовавшей теоріей, и дала Савиньи [26]) правомѣрное основаніе считать представителя и нунція юридически тождественными, такъ какъ по справедливому его мнѣнію, большая или меньшая степень самостоятельности представителя въ сдѣлкѣ безразлична. Но, отождествляя по своему юридическому значенію понятія представителя и нунція, Савиньи низводитъ перваго на степень втораго, называя того и другаго лишь носителями воли принципала, который и считается контрагентомъ въ сдѣлкѣ.

Признаніе представителя простымъ механическимъ орудіемъ принципала, органомъ его воли, какъ это дѣлаетъ Савиньи, противорѣчитъ настоящему понятію представителя. Хотя воля послѣдняго матеріально находится въ зависимости отъ предшествовавшей воли принципала, но формально ею только обусловливается возникновеніе юридической сдѣлки.

Изъ словъ самого Савиньи (въ цитированномъ нами мѣстѣ) мож-

---

[24]) L. 2 § 2 D. 44,7 — Unde inter absentes qucque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuntium.

[25]) sicuti ne is quidem, qui rem perferendam, vel epistolam, vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur. Sed verius est, eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus sit. (L. 1. §. 1 D. 3, 3).

[26]) См. его Obligationsrecht. Bd. II. § 57, ст. 59.

ню придти къ такому же заключенію. Онъ говоритъ: «воля моя, направленная на различныя рѣшенія, выборъ между которыми былъ предоставленъ уполномоченному, не перестаетъ быть моей волей». Изъ этого само собой вытекаетъ, что если представитель остановится на одномъ рѣшеніи, то это будетъ результатомъ его собственной воли, иначе немыслимо самое понятіе выбора, предполагающаго свободный процессъ воли. Савиньи смѣшиваетъ здѣсь два момента: желаніе совершенія сдѣлки и дѣйствительное ея заключеніе; первое есть результатъ воли принципала, а второе—воли самого контрагента, т. е. представителя.

Приведенное мнѣніе Савиньи нашло многихъ приверженцевъ между юристами. Руштратъ [27]) въ своей критической рецензіи ученія Савиньи о представительствѣ соглашается съ послѣднимъ въ разсматриваемомъ вопросѣ. Впрочемъ онъ еще прежде Савиньи высказывалъ мнѣніе, что представитель, по современному правовоззрѣнію, является лишь простымъ орудіемъ [28]). Тоже самое повторяетъ онъ въ другой своей статьѣ [29]). Шёрль [30]), возражая въ началѣ противъ Савиньи, что коль скоро уполномоченному предоставляется право выбора, то этимъ самымъ послѣдній дѣлается не носителемъ чужой воли, а выражаетъ

---

[27]) «Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung», стр. 21 и 42.

[28]) См. его монографію: Ueber aussergerichtliche Representation въ Archiv'ѣ für die Praxis des gesammten im Grossherzogthum geltenden Rechts за 1843 г. Bd. I. ст. 60, 62.

[29]) «Inviefern haftet heutzutage der Mandatar aus den Verträgen, die er als solcher geschlossen hat» въ Archiv'ѣ für civilistische Praxis. Bd. 30, ст. 352. Впрочемъ здѣсь онъ приходитъ въ непонятное съ самимъ собой противорѣчіе, и его опредѣленіе отличается крайней сбивчивостью: «представитель является договорнымъ инструментомъ, не будучи нунціемъ (?)».

[30]) См. Kritische Ueberschau—Bd. XIII. ст. 323, 335 и 346.

при совершеніи договора свою собственную, впослѣдствіи признаетъ отождествленіе представителя и нунція. Оба приведенные юриста расходятся съ Савиньи только въ томъ, что допускаютъ подобное обширное понятіе нунція для современнаго права, между тѣмъ какъ Савиньи признавалъ его и для римскаго права. Приблизительно этой же теоріи держится Дернбургъ [31]), такъ какъ, признавая принципала по современному праву единственнымъ и настоящимъ контрагентомъ, онъ по необходимости приравниваетъ представителя римскому нунцію. Подобное же воззрѣніе господствуетъ и между французскими юристами, считающими представителя, дѣйствующаго въ предѣлахъ даннаго ему полномочія, пассивнымъ орудіемъ (nudum organum, nudus minister), чрезъ посредство котораго мандантъ непосредственно договаривается съ третьими лицами [32]).

Опредѣленіе, которое Савиньи даетъ представителю и приравненіе его нунцію, подверглось со стороны другихъ ученыхъ [33]), особенно позднѣйшаго времени, серьезной критикѣ, и можно считать его теперь совершенно оставленнымъ.

Особенною оригинальностію отличается мнѣніе Виндшейда по этому вопросу. Онъ [34]) признаетъ двѣ формы представительства: представительство въ изъявленіи воли во внѣ и—въ самой волѣ. (Stellvertretung in der Erklärung und Stellvertretung

---

[31]) См. его рецензію книги Бухки, помѣщенную въ журналѣ: Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft» Bd. I. ст. 2, 3, 17.

[32]) См. Pothiér —„Du mandat“ № 88; Troplong—„Du mandat“ № 516, 519; Domenget et Peyronny—„Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires“, № 373, 398; Delamarre et Lepoitvin—„Traité théorique et pratique de droit commercial“ T. III, № 125.

[33]) См. Тёль — „Handelsrecht“ (5-е изданіе), I. § 70. „Anmerkung“ — ст. 230—232.

[34]) Учебникъ пандектъ (4 е изд.), I., § 73, № 2.

im Willen). Нунцій, по его мнѣнію, будетъ представителемъ перваго рода. Но такое распредѣленіе воли и выраженіе ея во внѣ между двумя различными лицами представляется логической невозможностію [35]). Если нунцій играетъ роль представителя въ объявленіи воли принципала, то есть, если сдѣланное имъ объявленіе юридически мыслится какъ таковое другаго лица, то такой нунцій по логической необходимости будетъ выражать собственную волю и, слѣдовательно, eo ipso онъ будетъ и представителемъ въ волѣ. Немыслимо, чтобы А объявилъ волю другаго лица В, если это послѣднее само не изъявило ея. Такимъ образомъ принципалъ, передающій свою волю другому контрагенту чрезъ посредство посланнаго, имѣетъ самъ волю и самъ объявляетъ ее, а посредствующее лицо служитъ только орудіемъ передачи объявленной уже воли. Нунцій, передавая контрагенту извѣстную, выраженную во внѣ волю, передаетъ ее не какъ изъявленіе собственной воли, а какъ изъявленіе воли принципала.

Нѣсколько приближается къ указанному мнѣнію Виндшейда и воззрѣніе Шлимана. Онъ [36]) точно также разсматриваетъ нунція, какъ представителя принципала, относительно объявленія его договорной воли. Этимъ признакомъ отличается нунцій отъ простаго подателя письма. Черезъ него впервые проявляется необходимое изъявленіе воли, а чрезъ подателя письма передается готовое уже изъявленіе, послѣдній сообщаетъ объявленіе воли своего принципала, а первый представляетъ въ этомъ отношеніи его. Противъ Шлимана можно возразить тѣми же доводами,

---

[35]) См. Циммермана—„Die stellvertretende Negotiorum gestio“ стр. 17.

[36]) См. его статью „Beitrage zur Lehre von der Stellvertretung beim Abschluss obligatorischer Verträge“, помѣщенную въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Bd. 16 стр. 18—26.

какіе мы привели противъ Виндшейда. Нельзя быть представителемъ относительно объявленія воли, не будучи въ то же время таковымъ относительно самой воли, такъ какъ первое есть необходимое проявленіе второй. Шлиманъ, чтобы остаться послѣдовательнымъ сдѣланному имъ опредѣленію нунція, пришелъ къ тому заключенію, что послѣдній всегда долженъ быть волеспособнымъ лицомъ. Впрочемъ ему принадлежитъ особенная заслуга уясненія многихъ существенныхъ моментовъ въ понятіи нунція, напр. ограниченіе дѣятельности нунція. оффертами и акцептами со стороны принципала, опроверженіе признака отсутствія свободы въ дѣятельности нунція.

Болѣе точное и правильное разграниченіе понятія представителя отъ посланнаго дѣлаетъ Лабандъ [37]). По мнѣнію этого ученаго, различіе между ними заключается въ томъ, что первый изъявляетъ свою собственную волю, а второй передаетъ таковую препоручителя. Воля посланнаго не имѣетъ существеннаго значенія для заключенія юридической сдѣлки; чрезъ посредство посланнаго принципалъ самъ изъявляетъ свою волю, а представитель, хотя матеріально и связанъ волей лица представляемаго, но формально онъ высказываетъ свою собственную волю, необходимую для возникновенія заключенной имъ сдѣлки. Въ первомъ случаѣ заключаетъ договоръ лично принципалъ, во второмъ—представитель. Большая или меньшая опредѣленность въ порученіи безразлична для разсматриваемыхъ понятій. «Возможно, что представитель заключаетъ точно опредѣленную заранѣе принципаломъ сдѣлку и, наоборотъ, посланному можетъ быть предоставлена нѣкоторая степень свободы въ выборѣ контрагента, относительно качества или ко-

---

[37]) „Die Stellvertretung nach dem D. H. G. B.“ въ журналѣ Гольдшмита— т. X, стр. 189—193.

личества объекта, опредѣленія цѣны его и т. п.» Собственно говоря, Лабандъ ничего новаго не сказалъ, какъ относительно опредѣленія самаго понятія нунція, такъ и неважности признака свободнаго усмотрѣнія посредствующаго лица при исполненіи сдѣланнаго ему порученія. Онъ только съумѣлъ свести въ одно съ достаточной ясностью важнѣйшіе признаки понятія нунція. Ему слѣдуетъ большинство новыхъ писателей съ незначительными уклоненіями [38]).

Послѣ приведенныхъ выше различныхъ мнѣній по вопросу объ отличіи представителя отъ нунція, мы постараемся сгруппировать въ одно цѣлое всѣ существенные признаки разсматриваемыхъ понятій. Представитель замѣняетъ личность принципала предъ третьимъ въ отношеніи порученной сдѣлки, т. е. выступаетъ передъ нимъ какъ лице, дѣйствительно заключающее сдѣлку, которая производитъ юридическія послѣдствія для одного принципала. Посланный же не замѣняетъ юридически личности отправителя, онъ только пособляетъ послѣднему въ передачѣ его изъявленія воли отсутствующему контрагенту [39]). Достаточно, если онъ съумѣлъ передать другому контрагенту въ надлежащей точности объявленную уже волю своего принципала. Весь вопросъ такимъ образомъ заключается въ томъ, высказываетъ-ли посредствующее лице свою собственную волю, или онъ только передаетъ чужое объявленіе воли? Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ представителемъ,

---

[38]) Zimmermann—указ. соч. стр. 24.; Garcis—die Verträge zu gunsten Dritter, стр. 4 и 9; Curtius—его статья въ Archiv für civilistische Praxis. Bd. 58. стр. 71—75.

[39]) Общепринятое опредѣленіе нунція, какъ передатчика чужой воли, отличается нѣкоторой неточностью. Волю, строго говоря, нельзя передавать чрезъ другихъ, передается только проявленіе ея во внѣ.

во второмъ—съ посланнымъ. Съ понятіемъ послѣдняго не связывается необходимымъ образомъ отсутствіе всякой свободы въ дѣйствіяхъ. Если А поручаетъ В купить отъ своего имени индивидуально-опредѣленный предметъ за 100 р. отъ С, то въ этомъ случаѣ В будетъ представителемъ, несмотря на опредѣленность порученной ему сдѣлки, потому что, совершая договоръ купли, онъ изъявляетъ свою собственную волю, хотя матеріально и тождественную съ таковой же волей А. Когда же А поручаетъ В отправиться къ С, съ которымъ уже переговорилъ А, и передать ему согласіе послѣдняго на покупку у него извѣстнаго уже объекта за 100 р., то В будетъ простымъ посланнымъ, потому что онъ не заключаетъ въ данномъ случаѣ договора, а лишь передаетъ согласіе своего принципала, т. е. выраженную его волю; договоръ же заключается непосредственно между А и С. Совсѣмъ другое, если В купитъ ту же самую вещь меньше, чѣмъ за 100 р.; въ этомъ случаѣ онъ самъ заключаетъ договоръ, выражая свою собственную волю, слѣдовательно онъ будетъ не посланный, а представитель. Наоборотъ, если А поручаетъ В купить отъ С одинъ изъ двухъ уже извѣстныхъ ему, А, предметовъ, то В, несмотря на право выбора, будетъ посланнымъ, такъ какъ, останавливаясь на одномъ изъ нихъ, онъ передаетъ С лишь согласіе А, т. е. объявленную уже заранѣе волю послѣдняго. Однимъ словомъ, хотя бы посредствующему лицу и было предоставлено право выбора относительно личности контрагента, предмета или цѣны его, тѣмъ не менѣе такое лице будетъ посланнымъ, если его роль предъ контрагентомъ ограничивается передачей готоваго уже изъявленія воли принципала.

Изъ приведенныхъ примѣровъ само собой вытекаетъ видимый признакъ, по которому можно узнать нунція: обыкновенно онъ играетъ роль посредника, чрезъ котораго передается отсут-

ствующему контрагенту объявленіе воли для извѣстнаго предложенія (офферта), или для принятія таковаго (акцепта), но никакъ не для того и другаго одновременно. Если А дѣлаетъ С черезъ В предложеніе и уполномочиваетъ послѣдняго къ обратному принятію объявленія С объ акцептѣ, послѣ чего только и возможно заключеніе договора [40]), то В будетъ не нунцій, а представитель. Точно также если С принимаетъ сдѣланное ему предложеніе съ нѣкоторыми измѣненіями, при чемъ В, на основаніи даннаго ему полномочія, соглашается на эти измѣненія, то онъ, В, будетъ въ такомъ случаѣ представитель. Это вытекаетъ изъ природы заключенія договора между отсутствующими лицами. Всякое предложеніе должно быть принято другой стороной безъ всякаго условія. Условное же принятіе предложенія, освобождая оферента отъ всякаго обязательства, составляетъ по отношенію къ нему новое предложеніе, обязывающее первоначальнаго адрессата [41]). Указавъ на видимый признакъ, по которому возможно отличить нунція отъ представителя, мы должны въ тоже время прибавить, что въ дѣйствительной жизни нерѣдко бываетъ очень трудно провести рѣзкую грань между ними, и вопросъ долженъ быть разрѣшаемъ на основаніи обстоятельствъ, сопровождающихъ совершеніе сдѣлки чрезъ посредствующее лице.

Мы такъ подробно остановились на отличіи нунція отъ представителя потому, что съ нимъ связано разрѣшеніе вопроса, довольно важнаго въ практическомъ отношеніи, о дѣеспособности посредствующаго лица. Если это послѣднее выступаетъ

---

[40]) См. Виндшейдъ (учеб. панд). § 306.

[41]) art. 322 общегерманскаго торговаго уложенія; Виндшейдъ § 307, ст. 165. Endemann «Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt» (2 изд.) § 94, стр. 476.

въ качествѣ представителя, то оно должно обладать общей дѣеспособностію, т. е. имѣть необходимую для совершенія юридическихъ актовъ волю; если же оно выступаетъ въ качествѣ посланнаго, то можетъ и не имѣть такой дѣеспособности, ибо для передачи объявленія чужой воли, не составляющаго существеннаго элемента сдѣлки, нѣтъ необходимости быть дѣеспособнымъ лицемъ [42]). Дѣйствительность сдѣлки, т. е. формальныя условія, требуемыя для этого, какъ-то: свободная непринужденная воля, выраженіе ея во внѣ, соотвѣтствіе выраженія съ волей и т. п. обсуждаются по личности представителя, какъ настоящаго контрагента сдѣлки; между тѣмъ, если она заключается чрезъ посредство посланнаго, то дѣйствительность ея обсуждается по личности принципала, который считается въ этомъ случаѣ единственнымъ контрагентомъ. То же самое нужно сказать относительно знанія или незнанія пороковъ вещи, составляющей предметъ сдѣлки. Однимъ словомъ, обстоятельства, которыя могутъ вліять на дѣйствительность сдѣлки, получаютъ различный характеръ, смотря по свойству посредствующаго лица.

Мнѣніе это находитъ подтвержденіе и въ римскомъ правѣ, въ такъ называемомъ необходимомъ представительствѣ. Когда отецъ или господинъ пріобрѣталъ права изъ дѣйствій своего сына или раба, то свобода воли, проявляющаяся въ сдѣлкѣ, обусловливалась личностію этихъ послѣднихъ. Заблужденіе, ошибка, принужденіе сына или раба, незнаніе ими пороковъ вещи да-

---

[42]) См. Іерингъ Mitwirkung, I., стр. 289—291, Buchka, стр. 207;—Laband, стр. 225—229. Ученые же, которые отождествляютъ представителя и нунція, приходятъ по разсматриваемому вопросу къ несовсѣмъ правильнымъ выводамъ. См. Dernburg указ. статья, стр. 18—20; Canstein (его статья въ журналѣ privat—und oeffentliche Recht der Gegenwart) стр. 692.

вали право лицу, имѣющему надъ ними власть, оспаривать дѣйствительность заключенной ими сдѣлки, хотя бы оно само было совершенно чуждо этимъ обстоятельствамъ [43]). Единственное исключеніе изъ указаннаго общаго правила составляетъ тотъ случай, когда дано спеціальное порученіе купить опредѣленную вещь, недостатокъ которой препоручитель зналъ заранѣе. Здѣсь незнаніе представителя не можетъ давать представляемому права оспариванія, ибо exceptio послѣдняго можетъ быть опровергнуто со стороны третьяго лица посредствомъ replicatio doli. Въ этомъ смыслѣ нужно понимать послѣднія слова L. 51, D 21, 1. sed si servus mandatu domini hominem emerit quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor [44]).

Въ заключеніе укажемъ еще на одно важное практическое послѣдствіе, вытекающее изъ отличія представителя отъ нунція. Въ послѣднее время большинство цивилистовъ стало признавать справедливость слѣдующаго общаго положенія: контрагентъ, предложившій договоръ, который оказался впослѣдствіи ничтожнымъ по причинѣ отсутствія необходимыхъ условій, несетъ передъ соконтрагентомъ отвѣтственность въ платежѣ убытковъ [45]). Изъ этого слѣдуетъ, что если такой ничтожный договоръ совершенъ чрезъ посредствующее лице, то отвѣтственность

---

[43]) L. 51. D. 21. I . . . . omni modo scientiam servi, non domini spectandam esse....

[44]) Іерингъ (Mitwirkung I,) стр. 290 nº 23, неправильно объясняетъ приведенное мѣсто изъ источниковъ, приравненіемъ въ данномъ случаѣ раба—нунцію. Изъ текста прямо видно, что servus emerit hominem слѣдовательно онъ заключаетъ самъ сдѣлку, а не передаетъ другому контрагенту объявленіе воли своего господина; см. Buchka—стр. 14; Eaband—стр. 226 nº 62.

[45]) См. въ особенности Іеринга,—„Culpa in contrahendo“ въ его Jahrbücher IV. ст. 1—112;—Bähr—„Ueber Irrungen beim contrahiren durch Mittelsperson“ въ Jarbüchher Іеринга VI. стр. 286—307.

передъ третьимъ падаетъ на него, если оно было представителемъ, потому что контрагентомъ считается этотъ послѣдній; въ противномъ случаѣ—на самого принципала, какъ настоящаго и единственнаго контрагента.

§ 2. Отличіе представительства отъ юридическаго соучастія.

Юридическимъ соучастіемъ называется такое вмѣшательство одного лица при заключеніи сдѣлки другимъ, которое юридически необходимо для возникновенія этой сдѣлки [46]). Дѣйствія, въ которыхъ проявляется такое соучастіе, суть юридическія, а потому и лица, совершающія ихъ, должны быть дѣеспособными. Сходство между юридическимъ соучастникомъ и представителемъ заключается: а) въ томъ, что оба они совершаютъ юридическія дѣйствія, и в) послѣдствія сдѣлки, заключенной чрезъ посредство того и другаго, касаются одного только принципала, не затрогивая ихъ. Въ ихъ личности ни на одинъ моментъ не возникаютъ и не останавливаются правовыя послѣдствія сдѣлки, поэтому, какъ юридическій соучастникъ, такъ и представитель не могутъ быть привлекаемы къ отвѣтственности въ качествѣ должниковъ по сдѣлкѣ, заключенной при ихъ посредствѣ.

Различные виды юридическаго соучастія можно подвести подъ слѣдующія формы: 1) Согласіе нѣкоторыхъ лицъ, требуемое закономъ при совершеніи юридическихъ актовъ другими, напр. согласіе попечителя на заключеніе несовершеннолѣтнимъ нѣкоторыхъ сдѣлокъ; согласіе мужа на вступленіе его жены

---

[46]) См. Іерингъ—Mit. I. ст. 291—311; и II. ст. 121 — 149; Scheurl въ Jahrbücher Іеринга II., ст. 3—13; Laband. стр. 193—194.; Unger ст. 131—133; Gareis—стр. 11—12; Zimmermann стр. 25.

въ извѣстныя обязательства, и т. п. [47]) 2) Согласіе кого либо на распоряженіе, учиненное другимъ въ его имущественной сферѣ, напр. согласіе собственника на отчужденіе или обремененіе принадлежащей ему вещи. Сюда же можно отнести согласіе лица, отъ благоусмотрѣнія котораго поставлено въ зависимость опредѣленіе той или другой существенной части сдѣлки. Приведенные два вида соучастія могутъ быть названы матеріальными, потому что они касаются самаго содержанія юридической сдѣлки [48]). 3) Необходимое присутствіе нѣкоторыхъ лицъ при совершеніи сдѣлки, напр. свидѣтелей, участіе которыхъ составляетъ essentialia negotii, а не средство доказательства [49]); присутствіе судьи или нотаріуса, дающихъ форму сдѣлкѣ, безъ которой она не имѣла бы никакого юридическаго значенія. Эта форма соучастія, въ противоположность первымъ двумъ, можетъ быть названа формальной, такъ какъ присутствіе подобныхъ соучастниковъ является законной необходимостію для признанія даннаго юридическаго акта дѣйствительнымъ съ формальной стороны, хотя бы матеріальное содержаніе его и не подвергалось никакому оспариванію.

Отличительный признакъ юридическихъ соучастниковъ вообще отъ представителя заключается въ томъ, что первые не заключаютъ сами сдѣлки, а только принимаютъ въ ней участіе, безъ ко-

---

[47]) Ст. 546. Уст. вексельнаго; ст. 2202, т. X. ч. I.

[48]) См. Унгеръ ibid стр. 132.

[49]) См. Іерингъ. ibid ст. 293; Унгеръ. § 90 n° 13. Отличіе необходимыхъ, законныхъ свидѣтелей, Solenitätszeugen, отъ обыкновенныхъ, Beweiszeugen— состоитъ въ томъ, что первые принимаютъ участіе въ совершеніи сдѣлки, слѣдовательно они должны быть дѣеспособными лицами, а вторые показываютъ только объ извѣстномъ фактѣ, для чего нѣтъ надобности обладать такой дѣеспособностію.—Ср. ст. 1054, 1018, 1019 т. X. ч. I св. зак., ст. 371, 372 Уст. гр. суд. и ст. 86 пол. о нотаріальной части.

тораго она не можетъ быть признана дѣйствительной, между тѣмъ второй самъ заключаетъ сдѣлку: онъ совершаетъ всѣ тѣ юридическія дѣйствія, которыя необходимы для возникновенія даннаго правоваго акта. Какъ юридическій соучастникъ, такъ и представитель, по характеру своей дѣятельности, выражаютъ свою собственную волю, а не передаютъ объявленія чужой воли; но воля представителя одна является рѣшающей въ вопросѣ о возникновеніи сдѣлки, воля же юридическаго соучастника выступаетъ какъ дополняющая, по предписанію закона, волю другаго лица, настоящаго контрагента. Въ совершеніи сдѣлки при посредствѣ юридическаго соучастія дѣйствуютъ двѣ воли: принципала и соучастника, единеніе этихъ воль даетъ начало возникновенію сдѣлки; каждая изъ нихъ въ отдѣльности не можетъ считаться достаточной для ея возникновенія; отсутствіе необходимыхъ признаковъ въ одной волѣ обусловливаетъ собой и порочность другой. Въ совершеніи же акта чрезъ представителя обыкновенно проявляется воля этого послѣдняго, которою только обусловливается возникновеніе юридическаго акта.

§ 3. Отличіе представительства отъ поручительства.

Пассивное представительство (отвѣтственность принципала по сдѣлкамъ представителя) имѣетъ нѣкоторое внѣшнее сходство съ поручительствомъ [50]). Принципалъ, на подобіе поручителя, отвѣтствуетъ какъ бы за обязательство другаго лица; но далѣе этого не идетъ сходство этихъ двухъ совершенно различныхъ юридическихъ понятій. Поручитель заключаетъ сдѣлку,

---

[50]). См. Іеринга—Mit. I. ст. 291; Brinz—Kritische Blätter, стр. 5; Гордонъ—его статья о представительствѣ стр. 237—238.

производящую юридическія послѣдствія для него самого, чѣмъ и отличается какъ отъ юридическаго соучастника, такъ и отъ представителя, вступающаго въ сдѣлку отъ имени другаго. Личность представителя, относительно юридическихъ послѣдствій изъ заключеннаго имъ договора, стушевывается, поглощается въ личности представляемаго, между тѣмъ какъ поручитель предъ третьимъ лицомъ (кредиторомъ) выступаетъ въ качествѣ самостоятельнаго субъекта, отвѣчающаго за неисправность должника. Чрезъ представителя возникаетъ юридическое отношеніе только между представляемымъ и третьимъ, имѣющее въ основаніи одну causa; а поручительство указываетъ на существованіе двоякаго юридическаго отношенія: одного—главнаго—между настоящимъ должникомъ и третьимъ лицомъ, кредиторомъ, и другаго—акцессорнаго—между поручителемъ и тѣмъ же кредиторомъ. Оба эти отношенія покоятся на совершенно различныхъ юридическихъ основаніяхъ: первое—на обѣщаніи должника, второе—на обѣщаніи поручителя. Мы остановились на отличіи понятія поручительства отъ представительства, между прочимъ, въ виду того, что ст. 1563[51]) Х. т. ч. I смѣшиваетъ эти два понятія. Отвѣтственность, возлагаемая приведенной статьей на дворянъ, принявшихъ на себя продовольствіе войскъ, вытекаетъ не изъ начала поручительства, а изъ представительныхъ отношеній.

---

[51]) „По обязательствамъ съ казной *поручительство* допускается при подрядахъ и поставкахъ, вмѣсто залоговъ, въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) Когда дворянство принимаетъ на себя продовольствіе войскъ цѣлымъ сословіемъ губерніи, или одного, или нѣсколькихъ уѣздовъ, и *уполномочіе* въ данныхъ на сіе довѣренностяхъ подписано будетъ ²/₃ помѣщиковъ той губерніи или того уѣзда, съ точнымъ опредѣленіемъ до какой суммы дѣлается отъ нихъ уполномоченному довѣріе. Отвѣтственность при исполненіи обязательствъ сего рода упадаетъ только на подписавшихся довѣренныхъ помѣщиковъ“.

§ 4 Отличіе представительства отъ порученія.

Есть одна область юридическихъ отношеній, которая очень близко граничитъ съ представительствомъ, это именно порученіе [52]). Въ виду того, что понятіе порученія не вполнѣ еще выяснено, какъ въ наукѣ, такъ и въ положительныхъ законодательствахъ, мы находимъ не безполезнымъ сказать нѣсколько словъ объ немъ, хотя это будетъ и уклоненіемъ отъ непосредственной задачи нашего изслѣдованія.

Трудность заключается главнымъ образомъ въ установленіи существенно-отличительнаго признака между порученіемъ и личнымъ наймомъ, съ которымъ оно имѣетъ большое сходство. Еще римскіе юристы различали существовавшую у нихъ форму закрытаго представительства (порученіе), mandatum, отъ договора личнаго найма—locatio et conductio operarum. Вся теорія римскаго mandat'а основана на двухъ идеяхъ: отличіи между свободной и несвободной профессіей [53]), и—между гонараромъ и платой. Предметомъ mandat'а могъ быть извѣстный родъ дѣйствій (operae liberales), которыя обязывали другую сторону только къ благодарности, но не могли быть оплачиваемы. Эквивалентное вознагражденіе ихъ было не совмѣстимо съ достоинствомъ свободнаго римскаго гражданина и съ чувствомъ дружбы, ко-

---

[52]) См. Іерингъ—Mitw. 1. стр. 312—380 и II. ст. 70—77; Scheurl—Jahrbücher für D. d. h. R. R. II. ст. 19—34; Laband—ст. 195—198 и 203—209; Унгеръ—§ 90, ст. 135; Curtius—ст. 75—77; Brinz—Krit. Bl. ст. 5 и слѣд.; Савиньи—Oblig. II. § 57; Видшейдъ. 1. § 73; Gareis—стр. 13—14 Циммерманъ—стр. 26—29.

[53]) Іерингъ въ недавно вышедшемъ новомъ сочиненіи своемъ «Der Zweck im Recht", гл. 7, § 58 „Gegensatz der körperlichen und geistigen Arbeit im Rom" дѣлаетъ прекрасную характеристику указанныхъ двухъ видовъ дѣятельности.

торымъ отличался первоначальный характеръ договора mandat'a (L. I. § 4 D. 17, I.) Хотя въ императорскомъ періодѣ дозволялось иногда повѣренному (extra ordinem) получать вознагражденіе за свой трудъ, но это не было платой, т. е. эквивалентомъ учиненныхъ услугъ, а лишь гонораромъ, не соразмѣряемымъ съ дѣйствительною стоимостью совершеннаго повѣреннымъ дѣйствія. На это указываетъ и этимологическій смыслъ слова honorarium, означающаго почетный даръ кому либо за оказанную услугу. Между тѣмъ предметомъ личнаго найма могли быть дѣйствія матеріальнаго свойства, достойныя только несвободныхъ людей (operae illiberales). На подобіе всякой вещи такія чисто физическія дѣйствія могли быть предметомъ возмездныхъ сдѣлокъ, при чемъ плата, получаемая наемникомъ, являлась эквивалентной стоимостію совершенныхъ имъ дѣйствій.

Такъ какъ дѣленіе на свободныя и несвободныя профессіи имѣло чисто историческое значеніе, которое съ теченіемъ времени потеряло отчасти свою опредѣленность, то характеристическимъ признакомъ мандата считалась безвозмездность его, такъ что одни и тѣже дѣйствія могли быть предметомъ мандата и личнаго найма, смотря по тому возмездны ли онѣ или нѣтъ [54]).

Переходя отъ римскаго права къ праву современныхъ народовъ, мы видимъ, что и въ послѣднемъ признается договоръ порученія какъ самостоятельный и независимый отъ личнаго найма юридическій институтъ. Почти всѣ положительныя законодательства запада, хотя въ принципѣ и считаютъ признакъ безвозмедности въ природѣ порученія, но признаютъ, что до-

---

[54]) L. I. § 4 D. 17. 1; h. 22 D. 19. 5; L. 1. § 18 D. 14. I.; § 13 Jn. III, 26.

говоръ этотъ можетъ быть и возмезднымъ [55]). Въ чемъ же состоитъ отличіе между возмезднымъ договоромъ порученія и личнымъ наймомъ? Многіе изъ французскихъ юристовъ [56]), исходя изъ воззрѣнія римскаго права, основываютъ все различіе между упомянутыми видами договора на объектѣ ихъ. Они говорятъ, что предметомъ порученія служатъ дѣйствія мандатарія, обусловленныя умомъ или талантомъ, неоцѣниваемыя эквивалентной платой, а вознаграждаемыя лишь въ видѣ гонорара. Предметъ же личнаго найма составляютъ дѣйствія механическаго свойства—мускульная работа. Первыя дѣйствія совершаются изъ чувства признательности, вторыя ради матеріальнаго интереса; наемникъ руководствуется нечистыми мотивами (une vue sordide), а мандатарій вдохновленъ любовью къ славѣ, къ отечеству, къ человѣчеству. На этомъ основаніи они признаютъ и для настоящаго времени вполнѣ раціональнымъ и справедливымъ дѣленіе профессій на свободныя и несвободныя, достойныя и недостойныя. Смѣшать эти діаметрально-противоположныя профессіи, не обращать вниманія на мотивы чести, признательности, общественнаго блага—значитъ, по ихъ мнѣнію, внести смуту въ область морали, измѣнить принципы нашего права и дать возможность проникнуть въ сферу послѣдняго элементамъ разрушительнаго матеріализма [57]). Подобные взгляды, можно сказать, большинства французскихъ

---

[55]) Cod. civ. ar. 1986; Alleg. Land. für die Preussischen staten, титут. 13 § 56; австрійское гражданское уложеніе § 1004. Наше положительное законодательство не даетъ какихъ-либо опредѣленій для договора порученія. См. Цитовича—лекціи по торговому праву 187⁵/₆ г. стр. 343.

[56]) Troplong „Du mandat“ № 153—253. Pothiér. Traité du contrat de mandat № 12 и слѣд. Domenget et Peyrronny указанное сочиненіе Т. I. № 32 слѣд.

[57]) Troplong ibid, № 182, 183.

юристовъ подвергались Clamageran'омъ вполнѣ справедливой, по нашему мнѣнію, критикѣ [58]), нѣкоторыми доводами которой мы воспользуемся на послѣдующихъ страницахъ.

Прежде всего слѣдуетъ замѣтить, что такое дѣленіе человѣческой дѣятельности на два вида является нъ настоящее время анахронизмомъ. Оно возникло въ римской жизни и обусловливалось особеннымъ соціальнымъ строемъ тогдашняго общества, то есть существованіемъ цѣлаго класса рабовъ, дѣйствія которыхъ не могли быть поставлены на одну линію съ таковыми же свободныхъ гражданъ. На это указываетъ и самое названіе—operae *liberales—illiberales*. Въ настоящее же время, когда всюду уничтожено рабство и положительныя законодательства стремятся къ уничтоженію даже сословныхъ привиллегій и къ уравненію всѣхъ предъ лицомъ закона, будетъ непослѣдовательно дѣлать различіе между дѣйствіями по степени ихъ свободы, достоинства и т. п. Помимо этого и самая философская точка зрѣнія, на которую преимущественно ссылаются сторонники упомянутаго воззрѣнія, не состоятельна. Эти послѣдніе оправдываютъ дѣленіе профессіи на свободныя и несвободныя различіемъ между умственной и мускульной работой. Но между тѣмъ физіологія учитъ, что самая простая физическая работа не обходится безъ нѣкоторой дѣятельности ума, точно также какъ всякая умственная работа обусловливается и реализируется посредствомъ мускульной [59]). Такимъ образомъ довольно трудно, если не невозможно, провести въ дѣйствительной жизни демаркаціонную линію между дѣятельностію чисто умственной и

---

[58]) Du louage d'industrie, du mandat et de la commission en droit Romain, dans l'ancien Français et dans le droit actuel. Paris. 1856 г., № 294—302.

[59]). См. Рефлексы головнаго мозга Сѣченова (2 изд). стр. 5, 6, 7.

физической. Изъ этого различія сторонники оспариваемаго нами мнѣнія послѣдовательно приходятъ къ другому заключенію, что перваго рода дѣятельность не можетъ быть оцѣниваема на деньги, между тѣмъ какъ втораго рода дѣятельность всегда можетъ быть оплачиваема эквивалентной стоимостію. Понятіе цѣны есть экономическое понятіе, а потому въ вопросѣ о цѣнѣ должно слѣдовать опредѣленіямъ политической экономіи, которая учитъ, что цѣна зависитъ исключительно отъ экономическихъ условій и опредѣляется для каждаго конкретнаго случая спросомъ и предложеніемъ. На этомъ основаніи, какъ услуги поденщика, такъ и дѣятельность медика, живописца и др. оцѣнивается подъ вліяніемъ упомянутыхъ двухъ факторовъ. Однимъ словомъ, коль скоро результатъ творческой дѣятельности человѣка дѣлается предметомъ имущественныхъ сдѣлокъ, значитъ онъ имѣетъ цѣну въ смыслѣ экономическомъ, точно также какъ физическая работа; при этомъ безразлично самое наименованіе эквивалентной стоимости, другими словами цѣна, рядная плата, гонораръ, вознагражденіе, куртажъ, провизія, жалованье и т. п., суть названія одного и того же кономическаго понятія.

Не выдерживаетъ серьезной критики и другое основаніе: различіе въ мотивахъ. Говорятъ, что мотивомъ наемника, предлагающаго свои услуги, служитъ матеріальное вознагражденіе, чисто денежный интересъ, а мотивомъ свободнаго профессіоналиста является стремленіе къ славѣ, чувство любви, признательности и т. п. Не говоря о томъ, что эти свойства человѣческой души выходятъ за предѣлы области юридической науки, неправильна и самая исходная точка, что они имѣютъ мѣсто исключительно въ извѣстныхъ профессіяхъ. На основаніи этого признака нельзя провести въ каждомъ конкретномъ случаѣ отличительную черту между свободной и несвободной

профессіей. Различіе профессій съ точки зрѣнія степени достоинства, сопряженнаго съ ними, основано на предразсудкѣ, который рано или поздно долженъ уступить мѣсто болѣе правильному воззрѣнію, по которому всѣ полезныя профессіи одинаково достойны и ничуть не опорочиваютъ лицъ, занимающихся ими, и что всѣ онѣ въ имущественномъ оборотѣ проникнуты чувствомъ эгоизма въ настоящемъ смыслѣ этого слова. — Ссылка Тролона на авторитеты классическаго міра: Аристотеля, Цицерона и др. въ доказательство различія профессій по степени ихъ достоинства не имѣетъ особеннаго значенія для современнаго права при измѣнившихся историческихъ условіяхъ. Ему, какъ французу, скорѣе слѣдовало бы обратить вниманіе на слѣдующій принципъ, провозглашенный національнымъ конвентомъ въ 1793 г. „La loi ne connait point de domesticité; il ne peut exister qu' un engagement de soins et de reconnaisance entre l'homme qui travaille et celui qui l'emploie (Clamageran ib. № 997), а также на постановленіе учредительнаго собранія 2-го и 17-го мая 1791 г., объявленное 3-го и 14-го сентября того же года, по которому отмѣняются сословныя привиллегіи и цеховое устройство.

Нѣмецкіе юристы [60]) по разсматриваему нами вопросу слѣдуютъ началамъ римскаго права, считая характеристическимъ признакомъ порученія безвозмездность его. Такимъ образомъ, по ихъ мнѣнію, все отличіе между римскимъ мандатомъ и современнымъ порученіемъ будетъ состоять лишь въ томъ, что безвозмездность тамъ составляла существенную часть договора (essentiaila negotii), а здѣсь—естественную (naturalia). Что же

---

[60]) См. Виндшейдъ панд. § 409 стр. 489; Unger—System des Oesterreichischen all. priv (3 изд.) § 90 nº 40; Іерингъ. Mitwirkung I. стр. 289.

касается до объекта договора порученія, то имъ могутъ быть всякія дѣйствія, не воспрещенныя закономъ, безъ различія фактическихъ и юридическихъ [15]). Слѣдовательно, между возмезднымъ порученіемъ и личнымъ наймомъ не остается никакого существеннаго различія, и первое будетъ видомъ втораго лишь съ нѣкоторыми своеобразностями, какъ думаетъ одинъ изъ нашихъ юристовъ, Гордонъ [61]).

