

св. 688 / 1884

СВОБОДНОЕ

# ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО

ВЪ

РИМСКОМЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ.

„Per extraneam personam nihil acquiri posse, dicitur.“  
Gajus.

ИСТОРИКО-ЮРИДИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНИЕ.

Л. КАЗАНЦЕВА.

Приватъ-доцента Университета Св. Владимира.

КИЕВЪ.

Въ университетской типографіи.  
1884.

688.  
x

Розум  
K. 2

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHYSICS DEPARTMENT

1952

349.  
Госуд. Книжный Фонд

31/15



СВОБОДНОЕ

# ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО

ВЪ

РИМСКОМЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ.

„Per extraneam personam nihil acquiri posse, dicitur.“  
Gajus.

ИСТОРИКО-ЮРИДИЧЕСКОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ.

Лекція Л. Казанцева

Л. КАЗАНЦЕВА.

Приватъ-доцента Университета Св. Владимира.



КИЕВЪ.

Въ университетской типографіи.

1884.

6181. (m?)

---

**Оттискъ изъ Университетскихъ Извѣстій 1884 г.**  
**Печатано по опредѣленію Совѣта Университета св. Владиміра.**

---

Посвящается

Каллинику Андреевичу

МИТЮКОВУ.



## ПРЕДИСЛОВІЕ.

---

Вопросу о представительствѣ посчастливилось вновь стать моднымъ вопросомъ въ западной (нѣмецкой) литературѣ. Одна за другой появляются монографіи, посвященныя объясненію этого правоваго понятія и опредѣленію отношенія къ нему положительнаго права—и въ особенности права римскаго. Ученые <sup>1)</sup>, вновь посвятившіе себя этому труду, пытаются подорвать выработанное усиліями предшествовавшихъ писателей господствующее теперь мнѣніе и при томъ подорвать его не только въ частностяхъ, но и въ самомъ существѣ его. До сихъ поръ только *Ф. К. фонъ-Савиньи* стоялъ одиноко съ своей протестующей теоріей, утверждая, въ противоположность господствующему мнѣнію, что римское право представительство знало и признавало. Но вотъ появляются новые поборники этой-же идеи, идущіе не по стопамъ Савиньи, но приходящіе къ тому-же результату. Римское право рѣшительно и очевидно признавало представительство. Мнѣніе противниковъ—не болѣе какъ одна сплошная ошибка или недоразумѣніе. Свидѣтельства—въ источникахъ. Масса фрагментовъ изъ пандектовъ, кодекса, институцій приводится въ подтвержденіе этого положенія и масса

---

<sup>1)</sup> *Hellmann Fr.* Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 1882. Отчасти и *Schlossmann Siegm.* Der Besitzerwerb durch Dritte nach röm. und heutigem Rechte. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung. 1881. *Eisele F.* Cognitur und Procuratur. Untersuchungen zur Geschichte der prozessualen Stellvertretung 1881.

## II

труда и таланта тратится на сообразное съ цѣлью толкованіе этихъ фрагментовъ. Господствующая теорія, поставленная на твердомъ основаніи Мюленбрухомъ <sup>2)</sup> и Бухвой <sup>3)</sup> и много разъ обработанная послѣдовавшими учеными до Циммермана <sup>4)</sup> вѣлочительно, колеблется въ своемъ основаніи и грозитъ паденіемъ. Послѣдователи ея должны собрать всѣ свои силы и глубже обосновать свое ученіе, если хотятъ его спасти <sup>5)</sup>. Моментъ повидимому критическій; но только повидимому. Несомнѣнная заслуга новаторовъ—ученыхъ состоитъ въ томъ, что они глубже проникли въ источники, обставили свое мнѣніе бѣльшими деталями; но ихъ интерпретація, ихъ толкованіе источниковъ едва-ли можетъ быть признано справедливымъ и удачнымъ.—Задачей настоящаго труда было взвѣснить всѣ про и contra относительно спорнаго вопроса и на основаніи надлежащаго обсужденія относящихся сюда фрагментовъ попытаться опредѣлить, что ближе къ истинѣ. И намъ кажется, что не старая теорія должна склонить свою голову предъ новой, какъ побѣжденная, а напротивъ новая должна ступешваться предъ старой.

---

<sup>2)</sup> Die Lehre v. d. Cession der Forderungsrechte.

<sup>3)</sup> Die Lehre v. d. Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen.

<sup>4)</sup> Die Lehre v. d. stellvertretende Negotiorum Gestio.

<sup>5)</sup> *Baron*. Разборъ сочиненія Hellmann'a въ Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, N. F., Bd. V H, I p. 44.



## ГЛАВА ПЕРВАЯ.

### Принципъ римскаго гражданскаго права.

Представительство, въ современномъ его понятіи, есть основанная на полномочіи и явная замѣна одного лица другимъ при совершеніи юридическихъ дѣйствій, которыя въ силу этого совершаются на имя заступаемаго (принципала) и производятъ права и обязанности прямо для послѣдняго безо всякаго отношенія ихъ къ представителю <sup>1)</sup>. Предста-

---

<sup>1)</sup> Представительство признается, хотя и съ нѣкоторыми отступленіями отъ выставленнаго понятія, въ Allgemeines Landrecht I tit. 13 § 85; Codex Maximilianus p. 4 c. 9 § 7.—Затѣмъ въ Oesterreichische bürger. Gesetzbuch § 1002, 1017, 1018; Bürgerliche Gesetzbuch für d. Königreich Sachsen § 788; Züricher Gesetzb. § 949; Allgem. Deutsche Handelsgesetzbuch art 52 и др., Code civil art. 949, 1984, 1998; Сводъ законовъ Россійской Имперіи т. X ч. 1 ст. 2326, т. X ч. 2 ст. 193. Уставъ торговый ст. 705.—*Buchka* ib. p. 121—252. *Windscheid*. Pandectenr. § 73. *Laband*. въ Zeitschrift für d. gesammte Handelsrecht. Bd. X. H 2 p. 184—188. *Wächter* Württemberg. Privatrecht Bd. 2. p. 679. *Unger* System d. oesterreichischen allgem. Privatrechts. Bd. 2 § 90. *Förster* Theorie und Praxis d. preus. Privatr. Bd. 1. p. 196 fg. *Troplong* Du mandat (Droit civil expliqué) p. 479 s. et p. 562 s. *Molitor* Cours de droit romain (les obligations) T. I p. 109. *Нерсесовъ*. Понятіе добровольнаго представительства въ гражд. правѣ р. 153 слѣд. *Гордонъ*. Представительство въ гражд. правѣ. р. 39 слѣд. *Цитовичъ*. Лекціи торговаго права р. 300.—Опредѣленіе понятія представительства, обособленіе его отъ

витель такимъ образомъ дѣйствуетъ юридически, ибо онъ изъявляетъ свою волю, при двустороннихъ актахъ онъ вмѣстѣ съ другимъ участвующимъ лицомъ устанавливаетъ правила, опредѣляющія актъ (*lex contractus*), другими словами онъ есть контрагентъ въ (двустороннемъ) юридическомъ актѣ. Этими чертами представитель отличается отъ другаго (фактическаго) пособника, нерѣдко участвующаго въ совершеніи акта—отъ нунція. Нунцій только передаетъ волю пославшаго его, актъ совершается черезъ него, но не имъ, а самимъ пославшимъ его; этотъ послѣдній, а не посланный облакаетъ предварительные переговоры въ дѣйствительный договоръ. Нунцій можетъ участвовать своимъ рѣшеніемъ въ предварительныхъ переговорахъ и приготовленіяхъ къ акту и наоборотъ дѣйствія представителя могутъ быть здѣсь точно опредѣлены принципаломъ; но въ отношеніи къ другому контрагенту второй является выразителемъ своей собственной воли, а первый—только переносчикомъ офферта и акцепта своего принципала. Слѣдовательно различіе между этими посредниками лежитъ не въ объемѣ предоставляемаго имъ принципаломъ усмотрѣнія, а въ способѣ выступленія передъ другимъ контрагентомъ. Въ качествѣ чего выступаетъ посредникъ, это должно опредѣляться, при устномъ заключеніи акта, способомъ выраженій <sup>2)</sup>, при письменномъ—подписью акта.—Итакъ представитель, облакая предварительные переговоры и предположенія, опредѣленные его или принципала усмотрѣніемъ, въ надлежащую для акта форму, является самъ совершающимъ этотъ актъ; но тѣ послѣдствія, которыя долженъ вызвать его актъ, направляются имъ прямо и непосредственно на принципала,—себя представитель не хочетъ ни

---

сходныхъ съ нимъ юрид. явленій и анализъ его сдѣланы мною въ другомъ трудѣ: Ученіе о представительствѣ въ гражд. правѣ. Недостатокъ времени лишилъ меня возможности обработать предположенное для настоящаго сочиненія введеніе, въ которомъ я намѣренъ былъ повторить сказанное мной въ вышеназванномъ трудѣ со нѣкоторыми существенными дополненіями и измѣненіями.

<sup>2)</sup> Я утверждаю это, несмотря на новыя рещужденія Hellmann'a (ib. p. 13—24). Фразы, употребляемыя посредниками, могутъ быть различны, могутъ быть иногда темны и смыслъ ихъ можетъ служить предметомъ спора (*quaestio facti*); но все таки въ концѣ всегда можно отыскать, въ качествѣ кого говорилъ онъ.

обязать, ни управомочить. Актъ, совершенный представителемъ производить права и обязанности прямо и исключительно въ правовой сферѣ принципала. Это обстоятельство объясняется съ одной стороны явнымъ намѣреніемъ представителя, который свои дѣйствія совершаетъ на чужое имя, съ другой—волей принципала, который въ своемъ порученіи и полномочіи представителю заранее присвоиваетъ себѣ и признаетъ все то, „что тотъ законно совершить“<sup>3)</sup>. Этимъ моментомъ непосредственности въ возникновеніи правъ и обязанностей для принципала представительство отличается отъ т. н. непрямого или посредственнаго представительства, гдѣ посредникъ свое желаніе дѣйствовать вмѣсто другаго не дѣлаетъ объективнымъ моментомъ сдѣлки, напротивъ направляетъ ее на себя, а потомъ пріобрѣтенныя изъ нея права и обязанности переносятъ особымъ актомъ на принципала.—Моментъ непосредственности въ возникновеніи правъ и обязанностей сближаетъ представительство съ другимъ правовымъ явленіемъ, извѣстнымъ подъ именемъ договоровъ въ пользу третьяго; но въ другихъ сторонахъ этихъ правовыхъ явленій между ними лежитъ болѣе глубокое различіе, чѣмъ между представительствомъ и т. н. посредственнымъ представительствомъ. Достаточно сказать, что при договорахъ въ пользу третьяго лица, соотвѣтствующее представителю, совершаетъ не чужой актъ (здѣсь нѣтъ ни порученія, ни полномочія), а свой собственный, такъ что намѣренное и непосредственное направленіе правъ на 3-го стоитъ внѣ всякой связи съ волей этого лица<sup>4)</sup>; здѣсь нѣтъ замѣны одного лица другимъ въ совершеніи юридическихъ дѣйствій.—Представитель есть контрагентъ (двусторонняго) акта, онъ воплощаетъ предварительныя предположенія въ надлежащую форму, поэтому всѣ условія, необходимыя для такой

---

<sup>3)</sup> Многие ученые (*Savigny, Ruhstrat, Dernburg, Hellmann* и др.) и нѣдко судебная практика (ср. *Hellmann* p. 23) считаютъ контрагентомъ акта не представителя, а принципала. Не имѣя возможности входить здѣсь въ подробности этого интереснаго вопроса, а равно и близко связаннаго съ нимъ вопроса объ обоснованіи представительства, скажу только, что я держусь господствующаго мнѣнія (*Zimmermann* ib. p. 41).

<sup>4)</sup> Примѣръ *donatio sub modo* передать подаренное черезъ определенное время другому *Fr. 3. D. 8. 55*. Ср. впрочемъ *Knaus* Die s. g. Verträge zu Gunsten Dritter p. 6.

дѣятельности, должны быть въ его лицѣ: свобода, серьезность воли, надлежащій возрастъ и проч.; напротивъ относительная способность къ приобрѣтенію извѣстныхъ правъ или обязанностей, намѣченныхъ актомъ, не требуется въ его лицѣ, а должна быть въ лицѣ принципала, всецѣло и непосредственно получающаго все произведенное актомъ.— Наконецъ надо еще отмѣтить, что представительство по различію оснований для полномочія представителя, распадается на два вида—свободное (добровольное) и необходимое (законное). Признакъ необходимости и свободы лежитъ здѣсь не въ лицѣ представителя, а представляемаго, который или по своему желанію выбираетъ себѣ представителя или ему назначается таковой закономъ, судебнымъ или административнымъ распоряженіемъ, напр. опекунъ, государственный чиновникъ по дѣламъ службы и нѣрѣдо представитель юридическаго лица.

---

„Jeder ist der Schmied seines Glücks.“  
Ihering.

Вопросъ, которому посвященъ настоящій трудъ, состоитъ въ томъ: признавало-ли римское право свободное представительство?

Ученая литература, занимаясь этимъ вопросомъ съ давняго времени, выработала господствующее мнѣніе, рѣшающее данный вопросъ отрицательно. Но, какъ и всегда бываетъ, рядомъ съ этимъ мнѣніемъ стоятъ другія, рѣшающія вопросъ иначе,—и именно одно изъ такихъ мнѣній принадлежитъ коренной науки гражданскаго права, Ф. К. фонъ-Савиньи, другое, не менѣе рѣшительное, появилось въ послѣднее время <sup>5)</sup>. Изученіе источниковъ приводитъ меня къ рѣшенію присоединиться къ мнѣнію господствующему и попытаться отстоять его правильность въ противоположность недавно сдѣланнымъ на него нападкамъ.—Римское право не выработало точно и опредѣленно понятія представительства и не имѣло названія для этого юридическаго явленія. Поэтому, приступая къ обзорнью источниковъ, слѣдуетъ связать,

---

<sup>5)</sup> Въ сочиненіи Hellmann'a, упомянутомъ выше.

что выраженія ихъ относительно даннаго вопроса неопредѣленны и не рѣдко неясны, что взгляды свой на этотъ вопросъ Римляне высказываютъ, трактую о другихъ матеріяхъ, нерѣдко даже случайно и бессознательно.

Свидѣтельство относительно невозможности представительства при нѣкоторыхъ видахъ юридическихъ дѣйствій мы имѣемъ еще изъ времени полнаго господства *juris civilis*—именно мнѣніе юриста К. М. Сцеволы (см. ниже). Но общее правило, что представительство вообще невозможно, можно извлечь только изъ сочиненій классическихъ юристовъ. Я остановлюсь на мнѣніяхъ двухъ юристовъ: Гая и Павла.

Гай говоритъ <sup>6)</sup>:

*Ex his apparet, per liberos homines, quos neque juri nostro subjectos habemus, neque bona fide possidemus... nulla ex causa adquiri posse, et hoc est, quod dicitur: per extraneam personam nihil adquiri posse.*

Павель говоритъ <sup>7)</sup>:

*Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest.*

Итакъ черезъ свободныхъ, неподчиненныхъ власти или постороннихъ лицъ по римскому праву нельзя было ничего приобрести. Анализируя это постановленіе, остановимся прежде всего на словахъ: *libera persona*. Выраженіе: *libera* употреблено здѣсь не въ смыслѣ *status libertatis*, а вообще въ смыслѣ свободы отъ подчиненія другому лицу, т. е. подчиненія *ergo potestas, manus, mancipium*; поэтому выраженіе Гая: *extranea persona* лучше выражаетъ сущность дѣла. Если нельзя было приобрести черезъ свободныхъ, неподвластныхъ или постороннихъ лицъ; то *argumento a contrario* приобретение чрезъ свободныхъ, но подвластныхъ лицъ должно было признаваться. И оно дѣйствительно признавалось. Всѣ подчиненныя чужой власти свободныя лица могли приобретать и даже необходимо приобретали для своего властелина всякаго рода права. Что это юридическое явленіе не есть еще однако представительство, объ этомъ будетъ рѣчь во второй главѣ

<sup>6)</sup> *Institutiones*. II § 95.

<sup>7)</sup> *Receptae Sententiae*. V. tit. 2 § 2. Ср. еще того-же автора *Fr.* 15 D. 13. 5; *Fr.* 12 p. D. 42 5.

настоящаго труда.—Далѣе, изъ сопоставленія приведеннаго мѣста Гая съ его-же II § 86 очевидно, что здѣсь имѣется въ виду юридическая, а не фактическая дѣятельность посредника. Затѣмъ должно сказать, что фраза: *per liberam personam acquiri nihil potest*—выражена слишкомъ обще. Римское право исключало не всякое приобрѣтеніе черезъ свободныхъ постороннихъ лицъ, а только непосредственное приобрѣтеніе, т. е. такое, гдѣ приобрѣтаемое право возникаетъ прямо въ лицѣ принципала, не касаясь вовсе правовой сферы посредствующаго лица. Посредственное приобрѣтеніе правъ, когда лице приобрѣтаетъ права хотя и для другаго, но такъ, что они возникаютъ прежде всего въ его правовой сферѣ, а потомъ уже въ силу особаго акта переносятся къ тому, для котораго они приобрѣтены,—такое приобрѣтеніе для свободныхъ лицъ допускалось римскимъ правомъ<sup>8)</sup>; но и оно отличается существенно отъ свободнаго представительства, какъ увидимъ въ той-же второй главѣ. Въ виду сказаннаго положеніе: чрезъ постороннее свободное лице нельзя ничего приобрѣсть—слѣдовало-бы замѣнить болѣе точнымъ: чрезъ постороннее свободное лице нельзя ничего приобрѣсти *непосредственно*. Подъ эту формулу запрещенія вполнѣ подходитъ свободное представительство, какъ мы опредѣлили его въ началѣ; тамъ, какъ и здѣсь, имѣетъ мѣсто также непосредственное приобрѣтеніе чрезъ другое (для римскаго права—постороннее, свободное) лице.

Приведенныя выраженія юристовъ захватываютъ однако гораздо болѣе обширную область юридическихъ дѣйствій, чѣмъ представительство. Они обнимаютъ собой не только это послѣднее, но еще и другое юридическое явленіе, называемое договорами въ пользу третьяго<sup>9)</sup>. Договоръ въ пользу третьяго происходитъ тамъ, гдѣ третье лице, не будучи заступаемо ни однимъ изъ контрагентовъ, но однако согласно съ волей и намѣреніемъ ихъ приобрѣтаетъ непосредственно собственное самостоятельное право. Очевидно, что такое юридическое явленіе также какъ и представительство подходитъ подъ выставленное выше запретительное правило римскаго права. Римскіе юристы не различали конечно этихъ двухъ понятій (представительства и договоровъ

<sup>8)</sup> Напр. Fr. 135 § 2 D. 45, 1; Fr. 59 D. 41 1.

<sup>9)</sup> *Vangerow*. Pandectenr. § 508 p. 308. *Schlossmann* ib. p. 78.

въ пользу третьяго), и одно и то же правило устраняло возможность того и другаго.

Разлагая далѣ приведенныя выше выраженія Гая и Павла, мы видимъ, что содержащееся въ нихъ запретительное правило имѣетъ всеобщій характеръ относительно объекта, ибо въ немъ говорится: *ni-hil* *acquiri* *potest*, и относительно юридической причины пріобрѣтательнаго акта, такъ какъ тамъ сказано: *nulla ex causa*.—Наконецъ должно сказать, что правило это формулировано нѣсколько узко еще потому, что содержащееся въ немъ выраженіе: *acquiri*—не можетъ выразить собою всего разнообразія юридическихъ дѣйствій <sup>10)</sup>; между тѣмъ этого слѣдовало ожидать отъ правила, выставляющаго общій принципъ. *Acquiri* означаетъ пріобрѣтеніе правъ, но несомнѣнно, что римское право съ такой же силой, если еще не болѣе, отвергало и прекращеніе, потерю правъ посредствомъ посторонняго свободнаго лица. Уже и само по себѣ естественно положеніе, что римское право, неблагоприятно взирая на непосредственное пріобрѣтеніе черезъ постороннихъ лицъ, должно было столь же неблагоприятно смотрѣть на прекращеніе правъ черезъ нихъ. Но можно найти и подтвержденіе этого положенія. Такъ можно указать на то, что римское право различаетъ *melior conditio* и *deterior conditio* и опредѣляетъ каждое различными нормами <sup>11)</sup>.—Въ виду этого запретительное правило, выраженное болѣе опредѣленно, должно было бы принять такую формулу: черезъ постороннихъ свободныхъ лицъ непосредственно нельзя ничего ни пріобрѣсть, ни потерять <sup>12)</sup>.—Это правило захватываетъ собой и представительство. Оно не говоритъ объ этомъ прямо, оно не содержитъ въ себѣ нѣкоторыхъ другихъ признаковъ представительства; но этого нельзя было и ожидать, ибо оно сложилось въ то время, когда о представительствѣ Римляне не

---

<sup>10)</sup> *Schlossmann* ib. p. 48.

<sup>11)</sup> *Naturalis enim simul et civilis ratio suavit alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriore non posse.* Fr. 39 D. 3 5. Ср. еще Fr. 133 D. 50. 17; Fr. 22 D. 46 3.

<sup>12)</sup> Конечно здѣсь ничего не говорится еще объ осуществленіи и охраненіи правъ. Но можно-ли было этого и ожидать? Относительно (судебной) защиты правъ будетъ сказано ниже.

имѣли никакого понятія <sup>13)</sup>; но оно содержитъ въ себѣ существенныя черты представительства и тѣмъ исключаетъ его принципиальное признаніе <sup>14)</sup>.

Признанное такимъ образомъ положеніе о невозможности непосредственнаго приобрѣтенія черезъ постороннее лице сохранилось, какъ общее правило, во все послѣдующее время римско-византійской имперіи <sup>15)</sup>. Правда, что Римляне не смотря на присущую имъ послѣдовательность въ проведеніи общихъ положеній, подъ вліяніемъ жизненной потребности должны были сдѣлать нѣкоторыя отступленія отъ этого правила; но тѣмъ не менѣе мы находимъ его дѣйствующимъ во весь императорскій періодъ. Такъ въ кодексѣ Юстиніана есть конститутія Деоклетіана и Максиміана <sup>16)</sup>, содержащая тоже правило:

Per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati juris est.

Наконецъ въ институціяхъ Юстиніана находимъ мы тотъ-же принципъ и съ тѣми же атрибутами <sup>17)</sup>:

Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque nostro juri subjectos habemus, neque bona fide possidemus.... nulla ex causa nobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse <sup>18)</sup>.

Считаемъ не лишнимъ упомянуть здѣсь о гипотезѣ, выставленной проф. Шлосманомъ <sup>19)</sup> по поводу смысла словъ: libera persona въ приведенныхъ мѣстахъ источниковъ. Libertas онъ понимаетъ здѣсь въ смыслѣ status libertatis, а не вообще въ смыслѣ свободы отъ всякой подчиненности. Въ виду этого правило: per liberam personam nihil acquiri potest—является у него не какъ противоположеніе только другому общему правилу римскаго права о приобрѣтеніи черезъ под-

<sup>13)</sup> Schlossmann p. 47, 61.

<sup>14)</sup> Schlossmann p. 71.

<sup>15)</sup> Schlossmann p. 54 думаетъ даже, что положеніе это обратилось въ пословицу.

<sup>16)</sup> Fr. 1 C. 4. 27. Ср. Fr. 6. C. 4. 50 и Fr. 26. C. 5. 12.

<sup>17)</sup> § 5. I. 2. 9.

<sup>18)</sup> Заимствовано изъ Гая.

<sup>19)</sup> ib. p. 47 fg.



властных<sup>20)</sup>: *adquiritur autem nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate, manu mancipiove habemus; item per eos servos, in quibus usum (fructum) habemus; item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidemus*,—а какъ самостоятельный правовой принципъ, происхождение котораго было вызвано политико-экономическою причиною—необходимостью защищать свободу и препятствовать свободнымъ лицамъ становиться въ положеніе рабовъ. „Экономическое бытіе свободнаго не должно поглощаться экономическими цѣлями другаго.“ „*Domino adquirere* есть отличительный признакъ не-свободныхъ; *sibi adquirere*—должно характеризовать свободнаго мужа.“ Правило: *per liberam etc.* было направлено преимущественно противъ лихоимственныхъ сдѣлокъ, такъ какъ эти представляютъ всегда, а въ Римѣ въ особенности наибольшую опасность для свободы.—Такова гипотеза Шлоссмана. Въ послѣднемъ мы готовы были-бы присоединиться къ нему и признать справедливость его взгляда, несмотря на многочисленныя возраженія, высказанныя противъ<sup>21)</sup>; но не можемъ этого сдѣлать въ виду того, что выраженіе: *libera persona*, по нашему мнѣнію, должно понимать не въ смыслѣ *status libertatis*, а въ смыслѣ свободы отъ всякой подчиненности, въ томъ числѣ и отъ подчиненности *patris potestas, manus*<sup>22)</sup>. Наше мнѣніе болѣе согласно съ источниками; такъ какъ въ большинствѣ фрагментовъ, упоминающихъ *libera persona*, въ этому послѣднему выраженію присоединены опредѣлительныя слова<sup>23)</sup>: *quos neque juri nostro subjectos habemus, neque bona fide possidemus; quae in potestate non sunt; quae alterius juri non est subdita; quae neque iuri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit.* И только въ семи мѣстахъ<sup>24)</sup> сказано просто: *libera persona*. Это об-

<sup>20)</sup> *Gai* II § 86.

<sup>21)</sup> *Czyhlarz*. Zeitschrift für Privat-oeffentliche Recht der Gegenwart. Bd. X. N. 1 *Krüger*. Archiv für d. civilistische Praxis Bd. 67. Возраженіе имъ Шлоссмана въ Zeitschrift f. P. O. R. der Gegenwart. Bd. X. N. 3 und 4.

<sup>22)</sup> *Savigny* System d. heutigen röm. R. Bd. III p. 94 Anm. g. Сравни мѣста приведенныя у самого Шлоссмана p. 56 Anm. 1.

<sup>23)</sup> *Gai* II § 95; *Pauli* R. S. V. 2. 2; Fr. 126 D. 45, 1; Fr. 1 p. C. 4. 27.

<sup>24)</sup> Напр. Fr. 11 § 6 D. 13. 7. Впрочемъ отсутствіе опредѣлительныхъ словъ въ этихъ фрагментахъ нельзя еще принять за несомнѣнный при-

стоятельство вмѣстѣ съ свидѣтельствомъ другихъ источниковъ (см пр. 22), даетъ поводъ думать, что Шлосманъ не правъ и что вѣрнѣе признать въ данныхъ фрагментахъ *libertas* въ смыслѣ свободы вообще отъ всякой подчиненности, а не только отъ власти господина, которую онъ упражняетъ надъ рабами.— Впрочемъ будетъ-ли рѣшенъ вопросъ такъ или иначе,—это почти безразлично для вопроса о свободномъ представительствѣ. Если даже признать, что положеніе: *per liberam personam etc.* направлено на созданіе юридическаго оплота противъ лихоимственныхъ намѣреній кредиторовъ; то все таки это правило исключаетъ собой и прямое представительство <sup>25)</sup>.

Итакъ черезъ свободное, постороннее лице нельзя ничего ни приобрѣсть, ни потерять непосредственно. Поэтому въ римскомъ правѣ были невозможны, по общему правилу, ни представительство, ни договоры въ пользу третьяго, оба основанныя на непосредственномъ приобрѣтеніи черезъ другое (свободное) лице. Таковъ принципъ римскаго гражданскаго права.

Противъ этого положенія, выработаннаго господствующей теоріей, въ недавнее время высказался Hellmann въ упомянутомъ выше сочиненіи <sup>26)</sup>. Мнѣніе его относительно представительства въ римскомъ правѣ совершенно противоположно только что высказанному. Онъ признаетъ и стремится доказать, что римское право допускало вполнѣ (свободное) представительство. Сказавши нѣсколько словъ о терминологіи источниковъ и выставивъ затѣмъ рядъ мѣстъ, въ которыхъ по его мнѣнію рѣшительно проявляется идея представительства, Hellmann переходитъ къ опроверженію мнимаго, какъ онъ говоритъ, принципа, выставленнаго господствующей теоріей.

Первый пунктъ, гдѣ Hellmann думаетъ разбить противниковъ, есть толкованіе Fr. 6. C. 4. 50; но мы отложимъ разборъ этого фрагмента до болѣе удобнаго времени и перейдемъ прямо ко второму фрагменту, опровергаемому авторомъ, именно Fr. 11 D. 44. 7.

*Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem tra-*

накъ противоположнаго взгляда на правило: *per liberam personam etc.* Въ нихъ ничего не сказано ни за, ни противъ.

<sup>25)</sup> р. 71.

<sup>26)</sup> *Stellvertretung in Rechtsgeschäften,*

hunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inane actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus

Авторъ видитъ въ этомъ фрагментѣ запрещеніе только договоромъ въ пользу третьяго, но не представительства. Самая конструкція мѣста и формы оборотовъ подтверждаютъ для автора его мысль <sup>27)</sup>; но я не вполне понимаю, что онъ хочетъ сказать; мнѣ кажется, смыслъ фрагмента простъ и ясенъ безъ всякихъ conjunctivus и проч., чего желаетъ авторъ. Авторъ сѣтуетъ, зачѣмъ юристъ Павелъ, которому принадлежитъ фрагментъ, вовсе не упомянулъ о моментѣ полномочія, необходимомъ для представительства. Но это аргументъ обоюдоострый. Не только это мѣсто, но и другія даже такія, гдѣ по мнѣнію автора, явно признано представительство <sup>28)</sup>, не упоминаютъ ни о полномочіи, ни о порученіи. Съ другой стороны есть фрагменты, гдѣ этотъ моментъ упомянуть и которыя Hellmann все таки относитъ къ договорамъ въ пользу третьяго, но объ этомъ ниже (напр. Fr. 1 C. 4. 27). Затѣмъ автора смущаетъ выраженіе: „contrahere“ alteri. *Contrahere alteri* невозможно, а между тѣмъ, говоритъ онъ, даже и господ. теорія признаетъ представительство при *контрактъ mutuum*! Но, вѣдь, юристъ выражаетъ общее правило, а представительство при *mutuum* — исключеніе и быть можетъ даже единственное. Что-же удивительнаго, если юристъ и не упоминаетъ объ немъ. Развѣ самъ авторъ не дѣлаетъ того-же, выставляя общее положеніе о признаніи представительства римскимъ правомъ (напр. на стр. 63) и не упоминая при этомъ о тѣхъ исключеніяхъ изъ него, которыя онъ признаетъ въ другомъ мѣстѣ (*stipulatio*). Въ виду этого мы думаемъ, въ противоположность автору, утверждающему, что нѣтъ никакого основанія относить этотъ фрагментъ куда либо, кромѣ договоровъ въ пользу третьяго, мы думаемъ, что онъ относится не только къ этимъ договорамъ, но и къ представительству. Для этого имѣются всѣ необходимыя реквизиты: совершеніе контракта однимъ лицомъ, непосредственное возникновеніе

<sup>27)</sup> p. 71.

<sup>28)</sup> Напр. Fr. 18 D. 23. 1; Fr. 1 p. D. 1. 19; Fr. 44 § 3. Fr. 15. D. 13. 5.

обязательства въ лицѣ другаго; не упомянуто ничего о полномочіи или порученіи, но въ виду абсолютнаго молчанія фрагмента объ этомъ, можно сдѣлать предположеніе, что они подразумѣваются. Юристъ и не долженъ былъ упоминать объ этомъ моментѣ, иначе его правило не могло бы захватить тѣхъ случаевъ непосредственнаго приобрѣтенія третьимъ лицомъ, которые мы называемъ теперь договорами въ пользу третьяго. Авторъ могъ-бы сказать еще, что въ фрагментѣ не упоминается не только о порученіи, но даже и о моментѣ заступленія. Хотя и это обстоятельство можно было-бы подразумѣвать подобно порученію, но всетаки слѣдуетъ сказать, что отсутствіе такого важнаго момента представительствѣ можетъ дать поводъ думать, что здѣсь дѣйствительно имѣлись въ виду только договоры въ пользу третьяго. Но если такимъ образомъ и согласиться съ толкованіемъ автора, изъ этого всетаки не будетъ слѣдовать, что данный фрагментъ подтверждаетъ его теорію. Положимъ, что fr. 11. D. 44. 7 имѣетъ въ виду только договоры въ пользу третьяго, слѣдуешь ли отсюда, что представительство допускалось? Никакимъ образомъ. Запрещеніе договоровъ въ пользу третьяго есть вмѣстѣ съ тѣмъ запрещеніе и представительства. Мотивъ, который, по мнѣнію автора, служитъ основаніемъ перваго запрещенія (см. ниже), подходитъ также и ко второму. Если Римляне, оберегая самобытность лица въ области гражданскаго оборота, считали невозможнымъ, чтобы оно совершало собственный актъ безъ порученія другаго, но съ намѣреніемъ воспроизвести для того права непосредственно; то конечно столь же неблагосклонно они должны были смотрѣть на актъ, совершаемый однимъ лицомъ по порученію и вмѣсто другаго, также съ намѣреніемъ непосредственно воспроизвести для этого другаго права. Второе положеніе было по крайней мѣрѣ равно первому, если не было опаснѣе его. И правило, отрицающее первое, должно было отвергнуть и второе.

Въ виду этого попытка Hellmann'a объяснить всѣ фрагменты, приводимые въ подкрѣпленіе господствующей теоріи, посредствомъ договоровъ въ пользу третьяго едва ли можетъ быть признана удачною. Между тѣмъ авторъ, попавши на эту мысль, старается ее провести повсюду. Слѣдующій фрагментъ, въ которомъ онъ находитъ подтвержденіе своихъ взглядовъ, есть Fr. 1 C. 4. 27:

*Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati juris*

est. Si igitur procurator non sibi sed ei, cujus negotia administrabat redintegratae rei vindicationem pactus est idque pactum stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio acquisita est.

Фрагментъ этотъ, говоритъ авторъ, занимается вопросомъ о приобрѣтеніи посредствомъ другаго, но не о представительствѣ. Что посредникъ имѣетъ полномочіе отъ принципала, на это могло-бы указывать слово—procurator; но на дѣлѣ онъ своего полномочія не объявляетъ и вообще не обнаруживаетъ (!). Затѣмъ слѣдуетъ еще stipulatio въ пользу господина, которая въ силу своей строгой формальности представительства не допускаетъ. Такимъ образомъ и выходитъ, что данный фрагментъ не касается представительства, а имѣетъ въ виду договоръ въ пользу третьяго.—Такое толкованіе фрагмента, по нашему мнѣнію, вынужденно. Фрагментъ распадается на двѣ части: первая содержитъ общее правило, вторая примѣръ, поясняющій или подтверждающій его (igitur). Общаго правила мы касались выше. Что оно относится здѣсь не только къ договорамъ въ пользу третьяго, на это указываетъ именно стоящее во второй части слово—procurator. Procurator есть мандатаръ т. е. лице, дѣйствующее по порученію другаго. Что procurator въ данномъ случаѣ дѣйствуетъ не только какъ мандатаръ, но и какъ уполномоченный совершать дѣйствія на имя принципала т. е. какъ представитель, это ясно изъ связи второй части фрагмента съ первой. Тамъ запрещается непосредственное приобрѣтеніе черезъ свободное лице и какъ примѣръ такого свободнаго посредника приводится, во второй части, procurator. Procurator долженъ приобрѣтать непосредственно, а непосредственное приобрѣтеніе по порученію необходимо предполагаетъ и полномочіе на такое приобрѣтеніе. Но изъ фрагмента не видно, говоритъ авторъ, чтобы procurator обнаружилъ свое порученіе (и полномочіе). Это—уже крайняя придирка! Можно-ли требовать отъ юриста, который (по нашему мнѣнію) еще не уяснилъ себѣ, что такое представительство, или если и уяснилъ (по мнѣнію автора), то не настолько, чтобы выработать вполнѣ определенныя и общія правила о представительствѣ,—можно-ли требовать отъ этого юриста, чтобы онъ въ каждомъ частномъ случаѣ выражался вполнѣ корректно?! Что вышло-бы, если-бы примѣнить критическую мѣрку автора къ тѣмъ фрагментамъ, въ которыхъ онъ видитъ несом-

нѣнное подтвержденіе своей теоріи <sup>29)</sup>. Hellmann въ данномъ фрагментѣ (и во второй его части) видитъ запрещеніе только договоровъ въ пользу третьяго; но онъ забываетъ объяснить, какимъ образомъ можно соединить эти договоры съ понятіемъ *procurator*'а. Развѣ можетъ *procurator*, какъ таковой, совершить въ пользу своего принципала договоръ, какъ въ пользу третьяго <sup>30)</sup>? Я вижу (во второй части) запрещеніе только представительства, но не договоровъ въ пользу третьяго, потому что договоръ *procurator*'а, какъ таковаго, не есть договоръ въ пользу третьяго. *Stipulatio*, совершаемая имъ, недѣйствительна, но она не есть стипуляція въ пользу третьяго.—Итакъ разбираемый фрагментъ въ первой части запрещаетъ представительство и договоры въ пользу третьяго, во второй—одно только первое. Подтвержденіе этого можно найти и въ другихъ мѣстахъ источниковъ. Такъ юристъ Павель <sup>31)</sup>, выставивши извѣстное уже общее правило: *per liberarum personarum, quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest*, продолжаетъ: *sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est*. Общее правило и какъ исключеніе изъ него, какъ ограниченіе его—приобрѣтеніе владѣнія черезъ прокуратора—представителя. Это признается и господствующей теоріей и авторомъ. Тоже можно видѣть и изъ § 5 J. 2. 9; Fr. 11 § 6, 7 D. 13. 7.—Наоборотъ Hellmann видитъ подтвержденіе своей теоріи или правильнѣе распространяетъ свою теорію и на слѣдующіе фрагменты: Fr. 73 § 4 D. 50. 17; Fr. 38 § 17. D. 45. 1; Fr. 26. C. 5. 15; § 19. J. 3. 19.—Fr. 26. C. 5. 12 и по нашему мнѣнію трактуетъ исключительно о договорахъ въ пользу третьяго; fr. 73 § 4 D. 50. 17 будетъ нами разобранъ въ 3-ей главѣ. Здѣсь мы остановимся только на § 19. J. 3. 19, и Fr. 38 § 17 D. 45. 1 самыхъ важныхъ, какъ показываетъ дальнѣйшая аргументація автора.

Fr. 38 § 17 D. 45. 1.

*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur; inventae enim sunt hujusmodi obliga-*

<sup>29)</sup> Напр. Fr. 1 § 11 D. 16. 3; Fr. 67. D. 3. 3.

<sup>30)</sup> Ср. *Savigny Obligationenr.* Bd. II p. 74.

<sup>31)</sup> R. S. V 2. 2.

tiones ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest: caeterum, ut alii detur, nihil interest mea.

§ 19. J. 3. 19.

