

На правах рукописи.

105

Станиславъ Коригельдъ.

Пріобрѣтеніе владѣнія —
— черезъ представителя
въ римскомъ правѣ.

Опытъ изъ теоріи владѣнія.

Ноябрь 1912 г.

МОСКОВСКИЙ ПУБЛИЧНЫЙ
XIV-31987
И РУМЯНЦОВСКИЙ МУЗЕЙ

К І Е В Ъ.
Типографія А. П. Гросманъ, Владимірская, 48. Телеф. 5-68.
1914.

*Мой первый опыт посвящаю
Вам, дорогие родители, — с
любовью и благодарностью.*

Авторь.

КНИГА ИМЕЕТ

Листов печатных	Выпуск	В перепл. един. соедин. №№ вып.	Таблиц	Карт	Иллюстр.	Служебн. №№	№№ списка и порядковые	1961 г.
2							К1160	

97/3 19006

Для темы имѣть значеніе только такъ называемое прямое представительство, такъ какъ только прямое представительство обуславливается нѣкоторыми особенностями въ пріобрѣтеніи владѣнія.

Прямое представительство опредѣляется въ доктринѣ обыкновенно, какъ совершеніе юридическихъ дѣйствій не только въ интересахъ, но и „отъ имени“ другого субъекта. Юридическое значеніе этихъ дѣйствій заключается въ томъ, что установленныя для нихъ послѣдствія составляютъ измѣненія правосостоянія (совокупности правомочій и обязанностей, которыми данный субъектъ обладаетъ въ данный моментъ времени) не того субъекта, который ихъ совершилъ, но непосредственно того, отъ имени котораго эти дѣйствія были совершены. Все это не можетъ представлять собою такихъ догматическихъ свойствъ въ прямомъ представительствѣ, которыя бы съ имманентной необходимостью ограничивали область отношеній, допускающихъ его, и въ современныхъ законодательствахъ допущеніе по общему правилу пр. пр—ва является общепризнаннымъ.

Въ римскомъ правѣ допускалось по общему правилу одно только пр. пр—во въ силу закона, а пр. пр—во въ силу соглашенія не признавалось. Рѣзкимъ исключеніемъ изъ этого положенія было пріобрѣтеніе владѣнія. Въ римскомъ правѣ пріобрѣтеніе владѣнія было единственнымъ институтомъ измѣненія правосостоянія субъекта, въ которомъ допускалось пр. пр—во въ силу соглашенія.

Дѣйствующее писаное право, въ отличіе отъ обычая, силою и рядомъ включаетъ нормы, представляющія рѣзкое уклоненіе отъ строго проводимыхъ принциповъ только потому, что, какъ выявленіе сознательной воли законодателя, какъ покоящееся на его „произволѣ“, дѣйствующее писаное право можетъ служить цѣлямъ и интересамъ, несог-

ласнымъ съ потребностями быта. Но тогда эти нормы не воспринимаются бытомъ и, оставаясь въ дисгармоніи съ правосознаніемъ, полностью либо отчасти замѣняются обычаями. Въ данномъ случаѣ этого нѣтъ. Наоборотъ. Допущеніе *pr. pr—va* при овладѣніи съ достаточной категоричностью выражено въ римскихъ источникахъ въ 17-ти мѣстахъ. Оно выражено и въ видѣ общаго принципа, и въ видѣ рѣшенныхъ казусовъ. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ упоминается объ этомъ исключительномъ положеніи римскаго права, какъ объ *iam pridem receptum*. Наконецъ, еще больше, указанные мѣста принадлежатъ многимъ юристамъ и, при этомъ, разныхъ эпохъ. Все это показываетъ, насколько это положеніе укоренилось въ римскомъ оборотѣ.

Это исключеніе, которое дѣлалось римскимъ правомъ для владѣнія, будучи даже выясненнымъ, какъ историческое явленіе римскаго правового быта, оставляетъ открытымъ вопросъ, почему именно владѣніе оказалось институтомъ, допускающимъ *pr. pr—vo*. Анализъ этого явленія имѣетъ большое логическое значеніе для выясненія конструкціи самаго института владѣнія. Едва ли имѣется въ гражданскомъ правѣ другой институтъ, который бы при такой бытовой и логической важности, какою отличается владѣніе и само по себѣ и для многихъ другихъ институтовъ, отличался въ то же время и такою неясностью своей конструкціи, какъ институтъ владѣнія.

Полная неясность типическихъ особенностей явленія исключаетъ возможность изслѣдованія всѣхъ логически подчиненныхъ понятій—ибо всякое изслѣдованіе предполагаетъ заранѣе установленную точку зрѣнія, съ которой обобщаются безкопечные ряды изслѣдуемыхъ явленій. Если бы совсѣмъ ничего не было извѣстно о владѣніи, то и о пріобрѣтеніи владѣнія точно также не могло бы быть что-нибудь извѣстно. Именно потому выдвигается раньше всего необходимость выяснить то доминирующее представленіе, въ силу котораго для ученыхъ, практиковъ и дѣйствующихъ въ оборотѣ субъектовъ создается самая психологическая возможность выдѣлять опредѣленные отношенія и объединять ихъ въ особую самостоятельную группу отношеній владѣнія.

Такимъ доминирующимъ представленіемъ въ конструкціяхъ владѣнія и вмѣстѣ съ тѣмъ въ томъ общемъ впечатлѣніи, которое получается при ознакомленіи съ нормами дѣйствующаго права, касающимся владѣнія, является представленіе объ отношеніяхъ владѣнія, какъ отношеніяхъ регулируемыхъ больше фактическимъ положеніемъ въ оборотѣ, нежели велѣніями дѣйствующаго права.

Не можетъ быть такой нормы, которая не предполагала бы своей гипотетической частью фактическаго положенія, но такого, которое вмѣстѣ съ тѣмъ должно быть подчинено ей диспозитивной части; не можетъ быть, слѣдовательно, такой нормы, которой не могло бы корреспондировать отношеніе владѣнія, опредѣляющееся не диспозіціей данной нормы, но тѣмъ самымъ фактическимъ положеніемъ въ оборотѣ, которое предполагается ей гипотезой. Такимъ образомъ, логически сфера дѣйствія отношеній владѣнія распространяется на сферу примѣнимости всего дѣйствующаго права. Такъ какъ право не можетъ не считать существенными тѣ отличія въ фактическихъ положеніяхъ въ оборотѣ, которыя самое же право зафиксировало въ гипотезахъ его нормъ, то логически, поэтому, и въ отношеніяхъ владѣнія фактическія положенія должны квалифицироваться по типамъ, установленнымъ въ другихъ институтахъ.

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія формальной логики, нормы владѣнія корреспондируютъ системѣ дѣйствующаго права по сходству въ гипотезахъ и отличію въ диспозіціяхъ.

Исторически отношенія владѣнія наиболѣе приблизились къ своимъ формальнымъ предѣламъ въ средніе вѣка, когда владѣніе не только распространилось на всю область гражданского права, признаніемъ владѣнія даже союзомъ семейственнымъ и бракомъ, но и на публичное право, гдѣ играли роль объектовъ владѣнія и государственная власть, и публичныя привиллегіи, и повинности.

Въ римскомъ правѣ отношенія владѣнія ограничились вліяніемъ фактическаго положенія вещи въ гражданскомъ оборотѣ, охвативъ все вещное и только два института обязательственнаго права—*precarium* и *sequestratio*.

Прямое представительство само по себѣ допустимо при всѣхъ этихъ видахъ отношеній владѣнія.

Однако въ тѣхъ мѣстахъ источниковъ, въ которыхъ говорится о допущеніи пр. пр.—ва при приобрѣтеніи владѣнія, въ этихъ мѣстахъ имѣется въ виду лишь владѣніе въ видѣ собственности. Даже въ мѣстахъ, формулирующихъ общее положеніе говорится о владѣніи именно въ видѣ собственности—въ нихъ употребляется то терминъ traditio, специфичный для приобрѣтенія права собственности, а то и прямо proprietas (I. 13. 41. 1; I. 8. c. 7. 32). Даже, когда въ источникахъ говорится о владѣніи вообще, то большей частью и въ этомъ случаѣ имѣется въ виду владѣніе именно въ видѣ собственности. Это очевидно, когда овладѣніе принимается обосновывающимъ usucapio, каковымъ терминомъ обозначается одно только давностное приобрѣтеніе права собственности. Такой же выводъ надо сдѣлать и тогда, когда приводится causa positis, обосновывающая владѣніе въ видѣ собственности (em.-v.) и въ моментъ овладѣнія во всякомъ случаѣ характеризующая его.