Наше положительное законодательство, какъ уже было замѣчено выше (примѣчаніе 55), не даетъ какихъ либо опредѣленій для договора порученія, какъ особаго юридическаго института; между тѣмъ въ дѣйствительной жизни оно встрѣчается постоянно. Поэтому, чтобы вывести отличіе его отъ личнаго найма, намъ остается обратиться къ законодательнымъ постановленіямъ, относящимся къ послѣднему институту. Законодательная регламентація личнаго найма разбросана въ различныхъ частяхъ Свода Законовъ [62]), но догматическія положенія этого договора даны по преимуществу въ X т. ч. I. Статья 2201 означеннаго тома и части, опредѣляя договоръ личнаго найма, въ первыхъ двухъ пунктахъ, говоритъ объ услугахъ чисто матеріальнаго свойства, а въ третьемъ пунктѣ причисляетъ къ личному найму вообще «всякаго рода работы и должности, не воспрещенныя закономъ». Въ виду подобной неопредѣленности этой статьи, наша кассаціонная практика колеблется и даетъ противорѣчивыя положенія. Такъ въ рѣшеніи Гражд. кас. деп. Сената за 1867 г. № 43 сказано, что предметомъ личнаго найма можетъ

---

[61]) См. его изслѣдованіе „Представительство въ гражданскомъ правѣ“— стр. 245.

[62]) X. т. ч. I. ст. 2201 — 2290; XI. т. ч. II. ст. 685 — 720, 879 и слѣд.; уставъ о фабричной и заводской промышленности. ст. 100 — 1114; уставъ ремесленный, ст. 114—115; уставъ о колоніяхъ (XII т., ст. 500 и слѣд.).

быть не только физическій трудъ, но и исполненіе за извѣстное вознагражденіе личныхъ обязанностей, требующихъ познаній и умственной дѣятельности. Въ другомъ рѣшеніи того же департамента Сената и въ томъ же году за № 298 говорится, что «согласно съ точнымъ смысломъ 2201 ст. X. т. ч. I исполненіе обязанностей повѣреннаго, ходатая по дѣламъ и *вообще разныхъ порученій* частнаго лица ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть отнесено къ личному услуженію». Точно также и наши цивилисты расходятся въ своихъ мнѣніяхъ по этому вопросу. Пахманъ [63]) находитъ, что предметомъ личнаго найма по смыслу нашего закона могутъ быть лишь услуги матеріальнаго свойства, какъ то: домашнія услуги и производства земледѣльческихъ, ремесленныхъ, фабричныхъ и заводскихъ работъ, торговыхъ и прочихъ промысловъ. Другіе же виды труда, по его мнѣнію, составляютъ предметъ особыхъ постановленій. Мейеръ [64]) подводитъ подъ понятіе личнаго найма не только чисто матеріальныя услуги, но и умственныя, т. е. обусловленныя извѣстными познаніями и дѣятельностію ума. Но и онъ находитъ, что наше законодательство опредѣляетъ юридическія отношенія контрагентовъ только по тѣмъ видамъ личнаго найма, по которымъ предметомъ его являются матеріальныя услуги.

Изъ предъидущаго очерка вытекаетъ косвеннымъ образомъ, что у насъ, по мнѣнію однихъ, между порученіемъ и личнымъ наймомъ нѣтъ существеннаго отличія, а по мнѣнію другихъ, различіе между ними слѣдуетъ искать въ умственномъ или механическомъ свойствѣ дѣйствія, составляющаго объектъ сдѣлки

---

[63]) Литографированный курсъ гражданскаго права, читанный въ С.-Петербургскомъ университетѣ въ 1874/5 г. ч. III. стр. 597.

[64]) Русское гражданское право (изд. 5-е) стр. 512—513.

Считаемъ лишнимъ повторять здѣсь соображенія, приведенныя выше противъ неправильности и неустойчивости этого послѣдняго характеристическаго признака.

Въ чемъ же послѣ этого заключается отличіе между разсматриваемыми двумя видами договоровъ? Оно состоитъ въ различіи юридическихъ и фактическихъ дѣйствій, въ отличіи права отъ факта [65]). Порученіе, также какъ и представительство, не есть понятіе первоначальное: оно обязано своимъ возникновеніемъ естественному порядку вещей—желанію человѣка расширить свою юридическую личность. Оно (порученіе) есть такое договорное соглашеніе, въ силу котораго одинъ изъ контрагентовъ, мандатарій, совершаетъ юридическія дѣйствія для другаго, но отъ своего имени. Тамъ же, гдѣ одно лице расширяетъ чрезъ посредство другаго одну свою физическую личность, если можно такъ выразиться, т. е. пріобрѣтаетъ право на фактическія дѣйствія другаго лица, замѣняющаго какъ бы извѣстный его органъ, мы имѣемъ дѣло съ договоромъ личнаго найма.

На основаніи юридическаго или фактическаго свойства предмета договора можно въ каждомъ конкретномъ случаѣ рѣшить вопросъ: составляетъ ли данное отношеніе порученіе, или личный наемъ? Послѣ этого ясно, что отношенія художника, которому данъ заказъ, учителя, механика, наравнѣ съ таковыми ремес-

---

[65]) На этотъ признакъ указывается косвенно и Пухтой въ его Vorlesungen § 323, ст. 188 „Das Mandat muss erlaubte Geschäfte zum Gegenstand haben;ein Auftrag zu unerlaubten Handlungen ist kein *Rechtsgeschäft*“. Очень ясно говоритъ объ этомъ отличіи и Clamageran (указ. сочиненіе № 451), но при этомъ онъ указываетъ еще на идею представительства, какъ отличительный признакъ мандата отъ личнаго найма.—Очевидно, что онъ имѣетъ въ виду договоръ мандата по французскому праву, которое опредѣляетъ его. какъ представительное полномочіе.—См. Art. 1984 cod. civ.

ленника и другихъ наемниковъ должны быть обсуждаемы по началамъ договора личнаго найма. Сюда же принадлежатъ въ торговомъ быту: отношенія принципала къ бухгалтеру, ведущему его книги, кассиру, завѣдывающему его кассой, прикащику, обязанность котораго заключается въ совершеніи фактическихъ дѣйствій по промыслу хозяина, и т. п.

Установленіе правильнаго отличія порученія отъ личнаго найма, помимо теоретической важности, представляетъ большой практическій интересъ. Напримѣръ: срокъ перваго договора можетъ быть неопредѣленный, а срокъ втораго всегда ограниченъ, такъ по нашему законодательству онъ не можетъ быть болѣе пятилѣтняго [66]). Нѣсколько препоручителей отвѣтственны солидарно предъ общимъ мандатаріемъ, а нѣсколько нанимателей отвѣтственны лишь pro rata предъ нанятымъ имъ лицомъ, если не выговорено противнаго. Въ порученіи возможно одностороннее отступленіе отъ договора каждымъ контрагентомъ посредствомъ revocatio со стороны манданта, или renunciatio со стороны мандатарія; между тѣмъ договоръ личнаго найма не можетъ быть прекращенъ по одностороннему желанію того или другаго контрагента.

Все сказанное относительно отличія порученія отъ личнаго найма примѣнимо и къ представительству, такъ какъ послѣднее отличается отъ порученія только тѣмъ, что посредствующее лице совершаетъ юридическія сдѣлки не только за счетъ другаго, но и отъ имени другаго. Изъ этого, между прочимъ, вытекаетъ еще слѣдующее отличіе представительства отъ личнаго найма: изъ сдѣлки, заключенной представителемъ съ третьимъ лицомъ, въ предѣлахъ даннаго ему полномочія, возникаютъ непосредственныя юридическія отношенія между

---

[66]) Ст. 2214. X т., ч. I.

принципаломъ и третьимъ, дѣйствія же наемника вообще не направлены на возникновеніе подобныхъ правовыхъ послѣдствій.

Теперь мы можемъ приступить къ вопросу объ отличіи представительства отъ порученія. Въ обоихъ институтахъ посредствующее лице совершаетъ юридическую сдѣлку, чѣмъ и отличается отъ юридическаго соучастника [67]); но въ то же время оба они различны другъ отъ друга по существеннымъ признакамъ. Порученіе есть такое договорное соглашеніе, въ силу котораго одна сторона принимаетъ на себя обязанность совершать юридическія дѣйствія для другой, т. е. за ея счетъ, но отъ своего собственнаго имени. Между тѣмъ представитель имѣетъ полномочіе обязывать или управомочивать своими сдѣлками принципала. Порученіе направлено исключительно на внутреннее отношеніе препоручителя и лица, принявшаго порученіе; представительство—на внѣшнее отношеніе принципала и третьяго лица, вступившаго съ нимъ въ юридическія отношенія чрезъ представителя; первое характеризуется внутреннимъ субъективнымъ моментомъ, а второе—внѣшнимъ объективнымъ, т. е. имѣетъ значеніе по преимуществу для третьихъ лицъ.

Эти два института имѣютъ совершенно различный характеръ по своему содержанію и могутъ существовать независимо другъ отъ друга [68]). Тамъ, гдѣ одно лице дѣйствуетъ за счетъ дру-

---

[67]) Іерингъ (Mitwirkung—I. ст. 274, 312) и Унгеръ (его System des Oester. priv. § 90 ст. 131, 135) неправильно подводятъ такую форму посредствующей дѣятельности подъ юридическое соучастіе вообще.—Въ разсматриваемомъ случаѣ сдѣлка юридически признается сдѣлкой контрагента, который переноситъ послѣдствіи ея въ силу особаго акта на другое лице, такъ что подобный контрагентъ не принимаетъ участія, въ настоящемъ смыслѣ этого слова, въ чужихъ юридическихъ сдѣлкахъ, потому что формально онъ ведетъ свое собственное дѣло.

[68]). См. Лабанда—ст. 203—209, Windscheid—I. § 74 n° 1. — Впрочемъ

гаго, но отъ своего имени, мы имѣетъ дѣло съ порученіемъ въ смыслѣ римскаго mandatum; тамъ же, гдѣ посредствующее лице дѣйствуетъ не только за счетъ другаго, но и отъ его имени, будетъ не порученіе, а представительство. Въ порученіи на первый планъ выступаетъ обязанность мандатарія [69]) исполнить данное ему порученіе, а въ представительствѣ—право представителя своими сдѣлками управомочивать и обязывать одного только принципала. Необходимое условіе порученія—это интересъ манданта или третьяго лица; порученіе же, данное въ исключительномъ интересѣ мандатарія, не дѣйствительно, ибо въ этомъ случаѣ оно будетъ скорѣе совѣтомъ, не обязывающимъ ни къ чему лице, которому оно дается; cujus generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non obligatorium... говоритъ Гай (L. 2 § 6 D. 17. I.). Въ представительствѣ же интересъ представляемаго не составляетъ conditio sine qua non дѣйствительности договора. Подтвержденіе этому мы находимъ и въ нашихъ гражданскихъ законахъ. Статьи 1618 и слѣдующія X т. ч. I говорятъ о довѣренностяхъ для представленія чужаго имущества въ залогъ на принятіе подрядовъ. Дѣйствія представителя по такимъ довѣренностямъ имѣютъ интересъ для него одного, безъ всякаго отношенія къ интересамъ довѣрителя, собственника имущества.

Въ представительствѣ кромѣ объективнаго момента, составляющаго суть этого понятія, можетъ быть и субъективный; другими словами, изъ него вытекаютъ, кромѣ юридическихъ отношеній между принципаломъ и третьимъ лицемъ, еще

внутренняя сторона представительства, т. е. юридическія отношенія между принципаломъ и его представителемъ, должны быть разрѣшаемы по началамъ порученія.

[69]) За неимѣніемъ въ нашей юридической литературѣ общепринятыхъ терминовъ, мы будемъ пользоваться таковыми, принятыми въ иностранной.

особыя отношенія между принципаломъ и его представителемъ [70]). Возможно, что оба эти момента совпадаютъ по своему объему, но нерѣдко они расходятся между собой по содержанію. Напр. повѣренному дается общая довѣренность на совершеніе цѣлаго ряда юридическихъ дѣйствій и сдѣлокъ, и одновременно съ этимъ вручается ему инструкція, опредѣляющая съ точностію его обязанности, т. е. ограничивающая его полномочіе по довѣренности; или прокуристъ по нѣмецкому торговому уложенію можетъ быть надѣленъ особой инструкціей отъ своего принципала, ограничивающей его представительное полномочіе, объемъ котораго заранѣе опредѣленъ закономъ. Какъ въ этомъ, такъ и въ другомъ случаѣ, представитель можетъ заключить съ третьими сдѣлку, обязательную для своего принципала, хотя бы при этомъ онъ и вышелъ за предѣлы данной ему инструкціи [71]). При обсужденіи отношеній представляемаго къ третьему лицу, заключившему сдѣлку съ представителемъ, слѣдуетъ исходить изъ полномочія, которое было дано послѣднему; при обсужденіи же отношеній между принципаломъ и его представителемъ нужно руководствоваться общими началами порученія [72]).

Такимъ образомъ существенное отличіе порученія отъ представительства мы можемъ свести къ слѣдующему: мандатарій заключаетъ сдѣлку отъ своего имени, а представитель—отъ имени принципала. Первый является не только контрагентомъ,

---

[70]) Представительство можно назвать родовымъ юридическимъ понятіемъ, а порученіе, характеризуемое исключительно внутреннимъ, субъективнымъ моментомъ—видовымъ понятіемъ.

[71]) См. Art 43, 231 Нѣм тор. улож.

[72]) См. Лабанда ст. 207, 208, и въ особенности Ладенбурга—„Die Vollmacht, als Verkehrsmittel“ въ Zeitschrift Голдшмидта. XI. ст. 72—100.

но и субъектомъ по заключенной имъ сдѣлкѣ, а второй считается только контрагентомъ, т. е. заключившимъ сдѣлку, потому что единственнымъ субъектомъ ея признается принципалъ. Первый выступаетъ предъ третьими въ качествѣ кредитора или должника, а второй не связывается никакими правовыми послѣдствіями предъ своимъ контрагентомъ. Юридическія послѣдствія изъ договора возникаютъ въ лицѣ мандатарія, который на основаніи особой сдѣлки переноситъ ихъ потомъ на манданта, между тѣмъ какъ тѣже послѣдствія, не останавливаясь ни на одинъ моментъ на представителѣ, непосредственно съ самаго же начала возникаютъ въ лицѣ принципала [73]).

Въ дѣйствительной жизни нерѣдко случается, что въ качествѣ мандатарія дѣйствуютъ не только лица, связанныя договоромъ порученія, но и другія, напр. соучастникъ полнаго торговаго товарищества (socius), опекунъ, negotiorum gestor и т. п. [74]), насколько они выступаютъ предъ третьими въ качествѣ самостоятельнаго юридическаго субъекта, т. е. заключаютъ съ ними сдѣлку отъ своего имени, но за счетъ другаго. Отличіе этихъ случаевъ отъ представительства сводится къ только что указанному нами отличію порученія отъ этого послѣдняго.

По сходству дѣятельности мандатарія и аналогическихъ

---

[73]) Высказанное въ текстѣ положеніе имѣетъ важное практическое значеніе въ вопросѣ о дѣеспособности мандатарія и представителя. Первый долженъ быть дѣеспособнымъ не только вообще, но и въ частности относительнаго заключаемаго имъ договора; второй же можетъ не имѣть подобной конкретной дѣеспособности.

[74]) Намъ кажется неправильнымъ причислять сюда и личный наемъ, какъ это дѣлаетъ Лабандъ (стр. 197), ибо коль скоро наемникъ совершаетъ юридическую сдѣлку за счетъ нанимателя, то онъ будетъ въ этомъ отношеніи или мандатаріемъ или gestor'омъ.

съ нимъ лицъ съ дѣятельностію представителя, нѣкоторые ученые называютъ первыхъ посредственными представителями въ отличіе отъ настоящихъ, непосредственныхъ представителей [75]). Унгеръ [76]) очень справедливо замѣчаетъ, что посредственное представительство есть contradictio in adjecto. Въ самомъ дѣлѣ, представительство характеризуется внѣшнимъ объективнымъ моментомъ, чего нѣтъ въ такъ называемомъ посредственномъ, непрямомъ представительствѣ. Неудачно и названіе Ersatzmann (намѣстникъ, заступитель), которое даетъ Іерингъ [77]) такому посредствующему лицу, потому что это послѣднее не замѣняетъ своего манданта (или лица, для котораго оно дѣйствуетъ), а выступаетъ въ гражданскомъ оборотѣ въ качествѣ самостоятельнаго юридическаго субъекта съ преднамѣреннымъ желаніемъ подвергаться всѣмъ послѣдствіямъ заключаемой имъ сдѣлки. Савиньи считаетъ оба эти понятія видовыми; онъ раздѣляетъ представителей на два вида: дѣйствующихъ отъ своего имени и отъ имени другаго [78]). Gareis [79]) находитъ болѣе подходящимъ терминъ Interessenvertreter. Но подъ это названіе можетъ быть подведенъ, какъ вѣрно замѣчаетъ Циммерманъ [80]) и настоящій представитель во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда ему дано полномочіе въ интересахъ принципала. Унгеръ, Шерль [81]), Циммерманъ употребляютъ терминъ „посредствующее лице“ Zwischenperson (interposita persona). Но этотъ

---

[75]) См. Шерля Kritische Ueberschau стр. 320; Puchta — Vorlesungen ст. 118—119.

[76]) § 90 n° 22.

[77]) Mitwirkung. I. стр. 312—и II. стр. 70 –78.

[78]) Oblig. II. § 57 ст. 60 и слѣд.

[79]) См. Указ. соч. стр. 14.

[80]) Стр. 27 и 33.

[81]) Іеринга Jahrbücher. II. ст. 19.

терминъ неудачный, такъ какъ онъ будетъ родовымъ названіемъ, подъ которое подойдутъ всѣ виды посредствующей дѣятельности при заключеніи сдѣлки и можетъ повести къ смѣшенію нѣсколькихъ разнородныхъ между собой понятій, такъ напр. представителя, посланнаго, маклера, и др., являющихся точно также посредствующими лицами. Если такое посредствующее лице не есть представитель, то нельзя его назвать и скрытымъ представителемъ (stiller Stellvertreter), какъ это дѣлаетъ Арндсъ [82])

Собственно говоря, здѣсь споръ идетъ о словахъ, потому что всѣ перечисленные нами термины обозначаютъ одно и тоже понятіе. Мы, въ противоположность нѣмецкимъ юристамъ, говорили лишь объ отличіи порученія отъ представительства въ виду того, что этотъ институтъ служитъ типичной и самой употребительной формой того вида посредствующей дѣятельности, гдѣ сдѣлка заключается отъ имени контрагента вообще; тѣмъ болѣе, что случаи, когда одно лице совершаетъ сдѣлку отъ своего имени, но за счетъ другаго, не будучи мандатаріемъ (опекунъ, negotiorum gestor) должны быть обсуживаемы по общимъ началамъ порученія. Какъ главныя правила добровольнаго представительства распространяются и на другія представительныя отношенія, точно также и правила порученія примѣняются къ другимъ анологическимъ явленіямъ.

§ 5. Отличіе представительства отъ аналогическихъ отношеній, возникающихъ для третьихъ лицъ изъ юридической сдѣлки независимо отъ воли контрагентовъ.

Представительство должно быть отличаемо отъ тѣхъ случаевъ, когда для одного лица вытекаютъ юридическія послѣдствія изъ сдѣлки, заключенной другимъ, помимо воли этого послѣд-

---

[82]). Pand. § 76 nº 2.

ниго. Такіе случаи могутъ быть подводены подъ слѣдующія категоріи: 1) Такъ называемое необходимое или несвободное представительство римскаго права, т. е. пріобрѣтеніе правъ требованія чрезъ посредство рабовъ и filius familias [83]). Такое пріобрѣтеніе не составляло исключенія изъ общаго правила: alteri nemo stipulari potest (L. 38, § 17, D. 45, 1) ибо оно происходило въ силу юридической необходимости, ex lege, безъ всякаго отношенія къ волѣ посредствующаго лица. Несвободныя и подчиненныя лица были орудіями пріобрѣтенія для своего господина, при чемъ не принималась во вниманіе воля того или другаго. Имущественная личность ихъ поглощалась въ таковой господина (unitas personae). Желаніе подчиненнаго лица при совершеніи сдѣлки было безразлично по отношенію къ юридическимъ послѣдствіямъ, вытекающимъ изъ нея; поэтому заключало-ли оно договоръ отъ своего имени или отъ имени господина, желало-ли пріобрѣсти право для себя или для послѣдняго,— эти обстоятельства не имѣли никакого юридическаго значенія, такъ какъ въ обоихъ случаяхъ господинъ непосредственно пріобрѣталъ право въ силу того пред-

---

[83]) См. Іерингъ—Mit. I. ст.274,312;Унгеръ—стр. 134, 145 и n°18;Лабандъ—стр. 198—200; Циммерманнъ—ст. 32; Виндшейдъ—§ 73 n° 2; Buchka—стр. 8—22—Бринцъ.-Krit. Blätter—ст.9;Mandry. Familiengütterrecht I.ст.134, 141;Ortolan—Explications historiques des institutions. II. ст. 406—416. Пухта—Vorlesungen § 274. Послѣднимъ ученымъ неправильно подводится подъ понятіе необходимаго представительства и наслѣдственныя отношенія; онъ полагаетъ, что наслѣдодатель есть необходимый представитель наслѣдника — тоже Вангеровъ § 608, Dernburg. ibid. стр. 3.Buchka § 8 — Наслѣдодатель. заключаетъ договоръ въ своемъ лицѣ и отъ своего имени, только исполненіе его происходитъ чрезъ наслѣдниковъ, такъ что скорѣй послѣдній является представителемъ перваго. См Шерля, Krit. Ueberschau.—стр. 338. Бринцъ. ib. ст. 19, 20,

писанія закона, что подчиненныя лица суть необходимыя имущественныя орудія своего владыки. Это отношеніе не измѣнялось и въ томъ случаѣ, когда сынъ имѣлъ пекуліумъ и, заключая сдѣлку отъ своего имени, желалъ увеличеніе его. По строгому требованію права такой пекуліумъ составлялъ собственность отца, данный во временное пользованіе сыну, слѣдовательно, все пріобрѣтенное для пекуліума, вмѣстѣ съ симъ послѣднимъ, принадлежало отцу. Но съ признаніемъ за сыномъ права собственности на bona castrensa, quasi—castrensa, adventicia extraordinaria, все пріобрѣтенное имъ для себя несчиталось ipso jure собственностію отца [84]).

Въ одномъ частномъ случаѣ представительное намѣреніе раба и приказъ, данный ему господиномъ, оказывали вліяніе на юридическія послѣдствія сдѣлки, чѣмъ такой случай и приближался къ настоящему представительству; это именно, когда конкурировали права нѣсколькихъ господъ по сдѣлкѣ, совершенной ихъ общимъ рабомъ. Тотъ изъ господъ здѣсь пріобрѣталъ право, который далъ приказъ рабу совершить отъ его имени извѣстный договоръ и когда послѣдній исполнилъ такой приказъ [85]).

2) Въ современномъ торговомъ быту существуетъ правовое отношеніе, напоминающее нѣсколько необходимое представительство, это—присвоеніе хозяиномъ выгодъ изъ сдѣлки, совершенной его прикащикомъ отъ своего собственнаго имени [86]). Принципалъ можетъ осуществить такое право свое

---

[84]). См. Пухта—Vorlesung. ст. 116, Бухка—ст. 21—22; Ortolan—2 т., стр. 408—411.

[85]). Gaii institutiones. III. § 167; § 3. Jns. 3, 28.

[86]). Ст. 695 XI Т. ч. II; уст. торг. по продолженію 1868 г.; art. 56. Общегерманскаго торговаго уложенія.

двоякимъ образомъ: или требуя отъ прикащика полученныхъ выгодъ, если сдѣлка уже исполнена, или же уступки ему права иска.

Приведенныя два юридическія отношенія, несмотря на внѣшнее сходство, отличаются другъ отъ друга по многимъ признакамъ. Въ необходимомъ представительствѣ сдѣлка съ самаго момента своего возникновенія (относительно правъ, изъ нея вытекающихъ) считается таковою своего господина, а въ разсматриваемомъ случаѣ она будетъ первоначальной сдѣлкой прикащика, принципалу же дается лишь возможность эксплоатировать договорное право своего прикащика, помимо воли этого послѣдняго. Изъ этого вытекаетъ другое отличіе, важное въ практическомъ отношеніи: воля господина, относительно пріобрѣтенія правъ изъ договора подчиненнаго, предполагается всегда и нѣтъ надобности въ особомъ проявленіи ея; между тѣмъ желаніе хозяина присвоить себѣ результаты сдѣлки своего прикащика не предполагается, а должно быть явно выражено; до этого момента правомѣрнымъ кредиторомъ считается послѣдній. Далѣе, пріобрѣтеніе господиномъ въ необходимомъ представительствѣ не обусловливается намѣреніемъ контрагента (подчиненнаго), направленнымъ именно на такой результатъ, между тѣмъ уполномоченный прикащикъ при заключеніи сдѣлки имѣетъ въ виду свой собственный интересъ или таковой посторонняго лица, но не своего принципала. Тамъ господинъ, требуя удовлетворенія отъ третьяго лица, вступившаго въ сдѣлку съ его подчиненнымъ, осуществляетъ свое собственное первоначальное право; здѣсь-же принципалъ пользуется правомъ, возникшимъ въ лицѣ своего прикащика. На этомъ основаніи третье лице можетъ дѣлать возраженіе противъ принципала ex persona cedentis, т. е. возраженіе. которое имѣлобы силу относительно уполномоченнаго прикащика. Разсматри-

ваемый нами случай, въ отличіе отъ такъ называемаго необходимаго представительства, можетъ быть названъ необходимою cessio. Видимое сходство между указанными двумя понятіями состоитъ въ томъ, что въ обоихъ случаяхъ пріобрѣтеніе права однимъ лицемъ изъ сдѣлки, заключенной другимъ, обусловливается не волей этого послѣдняго, а предписаніемъ закона.

3) Одно лице можетъ пріобрѣсти права изъ сдѣлки другаго и въ силу рефлективнаго дѣйствія права — Reflexwirkung [87]). Въ мірѣ правовомъ, также какъ и въ физическомъ, невозможно абсолютное изолированіе юридическаго акта; изъ него возникаютъ кромѣ послѣдствій, составляющихъ прямую цѣль его и обусловленныхъ намѣреніемъ контрагентовъ, еще и другія— для лица совершенно посторонняго. Возникновеніе такихъ юридическихъ послѣдствій, которыя не находятся въ какой-либо причинной связи съ намѣреніемъ контрагентовъ, называется рефлективнымъ дѣйствіемъ права.

Причиной такого юридическаго эффекта могутъ быть фактическія или юридическія дѣйствія. Для примѣра можно привести случай перерыва давности мнимымъ собственникомъ, перерыва, обращающагося въ пользу и настоящаго собственника;— derelictio собственника своей части, вслѣдствіе чего другой собственникъ становится единственнымъ хозяиномъ всей вещи и т. п. Самое рефлективное дѣйствіе можетъ быть или фактическаго свойства, напримѣръ выгоды, получаемыя собственникомъ смежной земли, вслѣдствіе построенной на сосѣдней землѣ плотины; или же юридическаго—напримѣръ сервитутъ, принадлежащій землѣ, находящейся въ общей собственности малолѣтняго и совершеннолѣтняго, не прекращается вслѣдствіе non usus

---

[87]). Теорія этого юридическаго понятія и самый терминъ его впервые установлены Іерингомъ. См. его Jahrbücher Bd. X. стр. 246—354.

относительно малолѣтняго, слѣдовательно не прекращается и по отношенію къ его сособственнику. Послѣдствія рефлективнаго дѣйствія могутъ быть выгодныя или убыточныя. Основаніе, въ силу котораго возникаетъ рефлективное дѣйствіе, можетъ быть или тожество юридическаго положенія контрагента и посторонняго лица (юридическаго паразита) или же общность интересовъ ихъ.

Разсматриваемое понятіе, т. е. рефлективное дѣйствіе права отличается отъ необходимаго представительства тѣмъ, что въ послѣднемъ подчиненное лице (контрагентъ) играетъ роль орудія пріобрѣтенія для господина (юридическаго субъекта); въ первомъ-же контрагентъ дѣйствуетъ исключительно въ своихъ собственныхъ интересахъ, не думая совершенно объ таковыхъ третьяго лица. Отличіе, такъ называемой, необходимой cessio (указанное выше подъ цифрой 2) отъ рефлективнаго дѣйствія права заключается въ томъ, что тамъ принципалъ пріобрѣтаетъ право изъ дѣйствій уполномоченнаго прикашика въ силу преемства (необходимаго), здѣсь-же возникновеніе юридическихъ послѣдствій для третьяго лица (юридическаго паразита) не находится ни въ какой преемственной связи съ правомъ настоящаго контрагента.

Такимъ образомъ рефлективное дѣйствіе не есть пріобрѣтеніе чрезъ другаго, для другаго или отъ другаго, а лишь по случаю другаго (propter aliquem) [88]). Внѣшнее сходство между представительствомъ и приведенными выше тремя юридическими отношеніями заключается въ томъ, что всюду одно лице пріобрѣтаетъ права изъ дѣйствій другаго. Но такой однородный во всѣхъ приведенныхъ отношеніяхъ юридическій эффектъ основывается на различныхъ началахъ. Въ представительствѣ онъ обусловливается волей посредствующаго лица,

---

[88]) Gareis указ. соч. стр. 29.

составляетъ преднамѣренную цѣль его дѣйствій. Въ необходимомъ представительствѣ и въ случаѣ присвоенія хозяиномъ выгодъ изъ сдѣлки своего прикащика, этотъ эффектъ возникаетъ въ силу юридической необходимости, по предписанію закона; наконецъ, въ рефлективномъ дѣйствіи права онъ является послѣдствіемъ фактической необходимости.

§ 6. Отличіе представительства отъ договоровъ въ пользу третьихъ лицъ.

Понятіе договоровъ въ пользу третьяго лица и отношеніе къ нимъ положительнаго права видоизмѣнялись въ различныя историческія эпохи и, можно сказать, не установились окончательно и въ настоящее время [89]). Въ виду этого мы считаемъ не безполезнымъ остановиться нѣсколько подробнѣе на настоящемъ вопросѣ.

Римское право не допускало, какъ общее правило, договоровъ въ пользу третьяго лица; такъ что, если одно лице А заключало съ другимъ В догоговоръ, по которому

---

[89]) Кромѣ учебниковъ въ германской литературѣ есть много спеціальныхъ монографій о договорахъ въ пользу 3-го лица, изъ которыхъ заслуживаютъ особеннаго вниманія слѣдующія: Gareis „Die Verträge zu Gunsten Dritter“ 1873 г. Рецензія на эту книгу, написанная Stobbe, помѣщена въ журналѣ Голдшмита. Т. 19 стр. 51—149; Unger „Die Verträge zu Gunsten Dritter“ въ Іеринга Jahrbücher X. ст. 1—110. Критика его Регелсбергеромъ въ Kritischc Vierteljahrschrift XI. ст. 559—659. Bähr въ журналѣ Іеринга VI. ст. 131—186.; Zaun. „zur Lehre von der sogenannten fingirten cession...“ въ Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. I стр. 11—70 и 113—153. Въ указанномъ сочиненіи Gareis'а разобрана вся Германская литература по данному вопросу. По французскому праву см. Mollitor. „Les obligations en drois Romains.“ T. I ст. 93—107. Massé. „Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil“ (3 изд.) T. III. гл. 5 № 1711—1745 и др. учебники гражданскаго права.

право требованія должно было принадлежать третьему, не участвовавшему въ немъ С, то такой договоръ признавался по римскому праву ничтожнымъ. А не могъ предъявлять искъ по оному противъ В, потому-что изъ этого договора онъ не желалъ пріобрѣсти ничего лично для себя; не имѣлъ права иска и С по юридической невозможности: emti actionem nec illi, nec tibi quaesisti: dum tibe non vis, nec illi potes (L. 6 C. 4. 50). Формальныя основанія недопустимости такихъ договоровъ по римскому праву тѣ же, по которымъ не признавалось и прямое представительство, а именно строго-индивидуальный характеръ обязательственныхъ отношеній. Достаточнымъ подтвержденіемъ этого можетъ служить слѣдующее мѣсто изъ дигестъ: Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. (L. 11 D. 44. 7.) Употребленіе въ текстѣ кромѣ stipulari, еще emere, vendere, contrahere указываетъ, что запрещеніе касается не одной только стипуляціи но и договоровъ вообще. Изъ указаннаго общаго правила, по которому изъ договора въ пользу третьяго лица не пріобрѣтали права иска ни контрагентъ, ни третье, впослѣдствіи были допущены нѣкоторыя исключенія, какъ для одного, такъ и для другаго.

А) Третье лицо получало право иска въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) залогодержатель, продавая вещь, могъ выговорить право обратной купли этой вещи (выкупа) собственникомъ ея [90]); послѣдній въ этомъ случаѣ пріобрѣталъ самостоятельное право иска изъ такой сдѣлки [2]). Даритель могъ выговорить, чтобы даръ по истеченіи извѣстнаго времени

---

[90]) L. 13. D. 13, 7... Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut *in factum actione adversus emtorem agere.*

былъ переданъ опредѣленному въ договорѣ третьему лицу [91]). 3) Асцедентъ, назначая приданое (dos) въ пользу дочери или внучки, могъ выговорить для одаренной или ея дѣтей право обратнаго требованія приданнаго [92]). Во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ неучаствовавшее въ договорѣ лице пріобрѣтало право иска изъ онаго не въ силу явной или предполагаемой cessio отъ проммиссара *), а вполнѣ самостоятельно и независимо отъ послѣдняго. Исключенія эти вызваны были практической необходимомостію и охранялись преторскими исками, какъ основанныя на aequitas. Внѣ этихъ исключеній, общее правило недопустимости договоровъ въ пользу третьяго осталось въ своей силѣ въ римскомъ правѣ.

В) Проммиссаръ могъ имѣть право иска изъ договора, заключеннаго въ пользу третьяго лица: 1) когда исполненіе договора представляло самостоятельный интересъ для него, (L 38 § 20 D. 45, 1) и 2) когда исполненіе третьяго обусловлено неустойкой въ его пользу (L. 38 § 17, D. 45, 1). Второй случай, строго говоря, имѣетъ тоже основаніе, что и первый, ибо неустойка составляетъ самостоятельный интересъ и обусловлена неисполненіемъ договора.

Таково въ общихъ чертахъ ученіе о договорахъ въ пользу третьяго въ юстіановомъ правѣ. Глоссаторы и комментаторы

---

[91]) L. 3. C. 8, 55. „Sed quum postea benigna juris interpretatione divi principes ei, *qui stipulatus non sit, utilem actionem* juxta donatoris voluntatem *competere* admiserint.“

[92]) L. 7. C. 5, 14... licet his actionem quaerere non potuit; tamen ulilis eis ex aequitate accommodabitrur actio.

*) Промиссаромъ называется тотъ изъ контрагентовъ, который принимаетъ обѣщаніе; промитентъ же тотъ, который даетъ обѣщаніе; третье лице иногда называютъ дестинатаріемъ.

ничего новаго не прибавили для разъясненія разсматриваемаго юридическаго института, напротивъ еще болѣе затемнили его, смѣшавъ эти договоры съ представительствомъ [93]). Въ вопросахъ о допустимости ихъ они не шли далѣе римскаго права, т. е. признавали дѣйствительными только такіе договоры въ пользу третьяго, гдѣ это послѣднее являлось adjectus solutionis causa и гдѣ промиссаръ имѣлъ самостоятельный интересъ въ исполненіи ихъ. Но такое третье лице, adjectus solutionis causa, имѣетъ съ промитента не самостоятельное право иска, а производное, въ силу уступки его со стороны промиссара, такъ что оно является procurator in rem suam съ тѣмъ только отличіемъ, что послѣдній пріобрѣтаетъ право иска отъ первоначальнаго кредитора послѣ заключенія сдѣлки, а первому цедируется это право въ моментъ совершенія ея. Слѣдовательно, такой договоръ нельзя подвести подъ понятіе настоящаго договора въ пользу третьяго, гдѣ послѣднее пріобрѣтаетъ право иска независимо отъ промиссара. Все ученіе глоссаторовъ и комментаторовъ объ этихъ договорахъ и о представительствѣ можетъ быть сведено къ распредѣленію обѣщанія и исполненія по одному и тому же договору (promissio и restitutio, или другими словами verba obligativa и verba executiva) между различными лицами. Если verba obligativa и executiva относятся къ лицу договаривающемуся, то это послѣднее и будетъ единственнымъ субъектомъ заключенной имъ сдѣлки. Если verba obligativa и verba executiva относятся къ другому лицу, не участвующему непосредственно въ договорѣ, то такой договоръ ничтоженъ (прямое представительство). Наконецъ, если verba obligativa относятся къ контрагенту, а executiva къ третьему

---

[93]) См. Buchka, ibid. § 15—18; Gareis, ibid. § 16.

лицу, то изъ такого договора пріобрѣтаетъ право иска одинъ только промиссаръ и то подъ условіемъ самостоятельнаго интереса въ исполненіи договора.

Съ теченіемъ времени унаслѣдованный отъ римскаго права принципъ безусловной индивидуальности обязательства подвергся существенному измѣненію. Съ допущеніемъ прямаго представительства должны были быть признаны дѣйствительными и договоры въ пользу третьяго лица вообще, что и было сдѣлано большинствомъ законодательствъ современныхъ народовъ [94]). Но при этомъ послѣднія ставятъ дѣйствительность такихъ договоровъ въ зависимость отъ принятія и одобренія ихъ третьими, въ пользу которыхъ они совершены. Пока не воспослѣдовало одобренія, договоръ можетъ быть измѣненъ и даже прекращенъ по взаимному согласію контрагентовъ. Многіе изъ новѣйшихъ ученыхъ [95]), занимавшихся спеціально этимъ вопросомъ, стоятъ на точкѣ зрѣнія положительныхъ законодательствъ, которая намъ кажется неправильной. Одобреніе третьимъ лицемъ заключеннаго въ его пользу договора, какъ необходимое условіе дѣйствительности послѣдняго, искажаетъ природу настоящихъ договоровъ въ пользу третьихъ. Если такое одобреніе видѣть въ самомъ фактѣ возбужденія третьимъ лицомъ иска противъ промитента, то оно является излишнимъ и не имѣющимъ никакого значенія, такъ какъ, возбуждая искъ, третье лице обнаруживаетъ только желаніе осуществить свое право, а не пріобрѣтать его впервые. Если же одобреніе понимается въ смыслѣ

---

[94]) Прусское земское уложеніе ч. I тит. 5 § 74 и слѣд.; Австрійское гражданское улож. § 881 и 1019; Cod. civ. art. 1121.

[95]) Савиньи, Oblig. II. § 59. Bruns—«Das heutige römische Recht» въ энциклопедіи Holzendorf'a стр. 388. Zaun, ibid. стр. 56, 57, 58. Platner. ib. стр. 222, 223 и др.

особаго акта со стороны третьяго, нѣчто въ родѣ ratihabitio, то этотъ случай будетъ negotiorum gestio, а не договоръ въ пользу третьяго. Наконецъ одобреніе нельзя понимать и въ смыслѣ изъявленія согласія на принятіе сдѣланнаго третьему лицу чрезъ посредство промиссара предложенія, потому что еще до этого момента сдѣлка считается вполнѣ заключенной. Такимъ образомъ, по нашему мнѣнію, теорія одобренія должна быть признана несостоятельной. Нѣкоторые изъ приверженцевъ этой теоріи смѣшиваютъ договоры въ пользу третьяго съ negotiorum gestio или считаютъ ихъ замаскированнымъ представительствомъ. Мы склоняемся болѣе къ мнѣнію, начинающему господствовать въ послѣднее время въ германской литературѣ, по которому третье лице пріобрѣтаетъ изъ договора, заключеннаго въ его пользу, первоначальное и непосредственное право требованія, не отмѣняемое съ момента возникновенія договора и не обусловленное особымъ актомъ воли его, принятіемъ или одобреніемъ [96]).