Alteri stipulari... nemo potest. Inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest; ceterum, ut alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum est, committetur poenae stipulatio etiam ei, cujus nihil interest <sup>32)</sup>.

Одной изъ причинъ, по которой Hellmann признаетъ (свободное) представительство въ римск. гражд. правѣ и относить всё упомянутое выше мѣста источниковъ къ договорамъ въ пользу третьяго, является для него отсутствіе въ источникахъ мотива для объясненія подобнаго запрещенія представительства; между тѣмъ какъ по отношенію къ договорамъ въ пользу третьяго такой мотивъ онъ видитъ высказаннымъ въ только что приведенныхъ фрагментахъ, именно въ словахъ: *inventae sunt... committetur poenae stipulatio*. Слова эти показываютъ ясно, что *alteri stipulans* желаетъ обосновать право на искъ для самого себя, слѣдовательно хочетъ какъ разъ противоположнаго тому, чего желаетъ представитель. Конечно современный представитель можетъ и долженъ желать противоположнаго; но вопросъ въ томъ, можетъ-ли желать римскій посредникъ, чтобы искъ возникъ непосредственно для третьяго. *Stipulatio in favorem tertii* (въ приведенныхъ мѣстахъ) имѣетъ въ виду непосредственное возникновеніе иска для третьяго <sup>33)</sup>, по она (*prohibente jure*) недѣйствительна, такъ какъ *nihil interest stipulatoris*. Посредникъ не можетъ совершить стипуляціи въ пользу третьяго по отсутствію для него (имущественнаго) интереса; но развѣ есть (имущественный) <sup>34)</sup> интересъ для представителя, если онъ совершилъ-бы стипуляцію для своего принципала? Конечно, нѣтъ; поэтому нельзя

<sup>32)</sup> Ср. *Knaus* Die. s. g. Verträge zu Gunsten Dritter. p. 9, 12, 14.

<sup>33)</sup> Это видно изъ перваго фрагмента, гдѣ вслѣдъ за словами: *alteri stipulari nemo potest*—говорится: *praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur*. *Filius* же и *servus* приобрѣтали своему властелину непосредственно. Ср. § 4. I. 3. 19. и *Gai* III. § 108. *Savigny*. (Obligationenr. Bd. II. p. 81.

<sup>34)</sup> Моральный интересъ могъ быть въ томъ и другомъ случаѣ.

сказать, чтобы приведенные фрагменты имѣли въ виду только договоры въ пользу третьяго. Мотивъ, высказанный въ нихъ относительно невозможности *alteri stipulari*, относится также къ представителю, какъ и къ посреднику при названныхъ договорахъ. И въ томъ и другомъ случаѣ одинаково *nil interest stipulatoris*<sup>35)</sup>. Кроме того и здѣсь можно было-бы примѣнить аргументъ равенства или *argumentum ad majus: stipulatio*, совершенная посредникомъ по порученію и на имя другаго съ намѣреніемъ воспроизвести для него непосредственно права, съ точки зрѣнія Римлянъ, оберегавшихъ свободу лица, нисколько не меньше, если не болѣе опасна, чѣмъ стипуляція безъ порученія, но съ тѣмъ же намѣреніемъ.

Возвращаясь снова къ Fr. 1 C. 4. 27, о которомъ была рѣчь выше, Hellmann приводитъ, какъ новый аргументъ противъ господствующей теоріи то обстоятельство, что здѣсь не упомянуто ничего о договорѣ *mutuum*, между тѣмъ при *mutuum* представительство несомнѣнно допускалось. Что еще болѣе подрѣзываетъ автора въ его мнѣніи, такъ это то чисто внѣшнее обстоятельство, что вслѣдъ за fr. 1. C. 4. 27 стоитъ въ источникахъ fr. 2, несомнѣнно (даже съ точки зрѣнія господ. теоріи) допускающій представительство при залогѣ. Объяснить это редакціонной ошибкой компиляторовъ, говоритъ авторъ, невозможно<sup>36)</sup>.—Дѣйствительно невозможно, да нѣтъ и нужды прибѣгать къ такому объясненію. Сопоставленіе этихъ фрагментовъ будетъ ясно, если смотрѣть на дѣло просто. Первый представляетъ общее правило, выработанное гораздо раньше<sup>37)</sup>, второй—исключеніе, установленное Юстиніаномъ. Послѣдовательность обыкновенная.—Что фрагментъ упоминаетъ только одно исключеніе изъ общаго правила о невозможности представительства—*excepta possessione*—и не упоминаетъ *mutuum*, можно объяснить тѣмъ, что исключеніе для владѣнія было признано прежде всего и сильно укрѣпилось въ сознаніи юристовъ<sup>38)</sup>.—Наконецъ авторъ говоритъ, что, даже признавши господствующую тео-

<sup>35)</sup> Ср. *Brins Pandecten*. p. 1625—26.

<sup>36)</sup> p. 72.

<sup>37)</sup> Фрагментъ принадлежитъ имп. Деоклетіану и Максиміану, да и они повторили только правило, формулированное классическими юристами.

<sup>38)</sup> См. четвертую главу.



рію, всетаки должно будетъ сказать, что правило, выставленное въ источникахъ, трактуетъ о представительствѣ при приобрѣтеніи правъ, и не упоминаетъ объ установленіи обязанностей. Ибо говоритъ авторъ. § 21. I. 3. 19:

*Versa vice, qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi poenam ipse promiserit.*

и fr. 3 in f. C. 4. 12:

*Certissimum enim est ex alterius contractu neminem obligari.* не относятся къ представительству, что не требуетъ даже особаго доказательства. Второй фрагментъ по общности своихъ выраженій могъ бы захватить и представительство, однако предыдущая часть его показываетъ, какъ справедливо говоритъ авторъ, что юристъ въ данномъ случаѣ вовсе не то имѣлъ передъ глазами. Но первый фрагментъ, по моему мнѣнію, относится къ представительству; это въ виду выне сказаннаго дѣйствительно не требуетъ доказательства.

Соображая все сказанное о теоріи Hellmann'a <sup>39)</sup>, мы думаемъ, что господствующая теорія, отрицающая вообще возможность представительства въ римскомъ гражданскомъ правѣ, стоитъ на вѣрномъ пути и что живо написанная и исполненная научнаго интереса книга Hellmann'a не такъ страшна для противниковъ, какъ думаютъ иные <sup>40)</sup>.

Нѣкоторые юристы, выставяя принципъ о невозможности представительства въ римскомъ правѣ, задаются вопросомъ о тѣхъ причинахъ, которыя вызвали подобное явленіе. И дѣйствительно современ-

<sup>39)</sup> До сихъ поръ были разобраны только нѣкоторыя мѣста изъ этой теоріи; разборъ остальныхъ, содержащихъ въ себѣ частное примѣненіе общаго правила, будетъ сдѣланъ ниже, въ четвертой главѣ.

<sup>40)</sup> *Baron* рецензія на Hellmann'a K. Vierteljahresschrift Bd. XXIV p. 44. N. F. Bd. V. N. 1.—Заканчивая свою рѣчь о мнимомъ принципѣ рим. права, Hellmann останавливается на теоріи Савиньи, также пытавшася доказать, что рим. право знало и признавало вообще (свободное) представительство въ гражд. правѣ. И здѣсь слѣдовало-бы разсмотрѣть эту теорію знаменитаго юриста и опредѣлить ея отношеніе къ теоріи господствующей. Но разборъ ея требуетъ знакомства съ нѣкоторыми другими правовыми явленіями рим. жизни, о которыхъ рѣчь еще впереди. Поэтому его и пришлось отложить до болѣе удобнаго мѣста.

ное намъ представленіе о возможности дѣйствовать за другаго его именемъ, жизненный опытъ, наталкивающій насъ ежедневно на подобную замѣну одного лица другимъ, полное признаніе идеи представительства въ законодательствѣ, наконецъ кажущаяся намъ естественность подобного отношенія между людьми, вызываемаго необходимостью самой современной жизни,—все это, вмѣстѣ взятое такъ укоренилось въ насъ, что по истинѣ точка зрѣнія права римскаго можетъ показаться странной. Чѣмъ-же объяснить существованіе такого взгляда?

*Бужка* <sup>41)</sup> въ своемъ сочиненіи о представительствѣ основаніе римскаго принципа по отношенію къ обязательственному праву видитъ въ субъективномъ характерѣ римской облигаціи, какъ праваго отношенія, неотдѣлимаго отъ лицъ вѣрителя и должника. Идя далѣе въ этомъ направленіи и поднимаясь изъ области обязательствъ въ область права вообще, должно сказать, что существованіе указаннаго принципа и здѣсь объясняется субъективизмомъ въ правовыхъ воззрѣніяхъ римскаго народа. Принципъ субъективной воли, говоритъ проф. *Лерингъ* <sup>42)</sup>, есть первоначальный источникъ римскаго частнаго права. Правда субъективизмъ въ правѣ есть явленіе обычное, проявляющееся у всѣхъ народовъ на первыхъ ступеняхъ развитія; но у многихъ этотъ періодъ дѣятельной силы и насильственнаго образованія права вполне исчезъ изъ національной памяти. Другое дѣло въ римскомъ правѣ; никакое время не могло уничтожить тѣхъ пятенъ крови и пота человѣческой работы, которыя его покрыли. Положеніе, что личная дѣятельная сила и энергія есть источникъ права, является начальнымъ въ исторіи римскаго права.—Существованіемъ этого положенія обуславливается бытіе принципа о невозможности представительной замѣны. Единичная личность, индивидъ, по воззрѣнію Римлянъ, есть исходный и конечный пунктъ частно-правной дѣятельности. Самостоятельность и самозащита, эгоизмъ, себялюбіе—вотъ начальные точки въ римскомъ правовоззрѣніи.—Поэтому *Умеръ* <sup>43)</sup> и *Лабандъ* <sup>44)</sup> справедливо гово-

<sup>41)</sup> Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. p. 2. *Puchta* Pandecten § 273.

<sup>42)</sup> Geist des römischen Rechts Bd. I p. 107 fg. Русскій перев. p. 39.

<sup>43)</sup> Verträge zu Gunsten Dritter въ Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. X p. 12.

<sup>44)</sup> Die Stellvertretung nach dem Handelsgesetzbuch въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht von Goldschmidt. Bd. X p. 186.

рять, что принципъ, недопускающій (свободнаго) представительства въ римскомъ гражданскомъ правѣ, созданъ не на основаніи только логическихъ или юридическихъ основаній, а есть послѣдствіе этическихъ взглядовъ Римлянъ.—Но вотъ еще вопросъ. Сейчасъ изложенъ взглядъ Римлянъ на ихъ право, на его происхожденіе и проч. Но вѣдь таковъ же былъ взглядъ, таково же положеніе дѣла было и у другихъ народовъ, стоявшихъ на первоначальной ступени развитія <sup>45)</sup>. Почему-же у нихъ эти пятна крови и пота человѣческой работы рано или поздно смылись, а у Римлянъ не смылись? Это можно объяснить консерватизмомъ римскаго народа вообще и римскихъ юристовъ въ частности, которые такъ крѣпко держались за разъ выработанныя взгляды и положенія, что всѣ новыя образованія въ области права старались сначала подвести подъ рамки существующихъ правилъ и отступали отъ нихъ только тогда, когда для этого представлялась крайняя необходимость. Была-ли подобная необходимость относительно представительной замѣны одного лица другимъ? на это должна дать отвѣтъ слѣдующая глава.

---

<sup>45)</sup> Иерингъ *ibid.*

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

---

### **Институты римскаго гражданского права, аналогичные представительству.**

Какъ бы ни были велики эгоизмъ Римлянина и его самобытность, внушившія ему идею дѣйствовать въ правовомъ оборотѣ только своими собственными силами; но всетаки практика обыденной жизни стерла бы всѣ рѣзкости римскаго характера, какъ стерла первоначальную рѣзкость у другихъ народовъ, если-бы не было у Римлянъ такихъ правовыхъ явленій, которыя удовлетворяли обыденной потребности въ юридическихъ услугахъ другаго, не противорѣча въ тоже время основнымъ чертамъ ихъ характера и правосознанія. Такими явленіями, поддерживавшими Римлянина въ его индивидуальныхъ стремленіяхъ въ области частнаго права, были институты рабства и семейной власти со всѣми ихъ чисто римскими особенностями. Они, представляя полную аналогію съ представительствомъ (въ отношеніи къ приобрѣтенію властелиномъ черезъ подвластныхъ) и вмѣстѣ съ тѣмъ не будучи таковымъ, надолго задержали сначала появленіе, а потомъ развитіе идеи представительства.—Оба института стоятъ настолько близко другъ къ другу, что можно и слѣдуетъ излагать ихъ заодно, какъ единый институтъ объ отношеніяхъ властелина, домовладыки къ подвластнымъ.

#### **§ 1. Приобрѣтеніе правъ и установленіе обязанностей черезъ подвластныхъ дѣтей и рабовъ.**

Въ отношеніяхъ домовладыки къ подвластному римское право различаетъ двѣ стороны и опредѣляетъ каждую изъ нихъ особыми нормами; эти стороны—приобрѣтеніе правъ домовладыкой черезъ подвластныхъ и установленіе обязанностей вторыми для перваго.

## I. Приобрѣтеніе правъ домовладыкой посредствомъ подвластныхъ.

Подвластный сынъ и рабъ <sup>1)</sup> въ періодъ доимператорскій безъ включенія, въ императорскій по общему правилу <sup>2)</sup> были неспособны имѣть и приобрѣтать что-либо свое. Все, что они приобрѣтали, они приобрѣтали для своего домовладыки въ силу юридической необходимости <sup>3)</sup>. Такимъ образомъ какъ сынъ, такъ и рабъ были способны къ приобрѣтательнымъ дѣйствіямъ, но только на пользу своего властелина <sup>4)</sup>. Что сынъ былъ способенъ, въ этомъ нѣтъ ничего особеннаго; но способность раба есть нѣчто особенное <sup>5)</sup>, допущенное Римлянами конечно съ цѣлію практическихъ удобствъ домовладыки. Эта способность раба къ приобрѣтенію была не самостоятельною, а исходила отъ лица домовладыки, была производною способностью <sup>6)</sup> или, какъ говорятъ другіе, рабъ имѣлъ юридическую способность своего господина <sup>7)</sup>; она создана была для того, чтобы рабъ могъ приобрѣтать своему гос-

<sup>1)</sup> Источники говорятъ здѣсь (*Gai* II § 86) о лицахъ *in potestate, manu mancipioque*; но *manus* вслѣдствіе развитія свободныхъ браковъ (начиная съ XII таблицъ) почти вышелъ изъ употребленія.

<sup>2)</sup> Положеніе рабовъ и подвластныхъ дѣтей въ это время подробнѣе будетъ разсмотрѣно ниже.

<sup>3)</sup> *Gai* II §§ 86—96, 163—167. *Ulpian* Tituli XIX § 18—21. *Paulus* R. S. V. 8; Fr. 10, 53 D. 41. 1; Fr. 79 D. 29. 2; § 4. J. 3. 19; Fr. 131 D. 1. 6; Fr. 4 § 1 D. 1. 5; Fr. 13. D. 2. 11; Fr. 58. D. 2. 14; Fr. 5 § 10. D. 13. 5; Fr. 10 D. 41. 1. *Savigny* System B. III. § 113. Oblig. II p. 22. *Puchta* Pand. § 53 p. 82. *Schmidt* Die Persönlichkeit der Sklaven nach röm. Recht. p. 14—16. *Mandry* Familiengüterrecht I p. 5, 6. *Buchka* ib. p. 9.

<sup>4)</sup> Ср. еще *Ihering*. Geist des röm. Rechts. II. p. 518. и *Fragmenta Vaticana* § 51.

<sup>5)</sup> Fr. 3 § 1 D. 4. 5... *servile caput nullum jus habet*. Fr. 20 § 7. D. 28. 1. *Servus... juris civilis communionem non habeat in totum, ne praetorii quidem edicti*. Fr. 22 p. 32 D. 50. 17. Fr. 107, 118. h. t.

<sup>6)</sup> *Buchka*. ibid. Fr. 31 p. D. 28. 5... *testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta est*. p. J. 3. 17. *Servus ex persona domini jus stipulandi habet*.

<sup>7)</sup> *Schmidt* ib.

подину <sup>8)</sup>. Сынъ былъ способенъ къ приобрѣтенію, но въ силу своего зависимаго положенія не могъ имѣть ничего своего и все приобрѣталъ своему отцу. Такимъ образомъ и тотъ и другой подвластный въ данномъ отношеніи стояли въ одинаковыхъ условіяхъ <sup>9)</sup>. Понятно, что приобрѣтеніе подвластныхъ ихъ господину не зависѣло отъ ихъ воли <sup>10)</sup> т. е. совершалось въ силу юридической необходимости; но оно не зависѣло также и отъ воли домовладыки, могло совершиться даже вопреки его желанію <sup>11)</sup>.

Права изъ юридическихъ дѣйствій подвластнаго возникаютъ для домовладыки непосредственно <sup>12)</sup>.

Placet, quoties acquiritur... ei, cujus quis in potestate est, confestim adquiri ei, cujus est in potestate;

На лицѣ подвластнаго они не останавливаются ни одной минуты: neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem acquiritur: et sic ei adquiri, cui acquiritur <sup>13)</sup>

такъ какъ подвластные вообще не имѣли собственной правовой сферы, гдѣ первоначально могли возникнуть эти права. Отнявъ такимъ образомъ у подвластныхъ всякую возможность приобрѣтенія въ свою пользу и поставивши ихъ въ юридическую необходимость все приобрѣтать домовладыкѣ, римское право, чтобы сдѣлать всѣхъ подвласт-

<sup>8)</sup> Интересные факты о пользованіи рабами, какъ орудіями приобрѣтенія, приводитъ *Marquardt* (*Privatleben der Römer* p. 154) изъ Плутарха (*Cato major* § 21) о Катонѣ старшемъ и δοῦλος γραμματικῆς и др.

<sup>9)</sup> *Gai* II § 87. Igitur (quod) liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi (nostri) mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quod stipulentur, vel ex aliqua libet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, que in potestate nostra est, nihil suum habere potest.

<sup>10)</sup> § 1. J. 3. 17. *Savigny* *Oblig.* II. p. 22. *Mandry* ib. p. 122, 123.

<sup>11)</sup> Fr. 62 D. 45. 1 Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilominus obligat domino promissorem. § 3. J. 2. 9.... hoc enim nobis et ignorantibus et invitis obveniet. Fr. 10 D. 41. 1. Fr. 22. D. 46. 3; Fr. 46. D. 23. 3; Fr. 32. D. 41. 1; Fr. 1 § 5 D. 41. 2. *Savigny* ib. *Mandry* p. 131. *Schmidt* p. 48.

<sup>12)</sup> Fr. 3 § 11 D. 4. 4. Fr. 45 p. D. 45. 1 Quodcunque stipulatur is, qui in alterius potestate est, pro eo habetur, ac si ipse esset stipulatus.

<sup>13)</sup> Fr. 79. D. 29. 2. *Mandry* p. 142.

ныхъ вполне годными орудіями приобрѣтенія <sup>14)</sup>, должно было сдѣлать еще одно отступленіе отъ общаго правила о безправности и безличности рабовъ <sup>15)</sup>. Чтобы возможно было приобрѣтеніе чрезъ раба, необходимо было допустить обсужденіе естественно-необходимыхъ условій юридическаго дѣйствія по лицу раба,—и это было сдѣлано. Юридически дѣйствующимъ, совершающимъ юридическій актъ или контрагентомъ былъ признанъ подвластный. Его воля, его рѣшеніе служили ближайшимъ образомъ причиной возникновенія юридическаго акта. Если-бы даже домовладыка далъ ему подробное приказаніе, детально опредѣливъ всѣ стороны акта, то всетаки юридическая дѣятельность заключенія, облеченія данныхъ предположеній въ дѣйствительный актъ исходили отъ подвластнаго. Поэтому всѣ условія, необходимыя для воли, обосновывающей актъ: свобода, серьезность воли, надлежащее выраженіе ея во вѣ, а также знаніе или незнаніе пороковъ вещи и проч.—все это должно было обсуждаться и дѣйствительно обсуждалось по лицу подвластнаго <sup>16)</sup>, и только тамъ, гдѣ требовалась относительная правоспособность для сдѣлки, она требовалась въ лицѣ домовладыки <sup>17)</sup>. Если приобрѣтенія подвластныхъ при-

<sup>14)</sup> *Savigny System Bd. 3 § 113. Mandry p. 136.*

<sup>15)</sup> Fr. 3 § 1 D. 4. 5. *Servile caput nullum jus habet. Fr. 32. D. 50. 17. Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur.*

<sup>16)</sup> Fr. 12. D. 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 praesente suo nomine emat, non est querendum, quid ego existimem, sed quid ille qui contrahit.* Относительно „suo nomine“ см. дальше въ текстѣ.—Fr. 4. § 17. D. 44. 4.... *Se de servorum et filiorum dolo...* exceptio objicienda est. Fr. 51. D. 21. 1. *Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat 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. Fr. 16. § 3, 4. D. 40. 12.—Fr. 17 cod. относится къ спеціальному порученію или приказанію. *Mandry p. 129.* Быть можетъ сюда-же относится и Fr 13. D. 18. 1; впрочемъ см. *Buchka p. 59. Fr. 2, 11 D. 41. 4. Servus... si vitiose coeperit possidere, meam vitiosam esse possessionem. Cp. Fr. 2. § 12 и 13 h. t.*

<sup>17)</sup> Fr. 130 D. 45. 1.... *immo et quod in suam personam conferre non*

вадлежали домовладыкѣ въ силу юридической необходимости, то поэтому намѣреніе подвластнаго приобрѣсть для себя или для домовладыки, хотя-бы оно и было ясно выражено, не имѣло никакого значенія <sup>18)</sup>.

Приобрѣтеніе домовладыкой черезъ своихъ подвластныхъ очень близко подходитъ къ прибрѣтенію черезъ представителя въ современномъ понятіи его <sup>19)</sup>. Оно однако отличается отъ представительства отсутствіемъ причинной связи между волей прибрѣтающаго раба или сына и возникновеніемъ правъ для домовладыки; это прибрѣтеніе происходитъ иногда вопреки желанію подвластнаго и вообще въ силу юридической необходимости. Отношеніе между домовладыкой и подвластнымъ не измѣнялось <sup>20)</sup> даже и въ томъ случаѣ, если второй имѣлъ *peculium* (*profectitium*). *Peculium*, хотя и находился въ обладаніи подвластнаго и назывался *quasi patrimonium pusillum* послѣдняго <sup>21)</sup>, но по строгому праву онъ всетаки принадлежалъ домовладыкѣ Fr. 5 § 4. D. 15. 1; § 1. J. 2. 9. <sup>22)</sup>, и потому все, прибрѣтенное *peculiari nomine*, по строгому праву, принадлежало послѣднему. Fr. 51 D. 21. 1; Fr. 16 § 3. D. 40 12. Если же подвластный, дѣйствуя и *patris vel domini nomine* и *peculiari nomine*, всетаки прибрѣталъ домовладыкѣ; то очевидно его намѣреніе дѣйствовать въ томъ или другомъ направленіи опять таки не имѣло никакого значенія, а потому опять не

---

*potest, hoc patri acquirat. § 4. J. 3. 19 ... filii vox tamquam tua intellegitur in iis rebus quae tibi acquiri possunt.*

<sup>18)</sup> Fr. 15. D. 45. 3. *Sive mihi, sive sibi, sive converso suo, sive impersonaliter dari servus meus stipuletur, mihi acquirat. Fr. 45 § 4. D. 45. 1. Kilius patri dari stipulari videtur, etsi hoc non adjiciat. Savigny ib. Mandry. p. 123—124, 136, 139.*

<sup>19)</sup> Почему его считаютъ таковымъ и называютъ представительствомъ необходимымъ. *Savigny Bd. 3. § 113. p. 97. Buchka ib. p. 9.*

<sup>20)</sup> Нѣкоторые ученые (напр. *Zimmermann* ib. p. 32 Anm. 40) думаютъ, что при существованіи *peculia* должно признать бытіе представительства, потому что тогда будто-бы имѣетъ значеніе намѣреніе подвластнаго дѣйствовать для домовладыки т. е. есть причинная связь между намѣреніемъ подвластнаго и возникновеніемъ правъ для властелина.

<sup>21)</sup> Fr. 5 § 3 D. 15. 1. *Brins* Kritische Blätter № 2 p. 9.

<sup>22)</sup> *Glück* Erläuterung der Pandecten, Bd. 14. p. 355—356.



было причинной связи между этимъ намѣреніемъ и приобрѣтеніемъ властелина.

Но не будучи представительствомъ, данное отношеніе несомнѣнно играло большую роль по отношенію въ представительству. Очень естественно предположеніе, что это непосредственное приобрѣтеніе черезъ подвластныхъ было признано или выработано, когда развивающійся оборотъ сталъ указывать на необходимость представительной замѣны одного лица другимъ, но когда вмѣстѣ съ тѣмъ исконный этический взглядъ Римлянина на дѣйствіе, на дѣятельность лица оставался еще совершенно нетронутымъ; между тѣмъ вполне подчиненное положеніе дѣеспособнаго сына (а потомъ уже раба) указывало на ближайшую возможность удовлетворить нарастающей потребности. У сына не могло быть ничего своего, все, что онъ доставалъ трудами рукъ своихъ, принадлежало отцу; почему-же не воспользоваться его силами и въ области праваго приобрѣтенія. Такъ создалась возможность непосредственнаго приобрѣтенія правъ черезъ сына и вообще черезъ подвластныхъ. Разъ она создалась, былъ вмѣстѣ съ тѣмъ созданъ твердый оплотъ противъ (свободнаго) представительства, оплотъ, служившій таковымъ во все послѣдующее время Рима и проломленный потребностями жизненнаго оборота только въ нѣкоторыхъ пунктахъ. Я не хочу сказать, что Римляне создали это оплотъ сознательно, не желая допустить свободнаго представительства; они видѣли потребность и удовлетворили ей способомъ, согласнымъ съ ихъ правовыми воззрѣніями; но изъ этого само собой выросло правовое явленіе, долгое время совершенно исключавшее необходимость въ представительной замѣнѣ черезъ свободныхъ лицъ. Имѣя подвластнаго раба или сына, Римлянинъ почти всегда могъ обойтись его услугами и былъ гарантированъ отъ необходимости прибѣгать къ содѣйствію свободныхъ лицъ. Если у него не было ни сына, ни раба, то стоило ему купить послѣдняго, и у него былъ необходимый посредникъ.

## II. Установленіе обязанностей черезъ подвластныхъ.

Правило *juris civilis* относительно возможности домовладыки пользоваться юридическими услугами своихъ подвластныхъ было выражено односторонне. Оно направлялось только на возможность приобрѣтенія

правъ подвластнымъ для господина; установленіе же обязанностей первымъ за втораго считалось невозможнымъ <sup>1)</sup>. Обязательства, которыя принялъ на себя сынъ, на немъ и оставались, на отца не переходили <sup>2)</sup>; обязательства раба точно также оставались на немъ, имѣя значеніе обязательствъ натуральныхъ <sup>3)</sup>. Между приобрѣтеніемъ правъ и установленіемъ обязанностей была такимъ образомъ установлена рѣзкая черта. Права подвластный приобрѣталъ всегда для своего домовладыки, обязывался же всегда онъ самъ, хотя-бы выгоды, добытыя изъ принятаго обязательства (напр. занятія деньги), шли всецѣло въ пользу господина. Такое положеніе дѣла, согласное съ цѣлями, лежавшими въ основѣ всего института т. е. съ желаніемъ пользоваться своими подвластными, какъ орудіями приобрѣтенія, улучшенія своего состоянія,—такое положеніе могло существовать только до тѣхъ поръ, пока жизнь и гражданскій оборотъ Римлянъ были просты и немногосложны. Съ развитіемъ же того и другаго, особенно съ расширеніемъ торговли обнаружались съ одной стороны неудобство <sup>4)</sup>, съ другой — несправедливость такого положенія вещей. Несправедливость — для лица совершающаго обязательство съ подвластнымъ, ибо онъ, доставивъ извѣстныя выгоды своему контрагенту, а черезъ него его властелину, самъ въ своихъ расчетахъ на взаимное доставленіе выгодъ своимъ противникомъ (напр. при двустороннемъ контрактѣ) могъ жестоко ошибаться. Подвластный сынъ былъ юридически обязанъ исполнить притязанія своего контрагента, но при отсутствіи имущества у него, эта обязанность могла превратиться въ мифъ. Рабъ не былъ даже обязанъ по строгому праву, а только по естественному порядку вещей и точно

1) Fr. 133. D. 50. 17. *Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.*

2) Fr. 8 § 4 D. 46. 4. *Filiusfamilias promittendo patrem civiliter non obligat, sed se obligat.* Fr. 57. D. 5. 1 *Tam ex contractibus, quam ex delictis in filiumfamilias competit actio; sed mortuo filio post litem contestationem, transfertur iudicium in patrem....*

3) Fr. 14. D. 44. 7. *Servi ex delictis quidem obligantur.... ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant.* Fr. 43. D. h. t.; Fr. 20 § 1 D. 33. 7. *Marquardt* ib. p. 161 ann. 1.

4) *Buchka* ib. *Нерсесовъ* Понятіе добровольнаго представительства p. 124.

также не имѣлъ у себя никакого имущества, на которое можно было бы обратиться възысканіе. Понятно, что при такомъ положеніи вступать въ обязательства съ подвластнымъ было опасно; вся надежда на удовлетвореніе могла основываться только на честности домовладыки. Пока оборотъ былъ немногосложенъ, *paterfamilias* и не нуждался, пожалуй, въ подобномъ совершеніи обязательствъ черезъ подвластныхъ; но съ усиленіемъ торговаго движенія явилась и въ немъ нужда <sup>5)</sup>. Чтобы удовлетворить этой потребности, необходимо было уничтожить или обойти то одиозное правило, въ силу котораго отецъ не отвѣчалъ по обязательствамъ, совершеннымъ сыномъ и рабомъ, хотя бы и въ его пользу. Преторъ, этотъ *viva vox juris civilis*—скоро подмѣтилъ нарошшую потребность и сейчасъ-же удовлетворилъ ей, давъ контрагенту подвластнаго прямой искъ къ властелину подъ известными условіями <sup>6)</sup>. Fr. 1 D. 14. 3:

*Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus (ex contractu institorum), ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri* <sup>7)</sup>.

Хотя обязанность домовладыки происходила не всегда, но всетаки съ этихъ поръ явилась возможность пользоваться подвластными и для установленія обязательствъ, явилась возможность безъ риска вступать въ обязательство съ этими послѣдними. Это нововведеніе совершилось во второй половинѣ республиканскаго періода <sup>8)</sup>, подъ влияніемъ быстро усилившагося съ пуническими войнами торговаго оборота и вступленія Римлянъ на арену сношеній со всѣми культурными народами древняго міра.

Преторскій эдиктъ ввелъ слѣдующіе прямые искъ къ домовладыкѣ для лица, вступившаго въ обязательственныя отношенія съ подвластнымъ: *actio de peculio et actio tributoria, actio de in rem verso, actio*

<sup>5)</sup> *Муромцевъ*. Гражданское право древняго Рима р. 449—51.

<sup>6)</sup> Образцы формулъ такихъ искъ см. *Vering*. Geschichte und Pandecten § 120. *Esmarch* Römische Rechtsgeschichte p. 221.

<sup>7)</sup> Ср. еще Fr. 1 p. D. 14. 1. *Utilitatem hujus edicti patere, nemo est, qui ignoret etc.* *Drechsler* Actio quod jussu. p. 96.

<sup>8)</sup> *Mandry*. Ib. Bd. II p. 207. *Pernice* Marcus Antistius Labeo. I. p. 506. *Муромцевъ* ib. p. 670.

quod jussu, actio exercitoria et actio institoria. Определить порядокъ, въ которомъ появились эти искъ въ преторскомъ эдиктѣ едва-ли возможно на основаніи источниковъ, да для нашей цѣли и не важно, ибо мы касаемся всѣхъ этихъ отношеній между подвластными и домовладыкой, домовладыкой и третьимъ лицомъ, такъ сказать, мимоходомъ, чтобы расчистить себѣ поле для главной задачи—рѣшенія вопроса о свободномъ представительствѣ въ римскомъ гражд. правѣ. Мы расположимъ ихъ въ такомъ порядкѣ, чтобы переходить отъ менѣе къ болѣе важнымъ по отношенію къ нашему главному вопросу.

*Actio de peculio* <sup>9)</sup>.

Этотъ искъ носить такое названіе потому, что предполагаетъ личность <sup>10)</sup> у подвластнаго особаго рода зависимаго имущества—peculium, который находился въ распоряженіи сына, былъ его quasi patrimonium pusillum <sup>11)</sup>, но по строгому праву считался собственностью отца <sup>12)</sup>. Если сынъ вступалъ въ обязательство по поводу этого имущества (peculiari nomine), то его контрагентъ могъ обратить свое взысканіе на это имущество, могъ принудить даже отца (если-бы тотъ не хотѣлъ) <sup>13)</sup> удовлетворить его притязанія изъ peculium. Такой искъ противъ отца и вообще властелина и назывался actio de peculio.

<sup>9)</sup> Dig. 15. 1. *Mandry*. ib. p. 351 fg. *Savigny* Oblig. II. p. 28.

<sup>10)</sup> См. впрочемъ *Mandry* p. 379.

<sup>11)</sup> Определеніе peculium'a Fr. 5 § 4. D. 15. 1. Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto Digestorum refert, quod servus domini permissu separatim a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur.—Fr. 3 § 1. D. 40 7. Et parvi refert, de peculio ei offerat an ab alio accepta; receptum est enim, ut servus *peculiares quoque nummos dando perveniat ad libertatem*. Кажется peculium оставался рабу при продажѣ; при отпущкѣ на волю это было такъ обыкновенно, что существовало даже praesumptio въ пользу этого. *Fragm. Vaticana* § 261. Богатый рабъ могъ купить себѣ раба для услугъ—*vicarius*. *Horat.* Satir, 2. 7, 79. О худомъ рабѣ говорится: nec spes libertatis erat nec cura peculii.—Изъ всего этого видно, что рабу фактически принадлежала нѣкоторая имущественно-правовая самостоятельность. Ср. еще Fr. 2. D. 15 1; Fr. 9 D. 33. 8.; Fr. 4. D. 15. 1. *Ihering*. Geist II p. 168—170.

<sup>12)</sup> Fr. 5 § 3, 4. D. 15. 1.; § 1. J. 2. 9.

<sup>13)</sup> Fr. 21 § 3. D. 15. 1.

Размѣры его опредѣлялись только *peculium*'омъ и онъ не могъ захватить прочаго имущества домовладыки. Хотя-бы требованіе кредитора превышало *peculium*, отецъ, поступившись имъ, былъ свободенъ отъ дальнѣйшихъ притязаній кредиторовъ <sup>14)</sup>. Мало того отецъ вносилъ часть изъ *peculium*'а все должное ему сыномъ, но наоборотъ и все должное имъ сыну, включалось въ составъ *peculium*'а <sup>15)</sup>. Контрагентъ подвластнаго имѣетъ такимъ образомъ два иска на осуществленіе своихъ притязаній—искъ противъ подвластнаго изъ того обязательства, которое было заключено между ними, и искъ противъ властелина *de peculio* <sup>16)</sup>. Основаніемъ этого втораго иска служить то, что съ одной стороны *peculium* разсматривается, какъ имущество подвластнаго, слѣдовательно имущество способное отвѣчать за его долги <sup>17)</sup>, съ другой—все, такъ или иначе находящееся у сына, принадлежитъ отцу.

*Actio tributoria* есть та-же *actio de peculio* съ нѣкоторыми только незначительными видоизмѣненіями <sup>18)</sup>.

*Actio de in rem verso* <sup>19)</sup>.

Если сынъ вступалъ въ обязательство, а отецъ получалъ изъ этого обязательства выгоды, обогащался; то преторъ находилъ достаточно оснований, чтобы дать противъ него искъ третьему <sup>20)</sup>. Искъ введенъ слѣдовательно съ цѣлію удовлетворить справедливому притязанію контрагента подвластнаго, устранивъ неосновательное обогащеніе властелина <sup>21)</sup>. Точно такъ же и этотъ искъ не уничтожалъ иска изъ обяза-

<sup>14)</sup> § 10. J. 4. 6.; Fr. 9. § 4, 6, 8. D. 15. 1.; Fr. 32 p. D. 6. 1.; Fr. 9 D. 10. 3.

<sup>15)</sup> Fr. 5 § 4; Fr. 9 § 2—8 D. 15. 1.

<sup>16)</sup> Fr. 44 D. h. t. Si quis cum filiofamilias contraxerit, *duos habet debitorum*, filium in solidum et partem dumtaxat de peculio. Fr. 32 § 3 D. 22. 1.

<sup>17)</sup> Ср. *Brinz* K. B. № 2 p. 15.

<sup>18)</sup> См. *Savigny* Obl. II. p. 29.

<sup>19)</sup> Dig. 15. 3. *Mandry* ib. p. 454 f. *Savigny* Oblig. II p. 30.

<sup>20)</sup> Обогащеніе могло совершиться прямо или *ex peculio in patrimonium*. Ср. *Mandry* ib. p. 458.

<sup>21)</sup> *Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletorem*. Fr. 206. D. 50. 17.; Fr. 14. D. 12, 6.; Fr. 10 § 7. D. 15. 3.—Критическій разборъ мигнѣній объ основаніи этого иска см. *Mandry* ib.

тельства противъ подвластнаго, а стоялъ рядомъ съ нимъ. Слѣдуетъ еще замѣтить, что для *versio in rem* не нужно намѣренія подвластнаго вести дѣла домовладыки (*animus negotia patris gerendi*) <sup>22)</sup>.

*Actio quod jussu* <sup>23)</sup>.

Если подвластный вступалъ въ обязательства согласно съ выраженной волей властелина <sup>24)</sup>, то преторъ считалъ справедливымъ и возможнымъ подвергнуть и его отвѣтственности изъ заключеннаго обязательства, давши другому контрагенту прямой искъ къ отцу или господину—*actio quod jussu*. Въ какой формѣ будетъ выражена воля властелина, въ формѣ-ли приказанія (*jussus*), порученія <sup>25)</sup> и т. п., это безразлично для дѣйствительности иска. Точно также безразлично, направлень *jussus* подвластному или его контрагенту <sup>26)</sup>.

*Actio exercitoria* <sup>27)</sup>.

Если собственникъ корабля (*exercitor*) поручилъ завѣдыванье имъ другому лицу—капитану (*magister navis*), то нерѣдко приходилось этому капитану вступать въ обязательства по поводу своего дѣла, не рѣдко приходилось ему прибѣгать, напримѣръ, въ займу, чтобы въ даль-

р. 472 fg.; толкованіе Fr. 3 § 2 h. t. (противъ *Buchka* р. 29 fg., *Brins* К. В. р. 15) см. особенно р. 477.—Возможенъ ли этотъ искъ при обязательствахъ, заключенныхъ неподчиненными лицами (*actio de in rem verso utilis*)? См. объ этомъ *Windscheid*. Pand. р. 483 Anm. 4, 5 и *Zimmermann* р. 317.