Какую бы благотворную помощь для ориентировки не оказывало представленіе объ отношеніяхъ владѣнія въ римскомъ правѣ, какъ отношеніяхъ, регулируемыхъ больше фактическимъ положеніемъ вещи въ гражданскомъ оборотѣ, нежели вѣдѣніемъ дѣйствующаго права, для науки права, требующей въ отличіе отъ практики оборота именно точности, требующей понятій, а не конкретныхъ представленій, этимъ только создается возможность поставить вопросъ объ объясненіи отношеній владѣнія, т. е. съ догматической точки зрѣнія—вопросъ о конструкціи владѣнія. Конструировать институтъ—это значитъ, 1) свести его къ другимъ, болѣе простымъ понятіямъ дѣйствующаго права,—представить, какъ ихъ соотношеніе и 2) показать сходство и отличіе отъ другихъ институтовъ,—установить мѣсто даннаго института въ научной системѣ дѣйствующаго права.

Тѣ разногласія, которыя по всѣмъ этимъ принципиальнымъ вопросамъ раздражаютъ современное ученіе о владѣніи, имѣются и въ римскихъ источникахъ. Тутъ все не выяснено. Элементы отношеній владѣнія не ясны и помимо вопроса о характерѣ правового момента въ немъ; не ясны, какъ явленія гражданского оборота. Общимъ во взглядахъ является тутъ признаніе владѣнія отношеніемъ къ вещи, но не случайнымъ, а достаточно постояннымъ, установив-

шимся, чтобы на него при данныхъ условіяхъ и правилахъ оборота можно было разсчитывать. Это—„господство“ надъ вещью. Но природа, элементы этого „господства“ остаются не выясненными. Одни мѣста источниковъ стоятъ на субъективной точкѣ зрѣнія, утверждая, что „adipiscimur possessionem corpore et animo“. При этомъ, опять-таки, незвѣстно, что такое „corpus“ и что такое „animus“. Въ другихъ мѣстахъ объективно опредѣляется владѣніе вещь установленнымъ, если эта вещь вообще, какъ бы то ни было „in potestatem pervenit“. Подвергаясь вліянію оборота, вещь въ свою очередь оказываетъ вліяніе на отношенія господства, которому подпадаетъ. Для владѣнія, въ частности для условій приобрѣтенія владѣнія, свойства овладѣваемой вещи имѣютъ не малое значеніе. Наиболее прочно владѣніе рабами, связанными, предполагается, съ ихъ господами чувствомъ зависности и преданности, гдѣ бы и при какихъ бы условіяхъ они не находились; даѣе плеть недвижимое имущество, въ силу постоянства его мѣстопахожденія; наконецъ, наименѣе прочно владѣніе дикими животными, какъ стремящимися всегда нарушить установившееся надъ ними господство.

Несмотря на все это понятіе владѣнія, какъ отношенія къ вещи все равно не приемлемо. Явленіе не становится социальнымъ оттого только, что участвуетъ во взаимодѣйствіяхъ социальной жизни, подобно тому, какъ корова не становится *ξῶον πολιτικόν* оттого, что ее молоко поступаетъ въ складъ сельско-хозяйственной кооперации. Явленія гражданского оборота, какъ явленія социальные, должны быть отношеніями между людьми, отношеніями, для которыхъ вещь можетъ быть поводомъ или объектомъ, но не ихъ функцией и только, какъ объектъ отношеній, вещь и можетъ подвергаться ихъ вліянію и въ свою очередь вліять на нихъ. Понятіе владѣнія, какъ отношенія къ вещи, не можетъ быть признано категоріей социологической, но лишь технической или психологической.

Взгляды на правовой моментъ во владѣніи еще болѣе неясны и противорѣчивы. Даже вопросъ о томъ, есть ли вообще владѣніе право, является тутъ не рѣшеннымъ. Источники неоднократно называютъ владѣніе фактомъ (I. 1. § 3. 41. 2; I. 19. 4. 6.), но въ то же время опредѣляютъ прити-

заніе владѣльца на защиту, какъ *ius* (!) *pos-nis* и даже утверждаютъ, что „*possessio non tantum corporis, sed et iuris est*“ (l. 4 pr. § 1. 4 l. 2). Самые правовые моменты относятся къ праву процессуальному, какъ составляющіе самостоятельное производство (интердиктный процессъ) или особое распределение *onus probandi* (*poss. ordinarium*—для *petitio-nium*), то къ праву матеріальному. Въ послѣднемъ случаѣ, опять-таки, не ясны условія той защиты, которою пользуются отношенія владѣнія и отличие отъ родственныхъ понятій—держанія, самозащиты. Что касается мѣста въ системѣ права, то въ пандектной системѣ, не имѣющей своего *principium divisionis*, владѣніе меньше всего могло занять опредѣленное мѣсто. Разными авторами владѣніе относится то къ общей части, то къ вещному праву, то, наконецъ, конструируется, какъ особый институтъ.

Такимъ образомъ, конструкція владѣнія является совершенно не установленной. Хотя неясненность содержания владѣнія, какъ родового понятія, и не исключаетъ возможности изслѣдованія его видовыхъ понятій, ибо изслѣдование идетъ отъ частнаго къ общему, однако это изслѣдование дѣлается затруднительнымъ и суживаются его предѣлы.

Такимъ образомъ даже интересы изслѣдованія частной проблемы ставятъ на очередь выясненіе болѣе общихъ, подчиняющихъ ее принциповъ. Особое значеніе приобретаютъ частныя проблемы тогда, когда онѣ являются средствомъ изслѣдованія этихъ принциповъ. Въ общественныхъ наукахъ, гдѣ мѣсто эксперимента занимаетъ абстракція, сплошь и рядомъ должны попадаться, и особенно въ юриспруденціи, явленія черезчуръ сложныя, чтобы былъ возможенъ анализъ ихъ методомъ абстракціи. Задача сводится тогда къ отысканію явленій, въ которыхъ или выдѣлено именно то отличіе, что тщетно стремится установить абстракція, или это выдѣленіе легче произвести. Большей частью такими явленіями бываютъ явленія возникновенія анализируемыхъ отношеній, такъ какъ въ этомъ случаѣ даются готовые для сравненія качественно отличные другъ отъ друга моменты. Поэтому и при рѣшеніи вопроса о конструкціи владѣнія,—любимый пріемъ:—обращеніе къ вопросу о приобрѣтеніи владѣнія. Приобрѣтеніе владѣнія черезъ третьихъ

лицъ облегчаетъ задачу, такъ какъ тутъ этотъ процессъ разлагается еще между дѣйствующими лицами.

Тѣми третьими лицами, чрезъ посредство которыхъ вообще дѣйствовали римляне въ оборотѣ и въ частности въ правовой жизни, были рабы и подвластныя дѣти. Эти лица приобрѣтали непосредственно ихъ господину или домовладыкѣ. Какъ если бы они были ихъ прямыми представителями. Относительно подвластныхъ дѣтей лишь въ правѣ Юстиніана устанавливается ограниченіе дѣйствія этого принципа предѣлами *peculium profectitium* (имуществомъ, дошедшимъ къ подвластнымъ отъ ихъ домовладыки).

Хотя это посредство третьихъ лицъ имѣетъ то же значеніе, что и пр. пр—во, тѣмъ не менѣе пр. пр—ва здѣсь нѣтъ. Пр. пр—во всегда предполагаетъ юридическія дѣйствія посредствующихъ лицъ—представителей въ *titulus*ѣ послѣдовавшихъ измѣненій правосостоянія представляемаго.

Ничего подобнаго здѣсь нѣтъ.

Приобрѣталось ли чрезъ подвластныхъ въ силу ихъ сознательной дѣятельности или *ipso iure*, согласно ихъ желанію или намѣренію—приобрѣсти именно тѣмъ лицамъ, во власти которыхъ они находятся,—или помимо, или, даже, вопреки этой волѣ—все это было безразлично (l. 79, 29, 2; Gai, I, 52—„*quodcumque*“; Gai, II, 86,—„*non solum per nosmet ipsos*“ § 88 eod. и Ulp. fr. XIX—„*ex omnibus causis*“; l. 1, § 14, 41, 2 и l. 25, § 2, 40, 12—„*per fugitivum*“).

Рѣшающій моментъ заключается не въ опредѣленныхъ особенностяхъ даннаго *titulus*'а приобрѣтеннаго правомочія, но единственно въ особенностяхъ социальнаго положенія тѣхъ третьихъ лицъ, чрезъ посредство которыхъ приобрѣталось. Рабы и подвластныя дѣти могли приобрѣтать не иначе, какъ только непосредственно ихъ домовладыкѣ.

Все это относится и къ частному случаю приобрѣтенія владѣнія.

Въ этихъ случаяхъ посредничества пониманіе владѣнія, какъ отношенія къ вещи владѣльца, проводилось у римлянъ благодаря тому, что посредники разсматривались, какъ простые орудія въ рукахъ приобрѣтающаго владѣнія (l. 1, § 22 de poss.; l. 49 pr. eod.; Gai, II, 90; l. 54, § 4 de a. r. d.: „*nec possidere intellegitur, qui ipse possideretur*“; l. 118 de R. J. 17: „*nam cum possideatur, possidere non videtur*“).

