

УЧЕНІЕ

О

ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВѢ

ВЪ

ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ

Du choc des opinions
jaillit la verité.

КАНДИДАТСКОЕ РАЗСУЖДЕНИЕ

Л. Казанцева.



ЯРОСЛАВЛЬ.



Въ типографіи Г. В. Фалькъ.

1878.

Собственная юридическая дѣятельность лица въ области гражданского оборота часто бываетъ недостаточна, часто является, на примѣръ, необходимость дѣйствовать лицу въ одно и тоже время въ различныхъ мѣстахъ и т. п. Отсюда вполне понятна идея воспользоваться услугами другаго производить посредствомъ юридическихъ дѣйствій этого другаго тѣ или другія измѣненія въ своей правовой сферѣ, — вполне понятно происхожденіе института представительства, посредствомъ котораго юридическая сдѣлка, совершенная представителемъ вмѣсто представляемаго и на его имя, производитъ юридическія послѣдствія — права и обязанности — только для послѣдняго т. е. для представляемаго. Но этотъ институтъ есть принадлежность развитаго гражданского оборота; на другихъ, низшихъ ступеняхъ развитія правоваго сознанія онъ или вовсе не существуетъ или, если и существуетъ, то въ мало развитомъ состояніи.

Современными законодательствами институтъ представительства признается въ его полномъ объѣмѣ и значеніи, а въ современномъ гражданскомъ оборотѣ онъ получаетъ все болѣе и болѣе значенія и становится, такъ сказать, однимъ изъ его могущественныхъ рычаговъ. Естественно, что при такомъ значеніи и развитіи института представительства ученые обратили на него должное вниманіе и занялись его разработкой. «Немногіе институты, пишетъ Циммерманъ ¹⁾, пользуются въ новѣйшее время вниманіемъ ученыхъ въ такой степени, какъ представительство». Такое сильное научное движеніе въ обработкѣ даннаго вопроса проявилось со времени извѣстнаго сочиненія Бухки «Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen». (1852), которое по мнѣнію Циммермана открыло собой новую эпоху въ разработкѣ ученія о представительствѣ.

¹⁾ Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestia (1876) S. 7.

Несмотря однако на такое усиленное занятіе ученыхъ этимъ институтомъ его догматическая постановка имѣетъ, какъ указано будетъ въ самомъ изложеніи, еще много темныхъ сторонъ. Но въ гораздо большей степени существуетъ разногласіе между учеными по поводу исторіи института представительства. Мы видимъ въ настоящее время представительство въ его развитомъ состояніи, въ его полномъ признаніи и приложеніи; но изученіе его въ этомъ его видѣ, конечно, недостаточно для полного его пониманія и вѣрной оцѣнки; какъ и гдѣ зародилась идея представительства, какъ она развивалась, какъ складывался, обособлялся самый институтъ? всѣ эти вопросы имѣютъ не только высокій историческій, но и догматическій интересъ. Здѣсь образовались два противоположныхъ мнѣнія: одни признаютъ, что представительство выработано еще римскимъ правовымъ оборотомъ (это мнѣніе особенно держится Савиньи «*Das Obligationenrecht* Band 2 § 54 fgg.); другіе (Циммерманъ, *ibid*) считаютъ его произведеніемъ обычнаго права новыхъ народовъ. Какому изъ этихъ воззрѣній отдать предпочтеніе?

Цѣль настоящаго труда выяснить общее понятіе о представительствѣ и показать отношеніе къ этому институту права римскаго и правъ современныхъ. Понятно, что исторія института т. е. его зарожденіе и развитіе—должна составлять существенную часть этого труда, и собственно съ нею должно было-бы начать изложеніе. Но неполнѣй удовлетворительная установка самаго понятія представительства служила этому большимъ препятствіемъ. Нѣкоторые ученые, трактуя объ историческомъ происхожденіи и развитіи представительства, имѣли не совсѣмъ точное понятіе объ немъ самомъ, и влѣдствіе этого вырабатывали себѣ невѣрный взглядъ и на его исторію. Поэтому намъ показалось болѣе цѣлесообразнымъ дать сначала общій догматическій анализъ ученія о представительствѣ, а потомъ уже перейти къ его историческому развитію. Сообразно съ этимъ все изложеніе распадается на два отдѣла.

Въ первомъ отдѣлѣ выясняется понятіе представительства изъ сопоставленія его съ другими, близко подходящими къ нему формами посредничества при юридическихъ дѣлкахъ, какъ это принято большинствомъ ученыхъ, трактующихъ о данномъ вопросѣ. Здѣсь мы между прочимъ остановились подробнѣе на отличіи представителя отъ т. н. фактическаго пособника (*nuntius*), потому что вопросъ объ ихъ

различіи, имѣя большое значеніе для опредѣленія понятія представительства, представляетъ большія трудности. Здѣсь-же на основаніи выведеннаго понятія представительства устанавливается далѣе его юридическое обоснованіе.

Во второмъ отдѣлѣ большая часть изложенія посвящена римскому праву. Здѣсь разбираются тѣ формы посредничества въ юридическихъ сдѣлкахъ, которыя выработала римская жизнь, и рѣшается вопросъ о томъ, допускало-ли представительство римское право и вообще какое оно имѣло вліяніе на выработку института представительства. Далѣе въ короткихъ словахъ выясняется, какое вліяніе имѣли на образованіе представительства правовыя воззрѣнія новыхъ народовъ, отразившіяся по преимуществу въ положеніяхъ обычнаго права, а также—вліяніе ученыхъ юристовъ. Наконецъ, излагается взглядъ на данный институтъ современныхъ законодательствъ,—законодательствъ, допускающихъ полное торжество идеи представительства.

Достигается-ли предлагаемымъ трудомъ выставленная цѣль, судить намъ самимъ, конечно, нельзя; но насколько позволило время, назначенное для кандидатскаго разсужденія, и научныя средства, имѣющіяся въ рукахъ студента, мы старались по возможности разработать взятую тему всесторонне.

ОТДѢЛЪ I.

ПОНЯТІЕ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА.

Юридическая сдѣлка есть дозволенное выраженіе воли правового субъекта, пмѣющее въ результатѣ правовыя послѣдствія. Отсюда видно, что основаніе сдѣлки есть воля и что, слѣдовательно, контрагентомъ въ юридической сдѣлкѣ является то лицо, которое выражаетъ свою волю, основывающую сдѣлку.

По этому, чтобы составить себѣ ясное понятіе о представительствѣ при юридическихъ сдѣлкахъ, надо разсмотрѣть, въ какомъ отношеніи стоитъ представитель къ волѣ, служащей основаніемъ сдѣлки.

Но участіе третьихъ лицъ въ заключеніи юридическихъ сдѣлокъ не ограничивается однимъ представительствомъ; есть функціи, отираваемые иными, участвующими въ заключеніи сдѣлки, третьими лицами; по этому для яснаго и точнаго понятія о представительствѣ надо разобрать и выдѣлить функціи этихъ другихъ лицъ.

§ 1. Отличіе представительства отъ фактическаго пособничества.

Терминъ «представительство» не есть исключительная принадлежность юридическаго языка. ¹⁾; въ языкѣ

¹⁾ Шейрль. in der Kritischen Ueberschau. Bd. I. S. 317. Унгеръ System des östreich allgem. Privatrechts. B. 2, § 90. Ann. 18.

житейскомъ часто встрѣчаются выраженія въ родѣ, на-
примѣръ, слѣдующаго: онъ представляетъ отца при дѣ-
тяхъ. Такое же широкое и неопредѣленное понятіе о
представительствѣ было внесено нѣкоторыми юристами и
въ область правовую. Такъ Бринцъ 1) опредѣляетъ пред-
ставительство, какъ «Vollführung fremder Geschäfte nicht nur
der Wirkung, sondern auch dem Willen nach. т. е. исполненіе
чужихъ дѣйствій не только согласно послѣдствіямъ, но
и согласно волѣ. Но такое опредѣленіе уже крайне ши-
роко. Представительство, какъ показываетъ самое назва-
ніе, предполагаетъ непременно заступленіе одного лица
другимъ передъ третьимъ; между тѣмъ изъ только что
приведеннаго опредѣленія Бринца и еще болѣе изъ того,
что онъ 2) признаетъ поденщика, работающаго на чужой
землѣ, за представителя, видно, что у Бринца моментъ
заступленія вовсе опускается изъ виду. 3) Болѣе вѣр-
нымъ по этому является опредѣленіе представительства,
которое предложилъ Виндшейдъ 4) «Stellvertretung liegt übe-
rall da vor, wo Jemand statt eines Andern handelt т. е. вооб-
ще представительство имѣется тамъ, гдѣ кто-либо дѣйст-
вуетъ вмѣсто другаго». Но и такое опредѣленіе еще
слишкомъ широко, подъ него подходит не только дѣ-
ятельность представителя, но и — лицъ, доставляющихъ,
въ противоположность послѣднему, фактическія услуги
при заключеніи юридической сдѣлки 5) По этому дѣ-

1) Kritische Blätter № 2. (1852). С. 4.

2) С. 5.

3) Въ первомъ изданіи своихъ пандектъ Бринцъ отказался отъ
приведеннаго взгляда и призналъ, что представительство есть
Intervention in fremden Rechtsgeschäften, bei welchen
der Intervenient das Geschäft... anstatt eines Andern... ver-
richtet haben will ср. Циммерманъ die Lehre von Nego-
tiorum Gestio. С. 13 Num. 6.

4) Pandectenrecht. (3. Изд.) § 73. Num. 2.

5) Въ четвертомъ изданіи своихъ пандектъ (1875 г.). Винд-
шейдъ отказался отъ своего прежняго опредѣленія.

тельность представителя ограничивается только юридическимъ содѣйствіемъ, съ чѣмъ послѣ отказа Брицца и Виндшейда отъ своихъ первоначальныхъ мнѣній (ср. примѣч. 3 и 5 стр. 4) согласны все ученые ¹⁾).

Область фактическихъ услугъ при заключеніи юридической сдѣлки очень обширна, но, такъ какъ не все эти услуги носятъ на себѣ одинаковый характеръ, то ихъ можно раздѣлить на три класса.

Къ лицамъ, доставляющимъ фактическія услуги, относятся:

1) Лица, участвующія при подготовленіи сдѣлки; при посредствѣ ихъ сдѣлка еще не заключается, а только готовится. Таковы: юрисконсультъ, подающій совѣтъ относительно заключенія сдѣлки, лице облакающее сдѣлку въ надлежащую форму (конципиентъ), маклеръ, помогающій обоюдному соглашенію сторонъ ²⁾.

2) Лица, участвующія при заключеніи юридической сдѣлки; сюда относятся: *nuntius* (посоль, посланникъ ³⁾),

1) Ср. Циммерманъ *Die Lehre von stellvertretende Negotiorum Gestio* §. 14.

2) Гарейсъ *Die Verträge zu Gunsten Dritter*. (1873). §. 4. называетъ пособничество всехъ этихъ лицъ (кроме маклера) пособничествомъ при концепціи юридической сдѣлки, но мнѣ кажется болѣе вѣрнымъ названіе конципиента придать только одному лицу изъ всей этой группы (см. въ текстѣ), какъ это дѣлаетъ Циммерманъ. (*ibid* §. 15). Маклера Гарейсъ (§. 6) выдѣляетъ въ особую группу, но Циммерманъ справедливо возражаетъ (§. 16. *Num.* 14), что изъ словъ самого Гарейса ясна несущественность различія конципиента и маклера: конципиентъ помогаетъ только одной сторонѣ, а маклеръ—обѣимъ. Къ мнѣнію Циммермана присоединяется Нерсесовъ. (Понятіе добровольнаго представительства въ гражданскомъ правѣ. Стр. 7 прим. 18).

3) Шейрль (*Zahrbücher für Dogmatick*. II. §. 2 (1858).

передающій волю принципала другому, отсутствующему контрагенту, почтовые и телеграфныя учрежденія; переводчикъ, передающій волю одного контрагента другому въ ихъ присутствіи ¹⁾). Типъ этого класса фактическихъ пособниковъ представляетъ *nuntius*. ²⁾

3) Лица, участвующія при исполненіи юридической сдѣлки. Сюда можно отнести: носильщика, нагружающаго и выгружающаго товары, о которыхъ состоялась сдѣлка, прикащика, отвѣшивающаго и отмѣривающаго товары, конюха, передающаго проданную лошадь ³⁾).

Всѣ фактическіе пособники этихъ классовъ имѣютъ между собою то общее, что они такъ или иначе направляютъ волю принципала т. е. передаютъ, излагаютъ или исполняютъ ее ⁴⁾ Дѣятельность всѣхъ этихъ

говорить, что римское право называло такое лицо—*ministerium*; но на это справедливо возражаетъ Иггерингъ (тотъ же журналъ. II. С. 71), что терминъ «*ministerium*» употребляется одинаково, какъ для выржепія дѣятельности представителя, такъ и—факческаго помощника. Наприм. l. 15 de constit. pec. (13. 5)... *Ministerium tantummodo praestare videtur*. l. 10 § 1. de edendo (2. 13). l. 49. de donat. inter vivos (24. 1). Противъ другаго термина римскаго права—*nuntius* (l. 25. § 4. de acquir. heredit. 29. 2,) кажется, сказать ничего нельзя. Русскій переводъ этого термина—посоль, посланникъ—не есть исключительная принадлежность гражданскаго права; по этому я удерживаю терминъ римскій—*nuntius*.

¹⁾ Иггерингъ *Jahrb. f. Dogm.* I. 278—287 Гарейсъ. *ibid.* С. 4—5 (лит. b.) Циммерманъ *ibid.* С. 16 Нересовъ *ibid.*: стр 8.

²⁾ Гарейсъ. *ibid*

³⁾ Лабандъ *die Stellvertretung nachdem. D. S. G. B.* Въ *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht von Goldschmidt.* С. 189. Гарейсъ. *ibid* (лит. с.) Нересовъ *ibid.* стр. 7.

⁴⁾ Гарейсъ *ibid.* С. 10.

лицъ отличается отъ дѣятельности представителя тѣмъ, что первая фактическаго характера, вторая—юрдическаго. Въ чемъ же заключается отличительный признакъ фактическаго пособничества отъ юридическаго?

Игерингъ¹⁾ пытается вывести понятіе фактическаго пособничества въ противоположность юридическому изъ различія фактическихъ и юридическихъ элементовъ юридическаго дѣйствія. Юридическія дѣйствія, говоритъ онъ, суть тѣ, которыя производятъ юридическія послѣдствія; но не все то, что совершается при юридическомъ дѣйствіи, носитъ на себѣ юридическій характеръ; часто къ юридическому элементу присоединяется фактическій. Юридическіе элементы суть тѣ, которые юридически необходимы и составляютъ существо (*Thatbestand*) юридической сдѣлки; фактическіе—для существа сдѣлки безразличны. На этомъ различіи и основывается различіе понятій фактическаго пособника (*Gehilfe*) и юридическаго; первый, отличается отъ втораго тѣмъ, что его участіе при сдѣлкѣ имѣетъ юридическую природу, участіе же фактическаго пособника относится къ фактической сторонѣ сдѣлки. Противъ подобнаго раздѣленія элементовъ юридической сдѣлки на юридическіе и фактическіе возстали прежде всего Унгеръ и Лабандъ²⁾.

Лабандъ говоритъ, что различіе между юридическими и фактическими элементами юридической сдѣлки такъ, какъ хочетъ этого Игерингъ,³⁾ провести невозможно;

1) *Jahrb. f. Dogm. B. I Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. S. 274. fg.*

2) Унгеръ *ibid.* § 90. *Num. 3.* Лабандъ *ibid.* *S. 191.* Ср. еще Шлиманъ. *Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung.* въ *Zeitschrift für das gesammte Handelsr. Bd. 16. T. 3. Num. 3.* и др. изъ Русскихъ этому мнѣнію слѣдуетъ Нерсесовъ. стр. 5—6.

3) Замѣніе Игеринга стоитъ Ферстеръ *Theorie und Praxis des heutig. gemein. preussisch Privatrechts B. I, § 24.*

сами по себѣ фактическіе элементы пріобрѣгаютъ подѣ известными условіями юридическое значеніе, дѣлаются юридическими элементами, и, наоборотъ, дѣянія, имѣющія юридическій характеръ, нисходятъ въ виду обстоятельствъ, до чисто факческаго значенія. Такъ воля, составляющая необходимый юридическій элементъ сдѣлки, если она не выражена или въ известныхъ случаяхъ выражена не въ определенной формѣ, не имѣетъ никакихъ юридическихъ послѣдствій ¹⁾. Мнѣніе Лабанда совершенно вѣрно; по предположеніямъ различить фактическій и юридическій элементы юридической сдѣлки невозможно; при томъ хотя и можно было-бы различить эти элементы по ихъ послѣдствіямъ, ²⁾ это различіе было-бы лишено всякаго значенія, потому что не было бы принципиальнымъ. По этому теорія Игеринга совершенно оставлена.

Посмотримъ, какъ другіе ученые находятъ точку опоры для искомаго различенія факческаго и юридического посредничества. «Подъ юридическимъ актомъ, говоритъ Випдшейдъ ³⁾, разумѣется изъявленіе частной воли о томъ, чтобы известное право возникло, прекратилось или измѣнилось». Отсюда видно, что для бытія юридическаго дѣйствія необходимы два предположенія: бытіе воли и ея изъявленіе; притомъ эти два предположенія должны находиться между собою въ связи. Юридическія послѣдствія опираются не на одну только волю, которая сама по себѣ есть фактъ, и не на одно только

1) Л а б а н дъ *ibid* §. 191.

2) И г е р и н гъ (§. 274) говоритъ, что юридическое дѣйствіе есть то, которое производитъ юрид. послѣдствія, слѣдовательно и въ различеніи элементовъ юрид. сдѣлки можно было бы примѣнить ту же мѣрку.

3) Пандектное право. Переводъ подѣ ред. Пахмана-стр. 151. § 69.

выговариваніе соотвѣтствующимъ словъ, что опять таки есть простой фактъ, а на то и другое вмѣстѣ ¹⁾. Теперь, повидимому, различить юридическое пособничество отъ фактическаго было-бы легко, сказавъ, что первое является тогда, когда посредствующее лице предпринимаетъ доставить своею дѣятельностію одно изъ предположеній дѣйствительности юридической сдѣлки. Такъ дѣйствительно и думали нѣкоторые ученые ²⁾. Какое же изъ предположеній можетъ осуществить посредникъ? Указанные ученые приписывали ему возможность предпринять изъявленіе воли принципала. (дѣло шло по преимуществу о второмъ родѣ фактическаго посредничества—о *punitius* ѣ.) Но такое распредѣленіе воли и ея выраженія невозможно логически,—волю изъявляетъ самъ создавшій ее ³⁾. По этому мнѣніе этихъ ученыхъ не можетъ быть принято.

Юридически-дѣйствующимъ является тотъ, кто осуществляетъ оба предположенія юридическаго акта т. е. кто имѣетъ свою волю и выражаетъ ее ⁴⁾, наоборотъ, кто излагаетъ, исполняетъ, передаетъ или переноситъ чужую волю, дѣйствуетъ фактически. Рѣшающій моментъ, слѣдовательно, относительно различенія фактическаго и юридическаго посредничества лежитъ ⁵⁾ въ волѣ дѣйствующаго: выражаетъ посредствующее лице свою волю, — оно

1) Л а б а н д ѣ *ibid* С. 191—2. Г а р е н с ѣ *ibid*. С. 9. Между тѣмъ, еслибы принять теорію Игеринга, пришлось-бы признать за юридическаго посредника и того, кто имѣлъ-бы невыраженную волю или кто предпринялъ-бы изъявленіе воли другаго лица, несовпадающее съ дѣйствительной волей этого лица.

2) Главнымъ образомъ сюда относится Ш л и м а н ѣ *ibid*. С. 3. ср. еще Г а р е н с ѣ *ibid*. С. 9. Канштейнъ *Vollmacht und Auftrag mit Stellvertretungsbefugniß*. въ *Zeitschrift für das Privat-Öeffentliche Recht der Gegenwart*. Bd. 3. С. 675. fg.

3) Ц и м м е р м а н ѣ *ibid*. С. 16—19.

4) В и н д ш е й д ѣ *ibid*. § 69 стр. 151 и § 70 стр. 154.

5) Л а б а н д ѣ *ibid*. С. 192.

доставляетъ юридическія услуги; направляетъ оно (передаетъ, исполняетъ, излагаетъ) чужую волю, — оно доставляетъ фактическія услуги ¹⁾).

Изъ природы услугъ, доставляемыхъ первою группой фактическихъ пособниковъ, куда относятся маклеръ, конципиентъ и др., ясно, что этотъ классъ пособниковъ доставляетъ чисто фактическія услуги. Они не только не выражаютъ при сдѣлкѣ своей воли, но даже и въ заключеніи то сдѣлки самимъ принципаломъ не участвуютъ, а только готовятъ сдѣлку ²⁾).

Точно также и та группа пособниковъ, которые участвуютъ при исполненіи сдѣлки (напр. конюхъ, отводящій проданную лошадь, прикащикъ отвѣшивающій и отмѣривающій товаръ), доставляютъ только фактическія услуги, потому что не изъявляютъ своей воли при сдѣлкѣ.

Что касается послѣдняго класса фактическихъ пособниковъ, типъ которыхъ представляетъ собой *nuntius* — передающій другому отсутствующему контрагенту изъявленную волю принципала, то вопросъ о природѣ его услугъ крайне споренъ; по этому прежде, чѣмъ рѣшить доставляетъ-ли *nuntius* фактическія или юридическія услуги при заключеніи юридической сдѣлки, надо остановиться подробно на характерѣ его услугъ.

Дѣятельность *nuntius*'а такъ близко подходитъ къ дѣятельности представителя, что часто ихъ смѣшиваютъ, а нѣкоторые ученые даже сознательно отождествляютъ. Между тѣмъ вопросъ о различеніи этихъ двухъ понятій помимо его громадной важности для опредѣленія понятія представительства имѣетъ значительное практическое

1) Унгеръ. *ibid.* § 90. Уинт. 3. Къ этому мнѣнію присоединяется Нерсесовъ. *ibid.* стр. 6.

2) Ср. Лабандъ. *ibid.* С. 193.

значение при отвѣтственности посредствующихъ лицъ за culpa и dolus, при редхипиторныхъ искахъ и проч.

Въ чемъ же лежитъ отличительная черта услугъ nuntius'a при заключеніи юридической сдѣлки отъ услугъ представителя?

Старая школа, ведущая свое начало отъ глоссаторовъ ¹⁾, по имѣющая впрочемъ и теперь послѣдователей, выставила положеніе, что представитель не служитъ, подобно nuntius'у, органомъ чужой воли, а исполняетъ самъ необходимыя для заключенія сдѣлки юридическія дѣйствія, что онъ, слѣдовательно, является контрагентомъ въ сдѣлкѣ, въ отличіе отъ nuntius'a, какъ орудія контрагента ²⁾. Отыскивая, далѣе, внѣшній признакъ, по которому можно было бы узнать представителя или nuntius'a, она нашла его въ большей или меньшей степени опредѣленности порученія; такъ что представитель отличался отъ nuntius'a тѣмъ, что имѣлъ право выбора на основаніи собственнаго усмотрѣнія (Ermessen) относительно лица другаго контрагента, объекта и проч.

Бухка говоритъ: «бытіе прокуратора узнается обыкновенно по тому, что полномочіе предоставляетъ его усмотрѣнію извѣстный просторъ относительно вступленія въ договоръ; между тѣмъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ принципаль самъ все такъ специально опредѣлилъ, что для уполномоченнаго не остается нисколько сферы для соб-

1) См. Бухка. Die Lehre von der Stellvertretung. bei Eingehung von Verträgen. S. 123, 135 Azo опредѣлялъ nuntius'a такъ: nuntius est velut pica et organum et vox domini. или Baldus. Nuntius nil potest declarare vel addere, sed habet solum verba domini formaliter referre. Ср. мнѣніе Accursius'a.

2) Бухка. *ibid.* S. 206. 237. Пгерингъ *Jahrbh. f. Dogmatik.* Bd. 1. S. 279. 312.

ственного рѣшенія, этотъ послѣдній имѣетъ своею задачей: довести волю принципала до свѣденія другой стороны, какъ *nuntius*».

Тогоже мнѣнія держались Мюленбрухъ, Шейрль ¹⁾, Дернбургъ ²⁾ и др., изъ Русскихъ Гордонъ ³⁾. Вообще это ученіе было господствующимъ до послѣдняго времени и не оставлено еще, какъ мы уже сказали, и теперь ⁴⁾.

Сюда же должно отнести и Игеринга ⁵⁾, съ особой силой и ястностію проводшаго господствовавшее мнѣніе. «Не подлежатъ сомнѣнію, говоритъ онъ, что какъ почтальонъ, который переноситъ письмо съ акцептомъ, или телеграфистъ, черезъ котораго договоръ заключается телеграфнымъ путемъ, такъ и *nuntius*, которому письмо вручено, такъ сказать, въ словесной формѣ вмѣсто письменной, не принимаетъ никакого юридическаго участія въ заключеніи сдѣлки. Ихъ услуга подобна услугѣ рупора, посредствомъ котораго стороны переговариваются между собою и сами заключаютъ договоръ. Они не болѣе, какъ инструменты для сообщенія (*communicative Instrumente*)». Такое энергическое, рѣзкое различіе *nuntius*'а отъ представителя сложилось у Игеринга, быть можетъ, потому, что господствовавшая теорія нашла себѣ противника въ лицѣ Савиньи ⁶⁾, который, появивъ слабую ея сторону, отвергъ ее, но замѣнь не далъ ничего другаго

¹⁾ *Kritische Ueberschau*. Bd. XIII S. 318. Мюленбрухъ, Cession § 11.

²⁾ См. у. Унгера § 90. Num. 20.

³⁾ Журналь Министер. Юстиціи за 1867 г. т. 31 стр. 228.

⁴⁾ Сюда относятся Канштайнъ, *Ueber offene und verschlossene Briefe* въ *Archiv für die civilistische Praxis* Bd. 50 (1867). S. 235. Впрочемъ мнѣнія этихъ ученыхъ имѣютъ существенныя особенности.

⁵⁾ *Jahrb. f. Dogm.* Bd. I S. 278, 279.

⁶⁾ *Das Obligationenrecht* Bd. 2. § 57.

Савиньи замѣтилъ, что большая или меньшая степень самостоятельности въ заключеніи сдѣлки безразлична для понятій представителя и *nuntius*'а. Нельзя сказать, чтобы примѣры, которыми Савиньи старается доказать свою мысль, доказывали именно ее; но несомнѣнно, что самая мысль вѣрна, какъ это будетъ видно впоследствии. Но, отвергнувъ старую теорію о различіи между представителемъ и *nuntius*'омъ, Савиньи, какъ сказано, не только не предложилъ ничего новаго по этому поводу, а, напротивъ, призналъ тождество представителя съ *nuntius*'омъ.

Здѣсь я позволю себѣ вкратцѣ изложить его теорію, давшую начало цѣлой школѣ, продолжающей свое существованіе и теперь.

Nuntius въ источникахъ постоянно сопоставляется съ письмомъ ¹⁾. Письмо есть безсознательное и безвольное орудіе, таковымъ-же можетъ быть и *nuntius*. Но нѣтъ основанія останавливаться на томъ строго опредѣленномъ случаѣ, когда *nuntius* подобенъ письму. Если посылающій объяснитъ *nuntius*'у объ чемъ идетъ дѣло и *nuntius* передастъ полное содержаніе воли пославшаго, а не одинъ только утвердительный отвѣтъ, то все-же сущность услугъ его будетъ таже, что и въ предыдущемъ случаѣ, хотя онъ будетъ уже дѣйствовать сознательно. Если, далѣе, посылающій за видѣнную имъ вещь, относительно цѣны которой онъ не могъ сойтись съ продавцемъ, поручитъ *nuntius*'у дать цѣну по возможности близкую къ цѣнѣ продавца, и сдѣлка состоится; то *nuntius* не представляется вполнѣ лишнимъ воли, но онъ не будетъ на основаніи этого отличаться отъ предыдущихъ посредниковъ. Наконецъ даже тогда, когда кто-либо поручаетъ другому, знающему лучше пославшаго толкъ въ покупаемыхъ ве-

¹⁾ l. 2. § 2. de O. et. A. (44.7) Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur: veluti per epistolam, vel per nuntium. ср. l. 1 § 2. de contr. empt (18.1). l. 2 pr. de pactis (2.14). и др.

цахъ, выбрать лучшую вещь и купить на его, пославшаго, имя, для чего предоставляется тому известная степень свободы въ опредѣленіи цѣны, то всетаки тотъ будетъ не болѣе, какъ простой *nuntius*. «Ибо, говоритъ Савиньи, воля моя, направленная на различныя рѣшенія, между которыми выборъ предоставленъ уполномоченному, есть всетаки моя воля, и самъ представитель относительно другой стороны является во всѣхъ предыдущихъ случаяхъ простымъ носителемъ моей воли. Сопоставленіе этихъ различныхъ случаевъ, продолжаетъ Савиньи, приводитъ къ убѣжденію, что всѣ они имѣютъ одинаковую природу. Большая или меньшая степень самостоятельности представителя въ сдѣлкѣ безразлична. Провести между упомянутыми случаями рѣзкую границу невозможно, ибо во всѣхъ этихъ случаяхъ контрактъ заключается посланнымъ посредствомъ его воли, а представитель есть только носитель ея». Отсюда видно, что Савиньи низводитъ представителя на одну ступень съ *nuntius*'омъ, признавая ихъ обоимъ орудіями воли принципала, тогда какъ контрагентомъ является самъ принципаль. Эта теорія нашла себѣ много приверженцевъ.

Такъ Шейрль ¹⁾, сначала возражающій противъ нея, потомъ становится въ ряды ея защитниковъ, признавая ея справедливость относительно современнаго права. Такъ же думаетъ Рустратъ ²⁾. Изъ новѣйшихъ ученыхъ слѣдуетъ этой теоріи *Hellmann* ³⁾. Но большинство ученыхъ юристовъ отвергли выводы Савиньи.

¹⁾ *Kritische Ueberschau* Bd. XIII. S. 322—323, 335.

²⁾ *Inwiefern haftet heutzutage der Mandatar aus den Verträgen, die er als solcher geschlossen hat.* въ *Archiv für civilistische Praxis* Bd. 30 S. 340. fg. Другая его статья. въ *Jahrb. für Dogmatik.* Bd. 10. S. 208. fg.

³⁾ Разборъ сочиненія *Циммермана*. *Die stellvertretende Negotiorum Gestio*, помѣщенный въ *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzg. und Rechtsw.* herausgegeben von *Brinz.* und *Pölz.* Bd. 19 (1877) S. 349. fg. Сюдаже можно отнести отчасти

Савиньи смѣшалъ желаніе заключить сдѣлку съ дѣйствительнымъ ея заключеніемъ, смѣшалъ въ общей формѣ выраженное желаніе заключенія съ специальной волей, которая черезъ consensus обращается въ *lex contractus* ¹⁾. Представитель есть контрагентъ въ сдѣлкѣ, его воля заключаетъ сдѣлку. Это можно видѣть изъ примѣровъ самого Савиньи. «Воля моя, говоритъ Савиньи, направленная на различныя рѣшенія (*meine Entschlüsse* ²⁾), выборъ между которыми предоставленъ уполномоченному, не перестаетъ быть моею волей»; по этому знакомый, которому я поручаю купить мнѣ по его усмотрѣнію одну изъ извѣстныхъ мнѣ лошадей, и за ту цѣну, какую онъ найдетъ болѣе подходящей, будетъ только носителемъ моей воли. Съ такимъ выводомъ согласиться нельзя. Съ одной стороны изъ того, что посланный дѣлаетъ выборъ между «различными рѣшеніями» принципала, ясно, что возникновеніе сдѣлки обуславливается его—посланнаго волей, онъ является творцомъ определенной контрактной воли ³⁾; съ другой,—и это самое важное, какъ увидимъ ниже—даже по внѣшности, по отношенію къ третьему посланный не есть здѣсь носитель воли принципала, потому что онъ покупаетъ, онъ выставляетъ себя лицомъ дѣйствующимъ, контрагирующимъ. И дѣйствительно онъ здѣсь есть контрагентъ въ противоположность первымъ двумъ примѣрамъ Савиньи, гдѣ онъ является простымъ орудіемъ для контрагента (самого принципала)—*nuntius*'омъ.

и теорію Платнера, который не находитъ принципиальнаго различія между *nuntius*'омъ и представителемъ. Ср. прим. 4 стр. 12.

1) Курциусъ. *Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen.* въ *Archiv für die civilistische Praxis.* Bd. 58. S. 72. Къ этому мнѣнію присоединяется Нерсесовъ *ibid* стра. 12.

2) Въ выраженіи: *Meine Entschlüsse, zwischen denen der Stellvertreter die Wahl hat.* Курциусъ (*ibid*) видитъ *contradictio in adjecto.*

3) Тель *Handelsrecht* (1875). I § 70 *Ann.* Шейрль. *Kritische Ueberschau.* Bd. XIII S. 322.