Что касается отечественнаго законодательства, то въ немъ нѣтъ никакихъ опредѣленій о договорахъ въ пользу третьго. Но въ судебной практикѣ возникали такіе случаи, и нѣкоторые изъ нихъ доходили до Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената, который призналъ дѣйствительными подобные договоры, не установивъ, впрочемъ, общаго понятія о нихъ, что было бы крайне важно въ виду отсутствія законодательнаго постановленія. По поводу этихъ кассаціонныхъ рѣшеній въ нашей юридической литературѣ было высказано нѣсколько общихъ соображеній. Первый разъ

[96]) См. Unger—стр. 109; Gareis—стр. 167, Виндшейдъ § 316 и 313; впрочемъ послѣдній ученый находитъ акцептъ третьяго лица не необходимымъ только въ такихъ договорахъ, гдѣ должнику дается вещь съ условіемъ возвращенія въ цѣлости или части ея третьему (см. стр. 196 и слѣд.).

Кассаціонный Департаментъ призналъ дѣйствительнымъ договоръ, заключенный должникомъ съ постороннимъ лицемъ о принятіи послѣднимъ долга предъ кредиторомъ перваго [97]). Очевидно, что этотъ случай не относится къ настоящимъ договорамъ въ пользу третьяго лица, такъ какъ кредиторъ (3-е лице) не имѣетъ въ немъ особеннаго интереса; его положеніе въ юридическомъ отношеніи ничуть не улучшается,—такой договоръ будетъ въ собственныхъ интересахъ одного только промиссара. Принятіе чужаго долга можетъ проявиться въ двоякой формѣ: a) или какъ обѣщаніе одного лица другому объ освобожденіи его отъ обязательства предъ его кредиторомъ; здѣсь возникаютъ только личныя отношенія между контрагентами, и должникъ (промиссаръ) остается по отношенію къ своему кредитору тѣмъ не менѣе отвѣтственнымъ лицомъ; b) или какъ дѣйствительное принятіе долга съ безусловнымъ освобожденіемъ должника. Послѣдній случай, извѣстный въ гражданскомъ правѣ подъ названіемъ expromissio, предпологаетъ согласіе кредитора, какъ необходимое условіе. Договоръ, по поводу котораго состоялось приведенное кассаціонное рѣшеніе, подходитъ подъ первый случай. Думашевскій [98]), еще до поступленія дѣла, по поводу котораго мы говорили, въ Кассаціонный Департаментъ, высказался противъ недѣйствительности договоровъ въ пользу третьяго вообще, исходя изъ того, будто бы, безспорнаго положенія, что договоръ порождаетъ юридическія послѣдствія только между непосредственными соучастниками его. Въ частности же онъ приводитъ еще тотъ доводъ, что промиссаръ можетъ на основаніи 1545 ст. X. т. ч. I. освободить промитента отъ принятаго этимъ послѣднимъ

---

[97]) 1869 г. № 181—дѣло Скобельцина и Имберха.

[98]) Судебный вѣстникъ за 1867 г. № 207 и 229.

на себя обязательства. Доводъ этотъ имѣетъ правомѣрное основаніе въ примѣненіи къ данному случаю, не составляющему договора въ пользу третьяго лица въ настоящемъ смыслѣ; но онъ не можетъ быть примѣняемъ къ expromissio, т. е., когда кредиторъ уже изъявилъ свое согласіе о замѣнѣ личности должника. Здѣсь право кредитора противъ промитента будетъ вполнѣ самостоятельное и независимое отъ промиссара; слѣдовательно и не можетъ быть рѣчи о возможности пользованія послѣднимъ ст. 1545 X. т. ч. I., такъ какъ у него нѣтъ права, отъ котораго могъ бы отказываться. Второй разъ Кассаціонный Департаментъ [99]) разрѣшилъ въ смыслѣ положительномъ вопросъ о томъ: – можетъ ли одно присутственное мѣсто предъявить искъ непосредственно къ должнику изъ договора, заключеннаго въ его пользу другимъ учрежденіемъ; при чемъ Сенатъ исходилъ изъ того положенія, что оба присутственныя мѣста суть только представители одной общей власти, и этимъ онъ избѣгъ необходимости дать общія основанія, которыя служили бы для суда руководящими началами при разрѣшеніи подобныхъ споровъ на будущее время. Оршанскій [100]), разбирая это рѣшеніе Сената, говоритъ, что съ точки зрѣнія нашего дѣйствующаго права слѣдуетъ признать, что третье лице не имѣетъ права иска по заключенному въ его пользу договора, такъ какъ не разъ личный характеръ обязательствъ по договорамъ выставляется на видъ, какъ закономъ, такъ и судебной практикой. Мулловъ [101]) по поводу этого рѣшенія, не соглашаясь съ приведеннымъ выше мнѣніемъ Оршанскаго, находитъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ нель-

---

[99]) 1873—дѣло Мотафанова (№ 1623).

[100]) Журналъ гражд. и угол. права за 1875 г. кн. 5 ст. 221—223.

[101]) Жур. гр. и угол. права за 1877 г. кн. 5 стр. 124, 125

зя безусловно отвергать право третьяго лица, «хотя», говоритъ онъ, «трудно выразить это какимъ-либо опредѣленнымъ юридическимъ правиломъ». Затѣмъ въ доказательство практичности и справедливости своего мнѣнія приводитъ нѣкоторые конкретные случаи, которые, однако, мало имѣютъ общаго съ настоящими договорами въ пользу третьяго лица. Третій изъ приведенныхъ имъ примѣровъ [102]) даже противорѣчитъ существенному признаку договора въ пользу третьяго. Онъ говоритъ о случаѣ, предусмотрѣнномъ 2461 ст. XI. т. ч. II., когда, по взаимному согласію между покупщикомъ и перепродавцемъ, включается въ маклерскую записку условіе—*безъ оборота на перепродавца*. Если третьимъ лицомъ считать здѣсь первоначальнаго продавца, привлекаемаго покупщикомъ къ отвѣтственности, то выходитъ, что договоръ заключенъ не въ пользу третьяго лица, а во вредъ ему, такъ какъ это послѣднее выступаетъ не въ качествѣ истца, а въ качествѣ отвѣтчика. Условіе—*безъ оборота на перепродавца*, указываетъ только на уступку послѣднимъ покупщику права иска объ очисткѣ противъ первоначальнаго продавца.

У Мейера [103]) можно встрѣтить болѣе подробное и правильное изслѣдованіе разсматриваемыхъ договоровъ, которые, по его мнѣнію, признаны современнымъ правомъ подъ вліяніемъ новыхъ экономическихъ понятій. При этомъ онъ считаетъ предпологаемое согласіе третьяго лица необходимымъ условіемъ дѣйствительности заключеннаго въ его пользу договора.

Положеніе, что договоръ имѣетъ безусловно-личный характеръ, т. е. производитъ правовыя послѣдствія только между

---

[102]) Первые два примѣра относятся къ случаю принятія кѣмъ-либо на себя чужаго обязательства безъ вѣдома кредитора.

[103]) Курсъ гр. права (5-е изд.) ст. 398--400.

непосредственными соучастниками его, не можетъ считаться въ настоящее время юридической аксіомой. Между тѣмъ, исходя изъ онаго, нѣкоторые изъ приведенныхъ нами юристовъ приходятъ, въ вопросѣ о допустимости договоровъ въ пользу третьихъ лицъ, къ отрицательному рѣшенію. Въ исторіи права мы находимъ подтвержденіе того, что указанное положеніе съ теченіемъ времени теряло характеръ безусловности.

Извѣстно, что въ римскомъ правѣ obligatio была строго-индивидуальной связью между первоначальнымъ кредиторомъ и должникомъ, вслѣдствіе чего перемѣна въ личностяхъ непосредственныхъ контрагентовъ, а также и сингулярное преемство не допускались. Такой порядокъ оказался съ теченіемъ времени крайне стѣснительнымъ, въ особенности для кредитора, вслѣдствіе чего послѣднему было дозволено осуществлять свое право требованія чрезъ другаго по началамъ мандата. Если кредиторъ желалъ передать другому лицу вполнѣ интересъ, который онъ имѣлъ отъ своего требованія, то достигалъ этого тѣмъ, что назначенный имъ прокураторъ могъ оставить взысканное отъ должника въ свою пользу — procurator in rem suam. Въ этомъ случаѣ первоначальный кредиторъ de jure оставался тѣмъ же, а procurator in rem suam осуществлялъ его право. Впослѣдствіи такому прокуратору была дана самостоятельная actio utilis; этимъ самымъ такое отношеніе, по своимъ практическимъ послѣдствіямъ, превратилось въ настоящую уступку права требованія (cessio), хотя съ формальной стороны принципъ непередаваемости обязательства остался въ силѣ. Право первоначальнаго кредитора послѣ cessio напоминало nudum jus квиритскаго собственника. Такимъ образомъ признаніе cessio позднѣйшимъ римскимъ правомъ указываетъ прямо на нарушеніе принципа безусловно-личнаго характера обязательства. Экономическія потребности новыхъ на-

родовъ способствовали дальнѣйшей эманципаціи обязательства отъ субъективныхъ отношеній, такъ что въ настоящее время права требованія по нѣкоторымъ договорамъ, освободившись отъ первоначальной узкости личныхъ отношеній, превратились въ самостоятельныя имущественныя цѣнности, циркулирующія въ гражданскомъ оборотѣ на подобіе другихъ цѣнностей. Таковы, напр. ордерныя бумаги (billets à ordre, Ordrpapiere) и бумаги на предъявителя (billets au porteur, Papiere auf Inhaber). Право требованія по такимъ документамъ переходитъ не уступкой отъ первоначальнаго кредитора, а индоссаментомъ [104]) или фактическимъ врученіемъ. Наконецъ самое представительство, допущенное современнымъ правомъ, не совмѣстимо съ началомъ безусловно-личнаго характера обязательствъ. Все это подтверждаетъ несостоятельность воззрѣнія, по которому договоры въ пользу третьяго не должны быть признаны дѣйствительными, какъ противорѣчащіе указанному принципу. Переводный вексель, assignatio и т. п. правовыя отношенія, признаваемыя и нашимъ законодательствомъ, доказываютъ возможность пріобрѣтенія постороннимъ лицомъ права требованія изъ договора, заключеннаго другими. Основываясь на этихъ соображеніяхъ, мы полагаемъ, что для признанія у насъ договоровъ въ пользу третьяго нѣтъ препятствія въ общихъ началахъ современнаго права; при этомъ слѣдуетъ прибавить, что нашему положительному законодательству не

---

[104]) Индоссаментъ есть нѣчто среднее между cessio и traditio; отъ cessio онъ отличается: а) тѣмъ, что противъ индоссата нельзя дѣлать возраженія, имѣющія основаніе въ лицѣ индоссанта, (ex persona indossantis), в) тѣмъ, что индоссантъ отвѣчаетъ предъ индоссатомъ не только за veritas передаваемаго права требованія, но и за bonitas его.—См. Миловидова «Вексельное право», § 16.

чужды спеціальные виды этихъ договоровъ; напр. статья 1287 XI. т. ч. II уст. кред. предоставляетъ вдовѣ право требованія изъ вдовьей казны взноса, сдѣланнаго мужемъ въ ея пользу. Слѣдовательно, вдова, не принимавшая участія въ заключеніи сдѣлки, получаетъ выгоды изъ оной, при чемъ не требуется особаго одобренія съ ея стороны на такую сдѣлку. Ст. 1179 XI. т. ч. II. уст. кред. говоритъ, что если вносимый въ сохранную казну капиталъ назначается въ пользу другаго лица, и вкладчикъ при внесеніи не объявитъ, что предоставляетъ себѣ право въ теченіе своей жизни перемѣнять назначеніе своего вклада, то всякое измѣненіе можетъ произойти лишь съ согласія третьяго лица, или по прекращеніи учрежденія.

Эти случаи, какъ и вообще договоры въ пользу третьяго лица, по удачному сопоставленію Унгера [105]), имѣютъ большое сходство съ легатами. Различіе между ними заключается въ томъ, что первые суть сдѣлки inter vivos, а вторые—mortis causa; тамъ третьему лицу предоставляется право требованія изъ двусторонняго акта, здѣсь—изъ односторонняго; тамъ третье лице, не участвовавшее въ договорѣ, пріобрѣтаетъ право ex pacto alieno, здѣсь же легатарій, такое же постороннее лице относительно завѣщанія, пріобрѣтаетъ право ex testamento. Но какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ право посторонняго лица возникаетъ непосредственно, безъ всякаго одобренія съ его стороны.

До сихъ поръ мы говорили только, что договоры въ пользу третьяго лица должны быть признаны дѣйствительными, оставляя въ сторонѣ самое опредѣленіе ихъ. Но не всякое обѣщаніе кого-либо предъ другимъ въ пользу третьяго можетъ имѣть

---

[105]) Указ. сочин. ст. 35, 36.

юридическое послѣдствіе. Для доказательства этого мы воспользуемся примѣромъ, приведеннымъ у Бера [106]), а именно: если А проситъ своего пріятеля N заплатить свой долгъ третьему Т, дѣйствительность котораго не признаетъ N, и этотъ послѣдній обѣщается исполнить просьбу А, то изъ такого договора не возникаетъ право иска ни для Т, ни для А: для Т потому, что ему не было ничего обѣщано, для А потому, что исполненіе обѣщанія не касается его никакимъ образомъ. Для дѣйствительности договоровъ въ пользу третьяго необходимо существованіе извѣстнаго юридическаго отношенія между промитентомъ и промиссаромъ. Отсутствіе такого отношенія не даетъ третьему лицу права иска изъ чужаго договора. На это указывали еще Беръ [107]) и Регельсбергеръ [108]); но новую попытку Циммермана [109]) обосновать договоры въ пользу третьяго лица слѣдуетъ считать болѣе полной, правильной и оргинальной. Онъ исходитъ изъ того общаго юридическаго правила, что всякое имущественное исполненіе (Zuwendung) должно обусловливаться какимъ либо правовымъ основаніемъ (causa), которое имѣетъ мѣсто относительно лица, получающаго исполненіе. Causa эта можетъ быть разнообразнаго свойства, какъ-то: credendi, solvendi, donandi и т. п. Современная юридическая жизнь даетъ примѣры такихъ правовыхъ отношеній, въ которыхъ, при существованіи двухъ юридическихъ основаній, происходитъ въ дѣйствительности одно только экономическое исполненіе. Напр. при assignatio происходитъ внѣшнимъ образомъ одно только исполненіе отъ ассигната къ ассигнатару; на самомъ

---

106) Ibid. ст. 133.

107) Ibid. § 2 и 3.

108) Kritische Viertel. XI. т. ст. 565.

109) Указ. соч. стр.—78, 85.

же дѣлѣ при этомъ совершается одновременно двойное исполненіе: отъ ассигната къ ассигнанту и отъ этого послѣдняго къ ассигнатару. Правовыя отношенія между этими тремя лицами могутъ быть различнаго рода: ассигнатъ, производя уплату ассигнатару, можетъ имѣть въ виду дарить, обязать ассигнанта, или освободиться отъ своего долга предъ нимъ. Такія же разнообразныя отношенія могутъ быть между ассигнантомъ и ассигнатаромъ. Такимъ образомъ въ assignatio существуютъ двѣ causa и соотвѣтствующія имъ два исполненія, которыя однако проявляются внѣшнимъ, экономическимъ образомъ въ формѣ единичнаго исполненія. На современную assignatio походитъ римская delegatio съ тѣмъ отличіемъ, что въ послѣдней вмѣсто реальнаго исполненія проявляется обязательственный договоръ. Циммерманъ ограничивается только этими двумя примѣрами, но такое же отношеніе существуетъ и во всѣхъ ордерныхъ бумагахъ. Особенный интересъ представляетъ, такъ называемая, фрахтовая сдѣлка, въ которой фигурируютъ три лица: фрахтовщикъ, отправитель и получатель (адрессатъ), при чемъ послѣдній пріобрѣтаетъ самостоятельныя права по отношенію къ фрахтовщику изъ договора, заключеннаго между первыми двумя лицами [110]). Договоры въ пользу третьяго лица являются только дальнѣйшимъ шагомъ въ развитіи приведенныхъ юридическихъ понятій; и въ нихъ точно также происходитъ двойное имущественное исполненіе отъ промитента къ промиссару и отъ этого послѣдняго къ третьему лицу, но оба исполненія экономически сливаются въ одинъ моментъ. Юридическія основанія, обусловливающія эти исполненія, могутъ быть самаго разнообразнаго

---

[110]) См. Endemann—Handelsrecht § 157. Art. 405. Общегерм. торг. улож.

свойства. То, что обыкновенно совершалось посредствомъ двухъ самостоятельныхъ актовъ, теперь осуществляется при помощи одной юридической сдѣлки между промитентомъ и промиссаромъ.

Одинъ изъ новѣйшихъ писателей [111]) не раздѣляетъ мнѣнія Циммермана, что во всѣхъ договорахъ въ пользу третьяго лица происходихъ двойное исполненіе, но примѣры, которые онъ приводитъ, не опровергаютъ воззрѣнія Циммермана. Первый изъ его примѣровъ относится къ тому случаю, когда залогодержатель, продавая вещь, выговариваетъ право выкупа для собственника; но и въ данномъ случаѣ собственникъ, осуществляющій право, выговоренное другими въ его пользу, какъ будто осуществляетъ его чрезъ посредство промиссара. Другими словами, покупщикъ вещи какъ будто возвращаетъ ее залогодержателю, а этотъ—собственнику; но вмѣсто такого двойнаго исполненія совершается внѣшнимъ образомъ одно только исполненіе отъ покупщика (промитента) къ собственнику (дестинатарію). Второй примѣръ, относящійся къ случаю, когда отдается кому либо на сохраненіе чужая вещь съ условіемъ возвращенія ея собственнику, не составляетъ настоящаго договора въ пользу третьяго лица. Здѣсь третье лице (собственникъ) пріобрѣтаетъ или право иска, уступленное ему промиссаромъ противъ своего депозиторія (промитента), или же actio utilis, вытекающая изъ его права собственности [112]).

Тоже самое нужно сказать про третій примѣръ Karlowa, а именно, что отношенія, возникающія между подписчикомъ и учредителемъ акціонерной компаніи изъ подписки на акціи пред-

---

[111]) Karlowa, «Das Rechtsgeschäft» Leipzig 1877 г. ст. 74, 75, 76.

[112]) См. Унгеръ. Указ. соч. ст. 46—49.

полагаемой компаніи, не относятся къ договорамъ въ пользу третьяго. Учредители играютъ роль посредниковъ и negotiorum gestor'овъ будущей компаніи, а подписка на акціи порождаетъ предположенныя послѣдствія лишь подъ условіемъ возникновенія акціонерной компаніи. Такая неправильная юридическая квалификація подписки на акціи открываемой компаніи дала Karlowa основаніе утверждать въ другомъ мѣстѣ своего изслѣдованія [113]), что не всегда третье лице пріобрѣтаетъ право иска изъ договора, заключеннаго въ его пользу другими лицами, которыя могутъ, по его мнѣнію, до возникновенія права для третьяго, видоизмѣнить свой договоръ. Если право третьяго лица поставлено въ зависимость отъ отлагательнаго условія, то и въ этомъ случаѣ, до наступленія условія, контрагенты не могутъ уничтожить по взаимному соглашенію договоръ. Условная сдѣлка считается дѣйствительною съ момента ея совершенія: должникъ ограниченъ въ своихъ дѣйствіяхъ еще до наступленія условія, а лице, имѣющее право требовать по такой условной сдѣлкѣ, разсматривается уже какъ вѣритель [114]). Отсюда само собой вытекаетъ, что третье лице, съ момента заключенія въ его пользу условной сдѣлки, имѣетъ уже право требованія, котораго онъ не можетъ лишиться помимо своей воли. Впрочемъ бываютъ такіе случаи, гдѣ право иска третьяго лица возникаетъ гораздо позже заключенія договора, и въ этотъ промежутокъ времени промиссаръ можетъ, по своему усмотрѣнію, вмѣсто первоначальнаго третьяго лица установить другое. Такой договоръ бываетъ тамъ, гдѣ отношеніе промиссара къ третьему составляетъ таковое дарителя къ одаренному, напр. при страхованіяхъ жизни въ пользу другаго [115]).

---

[113]) Ст. 37.

[114]) См. Виндшейда (pand. § 89).

[115]) См. Gareis—§ 69.

Существованіе двойнаго исполненія въ договорахъ въ пользу третьяго лица доказывается между прочимъ и тѣмъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ, если, по особеннымъ обстоятельствамъ, третье лице не можетъ осуществить свое право, то промиссару дается искъ; напр. когда страховое общество, принявшее на страхъ жизнь промиссара или другаго (если это возможно) въ пользу третьяго, впадетъ въ несостоятельность еще при жизни промиссара, то послѣдній имѣетъ право, наравнѣ съ прочими кредиторами, участвовать въ конкурсной массѣ.

Изъ предъидущаго краткаго очерка видно, что договоры въ пользу третьяго лица приближаются и къ рефлективнымъ дѣйствіямъ права и къ представительству, но въ то же время отличаются отъ нихъ по многимъ существеннымъ признакамъ. Какъ въ рефлективномъ дѣйствіи права, такъ и въ договорахъ въ пользу третьяго, лице, не участвовавшее въ совершеніи сдѣлки, пріобрѣтаетъ имущественныя выгоды изъ нея. Но въ первомъ изъ этихъ институтовъ полученіе постороннимъ лицемъ выгодъ является случайнымъ результатомъ извѣстнаго юридическаго факта, независимымъ отъ воли промиссара, имѣющимъ въ виду только свой личный интересъ; во второмъ же институтѣ оно обусловливается предшествующимъ желаніемъ контрагентовъ и составляетъ преднамѣренную цѣль договора. Въ первомъ случаѣ правовой эффектъ есть независимый отъ общихъ началъ права результатъ необходимости, во второмъ—сознательнаго дѣйствія, преднамѣреннаго желанія. На этомъ основаніи римское право, не допускавшее въ принципѣ договоровъ въ пользу третьяго лица, знало въ то же время рефлективное дѣйствіе права, такъ какъ въ этомъ случаѣ пріобрѣталось право не per, а propter liberam personam [116]).

---

[116]) Іерингъ, „Reflexwirkung“ стр. 301.

Несмотря на указанное отличіе этихъ двухъ институтовъ, Гарейсъ [117]) основываетъ теорію договоровъ въ пользу третьяго на рефлективномъ дѣйствіи права, при этомъ расширяетъ понятіе этого послѣдняго, называя его желаннымъ рефлективнымъ дѣйствіемъ (gewollte Reflexwirkung). Но такое широкое опредѣленіе рефлективнаго дѣйствія не согласно съ тѣмъ, которое дано ему творцомъ этой теоріи, и становится неопредѣленнымъ юридическимъ понятіемъ. Рефлективное дѣйствіе права, какъ показываетъ самое названіе, представляетъ то сходство съ физіологическимъ рефлексомъ, что мѣсто возникновенія юридическаго факта отлично отъ мѣста рефлективнаго послѣдствія его, и между ними нѣтъ сознательной, преднамѣренной связи. Поэтому сознательное рефлективное дѣйствіе Гарейса есть contradictio in adjecto и захватываетъ даже представительство.

Договоры въ пользу третьяго лица очень похожи въ особенности на представительство. Въ обоихъ институтахъ не участвовавшее въ сдѣлкѣ лице пріобрѣтаетъ право требованія изъ оной, при чемъ такое право непроизводно, самостоятельно и обусловлено намѣреніемъ контрагентовъ. Сходство между ними проявляется особливо въ историческомъ процессѣ развитія ихъ: когда подъ договорами въ пользу третьяго скрывалось нерѣдко замаскированное представительство. Въ виду этого нѣкоторые ученые полагаютъ, что означенные договоры въ настоящее время потеряли свое практическое значеніе. Но случаи страхованія жизни въ пользу другаго, дареніе съ условіемъ возвращенія дара третьему, договоръ объ освобожденіи третьяго отъ его обязательствъ, внесеніе въ кредитное учрежденіе де-

---

[117]) § 9—14; § 67.

негъ въ пользу третьяго и т. п. доказываютъ, что и теперь встрѣчаются подобные договоры.

Въ чемъ же заключается отличіе представительства отъ этихъ договоровъ? Въ представительствѣ существуетъ одно только казуальное отношеніе между промитентомъ и третьимъ лицомъ (принципаломъ), а промиссаръ (представитель) замѣняетъ лишь юридически личность послѣдняго. Между нимъ и промитентомъ не существуетъ никакихъ юридическихъ отношеній, и для представителя не совершается никакого экономическаго исполненія. Въ договорахъ же въ пользу третьяго существуютъ два юридическихъ основанія, обусловливающихъ двойное исполненіе, которое однако проявляется въ единственной формѣ между промитентомъ и третьимъ. Представитель ведетъ чужое дѣло, а промиссаръ—свое собственное; тотъ совершаетъ договоръ отъ имени другаго, этотъ—отъ своего собственнаго имени. Юридическія послѣдствія, возникающія между принципаломъ и третьимъ лицемъ (контрагентомъ его представителя) будутъ тѣ же самыя, какъ если бы сдѣлка была заключена непосредственно между ними; юридическія же послѣдствія, возникаемыя между третьимъ лицомъ и промитентомъ, при нормальномъ ходѣ вещей, осуществляются посредствомъ двухъ самостоятельныхъ правовыхъ актовъ, а именно: пріобрѣтенія промиссаромъ отъ промитента и затѣмъ передачи такого же содержанія права отъ себя третьему лицу. Сдѣлка, совершаемая чрезъ посредство представителя, при обыкновенномъ порядкѣ, предпологаетъ два лица, а договоръ въ пользу третьяго осуществляется всегда при посредствѣ трехъ лицъ [118]). Такъ какъ представитель замѣняетъ

---

[118]) См. Zimmermann, стр. 85.

собой принципала, дѣйствуетъ отъ его имени, то онъ долженъ имѣть полномочіе отъ послѣдняго; въ договорахъ же въ пользу третьяго промиссаръ дѣйствуетъ отъ своего собственнаго имени, но въ пользу третьяго, воля котораго тутъ ни при чемъ, поэтому дѣйствительность сдѣлки не зависитъ ни отъ предварительнаго полномочія, ни отъ послѣдующей ratihabitio.

§ 7. Отличіе представительства отъ negotiorum gestio [119]).

Большинство юристовъ, разсматривающихъ современныя правовыя явленія по преимуществу съ точки зрѣнія римскаго права, приходятъ къ результатамъ неудовлетворительнымъ и несоотвѣтствующимъ требованіямъ дѣйствительной жизни. Это мы видимъ, между прочимъ, въ вопросѣ о negotiorum gestio. Институтъ этотъ въ Римѣ имѣлъ большое внутреннее сходство съ мандатомъ, отличаясь отъ него только отсутствіемъ предварительнаго порученія; такъ что послѣдующее ratihabitio dominus'a почти отождествляло отношенія, возникаемыя изъ negotiorum gestio и мандата: ratihabitio mandato comparatur—L. 12 § 4 D. 46. 3. Договоръ же мандата порождалъ всегда непосредственныя юридическія отношенія между мандантомъ и мандатаріемъ, безъ различія вступалъ-ли послѣдній съ третьимъ лицемъ въ юридическую сдѣлку отъ своего имени,

---

[119]) См. литературу о negotiorum gestio у Виндшейда § 430; сверхъ приведенныхъ у него писателей слѣдуетъ указать еще на монографію Циммермана: „Die Lehre v. der stellvertretenden Negotiorum Gestio“ 1876 г. Французская юридическая литература по neg. gestio ограничивается по преимуществу учебниками гражданскаго и торговаго права. Въ нашей литературѣ есть довольно обстоятельное изслѣдованіе Гордона, помѣщенное въ Судебномъ журналѣ за 1876 г. № 1.

или отъ имени манданта. По всѣмъ сдѣлкамъ, заключеннымъ мандатаріемъ, онъ одинъ былъ кредиторомъ или должникомъ по отношенію къ своему контрагенту. По аналогіи съ мандатомъ возникали такія же отношенія и въ negotiorum gestio. Опредѣленія римскаго права по neg. gestio касались по преимуществу внутреннихъ отношеній dominus'a и gestor'a; предъ третьимъ же лицемъ gestor считался единственнымъ юридическимъ субъектомъ. Если dominus желалъ пріобрѣсти право требованія противъ третьяго лица, контрагента gestor'a, то долженъ былъ добиться уступки иска со стороны послѣдняго, какъ это дѣлалось и при мандатѣ.

Что касается до настоящаго времени, то съ признаніемъ прямаго представительства, отношенія изъ negotiorum gestio нѣсколько видоизмѣнились. Теперь gestor выступаетъ въ гражданскомъ оборотѣ или въ качествѣ мандатарія dominus'a, или же его представителя; другими словами, онъ можетъ заключать съ третьими лицами сдѣлку за счетъ dominus'a, но отъ своего собственнаго имени, или же—отъ имени послѣдняго. Оба эти случая существенно отличаются другъ отъ друга какъ порученіе и представительство. Такое двоякое значеніе negotiorum gestio въ современной жизни недостаточно останавливало на себя вниманіе ученыхъ юристовъ; между тѣмъ смѣшеніе это ведетъ къ неправильнымъ послѣдствіямъ.

Все равно, выступаетъ-ли gestor въ качествѣ мандатарія или представителя (мы не говоримъ о случаяхъ веденія кѣмъ либо фактическихъ дѣлъ другаго на подобіе наемника безъ порученія)—между хозяиномъ и третьимъ лицомъ не возникаетъ непосредственныхъ юридическихъ отношеній, обусловленныхъ сдѣлкой gestor'a. Такія отношенія могутъ послѣдовать на основаніи другихъ правовыхъ началъ, напр. незаконнаго обогащенія и т. п.

Подобное заключеніе является правильнымъ съ точки зрѣнія логическихъ основаній права и требованій гражданскаго оборота. Если gestor совершаетъ сдѣлку отъ своего собственнаго имени, то значитъ онъ заранѣе соглашается подвергаться лично относительно своего контрагента всѣмъ послѣдствіямъ заключенной имъ сдѣлки; таково и намѣреніе третьяго лица. Если же онъ совершаетъ сдѣлку отъ имени хозяина, то желаніе контрагентовъ направляется на то, чтобы принципалъ, а не gestor, былъ юридическимъ субъектомъ сдѣлки, и до одобренія (ratihabitio) между принципаломъ и третьимъ не возникаетъ правовыхъ отношеній изъ сдѣлки gestor'a. Тѣ условія, которыя признаются теоріей права, какъ необходимыя для того, чтобы negotiorum gestio вела бы къ правовымъ послѣдствіямъ, разсчитаны исключительно на взаимныя отношенія хозяина и gestor'a, и никакимъ образомъ не могутъ вліять на юридическія отношенія хозяина и третьяго лица.

Противоположное рѣшеніе будетъ несправедливостію по отношенію къ лицу, отъ чьего имени совершена сдѣлка.—Узаконить привлеченіе кого-либо къ непосредственной отвѣтственности предъ третьимъ лицемъ по сдѣлкѣ, заключенной другимъ отъ его имени, но безъ всякаго съ его стороны согласія, значитъ вторгаться произвольно въ чужую юридическую сферу, ограничивать свободу дѣйствій такого лица; тѣмъ болѣе, что третье лице, вступая въ сдѣлку съ gestor'омъ—представителемъ, заранѣе соглашается считать ее дѣйствительной подъ условіемъ послѣдующаго одобренія ея принципаломъ. Справедливость этого правила признается какъ положительными законодательствами, такъ и учеными юристами [120]). Необхо-

[120]) См. art. 1998 Сод. civ.; § 90. Прусс. улож.; § 1016. Австрійск. гражд. кодекса. Виндшейдъ § 74; Laband, стр. 230,231; Циммерманъ—§ 7; Рунтратъ „Stellvertretung ohne Vollmacht" въ Іеринга Jarhbücher IX стр. 211, 212 и др.

димость отличія двоякаго характера negotiorum gestio съ особыми юридическими послѣдствіями признается и французскими юристами, Delamarre и Lepoitvin [121]). Они говорятъ, что вести чужія дѣла безъ полномочія можно двояко: или продолжая начатое самимъ хозяиномъ дѣло, или же совершая новую сдѣлку, не находящуюся въ какой-либо связи съ дѣлами хозяина. Первый случай они называютъ negotiorum gestio, второй— negotiorum susceptio. Negotiorum gestio, при наличности извѣстныхъ условій, не нуждается въ послѣдующемъ одобреніи хозяина для произведенія правовыхъ между ними отношеній; negotiorum susceptio же безъ такого одобренія не устанавливаетъ обязательственныхъ отношеній для принципала вообще.

Нельзя сказать, чтобы понятіе negotiorum gestio было окончательно выяснено въ нашей юридической литературѣ. Гордонъ, въ своемъ изслѣдованіи «о представительствѣ въ гражданскомъ правѣ» [122]), говоря, что существо negotiorum gestio состоитъ въ устанавливаніи извѣстныхъ обязательственныхъ отношеній между gestor'омъ и dominus'омъ, вслѣдъ за этимъ совершенно непослѣдовательно называетъ этотъ институтъ представительствомъ. Въ своихъ послѣдующихъ статьяхъ [123]), посвященныхъ спеціально negotiorum gestio, онъ хотя и дѣлаетъ различіе между двоякимъ характеромъ этого института и останавливается на томъ видѣ, гдѣ gestor дѣйствуетъ съ представительнымъ намѣреніемъ, но не совсѣмъ вѣрно опредѣляетъ самое понятіе этого института. Онъ смѣшиваетъ его

---

[121]) См. указ. соч. ихъ. Т. II, гл. 3, въ особенности № 124 и слѣд.

[122]) Жур. мин. юстиціи за 1867 г. ст. 245 и слѣд.

[123]) «Дѣйствія повѣреннаго, выходящія за предѣлы довѣренности» въ жур. гр. и тор. права за 1872 г. кн. 3, въ особ. стр. 384—386; его же «фактическое представительство", въ судеб. жур. за 1876 г. № 1. въ особен. стр. 163.

съ такъ называемымъ презумптивнымъ полномочіемъ (mandatum tacitum). Это видно изъ того, что подъ понятіе neg gestio онъ подводитъ такіе случаи, гдѣ воля принципала на веденіе другимъ лицомъ дѣлъ его въ качествѣ представителя существовала уже въ моментъ заключенія сдѣлки, о чемъ можно заключить по фактическимъ даннымъ. Между тѣмъ въ представительной negotiorum gestio, воля принципала должна слѣдовать послѣ совершенія сдѣлки, до этого же момента она не порождаетъ для него обязательства относительно третьяго лица. Какъ въ презумптивномъ полномочіи, такъ и въ представительной negotiorum gestio нѣтъ надобности говорить объ интересахъ принципала, какъ необходимаго условія возникновенія для него юридическихъ послѣдствій, такъ какъ въ первомъ случаѣ принципалъ отвѣчаетъ въ силу фактически-объявленной воли своей, а во второмъ отвѣтственность его обусловливается одобреніемъ, послѣ котораго безразлична выгодность или убыточность сдѣлки для него [124]). Воля представляемаго лица, какъ вѣрно замѣтилъ Оршанскій [125]), возражая противъ Гордона, можетъ быть выражена явно или молчаливо, что выводится изъ конклюдентныхъ дѣйствій. Въ первомъ случаѣ полномочіе будетъ явное, во второмъ презумптивное [126]); но юридическимъ основаніемъ обоихъ случаевъ будетъ одно и то же—воля принципала, выраженная въ различной формѣ.

---

[124]) Гордонъ считаетъ для понятія neg. gestio необходимымъ оба указанные признака, т. е. одобреніе принципаломъ и выгодность сдѣлки для него.— См. его „фактическое представительство“ стр. 163, 164 и 165,—но этимъ онъ приходитъ въ противорѣчіе съ самимъ собой (см. тамъ же, стр. 163), смѣшивая двоякій характеръ neg. gestio, т. е. римскую neg. gestio съ современнымъ представительствомъ безъ полномочія.

[125]) Жур. гр. и угол. права за 1874 г. кн. 4 стр. 32, 40—43.

[126]) См. Цитовича—„Лекціи по торговому праву“—§ 46—49.

Не только въ данномъ случаѣ, но и всюду о наличности воли извѣстнаго лица можно заключить на основаніи всякихъ пригодныхъ къ тому средствъ, если только законъ не предписываетъ въ исключительныхъ случаяхъ особой формы. Подобное презумптивное полномочіе имѣетъ мѣсто особливо въ торговомъ быту, гдѣ объемъ представительнаго полномочія нерѣдко выводится изъ фактическихъ данныхъ, изъ внѣшней обстановки. Это признается нѣмецкимъ торговымъ уложеніемъ [127]) и нашей судебной практикой, опирающейся на 705 ст. уст. тор. [128]). Такой же mandatum tacitum слѣдуетъ видѣть въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ нашъ Кассаціонный Департаментъ призналъ землевладѣльцевъ отвѣтственными по сдѣлкамъ, заключеннымъ ихъ управляющими, не имѣющими формальной довѣренности [129]). Впрочемъ Сенатъ, при разрѣшеніи этихъ конкретныхъ случаевъ, не руководствовался общими юридическими принципами, а лишь фактическими особенностями спорныхъ случаевъ, приводя въ своихъ мотивахъ признаки различныхъ юридическихъ понятій; по этому въ другихъ аналогическихъ отношеніяхъ онъ приходитъ къ противоположному рѣшенію [130]).

Сущность представительной negotiorum gestio заключается въ томъ, что gestor совершаетъ юридическую сдѣлку отъ име-

---

[127]) Art. 50 Общ. гер. тор. ул.

[128]) См. жур. гр. и угол. права за 1873 г. кн. 3 „Судебная практика по найму прикащиковъ“ А. Гаувица № 12, 13, 13; практика С.-Петерб. Коммерч. Суда за 1874 г. изд. Тура № 18; сборникъ кассац. рѣшеній за 1873 г. Книрима и Боровикова, № 161; сборникъ касс. рѣш. Книрима и Ковалевскаго за 1874 г. № 260, 261.

[129]) Касс. рѣш. Гр. Деп. С. за 1870 г. № 635 и 1384.

[130]) См. Касс. рѣшеніе за 1870 г. № 777;—1873 г. по дѣлу Махно (см. сборникъ Книрима и Боровиковскаго—№ 162).

ни другаго, не давшаго полномочія и не знавшаго о томъ, что другое лице дѣйствуетъ за него. Если же съ согласія и вѣдома принципала кто либо ведетъ его дѣло, то въ этомъ случаѣ будетъ презумптивное полномочіе, но ни въ какомъ случаѣ не negotiorum gestio. Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur (L. 60 D. 50 17). Понятно, что не всякое знаніе принципала указываетъ на установленіе презумптивнаго полномочія; необходимо еще, чтобы онъ имѣлъ возможность препятствовать чужому вмѣшательству, чего, однако, онъ не дѣлаетъ. Французское законодательство составляетъ какъ бы исключеніе изъ этого правила, признавая negotiorum gestio и въ тѣхъ случаяхъ, когда хозяинъ знаетъ объ этомъ. (art. 1372 C. civ). Но многіе французскіе юристы [131]) понимаютъ подъ этимъ знаніемъ лишь такое пассивное состояніе хозяина, гдѣ онъ не имѣетъ возможности во время протестовать противъ дѣйствій gestor'a, такъ что юридически это знаніе равносильно незнанію. По ихъ мнѣнію, изъ сопоставленія art. 1372 и 1985 c. civ. нельзя вывести, что дѣйствующее французское право не признаетъ mandatum tacitum, являющееся вполнѣ цѣлесообразнымъ, особливо съ точки зрѣнія интересовъ торговаго оборота.