Опору этотъ взглядъ имѣеть въ томъ, что тутъ посредничество, въ противоположность пр. пр—ву не зависитъ отъ воли посредниковъ; что посредники подчинены власти приобретающаго владѣніе.

Совершенно непослѣдовательно было сомнѣваться относительно лицъ, находившихся in manu или in mancipio. Власть домовладыки надъ послѣдними была уже, конечно, нежеланнѣе надъ рабами, но вѣдь въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ именно о тѣхъ отношеніяхъ, на которыя эта власть распространялась.

Несмотря на безволіе и подвластность всѣхъ этихъ посредниковъ приобретающему владѣнію, послѣдній все же не можетъ считаться безусловно находящимся въ отношеніи къ вещи, такъ какъ посредники не только не дѣйствуютъ, но аналогичны съ орудіемъ, исключительно по указаніямъ приобретателя, но могутъ совсѣмъ не дѣйствовать на вещи, при приобретеніи владѣнія ipso iure, либо дѣйствовать по своему усмотрѣнію—и при томъ въ очень широкихъ предѣлахъ (peculium).

Гораздо основательнѣе было уже считать, что покупатель, приставившій къ переданной ему грудѣ дерева сторожа, приобретаетъ самолично владѣніе (l. 51 de poss.)—находится въ отношеніи къ вещи. Хотя между покупателемъ и его сторожемъ существуютъ не отношенія власти, по l. c. oregatum, но въ данномъ случаѣ этого вполне достаточно, чтобы его дѣйствія были лишь осуществленіемъ приказаній хозяина. Сторожъ играетъ тутъ, примѣрно, ту же роль, что и тѣ помѣщенія, въ которыхъ хозяинъ хранить находящіяся въ его владѣніи вещи. Сторожъ тутъ—„орудіе“ хозяина. Существенное отличіе пр. пр—ва состоитъ въ томъ, что въ этомъ примѣрѣ вообще нѣтъ посреднической дѣятельности. Нѣтъ здѣсь поэтому и пр. пр—ва. Владѣніе приобретается здѣсь только при содѣйствіи другого лица приобретающему, хотя бы и необходимомъ.

Только подвластными и ограничивался кругъ лицъ, приобретающихъ непосредственно другимъ права. Пр. пр—во допускалось лишь по исключенію. По общему правилу:—„per liberam personam acquiri non potest“.

Такъ какъ хозяйство Рима не было рассчитано на товарообмѣнъ, острой необходимости въ пр. пр—вѣ не было,

а поскольку существовала нужда въ немъ, ей можно было удовлетворить благодаря институту приобретенія правъ ipso iure чрезъ подвластныхъ.

Это несколько не объясняетъ, почему пр. пр—во, поскольку оно въ силу чего либо было болѣе желательнымъ или болѣе удобнымъ и даже необходимымъ, прямо не допускалось закономъ. При римскомъ товарообмѣнѣ, захватывавшемъ очень большой районъ, эти случаи не должны были быть рѣдкимъ исключеніемъ. Между тѣмъ это запрещеніе имѣется во многихъ мѣстахъ источниковъ, и какъ формулировка общаго принципа (Gai, II, 95; Pauli, R. S. V. 2, 2), и какъ регулятивный принципъ для правильнаго рѣшенія казусовъ (l. 11, § 6, 13,7; l. 126, § 6, 45,1; l. 1 pr., 4,27), и, даже, для указанія на его непримѣнимость къ даннымъ казусамъ (l. 15, 13,5; l. 27, § 1, 2, 14; l. 12, 42, 5; l. 24, § 2, 22, 1; l. 3, 43, 24; l. 43, § 1, 23, 3). Точное опредѣленіе имѣется у Gai, II, 95:—„Ex his apparet, per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usum fructum habemus neque iustam possessionem nulla ex causa nobis acquiri posse et hoc est, quod vulgo dicitur—per extraneam personam nobis acquiri non posse“.

Хотя этимъ принципомъ исключалась возможность пр. пр—ва при приобретеніи правъ, но отсюда еще далеко не слѣдуетъ, что римское право имѣло въ виду именно пр. пр—во. Нѣтъ никакихъ указаній, какъ въ мѣстахъ допускающихъ пр. пр—во, такъ и въ мѣстахъ исключаяющихъ его, на то, что здѣсь имѣется въ виду именно совершеніе юридическихъ дѣйствій „отъ имени“ другого. Этого ужъ потому не можетъ быть, что пр. пр—во служитъ не только приобретенію правъ, но всякому непосредственному измѣненію правосостоянія другого. Употребленіе тутъ одного и того же термина „acquirere“, что и въ мѣстахъ, устанавливающихъ посредничество ipso iure подвластныхъ и неимѣющихъ, слѣдовательно, въ виду пр. пр—ва; употребленіе къ тому же этого термина въ нѣкоторыхъ мѣстахъ (Ulp. fr. XIX; Gai. II, 95), какъ общаго для приобретенія правъ и чрезъ подвластныхъ и чрезъ свободныхъ, все это даетъ возможность утверждать, что римское право имѣетъ въ виду исключительно непосредственное приобретение правъ чрезъ третьихъ

лицъ вообще. Возможно, что запрещеніе пріобрѣтенія непосредственно правъ чрезъ свободныхъ, въ отличіе отъ подвластныхъ проведено, какъ отличіе социальное со спеціальной цѣлю—воспрепятствовать обращенію лицъ свободныхъ путемъ насилій или матеріальной зависимости въ состояніе аналогичное рабству.

Два исключенія знало римское право изъ общаго принципа о недоущеніи непосредственнаго пріобрѣтенія правъ чрезъ лицъ свободныхъ: для законныхъ представителей и для пріобрѣтенія владѣнія.

Представителями по закону были опекуны дѣтей и душевно-больныхъ и распорядители юридическихъ лицъ (l. 1; l. 2, 41, 2). Во всѣхъ этихъ случаяхъ—субъекту правъ недостаетъ волеспособности для совершенія юридическихъ дѣйствій—любыхъ (дѣти и душевно-больные) или нѣкоторыхъ (юридич. лица), и возмѣститъ это и призваны опекуны и распорядители. Тутъ болѣе всего можетъ идти рѣчь о пр. пр.-вѣ. Тутъ представитель выступаетъ не только отъ имени представляемаго, но даже вмѣсто него. Никакія отношенія между ними не предполагаются. Именно поэтому едва ли въ вопросѣ о завладѣніи чрезъ посредниковъ найдется что либо, съ точки зрѣнія принциповъ владѣнія, вызывающее болѣе недоумѣнія, нежели законное пр.-во.

Является вполне послѣдовательнымъ съ догматической точки зрѣнія разсматривать юридическія дѣйствія одного лица такъ, какъ если бы они были дѣйствіями другого, если, въ силу определенныхъ обстоятельствъ (*titulus*), именно таково ихъ юридическое значеніе. Но поскольку эти дѣйствія не разсматриваются съ догматической точки зрѣнія или поскольку не установлена тождественность юридического значенія этихъ дѣйствій—фактическое значеніе ихъ не можетъ игнорироваться.

Во владѣніи юридическое значеніе фактовъ покоится не на ихъ, предусмотрѣнныхъ нормами конститутивныхъ признакахъ, но на тѣхъ фактическихъ измѣненіяхъ, которыя они влекутъ за собою,—на ихъ фактическомъ значеніи. При овладѣніи остается вопросомъ, можно ли дѣйствія законнаго представителя разсматривать, какъ дѣйствія его представляемаго—фактическое значеніе этихъ дѣйствій, вѣдь, разное. Законный представитель въ пріобрѣтеніи владѣнія

долженъ разсматриваться только, какъ содѣйствующій въ этомъ представляемому. Съ очевидностью и разсматривается такъ законный представитель въ двухъ мѣстахъ петочниковъ, трактующихъ о пріобрѣтеніи владѣнія дѣтьми. Въ l. 32, § 2, 41, 2 говорится, что „*infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris*“—между тѣмъ, какъ *tutoris auctoritas* требуется для лицъ вообще обладающихъ дѣеспособностью: для *infantia maiores* и женщинъ, находящихся подъ *tutela*.—Въ другомъ мѣстѣ l. 3. C. 7, 32—„*donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore*“. Если здѣсь даже и *auctoritas tutoris* не требуется, то все же устанавливаемое фактическое положеніе достаточно прочно, такъ какъ пріобрѣтеніе ребенкомъ подаренныхъ вещей происходитъ посредствомъ *traditio* и, слѣдовательно, полагаясь на *bona fides* третьихъ лицъ, можно разсчитывать, что никто не будетъ препятствовать пріобрѣтенному владѣнію. Понятно, юридическія послѣдствія овладѣнія не можетъ сознавать и съ ними собразовать свои дѣйствія *infans*—вполнѣ недееспособный—это лежитъ на обязанности законнаго представителя. Но *infans*, если не всегда, то въ отдѣльныхъ случаяхъ вполне способенъ добиваться не временнаго и случайнаго, но устойчиваго и отвѣчающаго определеннымъ требованіямъ оборота факческаго положенія. Тамъ, гдѣ на пути стоятъ интересы третьихъ лицъ, то есть, почти всюду, гдѣ нѣтъ *traditio*—силы *infans'a*, конечно, недостаточно.

