

Література

1. Гонгало Р. Ф. Суперфіцій у римському приватному праві та його рецепція у цивільному праві України: Дис... канд. юрид. наук. — К., 2000.
2. Дождев Д. В. Римское частное право. — М., 1996. — С. 423.
3. Хвостов В. М. Система римского права: Учебник. — М.: Спарк, 1996. — С. 324.
4. Гонгало Р. Ф. Суперфіцій у римському приватному праві та його рецепція у цивільному праві України: Дис... канд. юрид. наук. — К., 2000. — С. 55-58.
5. Хутыз М. Х. Римское частное право. — М.: Былина, 1994. — С. 130-132.
6. Хвостов В. М. История римского права. — М., 1910. — С. 289.
7. Дождев Д. В. Римское частное право. — М., 1996. — С. 422.
8. Див.: Харитонов Е. О. История частного (гражданского) права Европы. — О.: БАХВА, 1998. — С. 302.

УДК 347.462(37+477)

Ю. Г. Орзіх

**ДОГОВОРИ ДОРУЧЕННЯ ТА КОМІСІЇ В РИМСЬКОМУ
ПРИВАТНОМУ ПРАВІ ТА У ЦИВІЛЬНОМУ
ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ**

В. Вільсон у своїй праці «Держава. Минуле й сучасне конституційних заснувань» писав: «Римське право проникло практично в усі нові юридичні системи; воно було не тільки головним елементом при їх побудові, але в нього ж була запозичена більша частина його принципів і положень» [1]. Є. О. Харитонов, досліджуючи значення римського права, виділяє три елементи, що необхідно враховувати, характеризуючи римське право «як правову систему, що є материнською щодо інших правових систем Європи» [2]. Це:

1. Цивілізаційне значення.
2. Юридичне значення.
3. Історичне значення.

Цивілізаційне значення, вважає Є. О. Харитонов, виявляється в тому, що римське право є «одним із наріжних каменів так званого Європейського дому», будучи важливою складовою загальноєвропейської цивілізації» [3]. Юридичне значення римського права, на думку Є. О. Харитонова, реалізується в тому, що «понятійний та категоріальний апарат, термінологія сучасного права ґрунтується на ідеях, засадах та визначеннях, що розробили римські юристи» [4]. Історичне значення полягає в тому, що римське право довгий час впливало на «формування та розвиток українського права і продовжує впливати на формування концепції приватного права України сьогодні» [5].

Відомий російський цивіліст Ю. С. Гамбаров у своїй доповіді «Значення науки римського права» [6] 1893 р. виділяв дві причини популярності та видатного характеру римського цивільного права. Це:

1. Внутрішня причина.
2. Зовнішня причина.

Внутрішня причина популярності римського права, на думку Ю. С. Гамбарова, виявляється в надзвичайній якості самих норм римського цивільного права [7]. Зовнішня причина, пише Ю. С. Гамбаров, полягає в тому, що римське право з часів серйозного знайомства з ним народів нового світу та дальшим прийняттям його як чинного права, а саме з XII століття і до наших часів, було найулюбленішим предметом для вченої розробки [8]. Той самий вчений, у одній із найпопулярніших своїх праць «Курс цивільного права» зазначає, що «римське право це неперевершений досі взірєць формального вдосконалення, творчості права, задоволення життєвим потребам свого часу і повного злиття теорії з практикою» [9].

Уявляється, що навіть ця невелика та зовсім неповна низка причин є достатньою аргументацією вибору напряму дослідження договорів саме за допомогою римського приватного права.

Переходячи безпосередньо до дослідження договорів доручення та комісії в римському приватному праві, насамперед необхідно визначити становище інституту представництва в римському праві, його розвиток. Можна сказати, що формування представництва в римському праві починається, у першу чергу, з появою складної системи позовів щодо представництва [10]. До них належать особливі преторські позови, які поділяються на дві групи [11]:

1. *actio de peculio, actio de in rem verso*;
2. *actio quad jussu, actio institoria, actio exercitoria*.