Изъ предъидущаго опредѣленія представительной negotiorum gestio [132]) само собой вытекаетъ отличіе его отъ представительства. Послѣднее предполагаетъ уже волю принципала, въ какой бы формѣ она ни была выражена, а въ первой отсутствуетъ таковая воля и, для возникновенія условленныхъ правовыхъ послѣдствій изъ договора gestor'a, необходимо со-

---

[131]) Troplong ibid № 71 и 114—139; Massé—№ 2620; Domenget et Peyronny—№ 112—124 и др.

[132]) Понимается здѣсь тотъ случай, гдѣ gestor совершаетъ сдѣлку отъ имени другаго.

гласіе, одобреніе принципала; однимъ словомъ, negotiorum gestio въ этомъ смыслѣ все равно, что представительство безъ полномочія. Затѣмъ во многихъ другихъ отношеніяхъ эти два понятія представляются почти тожественными. Условія, требуемыя отъ представителя и принципала для дѣйствительности сдѣлки, примѣнимы и къ negotiorum gestio. Какъ смерть, или послѣдовавшая недѣеспособность представителя или третьяго лица по совершеніи ими сдѣлки, не вліяетъ на послѣдствія, возникаемыя изъ этой сдѣлки для принципала, точно также, и смерть—или наступившая впослѣдствіи неспособность gestor'a или его контрагента [133]). Но что касается до послѣдствій, возникаемыхъ послѣ смерти представляемаго лица въ томъ и другомъ институтѣ, то вопросъ этотъ считается спорнымъ. Относительно того, что послѣ смерти принципала наслѣдники заступаютъ его мѣсто по сдѣлкамъ, заключеннымъ отъ его имени уполномоченнымъ лицемъ, не возбуждается никакого сомнѣнія; въ negotiorum gestio же большинство ученыхъ [134]) утверждаютъ, что смерть принципала до ratihabitio дѣлаетъ сдѣлку gestor'a ничтожной; они говорятъ, что здѣсь не можетъ быть рѣчи о преемствѣ, такъ какъ самъ принципалъ до одобренія не пріобрѣтаетъ никакихъ правъ и обязанностей изъ сдѣлокъ gestor'a, которыя могли бы перейти къ его наслѣдникамъ. Но вопросъ этотъ, по справедливому замѣчанію Виндшейда [135]), не можетъ считаться безспорнымъ. По аналогіи съ условной сдѣлкой слѣдовало бы признать и въ

---

[133]) Виндшейдъ § 74 nº 4 и § 313; Ruhstrat «Stellvertretung ohne Vollmacht» въ Іеринга Jahrbücher. IX. стр. 239; Karlowa стр. 61; Zimmermann § 14—16; Buchka стр. 211; Brinz стр. 40.

[134]) См. Ruhstrat ibid—стр. 239; Buchka стр. 212; Brinz—40.

[135]) См. его pand. § 313 nº 7; тоже Zimmermann § 14.

данномъ случаѣ, что обязательство третьяго лица продолжается и по смерти хозяина; другими словами, что право ratihabitio переходитъ и на наслѣдниковъ послѣдняго, понятно если сдѣлка не имѣетъ особенной личной связи съ принципаломъ. Такія же послѣдствія возникаютъ въ случаѣ наступившей до ratihabitio недѣеспособности послѣдняго. Какъ представитель не можетъ освободить произвольно своего контрагента отъ обязательства, принятаго имъ относительно принципала, точно также и gestor не можетъ сдѣлать этого до ratihabitio, ибо онъ не для себя выговорилъ право, отъ котораго могъ бы отказаться. Ratihabitio не есть акцептъ со стороны принципала, а лишь юридическое основаніе, дѣлающее заключенную сдѣлку дѣйствительной. До этого момента третье лице остается обязательнымъ на подобіе условной сдѣлки, при чемъ такая обязанность его не можетъ быть уничтожена даже по взаимному съ gestor'омъ соглашенію [136]).

---

[136]) См. Виндшейдъ § 313, Zimmermann § 19; Karlowa § 10; Рупштратъ дѣлаетъ отличіе между генеральной и спеціальной negotiorum gestio, и сказанное въ текстѣ признаетъ справедливымъ лишь при общей neg. gestio. Но мнѣніе его кажется намъ произвольнымъ и не имѣющимъ твердой почвы ни въ римскомъ правѣ, ни въ современномъ—Curtius (стр. 107) полагаетъ что смерть gestor'a или dominus'a до ratihabitio дѣлаетъ сдѣлку ничтожной изъ этого можно заключить, что онъ считаетъ ratihabitio второй договорной волей.

Глава II.

§ 1. Опредѣленіе добровольнаго представительства и анализъ его.

Въ предъидущей главѣ мы старались выяснить понятіе представительства, сравнивая его съ другими сходственными съ нимъ юридическими институтами. При этомъ мы останавливались не столько на сходственныхъ признакахъ, сколько на отличительныхъ. Подобный логическій пріемъ даетъ намъ возможность сдѣлать въ настоящей главѣ опредѣленіе добровольнаго представительства, обнимающее всѣ существенные признаки его.

Добровольное представительство есть такое юридическое понятіе, гдѣ одно лице, называемое представителемъ (уполномоченнымъ, повѣреннымъ), совершаетъ, заключаетъ юридическую сдѣлку отъ имени другаго, принципала (довѣрителя), на основаніи полномочія отъ послѣдняго, при чемъ эта сдѣлка относительно своего содержанія, правовыхъ послѣдствій, считается первоначальной сдѣлкой самого принципала, не касаясь совершенно личности представителя. Анализируя это опредѣленіе, мы можемъ отмѣтить въ немъ слѣдующіе существенные моменты:

а) Представительство есть понятіе юридическое; этимъ оно отличается отъ разнообразныхъ жизненныхъ отношеній, гдѣ

одно лице пользуется услугами другаго, отношеній, называемыхъ на разговорномъ языкѣ также представительствомъ [1]).

b) Оно имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ посредствующее лице совершаетъ *юридическій* актъ отъ имени другаго; въ противномъ же случаѣ, если дѣйствія его отличаются чисто фактическимъ характеромъ, то представительство не имѣетъ мѣста [2]).

c) Такъ какъ представитель самъ заключаетъ юридическую сдѣлку, то онъ долженъ имѣть волю, необходимую, по требованію права, для совершенія юридическихъ дѣйствій вообще. Этимъ признакомъ представитель отличается отъ посланнаго (нунція), передающаго только объявленіе воли своего отправителя [3]).

d) Воля представителя замѣняетъ таковую представляемаго лица относительно юридическихъ послѣдствій сдѣлки, совершенной имъ, но не выражается при заключеніи сдѣлки рядомъ съ волей принципала. Этотъ признакъ отличаетъ представителя отъ юридическаго соучастника [4]).

e) Юридическій эффектъ представительства, т. е. непосредственный переходъ правъ и обязанностей изъ сдѣлки представителя на принципала, долженъ быть сознательнымъ результатомъ намѣренія представителя. Тамъ, гдѣ подобный эффектъ слѣдуетъ помимо воли и желанія этого послѣдняго, не можетъ быть и рѣчи о представительствѣ [5]).

f) Представитель совершаетъ сдѣлку отъ имени другаго, который считается единственнымъ и первоначальнымъ субъек-

---

[1]) См. I глав. § 1.

[2]) См. тамъ-же.

[3]) Тамъ-же.

[4]) См. I глав. § 2.

[5]) Тамъ-же, § 5.

томъ ея. Непосредственные иски между представителемъ и третьимъ невозможны; таковые имѣютъ мѣсто только между послѣднимъ и принципаломъ. Предъявленіе третьимъ лицемъ иска противъ самого представителя не можетъ подлежать удовлетворенію вслѣдствіе отсутствія въ немъ существеннаго основанія всякаго исковаго требованія — legitimatio passiva. Этимъ признакомъ представительство отличается отъ договора порученія и аналогическихъ съ нимъ отношеній, въ которыхъ посредствующее лице заключаетъ сдѣлку хотя за чужой счетъ, но отъ своего имени, такъ что оно само является по отношенію къ своему контрагенту стороной, т. е. непосредственнымъ кредиторомъ или должникомъ [6]).

g) Наконецъ, представитель долженъ имѣть необходимое полномочіе, на основаніи котораго заключаемая имъ отъ имени принципала сдѣлка считается таковой послѣдняго. Этотъ признакъ отличаетъ разсматриваемое юридическое понятіе отъ представительной negotiorum gestio [7]).

§ 2. Понятіе представительнаго полномочія.

Такъ какъ послѣдній признакъ, т. е. полномочіе, составляетъ существенное условіе представительства, то считаемъ нелишнимъ уяснить понятіе его, тѣмъ болѣе, что оно не мало возбуждаетъ разногласія между учеными юристами.

Полномочіе [8]) есть односторонній актъ воли принципала, направленный на извѣстныя правовыя послѣдствія; поэтому общія формальныя условія дѣйствительности всякаго юриди-

---

[6]) Тамъ-же § 4.

[7]) См. 1 гл. § 7.

[8]) См. Curtius указ. соч. стр. 78 и слѣд.; Laband—ст. 203 и слѣд.; Zimmermann—ст. 87—90; Karlowa—§ 10; Troplong—№ 6—9.

ческаго акта имѣютъ примѣненіе и къ полномочію. Оно получаетъ юридическое значеніе только тогда, когда субъектъ его—лице дѣеспособное; недѣеспособныя же лица пріобрѣтаютъ право надѣлять полномочіемъ только съ согласія на то попечителя.

Лабандъ [9]) опредѣляетъ полномочіе, какъ консенсуальный договоръ, въ силу котораго стороны взаимно обязываются, чтобы сдѣлка, которую одна изъ нихъ совершитъ впослѣдствіи отъ имени другой, производила бы правовыя послѣдствія только для послѣдней. Но какой смыслъ имѣетъ такое договорное соглашеніе? Оно только указываетъ на эффектъ прямаго представительства, допустимость котораго не зависитъ никакимъ образомъ отъ такого договорнаго соглашенія. Если положительное право не признаетъ возможности прямаго, непосредственнаго представительства, то никакіе договоры частныхъ лицъ не могутъ повести къ представительнымъ послѣдствіямъ. Слѣдовательно, правильнѣе считать полномочіе только одностороннимъ легитимаціоннымъ актомъ—pouvoir d'agir. Но, съ акцептаціей представителемъ этого легитимаціоннаго акта, между нимъ и принципаломъ устанавливаются договорныя отношенія, обсуживаемыя по началамъ порученія (см. 1 гл. § 4). Полномочіе даетъ представителю только правомѣрное основаніе отклонить искъ, возбужденный третьимъ лицемъ противъ него, но оно не освобождаетъ его отъ всякой отвѣтственности предъ принципаломъ, особливо когда полномочіе дано въ интересахъ послѣдняго [10]).

---

[9]) Ibid. стр. 208.

[10]) Московское юридическое общество (см. Юридическій Вѣстникъ за 1872 г. кн. 2), обсуждая вопросъ объ отчетности повѣреннаго предъ своимъ довѣрителемъ, высказалось противъ всякаго обязательственнаго отношенія между представителемъ и принципаломъ;—подобное заключеніе противорѣчитъ, какъ

Такъ какъ полномочіе имѣетъ значеніе по преимуществу для третьихъ лицъ, которыя на основаніи его разсчитываютъ вступать въ непосредственныя правовыя отношенія съ принципаломъ, то вопросъ о томъ, какимъ путемъ онѣ узнали о существованіи такого полномочія, безразличенъ для предположенныхъ представительныхъ послѣдствій. Обыкновенно третьи лица узнаютъ о полномочіи отъ своего контрагента, т. е. представителя, но они могутъ быть извѣщены объ этомъ и самимъ принципаломъ. Однимъ словомъ, коль скоро сдѣлка была совершена на основаніи полномочія, то принципалъ считается юридическимъ субъектомъ по такой сдѣлкѣ безъ всякаго отношенія къ тому, кто изъ контрагентовъ имѣетъ въ рукахъ доказательства существованія подобнаго полномочія. Эта мысль подтверждается, между прочимъ, сравненіемъ полномочія съ послѣдующимъ одобреніемъ (ratihabitio). Какъ то, такъ и другое составляютъ одностороннее проявленіе воли принципала, только она (воля) въ полномочіи предшествуетъ заключенію сдѣлки, а въ ratihabitio слѣдуетъ послѣ. Господствующее теперь ученіе [11]) признаетъ, что послѣдующее одобреніе можетъ быть высказано безразлично, какъ предъ gestor'омъ, такъ и предъ третьимъ лицомъ, что подтверждается, между прочимъ, случаемъ смерти gestor'a до ratihabitio, когда выраженіе одобренія возможно только предъ третьимъ. Полномочіе, въ противоположность порученію, указываетъ на власть представителя непосредственно управомочивать или обязывать самого принципала своими сдѣлками съ третьими лицами, но такая власть

логическимъ основаніямъ представительства, такъ и требованіямъ гражданскаго оборота.

[11]) См. Циммермана стр. 158—166; у него указаны различныя мнѣнія ученыхъ по этому вопросу.

представителя не составляетъ какого либо права въ субъективномъ смыслѣ [12]), также какъ и ratihabitio не есть какое либо право gestor'a.

Полномочіе указываетъ только на возможность совершенія представителемъ извѣстныхъ юридическихъ дѣйствій, но не самое исполненіе ихъ. Необходимость отличія этихъ двухъ моментовъ имѣетъ большое практическое значеніе. Представитель въ моментъ надѣленія его полномочіемъ можетъ быть и неправоспособнымъ къ совершенію тѣхъ дѣйствій, на которыя его уполномочиваютъ; но если дѣйствія эти должны быть совершены въ будущемъ времени, къ которому представитель пріобрѣтаетъ должную правоспособность, то данное полномочіе считается вполнѣ достаточнымъ для воспроизведенія юридическаго эффекта изъ представительства. Дѣйствительность легитимаціоннаго акта, какъ односторонняго проявленія воли принципала, обсуждается по времени его совершенія, а дѣйствительность юридическихъ дѣйствій, принимаемыхъ на основаніи такого акта представителемъ, должна быть пріурочена къ моменту совершенія ихъ представителемъ. Напримѣръ можно дать довѣренность на совершеніе судебныхъ дѣйствій лицу, не имѣющему такого права по предписанію закона; но если, до наступленія момента совершенія ихъ, въ лицѣ такого представителя отпадетъ основаніе его неправоспособности, то онъ долженъ быть допущенъ къ судебному представительству на основаніи имѣющейся у него довѣренности. Замѣтимъ, что такой логическій выводъ отвѣчаетъ въ тоже время интересамъ гражданскаго оборота. Для принципала важно, чтобы его представитель имѣлъ юридическую возможность въ моментъ совершенія порученнаго ему дѣла, и если принципалъ

---

[12]) См. Karlowa—стр. 58.

до этого момента не отмѣнилъ разъ данное полномочіе, то этимъ самымъ онъ достаточно высказываетъ свое желаніе продлить силу представительнаго полномочія. Такъ какъ полномочіе для представителя составляетъ только возможность совершенія отъ имени другаго юридическихъ дѣйствій, то передача такого полномочія другому, если это ему дозволено, считается вполнѣ дѣйствительной, хотя бы въ моментъ передовѣрія представитель лично и не былъ правоспособенъ къ исполненію тѣхъ дѣйствій. Въ нашей судебной практикѣ послѣ закона 25. мая 1874 г. о частныхъ повѣренныхъ встрѣчались случаи, гдѣ судъ считалъ недѣйствительнымъ такое передовѣріе отъ лица, не имѣющаго права быть чужимъ повѣреннымъ, руководствуясь извѣстнымъ юридическимъ правиломъ: nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet. Но правило это имѣетъ въ виду лишь jura acquisita, когда одно лице передаетъ свое субъективное право другому; слѣдовательно оно не можетъ примѣняться къ случаю передачи полномочія, не составляющаго какого либо права представителя въ приведенномъ выше смыслѣ. Дѣйствительность подобнаго передовѣрія оправдывается и съ точки зрѣнія мотива, который имѣлъ законодатель, устанавливая извѣстныя условія, которымъ должны отвѣчать повѣренные по чужимъ дѣламъ. Мотивъ этотъ составляетъ интересъ довѣрителей, во имя котораго требуется отъ повѣреннаго опредѣленный умственный и нравственный цензъ. Оставаясь на строго формальной почвѣ, не слѣдовало бы допускать къ судебному представительству и такого повѣреннаго, который пріобрѣлъ право быть ходатаемъ послѣ полученія довѣренности; между тѣмъ, сколько намъ извѣстно, никогда такой случай не возбуждалъ сомнѣнія.

Такимъ образомъ неправильно понятое юридическое правило

повело и можетъ повести къ различнымъ ошибочнымъ выводамъ. Одинъ изъ такихъ случаевъ судебной практики дошелъ до Кассаціоннаго Департамента Сената [13]), который, по своему обыкновенію, избѣгая установленія общаго юридическаго принципа, кассировалъ рѣшеніе Судебной Палаты, находя передовѣріе отъ нотаріуса присяжному повѣренному вполнѣ законнымъ, такъ какъ на основаніи ст. 19 нотар. пол. и ст. 246 уст. гр. суд. нельзя вывести заключеніе о безусловномъ устраненіи нотаріусовъ отъ права ходатайствовать по чужимъ дѣламъ. Хотя Сенатъ въ результатѣ пришелъ къ выводу, согласующемуся съ нашимъ взглядомъ, но основанія, которыя онъ приводитъ для своего рѣшенія, не могутъ быть признаны правильными. Изъ этого рѣшенія Сената выходитъ, что законъ (ст. 19. нот. пол.) запрещаетъ только совмѣщеніе въ одномъ лицѣ званія нотаріуса и присяжнаго повѣреннаго. Между тѣмъ, намъ кажется, что врядъ ли нотаріусъ можетъ быть допущенъ судомъ, особливо послѣ правилъ 25 Мая 1874 г., къ личному принятію различныхъ судебныхъ дѣйствій въ качествѣ повѣреннаго.

§ 3. Юридическое обоснованіе добровольнаго представительства.

Существо добровольнаго представительства, какъ это видно изъ предъидущаго опредѣленія его, состоитъ въ томъ, что сдѣлка одного лица производитъ правовыя послѣдствія для другаго, при чемъ принципалъ пріобрѣтаетъ права и обязанности изъ такой сдѣлки не въ силу особаго юридическаго акта отъ представителя, а первоначально и непосредственно въ

---

[13]) Рѣшеніе Гражд. Кас. Департам. за 1875 годъ, № 888, по дѣлу нотаріуса Безобразова.

своемъ собственномъ лицѣ. Такое явленіе, очевидно, составляетъ уклоненіе отъ естественнаго порядка вещей, при которомъ всякое лице дѣйствуетъ для самого себя, и своими дѣйствіями производитъ измѣненія въ собственной юридической сферѣ. Въ первоначальную эпоху юридическаго развитія, правовыя нормы, какъ и всякое проявленіе человѣческаго духа, отличаются свойствами пластичности, наглядности и конкретности, чѣмъ и обусловливалось признаніе за правомъ строго личнаго характера. Между тѣмъ представительство, въ противоположность такому правосозерцанію, указываетъ на высшую степень абстракціи права: оно является понятіемъ искусственнымъ, результатомъ довольно развитаго юридическаго мышленія. Поэтому вопросъ о правовомъ основаніи представительства считается довольно спорнымъ въ литературѣ.

Ученые юристы, исходящіе изъ того положенія, что представитель есть тотъ же нунцій, что оба они являются носителями воли принципала, приходятъ путемъ логической послѣдовательности къ тому выводу, что только принципалъ считается контрагентомъ заключенной чрезъ представителя сдѣлки, а не этотъ послѣдній. Выше [14]) мы показали ошибочность отождествленія понятія представителя и нунція. Съ признаніемъ исходнаго пункта этихъ ученыхъ неправильнымъ, обнаруживается само собой несостоятельность и ихъ выводовъ. Чтобы остаться послѣдовательнымъ самимъ себѣ, сторонники разсматриваемой теоріи должны бы были обсуждать дѣйствительность договора по личности контрагента, т. е. принципала, по ихъ мнѣнію, что было бы крайнимъ парадоксомъ. Напримѣръ, предположимъ, что представитель, покупая извѣст-

---

[14]) См. I гл. § 1.

ную вещь, зналъ о ея недостаткахъ, относительно которыхъ принципалъ былъ въ невѣдѣніи; слѣдуя логически мнѣнію указанныхъ юристовъ, принципалу нужно было бы дать въ данномъ случаѣ эдильскіе иски противъ продавца. Нечего говорить, какъ страдала бы отъ такого порядка прочность гражданскаго оборота, въ интересахъ котораго былъ изобрѣтенъ институтъ представительства.

Въ виду такихъ парадоксальныхъ послѣдствій изъ исходнаго положенія, нѣкоторые изъ юристовъ [15]), въ вопросѣ о дѣйствительности договора, заключеннаго представителемъ, соглашаются съ господствующимъ ученіемъ, т. е. признаютъ, что только воля представителя играетъ роль при разрѣшеніи даннаго вопроса. Этимъ самымъ они становятся въ логическое противорѣчіе съ своимъ основнымъ положеніемъ, неправильность и несостоятельность котораго такъ очевидна. Ошибочность ихъ мнѣнія обнаруживается особливо въ тѣхъ случаяхъ, когда принципалъ—лице недѣеспособное (малолѣтнее, несовершеннолѣтнее, юридическое лице, и т. п.). Здѣсь не можетъ быть рѣчи о томъ, что *одна* воля принципала выражается при совершеніи сдѣлки, а представитель является только носителемъ такой воли. Наконецъ противъ нихъ говоритъ и совершеніе сдѣлки чрезъ negotiorum gestor'a. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что gestor выступаетъ предъ третьимъ въ качествѣ контрагента, т. е. заключаетъ съ нимъ сдѣлку; слѣдовательно, формальныя условія дѣйствительности этой послѣдней опредѣляются по его личности. Чрезъ послѣдующее же одобреніе не заключается новая сдѣлка, а только санкціонируются правовыя послѣдствія изъ прежней. Было бы стран-

---

[15]) Dernburg—стр. 19—21; Canstein—указ. стат. ст. 692—694.

но признавать въ данномъ случаѣ контрагентомъ принципала (dominus'a), не знающаго совершенно о существованіи сдѣлки gestor'a [16]).

Господствующее нынѣ въ Германіи ученіе [17]), оспаривая правильность изложенной теоріи, признаетъ представителя единственнымъ и настоящимъ контрагентомъ, т. е. изъявляющимъ свою собственную волю при совершеніи сдѣлки. Но чтобы объяснить возможность непосредственнаго пріобрѣтенія принципаломъ правъ и обязанностей изъ такой сдѣлки представителя, оно прибѣгаетъ къ помощи юридической фикціи. Сторонники этого ученія утверждаютъ, что договорная воля представителя юридически разсматривается, воображается, мыслится какъ таковая принципала. Но посредствомъ такой фикціи мы придемъ къ тому же выводу, къ какому приводитъ предъидущая теорія, т. е. къ признанію принципала за настоящаго контрагента, или къ признанію его воли за ту, которая проявилась въ договорѣ. Вообще фикція ведетъ къ ложному и неправильному представленію понятій; она даетъ основаніе къ признанію того, чего нѣтъ въ дѣйствительности [18]). Фикція имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ къ даннымъ фактическимъ отношеніямъ примѣняются чуждыя ихъ природѣ юридическія начала; чрезъ нее впервые возникаетъ право. Вмѣсто того, чтобы создать для новыхъ гражданскихъ отношеній согласныя съ ихъ природой юридическія правила, при посредствѣ фикціи обсуждаютъ ихъ по существующимъ уже нормамъ. Фикція пред-

---

[16]) См. Циммермана § 7.

[17]) Laband—ст. 184; Унгеръ—§ 20, ст. 134 № 20; Curtius § 2; Gareis § 5. Buchka—§ 21; Виндшейдъ—pand. (4 изд). § 73 nº 16.

[18]) См. Муромцева—„О консерватизмѣ римской юриспруденціи" стр. 96; тамъ-же указана литература предмета.

полагаетъ двѣ неравныя величины равными, два разнородныхъ отношенія тожественными. Очевидно, что подъ такое понятіе фикціи нельзя подводить слѣдующую формулу прямаго представительства: «юридическія дѣйствія А порождаютъ такія послѣдствія, какъ бы онѣ были дѣйствіями В». Посредствомъ такой формулы не создается новое право, а только сравнивается одно отношеніе съ другимъ, болѣе извѣстнымъ, для лучшаго уясненія перваго отношенія. Если бы положительное законодательство не признавало дѣйствительности прямаго представительства, то никакія фикціи не могли бы дать надлежащее основаніе для его существованія. Унгеръ [19]), объясняя сказанную формулу прямаго представительства посредствомъ такъ называемой теоретической фикціи, затемняетъ только вопросъ, такъ какъ онъ подводитъ простые логическіе пріемы сравненія подъ техническій правовой терминъ и распространяетъ понятіе этого послѣдняго за предѣлы его настоящаго, дѣйствительнаго смысла. По нашему мнѣнію, понятіе прямаго представительства можно и нужно объяснить, не прибѣгая къ помощи юридическихъ фикцій, которыя не способны дать точное и правильное представленіе объ изслѣдуемомъ предметѣ. Существованіе представительства, какъ понятія искусственнаго, уклоняющагося отъ естественнаго порядка, можно исключительно объяснить санкціей положительнаго права. Это послѣднее въ настоящее время допускаетъ возможность заключенія однимъ лицемъ юридической сдѣлки, по которой кредиторомъ или должникомъ считается другое; слѣдовательно и съ точки зрѣнія законодательствъ обращеніе

---

[19]) См. его Verträge zu Gunsten Dritter—nº 12. Теоретическая функція Унгера все равно, что догматическая фикція Іеринга (Geist d. R. R. (2 изд.) стр. 297).

къ фикціи для юридическаго обоснованія представительства является совершенно излишнимъ.

Вся ошибка предъидущихъ теорій юридическаго обоснованія представительства заключается въ томъ, что онѣ смѣшиваютъ понятіе контрагента и юридическаго субъекта, или вѣрнѣе, находятъ, что второй ipso jure долженъ быть и первымъ; а такъ какъ принципалъ является субъектомъ правъ и обязанностей, то въ силу этихъ теорій, онъ считается и контрагентомъ—прямо или посредствомъ фикціи, вопреки дѣйствительности. Между тѣмъ изъ формулы представительства видно, что свойства контрагента и юридическаго субъекта распредѣляются между двумя различными лицами: представителемъ и его принципаломъ. Организація юридическихъ лицъ, нуждавшихся ранѣе физическихъ въ представительствѣ, служитъ доказательствомъ возможности такого распредѣленія свойствъ контрагента и юридическаго субъекта.

Такимъ образомъ суть прямаго представительства заключается въ томъ, что форма и содержаніе сдѣлки, физическое совершеніе ея и правовыя послѣдствія изъ оной распредѣляются между двумя лицами: представителемъ и принципаломъ. Первый заключаетъ юридическую сдѣлку, слѣдовательно является настоящимъ контрагентомъ, второй непосредственно пріобрѣтаетъ изъ оной права и обязанности, слѣдовательно считается первоначальнымъ и настоящимъ юридическимъ субъектомъ по такой сдѣлкѣ. Отсюда само собой вытекаетъ, что формальныя условія дѣйствительности договора должны быть обсуживаемы по личности контрагента, т. е. въ данномъ случаѣ представителя; что же касается до возможности возникновенія изъ такого договора условленныхъ правъ или обязанностей, то принимается во вниманіе единственно личность принципала, какъ первоначальнаго субъекта по этому договору.

При такомъ обоснованіи прямаго представительства можно безъ затрудненія разрѣшать всякіе спорные вопросы, встрѣчающіеся въ представительныхъ отношеніяхъ [20]), нѣкоторые изъ которыхъ мы приводимъ въ слѣдующемъ параграфѣ.

§ 4. Разрѣшеніе нѣкоторыхъ вопросовъ на основаніи признаваемой нами теоріи юридическаго обоснованія представительства

1. Такъ какъ представитель, заключая сдѣлку, выражаетъ свою собственную волю, то послѣдняя должна быть свободной, непринужденной, какъ необходимое условіе дѣйствительности данной сдѣлки; воля же принципала тутъ ни при чемъ; она можетъ быть принята во вниманіе лишь при обсужденіи дѣйствительности представительнаго полномочія. На этомъ основаніи заблужденіе, ошибка представителя относительно существенныхъ пунктовъ заключаемой имъ сдѣлки даетъ право принципалу оспаривать дѣйствительность таковой сдѣлки, хотя бы онъ лично и не находился подъ заблужденіемъ. Точно также существенно для пріобрѣтенія принципаломъ эдильскихъ исковъ (actio redhibitoria и quanti minoris) знаніе или

---

[20]) На такое распредѣленіе совершенія и послѣдствія сдѣлки между представителемъ и принципаломъ указывалось, косвеннымъ образомъ, еще Бринцомъ въ Krit. Bl. стр. 42. Очень ясно объ этомъ говоритъ Curtius стр. 87— „Das Charakteristische der Stellvertretung ist vielmehr gerade dieses, dass der Contrahent und das Subject der obligationis ex contractu Verschiedene Personen sind". Почти тоже самое говоритъ Karlowa—стр. 55—„Es ist aber der Errichtungsact in der Bestand des Gesäfts zu unterscheiden". Приблизительно этого же воззрѣнія держится Іерингъ—Geist d. R. R. § 59: „Die Wahre, ächte Stellvertretung beruht auf einer Trennung der Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäft". Тоже Цитовичъ „лекціи по торговому праву" § 44.

незнаніе пороковъ вещи представителя, а не принципала [21]). Если представитель, совершая юридическій актъ, подвергается принужденію или обману, то принципалу дается право оспаривать дѣйствительность такого акта, хотя бы означенныя обстоятельства и не касались его личности. Когда для пріобрѣтенія даннаго права имѣетъ значеніе mala или bona fides, тогда она должна быть въ лицѣ представителя; напримѣръ вещи, пріобрѣтенныя представителемъ, знавшимъ объ отсутствіи justa causa такого пріобрѣтенія, не могутъ быть узукапированы принципаломъ [22]). Съ своей стороны третье лице можетъ воспользоваться exceptio quod metus causa, exc⁰ doli противъ возбужденнаго къ нему принципаломъ иска, если оно подвергалось принужденію или обману со стороны представителя [23]). Но заблужденіе относительно личности представителя безразлично для дѣйствительности договора, ибо отвѣтственнымъ или управомоченнымъ лицемъ считается принципалъ, а не представитель; слѣдовательно, только error in persona перваго можетъ опорочивать заключенную сдѣлку. Изъ всего предъидущаго видно, что въ лицѣ представителя должны быть условія общей дѣеспособности къ совершенію гражданскихъ актовъ. Отсюда само собой вытекаетъ, что представителемъ можетъ быть и несовершеннолѣтній, потому что лица, не достиг-

---

[21]) Изъ этого правила допускается одно исключеніе, а именно когда дано спеціальное порученіе—см I гл. § 1 стр. 19, 20; тоже Саксонское уложеніе § 846.

[22]) См. Curtius—стр. 94.

[23]) Принципалъ только въ томъ случаѣ отвѣчаетъ за dolus своего представителя, если учиненіе послѣднимъ проступка находилось въ какой либо причинной связи съ исполненіемъ порученія.—Внѣ такой связи не можетъ быть рѣчи объ отвѣтственности принципала, ибо порученіе совершить преступленіе выходитъ за предѣлы юридическихъ сдѣлокъ, слѣд. и представительства.

шія полнаго гражданскаго совершеннолѣтія, тѣмъ не менѣе считаются способными къ гражданской дѣятельности вообще и ограничены только въ принятіи на себя обязательствъ безъ согласія попечителя [24]; а такъ какъ представитель лично не обязывается по заключенному имъ отъ имени другаго юридическому акту, то имъ можетъ быть и лице несовершеннолѣтнее.

Съ возрастомъ несовершеннолѣтія, наступающаго у насъ по достиженіи 17 лѣтъ, возникаетъ способность къ принятію юридическихъ дѣйствій, способность, которая становится полной только послѣ достиженія двадцати лѣтъ съ годомъ. Отрицаніе за такимъ несовершеннолѣтнимъ всякой способности къ юридической дѣятельности не можетъ быть оправдываемо ни съ точки зрѣнія нашего положительнаго законодательства, ни съ точки зрѣнія интересовъ гражданскаго оборота [25]. Нагляднымъ опроверженіемъ подобнаго отрицанія можетъ служить дѣйствительная жизнь, въ которой мы видимъ примѣры, доказывающіе способность несовершеннолѣтняго къ гражданской дѣятельности.

Если же признать за несовершеннолѣтнимъ дѣеоспособность, хотя и ограниченную, то слѣдуетъ, по необходимости, прійти къ тому заключенію, что онъ можетъ выступить въ гражданскомъ оборотѣ въ качествѣ чужаго представителя. Косвеннымъ подтвержденіемъ этому можетъ служить и статья 694 уст. торг., гласящая, что несовершеннолѣтній сидѣлецъ не долженъ имѣть въ своемъ распоряженіи товара болѣе, какъ на тридцать рублей. Распоряженіе, о которомъ говорится въ

---

[24]) Ст. 220, 222 X. L. Ч. I. св. зак. см. Мейера Курс. гр. пр. ст. 63.

[25]) См. рѣш. гр. Кас. Деп. Сен. за 1869 г. № 321; ст. 45 и 246 п. 2 уст. гр. суд. относятся къ судебному представительству.

приведенной статьѣ, указываетъ на способность такого прикащика къ совершенію торговыхъ операцій относительно имѣющагося у него товара.

Наконецъ такое заключеніе получаетъ твердую почву особливо при сравненіи законодательныхъ постановленій другихъ народовъ по этому вопросу. Еще римское право (L. 7 § 2 D. 14, 3) давало третьему лицу actio institoria противъ принципала изъ сдѣлки, заключенной несовершеннолѣтнимъ институторомъ—quoniam sibi imputare debet, qui eum praeposiut. Code civil (art. 1990) очень ясно говоритъ о томъ, что несовершеннолѣтнее лице можетъ быть выбрано мандатаріемъ. Тоже самое можно вывести изъ § 32 прусскаго уложенія (ч. I тит. 13) и § 1017 австрійскаго гражданскаго кодекса.

Все, что было сказано выше относительно несовершеннолѣтняго, имѣетъ примѣненіе и къ расточителю, т. е., что расточитель можетъ быть представителемъ другаго лица, хотя онъ и ограниченъ въ правѣ личнаго принятія на себя обязательства. При этомъ однако не слѣдуетъ смѣшивать отношенія, вытекающія изъ представительнаго полномочія для принципала и третьяго съ таковыми принципала и представителя. Въ томъ случаѣ, когда представителемъ является несовершеннолѣтнее лице, взаимныя отношенія его съ принципаломъ должны быть обсуживаемы по общимъ правиламъ, опредѣляющимъ юридическія отношенія къ несовершеннолѣтнему вообще.

2. Что касается до правъ и обязанностей, возникающихъ изъ сдѣлокъ представителя, то принимается во вниманіе личность принципала, какъ первоначальнаго кредитора и должника по онымъ; поэтому принципалъ долженъ обладать конкретною или частною правоспособностію, чтобы быть юридическимъ субъектомъ сдѣлокъ, заключенныхъ отъ его имени. Напримѣръ, если представитель выдалъ вексель отъ имени лица, которому за-

конъ воспрещаетъ вступленіе въ вексельныя отношенія [26]), то принципалъ не отвѣчаетъ по такимъ векселямъ, хотя бы представитель и былъ правоспособенъ къ выдачѣ векселей отъ своего имени; и на оборотъ, представитель можетъ быть неправоспособенъ къ выдачѣ векселей отъ своего имени, но это не препятствуетъ ему выдавать таковые отъ имени другаго правоспособнаго къ тому лица. Однимъ словомъ, представитель можетъ пріобрѣсти для своего принципала такія права, къ пріобрѣтенію которыхъ лично для себя онъ неспособенъ, и при его посредствѣ могутъ возникнуть для принципала такія обязательства, по которымъ онъ лично не можетъ быть отвѣтственнымъ [27]).

3. Форма сдѣлки, въ которую вступаетъ представитель, опредѣляется по личности его или принципала [28]). Если форма данной сдѣлки не предписывается законодательствомъ, а обусловливается исключительно содержаніемъ ея, то она должна быть опредѣляема по личности принципала. Напримѣръ, о торговомъ или неторговомъ характерѣ сдѣлки слѣдуетъ заключать по личности принципала, а не его представителя [29]).

---

[26]) Ст. 546 уст. векс.

[27]) Справедливость положенія, выставленнаго въ текстѣ, признавалась и римскимъ правомъ въ случаяхъ необходимаго представительства—L. 130—D. 45. I. говоритъ: imo et quod in suam (говорится о filius) personam conferre non potest, hoc patri acquirat.

[28]) Неправильно мнѣніе Унгера (§ 90 nº 23), Dernburg'a (ст. 18 с.), Виндшейда (§ 73 № 18), что форма сдѣлки, заключенной представителемъ, всегда обсуждается по личности принципала.—Они имѣютъ въ виду, по всей вѣроятности, такую форму, которая составляетъ corpus negotii.

[29]) См. Thöl, Handelsrecht (5 изд.), § 69; Laband—ibid. ст. 228 nº 62. На этомъ основаніи требуемое 1840 ст. X. т. Ч. I. торговое свидѣтельство для принятія поставки должно быть у принципала, а не у представителя его.

Если же положительное право предписываетъ особыя формы сдѣлокъ для извѣстныхъ лицъ, то разрѣшеніе вопроса, по чьей личности должны быть обсуждаемы эти формы—зависитъ отъ того, составляютъ ли послѣднія corpus negotii или средство доказательства. Въ первомъ случаѣ принимается во вниманіе личность принципала, такъ какъ этими формами обусловливается возникновеніе права, способность къ пріобрѣтенію котораго должна быть у принципала; во второмъ же случаѣ принимается въ соображеніе личность представителя, такъ какъ здѣсь вопросъ идетъ объ общей дѣйствительности сдѣлки. Форма перваго рода входитъ въ содержаніе сдѣлки, которое обусловливается исключительно личностью принципала; форма же втораго рода составляетъ только внѣшнее выраженіе воли представителя. Напримѣръ, если для пріобрѣтенія евреями извѣстныхъ правъ предписываются особыя формы, то онѣ должны быть соблюдаемы и въ томъ случаѣ, когда права эти пріобрѣтаются чрезъ посредство представителя христіанина [30]), и на оборотъ, если еврей является представителемъ христіанина въ пріобрѣтеніи такихъ правъ, то соблюденіе указанныхъ формъ будетъ излишнимъ, такъ какъ возникновеніе означенныхъ правъ въ лицѣ христіанина не обусловливается этими формами. Точно также если для пріобрѣтенія извѣстнаго права для даннаго лица или учрежденія требуется разрѣшеніе высшей власти [31]), то таковое условіе должно быть соблюдаемо и въ случаѣ пріобрѣтенія таковаго чрезъ представителя. Когда же предписываемыя закономъ для извѣстныхъ лицъ формы имѣютъ цѣлію охраненіе интересовъ ихъ въ виду осо-

---

[30]) См. у Dernburg'a стр. 18 lit.c.