Эти нормы не случайность, но всецѣло вытекаютъ изъ природы пріобрѣтенія владѣнія, какъ обусловленнаго не юридической квалификаціей происшедшихъ фактовъ, но дѣйствительнымъ, бытовымъ значеніемъ.

На этомъ покоится и допущеніе пріобрѣтенія владѣнія для лишенныхъ всякой дѣеспособности (*infans* и *furiosus*) ихъ рабами въ тѣхъ случаяхъ, когда не требовалось утвержденія господиномъ (т. е. когда пріобрѣтеніе дѣлалось *ex causa rescilii*). Сюда относятся l. 1, § 5, 41, 2 и l. 12 de R. C. 12, 1.

Условія пріобрѣтенія владѣнія недееспособнымъ чрезъ рабовъ шире потому, что при одинаковой юридической квалификаціи обѣихъ категорій пріобрѣтателей, при одинако-

воля отрицанія юридической воли за ними, психологически воля раба способна добиваться опредѣленнаго фактическаго положенія во всѣхъ случаяхъ и въ какомъ бы то ни было отношеніи.

Если, такимъ образомъ, и можетъ идти рѣчь о волѣ, какъ элементъ владѣнія, то во всякомъ случаѣ не о волѣ юридической и не волѣ внутренней, но о волѣ, какъ факторѣ въ оборотѣ, какъ средствѣ установленія того или иного фактическаго положенія вещи.

И если подъ *corpus* оумъ, какъ элементомъ завладѣнія, понимать какое бы то ни было установленное положеніе вещи, то *corpus* у нельзя противопоставлять *animus*. Самый *animus* долженъ тогда быть составной частью *corpus* а.

Интереснѣе для теоріи владѣнія другой допускавшійся видъ приобрѣтенія владѣнія—тотъ, гдѣ основаніемъ пр—ва служить не „законъ“, но отношенія, установившіяся между представляемымъ и представителемъ благодаря опредѣленнымъ юридическимъ дѣйствіямъ. Это были конструированные правомъ особые типы *negotia unilateralia inaequales* съ ихъ особыми *essentialia* и *naturalia*—именно *mandatum* и *negotiorum gestio*. Смѣшанный неустановившіяся характеръ носитъ *ratihabitio* (I. 9, 3, 5, и I. 60, 50, 17). Здѣсь представляемый, такъ образ., отчетливо связанъ съ процессомъ овладѣнія, и, потому, здѣсь легче можетъ наблюдаться разложеніе этого процесса между представляемымъ и представителемъ. Зато возникаетъ рядъ неудобствъ.

Такъ какъ представительство предполагаетъ совершеніе представителемъ юридическихъ дѣйствій, то этимъ заранѣе исключаются тѣ случаи приобрѣтенія владѣнія, когда этотъ процессъ составляется исключительно изъ юридическихъ событий—случаи вноши допустимые съ точки зрѣнія объективной теоріи владѣнія и которые лучше всего могли бы вмѣстѣ съ тѣмъ и подтвердить ее. Это не исключаетъ однако возможности повѣрки этой теоріи, такъ какъ опредѣляющимъ моментомъ для нея является отсутствіе необходимости въ совершеніи юридическихъ дѣйствій со стороны представляемаго, а не представителя, что можетъ имѣть мѣсто и при пр. пр—вѣ.

Кромѣ того значительное ограниченіе случаевъ овладѣнія вытекаетъ еще изъ особой природы тѣхъ юридическихъ

дѣйствій, которыя совершаются представителями. По господствующему взгляду эти юридическія дѣйствія должны быть неотдѣлимой частью соглашенія и совершить ихъ „отъ имени“ представляемаго, представитель долженъ предъ „противной стороной“—контрагентомъ. Не можетъ идти рѣчь о совершеніи юридическихъ дѣйствій отъ имени другого предъ третьими лицами. Исключаются, такимъ образ., случаи, гдѣ овладѣніе происходитъ помимо воли (*occupatio*, овладѣніе находкой) или даже вопреки волѣ (тайный и открытый захватъ) прежняго владѣльца. Для теоріи владѣнія это имѣетъ мало значенія, такъ какъ все равно во всѣхъ случаяхъ овладѣніе является тутъ одинаково не установленіемъ отношенія къ вещи, но къ людямъ по поводу вещей. Вещь тутъ всюду объектъ отношенія, но не функція въ немъ.

Въ *traditio*,—единственно допустимой формѣ приобрѣтенія владѣнія при пр. пр—вѣ,—это сказывается еще рѣзче, чѣмъ въ другихъ. Даже если съ точки зрѣнія конструкции владѣнія, какъ отношенія къ вещи, различать въ *traditio* два процесса:—потерю владѣнія вещью—традентомъ и овладѣніе вещью—другой стороной, моментъ соглашенія, слѣдовательно, отношенія сторонъ между собою, обойти невозможно и оба эти процесса необходимо связать въ *traditio* тѣмъ, что они находятся въ опредѣленномъ отношеніи другъ къ другу. Потеря владѣнія однимъ тутъ не просто открываетъ возможность приобрѣтенія его другимъ, но и самая потеря владѣнія лишь по-стольку и происходитъ, по-скольку происходитъ приобрѣтеніе владѣнія другимъ лицомъ, и при этомъ именно даннымъ лицомъ, а не другимъ третьимъ. При *traditio* нельзя потерять владѣнія вещью такъ, чтобы никто другой его не приобрѣлъ или чтобы эта вещь могла подлежать *occupatio*. При *traditio* можно лишь перенести владѣніе вещью на другого.

При условности *traditio* и въ случаѣ признанія ея матеріальности процессъ овладѣнія уже не включаетъ только опредѣленное отношеніе опредѣленныхъ лицъ между собою, какъ свой необходимый моментъ, но становится этимъ отношеніемъ.

Въ наиболѣе чистомъ видѣ, исключительно какъ отношеніе, *traditio* выступаетъ въ *brevi manu traditio* и *constitutum possessorium*. Тутъ, несмотря на то, что владѣніе пере-

дается, все же обычное воздѣйствіе, пользование вещью вмѣстѣ съ тѣмъ остается неизмѣннымъ, непрежнему тѣмъ же самымъ и на сторонѣ того же самаго лица. При *brevi m. traditio*— владѣніе переходитъ къ держателю вещи, при *const. poss.*— наоборотъ, за владѣльцемъ остается только его прежнее пользование вещью. Въ обонхъ случаяхъ можно говорить и о прекращеніи, и о приобрѣтеніи владѣнія—въ зависимости отъ того, съ точки зрѣнія какой изъ сторонъ разсматривать отношеніе. Здѣсь всегда остается постояннымъ отсутствіе всякой связи между измѣненіемъ владѣнія и отношеніемъ къ находящейся во владѣніи вещи. Тутъ *traditio* съ очевидностью является исключительно отношеніемъ опредѣленныхъ лицъ другъ къ другу.

То, что въ римскомъ правѣ не выработалось понятія пр. пр—ва, какъ *terminus technicus* и что, поэтому, нѣтъ и казуистическаго разбора его, сильно затрудняетъ выясненіе значенія пр. пр—ва при приобрѣтеніи владѣнія. Этого можно добиваться лишь косвеннымъ путемъ—путемъ обращенія къ тому ряду мѣстъ въ источникахъ, гдѣ допускается вообще непосредственное приобрѣтеніе владѣнія въ силу соглашенія чрезъ другое лицо. Этому ряду мѣстъ корреспондируетъ рядъ мѣстъ, гдѣ такое приобрѣтеніе владѣнія исключается. Согласованіе и разборъ этихъ мѣстъ только и могутъ дать возможность выяснитъ также и условія дѣйствія пр. пр—ва.

