

18093

Генрихъ Дербургъ.
ПРОФЕССОРЪ БЕРЛИНСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

ПАНДЕКТЫ



~~25/11/12~~

Томъ I, ч. 2.

ВЕЩНОЕ ПРАВО.

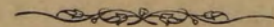
6-ое исправленное издание (Берлинъ 1900 г.) при участіи профессора Гиссенскаго
Университета I. Бирмана.

Переводъ студентовъ СПб. Университета А. Ю. Блоха, А. Я. Гальперна, Д. И. Утнелова
и К. А. Шнейдера.

ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ

прив.-доц. С.-Петербургскаго Университета

Бар. А. Ф. Мейендорфа.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

1905.

Библиотека НКФ СССР

39

71629

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ТИПОГРАФІЯ.



ПРЕДИСЛОВІЕ.

Переводъ «Вещнаго Права» Пандектъ Профессора Дербурга, начатый мною еще въ 1899 году, по совѣту проф. Л. И. Петражицкаго, несмотря на доведеніе его до конца 4 студентами ¹⁾ Петербургскаго университета въ теченіе 1902 года, я успѣлъ окончательно редактировать только за истекшіе 10 мѣсяцевъ.

Теперь этотъ переводъ является какъ бы продолженіемъ исполненнаго подъ редакціею профессора Московскаго университета, П. Соколовскаго, перевода тома III, являющагося на самомъ дѣлѣ томомъ II Пандектъ, содержащимъ книгу III «Обязательственное Право» ²⁾, по поводу появленія котораго проф. Петражицкій ³⁾, вспоминая избраніе Дербурга въ почетные члены Петербургскаго, Московскаго и Кіевскаго университетовъ, подчеркнул, что изъ научныхъ трудовъ этого ученаго наиболѣе выдающимся и цѣннымъ являются его «Пандекты». Съ выходомъ въ свѣтъ «Вещнаго Права» пожеланіе, чтобы всѣ части этого знаменитаго учебника появились въ русскомъ переводѣ, приближается на шагъ къ своему осуществленію.

Читатель разсудить, можетъ ли предлагаемый переводъ занять мѣсто рядомъ съ «Обязательственнымъ Правомъ» и съ ожидаемою въ скоромъ времени, подъ редакціею проф. Соколовскаго, «Общею Частью» тѣхъ же Пандектъ.

¹⁾ §§ 177-191 перевелъ А. Я. Гальпернъ, §§ 192-213 К. А. Шнейдеръ, §§ 223-260 Д. И. Утвеловъ, §§ 261-293 А. Ю. Блохъ, §§ 169-176 и §§ 214-222 переведены мною. Въ составленіи предметныхъ указателей и прилагаемаго библиографическаго указателя принялъ участіе студ. Т. Я. Гольде. Библиографическій указатель, содержащихся въ «Вещномъ Правѣ» проф. Дербурга ссылокъ, показался мнѣ желательнымъ, главнымъ образомъ, вслѣдствіе часто встрѣчающейся неполноты заглавій, упоминаемыхъ въ примѣчаніяхъ.

²⁾ Москва 1 изд. 1900 г., 2 изд. 1904 г.

³⁾ Газ. «Право» 1901 г. № 5, стр. 270.

Изъ отступленій отъ терминологіи, принятой профессоромъ Соколовскимъ, я считаю долгомъ оговорить лишь принятый мною, вмѣсто термина «обще-германское право¹⁾», терминъ «общее право», въ скобкахъ, «пандектное право»²⁾ для передачи нѣмецкаго «*Gemeines Recht*». Терминъ «пандектное право» уже приобрѣлъ права гражданства (Баронъ, Пандекты русск. переводъ Л. Петражицкаго, Москва 1898 г. § 1). Терминъ «обще-германское право» можетъ, въ виду неясности отношенія проф. Дернбурга къ вопросу о существованіи «*eines gemeinen deutschen Privatrechts*» вызвать коллизію понятій.

А. Мейендорфъ.

Петербургъ, 2 Апрѣля 1905 г.

¹⁾ Обязательственное право, стр. 121.

²⁾ Такое соединеніе терминовъ проведено не вездѣ въ переводъ, тѣмъ болѣе, что я отдаю предпочтеніе термину «общее право». При помощи термина «пандектное право» нельзя передать понятіе *gemeinrechtlich geltendes deutsches Recht* (Dernburg Pandecten Sachenrecht § 203 in fine). При переводѣ же «*Gemeines Recht*» черезъ терминъ «обще-германское право», не только что приведенное понятіе, ни противопоставляемое Дернбургомъ (*ibidem* § 207 стр. 93 и § 212 стр. 102) римскому (пандектному) праву—германское право не могутъ быть точно отгѣнены. Присутствіе у Дернбурга сказаннаго противоположенія наводитъ на мысль, что Дернбургъ не отвергаетъ существованія нѣкотораго «общаго германскаго частнаго права» (*Gemeines deutsches Privatrecht*), какъ оно понимается многими германистами, въ противоположность «*Gemeines Recht*» римскаго происхожденія.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Книга вторая. Вещное право.

Раздѣлъ первый. Введеніе. Владѣніе.

Глава первая. Общія начала.

	<i>Стр.</i>
§ 169. Понятіе владѣнія	1
§ 170. Защита владѣнія	4
§ 171. Развитіе поссessorныхъ интердиктовъ	7

Глава вторая. Виды владѣнія.

§ 172. Юридическое владѣніе. Введеніе	10
§ 173. Отдѣльные случаи юридическаго владѣнія	13
§ 174. Случаи простого держанія (обладанія)	15
§ 175. Названія владѣнія по его отношеніямъ къ праву	17

Глава третья. Приобрѣтеніе и потеря юридическаго владѣнія.

§ 176. Общія положенія	18
§ 177. Самостоятельность приобрѣтенія владѣнія	20
§ 178. Завладѣніе (Apprehension)	21
§ 179. Воля владѣть (animus possidendi)	26
§ 180. Приобрѣтеніе владѣнія черезъ представителя	29
§ 181. Перенесеніе владѣнія посредствомъ волеизъявленія	33
§ 182. Прекращеніе владѣнія	36
§ 183. Утрата владѣнія при представительствѣ	39

Глава четвертая. Владѣльческіе иски.

I. Общія положенія.

§ 184. Сущность владѣльческихъ исковъ	41
---	----

II. Иски о сохраненіи владѣнія.

§ 185. Сущность интердиктовъ о сохраненіи владѣнія	43
§ 186. Обыкновенный владѣльческій искъ	45
§ 187. Summariissimum	49

III. Рекуператорные владѣльческіе иски.

(Иски о возстановленіи отнятаго владѣнія).

§ 188. Римскіе рекуператорные владѣльческіе иски	50
§ 189. Exceptio spoliі и actio spoliі	52

*

	<i>Стр.</i>
Глава пятая. Владѣніе правомъ.	
§ 190. Сервитутовладѣніе	55
§ 191. Владѣніе правомъ по общему (пандектному) праву и по германскому гражд. уложенію	57
Раздѣлъ второй. Право собственности.	
Глава первая. Понятіе и содержаніе права собственности.	
I. Собственность и добросовѣстное владѣніе.	
§ 192. Вещныя права и собственность	58
§ 193. Бонитарная и провинціальная собственность	63
§ 194. Добросовѣстное владѣніе	66
II. Общая собственность.	
§ 195. Понятіе права общей собственности	70
§ 196. Юридическое положеніе соучастниковъ	73
§ 197. Искъ о раздѣлѣ	76
III. Содержаніе права собственности.	
§ 198. Поземельная собственность	81
§ 199. Законныя сосѣдскія права. Общій обзоръ	83
§ 200. Сосѣдское право. Постановленія положительнаго права	85
Глава вторая. Приобрѣтеніе и потеря права собственности.	
I. Общій обзоръ.	
§ 201. Способы приобрѣтенія	88
§ 202. Право собственности и вещь	89
II. Оккупация и спецификація.	
§ 203. Оккупация	90
§ 204. Спецификація	92
III. Приобрѣтеніе плодовъ.	
§ 205. Отдѣльные виды приобрѣтенія плодовъ	95
IV. Виды приращенія (accessio).	
§ 206. Приобрѣтеніе клада	99
§ 207. Приобрѣтеніе по береговому праву	101
§ 208. Соединеніе съ недвижимостью (Инкорпорація)	104
§ 209. Соединеніе движимыхъ вещей (Инкорпорація)	106
§ 210. Confusio и Commixtio	107
V. Производные способы приобрѣтенія.	
§ 211. Передача (traditio)	109
§ 212. Правомочіе передающаго	111
§ 213. Воля пересвоенія (Uebereignungswille).	112
§ 214. Передача владѣнія	115
§ 215. Условная передача	117

	Стр.
§ 216. Exceptio rei venditae et traditae	119
§ 217. Запреты отчужденія	122
§ 218. Присужденіе права собственности судомъ	125

VI. Давностное владѣніе (Ersitzung).

§ 219. Понятіе и исторія давностнаго владѣнія	127
§ 220. Реквизиты давностнаго владѣнія	130
§ 221. Истеченіе давностнаго владѣнія	136
§ 222. Экстраординарное давностное владѣніе.	140

VII. Прекращеніе права собственности.

§ 223. Случаи прекращенія права собственности	142
---	-----

Глава третья. Иски собственника и добросовѣстнаго владѣльца.

I. Вещные иски.

§ 224. Искъ о правѣ собственности	144
§ 225. Стороны при искѣ о правѣ собственности	146
§ 226. Форма и содержаніе виндикаціи	151
§ 227. Права на удержаніе вещи противъ виндикаціи	155
§ 228. Публиціанскій искъ	158

II. Личные иски.

§ 229 a) Искъ объ отграниченіи	162
§ 230 b) Cautio damni infecti	165
§ 231. Продолженіе. Опасность отъ наличныхъ сооружений	168
§ 232 c) Actio aquae pluviae arcendae	170
§ 233 d) Operis novi nuntiatio	174
§ 234 e) Interdictum quod vi aut clam	178

Раздѣлъ третій. Сервитуты.

Глава первая. Сущность сервитутовъ.

§ 235. Понятіе и главное подраздѣленіе сервитутовъ	183
§ 236. Вещный характеръ сервитутовъ	185
§ 237. Отношеніе сервитута къ праву собственности	189

Глава вторая. Предѣльные вещные или поземельные сервитуты.

I. Общія положенія.

§ 238. Понятіе и сущность предѣльныхъ сервитутовъ	193
§ 239. Дѣленіе предѣльныхъ (поземельныхъ) сервитутовъ	195
§ 240. Выгода сервитута для господствующаго участка	198
§ 241. Недѣлимость предѣльныхъ (поземельныхъ или вещныхъ) сервитутовъ	202

II. Отдѣльные виды предѣльныхъ (поземельныхъ или вещныхъ) сервитутовъ.

§ 242. Сельскіе сервитуты. Дорожные сервитуты	204
§ 243. Другіе сельскіе сервитуты	207
§ 244. Городскіе или домовые сервитуты (Gebaeudeservituten).	209

Глава третья. Личные сервитуты.

§ 245. Отдельные виды личных сервитутовъ	212
§ 246. Узуфруктъ (пользовладѣніе)	213
§ 247. Права узуфруктуарія (пользовладѣльца)	217
§ 248. Права собственника и обязанности узуфруктуарія (пользовладѣльца)	220
§ 249. Quasi-узуфруктъ	226
§ 250. Личные сервитуты съ ограниченнымъ содержаніемъ	230

Глава четвертая. Возникновеніе и прекращеніе сервитутовъ.

§ 251. Установленіе сервитута по юридической сдѣлкѣ	233
§ 252. Приобрѣтеніе сервитутовъ по давности	237
§ 253. Рѣшеніе суда и законъ	241
§ 254. Прекращеніе сервитутовъ	241

Глава пятая. Защита сервитутнаго права.

§ 255. Actio confessoria	246
§ 256. Actio negatoria	249
§ 257. Иски о защитѣ сервитутнаго владѣнія	253

Раздѣлъ четвертый. Суперфиціи и эмфитевзисъ.

§ 258. Развитіе суперфиціи и эмфитевзиса	257
§ 259. Суперфиціи	261
§ 260. Эмфитевзисъ	264

Раздѣлъ пятый. Залоговое право.