[31]) См. ст. 778, 784 X. т. Ч. I.

баго безпомощнаго ихъ положенія, то очевидно, что онѣ (формы) не должны быть соблюдаемы представителями такихъ лицъ при вступленіи ими въ сдѣлку отъ имени принципала. Напримѣръ, формальность, требуемая первымъ пунктомъ 819 ст. X Т. ч. I (срав. ст. 106 и слѣд. пол. о нотар. част.) при совершеніи актовъ по имуществу грамотныхъ глухонѣмыхъ, не имѣетъ мѣста, когда за послѣднихъ дѣйствуютъ ихъ представители на основаніи законныхъ довѣренностей. Если же самъ представитель принадлежитъ къ категоріи лицъ, для которыхъ предписаны такія формы, то онѣ должны быть соблюдаемы, хотя бы для принципала и не были обязательны таковыя формы. Напримѣръ, неграмотный представитель, при совершеніи сдѣлки у нотаріуса отъ имени своего грамотнаго принципала, долженъ подчиняться условіямъ, предписываемымъ ст. 113 положенія о нотаріальной части, между тѣмъ какъ статья эта не имѣла бы мѣста при совершеніи того же акта непосредственно самимъ принципаломъ.

Такимъ образомъ, установленный выше принципъ раздѣленія свойствъ контрагента и субъекта въ представительныхъ отношеніяхъ между двумя лицами разъясняетъ всякія недоумѣнія и трудности относительно дѣйствительности заключенія сдѣлки чрезъ представителя. Кромѣ того указанное основаніе прямаго представительства даетъ возможность правильнаго разрѣшенія и многихъ другихъ, довольно важныхъ въ практическомъ отношеніи, вопросовъ, которые могутъ имѣть мѣсто при изслѣдованіи представительства. Для доказательства мы остановимся на нѣкоторыхъ изъ нихъ.

А) Можетъ ли представитель, какъ таковой, вступить въ юридическую сдѣлку съ самимъ собой, какъ съ частнымъ лицемъ? Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что одно и тоже лице не можетъ договориться съ самимъ собой. Противопо-

ложное рѣшеніе представляется внутреннимъ логическимъ противорѣчіемъ. Для пріобрѣтенія правъ, какъ вещныхъ, такъ и обязательственныхъ, необходима наличность двухъ различныхъ преимущественныхъ сферъ и соглашеніе двухъ воль въ области договорныхъ отношеній. Напримѣръ, немыслимо пріобрѣтеніе права собственности отъ самого себя или, вѣрнѣе, въ данномъ случаѣ не можетъ быть рѣчи о пріобрѣтеніи новаго права, ибо оно уже пріобрѣтено и находится въ обладаніи своего субъекта. Точно также нельзя быть кредиторомъ и должникомъ въ одно и тоже время, по одному и тому же обязательству, такъ какъ безцѣльно и невозможно пріобрѣтать права на свои собственныя дѣйствія. Однимъ словомъ, совмѣщеніе двухъ юридическихъ субъектовъ по данной сдѣлкѣ въ одномъ и томъ же лицѣ представляется логической нелѣпостію и невозможностію. Между тѣмъ въ представительныхъ отношеніяхъ вопросъ принимаетъ нѣсколько иной характеръ. Если представитель, какъ таковой, т. е., дѣйствуя отъ имени принципала, заключаетъ сдѣлку съ самимъ собой, какъ съ частнымъ лицемъ, то не можетъ быть и рѣчи о совмѣщеніи въ его лицѣ двухъ юридическихъ субъектовъ. Представитель не есть субъектъ по совершаемому имъ акту, таковымъ считается только его принципалъ; слѣдовательно, въ приведенномъ случаѣ предъ нами будутъ два отдѣльныхъ юридическихъ субъекта: принципалъ, дѣйствовавшій чрезъ представителя и послѣдній, какъ частное лице, а не какъ представитель. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ двумя различными имущественными сферами, таковой принципала и—его представителя, дѣйствующаго въ качествѣ самостоятельнаго, юридическаго субъекта. Такимъ образомъ, въ данномъ случаѣ нѣтъ одного изъ указанныхъ выше препятствій для заключенія юридической сдѣлки съ самимъ собой, такъ что разрѣшеніе вопроса зависитъ отъ то-

го, есть ли здѣсь наличность двухъ воль, или только одной. Если слѣдовать мнѣнію юристовъ, которые объясняютъ прямое представительство посредствомъ юридической фикціи, или видятъ въ представителѣ простаго нунція, то пришлось бы по логической послѣдовательности признать, что представитель, какъ таковой, можетъ вполнѣ дѣйствительно вступать съ самимъ собой, какъ съ частнымъ лицемъ, въ юридическія сдѣлки [32]). Это заключеніе вытекаетъ изъ того, что если воля представителя воображается, мыслится, какъ таковая принципала, то въ разсматриваемомъ нами случаѣ будутъ двѣ воли, необходимыя для дѣйствительности договора: одна—воля принципала, выраженная чрезъ представителя, другая—представителя, какъ частнаго лица.

Основываясь на такой логической конструкціи, одинъ изъ германскихъ юристовъ, Рёмеръ, написавшій спеціальное изслѣдованіе по этому вопросу [33]), даетъ на него утвердительный отвѣтъ.

Между тѣмъ отправляясь изъ установленной нами точки зрѣнія, что представитель, а не принципалъ, считается и есть настоящій контрагентъ въ сдѣлкѣ, мы должны придти къ противоположному рѣшенію. Совершеніе сдѣлки предполагаетъ двухъ контрагентовъ, изъ которыхъ каждый выражаетъ

---

[32]) Никто изъ нихъ не касался подробно разсматриваемаго вопроса, хотя, основываясь на косвенныхъ данныхъ, можно прійти къ тому заключенію, что нѣкоторые дали бы отрицательный отвѣтъ на этотъ вопросъ—напр. см. Виндшейда pand. (3 изд.). Bd. 2, § 440 под. lit. b. и nº 7. Въ текстѣ я указываю лишь на то, что положительное рѣшеніе вопроса представляется логическимъ послѣдствіемъ защищаемаго ими ложнаго положенія.

[33]) „Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst“ въ Zeit. für das gesammte Handelsrecht, Bd. 19, стр. 67—98.

свою собственную волю, необходимую для возникновенія сдѣлки. На этомъ основаніи одно и тоже лице не можетъ исполнять единовременно роли двухъ контрагентовъ, необходимыхъ при совершеніи юридическаго акта. Договоръ предполагаетъ единеніе двухъ различныхъ воль, чего нѣтъ и не можетъ быть въ разсматриваемомъ случаѣ, потому что представитель, какъ таковой, выражаетъ свою собственную волю, и, какъ частное лице, онъ долженъ выразить туже самую волю. Хотя намѣреніе представителя въ томъ и другомъ случаѣ различно, но раздвоеніе одной и той же воли въ противоположныхъ направленіяхъ представляется психологической невозможностію. Такимъ образомъ, неправильность исходной точки упомянутаго выше юриста, Рёмера, привела къ ошибочному выводу. Ссылка его на нѣкоторыя мѣста изъ пандектъ (L. 9 § 5, 7 D. 26, 7), для подтвержденія своего мнѣнія, не совсѣмъ удовлетворительна. Во первыхъ, въ приведенныхъ мѣстахъ источниковъ говорится лишь о томъ случаѣ, когда опекунъ, въ качествѣ представителя малолѣтняго, выплачиваетъ самому себѣ свой собственный долгъ и когда онъ беретъ взаймы деньги малолѣтняго. Во всѣхъ другихъ случаяхъ опекунъ не могъ совершать съ самимъ собой сдѣлокъ по имуществу малолѣтняго [34]). Jpse tutor in rem suam actori fieri non potest (§ 3. J. 1,21). Во вторыхъ, опекунъ по римскому праву, не былъ настоящимъ представителемъ въ смыслѣ современнаго права, онъ былъ только юридическимъ соучастникомъ при совершеніи сдѣлки малолѣтнимъ: соучастіе его выражалось въ interpositio auctoritatis [35]). Слѣдовательно, сказанное про опекуна нельзя распространить на настоящихъ представителей, юридически замѣняющихъ лич-

---

[34]) См. Виндшейдъ—pand. II. § 440 nº 7 и 8.

[35]) Іерингъ—Mitwirkung I. ст. 295, № 2.

ность представляемаго. Неудачна и другая ссылка автора [36]) на одинъ случай въ современной судебной практикѣ Германіи. Тамъ говорится о пріобрѣтеніи опекуномъ имущества подъ-опекаемаго съ публичныхъ торговъ, такъ что въ этомъ случаѣ свойства контрагентовъ распредѣляются между двумя различными лицами: учрежденіемъ, производящимъ публичную продажу, и опекуномъ. Сама редакція журнала, гдѣ помѣщена статья Рёмера, въ примѣчаніи 18-мъ, приводитъ другой случай изъ судебной практики, въ которомъ высшее судебное учрежденіе высказало вполнѣ правильный взглядъ, что «юридически невозможно, чтобы въ договорѣ положенія взаимно-стоящихъ контрагентовъ представлялись бы однимъ и тѣмъ же лицемъ». Исходя изъ точки зрѣнія приведеннаго писателя, мы придемъ и къ другому не менѣе парадоксальному рѣшенію, что можно одновременно быть представителемъ двухъ лицъ по совершенію одной и той же сдѣлки.

Соображенія, которыя мы только что привели для разрѣшенія поставленнаго выше вопроса, даютъ достаточное основаніе для отрицательнаго отвѣта и на слѣдующій вопросъ: можетъ ли кто либо быть представителемъ своего собственнаго представителя по одному и тому же дѣйствію [37])? Здѣсь не можетъ быть рѣчи о распредѣленіи юридическихъ дѣйствій и юридическихъ послѣдствій по сдѣлкѣ между различными лицами (представителемъ и принципаломъ), что составляетъ существенное основаніе представительства.

---

[36]) Тамъ-же, стр. 87.

[37]) Циммерманъ находитъ возможнымъ такой случай (?)—стр. 44 nº 56; но приведенный имъ случай изъ судебной практики объясняется особенностію французскаго судопроизводства, по которому не всякое правоспособное лице можетъ вести свой процессъ.

В) Какія послѣдствія возникаютъ въ случаѣ, если представитель, совершая сдѣлку, выходитъ за предѣлы даннаго ему полномочія [38])? При этомъ предполагается, что третье лице не знало и не могло знать о превышеніи соконтрагентомъ своихъ представительныхъ полномочій, иначе слѣдуетъ разсматривать данную сдѣлку, какъ заключенную negotiorum gestor'омъ подъ условіемъ послѣдующаго одобренія принципала. Далѣе, предложенный къ разрѣшенію вопросъ слѣдуетъ ограничить еще однимъ условіемъ: представитель, дѣйствующій несогласно съ даннымъ ему порученіемъ, можетъ дѣйствовать сознательно (какъ negotiorum gestor), или же подъ вліяніемъ извинительнаго заблужденія. Въ обоихъ случаяхъ требуется bona fides третьяго лица, какъ необходимое условіе отыскиванія понесенныхъ имъ убытковъ. Такимъ образомъ нашему обсужденію подлежитъ только тотъ случай, когда третье лице не знаетъ, что у его контрагента нѣтъ достаточнаго представительнаго полномочія для вступленія въ сдѣлку съ третьимъ лицемъ.

Не можетъ подлежать никакому сомнѣнію, что въ этомъ случаѣ для принципала не возникаетъ никакихъ юридическихъ послѣдствій относительно контрагента своего представителя, если имъ впослѣдствіи не одобряется сдѣлка [39]). Но въ то же

---

[38]) См. Іеринга—„Culpa in Contrahendo" (въ его Jahrbücher Bd. IV, стр. 1—112); Bähr „Ueber Irringen beim Contrahiren durch Mittelsperson" въ Іеринга Jahrbücher Bd. VI ст. 286—307; Laband ст. 229—238; Curtius стр. 99 и слѣд.; Zimmermann стр. 287 и слѣд.; Keysner „Falscher Bevollmächtigter" въ Busch's Archiv Bd. XI. ст. 65—75; Гордона „Дѣйствія повѣреннаго, выходящаго за предѣлы довѣренности" въ журналѣ гр. и тор. права за 1872 г., кн. III.

[39]) См. I гл. § 7.

время и мнимый представитель не можетъ считаться правомѣрнымъ субъектомъ по такой сдѣлкѣ, такъ какъ онъ не имѣлъ намѣренія пріобрѣтать лично для себя права или обязательства изъ оной. Точно также и третье лице не имѣло намѣренія стать въ непосредственныя юридическія отношенія съ своимъ контрагентомъ, т. е. быть его кредиторомъ или должникомъ. Слѣдовательно, сдѣлка, заключенная при такихъ условіяхъ, должна быть признана юридически недѣйствительной. Между тѣмъ было бы несправедливо оставлять безъ всякаго вознагражденія убытки, понесенные третьимъ лицемъ, невинно при этомъ пострадавшимъ. На этомъ основаніи, нѣкоторыя законодательства [40]) въ подобныхъ случаяхъ налагаютъ на представителя отвѣтственность къ удовлетворенію третьяго лица.

По вопросу о правовомъ основаніи подробной отвѣтственности повѣреннаго, выходящаго за предѣлы даннаго ему полномочія, существуетъ разногласіе между учеными юристами. Одни изъ нихъ [41]) видятъ такое основаніе въ гарантіи, которую принимаетъ всякій представитель предъ третьимъ ли-

---

[40]) Обще-германское торговое уложеніе art. 55; ст. 813 Саксонскаго гр. уложенія; ст. 710 проектъ баварскаго гражд. кодекса (1861 г.); § 96 прусск. улож. (ч. I, т. 13); § 1009 австр. улож.; art. 1997 C. civ.—Въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ спеціальныхъ постановленій по этому вопросу, но его можно разрѣшить на основаніи 574 и 684 ст. X т. ч. I.

[41]) Виндшейдъ § 74 и nº 7; Curtius хотя возражаетъ противъ мнѣнія Виндшейда, но предлагаемое имъ самимъ основаніе приближается къ гарантіи; онъ говоритъ (стр. 101), что всякій представитель молчаливо обѣщается доставить доказательство своего полномочія; Buchka ст. 238; Keysner. указ. ст.; приблизительно тоже у Troplong'a nº 590.

цемъ относительно наличности представительнаго полномочія. Но такая гарантія является лишь болѣе или менѣе гадательнымъ предположеніемъ, а не дѣйствительностію. Во многихъ случаяхъ врядъ ли можно утверждать, что представитель желалъ заключить съ своимъ контрагентомъ особый договоръ гарантіи о дѣйствительности и объемѣ его полномочія. Другіе [42]) выводятъ отвѣтственность мнимаго представителя изъ преступной воли его; слѣдовательно личная отвѣтственность такого повѣреннаго по actio doli является какъ бы наказаніемъ за его злоумышленныя дѣйствія. Несостоятельность подобнаго основанія не нуждается въ доказательствахъ, такъ какъ нерѣдко представитель можетъ выходить за предѣлы своего полномочія, не имѣя никакого злаго умысла. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что указанное правовое основаніе не даетъ никакой защиты третьему лицу противъ мнимаго представителя, дѣйствовавшаго подъ вліяніемъ извинительнаго заблужденія. Наконецъ, нѣкоторые [43]) выводятъ отвѣтственность ложнаго представителя изъ теоріи culpa in contrahendo. Теорія эта основана на той мысли, что всякое лице, при вступленіи въ юридическую сдѣлку съ кѣмъ либо, должно быть на столько осмотрительнымъ, чтобы предупредить совершеніе невозможныхъ, недѣйствительныхъ сдѣлокъ; въ противномъ случаѣ оно несетъ отвѣтственность предъ своимъ контрагентомъ, ни въ чемъ неповиннымъ. Возраженіе, которое дѣлается противъ этой теоріи, что не всегда можно видѣть въ дѣйствіяхъ представителя какую либо culpa [44]), не можетъ ослабить значенія ея,

---

[42]) Brinz—Krit. Bl. ст. 39; Endemann—Handelsrecht (2 изд.) § 31, nº 22.

[43]) Іерингъ указ. ст.; Laband. ст. 234.

[44]) Циммерманъ—§ 20 ст. 290; Curtius—стр. 100.

потому что она опредѣляетъ договорную culpa нѣсколько иначе, чѣмъ привыкли понимать ее до сихъ поръ. Впрочемъ, матеріальное содержаніе этой теоріи не умаляется отъ того, будетъ ли признана отвѣтственность мнимаго представителя результатомъ его собственной неосмотрительности (culpa), или— предписанія чувства справедливости, bona fides.

На основаніи этой теоріи слѣдуетъ допустить отвѣтственность представителя, хотя бы онъ находился подъ вліяніемъ извинительнаго заблужденія. Лабандъ [45]) говоритъ, что «признаніе представителя отвѣтственнымъ въ этомъ случаѣ было бы крайней жестокостью», но еще большей жестокостію будетъ оставленіе третьяго лица, ни въ чемъ неповиннаго, безъ всякаго вознагражденія. Такое мнѣніе Лабанда противорѣчитъ и основному понятію culpa in contrahendo, теорію которой онъ вполнѣ признаетъ. «Будетъ ли заблужденіе извинительное или нѣтъ, говоритъ Іерингъ [46]), оно не дѣлаетъ никакого различія; кто обѣщаетъ что либо, не долженъ заблуждаться, онъ можетъ заблуждаться только на свой счетъ, а никакъ не за счетъ своего контрагента». Далѣе онъ опредѣляетъ суть culpa in contrahendo, приблизительно, слѣдующимъ образомъ [47]): «Всякое лице отвѣтствуетъ за убытки, когда оно вступаетъ въ договоръ, не исполнивъ всѣхъ условій, необходимыхъ для его дѣйствительности, чѣмъ причиняетъ другой сторонѣ ущербъ». Одно изъ условій дѣйствительности договора, заключеннаго представителемъ, составляетъ наличность представительнаго полномочія; слѣдовательно, заблуждался ли онъ относительно этого условія или нѣтъ, тѣмъ не

---

[45]) Стр. 234.

[46]) Ibid. стр. 39.

[47]) Тамъ-же стр. 41.

менѣе онъ остается отвѣтственнымъ предъ своимъ контрагентомъ за причиненные ему убытки.

Для нашей задачи нѣтъ надобности входить въ болѣе подробное изслѣдованіе приведенныхъ мнѣній по вопросу объ юридическомъ основаніи отвѣтственности мнимаго представителя и размѣра ея. Для насъ важно отмѣтить только тотъ фактъ, что всѣ юристы, исходя изъ различныхъ точекъ отправленія, приходятъ къ однородному рѣшенію въ вопросѣ о томъ, что представитель несетъ отвѣтственность предъ третьимъ лицемъ за причиненные ему убытки, если только вступаетъ съ нимъ въ сдѣлку, не имѣя на то полномочія. Такая отвѣтственность оправдывается тѣмъ, что представитель, заключая сдѣлку, выражаетъ свою собственную волю, считается единственнымъ контрагентомъ по ней, тогда какъ нунцій, не будучи контрагентомъ, не отвѣчаетъ предъ третьимъ за невѣрную передачу порученія [48]).

Отсюда не слѣдуетъ, однако, выводить такого заключенія, что нунцій ни предъ кѣмъ вообще не отвѣчаетъ за свои дѣйствія. Нунцій не отвѣчаетъ только предъ третьимъ лицомъ, такъ какъ не находится съ нимъ въ какомъ либо юридическомъ отношеніи, но онъ всегда можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности своимъ принципаломъ. Въ противоположность съ этимъ положеніемъ, извѣстный нѣмецкій юристъ Тёль [49]) признаетъ отвѣтственность нунція по actio doli предъ третьи-

---

[48]) Іерингъ въ своей „Culpa in Contrahendo“ стр. 53 отказался отъ своего прежняго мнѣнія, высказаннаго въ „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäft.“ I на ст. 280—282, мнѣнія, по которому нунцій считался отвѣтственнымъ предъ 3-мъ лицемъ за невѣрную передачу сдѣланнаго ему порученія.

[49]) Его Handelsrecht (5 изд.) § 72.

имъ за невѣрную передачу объявленія воли принципала. Но такой искъ предполагаетъ непремѣнно dolus со стороны нунція, слѣдовательно онъ отпадаетъ при отсутствіи этого предположенія, т. е. въ случаяхъ, когда нунцій при невѣрной передачѣ не имѣлъ преступнаго намѣренія. Такимъ образомъ, если въ представительныхъ отношеніяхъ признать контрагентомъ самого принципала, то слѣдовало бы возложить на него и отвѣтственность предъ третьимъ за заблужденія его представителя (относительно объема своего полномочія), что отрицается сторонниками этой самой теоріи [50]).

С) Объ отвѣтственности нѣсколькихъ принципаловъ изъ дѣйствій одного общаго представителя [51]).

Рѣшеніе вопроса о солидарной или долевой отвѣтственности предъ третьимъ лицомъ нѣсколькихъ принципаловъ по сдѣлкѣ, заключенной ихъ общимъ уполномоченнымъ, зависитъ отъ того, раздѣляются ли въ представительныхъ отношеніяхъ свойства контрагента и субъекта между двумя различными лицами, или нѣтъ.

---

[50]) Bähr въ указ. статьѣ стр. 303—соглашается въ принципѣ съ Іерингомъ въ томъ, что нунцій предъ третьимъ лицемъ не отвѣчаетъ за невѣрную передачу, но расходится съ нимъ въ разграниченіи понятія представителя и нунція. Дѣйствительно, во многихъ примѣрахъ Іеринга мы имѣемъ дѣло съ представителемъ, а не съ нунціемъ, обязанность котораго заключается лишь въ передачѣ объявленія чужой воли, а никакъ не въ заключеніи договора. Въ вопросѣ о правовомъ основаніи отвѣтственности мнимаго представителя, Bähr не соглашается ни съ одной изъ приведенныхъ нами теорій, а исходитъ изъ римскаго правовоззрѣнія, по которому въ личности контрагента (представителя) обязательство формально возникаетъ. (См. стр. 289 указ. ст. его).

[51]) Buchka указ. соч. стр. 244--246; статья Kübel'я въ Würtembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung Bd. 14, ст. 317—346.

По римскому праву нѣсколько принципаловъ отвѣчали солидарно по адъективному иску предъ третьими лицами, вступившими въ сдѣлку съ ихъ общимъ представителемъ, institor'омъ или exercitor'омъ [52]). Между тѣмъ какъ эти же самыя лица, совершая сдѣлку непосредственно, отвѣчали, по общему правилу, pro rata, если только солидарная отвѣтственность не вытекала изъ свойства самой сдѣлки, или не была выговорена взаимнымъ соглашеніемъ сторонъ. Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur (L. 4 D. 14, 1). Подобное различіе въ рѣшеніи одного и того же вопроса, смотря потому—совершена ли была сдѣлка чрезъ представителя, или безъ онаго, объясняется принципіальной недопустимостію римскимъ правомъ института прямаго представительства. Всякое лице, заключающее сдѣлку, считалось, на основаніи общихъ началъ римскаго права, настоящимъ субъектомъ по оной; другими словами, контрагентъ, по юридической необходимости, долженъ былъ быть и субъектомъ. Противоположное рѣшеніе, то есть возможность раздѣленія свойствъ контрагента и юридическаго субъекта между двумя различными лицами, не могло быть мыслимо, ибо оно не было совмѣстимо съ принципомъ строгой индивидуальности обязательствъ, принципомъ, господствовавшимъ въ римскомъ правѣ, не смотря на незначительныя измѣненія его. Такой порядокъ остался и послѣ установленія такъ называемыхъ адъективныхъ исковъ. По actio institoria или exercitoria принципалъ отвѣчалъ предъ третьимъ лицемъ по тому самому обязательству (въ смыслѣ матеріальнаго содержанія его), по кото-

---

[52]) См. L. 13 § 2, L. 14 D 14, 3; L. 1 § 25, L. 2, L. 4 § 1, 2, D. 14, 1.

рому долженъ былъ отвѣчать въ первой линіи — principaliter, самъ контрагентъ, какъ главный и настоящій должникъ. Обязательство, возникаемое въ лицѣ послѣдняго, осуществлялось въ лицѣ его довѣрителя; отсюда само собой вытекало то правильное заключеніе, что, если вмѣсто одного принципала было нѣсколько, назначавшихъ одного общаго институтора или exercitor'a, то акцессорное обязательство ихъ по адъективнымъ искамъ должно было оставаться единымъ и нераздѣльнымъ, ибо оно было таковымъ при своемъ возникновеніи въ лицѣ главнаго должника (представителя). Соображеніе это высказывается ясно и римскими юристами, напримѣръ Гай [53]) считаетъ основаніемъ солидарной отвѣтственности нѣсколькихъ принципаловъ изъ сдѣлки общаго уполномоченнаго то обстоятельство, что «ne in plures adversarios distringitur, qui cum uno contraxerit». Приблизительно тоже самое повторяетъ онъ въ другомъ мѣстѣ [54]): «est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit».

Понятно, что разсматриваемый въ настоящемъ параграфѣ вопросъ разрѣшается съ точки зрѣнія права новыхъ народовъ въ смыслѣ, противоположномъ римскому праву.

Съ допущеніемъ современнымъ правомъ прямаго представительства отпадаютъ само собой и тѣ мотивы, которые приводились римскими юристами для объясненія солидарной отвѣтственности нѣсколькихъ принципаловъ по сдѣлкамъ общаго представителя. Послѣдній по современному правовоззрѣнію *только* контрагируетъ, при чемъ юридическія послѣдствія изъ

---

[53]) L. 2 D. 14, 1.

[54]) L. 27 § 8, D. 15, 1.

его сдѣлки непосредственно возникаютъ въ лицѣ его принципала. Подобное раздѣленіе свойствъ контрагента и юридическаго субъекта между двумя лицами не противорѣчитъ общимъ началамъ дѣйствующаго нынѣ права. Въ виду этого, обязательство, вытекающее изъ сдѣлки представителя, съ самаго же начала считается собственнымъ обязательствомъ принципала, не останавливаясь ни на одинъ моментъ въ лицѣ представителя.

Въ настоящее время отвѣтственность принципала, какъ первоначальнаго юридическаго субъекта, будетъ таже самая, какъ еслибы онъ лично совершилъ сдѣлку безъ всякаго посредства посторонняго лица. Слѣдовательно, изъ договора, заключеннаго общимъ уполномоченнымъ, возникаетъ для принципаловъ солидарная или долевая отвѣтственность, смотря потому, которая изъ нихъ имѣла бы мѣсто при непосредственномъ заключеніи ими того самаго договора. А такъ какъ положительныя законодательства новыхъ народовъ не признаютъ въ видѣ общаго правила солидарной отвѣтственности [55]), которая, при отсутствіи договорнаго соглашенія, допускается только въ исключительныхъ случаяхъ, напримѣръ въ полныхъ торговыхъ товариществахъ [56]), или при недѣлимости исполненія обязательствъ, то и въ случаѣ совершенія договора чрезъ общаго представителя, возникаетъ обыкновенно долевая отвѣтственность для принципаловъ.

---

[55]) Ar. 1202. Cod. Civ. „La solidarité ne se présume point". Ст. 1548 X т. ч. I.

[56]) Art. 22 Cod. de Comm.; ст. 114 итал. улож., пер. Заруднаго; § 1208 австр. и § 289 прус. земск. улож. ч. I, tit. I.

§ 5. Разборъ мнѣній нѣкоторыхъ юристовъ, не признающихъ института прямаго представительства.

Говоря о понятіи представительства, мы приводили въ настоящей главѣ различныя мнѣнія юристовъ, которые считаютъ неоспоримой допустимость этого института для современнаго права, расходясь между собой только въ вопросѣ о юридическомъ обоснованіи его. Но между германскими представителями юридической науки встрѣчаются и такіе, которые, подъ вліяніемъ римскаго права, не признаютъ прямаго представительства, какъ несовмѣстимаго съ принципомъ обязательства. Всѣ мнѣнія, уклоняющіяся отъ господствующаго ученія, можно пріурочить къ тремъ типичнымъ представителямъ ихъ: Тёля, Пухты и Кунце. Для полноты нашего очерка мы считаемъ не лишнимъ остановиться на критическомъ разборѣ мнѣній означенныхъ юристовъ.

Тёль [57]) выводитъ невозможность представительства, какъ его обыкновенно понимаютъ, путемъ логическаго силлогизма. Онъ говоритъ, что нельзя контрагировать въ чужомъ лицѣ; другими словами, невозможно допустить, чтобы другое лице считалось первоначальнымъ контрагентомъ по сдѣлкѣ, возникшей вслѣдствіе договорной воли другаго лица. Отсюда слѣдуетъ, что принципалъ не можетъ разсматриваться первоначальнымъ контрагентомъ по договору, совершенному его представителемъ. Мы вполнѣ раздѣляемъ это мнѣніе Тёля, какъ согласное съ требованіемъ здраваго смысла. Въ самомъ дѣлѣ, признаніе лица, не участвовавшаго при совершеніи договора, контрагентомъ

А) Мнѣніе Тёля.

---

[57]) См. его Handelsrecht (5 изд.) § 69, 70.

вмѣсто другаго, совершившаго его въ дѣйствительности, заключаетъ въ себѣ внутреннее логическое противорѣчіе. Если А (представитель) вступаетъ въ договоръ, то онъ одинъ и считается первоначальнымъ и единственнымъ контрагентомъ, исключающимъ всякую мысль о томъ, чтобы въ то же самое время, по тому же самому договору другое лице, В (представляемое), считалось также первоначальнымъ и единственнымъ контрагентомъ. Аргументація Тёля, въ подтвержденіе вышеприведеннаго положенія, направлена по преимуществу противъ несостоятельности и неправильности распространеннаго мнѣнія, объясняющаго существо представительства посредствомъ фикціи [58]). Но затѣмъ онъ [59]) ставитъ существо юридическаго субъекта въ необходимую зависимость отъ свойствъ контрагента; или, говоря иначе, по его мнѣнію, лице, пріобрѣтающее непосредственно права и обязанности изъ сдѣлки, должно быть въ то же время его контрагентомъ. Слѣдовательно, принципалъ, по необходимости, долженъ быть контрагентомъ. Между тѣмъ, онъ самъ же считаетъ таковымъ представителя, какъ заключившаго договоръ въ дѣйствительности. Чтобы найти исходъ изъ такой дилеммы, Тёль приходитъ къ тому заключенію, что въ представительныхъ отношеніяхъ существуютъ два договора: одинъ—представителя съ третьимъ (Grundvertrag), основанный на представительномъ полномочіи, другой—принципала съ третьимъ лицемъ (Hauptvertrag), возникающій чрезъ

---

[58]) Намъ кажется неумѣстнымъ, что Виндшейдъ (§ 73 nº 16), возражая противъ Тёля, прибѣгаетъ къ слѣдующему аргументу: „договоръ одного не есть договоръ другаго, но первый мыслитъ какъ второй“,—аргументу, который именно и отвергаетъ Тёль, какъ логически-невозможное.

[59]) См. стр. 222, 223, 227.

посредство того же полномочія. Такимъ образомъ принципалъ пріобрѣтаетъ права и обязательства не изъ договора другаго лица (представителя), а изъ своего собственнаго. Подобное объясненіе представительства поражаетъ своей сложной и искусственной конструкціей и основано на неправильной точкѣ отправленія. Принципалъ считается контрагентомъ по сдѣлкѣ, заключенной при посредствѣ другаго, только въ томъ случаѣ, когда посредствующее лице играетъ роль соучастника (юридическаго или фактическаго). Тамъ же, гдѣ послѣднее выступаетъ въ роли представителя, заключается въ дѣйствительности только одинъ договоръ, контрагентомъ котораго очевидно будетъ представитель. Изъ сдѣланнаго самимъ Тёлемъ подробнаго разбора указанныхъ двухъ видовъ договора видно, что подъ Grundvertrag понимается лишь совершеніе (дѣйствительное, физическое) договора; подъ Hauptvertrag— матеріальныя послѣдствія того же договора; словомъ, выходитъ, что два договора Тёля суть только два момента (форма и содержаніе) одного и того же договора. Циммерманъ [60]), въ опроверженіе мнѣнія Тёля, очень удачно приводитъ случай negotiorum gestio съ представительнымъ характеромъ. Не можетъ подлежать сомнѣнію, что при посредствѣ gestor'a, настоящаго контрагента, возникаетъ только одинъ договоръ; чрезъ послѣдующее же одобреніе принципала возникаетъ не какой либо новый договоръ, а дается лишь обязательная санкція существующему уже соглашенію, изъ котораго послѣдній пріобрѣтаетъ первоначальныя права и обязательства. Вся теорія Тёля основывается на томъ неправильномъ исходномъ положеніи, что субъектъ долженъ быть непремѣнно и контрагентомъ,

---

[60]) Указ. соч. стр. 40.

между тѣмъ какъ эти два понятія могутъ существовать независимо другъ отъ друга и распредѣляться между двумя различными лицами. Подтвержденіемъ этому можетъ служить только что приведенный случай negotiorum gestio. На такую возможность указываетъ и законное представительство, гдѣ не можетъ быть рѣчи о какомъ-либо особомъ договорѣ представляемаго лица (подъопекаемаго, юридическаго лица) съ контрагентомъ представителя. Наконецъ, мы видимъ полнѣйшую отрѣшенность свойствъ юридическаго субъекта и контрагента въ публичномъ правѣ, въ которомъ отдѣльныя физическія лица совершаютъ юридическія дѣйствія отъ имени верховной власти [61]). Мнѣніе Тёля не нашло почти никакихъ приверженцевъ между учеными.

В) Мнѣніе Пухты.

Переходимъ теперь къ болѣе распространенному взгляду Пухты [62]). Онъ находитъ, что прямое представительство противорѣчитъ вообще существу обязательственныхъ отношеній. По его мнѣнію, обязательство, вытекающее изъ договора, имѣетъ мѣсто только между непосредственными соучастниками его; поэтому и въ представительныхъ отношеніяхъ юридическія послѣдствія сдѣлки возникаютъ прежде всего въ лицѣ контрагента представителя, а чрезъ него переходятъ на принципала. Тёль утверждаетъ, что съ третьимъ лицемъ заключаются одновременно два договора, одинъ—принципаломъ, а другой—представителемъ; а изъ мнѣнія Пухты вытекаетъ, что съ третьимъ лицемъ заключается только одинъ договоръ—представителемъ, который передаетъ матеріальное содержаніе она-

---

[61]) См. Laband стр. 185.

[62]) Vorlesungen II § 273, 275, 279.

го своему принципалу. Однако Пухта не могъ не обратить вниманія на то обстоятельство, что въ настоящее время изъ представительныхъ отношеній возникаютъ правовыя послѣдствія только между принципаломъ и третьимъ лицемъ. Чтобы примирить выставленный имъ принципъ индивидуальности обязательства съ указаннымъ положеніемъ современнаго обычнаго права, Пухта прибѣгаетъ къ помощи различныхъ косвенныхъ мѣръ, въ силу которыхъ обязательство представителя ослабляется, стушевывается и уступаетъ мѣсто обязательству принципала одинаковаго съ нимъ содержанія. Мѣры эти состоятъ въ томъ, что представителю дается exceptio doli противъ иска, возбужденнаго къ нему третьимъ лицемъ, а принципалу дается противъ послѣдняго actio utilis въ томъ случаѣ, когда не послѣдовала добровольная cessio иска со стороны представителя, какъ настоящаго субъекта. Такимъ образомъ при помощи упомянутыхъ правовыхъ средствъ дѣлается возможнымъ признать обязательство формально возникшимъ въ лицѣ представителя, а матеріальное содержаніе онаго—перешедшимъ съ момента совершенія сдѣлки на принципала.

Не говоря о томъ, что предлагаемыя Пухтой косвенныя средства для удовлетворенія потребностямъ прямаго представительства не имѣютъ никакого практическаго смысла и юридическаго основанія въ современной системѣ права, и защищаемый имъ принципъ субъективной неизмѣняемости существа обязательства не можетъ считаться неоспоримымъ. Мы выше [63]) имѣли случай указать, что въ сферѣ обязательственныхъ правъ въ настоящее время признаны такія юридическія понятія,

---

[63]) См. I гл. § 6.

которыя съ очевидностію опровергаютъ безусловность означеннаго принципа. Таковы, напримѣръ, cessio и всѣ, такъ называемыя, формальныя обязательства современнаго права, въ которыхъ активная легитимація упрощена, и право требованія по которымъ не находится въ строгой зависимости отъ матеріальной causa obligandi, въ противоположность именнымъ документамъ. Эти понятія не согласуются съ исходнымъ положеніемъ Пухты, что договоръ производитъ юридическія послѣдствія только между непосредственными участниками его.

Въ опроверженіе мнѣнія Пухты мы можемъ воспользоваться доводомъ, приведеннымъ выше противъ Тёля, а именно: не всегда лице, заключающее сдѣлку ipso jure считается и субъектомъ по оной. Необходимое, законное и публичное представительства указываютъ на возможность распредѣленія формальнаго совершенія сдѣлки и матеріальнаго содержанія оной между двумя различными лицами. Съ перваго взгляда нѣкоторымъ можетъ казаться, что мнѣніе Пухты, по своимъ практическимъ результатамъ, сводится къ непосредственному представительству, потому что активное и пассивное отношеніе представителя къ заключенному имъ договору окончательно стушевывается посредствомъ exceptio doli съ его стороны и actio utilis со стороны принципала, вслѣдствіе чего послѣдній остается дѣйствительнымъ субъектомъ означеннаго договора. Но на самомъ дѣлѣ указанное мнѣніе Пухты ведетъ къ высшей степени важнымъ послѣдствіямъ. Если представитель не только контрагентъ, но и субъектъ, если въ немъ впервые возникаютъ права и обязанности, переходящія затѣмъ на принципала, значитъ у него должна быть, кромѣ общей правоспособности для совершенія юридическихъ актовъ, еще частная для того, чтобы могли возникнуть для него изъ даннаго договора

условленныя правовыя послѣдствія. Отсюда вытекаетъ то положеніе, что никто не можетъ пріобрѣтать права и обязанности изъ сдѣлки своего представителя, если послѣдній самъ неправоспособенъ къ пріобрѣтенію ихъ. Другими словами, представительство вмѣсто того, чтобы быть средствомъ расширенія юридической личности человѣка, съ каковою цѣлію оно возникло, было бы стѣсненіемъ ея.

Самое поверхностное изученіе указаннаго мнѣнія Пухты приводитъ къ тому заключенію, что оно произошло подъ вліяніемъ общихъ началъ римскаго правовоззрѣнія, хотя онъ [64]) и говоритъ, что недопустимость представительства у Римлянъ обусловливалась не формализмомъ цивильнаго права, а существомъ обязательства вообще. Взглядъ Пухты раздѣляется многими германскими юристами, по преимуществу романистами [65]).

Средину между теоріей Тёля и Пухты занимаетъ Кунце [66]). Этотъ ученый считаетъ индивидуальность обязательства отличительнымъ признакомъ его въ сравненіи съ тѣлесными вещами. «Вещи имѣютъ, говоритъ Кунце [67]), тѣлесное бытіе, и потому могутъ быть непосредственнымъ объектомъ правъ (правоотношеній), а обязательства сами суть правоотношенія; поэтому нельзя сопоставить вмѣстѣ вещи и обязательства, а лишь вещныя и обязательственныя права. Первыя имѣютъ реальную природу,

C) Мнѣніе Кунце.