Бросающимся въ глаза отличіемъ мѣстъ, допускающихъ пр. пр—во, является частое употребленіе въ нихъ термина „*procurator*“ для обозначенія того лица, чрезъ которое непосредственно приобрѣтается владѣніе другому. Изъ 17-ти мѣстъ—въ 11-ти (l. 1, § 20, l. 42, § 1, 41, 2; l. 41, 43, 3; l. 8, C, 7, 32; l. 23, 3, 5; Pauli R. S. V. 2, 2; l. 49, § 2, l. 34, § 1, l. 13, § 1, l. 13, pr. 41, 1; l. 47, 41, 3). Въ шести остальныхъ мѣстахъ говорится, что вообще *libera persona* можетъ приобрѣсть непосредственно другому владѣніе. Даже если бы принять, что *procurator* не былъ ни достаточнымъ, ни необходимымъ для этого посредникомъ; если принять, что *procurator* былъ только посредникомъ обычнымъ, выясненіе содержанія этого понятія, помимо историческаго интереса, облегчаетъ выясненіе условій непосредственнаго приобрѣтенія владѣнія.

Уже изъ приведенныхъ мѣстъ видно, что отношенія между *procurator*’омъ и тѣмъ, кому онъ непосредственно приобрѣталъ владѣніе, не были отношеніемъ, специально для это установленнымъ, но заранѣе даннымъ и постояннымъ. Это видно изъ того, что для обоснованія дѣятельности *procurator*’а вносятся другіе моменты: *ex mandato* (l. 13, 41, 1), *mandante domino* (l. 42, § 1, 41, 2); что о *procurator*’ѣ говорится *meus* (l. 20, § 2, 41, 1; l. 34, § 1, 41, 2; l. 41, 41, 3); что положеніе прокуратора, наконецъ, уподобляется положенію *tutor*’а и *curator*’а (l. 13, § 1, 41, 1; l. 1, § 20, 41, 2; l. 11, § 6, 13, 7).

Въ другихъ мѣстахъ петочниковъ слово *procurator* встрѣчается очень часто. Какъ *terminus technicus* оно обозначаетъ процессуальнаго представителя, но тогда большей частью указывается специальная прибавка *litis*. Кроме названія тутъ нѣтъ ничего общаго съ тѣмъ значеніемъ, которое можетъ имѣть слово *procurator* при приобрѣтеніи владѣнія. Наряду съ этимъ узкимъ значеніемъ, *procurator* въ другихъ мѣстахъ имѣетъ болѣе широкое значеніе лица, вообще принимавшаго на себя заботы относительно какихъ-бы то ни было обстоительствъ другого лица (отъ глагола *procurare*). Порою онъ словомъ и дѣломъ прибѣгалъ на помощь даже въ области самыхъ интимныхъ отношеній домашней и семейной жизни. Насколько *procurator* былъ близкимъ въ личныхъ отношеніяхъ человѣкомъ видно уже изъ того, что прокураторы воздвигали памятники тѣмъ, у кого они были прокураторами и, наоборотъ, послѣдніе также ставили памятники въ честь ихъ *procurator*’овъ. Рабы и подвластные дѣти тоже могли и быть *procurator*’ами и имѣть ихъ, если имъ былъ выдѣленъ *rescilium*.

При такой общирности лицъ и отношеній, на которыя распространялось понятіе *procurator*’а, оно не являлось юридической категоріей. Сдѣйствіе, которое долженъ былъ оказывать *procurator*, было не его обязанностью, но моральнымъ долгомъ и могло возникать по самымъ разнообразнымъ поводамъ, среди которыхъ особенно часто упоминается въ источникахъ отсутствіе заинтересованнаго.

Право не могло пройти мимо явленія, игравшаго такую видную роль въ соціальной жизни. Въ зависимости отъ той сферы отношеній, на которую распространялось поначеніе *procurator*’а юристъ Paulus даетъ въ R. S. I, 3, 2

слѣдующее наиболѣе полное перечисленіе видовъ procurator'овъ: „Procurator aut ad litem aut ad omne negotium aut ad partem negotii aut ad res administrandas datur“. Не считая procurator ad litem, не имѣющаго отношенія къ приобрѣтенію владѣнія, во всѣхъ остальныхъ случаяхъ тутъ попеченію procurator'a подлежитъ не одно какое-либо данное отношеніе, но цѣлая совокупность ихъ, такъ какъ negotium, если бы обозначало отдѣльное отношеніе, не могло бы дѣлиться, нельзя было бы сказать ни omne negotium, ни pars negotii. Отношенія procurator'a къ заинтересованнымъ лицамъ, подлежа общему обсужденію по общимъ нормамъ, отличаются нѣсколько для procurator'a, который ad res administrandas datur. Подъ procurator'омъ послѣдняго вида нужно подразумѣвать такого, которому опредѣленная область дѣла ввѣрена въ самостоятельное управленіе (libera administratio). Въ этомъ случаѣ совершаемое procurator'омъ обсуждается не съ точки зрѣнія пользы даннаго предпринятаго дѣла, но всей той сферы отношеній, самостоятельное управленіе которой ввѣрено ему и въ которое данное дѣло входитъ составною частью. Вотъ почему procurator ad res administrandas datus отвѣчаетъ и въ томъ случаѣ, si non gesserit по собственному почину данное дѣло (1, 6, § 1, 17, 1).

Считаясь съ особенностями природы procurator'a правомъ были созданы сообразно этому отличія и въ самыхъ отношеніяхъ, частныхъ и особенно публичныхъ. Не можетъ, поэтому, явиться изумительнымъ, если и въ институтѣ приобрѣтенія владѣнія для procurator'a дѣлаются какія-нибудь исключенія, и онъ окажется не только обычнымъ, но даже, если не достаточнымъ, то необходимымъ лицомъ, чрезъ посредство котораго только приобрѣтеніе и достигается непосредственно.

Въ источникахъ (1, 1, § 20, 41, 2) ясно и категорически высказывается, что быть procurator'омъ еще недостаточно для того, чтобы можно было приобрѣсти владѣніе непосредственно тому, для кого являешься procurator'омъ, что требуются еще нѣкоторыя условія. Но не менѣе ясно и категорически procurator признается у Павла (въ R. S. V. 2, 2) лицомъ необходимымъ для приобрѣтѣнія владѣнія. Павелъ утверждаетъ: „Per liberarum personarum, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest, sed per procura-

tores adquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est“. Второе положеніе приводится, какъ противопоставленіе первому, причемъ не только possessio противопоставляется всякому другому праву (nihil), но и per procuratorem противопоставляется per liberarum personas—иначе или per procuratorem советѣмъ не должно было бы быть, или вмѣсто этого было бы употреблено per liberarum personas. Procurator тутъ приводится, поэтому, какъ исключеніе изъ liberae personae. Только чрезъ procurator'a и можно было приобрѣсти непосредственно владѣніе.

Въ противорѣчій съ этимъ находятся тѣ шесть мѣстъ источниковъ, гдѣ говорится о непосредственномъ приобрѣтеніи владѣнія per liberam personam. Дать выраженію libera persona въ этихъ шести мѣстахъ interpretatio restrictiva, считая, что здѣсь имѣлся въ виду именно только procurator, является затруднительнымъ. Въ одномъ изъ этихъ мѣстъ (1. 53, 41, 1) для обозначенія лица, чрезъ посредство котораго можно приобрѣсти владѣніе непосредственно вмѣсто выраженія per liberam personam употребляется болѣе категорическое per quem libet, а въ 1. 20, § 2, 41, 1 прямо заявляется, что вещь приобрѣтается непосредственно и въ томъ случаѣ, если она передана даже „quasi meo procuratori“ и, слѣдовательно, исключается для этого необходимость во всякомъ случаѣ procurator verus. Въ тѣхъ же мѣстахъ, гдѣ говорится о непосредственномъ приобрѣтеніи владѣнія чрезъ libera persona, имѣются зато указанія на правовые источники этого положенія, чѣмъ дается историческое примиреніе его съ мѣстами, имѣющими въ виду только прокуратора. Въ 1. 11, § 6, 13, 7 указывается, что это положеніе „constitutum est ab imperatore nostro“, а въ § 5, I, 2, 9 вполне опредѣленно „secundum Divi Severi constitutionem“. Въ 1. 1, C. 7, 32 приведена и самая конституція Севера и Каракаллы отъ 197 года.—„Per liberam personam ignorantem quoque personam adquiri possessionem—pridem receptum est“.

Въ этой конституціи выдвигаются два положенія. Одно—что непосредственно можно приобрѣтать владѣніе per liberam personam, другое—что это могло дѣлаться лицу ignorantem quoque. Изъ двухъ мѣстъ, гдѣ приводится эта конституція (1. 11, § 6, 13, 7; § 5, I, 2, 9), видно, что ею расширенъ кругъ тѣхъ лицъ, чрезъ которыхъ можно бы-

ло непосредственно приобрести владѣніе. Въ обоихъ этихъ мѣстахъ ссылка на конституцію дѣлается именно изъ-за того ея положенія, что возможно непосредственное приобретение владѣнія *per liberam personam*. Въ l. 11, § 6, 13, 7 говорится съ одной стороны, что это положеніе конституціи вполнѣ соответствуетъ общему положенію, — *per liberam personam pignoris obligatio nobis non acquiritur*, съ другой стороны, что, поэтому, *procurator vel tutor* подлежатъ вполнѣ ихъ дѣйствію, какъ частный случай *libera persona* и въ одномъ и въ другомъ положеніи. Въ § 5, 1, 2, 9 это положеніе приводится, какъ исключеніе изъ общаго положенія, что *per liberos homines nulla ex causa vobis acquiritur*, — какъ исключеніе изъ *nulla ex causa*.