Глава первая. Сущность и исторія залогового права.

§ 261. Понятіе залогового права	268
§ 262. Вещный характеръ залогового права	272
§ 263. Фидуція и ипотека	274
§ 264. Формализація залогового права въ Германіи	277

Глава вторая. Необходимыя условія залогового права.

I. Основанія возникновенія залогового права.

§ 265. Объ основаніяхъ возникновенія залогового права вообще.	280
---	-----

а) Добровольное установленіе залогового права.

§ 266. Договоръ залога въ собственномъ смыслѣ	281
§ 267. Договоръ залога относительно чужихъ вещей	282

б) Законныя залоговыя права.

§ 268. Возникающее по закону залоговое право наймодавца и арендодателя	285
§ 269. Остальные случаи законнаго залогового права	288

в) Судебныя залоговыя права.

§ 270. Pignus praetorium	290
§ 271. Наложеніе ареста (Pfaendungspfandrecht)	292

II. Предметъ залогового права.

§ 272. Залогоспособныя вещи	294
§ 273. Объемъ залоговой ответственности	296

III. Обезпеченное залогомъ обязательство.

§ 274. Виды обезпеченнаго залогомъ требованія	298
§ 275. Объемъ обезпеченнаго залогомъ требованія	299

Глава третья. Дѣйствіе залогового права.

I. Общій характеръ.

§ 276. Отношеніе залогового права къ праву собственности	300
§ 277. Недѣлимость залоговой ответственности	302

II. Владѣніе залогомъ.

§ 278. Владѣніе и право пользованія кредитора по залогу	303
§ 279. Право удержанія по письменнымъ долговымъ требованіямъ.	305

III. Продажа заложенной вещи.

§ 280. Исторія продажи залога и <i>lex commissoria</i>	306
§ 281. Условія продажи заложенной вещи и совершеніе продажи	308
§ 282. Послѣдствія продажи залога	310

IV. Иски кредитора по залогу.

§ 283. Ипотечный искъ	313
§ 284. Иски предполагаемаго кредитора по залогу	316
§ 285. Личныя обязанности, вытекающія изъ залогового права	318

Глава четвертая. Отношенія между кредиторами по залогу.

I. Порядокъ старшинства.

§ 286. Нормальная очередь залоговыхъ правъ	320
§ 287. Привилегированныя залоговыя права	322

II. Правоотношенія въ случаѣ установленія нѣсколькихъ залоговыхъ правъ.

§ 288. Права послѣдующихъ кредиторовъ по залогу	324
§ 289. Ипотечное преемство	325

Глава пятая. Прекращеніе залогового права.

§ 290. Свойственныя залоговому праву основанія прекращенія	329
§ 291. Прочія основанія прекращенія залогового права	331

Глава шестая. Залогъ правъ.

§ 292. Закладъ требованій. Подзалогъ	336
§ 293. Закладъ сервитутовъ	340

	Стр.
Предметный указатель русскій	343
Предметный указатель латинскій и нѣмецкій	349
Приложеніе редакціи: 1-е. Библиографическій указатель	353
» » 2-е. Указатель мѣстъ изъ источниковъ, разсматриваемыхъ въ I т. ч. 2	362
Указатель пословиць	VIII
Сокращенія	VIII
Сокращенныя ссылки на авторовъ	IX

Указатель пословиць, относящихся къ вещному праву.

Цифры обозначаютъ параграфы.

- Bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit 205.
- Cavere aut carere 230, 248.
- Fructus sine usu esse non potest прим. 14, 247.
- Indivisa est pignoris causa прим. 1, 277.
- Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet прим. 1, 212.
- Nemo sibi causam possessionis mutare potest 179.
- Nulli res sua servit 236.
- Olim possessor, hodie possessor 186, прим. 5, 221.
- Per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse прим. 2, 241.
- Petitorium absorbet possessorium прим. 6, 184.
- Prior tempore potior jure 286.
- Quem de evictione tenet actio eundem repellit exceptio прим. 11, 216.
- Servitus in faciendo consistere nequit 236.
- Servitus servitutis esse non potest прим. 14, 236.
- Spoliatus ante omnia restituendus прим. 14, 189.
- Superficies solo cedit 208.
- Tantum praescriptum quantum possessum прим. 2, 242.

Сокращенія.

- Arch. f. civ. Pr.—Archiv für civilistische Praxis, Heidelb. 1814—1867, 50 т.; съ 1868 г. н. F. т. 51—67.
- Bekkers Jahrb.—Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther. Leipz. 1857—1863, Leipzig, 1857—1863 г., 6 томовъ.
- Bl. f. Rechtspf.—Blaetter für Rechtspflege in Thüringen u. Anhalt, Jena 1884.
- C. P. O.—Civilprocessordnung—герм. уст. гр. судопр.
- Civ. Mag.—Civilistisches Magazin von Hugo, Berlin 1791—1837, 6 том.
- d. L. v.—Die Lehre vom... (ученіе о).
- Einf. Ges. zum B. G. B.—Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch—Законъ о введ. въ дѣйствіе герм. гр. уложенія.
- Erört.—Erörterung.

- H. G. B.—Handelsgesetzbuch—герм. торг. уст.
Iherings Jahrb.—Iherings Jahrbücher—Jahrbücher für die Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts, Jena съ 1857 г.
Inaug. Diss.—Inaugural-Dissertation.
Krit. V. J. Schr.—Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft. München съ 1859 г.
Krit. Zeitschr.—Kritische Zeitschrift für d. gesammte Rechtswiss., Heidelb. 1852—1859, 5 т.
Lindes Zeitschr.—Zeitschrift für Civilrecht und Process von Linde и др. Giessen 1827 г. и сл.
n. F.—neue Folge—новая серия.
O. A. G.—Oberappellationsgericht.
P. G. O.—Peinliche Gerichtsordnung.
R. G.—Reichsgerichtsentscheidung—Рѣшеніе верховнаго имперскаго суда.
Rhein. Museum—Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Bonn 1827 — 1829, Goett. 1833—1835, 7 т.
Sav. Zeitschr. r. A.—Zeitschrift der Savigny-Stiftung, romanistische Abtheilung, съ 1880 г.
Seuff. Arch.—Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland, съ 1847 г.
Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.—Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Berlin 1815—1850.
Zeitschr. f. Rechtsg.—Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Weimar съ 1861 г.
Zeitschr. f. Handelsr.—Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht v. Goldschmidt, Erlangen съ 1858 г.

Сокращенныя ссылки на авторовъ.

- Arndts—Lehrbuch der Pandecten, 1-е изд. 1850 г., 13-е изд. 1886 г., 14-е изд. 1889 г. (L. Arndts R. v. Arnesberg) 1 т.
Baron—Pandecten, 8-е изд. 1893 г.
Brinz—Lehrbuch der Pandecten, 2-е изд. 1873 г. 4 тома.
Bekker—Pandecten 2 тома 1886 г. и сл. (общая часть).
Keller—Vorlesungen über Pandecten. Посмертное издание, 1-е 1861 г., 2-е 1866 г.
Kierulff—Theorie des gemeinen Civilrechtes т. 1. 1839 г. (общ. часть).
Mühlenbruch—Lehrbuch des Pandectenrechts, 1835 г. и сл., 3 тома, 4-е изд. 1844 г.
Puchta—Lehrbuch der Pandecten 1838, 12-е изд. 1877 г. (изд. Schirmer).
Savigny—System des heutigen roemischen Rechts 8 томовъ 1840—1848 г. содержать общую часть и 2 тома общую часть обязательственного права.
Thibaut—civilistische Abhandlungen, 1814.
Vangerow—Lehrbuch der Pandecten, 3 т. 1 изд. 1839, 7-е—1863 г.
Waechter—Handbuch des im Koenigreiche Würtemberg geltenden Privatrechtes 2 т. 1839 и 1842 (общая часть).
Wendt—Lehrbuch der Pandecten 1888 г.
Windscheid—Lehrbuch des Pandectenrechtes 3 т., 1-е изд. 1862 и сл. г., 7-е изд. 1891 г.

1800-1801 - ...
 1802-1803 - ...
 1804-1805 - ...
 1806-1807 - ...
 1808-1809 - ...
 1810-1811 - ...
 1812-1813 - ...
 1814-1815 - ...
 1816-1817 - ...
 1818-1819 - ...
 1820-1821 - ...
 1822-1823 - ...
 1824-1825 - ...
 1826-1827 - ...
 1828-1829 - ...
 1830-1831 - ...
 1832-1833 - ...
 1834-1835 - ...
 1836-1837 - ...
 1838-1839 - ...
 1840-1841 - ...
 1842-1843 - ...
 1844-1845 - ...
 1846-1847 - ...
 1848-1849 - ...
 1850-1851 - ...
 1852-1853 - ...
 1854-1855 - ...
 1856-1857 - ...
 1858-1859 - ...
 1860-1861 - ...
 1862-1863 - ...
 1864-1865 - ...
 1866-1867 - ...
 1868-1869 - ...
 1870-1871 - ...
 1872-1873 - ...
 1874-1875 - ...
 1876-1877 - ...
 1878-1879 - ...
 1880-1881 - ...
 1882-1883 - ...
 1884-1885 - ...
 1886-1887 - ...
 1888-1889 - ...
 1890-1891 - ...
 1892-1893 - ...
 1894-1895 - ...
 1896-1897 - ...
 1898-1899 - ...
 1900-1901 - ...

VERZEICHNIS DER VEREINE

1800-1801 - ...
 1802-1803 - ...
 1804-1805 - ...
 1806-1807 - ...
 1808-1809 - ...
 1810-1811 - ...
 1812-1813 - ...
 1814-1815 - ...
 1816-1817 - ...
 1818-1819 - ...
 1820-1821 - ...
 1822-1823 - ...
 1824-1825 - ...
 1826-1827 - ...
 1828-1829 - ...
 1830-1831 - ...
 1832-1833 - ...
 1834-1835 - ...
 1836-1837 - ...
 1838-1839 - ...
 1840-1841 - ...
 1842-1843 - ...
 1844-1845 - ...
 1846-1847 - ...
 1848-1849 - ...
 1850-1851 - ...
 1852-1853 - ...
 1854-1855 - ...
 1856-1857 - ...
 1858-1859 - ...
 1860-1861 - ...
 1862-1863 - ...
 1864-1865 - ...
 1866-1867 - ...
 1868-1869 - ...
 1870-1871 - ...
 1872-1873 - ...
 1874-1875 - ...
 1876-1877 - ...
 1878-1879 - ...
 1880-1881 - ...
 1882-1883 - ...
 1884-1885 - ...
 1886-1887 - ...
 1888-1889 - ...
 1890-1891 - ...
 1892-1893 - ...
 1894-1895 - ...
 1896-1897 - ...
 1898-1899 - ...
 1900-1901 - ...

КНИГА ВТОРАЯ.

ВЕЩНОЕ ПРАВО.

Раздѣлъ первый.—Введение.

Владѣніе ¹⁾).

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Общія начала.

§ 169. Понятіе владѣнія.

Существуетъ двоякій порядокъ отношеній индивида къ вещамъ: фактической—владѣніе и юридической—собственность.