---

[64]) Vorlesungen II § 273 и стр. 114.

[65]) Вангеровъ (pand.) § 608 ст. 294—295 Bähr—Ueber Irrungen beim. Contrahiren durch Mittelsperson ст. 289, 290; Scheurl въ Іеринга Jahrbücher II ст. 27.

[66] Die Obligation und Singularsuccession. Leipzig. 1856 и § 66, 72.

[67]) Указ. соч. § 66. ст. 267, 268.

а послѣднія—искусственную, идеальную. Тѣ имѣютъ свое постоянное существованіе, эти же возникаютъ впервые лишь путемъ договора. Договоръ есть индивидуальное основаніе (causa obligandi) для индивидуальнаго же обязательства. Causa и obligatio не отдѣлены другъ отъ друга; ихъ разъединеніе настолько же мыслимо, насколько и отдѣленіе права отъ своего объекта. Поэтому вытекающее изъ этого договора обязательство можетъ непосредственно возникнуть только между субъектами договора; другими словами, нельзя предполагать, чтобы возникающее обязательство получало свое бытіе въ чужой личности, или иначе, чтобы это обязательство было отнято отъ первоначальныхъ субъектовъ, какъ платье отъ тѣла, и передано другимъ». Примѣняя эти общія соображенія къ представительству, Кунце [68]) утверждаетъ, что договоръ, заключенный представителемъ, абсолютно неотдѣлимъ отъ его личности. Но чтобы удовлетворить установившемуся въ современномъ гражданскомъ оборотѣ требованію, по которому принципалъ одинъ считается управомоченнымъ (Selbstberechtigte), онъ прибѣгаетъ къ особой цивилистической конструкціи, а именно находитъ, что къ обязательству представителя придается дополнительное обязательство принципала. Оба они имѣютъ одно и то же имущественное содержаніе (Vermögensstoff), при чемъ обязательство принципала какъ бы вытекаетъ изъ таковаго представителя, стоитъ къ нему какъ Zweigeobligation къ Stammobligation. Вслѣдствіе юридическаго обезсиленія втораго обязательства, первое становится единственно дѣйствительнымъ,—такъ что въ результатѣ изъ до-

---

[68]) Ibid. § 72—стр. 289 и слѣд.

говора представителя одинъ только принципалъ пріобрѣтаетъ права и обязанности; по отношенію же къ представителю, обязательство котораго получаетъ характеръ naturalis obligatio, эти юридическія послѣдствія не имѣютъ силы.

Изъ предъидущаго достаточно видно, что Кунце въ общемъ придерживается строго мнѣнія Пухты [69]), а его Zweige- и Stamm-obligation напоминаютъ Grund- и Hauptvertrag Тёля. Только въ указанныхъ двухъ договорахъ Тёля дѣйствуютъ два контрагента (принципалъ и представитель) и одинъ субъектъ (принципалъ), а у Кунце одновременно существуютъ два контрагента и два субъекта, но правовое значеніе одного изъ послѣднихъ низводится на степень субъекта натуральнаго обязательства, такъ что дѣйствующимъ остается только другой субъектъ (принципалъ).

Въ виду большаго сходства мнѣнія Кунце съ приведенными выше взглядами двухъ другихъ юристовъ, все, что было говорено противъ послѣднихъ, можетъ быть съ одинаковой силой повторено и по отношенію къ Кунце. Слѣдуетъ добавить при этомъ, что существованіе Zweigeobligation противорѣчитъ даже выставленному самимъ Кунце общему положенію, что изъ договора пріобрѣтаютъ права и обязанности только непосредственные соучастники его. Спрашивается послѣ этого: изъ какого же договорнаго соглашенія принципала съ третьимъ возникаетъ эта Zweigeobligation? Впрочемъ, самъ авторъ не придаетъ особеннаго практическаго значенія своей системѣ двухъ обязательствъ въ представительныхъ отношеніяхъ, такъ какъ на страницахъ 293, 294 онъ вполнѣ при-

---

[69]) Хотя онъ на стр. 293 и возстаетъ противъ мнѣнія Пухты.

знаетъ непосредственныя отношенія между принципаломъ и третьимъ въ силу современнаго обычнаго права; только онъ старается объяснить это положеніе обычнаго права посредствомъ выдуманной имъ цивилистической формулы, которая оказывается несостоятельной теоретически и безполезной практически [70]). Нельзя не видѣть въ указанной юридической формулѣ Кунце нѣкотораго вліянія системы адъективныхъ исковъ римскаго права, гдѣ изъ одного и того же договора возникали два обязательства предъ третьимъ лицемъ: главное—представителя и аксессорное—принципала.

---

[70]) См. Виндшейдъ II § 313 nº 4.

Глава III.

§ 1. О представительствѣ при заключеніи сдѣлокъ по римскому праву *).

Всякое право обязано своимъ первоначальнымъ возникновеніемъ личной энергіи человѣка, проявляющейся въ началѣ въ видѣ физической власти его надъ внѣшнимъ міромъ. Но съ теченіемъ времени такая физическая власть отодвигается на задній планъ и выступаетъ элементъ объективный, которымъ обыкновенно и характеризуются правовыя нормы. Въ этомъ отношеніи римское право составляетъ исключеніе: строгій субъективитетъ права считался, за нѣкоторыми измѣненіями,

---

*) Главные источники, сюда относящіеся, слѣдующіе: a) *Дигесты.* Книга 14, титулъ 1, 3; книга 15, титулъ 1, 4; книга 17, титулъ 7; b) Институтъ Юстиніана, книга 4, титулъ 7; c) Кодексъ Юст. кн. 4, титулъ 25, 26, 27, 35. Важными литературными пособіями мнѣ служили: Савиньи—Oblig. II § 54—58; Мюленбрухъ „Die Lehre v. der Cession der Forderungen" § 5—14; Glück—Ausführliche Erlauterung der Pandecten. Bd. 14, § 876—919, Бухка—цитир. соч. § 1—14; Руштратъ, указанныя выше изслѣдованія его; Mandry— Familiengüterrecht Bd. I ст. 134—141, и Bd. 2—ст. 207—323; Ortolan—Explications historiques des instituts—T. 2, кн. 2, титулъ 9.

абсолютнымъ принципомъ его. Іерингъ [1]) характеризуетъ этотъ принципъ слѣдующими словами: «Міръ принадлежитъ личной энергіи, всякій въ самомъ себѣ носитъ основаніе своего права, самъ долженъ защищать его—вотъ квинтъ-эссенція древне-римскаго міровоззрѣнія». Очевидно, что съ такимъ пониманіемъ права не совмѣстима была возможность совершенія юридическихъ дѣйствій чрезъ посредствующее лице вообще. Дѣйствительно въ первоначальную эпоху цивильнаго права господствовалъ безусловный принципъ самодѣятельности въ юридической сферѣ: nemo alieno nomine lege agere potest (L. 123 D. 50, 17); alteri stipulari nemo potest (L. 38 § 17, D. 45, 1); nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest (L. 73 § 4, D. 50, 17). Такимъ образомъ всякій человѣкъ обязанъ былъ лично пріобрѣтать для себя право и защищать его при спорѣ. Такой порядокъ вещей не могъ продолжаться долгое время, потому что имъ стѣснялась въ высшей степени свобода гражданскаго оборота, и неудобства его должны были скоро дать чувствовать о себѣ. Въ виду этого, строгій принципъ самопомощи (Selbsthülfe) древняго римскаго права потерпѣлъ нѣкоторыя измѣненія, примѣняясь лишь къ actus legitimi civilis (in jure cessio, tutoris datio, legis actiones). Эти послѣднія могли быть совершаемы только лично; ихъ нельзя было совершать даже чрезъ лицъ, находящихся въ подчиненіи (дѣтей и рабовъ) [2]). Что касается другихъ актовъ цивильнаго права, совершеніе которыхъ не происходило непремѣнно въ присутствіи магистрата, а также всѣхъ договоровъ

---

[1]) Geist. d. R. R. (3 изд.). § 10 ст. 109.

[2]) См. Мюленбрухъ—ib. § 5 ст. 44, 45; Савиньи—System etc. III § 113 n° d.; Mollitor—ibid. T. I ст. 93, 94.

jnris gentium, была допущена возможность совершенія ихъ посредствомъ мандатара.

Такимъ образомъ идея представительства въ римскомъ правѣ прежде всего осуществилась въ формѣ мандата (договора порученія). То, что достигается теперь при посредствѣ прямаго представительства, по римскому праву осуществлялось окольными путями, а именно: мандатаръ пріобрѣталъ въ своемъ лицѣ права и обязанности, изъ которыхъ онъ потомъ цедировалъ первыя мандату, а относительно вторыхъ требовалъ отъ него гарантій. Заключенный кѣмъ либо договоръ отъ имени другаго съ тѣмъ, чтобы въ лицѣ этого послѣдняго возникли непосредственно права и обязанности, не имѣлъ никакого юридическаго дѣйствія. Это правило подтверждается многими мѣстами источниковъ [3]).

Однако указанные окольные пути оказались съ теченіемъ времени недостаточными. Нужды развитаго торговаго оборота вызвали въ римской правовой жизни особые преторскіе иски— actiones adjectitiae qualitatis, которые, по мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ [4]), основаны на идеѣ представительства. Нѣсколько подробное знакомство съ ними приводитъ насъ къ тому заключенію, что они, быть можетъ, замѣняли въ нѣкоторыхъ случаяхъ прямое представительство, но, тѣмъ не менѣе, не основаны на началахъ этого юридическаго понятія.

Къ actiones adjectitiae qualitatis относились: actiones de pe-

---

[3]) Въ особенности L. 11 D. 44, 7; L. 43, D. 17, 1; L. 49 § 2 D. 41, 2— tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur: sed per actionem mandati ea cedere cogitur.—См. Бухка—§ 6, Іерингъ Mitwirkung. I ст. 312 и слѣд.

[4]) Бухка— § 3, 4; Савиньи—Obl. II § 54.; Troplong. Du mandat № 4.

culio, de in rem verso, quod jussu, exercitoria и institoria [5]). По идеѣ, которая легла въ основаніи этихъ исковъ, можно распредѣлить ихъ на двѣ группы; къ первой принадлежатъ: actio de peculio и actio de in rem verso, ко второй—остальные три иска [6]). Первая группа адъективныхъ исковъ основана на моментѣ обогащенія принципала, а вторая—на согласіи, данномъ послѣднимъ на совершеніе сдѣлокъ главными должниками. Actio de peculio основано на той мысли, что отецъ, давая извѣстную часть своего имущества (peculium) въ управленіе сыну, какъ бы желаетъ обязываться за дѣйствія послѣдняго въ предѣлахъ предоставленнаго ему имущества, тѣмъ болѣе, что все пріобрѣтенное сыномъ для пекуліума считается, по юридической необходимости, собственностію отца. Actio de in rem verso основано на той же идеѣ, т. е. увеличеніи имущества отца безъ посредства пекуліума. Такимъ образомъ оба эти иска не имѣютъ никакого отношенія къ институту прямаго представительства, а вызваны совершенно особыми соображеніями.

Слѣдующіе три иска имѣютъ своимъ основаніемъ волю отца (господина), выраженную имъ относительно опредѣленнаго конкретнаго случая (actio quod jussu), или цѣлой категоріи сдѣлокъ (actiones exercitoria и institoria). Jussus есть объявленіе

---

[5]) Мы выпускаемъ изъ числа адъективныхъ исковъ—a° de Tributoria, которая есть ничто иное, какъ видоизмѣненная a° de peculio, и a° quasi-institoria, возникшая сравнительно въ позднѣйшее время по типу институтнаго иска.

[6]) Такое распредѣленіе адъективныхъ исковъ не указываетъ въ тоже время на хронологическій порядокъ возникновенія ихъ. Въ источникахъ a° quod ju su встрѣчается съ 1-ой группой адъективныхъ исковъ, а не со 2-ой; см. Mandry—II ст. 220.

воли господина о томъ, чтобы подчиненное лице совершило данную юридическую сдѣлку. Нѣкоторые юристы [7]) полагаютъ, что jussus давался непосредственно третьему лицу, контрагенту подчиненнаго, уподобляя его такимъ образомъ современному «приказу» (Anweisung). Но если jussus считать приказомъ, то третье лицо имѣло бы возможность вчинять противъ отца (или господина) actio mandati contraria, и слѣдовательно, при существованіи этого юридическаго средства для удовлетворенія третьяго, не было бы надобности въ созданіи еще новаго иска. Неправы и тѣ [8]), которые понимаютъ jussus въ смыслѣ исключительнаго приказанія подчиненному, безъ всякаго отношенія къ знанію или незнанію о томъ третьяго. Соображеніе, которымъ руководствовался преторъ, заключалось въ томъ, что третье лицо, вступая въ сдѣлку съ подчиненнымъ, имѣло въ виду его господина, довѣряя *болѣе* послѣднему, чѣмъ первому: magis patris donu niste, quam filii servive fidem sequitur (Гай. Inst. IV § 70);... quimin ita contrahit fidem patris sequi videtur (§ 1 Inst. 4, 7). Слѣдовательно jussus есть ни что иное, какъ согласіе отца (или господина) на совершеніе опредѣленной сдѣлки его подчиненнымъ, причемъ контрагирующее третье лице должно имѣть въ виду таковое согласіе, nam quadomodo cum eo contrahitur qui jubet. (L. 1 D. 15, 4). При этомъ безразлична форма, въ какой выражается voluntas patris; она можетъ проявиться письменно, словесно и даже въ видѣ ratihabitio [9]). Воля эта объявляется или непосредственно

---

[7]) Виндшейдъ, pand. II. § 428 n° 6; Циммерманъ, указ. соч. ст. 34, 35, Шмидтъ, «Ueber die a° quod jussu» въ Archiv für civilistische praxis. Bd. 29 ст. 121 и слѣд.

[8]) Глюкъ—ibid. § 919.

[9]) L. I § 1, 6 D. 15, 4.

подчиненному, причемъ третье лице, какъ было замѣчено выше, должно слѣдовать ей (иначе ему давалась лишь actio de in rem verso), или же она проявляется предъ третьимъ [10]), что не было необходимымъ условіемъ [11]). Jussus напоминаетъ мандатъ только въ примѣненіи къ семейнымъ отношеніямъ. Это послѣднее обстоятельство указываетъ на отличительные признаки того и другаго понятія. Мандатъ не могъ быть данъ въ исключительныхъ интересахъ мандатара, между тѣмъ jussus нерѣдко относился до дѣлъ самого подчиненнаго [12]). Далѣе, мандатъ былъ консенсуальнымъ договоромъ между мандантомъ и мандатаромъ, а jussus—одностороннимъ актомъ воли господина: рабъ или сынъ не могли договариваться съ своимъ господиномъ.

Изъ аналогіи mandat'a и jussus'a слѣдуетъ вывести, что actio quod jussu по своему содержанію равняется actio quasi institoria; какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ, искъ идетъ на исполненіе главнаго обязательства, чѣмъ и отличаются означенные иски отъ actio mandati contraria, направленной лишь къ возмѣщенію убытковъ. На этомъ основаніи actio quod jussu и actio quasi institoria не могутъ конкурировать между собой, потому что одинъ искъ примѣняется въ семейныхъ отношеніяхъ, другой—тамъ, гдѣ дѣйствующія лица не находятся между собой въ отношеніяхъ семейной подчиненности [13]).

---

[10]) L. I § 2 D. 15, 4.

[11]) См. Schambon «Beitrage zum Obligationsrecht» I ст. 207.

[12]) Виндшейдъ—§ 482 и II; Шамбонъ—тамъ же ст. 221—234.

[13]) L. 6 C. 4, 25, предоставляющая 3-му лицу привлекать къ отвѣтственности по actio quasi—istitoria господина, съ согласія котораго была заключена сдѣлка съ его рабомъ, составляетъ непонятное исключеніе изъ высказаннаго нами положенія.

По типу actio quod jussu построены actiones exercitoria и institoria. Отвѣтственность принципала въ послѣднихъ искахъ обусловливается точно также волей препонента, слѣдуя которой третьи лица вступали въ юридическія сдѣлки съ exercitor'омъ или институторомъ. Только въ actio quod jussu воля выражалась относительно даннаго конкретнаго случая, а въ actiones exercitoria или institoria она проявлялась въ самомъ фактѣ назначенія exercitor'а или институтора (praepositio).

По всей вѣроятности, всѣ безъ исключенія actiones adjectitiae qualitatis возникли сначала въ сферѣ семейныхъ отношеній; изъ нихъ actiones exercitoria и institoria распространились впослѣдствіи и на отношенія свободныхъ лицъ [14]). Самый хронологическій порядокъ, въ какомъ возникли адъективные иски, нельзя опредѣлить съ точностію, за неимѣніемъ данныхъ; можно только съ достовѣрностью утверждать, что всѣ они были извѣстны при Лабеонѣ, слѣдовательно въ республиканскій періодъ Рима [15]). Сущность всѣхъ этихъ исковъ заключается въ томъ, что рядомъ съ главной отвѣтственностію контрагента, преторъ, движимый чувствомъ справедливости, установилъ дополнительную отвѣтственность принципала, давая при извѣстныхъ условіяхъ особые иски противъ послѣдняго. Въ самомъ дѣлѣ, отецъ или господинъ, по юридической необходимости, пріобрѣталъ права изъ сдѣлокъ, заключенныхъ его дѣтьми, оставаясь въ то же время по jus civile внѣ всякой отвѣтственности по нимъ. Нужно полагать, что и третьи лица при такомъ порядкѣ не совсѣмъ охотно вступали въ юри-

---

[14]) См. Шамбонъ. «Beitrage...» ст. 180—193.

[15]) Mandry—II ст. 217—220.

дическіе сдѣлки съ подчиненными, что не могло не отзываться съ невыгодной стороны на имущественномъ положеніи ихъ господъ. Такимъ образомъ вновь установленные преторомъ иски были вполнѣ цѣлесообразными правовыми мѣрами.

Съ установленіемъ адъективныхъ исковъ предъ кредиторомъ стояли два должника: дѣйствительный контрагентъ и его принципалъ, и онъ могъ вчинять, по своему благоусмотрѣнію, противъ каждаго изъ нихъ искъ изъ одного и того же юридическаго акта. Противъ контрагента давался прямой, главный искъ (actio directa), а противъ принципала его—косвенный, дополнительный, преторскій (actio adjectitiae qualitatis). Въ силу такого преторскаго иска отвѣтственность не переходила окончательно отъ главнаго должника къ другому лицу; на оборотъ къ отвѣтственности контрагента присоединялась еще таковая другаго: ex hoe edicto non transxertur actio, sed adjicitur, говоритъ римскій юристъ, Павелъ [16]). Вмѣсто одного должника являются двое: ex eodem negotio. Матеріальное содержаніе обоихъ исковъ было одно и тоже, чѣмъ обусловливались нѣкоторыя послѣдствія, которыя приближали отношенія, возникаемыя въ силу адъективныхъ исковъ, къ корреальнымъ обязательствамъ [17]); какъ то litis contestatio по одному иску погашалъ и другой; solutio, учиненная однимъ изъ должниковъ, освобождала и другаго. Но такъ какъ обязательство препонен-

---

[16]) L. 5 § 1 D. 14, 1.

[17]) Савиньи (Oblig. I. § 21) причисляетъ actiones adjectitiae qualitatis къ случаямъ ненастоящаго корреалитета, Виндшейдъ (pand. II § 2 lit 974 и nº 6), Вангеровъ (§ 573 nº 2)—относятъ эти отношенія къ корреальнымъ, Mandry II ст. 295, а также Кунце „Die Oblig...“ § 57—назыв. упомянутыя отношенія акцессорнымъ корреалитетомъ.

та вытекало изъ таковаго же главнаго должника, а не было самостоятельнымъ, то акцептиляція перваго не вела къ освобожденію втораго; [18]); mora со стороны отца или препонента оставалась безъ вліянія на его отвѣтственность [19]). Однако, если вслѣдствіе mora, culpa или dolus препонента отвѣтственность послѣдняго прекращалась, то, въ видахъ справедливости, давалась противъ него actio utilis въ объемѣ онаго обязательства, которое существовало до прекращенія отвѣтственности [20]). Признакомъ того, что отвѣтственность препонента не вытекала изъ его собственнаго обязательства, можетъ служить и самая формула адъективныхъ исковъ: intentio въ формулѣ этого иска была таже самая, что и въ прямомъ; если же главный должникъ—рабъ, то, по мнѣнію Келлера, въ формулу вставлялась фикція «si liber esset» [21]).

Всѣ адъективные иски безъ исключенія имѣли мѣсто лишь въ гражданскихъ сдѣлкахъ, притомъ въ сферѣ обязательственныхъ правъ, слѣдовательно, когда дѣло идетъ о negotium. Изъ деликта или quasi деликта одного лица (подчиненнаго или свободнаго) не возникало адъективнаго иска: ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari (L. 58, D. 50, 17). Изъ этого слѣдуетъ, что дополнительная отвѣтственность, установленная объективными исками, не есть Defensionspflicht, какъ утверждаетъ Brinz [22]), о которой можно говорить лишь

---

18) Мандри ст. 290, Савиньи ibid. § 21.

19) Мандри стр 282.

20) Мандри ст. 306.

21) См. у Мандри (ст. 255 и слѣд.) разборъ различныхъ мнѣній по этому вопросу.

22) Kritische Blätter № 2, ст. 10 и слѣд. Ему, однако, первому принадле-

при ноксальныхъ искахъ [23]). Обязательство по адъективнымъ искамъ скорѣе можно считать гарантіей, принимаемой принципаломъ предъ третьимъ за юридическія дѣйствія контрагента; этимъ признакомъ адъективная отвѣтственность приближается нѣсколько къ поручительству.

Сказанное до сихъ поръ про адъективные иски подтверждаетъ, что, хотя нѣкоторые изъ нихъ (actiones exercitoria, institoria) и составляютъ моментъ въ развитіи идеи представительства, но тѣмъ не менѣе, по своей формѣ, они не отличаются признаками прямаго представительства. Самый существенный признакъ этого послѣдняго—распредѣленіе свойствъ субъекта и контрагента по сдѣлкѣ между двумя различными лицами, отсутствуетъ въ адъективныхъ искахъ. Въ нихъ свойство субъекта по данному юридическому акту обусловливается таковымъ контрагента его. Оба эти свойства, по юридической необходимости, совмѣщались въ одномъ и томъ же лицѣ. Препонентъ не былъ единственнымъ субъектомъ по сдѣлкамъ, заключеннымъ другимъ лицемъ, а лишь дополнительнымъ должникомъ, стоящимъ рядомъ съ главнымъ. Замѣтимъ еще, что actiones exercitoria и institoria устанавливаютъ лишь обязательство препонента; что же касается до правъ, вытекающихъ

жить заслуга уясненія того, что адъективные иски не составляютъ исключительнаго момента въ образованіи понятія представительства, а вызваны въ римской правовой жизни особыми соображеніями.

[23]) По справедливому замѣчанію Мандри (ст. 316) о Defensionspflicht можно говорить въ томъ случаѣ, когда непосредственный виновникъ нуждается въ подобной защитѣ, чего нѣтъ въ адъективныхъ искахъ, ибо или контрагентъ вовсе не можетъ подлежать отвѣтственности, если онъ рабъ, или же онъ самъ въ состояніи отвѣчать за себя, если онъ свободный.

изъ сдѣлокъ, заключенныхъ exercitor'омъ или институторомъ, не находящихся въ семейной подчиненности, то онѣ возникали въ лицѣ самихъ контрагентовъ, какъ единственныхъ юридическихъ субъектовъ. Препонентъ могъ пріобрѣсти таковыя права лишь посредствомъ cessio [24]). Только въ исключительныхъ случаяхъ преторъ давалъ ему искъ противъ третьяго лица и безъ всякой явной cessio: si modo aliter rem suam servare non potest [25]).

Вѣрнѣе будетъ считать actiones exercitoria и institoria, въ которыхъ видятъ по преимуществу проявленіе идей представительства, лишь дальнѣйшимъ шагомъ къ расширенію понятія мандата. Этотъ институтъ, какъ извѣстно, по своему происхожденію принадлежитъ сравнительно къ поздней эпохѣ юридическаго развитія Рима. На это указываетъ между прочимъ и принадлежность его къ системѣ jus gentium. При развитіи торговаго оборота, когда появились exercitor и institor, при вступленіи въ сдѣлку съ которыми третьи лица имѣли въ виду *болѣе* ихъ принципала, претору показалось несправедливымъ (L. 1, D. 14, 3) опредѣлять правоотношенія участвующихъ въ данномъ случаѣ лицъ исключительно съ точки зрѣнія мандата. Въ виду этого, имъ была узаконена дополнительная отвѣтственность препонента. Дальнѣйшимъ шагомъ на пути къ такому развитію представляется установленіе другаго преторскаго иска, на подобіе институрнаго [26]), который примѣнялся во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда третьи лица, вступая

---

[24]) L. 1 § 18 D. 14. 1—exercenti navem adversus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur.

[25]) L. 2 D 14, 3; L. 1 § 18 D. 14, 1.

[26]) L. 19 D. 14. 3.

въ юридическія сдѣлки съ мандатаромъ (общимъ или спеціальнымъ), слѣдовали *болѣе* кредитоспособности самого манданта. Utilis actio quasi institoria является завершеніемъ видоизмѣненій строгаго принципа древняго права, по которому юридическія послѣдствія всякой сдѣлки ограничивались непосредственными соучастниками ея. Далѣе этого римское право не пошло.

Необходимымъ условіемъ акцессорной, дополнительной отвѣтственности принципала считалось то обстоятельство, чтобы третьи лица, вступая въ сдѣлку, имѣли предъ собой самого принципала, какъ бы желая договориться съ нимъ непосредственно. Такимъ образомъ съ теченіемъ времени стали отличать въ мандатѣ двѣ группы случаевъ: a) когда третьи лица, вступая въ обязательственныя отношенія съ мандатаромъ, желали имѣть дѣло съ нимъ однимъ, считать его одного противной стороной въ договорѣ; b) когда они имѣли въ виду войти въ юридическія отношенія съ мандантомъ чрезъ посредство своего контрагента. Для этой второй группы случаевъ преторомъ были созданы особые иски, въ противоположность общимъ началамъ мандата. Значеніе указаннаго признака адъективныхъ исковъ проявляется между прочимъ въ томъ, что для установленія ихъ не необходимо, чтобы представитель имѣлъ регрессивный искъ къ принципалу. Для третьяго нѣтъ надобности убѣждаться въ цѣлесообразности заключеннаго договора, или въ правильномъ расходованіи занятыхъ денегъ (L. 1, § 9, D. 14, 1). Указанный признакъ имѣетъ мѣсто и въ actio quasi-institoria. Послѣдняя не есть цедированная (3-му) acto mandati contraria, какъ думаетъ Савиньи [27]);

---

[27]) Oblig. ст. 62.

оба эти иска могутъ существовать рядомъ. Скорѣе слѣдуетъ признать, что actio mandati contraria, уступленная третьему лицу, осуществляется въ формѣ actio de in rem verso. Впрочемъ, Савиньи не придерживается своего взгляда съ строгой послѣдовательностію [28]).

Случаи, въ которыхъ давались адъективные иски, можно назвать неполнымъ представительствомъ, вслѣдствіе сходства ихъ съ настоящимъ, по намѣренію сторонъ. При этомъ такое неполное представительство выражалось по преимуществу съ пассивной стороны, т. е. относительно акцессорной отвѣтственности принципала по адъективнымъ искамъ. Но иногда оно проявлялось и съ активной стороны, а именно: преторъ давалъ принципалу, при извѣстныхъ условіяхъ, actio utilis противъ третьяго лица безъ всякой cessio со стороны мандатара. Мы привели выше два исключенія этого рода при actio exercitoria и institoria. На основаніи одного мѣста изъ дигестъ (L. 13, § 25, D. 19, 1) дается actio utilis ex emto и обыкновенному манданту противъ третьяго, купившаго его вещь у мандатара. Изъ слѣдующихъ словъ приведеннаго мѣста: ...cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis...; ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem domino competere,—можно бы было вывести общее правило, что во всѣхъ случаяхъ, когда противъ манданта давалась actio quasi institoria, слѣдовало бы ему (манданту) предоставить actio utilis противъ третьяго безъ всякой cessio со стороны мандатара. Но такое заключеніе противорѣчитъ общимъ началамъ римскаго права, высказаннымъ во многихъ

---

[28]) См. указ. соч. стр. 25, 27, срав. Мюленбруха ib. § 14 стр. 145.

мѣстахъ источниковъ, тѣмъ болѣе, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ исключительнымъ образомъ давалась actio utilis [28']), говорится о нихъ какъ объ уклоненіяхъ отъ общаго правила. Слѣдовательно, приведенныя слова Ульпіана должны имѣть другой смыслъ. Существуютъ два различныхъ толкованія упомянутаго текста: одно принадлежитъ Мюленбруху [29]), другое—Іерингу [30]). Первый ученый находитъ, что actio utilis, даваемая манданту въ приведенномъ мѣстѣ, поставлена въ нѣкоторую связь съ actio quasi institoria; этотъ искъ построенъ по типу actio institoria, а такъ какъ въ послѣдней препоненту дается actio utilis противъ третьяго лица, лишь *si modo aliter rem suam servare non potest*, то, по аналогіи, и въ приведенномъ мѣстѣ манданту слѣдуетъ дать прямой искъ безъ cessio, если иначе онъ не можетъ охранять свои интересы, напр. въ случаѣ несостоятельности прокуратора. Іерингъ допускаетъ другое толкованіе означеннаго текста: онъ говоритъ, что въ данномъ случаѣ манданту предоставляется лишь право предъявлять встрѣчный искъ, обусловленный искомъ третьяго лица. Если противъ собственника вчиняется исковое требованіе о полученіи вещи, составлявшей предметъ договора купли, совершенной уже его мандатаромъ, то, за неполученіемъ продажной цѣны, онъ въ свою очередь можетъ возбудить встрѣч-

---

[28']) Этотъ искъ (a° utilis) давался малолѣтнему по сдѣлкамъ его опекуна (L. 9 D. 26, 7), юридическому лицу, изъ сдѣлокъ правителя его (L. 10 D. 3, 4), солдату изъ договоровъ, заключенныхъ другимъ лицемъ по его имуществу (L. 26 D. 12, 1).

[29]) Указанное сочиненіе § 14 ст. 145—146;съ нимъ согласенъ Бухка—ст. 53.

[30]) См. его «Kritische und exegetische allerlei въ его Jahrbücher Bd. 12 ст. 383; такого же взгляда придерживается Циммерманъ—ib. ст. 117.

ный искъ. Оба приведенныя нами мнѣнія одинаково удовлетворительно разрѣшаютъ противорѣчіе, которое можетъ породить на первый взглядъ L. 13 § 25, D. 19, 1; другими словами, на основаніи той и другой гипотезы можно объяснить высказанное въ этомъ мѣстѣ мнѣніе Ульпіана въ смыслѣ казуальнаго рѣшенія конкретнаго случая, а никакъ не общаго правила. Мы сочли безполезнымъ входить въ подробныя изслѣдованія этихъ гипотезъ на томъ основаніи, что обѣ онѣ сходятся въ конечномъ выводѣ, составляющемъ для насъ вопросъ первой и единственной важности, а именно, что приведенное мѣсто составляетъ уклоненіе отъ общаго правила, остающагося въ силѣ.

Въ указанныхъ выше случаяхъ, въ которыхъ одному лицу давалась actio utilis изъ сдѣлки, заключенной по его порученію другимъ, тѣмъ не менѣе, съ дѣйствительнымъ субъектомъ считался самъ контрагентъ, и actio utilis какъ бы вытекала изъ права этого послѣдняго; слѣдовательно она основана какъ бы на молчаливой и необходимой cessio со стороны настоящаго субъекта.

Однако, римское право въ видѣ исключенія допускало и нѣкоторые случаи активнаго прямаго представительства. Между нѣмецкими учеными встрѣчаются такіе [31]), которые причисляютъ сюда случаи, не подходящіе подъ понятіе представительства. Напр., а) если залогодержатель продаетъ заложенную ему вещь другому съ условіемъ возвращенія ея должнику при уплатѣ имъ своего долга, то послѣднему дается самостоятель-

---

[31]) Бухка—§ 13, Unterholzner—„Die Schuldverhältnisse...“ I. ст. 189; Пухта—Pand. § 273

мое право иска съ покупщика (L. 13, D. 13, 7). b) Дареніе съ условіемъ обратнаго возвращенія дара извѣстному лицу даетъ послѣднему actio utilis (L. 3, C. 8, 55.) c) Когда кто либо отдаетъ другому лицу чужую вещь въ ссуду или поклажу, то собственнику предоставляется actio utilis propter aequitatis rationem (L. 8, C. 3, 42). Во всѣхъ этихъ случаяхъ неучаствующее въ договорѣ лице пріобрѣтало actio utilis не въ качествѣ представляемаго лица, а какъ третье, въ пользу котораго совершенъ договоръ [32]); въ нихъ не идетъ дѣло о negotium alienum, составляющемъ существенный признакъ всякаго представительнаго отношенія.

Къ дѣйствительнымъ исключеніямъ (въ активномъ отношеніи) изъ принципа недопустимости прямаго представительства въ римскомъ правѣ относятся слѣдующіе случаи: 1) Договоръ совершенія займа. Если кто-либо даетъ деньги (свои или чужія) взаймы отъ имени другаго, то послѣдній пріобрѣтаетъ condictio изъ заключаемаго такимъ образомъ договора займа [33]) (L. 9, § 8, D. 12, 1, L. 2, § 4, D. 12, 1). При этомъ безразлично то обстоятельство — кому принадлежатъ деньги: кредитору (манданту) или его мандатару; licet mei numi non fuerint, говорится въ концѣ L. 2, § 4, D. 12, 1. Въ послѣднемъ случаѣ онѣ становятся, какъ бы чрезъ constitutum possessorium, собственностью кредитора [34]). Іерингъ подводитъ этотъ случай подъ понятіе заключенія договора чрезъ посредство нунція, что допускалось по цивильному римскому праву. Онъ говоритъ, что такой мандатаръ по prae-

---

[32]) См. Унгеръ, „Die Verträge zu Gunsten Dritter" ст. 26—48, Gareis— ук. соч. ст. 53.—Бринцъ Krit. Bl. ст. 21 lit. g. Третій изъ приведенныхъ примѣровъ не относится къ настоящимъ договорамъ въ пользу 3-го.

[33]) См. Бухка § 9, ст. 81—86, Іерингъ—Mitwirkung. II ст. 87—93.

[34]) Савинья Oblig. II § 57 n° r.

sumptio juris et de jure считается нунціемъ, хотя самъ же сознается, что дѣятельность подобнаго мандатара скорѣе походитъ на таковую представителя. Что въ данномъ случаѣ лице, дающее отъ имени другаго деньги, является настоящимъ представителемъ, не можетъ подлежать какому либо сомнѣнію. Оно совершаетъ, заключаетъ юридическую сдѣлку, чѣмъ отличается отъ нунція, передающаго только чужое объявленіе воли. Если римскіе юристы могли дойти до того, чтобы расширить понятіе нунція до такой степени, чтобъ отождествить его съ настоящимъ представителемъ, то для принципіальнаго допущенія прямаго представительства вообще оставалось бы сдѣлать одинъ шагъ; между тѣмъ случай совершенія договора займа чрезъ представителя былъ исключеніемъ изъ общаго правила.

Мюленбрухъ [35]) и Шамбонъ [36]) находятъ, что указанное выше исключеніе относительно займа не находится ни въ какой связи съ идеей представительства, а вызвано чувствомъ справедливости, которое не допускаетъ незаконнаго уменьшенія чужаго имущества. По ихъ мнѣнію, въ данномъ случаѣ не возникаетъ для собственника какое либо новое право изъ дѣйствій контрагента, а лишь обезпечивается существующее уже право его. Но такое соображеніе упомянутыхъ двухъ юристовъ можно было бы съ одинаковой силой примѣнять и къ нѣкоторымъ другимъ реальнымъ договорамъ, особливо къ договорамъ ссуды и поклажи; между тѣмъ римское право не давало прямаго иска въ этихъ случаяхъ.

---

[35]) Его „Cessio“ ст. 104, 105, nº 214.

[36]) „Die negotiorum gestio“ ст. 177.

Намъ кажется болѣе правильнымъ мнѣніе Бухки [37]), который ставитъ упомянутое исключеніе римскаго права въ зависимость отъ допущенія представительства при владѣніи. На основаніи многихъ мѣстъ источниковъ [38]) доказывается возможность пріобрѣтенія владѣнія, слѣдовательно и права собственности, чрезъ представителя. Это положеніе признается большинствомъ романистовъ [39]) какъ безспорное. Противнаго мнѣнія держится только Бринцъ [40]), который на основаніи § 1. Sent. R. V. Павла: «possessionem aequirimus et animo et corpore; animo uti que nostro, corpore vel nostro, vel alieno» отрицаетъ возможность пріобрѣтенія владѣнія чрезъ представителя. По всей вѣроятности, вторая половина приведеннаго текста относится къ тому случаю, когда принципалъ лично пріобрѣтаетъ владѣніе, но моментъ фактическаго обладанія вещью осуществляется другимъ лицемъ, воля котораго безразлична. Другими словами, посредствующее лице является здѣсь въ качествѣ нунція [41]). Мнѣніе Бринца оказывается несостоятельнымъ, между прочимъ, и въ примѣненіи къ тѣмъ случаямъ, когда представляемое лице не имѣетъ воли (малолѣтній, сумасшедшій, юридическое лице и т. п.).

Если признать представительство для пріобрѣтенія владѣнія, то слѣдуетъ допустить и возможность передачи владѣнія другому лицу чрезъ представителя; а такъ какъ съ передачей

---

[37]) См. указ. соч. его § 9. ст. 81 и слѣд.

[38]) См. въ особенности § 5 Jns. 2, 9; L. 20 § 2 D. 41, 1.

[39]) См. Виндшейда (Pand. I § 155, lit. b. и n° 9 у него же показана и литература по этому вопросу.

[40]) Его учебникъ пандектъ ст. 1604.

[41]) См. Циммерманъ, ст. 91—102.

владѣнія, съ которой нерѣдко связывается и право собственности, возникаетъ иногда право требованія, то оно, по логической послѣдовательности, должно принадлежать собственнику, отъ имени котораго передается его вещь другому.

Примѣняя эти общія соображенія къ разсматриваемому случаю—отдачи денегъ взаймы отъ имени другаго—можно придти къ тому заключенію, что когда кто либо по порученію собственника даетъ его деньги credendi causa будущему должнику, то собственность на нихъ переходитъ къ послѣднему непосредственно изъ имущества представляемаго, а потому и condictio ex mutuo, не затрогивая личности контрагента, возникаетъ непосредственно въ лицѣ представляемаго. Связь между разсматриваемымъ случаемъ и пріобрѣтеніемъ владѣнія чрезъ представителя обнаруживается, между прочимъ, еще въ томъ, что, какъ тамъ, такъ и здѣсь, право представляемаго лица не обусловливается его знаніемъ [42]).