<sup>22)</sup> *Mandry* ib. р. 494 fg. Ср. предыдущее примѣчаніе въ концѣ.

<sup>23)</sup> *Savigny* Obl. р. 29. *Mandry* ib. р. 543 fg. Dig. 15. 4. Fr. 1 p. Merito ex jussu domini vel patris in solidum adversus eum judicium datur; nam quoddammodo cum eo contrahitur, qui jubet.

<sup>24)</sup> Fr. 5 § 2. h. t. Quod servus domino emit; si quidem voluntate ejus emit, potest quod jussu agi. .. Fr. 3 § 4. D. 4. 4. *Drechsler* ib. р. 17. *Нерсесовъ* ib. р. 120—122, употребленное имъ выраженіе „согласіе отца“ не исполнѣ точно.

<sup>25)</sup> Fr. 1 § 3; Fr. 5 § 1. D. 15. 4. Противъ этого *Муромцевъ* ib. р. 317.

<sup>26)</sup> Fr. 1 § 1, 2, 8, 9; Fr. 2 p. § 1, 2; Fr. 4, 5. § 1. D. 15. 4; § 1, 5. J. 4. 7. Fr. 13 C. 4. 26; Fr. 12. D. 14, 6; Fr. 2 D. 14. 5. *Buchka* р. 33. Ср. *Mandry* р. 564 fg. 595 fg. и тамъ разборъ мнѣній о значеніи *jussus* и *Drechsler* *Actio quod jussu*, р. 8. fg. 54 fg.

<sup>27)</sup> Dig. 14. 1, *Savigny* р. 25.

немъ плаваніи добыть средства для починки судна. Сдѣлки такія *magister* заключалъ отъ себя, самъ обязывался ими, ибо испрашивать согласія жившаго въ Римѣ *exercitor*'а было или невозможно или затруднительно <sup>28)</sup>. Такимъ *magister*'омъ могъ быть или подвластный—и вѣроятно сначала только подвластный <sup>29)</sup>—или свободный гражданинъ <sup>30)</sup>.—Въ видахъ справедливости и здѣсь преторъ въ своемъ эдиктѣ выставилъ особый искъ для другаго контрагента противъ *exercitor*'а—*actio exercitoria* <sup>31)</sup>. Объ этомъ искѣ прямо сказано въ источникахъ, что онъ не исключаетъ иска противъ *magister*'а, а только присоединяется къ нему: *hoc edicto non transfertur actio, sed adjicitur* <sup>32)</sup>, такъ что другой контрагентъ имѣлъ выборъ между двумя должниками, обязанными къ одному и тому-же <sup>33)</sup>.

*Actio institoria* <sup>34)</sup>.

Таже самая идея, которая легла въ основаніе *actio exercitoria*, лежала въ основаніи и *actio institoria*. *Institor*—подвластный или свободный <sup>35)</sup>—былъ заступникомъ при прочихъ—кромѣ мореплаванія—торговыхъ и вообще промышленныхъ предпріятіяхъ <sup>36)</sup>. Изъ договоровъ и вообще юридическихъ сдѣлокъ этого инститора обязывался прежде всего онъ самъ; но преторъ распространилъ обязанность и на принципала, создавши рядомъ съ искомъ противъ перваго искъ противъ втораго—*actio institoria*; второй искъ слѣдовательно не исключалъ перваго <sup>37)</sup> и другой контрагентъ могъ выбирать между тѣмъ

<sup>28)</sup> Fr. 1 p. h. t.... nam interdum locus, tempus non patitur plenius de liberandi consilium.

<sup>29)</sup> *Buchka*. p. 37. *Gaji*. IV. 71; § 2. J. 4. 7

<sup>30)</sup> Fr. 1 § 4. h. t. Cujus autem conditionis sit *magister* iste, nihil interest, utrum liber an servus.

<sup>31)</sup> Fr. 1 pr. h. t.

<sup>32)</sup> Fr. 5 § 1 h. t.

<sup>33)</sup> Fr. 1 § 17, 24. h. t. Est autem nobis electio, utrum *exercitorem* an *magistrum* convenire velimus. Fr. 5. 1. h. t.

<sup>34)</sup> Dig. 14. 3; Fr. 4 § 3 D. 2 13. *Savigny* p. 26.

<sup>35)</sup> Fr. 7 D: 14. 3.

<sup>36)</sup> Fr. 3, 18. h. t.

<sup>37)</sup> Fr. 7 § 1; Fr. 13 § 1, 2. D. h. t. *Molitor*. Les obligations en droit romain, p. 414 s.

или другимъ должникомъ <sup>88)</sup>).

Что касается основанія отвѣтственности домовладыки и вообще принципала изъ сдѣлокъ institor'a, то оно обще съ основаніемъ для actio exercitoria и состоитъ такъ же въ jussus—въ значеніи того или другаго обнаруженія воли принципала. напр. въ видѣ praepositio <sup>89)</sup>. Для принципала возникаетъ только тогда обязанность изъ сдѣлки подвластнаго или свободнаго exercitor'a или institor'a, когда послѣдній дѣйствовалъ въ предѣлахъ даннаго ему порученія <sup>40)</sup>.

Таковы всѣ иски, введенные преторомъ utilitatis causa противъ домовладыки при сдѣлкахъ подвластныхъ; два изъ нихъ (actio exercitoria и institoria) распространены были потомъ на отношенія между свободными людьми <sup>41)</sup> Всѣ они стоятъ рядомъ съ искомъ противъ главнаго должника, а не исключаютъ его. Въ силу этой ихъ природы въ новѣйшее время, на основаніи словъ Павла (hoc edicto non transfertur actio, sed adjicitur), ихъ называютъ actiones adjectitiae qualitatis.

Не былъ-ли введеніемъ этихъ исковъ задѣтъ принципъ о невозможности свободнаго представительства? Вопросъ этотъ рѣшается различно. Но отрицательное рѣшеніе его болѣе согласно съ истиной. Одни ученые—Бухка <sup>42)</sup>, Савиньи <sup>43)</sup>—видятъ здѣсь представительство <sup>44)</sup> и потому—положительное отступленіе отъ названнаго принципа; но это объясняется тѣмъ, что эти ученые не вполне точно устанавливаютъ понятіе представительства, привнося въ него многое, сюда неотносящееся. Господствующее мнѣніе не признаетъ здѣсь представительства, но не вполне единогласно; нѣкоторые <sup>45)</sup> говорятъ, что здѣсь нѣтъ

<sup>88)</sup> Fr. 17 § 1 Fr. 19. D. 14. 3.

<sup>89)</sup> Fr. 1 § 12. D. 14. 1.

<sup>40)</sup> Fr. 5 § 11 D. 14 3.... obligat (institor) eum, qui praeposuit dumtaxat ad id, ad quod eum praeposuit (dominus).

<sup>41)</sup> Дальнѣйшее распространеніе этого иска въ видѣ actio utilis ad exemplum institoriae будетъ указано ниже.

<sup>42)</sup> ibid.

<sup>43)</sup> Oblig. p. 25 fg.

<sup>44)</sup> Ср. *Thering* Geist. II. Abth. II. p. 323, 326.

<sup>45)</sup> *Brins* K. B. *Mandry* ib. p. 215 fg. 601 fg. *Windscheid*. Pandectenr. I. § 74. Также *Hellmann* ib. p. 80 fg.



(никакого) представительства; другіе <sup>46)</sup>,—что здѣсь нѣтъ прямого представительства, но есть непрямое или неполное. Сообразно съ выставленнымъ прежде принципомъ слѣдуетъ ожидать, что и здѣсь, какъ при пріобрѣтеніи черезъ подвластныхъ, нѣтъ никакого представительства. И это дѣйствительно такъ.

Первое и самое важное отличіе *a—nes a—ae q—tis* отъ представительства состоитъ въ томъ, что лице, совершающее сдѣлку, обзывается изъ нея прежде всего и главнымъ образомъ само и эта обязанность не есть нѣчто временное <sup>47)</sup>, переходящее потомъ на принципала; она остается на контрагентѣ навсегда. Обязанность принципала возникаетъ рядомъ съ ней и не исключаетъ ея <sup>48)</sup>; можно сказать, что обязанность принципала есть производная, возникшая изъ и на основаніи обязанности контрагента, ибо и *actio* для ея осуществленія *ex persona magistri in exercitorem dabitur* <sup>49)</sup>. Обѣ эти обязанности направлены большею частію *in solidum* и исполненіе одной вполнѣ или отчасти прекращаетъ другую <sup>50)</sup>. Представительство напротивъ предполагаетъ единую обязанность, возникающую непосредственно въ лицѣ принципала, не касаясь правовой сферы представителя.

Далѣе самое основаніе различныхъ *a—nes ad—ae q—tis* указываетъ на отличіе ихъ отъ представительства. Представительство предполагаетъ со стороны представляемаго порученіе на веденіе дѣла и полномочіе дѣйствовать на его имя, со стороны представителя—соверше-

<sup>46)</sup> *Zimmermann* stellv. *Negotiorum Gestio* p. 105 fg. *Нерсесовъ*. Понятіе добров. представит. p. 129, хотя безъ мотивовъ.

<sup>47)</sup> Противъ этого приводятъ Fr. 20. D. 14. 3; но ср. Fr. 7 § 11 D. 14. 6 и Fr. 13 p. D. 33. 7 и *Buchka* ib. p. 45.

<sup>48)</sup> *Drechsler* p. 97.

<sup>49)</sup> Ср. Fr. 5 § 3. D. 14. 3. *Sed et si mensae habuit quis servum praepositum, nomine ejus tenebitur.*

<sup>50)</sup> Fr. 1 § 17. D. 14. 1; Fr. 5 § 1. h. t.; Fr. 44. D. 15. 1; Fr. 1 § 24 h. t.: *haec actio (exercitoria) ex persona magistri in exercitorem dabitur; et ideo si cum alterutro eorum actum est, cum altero agi non potest, sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso jure minuitur obligatio.* Ср. еще Fr. 1 p. D. 15. 3; Fr. 1. p. D. 15. 4.

ніе юридическаго дѣйствія именно вмѣсто другаго и на его имя; между тѣмъ различныя *actiones ad—ae q—tis* не имѣютъ то того, то другаго изъ названныхъ признаковъ. Такъ при *actiones de peculio et tributoria* едва-ли можно признать наличность порученія—*mandatum*; по естественному взгляду на вещи подвластный, управляя *peculium*’омъ, ведетъ свое собственное дѣло <sup>51)</sup>; властелинъ не уполномочиваетъ подвластнаго и онъ не совершаетъ сдѣлки на имя перваго <sup>52)</sup>. Основаніемъ *actio de in rem verso* служитъ также не представительство, а обогащеніе домовладыки изъ собственной сдѣлки подвластнаго; искъ этотъ не предполагаетъ не только дѣйствій на имя принципала, но и вообще *animum negotia domini gerendi*. При *actio quod jussu* основаніемъ иска служитъ воля властелина, давашаго приказаніе, порученіе и т. п. подвластному; такъ что, по выраженію источниковъ, договоръ совершается какъ бы самимъ властелиномъ <sup>53)</sup>. Но такъ какъ подвластный при этомъ становится всегакъ обязаннымъ и домовладыка не есть единственный дебиторъ, то очевидно контрактъ подвластнаго не можетъ считаться собственнымъ контрактомъ властелина т. е. здѣсь нѣтъ необходимыхъ предположеній представительства: дѣйствія на чужое имя и возникновенія послѣдствій этого дѣйствія непосредственно и исключительно въ лицѣ домовладыки <sup>54)</sup>. Болѣе интересенъ и труденъ вопросъ объ отношеніи къ представительству двухъ остальныхъ *actiones ad—ae q—tis*: *actiones exercitoria et institoria*. Вопросъ усложняется здѣсь тѣмъ, что *exercitor*’омъ и *institor*’омъ можетъ быть не только подвластный, но и независимые отъ другихъ лица. Ученые раздѣлились здѣсь на три лагеря. Одни <sup>55)</sup> признаютъ наличность представительства, какъ и вообще признаютъ таковое при всѣхъ *actiones ad—ae q—tis*. Другіе <sup>56)</sup> отрицаютъ его совершенно. Третьи <sup>57)</sup> дер-

<sup>51)</sup> *Brinz* p. 10.

<sup>52)</sup> *Zimmermann* p. 33.

<sup>53)</sup> Fr. 1 D. 15. 4; § 1, 2. J. 4. 7; *Gaj* IV. 70.... quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive, quam filii servive fidem sequitur.

<sup>54)</sup> *Drechsler* p. 97.

<sup>55)</sup> *Savigny*, *Buchka*. Также *Муромцевъ* ib. p. 671.

<sup>56)</sup> См. выше прим. 45.

<sup>57)</sup> *Zimmermann* ib. p. 105 fg.

жятся средняго мнѣнія, признавая здѣсь не прямое т. е. дѣйствительное представительство, а посредственное или неполное.—Основаніемъ этихъ исковъ подобно предыдущему служить *jussus* т. е. такъ или иначе обнаруженная воля принципала, направляющая другое лице къ опредѣленнымъ юридическимъ дѣйствіямъ. Поэтому и здѣсь, какъ тамъ (при *actio quod jussu*), можно было-бы думать, что посредникъ можетъ дѣйствовать, какъ представитель, и точно также, какъ тамъ, слѣдовало-бы сказать, что въ дѣйствительности и здѣсь представительства нѣтъ, потому-что нѣтъ дѣйствія на чужое имя съ прямыми послѣдствіями исключительно для принципала. Но вотъ вопросъ о томъ, есть-ли здѣсь дѣйствіе на чужое имя и подвергается спору. Одни наличность этого реквизита отрицаютъ <sup>58)</sup>, другіе напротивъ признаютъ <sup>59)</sup> и на основаніи этого видятъ въ данномъ правовомъ явленіи представительство, хотя и неполное <sup>60)</sup>. Выразителемъ послѣдняго мнѣнія является *Zimmermann*, который опираетъ свои заключенія на слѣдующія мѣста источниковъ: *Fr. 1 § 9. D. 14. 1.*

*Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio. Et ait, si hac lege acceperit quasi in navem impensurus mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse; quam distinctionem Pedius probat.*

*Fr. 7. h. t:*

*Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit; is pecuniam mutuatus cavit se in refectioem navis eam accepisse: quaesitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refectioem navis esse consumptam. Respondit creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet; etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse*

<sup>58)</sup> Напр. *Mandry* ib. p. 601 *Hellmann* p. 80 fg.

<sup>59)</sup> *Zimmermann* p. 105 fg. Ср. *Windscheid*. Pandecten. II § 482. p. 751 fg.

<sup>60)</sup> *Нерсесовъ* p. 129, хотя и по другимъ основаніямъ.

reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogatam esse), ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus, quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit necessariam refectioni pecuniam esse, quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen major pecunia credita fuerit, quam ad eum rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari.

Въ первомъ и особенно во второмъ мѣстѣ *Zimmermann* видитъ (въ подчеркнутыхъ имъ словахъ) дѣйствіе на имя судохозяина—принципала. Тоже самое требованіе и при томъ какъ абсолютный реквизи- зитъ находится, по мнѣнію автора, еще въ Fr. 2. h. t.

Eadem fere dicenda ait et si de institoria actione quaeratur: *nam tunc quoque creditorem scire debere necessariam esse mercis comparationem, cui emendae servus sit praepositus, et sufficere, si in hoc crediderit, non etiam illud exigendum, ut ipse curam suscipiat in hanc rem pecuniae erogandae.*

Но такъ какъ при этомъ контрактъ совершается очевидно и на имя посредника; то *Zimmermann* признаетъ здѣсь дѣйствіе на свое и вмѣстѣ на чужое имя или представительство неполное <sup>61)</sup>. Actiones exercitoria и institoria такимъ образомъ не представляютъ дѣйстви- тельнаго (или полнаго) представительства, но вмѣстѣ съ тѣмъ не могутъ быть исключены изъ ряда институтовъ, относящихся къ предста- вительству (Stellvertretungsinstitute) <sup>62)</sup>.

Изъ приведенныхъ мѣстъ источниковъ однако вовсе не вытекаетъ необходимости при a—nes ad—ae q—tis дѣйствій на чужое имя. Здѣсь говорится только о знаніи, что деньги занимаются на то дѣло, къ которому приставленъ magister,—юристъ требуетъ знанія объ объектив- номъ направленіи взятыхъ суммъ на опредѣленную цѣль (scire in hoc se credere) <sup>63)</sup>. О знаніи личности или о направленіи послѣдствій сдѣл-

<sup>61)</sup> p. 112.

<sup>62)</sup> *Mandry* p. 593 fg. особенно p. 603—604.

<sup>63)</sup> *Hellmann* p. 87.

ки на лице ехерситор'а здѣсь не говорится. Поэтому должно сказать, что здѣсь нѣтъ представительства ни полнаго, ни неполнаго и что вообще *a—nes ad—ae q—tis* не заключаютъ въ себѣ представительной <sup>64)</sup> идеи <sup>65)</sup>. Преторскій эдиктъ только превратилъ обязательство одного лица въ обязательство двухъ лицъ, изъ простаго обязательства сдѣлалъ корреляльное <sup>66)</sup>, поставивъ рядомъ съ старымъ должникомъ другаго, новаго. *Actiones ad—ae q—tis* и представительство суть различныя правовыя явленія, хотя между ними существуетъ нѣкоторое наружное сходство. Такъ на практикѣ взысканіе по обязательству, конечно, всегда направлялось на принципала и такимъ образомъ посредствомъ *a—nes ad—ae q—tis* достигалась также цѣль, какъ и при представительствѣ. По конечнымъ результатамъ эти правовыя явленія могли быть сходны; но это не указываетъ на ихъ тождественность или родственность. Скорѣе слѣдуетъ сказать, что *a—nes ad—ae q—tis* замѣнили <sup>67)</sup> собой представительство и признаніе ихъ въ правовомъ оборотѣ было одной изъ причинъ, тормозившихъ появленіе послѣдняго. Въ этомъ отношеніи особенно должно упомянуть *a—nes ехерситория* и *institoria*, которыя, получивъ распространеніе на свободныя лица, тѣмъ болѣе могли служить средствомъ, устранявшимъ необходимость (прямаго, свободнаго) представительства. Это средство не было создано искусственно именно съ цѣлію избѣжать признанія представительства. Вызванное въ первомъ своемъ появленіи требованіями *aequitatis*, оно было поддержано нараставшей потребностью въ юрид. посредничествѣ. Преторская *aequitas* не могла разрушить исконнаго принципа о невозможности юридической замѣны и удовлетворила практической

<sup>64)</sup> Неполное представительство здѣсь очевидно нѣчто другое, чѣмъ посредственное представительство. Ср. *Zimmermann* р. 27 съ 116.

<sup>65)</sup> *Hellmann* р. 84 fg., который опирается еще на Fr. 16 D. 14 3. и Fr. 13 § 2. D. 14. 3.

<sup>66)</sup> *Windscheid* Pand. II. § 482 р 749. *Mandry* II р. 282—306. *Baron*. Pandecten. § 221 р. 345 Того-же мнѣнія *Hellmann* р. 81. Данное отношеніе можно объяснить и при помощи *Stamm-und Zweigobligation Kuntze*. *Obligation* р. 295—301.

<sup>67)</sup> *Нерсесовъ* р. 119 говорить тоже, но съ другой стороны признаетъ, что *a—nes ad—ae q—tis* составляютъ моментъ въ развитіи идеи представительства.

потребности средствомъ, бывшимъ подъ руками. *Actiones ad—ae q—tis* появились такимъ образомъ въ правовомъ оборотѣ тогда, когда о представительствѣ не было еще и помину и тормозили въ послѣдствіи появленіе этого послѣдняго.

Противъ послѣдняго положенія высказался *Hellmann* <sup>68)</sup>. Онъ думаетъ, что между разбираемыми правовыми явлениями нѣтъ такой исторической послѣдовательности. Предшествующіе ученые <sup>69)</sup> въ существованіи *a—nes ad—ae q—tis* въ правѣ Юстиніана <sup>70)</sup> видѣли доказательство того, что представительство не допускалось въ римскомъ правѣ до самаго послѣдняго времени. Напротивъ *Hellmann* признаетъ, что представительство признавалось въ Римѣ издавна и что *a—nes ad—ae q—tis* появились въ послѣдствіи. Существованіе ихъ рядомъ съ представительствомъ указываетъ, по мнѣнію автора, на тонкое пониманіе практическихъ потребностей римскими юристами, которые рядомъ съ возможностью дѣйствовать черезъ представителя выработали еще новую возможность обязываться посредствомъ другаго. — Детальный разборъ мнѣнія *Hellmann'a* о полномъ признаніи представительства въ римскомъ правѣ будетъ сдѣланъ ниже. Что-же касается его мнѣнія объ отношеніи представительства къ *a—nes ad—ae q—tis*, то оно, съ нашей точки зрѣнія, страдаетъ неестественностію. Если-бы представительство было признано, то римскіе юристы или вовсе не выработали-бы или выработали-бы въ гораздо меньшемъ объемѣ институтъ *a—nes ad—ae q—tis*; такъ какъ совмѣстное существованіе этихъ двухъ институтовъ въ ихъ настоящемъ объемѣ было-бы излишествомъ ни къ чему ненужнымъ, ничѣмъ неоправдываемымъ, и сомнительно, чтобы Римляне, столь скупые на нововведенія, столь крѣпко державшіеся *status quo*, стали вводить новый институтъ, который въ большей части своего содержанія <sup>71)</sup> былъ ненуженъ при существованіи представительства. Это-ли то тонкое чутье въ пониманіи практическихъ потребностей, за которое справедливо превозносятъ римскихъ юристовъ?! Не думаю. — *Hellmann* справедливо говоритъ, что *a—nes ad—ae*

<sup>68)</sup> p. 80 fg.

<sup>69)</sup> Напр. *Ruhstrat Ueber Savigny's Lehre* p. 13, 14, 29.

<sup>70)</sup> Tit. J. 4. 7.

<sup>71)</sup> Тамъ, гдѣ представительство никогда не допускалось, напр. при *stipulatio*, тамъ и *a—nes ad—ae q—tis* могли имѣть значеніе.

q—tis не заключаютъ въ себѣ представительной идеи; но съ другой стороны гораздо естественнѣе и согласнѣе съ источниками отнести (въ противоположность автору) появленіе ихъ ко времени болѣе раннему, чѣмъ появленіе представительства. Сообразно съ этимъ гораздо правильнѣе будетъ опредѣлить и отношеніе этихъ двухъ правовыхъ явленій, какъ взаимно другъ друга исключającychъ, а не дополняющихъ.

**§ 2. Такъ называемое посредственное представительство въ римскомъ гражданскомъ правѣ (procuratores).**

Пользуясь всесторонне въ области праваго оборота силами своихъ подвластныхъ, владыка сначала могъ этими средствами удовлетворить своимъ потребностямъ и не прибѣгать къ услугамъ свободнымъ, постороннихъ лицъ. Не было у него подвластныхъ, онъ могъ купить раба, приобрѣсть такъ или иначе владѣніе надъ нимъ, и онъ былъ гарантированъ отъ необходимости прибѣгать къ помощи свободныхъ. Но при усложнившемся оборотѣ исключительное пользованіе услугами подвластнаго не могло уже всегда и вездѣ удовлетворить потребности въ юридическомъ посредничествѣ. И хотя приобрѣтеніе черезъ рабовъ было въ теченіе всей послѣдующей исторіи Рима главнымъ средствомъ удовлетворенія практическихъ нуждъ и даже Юстиніанъ принималъ еще мѣры къ упроченію и развитію этого посредничества <sup>1)</sup>; однако водоворотъ жизни не могъ уже этимъ испол-

---

<sup>1)</sup> Употребленіе раба, гдѣ оно было возможно, предпочиталось употребленію свободныхъ лицъ, именно вслѣдствіе того обстоятельства, что по старому праву можно было приобрѣтать непосредственно черезъ рабовъ, но не черезъ третьихъ свободныхъ лицъ. Обходнымъ путемъ (не прямо) можно было достигнуть того же результата, но прямая дорога имѣла выгоду простоты и большей вѣрности. Перенесеніе прибрѣтеннаго права третьимъ лицомъ требовало акта воли этого лица, могло быть слѣдовательно затруднительно или даже неисполнимо, прибрѣтеніе черезъ раба происходило само собой; тамъ посредствующее лице имѣло право полного распоряженія надъ прибрѣтеннымъ правомъ, здѣсь—нѣтъ. (*Jhering Geist*. II Abth. 1. p. 232—233).—Юстиніанъ (Fr. 14. C. 8. 38), замѣтивъ, что дѣйствительность актовъ, совершенныхъ черезъ рабовъ нерѣдко колеблется вслѣдствіе споровъ о принадлежности раба тому, для кого совершенъ актъ, ради удобства оборота злиретилъ подобнаго рода споры. Ср. *Buchka* ib. p. 119—120.

ниться. Жизнь вызвала на сцену посредничество и свободныхъ лицъ. — Уже и раньше мы видѣли, что въ области торговли и промышленности стали пользоваться для посредничества услугами постороннихъ лицъ, назначая ихъ *exercitor'ами* или *institor'ами*. Въ то же время, если не раньше, стали прибѣгать къ услугамъ свободныхъ лицъ и въ другихъ дѣлахъ. Нужда въ нихъ могла встрѣтиться и для домовладыки, имѣющаго подвластныхъ. Такъ напр. уѣзжающій изъ Рима нерѣдко не могъ поручить наблюденія за своими дѣлами не только рабу, но даже и сыну и предпочиталъ ввѣрить судьбу своего благосостоянія въ надежныя руки своего друга <sup>2)</sup>. Здѣсь-то и появляются въ первый разъ тѣ свободные посредники, которые впоследствии получили общее названіе *procuratores*. Еще во времена Плавта не было обычая пользоваться услугами такихъ лицъ, какъ справедливо заключаетъ *Pernice* <sup>3)</sup> изъ *argumentum a silentio* въ *Trinummus* и *Mostellaria* Плавта. Напротивъ во время Цицерона стало общимъ правиломъ оставлять на время отлучки изъ Рима повѣреннаго свободного. Это ясно изъ словъ оратора въ рѣчи *pro Caecina*. § 57.

*de liberis autem quisquis est, procuratoris nomine appelletur; non quo omnes sint aut appellentur procuratores, qui negotii nostri aliquid gerunt, sed in hac re cognita sententia interdicti, verba subtiliter exquiri omnia noluerunt. Non enim alia causa est aequitatis in uno servo et in pluribus; non alia ratio juris in hoc genere dumtaxat, utrum me tuus procurator dejecerit, is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum ejus, qui in Italia non sit absitve reipublicae causa, quasi quidam paene dominus hoc est alieni juris vicarius ...*

или изъ рѣчи *pro Quinctio* § 60:

*non est is Quinctius, nisi si latitant, qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur* <sup>4)</sup>.

<sup>2)</sup> *Pernice*. M. A. Labeo Band. I. p. 489.

<sup>3)</sup> *Pernice* *ib.*

<sup>4)</sup> *Pernice* *ib.* p. 490 приводитъ еще нѣсколько свидѣтельствъ: *Pauli Diaconi* p. 57; *Ps. Asconii* in diu. 11. p. 104. *Scaevolae* Fr. 60 § 4 D. 17. 1. и др.



Впослѣдствіи стали назначать прокуратора и не только на случай отсутствія; напротивъ это стало общимъ явленіемъ у всѣхъ сколько нибудь богатыхъ и значительныхъ Римлянъ, которые или не хотѣли или считали унизительнымъ для себя вести свои имущественныя дѣла. Съ расширеніемъ этого явленія оно потеряло свою первоначальную, такъ сказать, моральную окраску, оправдывавшую его въ глазахъ Римлянъ, проникнутыхъ представленіями о самобытности свободнаго и неподвластнаго человѣка. Procurator'ами стали назначаться б. частію вольноотпущенные <sup>5)</sup>.—Такъ приблизительно во вторую половину республиканскаго періода произошли procuratores, игравшіе впослѣдствіи громадную роль въ частной жизни Римлянъ.

Какъ первоначально опредѣлилось въ правосознаніи Римлянъ отношеніе прокуратора къ dominus'у, вопросъ неполнѣ выясненный. Нѣкоторые <sup>6)</sup> думаютъ, что отношеніе это подводилось сначала подъ понятіе negotiorum gestio и только потомъ (быть можетъ при Лабео-нѣ, быть можетъ только при Юліанѣ) оно было опредѣлено, какъ mandatatum. Несомнѣнно, что уже Лабео-нъ связывалъ procuratio и mandatatum <sup>7)</sup>, но съ другой стороны слѣдуетъ принять во вниманіе, что самъ институтъ mandatatum во время возникновенія прокуратуры не былъ выработанъ окончательно, а напротивъ постепенно развивался. Только впослѣдствіи мандатъ и прокуратура были окончательно слиты, такъ что всякій прокураторъ сталъ называться мандатаромъ <sup>8)</sup>. Цицеронъ въ рѣчи pro Caec. § 57, 58 говоритъ, что не всѣ тѣ называются прокураторами, которые ведутъ nostrum negotium. Даже юристъ Помпоній (138—161 по Р. X.) сомнѣвался, можно-ли считать прокураторомъ получившаго порученіе для одного какого нибудь дѣла (спеціаль-

<sup>5)</sup> Pernice p. 492.

<sup>6)</sup> Pernice p. 492—495; Wlassak. Zur Geschichte der negotiorum Gestio p. 42 fg. Pernice опирается на Cicero. top. 42, 66 p.; Gajus IV 84; Fr. 6 § 1 D. 17. 1 и др. Wlassak главнымъ образомъ на Fr. 3. D. 27. 3. Противъ нихъ ср. Schlossmann ib. p. 101.

<sup>7)</sup> Fr. 10 § 8. D. 17. 1. Si mandavero procuratori meo.... cessaret, inquit Labeo, in usuris actio mandati.

<sup>8)</sup> Pernice ib. p. 495. Molitor. Obligations p. 376. проф. Муромцевъ p. 316. проф. Митюковъ Курсъ римск. права p. 261 пр.

ный мандатъ), и только ко времени юриста Ульпиана (начало 3-го столѣтія) это стало несомнѣннымъ, какъ видно изъ Fr. 1. D. 3. 3.

Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. § 1. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest.... quamvis quidam, ut Pomponius libro vicesimo quarto scribit, non putent, unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse.... *sed verius est, eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus sit.*

Въ половинѣ классическаго періода слѣдовательно окончательно сложился институтъ прокуратуры въ томъ видѣ, какъ онъ существовалъ во все послѣдующее время.

Противъ приведенныхъ положеній выступилъ проф. *Schlossmann* <sup>9)</sup>. Преслѣдуя свои особыя цѣли и особое пониманіе procurator'a, авторъ вооружается во 1-хъ противъ того, что отсутствіе dominus'a было поводомъ назначенія прокуратора. Классическое мѣсто изъ Цицерона (приведенное выше <sup>10)</sup>), служащее основой оспариваемаго положенія, онъ устраняетъ съ чисто схоластическою уверткой, говоря, что Цицерону для цѣлей защиты (*oratio pro Caecina*) было выгодно нѣсколько расширить понятіе прокуратора, и онъ дѣйствительно сдѣлалъ въ данномъ мѣстѣ преувеличеніе, приведшее его къ невѣрному опредѣленію этого посредника. Преувеличеніе авторъ видитъ даже въ словахъ: *qui in Italia non sit* (почему только отсутствіе изъ Италіи?) *absitve rei publicae causa* (развѣ только отсутствіе *rei publicae causa*?), стараясь отгнать его сравненіемъ этого мѣста съ другими свидѣтельствами, гдѣ подчеркнутыхъ словъ нѣтъ:

напр. въ *lex Iulia municipalis* c. 1: *sei is, quom eum profiteri oportebit, Romae (а не in Italia!) non erit, tum quei ejus negotia curabit, profitemino*

или въ сочиненіи того-же Цицерона *ad Atticum* etc.—Но никто, вѣроятно даже самъ Цицеронъ не думалъ утверждать, что procurator назначался только на случай отсутствія изъ Италіи и только отсутствующимъ *rei publicae causa*. Въ позднѣйшее время этотъ реквизитъ—

<sup>9)</sup> *ib.* p. 83. fg.

<sup>10)</sup> Свидѣтельства *Pauli Diaconi* и *Asconii* онъ относитъ къ судебной прокуратурѣ.

отсутствіе *dominus'a*—вообще отпалъ, и въ пандектахъ можно найти только воспоминаніе о немъ. Мѣста, указываемыя авторомъ для подтвержденія его мнѣнія <sup>11)</sup>, имѣютъ именно этотъ смыслъ и не ставятъ отсутствія господина необходимымъ моментомъ для понятія прокуратора. Поэтому-то и въ Fr. 1. D. 3. 3. <sup>12)</sup> ничего не упоминается объ *absentia*; поэтому и мѣсто Pauli R. S. V. 2. 2; Fr. 1 § 21 D. 41. 2; Fr. 56 § 4 D. 21. 2, гдѣ упоминается о *procurator'ѣ* въ *присутствіи* принципала, не противорѣчатъ выставленнымъ выше положеніямъ. *Absentia domini* была только первоначальнымъ поводомъ возникновенія, а не необходимымъ реквизитомъ для понятія прокуратора.

Далѣе проф. *Schlossmann* вооружается противъ опредѣленія прокуратора какъ мандатара (*omnium bonorum* или *unius rei*). Самъ онъ стремится доказать, что *procurator* есть всегда *procurator omnium bonorum* и что онъ вообще не можетъ быть названъ мандатаромъ, такъ какъ назначеніе его производитъ большею частію не юридическія, а фактическія отношенія между нимъ и принципаломъ <sup>13)</sup>. Авторъ говоритъ, что извѣстное опредѣленіе прокуратора юристомъ Ульпіаномъ въ Fr. 1 p. D. 3. 3.

*Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat.*

поставленное въ началѣ титула *de procuratoribus et defensoribus* (3. 3), вносятъ въ искомое понятіе болѣе темноты, чѣмъ свѣта. Задавшись предвзятою мыслию, что *procurator* есть всегда *procurator omnium bonorum*, несвязанный съ принципаломъ вообще никакими юридическими связями, авторъ старается все подвести къ этому знаменателю; гдѣ-же это очевидно невозможно,—заявить хотя сомнѣніе въ истинности противоположныхъ взглядовъ. Противъ опредѣленія Ульпіана онъ приводитъ прежде всего то, что вопросъ о *procurator'ѣ unius rei* былъ споренъ, что еще Помпоній сомнѣвался, признать ли такового, и что Цицеронъ <sup>14)</sup> не называетъ прокураторомъ получившаго единич-

11) Fr. 6 § 5 D. 2. 13; Fr. 8, 67 D. 3. 3; Fr. 8. D. 4. 1; Fr. 15, 21 § 2; Fr. 39. D. 4. 6; Fr. 32 § 18 D. 4. 8; Fr. 5 § 10 D. 14. 3. и др.

12) Приведенъ выше въ текстѣ.

13) p. 104.

14) Въ приведенномъ выше мѣстѣ изъ *oratio pro Caecina*.

ное порученіе. Но то и другое объясняется исторіей института. Первоначально *procurator* былъ только *procurator omnium bonorum* (что было естественно, если взять во вниманіе первоначальный поводъ его установленія—*absentia domini*) и только впоследствии былъ признанъ *procurator unius rei*.—Изъ множества мѣстъ, трактующихъ о прокураторѣ, говоритъ авторъ, нѣтъ ни одного, въ которомъ-бы несомнѣнно говорилось о специальномъ мандатѣ прокуратору. Правда, что выраженіе—*procurator unius rei*—встрѣчается рѣдко въ источникахъ; но по существу дѣла такого прокуратора можно найти во многихъ мѣстахъ. Напр. Fr. 19. D. 14. 3; Fr. 11 §§ 6, 7. D. 13. 7; Fr. 10. C. 2. 13. Самъ авторъ приводитъ нѣсколько фрагментовъ, которые, онъ говоритъ, могутъ навести на сомнѣніе въ справедливости его теоріи; и хотя онъ старается это сомнѣніе устранить, но этого сдѣлать ему не удается. Таковъ Fr. 17. D. 40. 12:

In servo et in eo, qui *mandato* nostro emit, tale est, ut si certum hominem mandavero emi, sciens liberum esse, licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit, et non competit ei actio. Contra autem si ego ignoravi, *procurator* scit, non est mihi deneganda.

Не ясно-ли, что здѣсь дается специальное порученіе:—купить извѣстнаго человѣка? *Schlossmann* говоритъ, что такой выводъ устраняется выраженіемъ—*procurator*, стоящимъ въ концѣ, такъ какъ прокураторъ фактически всегда бываетъ *procurator omnium bonorum*, хотя онъ и можетъ получить специальное полномочіе. Но, вѣдь, это еще надо доказать, и можетъ быть не удастся доказать. Смотри на дѣло безъ предвзятой мысли, никто не скажетъ, что въ данномъ фрагментѣ говорится о прокураторѣ *omnium bonorum*. Далѣе въ Fr. 12 § 7. D. 17. 1 прямо сказано:

Contrario iudicio experiuntur, qui mandatum susceperunt, ut puta qui *rerum vel rei unius procurationem susceperunt*.

Почему авторъ <sup>15)</sup> считаетъ этотъ фрагментъ ничего недоказывающимъ, это для меня непонятно.—Вотъ уже два мѣста, гдѣ говорится какъ разъ противоположное тому, что утверждаетъ *Schlossmann*; но ихъ не два, а много. См. еще Fr. 6. D. 14. 6; Fr. 3. C. 7. 1 и др.

<sup>15)</sup> p. 98 anm. 2.