Такимъ образомъ кодексъ Юстиніана допускаетъ непосредственное приобретение владѣнія вообще *per liberam personam* и *procurator* былъ посредникомъ лишь обычнымъ.

Такъ обстояло дѣло со времени изданія приведенной конституціи 197 года. Содержащаяся въ конституціи ссылка на то, что устанавливаемый принципъ *pridem receptum est* — не соответствуетъ дѣйствительности. Нѣтъ мѣста въ источникахъ, проводящаго этотъ принципъ, которое должно было бы быть отнесеннымъ ко времени до изданія этой конституціи. „*Pridem receptum est*“ упоминается въ конституціи, такимъ образомъ, лишь для утвержденія ея авторитета, — явленіе болѣе чѣмъ понятное для государства, гдѣ юридическая практика была доминирующимъ правообразующимъ факторомъ, вполнѣ соответствовавшимъ удѣленному ему высокому значенію. До изданія конституціи 197 года нужно признать господствовавшимъ формулированное Павломъ положеніе, что *procurator* былъ единственнымъ лицомъ, черезъ котораго можно было приобрести непосредственно правомочіе и именно владѣніе.

Той особенностью *procurator*'а, которая оказалась столь важной именно для приобретения владѣнія и которая выясняется, поэтому, и нѣкоторыя особенности самаго института владѣнія — была та фактическая зависимость, въ которой находился *procurator* отъ лица, для котораго онъ былъ *procurator*'омъ.

Чѣмъ-нибудь *procurator*'омъ становился естественно тотъ, кто былъ его вольноотпущенникомъ и исполнялъ уже

раньше соответствующія функціи. На это имѣются и указанія источниковъ (l. 19, § 1, 14, 3; l. 37, l. 58, 26, 7). Въ этомъ случаѣ *procurator* несъ не только соответственныя моральныя обязанности, но, какъ вольноотпущенникъ, и публично-правовыя, составлявшія *ius patronatus*. Помимо этого въ цѣломъ рядѣ мѣсть (напр.: l. 42, § 1, 41, 2; l. 1, 3, 3; l. 6, § 6, 17, 1; l. 51, § 1, 21, 1) отношенія лица, имѣвшаго *procurator*'а, къ послѣднему опредѣляются, какъ отношенія „*dominus*'а“ безотносительно къ обсуждаемому въ источникахъ казуеу и, слѣдовательно, характеръ зависимости былъ имъ присущъ по общему правилу. Да иначе и непонятно было бы, какимъ образомъ *procurator* могъ стать такимъ укоренившимся явленіемъ въ римской жизни при очень слабомъ развитіи въ ней вольнаго найма. Зато въ римской жизни было много дорогъ, чтобы попасть въ зависимость къ другому лицу.

Благодаря зависимости, въ которой находился *procurator* къ своему *dominus*'у, приобретение имъ владѣнія могло являться фактически на сторонѣ *dominus*'а въ тѣхъ случаяхъ, на которые распространялась эта зависимость. Такъ какъ, поскольку касается овладѣнія, дѣйствующее право ограничивается признаніемъ установившагося положенія, предоставляя соответственную защиту — то же самое пришлось сдѣлать и здѣсь. Что здѣсь не могла играть значенія особенность тѣхъ правомочій и обязанностей, которыя составляютъ право владѣнія, видно изъ того, что *pr. pr.* — во допускалось и при приобретеніи другихъ правъ. Въ правѣ вещномъ — при приобретеніи права собственности (напр. l. 20, § 2, 41, 1), въ правѣ обязательственномъ — займа (напр. l. 2, § 4, l. 9, § 8, 12, 1) и въ правѣ наследственномъ (напр. l. 3, l. 15, l. 16, 37, 1). Но во всѣхъ этихъ случаяхъ соответственное право должно было быть юридическимъ послѣдствіемъ овладѣнія. Такъ, въ l. 8, C. 7, 32 ясно говорится: „*Per procuratorem... possessionem et si proprietas ab hac separari non possit, dominium etiam quaeri placuit*“.

Pr. pr. — во допускалось, какъ составная часть овладѣнія. Не существуя для римлянина, какъ правомочіе, даже въ его правосознаніи, *pr. pr.* — во должно было существовать въ правовомъ бытіи, какъ юридическій фактъ. Этому требовала, по крайней мѣрѣ, природа владѣнія.

речь, что тотъ, „qui fundum mihi et sibi emerat“ самъ только одинъ приобрѣлъ непосредственно владѣніе („priusquam mihi traderet“). L. 2, C. 4, 50 точно также говоритъ, что отецъ долженъ еще перенести владѣніе особымъ актомъ на дѣтей, несмотря на то, что приобрѣлъ его ихъ „nomine“.

Нельзя видѣть сути въ томъ, происходитъ ли заключеніе сдѣлки отъ чьего либо имени или только въ чьемъ либо интересѣ, такъ какъ мѣста источниковъ одинаково охватываютъ оба значенія. Сопоставленіе въ l. 1, § 20 de poss. suo nomine выраженія ea mente, ut operam dumtaxat suam accomodarentъ ничего не даетъ, такъ какъ opera можетъ означать, какъ совершаемыя дѣйствія, такъ и самый результатъ, полученный отъ нихъ (Arbeitsleistung).

Принципъ можетъ быть установленъ лишь на основаніи разсмотрѣнія казусовъ, поскольку имѣется ихъ разборъ, какъ въ мѣстахъ, допускающихъ непосредственное приобретеніе владѣнія, такъ и въ мѣстахъ исключающихъ его. При этомъ одинъ рядъ мѣстъ служитъ средствомъ проверки выводовъ изъ другого.

И въ тѣхъ и въ другихъ мѣстахъ источниковъ лицо непосредственно приобретающее владѣніе должно быть стороною юридическаго отношенія, лежащаго въ основаніи приобретения владѣнія.

Въ мѣстахъ, исключающихъ непосредственное приобретение владѣнія, сдѣлка, лежащая въ основѣ приобретения посредникомъ владѣнія, заключается тѣмъ же посредникомъ. Почти вездѣ этой сдѣлкой является em.—v.; лишь въ l. 12, 38, 5; l. 5, 24, 1 и l. 34, § 7, 46, 3—donatio. Наиболее ясно это выражено въ l. 59, 41, 1, гдѣ прямо говорится, что владѣніе купленною ex mandato вещью приобретаетъ тотъ, qui emi. Воливи согласно съ этимъ въ мѣстахъ источниковъ, допускающихъ владѣніе непосредственно, поскольку въ нихъ содержится разборъ казусовъ (l. 41, 41, 3; l. 20, § 2, 41, 1; l. 14, § 17, 47, 2) стороною лежащаго въ основаніи отношенія является уже не посредникъ, но тотъ, кому онъ непосредственно приобрѣлъ во владѣніе.

Два мѣста источниковъ (l. 12, 38, 5; l. 5, 24, 1) кажутся противорѣчиемъ вышесказанному. Въ нихъ владѣніе приобретаетъ посредникомъ, а не тѣмъ лицомъ, въ пользу котораго выступалъ посредникъ, несмотря даже на то, что

это лицо было стороною лежащаго въ основаніи овладѣнія отношенія.

L. 12, 38, 5—находитъ себѣ историческое объясненіе въ томъ, что это мѣсто взято у Яволена, т. е. происходитъ до 197 г., до того времени, когда принципы овладѣнія были распространены и на libera persona, о которой тутъ идетъ рѣчь. При кодификаціи на значеніе этого мѣста для владѣнія тѣмъ меньше могло быть обращено вниманія, что юридическій интересъ сосредоточенъ на совѣмъ другомъ институтѣ („si quid in fraudem patroni“), в оно помѣщено не въ отдѣлѣ о владѣніи.

Въ другомъ мѣстѣ, взятомъ уже у Павла далеко не ясно, вступили ли дѣйствительно прежній владѣлецъ (sponsus) и тотъ, въ чью пользу (sponsa) дѣйствовалъ посредникъ, въ непосредственныя отношенія другъ къ другу или нѣтъ. Выраженіе donaturus еще не указываетъ на это, съ другой стороны—если бы обязательство подарить уже состоялось, то, такъ какъ обогащеніе было бы ante nuptias, то и „iamdudum perfectam donationem“,—„quamvis contrafifis nuptiis Titius tradiderit“,—совершенно независимо, вопреки данному мѣсту, отъ того, кто Titius interposuerit—maritus или mulier.