1. *Владѣніе possessio est realное iusподство надъ вещью.* Владѣніе, какъ это полагають многіе, не есть право. Оно, напротивъ,

¹⁾ Tit. Dig. de acquirenda vel amittenda possessione 41, 2.—Главное сочиненіе: Savigny, das Recht des Besitzes 1 изд. 1803, 6. 1836; 7 изд. 1865 г., составленное Рудорфомъ, содержитъ важныя дополненія издателя. Знаменательно для силы генія, что этотъ трудъ, который Савиньи набросалъ и окончилъ, въ возрастѣ 24 лѣтъ, въ нѣсколько недѣль, господствовалъ безъ малаго столѣтіе въ ученіи о владѣніи. Этотъ спѣшно составленный трудъ молодости, на ряду съ блестящими преимуществами, неизбѣжно долженъ былъ содержать и ошибки. Но и эти послѣднія сохранили свое дѣйствіе, благодаря обаятельности изложенія и авторитетности ученаго.—С. G. Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter, 1848. (Право владѣнія въ среднія вѣка) выдается своими историко-догматическими изслѣдованіями. Новыя мысли въ области ученія о владѣніи зародились подъ вліяніемъ остроумныхъ изысканій Геринга. Герингъ написалъ: Grund des Besitzschutzes (Основаніе защиты владѣнія) 2 изд. 1869, далѣе: Besitzwille 1889 и статью, въ которой онъ собралъ свои воззрѣнія: Besitz въ словарѣ Государственныхъ Наукъ Конрада (Handbuch d. Staatswissensch.), т. 2, стр. 406 и которая была также отпечатана въ его Jahrb. Bd. 32, стр. 41. Предшествующая литература о владѣніи указана у Савиньи, стр. 7 и у Рудорфа въ 7 изданіи, стр. 543 и сл., новѣйшая литература см. Виндшейдъ, т. 1, § 148, ср. дополненіе къ §§ 148—153, стр. 761—762. Новѣйшая работа. Strohal, Besitzrecht d. Entwurfs. (Право владѣнія по проекту герм. гр. ул.), Iherings Jahrb. т. 29, стр. 336, т. 31, стр. 1, Беккеръ Zur Reform des Besitzrechts, тамъ-же т. 30, стр. 235, и объ этомъ Strohal, тамъ-же, т. 31, стр. 66. Беккеръ, der Besitz beweglicher Sachen (владѣніе движимостью) тамъ-же т. 34, стр. 1.

явленіе, находящееся внѣ права, хотя съ нимъ и связаны права²⁾. Предположимъ, что правовой порядокъ совершенно упраздненъ (это фактически невозможно, но мыслимо)—всетаки владѣніе осталось бы. Практическое господство человѣка надъ вещью продолжало бы существовать, оно есть необходимое условіе, обеспечивающее человѣческое существованіе.

Владѣніе есть *физическое отношеніе*. Но оно этимъ не становится чѣмъ-то безусловно осязательнымъ. Оно становится видимымъ для глаза, когда человѣкъ живетъ или «сидитъ»³⁾ на землѣ, или когда онъ тѣлесно обладаетъ движимостями или держитъ ихъ подъ замкомъ. Но точно также въ нашемъ владѣніи могутъ находиться и отдаленныя неогороженныя площади, собранный тамъ хлѣбъ и оставленныя въ полѣ земледѣльческія орудія.

Владѣніе не есть нѣчто минутное или проходящее. Только длящееся *укрѣпившееся господство надъ вещью, простирающее свое дѣйствіе и во времени* есть владѣніе⁴⁾. Вещь, слѣдовательно, должна находиться къ нашимъ услугамъ и подлежать нашему воздѣйствію болѣе или менѣе постояннымъ образомъ⁵⁾. Но этимъ не требуется, чтобы и впредь состояніе владѣнія было безусловно обеспечено. Это было бы недостижимо; надежнѣйшіе замки взламываются и охраняемыя ими вещи могутъ быть похищены. Достаточно, чтобы

²⁾ Это наивнымъ и непосредственнымъ образомъ поняли и исполнѣ правильно выразили римскіе юристы. l. 1, § 4. D. de a. vel a. p. 41, 2.—Paulus eam rem facti, non juris esse; l. 49 pr. D. eod.—Papinianus—plurimum ex jure possessio mutatur. Поэтому по l. 49, § 1 cit. «possessio non tantum corporis, sed et juris est». Впрочемъ, сбивчивы обыденныя опредѣленія права въ субъективномъ смыслѣ. Ибо если согласно Виндшейду, т. 1, § 37, право есть «господство воли дарованное правопорядкомъ», то казалось бы и во владѣніи заключается такое господство, и если по Герингу права суть правомъ охраняемые интересы, то такое опредѣленіе прежде всего подходитъ къ юридическому владѣнію. Если однако признать, какъ мы это дѣлаемъ выше въ § 39, въ правѣ слѣдуемое индивиду, согласно правопорядку, участіе въ житейскихъ благахъ, то слѣдуетъ утверждать, что владѣніе само по себѣ не заключаетъ въ себѣ понятія объ участіи въ благахъ жизни. Другого мнѣнія А. Беккеръ, Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abtheilung, т. 5, стр. 154. Герингъ, Handbuch, т. 2, стр. 414.

³⁾ l. 1 pr. D. de a. vel a. p. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum. Possessio appellata est a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.

⁴⁾ l. 3 § 13 D. de a. vel a. p. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum . . . hactenus possideri, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus; поэтому поясненіе Павла libro 14 ad Sabinum in l. 14 pr. D. de servit. 8. 1 не исполнѣ вѣрно.

⁵⁾ Служащій въ магазинѣ приказчикъ не имѣетъ ни владѣнія, ни обладанія относительно переданнаго ему для продажи и находящагося въ магазинѣ товара. Рѣш. Герм. Имп. Суда по уг. д., т. 2, стр. 1, то же самое: таможенный чиновникъ относительно предметовъ, сложенныхъ въ таможенѣ для осмотра (Рѣш. Имп. Суда по уг. д., т. 3, стр. 201); лѣсничій по отношенію къ лѣсному пространству и къ произрастаніямъ, находящимся подъ его охраною (Рѣш. Имп. Суда по уг. д., т. 5, стр. 180). Всѣ названныя служащіе имѣютъ возможность минутнаго воздѣйствія на вещь, но у нихъ нѣтъ твердаго постоянного господства надъ ввѣренными имъ вещами.

можно было разсчитывать, сообразуясь съ *обыкновеннымъ ходомъ* вещей, на сохраненіе за собою возможности постояннаго распоряженія вещью.

Для этого необходимо, чтобы возможности распоряженія вещью не угрожала помѣха отъ случайнаго воздѣйствія силъ природы или отъ посторонняго вмѣшательства. При упорядоченныхъ отношеніяхъ эта обезпеченность предполагается уже тогда, когда видимымъ образомъ вещь подчинена нашему господству. Ибо третьи лица ощущаютъ нѣкоторое опасеніе прикасаться къ чужой сферѣ господства; это опасеніе укореняется и усугубляется подъ благимъ воздѣйствіемъ нравовъ и права.

2. Выше фактическаго порядка владѣнія стоитъ юридическій порядокъ—собственность. Собственность это право на полное господство надъ вещами, а владѣніе есть самое это господство ⁶⁾.

Оба могутъ совпадать. Это обыкновенно такъ и бываетъ. Но владѣніе *можетъ быть* и тогда, когда *нѣтъ права на владѣніе*—*jus possidendi*: и тотъ, кто господствуетъ надъ вещью, не имѣя на то права и не приписывая себѣ таковаго, или даже не подъ предлогомъ права, всетаки долженъ быть признанъ владѣльцемъ ⁷⁾ вещи.

Управомоченный невладѣлецъ можетъ принудить неуправомоченнаго владѣльца къ *выдачѣ* вещи. Но для этого нужны искъ, доказательство права и вошедшее въ законную силу рѣшеніе. Пока этого нѣтъ, отвѣтчикъ остается во владѣніи вещью; если истцу не удастся доказать свое право, равнымъ образомъ отвѣтчикъ остается во владѣніи вещью, хотя бы было очевидно, что у него нѣтъ особаго на то права. Поэтому старая пословица и говоритъ *beati possidentes*, и ежедневно она оправдывается на практикѣ.

3. Владѣніе есть нѣчто отличное отъ права. Но оно тѣмъ не менѣе имѣетъ значеніе для права. Съ нимъ связаны юридическія послѣдствія — *jus possessionis* ⁸⁾. Прямымъ послѣдствіемъ является охраненіе его *поссessorными интердиктами*. Дальнѣйшимъ

⁶⁾ l. 12, § 1 D. h. t. 41, 2. Ulpianus libro 70 ad edictum. Nihil commune habet proprietas cum possessione. l. 1, § 2 D. uti possidetis 43, 17. Обиходная рѣчь отождествляетъ часто владѣніе съ собственностью. Для юриста это непростительно.

⁷⁾ l. 11, § 1 D. de her. pet. 5, 3 pro possessore vero possidet praedo—l. 12 D. eod. Ulpianus libro 67 ad edictum — qui interrogatus, cur possideat responsurus sit «quia possideo» nec contendet se heredem vel per mendacium.

⁸⁾ О *jus possessionis* между прочимъ говоритъ l. 44 pr. D. h. t., l. 2, § 38 D. de quid in loco publico 43, 8.

послѣдствіемъ является пріобрѣтеніе права собственности, *давностью владѣнія*, ибо все существующее стремится стать правомъ. Пріобрѣтательная же давность связана не съ владѣніемъ только, но съ *добросовѣстнымъ* владѣніемъ.

4. Когда мы говоримъ просто о владѣніи, мы имѣемъ въ виду его простѣйшую форму—*владѣніе вещью*, то есть *исподство надъ вещью въ совокупности ея отношеній*. Владѣніе вещью въ этомъ смыслѣ исключаетъ всякое чужое владѣніе. Нѣсколько лицъ не могутъ одновременно владѣть одною и тою же вещью цѣликомъ. Правда, что среди римскихъ юристовъ возникла мысль о *possessio plurium in solidum*; но, въ концѣ концовъ, они отъ нея рѣшительнымъ образомъ отказались⁹⁾.

Существуетъ однако совмѣстное владѣніе вещью нѣсколькими лицами въ *идеальной доль*¹⁰⁾ ¹¹⁾. Допустимо также *владѣніе правомъ* на вещь, напр. правомъ пользованія *наряду съ владѣніемъ вещью*.

§ 170. Защита владѣнія.

1. Владѣніе не есть право, тѣмъ не менѣе оно защищается путемъ *поссессорныхъ* интердиктовъ. Ими могутъ пользоваться не только добросовѣстные и недобросовѣстные владѣльцы, но и воры

⁹⁾ l. 3, § 5 D. h. t. 41, 2. l. 5, § 15 D. commodati 13, 6; ниже § 186 прим. 20.

¹⁰⁾ Совладѣніе нѣсколькихъ соучастниковъ, такъ наз. *compossessio*, возможно и встрѣчается часто; невозможно, однако, по нашему мнѣнію владѣніе одною идеальной частью, въ то время какъ остальные идеальныя части не находятся ни въ чемъ владѣніи. Во всякомъ случаѣ такое явленіе заключало бы въ себѣ практическую несообразность; ср. Steinlechner. Wesen der juris communio (сущность juris communio) Heft 2, стр. 18, 23.

¹¹⁾ Римляне, стремясь къ точности и ясности, выставили положеніе, что для признанія владѣнія оно должно имѣть своимъ предметомъ *опредѣленную* идеальную долю. l. 26 D. h. t. 41, 2. l. 3, § 2. D. eod. Изъ этого они выводили, что совладѣльцы, неувѣренные относительно доли владѣнія каждаго, не суть владѣльцы. l. 32, § 2 D. de usurp. 41, 3 Pomponius libro 32 ad Sabinum. Incertam partem possidere nemo potest, ideo si plures sint in fundo, qui ignorant, quotam quisque partem possideat: neminem eorum mera suptilitate possidere Labeo scribit. Выводъ неизбежный, но онъ составлялъ чисто формальную норму, *mera suptilitas*, которая не соответствовала дѣйствительности. Виндшейдъ, т. 1, § 152 прим. 12, полагаетъ, что словами *mera suptilitas* какъ-бы отвергается означенный выводъ. Это неправильно. Римскіе юристы въ данномъ случаѣ не могли отказаться отъ вывода изъ своей посылки.—Эта основная посылка чужда общему праву и герм. гр. уложенію. Современному праву подъ вліяніемъ германскихъ правовыхъ воззрѣній, извѣстны многочисленныя товарищескія отношенія, при которыхъ совладѣльцы одною вещью владѣютъ сообща (*zur gesammten Hand*), не имѣя въ своемъ владѣніи опредѣленныхъ идеальныхъ долей. Такъ, напримѣръ, при общности имуществъ, супруги сообща владѣютъ имуществомъ своимъ до прекращенія брака, точно также товарищи при полномъ товариществѣ владѣютъ товарищескимъ имуществомъ до распадаенія товарищества. Опредѣленныя доли до прекращенія товарищества не существуютъ.