Нѣтъ также основанія думать, что Ульпіанъ въ Fr. 1. cit. хочетъ выразить слѣдующее: *procurator* есть вообще *procurator omnium bonorum*, но этимъ названіемъ можетъ быть обозначенъ и спеціальный мандатаръ; напротивъ Ульпіанъ говоритъ: прокураторъ означаетъ *постоянно* мандатара безъ всякаго отношенія къ объему мандата. Последнее, по мнѣнію *Schlossmann'a*, невѣрно; но доказательство такого утвержденія должно быть будетъ впереди, потому—что изъ упомянутыхъ выше доводовъ это не вытекаетъ.—Замѣчательно еще слѣдующее мѣсто, приводимое авторомъ въ подтвержденіе его мнѣнія. *Pauli R. S. I tit. 3 § 2.*

*Procurator aut ad litem aut ad omne negotium aut ad partem negotii, aut ad res administrandas datur.*

*Procurator ad litem* къ данному вопросу не относится. Онъ, говоритъ *Schlossmann*, — спеціальный мандатаръ; но всѣ другіе здѣсь упомянутые мандатары—не спеціальныя, а скорѣе имѣютъ порученіе, неопредѣленное: заранѣе никакимъ кругомъ дѣла. Въ подтвержденіе этого онъ признаетъ, что *negotium* здѣсь употреблено не въ смыслѣ отдѣльнаго акта, дѣла, а въ смыслѣ совокупности имущественныхъ обстоятельствъ лица. Такимъ образомъ, включаетъ авторъ, въ словахъ Павла говорится только о генеральномъ мандатарѣ, и пусть при этомъ не впадутъ въ ошибку, признавши въ словахъ: *ad res administrandas etc.* указаніе на противоположность между генеральнымъ и спеціальнымъ мандатомъ; ошибочность этого авторъ доказываетъ ниже, говоря о характерѣ прокуратора вообще.— По нашему мнѣнію смыслъ приведеннаго фрагмента будетъ яснѣе, если смотрѣть на него проще. Онъ подтверждаетъ противоположное *Schlossmann'у* мнѣніе, различая мандатара спеціальнаго (*ad omne negotium, ad partem negotii*) отъ генеральнаго (*ad res administrandas*). То, что говоритъ авторъ по поводу смысла *negotium*, несмотря на приведенныя имъ доказательства (р. 100 Анн. 2), кажется мнѣ неубѣдительнымъ. Во 1-хъ противорѣчія въ самомъ фрагментѣ, какъ думаетъ онъ, не будетъ, если признать здѣсь и спеціальный мандатъ; такъ какъ возможно дать порученіе не только относительно всего акта, но и относительно части его, напр. оферта или акцепта <sup>16)</sup>; поэтому между

<sup>16)</sup> *Zimmermann* ib. p. 45.

mandatum ad negotium и ad partem negotii нѣтъ противоположенія. Во 2-хъ хотя и приведены *Schlossmann'*омъ мѣста, гдѣ negotium имѣеть значеніе не единичнаго дѣла, а цѣлаго ряда дѣлъ, но и самъ *Schlossmann* не рѣшился утверждать, что negotium имѣеть такой смыслъ вездѣ и всегда. Если negotium было имя собирательное, то что-же тогда обозначало множественное число отъ него: negotia?! Напр. въ Fr. 1. D. 3. 3; Fr. 33. D. 3. 3.

Наконецъ *Schlossmann* переходитъ къ изложенію своей главной мысли, своего излюбленнаго положенія, составляющаго центръ его прекрасно обработанной книги. Procurator, говоритъ онъ, помимо нѣкоторыхъ побочныхъ значеній (procurator unius rei, ad litem) есть вообще фактическій прокураторъ omnium bonorum<sup>17)</sup>. Онъ стоялъ къ своему принципалу не во временныхъ, а въ постоянныхъ отношеніяхъ, на что указываютъ уже выраженія: meus, tuus<sup>18)</sup> etc. procurator и сопоставленіе его съ титоромъ и кураторомъ. И такой прокураторъ былъ обычнымъ явленіемъ во всякомъ сколько нибудь значительномъ домѣ Римлянина, отчасти считавшаго несогласнымъ съ своимъ достоинствомъ<sup>19)</sup>, отчасти лѣнившагося или немогшаго вести свои имущественныя дѣла<sup>20)</sup>. Прокураторъ былъ фактотумъ своего принципала; ему тотъ давалъ всевозможныя порученія<sup>21)</sup> (спеціальныя), и онъ ихъ исполнялъ; къ нему тотъ отсылалъ всѣхъ лицъ, съ которыми не могъ или не хотѣлъ вести дѣло, ко нему отсылалъ должниковъ, принесшихъ уплату, ему позволялъ передать вещь, назначенную самому принципалу. И публика, которая знала, кто чей прокураторъ, обращалась обыкновенно къ послѣднему въ своихъ дѣлахъ съ принципаломъ;

<sup>17)</sup> p. 103, 104.

<sup>18)</sup> См. ниже приведенныя въ текстѣ мѣста.

<sup>19)</sup> Procuratores въ позднѣйшее время избирались большею частію изъ болѣе низшаго сословія, главнымъ образомъ изъ вольноотпущенниковъ. *Pernice* p. 492. *Schlossmann*. p. 104.

<sup>20)</sup> Мало по малу прокуратура получила такое распространеніе, что своихъ прокураторовъ имѣли даже подвластные дѣти и рабы для своихъ peculium'овъ. Fr. 33. D. 3. 3. Fr. 7 § 2 D. 41. 4.

<sup>21)</sup> Въ примѣръ которыхъ приводится: Fr. 11. § 7. D. 13. 7; Fr. 30 § 1 D. 16. 1. etc.

принципала и найти было нѣрѣдко трудно, между тѣмъ какъ прокураторъ былъ подъ руками. Прокураторъ былъ для принципала alter ego въ его имущественныхъ обстоятельствахъ <sup>23)</sup>. Это было бытовое явленіе, не созданное правомъ, но выросшее помимо закона и права на основаніи чисто соціальныхъ, хозяйственныхъ воззрѣній и потребностей римской жизни. Право конечно касалось этого явленія, но всетаки прокураторъ, какъ таковой, не былъ ни мандатаромъ, не negotiorum gestor'омъ, ни вообще уполномоченнымъ въ смыслѣ юридическомъ; онъ стоялъ въ своему принципалу въ чисто фактическихъ, бытовыхъ отношеніяхъ <sup>23)</sup>; онъ является, какъ прокураторъ, не въ силу полученнаго отъ принципала полномочія на это, но независимо отъ этого въ силу другихъ, фактическихъ обстоятельствъ.—Такъ понимаетъ прокуратора *Schlossmann*.

Что касается бытоваго понятія прокуратора, то здѣсь *Schlossmann*, конечно, правъ; прокураторъ былъ именно тѣмъ и игралъ именно ту роль, которую намѣтили для него авторъ. Но едва-ли можно согласиться съ нимъ въ вопросѣ объ отношеніи права къ этому бытовому явленію; едва-ли можно признать, что вообще прокуратура въ Римѣ была явленіемъ чисто фактическимъ. Она не была создана ни законами, ни творческою дѣятельностію юристовъ, но вообще жизнію; но ни изъ чего не слѣдуетъ, чтобы она была явленіемъ безразличнымъ для права и чтобы это послѣднее не коснулось его своей, все устрояющею рукою. Столь крупное жизненное явленіе могло-ли пройти незамѣченнымъ для права, могло-ли такъ или иначе не отразиться въ правосознаніи Римлянъ? Могли-ли римскіе юристы оставить безъ надлежащаго вниманія прокуратуру, не указавъ для нея въ своихъ юридическихъ расчлененіяхъ такого типа, подъ которой подходила-бы она? Думаю, что нѣтъ. Прокуратура въ Римѣ есть явленіе, порожденное потреб-

---

<sup>23)</sup> Онъ былъ нѣрѣдко болѣе того, онъ былъ другомъ дома (*Marquardt. Privatleben der Römer Friedländer Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms. B. 1. p. 273. Schlossmann p. 107*), воспитателемъ дѣтей принципала (Ср. надгробные надписи у *Orelli-Henzen. 5619, 6007. Schlossmann p. 107*), онъ нѣрѣдко игралъ интимную роль въ жизни женщинъ, своихъ принципалокъ. (*Friedländer ib.*),

<sup>23)</sup> *Schlossmann p. 106*,

ностями быта (какъ и вездѣ); но это не мѣшаетъ ей вмѣстѣ съ тѣмъ быть явленіемъ юридическимъ. *Schlossmann* старается поддержать свои соображенія аналогичными примѣрами изъ современной жизни <sup>24)</sup>, но выбираетъ неудачные случаи. Всего ближе для насъ будетъ сравнить *procurator'a omnium bonorum* съ нашимъ управляющимъ. Всѣ его бытовые реквизиты совершенно сходны съ таковыми-же *procurator'a omnium bonorum* у *Schlossmann'a*. Управляющій нашъ выработался также помимо законовъ и вообще творческой юридической дѣятельности, выработался только практикой, и даже до сихъ поръ остается внѣ опредѣлений закона <sup>25)</sup>. Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы это явленіе нашей жизни было исключительно фактическимъ; оно отразилось въ нашемъ правосознаніи и нашло себѣ тамъ опредѣленный типъ. Его отношеніе къ хозяину и къ публикѣ по поводу дѣлъ хозяина подходятъ подъ типъ договора довѣренности (въ правѣ римскомъ—*mandatum*). Нашъ управляющій есть повѣренный и именно получившій не спеціальное, а общее порученіе. Публика, да нерѣдко и сами стороны этого договора часто не вникаютъ въ юридическую конструцію ихъ отношеній; однако для всѣхъ и каждого бываетъ ясно, что такое-то лице есть повѣренный другаго. Договоръ между сторонами (хозяиномъ и управляющимъ) заключается обыкновенно словесно, третьи же лица увѣдомляются о немъ или особымъ объявленіемъ или постановкой управляющаго во главѣ хозяйства (аналогично *graepositio institoris* римскаго права).—Эти отношенія, по моему мнѣнію, представляютъ полную аналогію <sup>26)</sup> съ римскимъ прокураторомъ *omnium bonorum*, какъ его понимаетъ *Schlossmann*. Вникая въ оба эти явленія, нельзя сказать, чтобы оцѣнка фигурирующихъ въ нихъ лицъ, оцѣнка, сдѣланная авторомъ, была вѣрна. *Procurator* вообще не есть мандатаръ—вотъ главнѣйшее положеніе, которое хочетъ доказать онъ. Но этого доказать нельзя. Да и гдѣ его положительныя доказательства. Если не считать того построенія, которое создалъ авторъ и естественностію кото-

---

<sup>24)</sup> р. 105.

<sup>25)</sup> *Гордонъ*. Представительство въ гражд. правѣ. р. 215.

<sup>26)</sup> Кромѣ отношеній между хозяиномъ и третьими лицами, которыя здѣсь уже опредѣляются правомъ, между тѣмъ какъ тамъ право такихъ отношеній не знало,



раго онъ хотѣлъ подеузить читателя, остается только нѣскольکو вос-  
венныхъ заключеній изъ тѣхъ или другихъ выраженій, употребленныхъ  
въ источникахъ. Такъ авторъ приводитъ Fr. 20 § 2. D. 41. 1.

... eaque Titio et quasi *meo procuratori* tradita sit.

Fr. 34 § 1 D. 41. 2.

Sed si non mihi, sed *procuratori meo* possessionem tradas, vi-  
dendum est, si ego errem, *procurator meus* non erret.

Fr. 41. D. 41. 3.

Si rem subreptam mihi *procurator meus* apprehendit.

Выраженія: *meus, tuus* etc должны доказывать, что *procurator* сто-  
ялъ къ своему хозяину въ постоянныхъ и независящихъ отъ предва-  
верительнаго порученія отношеніяхъ. Подобно этому, говоритъ авторъ,  
можно сказать: мой нотаріусъ—и это будетъ выражать тоже отноше-  
ніе, хотя для всякаго очевидно, что нотаріусъ, которому я даю отдѣль-  
ныя порученія, не стоитъ ко мнѣ въ положеніи постоянного манда-  
тара.—Но если я скажу: мой прокураторъ и мой управляющій, то при-  
мѣръ будетъ тотъ-же, между тѣмъ не думаю, чтобы кто-либо сказалъ,  
что отношеніе мое въ томъ и другомъ случаѣ всегда одинаково; никто  
не пойметъ подъ моимъ управляющимъ какаго-то приживальщика въ  
моемъ домѣ, не стоящаго со мной ни въ какихъ юридическихъ, дого-  
ворныхъ отношеніяхъ и только иногда исполняющаго мои отдѣльныя  
порученія; для всякаго возникнетъ представленіе о моемъ управляю-  
щемъ, какъ моемъ повѣренномъ.

Слѣдующія мѣста:

Fr. 13. D. 41. 1.

Si *procurator meus* rem mihi emerit ex *mandato meo* etc.

Fr. 42. § 1 D. 41. 2.

*Procurator* si quidem *mandante domino* rem emerit....

также должны, по мнѣнію *Schlossmann'a* доказывать, что качество про-  
куратора не зависитъ отъ мандата со стороны принципала. Ибо къ  
чему тогда еще другой мандатъ (о которомъ упоминается въ источни-  
кахъ: *mandato meo, mandante*) мандатару? спрашиваетъ онъ.—Но раз-  
вѣ въ нашей практикѣ не говорятъ: управляющій сдѣлалъ это по мо-  
ему порученію? и развѣ для кого нибудь послѣднія слова будутъ зву-  
чать такъ, будто управляющій вообще не имѣетъ полномочія? Да и  
мѣшаетъ-ли генеральное полномочіе специальному? развѣ я не могу

управляющему, которому я далъ порученіе управлять моимъ имуществомъ, давать послѣ этого спеціальныя порученія въ той-же области?

Опираясь на Fr. 13 § 1 D. 45 1; Fr. 1 § 20 D. 41. 2, гдѣ procurator ставится на одну ступень съ титоромъ, авторъ находитъ еще подтвержденіе своей теоріи. Если ктонибудь становится опекуномъ, то остается имъ, хотя-бы даже и не упражнялъ опекунскихъ функцій (tutor honorarius), точно также можно быть прокураторомъ безъ отношенія къ тому, упражняешь-ли ты или не упражняешь свои функціи.—Но авторъ не потрудился намъ привести ни одного примѣра въ поясненіе своихъ словъ. Сами-же мы такого примѣра не нашли; напротивъ источники, говоря о прокураторѣ, упоминаютъ сейчасъ же о его дѣятельности. Такъ. Fr. 1 p. D. 3. 3. Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Fr. 43 p. D. 3. 3... ad administrandum. Fr. 60 § 4. D. 17 1. <sup>27)</sup>.

Припоминая все сказанное по поводу теоріи Schlossmann'a, приходишь къ заключенію, что она не имѣетъ за себя вѣсскихъ и неопровержимыхъ доказательствъ и потому не можетъ быть принята. Самый важный пунктъ ея—прокураторъ не есть мандатаръ—не только не имѣетъ надлежащаго подтвержденія, но прямо противорѣчитъ источникамъ. Тщетно Schlossmann старается опорочить мысль Ульпіана, выраженную въ Fr. 1 p. D. 3. 3. (см. выше). Что здѣсь Ульпіанъ не обмолвился и не выразился неточно, объ этомъ свидѣлствуетъ и то, что компиляторы пандектовъ поставили фрагментъ во главѣ всего титула de procuratoribus etc, именно какъ содержащій въ себѣ общее понятіе прокуратора.

Но Schlossmann находитъ далѣе еще подтвержденіе своей теоріи, именно въ постановленіяхъ источниковъ о procurator'ѣ omnium bonorum cum libera administratione. Хозяинъ можетъ поручить, говорить онъ, своему прокуратору самостоятельное управленіе своимъ имуществомъ; это и будетъ procurator omnium bonorum cum administratione или

---

<sup>27)</sup> Даже писатель не юристъ, говоря о прокураторѣ, сей часъ-же упоминаетъ о его функціяхъ. Ср. Friedländer I p. 274 слова Marcella (V 61): wer ist das krausgelockte Männchen, der deine Frau nicht von der Seite geht.... Er besorgt die Angelegenheiten deiner Frau? О Thor, deine eigenen Angelegenheiten besorg ter,

cum libera administratione. Такой прокураторъ есть мандатаръ въ противоположность вообще прокуратору omnium bonorum, о которомъ рѣчь была раньше. — Конечно procurator omnium bonorum cum libera administratione есть мандатаръ и между нимъ и вообще прокураторомъ omnium bonorum есть нѣкоторое различіе; но едвали можно видѣть его тамъ, гдѣ хочеть найти *Schlossmann*. Въ источникахъ можно пожалуй отыскать противоположеніе между прокураторомъ omnium bonorum cum administratione и procurator'омъ om. bon. cum libera administratione, но тамъ нѣтъ противоположенія procurator'a om. bon. sine administratione и procurator'a om. bon. cum administratione или cum libera administratione..

Въ доказательство своей мысли авторъ приводитъ слѣдующіе фрагменты: Fr. 63 D. 3. 3.

*Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles, neque servos sine speciali domini mandatu alienare potest, nisi fructus aut alias res, quae facile corrumpi possunt.*

Вопреки *Schlossmann*'у (р. 112) я вижу въ этомъ фрагментѣ подтвержденіе противоположнаго ему мнѣнія. Пояснительныя слова (cui res administrandae mandatae sunt), которыя, по мнѣнію автора, были бы вовсе не нужны, если procurator totorum bonorum вообще былъ procurator cum administratione, поставлены для того, чтобы отгѣнить яснѣе слѣдующій затѣмъ *mandatum speciale*. Procurator totorum bonorum, которому поручено (самостоятельное) управленіе имуществомъ, не можетъ почти ничего отчудить безъ особаго порученія.

Fr. 6 § 6 D. 17. 1.

Apud Iulianum libro XIII Digestorum quaeritur: si dominus jusserit procuratorem suum certum pecuniam sumere.... in creditam pecuniam videtur accepisse; *plane si omnium negotiorum erat ei administratio mandata, mandati quoque tenere* для настоящаго вопроса не приносить ничего, такъ какъ его доказательная сила опирается на прежде выставленное и опровергнутое положеніе, что procurator есть вообще procurator om. bonorum. — Fr. 46 § 7 и Fr. 47 D. 3. 3. <sup>28)</sup> говорятъ не о противоположности меж-

<sup>28)</sup> Fr. 46. § 7 D. 3. 3. Si duobus mandata sit administratio negotio-

ду двумя видами прокураторовъ, но о различнаго рода порученіяхъ; по крайней мѣрѣ во второмъ не говорится, чтобы одинъ изъ прокураторовъ былъ дебиторомъ своего принципала и чтобы искъ къ нему былъ искомъ изъ займа.

Pauli R. S. 3. 2.

Procurator aut ad litem aut ad omne negotium aut ad partem negotii aut ad res administrandas datur.

также не можетъ служить опорой для мнѣнія автора, потому-что procurator ad omne negotium и ad partem negotii есть, какъ уже выше было доказано, procurator съ спеціальнымъ порученіемъ; тогда procurator ad res administrandas будетъ генеральнымъ мандатаромъ. Авторъ думаетъ иначе, но его взглядъ мы старались уже опровергнуть выше. —Остальные, приведенныя имъ мѣста <sup>29)</sup>, по моему мнѣнію, даютъ еще меньше, чѣмъ разобранные.—Противъ автора говорятъ и многіе другіе фрагменты, напр. приведенные уже Fr. 1 p. D. 3. 3. и Fr. 43 p. h. t.—Въ виду этого должно признать, что между прокураторомъ om. bonorum procurator'омъ om. bon. cum administratione нѣтъ различія Нѣкоторые ученые <sup>30)</sup> признаютъ различіе между procurator'омъ om. bon. (cum administratione) и procurator'омъ om. bon. cum libera administratione, утверждая, что въ первомъ случаѣ прокураторъ не можетъ ничего отчудить безъ особаго порученія, а во второмъ напротивъ такого спеціальнаго порученія уже не требовалось. Другими <sup>31)</sup> это отвергается. Изъ источниковъ видно только то, что procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, имѣетъ нѣсколько большую свободу въ распоряженіи имуществомъ принципала <sup>32)</sup>. Но вообще объ этомъ сказано мало и то вскользь.

---

rum, quorum alter debitor sit mandatoris, an alter cum eo recte acturus sit? et utique recte: non enim ob id minus procurator intellegitur, quod is quoque, cum quo agitur, procurator sit. Fr. 47 h. t. Qui duos procuratores omnium rerum suarum reliquit, nisi nominatim praecepit, ut alter ab altero pecuniam petat, non videtur mandatum utrilibet eorum dedisse.

<sup>29)</sup> p. 114—116.

<sup>30)</sup> *Vering* G. und P. p. 505. *Puchta* Pandecten p. 83.

<sup>31)</sup> *Baron* Pandecten. p. 113. *Molitor* Oblig. p. 392.

<sup>32)</sup> Fr. 58 D. 3. 3. Procurator, cui generaliter libera administratio re-

Итакъ и это доказательство *Schlossmann'a* въ пользу его теории не имѣетъ силы. Поэтому я снова утверждаю, что теорія его не доказана и не можетъ быть принята. Истинно то, что говоритъ господствующее ученіе. *Procurator* съ классическаго періода есть мандатарь со специальнымъ или генеральнымъ полномочіемъ.

Теперь предстоитъ разрѣшить вопросъ: представители-ли *procuratores* или нѣтъ? Источники (за немногими исключеніями, о которыхъ будетъ рѣчь въ послѣдней главѣ) говорятъ, что *procurator* или мандатарь, дѣйствуя по порученію принципала, совершаетъ юридическіе акты на свое имя (*suo nomine*), объективно направляя на себя всѣ послѣдствія акта; въ силу этого онъ самъ получаетъ изъ него права и самъ вступаетъ въ обязанности. Субъективное направленіе сделки на принципала можетъ быть извѣстно или неизвѣстно контрагенту, но оно не является моментомъ акта, не оказываетъ на нее никакаго вліянія. Такое отношеніе *procurator'a* къ акту противоположно отношенію къ нему представителя, почему въ римской протуратурѣ нельзя вообще видѣть представительства.

Цѣлый рядъ фрагментовъ подтверждаетъ эти положенія: Fr. 1 § 20. D. 41. 2.

*Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis acquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accomodarent, nobis non possunt acquirere* <sup>83)</sup>.

*rum commissa est; potest exigere, novare, aliud pro alio permutare.* Fr. 59. h. t. Sed et id quoque ei mandari videtur, ut solvat creditoribus.—Замѣчательнъ слѣдующій образецъ довѣренности, находящійся въ источникахъ: Fr. 60 § 4 D. 17. 1. (Scaevola) въ переводѣ *Beck'a* съ греческаго: *Sejo filio suo S. Ego quidem secundum naturam esse existimo pro patre et patris filiis negotiari sine aliqua concessionis inquisitione. Si autem necessitas alicujus talis erit, concedo tibi de omnibus meis ut vis negotiari, sive vendere vis, sive pacisci, sive emere, sive quodcumque operari, ut domino omnium meorum, me omnia firma esse a te facta existimante et non contrarium tibi dicente, ad ullam operationem.* Fr. 60 D. 3. 3. Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam. Fr. 41 § 1 D. 6. 1; Fr. 16 C. 2 13; Fr. 19 C. h. t.; Fr. 28 D. 18. 1. Fr. 3. D. 46. 4.

<sup>83)</sup> *Thering. Jahrbh.* I p. 328.

Здѣсь противопоставляется *procurator* — представитель, о которомъ будетъ рѣчь ниже (въ послѣдней главѣ) и *procurator* въ тѣсномъ смыслѣ или т. наз. посредственный представитель. Послѣдній въ актѣ приобрѣтенія владѣнья выставляетъ, какъ объективно извѣстное, что приобрѣтеніе совершаетъ онъ отъ своего лица, на свое имя и желаетъ самъ стать владѣльцемъ. Его намѣреніе дѣйствовать для принципала, которое онъ долженъ имѣть, какъ *procurator*, — получившій порученіе, не составляетъ момента сдѣлки и потому на нее не вліяетъ; владѣніе возникаетъ въ лицѣ прокуратора.

Этотъ фрагментъ поддерживается и дополняется другими.

Fr. 59. D. 41. 1.

*Res ex mandato meo empta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit.*

Fr. 3 C. 7. 10.

*Felicissima, quam mandante te servos emisse dicis, si dominium servi, quem manumisit, nondum ad te transtulerat, frustra petis, ut denegata libertate ejus, quem manumissum dicis, possessio tibi tradatur.*

Fr. 135. § 2. D. 45. 1.

*Seja cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam.*

Fr. 13 § 2 D. 41. 3.

*Si mandavero tibi, ut fundum emas, ex ea causa traditum tibi diutina possessione capis, quamvis possis videri non pro tuo possidere, cum nihil intersit, quod mandati iudicio tenearis.*

Fr. 7 § 2. D. 41. 4.

*Servus meus Titio mandaverit, ut fundum ei emeret eique manumisso Titius possessionem tradidit etc.*

Ср. Fr. 74 D. 17. 2; Fr. 2. D. 26. 9; Fr. 8. C. 3. 32; Fr. 30 § 4. D. 3. 32; Fr. 12. D. 38. 5; Fr. 3. § 1. D. 20. 4; Fr. 5 p. D. 24. 1; Fr. 8 § 10 D. 17. 1; Fr. 3 § 7 D. 43. 19; Fr. 2. C. 4. 50; Fr. 34 § 7. D. 46. 3. <sup>34)</sup>

<sup>34)</sup> Ср. *Schlossmann* ib.

Во всѣхъ этихъ фрагментахъ мандатаръ—прокураторъ приобрѣтаетъ владѣніе и собственность себѣ, а потомъ передаетъ ихъ своему довѣрителю. Этотъ эффектъ согласенъ какъ съ тѣми намѣреніями, которыя онъ выставляетъ въ сдѣлкѣ, такъ и съ тѣми, которыя онъ имѣетъ помимо нея. Намѣреніе принципала приобрѣсть вещь и намѣреніе прокуратора дѣйствовать для принципала, обусловленное порученіемъ, осуществляются, но не прямо, а посредственно,—владѣніе и собственность проходятъ черезъ лице прокуратора, достигая правовой сферы принципала въ силу особаго акта передачи или уступки.

Главнѣйшая область, гдѣ прилагается посредничество другихъ лицъ, есть обязательственныя отношенія. И здѣсь то всего яснѣе выступаетъ характеръ взаимоотношеній между принципаломъ и прокураторомъ. Изъ обязательственныхъ актовъ, совершенныхъ прокураторомъ, обязывается и управомочивается онъ самъ, а потомъ то и другое въ силу особаго акта переноситъ на принципала.

Fr. 8 § 10 D. 17. 1.

Proinde si tibi *mandavi, ut hominem emereres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas.... Sed et si restituas, tradere debes; et si cautum est de evictione rei, vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes, quam consecuturus sis.*

Fr. 10 p.

Idemque et in fundo, si fundum emit procurator... § 1. Sed et si de sanitate servi procuratori cautum est.

Мандатаръ—прокураторъ <sup>35)</sup> покупаетъ раба или вещь и самъ приобрѣтаетъ на него право собственности, которое и переноситъ потомъ на принципала <sup>36)</sup>. Обязательство *de evictione* возникаетъ также въ лицѣ прокуратора и имъ уступается принципалу (посредствомъ *procuratio in rem suam*).

Fr. 27 § 5 D. 17. 1.

<sup>35)</sup> Procurator unius rei.

<sup>36)</sup> Ср. Fr. 59 D. 41. 1. Res ex mandato meo empta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit.

Si *mandatu* meo Titio credideris et mecum *mandati* egeris, non aliter condemnari debeo, quam si *actiones tuas, quas adversum Titium habeas, mihi praestiteris.*

Если мой прокураторъ по моему порученію даетъ въ долгъ третьему и посредствомъ *actio mandati contraria* будетъ требовать съ меня возврата даннаго; то я не иначе приговариваюсь къ уплатѣ, какъ послѣ уступки мнѣ тѣхъ исковыхъ притязаній, которыя прокураторъ приобрѣлъ по отношенію къ третьему. Последнее указываетъ, что *procurator* самъ дѣлается кредиторомъ третьяго и только потому въ силу особаго акта переноситъ свои права на *mandans'a*.

Fr. 45 p. D. 17 1.

Si *mandatu meo* fundum emeris, utrum quum pretium dederis, ages mecum *mandati*, an et ante, quam des: ne necesse habeas res tuas vendere. Et recte dicitur, in hoc esse *mandati actionem*, ut suscipiam obligationem, quae *adversus te venditori competit*; nam et ego tecum agere possum ut *praestes mihi adversus venditorem emti actionem* <sup>37)</sup>.

Этотъ фрагментъ совершенно ясно и опредѣленно говоритъ, что мандатарь—прокураторъ самъ совершаетъ актъ купли продажи и самъ получаетъ всѣ его послѣдствія, поэтому и иски изъ обязательства идутъ противъ него и для него; для перенесенія ихъ на *mandans'a* нуженъ особый актъ.

Fr. 49 § 2. D. 41. 2.

Etsi possessio per procuratorem ignorantem quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen *evictionis actio* domino contra venditorem *invito procuratore non datur*, sed per *actionem mandati* eam cedere cogetur.

Обязательство объ очисткѣ возникало въ лицѣ покупателя прокуратора и искъ *de evictione* приобретался принциаломъ отъ прокуратора посредствомъ *cessio*.

Fr. 13. C. 4. 2.

Eum, qui mutuum sumpsit pecuniam licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam foenori dante,

<sup>37)</sup> Cp. еще § 2. h. t. ... ut obligationem suscipiam....



*principaliter* <sup>38)</sup> *obligatum ligatum obnoxium remanere oportet.*

Въ этомъ фрагментѣ видятъ (*Ihering ib.*) самое ясное указаніе на посредственнаго представителя (*Ersatzmann*), который, совершая юридическія дѣйствія для другаго (*in res alienas*), не возводитъ однако этого въ объективный моментъ сдѣлки, поэтому онъ самъ является обязаннымъ при совершеніи акта.—Тоже положеніе вещей отпечатлѣлось въ тѣхъ фрагментахъ, которые даютъ прямой искъ принципалу къ третьему и наоборотъ, о чемъ будетъ сказано ниже. Ср. еще *Fr. 26 § 8. D. 17. 1*; *Fr. 45 p. § 2 D. 17. 1*; *Fr. 49. D. 17. 1*; *Fr. 7 § 2 D. 20. 6*; *Fr. 8 § 2 D. h. t.*; *Fr. 51 § 1 D. 21. 1*; *Fr. 18 §. 16 D. 39. 2.*

Такимъ образомъ источники вполне подтверждаютъ выставленное выше положеніе о прокураторѣ, какъ посредственномъ представителѣ, — Однако противъ различія, проведеннаго господствующей теоріей между представителемъ и т. н. посредственнымъ представителемъ и противъ приложенія этого различія къ объясненію существа римской прокуратуры, выступилъ проф. *Schlossmann* <sup>39)</sup> въ упомянутомъ выше трудѣ. Хотя цѣль его сочиненія—только владѣніе, но его аргументація носитъ общій характеръ.—Авторъ обращаетъ прежде всего вниманіе на то, что нигдѣ въ источникахъ различіе между представителемъ и посредственнымъ представителемъ не отмѣчено ясно. Затѣмъ онъ доказываетъ, что существенный признакъ, отличающій согласно господствующему ученію одного посредника отъ другаго, неудаченъ самъ по себѣ и не можетъ быть подтвержденъ свидѣтельствомъ источниковъ. Наконецъ онъ стремится доказать, что различіе между представителемъ и т. н. посредственнымъ представителемъ вовсе не можетъ быть проведено по отношенію въ пріобрѣтенію владѣнія.—Относительно замѣчанія, что источники не отмѣчаютъ ясно искомаго различія, слѣдуетъ сказать, что странно было-бы этого и ожидать отъ римскихъ юристовъ, когда понятіе представительства едва зародилось въ ихъ сознаніи. Нельзя однако-же сказать, что искомое различіе вовсе не выступаетъ въ относящихся сюда фрагментахъ; сущность дѣла во многихъ случаяхъ была уже признана, но не были еще выработаны соотвѣтствующіе термины. Господствующее ученіе вѣдшимъ отличительнымъ признакомъ представителя считаемъ дѣйствіемъ его на чужое

<sup>38)</sup> Относительно выраженія: *principaliter* см. *Ihering Jahrbh. I. p. 336*,

<sup>39)</sup> р. 1—40.

имя (*alieno nomine*), а т. наз. посредственнаго представителя—на свое имя (*suo nomine*). Авторъ вооружается противъ этого признака и говоритъ, что онъ неудаченъ и что сами приверженцы господствующаго ученія разбиваютъ его своими-же руками. Неудаченъ онъ потому, что превращаетъ актъ, совершаемый черезъ посредника, въ формальный, гдѣ отъ той или другой опредѣленной формы выраженія зависитъ направление послѣдствій сдѣлки. Съ другой стороны онъ не вездѣ возможенъ; такъ при первообразномъ способѣ приобрѣтенія права собственности: *oscuratio* его быть не можетъ. Но напрасно авторъ придаетъ такое значеніе самому произнесенію имени принципала при актѣ. Признакомъ представителя служитъ объективное направленіе имъ юридическаго акта на принципала; имя здѣсь—только внѣшній знакъ, котораго можетъ и не быть, но который обыкновенно бываетъ. Сущность положеній господствующаго ученія состоятъ именно въ томъ, что авторъ <sup>40)</sup> выставляетъ, какъ противоположное ему—въ выраженномъ явно или молчаливо (но объективно, въ видѣ существеннаго момента акта) намѣреніи сторонъ создать сдѣлку непосредственно въ правовой сферѣ принципала <sup>41)</sup>. Нивакого формализма здѣсь нѣтъ и быть не можетъ, ибо въ томъ, что иногда изъ тѣхъ или другихъ выраженій можно заключить о сущности дѣла, этого формализма еще нѣтъ <sup>42)</sup>. Но съ другой стороны *Schlossmann* справедливо говоритъ, что встрѣчающіяся въ источникахъ выраженія: *alieno nomine*, *suo nomine*—не имѣютъ технического значенія: на свое, на чужое имя. Его аргументацію съ нѣкоторыми дополненіями мы изложимъ въ послѣдней главѣ. Наконецъ относительно того мнѣнія автора, что различіе между представителемъ и т. н. посредственнымъ представителемъ непримѣнимо при приобрѣтеніи владѣнія, слѣдуетъ сказать, что это едва ли вѣрно. Объективное направленіе акта на принципала возможно и здѣсь, хотя-бы приобрѣтеніе владѣнія и было всегда одностороннимъ актомъ. Что при традиціи это направленіе обнаруживается при са-

---

<sup>40)</sup> р. 31.

<sup>41)</sup> Это ясно выражено и въ art. 52 Allg. deutsch. Handels-Gesetzbuch, который напрасно порицаетъ авторъ.

<sup>42)</sup> Тоже возраженіе противъ господствующаго ученія выставлено *Hellmann*'омъ р. 20.

момъ актѣ, это едва-ли можно оспаривать; при *оссурatio*, *specificatio* это намѣреніе, какъ объективный моментъ, при самомъ приобрѣтеніи часто невозможно; но можетъ выступить впослѣдствіи.—Болѣе подробное объясненіе въ защиту господствующаго ученія отлагается до того мѣста, гдѣ будетъ рѣчь о приобрѣтеніи владѣнія черезъ представителя; и самъ авторъ сосредоточиваетъ свои главнѣйшіе аргументы также въ соотвѣтствующей главѣ своей книги.

Далѣе *Schlossmann* справедливо вооружается противъ того мнѣнія, что въ источникахъ можно провести различіе между понятіями *procurator*'а и *mandatarius*'а, относя первое къ представителю, а второе къ такъ наз. посредственному представителю. *Brinz* <sup>43)</sup> и *Ihering* <sup>44)</sup> сдѣлали замѣчаніе, а другіе ученые (*Amann* <sup>45)</sup>, *Bekker* <sup>46)</sup> развили эту мысль и выразили ее опредѣленно. Между тѣмъ источники ее не подтверждаютъ. Мѣсто изъ *Ciceronis topic. c. 10: si cui mandatis debet fidem praestare, debet etiam procurator*, хотя и указываетъ на нѣкоторое отличіе мандатара и прокуратора, но отсюда не видно, чтобы *procurator* былъ представитель. Далѣе въ источникахъ не встрѣчается даже и названія—*mandatarius*; еслиже признакъ его выражается словами: *mandante domino, mandatu meo*—то тотъ-же признакъ встрѣчается въ источникахъ и по отношенію къ *procurator*'у. Напр. въ *Fr. 1. D. 3. 3.*

*Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat.*

Конечно *procurator* есть мандатаръ <sup>46а)</sup> и наоборотъ не всякаго мандатара можно назвать прокураторомъ <sup>47)</sup>, но какое-же основаніе не назвать прокураторомъ мандатара во всѣхъ тѣхъ фрагментахъ, гдѣ господствующее ученіе видитъ присутствіе т. н. посредственнаго представительства. Напр. *Fr. 59 D. 41. 1.*

<sup>43)</sup> *Pandecten I p. 67.*

<sup>44)</sup> *Jahrbb. I p. 323. not.*

<sup>45)</sup> *Ueber den Begriff des Procurator und des mandatarius nach röm. Rechte. p. 2.*

<sup>46)</sup> *Das Recht des Besitzes bei den Römern. p. 206.*

<sup>46а)</sup> *Eisele Cognitur und Procuratur p. 59.*

<sup>47)</sup> Въ виду словъ Ульпіана: въ *Fr. 1 D. 3. 3. sicuti ne is quidem, qui rem perferendam, vel epistolam, vel nuntium perferendum suscipit, proprie procurator appelletur.*

*Res ex mandatu meo empta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit.*

Нельзя назвать посредника этого фрагмента только мандатаромъ (mandatarius) и отказать ему въ названіи: procurator, когда Fr. 1. § 1 D. 3. 3 прямо говорятъ, eum quoque procuratorem esse, qui ad ipsam rem (здѣсь emtio-venditio) datus sit. Но говорятъ названіе—procurator—встрѣчается всегда тамъ, гдѣ имѣется въ виду непосредственное возникновеніе (черезъ представителя) правъ въ лицѣ принципала. И это неправда; во 1-хъ во многихъ такихъ мѣстахъ встрѣчается общее выраженіе—libera persona, во 2-хъ въ Fr. 49. § 2. D. 41. 2; Fr. 10 p. § 1 D. 17. 1 и др. трактующихъ о такъ наз. посредственномъ представителѣ, посредникъ называется procurator. И такъ procurator есть мандатаръ и мандатаръ большею частью прокураторъ. Этотъ прокураторъ обыкновенно (за немногими исключеніями, о которыхъ рѣчь въ послѣдней главѣ) дѣйствуетъ отъ своего имени, а потомъ прибрѣтенныя права и обязанности переносить въ силу особаго акта на mandans'a—принципала.

Изъ дѣйствій прокуратора вообще не возникаетъ непосредственныхъ отношеній принципала къ третьему лицу, какія являются послѣдствіемъ представительства; такая непосредственная связь этихъ лицъ не всегда возникаетъ даже и въ томъ случаѣ, если прокураторъ передаетъ прибрѣтенныя права и обязанности принципалу. Такъ—если прокураторъ прибрѣтаетъ по порученію вещное право. Хотя-бы онъ и передалъ его принципалу, никакихъ отношеній послѣдняго къ лицу, отчуждившему право, не возникало. Но въ области обязательственныхъ отношеній передача или уступка прокураторомъ прибрѣтенныхъ правъ создавала прямую связь принципала съ контрагентомъ прокуратора. Такой актъ передачи правъ назывался въ римскомъ правѣ: cessio; объ немъ-то и объ обстоятельствахъ, его сопровождавшихъ, слѣдуетъ связать теперь нѣсколько словъ. Cessio не была однако тѣмъ, что теперь разумѣется подъ словомъ передача, уступка правъ <sup>48)</sup>. Это была уступ-

<sup>48)</sup> Такъ какъ successio singularis, по господствующему мнѣнію, въ рим. правѣ не было допущено. Впрочемъ нѣкоторые думаютъ иначе и сообразно съ этимъ и за cessio признаютъ такое-же значеніе, какъ за современной уступкой. Ср. напр. *Salpius* Novation und Delegation nach röm. Recht. p. 415.