Итакъ теорія Савиньи и его послѣдователей о безразличіи между *nuntius'*омъ и представителемъ принята быть не можетъ. Положеніе старой школы о различіи между представителемъ и *nuntius'*омъ, какъ контрагентомъ и орудіемъ контрагированія, совершенно вѣрно; но несомнѣнно значеніе теоріи Савиньи въ томъ отношеніи, что она указала (хотя и не доказала, потому что посредниковъ въ двухъ послѣднихъ примѣрахъ Савиньи нельзя принять за *nuntius'*овъ) слабую сторону предыдущей теоріи, теоріи различенія *nuntius'*а и представителя по степени свободы, имъ предоставленной.

Мысль, что для понятій представителя и *nuntius'*а несущественнъ признакъ свободного опредѣленія въ сдѣлкѣ, выдвинутая Савиньи, получала свое полное развитіе и проведеніе уже въ трудахъ позднѣйшихъ ученыхъ и особенно въ сочиненіи бывшаго послѣдователя старой теоріи, Шлпмана ¹⁾.

Въ опроверженіе признака, выставленнаго господствовавшей теоріей, Шлпманъ приводитъ рядъ примѣровъ. «Положимъ, говоритъ онъ, что А. предлагаетъ Б. двѣ лошади, каждую по 100 р., Б. даетъ порученіе В. посмотреть этихъ лошадей и относительно той, которая покажется ему подходящей, принять отъ его (Б) имени оффертъ А. По мнѣнію господствовавшей школы здѣсь В, какъ создающій опредѣленную контрактную волю, является представителемъ. Но, можетъ быть, при этомъ В. не знаетъ ни цѣны лошади, ни даже того, объ чемъ идетъ дѣло,—какая сдѣлка заключается: купля—продажа или дареніе. Неужели даже и въ этомъ случаѣ должно считать его контрагентомъ сдѣлки—представителемъ? Нѣтъ, хотя рѣшенію Б. и предоставленъ нѣкоторый просторъ, онъ все таки есть только орудіе посланнаго — *nuntius*.

¹⁾ Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung beim Abschluss obligatorischer Verträge. Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 16. (1871). S. 14—18. Лабандъ. *ibid* S. 190. Циммерманъ *ibid* S. 21 fg. Гаренсъ. *ibid* S. 4 Ann. 3.

Точно также *nuntius* у можетъ быть предоставленъ выборъ другаго контрагента. Если А и Б предлагают В. каждый свою квартиру для найма и В. даетъ порученіе Д. осмотрѣть эти квартиры и относительно той, которую онъ выберетъ согласно своему усмотрѣнію, объявить, что В. принимаетъ предложеніе; то, несмотря на право выбора, Д. будетъ здѣсь *nuntius*,—ему можетъ быть не извѣстна ни цѣна квартиръ, ни родъ договора, относительно котораго онъ переноситъ акцептъ.

Далѣе *nuntius* у можетъ быть предоставлена свобода выбора относительно того, который изъ двухъ различныхъ договоровъ долженъ быть заключенъ. Наконецъ, надо сказать, что просторъ для собственнаго усмотрѣнія можетъ быть предоставленъ *nuntius* у не только при перенесеніи акцепта, но и офферта со стороны принципала.

Итакъ понятіе *nuntius* а не исключается тѣмъ, что ему дается порученіемъ нѣкоторый просторъ въ выборѣ другаго контрагента, количества и качества объекта, цѣны его и т. п.

Съ другой стороны представитель не всегда имѣетъ просторъ для собственнаго усмотрѣнія. Онъ можетъ быть вполне связанъ волей принципала, но онъ будетъ все-таки представителемъ, какъ увидимъ это ниже, если только формально возникновеніе сдѣлки обусловливается его волей, если формально онъ хочетъ, онъ выступаетъ контрагентомъ ¹⁾.

Всѣмъ этимъ, мнѣ кажется, съ достаточной ясностью опровергается выставленное старой школой положеніе о

¹⁾ Шлиманъ. *ibid.* С. 19. Унгеръ. *ibid.* § 90. Лабандъ. *ibid.* С. 192. Циммерманъ. *ibid.* С. 23.

различіи между *nuntius*'омъ и представителемъ смотря по степени свободы въ заключеніи сдѣлки ¹⁾).

Въ настоящее время эта господствовавшая прежде теорія потеряла свое значеніе.

Прежде, чѣмъ перейти къ изложенію мнѣній ученыхъ новѣйшей школы, я останавлиюсь на нѣкоторыхъ болѣе выдающихся, отдѣльныхъ теоріяхъ.

Теорія Бера ²⁾. Прокураторъ, говоритъ этотъ писатель, есть тотъ, кто выступаетъ относительно третьяго такимъ образомъ, что служитъ посредникомъ въ сдѣлкѣ съ сознаниемъ существа и значенія ея; напротивъ *nuntius* помогаетъ сдѣлкѣ не какъ сознательный носитель ея. Но такой признакъ различенія не можетъ быть признанъ вѣрнымъ. Знаніе (хотя бы даже и обнаруженное) не можетъ имѣть вліянія на юридическую квалификацію дѣянія ³⁾. Несостоятельность мнѣнія Бера можно видѣть на примѣрѣ. Возьмемъ одинъ изъ примѣровъ Савинья. Я желаю купить лошадь, продавецъ проситъ 100 р., я не рѣшаюсь столько дать, и мы расходимся; потомъ я посылаю посла съ извѣщеніемъ, что я согласенъ на требованіе продавца. Очевидно, здѣсь посланный есть *nuntius*; но онъ будетъ таковымъ и тогда, если я ему объясню, въ чемъ дѣло, и онъ вслѣдствіе этого передаетъ не одинъ только утвердительный отвѣтъ, но полное содержаніе моей воли т. е. будетъ дѣйствовать сознательно. Онъ будетъ здѣсь

1) Даже и въ римскомъ правѣ большая или меньшая степень специализации порученія не служила признакомъ отличія представителя отъ *nuntius*'а. Такъ въ l. 1 § 1. de procur. et defens. (3.3) говорится, что и тотъ есть *procurator*, кто получилъ специальное порученіе (мнѣніе Ульпіана). Ср. Курціусъ *ibid.* С. 70. Шлиманъ. *ibid.* С. 14. *Ann.* 15.

2) *Jahrbücher für Dogmatik.* VI. Статья подъ заглавіемъ: „Ueber Irrungen beim Contrahiren durch Mittelsperson.“ С. 295-6.

3) Циммерманъ. *ibid.* С. 24 *Ann.* 29.

nuntius'омъ, потому что возникновение сдѣлки опредѣляется вовсе не его волей, онъ выступаетъ, какъ простой носитель чужой объявленной воли, а не контрагентъ.

Особенною оригинальностью отличаются мнѣнія Виндшейда ¹⁾, и Шлимана ²⁾.

Виндшейдъ различаетъ представительство въ изъясненіи воли и представительство въ волѣ (*Ich unterscheide jetzt zwischen Stellvertretung in der Erklärung und Stellvertretung im Willen*); и въ первомъ случаѣ онъ видитъ nuntius'a, а во второмъ представителя въ собственномъ смыслѣ. Что представитель замѣняетъ представляемаго въ моментъ воли, это несомнѣнно вѣрно (ср. прим. 2. стр. 20); но не вѣрно, что nuntius замѣняетъ пославшаго въ изъясненіи его воли. По мнѣнію Виндшейда въ послѣднемъ случаѣ «воля и ея изъясненіе раздѣляются»; первая находится у принципала, второе у nuntius'a. Но такое раздѣленіе невозможно. «Ничто не можетъ считаться волеизъявленіемъ извѣстнаго лица, что не есть изъясненіе его собственной воли. Воля и изъясненіе такъ же не могутъ быть раздѣлены, какъ волеспособность и конкретное рѣшеніе или какъ способность къ волеизъявленію и конкретное волеизъявленіе»³⁾). Невозможно, чтобы одно лицо изъясняло волю другаго, если то само ея не изъявило. Принципаль самъ создаетъ волю и самъ ея изъясняетъ; nuntius только переноситъ изъясненную волю принципала другому, отсутствующему контрагенту.

Подобный же взглядъ на представителя и nuntius'a высказываетъ Шлиманъ. Онъ говоритъ, что представитель замѣняетъ представляемаго въ моментъ воли, а nuntius

¹⁾ Lehrbuch der Pandectenrecht. Aufl. 3. und 4. I § 73. Num. 2.

²⁾ *ibid.* С. 18—21.

³⁾ Циммерманъ, *ibid.* С. 17—18. Къ этому мнѣнію присоединяется Нерсесовъ *ibid.* стр. 14.

въ противоположность простому переносчику письма, замѣняетъ пославшаго въ изъявленіи воли (*Der Bote vertritt den Mandanten in Bezug auf die Erklärung des Vertragswillens* ¹⁾). Противъ Шлимана должно сказать тоже, что и противъ Виндшейда, что воля и ея изъявленіе не могутъ быть раздѣляемы между различными лицами ²⁾.

1) Шлиманъ *ibid.* С. 5, 18, 22. Впрочемъ, по мнѣнію Шлимана, и *nuntius* есть тоже до нѣкоторой степени представитель въ волѣ. Къ этому мнѣнію мы возвратимся нѣсколько ниже.

2) Циммерманъ. *ibid.* С. 17—18. Цитируемое сочиненіе Шлимана имѣетъ однако большое значеніе для выясненія понятія представителя, что будетъ видно изъ послѣдующаго изложенія.

Считаю умѣстнымъ сказать здѣсь нѣсколько словъ объ оригинальной теоріи Канштейна (*Zeitschrift für das Privat-öffentliche Recht der Gegenwart* С. 675).

Этотъ писатель, въ противоположность Виндшейду и Шлиману, приписываетъ заступленіе принципала въ изъявленіи его воли представителю. Представительство въ волѣ, какъ актъ внутреннемъ, по мнѣнію Канштейна, абсолютно невозможно. Изъявленная воля есть и остается принадлежностію ея первоначальнаго обладателя—изъявившаго волю, хотя бы и было позволено кому либо другому ее формулировать или прецизировать (*präcisiren*). Представитель по этому заступаетъ представляемаго не въ волѣ, а въ изъявленіи ея. Противъ всего этого надо сказать, что во 1-хъ никто и не думаетъ утверждать, что представитель замѣняетъ представляемаго во внутреннемъ актѣ образованія воли; представитель имѣетъ и изъявляетъ свою собственную волю, но потомъ въ силу юридической фикціи его воля приписывается принципалу, какъ будто—бы это была дѣйствительно его (принципала) воля (см. параграфъ о юрид. обоснованіи представительства). Во 2-хъ—и это самое важное—заступленіе въ изъявленіи воли невозможно безъ того, чтобы съ нимъ небыло связано заступленіе въ актѣ воли, потому что раздѣленіе воли и ея изъявленія по различнымъ лицамъ немыслимо (см. въ текстѣ).

Теперь мы переходимъ къ изложенію взгляда новѣйшей школы на данный предметъ ¹⁾.

На твердую почву поставили вопросъ о различіи между представителемъ и *punitius*'омъ Унгеръ и особенно Лабандъ ²⁾. Признавая различіе между представителемъ и *punitius*'омъ, какъ между контрагентомъ и инструментомъ контрагента, они указали, что точку опоры для искомаго различенія нужно искать не во внѣшнихъ признакахъ, какъ это дѣлали предыдущія теоріи (особенно Игерингъ), а въ моментѣ внутреннемъ, хотя и связанномъ органически съ внѣшнимъ—въ волю дѣйствующаго. «Преносить или писать слова есть иѣчто фактическое, но если въ этомъ выражается воля говорящаго, то является уже изъявленіе воли—юридическій актъ».

Различіе между представителемъ и *punitius*'омъ будетъ такимъ образомъ состоять въ томъ, что *punitius* переноситъ волю принципала, а представитель выражаетъ свою собственную волю.

Мысль, что различіе между представителемъ и *punitius*'омъ должно быть найдено въ моментѣ внутреннемъ—волю творящей юридическую сдѣлку, кажется ³⁾, уже не новая; изъ того, что старая школа признавала представителя контрагентомъ, можно видѣть, что она, хотя и не вполне сознавая это, опирала проведенное ею различіе по степени свободы посредствующаго лица именно на моментъ воли; но она нигдѣ не выставила этого ясно, напротивъ центръ тяжести искомаго различенія полагала во внѣшнихъ признакахъ; по этому несомнѣнно, что Ла-

1) Унгеръ, Лабандъ, Шлиманъ, Курціусъ, Гарейсъ, Циммерманъ.

2) Унгеръ. *ibid* § 90. Уит. 3. Лабандъ *ibid*. С. 189, 192.

3) Ср. объ этомъ мнѣніе Шлимана *ibid*. С. 24.

бандъ оказалъ услугу ясной и опредѣленной постановкой данной мысли.

Несостоятельность всѣхъ выставленныхъ выше теорій, основывающихся на различіе на внѣшнихъ данныхъ, заставляеть насъ примкнуть къ теоріи Лабанда. Моментъ внутренній—воля творящая юридическій актъ—есть несомнѣнно признакъ вѣрный. Но въ силу того, что воля есть моментъ чисто внутренній, она нуждается въ наружныхъ признакахъ, по которымъ можно было бы распознать ея присутствіе. Старая школа въ томъ ошиблась, что выставила такимъ внѣшнимъ признакомъ большую или меньшую степень свободы посредствующаго лица при заключеніи сдѣлки—признакъ, провести который невозможно и который вслѣдствіе этого опровергнуть послѣдователями новой школы,—и притомъ придала этому признаку исключительное значеніе.

Какой же внѣшній признакъ распознаванія выставляется новой школой? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, надо сначала ближе разсмотрѣть самое положеніе, что представитель выражаетъ свою волю, а *nuntius* переноситъ волю принципала.

Если представитель выражаетъ свою волю при заключеніи сдѣлки; то слѣдовательно возникновеніе сдѣлки и ея содержаніе должны обуславливаться его волей. Съ другой стороны, если *nuntius* только переноситъ волю принципала; то его воля не должна имѣть никакого участія при сдѣлкѣ. Но выше, опровергая мнѣніе старой школы, мы привели нѣсколько примѣровъ Шлимана, изъ которыхъ видно, что *nuntius* можетъ имѣть право выбора относительно объекта, другаго контрагента и даже относительно того, которую изъ двухъ сдѣлокъ заключить. Не участвуетъ—ли по этому до нѣкоторой степени и *nuntius* при заключеніи сдѣлки своею волей? Курціусъ ¹⁾, принимая во вниманіе тѣ-же примѣры

¹⁾ *ibid.* С. 75.

Шлимана приходитъ къ отрицательному рѣшенію вопроса. Напр. Если А предлагаетъ Б двѣ лошади х и у одинаковой цѣны и Б даетъ порученіе В осмотрѣть лошадей и относительно лучшей передать, что онъ (А) принимаетъ предложеніе Б; то выборъ В не долженъ ли считаться, какъ участіе въ опредѣленіи объекта сдѣлки? Курціусъ говоритъ: нѣтъ, при этомъ онъ отвергаетъ вообще всякое вліяніе *puplius*'а на содержаніе сдѣлки ¹⁾. Онъ говоритъ, что въ данномъ примѣрѣ В есть *puplius* (*Vote*) потому, что ему дано порученіе относительно каждой изъ обѣихъ лошадей подъ условіемъ, что она есть по его мнѣнію лучшая, принять акцентъ и что вслѣдствіе того *puplius* здѣсь не смотря на право выбора передаетъ только вполнѣ опредѣленную волю принципала, не участвуя вовсе въ опредѣленіи объекта сдѣлки. Но такое толкованіе даннаго примѣра не можетъ быть принято. Если согласиться съ Курціусомъ, то выйдетъ, что В дано два порученія, между тѣмъ этого нѣтъ. А поручаетъ В передать акцентъ относительно лучшей лошади; порученіе неопредѣленно (альтернативно), потому что не направляется на извѣстный объектъ; необходимую опредѣленность порученію (относительно объекта) даетъ *puplius*, руководясь своимъ усмотрѣніемъ. По этому справедливо говорить Шлиманъ ²⁾, что въ данномъ примѣрѣ *puplius* участвуетъ въ опредѣленіи объекта сдѣлки своей волей, даетъ волѣ принципала необходимую опредѣленность (*Präcision*). Отношеніе между волей принципала и *puplius*'а можно выразить такъ: принципаль самъ желаетъ и самъ выражаетъ свою волю, но безъ необходимой опредѣленности (*ohne Präcision*) ³⁾, *puplius*-же, руко-

¹⁾ Съ этой стороны Курціусъ долженъ быть причисленъ къ старой школѣ.

²⁾ *ibid* С. 22.

³⁾ Что такое волеизъявленіе возможно, это можно видѣть изъ допустимости *traditio in personam incertam*. см. Циммерманъ . *ibid*. С. 23.

водясь собственнымъ усмотрѣніемъ, собственной волей, опредѣляетъ точнѣе, чего хочетъ принципаль. Изъ другихъ, приведенныхъ выше (стр. 17) примѣровъ Шлпманна видно, что *puplius* можетъ участвовать въ опредѣленіи другаго контрагента, а такъ-же можетъ имѣть вліяніе на рѣшеніе вопроса, которая изъ сдѣлокъ должна быть заключена (съ послѣднимъ согласенъ и Курціусъ *ibid*).

Такимъ образомъ воля *puplius*'а можетъ до нѣкоторой степени имѣть вліяніе на возникновеніе и содержаніе сдѣлки. Съ другой стороны представителю можетъ быть дано такое порученіе, что ему не останется никакого простора для собственнаго опредѣленія. Такъ если А даетъ порученіе Б купить опредѣленный предметъ, у опредѣленнаго лица, за опредѣленную плату и т. д., то несмотря на все это Б будетъ представителемъ, потому что онъ является контрагентомъ въ сдѣлкѣ¹⁾,—онъ дѣлаетъ предложеніе и принимаетъ акцентъ, онъ выставляетъ себя самодѣйствующимъ, онъ говоритъ: я покупаю, я предлагаю.

Итакъ изъ сказаннаго видно, что съ одной стороны *puplius* можетъ имѣть вліяніе на содержаніе и возникновеніе сдѣлки, съ другой—представитель можетъ и не имѣть такого вліянія. Но если это такъ, то является вопросъ: вѣрно-ли выставленное выше положеніе, что *puplius* передаетъ волю принципала, а представитель выражаетъ свою собственную волю? Дѣйствительно по ихъ внутренней дѣятельности распознать представителя и *puplius*'а невозможно; на усмотрѣніе посла можетъ быть предоставленъ такой-же кругъ дѣятельности, какъ и представителю²⁾. Однако отсюда вовсе не слѣдуетъ, чтобы выставленное положеніе было не вѣрно. Вѣрность его

1) Къ этому вопросу мы возвратимся немного позже и разберемъ его подробнѣе тамъ.

2) Циммерманъ. *ibid* С. 22.

не подлежит сомнѣнію, но только его смыслъ нѣсколь-
ко иной, чѣмъ было выставлено Унгеромъ и Лабандомъ.

Мы сказали выше, что возникновеніе сдѣлки и ея содержаніе должны опредѣляться волей представителя, если вѣрно то положеніе, что представитель выражаетъ свою собственную волю. Но къ этому должно прибавить, что слѣдуетъ различать матеріальное опредѣленіе содержанія и возникновенія сдѣлки отъ опредѣленія формальнаго. Второе составляетъ необходимое условіе дѣятельности контрагента сдѣлки, а слѣдовательно и представителя, первое можетъ и не быть у него. Такъ разберемъ тотъ случай представительства, когда представителю не дано никакого простора для собственнаго опредѣленія.

Матеріально содержаніе и возникновеніе сдѣлки опредѣляетъ здѣсь самъ принципаль, поручая, напри-
мѣръ, купить опредѣленный предметъ, за опредѣленную цѣну, у опредѣленнаго лица и. т. д. Но представитель, покупая вещь, ведетъ себя самостоятельно; онъ не говоритъ: «мой принципаль покупаетъ», онъ говоритъ: «я покупаю; я хочу, чтобы сдѣлка такого-то содержанія возникла; я соглашаюсь на такую сдѣлку». Хотя онъ хочетъ того-же, чего хочетъ принципаль, и не можетъ ни на шагъ отступить отъ желанія своего довѣрителя, но всетаки онъ хочетъ, онъ опредѣляетъ бытіе и содержаніе сдѣлки. *Quamquam ad negotium compulsus, tamen ipse voluit.* Такое опредѣленіе сдѣлки въ отличіе отъ опредѣленія матеріальнаго, которое даетъ самъ принципаль, должно быть названо формальнымъ опредѣленіемъ. Оно-то и основываетъ сдѣлку; между тѣмъ какъ матеріальное опредѣленіе принципала, его предшествующее рѣшеніе имѣетъ, можетъ быть, значеніе этическое или хозяйственное, но основаніемъ сдѣлки служить здѣсь не можетъ ¹⁾).

¹⁾ Циммерманъ *ibid* §. 24.

Итакъ въ данномъ случаѣ возникновеніе сдѣлки и ея содержаніе обусловливается формально волей представителя, матеріально принципала. По этому въ отношеніяхъ представителя надо различать отношенія мандатара къ манданту и отношенія мандатара къ третьему. Мандатаръ-представитель въ отношеніи къ манданту можетъ не имѣть никакой свободы для собственнаго усмотрѣнія, можетъ быть вполне связанъ волей манданта; но по отношенію къ третьему онъ выступаетъ самохотящимъ (*selbstwollend*), самодѣйствующимъ ¹⁾.

Изъ сказаннаго видно, что выставленное положеніе: «представитель выражаетъ свою волю» — вѣрно. Съ другой стороны вѣрно и то положеніе, что *nuntius* только переноситъ волю принципала. Оно вѣрно даже и для того случая, когда *nuntius* участвуетъ въ сдѣлкѣ своею волей. Дѣйствительно, хотя *nuntius* и замѣняетъ до нѣкоторой степени принципала въ моментѣ воли; однако результатъ его воли, его рѣшеніе не выступаетъ на наружу. Здѣсь такъ-же надо различать матеріальное и формальное опредѣленіе сдѣлки. Участвуя своею волей въ матеріальномъ опредѣленіи сдѣлки, *nuntius* выставляетъ себя, ведетъ себя самостоятельно; онъ не говоритъ «я покупаю, я хочу» и т. п., а — «мой мандантъ покупаетъ, хочетъ». Матеріально *nuntius* можетъ участвовать своей волей въ заключеніи сдѣлки, но формально сдѣлка обусловливается вполне волей принципала, ибо формально принципаль желаетъ изъяснить все то, что *nuntius* изъясняетъ въ предѣлахъ своей инструкціи.

Здѣсь также надо различать отношенія мандатара къ манданту и третьему ²⁾. Мандатаръ—*nuntius* въ отношеніи къ манданту можетъ имѣть нѣкоторую долю свободы и вслѣдствіе этого имѣть вліяніе на сдѣлку; но по

¹⁾ Шлиманъ *ibid* §. 17. Циммермана. *ibid* §. 22.

²⁾ Ср. предыдущее примѣч

отношенію къ третьему онъ является простымъ носителемъ чужой, опредѣленной, изъявленной воли.

Такимъ образомъ изъ всего, вышесказаннаго, видно, что положеніе: представитель выражаетъ свою собственную волю, а *nuntius* передаетъ волю принципала—вѣрно какъ относительно представителя, такъ и *nuntius'a*, и не только тогда, когда представитель имѣетъ формальное и матеріальное опредѣленіе сдѣлки или когда *nuntius* не имѣетъ ни того, ни другаго (этотъ случай очевиденъ самъ собою), но даже и тогда, когда представителю принадлежатъ одно только формальное опредѣленіе, а *nuntius'у* отчасти принадлежатъ матеріальное. Но очевидно, что то положеніе должно быть понимаемо не въ буквальномъ смыслѣ и даже нѣсколько иначе, чѣмъ понимали его Унгеръ и Лабандъ, которые, мнѣ кажется, не всегда различали формальное и матеріальное опредѣленіе сдѣлки ¹⁾.

Послѣ того, какъ найдена опора для различенія представителя и *nuntius'a*—именно моментъ внутренней, воли, основывающая сдѣлку—можно и должно отыскать ви́шній признакъ, по которому можно было-бы узнать въ томъ или другомъ случаѣ бытіе одного изъ разсматриваемыхъ, посредствующихъ лицъ. Въ чемъ-же лежитъ этотъ ви́шній признакъ? Изъ того, что различіе между представителемъ и *nuntius'омъ* основывается только на формальномъ опредѣленіи сдѣлки, слѣдуетъ, что единственно возможнымъ признакомъ распознаванія является признакъ формальный (*nach Außen*) т. е. то, какъ посредствующее лице выступаетъ передъ третьимъ. Выступаетъ посредникъ въ качествѣ простаго переносчика чужой, опредѣленной, изъявленной воли,—онъ есть

1) Ср. мнѣніе Шлимана *ibid* С. 25. Мнѣнію Лабанда слѣдуетъ Нерсесовъ Понятіе добров. представительства въ гражд. правѣ стр. 15—17.

nuntius; выступаетъ онъ, какъ самохотящій (selbstwollend) изъявитель своей собственной воли, — онъ есть представитель ¹⁾. Различіе между представителемъ и nuntius'омъ будетъ ясно, если сопоставить вполне связаннаго волей принципала представителя съ имѣющимъ право выбора, а слѣдовательно и оказывающимъ вліяніе на сдѣлку nuntius'омъ. Необходимую опредѣленность даетъ воля принципала здѣсь nuntius, а не представитель; но по отношенію къ третьему nuntius выступаетъ, какъ переносчикъ чужой воли, а представитель, какъ самохотящій.

Проведенное различіе между представителемъ и nuntius'омъ тѣсно связано съ различіемъ этихъ лицъ, какъ контрагента и орудія контрагированія; то и другое различіе другъ друга взаимно обуславливаютъ. Контрагентомъ въ юридической сдѣлкѣ, какъ сказано было выше (стр 3), является тотъ, кто выражаетъ свою собственную волю, кто вступаетъ съ противной стороной въ соглашеніе, посредствомъ котораго вырабатывается основывающаяся сдѣлка воля — *Iex contractus*. Кто-же вступаетъ въ соглашеніе при бытіи представителя? — Очевидно, онъ самъ, ибо возникновеніе сдѣлки формально обуславливается его волей, онъ выставляетъ себя (если онъ даже не есть таковой въ дѣйствительности) самохотящимъ, онъ исполняетъ юридическую дѣятельность заключенія сдѣлки. По этому представитель является контрагентомъ въ сдѣлкѣ, что впрочемъ по тѣмъ или другимъ основаніямъ признается большинствомъ ученыхъ за исключеніемъ Савиньи и его послѣдователей. Наоборотъ nuntius не есть контрагентъ, хотя бы онъ даже и участвовалъ своей волей въ опредѣленіи сдѣлки. Воля nuntius'a направлена не на то, чтобы самому заключить сдѣлку, а на то, чтобы произошла опредѣленная сдѣлка между представляемымъ и третьимъ ²⁾; при томъ формально сдѣлка опредѣляется, обуславливается волей

1) Шлиманъ *ibid* §. 23. Циммерманъ *ibid* § 22, 23.

2) Шлиманъ *ibid* §. 23.

принципала, который вслѣдствіе этого и является контрагентомъ.

Если представитель есть контрагентъ въ сдѣлкѣ, то его дѣятельность должна носить на себѣ все признаки, отличающіе контрагента во виѣ, и наоборотъ дѣятельность *nuntius'a*, какъ не контрагента, этихъ признаковъ имѣть не можетъ. Возникновеніе юридической сдѣлки требуетъ со стороны контрагента направленной на заключеніе сдѣлки воли и изъявленія этой воли ¹⁾. Изъявленіе воли при договорѣ распадается на два момента—офертъ (предложеніе) и акцентъ (принятіе предложенія). Оферентомъ является тотъ, кто свою волю, направленную на заключеніе сдѣлки, выражаетъ такъ опредѣленно, что принятіе его предложенія противной стороной дѣлаетъ контрактъ уже заключеннымъ. Офертъ и акцентъ должны имѣть опредѣленное направленіе: офертъ долженъ быть сдѣланъ тому, съ кѣмъ желаютъ заключить сдѣлку, а акцентъ—оференту. Такъ какъ договоръ есть соглашеніе двухъ или нѣсколькихъ лицъ, опредѣляющее ихъ взаимныя, юридическія отношенія въ формѣ выраженія общей воли; то представитель въ договорѣ, какъ контрагентъ, долженъ быть участникомъ въ обоихъ моментахъ изъявленія общей воли—офертъ и акцентъ: если офертируетъ онъ, то ему же долженъ быть изъявленъ и акцентъ; если ему офертируетъ другой контрагентъ, то онъ—долженъ изъявить акцентъ. Наоборотъ *nuntius*, какъ не контрагентъ, можетъ участвовать только въ офертъ или акцентъ: хотя и возможенъ случай т. н. двойнаго *nuntius'a* (*doppelter Vote*), т. е. *nuntius'a*, переносящаго офертъ отъ *A.* къ *B.* и обратно—акцентъ отъ *B.* къ *A.*; но этотъ случай имѣетъ ту же природу и отличается только тѣмъ, что здѣсь два порученія: сначала со стороны *A.*, потомъ *B.* ²⁾.

1) Шлиманъ *ibid* С. 23

2) Курціусъ *ibid* С. 74.

Въ виду изложеннаго должно сказать, что представитель замѣняетъ принципала въ полномъ заключеніи договора; а *nuntius* дѣлаетъ только предложеніе отъ имени посланшаго (при чемъ акцентъ долженъ быть объявленъ прямо принципалу) или сдѣланное принципалу предложеніе принимаетъ отъ его имени ¹⁾. Это можетъ служить другимъ наружнымъ признакомъ (хотя только при договорахъ), по которому можно узнать въ данномъ случаѣ присутствіе представителя или *nuntius'a*, тогда какъ первымъ признакомъ, какъ сказано выше, служатъ то, какъ выступаетъ посредствующее лице: какъ самохотящее или только какъ передающее волю другаго.

Всѣмъ, вышеизложеннымъ, мнѣ кажется, достаточно исчерпывается различіе между представителемъ и *nuntius'омъ*. Позволю себѣ вкратцѣ повторить основныя положенія. Различіе между представителемъ и *nuntius'омъ*,

1) Шлиманъ *ibid* §. 25. Курціусъ *ibid* §. 70—74. Циммерманъ (*ibid* §. 45—6) возражаетъ противъ выставленнаго въ текстѣ положенія, говоря, что представительство возможно какъ во всей сдѣлкѣ, такъ и въ части ея; поэтому онъ допускаетъ представительство и въ одномъ оффертѣ или въ одномъ акцентѣ. Но съ этимъ мнѣніемъ я согласиться не могу; я не понимаю, какимъ образомъ можно допустить изъясненіе акцента не тому лицу, которое отъ своего имени сдѣлало предложеніе, а другому. Возникновеніе двухсторонней сдѣлки обуславливается соглашеніемъ двухъ лицъ, а это соглашеніе возможно только тогда, когда принятіе предложенія одного контрагента другимъ изъясняется самому предложившему, или—съ другой стороны, когда акцентъ изъясняетъ то лице, которому сдѣлано предложеніе. Представитель, какъ самохотящій и самодѣйствующій, дѣлаетъ предложеніе отъ своего лица, хотя онъ и дѣйствуетъ на имя (а не отъ имени) другаго: какимъ-же образомъ акцентантъ можетъ изъяснить свое принятіе принципалу, который и не дѣлалъ никакого предложенія, какимъ образомъ и между кѣмъ возникаетъ тогда соглашеніе воли, этого-то я и не могу понять. Если вѣрно, что представитель есть контрагентъ въ сдѣлкѣ, то должно его признать заступающимъ принципала вполнѣ.

какъ между контрагентомъ и орудіемъ контрагента, покоится не на ви́шнихъ признакахъ, какъ думала старая школа и нѣкоторые изъ новѣйшихъ ученыхъ, а на моментъ внутреннемъ — волѣ, творящей юридическую сдѣлку. Искомое различіе состоитъ на основаніи этого въ томъ, что первый выразитъ при заключеніи сдѣлки свою собственную волю, второй переноситъ волю принципала. Но это различіе должно быть понимаемо не въ матеріальномъ отношеніи, а въ формальномъ; матеріально *nuntius* можетъ имѣть нѣкоторое участіе своей волей въ заключеніи сдѣлки, а представитель можетъ и не имѣть его; но формально сдѣлка обуславливается въ первомъ случаѣ волей принципала, во второмъ — волей представителя. Ви́шнимъ признакомъ распознаванія внутренняго момента воли служить во 1-хъ то, какъ выступаетъ посредствующее лице, — какъ самохотящее или только какъ передающее волю принципала; во 2-хъ (иногда) — соединеніе въ одномъ лицѣ или раздѣленіе по различнымъ лицамъ способовъ установленія соглашенія между сторонами: оферта и акцепта.