Ці позови і представляли на той час систему представницьких відносин та їх динаміку. Таким чином, лише опосередковано можна говорити про наявність прямого представництва в римському приватному праві.

Першим в історії представництва зустрічається договір доручення. Хоча з приводу відношення договору доручення до системи представництва тривають багаторічні спори, які починалися ще з таких авторів, як Н. О. Персесов, І. Ф. Шершеневич та інші. За договором доручення — *mandatum* — повірений (*procurator*) надавав принципалу (*dominus negotia*) безоплатні послуги [12]. Відносини будувалися за конструкцією, де прокуратор діяв від свого імені та в інтересах принципалу. Але на сьогоднішній день конструкція основного представницького договору зазнала великих змін. Стаття 1000 ЦК України дає визначення договору доручення, за яким одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок іншої сторони (довірителя) певні юридичні дії.

Хоча, як зазначається в одному з основних джерел римського права — Дигестах Юстиніана, конструкція могла мінятися, тобто прокуратор однаково діяв від свого імені, але інтерес міг бути вже іншим. Як зазначає Гай, «доручення ми укладаємо таким чином, що я даю тобі доручення або тільки в моїх інтересах (*mandatum mea gratia*), або тільки в чужих інтересах (*mandatum aliena gratia*), або в чужих та моїх інтересах (*mandatum mea et aliena gratia*), або в моїх та твоїх інтересах (*mandatum mea et tua gratia*), або в твоїх та чужих інтересах (*mandatum tua et aliena gratia*). Якщо я дав тобі доручення тільки в твоїх інтересах, то... не виникає ніякого зобов'язання» [13].

Суттєвою ознакою договору доручення в римському праві було те, що він міг бути тільки безоплатним. У разі, коли *procurator* отримував плату за свої дії, треба

говорити про позов за договором найму. Діяло правило «*mandatum nisi gratium, nullum est*» — договір доручення безоплатний, інакше він нікчемний [14].

Натомість ч. 5 ст. 626 ЦК України встановлює презумпцію оплатності договору, до того ж ст. 1002 ЦК України говорить про право повіреного на плату за договором доручення. Але в таких державах, як Франція, Німеччина [15], договір доручення залишається в його класичній формі, тобто безоплатним. Уявляється, що платність договору доручення обумовлена розвитком торгівельних зв'язків, а також ринкової економіки. У даному разі подібна трансформація викликана впливом економіки на право, та їх взаємозв'язком.

Слід відмітити, що своєрідна плата все ж таки передбачалася за договором, але правове становище цієї плати не вело до таких наслідків, що призвели б до недійсності договору. Отже, це був гонорар (*honorarium*). Походження цього слова повністю відображає сутність договору доручення, адже «*honor*» — це «подяка», плата на честь людини та її таланту.

Щодо осіб вільних професій, якими мали бути повірені, слід сказати, що цей поділ мав суто історичний характер, обумовлений суспільним устроєм Риму того часу. Як зазначає Н. О. Нерсесов, «питання платності договору та здійснення дій особою вільних професій знайшло своє вираження в працях французьких юристів (Trop long, Pothier, Doménget, Peyronny)» [16]. Ще однією характерною ознакою договору доручення було те, що повірений міг вчиняти не тільки дії юридичного характеру, але й фактичні, що також кардинально відрізняє договір доручення за Цивільним кодексом України [17].

Основні обов'язки повіреного в римському праві практично не відрізнялися від обов'язків повіреного у теперішньому законодавстві України. Як зазначає Б. Віндшейд, «основними обов'язками повіреного було точне та особисте виконання доручення» [18]. У зв'язку з цим повірений не мав права виходити за рамки доручення [19]. Особисте виконання доручення також було обов'язковим, оскільки вважалося, що повноваження були надані саме повіреному і ні якій іншій особі. Але право на переддоручення все ж таки існувало в римському праві. При цьому повірений залишався відповідальним перед довірительом за всі дії свого замісника. Замісник був відповідальний перед мандатарієм: у даному разі позовний захист формувався таким чином, що *dominus* міг подати позов тільки до повіреного, а він, у свою чергу, міг подати позов у регресі до свого замісника [20]. До обов'язків довірителя входило відшкодувати повіреному витрати, при цьому до витрат належали також і прийняті на себе зобов'язання [21].