и разбойники. Такимъ образомъ право съ одной стороны охраняетъ то, что оно съ другой стороны осуждаетъ и караетъ. Это противорѣчiе требуетъ объясненiя. Правда, римлянъ мало интересовалъ этотъ вопросъ; съ тѣмъ болѣе вниманiемъ отнеслась новая наука къ этой проблемѣ ¹⁾. Согласiе однако относительно основанiя защиты владѣнiя не достигнуто и до сихъ поръ.

2. Различаютъ *относительныя и абсолютныя* теорiи. Относительныя теорiи ищутъ основанiя для защиты владѣнiя внѣ его, а именно въ другихъ соображенiяхъ, учрежденiяхъ и цѣляхъ; абсолютныя теорiи выводятъ защиту владѣнiя изъ самаго владѣнiя ²⁾.

а) Рѣшающимъ для относительныхъ теорiй является или защита личности владѣльца противъ *насилiя*, или интересъ *собственности*.

Прежде всего Савиньи призналъ защиту владѣнiя средствомъ противъ насилiя ³⁾.

Нарушенiе владѣнiя по его мнѣнiю есть насилiе, обращенное противъ владѣльца, такимъ образомъ нарушающее его неприкосновенность ⁴⁾. Эта неправомѣрность должна сглаживаться посессорными интердиктами; средства правовой защиты владѣльца суть по существу своему *деликтныя иски*. Но на самомъ дѣлѣ это послѣднее положенiе Савиньи не оправдывается. Только одинъ изъ посессорныхъ интердиктовъ носитъ характеръ деликтнаго иска, а именно *int. unde vi*. Остальные интердикты не имѣютъ этого свойства. Это въ особенности относится къ главнѣйшему средству защиты владѣнiя—къ *int. uti possidetis*. Этотъ интердиктъ разрѣ-

¹⁾ Интересное сопоставленiе различныхъ взглядовъ даетъ Iерингъ, *Besitzschutz*, стр. 2 и сл.; ср. также Randa, *Besitz nach oester. Rechte* (Владѣнiе по австр. праву) 4 изданiе 1895, § 8, Capone, въ *archivio giuridico*, т. 50, стр. 9, Jean Appleton, *Essai sur le fondement de la protection possessoire*. Par. 1892.—Bekker, *Recht des Besitzes*, стр. 14 и сл. считаетъ празднымъ вопросъ о философскомъ основанiи защиты владѣнiя. Защита владѣнiя существуетъ. Этого де достаточно для сторонниковъ исторической доктрины права. Такъ однако не понимали этой доктрины первоучители исторической школы, въ томъ числѣ и Савиньи. Они никогда не отказывались отъ задачи изученiя скрытыхъ философскихъ причинъ существующаго. Съ такой резигнацiей не можетъ примириться пытливый духъ человѣка. См. также Iерингъ, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* 1884, стр. 322, Пферше, *oester. Sachenrecht* 1893, т. 1, стр. 80.

²⁾ Iерингъ. Основанiе защиты владѣнiя (*Grund der Besitzeschutzes*), стр. 3 и сл.

³⁾ Савиньи, *Владѣнiе (Besitz)*, § 5, стр. 30, § 6, стр. 56; ср. напротивъ Iерингъ I. с., стр. 6. см. далѣе ниже, § 185.

⁴⁾ Пухта Панд., § 122 и лекцiи. Въ § 122 онъ даетъ теорiю Савиньи слѣдующiй оборотъ: «Личность требуетъ охраны владѣнiя, покуда не доказано право на вещь».

шаетъ споръ о владѣніи подобно тому, какъ искъ о правѣ собственности разрѣшаетъ споръ о правѣ. Оно охраняетъ владѣніе противъ нарушенія и насилія; но насиліе и деликтъ не суть условія его примѣненія.

Другіе объясняютъ защиту владѣнія тѣмъ, что владѣніе есть *впрямое* право собственности ⁵⁾). Въ особенности Иерингъ провѣлъ эту мысль самостоятельнымъ образомъ ⁶⁾). Владѣніе, находитъ онъ, есть дѣйствительность собственности, и защита владѣнія поэтому—необходимое восполненіе защиты собственности и предназначаемое для собственника облегченіе доказательства. Собственникъ обыкновенно и владѣлецъ своей вещи.

Подъ видомъ владѣнія онъ защищаетъ свое право собственности. Поэтому владѣніе можно признать оборонительной позиціей для собственности. Защита владѣнія существуетъ не ради самого владѣнія, оно создано только ради собственности. Но, далѣе, нельзя предоставлять этой охраны собственнику, не предоставляя ея въ то же время и владѣющему несобственнику. Это неудобное, но неизбѣжное послѣдствіе предназначаемаго для собственника облегченія доказательства; только этою цѣною законъ могъ дать собственнику упрощенную защиту собственности.

Но съ этой точки зрѣнія необъяснимо, почему даже несомнѣнное и безспорное доказательство отсутствія права собственности у владѣльца не допускается противъ поссessorнаго иска.

Напримѣръ, одаренный супругъ не можетъ приобрѣсти права собственности на даръ, такъ какъ законъ признаетъ даренія между супругами недѣйствительными; но римскіе юристы подчеркиваютъ, что одаренный приобрѣтаетъ юридическое владѣніе подаркомъ ⁷⁾). Слѣдовательно, владѣніе охраняется не только ради предполагаемаго права собственности.

б) Среди абсолютныхъ теорій самая распространенная—*волевая теорія*. Выражающаяся во владѣніи воля, хотя она имѣетъ чисто фактической характеръ и можетъ быть даже рѣзко противо-

⁵⁾ Этотъ взглядъ встрѣчается уже у глоссаторовъ *glossa in vacuum* къ l. 12 C. de probat. 4, 19 . . . Item dicit Placentinus quod quis eo ipso, quod quis possidet vel possederit, dominus praesumitur et vindicat, si a possessione cadit . . . quod non placet. Ср. Брунсъ, *Jahrbuch* Беккера, т. 4, стр. 56.

⁶⁾ Иерингъ, *Grund d. Besitzsch.* стр. 45.

⁷⁾ l. 1, § 4 D. de a. vel a. p. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum. Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari jure civili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

поставлена праву, должна тѣмъ не менѣе, такъ говорятъ сторонники этого взгляда, быть защищаема согласно общей природѣ воли. Ибо воля сама по себѣ и по своему существу свободна; въ признаніи и проведеніи этой свободы заключается вся правовая система.

Принужденіе и насилуваніе воли поэтому являются всегда неправдою, противъ которой должна быть дана охрана ⁸⁾.

И эта аргументація неубѣдительна, такъ какъ въ спорѣ о владѣніи одна воля противопоставляется другой волѣ и одна личность— другой личности. Спрашивается, почему волѣ того, который желаетъ удержать за собою владѣніе, дается перевѣсъ надъ волею того, который добивается владѣнія? Волевая теорія не въ состояніи разрѣшить этотъ вопросъ. Она не объясняетъ намъ, почему фактъ владѣнія даетъ преимущество волѣ одного лица предъ волею другого ⁹⁾.

Разрѣшеніе проблемы по нашему мнѣнію заключается въ слѣдующемъ: владѣніе есть *фактический общественный строй*, существующее распредѣленіе вещественныхъ благъ. Владѣніе даетъ личности непосредственнымъ образомъ орудія труда, средства къ удовлетворенію потребностей. Произвольное нарушеніе этого фактическаго отношенія могло бы вызвать непоправимое разстройство. Поэтому *неприкосновенность нашего фактическаго имущественнаго положенія является однимъ изъ условій упорядоченнаго общежитія*. Она, не менѣе защиты права, необходима для сохраненія гражданскаго общества ¹⁰⁾.

§ 171. Развитие посессорныхъ интердиктовъ.

Уразумѣніе ученія о владѣніи въ значительной степени зависитъ отъ правильнаго взгляда на историческое развитіе владѣнія и посессорныхъ исковъ.

⁸⁾ Bruns, Recht des Besitzes, § 58.

⁹⁾ Stahl, Philosophie des Rechts Bd. 2 Abth. 1. S. 304 и слѣд. 5 издание.

¹⁰⁾ Gête, въ 12 кн. «Wahrheit und Dichtung», мѣтко схватилъ сущность владѣнія, говоря о судьяхъ рейхскаммергерихта: «Бойко они рѣшали то, что можетъ и должно быть быстро окончено, то, что опредѣляетъ фактическое состояніе даннаго времени или что легко поддается сужденію. Болѣе содержательныя и сложныя дѣла, дѣйствительные споры о правахъ всегда откладывались, и въ этомъ не было бѣды. Государство только заинтересовано въ томъ, чтобы владѣніе было опредѣленнымъ и обезпеченнымъ; ему мало дѣла до того, владѣютъ ли на основаніи права».

Многіе отождествляютъ нормальное владѣніе съ владѣніемъ, связаннымъ съ намѣреніемъ *владѣть какъ собственникъ* (Eigentumsbesitz, владѣніе въ видѣ собственности); всякое другое владѣніе кажется имъ производнымъ видомъ владѣнія.

Однако, разъ историческое изученіе вопроса приводитъ къ тому, что первоначально не владѣніе, основанное на правѣ собственности, а, напротивъ, другія отношенія господства надъ вещами пользовались владѣльческой охраной, то этимъ самымъ открывається путь къ болѣе правильному пониманію владѣнія.

Весьма распространень взглядъ, будто важнѣйшее средство охраны владѣнія по римскому праву, — *interdictum uti possidetis*, преслѣдовало цѣль опредѣлить владѣніе въ видѣ собственности для подготовленія виндикаціи, съ тѣмъ, чтобы выяснялось, которая изъ сторонъ, какъ не владѣющая, должна была взять на себя роль истца, а которая, какъ владѣющая вещью, — роль отвѣтчика ¹⁾.

Само по себѣ въ высшей степени невѣроятно, чтобы уже въ столь раннее время проведено было отвлеченное раздѣленіе владѣнія и собственности относительно вещей, составлявшихъ предметъ римскаго права собственности. Но, кромѣ того, такому предположенію противорѣчитъ и то обстоятельство, что тогдашній искъ о правѣ собственности, *vindicatio sacramento*, *въ качествѣ двусторонняго иска могъ быть вчиняемъ и владѣльцемъ и невладе́льцемъ* и что онъ поэтому безусловно соединялъ въ себѣ и поссессорную и петиторную функцію.

Interdictum uti possidetis, напротивъ, какъ объ этомъ свидѣтельствуютъ внутреннія и внѣшнія свойства его, было введено ²⁾ *для охраны владѣній (possessiones) на общественныхъ земляхъ — ager publicus*. Эти владѣнія, въ болѣе ранній періодъ республики, составляли чрезвычайно важную часть имущества римлянъ. Они по сдѣлкамъ между живыми переходили изъ рукъ въ руки и фак-

¹⁾ Таковъ взглядъ Іеринга, Grund d. Besitzzschutzes; Беккеръ Recht d. Besitzzes, стр. 99 и сл. Ср. также обзоръ у Capone въ *archivio giuridico*, т. 50, стр. 19. Capone l. c., т. 51, стр. 158 въ общемъ раздѣляетъ защищаемый здѣсь взглядъ.