Проведя искомое различіе, мы всетаки должны прибавить, что на практикѣ распознаваніе представителя или *nuntius'a* часто бываетъ очень трудно, и вопросъ долженъ быть рѣшаемъ на основаніи обстоятельствъ, сопровождающихъ заключеніе сдѣлки.

Объемъ услугъ *nuntius'a*, насколько онъ выяснился изъ сопоставленія этого посредника съ представителемъ, даетъ намъ возможность приступить теперь къ рѣшенію поставленнаго выше вопроса о характерѣ услугъ *nuntius'a*. Доставляетъ-ли *nuntius* при заключеніи сдѣлки услуги фактическаго или юридическаго характера?

Римское право сопоставляло *nuntius'a* съ письмомъ, какъ это видно изъ многочисленныхъ примѣровъ въ источникахъ ¹⁾. — Это уподобленіе совершенно согласно съ природой услугъ этого лица.

¹⁾ Напр. L. 9. C. si quis alter. vel sibi (4. 50)..... eo etiam manifeste constituto, ut inter absentes per mediam personam, veluti

Если *nuntius* является только переносящимъ определенную волю принципала, то, очевидно, его услуга подобна услугѣ письма; онъ помогаетъ принципалу въ изъявленіи его воли, перенося ее другому контрагенту, — онъ есть, слѣдовательно, органъ, при посредствѣ котораго принципаль выражаетъ свою волю другому, онъ языкъ или письмо самого принципала ¹⁾.

Если *nuntius* есть только органъ принципала въ изъявленіи воли, — языкъ его или письмо; то дѣятельность этого посредствующаго лица должна быть признана имѣющею фактическій характеръ. Юридически дѣйствующимъ, какъ сказано было выше, является тотъ, кто изъявляетъ свою собственную волю; тотъ-же, кто только переноситъ, передаетъ чужую волю, дѣйствуетъ фактически; *nuntius* — переносящій волю принципала другому, отсутствующему контрагенту — является, слѣдовательно, дѣйствующимъ фактически. Съ этимъ, впрочемъ, несогласны многіе ученые, особенно послѣдователи новой школы ²⁾. Различаютъ два рода органовъ, при посредствѣ которыхъ изъявляетъ принципаль свою волю: собственно органы изъявленія (письмо, *nuntius*) и органы, помогающіе первымъ въ отправленіи ихъ функций (переносчикъ письма). — Обращаясь къ различію услугъ этихъ двухъ родовъ органовъ, справедливо замѣчаютъ, что

per nuntium, vel per epistolam talis contractus perfici possit. Ср. еще *l. 2. pr. de pactis* (2. 14); *l. 1. § 1. Mandati* (17. 1); *l. 2. § 2. de contr empt* (18. 1); *l. 2. § 2. de O. et A.* (44. 7). и друг.

¹⁾ Циммерманъ *ibid* С. 18—19. Курциусъ *ibid* С. 71 (*Der Bote ist, sagt Daurenus, ein redender Brief, der Brief ein stummer Bote*). Но это уподобленіе должно быть понимаемо не въ буквальномъ смыслѣ; *nuntius* не есть только «*begrifflich willenslos Werkzeug*», ибо и онъ можетъ имѣть просторъ для собственныхъ опредѣленій; юридически однако *nuntius* не является самохотящимъ.

²⁾ Шлиманъ, Циммерманъ, Гарейсъ.

дѣятельность первыхъ необходима для заключенія сдѣлки, то не можетъ быть замѣнена ничьею дѣятельностію; дѣятельность—же вторыхъ не необходима 1). Въ этомъ различіи видятъ различіе въ характерѣ дѣятельности тѣхъ и другихъ органовъ: первыхъ признаютъ доставляющими юридическія услуги, вторыхъ — фактическія 2). Но необходимость не можетъ служить критеріемъ для опредѣленія характера дѣятельности посредствующихъ лицъ; воля, напр., необходима для сдѣлки, но, если она выражена не надлежащимъ образомъ, она есть простой фактъ. Единственно вѣрнымъ критеріемъ распознаванія характера дѣятельности рассматриваемыхъ лицъ, по нашему мнѣнію, является то, изъясняетъ—ли посредствующее лице свою волю или переноситъ волю пославшаго; въ первомъ случаѣ его дѣятельность юридическаго характера, во второмъ— фактическаго.

Этимъ мы кончаемъ рѣчь о различіи между представительствомъ и фактическомъ пособничествомъ вообще и *puntius'*омъ въ частности. Позволимъ себѣ только немного подробнѣе остановиться на выясненіи результатовъ проведеннаго различія.

Изъ сопоставленія представителя съ фактическими пособниками и особенно съ *puntius'*омъ выяснилось во 1-хъ то, что представительство возможно только при юридическихъ дѣйствіяхъ, во 2-хъ— и это самое важное—, что представитель въ противоположность фактическому пособнику— особенно *puntius'*у— является контрагентомъ въ юридической сдѣлкѣ. Разсмотримъ подробнѣе второй результатъ.

1) Напримѣръ: Если переносчикъ письма потеряетъ его, то оно можетъ быть доставлено адрессату всякимъ, нашедшимъ его, и сдѣлка всетаки состоится. Наоборотъ, если письмо не будетъ доставлено, а только кто-либо, прочитавшій его, передастъ смыслъ написаннаго, сдѣлка не состоится.

2) Шлиманъ *ibid* С. 4—7. Циммерманъ *ibid* С. 21.

Прежде всего надо замѣтить (что было уже впрочемъ указано выше), что не всѣ ученые признають представителя за контрагента. Противоположнаго мнѣнія держится Савиньи и его школа ¹⁾. Хотя мнѣніе этихъ ученыхъ нами и было уже отчасти разобрано и опровергнуто (см. стр. 15); но тамъ, прежде чѣмъ было вполне установлено понятіе представителя, какъ контрагента въ сдѣлкѣ, мы не могли вполне опредѣленно выставить ошибочность мнѣнія школы Савиньи; теперь-же, когда роль представителя, какъ контрагента, по нашему мнѣнію, совершенно ясна, мы считаемъ умѣстнымъ сказать еще нѣсколько словъ о теоріи, утверждающей противное.

Савиньи говоритъ, что какъ *pupillus*, такъ и представитель суть только носители изъявленной воли принципала, вслѣдствіе чего и контрагентомъ является послѣдній. Но противъ этого надо замѣтить, какъ уже было сказано, что Савиньи смѣшалъ намѣреніе заключить сдѣлку съ дѣйствительнымъ ея заключеніемъ; хотя-бы матеріально сдѣлка и опредѣлялась волей принципала, представитель всетаки выступаетъ, какъ самохотящій, самодѣйствующій, всетаки онъ заключаетъ сдѣлку; предшествующее рѣшеніе принципала, можетъ быть, имѣетъ значеніе экономическое, но не юридическое, — юридически сдѣлка обусловливается волей представителя. Опроверженіе мнѣнія Савиньи и его послѣдователей можно видѣть и въ томъ, что при признаніи ихъ теоріи нельзя объяснить дѣятельности юридическихъ лицъ, несовершеннолѣтняго, безумнаго, котораго, будучи правоспособны, не имѣютъ у себя условій дѣеспособности. По теоріи

¹⁾ Рустратъ, Шейрль, Дернбургъ (*Heidelberger. Krit. Zeitschrift. Bd. I. S. 17—20*). Къ сожалѣнію я не могъ прочесть этого труда, потому что журналъ, гдѣ онъ помѣщенъ, библиографическая рѣдкость.

Савиньи эти недѣеспособныя лица являются контрагентами въ сдѣлкахъ, заключаемыхъ ихъ представителями ¹⁾).

Въ новѣйшее время защитникомъ теоріи Савиньи выступилъ еще Фейшманъ въ своемъ критическомъ разборѣ много разъ цитированнаго нами труда Циммермана ²⁾); возраженіе его противъ признанія представителя контрагентомъ основано на опроверженіи различія между представителемъ и *nuntius*'омъ, проведеннаго новейшей школой писателей—преимущественно Циммерманомъ,—къ мнѣнію которой присоединились и мы.

Если вышнимъ признакомъ различенія дѣятельности посредствующаго лица служить только то, какъ это лице выступаетъ во вѣ (нашъ Фейшманъ), и если при этомъ *nuntius*'у предоставляется самый обширный просторъ для собственнаго усмотрѣнія; то, по мнѣнію Фейшман'а, исчезаетъ всякая граница между разбираемыми лицами. Различіе, основанное на вышнемъ выступленіи, не удовлетворительно, потому что оно приводитъ къ признанію необходимости въ настоящее время опредѣленныхъ формулъ для выступленія того или другаго посредствующаго лица. Изъ обыкновеннаго словоупотребленія, по мнѣнію Фей-

¹⁾ Въ опроверженіе того-же мнѣнія Савиньи Циммерманъ (*ibid.* С. 37) выставляетъ вопросъ объ обсужденіи дѣятельности *negotiorum gestio*. Но такъ какъ по извѣстному правилу *ratihabitio mandato comparatur* (L. 12. § 4. D. de sol. (46.3), L. 60. D. de reg. juris (50.17), Paulus. V. 2. 2). т. е. послѣдующее одобреніе принципаломъ сдѣлки, совершенной на его имя *negotiorum gestor*'омъ, создаетъ такія-же отношенія между этими лицами, какія были-бы, если-бы принципаль далъ раньше порученіе (*mandatum*) на совершеніе заключенной сдѣлки; то мнѣ кажется, что данный случай не можетъ служить особымъ возраженіемъ противъ Савиньи, а подходитъ подъ наше первое возраженіе противъ отвергаемой нами теоріи.

²⁾ Ср. стр. 14, прим. 3.

mann'a, нельзя заключить о характерѣ посредствующаго лица; при томъ часто само посредствующее лицо не знаетъ, въ качествѣ кого оно выступаетъ. Но если даже всѣ сомнѣнія такого рода устранены, то и тогда, говоритъ рецензентъ, должно всетаки отвергнуть различіе, проведенное новой школой. Посоль (Vote), которому данъ столь-же свободный просторъ для собственнаго усмотрѣнія, какъ и представителю, является органомъ воли принципала не болѣе и не менѣе самого представителя. Если инструкція, даваемая послу и порученіе — представителю могутъ исключать всякую свободу этихъ лицъ въ собственномъ ихъ усмотрѣніи; то въ чемъ же, спрашиваетъ Heßmann, состоитъ самостоятельность дѣятельности представителя въ противоположность несамостоятельности посла? На основаніи этихъ разсужденій онъ приходитъ къ выводу, что различія между представителемъ и *nuntius'*омъ нѣтъ; при этомъ онъ присоединяется къ школѣ Савиньи, приравнивая представителя къ *nuntius'*у и вслѣдствіе этого считая контрагентомъ самаго принципала.

Но согласиться съ выводомъ Heßmann'a нельзя. Прежде всего, что касается его мнѣнія о необходимости въ настоящее время установленныхъ формулъ для выступленія посредствующихъ лицъ, что по его мнѣнію консеквентно вытекаетъ изъ допустимости вишняго признака различенія разбираемыхъ лицъ; то, мнѣ кажется, что характеръ выступленія всегда можно опредѣлить по законамъ разговорнаго языка, потому что естественно, выставляя себя дѣйствующимъ самостоятельно, говорить отъ своего лица и наоборотъ. Правда Heßmann возражаетъ противъ этого аргумента; но его доводы, по моему мнѣнію, неудовлетворительны. Онъ подкрѣпляетъ свое мнѣніе слѣдующими примѣрами: «никто не будетъ отрицать, говоритъ онъ, что произносящій:—я покупаю вещь за 100 на имя N, который послалъ меня объяснить, что онъ желаетъ ее имѣть за 100—только переносить чужую волю и наоборотъ нельзя утверждать, чтобы тотъ

былъ всегда носителемъ чужой воли, кто говоритъ:—я объявляю, что N хочетъ купить вещь за 100; это было-бы несправедливо при общемъ порученіи».

Изъ этихъ примѣровъ видно, что Шейманн не различаетъ матеріальнаго и формальнаго опредѣленія сдѣлки; хотя въ первомъ примѣрѣ матеріально сдѣлка опредѣляется волей принципала—этого никто и не отрицаетъ—, но формально въ соглашеніе вступаетъ посланный, формально онъ заключаетъ сдѣлку; то-же самое только въ обратномъ порядкѣ происходитъ во второмъ примѣрѣ. По этому я снова утверждаю, что обороты разговорнаго языка могутъ служить для признанія посредника *punctius*'омъ или представителемъ; да и не одни только обороты рѣчи, а вообще всякіе внѣшніе признаки, по которымъ можно было-бы сказать: кто вступаетъ въ соглашеніе т. е. выступаетъ-ли посредникъ, какъ самохотящій, самодѣйствующій, какъ контрагентъ, или только какъ носитель чужой воли.

Неудовлетворительно и второе возраженіе Шейманн'а противъ воззрѣнія новой школы. Онъ говоритъ, что не понимаетъ, въ чемъ состоитъ самостоятельность представителя передъ *punctius*'омъ, если признаютъ, что порученія, данныя тому и другому, могутъ быть одинаковы. Но, очевидно, что и здѣсь все дѣло въ различеніи формальнаго и матеріальнаго опредѣленія сдѣлки: матеріально порученія разбираемыхъ лицъ могутъ быть одинаковы, но формально одинъ выступаетъ какъ контрагентъ, другой—какъ орудіе контрагента (принципала).

Соображая все, вышензложенное, мы думаемъ, что предпочтеніе Шейманн'омъ теоріи Савиньи, видящей въ принципалѣ всегда контрагента, а въ посредникѣ—*punctius*'а, не имѣетъ за себя никакихъ основаній. При томъ надо замѣтить, что, выставя себя приверженцемъ теоріи Савиньи, Шейманн самъ не даетъ однако подробнаго

развитія своего воззрѣнія, а только обѣщаетъ его впоследствии.

Не признаетъ представителя за контрагента сдѣлки и Тэль ¹⁾, хотя совершенно по другимъ основаніямъ, чѣмъ Савиньи.

Онъ думаетъ, что представитель есть контрагентъ въ сдѣлкѣ, но рядомъ съ тѣмъ считаетъ контрагентомъ и представляемаго, потому-что будто-бы посредствомъ дѣятельности представителя неопредѣленная (*unpräcis*) воля манданта обращается въ опредѣленную его волю, способную служить основой сдѣлкѣ. Тэль такимъ образомъ признаетъ два контракта, совершающіеся посредствомъ дѣятельности представителя. «Въ заключеніи контракта уполномоченнымъ съ указаніемъ на полномочіе отъ принципала, говоритъ онъ, происходитъ повидимому заключеніе одного договора, въ дѣйствительности же—двухъ. Третій имѣетъ двухъ контрагентовъ.... Представитель контрагируетъ для представляемаго; представляемый контрагируетъ посредствомъ представителя». Тэль объясняетъ это такъ: «опредѣленная договорная воля, посредствомъ которой только и можетъ возникнуть договоръ, находится первоначально у мандатара, и только вследствие чужой опредѣленной, договорной воли возникаетъ у манданта собственная опредѣленная воля, достаточная для заключенія договора». ²⁾ «Представитель есть творецъ моей (конкретной, достаточной для заключенія договора) воли, а не простой носитель этой, несуществовавшей еще при выдачѣ полномочія, моей воли (какъ думаетъ Савиньи и его послѣдователи)».

Теорія Тэля представляетъ изъ себя самую сложную

1) *Handelsrecht* B. I. § 69, 70. *Ann.* S. 221—232. *Auff.* 5.

2) S. 230, 231.

конструкцію и не имѣть за собой реальной подкладки. По мнѣнію этого ученаго представитель, заключая договоръ, прецизируетъ волю представляемаго и посредствомъ этого творитъ контрактную волю послѣдняго, вслѣдствіе чего тотъ является тоже контрагентомъ. Противъ этого надо замѣтить во первыхъ то, что иногда и *vintius* прецизируетъ волю принципала и всетаки вслѣдствіе этого контрагентомъ не является; съ другой стороны и представитель можетъ не имѣть простора для собственнаго усмотрѣнія и всетаки онъ будетъ контрагентъ; это было доказано нами выше. Во вторыхъ надо сказать, что мнѣніе Теля о собственномъ контрактѣ принципала рядомъ съ контрактомъ представителя страдаетъ неестественностію; принципаль желаетъ замѣнить себя въ заключеніи контракта, а не самъ его заключить. Воля принципала, выразившаяся въ полномочіи представителю, черезъ заключеніе договора послѣднимъ не измѣняется, а остается такой-же. «Мандантъ вызываетъ контрактъ, но онъ его не заключаетъ. Хотя юридическія послѣдствія, которыя заключенный договоръ производитъ въ пользу манданта или противъ него, обусловливаются выдачей полномочія съ его стороны; однако относительно заключенія договора это полномочіе есть не болѣе какъ мотивъ»¹⁾. Въ третьихъ, если допустить теорію Теля о двухъ контрактахъ и прецизій воли манданта представителемъ; то нельзя будетъ объяснить, какимъ образомъ происходитъ эта прецизія, а слѣдовательно и заключеніе контракта самимъ принципаломъ въ случаѣ представительства лицъ недѣеспособныхъ. Наконецъ надо сказать, что видѣть въ заключеніи договора представителемъ два контракта—контрактъ его самого (*Gründvertrag*) и контрактъ представляемаго (*Hauptvertrag*)—, есть натяжка. Въ дѣйствительности здѣсь происходитъ съ одной стороны заключеніе договора представителемъ,— договора, который по собственнымъ словамъ Теля не произ-

1) Циммерманъ *ibid.* С. 40.

водитъ для заключающаго никакихъ послѣдствій; съ другой — приобрѣтеніе принципаломъ послѣдствій безъ заключенія собственнаго договора, такъ какъ выставляемое Телемъ измѣненіе воли принципала, какъ сказано, въ дѣйствительности не существуетъ. Итакъ здѣсь происходитъ: съ одной стороны заключеніе договора, съ другой приобрѣтеніе послѣдствій т. е. происходитъ одинъ договоръ, заключеніе котораго принадлежитъ представителю, послѣдствія принципалу.

Всѣмъ изложеннымъ, мнѣ кажется, въ достаточной степени отвергается мнѣніе Теля о томъ, что принципалъ есть контрагентъ въ сдѣлкѣ, послѣдствія которой онъ приобрѣтаетъ.

Итакъ всѣ теоріи, утверждающія, что контрагентомъ сдѣлки, заключаемой при помощи представителя, является самъ принципалъ, не выдерживаютъ критики, и вслѣдствіе этого выведенное выше положеніе, что контрагентомъ такой сдѣлки является самъ представитель, остается несомнѣннымъ.

Проведенное различіе между *nuntius*'омъ и представителемъ, какъ орудіемъ контрагента и контрагентомъ, имѣетъ важное практическое значеніе. Если представитель есть контрагентъ, то онъ долженъ быть лицомъ дѣеспособнымъ и дѣйствительность сдѣлки—формальныя условія ея возникновенія: свобода, серьезность воли, выраженіе ея во внѣ, а также знаніе или незнаніе пороковъ вещи и т. п., все это должно быть обсуждаемо по лицу представителя; наоборотъ, если *nuntius* есть только инструментъ, орудіе контрагента, то сдѣлка не должна обсуждаться по его лицу, онъ можетъ не имѣть дѣеспособности, можетъ быть, напримѣръ, безумнымъ, несовершеннолѣтнимъ и т. д.

Оставляя пока въ сторонѣ вопросъ объ обсужденіи сдѣлки по лицу представителя, мы разберемъ здѣсь подробно другое положеніе, именно то, что по лицу *nun-*

tius'a сдѣлка ни въ какомъ случаѣ не обсуждается. Это послѣднее положеніе признается всѣми учеными, дѣлающими различіе между представителемъ и nuntius'омъ ¹⁾. Вѣрность его подтверждается и римскимъ правомъ. Главнымъ образомъ это видно изъ обсужденія знанія или незнанія (scientia et ignorantia) недостатковъ приобретаемой вещи.

Если nuntius есть не болѣе, какъ орудіе контрагента, то вопросъ о его scientia et ignorantia не долженъ имѣть вліянія на сдѣлку. Такъ и смотритъ на это римское право. Если nuntius знаетъ недостатокъ вещи при покупкѣ черезъ него или знаетъ, что она не принадлежитъ продающему, его знаніе не вредитъ возникновенію сдѣлки. L. 2. de litig. (44.6) ²⁾.... nam si mandatu domini emit, etiam si scit servus, dominus ignoravit scientia non nocet т. е. если рабъ знаетъ, а господинъ не знаетъ, всетаки послѣдній не лишается права поднять эдильный искъ. Наоборотъ: L. 13 de contrah. emt. (18.1) Sed si servo meo vel ei, cui mandavero, vendas, sciens fugitivum, illo ignorante, me sciente, non teneri te ex empto, verum est. т. е. если рабу будетъ проданъ бѣглый рабъ, о чемъ dominus перваго раба зналъ, то искъ ex empto не можетъ имѣть мѣста. Та-же самая мысль, но въ болѣе общей формѣ проявляется въ l. 12. cit.... personae eminentium et vendentium spectari debent т. е. должно смотрѣть при обсужденіи заключенія сдѣлки на лица контрагирующихъ; а такъ какъ контрагентомъ при бытіи nuntius'a мы выше признали принципала, то сдѣлка должна быть обсуждаема по ли-

¹⁾ Бухка *ibid.* § 207. Игерингъ *ibid.* I. §. 289—291. Унгеръ *ibid.* § 90. Лабандъ *ibid.* §. 225—8. Беръ *ibid.* VI. §. 288. Циммерманъ. *ibid.* §. 18. Уитт 21.

²⁾ Бухка *ibid.* §. 15. понимаетъ это мѣсто не такъ и думаетъ, что оно противорѣчитъ другимъ мѣстамъ источниковъ относительно т. н. необходимыхъ представителей, между тѣмъ здѣсь имѣется въ виду nuntius.

цу послѣдняго. Этому фрагменту повидимому противорѣчитъ l. 51. pr. de aedil. edicto (21.1). Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emerit et redhibitoria vel ex emto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi, non domini spectandam esse, ait, ut nihil intersit peculiari an domini nomine emerit..... Sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor. Игерингъ ¹⁾ относитъ заключительное положеніе этого фрагмента къ nuntius'у; но это не вѣрно, что можно видѣть изъ связи этого положенія съ предыдущимъ. Поэтому совершенно справедливо выводитъ изъ этого фрагмента Бухка ²⁾, что сдѣлка обсуждается по лицу раба, если ему только не дано отъ господина порученія приобрести именно опредѣленную вещь. Однако фрагментъ этотъ не противорѣчитъ выставленному положенію объ отсутствіи вліянія ignorantiae et scientiae nuntius'a на сдѣлку. Въ данномъ случаѣ дѣло идетъ о рабѣ не какъ нунтіус'ѣ, а т. н. необходимомъ представителѣ; эти два понятія совершенно различны, что мы надѣемся доказать ниже.

Итакъ scientia et ignorantia nuntius'a для сдѣлки значенія не имѣютъ.

Относительно дѣеспособности nuntius'a нѣтъ никакихъ указаній въ источникахъ, хотя и можно сдѣлать объ этомъ заключеніе изъ сопоставленія nuntius'a съ письмомъ.

Какъ обсуждается culpa nuntius'a? Когда nuntius кульпно исказитъ смыслъ передаваемой имъ воли; то, конечно, сдѣлка не существуетъ. Спрашивается: долженъ ли nuntius отвѣчать передъ третьимъ за убытки, причиненные его culpa? Римское право говоритъ только объ

¹⁾ ibid С. 291 Num. 23.

²⁾ ibid. С. 14.

отвѣтственности передъ пославшимъ ¹⁾; передъ другимъ контрагентомъ *punitius* не отвѣчаетъ. Игерингъ ²⁾ держался противоположнаго взгляда, расширяя на данный случай положенія о *damnum injuria datum*; но потомъ онъ отказался отъ своего первоначальнаго взгляда и призналъ, что *punitius* не отвѣчаетъ передъ третьимъ, потому-что не стоитъ съ нимъ ни въ какихъ обязательныхъ отношеніяхъ ³⁾. Мнѣніе это совершенно согласно съ природою услугъ *punitius*'а и поддерживается и другими учеными ⁴⁾. Тэль ⁵⁾ пытается вывести отвѣтственность *punitius*'а передъ третьимъ по *actio doli*; но ему справедливо возражаютъ, что его *actio doli* непримѣнимо, когда нѣтъ никакого злаго умысла.

Итакъ изъ всего, что только извѣстно изъ источниковъ объ *punitius*'ѣ, ясно, что по его лицу сдѣлка ни въ какомъ случаѣ не обсуждается, такъ какъ онъ не является контрагентомъ ея. Съ другой стороны въ источникахъ есть множество мѣстъ, подтверждающихъ обсужденіе сдѣлки по лицу представителя. Но здѣсь мы не будемъ подробно останавливаться на послѣднемъ вопросѣ, а займемся имъ при обсужденіи юридическаго обоснованія представительства; пока только замѣтимъ, что въ вѣрности выставленнаго положенія объ обсужденіи сдѣлки по лицу представителя никто изъ ученыхъ, различающихъ представителя и *punitius*'а, какъ контрагента и орудіе контрагента, не сомнѣвается.

¹⁾ L. 8. § 10 *mandati* (17.1). L. 7 § 7. *de dolo* (4.3). L. 11 § 3. *de fals. tut.* (27.6) L. 5. *pr. de serv. corr* (11.3).

²⁾ *Jahrbch f. D.* I. С. 280 — 2.

³⁾ *Jahrbch f. D.* IV. 53 — 54. *Culpa in contrahendo*.

⁴⁾ Сиптенисъ *Civilrecht.* В. II. § 102 *Ann.* I. Беръ *Jahrbch f. D.* IV. С. 301 — 3.

⁵⁾ *ibid.* § 72. В. I. Противъ него см. Игерингъ *ibid.* I. С. 281. *Ann.* 8. IV. С. 5.

Этимъ мы оканчиваемъ рѣчь о различіи между представителемъ и фактическимъ пособникомъ вообще и *punitius*’омъ въ частности. Проведенное различіе имѣетъ громадное догматическое и практическое значеніе, вслѣдствіе чего мы на немъ и его результатахъ такъ подробно и остановились.

Результатомъ различія, проведеннаго между представительствомъ и фактическимъ пособничествомъ вообще и *punitius*’омъ въ частности, является, какъ сказано, положеніе, что представитель самъ заключаетъ сдѣлку, какъ контрагентъ; при томъ самое понятіе представителя, какъ контрагента, обусловливаетъ необходимость для бытія представительства момента заступленія; дѣйствительно представитель, какъ было замѣчено (стр. 4) по поводу опредѣленія, даннаго представительству Бринцемъ, дѣйствуетъ вмѣсто принципала, совершая вмѣсто него юридическую дѣятельность заключенія сдѣлки. Этотъ моментъ заступленія чрезвычайно важенъ для понятія представительства, потому что существуетъ цѣлый рядъ лицъ, дѣйствующихъ подобно представителю юридически, но не вмѣсто принципала, а вмѣстѣ съ нимъ. Къ разсмотрѣнію дѣятельности этихъ лицъ и къ подробному опредѣленію ея отличія отъ дѣятельности представителя мы теперь и переходимъ.

§ 2. Отличіе представительства отъ юридическаго соучастія.

Существенное отличіе юридическаго соучастника отъ *punitius*’а ясно съ перваго взгляда, оно лежитъ въ характерѣ ихъ дѣятельности: *punitius* переноситъ чужую волю и вслѣдствіе этого доставляетъ только фактическія услуги, юридическій соучастникъ выражаетъ свою собственную волю и вслѣдствіе этого доставляетъ юридическія услуги; въ виду сказаннаго для юридическаго соучастія требуется дѣеспособность, для *punitius*’а же не требуется.

Съ представителемъ юридическій соучастникъ имѣетъ

много общаго; но тѣмъ не менѣе это понятія совершенно различныя. Различіе ихъ лежитъ во 1-хъ въ моментѣ виѣшнемъ: представитель дѣйствуетъ въ сдѣлкѣ, какъ уже сказано, вмѣсто принципала, юридическій соучастникъ—вмѣстѣ съ принципаломъ. Но это виѣшнее отличіе соотвѣтствуетъ внутреннему. Юридическая сдѣлка, совершаемая принципаломъ и юридическимъ соучастникомъ вмѣстѣ, распадается на два дѣянія: главное—принципала и акцессорное—юридическаго соучастника. Второе дѣяніе дополняетъ первое, но дополняетъ необходимо, такъ что первое безъ втораго не можетъ существовать ¹⁾. Юридическое соучастіе состоитъ такимъ образомъ въ томъ, что соучастникъ дѣйствуетъ юридически (имѣетъ свою волю и выражаетъ ее) ²⁾; но его дѣяніе совершается не съ тѣмъ, чтобы замѣнить таковое-же принципала, какъ это есть при представителѣ, который дѣйствуетъ именно съ явнымъ намѣреніемъ исключить собственную дѣятельность принципала; дѣяніе юридическаго соучастника, напротивъ, присоединяется къ дѣянію принципала, и присоединяется для того, чтобы сдѣлка получила законное бытіе ³⁾. Этимъ различіемъ между представителемъ и юридическимъ соучастникомъ опредѣляется различіе между ними, какъ контрагентомъ и не контрагентомъ въ сдѣлкѣ. Несмотря на всю важность дѣянія юридическаго соучастника, которое необходимо дополняетъ дѣяніе принципала, всетаки онъ не вступаетъ самъ въ соглашеніе, а только состоявшемуся соглашенію между принципаломъ и третьимъ придаетъ свою дѣятельностью законную силу. Такимъ образомъ эти два дѣянія—принципала и юридическаго соучастника—образуетъ одну юридическую сдѣлку, принадлежащую принципалу. Оба они такъ тѣсно связаны, что взаимно другъ друга обуславливаютъ: вмѣстѣ существуютъ, вмѣс-

¹⁾ Игерингъ *ibid* I. §. 292.

²⁾ Циммерманъ *ibid* §. 25.

³⁾ Лабандъ *ibid* §. 193. Гаренсъ *ibid*. §. 11.

тѣ и уничтожаются; но отсюда не слѣдуетъ, чтобы они должны были совершаться въ одно время, напротивъ одно дѣяніе можетъ совершиться послѣ другаго; однако юридическая сдѣлка возникаетъ для принципала только при существованіи ихъ обоихъ ¹⁾.

Къ юридическимъ соучастникамъ относятся:

1) Законные свидѣтели ²⁾. Присутствіе законныхъ свидѣтелей при сдѣлкѣ составляетъ *essentialia negotii*; этимъ признакомъ они отличаются отъ обыкновенныхъ свидѣтелей. — Участіе законныхъ свидѣтелей состоитъ въ простомъ присутствіи (*Assistenz*) при сдѣлкѣ; однако они стоятъ, такъ сказать, внутри сдѣлки и потому должны быть лицами дѣеспособными ³⁾. Однако-вую съ законными свидѣтелями функцію отправляютъ оффиціальныя лица; сюда относятся ⁴⁾, напримѣръ: нотаріусъ, судья и т. п., когда присутствіе ихъ при сдѣлкѣ такъ-же, какъ и законныхъ свидѣлей, составляетъ *essentialia negotii*.

Оба эти вида соучастія можно назвать соучастіемъ формальнымъ ⁵⁾, потому-что оно необходимо нужно для

1) Игерингъ *ibid* §. 292

2) Игерингъ *ibid*. I. §. 293—4. Циммерманъ *ibid*. §. 26.

3) Участіе законныхъ свидѣтелей, какъ сказано въ текстѣ, состоитъ въ простомъ присутствіи ихъ при сдѣлкѣ; этимъ дѣятельность ихъ отличается отъ дѣятельности послѣдующихъ соучастниковъ. Но дѣяніе законнаго свидѣтеля пріобрѣтаетъ характеръ юридическаго дѣянія потому, что онъ рѣшается принять выраженное ему приглашеніе (*rogatio*) участвовати въ сдѣлкѣ (Игерингъ *ibid*. §. 294); между тѣмъ при обыкновенныхъ свидѣтеляхъ нѣтъ надобности ни въ приглашеніи, ни въ принятіи его.

4) Игерингъ *ibid*. Гаренсъ *ibid*. §. 11. Циммерманъ *ibid*. §. 26.

5) Унгеръ *ibid*. § 90.

дѣйствительности формы сдѣлки, хотя-бы матеріальное содержаніе послѣдней и не подвергалось спору.

2) Юридическимъ соучастникомъ является правовой субъектъ (напримѣръ, собственникъ), соглашающійся на распоряженіе (отчужденіе, залогъ имущества), совершаемое въ его правовой сферѣ другимъ, неуправомоченнымъ лицомъ (не собственникомъ ¹).