Список підстав припинення договору доручення включав як загальні, так і спеціальні способи його припинення. До них належали:

1. Смерть однієї зі сторін. Доручення не можна було передавати до спадкоємців, за виключенням випадків, передбачених договором. Уявляється, що в даному разі слід говорити не про договір доручення, а про заповіт або законне представництво. Природа доручення, як інституту представництва, не може передбачати дії після смерті довірителя, оскільки втрачається сутність договірної представництва. Якщо не має особи, яку представник повинен представляти то і не має відносин представництва. Добровільне представництво передбачає передачу частки дієздатності іншій особі

для вчинення дій. Якщо не має джерела цієї дієздатності, не можна характеризувати це як договірне представництво. З певною часткою відносності можна говорити про законне представництво. Оскільки в разі законного представництва особа, яку представляють, заздалегідь має не повну дієздатність, її законний представник існує саме для того, щоб своєю дієздатністю доповнювати його (довірителя) дієздатність та дотримувати його інтереси. У даному разі відбувається набуття прав та обов'язків довірителем не завдяки передачі частки своєї дієздатності представникові, а, найпевніше, завдяки доповненню дієздатності довірителя дієздатністю повіреного. Тому можна припустити, що після смерті довірителя представник може, а інколи і зобов'язаний, продовжити свою діяльність для виключення небажаних наслідків, які можуть поширитися і на спадкоємців. У цих випадках реалізується принцип сумлінності виконання зобов'язань представником.

2. Виконання доручення.

3. Закінчення строку дії доручення.

4. Настання якоїсь умови.

Деякі з вищенаведених фактів говорять про зв'язок договору доручення з договором особистого найму та деякі відмінності його від інституту представництва в цілому. Якщо проводити порівняння двох договорів, доручення та найму, то уявляється, що договір особистого найму взагалі ширше за договір доручення. Додаткова різниця цих двох договорів не в предметі, бо можуть бути випадки, коли вони перекликаються, а в наслідках, які виникають у зв'язку з укладанням того чи іншого договору.

Н. О. Перссев відносно співвідношення договору доручення з інститутом представництва пише: «Ці два інститути мають зовсім різний характер за своїм змістом та можуть здійснюватись незалежно один від одного» [22]. Тут мається на увазі те, що представництво може існувати тільки в разі здійснення дій від імені іншої особи, тобто від імені *dominusa*, тоді як А. Гордон вважав, що представництво та доручення можна тільки віднімати, але не розділяти [23].

Договором-побратимом договору доручення можна назвати дальший договір у сфері представництва — це договір комісії. Ці два договори мають дуже близьку структуру, саме з цієї причини потрібно приділити багато уваги, для того щоб визначити відрізняючі особливості. Г. Ф. Шершеневич зазначав, що «комісійний договір є важливим засобом торгового обігу» [24]. Положення комісії в римському праві свідчило про його непопулярність та нерозвиненість. Згідно із системою римського права договір комісії — *contractus aestimatorius* — належав до неназваних контрактів. Згідно з цим договором одна особа передає річ у власність іншій особі, щоб остання її продала, а виручку повернула [25].

Як вже видно з визначення договору, він має суто торговий напрям, тому, по-перше, він застосовувався і застосовується сьогодні в торговій сфері, яка на той час постійно розширювалась, по-друге, він мав оплатний характер. Ці базові ознаки договору комісії лягли в основу торгового (комерційного) представництва. Саме з цього моменту слід вперше згадувати саме комерційне представництво в римському праві, оскільки саме на цьому прикладі можна побачити поєднання двох систем у єдину — інституту представництва та торгівлі.