²⁾ Изложеніе и обоснованіе этого взгляда у Дербурга, Развитие и понятіе юридическаго владѣнія по римскому праву (*Entwicklung u. Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechtes*) 1883. Также Максъ Веберъ, рим. аграрная исторія (*Röm. Agrargeschichte*) 1891, стр. 87 считаетъ *ager publicus* главною почвою для примѣненія поссессорныхъ интердиктовъ. Противъ моего труда полемизируетъ Беккеръ, *Savigny Zeitschrift rom. Abth.*, т. 5, стр. 143 и слѣд. Но онъ не перенесся въ ходъ моихъ мыслей и его возраженія неправильны. Для римлянъ *possessio* не обозначала только владѣніе въ видѣ собственности, но и владѣніе другого рода. пре-

тически передавались по наслѣдству изъ поколѣнія въ поколѣніе, но они не составляли собственности владѣльцевъ и послѣдніе не могли претендовать на владѣніе въ видѣ собственности, ибо участки неотъемлемо принадлежали государству, которое уступало ихъ владѣльцамъ, какъ бы въ видѣ леновъ. Поэтому владѣльцы не имѣли иска о правѣ собственности. Но они не могли быть оставлены безъ всякой правовой защиты, поэтому преторъ для этого вида владѣнія создалъ интердиктъ *uti possidetis*, въ замѣну недостающаго иска

имущественно владѣніе прекариста (получившаго вещь въ пользование *precario*, т. е. до востребованія). Какъ объяснить, что настолько различные виды владѣнія подводились подъ одно понятіе? Указаніемъ здѣсь служить исторія поссessorныхъ интердиктовъ. Если интердикты сперва возникли при прекарномъ владѣніи, а затѣмъ перешли къ владѣнію въ видѣ собственности, то этимъ уже проблема разрѣшается до нѣкоторой степени. Съ этой точки зрѣнія заявленіе Нибура, обоснованное мною, а именно, что поссessorные интердикты возникли изъ владѣнія общинными землями, т. е. изъ вида прекарія, приобрѣтаетъ и для догмы ученія о владѣніи значеніе, которое до сихъ поръ не признавалось въ должной мѣрѣ. Беккеръ всецѣло отвергаетъ мои доводы то голословнымъ отрицаніемъ, то незнаніемъ. Онъ отрицаетъ не только логическое тождество, но даже существованіе «сходства» между владѣніемъ общинными землями и прекаріумомъ. Между тѣмъ, какъ при томъ такъ и при другомъ, дѣло сводится къ предоставленію вещи въ пользованіе до востребованія ея обратно. Сущность этихъ отношеній сѣдовательно одинакова. Беккеръ далѣе отрицаетъ необходимость охраненія владѣній общинными землями. Мнѣ, напротивъ, представляется немыслимымъ, чтобы большая, а можетъ быть и самая значительная часть римскаго землевладѣнія въ продолженіе нѣсколькихъ столѣтій оставалась безъ правовой защиты. Беккеръ отрицаетъ, чтобы интердикты являлись подходящими средствами защиты «поссессій». Ему кажется, что сюда больше подходила *utilis rei vindicatio* какъ при *superficies* и вектигалныхъ (оброчныхъ) земляхъ. Между тѣмъ *utilis vindicatio* вовсе не было въ ту эпоху, о которой здѣсь идетъ рѣчь! Она стала возможною лишь въ эпоху формулярнаго процесса. Кромѣ того именно *superficies* охранялась интердиктомъ весьма схожимъ съ *interdictum uti poss.*, ср. l. 1 pr. D. de *superficiebus* 43, 18. Беккеръ далѣе отрицаетъ доказательность источниковъ относительно того, что владѣніе общинными землями охранялось интердиктами. Его толкованіе мѣста у Феста однако неудовлетворительно. Беккеръ также отрицаетъ, что въ формахъ древняго процесса отражаются его основныя начала. Между тѣмъ отъ этого врядъ ли можно отказаться.—Іерингъ тоже не соглашается со мною. *Besitzville*, стр. 124. Но его доводы не убѣдительны. Іерингъ полагаетъ, что римляне пришли бы въ недоумѣніе, если преторъ въ интердиктѣ, предназначенномъ для *ager publicus*, помѣстилъ бы выраженіе «*possidere*» вмѣсто «*frui*», но онъ забываетъ, что римляне именно для находящагося въ частномъ владѣніи *ager publicus* постоянно и технически употребляли слово «*possessiones*». Если онъ далѣе полагаетъ, что *possessores agri publici* брали въ аренду отъ цензора *agri occupatorii*, то въ этомъ заключается недоразумѣніе, ср. Карлова *Rechtsgeschichte* т. 1, стр. 95. Наконецъ, въ опроверженіе взгляда, будто цензоръ защищалъ своихъ «арендаторовъ» и что будто для рѣшенія всякаго спора о владѣніи относительно *possessiones agri publici* ему достаточно было прибѣгать къ арендному списку и что цензору вообще подлежало разрѣшеніе возникавшихъ споровъ, ср. Карлова, *Rechtsgeschichte* т. 1, стр. 248. «Цензоръ не компетентенъ въ рѣшеніи споровъ между частными лицами относительно владѣнія публичными вещами». Впрочемъ Карлова *Rechtsgeschichte* т. 2, стр. 314 высказывается противъ нашего взгляда, однако безъ достаточныхъ основаній. Въ особенности l. 14 D. de *injuriis* 47, 10 ничего въ его пользу не доказываетъ; хотя *ager publicus* и былъ публичною вещью, но тѣмъ не менѣе владѣніе имъ входило въ составъ имущества частныхъ лицъ. Въ послѣднее время и *Ubbelohde*, въ комментаріяхъ Глюка (Серія книгъ 43, 44 ч. 5, стр. 617) высказался противъ моего взгляда.

о правѣ собственности ³⁾. Этимъ и объясняется, почему интердиктъ этотъ по ходу производства и формальностямъ вполне сходенъ съ vindicatio и legis actiones того времени.

Позднѣйшее время строго отдѣлило владѣніе отъ собственности. *Съ тѣхъ поръ виндикація сдѣлалась одностороннею*, ею въ послѣдствіи можетъ пользоваться лишь невлаждѣющій собственникъ противъ влаждѣющаго несобственника. Если владѣніе было спорно, то сперва должна была быть опредѣляема роль истца и роль отвѣтчика.

Для этого служили тогда поссессорные интердикты ⁴⁾, но въ этомъ не заключалась, ни ихъ первоначальная, ни даже, въ позднѣйшее время, ихъ единственная задача.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Виды владѣнія.

§ 172. Юридическое владѣніе.—Введеніе.

Не всякое фактическое господство надъ вещью признается владѣніемъ съ точки зрѣнія права, т. е. не признается такъ назы-

³⁾ Ср. Фестъ v. possessio; Nuschke несомнѣнно въ существенныхъ частяхъ возстановилъ текстъ, относящійся къ мѣсту изъ Varro, съ исправленіемъ погрѣшностей. Possessio est, ut definit Aelius Gallus, usus quidem agri aut aedificii non ipse fundus aut ager, non enim possessio est e rebus, quae tangi possunt, neque qui dicit se possidere is suam rem potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex jure Quiritium possessionem suam vocare audeat, sed ad interdictum venit ut praetor his verbis utatur: uti nunc possidetis eum fundum q. d. a. quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis: adversus ea vim fieri veto. Здѣсь очевидно интердиктъ не представляется чѣмъ то подготовительнымъ для виндикаціи. Онъ напротивъ является правовой защитой поссессора въ замѣну недостающей виндикаціи. Такими влаждѣльцами, которые не имѣли виндикаціи, во времена Элія Галла, были преимущественно влаждѣльцы общинныхъ земель (ager publicus). Возражаютъ, что въ интердиктѣ, приведенномъ у Феста говорится о «fundus»; что это выраженіе не подходитъ къ находящемуся въ частномъ владѣніи ager publicus! Слѣдовательно, интердиктъ для послѣдняго не созданъ.—Слабое возраженіе. Недоказано, что эдиктальная форма интердикта uti possidetis специально обозначаетъ предметъ еgr; оно и невѣроятно. Gai. IV, § 160 главнымъ содержаніемъ интердикта считаетъ «uti possidetis quominus ita possideatis vim fieri veto». Въ пандектахъ «aedes» навѣрное вставлено лишь въ видѣ примѣра, у Феста—fundus.—Точно также интердикты unde vi и quod vi aut clam не обозначаютъ особливо, что они относятся только къ земельнымъ участкамъ. Ср. тоже Gaj. Inst. IV § 149.

⁴⁾ Съ точки зрѣнія императорскаго періода и отредактированнаго при Адрианѣ преторскаго эдикта оправдывается заявленіе Гая. Inst. IV, § 148: retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est et ante quaeritur uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat: cujus rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrobi. Аналогично Ульпіанъ въ l. 1, §§ 2 и 3 D. uti possidetis 43, 17.

ваемымъ *юридическимъ владѣніемъ* ¹⁾ — *possessio*. Для этого еще требуется, чтобы данное господство надъ вещью уважалось государствомъ, *чтобы въ его пользу предоставлялись поссessorные интердикты*.

Подобною охраною пользуется по общему правилу лишь тотъ, который *владѣетъ на себя*.

Но есть случаи, въ которыхъ и тѣ признаются владѣльцами, т. е. самостоятельно охраняются поссessorными интердиктами, которые если не на себя владѣютъ, то по крайней мѣрѣ независимо отъ другихъ. Таково въ частности отношеніе при секвестраціи.

Есть напротивъ многочисленные случаи, въ которыхъ, не смотря на владѣніе лицомъ вещью въ собственныхъ интересахъ, ему все-таки по социальнымъ и правнополитическимъ соображеніямъ отказывается въ защитѣ владѣнія, слѣдовательно не признается за нимъ владѣніе, а признается оно за другимъ. Такъ оно было по древнему римскому праву относительно домочадцевъ, а позднѣе еще относительно квартирантовъ и арендаторовъ. Они считались какъ бы владѣющими отъ имени домовладыки и арендодателя.

Вопросъ о томъ, кто признается юридическимъ владѣльцемъ, слѣдовательно не разрѣшается по отвлеченному теоретическому началу, но, смотря по значенію, придаваемому данному отношенію подъ вліяніемъ общественныхъ и историческихъ условій.

¹⁾ Иерингъ, *Besitzwille*, стоитъ ближе всего къ защищаемому здѣсь взгляду, такъ какъ онъ вмѣстѣ со мною рѣшительнымъ образомъ отвергаетъ положеніе Савиньи, будто юридическое владѣніе отличается наличностью *animus domini*; то же Pflüger, *Besitzklagen*, стр. 299. Но Иерингъ идетъ дальше. Такъ, онъ говоритъ, что принципиально не требуется наличность намѣренія владѣть «на себя», что въ принципѣ вполне достаточно «желанія имѣть вещь» (*jedes Habenwollen*); только въ определенныхъ случаяхъ и по положительнымъ основаніямъ владѣніе не признается за держателемъ, а приписывается другому лицу. На самомъ дѣлѣ однако слѣдуетъ различать случаи, въ которыхъ нѣтъ владѣнія «по недостаточности воли на владѣніе (*Besitzwille*)», т. е. когда не желаешь владѣть на себя, отъ тѣхъ случаевъ, въ которыхъ владѣнію мѣшаетъ положительное препятствіе со стороны третьяго лица. Достаточно разобрать слѣдующіе два случая: а) Слуга принимаетъ лошадь для своихъ господъ, ошибочно думая, что это ему было поручено, господа отказываются отъ нея. Развѣ слуга дѣлается владѣльцемъ лошади? Нѣтъ, хотя со стороны его господина не имѣется къ тому препятствія. Какое слугѣ дѣло до лошади? У него нѣтъ *Besitzwille*, т. е. желанія или намѣренія владѣть, слѣдовательно нѣтъ и владѣнія. б) Нанимающій собственную вещь по ошибкѣ дѣлается ли владѣльцемъ? Непремѣнно. У него есть воля господства и нѣтъ препятствія, вытекающаго изъ отношенія найма, такъ какъ это отношеніе недѣйствительно I. 21 D. de usurp. 41, 3. Противъ Иеринга. Кунце (*Zur Besitzlehre*), 1890. Ранда *Besitz* 4 издание, § 1, а за Иеринга, Баронъ въ *Iherings Jahrb.* т. 29, стр. 192, т. 30, стр. 107.

Другое учить основанный Савиньи и господствующій понинѣ взглядъ. Это ученіе отождествляетъ юридическое владѣніе съ *владѣніемъ въ видѣ собственности* (Eigenthumsbesitz), т. е. съ намѣреніемъ владѣть вещью на себя какъ *собственною* и не признавать надъ собою собственника.

Нѣтъ сомнѣнія, что во многихъ случаяхъ юридическое владѣніе признается за лицами, которыя вовсе не намѣрены вести себя какъ собственники. Сюда относятся владѣніе закладоприемателя, прекариста и хранителя секвестрованной вещи.

Господствующее мнѣніе такого рода владѣніе считаетъ аномаліей. Оно придумало терминъ — *производное* владѣніе, толкуя, что въ этихъ случаяхъ владѣлецъ переноситъ свое владѣніе на другое лицо, и это послѣднее пріобрѣтаетъ владѣніе, несмотря на отсутствіе собственного *animus domini*, его владѣніе пріобрѣтаетъ свойство юридическаго владѣнія вслѣдствіе воли передатчика владѣть вещью ²⁾.