3) Лица, участвующія въ сдѣлкахъ рядомъ съ несовершеннолѣтнимъ ²): попечитель, а иногда рядомъ и съ совершеннолѣтнимъ: мужъ, соглашающійся на выдачу векселя женой (въ русскомъ правѣ). Сюда-же относятся оффиціальныя лица, наблюдающія за распоряженіемъ имуществомъ несовершеннолѣтняго: *decretum de alienando*.

Соучастіе лицъ, упомянутыхъ подъ двумя послѣдними

1) Преимущественно Пгерингъ *Zahrbh. f. D. I. S.* 303—311, II. S. 121—149. Шейрль. *ibid.* II. S. 3—13.

2) Римское право создало здѣсь два термина: *auctoritatis interpositio* для опекуна и *consensus curatoris*—для попечителя. Первое отличаютъ отъ втораго обыкновенно тѣмъ, что опекуну приписывается дополненіе личности пупилла: «изъявленія воли пупилла и тьютора юридически образуютъ одно волеизъявленіе; напротивъ при соучастіи куратора, говорятъ, сдѣлка заключается однимъ миномомъ, а *consensus curatoris* доставляетъ ей только силу воспроизвести имѣвшіяся въ виду послѣдствія» (Циммерманъ. *ibid.* S. 25 Уин. 30). Вопросъ о различіи значенія соучастія тьютора и куратора имѣетъ громадную литературу. Въ нашей новѣйшей литературѣ существуетъ сочиненіе проф. Азаревича, (О различіи между опекой и попечительствомъ по римскому праву), который, исходя изъ доказаннаго имъ отсутствія дѣеспособности какъ у пупилла, такъ и минора (100, 101. стр), отождествляетъ *interpositio et consensus* въ ихъ значеніи; онъ говоритъ, что пупиллъ и миномъ отправляютъ только формальную сторону совершенія сдѣлки, юридическій-же характеръ даетъ ей согласіе лицъ опекающихъ (стр. 46, 100 и 210). Въ виду этого вопросъ о дополненіи воли пупилла отпадаетъ (стр. 201—202), а вмѣстѣ съ тѣмъ становится несущественнымъ и вопросъ о различіи между *consensus curatoris* и *auctoritatis interpositio* по времени ихъ изъявленія (стр. 205, 206, 211), на что опирались нѣкоторыя изъ противоположныхъ теорій въ подтвержденіе своего мнѣнія о дополненіи воли пупилла волей тьютора.

ми рубриками можно назвать, въ противоположность упомянутымъ подъ первой, соучастіемъ матеріальнымъ, потому-что оно относится къ содержанію сдѣлки, а не къ ея формѣ ¹⁾).

Представитель и юридическій соучастникъ имѣютъ между собою то общее, что оба, какъ сказано, дѣйствуютъ юридически; но есть и еще одна сторона дѣятельности этихъ лицъ, гдѣ они между собою сходятся. Какъ представитель, такъ и соучастникъ чужды послѣдствіямъ сдѣлки,—послѣдствія ея: права и обязанности, не касаясь ни того, ни другаго лица, переходятъ прямо къ принципалу. Но сходясь между собою въ указанныхъ пунктахъ, представительство и юрид. соучастіе, какъ указано, суть понятія совершенно различныя. Представитель дѣйствуетъ одинъ; вмѣсто принципала, онъ самъ заключаетъ сдѣлку; соучастникъ дѣйствуетъ рядомъ съ принципаломъ, доставляя своей дѣятельностію только дополненіе дѣятельности послѣдняго, хотя дополненіе и необходимое. Результатомъ этого различія между разбираемыми лицами является необходимость въ опредѣленіи понятія представительства признака заступленія.

Указанный выше моментъ: непосредственности въ лицѣ принципала послѣдствій сдѣлки: правъ или обязанностей, ею производимыхъ—моментъ общій у представителя съ юридическимъ соучастникомъ—очень важенъ для опредѣленія понятія представительства. Онъ отличаетъ представителя отъ т. н. посредственнаго представителя. Оба эти лица исполняютъ юридическую дѣятельность заключенія сдѣлки и, конечно, оба дѣйствуютъ вмѣсто ²⁾ принципала, но вмѣстѣ съ тѣмъ они совершенно другъ

*) Унгеръ. *ibid.*

²⁾ Мы не хотимъ этимъ сказать того, что т. н. посред. представитель замѣняетъ принципала въ его дѣятельности, а только то, что это лице дѣйствуетъ не вмѣстѣ съ принципаломъ.

отъ друга отличаются. Къ подробному разсмотрѣнію ихъ отличительныхъ свойствъ мы теперь и переходимъ.

§ 3 Отличіе (прямаго) представительства отъ такъ называемаго посредственнаго (*mittelbar*) или непрямаго (*indirect*) представительства.

Представительство раздѣляютъ на непосредственное и посредственное. Подъ первымъ разумѣютъ то, что мы до сихъ поръ называли представительствомъ, подъ вторымъ — слѣдующее. Если кто по порученію или по какому либо другому основанію (опека, *negotiorum gestio*) заключить юридическую сдѣлку, носитель которой есть онъ самъ, права и обязанности изъ которой приобрѣтаетъ онъ самъ, но которую онъ предпринимаетъ съ тѣмъ, чтобы юридическія послѣдствія ея потомъ перенести на принципала; то это и будетъ т. н. посредственное представительство.

Очевидно, что данное юридическое отношеніе имѣетъ большое сходство съ дѣйствительнымъ представительствомъ, насколько послѣднее нами выяснено до сихъ поръ. Дѣйствительно, какъ непосредственный, такъ и т. н. посредственный представитель — оба сами являются контрагентами въ сдѣлкѣ, принимая на себя отправление юридической дѣятельности заключенія сдѣлки (этимъ они оба отличаются отъ *punitius'a*); если-же они суть контрагенты въ сдѣлкѣ, то, очевидно, что они дѣйствуютъ не вмѣстѣ съ принципаломъ, чѣмъ оба они отличаются отъ юридического соучастника. Наконецъ какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ посредствующее лице имѣетъ намѣреніе послѣдствія сдѣлки доставить принципалу. Въ чемъ же лежитъ различіе между этими отношеніями? Различіе лежитъ въ направленіи послѣдствій сдѣлки. Посредственный представитель, являясь самъ контрагентомъ въ сдѣлкѣ, самъ же, въ противоположность непосредственному представителю, является и субъектомъ ея;

непосредственный представитель заключаетъ сдѣлку самъ, но права и обязанности, изъ нея вытекающія, вовсе не принадлежать ему, а переходятъ прямо на принципала; посредственный представитель, напротивъ, контрагируетъ для себя, самъ обязывается или управомочивается изъ сдѣлки и уже только потомъ въ силу новаго юридическаго акта, чуждаго сдѣлкѣ, (*cessio* и т. п.) права и обязанности, созданныя послѣдней, переносятъ на принципала. Это различіе въ направленіи послѣдствій сдѣлки вполне соотвѣтствуетъ волѣ сторонъ. При непосредственномъ представительствѣ обѣ стороны въ сдѣлкѣ согласны въ томъ, что послѣдствія сдѣлки возникнутъ только въ лицѣ заступаемаго; другой контрагентъ, вступая въ соглашеніе съ представителемъ, всегда имѣетъ въ виду его принципала. При посредственномъ представительствѣ никто третій не имѣется въ виду; соконтрагентъ, вступая въ сдѣлку съ посред. представителемъ, его самого считаетъ другой стороной въ сдѣлкѣ, ему даетъ кредитъ, ему обязывается, съ тѣмъ, для кого (за чей счетъ) послѣдній заключаетъ сдѣлку, соконтрагентъ не встаетъ ни въ какія юридическія отношенія ¹⁾.

Итакъ различіе между разбираемыми лицами лежитъ въ прямомъ или непрямомъ направленіи согласно съ волей сторонъ послѣдствій сдѣлки. Но мы сказали, что посредственный представитель также имѣетъ намѣреніе дѣйствовать для другаго, какъ и непосредственный; нельзя ли по этому въ дѣятельности его также видѣть прямое направленіе послѣдствій сдѣлки на этого другаго? Посред. представитель, заключая сдѣлку съ другимъ, выставляетъ самого себя субъектомъ должествующихъ провозйти изъ ихъ соглашенія послѣдствій, но онъ можетъ увѣдомить своего соконтрагента, что дѣйствуетъ за счетъ ²⁾

1) Лабандъ. *ibid.* С. 197. Игерингъ. *Jahrbb f. D. I.* С. 321, 347.

2) Лабандъ. *ibid.* С. 195.

другаго, и потому намѣренъ въ послѣдствіи направить послѣдствія сдѣлки на этого другаго. Очевидно, что здѣсь существуютъ два направленія послѣдствій: на самого посред. представителя и на третьяго, которыя отличаются другъ отъ друга, какъ объективное отъ субъективнаго ¹⁾. Которому-же изъ этихъ направленій отдать предпочтеніе ²⁾? Несомнѣнно объективному, такъ какъ существо всякой юридической сдѣлки опредѣляется объективно выступающимъ волеизъявленіемъ; объективное выставленіе себя субъектомъ послѣдствій сдѣлки не можетъ ступать передъ простымъ намѣреніемъ дѣйствовать за чужой счетъ ³⁾. Если другой контрагентъ знаетъ, что его соконтрагентъ дѣйствуетъ за счетъ другаго, то это есть вполне безразличное знаніе мотива, который руководитъ соконтрагентомъ въ заключеніе сдѣлки ⁴⁾; мотивы, какъ извѣстно, вообще не должны быть принимаемы во вниманіе ⁵⁾.

Такимъ образомъ различіе между разбираемыми лицами несомнѣнно лежитъ въ направленіи согласно съ волей сторонъ послѣдствій сдѣлки. Но въ виду только что изложеннаго это направленіе послѣдствій на то или другое лице должно выступать объективно.

Это объективное выставленіе достигается тѣмъ, что сдѣлка заключается непосредственнымъ представителемъ на чужое имя (*alieno nomine* ⁶⁾), а посредственнымъ—

1) Игерингъ. *ibid.* С. 312.

2) Рѣшеніе этого вопроса имѣетъ вліяніе на юридическую квалификацію дѣятельности: если отдать предпочтеніи субъективному направленію, то не будетъ тогда различія между посред. и непосред. представителемъ.

3) Игерингъ. *ibid.* С. 320.

4) Лабандъ. *ibid.* С. 197.

5) Игерингъ. *ibid.*

6) О значеніи выраженія: *alieno nomine*—въ римскомъ правѣ я поговорю послѣ.

на свое имя (*suo nomine* ¹⁾). Но это не должно понимать въ буквальномъ смыслѣ, здѣсь дѣло не въ опредѣленныхъ выраженіяхъ, а вообще во внѣшнихъ признакахъ, по которымъ можно было-бы видѣть, кто является первоначальнымъ субъектомъ послѣдствій заключаемой сдѣлки ²⁾.

Итакъ изъ всего, предыдущаго, ясно, что непосредственный представитель является лишь контрагентомъ въ сдѣлкѣ, но не субъектомъ ея послѣдствій; напротивъ посредственный представитель есть и контрагентъ и субъектъ сдѣлки ³⁾, онъ самъ пріобрѣтаетъ ея послѣдствія и только уже потомъ посредствомъ новаго акта переноситъ ихъ на своего принципала; другими словами: въ первомъ случаѣ послѣдствія сдѣлки переходятъ къ принципалу непосредственно, не касаясь представителя, во второмъ — посредственно, проходя черезъ лице представителя; отсюда и названіе этихъ лицъ: непосредственный и посредственный представитель. Но второе изъ этихъ названій не соотвѣтствуютъ сущности обозначаемого имъ юридическаго отношенія, и мы его употребляли потому только, что въ нашемъ языкѣ нѣтъ техническаго выраженія для даннаго случая ⁴⁾. Названіе «посредственный представитель» указываетъ на присутствіе представительства, между тѣмъ какъ въ данномъ случаѣ его вовсе нѣтъ.

Въ самомъ дѣлѣ, почему-бы должно было считать дѣятельность разбираемаго лица за представительство?

1) Игерингъ. *ibid.* С. 312. Шейрль. *Zahrbh. f. D. P.* С. 19. Унгеръ. *ibid.* § 90. Лабандъ. *ibid.* С. 197. 214. Курціусъ *ibid.* С. 75. Гарейсъ. С. 13. Циммерманъ. *ibid.* С. 26.

2) Игерингъ. *ibid.* С. 330. Курціусъ *ibid.* С. 77.

3) Этимъ обусловливается различіе въ требованіяхъ относительно дѣеспособности того и другаго представителя.

4) Даже и это выраженіе взято нами изъ нѣмецкой литературы (*mittelbare Stellvertretung*).

Изъ всего, что сказано до сихъ поръ о представительствѣ (§§ 1—3), слѣдуетъ, что оно непременно предполагаетъ заступленіе однимъ лицомъ другаго въ его собственной дѣятельности (*Das Selbsthandeln* ¹⁾); въ данномъ же случаѣ ничего подобнаго нѣтъ: здѣсь посредствующее лице не заключаетъ сдѣлки вмѣсто ²⁾ принципала, не имѣетъ намѣренія своею дѣятельностію исключить собственную дѣятельность принципала, а заключаетъ свою собственную сдѣлку. Правда, что посредникъ здѣсь имѣетъ намѣреніе дѣйствовать для другаго, но это намѣреніе не уничтожаетъ объективнаго направленія сдѣлки на самого дѣйствующаго, вслѣдствіе этого намѣренія посредникъ не перестаетъ быть самъ субъектомъ истекающихъ изъ сдѣлки послѣдствій. Итакъ нѣтъ рѣшительно никакого основанія считать дѣятельность разбираемаго посредника за представительство ³⁾. Въ виду этого терминъ «представительство» долженъ быть техническимъ для того случая услугъ посредствующаго лица, когда оно заключаетъ сдѣлку на имя принципала (въ такомъ значеніи мы и будемъ употреблять его въ послѣдующемъ изложеніи); съ другой стороны выраженіе «посредственный или непрямой представитель» является, по мѣткому выраженію Унгера ⁴⁾, какъ *contradictio in adjecto* ⁵⁾.

1) Циммерманъ *ibid.* С. 15.

2) Впрочемъ мы сказали выше, что какъ собственно представитель, такъ и разбираемое лице дѣйствуютъ вмѣсто принципала; но и тамъ мы не хотѣли сказать этимъ, что разсматриваемый посредникъ замѣняетъ принципала въ его дѣятельности; мы хотѣли только показать, что это лице дѣйствуетъ не вмѣстѣ съ принципаломъ, чѣмъ оно и отличается наряду съ дѣйствительнымъ представителемъ отъ юрид. соучастника.

3) Лабандъ. *ibid.* С. 195. Гаренсъ *ibid.* С. 14. Унгеръ *ibid.* С. 134—5. Игерингъ *ibid.* I. С. 312—350.

4) *ibid.* § 90. С. 135. *Ann.* 22.

5) Не только въ русской, но и въ иностранной (нѣмецкой) литературѣ нѣтъ технического выраженія для обозначенія даннаго отношенія. Между учеными юристами существуетъ по этому поводу споръ. Игерингъ (*ibid.* С. 312, *fg*), которому главнымъ

Не смотря однако на то, что между представителемъ и разсматриваемымъ здѣсь посредствующимъ лицомъ существуетъ разница, указывающая на положительное отсутствіе во второмъ случаѣ представительства, существуетъ цѣлый рядъ ученыхъ, признающихъ въ этомъ второмъ случаѣ именно присутствіе представительства ¹⁾;

образомъ принадлежитъ заслуга выясненія проведеннаго въ текстѣ различія, назвалъ это лице — *Ersatzmann*: намѣстникъ (какъ переводитъ Гордонъ Ж. М. Ю. 1867 г. т. 32 стр. 230), управляющій; но это выраженіе, какъ показываетъ его этимологическій разборъ, предполагаетъ замѣну одного лица другимъ, чего въ данномъ случаѣ рѣшительно нѣтъ. Такъ какъ дѣятельность разбираемаго лица не есть представительство, какъ это указано въ текстѣ, то неудовлетворительнымъ является терминъ: «скрытый представитель» — *Stiller Stellvertreter* — предложенный *Siegel* емъ и принятый *Аридтсомъ* (*Pandecten*. § 76. *Ann.* 1). *Шейрль* (*Jahrb. f. D. P.* S. 20) предложилъ употреблять переводъ латинскаго выраженія *interposita persona* — *Zwischenperson* (къ этому присоединились *Унгеръ*. *ibid.* § 90, *Циммерманъ* *ibid.* S. 27. *Ann.* 33); но противъ этого надо сказать во первыхъ то, что педъ это названіе (посредствующее лице) можно подвести и представителя; во вторыхъ то, что *interposita persona* употребляется въ римскомъ правѣ по большей части тогда, когда посредствующимъ лицомъ пользовались непозволительнымъ образомъ (*Игериягъ* *ibid.* II. S. 72, 73.) Наконецъ *Гарейсъ* предложилъ терминъ: *Interessenvertreter* (*ibid.* S. 14); но ему справедливо возражаютъ (*Циммерманъ*), что тѣмъ же признакомъ можно отмѣтить и представителя. Итакъ въ нѣмецкой литературѣ нѣтъ всѣми принятаго термина; въ русской же литературѣ нѣтъ совершенно никакого

1) *Шейрль*. *Kritische Ueberschau*. 1. S. 320. *Аридтсъ* *Lehrbuch der Pandecten* Aufl. 6. § 76 S. 100. *Ann.* *Бринць*. *Kritische Blätter*. 2. S. 7. *Савиньн* *Obligationenr.* § 57. *Виндшейдъ* *ibid.* § 73 *Ann.* I. Ср. прим. 1 стр. 57.

Въ русской литературѣ подобнаго мнѣнія держится г. Гордонъ; это высказано въ его статьѣ въ Ж. М. Ю. за 1867 г. и особенно подробно развито въ вышедшемъ во время печатанія нашего труда изслѣдованіи: «О представительствѣ въ гражданскомъ правѣ» стр. 21—35. Но положенія Гордона, по моему мнѣнію, не удовлетворяютъ сущности дѣла. Мнѣніе этого писателя о томъ, что разбираемое въ текстѣ

впрочемъ ни одинъ изъ этихъ ученыхъ не развилъ своей мысли подробно.

Поводъ къ такому смѣшенію различныхъ понятій данъ былъ римскимъ правомъ, которое, не допуская (прямого) представительства или, по крайней мѣрѣ, зная его очень смутно, заставляло искать обходныхъ путей, чтобы удовлетворить жизненному обороту. Такъ и должна быть оцѣниваема дѣятельность этого лица, какъ обходъ представительства ¹⁾.

лице есть представитель (Гордонъ называетъ его одностороннимъ представителемъ), основано на двухъ существенныхъ пунктахъ: во 1-хъ на томъ, что «права и обязанности изъ сдѣлки, возникая въ лицѣ самого, односторонняго представителя, отъ него переходятъ на принципала непосредственно; во 2-хъ на томъ, что переходъ послѣдствій сдѣлки на принципала согласенъ съ намѣреніемъ, волей сторонъ и что этого ни въ какомъ случаѣ не должно игнорировать подобно нѣмецкимъ ученымъ (Унгеръ, Лабандъ и др.), которые дошли до крайняго формализма, утверждая, что вся суть распознаванія того или другаго представителя лежитъ въ произнесеніи того или другаго имени при сдѣлкѣ (на чье имя совершается сдѣлка).

Что касается перваго основанія г. Гордона; то я рѣшительно не вижу, на чемъ онъ основывается, утверждая, что послѣдствія сдѣлки переходятъ съ односторонняго представителя на принципала непосредственно. Всѣ писатели по данному вопросу, равно какъ и всѣ положительныя законодательства, начиная съ римскаго и кончая современными (даже и тѣ мѣста, которыя приведены у г. Гордона), признаютъ въ данномъ случаѣ переходъ посредственный. Ср. L. 49. § 2. de acquir. vel am. poss. (41.2) D. H. G. B. § 368. Саксон. код. § 790. Прусс. код. tit. 13 ч. I. § 154.

Что касается втораго основанія г. Гордона, то прежде всего надо сказать, что упрекъ нѣмецкимъ ученымъ (Лабандъ, Унгеръ, Циммерманъ) въ крайнемъ формализмѣ, по моему мнѣнію, совершенно невѣренъ. (Ср. Лабандъ. *ibid.* С. 216 Унгеръ. *ibid.* § 90. *Ann.* 37. Гордонъ же считаетъ, что въ этихъ мѣстахъ Лабандъ и Унгеръ себѣ противорѣчатъ). Вооружаясь противъ мнимаго формализма противниковъ (признающихъ будтобы тождество упоминанія имени и объективности), Гордонъ доказываетъ, что для распознаванія воли сторонъ годны всякіе внѣшніе признаки, потому-что преобладающее значеніе въ представительствѣ имѣетъ не внѣшность, а воля, намѣреніе сто-

1) Унгеръ. *ibid.* С. 135. Лабандъ. *ibid.* С. 196.

Въ Римѣ разбираемый институтъ имѣлъ громадное значеніе. Если кто хотѣлъ черезъ другаго пріобрѣсти право требованія или вступить въ обязательство, долженъ былъ дать тому порученіе (*mandatum*) вступить въ сдѣл-

ронъ. Упомянутое именованіе не есть *conditio sine qua non* полного представительства; но если это вѣрно, то нѣтъ основанія рѣшительно выдѣлять изъ области представительства одностороннее представительство, потому что здѣсь всегда можно различить намѣреніе сторонъ направить послѣдствія сдѣлки на самого принципала; это намѣреніе показываетъ, что одностор. представитель дѣйствуетъ въ интересѣ другаго, дѣйствуетъ вмѣстѣ другаго т. е. является представителемъ его. Мысль, что для распознаванія воли сторонъ нѣтъ необходимости въ формализмѣ, а годны всякіе виѣшніе признаки, совершенно вѣрна и, по нашему мнѣнію, раздѣляется также и тѣми учеными, которыхъ Гордонъ упрекаетъ въ формализмъ; но изъ этого ни въ какомъ случаѣ нельзя придти къ признанію односторонняго представителя дѣйствительнымъ представителемъ. Въ одностороннемъ представительствѣ воля сторонъ направлена на возникновеніе послѣдствій сдѣлки въ лицѣ самого односторонняго представителя; если при этомъ стороны и имѣютъ намѣреніе направить послѣдствія сдѣлки на самого принципала, то это намѣреніе не уничтожаетъ первоначальнаго направленія на самого одностор. представителя. Если мы къ этому прибавимъ, что непосредственный переходъ послѣдствій отъ одностор. представителя на принципала [что утверждаетъ Гордонъ] не доказанъ; то выйдетъ, что одностор. представитель заключаетъ свою собственную сдѣлку; а отсюда слѣдуетъ, что онъ дѣйствуетъ не вмѣсто принципала [хотя и для него], что онъ не замѣняетъ собственной дѣятельности принципала, что онъ, слѣдовательно, не есть представитель. Я совершенно согласенъ съ Гаррисомъ (*ibid.* §. 17), что одностор. представитель представляетъ интересы принципала экономически, но не юридически. Практическій *raison d'être* и одностор. представительства и дѣйствительнаго представительства одинаковы; но теоретически это два отношенія совершенно различныя. Итакъ и второе основаніе Гордона въ пользу односторонняго представительства, по нашему мнѣнію, неудовлетворительно.

Затѣмъ Гордонъ въ своемъ утвержденіи опирается еще на то, что противники его, выключая одностор. представительство изъ области представительства вообще, не указываютъ для него опредѣленнаго мѣста въ гражданскомъ правѣ, такъ что ему некуда преклонить голову. Но я вполне согласенъ съ Лабандомъ (*ibid.* §. 240), что характеръ дѣятельности одностор. представителя зависитъ отъ ея юридическаго основанія.

ку. Мандатаръ заключалъ сдѣлку, изъ которой онъ управомочивался и обязывался самъ ¹⁾, а потомъ переносилъ, переуступалъ ее манданту посредствомъ особаго акта— *cessio* ²⁾. Мандантъ могъ вынудить мандатара къ уступкѣ ему прибрѣтенныхъ мандатаромъ послѣдствій; съ другой стороны мандатаръ могъ требовать вознагражденія издержекъ на веденіе дѣла. Ради удобства въ дѣйствительности *cessio* не требовалось, а *quasi ex jure cesso* принципалу давался прямо имѣющіеся у контрагента— посредника пски; съ другой стороны противоположные этимъ пски давались *utiliter* прямо противъ принципала. Такимъ образомъ сдѣлка формально заключалась между мандатаромъ и третьимъ, матеріально-же она имѣла свое бытіе между мандантомъ и третьимъ. Здѣсь было не представительство манданта мандатаромъ, а скорѣе, наоборотъ, представительство мандатара мандантомъ въ исполненіи договора ³⁾. Такого рода заступленіе съ прямыми псками между принципаломъ и третьимъ называютъ неполнымъ (*involkommen*) представительствомъ. Этотъ-то институтъ и имѣлъ широкое приложеніе въ римской жпзнн.

Такимъ образомъ всѣ основанія, какія приводитъ Гордонъ въ защиту односторонняго представительства, по моему мнѣнію, неудовлетворительны, и противники Гордона, а не онъ самъ, въ правѣ были-бы сказать: *la critique est facile, mais l'art est difficile*. Къ сожалѣнію мы не могли обстоятельнѣе заняться опроверженіемъ мнѣнія г. Гордона, потому-что подробное развитіе его мысли находится въ появившемся во время уже печатанія нашего труда его изслѣдованіи. Со многими мѣстами въ этомъ обширномъ и всестороннемъ изслѣдованіи г. Гордона мы несогласны, но въ предыдущей, набранной уже части нашего труда, мы не могли объ этомъ упомянуть, а въ послѣдующемъ изложеніи принуждены ограничиваться только одними замѣтками въ примѣчаніяхъ.

1) Игерингъ. *ibid.* С. 312. fg.

2) Мюленбрухъ. *Cessio*. § 14. Бухка. *ibid.* §§ 5—7. Виндшейдъ. *ibid.* В. II. § 313.

3) Лабандъ. *ibid.* С. 196.

Нѣкоторые ученые юристы ¹⁾ рекомендуютъ подобное отношеніе съ нѣкоторыми несущественными измѣненіями и для настоящаго права. Остановимся подробнѣе на ихъ мнѣніи

Насколько мнѣ извѣстно, кажется, что первый высказалъ подобное мнѣніе Пухта. Онъ отвергаетъ представительство въ томъ видѣ, какъ оно было выставлено нами до сихъ поръ т. е. отвергаетъ непосредственное представительство, при этомъ онъ исходитъ изъ признанія тѣсной связи лицъ контрагирующихъ съ обязательствомъ, — связи, недопускающей никакой замѣны. Непосредственный переходъ противорѣчитъ, по мнѣнію Пухты, существу самого договора, основывающагося на взаимномъ соглашеніи сторонъ. «Обязательство изъ договора другаго не есть *obligatio ex contractu*, ибо тѣ лица, между которыми оно произошло, не заключали договора, а тѣ, которые контрактъ заключили, не суть субъекты обязательства». ²⁾ Такимъ образомъ выходитъ, что изъ договора обязывается и управомочивается при представительствѣ самъ контрагирующій посредникъ и только потомъ въ силу *cessio* онъ можетъ перенести приобрѣтенное на другаго ³⁾. Непосредственныя отношенія принципала къ третьему, которыя настойчиво рекомендуются современнымъ правовымъ воззрѣніемъ, Пухта старается объяснить посредствомъ *actiones utiles*, а собственное обязательство представителя нѣсколько ступшевываетъ, давая послѣднему *exceptio doli* ⁴⁾. Изъ всего, сказаннаго, видно, что Пухта

1) Пухта *Vorlesungen*. II. § 273, 275 и 279. Вангеровъ. *Pandecten*. B. 3. § 608. С. 294. Синтенисъ. *Civilr.* B. 2. С. 357. fg. Арндтсъ. *Lehrbuch*. § 246. Шейрль *Jahrb. f. D.* II. С. 27. Беръ. *Jahrb. f. D.* VI. С. 288. fg. Ср. прим. 1 стр. 54

2) *Vorles.* § 273.

3) *Vorles.* § 275.

4) *ibid.* § 279.

держится римскаго воззрѣнія на облигацію, считая его истекающимъ изъ существа облигаціи.

Въ нѣсколько видоизмѣненномъ видѣ является теорія Вангерова относительно даннаго вопроса ¹⁾. Прямо признавая создавшееся, по его мнѣнію, путемъ обычнаго права правило, что по современному правовому воззрѣнію контрагентъ можетъ допустить стипуляцію прямо на принципа и что искъ отсюда возникаетъ только въ лицѣ принципа, Вангеровъ пытается это отношеніе построить на началахъ римскаго права. Отвергая мнѣніе тѣхъ ученыхъ, которые конструируютъ данное отношеніе по началамъ, рѣшительно отклоняющимся отъ положеній римскаго права, и утверждая, что римское воззрѣніе на существо обязательства въ своемъ основаніи справедливо, потому что лежитъ въ природѣ вещей, Вангеровъ самъ однако дѣлаетъ уступку современному правовому направленію и признаетъ отступленіе отъ праваго римскаго воззрѣнія, допуская мандатара контрагировать прямо на имя манданта; этимъ дѣйствіе римскаго принципа не отмѣняется, ибо «приложеніе этой формы имѣетъ только то значеніе, что черезъ это другой контрагентъ прямо увѣдомляется о прокураторскомъ достоинствѣ промиссара и, слѣдовательно, — о молчаливой цессіи договорнаго требованія манданту» ²⁾.

Шейрль ³⁾, признавая неразрывную связь съ договоромъ лицъ, заключающихъ его, говоритъ, что онъ въ подобномъ утвержденіи опирается прежде всего на природу вещей, а потомъ уже на *Cognus juris*. Этотъ авторъ считаетъ представителя или вполне обязаннымъ или только *principaliter*, слѣдовательно рядомъ съ принципаломъ.

Ученые этой школы, опираясь на признаваемую ими

1) Pandecten B. 3. § 608. C. 293—5.

2) *ibid.* C. 294.

3) *ibid.* C. 30—1.

индивидуальность договорныхъ отношеній, отвергають приложимость и даже возможность (непосредственнаго, прямаго) представительства (только при обязательствахъ) и на основаніи этого, какъ сказано выше, признають, что и въ настоящее время господствуетъ неполное представительство. Они строятъ такимъ образомъ свою теорію, такъ сказать, на развалинахъ опровергаемой ими теоріи полнаго представительства; по этому, чтобы показать несостоятельность для настоящаго времени ихъ собственнаго мнѣнія, надо разсмотрѣть и отвергнуть ихъ возраженія противъ теоріи полнаго представительства.

Вся эта школа, очевидно, стоитъ въ ложномъ положеніи, стараясь воззрѣнія новыхъ народовъ (сами они признають, что въ современномъ оборотѣ непосредственное представительство допускается. Вангеровъ *ibid*) подвести подъ рамки римскаго права. Римское воззрѣніе на облигацію съ ея индивидуальнымъ характеромъ она хочетъ возвести въ неоспоримое положеніе, истекающее, по ея мнѣнію, изъ существа обязательства; но она не объясняетъ такихъ яркихъ жизненныхъ явленій современнаго оборота, какъ, напримѣръ, бумаги на предъявителя (*Variete auf Zuhaber*), гдѣ права требованія, отрѣшившись отъ лицъ, обращаются, какъ самостоятельныя цѣнности ¹⁾. Какъ объяснить подобное явленіе, неужели аномаліей ²⁾?

Но если вообще вѣрность самой основы, на которой построена теорія этой школы, можетъ подлежать сомнѣнію; то въ гораздо бѣльшей степени подлежить сомнѣнію вѣрность ея по отношенію къ институту представительства. Оппраясь на признаваемую ими индивидуальность договорныхъ отношеній, указанные ученые поставили

1) Бринцъ. *Kr. VI. № 2. С. 34* Въ русской литературѣ ср. Нерсесовъ. Понятіе добр. пред. въ гражд пр. стр. 56.

2) См. Шейрль. *Krit. Uebersch. B. I. С. 330.*

себѣ задачей, какъ сказано, отвергнуть приложимость и вѣрность непосредственнаго, полнаго представительства. Но справедливо говорить Лабандъ ¹⁾, что если даже принять положеніе о индивидуальности обязательственныхъ отношеній и истекающее отсюда требованіе неизмѣняемости субъектовъ обязательства, то всетаки этимъ не достигнется предназначенная упомянутой школой цѣль: опрокинуть теорію полнаго представительства; современное воззрѣніе на представительство, какъ непосредственное, полное, прямое всетаки удерживается, потому что оно вовсе не требуетъ перехода обязательства съ одного лица на другое. Въ самомъ дѣлѣ: указанные ученые ²⁾ говорятъ, что юридическія послѣдствія обязательства возникаютъ только въ лицѣ его первоначальнаго субъекта, и такъ какъ при этомъ сингулярная сукцессія, по мнѣнію этихъ ученыхъ, не допускается, то, очевидно, непосредственное представительство является невысказаннымъ. Но, какъ уже сказано, теорія непосредственнаго представительства не требуетъ перехода обязательства съ одного лица на другое: представитель является здѣсь контрагентомъ, но онъ дѣйствуетъ вмѣсто представляемаго и представляемый уже, согласно волѣ сторонъ есть первоначальный субъектъ послѣдствій, истекающихъ изъ обязательства ³⁾. Впрочемъ, противъ этого выставляется другое требованіе, истекающее изъ индивидуальности обязательственныхъ отношеній. Договорныя отношенія,

1) *ibid.* С. 184

²⁾ Пухта. *Pand.* § 273 Вангеровъ *Pand.* § 608 С. 294.