Договоръ займа составляетъ въ сферѣ обязательствъ самое главное исключеніе изъ общаго принципа недопустимости прямаго представительства по римскому праву. Остальные случаи, въ которыхъ этотъ принципъ претерпѣваетъ нѣкоторыя уклоненія, находятся въ связи съ указаннымъ исключеніемъ относительно займа, а именно: 2) Solutio обязательства должника постороннимъ лицемъ. Всякій можетъ уплачивать кредитору долгъ отъ имени должника, являясь такимъ обра-

---

[42]) ...per procuratorem, placet non solum scientibus, sed et ignorantibus acquiri possessionem... § 5 Jns. 2. 9.; Si nummos meos tuo nomine dedero, veuti tuos absente te et ignorante, Aristo scribit acquiri tibi condictionem. L. 9 § 8 D, 12, 1.

зомъ представителемъ послѣдняго [43]). Такое положеніе доказывается, между прочимъ, тѣмъ, что при уплатѣ кѣмъ либо чужаго долга, въ дѣйствительности несуществующаго, condictio indebiti дается настоящему должнику [44]). 3) Наконецъ, третье исключеніе составляетъ пріобрѣтеніе залоговаго права чрезъ представителя. Оно было впервые установлено Юстиніаномъ въ L. 2, C. 4, 27; въ періодъ же классическихъ юристовъ общее правило примѣнялось и къ данному случаю. Связь пріобрѣтенія залоговаго права чрезъ представителя съ выше указаннымъ исключеніемъ относительно займа сказывается въ томъ, что Юстиніанъ говоритъ о залогѣ, служащемъ обезпеченіемъ договору займа. Ему показалось несправедливымъ [45]) существовавшее до него юридическое правило, по которому право иска изъ договора займа, заключеннаго прокураторомъ, принадлежало манданту, а право требованія залога, даннаго въ обезпеченіе этого займа—самому прокуратору, и безъ cessio съ его стороны не могло перейти къ манданту. Шамбонъ [46]), разбирая вышеприведенное постановленіе Юстиніана и находя въ немъ несообразности и противорѣчіе съ предшествовавшими юридическими нормами, относящимися къ тому же вопросу, обвиняетъ Юстиніана въ непониманіи существа дѣла, вслѣдствіе чего, будто, послѣдній впалъ въ

---

[43]) L. 5 3. D. 46, 3—Solvere pro ignorante et invite cuique licet.—Изъ этихъ словъ само собой вытекаетъ, что уплата чужаго долга отъ имени должника можетъ быть или съ предварительнаго согласія послѣдняго (представительство), или безъ онаго (negotiorum gestio).

[44]) L. 57. D. 12, 6.

[45]) Это видно изъ словъ его въ приведенномъ текстѣ: talem differentiam expellentes.

[46]) Die negotiorum gestio—стр. 178.

ошибку. Между тѣмъ критикуемый Шамбономъ текстъ, по своей ясности и послѣдовательности (особливо первая половина его, составляющая существенную часть), не заслуживаетъ никакого упрека. Указанное мнѣніе Шамбона находится въ логической связи съ выставленнымъ имъ общимъ положеніемъ о безусловной недопустимости прямаго представительства (безъ всякихъ исключеній) въ римскомъ правѣ и въ частности съ его объясненіемъ непосредственнаго пріобрѣтенія condictiones изъ займа или уплаты долга, учиненнаго другимъ лицемъ.

Вотъ всѣ исключенія изъ общаго начала о невозможности прямаго представительства, которыя были допущены римскимъ правомъ въ сферѣ обязательственныхъ отношеній. Ими признается только возможность непосредственнаго пріобрѣтенія правъ требованія изъ договора, заключеннаго представителемъ; что же касается до пассивной стороны, т. е. до непосредственной отвѣтственности одного лица изъ сдѣлокъ, совершенныхъ другимъ, то въ этомъ отношеніи мы не видимъ въ римскомъ правѣ никакихъ исключеній въ настоящемъ смыслѣ этого слова, такъ какъ адъективные иски не исключали отвѣтственности контрагента.

Въ виду того, что римское право достигло, какъ по формѣ, такъ и по содержанію, такой степени развитія, что большинство новыхъ юристовъ смотрятъ на него какъ на идеалъ гражданскаго права, возникаетъ довольно естественный вопросъ: чѣмъ объясняется отсутствіе института прямаго представительства въ такомъ совершенномъ правѣ? Явленіе это приписывается юристами тому или другому фактору. Одни изъ нихъ [47])

---

[47]) Пухта—Pand. § 273; Шёрль въ Іеринга Jahrbücher II ст. 29; Блунчли „Deutsches Privatrecht“ § 148, и др.

объясняютъ его строго—личнымъ характеромъ обязательственныхъ отношеній, безъ различія цивильныхъ и преторскихъ формъ ихъ, невозможностію полнаго освобожденія контрагента отъ послѣдствій заключеннаго имъ договора. Объясненіе это имѣетъ свою справедливую сторону, но оно не вполнѣ достаточно. Положеніе, что обязательство является строго личной связью между соучастниками его, можетъ быть названо универсальнымъ въ томъ смыслѣ, что у всѣхъ народовъ на первой ступени ихъ юридическаго развитія право проникнуто по преимуществу субъективнымъ элементомъ; въ немъ проявляется личная воля субъекта. Однако развитіе права не останавливается на этой стадіи; съ теченіемъ времени въ немъ возникаетъ и объективный элементъ, причемъ взаимное отношеніе ихъ бываетъ неодинаковое у различныхъ народовъ: у одного преобладаетъ субъективный, у другаго—объективный элементъ. Римское право, какъ мы замѣтили въ началѣ настоящей главы, характеризуется преобладаніемъ въ немъ субъективнаго элемента; но при дальнѣйшемъ развитіи оно нѣсколько уклонилось отъ него. Допущеніе мандата въ обязательственныхъ правахъ, прокураторовъ и когниторовъ въ процессѣ, возникновеніе преторскихъ исковъ (actiones utiles), видоизмѣнявшихъ въ различныхъ конкретныхъ случаяхъ и при извѣстныхъ условіяхъ строго личныя отношенія участвующихъ при совершеніи юридическаго акта лицъ, указываютъ на то, что римское право отступило отъ прежняго строгаго принципа безусловной индивидуальности обязательственныхъ отношеній.

Если римское право, по мѣрѣ своего развитія, уклонялось отъ первоначальнаго принципа строгаго формализма и конкретности обязательства, то почему оно не могло дойти и до пол-

наго признанія прямаго свободнаго представительства? Вотъ вопросъ, который не разрѣшается удовлетворительно вышеприведеннымъ объясненіемъ нѣкоторыхъ юристовъ.

Другіе ученые [48]) объясняютъ принципіальную недопустимость прямаго представительства въ Римѣ не логическими и юридическими основаніями, а исключительно этическими. По римскому міровоззрѣнію, говорятъ они, свободный человѣкъ не могъ быть простымъ промежуточнымъ пунктомъ (Durchgangspunkt) чужой воли. Воля всякаго свободнаго римлянина въ сферѣ его гражданскихъ отношеній была суверенной; поэтому воля одного не могла юридически дѣйствовать какъ таковая другаго. Однимъ словомъ, личность римскаго гражданина характеризуется строго-индивидуальной самостоятельностію и абсолютнымъ эгоизмомъ [49]), качествами, которыя препятствовали ему служить органомъ другаго для пріобрѣтенія имущественныхъ правъ.

Такое объясненіе въ сущности сводится къ первому, потому что указываемое имъ этическое воззрѣніе на человѣческую личность должно было повести къ строгой индивидуальности въ обязательствахъ; помимо этого оно страдаетъ и односторонностію. Право образуется подъ вліяніемъ разнообразныхъ факторовъ, въ томъ числѣ и моральнаго; но этотъ послѣдній не составляетъ исключительнаго элемента въ правообразованіи. Между правомъ и нравственностію происходитъ постоянное взаимодѣйствіе. Право составляетъ одинъ изъ элементовъ духовной жизни, и въ своемъ историческомъ развитіи у того или

---

[48]) Endemann (Handelsrecht. 3 изд. § 27 № 4); Laband, указ. соч. стр. 186, Унгеръ „Die Verträge etc.“ стр. 12, 13.

[49]) Endemann, тамъ же, ст. 132, Унгеръ ст. 12.

другаго народа находится въ непосредственной связи съ развитіемъ человѣческаго общежитія вообще. Для объясненія того или другаго юридическаго понятія или отсутствія его у какого либо народа необходимо искать причины въ его дѣйствительной жизни и въ свойствахъ его юридическаго мышленія. Если въ жизни нѣтъ побудительныхъ мотивовъ для образованія извѣстныхъ юридическихъ институтовъ, то очевидно, что ихъ не можетъ быть и въ системѣ права даннаго народа. Поэтому для объясненія отсутствія института прямаго представительства въ Римѣ слѣдуетъ прежде всего узнать были ли къ тому потребности у римлянъ и если были, то какимъ путемъ онѣ удовлетворялись? Не подлежитъ сомнѣнію, что римляне, въ періодъ болѣе оживленныхъ гражданскихъ и торговыхъ отношеній, должны были чувствовать необходимость пользованія услугами посредствующихъ лицъ для пріобрѣтенія правъ. Но такая потребность, вызвавшая у новыхъ народовъ прямое представительство, удовлетворялась у римлянъ другими правовыми средствами, составлявшими уклоненіе отъ древнѣйшаго принципа самодѣятельности и самозащиты въ сферѣ юридической. Самымъ важнымъ и дѣйствительнымъ средствомъ, удовлетворявшимъ потребности представительства, была особая юридическая конструкція римской фамиліи. Лица, находящіяся подъ чужою властію (безъ различія mancipium, manus, paterna или dominica potestas), считались въ имущественной сферѣ безправными. Они были органами имущественнаго пріобрѣтенія для лица, имѣющаго надъ ними власть. Все, что пріобрѣтали подчиненные, въ силу юридической необходимости, считалось ipso jure пріобрѣтеніемъ ихъ господъ [50]).

---

[50]) Inst. 2, 9 и 3, 28.

Доказательствомъ того, до какой степени признаваемое римскимъ правомъ рабство удовлетворяло потребности прямаго представительства, можетъ служить то обстоятельство, что если опекунъ или правитель юридическаго лица желалъ непосредственно пріобрѣтать права для подъопекаемаго или юридическаго лица, то они совершали сдѣлку чрезъ раба, принадлежащаго послѣднимъ или купленнаго для нихъ съ этой цѣлію; при недостаткѣ же частныхъ рабовъ этой цѣли служили государственные рабы (servus publicus) [51]).

Другимъ важнымъ средствомъ, препятствовавшимъ установленію прямаго представительства въ Римѣ, были преторскіе иски. Преторъ въ силу своего imperium'а могъ видоизмѣнять юридическія отношенія лицъ въ мандатѣ (съ представительнымъ намѣреніемъ), вопреки нормамъ господствующаго права. Даваемые имъ при извѣстныхъ условіяхъ иски удовлетворяли представительнымъ потребностямъ какъ съ пассивной (actiones adjectitiae qualitatis), такъ и съ активной стороны (actiones utilis quasi cessicae).

Указанныя выше средства служили въ достаточной мѣрѣ суррогатами прямаго представительства, которое, на этомъ основаніи, не получило принципіальнаго признанія въ римскомъ правѣ. Явленіе это можно назвать юридической экономіей [52]). Юриспруденція, говоря словами Іеринга, не создаетъ новыхъ средствъ и путей, коль скоро она въ состояніи довольствоваться существующими. Римское право слѣдовало въ особенности этому закону; оно старалось пользоваться налич-

---

[51]) Buchka—ibid § 14.

[52]). Іерингъ—Geist. III § 56, 5.

ными средствами до возможной степени ихъ примѣняемости. Вслѣдствіе этого, оно и не дошло до прямаго представительства даже въ позднѣйшемъ періодѣ своего существованія. Такимъ образомъ разрѣшеніе вопроса, занимающаго насъ въ настоящую минуту, обусловливается съ одной стороны субъективнымъ характеромъ римскаго права и свойствами юридическаго мышленія римскихъ юристовъ вообще, а съ другой— закономъ юридической экономіи.

Мнѣніе Савиньи [53]) составляетъ уклоненіе отъ господствующаго воззрѣнія о принципіальной недопустимости прямаго представительства въ римскомъ правѣ. Этотъ ученый утверждаетъ, что Юстиніаново право знало и допускало означенный институтъ. Мнѣніе свое онъ основываетъ на слѣдующихъ данныхъ: 1) на общемъ развитіи римскаго права, допустившаго множество исключеній изъ древняго принципа безусловнаго отрицанія свободнаго представительства и наконецъ окончательно вытѣснившаго его подъ вліяніемъ практическихъ потребностей; 2) на томъ обстоятельствѣ, что нѣтъ существеннаго (качественнаго) отличія между понятіями представителя и нунція; оба они суть носители воли представляемаго и все различіе между ними заключается въ случайномъ, непостоянномъ элементѣ степени свободы, которая предоставлена тому или другому; если же свободные нунціи допускались даже по римскому цивильному праву при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ, то отсюда былъ одинъ шагъ къ признанію и свободныхъ представителей; 3) наконецъ, въ подтвержденіе своего мнѣнія, онъ ссылается на нѣкоторыя мѣста изъ источниковъ,

---

[53]) Oblig. II § 56.

и особливо на L. 53, D. 41, 1 (Modestinus lib. XIV ad. Q. mucium): ea, quae civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, sicuti est possessio, per quemlibet, volentibus nobis possidere, adquirimus. Въ этомъ текстѣ онъ видитъ противоположеніе двухъ категорій правъ, пріобрѣтаемыхъ или формальными, цивильными способами или же неформальными, естественными. По его мнѣнію свободное представительство не допускалось только относительно перваго рода правъ, а для втораго оно допускалось безусловно. Stipulatio и possessio приведены римскимъ юристомъ въ указанномъ текстѣ, будто бы, въ видѣ примѣра того и другаго вида права. А такъ какъ въ Юстиніановомъ правѣ преобладали по преимуществу неформальные способы пріобрѣтенія, за исключеніемъ стипуляціи, удержавшейся еще и при Юстиніанѣ, то можно утвердительно сказать, что въ то время былъ допущенъ институтъ свободнаго, прямаго представительства, какъ общее правило.

Что касается до приравниванія представителя съ нунціемъ, которое дѣлаетъ Савиньи, то нами была указана прежде [54]) неправильность такого взгляда его. Даже тѣ изъ юристовъ [55]), которые соглашаются съ Савиньи, что представитель, по отношенію къ совершаемому имъ отъ имени другаго юридическому акту, является не болѣе какъ нунціемъ, расходятся съ нимъ въ томъ, что римское право знало и допускало такое расширенное понятіе нунція. Замѣтимъ, что даже римское право отличало эти два понятія не по степени свободы или по объ-

---

[54]) См. I гл. § 1.

[55]) Рушграть „Ueber Savigny's Lehre v. Stellvertretung" стр. 21, Шёрль, ibid. ст. 335, 336.

ему полномочія, какъ это видно изъ словъ Ульпіана: sed verus est eum quoque procuratorem esse, quis ad unam rem datus est [56]).

Ссылка Савиньи на нѣкоторыя мѣста источниковъ въ доказательство того, что римское право знало расширенное понятіе нунція, другими словами, представителя, не совсѣмъ удовлетворительна. L. 1 § 11, D. 16, 3, который приводится имъ съ указанной цѣлію, имѣетъ въ виду нунція въ настоящемъ смыслѣ этого слова. Лице, которое по моему порученію относитъ принадлежащую мнѣ вещь (rem meam perferat) къ Тицію для сохраненія, оказываетъ мнѣ только фактическую услугу: ministerum tantummodo praestat. Такой выводъ согласуется между прочимъ съ приведеннымъ выше мнѣніемъ Ульпіана о различіи нунція и прокуратора, тѣмъ болѣе, что въ обоихъ мѣстахъ этотъ юристъ употребляетъ глаголъ *perferre*, указывающій на фактическую дѣятельность посредствующаго лица. Савиньи неправильно толкуетъ и L. 13, § 25 D. 19, 1. Онъ думаетъ, что здѣсь говорится о томъ видѣ представительства, когда посредствующее лице заключаетъ договоръ отъ своего имени. Порядокъ этотъ былъ общій и единственный въ римскомъ правѣ, но въ данномъ мѣстѣ говорится о такой формѣ мандатнаго отношенія, гдѣ договаривающееся третье лице имѣло въ виду самаго манданта. На это указываетъ и ссылка означеннаго текста на институторный искъ, который давался въ томъ только случаѣ, когда третье лице при вступленіи въ сдѣлку слѣдовало кредитоспособности не своего контрагента, а его принципала.

---

[56]) L. I. § 1. D. 3, 3.

Переходимъ теперь къ самому важному аргументу Савиньи, а именно къ интерпретаціи L. 53, D. 41,1. Взглядъ Савиньи по этому вопросу опровергается, можно сказать, почти всѣми романистами. Еще ранѣе его, Мюленбрухъ [57]) толковалъ указанное мѣсто изъ дигестъ въ другомъ смыслѣ, и его взглядъ нашелъ послѣдователей между многими юристами [58]). Онъ предполагаетъ, что здѣсь говорится не о двухъ классахъ правъ, а лишь о противоположности двухъ видовъ пріобрѣтенія—юридическаго и фактическаго, и что при этомъ владѣніе приводится какъ единственная противоположность юридическому пріобрѣтенію. Слѣдовательно, распространять смыслъ приведеннаго текста далѣе владѣнія не представляется никакихъ основаній, особливо при сравненіи этого мѣста съ другими. Приблизительно этого же мнѣнія, нѣсколько видоизмѣненнаго, придерживается и Виндшейдъ [59]). Онъ думаетъ, что въ приведенномъ текстѣ рѣчь идетъ не о противоположности между jus civile и jus naturale, а о противоположности между правомъ и фактомъ. Пріобрѣтеніе владѣнія, по его мнѣнію, устанавливаетъ для пріобрѣтателя не право, а фактъ. Но еслибы воззрѣніе это было справедливо, то римскому юристу (Модестину) не было надобности говорить о пріобрѣтеніи владѣнія чрезъ свободныхъ лицъ, какъ о чемъ то уклоняющемся отъ общаго правила, потому что установленіе фактическаго отношенія для кого либо изъ дѣйствій другаго не нуждается въ особомъ дозволеніи положительнаго права. Наконецъ владѣніе не есть чистѣйшій

---

[57]) Ibid. § 5, стр. 44 и nº 71.

[58]) См. Рештратъ, ibid. ст. 36; Шёрль, ibid. ст. 326.

[59]) Pand. I § 73 nº 73.

фактъ [60]), какъ говоритъ Виндшейдъ; тѣмъ болѣе, что онъ самъ въ другомъ мѣстѣ своего учебника пандектнаго права [61]), называетъ владѣніе юридическимъ отношеніемъ.

Гораздо бо̀льшей вѣры заслуживаетъ мнѣніе Пухты, который полагаетъ, что владѣніе приведено въ указанномъ текстѣ не въ видѣ примѣра, а какъ единственное исключеніе, по отношенію къ которому было допущено активное прямое представительство. Далѣе онъ говоритъ, что слова: «veluti stipulationem» въ первой половинѣ текста подставлены позднѣйшими комментаторами Модестина вмѣсто употребленнаго послѣднимъ слова «mancipationem». Эту мысль подтверждаетъ онъ тѣмъ, что при существующей редакціи нѣтъ равнаго противоположенія между приведенными примѣрами, т. е. possessio и stipulatio. Съ его мнѣніемъ согласны Бухка [63]), Вангеровъ [64]), Шамбонъ [65]) и др.

Изъ приведенныхъ выше различныхъ мнѣній о смыслѣ L. 53, D. de acquirendo rerum dominio намъ кажется болѣе правильнымъ и согласнымъ съ духомъ римскаго права мнѣніе Пухты. Мы сдѣлаемъ только нѣсколько дополненій въ подтвержденіе этого мнѣнія. Что дѣйствительно въ этомъ мѣстѣ possessio не приведено какъ примѣръ другихъ видовъ пріобрѣтенія

---

[60]) Противъ подобнаго взгляда на владѣніе высказывается въ особенности Іерингъ (Geist. III стр. 39 и слѣд.), а также его „Beiträge zur Lehre von Besitz"; см. Муромцева „Очерки гражданскаго права" о природѣ института владѣнія.

[61]) § 148 стр. 400.

[62]) См. его Institutionen. II § 203, стр. 309 п.

[63]) Ibid. ст. 116.—117.

[64]) § 108 стр. 293.

[65]) „Die Neg. Gestio" стр. 178, 179.

правъ, подтверждается, между прочимъ, нарѣчіемъ sicuti, которымъ понятіе «quod naturaliter acquiritur» ограничивается однимъ possessio. На это указываетъ и противоположность словъ: sicuti—veluti. Первое (sicuti), поставленное предъ possessio, ограничиваетъ понятіе, второе (veluti) предъ «per stipulationem» расширяетъ его [66]). Савиньи, видя въ possessio только одинъ изъ примѣровъ цѣлой категоріи правъ, пріобрѣтенныхъ естественными способами, утверждаетъ, что «sicuti est possessio» можно дополнить другими примѣрами изъ обязательственнаго права—vel emptionis, vendetionis contractus и приписываетъ отсутствіе этихъ словъ въ текстѣ только простому случаю. Между тѣмъ, какъ справедливо замѣтилъ еще Руштратъ [67]), включеніе этихъ словъ въ текстѣ повело бы къ безсмыслицѣ—quod naturaliter acquisitur sicuti est possessio vel emptionis, venditionis contractus, per quemlibet volentibus *nobis possidere acquirimus*. Очевидно, что possidere acquirimus не могутъ быть отнесены къ emptionis venditionis contractus. Наконецъ правильность мнѣнія Пухты вытекаетъ также изъ связи этого текста съ предъидущими и послѣдующими мѣстами того же титула. Весь титулъ трактуетъ о пріобрѣтеніи вещныхъ правъ, слѣдовательно и данный текстъ, по логической послѣдовательности, говоритъ только о различіи пріобрѣтенія собственности цивильными способами (mancipatio—примѣръ такого способа) и владѣніемъ, какъ единственнымъ случаемъ натуральнаго способа пріобрѣтенія собственности [68]). Противъ мнѣнія Савиньи о принципіальномъ измѣненіи въ L. 53, D. 41, 1 древняго

---

[66]) См. Циммермана ук. соч. ст. 122.

[67]) Ibid, стр. 35.

[68]) Этого мнѣнія держится и Ortolan (указ. соч. II № 633 и 634).

начала римскаго права по вопросу о прямомъ представительствѣ говорятъ, помимо приведеннаго выше толкованія этого текста, и слѣдующія соображенія:

1. Многіе юристы [69]) по справедливости считаютъ авторомъ указаннаго текста не Модестина, а Помпонія. Основаніемъ къ тому приводятъ то обстоятельство, что произведеніе Модестина ad. Q. Mucium, изъ котораго взятъ разсматриваемый текстъ, не содержится въ регистрѣ флорентинскихъ пандектъ (манускриптовъ); но существуетъ сочиненіе Помпонія ad. Q. Mucium, изъ котораго приведено въ пандектахъ множество мѣстъ. Если же признать Помпонія авторомъ упомянутаго текста, то было бы странно, что послѣдующіе великіе юристы не знали о радикальномъ измѣненіи древняго принципа, на которое указывалъ будто бы Помпоній, жившій еще во 2-мъ вѣкѣ по Р. Х. Савиньи самъ находитъ такое возраженіе уважительнымъ, но тѣмъ не менѣе считаетъ Модестина авторомъ приведеннаго имъ текста, хотя и соглашается, что въ дигестахъ встрѣчаются во множествѣ только ссылки на сочиненіе Помпонія ad. Q. Mucium.

2. Доказательствомъ того, что L. 53, D. 41, 1 не устанавливаетъ для цѣлой категоріи правъ свободнаго, прямаго представительства, служитъ то, что древній принципъ сохранился и при Юстиніанѣ, что̀ подтверждается множествомъ мѣстъ изъ источниковъ. Особенной вѣскостію отличаются L. 1 C. 4, 27 и § 5 Jnst. II, 9, тѣмъ болѣе, что институты Юстиніана были учебникомъ дѣйствовавшаго въ то время права. Подобное совмѣстное существованіе древняго принципа съ новымъ прави-

---

[69]) Рушпратъ ibid. ст 37, liti. 2.

ломъ, Савиньи объясняетъ тѣмъ, что прежде установленное правило—владѣніе составляетъ единственное исключеніе изъ принципа недопустимости представительства—традиціонально продолжало свое существованіе и далѣе того времени, въ которомъ потеряло свою дѣйствительность. Но гдѣ же доказательство, что указанное правило потеряло свой исключительный характеръ во времена Юстиніана? Неужели можно объяснить силой привычки то обстоятельство, что, начиная съ 3-го вѣка (принимая даже Модестина за автора L. 53, D. 41, 1) и до начала 6-го (когда были составлены институты Юстиніана и кодексъ), нигдѣ не упоминается объ измѣненіи древняго начала недопустимости представительства?

3. Если во времена Модестина допускались безусловно прямыя представительныя отношенія въ пріобрѣтеніи правъ натуральными способами, то преторскіе иски, устонавливавшіе при извѣстныхъ условіяхъ корреальную отвѣтственность принципала или дававшіе ему право требованія отъ третьяго лица безъ предварительной добровольной cessio, должны были потерять свое значеніе. Между тѣмъ еще при Юстиніанѣ эти преторскіе иски признавались вполнѣ дѣйствительными и практическими средствами. Возраженіе Савиньи, что означенные иски имѣли примѣненіе лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда третьи лица не знали, что ихъ контрагентъ дѣйствуетъ отъ имени другаго, не выдерживаетъ критики, такъ какъ иски эти, какъ было замѣчено выше, имѣли мѣсто только тогда, когда третьи лица—fidem domini sequi videtur. И такъ, одновременное существованіе указанныхъ преторскихъ исковъ и представительства несовмѣстимо, необъяснимо и грѣшитъ противъ закона юридической экономіи.

4. Разсматриваемый текстъ, во всякомъ случаѣ, не даетъ

основаній къ признанію вообще прямаго представительства. Здѣсь говорится лишь объ активной сторонѣ этого института, но не о пассивной; слѣдовательно, по отношенію къ отвѣтственности изъ сдѣлки другаго, дѣйствовали и при Юстиніанѣ actiones adjectitiae qualitatis. Только рядомъ съ этими исками Юстиніанъ ввелъ и прямые (condictiones) [70]), даваемые противъ принципала. Condictiones имѣли ограниченное примѣненіе и были введены въ виду того, что адъективные иски, имѣя одну и ту же intentio съ прямыми, теряли юридическую силу въ нѣкоторыхъ случаяхъ. Condictiones же не подвергались такому измѣненію; но, тѣмъ не менѣе, давались только при условіяхъ возникновенія адъективныхъ исковъ [71]).

Замѣтимъ еще, что римское право, по свойственному ему консерватизму, не такъ легко измѣнило бы древній правовой принципъ, особливо когда къ тому не представлялось настоятельной практической надобности, ибо существовавшія въ римскомъ правѣ юридическія средства вполнѣ удовлетворяли потребностямъ прямаго представительства.

Въ заключеніи мы остановимся на слѣдующемъ вопросѣ: какое практическое значеніе имѣютъ для современнаго права тѣ преторскіе иски, коимъ удовлетворялась въ римской жизни потребность представительства [72])?

---

[70]) § 8. Ins. 4, 7.

[71]) См. Рушстратъ. ib. стр. 40; Савиньи (стр. 33) ограничиваетъ примѣненіе condictiones сдѣлками займа.

[72]) См. объ этомъ—Glück. Ausführliche etc. Bd. 14, 178 и слѣд. Виндшейдъ, II § 482, no 14, гдѣ указана и литература; Лабандъ—ст. 197—198; въ особенности Іеринга „Lucca-pistoja Actienstreit“ въ Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. IV. neu Folge ст. 334—344.

Что касается до адъективныхъ исковъ, обусловленныхъ особенностями римской семьи (actio de peculio, tributora, quod jussu), то утрата ими своего практическаго значенія для современной жизни врядъ ли можетъ возбуждать сомнѣніе [73]. Теперь дѣти (о рабахъ нечего и говорить), по достиженіи ими совершеннолѣтія, признаются вполнѣ самостоятельными въ имущественной сферѣ и на подобіе всякаго могутъ выступать въ качествѣ представителя своего отца, при чемъ послѣдній считается единственнымъ, первоначальнымъ юридическимъ субъектомъ по сдѣлкамъ, заключеннымъ его представителемъ. Между третьими лицами и отцомъ возникаютъ непосредственные иски. Споръ возбуждается только относительно тѣхъ изъ преторскихъ исковъ, которые имѣли примѣненіе въ отношеніяхъ свободныхъ лицъ (actiones exercitoria, institoria, quasi—institoria). Большинство романистовъ, находясь подъ обаяніемъ совершенства римскаго права, никакъ не могутъ освободиться изъ подъ вліянія этого послѣдняго даже по вопросу о представительствѣ, которое, по ихъ мнѣнію, возникло на почвѣ современнаго обычнаго права [74]. На этомъ основаніи они въ тѣхъ или другихъ случаяхъ прибѣгаютъ къ римскому праву. Мы не говоримъ о тѣхъ юристахъ, которые вовсе не признаютъ и для современнаго права принципіальнаго уклоненія отъ римскаго, находя непосредственное представительство несовмѣстимымъ съ существомъ обязательства. Эти

---

[73]) Глюкъ, ibid. § 894, 913, 919 противъ такого воззрѣнія.

[74]) Unterholzner „Die Lehre von den Schuldverhältnissen“ Bd. I. ст. 193 197. Arnds (Pand. § 255), Вангеровъ (Pand. § 281). Виндшейдъ (Pand. § 482 n° 14.), Синтенисъ, Das gemeine Civilrecht .II § 102 n° 54; Mühlenbruch, ib. § 14, n° 297.

послѣдніе сводятъ все различіе между римскимъ и современнымъ правомъ къ тому, что теперь cessio отъ представителя къ принципалу необходима и существуетъ какъ таковая (необходимость) съ самаго начала заключенія сдѣлки [75]).

По нашему мнѣнію, съ допущеніемъ прямаго представительства, преторскіе иски, служившіе въ Римѣ суррогатами этого института, потеряли всякое практическое значеніе. Въ настоящее время лицо, желающее пріобрѣтать права и обязательства чрезъ посредство другаго, можетъ сдѣлать это двоякимъ образомъ: a) посредствущее лицо выступаетъ отъ имени другаго, такъ что единственнымъ субъектомъ правъ и обязанностей изъ его сдѣлокъ считается это послѣднее (представительство); b) или же оно дѣйствуетъ отъ своего собственнаго имени, но за счетъ другаго, такъ что субъектомъ и контрагентомъ считается оно само, но только оно обязано передавать пріобрѣтенныя ими права и обязательства по особому юридическому акту своему препоручителю (порученіе). Въ первомъ случаѣ иски возникаютъ непосредственно между принципаломъ и третьимъ лицемъ, личность же представителя остается чуждой юридическимъ послѣдствіямъ совершеннаго имъ договора. Искъ, возбужденный имъ противъ своего контрагента, не имѣетъ активной легитимаціи и, на оборотъ, искъ послѣдняго къ нему не имѣетъ пассивной легитимаціи. Во второмъ случаѣ контрагентъ есть въ то же время и субъектъ по совершенной имъ сдѣлкѣ, слѣдовательно, юридическія отношенія возникаютъ только между непосредственными соучастниками. Третьи лица имѣютъ въ виду только своего соконтрагента; знаніе или незнаніе ими того обстоятель-

---

[75]) Объ этихъ юристахъ мы сказали нѣсколько словъ во 2 главѣ, § 5.

ства, что послѣдній дѣйствуетъ по порученію другаго, не вліяетъ на взаимныя отношенія ихъ. Имъ предоставлена полная возможность вступать въ непосредственныя юридическія отношенія съ кѣмъ либо чрезъ его представителя; если же они этого не сдѣлали, значитъ не желали имѣть дѣла съ нимъ. На этомъ основаніи предоставленіе третьему лицу, кромѣ прямаго иска противъ своего контрагента, еще дополнительнаго, институтнаго иска противъ манданта—противорѣчитъ чувству справедливости, потребностямъ оборота и общимъ началамъ права. Съ другой стороны въ лицѣ мандатарія только и возникаетъ право требованія противъ своего контрагента; мандантъ же можетъ добиться этого лишь посредствомъ cessio (по добровольному соглашенію или по судебному рѣшенію).

§ 2. Объ отношеніи положительныхъ законодательствъ новыхъ народовъ къ институту представительства.

А. Германское право: Если и между новѣйшими германскими юристами встрѣчаются такіе, которые не могутъ освободиться изъ подъ вліянія римскаго права, то какому вліянію должны были подвергаться средневѣковые глоссаторы и комментаторы? Рабское поклоненіе римскому праву со стороны послѣднихъ, какъ въ формальномъ, такъ и въ матеріальномъ отношеніи, вытѣсняло болѣе или менѣе всякое самостоятельное изслѣдованіе въ юриспруденціи, что подтверждается, между прочимъ, и отношеніемъ ихъ къ предмету нашего изслѣдованія. Только отдѣльные голоса между ними [76]) съ нѣкоторой робостію подымались противъ безусловнаго примѣненія положеній римскаго права къ совре-

---

[76]) См. Buchka, ibid. § 15.

меннымъ отношеніямъ жизни. Задача затруднялась относительно разсматриваемаго института еще тѣмъ, что въ позднѣйшую эпоху римскаго права древній принципъ недопустимости заключенія договора однимъ лицомъ отъ имени другаго подвергся значительнымъ измѣненіямъ. Несмотря на старанія глоссаторовъ примирить положенія римскаго права съ требованіями жизни, тѣмъ не менѣе противорѣчіе между ними постоянно увеличивалось. Съ одной стороны отсутствіе такъ называемаго несвободнаго, необходимаго представительства, а съ другой—осложненіе гражданскихъ отношеній и расширеніе торговаго оборота заставляли чувствовать необходимость прямаго представительства. Такимъ образомъ этотъ институтъ образовывался и вырабатывался на почвѣ германской юриспруденціи подъ вліяніемъ борьбы двухъ противоположныхъ факторовъ: общихъ началъ римскаго права и современныхъ потребностей жизни, изъ которыхъ, очевидно, второй долженъ былъ одержать верхъ, хотя и послѣ продолжительнаго времени. Этотъ патологическій процессъ, который Бухка обрисовалъ съ достаточной полнотой и ясностію въ своей книгѣ [77]), завершился на почвѣ германской юридической жизни въ XVII вѣкѣ полнымъ признаніемъ института прямаго представительства на основаніи обычнаго права [78]). Не мало оказывало вліяніе на установленіе понятія прямаго представительства и каноническое право. Въ немъ проявляется сравнительно съ римскимъ болѣе объективный элементъ права [79]); находясь

---

[77]) § 15, 16, 17, 18, 19.

[78]) См. Buchka, стр. 202; Windscheid, Pand. § 73, Beseler, Privatrecht (2 изд.) § 118, стр. 474, 475, Wächter, Handbuch des Würtemb. priv. II. стр. 679, Brinz, krit Bl. стр. 35, Unger, Syst. § 90, и др.

[79]) См. Endemann, Handelsrecht § 27 n° 4, въ особенности Buchka, ib. § 17.

подъ вліяніемъ христіанской религіи, оно отличается характеромъ отвлеченія, объективизма, въ противоположность пластическому и конкретному міровоззрѣнію римскаго права. Въ то время, когда, для удовлетворенія потребности въ представительствѣ, въ сферѣ гражданскаго права прибѣгали къ разнымъ косвеннымъ мѣрамъ и обходамъ, для того, чтобы сохранить въ неприкосновенности унаслѣдованные отъ римскаго права принципы, каноническое право признавало, какъ общее правило, слѣдующую формулу: potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum (C. 68, de regul. jur. in VI).

Указанное положеніе обычнаго права о допустимости представительства получило впослѣдствіи санкцію и положительныхъ законодательствъ:

а) Прусское земское уложеніе (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten) въ титулѣ 13, ч. I (v. Vollmachtsauftragen) [80]) даетъ цѣлый рядъ постановленій, изъ которыхъ можно заключить о признаніи прямаго представительства. Для насъ заслуживаютъ особеннаго вниманія § 1 и 85 приведеннаго титула; первый изъ нихъ гласитъ, что вещи и права могутъ быть пріобрѣтены чрезъ дѣйствія третьяго. Такое правило указываетъ на допустимость активнаго представительства въ сферѣ вещныхъ и обязательственныхъ правъ, въ противоположность общему положенію римскаго права per liberam personam nihil adquiri. Второй изъ приведенныхъ параграфовъ (85) говоритъ о пассивной сторонѣ представительства приблизительно слѣдующими словами: все, что уполномоченный сдѣлалъ въ силу даннаго ему порученія, обязываетъ принци-

---

[80]) Въ этомъ титулѣ изложены одновременно правила порученія и представительства.

пала, какъ если бы съ нимъ самимъ было совершено означенное дѣйствіе [81]).

b) Австрійское гражданское уложеніе (Das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch; титулъ II, отдѣлъ 22-й) говоритъ по преимуществу о представительномъ полномочіи, что видно изъ § 1002, опредѣляющаго, что договоръ, коимъ одно лице принимаетъ на себя веденіе порученнаго ему дѣла *отъ имени другаго*, называется договоромъ полномочія—Vollmächtigungs vertrag. Австрійское гражданское уложеніе довольно ясно признаетъ институтъ представительства съ активной и пассивной стороны. § 1017 этого законодательства постановляетъ, что изъ договоровъ, заключенныхъ повѣреннымъ отъ имени другаго, возникаютъ непосредственныя юридическія отношенія между послѣднимъ и третьимъ. Инструкція, данная повѣренному, не вредитъ третьему.

c) Баварскій кодексъ (Codex Maximilianus Bavaricus ч. 4, гл. 9, § 7) постановляетъ, что договоръ, заключенный мандатаромъ отъ имени манданта, разсматривается какъ бы заключенный самимъ принципаломъ. Этотъ послѣдній пріобрѣтаетъ право требованія противъ третьяго безъ всякой cessio со стороны мандатарія, и, будучи привлеченъ третьимъ къ отвѣтственности, не можетъ имѣть возраженія, что сдѣлка исполнена не ex mandato, но ex locato.

d) Саксонское гражданское уложеніе (Das bürgerliche Gesetz-

---

[81]) § 153 того же титула и части говоритъ, что кто договорился съ уполномоченнымъ, тотъ долженъ за исполненіемъ договора обратиться къ принципалу; слѣдующій же § (154) гласитъ, что если уполномоченное лице заключило договоръ отъ своего имени, то контрагентъ можетъ только отъ него требовать исполненія.

buch für das Königreich Sachsen) въ § 788 говоритъ, что волеобъявленіе (Willenserklärung) представителя, какъ таковаго, въ предѣлахъ даннаго ему полномочія, дѣйствуетъ такъ, какъ если бы оно было волеобъявленіемъ самого представляемаго. Изъ договоровъ подобнаго представителя возникаютъ непосредственныя требованія между представляемымъ и лицомъ, съ которымъ заключенъ договоръ.