Понятно, что многіе ученые не могли на этомъ успокоиться ³⁾. Юридическое владѣніе Савиньи опредѣляетъ исключительно логическими признаками, тѣмъ не менѣе вслѣдъ затѣмъ еще нѣчто другое признается юридическимъ владѣніемъ, несмотря на отсутствіе въ немъ установленныхъ признаковъ. По мнѣнію Савиньи существенное во владѣніи это *animus domini*, т. е. намѣреніе вести себя какъ собственникъ; оказывается однако большое число владѣльцевъ, не питающихъ такого намѣренія. Владѣніе понимается принципиально, какъ состояніе, коренящееся въ дѣйствіи и въ волѣ самого владѣльца, и въ то же время оказывается цѣлый рядъ владѣльцевъ, владѣніе которыхъ производится отъ воли другихъ лицъ. При этомъ нѣтъ никакого указанія въ источникахъ на то, чтобы владѣніе прекариста или залогоприемателя считалось чѣмъ то аномальнымъ, къ тому обозначеніе владѣнія ихъ, какъ производнаго въ римскомъ правѣ, ни на чемъ не основано.

²⁾ Савиньи, § 9. Ему безусловно слѣдуютъ между прочимъ Пухта, Панд., § 125, Келлеръ, Панд. § 118, Вангеровъ, т. 1, § 200 прим. 1, Арндтсъ, Панд., § 135, Брунсъ, *Recht des Besizes*, § 2, Бринцъ, т. 1, § 139; послѣдній говоритъ о «довѣренномъ владѣніи», тоже, но самостоятельнѣе, у Вэхтера, т. 2, стр. 32 и Виндшейда, т. 1, § 149 прим. 7.

³⁾ Савиньи въ приложеніи къ 6 изданію, § 9, производитъ какъ бы смотрѣ всѣмъ несогласнымъ съ нимъ и дѣлаетъ имъ строгій выговоръ. Ср. тоже Rudorff къ Савиньи *num.* 39, стр. 606. Въ послѣднее время голоса противниковъ усиливаются. Сюда слѣдуетъ отнести Ass. Tartufari, *della acquisizione e della perdita del possesso* 1887, т. 1, стр. 263 и сл.

Источники нигдѣ не отождествляютъ юридическое владѣніе съ владѣніемъ въ видѣ собственности. Они не видятъ рѣшающаго признака въ *animus domini* ⁴⁾. Затрудненіе, о которомъ здѣсь говорится, слѣдовательно, создано самими изслѣдователями.

Производное владѣніе составляетъ искусственное чуждое источникамъ построеніе. Толкованіе, принципиально отождествляющее юридическое владѣніе съ владѣніемъ въ видѣ собственности, придаетъ ему слишкомъ узкое основаніе и можетъ привести къ ложнымъ выводамъ.

§ 173. Отдѣльные случаи юридическаго владѣнія.

Юридическое владѣніе имѣется:

1. У *владѣющаго на себя* (*Eigenthums besitzer*), ведущаго себя какъ собственникъ, то есть желающаго распоряжаться вещью, какъ собственною—*animus domini*. Не существенна *увѣренность* въ своемъ правѣ собственности—*opinio domini*. Воръ и разбойникъ слѣдовательно тоже владѣютъ на себя, хотя они знаютъ, что у нихъ права нѣтъ и хотя они неправомѣрно овладѣли вещью.

2. Юридическимъ владѣльцемъ далѣе слѣдуетъ считать и прекариста, которому владѣніе чужою вещью предоставлено ¹⁾ господиномъ вещи безвозмездно до востребованія. Тотъ, которому доз-

⁴⁾ Римскіе юристы говорятъ объ *animus possidentis* l. 1, § 20 D. h. t. 41, 2, *possidendi affectus* l. 3, § 3 D. eod., а *possidendi* l. 41 D. de reb. credit. 12, 1. но никогда не говорятъ объ *animus domini*. Это замѣчаніе отнюдь не имѣетъ одно лишь терминологическое значеніе, какъ полагаетъ Рудорфъ l. c. Оно напротивъ прямо доказываетъ, что римскимъ юристамъ чужда была мысль, будто *animus domini* составляетъ характерное отличіе юридическаго владѣнія. Нерѣдко возражаютъ, что Theophilus владѣніе обозначаетъ держаніемъ съ *animus domini*. Но онъ говоритъ о волѣ господства то ψυχῆ δεσπόζοντος κατεχευ.

¹⁾ Предметомъ прекарія были преимущественно недвижимости, но онъ встрѣчался и относительно движимостей—l. 4 pr. D. de precario 43, 26 и сервитутовъ l. 5, § 2 D. eod. Съ древнѣйшихъ временъ прекарій служилъ высшему классу къ тому, чтобы привязать къ себѣ кліентовъ, отъ которыхъ онъ могъ ожидать взаимнъ предоставленной имъ земли преданность, вѣрность и вооруженное содѣйствіе; возможно, какъ это полагаетъ Максъ Веберъ, гоem. Agrargeschichte, стр. 244, что въ императорскій періодъ крупныя землевладѣльцы отводомъ земель поселенцамъ обезпечивали себѣ рабочія руки. Хотя это отношеніе юридически во всякое время могло быть расторгнуто, оно фактически большею частью являлось постояннымъ l. 8, § 7 D. eod. Поэтому прекаристъ чувствовалъ себя хозяиномъ вещи, и его владѣніе уважалось обществомъ и правомъ. Хозяиномъ считалъ себя также покупщикъ, который до уплаты цѣны получилъ вещь *precario*, l. 20 pr. D. eod., до уплаты долга залого-

волено прекарно лишь право пребыванія въ чужой вещи, конечно не владѣлецъ ея ²⁾).

3. *Emphyteuta*, имѣющій наследственное и отчуждаемое право всесторонняго пользованія, точно также долженъ почитаться юридическимъ владѣльцемъ вещи. По всей вѣроятности владѣльцы вектигальныхъ (оброчныхъ) земель охранялись посредствомъ посессорныхъ интердиктовъ ранѣе, нежели преторъ, предоставленіемъ имъ *vindicatio utilis*, привлекъ ихъ въ число вещно-управомоченныхъ. У суперфициарія ³⁾ тоже юридическое владѣніе.

4. Далѣе за залогопринимателемъ признавалось юридическое владѣніе какъ при ручномъ залогѣ, такъ и при ипотекаѣ, лишь бы онъ являлся держателемъ вещи ⁴⁾.

5. Точно также юридическимъ владѣльцемъ считался *секвестръ*, получающій спорную вещь отъ тяжущихся для храненія, съ тѣмъ, чтобы онъ возвращалъ ее тому, кто выиграетъ процессъ ⁵⁾.

датель, которому залогоприниматель перешедшее къ нему владѣніе предоставилъ *precario*—l. 11 D. eod. Относительно прекарія ср. Iерингъ *Besitzwille*, стр. 399. Scialoja del *precarista in per l. VIII centenario della u. di Bologna studi giuridici e storici*. Въ наше время случаи прекарія встрѣчаются рѣдко. Однако Веберъ, *Verhaeltnisse der Landarbeiter 1893*, стр. 773. находитъ современную форму прекарія въ томъ, что въ восточной Германіи часто помѣщики предоставляютъ сельскимъ рабочимъ безъ срока до востребованія и безвозмездно участки для посадки картофеля, съ тѣмъ, чтобы обезпечить себѣ въ потребныхъ случаяхъ поденщика.

²⁾ Напр. сосѣду разрѣшается доступъ въ нашъ садъ, l. 6, § 2 D. de prec. 43, 26 «qui rogavit ut in fundo moretur, non possidet», l. 10, § 1 D. de a. v. a. p. 41, 2.

³⁾ Приводятъ l. 15, § 1 D. qui satisfacere 2, 8 Macer libro 1 de appellationibus : . . . sed et qui vectigalem. id est emphyteuticum fundum, possidet, possessor—по отношенію къ обязанности представить обезпеченіе intelligitur. Arndts civ. Schriften Bd. I n. 22 признаетъ за эмеритевомъ лишь владѣніе правомъ, но не владѣніе вещью. Даже если и не считать слова Мацера рѣшающими, то все же эмеритевъ на практикѣ ведетъ себя какъ полный хозяинъ вещи, таковымъ признается и поэтому его и слѣдуетъ считать владѣльцемъ вещи. Намекъ на такой выводъ содержитъ l. 25, § 1 въ концѣ D. de usuris 22, 1.—Юридическое владѣніе суперфициарія можно вывести изъ l. 1, § 5 D. de vi 43, 16; ибо согласно этому фрагменту *interdictum unde vi*, присвоенное лишь юридическому владѣльцу, предоставлялось и суперфициарію. Противъ этого А. Шмидтъ, *Savignyschrift. rom. Abth. Bd. 11*, стр. 145, *Ubbelohde*, серия кн. 43, 44, ч. 5, стр. 508.

⁴⁾ Залогодатель, не смотря на то, что вещь находится у залогопринимателя, сохраняетъ давностное владѣніе *ad usucapionem*, т. е. давностный срокъ не прерывается. l. 16 D. de usurp. 41, 3. *Javolenus libro 4 ex Plautio. Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia, qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio ejus, qui pignori dedit*. Ср. Деринбургъ, *Pfandrecht*, т. 2, стр. 50 и слѣд.

⁵⁾ Относительно понятія секвестраціи ср. ниже, т. 2, § 93 l. 17 pr. D. depositi 16, 3.—Господствующее мнѣніе сводится къ тому, что «секвестръ только тогда можетъ быть юридическимъ владѣльцемъ, когда стороны ясно опредѣлили, что это

§ 174. Случай простого держанія (обладанія).

Фактическое господство надъ вещью, не имѣющее свойства владѣнія въ юридическомъ смыслѣ, со времени Савиньи, получило названіе detentio или держанія, обладанія.

Отношенія, причисляемыя сюда, имѣютъ мало между собою общаго или родственнаго. Общее между ними преимущественно заключается въ томъ, что они не представляютъ изъ себя юридическаго владѣнія.

1. Случается, что кто-либо *безъ всякой воли* обладаетъ вещью. Напр., кладутъ вещь въ руки спящему, дитя или умалишенный схватываютъ вещь ¹⁾. Это обладаніе чисто физическое.

2. Напротивъ, особенно важно *обладаніе со стороны представителя* (напр. состоящій въ услуженіи владѣетъ довѣреннымъ ему имуществомъ), а также мандатарія и депозитарія. Такія лица держатъ вещь въ интересахъ хозяина, а не для себя; они явля-

третье лицо *владѣетъ* вещью съ тѣмъ, чтобы этимъ владѣніемъ прерывалось теченіе давности». Савиньи, § 25, стр. 301. Ср. Рудорфъ l. c., стр. 665. Карлова Roem Rechtsgesch., т. 2, стр. 607. Слѣдуетъ признать, что подобная особая оговорка о предоставленіи владѣнія довольно странна и едва ли удобопримѣнима. По нашему мнѣнію владѣлецъ *всегда* имѣлъ юридическое владѣніе. По общему правилу предшествовавшій владѣлецъ продолжалъ, на подобіе залогодателя, владѣть «ad usucapionem». Участвовавшія стороны могли условиться, чтобы доволѣ бывшему давностному владѣльцу не зачитывался срокъ секвестраціи. Это именно и предусматриваетъ l. 39 D. h. t. 41, 2 Julianus libro 2 ex Minicio. Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. Съ этимъ сходится l. 17, § 1 D. depositi 16, 3 Florentinus libro 7 institutionum. Rei depositae proprietates apud deponentem manet; sed et possessio, nisi apud sequestrem—надо дополнить res, а отнюдь не possessio—deposita est: nam tum demum sequester possidet, т. е. только тогда депозитарій владѣетъ, когда онъ секвестръ (хранитель)—id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat. Заключительное предложеніе кажется испорчено въ компіляціи, но оно не затрагиваетъ вопроса о владѣніи секвестра. Къ тѣмъ же выводамъ, независимо отъ моихъ соображеній, приходитъ Voigt. Ср. также Сергій Никоновъ: Lehre v. d. Sequestration 1894 III ч. (на русск. яз. съ дополненіями СПб. 1900 г. Прим. перев.).