³⁾ Почти тоже говоритъ Гордонъ (*Ж. М. Ю.* 67. г. т. 31. стр. 226 и вновь вышедшее его сочиненіе—*Представит. въ гражд. правѣ*—стр. 12—13); онъ утверждаетъ, что вопросъ объ индивидуальности отношеній и сингулярной сукцессіи можетъ быть возбужденъ только по отношенію къ установленнымъ уже договорамъ, между тѣмъ при представительствѣ договорныя отношенія при самомъ ихъ установленіи связываются на основаніи ясно выраженнаго намѣренія сторонъ съ лицомъ представляемымъ.

по мнѣнію данной школы, возникаютъ только въ лицѣ самихъ контрагентовъ. «Чтобы заключающій контрактъ не былъ субъектомъ возникающаго обязательства, но непосредственно черезъ него былъ таковымъ другой, это, говоритъ Пухта, протвѣно существу даннаго юридическаго отношенія, при которомъ субъекты принадлежатъ столь существенно къ его содержанию, что перемена послѣднихъ дѣлаетъ само обязательство другимъ» ¹⁾. Между тѣмъ теорія (непосредственнаго, полнаго) представительства, какъ мы видѣли, основывается на раздѣленіи ²⁾ по различнымъ лицамъ контрагента (представитель) и субъекта обязательства (представляемый). Противъ такого раздѣленія въ особенности вооружается Тель ³⁾, который считаетъ его даже логически невозможнымъ. Но противъ всего этого надо сказать, что современный правовой оборотъ не укладывается въ рамки, начерченныя этими учеными.

Невѣрность ихъ взгляда проявляется особенно въ слѣдующемъ. Они говорятъ, что первоначальнымъ субъектомъ послѣдствій сдѣлки является самъ неполный представитель; но тогда, понятно, представляемому могутъ быть приобрѣтены только такія права и на него могутъ перейти только такія обязанности, въ которыхъ способенъ самъ посредникъ, — отъ послѣдняго должна быть требуема, слѣдовательно, не только способность заключить сдѣлку, (общая дѣеспособность), но и релятивная способность къ приобрѣтенію послѣдствій ея. Между тѣмъ въ нынѣшнемъ оборотѣ возможно приобрѣсть черезъ представителя права, къ которымъ онъ самъ неспособенъ ⁴⁾. Точно также черезъ него можно приоб-

1) Пухта *Hand* § 273. С. 420 и особенно Шейрль. *Zahrb. f. D.* II С. 29, противъ нихъ. Бринцъ. *Kr. Bl* № 2, С. 34.

2) Какъ объяснить подобное, такъ сказать, неестественное явленіе, что изъ сдѣлки одного приобрѣтаетъ другой, этимъ мы займемся въ параграфѣ объ обоснованіи представительства.

3) *Handelsr. B.* I. § 69, 70. *Auff.* 5.

4) Лабандъ *ibid.* С. 185.

рѣсть права, вполнѣ непереносимыя, напримѣръ по нѣ-
 которымъ современнымъ законодательствамъ допускается
 бракъ черезъ представителя; неужели и здѣсь надо ви-
 дѣть прохожденіе приобрѣтаемыхъ послѣдствій черезъ
 лице представителя ¹⁾. Логическая возможность раздѣ-
 ленія субъекта и контрагента обязательства видна и пзъ
 допустимости представительства въ государственномъ пра-
 вѣ. Немыслимо было-бы, напримѣръ, утверждать, что
 договоры, заключенные посланниками, возникаютъ преже-
 де всего въ ихъ лицѣ ²⁾.

Наконецъ, противъ мнѣнія указанныхъ ученыхъ
 должно сказать еще то, что положительныя законода-
 тельства прямо признають непосредственность возникно-
 венія послѣдствій сдѣлки въ лицѣ принципала. Прус-
 ское. ч. I. тит. 13. § 85, Австрійское § 1017, -1018,
 Баварскій кодексъ. ч. 4 гл. 9. § 7, Саксонское § 788.
 Французское art. 1998, Цюрихское. § 949, всего ясиѣ
 выражено это признаніе въ общегерманскомъ торговомъ
 уложеніи § 52: «между прокуроромъ пли уполномочен-
 нымъ и третьимъ сдѣлка, заключенная на имя принци-
 пала, не производятъ ни правъ, ни обязанностей». Рус-
 ское X т. ч. I. ст. 2326 ч. 2. ст 193 ³⁾. Ср. Рѣш.
 гражд. кас. деп. 1870 г. № 1039, Сафьянникова.

Все, сказанное въ опроверженіе мнѣнія данной
 школы о недопустимости прямого представительства, слу-
 житъ вмѣстѣ съ тѣмъ возраженіемъ и противъ ихъ те-
 ории неполнаго представительства. Хотя всего сказанна-
 го, по моему мнѣнію, совершенно достаточно, чтобы
 отвергнуть господство теоріи неполнаго представитель-
 ства въ настоящее время, однако я позволю себѣ еще
 нѣсколько остановиться на отдѣльныхъ мнѣніяхъ нѣко-
 торыхъ писателей данной школы.

¹⁾ Унгеръ *ibid.* § 90. Зитт. 20.

²⁾ Лабандъ. *ibid.* С. 185.

³⁾ Ср. Нерсесовъ *ibid.* Стр. 153 и слѣд. Гордонъ толь-
 ко что вышедшее сочиненіе: Предст. въ гражд. пр. стр. 11.

Миѣніе Пухты. Пухта, какъ сказано, строго держался римскаго воззрѣнія на представительство и признавалъ возникновеніе обязательныхъ отношеній только въ лицѣ самого представителя; при этомъ, уступая требованіямъ современнаго оборота, этотъ ученый приписывалъ заступаемому *actiones utiles*, а собственное обязательство представителя старался стусевать посредствомъ *exsertio doli*. Но противъ Пухты надо сказать, что его побочныя средства не имѣють въ настоящее время приложенія ¹⁾, вслѣдствіе чего и вся его теорія теряетъ свой смыслъ.

Миѣніе Вангерова. Этотъ писатель отстываетъ отъ положеній римскаго права въ томъ, что допускаетъ дѣйствовать неполнаго представителя прямо на имя принципала. Къ такому отступленію, конечно, побудила Вангерова потребность современнаго оборота; но его конструкція представительныхъ отношеній всетаки не соответствуетъ требованіямъ этого оборота. Вангеровъ думалъ удовлетворить жизненной потребности въ непосредственномъ представительствѣ установленіемъ сдѣлки на имя принципала и совершаемой посредствомъ этого молчаливой цессіи требованій манданту. Но жизненный оборотъ требуетъ не такой непосредственности; по конструкціи Вангерова послѣдняя присутствуетъ только по наружности, въ дѣйствительности-же дѣйствіе римскаго принципа остается въ полной силѣ, потому-что всетаки

1) Савиньи *Oblig. B. II. S. 52.* Безелеръ *Deutsch Privatr. B. II. S. 277.* Вехтеръ *Würtemb. Privatr. B. 2. S. 679.* (см. у Лабанда *ibid. S. 197 Num. 30*) Лабандъ *ibid. S. 197.* За приложимость *actiones utiles (quasi ex jure cesso)* въ настоящее время стоитъ Курціусъ *ibid. S. 76.* Гордонъ (въ только что вышедшемъ изслѣдованіи) считаетъ возможнымъ приложеніе *actiones utiles* и въ русскомъ правѣ (стр. 23 прим. 3); но съ этимъ согласиться рѣшительно невозможно: въ западныхъ законодательствахъ, выросшихъ на почвѣ римскаго права, быть можетъ, эти иски и могутъ прилагаться, но у насъ это немыслимо.

остаются возникновение послѣдствій сдѣлки въ лицѣ представителя и переходъ ихъ на принципала посредствомъ цессіи, хотя-бы и молчаливой. Поэтому миѣ кажется, что конструкція Вангерова жизненному обороту удовлетворить рѣшительно не въ состояніи и что вѣдствіе этого Вангеровъ не правъ, отвергая (непосредственное) представительство за отсутствіемъ, какъ онъ говорить, практической необходимости такого рѣшительнаго отступленія отъ положеній римскихъ; въ такомъ отступленіи, напротивъ, существуетъ самая настоятельная жизненная необходимость. Какъ, напримѣръ, долженъ быть поставленъ по конструкціи Вангерова вопросъ объ обсужденіи сдѣлки по лицу представителя, — вопросъ, разобранный нами выше?

Изъ всего, сказаннаго о неполномъ представительствѣ, ясно, что оно ни въ какомъ случаѣ не можетъ удовлетворить потребности современнаго оборота и потому не можетъ исключить собою (полнаго) представительства; съ другой стороны всѣ возраженія противъ теории (полнаго) представительства, на что въ сущности и опиралась школа противниковъ, оказываются неудовлетворительными ¹⁾.

Существуетъ-ли въ настоящее время практическая пригодность института т. н. посредственнаго представительства (заключеніе сдѣлки на свое имя, но за чужой счетъ)? Лабандъ ²⁾ говоритъ совершенно правильно, что въ томъ видѣ, какъ этотъ институтъ прилагался у Римлянъ т. е. въ видѣ т. н. неполнаго представительства, съ *actiones utiles* и т. п., онъ теперь неприложимъ ³⁾;

1) Противъ допустимости (прямаго) представительства высказался и Тель (*Handelsg. Bd. I. § 69, 70. Aufl. 5.*), предложивъ съ своей стороны теорію двухъ контрактовъ, которая нами разобрана и опровергнута была выше, см § 1. стр. 38-40.

²⁾ *ibid.* С. 197—8.

³⁾ Относительно допустимости *actiones utiles* въ настоящее время см. прим. 1. стр. 64.

но съ другой стороны, если отбросить эти теперь не-примѣнимые пски, то въ этомъ видѣ институтъ имѣетъ и у насъ приложеніе рядомъ съ допускаемымъ свободнымъ представительствомъ. Такъ, напр., если надо скрыть свое имя при покупкѣ, чтобы не повысили цѣну; при продажѣ вещей, когда не хотятъ объявить, кто продаетъ, поручаютъ это сдѣлать другому отъ своего имени; но самое важное приложеніе даннаго института есть то, что онъ лежитъ въ основаніи командитнаго товарищества и коммисіонной торговли ¹⁾.

Результатомъ изложеннаго въ настоящемъ параграфѣ является необходимость по отношенію къ понятію представительства момента непосредственности возникновенія въ лицѣ принципала послѣдствій сдѣлки; при томъ эта непосредственность должна соответствовать обнаруженной посредствомъ заключенія сдѣлки на имя принципала или другими какими либо способами волѣ сторонъ.

Если соединить всѣ признаки, выяснившіеся при изложеніи предыдущихъ параграфовъ; то можно составить себѣ слѣдующее понятіе о представительствѣ. Представитель, являясь контрагентомъ въ сдѣлкѣ, совершаетъ вмѣсто принципала юридическую дѣятельность заключенія ея, при чемъ послѣдствія, производимыя сдѣлкой—права и обязанности,—возникаютъ, согласно явно выраженной волѣ сторонъ, непосредственно въ лицѣ самого принципала. Такое опредѣленіе однако не исчерпываетъ вполне понятія представительства. Здѣсь долженъ быть еще болѣе сильно оттъненъ моментъ воли сторонъ относительно возникновенія послѣдствій сдѣлки въ лицѣ принципала. Во всякой юридической сдѣлкѣ возникновеніе, прекращеніе и измѣненіе правовыхъ отношеній обуславливается направленной на эти послѣдствія волей сторонъ. Точно также, въ примѣненіи къ разбираемому здѣсь

1) Игерингъ *ibid.* С. 317, 318. Унгеръ *ibid.* С. 136
 Ann. 26.

отношенію изъ представительства, должно сказать, что между волей сторонъ, направленной на воспроизведеніе послѣдствій для принципала, и дѣйствительнымъ возникновеніемъ таковыхъ послѣдствій должна быть причинная связь, иначе представительства не будетъ. Оттѣнить указанный моментъ необходимо въ виду того, что существуетъ рядъ лицъ, могущихъ удовлетворить всѣмъ, выставленнымъ въ предыдущихъ параграфахъ требованіямъ, и всетаки неявляющихся на основаніи этого представителями. Къ разсмотрѣнію дѣятельности этихъ лицъ и опредѣленію ихъ отличія отъ дѣятельности представителя мы теперь и переходимъ.

§ 4. Отличіе представительства отъ т. н. необходимаго представительства.

Римское право, не допуская (непосредственнаго) представительства, допускало съ ранняго времени при нѣкоторыхъ посредникахъ непосредственныя отношенія между принципаломъ и третьимъ. Сюда относится, напримеръ ¹⁾, приобрѣтеніе домовладыки черезъ посредство подвластныхъ ему сыновей и рабовъ. Какъ рабъ, такъ и сынъ все, приобрѣтенное имъ, приобрѣтали въ силу юридической необходимости для своего домовладыки ²⁾. Это приобрѣтеніе не зависѣло не только отъ во-

1) Кроме того сюда-же относятся всѣ лица, состоявшія in manu et mancipio (Савиньи System B. 3. § 113. С. 92. Gai II. § 86, 90). Пухта (Pandecten § 274) сюда-же относитъ наследодателя по отношенію къ своему наследнику. Съ нимъ соглашаются: Вангеровъ Pandecten B. 3 §. 290—1. Бухра ibid. § 8. С. 73—80. Противъ нихъ см. Брицъ Kr. Bl. № 2. С. 20 и Шейрль Kr. Ueberschau С: 338.

2) Gai. II. §§ 86—96, 163—167 Ulp. XIX. § 18—21. Paul. Rec Sent V. 8. L. 10. и 53. de acquir. rer. dom. (41-1). L. 79 de acquir. vel omitt. her. (29-2). § 4. J. inut. stip. 3-19. Савиньи System. § 113. B. 3. Пухта Pandecten. § 53. С. 82. Бухра ibid. С. 9. Mandry Das gemeine Familiengüterrecht. Band. I. С. 10, 131 и 135.

ли подвластнаго ¹⁾, но даже и отъ воли самого домовладыки: первый пріобрѣталъ второму даже противъ воли послѣдняго ²⁾. Такимъ образомъ подвластные являются какъ-бы пріобрѣтательными орудіями (*Erwerbvinstrumente*) своего домовладыки ³⁾. Если однако мы будемъ ближе всматриваться въ данное отношеніе, то замѣтимъ, что, несмотря на подобную оцѣнку дѣятельности подвластныхъ, возникновеніе сдѣлки обусловливается волей самого подвластнаго, а не домовладыки ⁴⁾, вслѣдствіе чего первый, а не второй, является контрагентомъ въ сдѣлкѣ; если домовладыка и пріобрѣтаетъ все, пріобрѣтенное сыномъ, то все-таки изъ сдѣлки, заключенной этимъ послѣднимъ. Далѣе такъ какъ всѣ пріобрѣтенія подвластнаго въ силу юридической необходимости принадлежали домовладыкѣ и притомъ принадлежали непосредственно, какъ говорятъ сами источники ⁵⁾, то отсюда было безразлично, на чье имя заключить подвластный сдѣлку: *suo* или *alieno nomine*, и дѣйствительно подвластный могъ заключить сдѣлку и на свое имя и *patris nomine* ⁶⁾.

Если мы сопоставимъ теперь всѣ признаки даннаго отношенія, то оно намъ представится въ слѣдующемъ видѣ: подвластный является контрагентомъ въ сдѣлкѣ, онъ дѣйствуетъ не вмѣстѣ съ домовладыкой, можетъ заключить сдѣлку на имя послѣдняго, наконецъ, послѣдствія

¹⁾ § 1. *J. stip. serv.* 3-17. Mandry *ibid.* С. 122, 123.

²⁾ *L. 62 de V. O.* (45-1). *Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilominus obligat domini promissorem.* ср. § 3. *J. per quas pers.* 2. 9. и др. Савиньи *Obligat.* В. 2. С. 22. Пухта. *Pand.* § 53. С. 82. Mandry *ibid.* С. 131. Впндшайдъ *Pand.* § 73. Лабандъ *ibid.* С. 198 *Ann.* 32.

³⁾ Савиньи *System.* § 113. С. 93. Mandry *ibid.* С. 136.

⁴⁾ Mandry *ibid.* С. 120.

⁵⁾ *L. 79. de acq. vel. omitt. her.* (29.2)... *neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem acquiritur.*...

⁶⁾ *Gai.* III. § 167. Бухна *ibid.* С. 17. Mandry *ibid.* С. 123, 137.

сдѣлки непосредственно переходятъ на домовладыку. Очевидно, что здѣсь соединены всѣ тѣ признаки, которые на основаніи предыдущихъ параграфовъ (1-3) указываютъ на бытіе представительства. Дѣйствительно иѣкоторые ученые ¹⁾ и считали данное отношеніе за представительство, называя его представительствомъ необходимымъ (nothwendige Representation). Противъ такого пониманія даннаго отношенія вооружился прежде всѣхъ Бриицъ ²⁾ и доказалъ, что отношеніе это за представительство считать невозможно. Разбираемое отношеніе, дѣйствительно, имѣетъ, какъ мы видѣли, большое сходство съ представительствомъ; но это не уничтожаетъ ихъ принципиальнаго различія; первое отличается отъ втораго тѣмъ, что при немъ возникновеніе въ лицѣ принципала правъ, приобретаемыхъ изъ заключенной сыномъ или рабомъ сдѣлки, не находится въ причинной связи съ волей послѣднихъ, — возникновеніе это обуславливается, какъ сказано, не волей заключившаго сдѣлку, а юридической необходимостью, въ силу которой домовладыка получалъ всѣ приобрѣтенія своего подвластнаго, оно происходитъ, такъ сказать, ex lege ³⁾. Желаетъ ли подвластный приобрѣсть для другаго и для кого именно, — все это безразлично; если-бы даже онъ и выразилъ желаніе приобрѣсть для своего домовладыки, то это желаніе не имѣетъ никакого значенія, потому-что не оно служитъ основаніемъ для возникновенія въ лицѣ принципала приобрѣтенныхъ изъ сдѣлки послѣдствій, а простая юридическая необходимость ⁴⁾. Изъ сказаннаго ясно, какое глубокое различіе существуетъ между представительствомъ и разбираемымъ отношеніемъ. Это различіе

¹⁾ Савиньи System § 113. С. 97. Пухта Pand. § 274 und Vorlesungen dazu Arndts Lehrbuch. § 76 и 77. Бухка ibid. § 2.

²⁾ Krit. Bl. B. 2. С. 9. Впрочемъ мысль Бриица, какъ увидимъ сейчасъ, не совсемъ удовлетворительна.

³⁾ Гаренсъ. ibid. С. 19.

⁴⁾ Лабандъ. ibid. С. 189. Циммерманъ ibid. С. 32.

дало Шейрлю ¹⁾ полное основание видѣть въ выраженіи: «необходимое представительство» — *contradictio in adjective* ²⁾. Разбираемое отношеніе между домовладыкой и подвластнымъ не измѣнялось ³⁾ даже и въ томъ случаѣ, если второй имѣлъ *peculium* (*profectitium*). *Peculium*, хотя и находился въ обладаніи подвластнаго и назывался *quasi patrimonium pusillum* послѣдняго ⁴⁾, но по строгому праву онъ всетаки принадлежалъ домовладыкѣ. L. 5. § 4. D. de peculio. (15.1). § 1. J. per quas pers, cuique adquiratur (2.9) ⁵⁾, и потому все, прибрѣтенное

Въ виду только что сказаннаго въ текстѣ является не совсѣмъ точнымъ требованіе, предъявленное представительству Бриццемъ. Вооружаясь противъ признанія т. н. необходимаго представителя дѣйствительнымъ представителемъ, онъ говоритъ, что представителемъ является тотъ, кто заступаетъ другаго сознательно и волимо (§ 4). Противъ этого надо сказать, что подвластный также можетъ волимо направить послѣдствія своей сдѣлки на домовладыку, но всетаки это направленіе не придастъ его дѣятельности характера представительства, потому-что не оно обуславливаетъ возникновеніе послѣдствій сдѣлки въ лицѣ принципала, между волей подвластнаго и возникновеніемъ послѣдствій для домовладыки здѣсь всетаки нѣтъ причинной связи.

1) Krit. Ueberschau S. 317.

2) Тѣ писатели, которые признавали существованіе необходимаго представительства, называли представительство прочихъ, свободныхъ лицъ—свободнымъ (*freie*); въ виду сказаннаго о необходимомъ представительствѣ выраженіе: свободное представительство—«*freie Representation*»—есть не болѣе какъ тавтологія (Унгеръ. *ibid.* S. 133 *Ann.* 18).

3) Нѣкоторые ученые (напримѣръ Циммерманъ *ibid.* S. 32. *Ann.* 40 а) думаютъ, что при существованіи пекулія должно признать бытіе представительства, потому что тогда будто-бы имѣетъ значеніе намѣреніе подвластнаго дѣйствовать для домовладыки т. е. есть причинная связь между намѣреніемъ дѣйствовать для принципала и возникновеніемъ послѣдствій сдѣлки въ лицѣ втораго. См. въ текстѣ.

4) L. 5. § 3. D. de peculio (15.1). Ср. Бриццъ. *ibid.* S. 9.

5) Глюкъ. *Erläuterung der Pandecten. Thl.* 14. S. 355—6.

peculiari nomine, по строгому праву принадлежало послѣднему. L. 51 pr. de aedil. ed. (21.1). L. 16. § 3. de liber. causa (40.12). Если же подвластный, дѣйствуя п patris vel domini nomine и peculiari nomine, все таки приобрѣталъ домовладыкѣ; то, очевидно, его намѣреніе дѣйствовать въ томъ или другомъ направленіи опять таки не имѣло никакого значенія, а потому опять таки не было причиной связи между этимъ намѣреніемъ подвластнаго и приобрѣтеніемъ властелина.

Итакъ изъ изложеннаго ясно, что данное отношеніе есть не представительство,—оно есть скорѣе суррогатъ послѣдняго, оно вызвано практическою потребностію въ представительствѣ, потребностію, присущею всякому обороту, даже стоящему на низкихъ ступеняхъ праваго развитія; на этомъ значеніи даннаго отношенія мы остановимся подробнѣе во второмъ отдѣлѣ настоящаго труда. Современемъ однако разбираемое отношеніе измѣнилось. Съ развитіемъ bona castrensia, quasi castrensia и adventitia irregularia, которыя вполнѣ принадлежали сыну (Пухта Pand. § 433), старый принципъ рушился ¹⁾, и тогда, говорятъ ²⁾, наступила возможность пользоваться дѣтьми дѣйствительно какъ представителями ³⁾. Объ этомъ мы поговоримъ то-же во второмъ отдѣлѣ. Тамъ же мы предоставляемъ себѣ остановиться и на вопросѣ о возникновеніи въ лицѣ домовладыки обязанностей изъ сдѣлки, заключенной подвластнымъ (actiones adjectitiae qualitatis), между тѣмъ какъ здѣсь мы говорили только о приобрѣтеніи перваго посредствомъ сдѣлки втораго.

Здѣсь мы должны остановиться еще на одномъ вопросѣ. Выше было сказано, что т. н. необходимые пред

1) Савиньи System § 113. Пухта. Pand. § 274 и Worles. къ нему. Бухка. ibid. С. 21, и т. д.

2) Пухта Pand. § 274. Бухка ibid.

3) Ср. прим. первое

ставители могут¹⁾ удовлетворять все́мъ требованіямъ, необходимость которыхъ для представительства вытекаетъ изъ предыдущихъ параграфовъ; по этому они являются подобно дѣйствительнымъ представителямъ контрагентами въ сдѣлкѣ, что вполне ясно и выражено въ источникахъ²⁾: L. 12 de contr empt. (18.1), L. 51 pr. de aedil. edicto (21.1) L. 16 § 3 de liber. causa (40.12). Но если т. н. необходимый представитель есть контрагентъ, то ясно его отличие отъ *punitius'a*, который, какъ извѣстно, контрагентомъ въ сдѣлкѣ не является. На это-то различіе *punitius'a* и т. н. необходимаго представителя мы и ссылались выше, на стр. 41 прим. 2; оно имѣетъ значеніе для рѣшенія вопроса, по чьему лицу должна быть обсуждаема сдѣлка со стороны формальныхъ условій ея возникновенія. По лицу *punitius'a*, какъ сказано выше (ст. 40), сдѣлка ни въ какомъ случаѣ не обсуждается; напротивъ дѣти и рабы, заключая сдѣлку, послѣдствія которой въ силу юридической необходимости падаютъ на ихъ *paterfamilias'a*, являются, какъ сказано, контрагентами и въ слѣдствіе этого сдѣлка обсуждается по ихъ лицу. Прежде всего въ L. 12. contr. empt. (18.1) мы имѣемъ общее положеніе о томъ, что формальныя условія возникновенія сдѣлки обсуждаются по лицу контрагентовъ сдѣлокъ³⁾. Относительно *dolus* т. н. необходимаго представителя имѣется въ источникахъ слѣдующее

1) Здѣсь употреблено выраженіе «могутъ» потому, что подвластные сыновья и рабы заключаютъ сдѣлку, какъ на имя своего домовладыки, такъ и на свое имя; во второмъ случаѣ, очевидно, т. н. необход. представитель выставленнымъ въ предыдущихъ параграфахъ требованіямъ не удовлетворяетъ и имѣетъ еще другую, отличающую его отъ дѣйствительнаго представителя сторону, кромѣ указанной въ настоящемъ параграфѣ.

2) Буква *ibid.* С. 13—15.

3) L. 12. contr empt (18.1) *In hujusmodi autem quaestionibus personae ementium vel vendentium spectari debent, non eorum, quibus acquiritur ex eo contractu actio; nam si servus meus vel filius, qui in mea potestate est, me presente, suo nomine emat, non est quaerendum quid ego existimem, sed quid ille, qui contrahit.*

мѣсто: L. 4 § 17 doli excep (44.4);... sed de servorum et filiorum dolo, si quidem ex peculiari eorum negotio actio intendatur, in infinitum exceptio objicienda est. Si autem non ex peculiari causa, tum de eo dumtaxat excipi oportet, qui admissus sit in ipso negotio, quod geritur.... Относительно знанія или незнанія необходимаго представителя существуютъ слѣдующія мѣста: во 1-хъ приведенный уже выше (стр. 42) L. 51. aed. ed. (21.1).... omnimodo scientiam servi non domini spectandam esse, ait....; далѣе: L. 30 § 7. acq. her (29.2); L. 16. § 3. lib causa (40.12). Quare si filiusfamilias emit, siquidem ipse scit, pater ignoravit, non adquisivit patri actionem. Hoc si peculiari nomine egerit; ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia nocet. Et puto adhuc nocere, quemadmodum procuratoris nocet ¹⁾.

Въ нынѣшнемъ правѣ нѣтъ ни рабовъ, ни дѣтей въ смыслѣ римскаго права; но есть всетаки отношенія, нѣсколько похожія на необходимое представительство. Таково въ торговомъ правѣ приобрѣтеніе выгодъ принципаломъ изъ сдѣлки, заключенной прикащикомъ отъ своего имени. Сдѣлка здѣсь заключается на имя и за счетъ самого прикащика, но по требованію принципала разсматривается, противъ воли перваго, въ силу предписанія закона, какъ заключенная за счетъ втораго ²⁾.

¹⁾ Mandry *ibid.* §. 120—122. Относительно вліянія знанія, незнанія, dolus, metus и т. д. самого домовладыки ср. мѣста L. 13 *contr. empt.* (18.1). L. 51. aed. ed. L. 4 § 17. doli excep. (44.4).

²⁾ D. §. 3. B. (Общегерманское торговое уложеніе) Art. 56, 59 (ср. Art. 96, 97, 157). Нашъ торговый уставъ въ ст. 695. Томъ XI. ч. 2 по прод. 1868 г. говоритъ: Прикащикъ или сидѣлецъ.... ни подъ какимъ видомъ не долженъ управлять чужими дѣлами, ни брать чужихъ товаровъ для продажи, безъ письменнаго на то отъ своего хозяина дозволенія. Въ противномъ случаѣ найденные у него такіе товары отбираются въ пользу хозяина. Ср. Рѣш. Прав. Сената по дѣлу Посникова, журналъ гражд. и уголовнаго права 1873 г. № 3.: «День-

Данное отношеніе, очевидно, не есть представительство. Прежде всего здѣсь отсутствуетъ главный признакъ, характеризующій представительство — раздѣленіе контрагента и субъекта правъ. Представитель, какъ мы видѣли выше, являясь контрагентомъ въ сдѣлкѣ, самъ не пріобрѣтаетъ изъ нея ничего, и всѣ ея послѣдствія возникаютъ въ лицѣ представляемаго, какъ будто онъ самъ контрагировалъ. Между тѣмъ здѣсь прикащикъ, являясь контрагентомъ въ сдѣлкѣ, не имѣетъ даже и желанія пріобрѣтать для принципала и самъ вступаетъ въ права и обязанности, возникшія изъ сдѣлки, самъ является субъектомъ происшедшихъ послѣдствій; принципаль пріобрѣтаетъ, слѣдовательно, только уже изъ лица прикащика въ силу новаго акта (*cessio n. t. n.*) и пріобрѣтаетъ, конечно, со всѣми тѣми особенностями и возраженіями, которыя существуютъ въ лицѣ прикащика ¹⁾. Этому внутреннему отличію соответствуетъ и виѣшнее: такъ какъ послѣдствія сдѣлки переходятъ на принципала непосредственно, то и сдѣлка заключается прикащикомъ *suo nomine*, а не *alieno nomine* ²⁾. Изъ сказаннаго можно было-бы заключить, что данное отношеніе сходно съ т. н. посредственнымъ представительствомъ; но въ дѣйствительности и этого нѣтъ, потому-что сдѣлка заключается прикащикомъ за свой счетъ, и не за счетъ принципала. Наконецъ данное отношеніе отличается отъ представительства и тѣмъ признакомъ, въ которомъ оно (первое) сходно съ т. н. необходимымъ представительствомъ. Возникновеніе послѣдствій въ лицѣ принципала при представительствѣ обусловливается, какъ извѣстно, волей сторонъ; между тѣмъ какъ въ данномъ случаѣ, какъ и въ необходи-

ги, вырученныя приказчикомъ торговлею въ лавкѣ хозяина, производимой своими товарами, за собственный свой счетъ... подлежатъ взысканію съ прикащика въ пользу хозяина».

¹⁾ Лабандъ *ibid.* С. 201. Гаренсъ *ibid.* С. 21—22. Циммерманъ *ibid.* С. 29—30.

²⁾ Лабандъ *ibid.* Циммерманъ *ibid.*

момъ представительствѣ, никакой причинной связи между дѣятельностію контрагента и возникновеніемъ послѣдствій для принципала нѣтъ,—послѣдствія сдѣлки возникаютъ въ лицѣ послѣдняго даже противъ воли контрагента, въ силу законнаго предписанія ¹⁾).

Такимъ образомъ выходитъ, что данное отношеніе вовсе не представительство и что принципаль получаетъ результаты изъ чужой для него сдѣлки. Отношеніе это, какъ сказано, имѣетъ нѣчто сходное съ т. н. необходимымъ представительствомъ; впрочемъ, несмотря на такое сходство, это два понятія совершенно различныя. Они различаются во первыхъ по характеру самыхъ лицъ, вступающихъ въ эти отношенія: приватки п. т. п. не играютъ, конечно, роли рабовъ, и потому имѣютъ право сами пріобрѣтать себѣ имущество, тогда какъ рабы и дѣти въ римскомъ правѣ такого права не имѣли. Два указанные отношенія различаются другъ отъ друга далѣе тѣмъ, что при необходимомъ представительствѣ участіе воли принципала не требуется для возникновенія сдѣлки въ его лицѣ, это возникновеніе совершается *ipso jure* и даже, какъ мы видѣли, противъ воли принципала; въ данномъ же случаѣ послѣдствія эти возникаютъ въ лицѣ принципала въ силу особо выраженнаго желанія его присвоить себѣ таковыя.

Итакъ, разсмотрѣвъ данное отношеніе, должно сказать, что оно, будучи сходно съ т. н. необходимымъ представительствомъ и во многомъ отличающъ отъ него, вмѣстѣ съ тѣмъ совершенно отличается отъ дѣйствительнаго представительства.