ка не самаго права, а его упражненія, тогда какъ само право всегда оставалось за цедентомъ. Первоначально въ Римѣ и такого отношенія не допускалось, и для передачи права употреблялись болѣе тяжелыя формы новаци и делегаци. Только со времени введенія формулярнаго процесса и болѣе легкой формы заступничества въ видѣ *procurator ad agendum* явилась возможность хотя и косвеннымъ, но болѣе легкимъ путемъ передавать право. Передающій (*cedens*) назначалъ лице, которому передавалъ право (*cessionarius*), своимъ судебнымъ прокураторомъ, уполномочивая его употребить все, добытое имъ въ силу даннаго права, въ свою пользу—*procurator in rem suam*. Такимъ-то образомъ и повѣренный въ общихъ дѣлахъ—*procurator (ad administrandum)* могъ передать принципалу прибрѣтенное по его порученію. Передача эта зависѣла отъ воли прокуратора, хотя принципаль и могъ ее вынудить въ силу существовавшаго между ними отношенія—порученія (*mandatum*); онъ имѣлъ именно *actio mandati directa*, которымъ могъ заставить прокуратора уступить себѣ все прибрѣтенное за его (принципала) счетъ. Съ другой стороны прокураторъ могъ требовать, чтобы принципаль принялъ отъ него все имъ прибрѣтенное и вступилъ въ принятія имъ обязанности или вознаградилъ за все потраченное. Для этого онъ имѣлъ *actio mandati contraria*. Напротивъ контрагентъ прокуратора, хотя-бы и зналъ, что послѣдній прибрѣтаетъ за счетъ своего принципала, не могъ требовать, чтобы онъ поставилъ его въ непосредственныя отношенія къ своему довѣрителю; такъ какъ отношеніе между ними до его уступки принципалу еще чуждо послѣднему, именно вслѣдствіе отсутствія объективнаго, непосредственнаго направленія сдѣлки на него. Контрагентъ прокуратора не можетъ также требовать <sup>49)</sup>, чтобы тотъ уступилъ ему свой искъ къ принципалу изъ договора порученія (*actio mandati contraria*); онъ имѣлъ искъ къ прокуратору только изъ заключеннаго съ нимъ акта.

Такой порядокъ вещей былъ однако не всегда удобенъ. Такъ контрагентъ прокуратора могъ терпѣть убытки напр. отъ того, что онъ исполнилъ свое обязательство, а прокураторъ не исполнилъ и при томъ послѣдній передалъ полученныя выгоды принципалу, самъ же сдѣлался

---

<sup>49)</sup> Иначе думаетъ *Savigny*. *Oblig.* II p. 62; напротивъ ср. *Ihering*. I Jahrb. p. 338

несостоятельнымъ. Подъ вліяніемъ такихъ практическихъ неудобствъ юристы и судебный обычай <sup>50)</sup> выработали возможность прямыхъ, непосредственныхъ сношеній между принципаломъ и третьимъ лицомъ. Для этого воспользовались аналогіей близкаго стоящаго посредника — инститора. Въ отношеніяхъ прокуратора къ принципалу и контрагенту была очевидная аналогія съ отношеніями инститора; поэтому естественно было приложить и тамъ такіа-же средства, какія существовали здѣсь. Контрагенту былъ данъ прямой искъ къ принципалу на подобіе *actio institoria*, который и названъ былъ *actio utilis quasi institoria* или *ad exemplum institoriae*, напр. *actio utilis empti* или *venditi etc.* Условія и дѣйствіе этого иска были тѣже, что и при *actio institoria*; въ особенности должно упомянуть, что онъ давался въ послѣдствіи даже и тогда, когда *procurator solvendo sit* (Fr. 19. D. 14. 3; Fr. 10 § 5, 6, 8. D. 17. 1) слѣдовательно независимо отъ иска противъ послѣдняго. Въ первый разъ упоминаеть объ этомъ искѣ юристъ Папиньянъ (въ концѣ втораго и началѣ третьяго вѣка), почему можно предположить, что конструкція его была выработана впервые этимъ юристомъ <sup>51)</sup>.

Съ установленіемъ непосредственнаго отношенія между третьимъ лицомъ и принципаломъ посредствомъ иска перваго ко второму возникло несправедливое положеніе для послѣдняго: онъ подвергался иску третьяго, но самъ къ нему прямого притязанія не имѣлъ. Онъ могъ конечно потребовать отъ прокуратора все имъ приобрѣтенное и въ томъ числѣ иски къ 3-му, могъ принудить прокуратора посредствомъ *actio mandati directa* къ уступкѣ всего этого <sup>52)</sup>; но въ случаѣ несостоятельности <sup>53)</sup> должника это право было эфемерно. Кромѣ того и самый

<sup>50)</sup> *Molitor Obligations*. II. p. 423. *Ortolan Explications historiques des Instituts*. II. p. 284. *Salpius* ib. p. 397.

<sup>51)</sup> *Pernice* ib. p. 496. Fr. 19 p. D. 14. 3. In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, *utilis ad exemplum institoriae dabitur actio*. Quod aeque faciendum erit, *etsi procurator solvendo sit*, qui stipulanti pecuniam promisit. Fr. 10 § 5 D. 17. 1. Fr. 13 § 25 D. 19. 1. Эти фрагменты взяты изъ сочиненій Ульпіана; но онъ ссылается на Папиньяна.

<sup>52)</sup> Fr. 10 § 8, Fr. 20 p. D. 17 1; Fr. 46 § 4. D. 3. 3; Fr. 7 C. 4. 50.

<sup>53)</sup> *Buchka* ib. p. 52.

способъ перенесенія приобрѣтеннаго прокураторомъ на принципала—*cessio*—былъ далеко несовершененъ и влекъ за собой нерѣдко много неудобствъ. *Cessio* основывалась на *mandatum (actionum)*, *mandatum* же, какъ личный договоръ между сторонами, уничтожался напр. въ случаѣ смерти прокуратора и на наслѣдниковъ не переходилъ, или просто могъ прекратиться вслѣдствіе нежеланія *mandans'a* продолжать его. Такимъ образомъ было возможно, что принципаль, не успѣвъ получить своего, лишался даже возможности его требовать <sup>54)</sup>. Настоятельность прямыхъ исковъ къ контрагенту прокуратора была особенно очевидна въ этихъ случаяхъ. И здѣсь воспользовались аналогіей между прокураторомъ и инситоромъ. Принципаль инситора, какъ было уже сказано прежде, отвѣчалъ по искамъ къ нему третьихъ лицъ (*actiones adjectitiae qualitatis*), но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ долго не имѣлъ права на прямой искъ къ третьему лицу и долженъ былъ удовлетворять себя только на основаніи тѣхъ отношеній, которыя были между нимъ и посредникомъ.

Fr. 1 D. 14. 3. (Ulpianus).

*Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. Sed non idem facit circa eum, qui institorem praeposuit, ut experiri possit: sed siquidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus, adquisitis sibi actionibus: si autem vel alienum servum, vel etiam hominem liberum, actione deficietur; ipsum tamen institorem vel dominum ejus convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum.*

Но въ виду справедливости въ исключительныхъ случаяхъ (при несостоятельности посредника и проч.) стали давать и принципалу искъ къ третьему:

*Marcellus autem ait, debere dari actionem ei, qui institorem praeposuerit in eos, qui cum et contraxerint,*

Fr. 2. h. t.

*eo nomine, quo institor contraxit: si modo aliter rem suam servare non potest.*

---

<sup>54)</sup> *Vangerow* Pandecten III § 574. *Windscheid* Pandectenr. II § 3 29 nat. 6, 7. *Baron* Pand. § 248.

*Ulpianъ*, говоря о новомъ искѣ, ссылается на мнѣніе *Марцелла* (въ первой половинѣ втораго столѣтія); это даетъ поводъ думать, что искъ принципала получилъ свое бытіе въ началѣ императорскаго періода.

Этотъ-то искъ <sup>55)</sup> и послужилъ прототипомъ для созданія иска принципала въ контрагенту прокуратора.

Fr. 13. § 25 D. 19. 1 (*Ulpianus*).

*Si procurator vendiderit et caverit emptori: quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat? Et Papinianus libro tertio responsorum putat, cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis: si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem domino competere.*

Изъ договора купли—продажи и *cautio (de evictione)*, совершенныхъ прокураторомъ, дается искъ противъ принципала—*actio utilis quasi institoria ex emto*, и наоборотъ принципалу дается искъ противъ покупателя—*actio utilis ex emto*. *Actio*-же *directa* очевидно принадлежитъ самому прокуратору, какъ контрагенту (*vendiderit et caverit*).—Фрагментъ ясно и опредѣленно упоминаетъ объ *actio utilis* принципала. Вопросъ только въ томъ, допускался-ли этотъ искъ всегда или только въ исключительныхъ случаяхъ, подъ особыми условіями? Признаютъ обыкновенно <sup>56)</sup>, что источники указываютъ только на исключительные случаи и не выставляютъ общаго правила. Таковы напр. случаи: 1) если принципалъ не можетъ обыкновенными средствами добиться удовлетворенія своихъ интересовъ со стороны посредника (*si modo aliter rem suam servare non potest*. Fr. 1, 2. D. 14. 3; Fr. 5. D. 46. 5). 2) во всѣхъ преторскихъ обязательствахъ послѣ особаго

<sup>55)</sup> *Exercitorъ* также иногда стали давать прямой искъ въ третьему. Fr. 1 § 18 D. 14 1.... *Solent tamen praefecti propter ministerium annonae, item in provinciis praesides provinciarum extra ordinem eos juvare ex contractu magistrorum.*

<sup>56)</sup> *Mühlenbruch*. Cession. p. 135 fg. *Buchka* p. 52 fg. *Ortolan*. *Explications historiques* II p. 285 дѣлаетъ здѣсь различіе между специальнымъ и генеральнымъ мандатаромъ—прокураторомъ *Schmid*. Cession I § § 39—46 старается найти общія правила.



*causae cognitio* со стороны сановника. Fr. 5. D. 46. 5; Fr. 18 § 16 D. 39. 2. 3) право на соответствующій искъ въ случаѣ предъявленія къ принципалу иска третьимъ <sup>57)</sup> и нѣкот. другіе.—Но слѣдуетъ сказать, что фрагменты, трактующіе о прокураторѣ, говорятъ объ искѣ принципала въ общихъ выраженіяхъ; ограниченія-же относятся преимущественно къ институту и *magister'у navis*, а не прокуратору (Fr. 1, 2. D. 14. 3). Такъ Fr. 13 § 25 D. 19. 1

.... ergo et per contrarium dicendum est utilem ex emto actionem domino competere.

Fr. 5 D. 46. 5.

In omnibus praetoriis stipulationibus hoc servandum est, ut, si procurator meus stipulatur, mihi causa cognita ex ea stipulatione actio competat.

Fr. 18 § 16 D. 39. 2.

Si procurator meus damni infecti stipulatus sit, causa cognita mihi ex ea stipulatione actio competit.

Всѣ эти фрагменты говорятъ объ искѣ принципала въ общихъ словахъ, не упоминая объ его исключительности (*causae cognitio* не можетъ указывать на это всегда и вездѣ). Сюда-же быть можетъ слѣдуетъ отнести и Fr. 68 D. 3. 3.

Quod procurator ex re domini, mandato non refragante, stipulatur, invito procuratore dominus petere potest.

несмотря на толкованіе его при помощи *Базилікъ* <sup>58)</sup>.—Конечно потребность въ прямомъ искѣ для принципала не была уже очень велика, такъ какъ послѣдній б. частію имѣлъ всетаки въ рукахъ средство ближайшимъ образомъ удовлетворить себя (посредствомъ *actio mandati directa*); но съ другой стороны развитіе прокуратуры и образованіе какъ-бы особаго класса людей невысокаго общественнаго положенія (изъ вольноотпущенниковъ), спеціальность которыхъ состояла въ завѣдываніи дѣлами другихъ <sup>59)</sup>, повлекли за собой то, что прокуратора поте-

<sup>57)</sup> *Zimmermann* p. 117. *Ihering* Jahrb. XII. Ср. *Mühlenbruch* p. 145 *fg. Buchka* p. 53.

<sup>58)</sup> *Mühlenbruch* p. 135 *Buchka* p. 52 *fg.*

<sup>59)</sup> *Schlossmann* *ib. Pernice* p. 492, тамъ-же ссылки на источники.

рля свою первоначальную моральную <sup>60)</sup> окраску и превратилась, такъ сказать, въ профессию и при томъ профессию несовсѣмъ приличную для истаго римскаго гражданина. При этомъ естественно было ожидать, что прямой искъ принципала къ третьему получить широкое развитіе, ибо удобнѣе было Римлянину вѣдаться съ третьимъ лицомъ, чѣмъ вести дѣло съ своимъ вольноотпущенникомъ. Въ виду этихъ соображеній быть можетъ слѣдуетъ смотрѣть на искъ принципала легче, чѣмъ это обыкновенно принято. Искъ третьему противъ принципала давался всегда, по общему правилу <sup>61)</sup>; быть можетъ также всегда допускался и искъ принципала къ третьему.

Такимъ образомъ въ императорскій періодъ (втораго и третьяго вѣка) отношенія изъ прокуратуры были смягчены (вообще или только въ исключительныхъ случаяхъ) установленіемъ прямыхъ исковъ между принципаломъ и контрагентомъ прокуратора. Не признано-ли было съ введеніемъ этихъ исковъ свободное представительство?

Что касается иска контрагента къ принципалу—*actio utilis ad exemplum institoriae* <sup>62)</sup>; то онъ имѣетъ общую природу со своимъ прототипомъ—*actio institoria*; поэтому относительно его слѣдуетъ сказать то-же самое, что сказано выше по поводу того иска. *Actio ad exemplum institoriae* не уничтожала иска противъ прокуратора. Объ этомъ можно заключить напр. изъ Fr. 13 p. D. 14. 3. (см. прим. 51).

... *utilis ad exemplum institoriae dabitur actio. Quod aequè faciendum erit, etsi procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.*

Если-бы искъ противъ прокуратора исчезалъ, то нечего было-бы юристу говорить, что *actio utilis* дается даже тогда, когда прокураторъ имѣетъ платежную способность и слѣдовательно съ него можно было-бы искать.—Далѣе здѣсь нѣтъ необходимаго реквизита представительства: дѣйствія на чужое имя. *Zimmermann* <sup>63)</sup> держится

<sup>60)</sup> *Henriot* Moeurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome. T. I p. 564 s. T. III 333. 334.

<sup>61)</sup> *Mühlenbruch* p. 141 fg.

<sup>62)</sup> Относительно возможности между этими лицами *actio de in rem verso utilis* см. *Ihering* Jahrbh. I p. 339 fg. *Zimmermann* p. 317 fg.

<sup>63)</sup> p. 111. Но Fr. 10 § 5 D, 17. 1, на который опирается авторъ,

противоположнаго мнѣнія, но приводимыя имъ доказательства его мнѣнія не подтверждаютъ. Въ виду этого при *actio utilis ad exemplum institoriae* нельзя найти не только полнаго или дѣйствительнаго, но даже и неполнаго представительства, какъ этого хотѣлъ сейчасъ названный авторъ.

Прямой искъ принципала противъ контрагента прокуратора точно также не основанъ на представительствѣ. Природа *actio utilis*, даннаго принципалу, подвергается спору. Одни <sup>64)</sup> говорятъ, что это *actio* чужой, упражняемый принципаломъ въ силу правомочія, полученнаго отъ прокуратора на основаніи фидеивнаго *mandatum actionis*; другіе <sup>65)</sup>, говорятъ, что это *actio* свой для принципала, потому именно что въ источникахъ о немъ говорится, какъ объ *actio suo nomine*. Но большинство ученыхъ <sup>66)</sup> согласно, что римское право не допускаетъ такъ наз. сингулярнаго преемства и потому посредствомъ *actio utilis* принципалъ осуществляетъ не свое, а чужое требованіе. Если это вѣрно; то о представительствѣ при *actiones utiles* нечего и думать, ибо тамъ требуется прямое и исключительное возникновеніе права въ лицѣ принципала <sup>67)</sup>. Но если даже признать справедливымъ мнѣніе ученыхъ, допускающихъ сингулярное преемство въ обязательствахъ по римскому праву; то и тогда данное отношеніе всетаки не будетъ

---

указываетъ только на знаніе третьяго лица о связи прокуратора съ принципаломъ, объективнымъ моментомъ въ сдѣлкѣ эта связь однако не выступаетъ. Изъ Fr. 19 p. D. 14 3 не видно ни прямо, ни изъ сопровождающихъ его обстоятельствъ (какъ говоритъ *Zimmermann* p. 112 not.), чтобы сдѣлка совершалась на имя принципала; противъ этого говоритъ и ссылка на *stipulatio*, гдѣ представительство было невозможно. Fr. 13 § 25 D. 19. 1 и Fr. 5 C. 4 25 ни прямо, ни по аналогіи съ *actio institoria* не доказываютъ дѣйствія на чужое имя, такъ какъ и *actio institoria* такого дѣйствія не предполагаетъ. Ср. *Hellmann*. ib. p. 88—92.

<sup>64)</sup> *Mühlenbruch* § 16, 17. *Vangerow*. § 574 p. 114.

<sup>65)</sup> *Schmid* Cession. §§ 3, 18, 33—46. *Salpius* ib. p. 414 fg. *Windscheid*. Pand. p. 231 not. 6, 7. *Baron* Pand. p. 401.

<sup>66)</sup> См. напротивъ *Brinz* Kritische Bl. p. 34. *Salpius* p. 415. *Baron* ib. *Molitor* Obligations. p. 423.

<sup>67)</sup> Ср. еще *Brinz* K. V. p. 19. Pandecten p. 1609.

представительствомъ, потому—что опять таки не будетъ имѣть необходимой для представительства непосредственности въ возникновеніи права въ лицѣ принципала.

Итакъ прокуратура при новыхъ смягченныхъ ея формахъ не была представительствомъ <sup>68)</sup>. Но она не была имъ и при формахъ старыхъ, какъ мы видѣли выше. Напротивъ она играла по отношенію къ представительству ту же роль, какъ и посредничество подвластныхъ и вообще a—pes ad—ae q—tis. Она была другимъ оплотомъ противъ необходимости признанія представительства, столь несогласнаго съ воззрѣніями и желаніями Римлянъ. Этотъ оплотъ не былъ созданъ сознательно, искусственно; онъ былъ вызванъ самими обстоятельствами римской жизни. Для насъ съ современной точки зрѣнія прокуратура римская представляется обходнымъ путемъ для достиженія результатовъ представительства; но Римляне при выработкѣ ея имѣли въ виду не эту сторону дѣла, а необходимость удовлетворить практическимъ потребностямъ. Прокуратура есть одно изъ явленій манеры Римлянъ примирать неудобную послѣдовательность въ проведеніи права и стремленіе къ консерватизму съ практическими потребностями <sup>69)</sup>.

Такимъ образомъ условія римской жизни споспѣшествовали процвѣтанію исконнаго принципа о невозможности представительной замѣны одного лица другимъ и съ другой стороны ставили сильныя преграды проининовенію принципа противоположнаго. Поэтому-то первоначальная строгость въ воззрѣніяхъ на юридическую дѣятельность одного лица для другаго и вмѣсто другаго сохранилась у Римлянъ такъ долго, въ видѣ общаго принципа сохранилась навсегда. Приобрѣтеніе черезъ подвластныхъ, actiones ad—ae q—tis, прокуратура—вотъ три стража, оберегавшіе одинъ изъ основныхъ принциповъ народнаго правосознанія.

---

<sup>68)</sup> *Ortolan* Explications historiques. II p. 282. Противъ этого проф. *Муромцевъ* ib. p. 672.

<sup>69)</sup> *Герингъ* Духъ. I p. 286.

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

### Свободное представительство въ римскомъ гражданскомъ правѣ.

Странно сказать, а между тѣмъ это было такъ, что институты, оберегавшія исконный принципъ о невозможности (прямаго, свободнаго) представительства: приобрѣтеніе черезъ подвластныхъ, *actiones adjectitiae qualitatis* и прокуратура,—носили въ себѣ причину паденія этого принципа и подготовили почву для появленія представительства. Ни въ *a—nes ad—ae q—tis*, ни въ прокуратурѣ не было представительнаго характера; между тѣми и другими была только аналогія по цѣли и средствамъ; но въ нихъ-то или на основаніи ихъ зародилась идея представительства. Потребность въ представительствѣ была и съ расширеніемъ правоваго оборота все болѣе и болѣе развивалась. Стремясь удовлетворить этой потребности средствами, согласными съ своими основными взглядами, Римляне развивали старыя институты и создавали новые. Въ этомъ послѣднемъ отношеніи они однако не перешли за черту, поставленную правиломъ: *per liberam personam nihil acquiri posse*; но, подходя къ ней то съ той, то съ другой стороны, они увидѣли ея протяженіе и направленіе и узнали то, что лежало по ту сторону этой черты. Теперь только стало для Римлянъ ясно, что кромѣ существующихъ юридическихъ явленій есть другія, противоположныя имъ, признаніе которыхъ однако невозможно въ виду исконныхъ этическихъ взглядовъ. По отраженію отъ старыхъ, существующихъ понятій, стала проникать въ сознаніе Римлянъ новая запретная идея о свободномъ и непосредственномъ представительствѣ. Теперь-то конечно сложилась и та юридическая паремія, которая такъ часто встрѣчается въ источникахъ и съ которой мы начали свое из-

ложеніе. Итакъ стремясь удовлетворить потребности развивающагося оборота, Римляне развиваютъ свои старые институты, создаютъ новые и наконецъ наталкиваются на идею о представительствѣ, которая всего лучше можетъ удовлетворить существующей потребности, но которая стоитъ въ разрѣзъ съ исконнымъ взглядомъ на личность гражданина, на его дѣятельную силу. Пока потребности оборота могли быть удовлетворены существовавшими средствами, Римляне не знали представительства или отвергали его, когда оно проникло въ ихъ сознаніе; исконный взглядъ на дѣятельность лица стоялъ какъ Рубиконъ по дорогѣ къ представительству. Но ничто не можетъ устоять подъ вліяніемъ настойчивой практической потребности. Прокуратура съ усложненіемъ гражданскаго праваго движенія не замедлила обнаружить свои понятныя для всякаго изъ насъ современниковъ неудобства <sup>1)</sup>, которыя все увеличивались и усиливались. Понятно, что при такихъ условіяхъ сталъ мало по малу колебаться старый принципъ и уступать мѣсто новымъ положеніямъ. Рядомъ съ старымъ правиломъ начинаютъ появляться исключенія изъ него. Впервые такое исключеніе появилось для того праваго явленія, которое стоитъ на рубежѣ между фактомъ и правомъ—для владѣнія.

#### Представительство при приобрѣтеніи владѣнія и собственности.

Представительство при приобрѣтеніи владѣнія является тамъ, гдѣ одно лице по порученію другаго, выразившаго (въ этомъ порученіи) свою волю на приобрѣтеніе (*animus possidendi*), совершаетъ вѣншіи актъ овладѣнія (*apprehensio*), имѣя при этомъ намѣреніе приобрѣсть вещь для принципала (*animus rem domino habendi*) и сообразно съ этимъ направляя совершаемый имъ актъ непосредственно на послѣдняго; представитель слѣдовательно совершаетъ юридическій актъ <sup>2)</sup> и дѣйствуетъ *alieno nomine* <sup>3)</sup>. Въ послѣдующемъ изложеніи мы надѣмся

<sup>1)</sup> См. напр. *Ihering Jahrb.* I. 315.

<sup>2)</sup> *Ihering Jahrb.* I p. 287. *Laband Zeitschrift f. d. gesammte Handelsrecht.* X p. 192. *Unger Oester. Privatrecht.* § 90 p. 131 not. 7.

<sup>3)</sup> *Hauser Stellvertretung im Besitze* p. 14, 15, 17. *Ihering Jahrb.* I. p. 287. II. 76—77. *Schmid Cession* p. 386 not. 17.

показать, что римское право знало такую представительную замѣну при владѣннн и именно съ тѣми-же атрибутами.

Юристъ *Нерацій*, жившій въ концѣ перваго и началѣ втораго вѣка по Р. Х., говоритъ въ Fr. 41 D. 41 3.

... quamvis per procuratorem *possessionem adipisci nos jam fere conveniat.*

и въ Fr. 13 D. 41 1.

*Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi et proprietas acquiritur etiam ignoranti.*

Изъ перваго фрагмента справедливо заключаютъ, что еще во времена *Нерація* было сомнѣнне относительно возможности представительства при владѣннн; хотя уже нѣкоторые, какъ и онъ самъ (во второмъ приведенномъ фрагментѣ), такое представительство допускали. Второй фрагментъ говоритъ, что традиція прокуратору *nomine domini* создаетъ для послѣдняго *dominium* (*proprietas*); *traditio*-же есть способъ приобрѣтеннн, основанный на владѣннн, и слѣдовательно приобрѣтенн собственности связано съ приобрѣтеннемъ владѣннн. — Что въ этихъ фрагментахъ имѣлось въ виду владѣнне въ выставленномъ выше смыслѣ, это отчасти можно видѣть и изъ нихъ самихъ. Здѣсь одно лице по порученню другаго совершаетъ *apprehensio* съ намѣреннемъ приобрѣсть владѣнне непосредственно принципалу (посредственное приобрѣтенн допускалось и раньше, и потому *Нерацій* не могъ о немъ сказать: *jam fere conveniat*) и слѣдовательно дѣйствуетъ *alieno nomine*; *acquisitio possessionis* есть юридическнй актъ и такъ какъ воля посредника участвуетъ въ этомъ актѣ наряду съ волей принципала (какъ увидимъ ниже), то должно сказать, что посредникъ дѣйствуетъ здѣсь юридически. — И такъ еще въ началѣ втораго вѣка по Р. Х. не были вполне увѣрены въ возможности приобрѣтати владѣнне черезъ представителя; но затѣмъ юриспруденція выработала общее правило о признакн (свободнаго) представительства при приобрѣтеннн владѣннн. Кроме приведенныхъ выше фрагментовъ здѣсь слѣдуетъ указать еще на Fr. 13 D. 41. 1 (*Neratius*); Fr. 1 § 20 D. 41. 2; *Pauli R. S. V* 2, 2; Fr. 8 C. 7. 32; — Fr. 20 § 2 D. 41. 1; Fr. 11 § 6 D. 13. 7; Fr. 14 § 17 D. 47. 2; Fr. 1. C. 7. 32; § 5 I. 2. 9 и др. Изъ первыхъ (четырёхъ) фрагментовъ можно заключить, что представительство при владѣннн было допущено сначала только въ прокуратурѣ, — предста-

вителемъ могъ быть только прокураторъ; это было совершенно естественное явленіе, такъ какъ прокураторъ былъ наиболѣе близкимъ и часто встрѣчающимся посредникомъ. Слѣдующіе фрагменты говорятъ намъ уже вообще о *liberae personae* и тѣмъ даютъ поводъ думать, что возможность приобрѣтенія владѣнія была потомъ распространена (быть можетъ конституціей Севера и Антонина Fr. 1 С. 7. 32, говорящей объ этомъ впервые) на всякое свободное лице. Но при этомъ не было извѣстно, какъ смотрѣли юристы того времени (Яволень, Юліанъ, Африканъ, Помпоній etc.) на приобрѣтеніе черезъ разнаго рода мандатаровъ, т. е. признавали-ли они возможнымъ такое приобрѣтеніе черезъ генеральнаго и спеціальнаго мандатара или только черезъ одного втораго. Только названная конституція Севера и Антонина (Fr. 1. С. 7. 32) въ 196 году признала возможнымъ приобрѣтеніе владѣнія и по генеральному мандату:

*Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia receptum est.*

Выраженіе: *ignoranti*—указываетъ именно на то, что владѣніе можно было приобрѣсть, даже и не зная о томъ, что оно приобрѣтается, какъ это бываетъ въ томъ случаѣ, когда принципаль даетъ не спеціальное порученіе приобрѣсть извѣстную вещь, а выражаетъ свою волю признать вообще всѣ законно совершенные въ данной области акты посредника <sup>3)</sup>. Такимъ образомъ окончательно сложилось первое исключеніе изъ стараго правила: *per liberam personam nihil acquiri potest.*

Признавши исключеніе для владѣнія, римскіе юристы скоро пришли къ тому логически вѣрному выводу, что представительство, возможное при приобрѣтеніи владѣнія, возможно и при приобрѣтеніи собственности и вообще всѣхъ правъ, приобрѣтеніе которыхъ основано на владѣніи (*occupatio, traditio*) <sup>4)</sup>. Fr. 20 § 2. D. 41. 1.

*Si ego et Titius rem emerimus, eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium,*

<sup>3)</sup> *Windscheid*. Pand. § 55 not. 9 и тамъ цитированные авторы. *Hellmann* ib. p. 100.

<sup>4)</sup> *Puchta* Institutionen § 203. p. 42.



*quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.*

Оба приведенныя исключенія изъ стараго правила были вполне выяснены и формулированы рѣзко и ясно знаменитѣйшими юристами Рима, а потомъ неоднократно были подтверждаемы въ конституціяхъ императоровъ до Institutiones Юстиніана включительно. Со временемъ были признаны и другія исключенія, какъ увидимъ ниже, но ни одному изъ нихъ не посчастливилось приобрѣсти такой объективной наглядности и всеобщей извѣстности, какъ исключенію при владѣніи и собственности, которое поэтому всегда и сопоставляется съ общимъ правиломъ. Напр. въ § 5 I. 2. 9.

*Et hoc est, quod dicitur: per extraneam personam nihil acquiri posse; excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus, sed et ignorantibus nobis acquiri possessionem secundum divi Severi constitutionem et per hanc possessionem etiam dominium.*

Изъ другихъ, упоминающихъ объ этомъ исключеніи мѣстъ можно указать: Fr. 13 § 1 D. 41. 1; Fr. 49 § 2 D. 41. 2; Fr. 47 D. 41. 3; Fr. 8. C. 7. 32; Fr. 1 C. 4. 27 и др.

Противъ выставленныхъ положеній, принятыхъ большинствомъ ученыхъ, высказались однако отдѣльные голоса, отчасти принадлежащіе извѣстнымъ ученымъ юристамъ.

Остановлюсь прежде всего на мнѣніи *Hellmann'a* <sup>5)</sup>, высказанномъ въ вышеупомянутомъ его сочиненіи о представительствѣ. Онъ говоритъ, что приобрѣтеніе владѣнія черезъ другаго скорѣе можно поставить на одну линію съ договорами въ пользу третьяго, чѣмъ съ представительствомъ, потому что посредникъ является здѣсь не только органомъ воли принципала, но онъ вмѣстѣ съ тѣмъ приобрѣтаетъ тѣлесное господство надъ предметомъ владѣнія, другими словами тотъ внѣшній актъ, который составляетъ необходимую часть въ приобрѣтеніи владѣнія, совершается этимъ посредникомъ въ своемъ лицѣ. Дѣйствующимъ выступаетъ не принципаль, а — тотъ, который совершаетъ *corpus possessionis*; но послѣдствіе этой дѣятельности — приобрѣтеніе

5) Stellvertretung in Rechtsgeschäften p. 99 fg.

владѣнія возникаетъ не для дѣйствующаго, а прямо для третьяго. Почему здѣсь и слѣдуетъ признать скорѣе договоры въ пользу третьяго. — Но такое толкованіе дѣятельности посредника при владѣніи, по моему мнѣнію, неудачно. Договоры въ пользу третьяго роковымъ образомъ являются у *Hellmann'a* всюду, гдѣ нужно подпереть слабые пункты его теоріи. Мы уже встрѣчались и не разъ еще встрѣтимся съ эгимъ способомъ объясненій *Hellmann'a*. Здѣсь онъ рѣшительно не идетъ. Авторъ былъ приведепъ къ этому отчасти невѣрнымъ понятіемъ представительства. Онъ считаетъ юридически дѣйствующимъ или совершающимъ юридическій актъ не представителя, а представляемаго, перваго-же называетъ только органомъ воли втораго; при этомъ онъ конечно долженъ былъ видѣть нѣчто особенное, къ представительству неподходящее, въ овладѣніи со стороны представителя (*corpus possessionis*). Но все таки и при такомъ условіи нельзя ставить приобрѣтеніе черезъ представителя па одну линію съ договорами въ пользу третьяго, потому что *arrehensio* совершается посредникомъ не для себя и не на свое имя, а для принципала и на его имя. Возникнове- ніе владѣнія въ лицѣ представляемаго совершается не безъ участія воли его, и актъ предпринимаемый посредникомъ не есть актъ чужой для перваго. Съ другой стороны посредникъ совершаетъ не свой собственный актъ, послѣдствія котораго онъ направляетъ на другаго безъ всякаго участія воли этого; напротивъ онъ совершаетъ чужой актъ, послѣдствія котораго возникаютъ прямо для принципала. Съ нашей точки зрѣнія такое посредничество при приобрѣтеніи владѣнія есть представительство. Посредникъ, совершая юридическую дѣятельность завладѣнія, замѣняетъ въ этомъ отношеніи принципала; и такъ какъ онъ дѣйствуетъ па его имя, то слѣдовательно представляетъ его.

Противъ признанія представительства при владѣніи высказался далѣе проф. *Бринцъ* въ своемъ учебникѣ пандектнаго права <sup>6)</sup>. Владѣніе вообще приобрѣтается *animo et corpore*. Бринцъ при приобрѣтеніи владѣнія допускаетъ только частичное представительство <sup>7)</sup>, имен- но въ одномъ изъ существенныхъ моментовъ приобрѣтенія—*quoad corpus*, отвергая такое въ другомъ необходимомъ моментѣ—въ *animus*.

<sup>6)</sup> Lehrbuch der Pandecten. II Abth. p. 1596—7, 1601—7.

<sup>7)</sup> Ср. еще *Kuntze*, Obligation p. 271.

Представляемый приобрѣтаетъ владѣніе *animo suo, corpore alieno*. Такое пониманіе приводитъ автора далѣе къ утверженію, что генеральный мандатъ недостаточенъ для приобрѣтенія владѣнія, ибо въ немъ нѣтъ *animus*, необходимаго спеціально для каждаго приобрѣтенія. Если признать приобрѣтеніе владѣнія черезъ генеральнаго мандатара, то этимъ будетъ распатано выставленное въ источникахъ правило: *possessionem acquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno (Pauli. R. S. V. 2. 2)*.

Мнѣніе Бринца нельзя однако признать справедливымъ. Представитель, совершая *arrehensio*, дѣйствуетъ не фактически, а юридически; овладѣвая вещью, онъ долженъ имѣть волю, направленную на овладѣніе ею для своего принципала—*animus rem domino habendi*. Принципаль также долженъ имѣть волю овладѣть вещью (*animus rem sibi habendi*). Отношеніе между этими волями совершенно подобно отношенію между таковыми же во всякомъ другомъ представительствѣ. Принципаль выражаетъ желаніе совершить какой либо опредѣленный юридическій актъ, представитель съ (большей или меньшей свободой усмотрѣнія) облечаетъ предположенія принципала въ надлежащую вѣшнюю форму, въ которой и воплощается намѣреніе принципала и которой достигается предположенная цѣль. То-же самое и при приобрѣтенія владѣнія. Принципаль выражаетъ (въ порученіи) свое желаніе приобрѣсти вещь, представитель захватываетъ ее или принимаетъ отъ передающаго, выражая желаніе овладѣть ею для принципала т. е. воплощаетъ намѣреніе принципала, помогая этому, гдѣ нужно, и своею волей. Надлежащая воля представителя необходима, безъ нея принципаль не приобрѣтаетъ владѣнія, о чемъ ясно сказано въ *Fr. 1 § 2) D. 41. 2*.

*Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis acquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accomodarent nobis, non possunt acquirere. Alioquin si dicamus per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro] nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidendi, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.*

Если прокураторъ etc. дѣйствуетъ не *nostro nomine*, а *suo* и не съ тѣмъ намѣреніемъ, чтобы только направить свои дѣйствія въ нашу

пользу, то онъ и не можетъ приобрѣсть намъ владѣнія. О такомъ же значеніи воли представителя можно заключить и изъ требованія дѣеспособности отъ него при приобрѣтеніи владѣнія. Fr. 1 § 9, 10 D. 41. 2.—Но говорятъ (*Windscheid*), <sup>7)</sup> что воля представителя при спеціальному мандатѣ (при генеральномъ иначе) есть только моментъ фактическаго господства заступаемаго. И совершенно напрасно,—изъ за того, что представитель приобрѣтаетъ для принципала фактическое господство (владѣніе) надъ вещью, не слѣдуетъ умалять значенія его дѣятельности. Онъ овладѣваетъ вещью, выражая свою волю овладѣть ею и слѣдовательно совершаетъ юридическій актъ вмѣсто и для другаго, другими словами представляетъ этого послѣдняго. Въ результатѣ его дѣятельности является для принципала только фактическое господство надъ вещью, но самая его дѣятельность юридическая. Воля представителя, творящая актъ, приписывается принципалу, какъ его воля. Принципаль, правда, имѣетъ самъ волю овладѣть вещью и даже содержаніе этой воли нѣсколько иное, чѣмъ у представителя,—первый имѣетъ *animus rem sibi habendi*, второй—*animus rem domino habendi*; но не эта воля принципала ближайшимъ образомъ служитъ основаніемъ приобрѣтенія владѣнія; она есть поводъ и основаніе для воли представителя; можно сказать, что воля (принципала), выраженная въ порученіи (полномочіи), выполняется или заканчивается волей (представителя), ближайшимъ образомъ образующей предположенный внѣшній актъ.—Мнѣніе противоположное имѣетъ повидимому опору въ источникахъ, именно въ приведенномъ уже мѣстѣ Павла: *animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno* <sup>8)</sup>, гдѣ юристъ вовсе игнорируетъ волю представителя. Но это могло произойти или оттого, что для юриста была еще не вполне ясна конструкция представительства, только что мало по малу появлявшася въ жизни, или скорѣе потому, что юристъ имѣлъ здѣсь въ виду только тотъ случай, когда принципаль приобрѣтаетъ владѣніе собственной дѣятельностію, при чемъ овладѣніе вещью могло быть совершено при участіи другаго напр. въ томъ слу-

<sup>7)</sup> Pandectenr. I p. 189 not. 11. Ср. p. 470.

<sup>8)</sup> Ср. еще (Pauli) Fr. 3 § 12 D. 41. 2 *Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus.*

чаѣ, если этотъ другой овладѣваетъ вещью въ присутствіи принципала <sup>9)</sup>).

Въ виду сказаннаго нельзя признать ни мнѣнія *Виндшейда*, ослабляющаго или даже обезсиливающаго значеніе воли представителя при владѣніи, ни мнѣнія Бринца, допускающаго только частичное представительство—*quoad corpus*. Напротивъ представитель долженъ имѣть спеціальную волю, ближайшимъ образомъ обосновывающую аеть, а принципаль долженъ выразить въ своемъ порученіи волю присвоить себѣ все совершенное для него представителемъ въ данныхъ границахъ и по данному дѣлу,—волю, служащую основаніемъ и направляющую дѣятельность представителя. Кромѣ того слѣдуетъ сказать, что мысль *Виндшейда* имѣетъ значеніе только при спеціальному порученіи, при генеральномъ приходится ему признать представительство и во владѣніи.