Але визначення договору комісії за Цивільним кодексом України значним чином відрізняється від визначення, що існувало в римському приватному праві. Згідно з легальним визначенням, яке надано у ст. 1011 ЦК України, за договором комісії одна сторона (комісіонер) зобов'язується за дорученням іншої сторони (комітента) за плату вчинити один або кілька правочинів від свого імені, але за рахунок комітента [26]. По-перше, ст. 1018 ЦК України визначає, що майно, яке придбав комісіонер за рахунок комітента, є власністю комітента. По-друге, договір комісії за римським приватним правом передбачав лише продаж комісіонером речей за рахунок комітента, тоді як договір комісії за ЦК України значно розширений у своїй сфері застосування. Окрім розбіжностей історичного характеру між ЦК України та римським приватним правом, існує одна найвагоміша проблема в самому ЦК України, яка перекриває будь-яку можливість застосування договору комісії у сфері представництва. Річ у тому, що легальне визначення поняття представництва не поширюється на договір комісії. Згідно з ч. 2 ст. 237 ЦК України не є представником особа, яка хоч і діє в чужих інтересах, але від власного імені, а також особа, уповноважена на ведення переговорів щодо можливих у майбутньому правочинів [27]. Положенням цієї статті законодавець повністю відділив можливість участі договору комісії в системі представництва. О. С. Йоффе зазначає, що представництво може бути двох видів: відкритим (прямим) та скритим (непрямим) [28]. В. І. Синайський писав, що в залежності від того, чи представник вчиняє правочин від імені особи, що представляє, чи від свого імені, виділяються два типи представництва — пряме (в першому разі) та непряме (в іншому) [29]. Тут законодавець відкреслює непряме представництво, але з якою метою — це не зрозуміло. З цього приводу виникає ще одне питання відносно правової природи правових відносин, що виникають між комісіонером та комітентом. Якщо вони не належать до представницьких, то до яких їх потрібно відносити? У деяких випадках цей договір належить до посередницьких відносин. Один із перших в історії російських дослідників представництва, хто писав про існування непрямого представництва, був Л. Казанцев. У своїй праці «Вчення про представництво в цивільному праві» він пише: «Якщо хтось за дорученням або за якимось іншими підставами (опека, negotiorum gestio) вчиняє юридичний правочин, носієм якого є він сам, але який він починає з тим, щоб юридичні наслідки його потім перенести на принципала, то це і буде т. з. посереднє представництво (непряме)» [30]. Якщо проводити співвідношення цього визначення із сутністю договору комісії, то виявляється дуже цікава ситуація. По-перше, комісіонер стає представником і відповідно відносини між ним та комітентом стають представницькими. По-друге, договір комісії стає підставою реалізації та виникнення відносин представництва. У теорії цивільного права під представництвом слід розуміти вчинення правочинів однією особою за рахунок та в інтересах іншої [31]. Тобто не має принципового значення, чи здійснюються дії від імені особи, що представляють, чи від імені повіреного, важливим є те, чиї інтереси при цьому дотримуються.

Як зазначає М. І. Брагинський, «основна індивідуалізуюча властивість комісії, що визначила необхідність виділення наряду з дорученням і цього договору, пов'язана з особливістю замісництва, що відбувається при комісії» [32]. За догово-

ром комісіонер виступає від свого імені, і це зовсім змінює звичайну конструкцію, надану в договорі доручення. Як говорить Г. Ф. Шершеневич, «у цьому й полягає головна виокремлююча ознака договору комісії як самостійного договору» [33]. У разі договору доручення повірений, виступаючи представником довірителя, своїми діями давав можливість набувати права та обов'язки саме довірителю. За договором комісії трапляється інша ситуація. Правочин, що його здійснює комісіонер, породжує права та обов'язки у самого комісіонера. Саме таким чином досягається мета комісії.