Обращаясь теперь къ вопросу о томъ, какое значеніе должно имѣть для понятія представительства выдѣленіе изъ него т. н. необходимаго представительства,

¹⁾ Г. Нерсесовъ. Понятіе добр. пред. стр. 44. называетъ данное отношеніе «необходимой *cessio*».

надо сказать, что изъ всего, сказаннаго выше, слѣдуетъ, что для бытія представительства необходима причинная связь между намѣреніемъ, волей контрагента и возникновеніемъ послѣдствій въ лицѣ принципала, необходимо, чтобы возникновеніе это обусловливалось волей контрагента—представителя.

Выдѣленіе изъ области представительства т. н. необходимаго представительства имѣетъ, какъ видно изъ изложеннаго, очень существенный характеръ для опредѣленія понятія представительства. Теперь мы переходимъ къ болѣе трудному вопросу,—о различіи между представительствомъ и т. н. договорами въ пользу третьихъ лицъ,—вопросу трудному уже потому, что удовлетворительное его разрѣшеніе едва наступило въ новѣйшее время.

§ 5. Ртличіе представительства отъ договоровъ въ пользу третьяго (*Verträge zu Gunsten Dritter*)

Смѣшеніе этихъ совершенно различныхъ понятій наиболѣе затемняло и затемняетъ понятіе представительства, но вмѣстѣ съ тѣмъ вопросъ объ ихъ различеніи, можно сказать, еще и до настоящаго времени едва-ли поставленъ совершенно твердо.

Римское право вслѣдствіе индивидуальнаго характера римской облигаціи не допускало въ принципѣ, чтобы изъ договора одного могли явиться для другаго права или обязанности, на основаніи-ли представительства или другаго какого либо отношенія ¹⁾; договоръ, заключенный такимъ образомъ, былъ ничтоженъ ²⁾. Однако Римъ

¹⁾ L. 38. § 17. de U. O. (45.1).

²⁾ L. 6. C. si quis alteri (4.50)...emti actionem nec illi nec tibi quaesisti, dum tibi non vis, illi non potest.

не могъ провести этого правила безъ исключенія; съ таковыми мы встрѣтимся во второмъ отдѣлѣ настоящаго труда ¹⁾).

Первые ученые римскаго права въ средніе вѣка—гlossаторы и потомъ комментаторы—замѣтили разницу между римскимъ воззрѣніемъ на представительство и воззрѣніемъ новыхъ народовъ; они замѣтили, что широко распространившійся обычай, вопреки дѣйствовавшему римскому праву, настойчиво рекомендуетъ допустимость представительства. Что же они сдѣлали, чтобы выйти изъ противорѣчія? Пробовалъ было одинъ изъ нихъ (Martinus) допустимость представительства въ источникахъ для отдѣльныхъ случаевъ возвести въ общее правило; но это не нашло себѣ сочувствія во всѣхъ прочихъ glossаторахъ. «Specialia non sunt trahenda ad consequentiam» сказали Martinus²⁾ Тогда придумали выйти изъ противорѣчія посредствомъ чисто схоластическаго приема. Accursius сказалъ, что слѣдуетъ различать,—обѣщаетъ-ли другая сторона уплату третьему самому договаривающемуся или обѣщаніе будетъ направлено непосредственно на имя третьяго. Последняя стипуляція, по мнѣнію glossаторовъ, недѣйствительна; первая, если контрагентъ имѣетъ интересъ въ обѣщаніи третьему, даетъ искъ контрагенту; если же подобнаго интереса нѣтъ, то для него является только *naturalis obligatio, ut alii detur*. Такимъ образомъ сложилось правило, что *verba obligativa* должны быть направлены на имя контрагента, а *verba executiva* могли быть направлены на лице третьяго, и стипуляція была дѣйствительна. (*Promittis mihi, quod dabis Titio*—дѣйствительна; *promittis Titio, quod dabis illi*—недѣйствительна). Этимъ приемомъ положеніе римскаго права о недопустимости представительства въ большинствѣ случаевъ

¹⁾ L. 13. pr. D. de pign. act. (13.7), l. 3. C. de donat. quae sub modo (8.55). L. 7. C. de pact. conv. (5.14).

²⁾ Бухка. *ibid.* С. 121—141.

могло быть обойдено; но отъ этого на долго затемнилось понятие представительства, потому что оно было смѣшано съ договорами въ пользу третьяго.

Новыя законодательства допускаютъ какъ представительство, такъ и договоры въ пользу третьяго лица. Прусское уложеніе ч. I. тит. 5. § 74 и слѣд.—Австрійскій кодексъ § 881 и 1019.—Code civile art. 1121, 1165. Саксонскій § 853, 854.

Что-же такое договоры въ пользу третьяго и въ чемъ ихъ отличіе отъ представительства?

Сущность названныхъ договоровъ удовлетворительнымъ образомъ выяснена только въ новѣйшее время Цицерономъ¹⁾; но начало этому выясненію было положено еще Беромъ²⁾.

Беръ подходитъ къ выясненію сущности договоровъ въ пользу третьяго эмпирическимъ способомъ. Если, говоритъ онъ, N. обѣщаетъ A. заплатить должную имъ (N) сумму T, то A не имѣетъ права на искъ, ибо требованіе, которое хочетъ удовлетворить N, не касается A; T не можетъ искать, потому что ему ничего не обѣщано. Этотъ случай, по словамъ Бера, вполне соответствуетъ римскому положенію: *alteri stipulari nemø potest*. Если, далѣе, послѣ обѣщанія N. уплаты A. спроситъ его, долженъ-ли онъ (A) извѣстить объ этомъ T, и N позволить это, то A тутъ будетъ дѣйствовать, какъ заступающій мѣсто C, какъ представитель его. Наконецъ, если A. напоминаетъ N, что онъ (A) имѣетъ на него (N) требованіе во 100 и поручаетъ N. заплатить эти 100 T, которыхъ N тоже долженъ и T; то изъ обѣщанія N является

¹⁾ *ibid.* С. 50—85.

²⁾ *Ueber die f. g. Verträge zu Gunsten Dritter.* въ *Jahrbb. f. Dogmatik.* B. 6. С. 131—185.

право требованія для А. Въ чью пользу заключается въ послѣднемъ примѣрѣ контрактъ, спрашиваетъ Беръ и признаетъ, что въ пользу промиссара, а не третьяго, хотя договоры такого рода и называются «договорами въ пользу третьяго». Название это Беръ признаетъ на основаніи изложеннаго за неудачно выбранное, ибо «въ дѣйствительности такіе договоры не суть договоры въ пользу третьяго, но договоры въ пользу самаго промиссара, при чемъ уже этотъ обѣщанное ему исполненіе переводитъ на третьяго»¹⁾. Эти договоры есть договоры въ пользу самаго промиссара потому, что причинное отношеніе (*Causalbeziehung*) обѣщанія (*das warum? aus welchem versprochen wird*) лежитъ въ отношеніяхъ промиссара къ промиттенту, а не промиттента къ третьему лицу²⁾. Поэтому выраженіе глоссаторовъ и ихъ послѣдователей, что промиссаръ долженъ имѣть интересъ въ уплатѣ третьему, Беръ считаетъ за неудовлетворительное выраженіе дѣйствительно вѣрной мысли³⁾. Итакъ Беръ для дѣйствительности т. н. договоровъ въ пользу третьяго требуетъ существованія извѣстной юридической связи между промиттентомъ и промиссаромъ.

Къ Беру примкнули въ этомъ отношеніи Регельсбергеръ и Гаренсъ. Регельсбергеръ говоритъ⁴⁾: «исполненіе относительно третьяго имѣетъ точку опоры въ отношеніи промиссара къ промиттенту». Такъ же Гаренсъ⁵⁾: «Causa обѣщанія промиттента во всѣхъ случаяхъ дѣйствительныхъ договоровъ въ пользу третьяго есть юридическое отношеніе между промиттентомъ и промиссаромъ, отношеніе, при которомъ съ обѣихъ

1) *ibid.* С. 133—136.

2) *ibid.* С. 136, 137.

3) *ibid.* С. 139.

4) *Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.* В. XI. С. 559—569.

5) *ibid.* С. 211.

сторонъ пропсходять исполненія, — исполненіе промиссара промиттенту, за которое промиттентъ съ своей стороны обязывается къ исполненію относительно промиссара. Это послѣднее исполненіе все пли отчасти промиссаръ съ согласія промиттента направляетъ третьему». Но главнымъ образомъ принялъ и развилъ мысль Бера Циммерманъ, хотя онъ во многомъ съ Беромъ и расходится. Разсматривая предшествующія попытки къ опредѣленію сущности договоровъ въ пользу третьяго, этотъ авторъ прежде всего дѣлаетъ ¹⁾ упрекъ Регельсбергеру и Гаренсу, что они прикинули къ Беру, забывъ, что онъ существенно другимъ образомъ понимаетъ договоры въ пользу третьяго, чѣмъ понимаютъ эти договоры сами Регельсбергеръ и Гаренсъ (также и Уигеръ). «Беръ, говоритъ Циммерманъ, понимаетъ подъ названнымъ контрактомъ такой, изъ котораго промиссаръ получаетъ права относительно уплаты третьему (ср. Беръ. *ibid*, стр. 135, 136, 144 ²⁾); между тѣмъ какъ Регельсбергеръ ³⁾, Гаренсъ ⁴⁾ и Уигеръ ⁵⁾ при договорахъ въ пользу третьяго признаютъ непосредственное уполномочіе третьяго. Съ точки зрѣнія Бера требованіе причинной связи (*Causalbeziehung*) именно между промиттентомъ и промиссаромъ совершенно понятно: если обѣщаніе дается въ пользу промиссара, онъ долженъ получить искъ относительно уплаты третьему, если слѣдовательно ему доставляется извѣстная имущественная стоимость (въ видѣ требованія), то натурально и *causa* этого доставленія должна быть между промиттентомъ и промиссаромъ — не иначе, какъ если-бы содержаніе обѣщанія

¹⁾ *ibid* С. 71, 77.

²⁾ С. 144: Право на обѣщанное въ пользу третьяго исполненіе есть право, прибрѣтенное не третьему, но самому промиссару.

³⁾ *ibid*.

⁴⁾ *ibid*. С. 140.

⁵⁾ Die Verträge zu Gunsten Dritter. въ *Jahrb. f. D. B. X.* С. 63.

было направлено на уплату самому промиссару. Напротивъ съ точки зрѣнія Унгера, Гарпеа и Регельсбергера реквизитъ причиной связи, существующей между промиттентомъ и промиссаромъ, можетъ подлежать сомнѣнiю. Ибо такъ какъ по понятiю этихъ писателей третiй прiобрѣтаетъ (самостоятельное) право требованiя, то очень близко предположенiе, что причинное отношенiе даннаго въ пользу третьяго обѣщанiя должно быть между промиттентомъ и третьимъ. Исполненiе (*Zuwendung*) и его *causa* суть нераздѣльные моменты юридической сдѣлки: такъ какъ по мнѣнiю Унгера и Регельсбергера промиттентъ посредствомъ своего обѣщанiя доставляетъ имущественную стоимость (требованiе) третьему, то и причину этого доставленiя онъ необходимымъ образомъ долженъ имѣть относительно третьяго».

Самъ Циммерманъ ¹⁾ исходитъ изъ положенiя, признаннаго новѣйшей наукой, что всякiй имущественный контрактъ состоитъ изъ двухъ нераздѣльныхъ составныхъ частей: изъ исполненiя и юридическаго основанiя (*causa*) этого исполненiя; такъ что *causa* исполненiя должна находиться въ лицѣ того, кому это исполненiе направлено, кто его долженъ получить. Я не могу, говоритъ Циммерманъ, доставить имущественныя выгоды А, чтобы посредствомъ этого одарить Х. Напротивъ можно допустить, что я уплачиваю А. 100 потому, что Х ихъ ему (А) долженъ и что я посредствомъ этой уплаты хочу одарить Х. То, что здѣсь по внѣшности является уплатой относительно А, есть въ дѣйствительности доставленiе имущественныхъ выгодъ Х и вмѣстѣ съ тѣмъ исполненiе со стороны Х по отношенiю къ А. Мое исполненiе относительно Х лежитъ въ томъ, что я устраняю отъ него уплату изъ его имущества относительно А; исполненiе-же со стороны Х по отношенiю къ А происходитъ въ томъ, что его (Х) имущество не получаетъ обогащенiя, которое долженъ былъ произ-

1) *ibid.* С. 78—85.

вести мой подарокъ, а что это обогащеніе наступаетъ въ имуществѣ А. Первое исполненіе совершается *donationis*, послѣднее *solvendi causa*. Вообще-же юридическое основаніе имущественнаго исполненія можетъ быть, какъ это совершенно понятно, самаго разнообразнаго характера: *donationis, dotis, conditionis implendae, obligandi, transigendi, solvendi causa* и т. п.

Итакъ всякое имущественное исполненіе должно имѣть свое юридическое основаніе (*causa*) въ лицѣ того, кому это исполненіе направлено; при томъ на самомъ дѣлѣ часто происходитъ, что при существованіи двухъ юридическихъ основаній происходитъ одно только имущественное исполненіе. Жизненнымъ примѣромъ этого является *assignatio*. По внѣшности здѣсь происходитъ только одно исполненіе отъ ассигната къ ассигнатару, но въ дѣйствительности—два: отъ ассигната къ ассигнанту и отъ послѣдняго къ ассигнатару. Ибо съ одной стороны ассигнантъ объявляетъ ассигнату, что уплата съ его (ассигната) стороны ассигнатару будетъ имѣть значеніе уплаты самому ассигнанту, съ другой ассигнантъ объявляетъ ассигнатару, чтобы опъ уплату, сдѣланную ему со стороны ассигната, считалъ за уплату съ его (ассигнанта) стороны.

Полную аналогію съ ассигнаціей, говоритъ Циммерманъ, представляетъ и *delegatio* ¹⁾, которая отличается отъ ассигнаціи тѣмъ, что вызываетъ не реальное исполненіе, а обязательственный договоръ. Договоръ, заключенный на основаніи делегациі между делегатомъ и делегатаромъ, представляя по внѣшности единичное исполненіе перваго относительно втораго, есть средство, при помощи котораго въ одно и тоже время происходитъ исполненіе со стороны делегата делеганту и со стороны послѣдняго делегатару.

Отъ ассигнаціи и делегациі (особенно послѣдней)

1) Въ тѣсномъ смыслѣ

до договоровъ въ пользу третьяго, говоритъ Циммерманъ, одинъ только шагъ.

Также и при договорахъ въ пользу третьяго существуютъ два экономическія исполненія: со стороны промиттента промиссару и со стороны послѣдняго третьему. Но оба эти исполненія совершаются, по выраженію Циммермана, *unisono*, —оба они виѣшнимъ образомъ сливаются во одно. Каждое изъ этихъ исполненій, конечно, имѣетъ свою *causa* въ лицѣ получающаго это исполненіе. Такимъ образомъ тамъ, гдѣ повидимому всего вѣроятнѣе было предположить имущественное исполненіе, именно отъ промиттента къ третьему, тамъ его вовсе нѣтъ. Исполненія происходятъ отъ промиттента къ промиссару и отъ послѣдняго къ третьему, —между первымъ и третьимъ нѣтъ *causa*, ни исполненія. Свойство юридическаго основанія (*causa*), имѣющаго мѣсто между промиттентомъ и промиссаромъ и между послѣднимъ и третьимъ, можетъ быть также разнообразно, какъ и при другихъ имущественныхъ исполненіяхъ.

Такова теорія Циммермана относительно сущности договоровъ въ пользу третьяго. Онъ воспользовался мнѣніемъ Бера о необходимости каузальнаго отношенія между промиттентомъ и промиссаромъ и развилъ его, но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ удержалъ тотъ признакъ договоровъ въ пользу третьяго, по которому третій пріобрѣтаетъ право требованія изъ означеннаго договора непосредственно; между тѣмъ какъ Беръ считалъ право третьяго производнымъ (Гаренсъ. *ibid* §. 116. называетъ его теорію *Ableitungstheorie*), получаемымъ третьимъ отъ промиссара въ силу молчаливаго уполномочія (*Ermächtigung*) ¹⁾.

Въ юридической литературѣ существуетъ попытка, принадлежащая одному изъ новѣйшихъ ученыхъ, имен-

1) Беръ. *ibid*. § 6. §. 147.

но Гаренсу ¹⁾, объяснить сущность договоровъ въ пользу третьяго совершенно особеннымъ образомъ. Онъ пытается примѣнить къ названнымъ договорамъ понятие о рефлексивномъ дѣйствіи права (*Reflexwirkung*), понятие, установленное Игерингомъ. ²⁾ Гаренсъ говоритъ, что при данныхъ договорахъ наступаетъ въ пользу третьяго рефлексивное дѣйствіе права; третій участвуетъ въ выгодахъ договора, тогда какъ онъ вовсе не ему направлялся. Но на это справедливо возражаетъ Циммерманъ ³⁾, что договоры въ пользу третьяго съ рефлексивнымъ дѣйствіемъ права сравнены быть не могутъ. Названные договоры основываютъ для 3-го право, имѣвшееся въ виду при заключеніи договора; рефлексивное же дѣйствіе права есть только слѣдствіе юридическаго факта, а не его цѣль (Игерингъ, *ibid* §. 288). Впрочемъ и самъ Гаренсъ это признаетъ, когда на стр. 217 говоритъ, что при разбираемыхъ договорахъ третій приобретаетъ согласно съ намѣреніемъ и волей папценентовъ, или когда на стр. 269 употребляетъ выраженіе «gewollte Reflexwirkungen» — желаемое рефлексивное дѣйствіе. Признавъ рефлексивное дѣйствіе въ договорахъ въ пользу третьяго преднамѣреннымъ, Гаренсъ тѣмъ самымъ признаетъ, что его рефлексивное дѣйствіе носитъ на себѣ уже другіе признаки, чѣмъ таковое-же у Игеринга, и этимъ показываетъ, что теорія Игеринга къ договорамъ въ пользу третьяго непримѣнима. Вообще Гаренсъ, какъ говоритъ Циммерманъ ⁴⁾, обрываетъ всякую связь своей теоріи съ теоріей Игеринга. Онъ придумалъ какое то, такъ сказать, усиленное рефлексивное дѣйствіе права — «желаемое» рефлексивное дѣйствіе; но это выраженіе по мѣткому замѣчанію одного изъ новѣйшихъ русскихъ

1) *ibid.* §. 204—274.

2) *Die Reflexwirkungen.* въ *Jahrb. f. D. B. X.* §. 245—354.

3) *ibid.* §. 75.

4) *ibid.* §. 75

писателей, именно Нерсесова ¹⁾, есть ничто иное, как *contradictio in adjecto*. Такимъ образомъ попытка Гаренса обосновать договоры въ пользу третьяго на рефлексивномъ дѣйствіи права должна быть признана неудавшейся.

Послѣ того, какъ опредѣлена сущность договоровъ въ пользу третьяго, можно перейти къ вопросу о томъ, какое существуетъ различіе между этими договорами и представительствомъ. Но для болѣе ясной постановки вопроса о некоемъ различіи мы считаемъ необходимымъ остановиться сначала на сходственныхъ чертахъ обоихъ разбираемыхъ институтовъ.

Договоръ въ пользу третьяго есть такой договоръ, изъ котораго третій сообразно намѣренію и волѣ контрагентовъ приобрѣтаетъ непосредственно собственное, самостоятельное право ²⁾.

Изъ даннаго опредѣленія видно, что при договорахъ въ пользу третьяго, какъ и при представительствѣ, существуетъ раздѣленіе по различнымъ лицамъ свойствъ контрагента договора и субъекта проститекающихъ изъ договора послѣдствій: какъ представитель, такъ здѣсь заключающій договоръ въ пользу третьяго лица, — оба являются контрагентами, съ другой стороны, какъ представляемый, такъ и третій (въ разбираемыхъ договорахъ) — оба, не участвуя въ заключеніи договора, являются его субъектами, получаютъ проститекающія изъ него права и обязанности; оба они находятся *in obligatione* ³⁾. При томъ какъ въ договорахъ въ пользу треть-

¹⁾ Понятіе добр. пред, стр. 63,

²⁾ Гаренсъ *ibid.* С. 269. Унгеръ *ibid.* С. 61. Циммерманъ *ibid.* С. 61.

³⁾ При обѣщаніи уплаты третьему возможны два случая: или требованіе, вытекающее изъ даннаго обѣщанія принадлежитъ самому промиссару, и онъ можетъ принудить произвести третье-

яго, такъ и при представительствѣ третій получаетъ послѣдствія договора въ силу явно выраженнаго намѣренія, воли сторонъ 1).

Далѣе какъ при представительствѣ права и обязанности возникаютъ изъ договора для представляемаго непосредственно; такъ и въ договорахъ въ пользу третьяго третій получаетъ непосредственно самостоятельное, производное право требованія къ промиссару. Старая школа, послѣднимъ представителемъ которой явился, какъ кажется, Беръ 2), считалъ право, получаемое третьимъ при разбираемыхъ договорахъ, производнымъ; но школа новѣйшая, главнымъ образомъ въ лицѣ Унгера 3), отвергла господствовавшее мнѣнiе и твердо установила непосредственность, самостоятельность права третьяго. Беръ, какъ было уже замѣчено выше, считалъ договоры въ пользу третьяго договорами въ пользу самого промиссара, потому-что каузальное отношенiе возникающаго обязательства онъ видѣлъ въ отношенiяхъ промиссанта

му уплату, или третій самъ и непосредственно управомочивается. Въ первомъ случаѣ третій есть ни что иное, какъ *solutionis causa adjectus*, онъ находится только *in solutione*; во второмъ, напротивъ, онъ находится *in obligatione* (Циммерманъ *ibid.* §. 50, 51). Если въ первомъ случаѣ право требованія получаетъ самъ промиссаръ, то естественно, что третій получаетъ это право только посредствомъ *cessiō*; напротивъ во второмъ случаѣ, какъ сказано, третій -прiобрѣтаетъ непосредственно самостоятельное право. Названiе договоровъ въ пользу третьяго должно быть отнесено, какъ справедливо говоритъ Циммерманъ (*ibid.* §. 84. *Uit.* 101) ко второму случаю, потому-что только здѣсь получаетъ третій, такъ сказать, юридическую выгоду, пользу, — право. Напротивъ, когда третій находится *in solutione*, договоръ заключается скорѣе въ пользу самого промиссара, чѣмъ третьяго.

1) Циммерманъ *ibid.* §: 65. Унгеръ *ibid.* Гаренсъ.

2) *ibid.* Лабандъ *ibid.* §. 194, 195. Савиньи. *Oblig.* II. §. 74, fg.

3) *ibid.* §. 61. fg.

къ промиссару; на основаніи этого онъ приписывалъ право требованія промиссару и только уже производно отъ него давалъ это право третьему. Противъ этого возсталъ Унгеръ ¹⁾ и съ энергіей выставилъ совершенно противоположное положеніе—именно, что промиссаръ въ договорахъ въ пользу третьяго не пріобрѣтаетъ самъ никакого требованія. Другіе ученые ²⁾, хотя и не вполне признають это положеніе и находятъ, что и промиссаръ можетъ получить право требованія изъ договора въ пользу третьяго (впрочемъ и самъ Унгеръ вскользь объ этомъ упоминаетъ), но и они согласны съ тѣмъ, что это право требованія промиссара совсѣмъ не то, которое принадлежитъ третьему,—ему обѣщается не самое исполненіе, а доставленіе уплаты третьему ³⁾. Но если промиссаръ не пріобрѣтаетъ изъ разбираемыхъ договоровъ никакого права требованія или пріобрѣтаетъ не то, какое пріобрѣтаетъ третій; то естественно заключеніе, что право третьяго есть самостоятельное, непродуцное, непосредственно ему принадлежащее право. «Третій пріобрѣтаетъ свое право черезъ промиссара, но не отъ него». Поэтому третій никакимъ образомъ не можетъ быть считаемъ вступающимъ въ право промиссара, да и логически было-бы невозможно принять такое преемство, потому-что право, возникающее для третьяго, для промиссара возникнуть не можетъ ⁴⁾. Право третьяго возникаетъ *ipso jure* ⁵⁾ и въ тотъ моментъ, въ который вообще право возникаетъ изъ договора, въ который, слѣдовательно, промиссаръ пріобрѣталъ-бы право для себя, если-бы договоръ былъ заключенъ въ его пользу ⁶⁾.

¹⁾ С. 62.

²⁾ Гаренсъ. С. 38, 39, 143, 241. Регельсбергеръ *ibid.* С. 566, 567.

³⁾ Гаренсъ. С. 38.

⁴⁾ Гаренсъ. *ibid.*

⁵⁾ Унгеръ *ibid.* С. 64.

⁶⁾ Гаренсъ. *ibid.* С. 246.

Итакъ какъ при представительствѣ, такъ и при договорахъ въ пользу третьяго третій пріобрѣтаетъ самостоятельное, непосредственное право требованія. Въ этомъ заключается ихъ главнѣйшее сходство.

Существованіе столь многихъ и столь существенныхъ общихъ чертъ у обоихъ разбираемыхъ нами институтовъ, послужившее, кстати сказать, причиною смѣшенія этихъ институтовъ въ средніе вѣка, не уничтожаетъ однако и даже не затемняетъ принципиальнаго различія данныхъ институтовъ. Въ чемъ-же лежатъ это различіе?

При представительствѣ промиттентъ посредствомъ общанія промиссару—представителю доставляетъ принципалу послѣдняго—представляемому имущественное исполненіе и, слѣдовательно, по отношенію къ этому-же представляемому преслѣдуетъ оцъ извѣстную causa. Между промиттентомъ и представителемъ, равно какъ и между представителемъ и принципаломъ его нѣтъ ни каузальныхъ отношеній, ни имущественныхъ исполненій. Представитель только замѣняетъ представляемаго въ заключеніи контракта. Такимъ образомъ при представительствѣ находится въ наличности одно только каузальное отношеніе—между промиттентомъ и принципаломъ—и соотвѣственно этому одно только исполненіе со стороны перваго къ послѣднему. Наоборотъ при договорахъ въ пользу третьяго существуютъ, какъ было сказано выше, два причинныя отношенія—между промиттентомъ и промиссаромъ и между послѣднимъ и третьимъ, а потому существуютъ и два имущественныя исполненія—отъ перваго ко второму и отъ втораго къ третьему. Исполненія же со стороны промиттента къ третьему не существуетъ. Итакъ при представительствѣ происходитъ одночленная, при договорахъ въ пользу третьяго двучленная сдѣлка. Поэтому при представительствѣ возникаетъ договоръ, который при нормальномъ порядкѣ требуетъ для своего существованія только двухъ лицъ, — появленіе третьяго (представителя) случайно; при дого-

ворахъ въ пользу третьяго, напротивъ, даже и при нормальномъ порядкѣ должны быть необходимо три участвующія лица. Различіе между представительствомъ и договорами въ пользу третьяго лежитъ, далѣе, въ томъ, что представитель предпринимаетъ чужую для себя сдѣлку, промиссаръ же въ названныхъ сейчасъ договорахъ—свою собственную ¹⁾. Было только-что сказано, что при нормальномъ порядкѣ договоръ, возникающій черезъ представителя, требуетъ для своего появленія и существованія только двухъ лицъ—промиттента и третьяго (принципала); изъ этого видно, что представитель въ договорѣ есть лицо постороннее, случайно привходящее, а поэтому и сдѣлка для него есть чужая сдѣлка. Наоборотъ при договорахъ въ пользу третьяго промиссаръ производитъ то, что и при нормальномъ порядкѣ онъ производилъ бы,—принимаетъ исполненіе со стороны промиттента и съ своей стороны предпринимаетъ таковое по отношенію къ третьему. Изъ этого видно, что промиссаръ предпринимаетъ не чужую, а свою собственную сдѣлку, но только при этомъ два исполненія сливаются въ одинъ актъ—въ исполненіе со стороны промиттента къ третьему.

Внутреннему отличію, существующему между разбираемыми институтами и выясненному въ вышензложенномъ, соответствуетъ отличіе внѣшнее. Представитель, заключая сдѣлку, чуждую для него, дѣйствуетъ не на свое имя, а на имя принципала (*alieno nomine*), напротивъ промиссаръ въ договорахъ въ пользу третьяго, заключая свою собственную сдѣлку, дѣйствуетъ *suo nomine*. Точно также надо сказать, что первый дѣйствуетъ вмѣсто принципала, второй—же самъ за себя ²⁾.

¹⁾ Циммерманъ С. 85. Гаренсъ С. 34—6. Унгеръ. С. 61.

²⁾ Унгеръ С. 61. Гаренсъ. С. 34—6. Циммерманъ. С. 84—85.

Итакъ вотъ все стороны различія, существующаго между представительствомъ и договорами въ пользу третьяго. Очевидно, различіе это столь существенно, что устраняетъ всякую возможность смѣшенія названныхъ институтовъ.

Здѣсь мы считаемъ нужнымъ остановиться еще на томъ—имѣютъ-ли въ настоящее время договоры въ пользу третьяго обширное приложеніе? Лабандъ ¹⁾ говоритъ, что въ настоящее время съ допустимостію представительства указанные договоры потеряли бѣльшую часть своего практическаго значенія. Но на это справедливо возражаетъ Гаренсъ ²⁾, что договоры въ пользу третьяго не суррогатъ представительства и что исторія права, напротивъ, учитъ, что дѣйствительное представительство и признано раньше, чѣмъ договоры въ пользу третьяго. Справедливость мнѣнія Гаренса подтверждается явленіями гражданскаго оборота—существованіемъ въ этомъ оборотѣ большаго числа договоровъ въ пользу третьяго ³⁾.

Выясненіе различія, существующаго между представительствомъ и договорами въ пользу третьяго, имѣетъ то значеніе для опредѣленія понятія представительства, что самымъ нагляднымъ образомъ выясняетъ положеніе представителя въ заключаемой имъ сдѣлкѣ. Было уже и раньше сказано (см. стр. 53), что представитель участвуетъ въ сдѣлкѣ, чужой для него; но это положеніе пріобрѣтаетъ особенную ясность послѣ того, какъ выяснено, что между представителемъ и промиттендомъ съ одной стороны и между представителемъ и принципаломъ съ другой не происходятъ никакихъ имущественныхъ исполненій, какъ таковыя происходятъ при до-

1) С. 195. Савиньи. Oblig. II. С. 84.

2) 34, 35. Жит. 2.

3) Ср. у Унгера. С. 81--92.

Говорахъ въ пользу третьяго; теперь, миѣ кажется, выступая съ особенною ясностію то, что представитель есть чужой въ сдѣлкѣ, что при нормальномъ порядкѣ ему нѣтъ въ ней мѣста и что, слѣдовательно, появленіе его in 's Spiel, какъ говорятъ нѣмцы, совершенно случайно.

Чтобы заключить разсмотрѣніе отличительныхъ свойствъ представительства отъ сходныхъ съ нимъ юридическихъ институтовъ, скажемъ еще нѣсколько словъ объ отличіи представительства отъ представительнаго negotiorum gestio.

§ 6 Отличіе представительства отъ представительнаго negotiorum gestio.

Представительное negotiorum gestio имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ кто-либо сознательно и вполнѣ предпринимаетъ юридическую сдѣлку на чужое имя, слѣдовательно съ явнымъ намѣреніемъ исключить предпріятіе таковой стороны другаго и при томъ не будучи къ тому уполномоченъ какимъ либо особымъ отношеніемъ къ принципалу ¹⁾.

Такимъ образомъ представительное negotiorum gestio въ противоположность простому, которое, какъ извѣстно, характеризуется только внутренними отношеніями участвующимъ лицъ т. е. отношеніями между negotiorum gestor'омъ и принципаломъ, потому-что передъ третьимъ лицомъ negotiorum gestor выступаетъ не болѣе какъ т. н. посредственный представитель, представительное negotiorum gestio, напротивъ, характеризуется вмѣстѣ съ

1) Циммерманъ *ibid* §: 136. Этимъ писателемъ, какъ кажется, установлено въ первый разъ какъ самое понятіе, такъ и терминъ «представительное negotiorum gestio».

тѣмъ и отношеніями вышшими. *Negotiorum gestor* здѣсь дѣйствуетъ какъ представитель т. е. имѣетъ цѣлю воспроизвести тѣже юридическія послѣдствія, какія произошли-бы, если-бы принципаль самъ контрагировалъ.