Несогласившись такимъ образомъ съ первой мыслию Бринца о частичномъ представительствѣ при владѣніи, мы этимъ поставлены уже въ необходимость не признавать и второй его мысли о невозможности приобрѣтенія владѣнія посредствомъ генеральнаго мандатара и о необходимости для этой цѣли спеціальнаго порученія <sup>10)</sup>. Если *animus* принципала выражается въ его порученіи представителю; то для возможности приобрѣтенія владѣнія послѣднимъ безразлично, будетъ-ли воля принципала выражена спеціально или генерально. Возможность приобрѣтенія владѣнія черезъ генеральнаго мандатара подтверждается и источниками: Fr. 49 § 2 D. 41. 2 (Papinianus).

... possessio per procuratorem *ignoranti* quaeritur.

Fr. 47 D. 41. 3. (Paulus).

Si emtam rem mihi procurator *ignorante me* meo nomine apprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam...

<sup>9)</sup> *Zimmermann* ib. p. 94, 97—98. *Нерсесовъ* ib. p. 134. Fr. 1 § 21 D. h. t. Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, quum ea in *praesentia* sit, videri *mihi traditam*, Priscus ait... Non est enim *corpore* et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.

<sup>10)</sup> Это мнѣніе высказано *Бринцемъ* не впервые. См. краткое обзорѣніе разнообразныхъ взглядовъ на этотъ вопросъ у *Holzschuer'a* Theorie und Casuistick. B. II p. 13. *Windscheid*. Pand. § 155 not. 9.

## Fr. 1 C. 7. 32 (Severus et Antoninus).

Per liberam personam *ignoranti* quoque acquiritur possessio-  
nem.... tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia receptum  
est.

## § 5 I. 2. 9.

.... per liberam personam, veluti per procuratorem, placet  
non solum scientibus, sed et *ignorantibus* nobis acquiri posse-  
sionem, secundum divi Severi constitutionem.

Ignorans dominus можетъ быть конечно и въ томъ случаѣ, когда  
онъ далъ специальное порученіе на приобрѣтеніе владѣнія, но когда  
моментъ приобрѣтенія остается все таки неизвѣстнымъ ему. Этотъ слу-  
чай имѣетъ въ виду Fr. 13. D. 41. 1 (Neratius).

Si procurator rem mihi emerit ex *mandato meo*, eique sit  
tradita meo nomine, dominium mihi et proprietas acquiritur  
*etiam ignoranti*.

Animus domini выраженъ въ порученіи специально, но всетаки  
dominus не знаетъ, въ какой моментъ приобрѣтается владѣніе <sup>11)</sup> <sup>12)</sup>.  
Напротивъ въ предыдущихъ мѣстахъ не говорится, какое порученіе  
получаетъ посредникъ; ясно только одно, что онъ порученіе имѣетъ  
(per liberam personam, veluti per *procuratorem*). При такомъ положе-  
ніи ignorantia domini можетъ имѣть и другой смыслъ: если порученіе  
общее, то принципаль можетъ не знать не только момента приобрѣ-  
тенія владѣнія, но и вообще того, что владѣніе приобрѣтается; гене-  
ральное порученіе обуславливаетъ ignorantia и наоборотъ ignorantia  
въ этихъ случаяхъ указываетъ на присутствіе генеральнаго поруче-  
нія т. е. на возможность приобрѣтенія владѣнія черезъ генеральнаго  
мандатара <sup>13)</sup> Это значеніе ignorantia поддерживается и другими мѣ-

<sup>11)</sup> Savigny Das Recht des Besitzes § 26. Ср. еще Schlossmann ib. p.  
130.

<sup>12)</sup> Fr. 42 § 1 D. 41. 2. Procurator si quidem *mandante domino* rem  
emerit, protinus illi acquirit possessionem; quod si *sua sponte* emerit, non, nisi  
*ratam habuerit* dominus emtionem. Этотъ фрагментъ говоритъ о специаль-  
номъ мандатѣ; во второмъ случаѣ procurator unius rei дѣйствуетъ за пре-  
дѣлами порученія.

<sup>13)</sup> Windscheid Pand. I § 155 not. 9 и др. тамъ цитированные, осо-

стами источниковъ, гдѣ говорится не о представительствѣ, но объ отношеніи аналогичномъ ему—приобрѣтеніи владѣнія черезъ подвластнаго. Fr. 1 § 5 D. 41. 2.

Item acquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam *ignorantes* .... quia nostra *voluntate* intelliguntur possidere, qui eis peculium habere permiserimus.

Fr. 3 § 12. D. 41. 2.

Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum, nec movere nos debet, quod quasdam etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt, nam *videmur eas eorundem et animo et corpore possidere*.

Ср. еще Fr. 44 § 1 D. 41. 2 и др.—Servus и filius, получивъ отъ домовладыки *concessio peculii*, приобретають ему владѣніе даже *ignoranti*. *Concessio peculii* подобно генеральному мандату и *ignorantia* домовладыки аналогична таковой же принципала.—Мѣсто *Pauli R. S. V. 2. 2.*

.... per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur,

на которое преимущественно опирались утверждавшіе, что приобретение владѣнія черезъ генеральнаго мандатара невозможно (*procurator*, дѣйствующій *absente domino*, долженъ испрашивать *ratihabitio*)<sup>14)</sup> и которое служить опорой и для Бринца, говорить не только о прокураторѣ, а о различныхъ посредникахъ: въ первомъ положеніи о прокураторѣ, во второмъ о представительномъ *negotiorum gestor*'ѣ<sup>15)</sup>. Слово *absentia* употреблено здѣсь не въ томъ смыслѣ, что *dominus* далъ порученіе, но при автѣ *arrehensio* не присутствовалъ, а въ томъ, что вслѣдствіе отсутствія онъ не могъ дать порученія и *arrehensio* совершается *negotiorum gestor*'омъ.

---

бенно *Bremer Zeitschrift f. C. und P. N. F. XI. 7. und XVII. 8. Hauser Stellvertretung im Besitze p. 12 fg. Hellmann p. 100.*

<sup>14)</sup> См. у *Holzschuer'a* p. 18.

<sup>15)</sup> *Zimmermann* p. 99. *Windscheid I § 155 not. 9.*

Такимъ образомъ возраженіе, вновь поднятое Бринцемъ, противъ приобрѣтенія владѣнія черезъ генеральнаго мандатара, должно быть отвергнуто. Справедливо то, что говорилъ еще *Донелл* въ своихъ *Commentaria*. I. V. C. 8 § 10 <sup>16)</sup>:

*sive specialiter* ei mandavimus de re certa, *sive generatiter*,  
ut nostra negotia gereret, jam ab initio hac mente fuimus, ut  
vellemus, quicquid hic nobis gereret, nobis acquiri

между генеральнымъ и спеціальнымъ мандатаромъ не дѣлается никакого различія.

Наконецъ остановимся еще на мнѣніи проф. *Schlossmann'a*, высказывающаго оригинальный взглядъ на представительство при приобрѣтеніи владѣнія <sup>17)</sup>. Основная мысль его сочиненія состоитъ въ томъ, что непосредственное приобрѣтеніе владѣнія (вопреки господствующему мнѣнію) допускается въ римскомъ правѣ не черезъ всякое свободное лице, а только черезъ прокуратора. Чтобы доказать это, авторъ старается опровергнуть существующее воззрѣніе на различіе между представителемъ и такъ назыв. посредственнымъ представителемъ (*Ersatzmann*), господствующее понятіе объ *alieno nomine agere*, затѣмъ выставляетъ особенное понятіе прокуратора и наконецъ объясняетъ смыслъ правила: *per liberam personam nihil acquiri potest*— и его неприменимость къ приобрѣтенію владѣнія. На этомъ послѣднемъ вопросѣ мы и остановимся теперь; всѣхъ предыдущихъ мы болѣе или менѣе близко касались уже раньше.

По мнѣнію автора приобрѣтеніе владѣнія черезъ свободное неподчиненное лице не допускалось. Это правило; но изъ него было исключеніе для приобрѣтенія владѣнія черезъ прокуратора. Подтвержденіе своего взгляда авторъ находитъ во первыхъ въ прямомъ свидѣтельствѣ источниковъ, а затѣмъ въ обсужденіи отдѣльныхъ предположеній, необходимыхъ для приобрѣтенія владѣнія черезъ прокуратора. Самое важное для него мѣсто есть *Pauli R. S. V. 2. 2*:

*Per liberam personam...* acquiri nobis nihil potest, sed per  
*procuratorem* acquiri nobis possessionem utilitatis causa receptum est.

<sup>16)</sup> *Holzschuer* p. 12.

<sup>17)</sup> *Besitzerwerb durch Dritte*. p. 79 fg. 125 fg.



Зачѣмъ это измѣненіе выраженій: *liberae personae*— *procurator*,— спрашиваетъ авторъ, если исключеніе изъ общаго правила имѣетъ силу одинаково для всѣхъ *liberae personae*, а не только для *procuratores*? Онъ приводитъ далѣе рядъ мѣстъ, гдѣ при вопросѣ о приобрѣтеніи владѣнія говорится только о прокураторѣ: Fr. 41. D. 41. 3; Fr. 13 D. 42. 1; Fr. 1 § 20 D. 41. 2; Fr. 8. C. 7. 32 и др.—Затѣмъ авторъ переходитъ къ обзорѣнію отдѣльныхъ предположеній приобрѣтенія владѣнія черезъ прокуратора и къ опроверженію тѣхъ мѣстъ источниковъ, которыя вопреки его теоріи говорятъ о приобрѣтеніи владѣнія *per liberas personas*.—Несоглашаясь съ *Schlossmann*'омъ относительно его теоріи, свои возраженія мы начнемъ съ этого послѣдняго вопроса.

Первое по времени мѣсто, гдѣ говорится о приобрѣтеніи владѣнія *per liberam personam* есть Fr. 1. C. 7. 32. (Severus et Antoninus) 196 года:

*Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem.... tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia receptum est.*

*Schlossmann* справедливо говоритъ, что акцентъ въ этомъ мѣстѣ, при его настоящей конструкціи, лежитъ не на *libera persona*, а на *ignoranti*; такимъ образомъ новизна этой конституціи состояла въ томъ, что отнынѣ возможно было приобрѣтать и *ignoranti domino* т. е. имѣя только общее порученіе (полномочіе). Но мнѣ кажется, что или заимствована не вся децизивная часть конституціи или заимствована не точно. Въ двухъ фрагментахъ это мѣсто понимается иначе Fr. 11 § 6 D. 13. 7 (Ulpian).

*Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur, adeo ut ne per procuratorem (plerumque) vel tutorem adquiratur: et ideo ipsi actione pigneraticia convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab imperatore nostro: posse per liberam personam possessionem adquiri. Nam hoc eo pertinet, ut possimus pignoris nobis obligari possessionem per procuratorem vel tutorem apprehendere: ipsam autem obligationem libera persona nobis non (semper) acquirit.*

и § 5 I 2 9.

*Ex his itaque apparet, per liberos homines—nulla ex causa nobis acquiri posse; et hoc est, quod dicitur: per extraneam personam nihil acquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam, veluti procuratorem, placet non solum scientibus,*

sed etiam ignorantibus nobis acquiri possessionem *secundum Divi severi constitutionem.*

Первое мѣсто ясно говорить, что конституція Севера допустила приобрѣтеніе владѣнія черезъ свободныхъ, неподвластныхъ лицъ. Слова: *adeo ut ne per procuratorem vel tutorem adquiratur*,—которыя подтверждаютъ для *Schlossmann'a* его мысль, указываютъ, по моему мнѣнію, на противоположное,—*per liberam personam... non adquiratur* даже до того, что нельзя приобрести черезъ прокуратора etc. Очевидно, что приобретение черезъ прокуратора имѣетъ преимущество предъ приобретениемъ вообще черезъ свободныхъ. И вотъ рядомъ съ этимъ юристъ говоритъ, что владѣніе можно приобрести черезъ всякое свободное лице т. е. не только черезъ прокуратора.—Точно также и § 5 I. 2. 9 понимаетъ смыслъ конституція. Черезъ свободныхъ, неподчиненныхъ лицъ нельзя приобрести ничего; но по исключенію владѣніе черезъ свободное лице, какъ напр. черезъ прокуратора, приобретать позволено, все равно, знаемъ-ли мы о моментѣ приобретения и вообще о приобретеніи владѣнія, или не знаемъ; такъ постановилъ Северъ въ своей конституція. Очевидно изъ построения этого мѣста, что новизна его состояла не только въ томъ, что можно приобретать черезъ генеральнаго мандатара, но и въ томъ, что стало возможнымъ приобретать черезъ свободныхъ лицъ. Слова: *veluti procurator*, которыя значать: напр. прокураторъ, не указываютъ, какъ думаетъ *Schlossmann* <sup>18)</sup> на то, что прокураторъ есть единственное свободное лице, могущее приобрести владѣніе для другаго; примѣръ указываетъ на общее правило. Такимъ образомъ выходитъ, что конституція Севера и Антонина допустила возможность приобретенія владѣнія вообще черезъ свободныхъ лицъ, между тѣмъ какъ до сихъ поръ допускалось приобретение только черезъ прокуратора; но та-же конституція допустила приобретение владѣнія для *dominus ignotans* т. е. черезъ посредство генеральнаго мандатара <sup>19)</sup>.—Противъ этого положенія выставляетъ *Schlossmann* <sup>20)</sup>, какъ возраженіе то, что и въ послѣдующее

<sup>18)</sup> р. 146.

<sup>19)</sup> Въ этомъ отношеніи, вѣроятно, оказалъ вліяніе на конституцію Папиньянъ, который въ Fr. 49 § 2 D. 41 2, также говоритъ объ *ignorantia*.

<sup>20)</sup> р. 145.

время говорить иногда о приобрѣтеніи черезъ procurator'a. Напр. Fr. 8. C. 7. 32:

Per procuratorem utilitatis causa possessionem... quaeri placuit.

Но вѣдь здѣсь не сказано, что владѣніе можно было приобрѣтать *только* черезъ прокуратора. Признаніе мѣньшаго само по себѣ, безъ всякихъ ограничительныхъ словъ, еще не исключаетъ признанія большаго.—Доказываемое положеніе о признаніи представительства при владѣніи вообще черезъ свободныхъ лицъ подтверждается и другими несомнѣнными свидѣтельствами. Таково мѣсто Ульпіана. Fr. 20 § 2 D. 41. 1.

Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.

Здѣсь особенно замѣчательно сопоставленіе procurator'a и libera persona: приобрѣтеніе собственности черезъ перваго оправдывается общимъ правиломъ, существующимъ относительно всѣхъ liberae personae. —И сказаннаго, кажется, уже достаточно, чтобы установить, что опроверженіе Schlossmann'омъ разобранныхъ мѣстъ не можетъ быть принято. Но есть и еще свидѣтельства источниковъ, говоряція противъ этой теоріи. Таковы Fr. 14 § 17 D. 47. 2; Fr. 53. D. 41. 1; Fr. 2 D. 41, 2.

Что касается положительныхъ доказательствъ теоріи Schlossmann'a, то, какъ сказано, они представляются во первыхъ въ видѣ ряда мѣстъ, трактующихъ объ этой матеріи, во вторыхъ въ обсужденіи тѣхъ предположеній, которыя необходимы для приобрѣтенія владѣнія черезъ представителя. —Мѣста источниковъ (см. выше стр. 75), свидѣтельствующія, что владѣніе можетъ быть приобрѣтено черезъ прокуратора, не говорятъ, чтобы это было возможно только черезъ него; ихъ можно, по моему мнѣнію, соединить съ мѣстами, трактующими о libera persona, признавъ, что представительство при владѣніи было допущено впервые только для прокуратора, а потомъ было распространено на всѣхъ неподвластныхъ лицъ. Пользуясь прокураторомъ всесторонне въ области правоваго оборота при старомъ порядкѣ, Римляне, когда у нихъ созрѣла идея представительства, естественно приложили ее прежде всего къ прокуратурѣ, какъ къ наиболѣе частому и обставленному большъ-

шими полномочіями посредничеству. И только потому выработалось положеніе, что владѣніе можно приобрѣсть черезъ всякое свободное лице. Тогда-то исключеніе стало соответствовать общему правилу: *per liberam personam nihil acquiri potest, excepto eo, quod per liberam personam placet nobis acquiri possessionem.*

Переходя къ разбору отдѣльныхъ предположеній приобрѣтенія владѣнія, *Schlossmann* останавливается на двухъ вопросахъ: званія принципала относительно совершаемаго прокураторомъ *apprehensio* и на томъ, *cujus nomine* совершается *apprehensio*.—Въ первомъ вопросѣ авторъ наталкивается на 'противоположность между двумя положеніями: овладѣніемъ со стороны прокуратора *mandante domino* и приобрѣтеніи владѣнія *etiam ignoranti domino*. Чтобы выяснить вполне это противоположеніе онъ старается ближе опредѣлить, что разумѣется подъ первымъ (въ Fr. 42 § 1 D. 41. 2; Fr. 13 p. D. 41 1) и вторымъ. Относительно перваго положенія авторъ справедливо говоритъ <sup>21)</sup>, что оно указываетъ на спеціальнй мандатъ и не можетъ обозначать мандата генеральнаго. Но его объясненіе втораго положенія едва-ли удачно. *Etiam ignorati acquiritur possessio* (въ Fr. 49 § 2. D. 41 2; Fr. 34 § 1. D. eod. t.; Fr. 47 D. 41 3; Fr. 13 § 1 D. 41 1; Fr. 14 § 17 D. 47 2) означаетъ, по мнѣнію автора, только то, что прокураторъ приобрѣтаетъ владѣніе принципалу даже тогда, когда этотъ не имѣетъ *animus possidendi*, что слѣдовательно *apprehensio*, предпринятое безъ всякаго порученія или ратихабиціи со стороны принципала, дѣлаетъ послѣдняго владѣльцемъ.—Если авторъ хочетъ этимъ сказать, что принципальъ приобрѣтаетъ владѣніе *animo et corpore* прокуратора, то съ этимъ слѣдуетъ согласиться; но если онъ утверждаетъ, что прокураторъ приобрѣтаетъ владѣніе *безъ всякаго* порученія отъ принципала; то это неправда. Впрочемъ особенность взгляда автора обуславливается особеннымъ его воззрѣніемъ на прокуратуру, о чемъ мы подробно говорили во второмъ параграфѣ второй главы.—Пытаясь разрѣшить противорѣчіе между указанными положеніями, которое конечно существуетъ, авторъ не находитъ другаго средства достигъ этого по отношенію къ Fr. 13 p. D. 41 2 (*Neratius*), какъ выбросить одно изъ

<sup>21)</sup> p. 128.

противорѣчащихъ выраженій <sup>22)</sup>. Но, по нашему мнѣнiю, здѣсь *ignogantia* должно понимать въ томъ смыслѣ, какъ говорилъ Савини <sup>23)</sup>, что вполне соединимо даже со специальнымъ мандатомъ. Разнорѣчiе прочихъ мѣстъ авторъ объясняетъ <sup>24)</sup> историческою послѣдовательно-стью ихъ между собою; мѣста, упоминающiя объ *ignogantia domini* принадлежатъ позднѣйшему времени, чѣмъ неговорящiя объ этомъ моментѣ или исключаящiя (по смыслу) его; первыя очевидно содержатъ новое правило, быть можетъ созданное или окончательно установленное конституцiей С. Севера и Антонина К. 196 года. — Къ этому объясненiю я вполне присоединяюсь.

Наконецъ остановимся еще на попыткѣ *Schlossmann'a* объяснить положенiе: *apprehendere suo или alieno nomine*. Авторъ <sup>25)</sup> справедливо говоритъ, что *suo* и *alieno nomine* въ источникахъ не всегда значить: на свое и на чужое имя въ смыслѣ объективнаго направленiя акта на себя или на принципала. Эти выраженiя употребляются часто въ смыслѣ: въ интересѣ, за счетъ или на счетъ <sup>26)</sup>, напр. (кромѣ приведенныхъ *Schlossmann'омъ* р. 36 fg.) въ Fr. 11 D. 9. 4—*servi nomine*; Fr. 4 § 4 D. 3 3—*rei nomine*; Fr. 7 D. 12 4; Tit. D. 15 1—*dotis, depositi, sumptuum, aedium peculiarium nomine*. Fr. 18 § 1 D. 36 3. *fideicommissi nomine*. Иногда же совершенно въ особенномъ смыслѣ: Fr. 31 p., 56 D. 3 3 *procuratorio nomine*. Fr. 18 § 1 D. 19 1 *evictionis nomine etc.* Итакъ *nomine* не имѣетъ въ источникахъ технического значенiя; но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы это выраженiе не имѣло между прочимъ значенiя: на свое, на чужое имя, отъ своего, отъ чужаго имени. Таковъ смыслъ его въ Fr. 1 § 20. D. 41 2; Fr. 47 D. 41 3; Fr. 33 D. 3 3; Fr. 39 § 16 D. 3 3. Здѣсь *nomine* есть признакъ объективнаго направленiя акта на принципала т. е. характерный признакъ представительства. Fr. 1 § 20 D. 41 2.

<sup>22)</sup> р. 135.

<sup>23)</sup> Именно, что принципалъ, давшiй специальное порученiе, не знаетъ однако о моментѣ приобрѣтенiя владѣнiя.

<sup>24)</sup> р. 126—127, 137 fg.

<sup>25)</sup> р. 151.

<sup>26)</sup> Ср. *Laband. Zeitschrift f. d. gesammte Handelsrecht* В. X. 4. р. 196. *Scheurl Kritische Ueberschau*. В. I. р. 325.

*Per procuratorem, tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accomodarent, nobis non possunt acquirere. Alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidendi, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.*

Владѣніе приобрѣтается черезъ представителя—прокуратора непосредственно, такъ какъ онъ самъ не имѣетъ *animum possidendi* и не получаетъ владѣнія; объ немъ говорится, что онъ дѣйствуетъ *alieno nomine* (не только за чужой счетъ, но и отъ чужаго имени).

Fr. 13 D. 41 1.

*Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine ...*

Къ чему было юристу говорить: *meo nomine*, послѣ того какъ онъ сказалъ: *emerit mihi, ex mandato meo*, если *meo nomine* выражало-бы только намѣреніе прокуратора дѣйствовать *для меня* (но не на мое имя)? <sup>27)</sup>.

*Schlossmann* <sup>28)</sup> говорить далѣе, что значеніе именъ въ смыслѣ: на чужое имя—не приложимо при приобрѣтеніи владѣнія. Но помимо того уже, что въ только-что приведенномъ Fr. 1 § 20 говорится о приобрѣтеніи владѣнія, слѣдуетъ сказать еще, что доказательства автора въ пользу его мнѣнія шатки. Онъ говоритъ (р. 31, 32), что именъ въ смыслѣ противоположной теоріи возможенъ при двустороннихъ (обязательственныхъ) актахъ, но при владѣніи, какъ актъ одностороннемъ невозможенъ. Напрасно однако авторъ умаляетъ договорный характеръ традиціи (владѣнія) <sup>29)</sup>. Традирующій не только можетъ знать и принять во вниманіе, что акціонистъ совершаетъ актъ *alieno nomine* т. е. направляя его непосредственно на принципала; но онъ долженъ это знать, ибо объективно опредѣленное имъ направление акта

<sup>27)</sup> Ср. *Ihering. Jahrb.* I р. 325, 329.

<sup>28)</sup> р. 32, 151.

<sup>29)</sup> Ср. еще *Schlossmann* въ *Zeitschrift von Grünhut* В. VIII и IX и возраженіе ему *Zoll* ibidem Bd. IX.

имѣеть рѣшающее значеніе въ томъ случаѣ, если акципентъ противъ выраженной воли традента не спорить, хотя-бы внутренно и не былъ съ нею согласенъ; его собственное намѣреніе (хотя бы и противоположное) не принимается во вниманіе, потому-что остается невыраженнымъ <sup>80)</sup>; субъективная воля акципента, идущая въ разрѣзъ съ объективно выраженнымъ традентомъ направленіемъ акта, не имѣеть силы <sup>81)</sup>. Воля традента слѣдовательно участвуетъ въ опредѣленіи акта, почему этотъ послѣдній и нельзя назвать одностороннимъ. Хотя традицію и нельзя поставить на одну линію съ обязательственными договорами, но и здѣсь возможно установленіе того или другаго объективнаго направленія сдѣлки по соглашенію сторонъ. Наконецъ объективное направленіе акта возможно не только при традиціи, но и при другихъ способахъ приобрѣтенія владѣнія <sup>82)</sup>.—Въ виду сказаннаго утвержденіе *Schlossmann'a*, что *arrehendere suo* или *alieno nomine* имѣеть только смыслъ: въ интересъ или за счетъ—не можетъ быть принято.

Оканчивая этимъ разборъ отдѣльныхъ предположеній *Schlossmann'a*, необходимыхъ для приобрѣтенія владѣнія черезъ представителя и не находя въ нихъ ничего особенно подтверждающаго его теорію, приходимъ къ выводу, что эта теорія должна быть отвергнута, тѣмъ болѣе что попытка *Schlossmann'a* опровергнуть смыслъ фрагментовъ, трактующихъ о приобрѣтеніи владѣнія черезъ свободныхъ лицъ вообще, какъ мы старались показать, неудачна. Нельзя сказать, что представительство при владѣніи было возможно только черезъ прокуратора. Таково было только первоначальное положеніе, впослѣдствіи же было допущено представительство вообще свободныхъ лицъ при приобрѣтеніи владѣнія, а черезъ него и собственности. Такъ установилось первое изъятіе изъ общаго правила: *per liberam personam nihil acquiri potest*.

Представительство въ области обязательствъ.

Общее правило о невозможности представительства при всякаго рода юридическихъ актахъ, выясненное въ первой главѣ, находитъ

<sup>80)</sup> *Windscheid* Pand. I § 155 not. 7. Ср. *Hauser* ib. p. 19 fg.

<sup>81)</sup> *Ihering* Jahrb. I. p. 320.

<sup>82)</sup> *Ihering*. Jahrb. I. p. 333 fg.

себѣ подтвержденіе въ источникахъ и по отношенію къ отдѣльнаго рода правамъ. Такъ въ области обязательствъ правило: *per liberam personam nihil acquiri potest*—специализуется такъ: Fr. 126 § 2 D. 45. 1.

*per liberam personam, quae neque juri nostro subiecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus.*

Черезъ свободное лице нельзя приобрѣсть никакого обязательства. Еще болѣе частное примѣненіе общаго правила находимъ мы въ слѣдующихъ фрагментахъ. Fr. 11 § 6, 7. D. 13. 7:

*Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur.... ipsam autem obligationem libera persona nobis non (semper) acquirat.*

*Semper* вставлено компиляторами юстиніанова кодекса въ виду существовавшихъ уже къ тому времени исключеній изъ общаго правила. Fr. 11 D. 44. 7.

... *neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.*

Здѣсь запрещаются *pignus, stipulatio, emtio-venditio* и вообще *contractus* съ прямымъ дѣйствіемъ для заступаемаго <sup>1)</sup>).

Fr. 3 p. 43. 24

*per liberam personam actio acquiri non solet.*

Ср. еще Fr. 8 § 17 D. 45. 1; Fr. 12 p. D. 42. 5; Fr. 49 § 2 D. 41 2.

Такое же частное приложеніе общаго правила находится и въ Кодексѣ: Fr. 3. C. 4. 12 и въ Институціяхъ § 4, 19, I. 2. 19. Fr. 4, 19. I. 2. 19.

Но и въ области обязательствъ жизненная потребность мало по малу подкопала и наконецъ пошатнула исконный принципъ, давъ поводъ къ образованію исключеній изъ него. На выработку этихъ послѣднихъ имѣло большое вліяніе то обстоятельство, что уже раньше было признано представительство при владѣніи. *Dominus*, приобрѣвшій владѣніе черезъ представителя, конечно могъ черезъ него-же продол-

<sup>1)</sup> См. толкованіе послѣдняго фрагмента выше на стр. 14—16.



жать владѣніе и отчуждать его <sup>2)</sup>). Съ отчужденіемъ владѣнія можетъ быть отчуждена и собственность, отчужденіе-же собственности нерѣдко служитъ основаніемъ возникновенія обязательственныхъ отношеній. Признаніе представительства при владѣніи дало поводъ допустить его и въ нѣкоторыхъ обязательствахъ. Такъ появилось представительство при договорѣ займа (*mutuum*) на томъ основаніи, что съ одной стороны третье лице получало черезъ представителя отъ имени представляемаго собственность на извѣстную сумму денегъ, съ другой это обстоятельство перенесенія собственности создавало для получившаго обязательство отдать полученное.

Когда впервые появилось представительство при *mutuum*, рѣшить положительно едва-ли возможно; можно сказать, что оно появилось вслѣдъ за признаніемъ представительства при владѣніи, ибо объ немъ уже упоминаетъ юристъ *Африканъ* (Fr. 34 p. D. 17 1), жившій приблизительно въ одно время съ юристомъ *Нераціемъ*, впервые засвидѣтельствовавшимъ намъ возможность представительства при владѣніи; еще яснѣе говоритъ о представительствѣ при *mutuum* юристъ *Аристотонъ* (Fr. 9 § 8 D. 12 1), современникъ *Нерація*.—Впослѣдствіи исключеніе при *mutuum* изъ общаго правила было многократно повторено и разработано. Такъ въ Fr. 126 § 2 D. 45. 1 мы находимъ сопоставленіе общаго правила и исключенія <sup>3)</sup>:

*Per liberam personam... obligationem nullam acquirere possumus; plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur.*

Для возникновенія *obligationis pecuniae creditae* достаточно, если *liber homo* даетъ деньги другому отъ нашего имени съ обязательствомъ для того возвратить ихъ намъ. Чьи будутъ деньги—наши-ли или посредника, это не имѣетъ значенія (*vel suam, vel nostram*). Не имѣетъ также значенія и то обстоятельство: будетъ-ли дано посреднику порученіе или нѣтъ. Это подтверждается въ Fr. 9 § 8 D. 12 1.

<sup>2)</sup> *Buchka* ib. p. 81. *Hauser* ib. p. 31. *Windscheid* Pand. p. 477 fg. *Schmid* Cession p. 385. Проф. *Мутюковъ*. Курсъ p.

<sup>3)</sup> *Savigny* Obl. p. 67. *Brins* K. B. p. 24 fg. *Vangerow* Pand. p. 310. Ср. *Scheurl*. Jahrb. p. 328 fg. *Ihering* Jahrb. p. 99 fg.

*Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos, absente te et ignorante, Aristo scribit: acquiri tibi conductionem. Julianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit: veram esse Aristonis sententiam, nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dedero, tibi acquiratur obligatio, quum quotidie, credituri pecuniam mutuam, ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.*

Absentia и ignorantia domini конечно могут быть объяснены и такъ, что dominus, давши специальное поручение, не знаетъ о моментѣ совершенія акта <sup>4)</sup>, или такъ, что dominus даетъ генеральное поручение и вообще не знаетъ, когда и какъ совершается актъ <sup>5)</sup>. Но противъ того и другаго толкованія говорить прямой смыслъ даннаго фрагмента и другіе фрагменты, тракующіе о той же матеріи (напр. Фг. 4 С. 4 2 см. ниже). Фрагментъ данный заключаетъ въ себѣ два рѣшенія *Аристона* и *Юліана* (сообщено и подтверждено *Ульпианомъ*), въ которыхъ противопологаются дѣйствія представителя *absente et ignorante domino* (т. е. sine voluntatem) и *voluntate domini* (по порученію). Конечно absentia и ignorantia могутъ быть на лицѣ при генеральномъ порученіи, какъ это мы видѣли при приобрѣтеніи владѣнія, но Фг. 4. С. 4. 2 не оставляетъ никакаго сомнѣнія, что эти термины понимаются здѣсь въ своемъ прямомъ значеніи <sup>6)</sup>:

<sup>4)</sup> *Savigny System B. IV p. 123 not. Buchka p. 85.—Hellmann p. 56* предполагаетъ поручение.

<sup>5)</sup> *Brinz K. V. p. 25—32. Pand. p. 1609, 1610*, который измѣняетъ первую половину фрагмента такъ: *si nummos meos tuo nomine dedero, voluntate tua, sed absente te et ignorante*, признавая, что слова: *velut tuos* (имъ выпущенныя) рядомъ съ словами: *tuo nomine*—излишни. Противъ послѣдняго справедливо говорить *Zimmermann p. 303 not. 406*, что признаніе представительства при *mutuum* и еще съ такими особенностями, какъ *absente et ignorante domino*, было ново для Римлянъ (особенно во время *Аристона*, который, повидимому, высказалъ это положеніе впервые); неудивительно поэтому, что юристъ впалъ въ многословіе. Да и не слишкомъ ли много ожидать, чтобы римскій юристъ того времени не сказалъ ни одного лишняго слова?

<sup>6)</sup> *Ihering Jahrb. II p. 100 fg.*

Si *absentis pecuniam nomine ejus foenori dedisti ac reprobatō nomine mandatis actionibus experiris, praeses provinciae jurisdictionem suam praebebit.*

Если бы *absens* далъ порученіе (общее) совершить вмѣсто него *foenus*, то онъ не могъ-бы *reprobare* помен. И не смотря на такое отсутствіе порученія для принципала возникаетъ обязательство займа, ибо онъ получаетъ право на искъ, которое потомъ можетъ уступить представителю (*mandatis actionibus*) <sup>7)</sup>.— Впрочемъ будетъ ли рѣшенъ этотъ вопросъ такъ или иначе, будетъ-ли признана въ указанномъ мѣстѣ наличность порученія или нѣтъ, во всякомъ случаѣ несомнѣнно, что всѣ указанные фрагменты допускаютъ представительство при *mutuum*. Посредникъ здѣсь дѣйствуетъ *alieno nomine*, представляемый приобретаетъ обязательство непосредственно, при томъ или на основаніи своего порученія (*voluntate*) или безъ него (при наличности явной или молчаливой ратихабиціи, *non reprobatō nomine*). Подтвержденіе признанія въ этихъ случаяхъ представительства можно еще найти въ Fr. 2 § 4. D. 12. 1.

In mutui datione oportet dominum esse dantem, nec cbest, quod filius familias et servus, dantes peculiare nummos obligant; id enim tale est, quale si *voluntate mea* tu des pecuniam; nam *mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint.*

Ср. еще Fr. 35 § 2 D. 39. 5; Fr. 34 p. D. 17. 1; Fr. 15, 26, 27 D. 12. 1; Fr. 6 § 1 D. 3. 5.

Проф. Герингъ <sup>8)</sup> обобщаетъ приведенные фрагменты и идетъ въ своихъ выводахъ дальше, чѣмъ другіе ученые. Онъ признаетъ представительное заступленіе не только при *mutuum*, но при всѣхъ реальныхъ договорахъ (исключая *contractus innominati*); онъ признаетъ далѣе, что вообще при всѣхъ правоотношеніяхъ, гдѣ на основаніи *dare* возникаетъ обязанность къ отдачѣ взятаго, дающій, совершая актъ *datio* отъ имени другаго лица, можетъ приобрести этому послѣднему

<sup>7)</sup> *Zimmermann* p. 302 note считаетъ здѣсь возможнымъ генеральный мандатъ, но въ подробности не входитъ.

<sup>8)</sup> *Jahrbb.* II 87—120. *Schliemann Zeitschrift für Handelsrecht.* B. XVI 1. p. 1. проф. *Митюковъ* p. 45.

право требованія <sup>9)</sup>). Такъ какъ это требованіе возникаетъ непосредственно и актъ посредника не есть его собственный; то здѣсь, говорить авторъ, находятся на лицѣ всѣ признаки представительства. Такое отношеніе существуетъ кромѣ *mutuum* при *commodatum*, *depositum*, *pignus* и во всѣхъ случаяхъ *dare ob causam* (*condictio ob causam datorum*, *sine causa*, *ob turpem causam*), *dos* и *donatio propter nuptias* <sup>10)</sup>). Хотя о нѣкоторыхъ изъ этихъ правоотношеній ничего не сказано въ источникахъ, но общее правило, лежащее въ ихъ основаніи, по мнѣнію Иеринга, столь очевидно, что даетъ право дополнить положенія римскихъ юристовъ.—Но какъ ни убѣдительна теорія Иеринга по своей дедукціи, она дѣйствительно не находитъ себѣ подтвержденія въ источникахъ; дополненіе-же ихъ—дѣло очень опасное. Противъ теоріи говоритъ прежде всего Fr. 11 § 6 D. 13. 7, приведенный выше на стр 85: *per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur etc* и § 7 того-же титула. Оба параграфа говорятъ, что нельзя установить черезъ представителя договора *pignus* ни съ активной, ни съ пассивной стороны <sup>11)</sup>). *Plerumque* и *semper*—интерполяціи Трибоніана для соглашенія мѣста съ послѣдующими распоряженіями Юстиніана <sup>12)</sup>). Съ такимъ пониманіемъ данныхъ параграфовъ не соглашается *Hellmann* <sup>13)</sup>, выступившій съ своей теоріей, что представительство въ римскомъ правѣ признавалось издавна и исполнѣ. Онъ, опираясь главнымъ образомъ на Fr. 21 p. D. 20 1, признаетъ представительство и при *contractus pignoratiticius*. Въ фрагментѣ 11 § 6, 7 *cit.* авторъ не видитъ никакого отношенія къ представительству; по его мнѣнію здѣсь отрицается не представительство, а просто *acquisitio pignoratiticiae actionis per liberam personam* (!) Это подтверждается для него прибавкой: *et ideo ipsi actione pignoratiticia convenientur*. Если *libera persona* (*procurator*, *tutor*) отвѣчаетъ по иску само, то, очевидно, оно дѣйствуетъ *suo*, а не *alieno nomine*. Если-же

<sup>9)</sup> p. 100.

<sup>10)</sup> p. 113.

<sup>11)</sup> *Zimmermann* p. 303, 311 fg. *Schmid* Cession p. 383 fg. *Windscheid* II p. 182.

<sup>12)</sup> Ср. напр. *Zimmermann* p. 311 fg.

<sup>13)</sup> p. 53, 75 fg.