Mandry. По духу общаго права *находчику* наравнѣ съ секвестромъ должна была быть предоставлена поссessorная защита, слѣдовательно и владѣніе вещью, такъ какъ его положеніе аналогично. Archiv für civ. Praxis Bd. 64 n. 1.

¹⁾ l. 1, § 3 D. h. t. 41, 2 Paulus libro 54 ad edictum. Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent. licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat.

ются и сознаютъ себя только его органами, поэтому они только детенторы, держатели, а не владѣльцы ²⁾).

3. Есть отношенія, въ которыхъ держатель *считается* только органомъ и орудіемъ третьяго лица, независимо отъ того, желаетъ ли онъ этого или нѣтъ.

Въ частности въ Римѣ *рабы* владѣли для своихъ господъ даже въ томъ случаѣ, когда они хотѣли владѣть на себя ³⁾). Первоначально въ томъ же положеніи находились и домочадцы.

Точно также относились къ *нанимателямъ* и *арендаторамъ*. Они обладали предметомъ найма, но не должны были въ немъ укрѣпиться. Они низводились до степени прислуги арендодателя и владѣли только для него ⁴⁾). Даже *узуфруктуарій* рассматривался какъ представитель собственника во владѣніи; но за нимъ по крайней мѣрѣ признавалось владѣніе своимъ *правомъ*.

4. Простое пребываніе въ чужой вещи, правда съ правомъ охраны его вмѣстѣ съ преторскимъ залоговымъ правомъ, въ Римѣ имѣли кредиторы, введенные магистратомъ во владѣніе имуществомъ должника. Вводъ кредитора не устранялъ должника и создавалъ только «*in possessione esse*» а не «*possidere*» ⁵⁾ ⁶⁾).

²⁾ l. 1, § 20 D. h. t. 41, 2.

³⁾ l. 49, § 1 D. h. t. 41, 2.

⁴⁾ l. 10 D. h. t. 41, 2. Объясненіе Павла, l. 37 D. de pign. act. 13, 7, по которому отдающій въ наймы остается владѣльцемъ, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionis adipiscendi неудовлетворительно; Ihering, Besitzwille, стр. 268. Но оно свидѣтельствуетъ о томъ, что римскіе арендаторы и наниматели считали себя въ отношеніи полной независимости. Ср. Penice Parerga, VIII Savigny. Zeitschr., т. 19, стр. 89. Наниматели и арендаторы въ Римѣ могли сослаться только на личныя требованія противъ отдатчика, но не имѣли ни вещнаго иска, ни поссessorнаго интердикта. Тѣмъ не менѣе и за ними признавали interdict. quod vi aut clam противъ насильственного воздѣйствія третьихъ лицъ на нанятую вещь, ср. ниже, § 234. По общему праву у нихъ была actio spoliі, см. ниже § 189 прим. 7 и другія средства защиты, см. выше, § 125 прим. 3.

⁵⁾ l. 10, § 1 D. h. t. ср. l. 3, § 23 D. h. t.

⁶⁾ § 854 герм. гр. ул. гласитъ: владѣніе вещью приобрѣтается полученіемъ фактическаго господства надъ вещью». Этимъ замѣняется понятіе *юридическаго владѣнія*, по общему праву. Подвидомъ является «Eigenbesitz», § 872, когда владѣлецъ владѣетъ вещью, какъ принадлежащею ему. О *держателѣ* (Inhaber) трактуетъ § 855: «Если кто осуществляетъ фактическое господство надъ вещью для другого въ его хозяйствѣ или предпріятіи, или въ подобномъ отношеніи, въ силу котораго онъ обязанъ подчиняться относящимся до вещи распоряженіямъ другого лица, то владѣльцемъ признается только этотъ послѣдній». Но если держатель при держаніи не состоитъ въ подобномъ видимомъ отношеніи зависимости отъ другого лица, а владѣетъ въ качествѣ узуфруктуарія, кредитора по залого, арендатора, нанимателя, хранителя или въ подобномъ взаимномъ отношеніи, въ силу котораго онъ въ отношеніи къ другому временно управомоченъ на владѣніе или обязанъ владѣть, то онъ, хотя и является «владѣльцемъ, но и другой тоже владѣлецъ» (mittelbarer Besitz, косвенное или посредственное владѣніе) Герм. гр. ул., § 868.

§ 175. Названія владѣнія по его отношеніямъ къ праву.

1. Римскіе источники часто говорятъ о «civiliter» или «naturaliter» ¹⁾ possidere. Но смыслъ этихъ выраженій остается темнымъ.

О «civiliter possidere» они преимущественно говорятъ, когда фактическое господство совпадаетъ съ *собственностью*, а о *naturalis possessio*,—когда такого совпаденія нѣтъ. Поэтому *naturaliter* владѣетъ рабъ тѣмъ, чѣмъ онъ обладаетъ, супругъ—вещью, подаренной ему другимъ супругомъ, въ виду недѣйствительности такого даренія, залогоприниматель—залогомъ, арендаторъ и наниматель—нанятымъ объектомъ. Эти термины не имѣютъ цѣлью установленіе классификаціи владѣнія, какъ такового ²⁾.

Савиньи напротивъ разсматривалъ эти выраженія какъ технические термины для классификаціи владѣнія. Владѣніе, которое ведетъ къ приобрѣтенію права собственности посредствомъ давности (*usucapio*) называется *civilis*, всякое другое—*naturalis*. Последнее въ свою очередь распадается—на *possessio*, т. е. владѣніе охраняемое интердиктами и на *p. naturalis* въ тѣсномъ смыслѣ слова, т. е. простое обладаніе. При безпристрастномъ разсмотрѣніи слѣдуетъ придти къ выводу, что въ источникахъ означеннымъ выраженіямъ обыкновенно не приписывается какой либо особой связи съ *usucapio*, т. е. съ институтомъ давностнаго владѣнія. Если за рабомъ признавалась только *possessio naturalis*, то развѣ нужно было еще подчеркивать, что онъ не можетъ приобрѣсти права собственности путемъ давности владѣнія? Объ этомъ нельзя было даже и подумать.

2. Выраженія *possessio iusta* и *iniusta* употребляются римлянами въ различномъ смыслѣ.

¹⁾ I. 24. D. h. t. 41, 2, l. 38, §§ 7 и 8. D. de V. O. 45, 1.—l. 26 pr. D. de don. i. v. et u. 24, 1 и l. 1, §§ 9 и 10 D. unde vi 43, 16.—l. 3, § 15 D. ad exhibendum 10, 4. Ср. еще l. 7, § 1. D. eod., l. 2, § 1. D. pro herede 41, 5. Къ защищаемому здѣсь мнѣнію близокъ взглядъ Карлова *Rechtsgeschichte*, т. 2, стр. 311.

²⁾ Савиньи, *Besitz*, § 7. Другія мнѣнія у Вангерова, т. 1, § 199, Виндшейда, т. 1, § 148, прим. 12. Горячій нѣкогда споръ о значеніи «civiliter» и «naturaliter» possidere, теперь улегся, не смотря на то, что ученые не сошлись въ рѣшеніи вопроса. Вниманіе ученыхъ теперь обращено на болѣе важныя проблемы.

Iusta possessio значитъ во первыхъ *правомѣрное* владѣніе, т. е. владѣніе, имѣющее надлежащее юридическое основаніе ³⁾, *iniusta possessio*, напротивъ, есть владѣніе безъ юридическаго основанія.

Затѣмъ подъ *iniusta possessio* понимается также владѣніе, которое по отношенію къ противнику *неправомѣрно*, т. е. *vi, clam*, или *precario*. *Vi*—называется владѣніе, *приобрѣтенное* насильственно, *clam*—*приобрѣтенное* тайнымъ образомъ. Владѣніе, уступленное *precario*, до востребованія, становится порочнымъ ⁴⁾, если вещь въ случаѣ обратнаго требованія не возвращается. Въ противоположность этому *iusta possessio* называется владѣніе, свободное отъ этихъ пороковъ ⁵⁾.

3. *Добросовѣстное владѣніе*—*bonae fidei possessio* должно быть признано за тѣмъ, кто по основательной причинѣ *полагаетъ*, что онъ имѣетъ право на владѣніе ⁶⁾, *недобросовѣстное владѣніе*—*malae fidei possessio*,—за тѣмъ, кто *знаетъ или долженъ знать*, что его владѣніе не согласуется съ правомъ ⁷⁾.

ТРЕТЬЯ ГЛАВА.

Приобрѣтеніе и потеря юридическаго владѣнія.

§ 176. Общія положенія.

1. Субъектами юридическаго владѣнія могутъ быть только лица, могущія имѣть собственное имущество. Рабы въ Римѣ не могли юридически владѣть, такъ какъ они не считались лицами ¹⁾. Домочадцы по древнему праву, не могли имѣть своего имущества,

³⁾ l. 24 D. de a vel a. p. 41, 2. l. 7. § 3 D. com. div 10, 3. l. 31, § 2 D. de her. pet. 5, 3. Pernice, Labeo, т. 2, 2 ч., стр. 405 слѣд. У залогопринимателя *iusta possessio*, какъ и у прекариста. l. 13, § 1 D. de Publ. act. 6, 2, только они не владѣютъ *civiliter*, такъ какъ владѣемая ими вещь не принадлежитъ къ составу ихъ имущества.

⁴⁾ l. 1, § 9, l. 2. D. uti possidetis 43. 17. l. 19 pr. D. de precario 43, 26. Savigny, Besitz, стр. 103.

⁵⁾ Согласно § 858 герм. гр. ул. порочнымъ является владѣніе, отнятое у прежняго владѣльца посредствомъ запрещеннаго самоуправства (*verbotene Eigenmacht*), т. е. противозаконно, безъ его согласія.

⁶⁾ Подробности ниже, т. I, § 194.

⁷⁾ О *недобросовѣстномъ владѣніи* ср. Landsberg, *das furtum des unredlichen Besitzes* 1888

¹⁾ l. 49, § 1 D. h. t. 41, 2. Papinianus libro 2 definitionum. Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed etiam juris est.

слѣдовательно, и не могли владѣть; по юстиніановскому праву они могли имѣть собственное имущество и могли владѣть ²⁾).

2. Во владѣніи частныхъ лицъ могутъ быть только такія *тѣлесныя вещи* ³⁾, которыя могутъ быть предметомъ частной собственности. Поэтому ни части моря ⁴⁾, ни публичная собственность государства или публичныхъ юридическихъ лицъ ⁵⁾ не могутъ быть объектомъ владѣнія.

Неотдѣленные вещественныя части предмета не могутъ находиться въ особомъ владѣніи. У владѣльца цѣлаго нѣтъ поэтому особаго владѣнія отдѣльными составными частями этого цѣлаго. Это относится преимущественно и къ составнымъ (сложнымъ) вещамъ. Собственникъ дома не владѣетъ, какъ особою движимостью, кромѣ дома, еще и печами, лѣстницами, окнами. Особое владѣніе, которое онъ имѣлъ по отношенію къ строительному матеріалу исчезло вслѣдствіе включенія матеріала въ одно строеніе ⁶⁾ ⁷⁾.

²⁾ Тѣмъ болѣе по современному римскому праву (общему праву) и разумѣется по герм. гражд. уложенію.

³⁾ I. 3 pr. D. h. t. 41, 2. Possideri autem possunt quae sunt corporalia. Владѣніе совокупностью вещей въ цѣломъ невозможно, оно существуетъ только по отношенію къ составнымъ частямъ, см. выше § 68 (не переведено на русск. яз.).

⁴⁾ Завладѣніе посредствомъ *частныхъ дѣйствій или запрещеній* частями открытаго моря для исключительнаго рыболовства или плаванія не имѣетъ юридическаго значенія. Если однако кому либо было даровано привилегією исключительное право рыбной ловли въ извѣстной части моря, то возможно и владѣніе, и владѣлецъ пользуется въ такомъ случаѣ владѣльческою охраною, l. 13, § 7, l. 14 D. de iniuriis 47, 10, ср. выше, § 69, прим. 15 (не переведено на русск. яз.).