При такихъ условіяхъ непосредственнаго овладѣнія выступленіе „отъ имени“ другого уже не является само по себѣ достаточнымъ и необходимымъ.

Допущеніе приобретения непосредственно владѣнія третьимъ лицомъ лишь въ томъ случаѣ, если это третье лицо было стороною лежащаго въ основаніи юридическаго отношенія, превращаетъ овладѣніе для прежняго владѣльца въ causa его сдѣлки; дѣлаетъ его, поэтому, заинтересованнымъ въ томъ, чтобы опредѣленное лицо стало новымъ владѣльцемъ.

Какъ бы опредѣленно ни выступалъ посредникъ „отъ имени“ другого—прежній и новый владѣлецъ не будутъ въ фактическомъ отношеніи другъ къ другу, если прежнему владѣльцу безразлично, приобретаетъ ли уступленное имъ владѣніе тотъ,—„отъ имени“ котораго дѣйствовалъ посредникъ. И наоборотъ—пусть посредникъ выступаетъ только „въ интересахъ“ другого или какъ исполнитель его воли—фактически прежній и новый владѣлецъ связываются

непосредственно другъ съ другомъ, если пріобрѣтеніе владѣнія именно даннымъ третьимъ лицомъ составляетъ causa edіfici преемника владѣльца.

Для самой теоріи владѣнія представляетъ здѣсь интересъ то, что въ данномъ случаѣ владѣніе не только является развитіемъ фактическихъ отношеній лицъ между собою, а не къ вещи, но этими отношеніями связаны къ тому же каждый изъ участвующихъ въ процессѣ лицъ другъ съ другомъ.

Въ пр. пр—вѣ, какъ правомочіи, формальнымъ моментомъ отличается и та воля, которая должна быть выражена представителемъ „отъ имени“ другого. Въ пр. пр—вѣ, какъ правомочіи, эта воля для противной стороны должна быть необходимо волею именно самого представителя.

Представитель можетъ выразить не свою волю, но цѣликомъ известную ему, хотя и не связывающую его волю представляемаго; даннымъ ему полномочіемъ онъ можетъ даже обязываться къ этому, — и тѣмъ не менѣе все же остается представителемъ, но сколько выступаетъ при заключеніи edіfici, въ полномъ соответствіи съ обстоятельствами ся заключенія, такъ, какъ если бы выражалъ именно свою волю. Нѣтъ такой воли—и тогда при пр. пр—вѣ, какъ правомочіи, не можетъ имѣть мѣста и то послѣдствіе, на которое эта воля направлена.

Въ отношеніяхъ владѣнія, благодаря ихъ фактическому характеру пр. пр-во, становясь юридическимъ фактомъ, теряетъ также и эти свои формальные моменты.

Ясно и категорически выражено это въ ученіи о владѣніи, а не пріобрѣтеніи его чрезъ представителя. Здѣсь прекращеніе воли проявляемой представителемъ „отъ имени“ владѣльца—не лишаетъ еще послѣдняго того эффекта, на который эта воля была направлена. Представитель можетъ умереть, сойти съ ума, даже бросить вещь—владѣніе въ силу только этого еще не прекращается. Остается еще фактическая связь вещи съ самымъ владѣльцемъ. Нужно, чтобы и эта связь была нарушена для того, чтобы пріобрѣтенное владѣніе прекратилось.

Если при пріобрѣтеніи владѣнія дѣло обстоитъ иначе, то это результатъ того фактическаго различія, которое существуетъ между владѣніемъ и пріобрѣтеніемъ его. Мы

мыслимъ моментъ владѣнія необходимо присущимъ и пріобрѣтенію владѣнія. Но тутъ моментъ владѣнія не составная часть пріобрѣтенія его, но его необходимое послѣдствіе. Пріобрѣтенія владѣнія не можетъ быть тамъ, гдѣ оно не привело къ владѣнію, но уже до наступленія послѣдняго должны быть осуществлены всѣ достаточные конститутивные признаки овладѣнія. Вотъ почему бывший владѣлецъ, выступающій въ силу *constitutum poss.* уже какъ представитель новаго владѣльца, выступаетъ, какъ представитель только во владѣніи, а не въ пріобрѣтеніи его, хотя при *const. poss.* нѣтъ такого момента владѣнія, когда бы этого представителя не было. Поэтому *const. poss.* и относится къ ученію о представительствѣ во владѣніи, но не при пріобрѣтеніи его.

Въ пріобрѣтеніи владѣнія всегда въ теченіи всего процесса отсутствуетъ пока еще владѣльческая связь между пріобрѣтателемъ и пріобрѣтаемой вещью. Воля посредника должна здѣсь, поэтому, имѣть большее значеніе, нежели во владѣніи.

Этотъ вопросъ затрагивается въ двухъ мѣстахъ источниковъ (I. 37, § 6, 41, 1; I. 13, 39, 5). Здѣсь разсматривается вліяніе *error essentialis in persona* со стороны посредника. Вопросъ рѣшается противорѣчиво. Въ то время, какъ I. 37, § 6, 41, 1 считаетъ въ этомъ случаѣ пріобрѣтеніе согласно общему правилу ничтожнымъ (*nihil agetur*), I. 13, 39, 5 при такихъ же самыхъ условіяхъ утверждаетъ прямо противоположное. вмѣсто категорическаго отрицанія во владѣніи необходимости воли посредника, здѣсь имѣется уже сомнѣніе въ этой необходимости; при этомъ въ то время, какъ вмѣсто отсутствія воли рѣчь идетъ всего только о частномъ случаѣ порока въ ней, объ ошибкѣ. Следовательно, во всякомъ случаѣ воля посредника признается здѣсь болѣе существенной, нежели во владѣніи.

Определеннѣе заявляется это для случая умышленной порочности воли посредника. Этотъ случай разсматривается въ I. 43, § 1, 47, 2, гдѣ говорится: „*manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult et eos contrectando sine dubio furtum facit*“.

Иначе рѣшается вопросъ о значеніи воли не посредника, но пріобрѣтающаго владѣніе.

И воля владѣльца, какъ факторъ оборота, можетъ заключаться составной частью въ пріобрѣтеніи владѣнія. Но, во-первыхъ, если бы даже воля была необходима для овладѣнія, самымъ отношеніямъ эту волю противопоставлять нельзя, такъ какъ она сама по себѣ есть отношеніе. Помимо этого волю нельзя противопоставлять овладѣнію, какъ фактическому положенію, такъ какъ воля, вѣдь, составная часть этого самаго положенія. Во-вторыхъ, — разъ если исключается формальная необходимость воли, какъ элемента отношеній владѣнія, разъ если это только вопросъ факта, то въ цѣломъ рядѣ отношеній владѣнія воля можетъ быть вообще излишней.

Для случаевъ пріобрѣтенія владѣнія черезъ посредника это положеніе устанавливается въ источникахъ, какъ общее правило. Въ I. 49, § 2; I. 34, § 1, 41, 2; I. 47, 41, 3; I. 13, § 1; I. 13, 41, 1 прямо говорится, что черезъ посредника „etiam ignoranti acquiritur possessio“. Понятіе *ignorans* при этомъ можетъ быть здѣсь противопоставлено лишь понятію расчета, ожиданія, сознанія вѣроятности какого-либо событія въ оборотѣ.

Люди только въ области ихъ технической дѣятельности могутъ направлять свою волю на такія событія, которыя необходимо должны наступить, которыя не могутъ не наступить. Только въ технической дѣятельности въ каждомъ данномъ случаѣ могутъ быть учтены всѣ рѣшающія съ данной точки зрѣнія причины и, такимъ образомъ, событія могутъ предвидѣться съ опредѣленнымъ, установленнымъ, достаточнымъ приближеніемъ. Только въ технической дѣятельности можетъ имѣть мѣсто увѣренность. Въ общественной дѣятельности ей не можетъ быть, такъ какъ здѣсь мы можемъ лишь догадываться о тѣхъ особенныхъ условіяхъ, которыя въ каждомъ данномъ случаѣ болѣе или менѣе опредѣляютъ его развитіе. Даже осуществленіе нашихъ правомочій для насъ не болѣе, чѣмъ вѣроятно, такъ какъ мы не знаемъ могущихъ возникнуть препятствій.

Для овладѣнія черезъ посредника не требуется и такой воли, т. е. съ юридической точки зрѣнія пріобрѣтеніе владѣнія происходитъ тутъ и помимо воли пріобрѣтающаго. Поэтому владѣніе пріобрѣтается, хотя бы пріобрѣтатель былъ въ заблужденіи относительно поавшей въ его владѣ-

ніе вещи—лишь бы не ошибался представитель (I. 34, § 1, 41, 2).