признать, что оно дѣйствуетъ *alieno nomine*, то его актъ не можетъ произвести послѣдствій для него, онъ (въ силу Fr. 11 D. 44. 7) ничтоженъ.—Но такое толкованіе не можетъ быть принято. *Hellmann* понимаетъ, повидимому, данныя слова такъ: черезъ свободное лицо, дѣйствующее *suo nomine*, хотя и по нашему порученію, нельзя приобрѣсть непосредственно; поэтому напр. прокураторъ, взявъ въ заемъ *suo nomine* и установивши закладное право, самъ и отвѣчаетъ по иску; противъ принципала до уступки ему всего правоотношенія никакой искъ невозможенъ. Такое пониманіе совершенно согласно съ прямымъ смысломъ фрагмента. Но слѣдуетъ-ли отсюда, что онъ вовсе не имѣлъ въ виду представительства (непосредственного приобрѣтенія *alieno nomine*), слѣдуетъ-ли, что представительство возможно, лишь-бы только посредникъ—прокураторъ дѣйствовалъ не *suo*, какъ здѣсь, а *alieno nomine*? По моему мнѣнію—нѣтъ. Фрагментъ имѣетъ конечно въ виду дѣйствія прокуратора въ ихъ первоначальномъ смыслѣ—*suo nomine* и за чужой счетъ; но изъ смысла того-же фрагмента видно, что дѣятельность прокуратора *alieno nomine* была въ данномъ случаѣ еще немыслима. Во второй половинѣ параграфа говорится, что владѣніе заложеннымъ предметомъ черезъ представителя приобрѣсть можно, но самаго обязательства *pignoris*—нельзя. Такимъ образомъ первая часть параграфа говоритъ, что *pignoris obligatio* нельзя приобрѣсть непосредственно черезъ свободное лицо, дѣйствующее *suo nomine*; вторая-же даетъ понять, что невозможно непосредственное приобрѣтеніе и черезъ свободное лицо, дѣйствующее *alieno nomine* т. е. черезъ представителя. Также должно понимать и слѣдующій седьмой параграфъ того-же фрагмента:

*Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit ipse agere pignoratitia poterit...*

Мнѣніе *Hellmann'a* подтверждается повидимому фрагментомъ 21 D. 20 1:

*Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore vel ratam habente me conventionem vel mandante, quasi inter me et colonum meum convenisse videtur,*

который по внѣшности удовлетворяетъ всѣмъ требованіямъ приобрѣтенія черезъ представителя. Нѣкоторые ученые <sup>14)</sup> считаютъ это мѣсто

<sup>14)</sup> Ср. *Windscheid* § 73 not.

исправленнымъ компиляторамъ подобно Fr. 11 § 6 cit. Но другіе справедливо говорятъ, что оно не носитъ никакихъ слѣдовъ исправленія. Противорѣчіе фрагмента съ Fr. 11 § 6 и съ мнѣніемъ о невозможности *ignoris obligatio* черезъ представителя пытаются <sup>15)</sup> объяснить, признавая здѣсь прокуратора нунціемъ. Но понятіе нунція въ римскомъ смыслѣ (приравниваемаго къ письму: *per nuntium vel per epistolam*. Fr. 2 D. 2. 14 etc.) здѣсь неприложимо.—Слова: *quasi, videtur*—показываютъ, что здѣсь не представительство, а явленіе аналогичное ему,—приобрѣтеніе черезъ прокуратора съ *actiones utiles* для принципала <sup>16)</sup>. Фрагментъ вовсе не упоминаетъ объ искѣ принципала; между тѣмъ, если-бы здѣсь былъ прямой, а не аналогичный (*utilis*) искъ, то юристъ непременно упомянулъ-бы о немъ въ виду противорѣчія другихъ мѣстъ источниковъ.

Такимъ образомъ въ источникахъ нѣтъ подтвержденія мнѣнія Іеринга по отношенію къ договору *ignus*, напротивъ есть мѣста, противорѣчащія ему.—Точно также его теорія не находитъ подтвержденія въ источникахъ и относительно прочихъ реальныхъ номинатныхъ договоровъ—*depositum* и *commodatum*. Относительно *commodatum* нѣтъ вообще никакихъ свидѣтельствъ въ интересующемъ насъ отношеніи <sup>17)</sup>. Относительно *depositum* есть мѣсто, утверждающее противное Іерингу. Fr. 6. C. 5. 16. Іерингъ <sup>18)</sup> напротивъ видитъ въ немъ подтвержденіе своей теоріи, но ему справедливо возражаютъ <sup>19)</sup>, что фрагментъ трактуетъ не объ *actio depositi*, а относительно вопроса о собственности.—Напротивъ мысль Іеринга должно признать вѣрною по отношенію къ *condictiones ob causam datorum*. Рядъ мѣстъ изъ источниковъ указываетъ, что посредникъ, передавъ что-либо по недостаточной *causa* отъ имени другаго, приобретаетъ послѣднему непосредственно *condictio*. Таковы напр. Fr. 47 D. 12 6:

<sup>15)</sup> *Ihering* Jahrb. p. 107. *Zimmermann* p. 312 и у него указанные *Dernburg* Pfandr. I p. 204 fg. *Scheurl* Krit. VI Schr. II p. 444, 445.

<sup>16)</sup> *Mühlenbruch* Cession. p. 108 not. 222. *Schmid* Cession p. 426, 427. *Unger* Jahrb. X p. 6 not.

<sup>17)</sup> *Actiones utiles commodati* и *depositi* относятся не сюда. Ср. *Unger* Jahrb. X p. 46, 47 и тамъ цитированные.

<sup>18)</sup> p. 109.

<sup>19)</sup> *Zimmermann* n. 304 fg. *Windscheid* II § 313 not. 3.

Indebitam pecuniam per errorem promisisti; eam, qui pro te fidejusserit, solvit. Ego existimo, si nomine tuo solverit fidejussor, te fidejussori, stipulatorem tibi obligatum fore, nec expectandum esse, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur.... Fr. 14 D. 12 4. Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit: sed ipse dominus tenetur. Fr. 9 p D. 12 4; Fr. 6 p. § 3 D. 12. 6 etc. <sup>20)</sup>.

Конечно эти *condictiones* при указанныхъ условіяхъ являются слѣдствіемъ представительнаго заступленія; но это не новое исключеніе изъ правила, а логическое послѣдствіе признанія представительства при *mutuum*, такъ какъ *condictiones datorum* возникаютъ изъ отношеній, аналогичныхъ *mutuum* <sup>21)</sup> и иногда даже называются *quasi mutua* <sup>22)</sup>.

Итакъ въ области контрактовъ представительство допускалось только при *mutuum* и аналогичныхъ ему явленіяхъ. Это подтверждается еще Fr. 15 D. 12 1, гдѣ говорится: *singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam*, и это *singularia* состоитъ здѣсь въ томъ, что *mutuum* совершается не прямой передачей денегъ кредиторомъ будущему должнику, а передачей послѣднему другимъ должникомъ перваго по его порученію и на его имя т. е. передачей черезъ представителя. Такой способъ совершенія *mutuum* былъ принятъ конечно въ виду практическаго облегченія (*benigne receptum est*. Fr. 34 p. D. 17 1) и быть можетъ въ такихъ случаяхъ впервые появилась идея представительства при этомъ договорѣ <sup>23)</sup>.

Среди обязательственныхъ отношеній, лежащихъ внѣ области со-

<sup>20)</sup> *Buchka* p. 81 fg. *Schmid* p. 375 fg. *Zimmermann* p. 306 fg. *Ihering* g. 113.

<sup>21)</sup> Проф. *Мутюковъ*. Курсъ p. 251.

<sup>22)</sup> *Verfing* Geschichte und Pandecten. p. 385.

<sup>23)</sup> Римскіе юристы сначала стремились найти юридическое оправданіе этому небывалому дотолѣ явленію (ср. *Ihering* p. Jahrb. II *Buchka* p. *Windscheid* II § 313), но а вѣроятно не сѣялись съ нимъ и оно не перестало быть страннымъ.

tractus, признають обыкновенно представительство при *constitutum*. Опираются при этомъ на слѣдующія мѣста Fr. 14 § 3 D. 13 5; Fr. 15; Fr. 5 § 6; Fr. 5 § 9 eod. <sup>24)</sup>. Но первые два носомѣнно говорить о нунціѣ Fr. 14 § 3 D. 13 5.:

Constituere autem et praesentes et absentes possumus sicut pacisci et *per nuntium* et per nosmet ipsos et quibuscunque verbis.

Fr. 15 Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum quod *per liberam personam adquirimus*, quia *ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur*.

Выраженіе послѣдняго мѣста: *ministerium*—указываетъ на чисто служебную, несамостоятельную дѣятельность посредника, какова и есть дѣятельность нунція; это подтверждается далѣе фразой: *per liberam personam adquirimus*, которая, какъ мы выше видѣли, употребляется обыкновенно для обозначенія представительнаго приобрѣтенія; здѣсь же она признается непримѣнимой, потому что здѣсь представительства нѣтъ.—Остановимся далѣе на Fr. 5 § 6 eod.

Julianus libro undecimo Digestorum scribit: procuratori constitui posse, quod Pomponius ita interpretatur, ut ipsi procuratori constituas te soluturum, non domino.

*Hellmann* <sup>25)</sup> понимаетъ смыслъ этого фрагмента такъ: прокураторъ вѣрителя можетъ замѣнить послѣдняго при совершеніи *constitutum* такимъ образомъ, что внѣшная дѣятельность—принятіе *constitutum* отъ должника совершается прокураторомъ, *constitutum* же дается принципалу.—Но прямой и буквальный смыслъ этого мѣста указываетъ, что *constitutum* дается прокуратору, хотя и за должное принципалу <sup>26)</sup>. Такимъ образомъ должно придти къ заключенію, что черезъ свободнаго представителя невозможно было совершить *constitutum* его принципалу. Ср. еще. Fr. 5 § 2, 6—10 D. 13 5.

<sup>24)</sup> *Hellmann* p. 56 fg.

<sup>25)</sup> p. 57.

<sup>26)</sup> *Constitutum* actori municipum vel tutori pupilli vel curatori furiosi etc. считаютъ представительствомъ (*Buchka* p. 62 not. *Mühlenbruch* p. 95, 136. *Zimmermann* p. 104 и др.), но это не относится къ свободному представительству.



Наконецъ въ области обязательственныхъ правъ есть еще исключеніе изъ общаго правила о невозможности представительства, именно при *solutio*. Если одинъ платилъ напр. долгъ другаго по его порученію (спеціальному или генеральному и въ послѣднемъ случаѣ даже *ignorante domino*) и отъ его имени <sup>27)</sup>, то обязательство погашалось и при томъ такъ, какъ будто его выполнялъ самъ должникъ, которому поэтому и давался *condictio indebiti* въ случаѣ уплаты недолжнаго. Fr. 6 C. 4 5... *hanc ei, cujus nomine soluta est, restitui* <sup>28)</sup>. Исключеніе здѣсь очевидно; необходимо только остановиться на общемъ правилѣ, въ которомъ выставлено настоящее исключеніе. Оно формулируется такъ: *solvere pro ignorante et invito cuique licet...* *Ignorans dominus* можетъ быть и при порученіи (генеральномъ) съ его стороны платящему представителю или когда платящій дѣйствуетъ, какъ *negotiorum gestor*; но: *invitus dominus*—едва ли можно соединить съ уплатой черезъ представителя. Мнѣ кажется, что *solutio pro alio invito et ignorante* появилось у Римлянъ раньше представительства въ силу стараго правила (*juris civilis*): *licere etiam ignorantis invitique militem conditionem facere* (Fr. 39 D. 3. 5), <sup>28a)</sup> и только потомъ юристы разсмотрѣли въ немъ представительный характеръ. Поэтому-то *Гай* (Fr. 5 3 D. h. t.) и *Помпоній* (Fr. 23 D. h. t.) говорятъ еще объ *invitus et ignorans dominus*, а *Марціанъ* (Fr. 40 D. h. t.) и *Ульпіанъ* (Fr. 31 p. D. 5. 3) говорятъ или только объ *ignorans dominus* или въ еще болѣе общихъ выраженіяхъ. Правда, что *invitus dominus* встрѣчается снова въ институціяхъ Юстиніана (р. I. 3 29); но туда это выраженіе могло попасть только потому, что оно было у одного изъ цитированныхъ въ пандектахъ авторовъ.—На признаніе исключенія при *solutio* имѣло конечно вліяніе признаніе представительства при владѣннн и собственности.—Вотъ всѣ исключенія, которыя были признаны въ области обязательственныхъ правъ.

---

<sup>27)</sup> Если онъ платилъ отъ своего имени, то должникъ не освобождался и обязательство не погашалось. Fr. 31 p. D. 5 3.

<sup>28)</sup> *Ihering* Jahrbh. II p. 95. *Zimmermann* p. 301. *Нерсесовъ* р. напротивъ *Unger* Oesterr. Privatr. § 90 p. 136 not. 27. *Puchta* Vorles p. 417. not. 2.

<sup>28a)</sup> *Eisele* p. 41.

## Представительство въ закладномъ правѣ.

Въ позднѣйшее время Рима появляется исключеніе по отношенію къ закладному праву, именно благодаря одной конституціи импер. Юстиніана (530 года); до тѣхъ же поръ приобрѣтеніе закладнаго права черезъ представителя было невозможно. Fr. 2 C. 4 27:

Quum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiritur quidem ei, cujus nomine pecunia credata est, per hujusmodi numerationem conditio, non autem hypotheca vel pignus eorum, quae procuratori data vel supposita suut, dominis contractus acquiritur, talem differentiam expellentes sancimus, et conditionem et hypothecariam actionem vel pignus ipso jure et sine aliqua cessione ad dominum contractus peruenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est domino contractus cedere actionem, quare, quemadmodum ab initio in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem seu pignoris vinculum vel retentionem sibi acquisitum?

Смыслъ этой конституціи, хотя нѣкоторыя выраженія ея далеко не точны и какъ будто грѣшатъ передъ историческою послѣдовательностію, тѣмъ не менѣе простъ и ясенъ, и не слѣдуетъ прибѣгать для объясненія его къ какимъ либо искусственнымъ операціямъ и выкладкамъ, какъ дѣлаетъ *Hellmann* <sup>29)</sup>. Юстиніанъ замѣчаетъ, что *conditio ex mutuo* приобрѣталось черезъ представителя, *pignus* же или *hypotheca* по отношенію къ этому займу черезъ посредство представителя приобрѣсть было нельзя; чтобы достигъ этой послѣдней цѣли, посредникъ долженъ былъ создать закладное право и конечно *mutuum* для себя <sup>30)</sup>, а потомъ цедировать то и другое принципалу. Желая устранить такое различіе въ приобрѣтеніи закладнаго и обязательственнаго права (изъ займа), Юстиніанъ рѣшилъ допустить приобрѣтеніе черезъ представителя и перваго права, имѣя конечно въ виду практическое удоб-

<sup>29)</sup> р. 76.

<sup>30)</sup> *Нерсесовъ* р. 136 утверждаетъ противоположное, но мнѣніе свое ничѣмъ не подтверждаетъ.

ство однообразія въ возникновеніи этихъ двухъ, такъ близко связанныхъ между собою правоотношеній. И съ тѣхъ поръ создалось новое исключеніе изъ стараго правила: *per liberam personam etc.* Создалось ли оно для приобрѣтенія закладнаго права вообще или только при договорѣ *mutuum* <sup>31)</sup>, этого положительно рѣшить нельзя въ виду отсутствія другихъ мѣстъ источниковъ, которыя опредѣляли-бы тоже отношеніе; но конституція даннаго фрагмента указываетъ скорѣе на то, что исключеніе было признано только при *mutuum*.

### Представительство въ области наследственнаго права.

Въ области наследственнаго права было признано исключеніе изъ стараго правила въ пользу приобрѣтенія наследства по преторскому праву—*bonorum possessio*. Повидимому признаніе этого исключенія есть прямое слѣдствіе признанія исключенія при владѣніи; на это указываетъ какъ первоначальный характеръ института *bonorum possessio*, такъ и то обстоятельство, что представительство при *bonorum possessio* появляется сейчасъ же вслѣдъ за представительствомъ при владѣніи вообще, ибо объ немъ упоминаетъ уже юристъ Африканъ (Fr. 24 D. 46 8).—Что представительство при *bonorum possessio* допускалось, это вытекаетъ изъ Fr. 48 D. 29 2.

*Si quis alicui mandaverit, ut, si aestimaverit, peteret sibi bonorum possessionem.... acquisita est ei bonorum possessio.*

Fr. 3 § D. 37 1:

*Acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet, vel per alium....*

Въ первомъ мѣстѣ посредникъ совершаетъ юридическую дѣятельность приобрѣтенія *bonorum possessionis*. Хотя: *si aestimaverit*—можно было-бы отнести къ нунцію въ современномъ его понятіи; но: *peteret*—указываетъ на самоличное дѣйствіе посредника представителя. Къ нунцію въ римскомъ смыслѣ нельзя примѣнить и: *si aestimaverit*, поэтому и это обстоятельство не указываетъ на присутствіе представительства. Это признается большою частію ученыхъ, Напротивъ подлежитъ спору вопросъ: допускалось-ли такое посредничество при при-

<sup>31)</sup> *Zimmermann* p. 315.

обрѣтени наслѣдства по цивильному праву—*hereditas*. Здѣсь прежде всего находимъ мы Fr. 90 D. 29 2:

*Per procuratorem hereditatem acquiri non posse*, который не оставлялъ-бы никакого сомнѣнія въ отрицательномъ рѣшеніи вопроса, если-бы его чтеніе было принято въ этомъ его видѣ. Но въ флорентской рукописи стоитъ не: *per procuratorem*; а: *per sigatorem*, что значительно измѣняетъ смыслъ. Впрочемъ за выраженіями Флорентины нельзя конечно признать непогрѣшимости; тѣмъ болѣе, что есть другое мѣсто, гдѣ говорится: Fr. 54 p. D. 41 1:

*Homo liber hereditatem nobis acquirere non potest.*

*Homo liber* или *libera* (*non subdita*) *persona* не можетъ приобрѣсть намъ *hereditas*. Смыслъ и форма этой фразы совпадаетъ съ таковыми общаго правила: *per liberam personam nihil acquiri potest*. Это обстоятельство указываетъ, какъ мнѣ кажется, на то, что чтеніе Вульгаты ближе къ истинѣ. *Hellmann* <sup>32)</sup> говоритъ, что, даже признавши чтеніе Вульгаты, можно объяснить мѣсто не противъ признанія представительства, именно какъ говорящее о дѣятельности прокуратора *suo nomine*. Но это было-бы большимъ безвусіемъ со стороны римскихъ юристовъ распространяться о томъ, что было уже само собой извѣстно и что исключалось общимъ правиломъ.

Главное мѣсто, на которое опираются ученые, склоняющіеся къ мнѣнію, что представительство при приобрѣтении *hereditatem* было возможно <sup>33)</sup>, есть Fr. 4 C. 6 30, трактующее объ отношеніи между сыномъ и отцемъ и потому къ посредничеству черезъ свободныхъ лицъ едва-ли примѣнимое. Да и его содержаніе и способъ выраженій очень неясны и даютъ поводъ къ различнымъ толкованіямъ <sup>34)</sup>.

*Filiofamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gessit, solennitate juris satisfactum videri, saepe rescriptum est.*

Между тѣмъ естественно было ожидать, что признаніе представительства при приобрѣтении *hereditas* будетъ отмѣчено ясно и опредѣленно,

<sup>32)</sup> p. 108.

<sup>33)</sup> Ср. *Windscheid III* § 596 not II. противъ него *Zimmermann* p. 120 и противъ послѣдняго въ защиту перваго *Hellmann* p. 105 fg.

<sup>34)</sup> *Zimmermann* p. 120

какъ это сдѣлано относительно *bonorum possessio* и другихъ упомянутыхъ выше институтовъ. Fr. 65 § 3 D. 36 1 и Fr. 1 § 2 D. 1 19, на которые опирается *Hellmann*, или не подтверждаютъ его теоріи или говорятъ противное. Fr. 65 трактуеетъ о нунціѣ и, въ противоположность *Hellmann'у*, слѣдуетъ сказать, что римское понятіе о нунціѣ никакимъ образомъ не можетъ быть расширено до современнаго понятія представителя<sup>35)</sup>. Нунцій въ этомъ фрагментѣ долженъ быть понимаемъ въ его общемъ смыслѣ. Fr. 1 § 2 D. 1 19, трактующей о *procurator'ѣ Caesaris* дѣйствительно указываетъ на то, что первый можетъ приобрѣсть *hereditatem* для послѣдняго (*et si Caesar heres institutatur, miscendo se opulentae hereditati procurator heredem Caesarem facit*), и то съ ограниченіями (*opulentae hereditati*). Но за то о прокураторѣ Цезаря и говорится, что онъ стоитъ въ этомъ отношеніи въ исключительныхъ условіяхъ: *est hoc praecipuum in procurator Caesaris*. Такимъ образомъ этотъ фрагментъ *argumento a contrario* только подтверждаетъ положеніе, что вообще черезъ прокуратора приобрѣсть *hereditas* нельзя.

Въ области наслѣдственнаго права можно еще пожалуй признать исключеніе для реституціи универсальнаго фиденкоммисса, основываясь на Fr. 37 p 40 § 2 D 36 1.

... si voluntate tua alii restituerit, in te transbunt actiones Nihil interest, cui nostro nomine restituatur<sup>36)</sup>.

Были-ли исключенія изъ правила: *per liberam personam nihil acquiri potest*—въ области *семейственнаго* права, вопросъ сомнительный. *Лерингъ* распространяетъ<sup>37)</sup> свою теорію о передачѣ на чужое имя со всѣми ея послѣдствіями<sup>38)</sup> на *dos* и *donatio propter nuptias*. Но единственное мѣсто, на которое онъ ссылается въ подтвержденіе своего мнѣнія: Fr. 9 C. 5 14: *ipsa (uxor) eam (dotem) pro se videtur offerre*—столь неопредѣленно, что не можетъ служить достаточнымъ ос-

<sup>35)</sup> Примѣры, которые приводитъ *Hellmann* (р. 107), неубѣдительны; второй даже невозможенъ практически,—такъ не говорятъ; да если и допустить его, то и тогда здѣсь будетъ представительство, а не нунцій.

<sup>36)</sup> *Zimmermann* р. 121.

<sup>37)</sup> *Jahrbb.* р. 96—97.

<sup>38)</sup> См. выше.

нованіемъ,—оно не говоритъ ничего про искъ и выраженіе: *videtur*— можетъ бытъ истолковано въ противоположномъ смыслѣ, какъ напр. въ Fr. 21 D. 20 1. Относительно *donatio propter nuptias* и Fr. 9 cit. не подтверждаетъ мнѣнія *Ierimia*, потому—что приведенныя выше слова къ нему не относятся. Представительство при *dos* находилъ и *Buchka* <sup>39)</sup>, но это было посредничество безъ порученія или ратихабиціи, посредничество, пепроизводившее иска и потому, какъ справедливо сказалъ еще *Brinz* <sup>40)</sup>, вовсе не представительство.

Исключенія, неподходящія подъ вышеназванныя рубрики.

Здѣсь прежде всего надо указать на представительство при выдачѣ *jussus*. Fr. 1 § 9 D. 15. 4:

*Si curatore... jubente cum servo contractum sit, putat Labeo, dandam quod jussu actionem in eos, quorum servus fuerit. Idem et in vero procuratore.*

Тоже самое признается при актѣ *praepositio* Fr. 5 § 18 D. 14 3:

*Sed et si procurator meus... praeposuerit dicendum erit, veluti a me praeposito dandam institoriam actionem.*

Ср. Fr. 6 (гдѣ искъ противъ прокуратора, какъ противъ таковаго) и 7 <sup>41)</sup>.

Оба приведенныя исключенія относятся къ области одностороннихъ юридическихъ дѣйствій. Въ этой же области есть и другія исключенія. Самый характеръ этихъ юридическихъ дѣйствій, отсутствіе момента соглашенія, облегчавшее ихъ совершеніе, были вѣроятно причиною, что здѣсь Римляне смотрѣли нѣсколько легче на возможность юридической замѣны одного лица другимъ. Заслуга *Hellmann'a*, что онъ обратилъ вниманіе на нѣкоторыя, неизмѣвшіяся до сихъ поръ въ виду исключенія; хотя далеко не все, что онъ считаетъ таковымъ, можетъ быть принято, какъ увидимъ ниже. — Въ области одностороннихъ юридическихъ дѣйствій слѣдуетъ признать еще исключеніемъ изъ общаго правила о невозможности представительства слѣдующіе случаи: *denun-*

<sup>39)</sup> *Stellvertretung* p. 93 fg.

<sup>40)</sup> *Kr. Blätter* № 2 p. 22.

<sup>41)</sup> *Zimmermann* p. 121. *Hellmann* p. 43 fg.

*tiatio* о беременности со стороны разведенной жены ея бывшему мужу. Fr. 1 § 1 D. 25 3.

*Permittitur... mulieri... vel ei, cui mandatum... est, si putet praegnantem, denuntiare...*

*Renuntiatio* со стороны мужа: ... hoc autem vel ipsi marito, vel alii *nomine ejus* facere permittitur.

И подобно этому *denuntiatio* отъ мужа женѣ, расторгшей бракъ: *ne puberet*. Fr. 17 § 4 D. 28 5. Прокураторъ здѣсь не можетъ дѣйствовать *suo*, но только *alieno nomine*.—Сюда-же можно пожалуй отнести и *causae probatio absentis* черезъ прокуратора. Fr. 15 § 3 D. 40 2, ибо опять таки прокураторъ тутъ не можетъ дѣйствовать *suo nomine*.

Вотъ всѣ исключенія, которыя, по нашему мнѣнiю, можно признать.—Если не принимать во вниманiе исключенiй въ одностороннихъ актахъ, то можно замѣтить, какъ почти всѣ прочiя развились изъ перваго по времени—при *possessio*. Одно только исключенiе при закладномъ правѣ, установленное Юстинiаномъ, едва-ли можетъ быть приведено въ соотношенiе съ представительствомъ при владѣнiи, но оно и появилось нѣсколько вѣковъ спустя.

Опредѣливши такимъ образомъ правило и признанныя исключенiя изъ него, нисколько неослабляющiя, но напротивъ подкрѣпляющiя общiй принципъ, можно перейти къ разсмотрѣнiю тѣхъ теорiй, которыя вопреки господствующей признаютъ вполне свободное представительство въ римскомъ гражданскомъ правѣ. Таковы теорiи *Ф. К. Фонъ-Савиньи* и *Hellmann'a*.

Теорiя *Савиньи* <sup>42)</sup>, утверждающая, что въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ (Юстинiана) старый принципъ относительно представительства замѣнился ему противоположнымъ, столько разъ подвергалась разбору ученыхъ и возраженiя ей разработаны столь детально, что нѣтъ надобности долго на ней останавливаться. Всѣ возраженiя, подрывающiя эту теорiю въ конецъ, удачно сгруппированны въ трудѣ г. Нерсеова <sup>43)</sup>. Скажемъ коротко, что Савиньи опирается главнымъ образомъ на Fr. 53 D. 41 1.

<sup>42)</sup> System III § 113. Obl. p. 40 fg.

<sup>43)</sup> Добровольное представительство p. 142 слѣд.

Ea, quae civiliter acquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti (per) stipulationem. Quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere, acquirimus.

Савинья видитъ здѣсь противоположеніе двухъ родовъ правъ, изъ которыхъ первыя приобрѣтаются *civiliter*, каково напр. *stipulatio*, вторыя — *naturaliter* — каково напр. *possessio*. Но этотъ послѣдній родъ правъ не можетъ быть признанъ. Въ первой половинѣ фрагмента частица: *veluti* (корень *volo*), которую можно перевести: пусть будетъ или напимѣрь, — указываетъ на *stipulatio*, какъ на одно явленіе изъ многихъ; по во второй — частица: *sicuti* (*sicuti est*), переводимая: каково есть, — указываетъ на владѣніе, какъ на явленіе единственное. Что это послѣднее вѣрно, подтверждается еще этимологіей мѣста и словами *volentibus nobis possidere*. Первая половина фрагмента выражена во множественномъ числѣ, вторая въ единственномъ. Если-бы во второй кромѣ владѣнія разумѣлось еще что-нибудь; то юристъ не могъ бы сказать: *volentibus nobis possidere*. Мнѣніе Савиньи <sup>44)</sup>, что юристъ здѣсь имѣлъ въ виду еще *emptio* — *venditio*, не находитъ поэтому себѣ подтвержденія въ фрагментѣ. — Въ виду уже этого слѣдуетъ признать, что теорія Савиньи справедливо отвергается большинствомъ ученыхъ.

Перехожу къ теоріи *Hellmann'a*, появившейся, какъ уже было сказано, въ недавнее время. Авторъ стремится поразить теорію господствующую на основаніи цѣлаго ряда мѣстъ, отчасти такихъ, на которыя онъ впервые обратилъ вниманіе ученыхъ. Его аргументація распадается на двѣ части: положительную, гдѣ онъ пытается установить положеніе о признаніи представительства въ римскомъ правѣ издавна, и отрицательную, гдѣ онъ разбираетъ и отвергаетъ доказательства господствующей теоріи. Въ первой части онъ опять таки дѣлаетъ два подраздѣленія: представительство въ одностороннихъ и двустороннихъ актахъ. — Свои возраженія автору я расположу сообразно порядку его изложенія.

Въ одностороннихъ юридическихъ дѣйствіяхъ римскому праву было извѣстно (свободное) представительство, говоритъ авторъ <sup>45)</sup>. Къ

<sup>44)</sup> Obl. p. 46.

<sup>45)</sup> p. 49.



такому выводу приходитъ опять, разсмотрѣвъ нѣсколько случаевъ <sup>46)</sup> одностороннихъ юридическихъ дѣйствій и признавъ въ нихъ представительство. О нѣкоторыхъ изъ этихъ случаевъ мы уже упоминали и признали ихъ исключительное положеніе относительно общаго правила. Таковы: *praepositio institoris*, *denuntiatio* <sup>47)</sup> жены и мужа, расторженныхъ бракъ, выдача *jussus*, *agnitio bonorum possessionis*. Но эти пять случаевъ, при полномъ отсутствіи какаго либо связующаго ихъ общаго положенія, не могли поколебать стараго принципа; напротивъ, какъ исключенія они его подтверждаютъ. Всѣ же прочіе случаи *Hellmann'a* не могутъ служить доказательствомъ теоріи автора. Таковы: *postulatio tutoris*. Fr. 2 D. 27 7.

*Postulare tutorem videtur et qui per alium postulat.*

Выраженія этого фрагмента столь неопредѣленны, что его можно понимать различно,—можно думать, что *alium* есть просто пунцій.—

*Исполненіе условія постановленнаго въ распоряженіи ни случай смерти.*

*Fr. 28 D. 28 7:*

*Si Titio decem dederit filius meus, heres esto? Quae conditio nomine filii per alium impleri potest.*

Исполненіе условія есть здѣсь тоже *solutio*, при *solutio*-же представительство допускалось, слѣдовательно въ этомъ фрагментѣ новаго исключенія видѣть нельзя.—*Operis novi nuntiatio alieno nomine* Fr. 1 § 3 D. 39 1. Исключительность его авторъ описываетъ на выраженіе: *alieno nomine*; но это выраженіе употребляется въ источникахъ въ различномъ смыслѣ и нѣтъ никакихъ обстоятельствъ, указывающихъ, что здѣсь оно значить: отъ чужаго имени.—*Manumissio vindicta* Fr. 22 D. 40 2.

*Pater... permisit ei (filio), quem vellet ex servis... vindicta liberare; postquam filius Stichum manumisit apud praectorem, quaero, an fecerit liberum? solum enim electionem filio concessit, ceterum ipsi manumisit.*

<sup>46)</sup> p. 43—49.

<sup>47)</sup> *Denuntiatio* относительно *petitam hereditatem* повидимому должно быть совершено самому наслѣднику, а не его прокуратору Fr. 20 § 11 D. 5 3,

Fr. 30 § 1 D. 40 3.... quia non manumisi, sed pro eo *habendus sum, ac si manumissem*.

Изъ этихъ мѣсто видно, что въ классическій періодъ сынъ *подвластный* могъ производить для отца тѣже послѣдствія, какъ представитель. И то и другое мѣсто подтверждаетъ это одинаково; разница между ними только въ томъ, что первое какъ будто считаетъ юридически дѣйствующимъ отца, а второе—сына, указывая однако, что отецъ долженъ считаться таковымъ (*habendus sum*). Отношеніе, опредѣляемое вторымъ мѣстомъ, совершенно согласно съ выработаннымъ господствующимъ мнѣніемъ понятіемъ представительства.—Но какъ ни многогрѣбны эти мѣста, они не могутъ служить доказательствомъ противъ выставленныхъ нами положеній о невозможности представительства, потому-что трактуютъ о подвластномъ, а не о свободномъ сынѣ; по отношенію къ свободному сыну источники выставляютъ другое правило въ Fr. 30 § 2 D. 40 9:

*Sed si castrensem servum filius meus manumittat, dubio procul hoc jus* (какъ въ предъидущемъ упомянутомъ выше случаѣ—параграфъ первый) *non habebo, quia non manumisi...*

Что въ Fr. 22 и 30 § 1 cit говорится только о подвластныхъ лицахъ, но не вообще о всякомъ лицѣ, это подтверждается еще и тѣмъ, что во время имп. Деоклетіана и Максимиана состоялось постановленіе: *neq. alium per procuratorem vindicta manumittere posse, non est ambigui juris.*—*Interpellatio* должнику для установленія начала *mora*. Fr. 24 § 2 D. 22 1 <sup>48)</sup>:

*Mora videtur creditori fieri, sive ipsi, sive ei, cui mandaverat, sive ei, qui negotia ejus gerebat, mora facta sit. Ne hoc casu per liberam personam acquiri videtur, sed of officium impleri; sicuti cum quis furtum mihi facientem deprehenderit, negotium meum agens, manifesti furti actionem mihi parat.*

Но изъ словъ: *officium impleri*--и противоположенія ихъ съ: *acquisitio per liberam personam*, а также изъ пояснительнаго примѣра (*sicuti etc.*) видно, что дѣятельность посредника здѣсь фактическая, по крайней мѣрѣ по отношенія къ данному правоотношенію, если не са-

<sup>48)</sup> Ср. *Mühlenbruch*. Cession p. 103.

ма по себѣ <sup>49)</sup>. Въ примѣрѣ сказано, что мой мандатаръ (напр. сторожъ) схватываетъ вора и тѣмъ готовится (parat) мнѣ actio furti manifesti. Неужели-же сторожъ совершаетъ юридическое дѣйствіе вмѣсто меня и отъ моего имени?! Онъ исполняетъ свою обязанность (officium) и изъ фактовъ, совершенныхъ имъ, возникаетъ для меня право. — Вотъ всѣ случаи, гдѣ *Hellmann* видитъ представительство при одностороннихъ дѣйствіяхъ и гдѣ я его найти не могъ. Остаются только пять случаевъ, упомянутыхъ выше, но на нихъ общаго правила построить нельзя.

Разсмотримъ теперь доказательства автора относительно сдѣлокъ двустороннихъ. Нѣкоторыхъ изъ упомянутыхъ имъ здѣсь мѣстъ: Fr. 21 p. D. 20 1; Fr. 9 § 8 D. 12 1; Fr. 14 § 3 D. 13 5; Fr. 5 § 6 D. 13 5, мы уже касались выше, разберемъ остальные фрагменты. — Въ подтвержденіе своего мнѣнія, что представительство признавалось и при двустороннихъ актахъ, авторъ приводитъ прежде всего Fr. 84 D. 17 2.

*Quoties jussu alicujus cum filio ejus vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cujus persona in contrahenda societate spectata sit.*

Это мѣсто ставитъ большія затрудненія для объясненія. Существующія до сихъ поръ попытки истолковать его едва-ли удовлетворительны <sup>50)</sup>, въ томъ числѣ и попытка *Hellmann'a*. Я готовъ былъ-бы признать здѣсь новое исключеніе изъ стараго принципа, — одно, два лишнихъ исключенія не подорвутъ общаго правила — но неопредѣленность выраженій этого фрагмента не позволяетъ этого сдѣлать. Скорѣе всего, мнѣ кажется, можно склониться къ мнѣнію, что подъ искомъ къ принципалу, *cujus persona in contrahenda societate spectata sit*, слѣдуетъ разумѣть actio utilis, аналогичный иску главному. Это

<sup>49)</sup> Тоже самое въ Fr. 30 p. D. 43 24 относительно prohibitio, nam prohibitio haec demonstrant, vim te facere, — искъ возникаетъ для потерпѣвшаго не въ силу дѣйствія представителя и потому: nec moveat, quod per liberam personam actio acquiri non solet.

<sup>50)</sup> *Mühlenbruch* p. 94 not *Vangerow* III p. 310. *Buehka* p. 46 not. 16 *Mandry* Familiengüter. *Hellmann* p. 50. *Pernice* Labeo p. 511 fg. Новая попытка у *Baron* Kr. Viertelj N. F. 13 V. H. 1 p. 42

подтверждается сопоставленіемъ заключенія договора *societas* черезъ свободнаго съ совершеніемъ его черезъ подвластнаго сына; и этому не противорѣчитъ выраженіе: *directo*, ибо подъ нимъ не непременно разумѣется *directa actio*; *actio utilis* дѣйствуетъ также *directo* т. е. прямо противъ принципала. Мнѣніе-же *Hellmann'a* подлежитъ сомнѣнію уже по одной неопредѣленности выраженій фрагмента. Нельзя искать общаго правила тамъ, гдѣ все строится на обмолвкахъ и недоразумѣніяхъ. Было-бы странно, чтобы въ обмолвкѣ этого фрагмента выразился принципъ, когда другіе фрагменты того-же титула (напр. Fr. 65 § 8 D. 17 2) не упоминаютъ объ немъ, а говорятъ скорѣе противное (*ratam habere*).

Слѣдующее мѣсто, на которое опирается авторъ, есть Fr. 67 D. 3 3.

*Procurator, qui pro evictione praediorum, quae vendidit, fidem suam adstrinxit, etsi negotia gerere desierit obligationis tamen onere praetoris auxilio non levabitur, nam procurator, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus ejus frustra recusat* <sup>51)</sup>.

Если-бы, говорить авторъ (р. 60), римскому праву была извѣстна продажа черезъ прокуратора только въ томъ видѣ, что подслѣдній совершаетъ продажу *suo nomine*; то его отвѣтственность за *evictio* подразумѣвалась бы сама собою и печего было-бы объ этомъ особенно говорить.—На мой взглядъ этотъ фрагментъ имѣетъ въ виду слѣдующій случай: прокураторъ по спеціальному порученію (Fr. 63 D. 3 3) продаетъ *suo nomine*, но за счетъ принципала (обычное явленіе у Римлянъ) принадлежащую послѣднему вещь. Какъ контрагентъ сдѣлки и вообще субъектъ ея, прокураторъ долженъ отвѣчать за *evictio*; но вещь чужая—*domini*, а отсюда: *pro domini vinculum obligationis suscepit*. Особенность случая состоитъ именно въ томъ, что прокураторъ беретъ очищать чужую вещь <sup>52)</sup>. *Hellmann* думаетъ найти подтвержденіе своего мнѣнія еще въ Fr. 66 § 3 D. 21 2.

<sup>51)</sup> Ср. *Fragmenta Vaticana* § § 228, 332.