е) Проэктъ гражданскаго кодекса для королевства Баваріи (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern 1861) въ art. 31, ч. I даетъ постановленія о представительствѣ, какъ объ общепризнанномъ институтѣ. Отъ имени всѣхъ, говоритъ эта статья, безъ различія—будутъ ли они дѣеспособны или нѣтъ, могутъ быть совершаемы юридическія сдѣлки чрезъ представителя, за исключеніемъ нѣкоторыхъ случаевъ, опредѣленныхъ закономъ. Въ мотивахъ къ этому проэкту [82]) сказано, что сдѣлка представителя дѣйствуетъ совершенно такъ, какъ если бы она была заключена лично самимъ представляемымъ и потому въ лицѣ послѣдняго непосредственно возникаютъ права и обязанности изъ договора представителя. Подробныя постановленія о взаимныхъ отношеніяхъ представляемаго, представителя и третьяго лица даны во 2-й части, книгѣ II, отдѣлъ 15, «договоръ порученія или полномочія», гдѣ перемѣшаны опредѣленія института порученія съ представительнымъ полномочіемъ. Въ статьѣ 705 этого отдѣла опредѣляются съ большой подробностію признаки представительства слѣдующими словами: «По сдѣлкамъ, совершеннымъ повѣреннымъ въ предѣлахъ полномочія и отъ имени довѣрителя, послѣдній непосредственно управомочивается и

---

[82]) Стр. 15.

обязывается, какъ если бы онъ самъ ихъ совершилъ. Представитель въ этомъ случаѣ не пріобрѣтаетъ никакого иска и не можетъ быть привлекаемъ къ отвѣтственности.

Въ приведенныхъ нѣмецкихъ законодательныхъ памятникахъ признается безусловно прямое представительство, какъ это видно изъ содержанія цитированныхъ нами постановленій*). По всѣмъ этимъ законодательствамъ представитель, какъ таковой, освобождается отъ всякихъ личныхъ юридическихъ отношеній съ своимъ контрагентомъ, если только онъ не переступилъ даннаго ему полномочія. Въ послѣднемъ случаѣ третьему лицу дается право обратнаго требованія уплаченнаго и возмѣщенія убытковъ лично отъ мнимаго представителя, или же право окончательнаго отступленія отъ договора [83]).

Слѣдуетъ однако замѣтить, что приведенные законодательные памятники, по многимъ частнымъ вопросамъ, слѣдуютъ римскому праву, что и подтверждается нѣкоторыми постановленіями ихъ, несовмѣстимыми ни съ логическими основаніями прямаго представительства, ни съ требованіями современной жизни. Напримѣръ Codex Maximilianus Bavaricus civilis (ч. IV tit. 9 § 7) говоритъ, что третьи лица могутъ вчинять личный искъ и противъ представителя, насколько по-

---

*) Примѣч. Современное право признаетъ представительство почти безгранично въ сферѣ вещныхъ и обязательственныхъ правъ, но въ наслѣдственномъ правѣ и, въ особенности, въ семейномъ этотъ институтъ имѣетъ незначительное примѣненіе. Въ нѣмецкихъ благородныхъ фамиліяхъ можно заключать бракъ чрезъ представителя (см. Unger. Syst. § 90 nº 35); а по древнему французскому праву допускалось представительство какъ при совершеніи брака, такъ и при дуэляхъ; см. Dalloz, Repertoire. etc. T. 30 «Mandat» № 3.

[83]) См. § 150, 151. Прусск. улож. тит. 13, Ч. I, art. 710 проэкта баварскаго уложенія.

слѣдній имѣетъ въ рукахъ имущество своего довѣрителя, размѣромъ котораго (имущества) ограничивается отвѣтственность представителя. Такое же противорѣчіе проглядываетъ въ постановленіяхъ прусскаго земскаго уложенія (ч. II, tit. 8, § 541 и 542) о торговой прокурѣ (спеціальный видъ представительства). Въ указанныхъ параграфахъ прусскаго уложенія говорится, что всякое лице, вступающее въ сдѣлку съ уполномоченнымъ прикащикомъ, имѣетъ право выбора между своимъ контрагентомъ и его принципаломъ; при этомъ личная отвѣтственность прикащика имѣетъ мѣсто лишь въ періодъ времени сохраненія имъ своего званія и ограничивается размѣромъ имѣющагося у него въ рукахъ хозяйскаго имущества. Въ прусскомъ уложеніи есть и другое, аналогическое съ этимъ, постановленіе, касающееся представителей юридическихъ лицъ, а именно § 156 этого уложенія (ч. 1, тит. 13), даетъ третьему лицу право выбора между своимъ контрагентомъ и самимъ учрежденіемъ, представителемъ котораго выступаетъ контрагентъ [84]). Очевидно, что приведенныя постановленія нѣкоторыхъ изъ германскихъ законодательствъ противорѣчатъ теоріи прямаго представительства. Одно изъ двухъ: или контрагентъ дѣйствуетъ отъ своего имени, значитъ онъ одинъ и считается юридическимъ субъектомъ, при чемъ внутреннія отношенія между нимъ и другимъ лицомъ (мандантомъ) не вліяютъ на видоизмѣненіе юридическихъ отношеній настоящихъ контрагентовъ; или же контрагентъ выступаетъ въ качествѣ чужаго

---

[84]) Хотя въ приведенномъ постановленіи прусскаго уложенія говорится о такомъ правителѣ юридическаго лица, который совершаетъ сдѣлку отъ своего имени, но тамъ же прибавлено, что представительное качество такого правителя вытекаетъ изъ фактическихъ обстоятельствъ.

представителя, и тогда онъ не можетъ подлежать какой бы то ни было личной отвѣтственности и искъ, возбужденный противъ него, не будетъ имѣть пассивной легитимаціи, или, говоря словами нашего закона [85]), такой искъ долженъ быть оставленъ безъ удовлетворенія, вслѣдствіе отвода, предъявленнаго отвѣтчикомъ (представителемъ) о томъ, что искъ во всей цѣлости относится къ другому лицу. Существованіе въ германскихъ законодательствахъ приведенныхъ правилъ, несогласныхъ съ идеей представительства, объясняется вліяніемъ римскаго права, отъ котораго не могли совершенно отрѣшиться редакторы этихъ законодательствъ.

Самое опредѣленіе представительства въ нѣкоторыхъ изъ упомянутыхъ законодательствъ даетъ поводъ къ неточному и неправильному пониманію. Они опредѣляютъ представительство посредствомъ слѣдующей формулы: сдѣлка представителя дѣйствуетъ такъ, какъ если бы она была заключена лично самимъ принципаломъ. Такая формула даетъ поводъ къ приравниванію — посредствомъ фикціи, или просто — представителя обыкновенному посланному, такъ какъ изъ нея, какъ будто, вытекаетъ, что личность представителя совершенно безразлична относительно заключаемой имъ сдѣлки.

f) Институтъ представительства опредѣляется гораздо точнѣе и послѣдовательнѣе въ общегерманскомъ торговомъ уложеніи. Статья 52 этого уложенія гласитъ: посредствомъ юридической сдѣлки, которую заключаетъ прокуристъ или уполномоченный прикащикъ, согласно прокурѣ или полномочію отъ имени принципала, послѣдній управомочивается и обязывается относительно третьяго. Сдѣлка не производитъ ника-

---

[85]) Ст. 571 п. 3 уст. гр. суд.

кихъ правъ и обязательствъ между прокуристомъ или уполномоченнымъ прикащикомъ и третьимъ лицемъ.

Въ этомъ опредѣленіи даны самые существенные и необходимые признаки представительства [86]), и въ тоже время указано въ немъ свойство представителя и принципала: первый заключаетъ сдѣлку, слѣдовательно онъ контрагентъ, второй пріобрѣтаетъ изъ нея права и обязанности, слѣдовательно онъ—юридическій субъектъ.

Упомянутое торговое уложеніе дѣлаетъ строгое отличіе между полномочіемъ и порученіемъ [87]), устанавливая для каждаго института отдѣльныя нормы и оставаясь въ цѣломъ послѣдовательнымъ, хотя иногда оно и употребляетъ означенные термины, какъ синонимные [88]). При порученіи контрагентъ есть въ тоже время субъектъ, какъ это видно изъ 360 ст. этого уложенія; между препоручителемъ и третьимъ не возникаетъ въ этомъ случаѣ никакихъ юридическихъ отношеній. Препоручитель можетъ обратиться съ правомъ требованія къ третьему лишь послѣ пріобрѣтенія такого права отъ своего повѣреннаго посредствомъ cessio. Ст. 368 О. Г. Т. У.

В. **Французское право.** Институтъ прямаго представительства развивался въ французскомъ правѣ также подъ вліяніемъ мѣстнаго обычнаго права и римскаго, и, наконецъ, былъ окончательно

---

[86]) Для возникновенія юридическаго эффекта изъ представительства необходима наличность трехъ признаковъ: a) сдѣлка должна быть заключена лицемъ, имѣющимъ представительное полномочіе; b) она должна быть заключена отъ имени принципала, и c)—въ предѣлахъ даннаго полномочія.

[87]) Кн. I тит. 5 Общегерм. тор. ул. говоритъ о полномочіи, а кн. IV тит. 3 того же улож. трактуетъ по преимуществу о порученіи (коммиссіонерствѣ).

[88]) Срав. art. 360 abs. 3-й, art. 58 abs 2, art. 41, abs. 1; въ приведенныхъ мѣстахъ употребляется слово порученіе вмѣсто полномочія.

признанъ въ дѣйствующемъ нынѣ законодательствѣ. Вліяніе римскаго права замѣтно въ произведеніяхъ французскихъ юристовъ прошедшаго столѣтія, которые принимали участіе въ составленіи гражданскаго кодекса. Извѣстный юристъ Потье [89]), имѣвшій большое вліяніе на редакцію cod. civ., дѣлаетъ опредѣленіе мандата «договоръ, посредствомъ котораго одинъ изъ контрагентовъ довѣряетъ веденіе своихъ дѣлъ вмѣсто себя и на свой рискъ другому контрагенту, дѣйствующему безвозмездно», напоминающее опредѣленіе этого института по римскому праву. Въ этомъ опредѣленіи нѣтъ даже указанія на представительное полномочіе, т. е. на право представителя совершать сдѣлки *отъ имени принципала.* Затѣмъ вліяніе римскаго права на Потье сказывается и при разрѣшеніи нѣкоторыхъ частныхъ вопросовъ, касающихся мандата. Такъ въ nº 88 цитированнаго сочиненія онъ говоритъ, что если мандатарій исполняетъ юридическія дѣйствія для своего принципала, хотя въ предѣлахъ порученія, но отъ своего имени, то онъ остается предъ третьимъ лицемъ главнымъ должникомъ, а *противъ принципала дается actio utilis.*

Переходя къ современному французскому праву, нельзя пройти молчаніемъ статью 1119 cod. civ. [90]), которая, въ видѣ общаго правила, устанавливаетъ, что можно обязываться, или стипулировать отъ своего имени только лично для себя. Буквальный смыслъ этой статьи тотъ, что всякій, желающій пріобрѣтать обязательства въ своемъ лицѣ, долженъ контрагировать лично.

---

[89]) Oeuvres de Pothier, T. 6 „Traité du contrat de Mandat“ стр. 79 nº 1.

[90]) „On ne peut, en générale, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même“.

Признаніе за подобнымъ правиломъ, напоминающимъ римское alteri stipulari nemo potest, значенія безусловнаго юридическаго принципа должно исключать, по логической послѣдовательности, возможность не только договоровъ въ пользу третьяго лица, но и представительства. Между тѣмъ французское положительное законодательство признаетъ, какъ первый изъ упомянутыхъ институтовъ подъ извѣстными условіями, такъ и второй. Такимъ образомъ, правило, установленное статьей 1119 cod. civ. оказывается совершенно изолированнымъ и несогласнымъ съ другими постановленіями того же законодательства.

Существованіе подобнаго правила во французскомъ гражданскомъ кодексѣ объясняется историческимъ происхожденіемъ его, а именно тѣмъ обстоятельствомъ, что редакторы cod. civ. заимствовали его отъ Потье, который въ свою очередь заимствовалъ это правило, безъ всякой критики, изъ римскаго права [91]).

Дѣйствующій во Франціи гражданскій кодексъ въ цѣломъ рядѣ постановленій признаетъ институтъ прямаго представительства [92]). Можно даже сказать, что статья 1984 Cod. civ. опредѣляетъ только представительное полномочіе: «le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre *le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*». Мандатарій, дѣйствовавшій въ качествѣ представителя и предъявившій своему контрагенту доказательство

---

[91]) См. Massé, „Le droit commercial etc". T. III nº 1713.

[92]) Art. 1984 и слѣд. Cod. civ. Въ юридической литературѣ также признается прямое представительство, см. Troplong, ib. nº 510 и слѣд., Domenget et Peyronny, ib. nº 75, Delamarre et Lepoitvin, ibid. III. nº 125 и слѣд. и друг.

своего полномочія, не несетъ никакой личной отвѣтственности (art. 1997 c. c.).

Одинъ только мандантъ обязывается по договорамъ своего мандатарія, дѣйствовавшаго въ предѣлахъ даннаго ему полномочія (art. 1998 c. c.).

Мы замѣтили выше, что статья 1984 французскаго гражданскаго кодекса понимаетъ мандатъ только какъ представительное полномочіе. Хотя многіе изъ французскихъ цивилистовъ [93]) полагаютъ, что упомянутая статья примѣнима и къ договору порученія, гдѣ мандатарій дѣйствуетъ отъ своего собственнаго имени, но такое воззрѣніе не находитъ для себя оправданія въ виду явнаго смысла этой статьи, не допускающаго никакого сомнѣнія.

Однако французскому законодательству не безъизвѣстенъ институтъ порученія въ формѣ спеціальныхъ видовъ его, напр., коммиссіонерство. Art. 94 cod. de commerce опредѣляетъ коммиссіонера, какъ лице, дѣйствующее отъ своего имени, но за счетъ коммитента. Такой коммиссіонеръ признается единственнымъ юридическимъ субъектомъ по сдѣлкамъ, совершеннымъ имъ, въ предѣлахъ даннаго ему порученія. Между коммитентомъ и третьимъ лицемъ не возникаетъ непосредственныхъ юридическихъ отношеній [94]). Но редакторы Cod. de comm. поступили непослѣдовательно, признавъ и такихъ коммиссіонеровъ, которые дѣйствуютъ отъ имени коммитента. Вторая половина приведенной ст. (94) гласитъ, что «обязанности и права коммиссіонера, дѣйствую-

---

[93]) Troplong, n° 8; Domenget et Peyronny I n° 4.

[94]) См. Delamarre et Lepoitvin, ib. III n° 40 слѣд., Pardessus „Cours de droit commercial“ (5 изд.) II n° 546.

щаго отъ *имени коммитента*, опредѣлены въ кодексѣ Наполеона, кн. III, тит. XIII». Подобная форма коммиссіонерства есть ничто иное, какъ одинъ изъ видовъ торговаго представительства, о которомъ, замѣтимъ мимоходомъ, французское законодательство ничего не говоритъ.

С. Русское право. Наше положительное законодательство почти совсѣмъ не находилось подъ вліяніемъ римскаго права, играющаго очень видную роль въ законодательствахъ западныхъ народовъ. Отсутствіе вліянія римскаго права на русское замѣчается, между прочимъ, въ вопросѣ, насъ занимающемъ, т. е. въ вопросѣ о представительствѣ. Хотя въ нашихъ законодательныхъ памятникахъ прошедшаго времени, бѣдныхъ юридическими обобщеніями, нѣтъ почти никакихъ опредѣленій и постановленій, относящихся къ разсматриваемому нами институту, но по нѣкоторымъ отрывочнымъ даннымъ можно заключить, что непосредственныя представительныя отношенія были извѣстны въ Россіи уже въ періодъ, предшествовавшій уложенію царя Алексѣя Михаиловича. Такія представительныя отношенія проявлялись, главнымъ образомъ, въ сдѣлкахъ, совершаемыхъ отъ имени юридическихъ лицъ, которыя нуждаются въ представительствѣ болѣе и ранѣе, чѣмъ физическія лица. До насъ дошли нѣкоторые юридическіе акты, относящіеся къ среднему періоду нашей исторіи, изъ которыхъ видно, что, если представители монастырей (игуменъ, староста и др.) совершали сдѣлки для представляемаго ими учрежденія, то правовыя послѣдствія изъ такихъ сдѣлокъ съ самаго момента своего возникновенія считались принадлежностію самаго учрежденія, между тѣмъ, какъ въ римскомъ правѣ эти послѣдствія возникали прежде всего въ лицѣ представителя юридическаго лица и затѣмъ уже переносились отъ него въ силу особаго

юридическаго акта на учрежденіе. Для подтвержденія нашихъ словъ приведемъ выписки изъ нѣкоторыхъ документовъ. Въ одной купчей, относящейся къ 14-му или 15-му вѣку [95]), говорится: «Се купи игуменъ Михаиловской Лука и Василей староста Михаиловской, у Микулы у Сидорова, участка половину земли... а купиша *Святому Михаилу одаренъ*... а въ Микулино мѣсто и въ Ѳеклино и въ его дѣтей Рафай у купчей Сафоновъ». Изъ этого документа видно, что представитель монастыря совершалъ договоръ купли отъ имени монастыря, а послѣдній пріобрѣталъ непосредственно право собственности на купленную землю. Точно также монастыри обязывались непосредственно предъ третьими лицами по сдѣлкамъ своихъ представителей [96]). Такія же отношенія возникали изъ другихъ сдѣлокъ, совершенныхъ представителемъ монастыря, напр. изъ займа—«Се язъ Иванъ Есиповъ сынъ Слугинъ... занялъ есми у ключника у старца у Закхея четвертку пшеницы...; *а давати мнѣ въ домъ Никола Чудотворцу изъ приросту третъ за сѣмены*» [97]). Отношеніе не измѣнялось и въ томъ случаѣ, когда заемъ совершался подъ обезпеченіе закладной—«Се язъ Григорей Васильевъ сынъ Языковъ занялъ есми у Живоначальныя Троицы у властей... монастырскихъ казенныхъ денегъ двѣсти рублевъ; а въ тѣхъ деньгахъ *заложилъ есми въ Троицкій монастырь* вотчину свою... А будетъ кто роду нашего и племени похочетъ выкупить, и ему дать за тое вотчину *въ домъ Живоначаль-*

---

[95]) См. Акты юридическіе, изданные археологической коммиссіей, С.-Петербургъ 1838, стр. 117, № 71, XXIX (въ отдѣлѣ купчихъ крѣпостей).

[96]) См тамъ-же № 78 (стр. 121).

[97]) См. тамъ-же № 246 (стр. 265).

ные Троицы и великимъ *Чудотворцемъ Сергію и Никону двѣсти рублевъ»* [98]). Мы ограничиваемся приведенными данными, потому что историческое изслѣдованіе института представительства по русскому праву выходитъ за предѣлы нашей задачи. На основаніи указанныхъ историческихъ данныхъ мы хотѣли только показать, что идея прямыхъ представительныхъ отношеній не была чужда нашему прошлому юридическому быту и что она возникла у насъ безъ всякаго вліянія римскаго права. Но простота правовыхъ отношеній и бѣдность юридическаго творчества были причиной того, что институтъ представительства, особливо добровольнаго, почти до настоящаго времени не получилъ надлежащей законодательной регламентаціи. Впрочемъ, въ нашихъ законодательныхъ памятникахъ встрѣчается сравнительно много постановленій, касающихся судебнаго представительства. Допущеніе же представительства въ процессѣ указываетъ на отсутствіе принципіальныхъ препятствій для допустимости этого понятія и въ матеріальномъ гражданскомъ правѣ. Участвующія въ процессѣ лица совершаютъ различныя юридическія дѣйствія, которыми обусловливаются извѣстныя правовыя послѣдствія. Если бы у насъ дѣйствовалъ принципъ безусловной индивидуальности обязательствъ, то слѣдовало бы связывать юридическія послѣдствія процесса исключительно съ личностію виновника судебнаго дѣйствія. Такъ было въ римскомъ правѣ, гдѣ дѣйствіе litis—contestatio и res judicata ограничивалось личностію непосредственно участвующаго въ процессѣ лица, представителя, и отъ него уже ис-

---

[98]) См. тамъ-же № 254 (стр. 268).

кусственными мѣрами переносилось на настоящаго хозяина [99]).

Въ полномъ собраніи законовъ можно найти достаточно данныхъ о допустимости представительства, какъ въ процессѣ, такъ и въ матеріальномъ правѣ. Еще за 1686 годъ подъ № 1158 Пол. Соб. Зак. говорится о томъ, что если повѣренный не окончитъ начатаго въ судѣ дѣла по случаю отъѣзда или болѣзни, то позволяется назначить новыхъ людей: «а въ книгѣ соборнаго уложенія напечатано: вольно всякихъ чиновъ людемъ другъ на друга искать и отвѣчать». «Если истцы и отвѣтчики станутъ спорить засуженныя дѣла, что они тѣмъ людемъ, которые за нихъ засудились, такихъ словъ говорить не велѣли, и чтобы имъ недосуженныя дѣла говорить вновь, истцамъ и отвѣтчикамъ въ такомъ отказывать, а засуженнымъ дѣламъ быть такъ, какъ они начались и тому ихъ челобитью не вѣрить для того, что они истцы и отвѣтчики въ суды посылали людей вмѣсто себя, вѣря имъ» [100]). Въ 1749 году 28-го апрѣля [101]) вышелъ Сенатскій указъ о томъ, что «въ вѣрющихъ письмахъ поставщиковъ вина на кружечные дворы писать, что они имъ во всемъ томъ подрядѣ и пріемѣ, за поставленное по тому подряду вино деньги, вѣрятъ *и что оные ихъ повѣренные учинятъ, ни въ чемъ томъ прекословить не будутъ*».

Въ этомъ же законодательномъ памятникѣ имѣется много

---

[99]) См. Versuche von Bethmann-Hollweg „Ueber Representation im Process“ стр. 146 и слѣд.

[100]) Тоже самое повторяется въ уставѣ Воинской процессы гл. V „О адвокатахъ и полномочныхъ“. См. Полное соб. зак. за 1716 г. 3006.

[101]) См. Полное Соб. Зак. за 1749 г. № 9605.

постановленій добровольнаго представительства въ торговомъ правѣ. Въ уставѣ таможенномъ [102]) (глав. 14, пунктъ 12) говорится, что прикащикамъ и коммиссіонерамъ, которымъ поручается покупка и продажа, должны быть даны кредитныя письма. «Безъ такихъ кредитивовъ въ таможняхъ и прочихъ мѣстахъ не допускать имъ чинить никакого произведенія въ торговыхъ дѣлахъ, дабы хозяева не могли имѣть отговорки, но по тѣмъ кредитамъ за своихъ прикащиковъ и коммиссіонеровъ во всемъ отвѣтствовали, платили и на свой счетъ принимали такъ *какъ бы они хозяева сами то учинили.*» Здѣсь же приложена форма кредитнаго письма, оканчивающаяся слѣдующими словами: «и то всé я хозяинъ совершенно за дѣйствительность признавать буду, властно, *якобы я самъ то чинилъ и подлинно всѣ оныя дѣла самъ же производилъ* [103]).

Статьи дѣйствующаго нашего законодательства [104]) по вопросу о представительствѣ составлены изъ тѣхъ же историческихъ данныхъ, изъ которыхъ нѣкоторые приведены нами выше. Какъ эти статьи не бѣдны содержаніемъ и количествомъ [105]), но онѣ не оставляютъ никакого сомнѣнія, что добровольное представительство признается у насъ безъ всякаго ограниченія. Статья 2326 X т. Ч. I Св. Зак. постановляетъ, что довѣритель отвѣчаетъ за всё сдѣлан-

---

[102]) См. Пол. Соб. Зак. за 1755 г. № 10486.

[103]) Объ этомъ-же было сказано еще прежде П. С. З. за 1744 г. № 8896.

[104]) Онѣ изложены главнымъ образомъ въ X. Т. Ч. I. Кн. IV. разд. VI. гл. II. Св. Зак. и въ XI Т. Ч. II уст. торг., кн. II разд. II гл. I и II.

[105]) Мы разумѣемъ статьи, преслѣдующія чисто юридическую цѣль, а не финансовую, административную и т. п.

ное повѣреннымъ въ предѣлахъ довѣренности. Правильное толкованіе этой статьи показываетъ, что повѣренный является контрагентомъ, ибо онъ совершаетъ юридическія сдѣлки, а довѣритель долженъ быть признанъ единственнымъ юридическимъ субъектомъ, такъ какъ онъ одинъ несетъ отвѣтственность за юридическія дѣйствія своего повѣреннаго. Вытекающее отсюда послѣдствіе, что принципалъ долженъ имѣть конкретную правоспособность, а представитель—общую, признается, косвеннымъ образомъ, статьями 2293 и 2294 того же тома и части. Первая изъ этихъ статей гласитъ, что частныя лица могутъ давать довѣренности, когда по состоянію своему они могутъ вступать въ договоры..; вторая же статья говоритъ, что повѣренными могутъ быть всѣ тѣ, коимъ по закону не воспрещено вступать въ договоры, за исключеніемъ нѣкоторыхъ случаевъ закономъ опредѣленныхъ.

Въ уставѣ торговомъ есть одна статья, а именно 730, которая, повидимому противорѣчитъ только что высказанному правилу относительно того, что представитель долженъ обладать лишь общей правоспособностію. Эта статья запрещаетъ давать довѣренности на производство торговли лицамъ, не принадлежащимъ къ торговому сословію. Между тѣмъ мы видимъ, что въ дѣйствительной жизни многіе прикащики принадлежатъ къ мѣщанскому или крестьянскому сословію. Настоящій смыслъ приведенной статьи объясняется историческимъ происхожденіемъ ея, на что указываетъ ссылка подъ этой статьей на полное собраніе законовъ за 1812 годъ, № 25302, п. 19. За означеннымъ № Пол. Соб. Зак. помѣщенъ Именной Указъ, данный Сенату о дополнительныхъ правидахъ для дозволенія крестьянамъ производить разными товарами торговлю, съ полученіемъ на сіе право свидѣтельствъ и съ

платежемъ опредѣленныхъ пошлинъ. Въ 19-мъ пунктѣ этихъ правилъ говорится о томъ случаѣ, когда крестьянинъ для избѣжанія положенныхъ пошлинъ употребитъ подлогъ и подъ именемъ купца, какъ его прикащикъ, или коммиссіонеръ будетъ производить торговлю на собственный свой капиталъ. Очевидно, что запрещеніе это было вызвано финансовыми соображеніями и имѣло въ виду мнимаго прикащика, т. е. когда послѣдній только номинально считался прикащикомъ, а въ дѣйствительности былъ хозяиномъ. Между тѣмъ стат. 730 уст. торг. по неопредѣленности и неточности своей редакціи далеко не соотвѣтствуетъ истинному смыслу приведеннаго запрещенія. Слѣдуя буквальному толкованію означенной статьи, нужно бы признать ничтожной и такую довѣренность, которая дана крестьянину, какъ настоящему прикащику, т. е. лицу, производящему торговлю въ дѣйствительности отъ имени хозяина *и за его счетъ*. Но такой выводъ прямо противорѣчилъ бы пункту 14-му указанныхъ правилъ, по которому крестьяне могутъ поступить въ прикащики къ купцу со взятіемъ для этого прикащичьяго свидѣтельства.

На предъидущихъ страницахъ мы старались показать, что наше положительное законодательство признаетъ непосредственныя отношенія между принципаломъ и третьимъ лицемъ, вступившимъ въ сдѣлку съ представителемъ, и что въ представительныхъ отношеніяхъ, по смыслу этого законодательства, свойства контрагента и юридическаго субъекта по одной и той же сдѣлкѣ распредѣляются между повѣреннымъ и довѣрителемъ. Что же касается до правовыхъ послѣдствій, возникающихъ изъ договора порученія, гдѣ одно лице дѣйствуетъ за счетъ другаго, но отъ своего имени, то

объ этомъ у насъ нѣтъ какихъ-либо законодательныхъ постановленій. Въ уставѣ торговомъ встрѣчаются мимолетныя указанія на одинъ спеціальный видъ торговаго порученія, коммиссіонерство, но не дано даже опредѣленія этого юридическаго понятія. Изъ сопоставленія же отдѣльныхъ статей устава торговаго видно, что коммиссіонерство считается у насъ однимъ изъ видовъ торговаго представительства, т. е., что коммиссіонеръ, въ качествѣ обыкновеннаго прикащика, ведетъ торговыя операціи отъ имени и за счетъ другаго [106]). Уставъ торговый даже совершенно приравниваетъ коммиссіонера и прикащика, что видно, между прочимъ, изъ ст. 726 уст. торг., гласящей, что общая довѣренность на веденіе торговыхъ операцій отъ имени купца можетъ быть дана повѣренному, прикащику или *коммиссіонеру*. Лице, дѣйствующее въ силу подобной общей довѣренности, становится eo ipso въ зависимыя отношенія къ торговому предпріятію своего довѣрителя, дѣлается его прикащикомъ, что подтверждается косвенно и 737 ст. XI Т. Ч. II. уст. торг., которая постановляетъ, что «правила, въ прошедшей главѣ о наемныхъ прикащикахъ и лавочныхъ сидѣльцахъ изложенныя,... простираются равномѣрно и на тѣхъ, кои отъ купцовъ уполномочиваются довѣренностію къ производству торга и къ управленію торговыми дѣлами, хотя бы они были *коммиссіонерами*». Такимъ образомъ, упоминаніе въ 726 ст. уст. тор. кромѣ прикащиковъ, еще *коммиссіонеровъ и повѣренныхъ*, которымъ можетъ быть дана общая довѣренность, является безполезной тавтологіей. Коммиссіонеръ отличается отъ при-

---

[106]) Ср. ст. 57 пол. о пош., ст. 725, 726, 727, 728, 738 XI т., ч. II. уст. торг.

кащика главнымъ образомъ степенью зависимости ихъ отъ торговаго промысла принципала: первый считается почти самостоятельнымъ лицемъ въ сферѣ своей дѣятельности, онъ можетъ одновременно исполнять торговыя порученія различныхъ купцовъ; второй ограниченъ въ своихъ дѣйствіяхъ, онъ долженъ всецѣло посвятить свою дѣятельность торговому промыслу своего принципала [107]). Этотъ отличительный признакъ коммиссіонера отъ прикащика обусловливаетъ собой нѣкоторыя правовыя послѣдствія, имѣющія довольно важный практическій интересъ. Напримѣръ, запрещеніе прикащику производить торговыя операціи за свой счетъ или за счетъ посторонняго лица не можетъ быть примѣняемо къ коммиссіонеру, какъ къ самостоятельному торговцу; различные сроки, установленные положительнымъ законодательствомъ для окончанія взаимныхъ разсчетовъ между хозяиномъ и прикащикомъ [108]), врядъ-ли могутъ примѣняться къ отношеніямъ коммитента и коммиссіонера и т. п.

Отсутствіе законодательнаго постановленія относительно правовыхъ послѣдствій, возникающихъ изъ договора порученія, вызвало нѣкоторую творческую дѣятельность суда для пополненія пробѣловъ въ законодательствѣ. Для примѣра мы приведемъ здѣсь одно судебное рѣшеніе, отличающееся довольно правильной мотивировкой, а именно дѣло Башмакова съ С.-Пе-

---

[107]) Еще въ уставѣ о цехахъ, гл. 16 § 24 (см. Пол. Соб. Зак. за 1799 г. подъ № 19187) указывается, довольно правильно, на отличительный признакъ коммиссіонера: «*тѣ купцы*, которые правятъ дѣлами *разныхъ купцовъ*, называются коммиссіонерами.»

[108]) Ср. ст. 711—714 уст. торг.

тербургскимъ учетнымъ и ссуднымъ банкомъ [109]). Четвертый Департаментъ Правительствующаго Сената, куда дѣло это поступило по аппелляціонной жалобѣ, говоритъ, что юридическія отношенія коммитента и коммиссіонера къ третьимъ лицамъ, контрагентамъ сего послѣдняго, бываютъ двоякаго рода, смотря потому—договаривается ли коммиссіонеръ съ ними (3-ми) отъ имени препоручителя, или—на свое собственное имя. Въ первомъ случаѣ *коммитентъ* является прямымъ отвѣтственнымъ лицемъ предъ третьимъ, какъ участникъ договорнаго отношенія; во второмъ же *коммиссіонеръ* становится единственнымъ юридическимъ субъектомъ заключенной имъ самимъ сдѣлки. Между коммитентомъ и третьимъ не возникаетъ никакого непосредственнаго юридическаго отношенія. Приблизительно тоже самое повторяется и въ нѣкоторыхъ другихъ судебныхъ рѣшеніяхъ [110]).

Замѣтимъ въ заключеніе, что для законодательной регламентаціи и вообще для правильной юридической конструкціи института прямаго представительства, не слѣдуетъ обращаться къ римскому праву, съ которымъ этотъ институтъ не имѣетъ исторической связи. Для достиженія указанной цѣли необходимо обратиться къ изученію самой природы представительства, которая можетъ быть выяснена изъ судебной практики и сравнительнаго изслѣдованія этого института у современныхъ народовъ. Послѣдній путь, т. е. сравнительное изу-

---

[109]) См. „Практику С.-Петербургскаго Коммерческаго Суда“ изд. Тура за 1875 г. № 39.

[110]) См. „Практику С.-Петербургскаго Коммерческаго Суда“ за 1874 г. №№ 46 и 50.

ченіе, способенъ дать правильные и точные результаты въ особенности потому, что институтъ представительства, въ противоположность многимъ институтамъ гражданскаго права, отличается по преимуществу космополитическимъ характеромъ, объясняемымъ однородностію потребностей, вызвавшихъ этотъ институтъ въ современномъ гражданскомъ оборотѣ.

УКАЗАНІЕ НА ЛИТЕРАТУРУ ПРЕДМЕТА.

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock, 1852.

Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, помѣщ. въ журналѣ Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. I и II.

Savigny, Obligationsrecht, Bd. II § 54—60.

Его же, System des heutigen römischen Rechts. III § 113.

Unger, System des Oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II § 90.

Wangerow, Lehrbuch der Pandecten § 608. стр. 287—301.

Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts. (3 и 4—изд. § 73, 74, 313, 482—484.

Sintinis, Das praktische gemeine Civilrecht Bd. II § 102.

Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungen (3 изд.) § 5—14.

Glück, Ausführliche Erlauterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar, Bd. 14 стр. 179 и слѣд.

Puchta, Vorlesungen, § 273—279.

Его же, Institutionen, Bd. II, § 203.

Laband, Die Stellvertretung nach dem Handelsgesetzbuch, въ журналѣ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, herausgegeben v. Goldschmidt, Bd. X стр. 183—241.

Brinz, Kritische Blätter № 2.

Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio.

Scheurl, Stellvertretung, insbesondere bei Begründung von Obligationen, въ журналѣ Kritische Ueberschau Bd. I стр. 315—338.

Его же, Zur Verhandlung über Mitwirkung für fremde Geschäfte въ журналѣ Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. II стр. 1—35.

Ruhstrat, Bemerkungen über aussergerichtlichen Repräsentation, въ журналѣ Archiv für die Praxis des gesammten in Grossherzogthum Oldenburg geltenden Rechts, Bd. I, Heft 1, стр. 12—62.

Его же, In wiefern haftet heutzutage der Mandatar aus den Verträgen, die er als Solcher geschlossen hat? въ журналѣ Archiv für civilistische Praxis, Bd. XXX, стр. 340—355.

Его же, Über Stellvertretung ohne Vollmacht, въ Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts, Bd. IX стр. 208—244.

Его же, Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung.

Deruburg, Zur Lehre von der Stellvertretung von Buchka, въ журналѣ Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, Bd. 1, Heft 1 стр. 1—21.

Curtius, Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, въ журналѣ Archiv für civilistische Praxis, Bd. 58, стр. 69—107.

Canstein, Ueber Stellvertretung mit besonderer Rücksicht auf das Hadelsrecht, въ журналѣ Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts v. Busch. Bd. XXI стр. 226—293.

Его же, Vollmacht und Auftrag mit Stellvertretungsbefugniss unter besonderer Berücksichtigung des H. G. B, въ журналѣ Zeitschrift für das privat-und oefentliche Recht der Gegenwart, Bd. III Heft 4.

Kuntze, Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts.

Schliemann, Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung beim Abschluss obligatorischer Verträge, въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht v. Goldschmidt, Bd. XVI стр. 1—31.

Ladenburg, Die Vollmacht als Verkehrsmittel, въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. XI стр. 72—100.

Platner, Ueber offene-und verschlossene Briefe, въ Archiv für civilistische Praxis Bd. 50, стр. 105—120 и 212—252.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung (Berlin 1877 г.), § 9—12.

Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter, § 1—14.

Troplong, Du mandat.

Pothier, Oeuvres de Pothier, T. 6, Du contrat de mandat.

Dalloz, Repertoire méthodiqne et alphabéthique de legislation de doctrine et de jurisprudence, T. 30, mot—mandat.

Delamarre et Lepoitvin, Traité théorique et pratique de droit commercial T. II, III.

Mollitor, Les obligations en droit Romain, T. I ст. 93—107, T. II, du mandat.

Clamageran, Du louage d'industrie, du mandat et de la commission en droit Romain, dans l'ancien droit Français et dans le droit actuel.

Domenget et Peyronny, Du mandat de la commission et de la gestion d'affaires.

Cours de droit civil Français d'après la méthode de Zacharie *par M. M. C. Aubry et C. Rau* (4 изд.) Т. IV стр. 634—652.

Ortolan, Explication historique des instituts. Т. II, кн. 2, тит. 9.

Гордонъ, О представительствѣ въ гражданскомъ правѣ, въ Журналѣ Министерства Юстиціи за 1867 г., Т. 31, стр. 221—262 и Т. 32, стр 207—242.

Его же, Дѣйствія повѣреннаго, выходящія за предѣлы довѣренности, въ Журналѣ гражданскаго и торговаго права за 1872 г., книга 3, стр. 373—403.

Его же, Право передовѣрія, въ Судебномъ журналѣ за 1873 г., кн. VI.

Евецкій, О представительствѣ при заключеніи юридическихъсдѣлокъ, Харьковъ 1877 г.

ВАЖНЫЯ ОПЕЧАТКИ.

Стр.	*Строка.*	*Напечатано.*	*Слѣдуетъ читать.*
12	пр. 30	XIII	I
13	пр. 32	88.	87
20	пр. 45	Jahrbüchher.	Jahrbücher
25	пр. 53	58.	стр. 112 и слѣд.
26	пр. 54	h.	L.
28	пр. 58	l'ancien Français	l'ancien droit Français
29	12 св.	оцѣнивается	оцѣниваются
„	12 сн.	кономическаго	экономическаго
30	7 сн.	разсматриваему	разсматриваемому
31	3 св.	15)	
35	пр. 67	послѣдствіи	послѣдствія
36	13 св.	non obligatorium	non est obligatorium
38	пр. 73	относительнаго	относительно
41	1 св.	подводены	подведены
„	пр. 83	подводится	подводятся
46	пр. 89	drois	droit
48	9 св.	необходимомостію	необходимостію
51	9 сн.	третьго	третьяго
„	5 сн.	дѣйствительнными	дѣйствительными
58	12 сн.	оргинальной	оригинальной
60	пр. 111	Leipzig	Berlin
67	пр. 120	Iarhbücher	Jahrbücher
85	5 св.	онѣ	они
87	пр. 20	Gesäfts	Geschäfts
88	пр. 21	Саксоинское	Саксонское
91	пр. 29	1840	1740
93	14 сн	принцинъ	принципъ
98	пр. 38	Irringen	Irrungen
103	пр. 50	отвѣтственности	отвѣтственности
108	4 св.	единственнымъ.	единственнымъ
119	1 св.	jnris	juris
121	10 сн.	donu niste	dominive
„	9 сн.	quimin	qui
„	„ „	patris	domini
„	4 сн.	quadomodo	quodammodo
„	пр. 7	pand	Pand.
128	13 сн.	договерѣ	договорѣ
„	1 сн.	acto	actio
131	11 сн.	съ	
150	4 св.	вости	ности