При пріобрѣтеніи владѣнія черезъ представителя исключеніемъ можетъ быть лишь тотъ случай, когда между пріобрѣтателемъ владѣнія и посредникомъ были отношенія *mandatum*. Несмотря на то, что уполномочившій становится тутъ владѣльцемъ съ момента пріобрѣтенія для него посредникомъ владѣнія, а не съ момента извѣщенія его объ этомъ,—т. е. *mandans* пріобрѣтаетъ владѣніе еще самъ того не зная, его нельзя все же назвать *ignorans*, такъ какъ онъ рассчитывалъ на этотъ эффектъ. Въ противномъ случаѣ онъ не выдавалъ бы *mandatum*.

Иначе обстоитъ дѣло при *libera administratio* и *negotiorum gestio*. Уполномочіе на *libera administratio* указываетъ не на тѣ интересы, на которые рассчитываешь, но на тѣ, осуществленіе которыхъ, какъ только возможное, только лишь желательно, и случаю и способностямъ уполномоченнаго предоставляется остановиться на опредѣленныхъ именно интересахъ. Даже самый частный и подчиненный интересъ можетъ здѣсь оказаться не только не имѣвшимся именно въ виду при установленіи *lib. adm-tio*, но даже вообще незнакомымъ уполномочившему. Здѣсь чрезъ посредника „*ignoranti quoque acquiritur possessio*“. Тѣмъ болѣе это имѣетъ мѣсто при *negotiorum gestio*. Здѣсь нѣтъ опредѣленныхъ интересовъ, которымъ остальные должны соподчиняться, какъ при *lib. adm-tio*, здѣсь есть лишь правила поведения, и, наконецъ, здѣсь пріобрѣтающій владѣніе даже и на самое его *negotiorum gestio* могъ въ лучшемъ случаѣ надѣяться, но никогда не рассчитывать.

Общее правило *ignoranti quoque acquiritur possessio* должно относиться и къ посреднику, дѣйствующему чрезъ посредника.

Тоже общее правило *ignoranti acquiritur possessio* устанавливается въ источникахъ для случаевъ овладѣнія черезъ подвластныхъ.

Въ другихъ мѣстахъ источниковъ это же самое правило должно имѣть то же самое значеніе какъ и для этихъ случаевъ. Источники указываютъ тутъ основаніемъ (въ I. 1, § 15, 41, 1) проявляющееся въ уступкѣ *neculia* общее выраженіе воли, подобно *lib. adm-tio*. Что это не вѣрно,

видно изъ I. 1, § 5; I. 32, § 2, 41, 1, гдѣ точно также могутъ приобретать *ex peculii causa* и не обладающія волей лица. Дѣйствительнымъ основаніемъ является тутъ особенное положеніе *peculii*, какъ такой части имущества, которая стала фактически совершенно самостоятельной. Непосредственно изъ ряда мѣстъ, устанавливающихъ, что *ex peculii causa* чрезъ подвластныхъ *ignoranti quoque acquiritur* (I. 1, § 5, I. 3, § 12, I. 44, § 1, I. 24, 41, 2 и т. д.) видно, что подъ *ignorans* подразумѣвается даже ничего не предполагающій.

Въ условіяхъ римской жизни приобретение владѣнія *ignoranti quoque* было насущной потребностью и общимъ правиломъ правового быта.

Хозяйство римскаго домовладыки своими собственными силами удовлетворяло всѣ свои нужды, отличаясь при этомъ и своей обширностью и своей сложностью. Въ немъ было не только проведено основное дѣленіе на „деревню“, съ ея порою колоссальными помѣстьями, и „городъ“, съ его мастерскими и домообзаводствомъ хозяина,—но намѣчено было и дѣленіе по производствамъ. Сотни рабовъ и кононовъ создавали и средства потребленія, и средства производства, чуть ли не сотни обслуживали самого господина, а десятки надсмотрщиковъ распространяли власть домовладыки надъ этимъ міромъ.

Чтобы владѣть вещами домовладыкъ нужно было не только вступать въ отношенія, нужно было еще имѣть возможность владѣть помимо воли,—которая вездѣшней и всезнающей не могла быть даже у ея могущественнаго носителя.

Въ I. 44, § 1, 41, 2 на это прямо указывается: *Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum etiam ignorantibus possessio quaeretur. dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere.*

Общее правило *ignoranti quoque acquiritur possessio* становится исключеніемъ, когда создавшееся фактическое положеніе обосновывается самостоятельными собственными дѣйствіями *ignorans'a*.

Если этимъ лицомъ былъ посредникъ, то, по исключенію, онъ становится владѣльцемъ помимо или даже вопреки

своей воли въ тѣхъ случаяхъ, когда оказывалось отсутствующимъ отношеніе, связывающее этого посредника съ тѣмъ лицомъ, въ пользу котораго было приобретено имъ владѣніе (I. 34, § 7, 46, 3; I. 44, § 4, 41, 3; I. 21, 41, 1; I. 21, 41, 3).

Право признаетъ владѣльцемъ посредника, такъ какъ онъ является таковымъ въ дѣйствительности.

Еще рѣже приобреталось владѣніе *ignoranti*, дѣйствовавшему не только самостоятельно, но и въ своихъ интересахъ.

На фонѣ установленнаго общаго правила отмѣченные въ источникахъ случаи (овладѣніе — вещью, принесенною во время отсутствія лица въ домъ, въ погребъ; звѣремъ, попавшимъ въ сѣти и т. д.) являются не страннымъ противорѣчіемъ понятію *adipiscimur possessionem corpore et animo*, но подтвержденіемъ того, что *acquiritur possessio* лишь бы только *res in potestatem pervenit*. Понятно эти случаи могутъ быть исключеніемъ для хозяйства, охватывающаго, быть можетъ, лишь предметы личнаго потребленія и не предоставляющаго хозяину никакихъ личныхъ силъ въ его распоряженіе. Но и въ такомъ хозяйствѣ вещи не могутъ не попадать во владѣніе *ignoranti quoque*, ибо, хотя въ такомъ хозяйствѣ вещи малоцѣнныѣ, но интересы не менѣе разнообразны и многосложны и, быть можетъ, субъективно болѣе важны и потому владѣлецъ не можетъ *per momenta species et causas peculiorum inquirere*. Съ другой стороны, вмѣсто многочисленнаго персонала тутъ приходится на помощь къ хозяину соответственная обеспеченность его соціальнаго положенія. Здѣсь сказывается и большая зависимость отъ упорядоченности и добросовѣстности отношеній въ оборотѣ вообще.

Анализъ приобретения владѣнія черезъ представителя, выяснившій нѣкоторые моменты владѣнія, какъ *titulus'a*, содержитъ этимъ самымъ и нѣкоторыя указанія на сущность владѣнія, какъ правоотношенія. Это имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если приписывать правоотношеніямъ владѣнія не характеръ процессуальный, но матеріальный.

Считать правоотношения владѣнія матеріальными кажется болѣе правильнымъ потому, что какъ процессуальныя они не обладаютъ *differentio specifica*. И не только въ правоотношеніяхъ, которыя не могутъ быть названы правоотношеніями владѣнія, могутъ быть тѣ же процессуальныя моменты, но даже вмѣстѣ съ тѣмъ правоотношенія владѣнія могутъ имѣть мѣсто, несмотря на отсутствіе обычныхъ процессуальныхъ моментовъ. Примѣръ этому имѣется въ русской сенатской практикѣ, которая для владѣльческихъ исковъ въ окружномъ судѣ устанавливаетъ общій петиторный порядокъ, но этимъ не устраняетъ для данныхъ случаевъ права владѣнія.

Правоотношенія владѣнія, понимаемая, какъ правоотношенія матеріальныя, опредѣляются объемомъ ихъ защиты и ихъ содержанія. Объемъ ихъ защиты не имѣетъ существеннаго значенія. Въ своемъ историческомъ развитіи объемъ защиты, присущей правоотношеніямъ владѣнія, рѣзко мѣнялся—право владѣнія не нараставало, однако, въ силу этого быть все тѣмъ же правомъ владѣнія. „Сущность“ владѣнія заключается, слѣдовательно, въ содержаніи его правоотношеній. Существеннымъ является здѣсь то, что между тѣмъ, какъ во всѣхъ нормахъ состояніе, предписываемое диспозиціей, качественно иное, нежели то, предполагаемое гипотезой состояніе, которое должно повлечь за собою примѣненіе диспозиціи, въ то же время въ нормахъ владѣнія диспозиція только укрѣпляетъ предполагаемое гипотезой состояніе.

Право владѣнія есть право на *statu quo*, есть право на установившееся фактическое положеніе.

Познаніе владѣнія, какъ *titulus'a* есть, такимъ образомъ, вмѣстѣ съ тѣмъ и познаніе самаго *ius possidendi*.

Станиславъ Корнгольдъ.

Ноябрь 1912 г.