<sup>52)</sup> Къ этому объясненію близко стоитъ объясненіе *Гонгофреда*, *Бухжи* р. 48 и *Mühlenbruch'a* р. 129, хотя мнѣніе перваго ближе опредѣляетъ предметъ. Ср. противное мнѣніе *Scheurl'a* *Kr. Ueberschau*. I р. 325.

Divisione inter coheredes facta, si procurator absentis interfuit et dominus ratum habuerit, evictis praediis in dominum actio dabitur, quae daretur in eum, qui negotium absentis gessit....

Но подъ упоминаемымъ искомъ разумѣтся здѣсь *actio quasi institoria* <sup>53)</sup>. *Hellmann* говоритъ, будто противъ этого можно выставить, что *quasi institoria* не есть искъ противъ прокуратора, а искъ противъ *dominus'a* стоящій рядомъ съ искомъ *ex contractu* противъ прокуратора. Но въ этомъ я не вижу ничего противорѣчающаго.—Напротивъ въ подтвержденіе мнѣнія, противоположнаго *Hellmann'у*, можно найти много примѣровъ въ источникахъ, относящихся къ договору *emptio venditio*. Таковы: Fr. 41 § 1 D. 6 1; Fr. 14 D. 6 2; Fr. 42 § 1 D. 41 2; Fr. 12 D. 5 12; Fr. 5 § 12. D. 14 3 (*tenebor nomine ejus*); Fr. 8 ult, 10 D. 17 1 (*hac actione cedas*); Fr. 26 § 8 D. 17 1; Fr. 45 p. D. 17 1 (*obligatio... adversus te venditori competit*); Fr. 49 eod (*quamvis quasi procurator vendidisset*); Fr. 13 § 25 D. 19 1 (*cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriae*); Fr. 13 p. § 1 D. 41 1; Fr. 59 D. 41 1; Fr. 2 C. 7 10, и въ частности объ *evictio* Fr. 49 § 2 D. 41 2.—Вотъ всѣ, извѣстныя мнѣ (изъ источниковъ) случаи совершенія *emptio—venditio* прокураторомъ или вообще *mandatar'омъ* И нигдѣ въ нихъ ни однимъ словомъ не дано понять, что договоръ возникаетъ непосредственно въ лицѣ принципала; напротивъ во всѣхъ видны несомнѣнные признаки того, что *mandatar'ъ* самъ есть *emptor—venditor*.—Впрочемъ *Hellmann* (p. 52) приводитъ еще мѣсто, гдѣ говорится объ *emptio—venditio* и гдѣ будто бы также видно непосредственное возникновеніе этого договора въ лицѣ принципала. Это Fr. 63 p. D. 18 1.

*Cum servo dominus rem vendere certae personae jusserit, si alii vendidisset, quam cui jussus erat, venditio non valet. Idem juris in libera persona est, cum perfici venditio non potuit in ejus persona, cui dominus venire eam noluit.*

Но, по моему мнѣнію, этотъ фрагментъ говорить слѣдующее: рабъ продаетъ вещь не тому лицу, кому приказалъ господинъ, договоръ

<sup>53)</sup> *Glück* Erläuterung der Pandecten. Th. 11 p. 81 fg. Th. 20 p. 361 fg.

venditio есть, но онъ не имѣть силы—non valet въ томъ смыслѣ, что res emptori auferri potest (Fr. 28 D. 18 1). Тоже самое постановляетъ вторая половина фрагмента относительно свободнаго посредника, указывая особенно на то, что venditio не имѣть силы, такъ какъ вещь не можетъ перейти другому контрагенту (venire eam noluit).—Такимъ образомъ я расхожусь съ *Hellmann'омъ* въ пониманіи приведенныхъ фрагментовъ; но для меня мой взглядъ не былъ-бы цѣненъ, если-бы я не имѣлъ въ виду другихъ противорѣчащихъ мѣстъ; не на этомъ разногласіи утверждаю я противоположное мнѣніе, а на томъ, что нигдѣ въ источникахъ кромѣ приведенныхъ *Hellmann'омъ* сомнительныхъ мѣстъ, нѣтъ указанія, что представительство при договорѣ emptio venditio допускалось.

Затѣмъ авторъ ссылагся на Fr. 1 p. D. 1 19, трактующій о procurator'ѣ Caesaris; но это мѣсто не можетъ имѣть значенія для рѣшенія даннаго вопроса, если бы оно даже и говорило въ пользу мнѣнія *Hellmann'a*, не можетъ потому, что procurator Caesaris, какъ мы уже упоминали, находился въ особомъ положеніи, вѣроятно даже считался официальнымъ лицомъ (Fr. 21 D. 26 8).—Переходимъ въ обсужденію Fr. 1 § 11 D. 16 3:

Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur, et potest tecum mandati, cum eo vero, qui cas res receperit, depositi. Si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, illi tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus.

Здѣсь авторъ видитъ также представительство, что для него подтверждается еще Fr. 6. C. 5. 16.—Господствующее мнѣніе<sup>54)</sup> проще и согласнѣе съ буквальнымъ смысломъ объясняетъ это мѣсто, видя въ первой его половинѣ нунція. Одинъ поручаетъ другому, чтобы тотъ отнесъ (perferas) его вещь къ 3-му и сказалъ, что онъ (первый) отдаетъ ее ему (третьему) на сохраненіе. Третій принимаетъ отъ имени перваго,—вотъ простой смыслъ этого мѣста. Во второй поло-

<sup>54)</sup> *Mühlenbruch* p. 110. *Ruhstrat* Ueber Savigny's Lehre. p. 25 *Ihering* Jahrb. I p. 383. *Unger* Jahrb. X p. 46. Ср. еще. *Schmid*. Cession I p. 441, 442.

винѣ говорится о томъ случаѣ, когда посредникъ передаетъ вещь отъ своего лица и самъ является контрагентомъ и субъектомъ сдѣлки. Противъ этого, по мнѣнію автора, говорятъ слова: *tesum mandati etc*, указывающія на полный мандатъ т. е. порученіе передать вещь и установить надлежащее соглашеніе; но и нунцій можетъ быть такимъ мандаторомъ (Fr. 1. D. 3. 3): ему поручается передать волю послѣдшаго и вещь; другой контрагентъ можетъ свою контрактную волю передать съ тѣмъ же нунціемъ, давши ему порученіе отъ себя. Въ Fr. 6. C. 5. 16 нельзя найти подтвержденія мнѣнія автора. Мы уже касались этого фрагмента выше (когда шла рѣчь о теоріи Геринга), прибавимъ еще нѣсколько словъ. Конституція, какъ сказано, занимается вопросомъ не о *depositum*, а о переходѣ собственности, — собственность не переходитъ, говорится здѣсь, хотя бы кто и подумалъ, что ты *ex hoc* (т. е. совершивши *depositum* своей вещи *ichoris nomine*) подарилъ. Фраза о *depositum* выражена въ уступительной или условной формѣ и ни изъ чего не видно, признаетъ ли юристъ поставленное условіе возможнымъ или нѣтъ.

Fr. 7 § 1. C. 4., 26, на который затѣмъ обращаетъ вниманіе авторъ, говоритъ о возникновеніи обязанностей для принципала изъ договора займа, совершеннаго посредникомъ. Поэтому, если бы и признать толкованіе *Hellmann'a* вѣрнымъ, это не прибавило бы даже новаго исключенія изъ общаго правила. Впрочемъ толкованіе автора едвали удачно <sup>55</sup>).

Остается еще два мѣста изъ приводимыхъ авторомъ въ подтвержденіе его теоріи: Fr. 18 D. 23. 1 и Fr. 6 § 1 D. 43. 26. Оба они трудно поддаются толкованію. Fr. 18:

*In sponsalibus constituendis parvi refert per se et coram, an per internuntium vel per epistolam, an per alium hoc factum est. Или еще Fr. 4 § 1 и Fr. 5 eod. Denique constat et absentem desponderi posse... haec ita si scientibus his, qui absunt, sponsalia fiant aut si postea ratum habuerint.*

Выраженія этихъ мѣстъ столь неопредѣленны, что можно съ одинаковой вѣроятностію понимать ихъ и такъ и иначе. Впрочемъ мы

<sup>55</sup>) См. Особенно *Zimmermann* p. 317 fg.

знаемъ изъ исторiи, что sponsalia у Римлянъ заключались иногда родителями для своихъ дѣтей; если въ этомъ случаѣ они дѣйствовали и съ вѣдома дѣтей (scientibus his), то едва ли кто будетъ разсматривать ихъ дѣйствiя, какъ дѣйствiя представителей, совершаемыя по порученiю и отъ имени дѣтей. И конечно Римляне всего менѣе думали здѣсь о представительствѣ <sup>56)</sup>.

Fr. 6 § 1 D. 43. 26.

Si procurator meus me mandante vel ratum habente praecario rogaverit, ego praecario habere proprie dicor.

И это мѣсто крайне сомнительное. Не было бы бѣды признать здѣсь новое исключенiе изъ общаго правила; отъ этого послѣднее не пошатнулось бы; но во первыхъ выраженiя фрагмента неопредѣленны, что даетъ поводъ предполагать здѣсь простую оговорку, какъ и въ Fr. 7 p. D. 3. 6 <sup>57)</sup> (*Hellmann* p. 39); съ другой стороны и природа самого praecarium до сихъ поръ крайне спорна. Можно сказать, что здѣсь имѣется въ виду приобрѣтенiе владѣнiя <sup>58)</sup>.

Такимъ образомъ нѣкоторыя изъ мѣстъ, приведенныхъ *Hellmann'омъ* въ подтвержденiе его теорiи, являются столь сомнительными, что изъ нихъ нельзя съ достовѣрностью извлечь ни того, ни другаго правила; но большинство ихъ говорятъ не за, а противъ его теорiи. Трудъ *Hellmann'a* не принесъ намъ никакихъ, неизвѣстныхъ доселѣ исключенiй изъ общаго правила (для двустороннихъ сдѣлокъ) и потому утвержденiе автора (p. 66), что общее правило въ виду множества исключенiй теряетъ свое значенiе и само становится исключенiемъ, не вѣрно.

Огрицательныя доказательства *Hellmann'a* въ пользу его теорiи состоятъ въ опроверженiи тѣхъ фрагментовъ, которые служатъ опорой теорiи господствующей. Изъ разбираемыхъ имъ здѣсь мѣстъ мы уже

<sup>56)</sup> *Baron* Krit. Viertelj p. 45, слѣдуетъ предложенiю *Моммзена* въ F. 18 D. 23 1 слова: coram an per internuntium vel per epistolam—поставить и въ скобкахъ, такъ что: per alium будетъ противопоставляться per se.

<sup>57)</sup> Выраженiя этого мѣста могутъ быть объяснены уголовнымъ характеромъ дѣянiя дѣйствующаго лица.

<sup>58)</sup> *Baron* ib. p. 45.



говорили выше <sup>59)</sup> о Fr. 11 § 6 D. 13. 7. Fr. 11 D. 44. 7; Fr. 1, 2. C. 4. 27 и не нашли въ нихъ того, что видитъ авторъ. Остается рассмотреть только Fr. 6. C. 4. 50:

... Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, emti actionem nec illi, nec tibi quaesisti—dum tibi non vis, nec illi potes.

Этотъ фрагментъ, по мнѣнію автора, направляется не на представительство и не его запрещаетъ, какъ говорить господствующая теорія <sup>60)</sup>, потому что въ немъ не однимъ намекомъ не указано на необходимый для представительства моментъ полномочія или ратихабиціи. Но уже и прежде (стр. 18 прим. 29) мы говорили, что такое возраженіе шатко и что самъ авторъ въ этомъ отношеніи столь же можетъ быть обвиненъ, какъ и его противники. Но если бы даже и согласиться съ авторомъ, что здѣсь говорится только о negotiorum gestio, то все таки это не простое, а представительное negotiorum gestio. Спрашивается, почему представительное negotiorum gestio въ данномъ случаѣ запрещается, а представительство—нѣтъ? Отвѣта на это у *Hellmann'a* нѣтъ.

Этими замѣчаніями я оканчиваю разборъ теоріи *Hellmann'a* говорящей, что представительство въ римскомъ правѣ существовало издавна, и снова утверждаю, что она принята быть не можетъ. Истинна теорія противоположная, теорія господствующая.—Еще одно замѣчаніе. Говорять <sup>61)</sup>, что съ образованіемъ новаго принципа объ имущественныхъ отношеніяхъ между отцомъ и сыномъ въ позднѣйшее время Рима <sup>(2)</sup>, открылась для подвластнаго сына возможность приобрѣтать отцу не только по необходимости, но и исключительно въ силу своего желанія, добровольно т. е. открылась возможность (свободнаго) представительства отца сыномъ. Эта мысль едвали справедлива <sup>62)</sup>. Насколько сынъ былъ зависимъ отъ отца въ имущественномъ отношеніи, онъ оставался

<sup>59)</sup> Стр. 4 и слѣд. 107 слѣд.

<sup>60)</sup> *Zimmermann* p. 117. *Ortolan* II p. 173 Ср. еще *Savigny* Obl. p. 76.

<sup>61)</sup> *Puchta* Pand. § 274 p. 442. *Buchka* p. 17. *Scheurl* Kr. Ueberschau. p. 317. *Brinz* Pand. p. 1594.

<sup>62)</sup> *Ortolan*. I. p. 492.

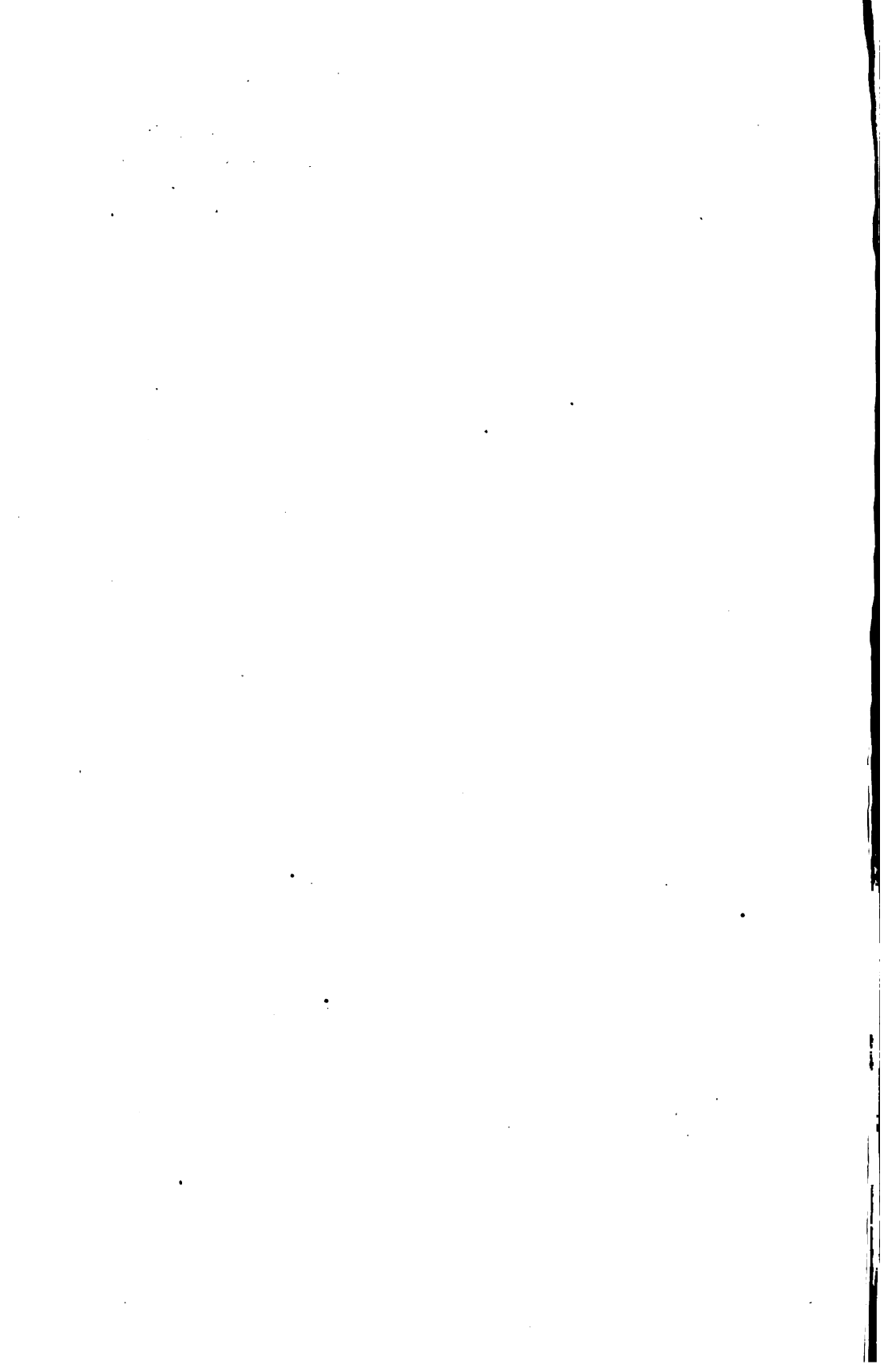
<sup>63)</sup> *Savigny* System. B. III § 113 not.

еще въ прежнемъ положеніи; но въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онъ былъ уже независимъ, онъ стоялъ съ отцомъ въ томъ же отношеніи, какъ съ постороннимъ лицомъ. Поэтому особаго вида (свободнаго) представительства здѣсь найти нельзя.

Окидывая однимъ взглядомъ все сказанное въ этой послѣдней главѣ, замѣчаемъ, какъ жизненная потребность то тамъ, то тамъ прорвала оплотъ, поставленный этическимъ взглядомъ на дѣятельность лица, на его самобытность. Какъ ни приспособляли Римляне старыя институты къ нараставшему жизненному разнообразію, наконецъ это стало невозможно, и средство къ удовлетворенію практическихъ потребностей нашли тамъ, гдѣ и не думали его искать, лучше сказать, гдѣ искать его считали несогласнымъ съ исконными взглядами. Среди существовавшихъ юридическихъ явленій появляется новое, запретное, но привлекательное по своей простотѣ и удобству. И вотъ мало по малу робко и нерѣшительно признаютъ его гражданственность; но только по исключенію, только по мотивамъ особой нужды, особо сиравадливаго положенія и т. п. Появляются перечисленные нами исключенія. Начало императорскаго періода было первымъ временемъ ихъ нарожденія. И не столько повинны въ этомъ императоры, оказавшіе на это дѣло нѣкоторое влияние въ силу принадлежавшаго имъ болѣе широкаго взгляда на вещи, сколько ихъ блажайшіе совѣтники—юристы, лучшіе представители классическаго вѣка римской юриспруденціи. До общаго принципа однако не дерзнули подняться и эти сильные своей логикой люди; вѣроятно потому, что исключенія были еще рѣдки и старый принципъ не былъ еще достаточно подкопанъ. Съ нимъ приходилось вести счеты и счеты немалые. Признание свободнаго представительства при нѣкоторыхъ правоотношеніяхъ (владѣніи, *mutuum*, *condictiones datorum*, *bonorum possessio* etc) слѣдовательно болѣе легкаго способа заступленія одного лица другимъ, вызвало смягченіе въ другихъ видахъ посредничества. Такъ появились смягченные иски при прокуратурѣ, сильно приблизившіе этотъ видъ посредничества къ посредничеству представительному. Но эти институты все такъ во многомъ различались. И первый остается главнымъ орудіемъ для удовлетворенія потребностей оборота; второй-же примѣняется въ исключительныхъ случаяхъ. На этомъ и остановилось развитіе взглядовъ Римлянъ на посредничество. Первый шагъ къ признанію представительства, признанію полному и повсѣмѣстному былъ

сдѣланъ; но путь—не доконченъ. Періодъ паденія насталь для римской юриспруденціи слишкомъ рано. Юстиніанъ прибавилъ исключеній, но принципъ сохранилъ.

---



**Мѣста источниковъ, принятыя во вниманіе при разработкѣ вопроса  
о свободномъ представительствѣ въ римск. гражд. правѣ.**

*Digesta.*

<i>Lib.</i>	<i>Tit.</i>	<i>Fragm.</i>
1	1 D.	7 § 1.
—	5 —	4 § 1.
—	6 —	1 § 1.
—	7 —	18.
—	19 —	1 p. § 2.
—	— —	2.
2	11 —	13.
—	— —	15.
—	13 —	4 § 9.
—	— —	10 § 1.
—	14 —	2.
—	— —	10 § 2.
—	— —	11.
—	— —	12.
—	— —	13 p. § 1.
—	— —	14—16.
—	— —	17 § 4.
—	— —	21 § 2.
—	— —	23.
—	— —	25 § 2.
—	— —	26.

<i>Lib.</i>	<i>Tit.</i>	<i>Fragm.</i>
2	14 D.	27 §§ 1, 10.
—	— —	28 § 1.
—	— —	33.
—	— —	37.
—	— —	58.
—	15 —	7.
3	3 —	tit.
—	4 —	10.
—	6 —	7.
4	2 —	21 § 5.
—	3 —	15 § 2.
—	— —	31.
—	4 —	3 § 11.
—	— —	4.
—	— —	23.
—	5 —	3 § 1.
—	7 —	4 § 3.
—	8 —	27.
5	1 —	74 § 2.
—	3 —	20 §§ 6, 11.
—	— —	31 p.

6 1 D. 41 § 1.  
 — — — 77.  
 — 2 — 7 § 13.  
 — — — 9 § 6.  
 — — — 11 p.  
 — — — 14.  
 11 2 — 18 § 5.  
 — 6 — 1 § 2.  
 — 7 — 2 p.  
 12 1 — 2 § 4.  
 — — — 9 § 4. 8.  
 — — — 15.  
 — — — 26.  
 — — — 27.  
 — — — 29.  
 — — — 32.  
 — — — 41.  
 — 2 — 9 § 6.  
 — — — 17 §§ 2, 3.  
 — — — 42 § 2.  
 — 4 — 3 §§ 5, 8.  
 — — — 7.  
 — — — 9 p. § 1.  
 — — — 14.  
 — 6 — 6 p. §§ 1, 2, 3.  
 — — — 45.  
 — — — 46.  
 — — — 53.  
 — — — 57 p. § 1.  
 — — — 64.  
 — — — 67 § 1.  
 13 1 — 18.  
 — 5 — 5 §§ 2, 6—10.  
 — — — 14 § 3.  
 — — — 15.  
 — 7 — 11 §§ 6, 7.  
 — — — 12.  
 — — — 13 p.  
 — — — 16 p.  
 — — — 20 p.

14 1 D. 1 p. §§ 1, 4, 5,  
 7—9, 11, 12,  
 16—18, 22,  
 24, 25.  
 — — — 2.  
 — — — 3.  
 — — — 4 § 3.  
 — — — 5 § 1.  
 — — — 6.  
 — — — 7 p. §§ 1, 2.  
 — 3 — 1 p.  
 — — — 2.  
 — — — 3.  
 — — — 4.  
 — — — 5 §§ 1—5, 10  
 —15, 17—18.  
 — — — 6.  
 — — — 7 p. §§ 1, 2.  
 — — — 8.  
 — 3 — 11 §§ 2, 4, 5, 7.  
 — — — 13 p. §§ 1, 2.  
 — — — 16.  
 — — — 17 §§ 2, 3.  
 — — — 18 p.  
 — — — 19 p.  
 — — — 20.  
 — 4 — 5 p.  
 — 5 — 7 § 1.  
 — 6 — 7 §§ 10—12.  
 — — — 17.  
 15 1 — 4.  
 — — — 5 § 4.  
 — — — 8.  
 — — — 9 §§ 2—8.  
 — — — 11.  
 — — — 21 § 1.  
 — — — 25.  
 — — — 32 § 1.  
 — — — 40 p. § 1.  
 — — — 41.

15 1 D. 46.  
 — — — 47.  
 — — — 48.  
 — — — 52 p.  
 — — — 50 § 3.  
 — 3 — 1 p. § 1.  
 — — — 3 § 2.  
 — — — 5 §§ 2—4  
 — — — 6.  
 — — — 7 §§ 4, 5.  
 — — — 10 §§ 1—5, 7.  
 — — — 20 § 1.  
 — 4 — 1 p. §§ 1, 3, 5,  
           6, 9.  
 — — — 2 p  
 — — — 4.  
 — — — 5  
 16 3 — 1 §§ 1, 11, 29,  
           30  
 — — — 15.  
 17 1 — 1 § 1.  
 — — — 2 § 4.  
 — — — 5 § 3.  
 — — — 6 §§ 4, 5.  
 — — — 8 § 3.  
 — — — 10 §§ 1, 5, 6.  
 — — — 26 p. § 8.  
 — — — 27 § 5.  
 — — — 29.  
 — — — 34 p.  
 — — — 45.  
 — — — 49.  
 — — — 60 § 4.  
 — 2 — 4 p.  
 — — — 16 p. § 1.  
 — — — 33.  
 — — — 65 §§ 7, 8.  
 — — — 84.  
 18 1 — 1 § 2.  
 — — — 12.

18 1 D. 13.  
 — — — 15 § 2.  
 — — — 42.  
 — — — 46.  
 — — — 63 p.  
 — — — 64.  
 — — — 70.  
 19 1 — 13 §§ 1, 7, 25.  
 — 2 — 25 § 7.  
 — 5 — 5 §§ 4, 5.  
 20 1 — 16 § 1.  
 — — — 21 p.  
 — 3 — 1 § 1.  
 — 6 — 8 § 2.  
 21 1 — 51 p. § 1.  
 — 2 — 4 p. § 1.  
 — — — 66 § 3.  
 — 3 — 1 § 3.  
 22 1 — 11 p. § 1.  
 — — — 24 § 2.  
 — — — 32 §§ 2, 3.  
 — 3 — 19 § 2.  
 — 6 — 5.  
 — — — 9 § 4.  
 23 1 — 18.  
 — 3 — 5 §§ 2, 3.  
 — — — 9 p.  
 — — — 43 § 1.  
 — — — 46.  
 — 4 — 7.  
 — — — 9.  
 — — — 20 § 1.  
 — — — 23.  
 — — — 26 § 4.  
 — — — 29 § 2.  
 24 1 — 3 § 12.  
 — — — 5 p. § 2.  
 — — — 11 §§ 2—9.  
 — — — 31 § 1.  
 — — — 49.

24 3 D. 45.  
 25 3 — 1 §§ 1, 3, 4.  
 26 6 — 2 § 4.  
 — 7 — 1 §§ 2—4.  
 — — — 2 p.  
 — — — 9 p.  
 — — — 12 § 1.  
 — — — 22.  
 — — — 23.  
 — — — 24 p. § 1.  
 — — — 27.  
 — — — 32 § 4.  
 — — — 43 § 1.  
 — — — 58 § 1.  
 — 8 — 5 § 3, 4.  
 — — — 18.  
 — — — 21.  
 — — — 22.  
 — 9 — 1.  
 — — — 2.  
 — — — 3,  
 — — — 4.  
 — — — 5 § 1.  
 — — — 6.  
 — — — 7.  
 — — — 8.  
 27 7 — 2.  
 — 8 — 1 §§ 15, 16.  
 — 10 — 10 § 1.  
 — — — 11.  
 28 1 — 20 § 7.  
 — 5 — 31 p.  
 — 7 — 38.  
 29 2 — 25 §§ 2, 4, 5, 8,  
           9, 14.  
 — — — 47.  
 — — — 48.  
 — — — 79.  
 — — — 90 p.  
 33 7 — 13.

35 2 D. 57.  
 36 1 — 37 p.  
 — — — 40 § 2.  
 — — — 41.  
 — — — 42.  
 — — — 65 p. § 3.  
 — 3 — 18 § 2.  
 — 4 — 3 § 2.  
 37 1 — 3 §§ 1, 4, 7.  
 — — — 7 § 1.  
 — — — 8.  
 — 15 — 2 p.  
 38 3 — Un. § 1.  
 — 9 — 1 §§ 2, 4.  
 39 1 — 1 § 3.  
 — — — 5 § 18.  
 — — — 6.  
 — — — 7 p.  
 — — — 13 p. § 2.  
 — 2 — 18 § 16.  
 — — — 39 § 3.  
 — 4 — 11 § 4.  
 — 5 — 2 §§ 3, 6.  
 — — — 4.  
 — — — 10.  
 — — — 13.  
 — — — 25.  
 — — — 35 § 2.  
 40 1 — 4 § 1.  
 — 2 — 4 p. § 1.  
 — — — 15 § 3.  
 — — — 22.  
 — 9 — 15 § 1.  
 — — — 30 §§ 1, 2.  
 — 12 — 14—17.  
 — — — 22 §§ 1, 5.  
 — — — 25 § 2.  
 41 1 — 10 p. §§ 1, 2.  
 — — — 13 p. § 1.  
 — — — 20 § 2.



41 1 D. 25.  
 — — — 27 §§ 1, 2.  
 — — — 32.  
 — — — 35.  
 — — — 37 § 6.  
 — — — 53.  
 — — — 59.  
 — 2 — 1 §§ 5, 9, 11,  
           19, 20—22.  
 — — — 2.  
 — — — 3 §§ 3, 5—9,  
           11—13, 18.  
 — — — 25 § 1.  
 — — — 42 § 1.  
 — — — 43.  
 — — — 49 §§ 1, 2.  
 — 3 — 41.  
 — — — 47.  
 — 4 — 2 § 11, 13.  
 — — — 7 §§ 2, 3.  
 — 7 — 5 § 1.  
 42 1 — 4 p. §§ 1, 2.  
 — 5 — 12 p.  
 — 8 — 25 § 3.  
 43 5 — 4.  
 — 16 — 1 § 22,  
 — 24 — 3 p.  
 — — — 13 § 6.  
 — 26 — 6 § 1.  
 — — — 8 p.  
 — — — 9.  
 — — — 13.  
 44 2 — 11 § 7.  
 — 4 — 4 §§ 17—22, 24.  
 — — — 5 §§ 3—5.  
 — — — 7 p. § 1.  
 — — — 11.  
 — 6 — 2.  
 — 7 — 2 § 2.  
 — — — 11.

44 7 D. 14.  
 — — — 43.  
 — — — 61 p.  
 45 1 — 38 p. § 2, 6—9,  
           12, 14, 17.  
 — — — 45 p. § 2.  
 — — — 56 § 2.  
 — — — 62.  
 — — — 79.  
 — — — 81 § 1.  
 — — — 83 p.  
 — — — 126 § 2.  
 — — — 130.  
 — — — 135 § 2.  
 — 3 — 15.  
 46 2 — 20.  
 — 3 — 12 §§ 2, 4.  
 — — — 22.  
 — — — 23.  
 — — — 34 § 3.  
 — — — 40.  
 — — — 49.  
 — — — 53.  
 — — — 87.  
 — — — 106.  
 — 4 — 3.  
 — — — 8 § 4.  
 — 5 — 5.  
 — 6 — 2—4 p.  
 — 7 — 3 § 2.  
 — — — 10.  
 — 8 — 8.  
 — — — 12—19.  
 — — — 22 § 8.  
 — — — 24—25.  
 49 1 — 4 § 5.  
 — 17 — 18 § 5.  
 50 8 — 3 § 2.  
 — 17 — 22 p.  
 — — — 32.

- 50 17 D. 60.  
 — — — 73 § 4.  
 — — — 107.  
 — 17 — 118, 119.  
 — — — 123.  
 — — — 133.  
 — — — 160.

*Codex*

- 2 13 C. 1.  
 — — C. 10. 11.  
 — — C. 16.  
 — — C. 22, 23.  
 3 42 C. 8.  
 4 2 C. 3, 4, 7.  
 — 5 C. 9 § 1.  
 — 12 C. 3.  
 — 25 C. 1—3, 5, 6.  
 — 26 C. 7 § 1.  
 — 27 C. tit.  
 — 28 C. 7.  
 — 32 C. 26 inf.  
 — 35 C. 8, 12.  
 — — C. 25 § 1.  
 — 50 C. 6, 7, 9.  
 5 12 C. 12 26.  
 — 13 C. l. un.  
 — 14 C. 4, 7.  
 — 16 C. 9.  
 — — C. 16.  
 — 35 C. 4.  
 — 39 C. 1—5.  
 6 30 C. 4, 5.  
 — — C. 18 § 2, 4.  
 7 1 C. 3.  
 — 10 C. 2.  
 — 32 C. 1, 2, 8.

7 35 C. 1.

8 44 C. 11.

*Institutiones.*

- 2 1 I. §§ 41, 42, 43.  
 — 9 I. § 5.  
 — 20 I. § 11.  
 3 17 I. p.  
 — 19 I. §§ 3, 4, 6, 19,  
 20, 21.  
 — 28 I. tit.  
 4 7 I. tit.  
 — 10 I. tit.  
 — 15 I. § 5.

*Fragmenta Vaticana.*

§§ 323, 329, 330—333,  
 335, 336, 339, 340.

*Institutiones Gaji.*

- II §§ 86—96.  
 III §§ 100, 103, 158, 163  
 —167.  
 IV §§ 1 8—20, 70, 71, 78,  
 82—84, 86, 87, 97,  
 98, 99, 100, 101.

*Receptae Sententiae Pauli.*

- I. tit. 3.  
 II. — 12, § 18.  
 V. — 2 §§ 2, 3.  
 — — 5 § 7.

*Fragmenta Ulpiani.*

XIX. §§ 14, 18—21.

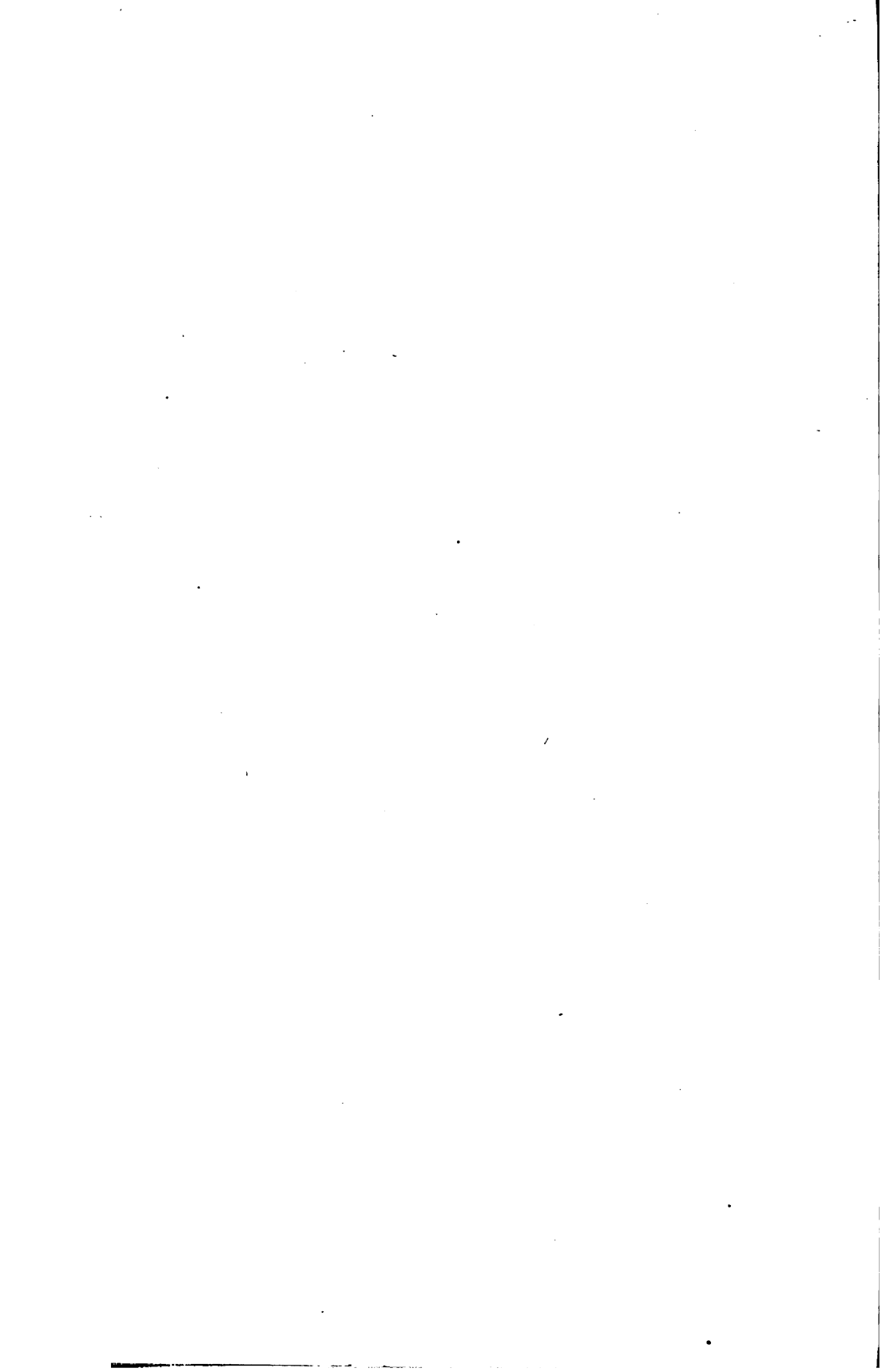
*Opera M. T. Ciceronis.*

Orationes pro Caecina. 5;  
 pro Q. Roscio: 11, 18, 32; pro  
 Quinc. 6 слѣд., 19 слѣд.; ad  
 Attic. 2, 15, 16.

## ОГЛАВЛЕНИЕ.

Предисловіе.

	Стр.
Глава первая. Принципъ римскаго права . . . . .	5
Глава вторая. Институты римскаго гражданскаго права, аналогичныя представительству	
§ 1. Приобрѣтеніе правъ и установленіе обязанностей черезъ подвластныхъ дѣтей и рабовъ . . . . .	24
I. Приобрѣтеніе правъ . . . . .	25
II. Установленіе обязанностей . . . . .	29
§ 2. Т. н. посредственное представительство въ римскомъ гражданскомъ правѣ (procuratores) . . . . .	43
Глава третья. Свободное представительство въ римскомъ гражданскомъ правѣ: . . . . .	73
I. Представительство при приобрѣтеніи владѣнія и собственности . . . . .	74
II. Представительство въ области обязательствъ . . . . .	91
III. Представительство въ закладномъ правѣ . . . . .	102
IV. Представительство въ области наследственнаго права.	103
V. Исключенія, неподходящія подъ вышеназванныя рубрики . . . . .	106
Обозрѣніе источниковъ.	



## ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ.

Стр.	строка сверху	Напечатано.	Слѣдуетъ читать.
14	14	напосредственномъ	непосредственномъ
20	прим. 38	четвертую	третью
21	прим. 39	четвертую	третью
29	15	праваго	правоваго
33	прим. 16	partem	patrem
40	13	Fr.	§.
43	12	свободнымъ	свободныхъ
45	8	б.	большею
47	22	ко	къ
56	17	procurator'омъ	и procurator'омъ
57	16	протуратурѣ	прокуратурѣ
61	34	считаемъ	считаетъ
—	—	дѣйствиємъ	дѣйствиє
64	2	miti	mihi
73	7	другими	другимъ
84	21	не приложимость	неприложимость
85	30	obligati	obligati
88	12	пріобрѣтеніи	пріобрѣтениємъ

4-11

688

Цѣна 1 р.