Итакъ мы видимъ, что представительное *negotiorum gestio* имѣетъ чрезвычайно много сходнаго съ представительствомъ. Противъ подобнаго сходства двухъ названныхъ институтовъ возсталъ Лабандъ ¹⁾. Онъ говоритъ, что при *negotiorum gestio* существуетъ два совершенно отдѣльные другъ отъ друга юридическія отношенія, съ одной стороны квазиконтрактное: между принципаломъ и *negotiorum gestor*'омъ, съ другой—контрактное: между *gestor*'омъ и третьимъ; при представительствѣ, напротивъ, существуетъ согласно намѣренію сторонъ только одно контрактное отношеніе: представитель самъ не имѣетъ намѣренія обязываться, третій не имѣетъ намѣренія приобрѣтать права или вступать въ обязательства относительно представителя, но—непосредственно относительно третьяго. Очевидно, что Лабандъ опускаетъ изъ виду тотъ случай *negotiorum gestio*, когда *gestor* дѣйствуетъ, какъ представитель, слѣдовательно также не желаетъ самъ обязываться и приобрѣтать права; въ этомъ случаѣ при *negotiorum gestio*, какъ и при представительствѣ, существуетъ такъ-же только одно юридическое отношеніе—именно между принципаломъ и третьимъ.

Такимъ образомъ надо признать въ дѣйствительности существованіе *negotiorum gestio* съ представительнымъ характеромъ. Употреблялось-ли уже въ римскомъ правѣ *negotiorum gestio* въ данномъ смыслѣ, сказать

1) *ibid.* С. 230, Ср. также. Hefmann. Рецензія соч. Циммермана «*Die stellv. Negotiorum Gestio*», помѣщенная въ *Krit. Vierteljahrsschrift.* В. 19. С. 363.

трудно, хотя Циммерманъ и говоритъ объ этомъ утвердительно, ссылаясь на L. 24. D. h. t. ¹⁾).

Для понятія представительства, какъ увидимъ немного ниже, необходимъ моментъ полномочія представителю со стороны принципала, полномочія предпринять тѣ или другія юридическія дѣйствія отъ имени принципала. Существованіе этого момента и отличаетъ представительство отъ представительнаго negotiorum gestio. При представительномъ (какъ и вообще при всякомъ) negotiorum gestio сдѣлка совершается gestor'омъ безъ полномочія на то со стороны принципала, и это полномочіе является только въ силу особаго акта, предпринимаемаго по отношенію къ заключенной negotiorum gestor'омъ сдѣлкѣ—ratihabitio. Спрашивается: въ какомъ-же положеніи находится сдѣлка до ратихабиціи ея принципаломъ? Рустратъ ²⁾ высказываетъ мнѣніе, что договоръ, заключенный negotiorum gestor'омъ съ представительнымъ характеромъ (Рустратъ называетъ его неполномоченнымъ представителемъ, что съ сущности тоже самое), есть не болѣе, какъ офертъ со стороны третьяго принципалу черезъ посредство negotiorum gestor'a, и что принципаль посредствомъ ратихабиціи акцептируетъ этотъ офертъ. До ратихабиціи сдѣлка еще не существуетъ, и ратихабиція не устраняетъ какой либо недостатокъ въ сдѣлкѣ, а даетъ начало сдѣлкѣ. Но на это справедливо замѣчаетъ Циммерманъ ³⁾, что если принять мнѣніе Рустрата, то negotiorum gestor съ представительнымъ характеромъ явится простымъ nuntius'омъ (посланнымъ) третьяго, чего въ дѣйствительности нѣтъ.

Для бытія сдѣлки, какъ справедливо говоритъ Цим

¹⁾ Циммерманъ *ibid.* С. 135. Hellmann *ibid.* С. 363.

²⁾ »Ueber Stellvertretung ohne Vollmacht» въ *Jahrb. f. D.* В. X. С. 211--220.

³⁾ *ibid.* С. 150.

мерманъ ¹⁾, необходимы только три момента: дѣеспособность, существованіе воли и волеизъявленіе; и такъ какъ все это находится въ лицѣ negotiorum gestor'a съ представительнымъ характеромъ, то справедливо говорятъ сейчасъ названный писатель, что сдѣлка заключается gestor'омъ вполнѣ ²⁾. Такимъ образомъ negotiorum gestor съ представительнымъ характеромъ, какъ и представитель, является контрагентомъ въ сдѣлкѣ; но сдѣлка, заключенная gestor'омъ, не въ состояніи однако произвести правовыхъ послѣдствій, пока она не будетъ ратихабирована; слѣдовательно ратихабиція не есть часть юридической сдѣлки, заключенной gestor'омъ, а только придаетъ ей силу произвести правовыя послѣдствія, слѣдовательно носить характеръ акцессорный ³⁾. Въ виду всего сказаннаго сдѣлка negotiorum gestor'a до ратихабиціи должна быть обсуждаема, какъ говоритъ Циммерманъ ⁴⁾, по аналогіи съ условной сдѣлкой; такъ что сдѣлка gestor'a является, какъ causa efficiens юридической сдѣлки, а ратихабиція, какъ conditio juris. Того-же мнѣнія держатся и многіе другіе писатели ⁵⁾. Но если до ратихабиціи сдѣлка negotiorum gestor'a съ представительнымъ характеромъ есть не болѣе, какъ сдѣлка, заключенная подъ условіемъ; то, очевидно, что къ ней должны быть примѣняемы все правила, имѣющія мѣсто относительно условныхъ сдѣлокъ ⁶⁾.

¹⁾ *ibid.* С. 149.

²⁾ ср. Курціусъ. *Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen* въ *Archiv für die civilistische Praxis*. В. 8. (1875). С. 106.

³⁾ Циммерманъ *ibid.* С. 151.

⁴⁾ *ibid.* С. 152.

⁵⁾ Виндшейдъ *Pand.* § 74. Уитт. 4. Лабандъ *ibid.* С. 231. Унгеръ *System* С. 71. Бринцъ *Pand.* § 373. Противъ этого возражаетъ Рустратъ *ibid.* С. 213; по его мнѣнію, что сдѣлка до ратихабиціи еще не заключена, приводитъ къ невѣрному результату, какъ мы сказали немного раньше въ текстѣ.

⁶⁾ Виндшейдъ *ibid.* § 74. Уитт. 4, § 89.

Если ратихабиція не послѣдуетъ, то очевидно, что принципаль не обязывается и не управомочивается изъ сдѣлки. Связь сдѣлки съ принципаломъ, состоящая въ правѣ послѣдняго вызвать къ жизни намѣченныя сдѣлкой юридическія послѣдствія, съ отказомъ отъ ратихабиціи обрывается. Но также не управомочивается и не обязывается изъ сдѣлки и *negotiorum gestor*, потому что онъ заключалъ ее не только за чужой счетъ, но даже и на чужое имя ¹⁾, — онъ не субъектъ возникающихъ изъ сдѣлки послѣдствій, а факторъ для воспроизведенія таковыхъ въ лицѣ своего принципала, — онъ дѣйствуетъ для принципала не только экономически, но имѣетъ въ виду его самого непосредственно поставить въ обязательныя отношенія къ третьему. Объ отвѣтственности *negotiorum gestor*'а съ представительнымъ характеромъ за убытки, которые несетъ его сокоонтрагентъ при ненаступленіи ратихабиціи, мы скажемъ ниже.

Если ратихабиція наступаетъ, то сдѣлка вступаетъ въ полную силу и производитъ юридическія послѣдствія. Очевидно, что послѣдствія эти наступаютъ непосредственно, что новаго акта — повторенія предпринятой *gestio*'омъ сдѣлки не требуется ²⁾. Такимъ образомъ положеніе сдѣлки послѣ ратихабиціи при представительномъ *negotiorum gestio* совершенно подобно положенію сдѣлки, заключенной представителемъ; *gestor*, заключившій сдѣлку на имя принципала, остается внѣ ея, является случайнымъ третьимъ, и сдѣлка производитъ юридическія послѣдствія только между принципаломъ и другимъ контрагентомъ ³⁾.

Итакъ несомнѣнно, что представительное *negotiorum gestio* имѣетъ много общаго съ представительствомъ и

¹⁾ Циммерманъ *ibid.* С. 286--287. Виндшейдъ *ibid.* С. 170. Лабандъ, *ibid.* С. 132. Курціусъ *ibid.* С. 107.

²⁾ Циммерманъ *ibid.* С. 188.

³⁾ Виндшейдъ, *ibid.* § 74. Циммерманъ *ibid.* С. 188. Лабандъ *ibid.* С. 232. и др.

что положеніе сдѣлки послѣ ратихабиціи подобно положенію сдѣлки, заключенной представителемъ. Но въ чемъ же состоитъ различіе между обоими разбираемыми нами институтами? Очевидно, что различіе это состоитъ, какъ сказано уже, именно въ отсутствіи при представительномъ *negotiorum gestio* момента полномочія для совершенія *gestio* ономъ сдѣлки на имя принципала. Хотя при представительствѣ, какъ мы видѣли, сдѣлка заключается самимъ представителемъ, но все-таки тамъ воля принципала извѣстна, и представитель дѣйствуетъ согласно съ этой волей; напротивъ при представительномъ *negotiorum gestio* таковой воли принципала не существуетъ, она появляется только потомъ посредствомъ ратихабиціи ¹⁾.

Различіе, проведенное между представительствомъ и представительнымъ *negotiorum gestio*, имѣетъ для опредѣленія понятія представительства существенное значеніе въ томъ отношеніи, что выдвигаетъ на видъ необходимость для понятія представительства момента полномочія представителю со стороны принципала для заключенія юридической сдѣлки на имя послѣдняго. Къ ближайшему разсмотрѣнію этого необходимаго для понятія представительства момента мы теперь и переходимъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ здѣсь должно сказать, что съ проведеніемъ различія между представительнымъ *negotiorum gestio* и представительствомъ оканчивается методъ обособленія, — методъ, котораго мы держались до сихъ поръ въ выясненіи понятія представительства и который, будучи широко приложенъ, принесъ намъ такъ много для установки некоего опредѣленія представительства. Въ послѣдующемъ изложеніи мы перейдемъ уже къ положительнымъ опредѣленіямъ.

1) Ср. мнѣніе Нерсесова. Понятіе добр. пред. стр. 72.

§ 7. ρ представительномъ полномочіи.

По поводу представительства могутъ существовать двоякія отношенія: во 1-хъ между представляемымъ и представителемъ, опредѣляемая порученіемъ (*mandatum*); во 2-хъ между представляемымъ и другимъ контрагентомъ, опредѣляемая полномочіемъ (*Vollmacht*). Поэтому порученіе и полномочіе должны быть строго различаемы. Римское право вслѣдствіе того, что не признавало въ принципѣ представительства, не знало и о полномочіи; въ немъ было только одно понятіе — *mandatum*, что вполне соответствовало идеѣ, допускавшася въ Римѣ т. п. посредственнаго представительства ¹⁾. Положенія римскаго права подали поводъ и въ новое время не различать этихъ двухъ различныхъ понятій — порученія и полномочія, — такого взгляда ученые держались до послѣдняго времени ²⁾.

Въ чемъ-же лежитъ различіе двухъ названныхъ понятій? Вслѣдствіе *mandatum*, — порученія посредствующее лице совершаетъ сдѣлку за счетъ принципала, но на свое имя (*Suo nomine*); полномочіе-же даетъ право ³⁾, возможность (*Macht*) заключить сдѣлку не только за счетъ принципала, но и на его имя и, слѣдовательно, произвести правовыя послѣдствія непосредственно для него ⁴⁾.

¹⁾ L. 42. § 2. de procur. (3.2).

²⁾ Бухка С. 237. *ibid.* Шейрль *ibid.* С. 318. Ср. у Лабанда С. 209.

³⁾ Впндшейдъ. *Hand.* § 74. Переводъ Пахмана стр. 167 и стр. 168. прим. I.

⁴⁾ Лабандъ *ibid.* С. 204. Канштейнъ (*Vollmacht und Auftrag.* въ *Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart.* В. 3. С. 670—694), критикуя мнѣніе Лабанда и находя его не точнымъ, выставляетъ свою теорію о различіи между мандатомъ и полномочіемъ. Онъ говоритъ (С. 688, 689), что мандатарію принадлежитъ рѣшеніе вопроса о томъ, какъ (*wie*) зак-

Полномочіе и порученіе ни въ какомъ случаѣ не обозначаютъ виѣшней и внутренней стороны одного и того-же отношенія, но суть два различныя отношенія, которыя только случайно, а не необходимо между собою совпадаютъ. Что сказанное вѣрно, можно видѣть изъ того, что оба эти отношенія могутъ существовать независимо другъ отъ друга. Такъ во 1-хъ мандатъ—порученіе можетъ быть данъ безъ полномочія ¹⁾. Отношеніе, возникающее тогда, будетъ римское посредственное или неполное представительство. Въ современномъ быту порученіе безъ полномочія дается, напримѣръ, комиссіонеру, который, какъ извѣстно, никогда не дѣйствуетъ какъ представитель своего принціпала, а всегда на свое имя. Во 2-хъ можетъ быть дано полномочіе безъ поруче-

лючить сдѣлку, а уполномоченному кромѣ того рѣшеніе вопроса о томъ: должна-ли быть заключена сдѣлка (Ob); въ этомъ Канштейнъ видитъ первое отличіе между порученіемъ и полномочіемъ. Второе отличіе названный писатель видитъ въ томъ, что порученіе дается только на единичную сдѣлку и что при нѣсколькихъ, поручаемыхъ сдѣлкахъ, находятся на лицѣ уже порученія, а не порученіе (§. 609). Относительно втораго признака Канштейна надо сказать, что онъ ничего характеристическаго изъ себя не представляетъ, первый-же признакъ обуславливается тѣмъ особеннымъ взглядомъ на представительство, о которомъ мы упоминали выше (стр. 20 прим. 2.) и съ которымъ мы не согласились. Виндшейдъ. *Vand.* § 74. *Ann.* I. говоритъ, что порученіе (*Auftrag*) касается той стороны отношенія, что одинъ что-нибудь долженъ (миф) сдѣлать для другаго, а полномочіе (*Vollmacht*), что одинъ что-нибудь въ правѣ, можетъ (дарф) сдѣлать для другаго. «Конечно, говоритъ Виндшейдъ, въ порученіи можетъ лежать уже и полномочіе, кто для меня дѣйствовать долженъ, тотъ можетъ уже для меня дѣйствовать». Но такое объясненіе приведетъ къ признанію, что и полномочіе и порученіи опредѣляютъ двѣ различныя стороны одного и того-же отношенія и что, слѣдовательно, они должны быть постоянно совмѣстны, чего въ дѣйствительности признать нельзя. См. дальше въ текстѣ.

¹⁾ Лабандъ, *ibid.* §. 204. Виндшейдъ § 74. *Ann.* I. Циммерманъ *ibid.* §. 89 *Ann.* 108. Ладенбургъ *Voll-*

нія ¹⁾). Такъ одинъ изъ товарищей командитнаго товарищества, ведущій его дѣла, представитель акціонернаго товарищества п. т. п. имѣютъ полномочіе независимо отъ порученія и даже вопреки волѣ принципала; они обязываютъ послѣдняго даже въ томъ случаѣ, когда совершаютъ запрещенную имъ сдѣлку ²⁾). Въ приведенныхъ примѣрахъ объемъ полномочія опредѣленъ закономъ, и потому можно было-бы данные случаи считать исключеніемъ, а во всѣхъ прочихъ случаяхъ предполагать совпаденіе порученія и полномочія; но точно также и при свободномъ опредѣленіи объема полномочія онъ можетъ быть пространнѣе объема даннаго уполномоченному порученія ³⁾). Итакъ мы видимъ, что какъ полномочіе такъ и порученіе другъ безъ друга существовать могутъ. Впрочемъ это не мѣшаетъ стоять имъ рядомъ и даже совершенно совпадать ⁴⁾).

Спрашивается: оба-ли названныя отношенія существенны для понятія представительства? Мы видѣли, что отсутствіе полномочія изводитъ заступленіе въ понятіе посредственнаго представительства, напротивъ отсутствіе порученія при бытіи полномочія не мѣшаетъ дѣйствіямъ заступающаго носить характеръ представительства. Коммисіонеръ, имѣя порученіе и не имѣя полномочія, представителемъ не является, напротивъ товарищъ, ведущій дѣла товарищества, не имѣя порученія и имѣя полномочіе, является представителемъ товарищества. Поэтому надо сказать, что моментъ порученія не существенъ для понятія представительства, напротивъ моментъ полномочія существенъ ⁵⁾). Въ виду сказаннаго мы и займемся

macht als Verkehrsmittel въ Zeitschr. f. d. gesam. Handelsrecht. B. 11. S. 72. fg.

1) Лабандъ. С. 205. Виндшейдъ *ibid.* Циммерманъ и Ладенбургъ *ibid.*

2) Лабандъ С. 205.

3) Лабандъ. С. 207.

4) Лабандъ. С. 208.

5) Лабандъ С. 206.

въ настоящемъ параграфѣ болѣе подробнымъ изслѣдова-
ніемъ полномочія.

Чтобы дѣятельность представителя достигла имѣв-
шихся въ виду результатовъ, необходимо для этого
встать представителю въ особенное положеніе, именно
необходимо ему имѣть со стороны принципала полномо-
чіе. Полномочіе слѣдовательно, есть, какъ уже было
сказано выше, право, власть (*Macht*) посредствомъ пред-
принятія сдѣлки на имя принципала произвести такія-же
юридическія послѣдствія, какія наступили-бы, если-бы
принципаль самъ предпринялъ сдѣлку ¹⁾.

Полномочіе должно основываться на какомъ-либо пра-
вовомъ моментѣ; но на какомъ именно, это безразлично
для его понятія ²⁾. Представительное полномочіе осно-
вывается:

1) На актѣ уполномочія со стороны принципала
представителю ³⁾. Лабандъ ⁴⁾ говоритъ, что уполномочіе

¹⁾ Циммерманъ *ibid.* §. 89.

²⁾ Циммерманъ *ibid.* §. 88.

³⁾ Относительно употребленія термина «полномочіе» ученые
расходятся. Нѣкоторые разумѣютъ подъ нимъ актъ уполномочія
(*Ermächtigung*) представителю со стороны принципала для заклю-
ченія сдѣлки, слѣдовательно актъ предшествующій сдѣлкѣ. Та-
кимъ образомъ они видятъ въ полномочіи не право къ заклю-
ченію сдѣлки представителемъ, а одно изъ оснований этого пра-
ва. Сюда относятся: Виндшейдъ *Pand.* § 74. Унгеръ *ibid.*
§ 90. §. 139. Арндтсъ *Pand.* § 77. Напротивъ другіе (Кур-
ціусъ *ibid.* §. 78, 80 Бринцъ *Pand.* §. 1618, 1619, Цим-
мерманъ *ibid.* §. 87.) употребляютъ выраженіе «полномочіе»
именно для обозначенія права представителя, возможности для
него заключить сдѣлку на имя принципала. Последнее намъ ка-
жется болѣе вѣрнымъ.

Нѣкоторые ученые различаютъ спеціальное и генеральное
уполномочіе (Пухта. *Pand.* § 53. §. 82, 83 и др.); но спра-
ведливо говоритъ Виндшейдъ (*ibid.* § 74. *Num.* 2), что подоб-
ное различеніе бесполезно, потому оно всегда есть и будетъ
только относительно вѣрно.

⁴⁾ *ibid.* §. 208.

есть консенсуальный договоръ, посредствомъ котораго контрагенты взаимно обязываются, чтобы сдѣлка, которую одинъ изъ нихъ (уполномоченный) заключаетъ на имя другаго (давшаго уполномочіе), разсматривалась, какъ-бы заключенною самимъ давшимъ полномочіе. Договоръ этотъ имѣетъ значеніе не только между контрагентами, но и для третьяго лица. Противъ подобнаго пониманія акта уполномочія справедливо возражаетъ Курціусъ ¹⁾. Лабандъ дѣлаетъ предметомъ особаго договора между сторонами то, что составляетъ существо представительства т. е. непосредственное возникновеніе правъ и обязанностей въ лицѣ принципала. Если представительство существуетъ, если есть правовыя нормы, устанавлиющія непосредственную обязанность и право заступаемаго, при заключеніи сдѣлки представителемъ на его (заступаемаго) имя; то излишне то-же самое дѣйствіе сдѣлки, заключаемой представителемъ, обусловливать еще особымъ договоромъ между представителемъ и представляемымъ. Если-же положительное право не признаетъ представительства; то это послѣднее договоромъ между контрагентами установлено быть не можетъ. Въ виду этого правильнѣе считать уполномочіе одностороннимъ актомъ принципала, къ чему уже и пришли нѣкоторые писатели ²⁾. Уполномочіе предпринимается обыкновенно относительно представителя; но можетъ случиться, что оно станетъ извѣстнымъ черезъ объявленіе о немъ третьему. Для дѣйствительности уполномочія не требуется акцента его со стороны представителя ³⁾.

2) На оффиціальной должности (частная должность подходит подъ первую рубрику), напр. опекунь, государственный чиновникъ.

1) *ibid.* С. 79—84.

2) Циммерманъ *ibid.* С. 89. Регельсбергеръ *Ar. Vierteljahrsschrift. B. 11. С. 369.* Бринцъ *Paud. С. 1620.*

3) Циммерманъ *ibid.* С. 89.

3) На устройствѣ юридического лица.

4) Если между представителемъ и представляемымъ нѣтъ ни одного изъ упомянутыхъ оснований, необходимыхъ для бытія полномочія; то является представительное negotiorum gestio, и, слѣдовательно, отсутствіе полномочія должно быть восполнено посредствомъ ратихабиціи.

§ 8 Юридическое обоснованіе представительства.

Jeder handle für sich selbst.

Изъ всего сказаннаго выше о представительствѣ видно, что представитель совершаетъ юридическія дѣйствія такъ, что сдѣлка считается какъ-бы заключенною самимъ принципаломъ, и юридическія послѣдствія ея—права и обязанности—являются въ лицѣ представляемаго первоначально безъ всякаго прохожденія черезъ лице представителя. Такой порядокъ съ естественной точки зрѣнія ненормаленъ, ибо по естественному порядку вещей всякій дѣйствуетъ для себя и себѣ пріобрѣтаетъ. Гдѣ-же основаніе, по которому можно было-бы оправдать съ юридической точки зрѣнія это, такъ сказать, ненормальное явленіе? Ученые по поводу этого раздѣлились.

Савиньи ¹⁾, Шеърль ²⁾ и Рустратъ ³⁾, хотя и не входили въ разсмотрѣніе этого вопроса ⁴⁾, но ихъ мнѣніе на этотъ вопросъ можно вывести изъ постановки у нихъ вообще всей теоріи о представительствѣ. Всѣ эти ученые отождествляютъ представителя съ pupillus'омъ, т.

1) Oblig. В. II.

2) *ibid.* С. 336, 337.

3) См. у Бухки. Стр. 226.

4) Ср. Тель *Handelsr.* С. 288.

е. думаютъ, что сдѣлка всегда заключается самимъ принципаломъ и что, слѣдовательно, и контрагентомъ и субъектомъ въ сдѣлкѣ является всегда самъ принципалъ. Поэтому вопросъ объ обоснованіи представительства у нихъ отпадаетъ самъ собою. Если всѣ посредствующія лица представляютъ изъ себя лишь *nuntius'овъ* и, слѣдовательно, во всѣхъ случаяхъ контрагентомъ является самъ принципалъ; то никакого отклоненія отъ естественнаго порядка вещей нѣтъ и вопросъ объ юридическомъ обоснованіи представительства излишенъ. Выше мы доказали несостоятельность мнѣній о безразличіи между *nuntius'омъ* и представителемъ; основываясь на этомъ, мы должны здѣсь оставить безъ вниманія тѣ выводы, которые можно сдѣлать изъ теоріи названныхъ ученыхъ.

Господствующая теорія по вопросу объ обоснованіи представительства—теорія юридической фикціи—имѣетъ много приверженцевъ ¹⁾).

Первый, на сколько мнѣ извѣстно, выступилъ съ этой теоріей Бухка ²⁾. Онъ говоритъ: «въ нынѣшнемъ правѣ утвердилось положеніе, что обязанность къ исполненію договора, заключеннаго мандатаромъ на имя манданта, находится въ лицѣ послѣдняго; онъ-же въ силу юридической фикціи считается и контрагентомъ. Такимъ образомъ отличительная черта представителя состоитъ въ томъ, что послѣдствія договора въ силу юридической фикціи относятся къ принципалу, хотя дѣйствіе, посредствомъ котораго заключенъ контрактъ, чуждо ему. Дѣйствительность заключеннаго мандатаромъ контракта на имя другаго обсуждается по его (мандатара) лицу ³⁾».

¹⁾ Бухка. *ibid.* §§ 19 и 21. Унгеръ *System.* § 90. Лабандъ *ibid.* С. 225. Виндшейдъ *ibid.* § 73. *Ann.* 16. Гаренсъ *ibid.* § 5. С. 15.

²⁾ *ibid.* С. 202, 206.

³⁾ *ibid.* С. 207, 237.

Миѣніе Бухки, совершенно вѣрное, было однако имъ мало развито; поэтому другіе ученые, соглашаясь съ Бухкой, пытались дать полное развитіе этой теоріи; но, увлекшись конструкціей фикціи, они пришли къ невѣрнымъ выводамъ.

Такъ Унгеръ ¹⁾ излагаетъ свое миѣніе слѣдующимъ образомъ: «при представительствѣ пмѣеть мѣсто фикція, сдѣлка репрезентанта считается какъ-бы заключенною самимъ принципаломъ, она есть исключительно и непосредственно сдѣлка принципала. На основаніи этого способность встать въ юридическія отношенія, вытекающія изъ сдѣлки, а также и форма сдѣлки должны быть обсуждаемы по лицу принципала». Впрочемъ та-же мысль гораздо яснѣе проведена у Дерибурга, на котораго Унгеръ и ссылается. Этотъ ученый говоритъ ²⁾, что способность контрагировать, далѣе не только послѣдствія договора, но даже и его дѣйствительность, содержаніе, наконецъ форма его заключенія, — все это должно быть обсуждаемо по лицу манданта. Такимъ образомъ онъ признаетъ, что въ силу юридической фикціи настоящимъ контрагентомъ считается принципаль и что поэтому договоръ какъ относительно своего происхожденія, такъ и дѣйствія долженъ быть обсуждаемъ по лицу послѣдняго.

Обсужденіе сдѣлки по лицу принципала подало справедливый поводъ къ нападкамъ не только на фикцію, но даже и на допустимость самого (прямого) представительства. Тель ³⁾ справедливо замѣтилъ, что при такой конструкціи вопроса о представительствѣ на каж-

¹⁾ System des österr. Privatr. B. I. § 90. S. 136, 137 fg.

²⁾ Heidelberger Krit. Zeitschrift. I. S. 18--20. Cp. Лабандъ. *ibid.* S. 225.

³⁾ Handelskr. § 66. Anm. 6.

домъ шагу будутъ встрѣчаться противорѣчія и практическія неудобства. Такого-же мнѣнія держится и Вангеровъ ¹⁾. Съ нашей точки зрѣнія мнѣніе Унгера и Дернбурга должно быть названо неправильнымъ потому, что при принятіи его исчезаетъ понятіе представителя, какъ контрагента и потому уничтожается различіе между представителемъ и *universum*. Дѣло въ томъ, что ни принципъ прямого представительства, ни конструкція фикціи вовсе не даютъ права дѣлать такія заключенія, до какихъ дошли Унгеръ и Дернбургъ. Это доказано Лабандомъ и поддерживается другими учеными. Теорія Лабанда состоитъ въ слѣдующемъ. Характеристическій признакъ представительства въ отличіе отъ *universum*, говоритъ онъ ²⁾, состоитъ въ томъ, что представитель самъ хочетъ, воля въ его лицѣ является и имъ выражается; но юридическія послѣдствія воли его таковы, какъ будто она исходитъ отъ лица представляемаго; воля представителя считается, мыслится волей принципала ³⁾. Въ виду этого воля и ея изъявленіе должны быть обсуждаемы по лицу представителя, права же и обязанности ея производимыя—по лицу заступаемаго; волеспособность, свобода, серьезность воли требуются въ лицѣ представителя, напротивъ, релятивная способность къ сдѣлкѣ—въ лицѣ представляемаго ⁴⁾. Изложенное мнѣніе Лабанда даетъ возможность соста-

1) *Pandecten* § 608 С. 295.

2) *ibid.* С. 226.

3) *ibid.* С. 187.

4) Лабандъ видитъ здѣсь аналогію съ положеніемъ въ римскомъ правѣ сыновей и рабовъ, дѣйствующихъ въ качествѣ необходимыхъ представителей; какъ здѣсь, такъ и тамъ свобода воли, присутствіе ошибки. и. т. п. обсуждаются по лицу сына или раба. L. 51. пр. D. de aedil ed. (21.1). Напротивъ способность къ приобрѣтенію требовалась въ лицѣ *dominus*'а или *paterfamilias*'а. L. 130. D. de verbor. obl (45.1). Ср. такое-же мнѣніе относительно даннаго вопроса Виндшейда. *Pandecten* § 73. *Ann.* 16.

вить вѣрное и ясное представленіе объ обоснованіи представительства по господствующей теоріи. Представитель, изъявляя свою собственную волю или по крайней мѣрѣ, какъ мы выше сказали, являясь самохотящимъ въ сдѣлкѣ, самъ заключаетъ ее и, слѣдовательно, самъ является дѣйствительнымъ контрагентомъ; права и обязанности, изъ его сдѣлки возникающія, идутъ прямо къ принципалу, безъ всякаго прохожденія черезъ лице представителя; но вмѣстѣ съ тѣмъ также и качество представителя какъ контрагента переносится силою фикціи на принципала, — принципалъ является то-же контрагентомъ, но только мыслимымъ. Поэтому все, что касается до заключенія сдѣлки, ея возникновенія, обсуждается по лицу представителя, послѣдствія же ея — права и обязанности — по лицу принципала. Когда сдѣлка заключена и вполне определена, силою фикціи она приписывается самому принципалу, такъ-что послѣдній пріобрѣтаетъ права и обязанности какъ-бы изъ своей собственной сдѣлки ¹⁾. Ошибка Унгера и др. состоитъ въ томъ, что они, увлекшись фикціей, встали въ противорѣчіе съ самими-же собой: признавая, что воля, основывающая контрактъ, есть воля представителя, они допустили обсужденіе ея по лицу принципала. Приведенное объясненіе обоснованія пред-

1) Виндшейдъ. § 73. говоритъ, что такъ какъ фактически при представительствѣ изъявляется всетаки воля представителя, то не только для вопроса: существуетъ-ли изъявленная воля дѣйствительно, но также и при дальнѣйшемъ обсужденіи дѣйствительности и силы воли должно принимать во вниманіе лице представителя, а не заступаемаго. Во 2-мъ томѣ § 313. прим. 4 тотъ же авторъ говоритъ, что «изъявленная воля представителя мыслится волей принципала со всеми особенностями, которыя имѣютъ свое основаніе во внутреннемъ состояніи представителя». Въ 1-мъ томѣ § 73. прим. 16. Виндшейдъ говоритъ по поводу обоснованія представительства, что «контрактъ одного мыслится, представляется, воображается какъ контрактъ другаго, что контрактъ одного приписывается другому, какъ его собственный контрактъ. Подобнаго-же мнѣнія относительно обоснованія представительства держится и Гарейсъ *ibid.* § 5. С. 15—18.

ставительства, не возбуждая практических затруднений по поводу обсуждения сделки по лицу того или другого изъ участвующихъ въ представительствѣ лицъ, главнымъ образомъ имѣеть то преимущество, что сохраняетъ различіе между контрагентомъ и субъектомъ правъ, а слѣдовательно и между представителемъ и *principius'omъ*: если представитель есть дѣйствительный контрагентъ въ сделкѣ, то уже его нельзя приравнять къ *principius'u*, какъ мы видѣли это въ первомъ параграфѣ.

Не смотря на то, что приведенная теорія обоснованія представительства есть господствующая, она имѣеть много противниковъ.

Шейрль ¹⁾ говоритъ, что юридическая фикція противорѣчитъ неизмѣнному принципу, по которому обязательство тѣсно связано съ лицомъ его заключающимъ, что она далѣе не поддерживается ни мнѣніемъ ученыхъ, ни положительнымъ законодательствомъ и не можетъ быть признана произведеніемъ обычнаго права. Первое возраженіе падаетъ само собой, потому-что никакого принципа индивидуальности обязательства въ настоящее время не существуетъ. Второе и третье возраженіе для современной жизни несправедливы, потому-что и ученые и законодательства ²⁾ признають фикцію; противъ третьяго можно сказать, что фикція могла создаться путемъ обычаевъ судебныхъ, да и свидѣтельство лицъ, изучавшихъ обычное право, говоритъ, что фикція обычнымъ правомъ допускается ³⁾.

Вангеровъ ⁴⁾ возражаетъ противъ фикціи во 1-хъ тѣмъ, что въ ней нѣтъ надобности, потому-что рекомен-

1) Kritische Ueberschau. S. 333.

2) Preuß. Landr. I. 13. § 85.

3) См. Випшейда Pand. § 73. Anm. 16. a.

4) Lehrbuch der Pand. B. 3. § 608 S. 295.