Цивільний кодекс встановлює право комісіонера на укладання договору субкомісії (ст. 1015 ЦК України) [34], але тільки з дозволу на те комітента. У будь-якому разі за дії субкомісіонера комісіонер відповідає перед комітентом, як за своїй. У даному разі перший комісіонер буде одночасно і комітентом для субкомісіонера. Хоча раніше це практично не допускалося в практиці, можливість виконання договору не комісіонером а сторонньою особою сприймалася так само, як і само по собі представництво в римський період. Г. Ф. Шершеневич стверджував, що «характер комісійного договору, заснованого на довірі до особистості комісіонера, передбачає неодмінно особисте виконання доручення з його боку. Комітент мав на увазі популярність фірми комісіонера, його кредит, його торгівельні зв'язки, його чесність та знання справи, а тому комісіонер не має права за своїм бажанням замінити себе іншою особою. Але фактичні умови доручення могли із самого початку уселити комітенту, що доручення комісіонер особисто не виконає» [35].

Одним із типів комісіонерів і, як слідство в даному разі, договору є комісіонер-делькредере (ст. 1016 ЦК України) [36]. Зазвичай комісіонер не несе відповідальності перед комітентом за можливі збитки внаслідок вчинення правочину, але це тільки якщо комісіонер добросовісно виконав свої обов'язки. Засобом, що забезпечує комітента від ризику, пише Г. Ф. Шершеневич, є прийняття на себе комісіонером за додаткову винагороду поруки за справність свого контрагента [37].

Як вбачається з проведеного дослідження, основи такого інституту, як комерційне представництво, безперечно, виходять з інституту представництва. Категоричність висловлення базується на лінгвістичній конструкції словосполучення «комерційне представництво», яке свідчить про те, що це різновид представництва, який трансформувався під впливом розвитку торгівлі та розвитку ринкових відносин. Фактом, який про це свідчить, є структура договору комісії, що включав до себе ознаки декількох договорів: *emptio venditio* — купівля-продаж, *locatio conductio operis* — підряд, *mandatum* — доручення [38]. Саме наявність доручення свідчить про зв'язок з представництвом. Великий вплив ринкових відносин не можна припускати, адже саме цей аспект надає представництву в звичайному розумінні специфіку та своєрідну унікальність як явища правової реальності.

Історична картина розвитку договору комісії спочатку не називає його як можливе виявлення комерційного представництва, але аналогічна ситуація склалася і з договором доручення та прийняття його за основу добровільного представництва. Це знову ж таки дає можливість говорити про опосередковане існування комерційного представництва в римському праві у зв'язку з виявленням деяких ознак комерційного представництва в розумінні окремих видів зобов'язань.

Непопулярність інституту добровільного представництва та договору комісії була викликана тим, що, по-перше, римським юристам важко було уявити в суспільстві того часу ситуації, коли особа набуває права своїми діями не для себе, а для іншої особи, це пояснює практичну відсутність прямого представництва в римському праві, по-друге, той рівень розвитку економіки практично не передбачав дію комісіонерів. Г. Ф. Шершеневич зазначав, що римське суспільство практично не займалося експортом, тому і не потребувало в діяльності комісіонерів [39]. Той самий автор зазначає, що комісійний договір міг з'явитися лише внаслідок розширення збуту далеко за межі місця знаходження виробництва [40]. Як пише Є. В. Васьковський, «юридичні погляди римлян були пронизані крайнім суб'єктивізмом: кожен вважався здатним набувати права та обов'язки тільки для себе» [41]. Подібну позицію висловлював і С. Н. Дождев, реалізувалась вона в принципі, який діяв за часів V ст. до н. е. «Per extraneam personam nobis adquiri non potest — Неможливо придбання на нашу користь через сторонню особу» [42].

Але минула велика кількість часу і залишила свій відбиток на розвитку суспільства і суспільних відносинах, які за цей період зазнали не одне трансформування. На сьогоднішній день вони виглядають таким чином, яким відображені в ЦК України, адаптовані під вимоги сучасної ринкової економіки та торговельного обігу.