дуемое имъ для примѣненія и къ теперешней жизни римское т. н. посредственное представительство вполнѣ, по его мнѣнію, удовлетворяетъ теперешнему правовому обороту; во 2-хъ что она не можетъ быть продуктомъ обычнаго права, изъ котораго ее выводятъ (такъ какъ въ римскомъ правѣ подобной фкція не было), потому что это право можетъ только признать какое-либо правовое отношеніе, но никогда не можетъ рѣшить о томъ, какъ такое отношеніе юридически конструировать. Если же фкція не можетъ быть продуктомъ обычнаго права, то для ея существованія нѣтъ праваго основанія. Первое возраженіе Вангерова, послѣ признанія отклоненія современныхъ юридическихъ понятій отъ понятій, заключающихся въ римскомъ правѣ, само собою отпадаетъ; противъ втораго-же надо сказать то-же, что сказано выше противъ замѣчанія Шейрля.

Наконецъ, есть цѣлый рядъ писателей, которые, ничего не возражая противъ конструкціи фкціи, тѣмъ не менѣе считаютъ неудобнымъ или невозможнымъ воспользоваться ей для объясненія юридическаго обоснованія представительства ¹⁾. Такъ Циммерманъ ²⁾ говоритъ, что съ пріятіемъ фкціи для обоснованія представительства легко можно впасть въ ошибку, легко можетъ явиться взглядъ, что однако юридически собственно заступаемый совершаетъ сдѣлку, что онъ является контрагентомъ; послѣдствіемъ-же этого будетъ необходимость

¹⁾ Сюда относятся: Циммерманъ *ibid.* С. 41—45, Курциусъ *ibid.* С. 86, Бринцъ *Ar. Blätter.* № 2. С. 42, Karlowa. *das Rechtsgeschäft und seine Wirkung* (Berlin. 1877). С. 55. Игерингъ. *Geist des römischen Rechts* § 59. Регельсбергеръ. *Ar. Vierteljahrsschrift.* С. 11. С. 368, 369. Изъ русскихъ: Цитовичъ *Лекція по торговому праву.* § 44, и особенно Нерсесовъ въ недавно вышедшемъ сочиненіи: *Понятіе добровольнаго представительства въ гражданскомъ правѣ*, у него же указана и вся литература этого вопроса.

¹⁾ *ibid.* С. 41—45.

обсуждать по лицу заступаемаго какъ релятивную способность къ сдѣлкѣ, такъ и способность быть въ ней контрагентомъ. Однимъ словомъ легко можно будетъ придти къ признанію такого положенія дѣла, какое рекомендовалъ Дерибургъ. Для отстраненія опасности впасть въ подобное заблужденіе, влекущее за собой невыгодныя послѣдствія для гражданскаго оборота, Циммерманъ предлагаетъ оставить конструкцію фикціи и остановиться просто на признаніи раздѣленія свойствъ контрагента и субъекта сдѣлки по различнымъ лицамъ, не пытаясь отыскивать этому какого-либо объясненія. Онъ приводитъ формулу, посредствомъ которой хотѣлъ объяснить сущность представительства Игерингъ (*Geist bez* *W. W. § 59*): «дѣйствительное представительство основывается на раздѣленіи при заключеніи сдѣлки причины и слѣдствія; причина (*Ursache*): дѣяніе—достается на долю представителя, слѣдствіе (*Wirkung*): право—на долю представляемаго; такимъ образомъ представительство заключаетъ въ себѣ искусственное разъединеніе того, что при нормальномъ положеніи юридической сдѣлки составляетъ единое цѣлое». Циммерманъ эту формулу считаетъ не вполне точною и не всегда удовлетворительною и принимаетъ другую: «быть представителемъ значитъ дѣйствовать съ явно выраженнымъ намѣреніемъ исключить, замѣнить собственную дѣятельность другаго».

Курціусъ ¹⁾ точно также признаетъ, что характеристическая черта представительства состоитъ въ томъ, что контрагентъ и субъектъ *obligationis ex contractu* суть различныя лица.

Въ русской литературѣ взгляды Циммермана и Курціуса повторяетъ и развиваетъ г. Нерсесовъ, поэтому, возражая послѣднему, мы вмѣстѣ съ тѣмъ будемъ возражать и двумъ первымъ.

1) *ibid.* С. 87.

Г. Нерсесовъ въ недавно вышедшемъ трудѣ: Понятіе о представительствѣ въ гражданскомъ правѣ, — разбирая господствующую теорію обоснованія представительства, не соглашается съ ней, отвергая пригодность для даннаго случая фикціи (стр. 84—7). Полемика его состоитъ въ слѣдующемъ: «сторонники господствующей теоріи 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 предыдущая теорія (теорія приравниванія представителя къ *nuntius'у*) т. е. къ признанію принципала за настоящаго контрагента или къ признанію воли его за ту, которая проявилась въ договорѣ. Понятіе прямого представительства можно и нужно объяснить, не прибѣгая къ помощи юридической фикціи, которая неспособна дать точнаго и правльнаго представленія объ изслѣдуемомъ предметѣ. Существованіе представительства можно объяснить исключительно санкціей положительнаго права, ибо если-бы положительное право не признавало дѣйствительности прямого представительства, то никакая фикція не могла-бы дать надлежащаго основанія для его существованія. Ошибка предыдущихъ теорій (т. е. теорій приравнивающей представителя и *nuntius'a* и теорій господствующей) заключается въ томъ, что онѣ смѣшиваютъ понятіе контрагента и юридического субъекта или вѣрнѣе находятъ, что второй долженъ быть *ipso jure* и первымъ. Между тѣмъ изъ формулы представительства видно, что свойства контрагента и юридического субъекта распредѣляются между двумя различными лицами: представителемъ и принципаломъ».

Мнѣ кажется, что мнѣніе всѣхъ этихъ писателей, признающихъ фикцію непригодною для даннаго случая, и въ особенности мнѣніе г. Нерсесова не имѣютъ за себя вѣскихъ основаній.

Что касается во 1-хъ опасеній этихъ писателей, чтобы изъ разсматриванія воли одного какъ воли дру-

гаго мы не пришли снова къ тому результату, что дѣйствительный контрагентъ въ сдѣлкѣ есть самъ принципаль и что, слѣдовательно, вся сдѣлка должна быть обсуждаема по его лицу; то изъ сказаннаго выше о сущности юридической фикціи ясно, что такое опасеніе напрасно: хотя принципаль и мыслится контрагентомъ въ сдѣлкѣ; однако условія, необходимыя для контрагирования, всетаки должны находиться не въ его (принципала) лицѣ, а въ лицѣ представителя, такъ что дѣйствительнымъ контрагентомъ является всетаки послѣдній; принципаль-же является только мыслимымъ контрагентомъ. Поэтому не вѣренъ упрекъ господствующей теоріи со стороны г. Нерсесова, что эта теорія не сумѣла различить контрагента отъ субъекта правъ и обязанностей; господствующая теорія различаетъ и въ дѣйствительности раздѣляетъ эти два понятія, какъ видно изъ сказаннаго выше, но только пытается въ соединеніи ихъ посредствомъ фикціи найти основу для представительства, найти объясненіе ненормальному факту приобрѣтенія однимъ изъ договора, заключеннаго другимъ. Г. Нерсесовъ и самъ признаетъ, что подобное приобрѣтеніе «составляетъ уклоненіе отъ естественнаго порядка вещей, при которомъ всякое лице дѣйствуетъ для самого себя и своими дѣйствіями производитъ измѣненія въ собственной правовой сферѣ» (стр. 82); что же даетъ онъ вмѣсто отвергаемой имъ фикціи для обоснованія представительства? Онъ говоритъ, что существованіе представительства надо объяснить только санкціей положительнаго права, что фикція его создать не можетъ. Я не думаю, что-бы кто нибудь сомнѣвался въ этомъ и до г. Нерсесова. Напротивъ, мы кажется, все видѣли и сознавали, что по обычному праву и по положительному законодательству представительство допускается, но не останавливались на этомъ, какъ предлагаетъ г. Нерсесовъ, а пытались отыскать разумное основаніе этого, пытались такое явленіе юридически конструировать. Такимъ образомъ г. Нерсесовъ ничего не даетъ съ своей стороны для разрѣшенія этого вопроса. Впрочемъ повидимому г. Нерсесовъ какъ будто и

не хотѣлъ отыскивать никакого основанія для объясненія того, какимъ образомъ изъ сдѣлки, заключенной однимъ, пріобрѣтаетъ другой, потому-что, по его мнѣнію, формула представительства основывается на раздѣленіи свойствъ контрагента и юридическаго субъекта между двумя различными лицами (стр. 86); но между тѣмъ самъ-же онъ, какъ мы уже сказали, признаетъ указанное пріобрѣтеніе неестественнымъ.

Наконецъ, г. Нерсесовъ непригодность фикціи для даннаго случая доказываетъ еще самымъ характеромъ ея. «Фикція, говоритъ онъ, имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ къ даннымъ фактическимъ отношеніямъ примѣняются чуждыя ихъ природѣ юридическія начала: черезъ нее впервые возникаетъ право. Въмѣсто того, чтобы создать для новыхъ отношеній юридическія правила, при посредствѣ фикціи обсуждаютъ ихъ по существующимъ уже нормамъ. Очевидно, что подъ такое понятіе фикціи нельзя подвести слѣдующую формулу прямого представительства: «юридическія дѣйствія А порождаютъ такія послѣдствія, какъ-бы они были дѣйствіями В». Но самъ-же, г. Нерсесовъ, говоритъ, что Унгеръ ¹⁾ объясняетъ сказанную формулу именно посредствомъ фикціи, которую онъ называетъ «теоретическою» (а Игерингъ ²⁾—«догматической») въ противоположность фикціи того рода, которую признаетъ и г. Нерсесовъ и которую Унгеръ называетъ «практической». Правда, что г. Нерсесовъ считаетъ объясненіе названнаго ученаго только затемняющимъ дѣло; но почему онъ это дѣлаетъ,—почему онъ считаетъ за фикцію только тотъ родъ ея, о которомъ онъ говоритъ, и почему не считаетъ таковою теоретическую фикцію Унгера, это трудно понять.

¹⁾ Verträge zu Gunsten Dritter. въ Jahrb. f. D. B. X. S. 9. Num. 12.

²⁾ Geist d. R. R. S. 290. B. III.

Въ заключеніе я долженъ сказать, что вполне согласенъ съ мнѣніемъ Виндшейда ¹⁾, который говоритъ, что фикція въ данномъ случаѣ не есть только искусственная конструкція, придуманная учеными, напротивъ, она подсказывается самою жизнью, она желаемая самими сторонами. Мнѣ кажется, что желаніе сторонъ, чтобы «дѣйствіе представителя считалось не его дѣйствіемъ, а дѣйствіемъ принципала», совершенно естественно и что ученые лишь подмѣтили всегда существовавшую въ жизни фикцію.

Соображая все, сказанное противъ теоріи, не признающей фикцію удобной для обоснованія представительства, я остаюсь на сторонѣ господствующей теоріи. Дѣйствительнымъ контрагентомъ въ сдѣлкѣ является представитель; принципалъ есть первоначальный субъектъ истекающихъ изъ сдѣлки послѣдствій, но вмѣстѣ съ тѣмъ въ силу юридической фикціи онъ мыслится контрагентомъ и такимъ образомъ пріобрѣтаетъ имѣвшіяся въ виду послѣдствія какъ-бы изъ своей сдѣлки. Поэтому формальныя условія возникновенія сдѣлки должны быть обсуждаемы по лицу контрагента — представителя, релятивная-же способность къ сдѣлкѣ должна быть въ лицѣ принципала.

Теперь на основаніи указаннаго обоснованія представительства считаемъ нужнымъ подробнѣе поговорить о дѣйствительности воли, основывающей контрактъ, о способности къ пріобрѣтенію правъ и обязанностей изъ договора при представительствѣ и о формѣ сдѣлки, а также объ отвѣтственности представителя, дѣйствующаго безъ полномочія. Руководящими началами здѣсь должны быть тѣ начала, которыя только что установлены выше.

1) Дѣйствительность воли.

Было уже сказано, что вопросъ этотъ должно обсуждать по лицу представителя, такъ какъ воля, осно-

¹⁾ Vand. B. 2. S. 181. Num. 4.

ывающая договоръ, есть его воля. Поэтому представитель долженъ обладать общею дѣеспособностію,—въ его лицѣ должны быть всѣ условія, необходимыя для того, чтобы быть контрагентомъ, но въ его лицѣ вовсе не требуется присутствія релятивной способности вѣстать въ отношенія, порождаемыя сдѣлкой. Въ виду этого могутъ, напримѣръ, быть представителями несовершеннолѣтній и признанный расточитель, потому что и тотъ и другой не могутъ только принимать на себя обязательства, но контрагировать могутъ ¹⁾. Изъ § 5. *J. qui et quibus ex causis manum. non possunt.* (1.6)... *et qui manumittitur procuratoris habendi gratia non minor decem et septem annis manumittatur*—видно, что римское право допускало къ представительству и *minores*, хотя они не могли принимать на себя обязательства, допускало потому, что для заключенія сдѣлки въ качествѣ представителя требуется только возможность юридически дѣйствительно выразить свою волю, а это за указанными лицами признавалось. Напротивъ безумный (*furiosus*) и *infans* не могли быть представителями, потому что не могли выразить своей воли. *L. 1 § 10. L. 18. § 1. de poss* (41.2) Ср. Тель. *Handelsr B. 1. § 72.*

Но общей дѣеспособности еще мало; надо, чтобы въ каждомъ конкретномъ случаѣ воля представителя была на лицѣ. Поэтому принужденіе, претерпѣваемое представителемъ, обманъ, существенная ошибка, опьяненіе до утраты способности владѣть своими поступками, выраженіе воли ради шутки—все это влечетъ недѣйствительность сдѣлки, какъ для принципала, такъ и противъ него. *Error in cogitacione* представителя существенъ для сдѣлки, а *error in persona*—не существенъ (Курціусъ. § 89). Что дѣйствительность сдѣлки или воли, основывающей сдѣлку, обсуждается по лицу представителя, это можно видѣть далѣе изъ значенія для сдѣлки *scientia et ignorantia* представителя относительно недостатковъ

1) Курціусъ *ibid* §. 87. Лабандъ. *ibid*. §. 227.

приобрѣтаемыхъ вещей. Общее правило по этому поводу высказано въ римскомъ правѣ въ L. 2 D. de litig (44.6) ... *et magis est, ut scientia inspicienda sit ejus qui comparavit, non ejus, cui acquireretur.* Ср. также L. 12 D. de contr. emt. (18.1), приведенный на стр. 72. прим. 3. Если представитель зналъ недостатокъ приобретаемой вещи; то, хотя бы принципаль этого и не зналъ, онъ не можетъ поднять редхипиторнаго иска. L. 51. § 1. de aedil. ed. (21.1), L. 16 § 3. D. de lib. causa (40.12): *Quare si filiusfamilias emit, siquidem ipse scit, pater autem ignoravit, non acquisivit patri actionem. Hoc si peculiari nomine egerit, ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia nocet? Et puto adhuc nocere, quemadmodum procuratoris nocet.* Заключительныя слова фрагмента приравниваютъ сына (который въ данномъ случаѣ есть т. н. необходимый представитель) къ прокуратору; изъ первой-йе части видно, что scientia сына имѣетъ значеніе для сдѣлки,—вредить ей. Ср. еще L. 16. § 4. cit. L. 22. § 5. cit: *sed si per procuratorem scientem quis emerit ei nocet* ¹⁾. Наоборотъ scientia domini negotii не имѣетъ значенія при ignorantia представителя. Исключеніе представляется только въ двухъ случаяхъ, если принципаль даетъ порученіе купить опредѣленную вещь, зная ея недостатки. L. 51. cit. L. 13. D. de contr. emt. (18 1) и во 2-хъ, если отецъ былъ при покупкѣ вещи и могъ не допустить сына до нея. L. 16. § 4. D. de liber. causa (40.12) ср. Королев. Саксонскій кодексъ. § 846.

Напротивъ представляемый можетъ не имѣть и не долженъ имѣть дѣеспособности. Какъ извѣстно, въ томъ именно и лежитъ существенная польза (прямого) представительства, что посредствомъ него даже и тотъ, кто не можетъ юридически—дѣйствительно выразить свою

¹⁾ Мюленбрухъ Cession. § 13. С. 88. fg. Курціусъ С. 90. Ср. еще L. 5. pr. D. de tribut. (14 4).

волю, можетъ приобрѣтать права и вступать въ обязательства. Впрочемъ вопросъ можетъ коснуться и внутреннего состоянія представляемаго: во 1 хъ тогда, когда онъ даетъ порученіе или полномочіе подъ вліяніемъ страха или обмана ¹⁾, во вторыхъ въ выше указанныхъ случаяхъ спеціальнаго порученія и возможности недопустить сына до покупки порочной вещи.

2. Права и обязанности возникаютъ изъ сдѣлки не для представителя, а для принципала; поэтому и способность къ ихъ приобрѣтенію — релятивная способность къ контракту должна быть обсуждаема въ лицѣ представляемаго. Если сдѣлка заключается несовершеннолѣтнимъ, расточителемъ и проч., когда они дѣйствуютъ въ качествѣ представителя, она дѣйствительна, хотя эти лица не могутъ лично вступать въ обязательства. Если представитель подпишетъ вексель на имя принципала, то сдѣлка дѣйствительна, хотя-бы представитель и не могъ самъ обязываться векселями. Если жена заключитъ безъ согласія своего мужа какую-либо сдѣлку черезъ посредство представителя, то къ этой сдѣлкѣ должны быть приложены правила, установленныя вообще для сдѣлокъ жены ²⁾. Вообще представитель можетъ приобрѣсть для принципала такія права и установить такія обязанности, къ которымъ онъ самъ рѣшительно неспособенъ. Объ этомъ ясно говоритъ римское право въ L. 130. D. de verb oblig (45.1)... imo et quod (filius) in suam personam conferre non potest, hoc patri acquirit. ³⁾.

3. Форма. Унгеръ ⁴⁾ и Дернбургъ ⁵⁾, исходя изъ неправильнаго разсматриванія представляемаго, какъ контрагента, пришли къ невѣрному выводу и относительно того, по чьему лицу обсуждается форма сдѣлки:

¹⁾ Виндшейдъ Pand. § 73. Ант. 19 Бухка. *ibid.* С. 15.

²⁾ Курціусъ *ibid.* С. 88.

³⁾ Лабандъ. *ibid.* С. 85. Курціусъ. *ibid.* С. 88.

⁴⁾ *ibid.* § 90. Ант. 28.

⁵⁾ *ibid.* С. 18.

они говорятъ, что форма сдѣлки должна всегда обсуждаться по личности принципала, между тѣмъ какъ тутъ надо различать два случая. Если форма опредѣляется сущностию сдѣлки, то она должна быть обсуждаема по лицу принципала. Напримѣръ, вопросъ о томъ, торговая или не торговая сдѣлка совершается, долженъ быть обсуждаемъ по лицу принципала ¹⁾. Если-же форма предписана закономъ, то надо различать: составляетъ-ли она *actus negotii* или только средство доказательства. Въ первомъ случаѣ формой обусловливается возникновеніе права, способность къ пріобрѣтенію котораго должна быть въ лицѣ принципала; во второмъ случаѣ форма служитъ только для признанія общей дѣйствительности сдѣлки, и потому тамъ принимается во вниманіе лице представителя ²⁾.

Въ заключеніе мы должны сказать нѣсколько словъ объ отвѣтственности представителя, дѣйствующаго безъ полномочія (когда полномочія вовсе нѣтъ или когда представитель выходитъ за предѣлы существующаго полномочія). Если сдѣлка, заключенная такого рода представителемъ, не будетъ ратифицирована, то очевидно, что она не имѣетъ никакого значенія для принципала, потому что онъ не имѣлъ намѣренія ни обязываться изъ нея, ни пріобрѣтать права. Точно также согласно съ природою вещей, что подобная сдѣлка не имѣетъ значенія и для представителя, потому что онъ заключалъ ее на чужое имя и, слѣдовательно, также не хотѣлъ самъ ни пріобрѣтать правъ, ни вступать въ обязательства. Положеніе другаго контрагента, который понесъ извѣстные убытки отъ сдѣланныхъ расходовъ или оттого, что лишился извѣстныхъ выгодъ, которыя могъ извлечь при исполненіи договора, было-бы несправедливо, если-бы его

¹⁾ Лабандъ, *ibid.* С. 227. *Ann.* 64. Тѣль *ibid.* С. 233. *B.* I.

²⁾ Пересовъ *ibid.* Ср. 92.

оставили безъ вознагражденія. Но кто-же долженъ его вознаградить? Очевидно, что на принципала возложить такой отвѣтственности нельзя, потому что онъ здѣсь въ договорѣ не принимаетъ никакого участія; такъ что эту отвѣтственность можно наложить единственно только на представителя, и это будетъ совершенно справедливо — Будь представитель только *punctius*'омъ, участвуя онъ въ договорѣ только фактически, вся тяжесть заключенія договора падала-бы на принципала, какъ на дѣйствительнаго контрагента, а потому и отвѣтственность за убытки падала бы на него же; но если контрагентомъ является самъ представитель, если онъ самъ заключаетъ договоръ, если онъ самъ является самохотящимъ то, очевидно, вся отвѣтственность за убытки, причиненныя его договоромъ, должны падать на него. Относительно его отвѣтственности, впрочемъ надо различать два случая. Во первыхъ тотъ, когда стороны заключаютъ договоръ подъ условіемъ имѣющаго наступить одобренія. Въ этомъ случаѣ другой контрагентъ знаетъ отсутствіе полномочія и, вступая въ сдѣлку съ посредствующимъ лицомъ, очевидно, добровольно подвергаетъ себя риску понести убытки при ненаступленіи ратихабцип; поэтому совершенно справедливо не возлагать въ данномъ случаѣ на представителя отвѣтственности за убытки, если только между нимъ и принципаломъ не было особаго объ этомъ договора ¹⁾. Второй случай, когда стороны заключаютъ договоръ подъ предположеніемъ, что полномочіе существуетъ. Здѣсь-то и является вопросъ о вознагражденіи за убытки третьяго, такъ какъ онъ не знаетъ объ отсутствіи полномочія. И дѣйствительно такая отвѣтственность представителя признается прямо положительными законодательствами: *D. H. G. D. Art 55. Abs. 1.*; *Wesfjebordn. Art 95*; Саксонское улож. § 789, 813; Прусское ч. I. т. 13; Австрійское § 1009; *Code civile art. 1997.*

1) Циммерманъ *ibid.* С. 299—300.

Точно также и наука права признаетъ представителя единственно отвѣтственнымъ за все убытки, могущіе произойти для третьяго изъ сдѣлки, заключенной представителемъ, не имѣющимъ полномочія, объ чемъ, впрочемъ, его соконтрагентъ не зналъ. Относительно правового основанія этой отвѣтственности ученые раздѣлились; но для нашей цѣли нѣтъ надобности входить въ болѣе подробное разсмотрѣніе различныхъ теорій по этому вопросу ¹⁾. Будетъ-ли основана эта отвѣтственность на существованіи дѣлкта со стороны представителя (хотя эта теорія, которой держится Бринцъ. *Ar. Blätter* №. 2. § 39, всего менѣе удовлетворительна), будетъ-ли она основана на предположеніи договора о гарантіи, которую явно или молчаливо принялъ на себя представитель передъ третьимъ относительно существованія полномочія (этой теоріи держатся: Бухка *ibid.* §. 238. Виндшейдъ. *ibid.* § 74. и Уит. 7 а, 8; Курціусъ *ibid.* §. 101—104), будетъ-ли она основана на теоріи *culpa in contrahendo*, выведенной и развитой Игерингомъ (*Zahrb. f. D. R. IV.* §. 1—112. Этой теоріи держится Лабандъ. *ibid.* §. 234, изъ русскихъ Нерсесовъ *ibid.* стр. 100—101), или, наконецъ, эта отвѣтственность будетъ выведена просто изъ *bona fides*, изъ несправедливости положенія третьяго контрагента предъ принципомъ, который имѣетъ право по своей волѣ одобрить сдѣлку или отвергнуть, а тотъ не имѣетъ противъ него никакого права и потому долженъ имѣть возможность требовать вознагражденія со стороны представителя (такъ думаетъ обосновать отвѣтственность Циммерманъ. *ibid.* § 293—299, его теорія по объему отвѣтственности всего болѣе сходится съ теоріей гарантіи), все это для нашей цѣли не имѣетъ особеннаго значенія, для насъ важно только то, что все ученые признаютъ отвѣтственность по данному вопросу за представителемъ. Относительно объема отвѣтственности ученые также расходятся; нѣкоторые признаютъ, что от-

1) См. обзоръ ихъ у Циммермана *ibid.* §. 283—200.

вѣтственность ограничивается только негативными убытками ¹⁾, другіе считаютъ представителя ответственнымъ какъ за негативные, такъ и за позитивные убытки ²⁾. и, наконецъ, третьи, признавая въ принципѣ недействительность договора, заключеннаго такого рода представителемъ, съ практической точки зрѣнія допускаютъ возможность для третьяго потребовать отъ представителя личнаго исполненія договора ³⁾. На такой-же точкѣ зрѣнія стоитъ и общегерманское торговое уложеніе, признавая въ Art. 55. за третьимъ право выбора между вознагражденіемъ убытковъ (*Schadenersatz*) и исполненіемъ договора (*Erfüllung*). Само собой понятно, что третій, если онъ хочетъ, можетъ не требовать ни того ни другаго; представитель же не можетъ настаивать передъ третьимъ на исполненіи договора вмѣсто вознагражденія убытковъ. Вотъ все, что мы считали нужнымъ сказать объ ответственности представителя, дѣйствующаго безъ полномочія.

Оканчивая здѣсь рѣчь объ обоснованіи представительства и обсужденіи особыхъ случаевъ, разрѣшеніе которыхъ обуславливается тѣмъ или другимъ обоснованіемъ представительства, мы вмѣстѣ съ тѣмъ оканчиваемъ вообще рѣчь о представительствѣ и на основаніи всего, сказаннаго до сихъ поръ, на основаніи какъ отрицательныхъ, такъ и положительныхъ данныхъ, добытыхъ въ предыдущемъ изложеніи, попытаемся дать опредѣленіе понятія представительства.

§ 9. Опредѣленіе представительства и анализъ его.

Представительство есть такое юридическое понятіе, гдѣ одно лице, представитель, имѣя на основаніи какого

1) Курціусъ *ibid.* С. 102.

2) Лабандъ С. 237.

3) Циммерманъ. *ibid.* С. 287 и 292. *Ушт.* 392. также

нибудь правоваго момента полномочіе со стороны другаго, представляемаго, заключаетъ юридическую сдѣлку на имя этого другаго, слѣдовательно, съ явно выраженнымъ намѣреніемъ замѣнить принципала въ его собственномъ заключеніи сдѣлки и вмѣстѣ съ тѣмъ съ намѣреніемъ воспроизвести для послѣдняго такія юридическія послѣдствія, какія наступили-бы, если-бы тотъ самъ заключилъ сдѣлку, такъ что, слѣдовательно, представитель остается совершенно чуждымъ юридическимъ послѣдствіямъ сдѣлки.

Анализируя это опредѣленіе, мы находимъ въ немъ слѣдующіе существенные моменты:

1) Представительство есть понятіе юридическое, оно состоитъ въ заключеніи юридической сдѣлки. Этимъ признакомъ оно отличается отъ услугъ фактическихъ пособниковъ и въ особенности отъ *punctius'a*, который сдѣлки не заключаетъ, а только служитъ орудіемъ ея заключенія и потому доставляетъ не юридическія услуги, а фактическія.

2) Представитель, заключая сдѣлку, дѣйствуетъ вмѣсто принципала, такъ что послѣдній никакого участія въ заключеніи сдѣлки не принимаетъ; этимъ представительство отличается отъ юридическаго соучастія, гдѣ соучастникъ хотя и дѣйствуетъ юридически, но не вмѣсто, а рядомъ съ другимъ лицомъ, вмѣстѣ съ нимъ.

3) Представитель заключаетъ сдѣлку на имя принципала съ явно выраженнымъ намѣреніемъ замѣнить послѣдняго въ его собственномъ заключеніи и вмѣстѣ съ тѣмъ съ намѣреніемъ воспроизвести для того такія юридическія послѣдствія, какія наступили-бы, если-бы онъ самъ заключилъ сдѣлку, такъ что представитель

остаётся совершенно чуждъ послѣдствіямъ сдѣлки. Слѣдовательно, представитель является контрагентомъ въ сдѣлкѣ, но не является субъектомъ протекающихъ изъ нея послѣдствій. Хотя такимъ-же контрагентомъ въ сдѣлкѣ является и т. н. посредственный представитель, но онъ при этомъ не имѣетъ намѣренія исключить собственный контрактъ принципала, потому-что дѣйствуетъ на свое имя, между тѣмъ какъ представитель, какъ сказано, имѣетъ намѣреніе именно замѣнить собственную дѣятельность принципала въ заключеніи контракта своею дѣятельностію. Съ другой стороны различіе между представителемъ и т. н. посредственнымъ представителемъ лежитъ въ томъ, что первый не является субъектомъ сдѣлки, тогда какъ второй заключаетъ свою собственную сдѣлку и только потомъ переноситъ ея послѣдствія на другаго въ силу новаго акта. Таково отличіе представительства отъ т. н. посредственнаго представительства. Непричастность представителя къ послѣдствіямъ заключаемой имъ сдѣлки дѣлаетъ его чуждымъ сдѣлкѣ, и этимъ признакомъ представительство отличается еще отъ договоровъ въ пользу третьяго. При названныхъ договорахъ посредникъ заключаетъ свою собственную сдѣлку или лучше сказать двѣ сдѣлки, только сливаемые внѣшнимъ образомъ въ одну; при представительствѣ-же происходитъ одна сдѣлка и притомъ совершенно чуждая для представителя по своимъ послѣдствіямъ.

4) Представитель заключаетъ юридическую сдѣлку съ намѣреніемъ воспроизвести для принципала такія юридическія послѣдствія, какія наступили-бы, если тотъ самъ контрагировалъ. Между дѣйствіями представителя и возникновеніемъ послѣдствій для принципала должна быть причинная связь; послѣдствія эти должны быть обусловлены намѣреніемъ представителя. Этимъ признакомъ представительство отличается отъ т. н. необходимаго представительства, гдѣ непосредственный переходъ правъ и обязанностей на принципала не обуславливается намѣреніемъ представителя.

5) Представитель долженъ имѣть полномочіе отъ принципала для совершенія юридической сдѣлки на имя послѣдняго, иначе въ наличности будетъ не представительство, а представительное *negotiorum gestio*.

6) Необходимое для бытія представительства полномочіе должно основываться на какомъ нибудь правовомъ моментѣ (уполномочіи со стороны принципала, должности или устройствѣ юридического лица).

7) Изъ формулы опредѣленія представительства видно, что послѣднее основывается на раздѣленіи свойствъ контрагента и субъекта сдѣлки между представителемъ и принципаломъ и на мыслимомъ соединеніи обонхъ этихъ свойствъ посредствомъ фикціи въ лицѣ представляемаго.

ОГЛАВЛЕНІЕ

ПРЕДИСЛОВІЕ I—III.

ОТДѢЛЪ I-й.

Понятіе представительства.

	Стр.
§ 1. Отличіе представительства отъ фактическаго пособничества	3.
§ 2. Отличіе представительства отъ юридическаго соучастія	44.
§ 3. Отличіе (прямаго) представительства отъ такъ называемаго посредственнаго (mittelbar) или непрямаго (indirect) представительства	49.
§ 4. Отличіе представительства отъ т. н. необходимаго представительства	67.
§ 5. Отличіе представительства отъ договоровъ въ пользу третьяго (Verträge zu Gunsten Dritter)	76.
§ 6. Отличіе представительства отъ представительнаго negotiorum gestio	91.
§ 7. О представительномъ полномочіи	97.
§ 8. Юридическое обоснованіе представительства	102.
§ 9. Опредѣленіе представительства и анализъ его	120.

II

Стр. Строка	Напечатано:	Слѣдуетъ читать.
58. прим	Vorles.	Vorles.
2, 3.		
92. пр. 4.	³⁾	⁴⁾
63. 8. сн.	представительства	представительства
65. 16 св.	представительствѣ	представительствѣ
72. пр. 3.	presente	praesente
78. 4 сн.	C.	T.
82. 15 сн.	ассигнанту	ассигнанту
84. 12 сн.	Reflexwirkungen	Reflexwirkung
91. 5 сн.	участвующимъ	участвующихъ
95. 2 сн.	negotiorum	negotiorum
98. пр. 4.	порученіи	порученіе
104. 1 сн.	вопрооа	вопроса
106. 6 св.	дѣйствительнымъ	дѣйствительнымъ
107. 7 сн.	третьяго	четвертаго
110. 18 с.	объяснить	объяснить
114. 2 сн.	ето	это
115. пр.	⁴⁾	1)
118. 15 св.	ныя	ные
— —	должны	должна
119 5 св.	впрочемъ	впрочемъ