Література

1. Вильсон В. Государство. Прошлое и настоящее конституционных учреждений: Пер. с англ. — М., 1905. — С. 125.
2. Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Порівняльне право Європи. — Х.: Одесь, 2002. — С. 76.
3. Там само.
4. Там само.
5. Там само. — С. 77.
6. Гамбаров Ю. С. Значение науки римского права. — СПб., 1893.
7. Там само. — С. 9.
8. Там само. — С. 8.
9. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Под ред. и предисл. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2003. — С. 112.
10. Харитонов Є. О. Історія приватного (цивільного) права Європи. Ч. I. Витоки. — О., 1999. — С. 226-227.
11. Нерсесов Н. О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. — М.: Статут, 2000. — С. 104.
12. Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник для вузов / Под общ. ред. В. С. Нерсисянца. — 2-е изд. изм. и доп. — М.: Норма, 2004. — 784 с.
13. Дигести Юстиниана / Пер. и коммент. И. С. Перетерского. — М.: Юрид. лит., 1984. — С. 268.
14. Там само. — С. 268.
15. Там само. — С. 267-269.
16. Нерсесов Н. О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. — М.: Статут, 2000. — С. 43.
17. Виндгейд Б. Об обязательствах по римскому праву / Пер. с нем. А. Б. Думашевского. — СПб., 1875. — С. 384.
18. Там само. — С. 384.
19. Дигести Юстиниана / Пер. и коммент. И. С. Перетерского. — М.: Юрид. лит., 1984. — С. 270.
20. Виндгейд Б. Об обязательствах по римскому праву / Пер. с нем. А. Б. Думашевского. — СПб., 1875. — С. 384.
21. Там само. — С. 385.

22. Нерсесов Н. О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. — М.: Статут, 2000. — С. 48.
23. Гордон А. Представительство в гражданском праве. — СПб., 1879. — С. 51-52.
24. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2: Товар. Торговые сделки. — М.: Статут, 2003 — С. 165.
25. Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник для вузов / Под общ. ред. В. С. Нерсисянца. — 2-е изд. изм. и доп. — М.: Норма, 2004. — 784 с.
26. Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
27. Там само.
28. Йоффе О. С. Обязательственное право. — М.: Госюриздат, 1975. — 880 с.
29. Синайский В. И. Русское гражданское право: В 2-х т. — К., 1914-1915. — Т. 1.
30. Казанцев Л. Учение о представительстве в гражданском праве. Кандидатское рассуждение. — Ярославль, 1878. — С. 49.
31. Хвостов В. М. Система римского права: Учебник. — М., 1996. — С. 181-186.
32. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — М.: Статут, 2002. — С. 403.
33. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2. Товар. Торговые сделки. — М.: Статут, 2003 — С. 160.
34. Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
35. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2. Товар. Торговые сделки. — М.: Статут, 2003 — С. 177.
36. Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
37. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2. Товар. Торговые сделки. — М.: Статут, 2003 — С. 183.
38. Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник для вузов / Под общ. ред. В. С. Нерсисянца. — 2-е изд. изм. и доп. — М.: Норма, 2004.
39. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2. Товар. Торговые сделки. — М.: Статут, 2003 — С. 167.
40. Там само.
41. Васильковский Е. В. Учебник гражданского права. — М.: Статут, 2003. — С. 183.
42. Дождев С. Н. Римское частное право. — М., 1996. — С. 277.

УДК 340.15(37):347.63

С. Я. Ременяк

ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ДІТЕЙ ЗА РИМСЬКИМ ПРАВОМ

Встановлення особливостей правового становища дітей за римським приватним правом має істотне значення, оскільки саме в той час були визначені деякі особливості дієздатності неповнолітніх, які зберігають своє правове значення до сьогодні.

Зокрема, це стосується таких питань, як визначення правочиноздатності та деліктоздатності дітей, а також встановлення меж самостійного здійснення неповнолітніми інших елементів їхньої дієздатності.

Аналіз цих питань становить особливий інтерес у зв'язку з тим, що в Цивільному кодексі України 2003 р. помітною є рецепція окремих положень римського приватного права стосовно визначення віку набуття часткової дієздатності неповнолітніми, емансипації останніх, зміна деяких вимог до деліктоздатності малолітніх дітей тощо.