⁵⁾ l. 30, § 1 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 13 ad Sabinum . . . locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, et si contemnamus religionem et pro privato eum teneamus, sicut hominem liberum. Всетаки было возможно добросовѣстное владѣніе свободнымъ, какъ рабомъ. Goldschmidt, Studien, стр. 12. По современнымъ воззрѣніямъ государство и община владѣютъ своимъ публичнымъ имуществомъ и пользуются владѣльческою охраною.

⁶⁾ Эти положенія соответствуютъ логикѣ; они высказываются съ опредѣленностью и римскими юристами. l. 23 pr. D. de usurp. et usuc. 41, 3. Javolenus libro 9 epistularum. Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas aedes possidere: nam si singulas res possidere int'legetur, ipsas non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit, accedit eo, quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur . . . l. 1, § 1 D. de tigno juncto 47, 3 въ концѣ. Въ l. 30 pr. D. de a. v. a. p. 41, 2 говорится вѣроятно только о предметахъ, находящихся въ домѣ, поэтому она сюда не относится. Ср. впрочемъ Czychlarz, Textkritik der l. 23 въ jur. Vierteljahrsschrift, т. 6, кн. 4. Въ кажущемся противорѣчій съ принципами, изъ которыхъ исходитъ Javolenus, стоитъ l. 30, § 1 D. de usurp. 41, 3. Pomponius libro 30 ad Sabinum. Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columbarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Въ казусѣ, о которомъ говоритъ Лабейонъ, дѣло шло только о недостающихъ для давности 10 дняхъ. Ясно, однако, что рѣшающій моментъ лежитъ не въ 10 дняхъ, а въ томъ, что колонна, которою до этого владѣли отдѣльно, застроена въ домъ, которымъ владѣютъ. По нашему

§ 177. Самостоятельность приобрѣтенія владѣнія.

Всякое приобрѣтеніе владѣнія самостоятельно ¹⁾. Владѣніе по-
контся на *нашей* волѣ и ея осуществленіи. Требуется вслѣдствіе
этого ²⁾:

- a) *animus*—т. е. воля господствовать надъ вещью для насъ, и
b) *corpus*—т. е. установленіе реального отношенія господства.

Содѣйствіе другихъ лицъ для созданія условій нашего господ-
ства и для того, чтобы дать ему мѣсто, часто необходимо, но оно
имѣетъ лишь значеніе помощи. То же самое, если владѣніе приобрѣ-
тается путемъ *передачи (традиція)*.

Многіе писатели, правда, передачу владѣнія понимаютъ какъ
обоснованіе преемства ³⁾. Но она создаетъ лишь преемственность во
времени. Тутъ никоимъ образомъ нѣтъ преемства въ смыслѣ тожд-
ества владѣнія приобрѣтателя съ владѣніемъ предшественника *и*
зависимости перваго владѣнія отъ втораго. Лицо, получающее вещь,

мнѣнію Лабенъ не хочетъ отрицать утраты особаго владѣнія колонной вслѣдствіе ея
соединенія съ домомъ. Здѣсь скорѣе мы имѣемъ дѣло съ однимъ изъ случаевъ, гдѣ
давность владѣнія считается и за время, въ продолженіе котораго вещь не находилась
во владѣніи давностнаго владѣльца. Дѣло идетъ слѣдовательно объ особенности права
давности, а не объ аномалии въ формулировкѣ ученія о владѣніи. Впрочемъ мнѣнія
по этому вопросу весьма различны. Ихъ собралъ Vangerow, т. 1, § 204, прим. 2. На
эту тему ср. хорошо написанную диссертацию Hackfeld Pflüger, *Besitz und Ersitzung*
von Theilen einer Sache 1886, Eisele въ *Ihering's Jahrbücher*, т. 24, стр. 500, Perozzi
sul possesso di parti di cosa in per l'VIII centenario della u. di Bologna studii giuri-
dici e storici 1888, Hruza въ *Grünhuts Zeitschrift*, т. 24, стр. 290.

¹⁾ Если движимыя вещи соединены, но не такъ, чтобы одна вещь поглоща-
лась другой, то особое владѣніе каждою изъ нихъ сохраняется. Въ выше
цитированной l. 30. § 1 D. de usurp. 41, 3 Pomponius libro 30 ad Sabinum продол-
жаетъ: *quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia per-*
manent, ut in anulo gemma? in quo verius est et aurum et gemmam possideri et
usucapi, cum utrumque maneat integrum. Павелъ, правда, въ l. 6 и Ульпианъ въ l. 7,
§ 1 и 2 D. ad exhibendum 10, 4 исходятъ, кажется, изъ того, что во владѣніи нахо-
дится только цѣлое, а не движимости, соединенныя въ цѣломъ. Это воззрѣніе хотя и
послѣдовательно, но мнѣніе Помпонія практичнѣе.

²⁾ Ясно и опредѣленно высказываетъ это Paulus libro 54 ad edictum l. 1, § 2
D. h. t. *Apiscimur autem possessionem per nosmet ipsos*.

³⁾ l. 3, § 1 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum. *Et apiscimur possessionem*
corpore et animo neque per se animo aut per se corpore.

³⁾ Это дѣлаетъ Brinz, *possessionis traditio* въ *Bekkers Jahrbücher*, т. 3, ном. 2.
Въ послѣднее время идею преемства защищаетъ въ особенности Strohal *Succession*
in den Besitz 1885 и на основаніи средневѣковаго развитія *Biermann traditio ficta*,
стр. 144, 395. Ср. также гр. Л. Пининскій, *Sachbesitzerwerb* 1885, т. 2, стр. 1 слѣд.
Hirsch, ук. соч., § 15, Tartufari ук. соч., т. 1, стр. 40, 77. Hruza въ *Grünhuts Zeit-*
schrift, т. 24, стр. 270. Совершенно основательно Strohal подчеркиваетъ, что приобрѣ-
теніе владѣнія въ случаѣ передачи его прежнимъ владѣльцемъ осуществляется зна-
чительно легче, чѣмъ при односторонней оккупациі. Но это вытекаетъ не изъ юри-
дическаго преемства, а изъ фактической обстановки.

становится вѣдь и тогда владѣльцемъ ея, когда лицо, передавшее ее, ею не владѣло, а было напр. только депозитаріемъ. Далѣе, владѣніе ею не опорочивается порочностью владѣнія предшественника ⁴⁾. И объемъ его владѣнія не долженъ непремѣнно измѣряться объемомъ владѣнія его предшественника, а напротивъ опредѣляется собственнымъ фактическимъ господствомъ и собственной волею новаго владѣльца. Тѣмъ не менѣе фактическое предположеніе клонится къ тому, что преемникъ настолько овладѣлъ переданнымъ имуществомъ, поскольку имъ владѣло раньше лицо, передавшее его ⁵⁾ ⁶⁾.

§ 178. Завладѣніе (Apprehension).

Владѣніе создается *завладѣніемъ*.

Таковое можетъ быть осуществляемо схватываніемъ движимой вещи рукою, вступленіемъ въ земельный участокъ, т. е. въ собственномъ смыслѣ слова *corpore*. Въ древнія времена такія видимыя реальныя проявленія овладѣнія считались необходимыми или во всякомъ случаѣ нормальными ¹⁾. Вскорѣ юриспруденція стала довольствоваться уступкою вещи прежнимъ ея владѣльцемъ на мѣстѣ ея нахождения или вблизи его ²⁾. Наконецъ она сочла достаточнымъ, если надъ вещью было пріобрѣтено ³⁾ длительное господство, т. е. если по

⁴⁾ Герм. гражд. ул., § 858, ч. 2, однако, опредѣляетъ: Порочность владѣнія вредитъ преемнику владѣльца, если владѣніе перешло къ нему по наслѣдству, или же если онъ, при его пріобрѣтеніи, зналъ о порочности владѣнія.

⁵⁾ Кто овладѣлъ главной вещью, тотъ по общему правилу овладѣлъ вмѣстѣ съ тѣмъ и всѣми ея принадлежностями.

⁶⁾ Что передача не обосновываетъ преемства, явствуетъ между прочимъ изъ того, что покупщику, которому переданъ земельный участокъ и который встрѣчаетъ препятствія въ пользованіи дорожнымъ сервитутомъ, находившимся въ пользованіи его предшественника, дается *interdictum apiscendae possessionis, quo itinere venditor usus est, quominus emptor utatur vim fieri veto*. l. 2, § 3 D. de interdictis 43. 1. Если бы въ передачѣ заключалось преемство, то покупщикъ сталъ бы владѣльцемъ участка со всѣми тѣми вещными сервитутами, которые имѣлъ продавецъ и interdикты для ихъ охраны были бы *int. retinendae possessionis*.

¹⁾ Въ особенности Лабенъ требовалъ тѣлеснаго проявленія власти. l. 51. D. h. t. 41. 2. ср. l. 15 D. ad exhibendum 10. 4. l. 3, § 18 D. h. t. Согласно Hruza въ *Grünhuts Zeitschrift*, т. 24, стр. 278 источники остановились на этой точкѣ зрѣнія, и только Прокулъ защищалъ особое мнѣніе, ставя на мѣсто *sedere et possidere*, т. е. непосредственнаго тѣлеснаго отношенія,—духовное отношеніе, *potestas*.

²⁾ l. 1, § 21 D. h. t. 41. 2. l. 74. D. de contr. emt. 18. 1. Klein, *Sachbesitz und Ersitzung*, 1891, с. 37 хочетъ сохранить присутствіе, какъ условіе завладѣнія, тоже Hirsch, *ук. соч. въ особ.*, стр. 123 слѣд.

³⁾ Всегда важно, какъ говорить Iavolenus libro 13 ex Cassio, l. 22. D. h. t. 41. 2 *non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit*. Иначе Kohler въ *Grünhut's Zeitschrift*, т. 12, стр. 1 прим. 1. B. G. B., § 854 ч. 1 требуетъ, какъ и нашъ текстъ, «достиженія факческаго господства надъ вещью».

обычному теченію обстоятельствъ можно разсчитывать и на фактическое распорядженіе ею. Это опредѣляется въ каждомъ данномъ случаѣ совокупностью обстоятельствъ. Впрочемъ на этотъ счетъ существуютъ нѣкоторыя, основанныя на жизненномъ опытѣ, правила ⁴⁾ ⁵⁾.

Движимости поступаютъ въ наше владѣніе, если онѣ попали подъ нашу охрану custodia ⁶⁾. Подъ этимъ понимается не только собственное охраненіе или охраненіе черезъ представителей; достаточна охрана, даваемая нашими помѣщеніями, прежде всего квартирой, магазинами, конюшнею, закрытыми дворами, или садомъ. Даже храненіе дровъ и камней на нашихъ открытыхъ складочныхъ мѣстахъ, земледѣльческихъ машинъ и навоза на нашихъ неогороженныхъ поляхъ можетъ дать намъ достаточное обезпеченіе и необходимое для приобрѣтенія владѣнія господство.

Далѣе значеніе имѣетъ, если *мѣтитъ* движимости нашимъ именемъ, или нашей мѣткою, такъ какъ это явственпо и на продолжительное время свидѣтельствуемъ объ овладѣніи нами вещью. Понятно, что нашему господству надъ помѣченными нами вещами

⁴⁾ Savigny, Besitz, § 14, требуетъ для завладѣнія: «физическую возможность непосредственнаго воздѣйствія на вещь и исключенія всякаго чужаго воздѣйствія». Эта формулировка, какъ справедливо доказываетъ Ihering, Grund des Besitzschutzes, невѣрна. Она не согласуется ни съ источниками, ни съ сущью дѣла. На главное, опредѣленіе всѣхъ, пожалуй, указалъ Прокулъ libro 2 epistularum l. 55. D. de a. r. d. 41, 1. Кабанъ попалъ въ наши сѣти, но третье лицо его оттуда взялъ. Находился ли кабанъ въ нашемъ владѣніи, хотя мы ничего не знали о томъ, что онъ попался? Можно ли считать третье лицо воромъ? Послѣ подробныхъ разсужденій юристъ заключаетъ: summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. Савинья правда предполагаетъ, что охотникъ былъ въблизи и поэтому сталъ владѣльцемъ, но объ этомъ въ текстѣ нѣтъ ни слова. Ср. Pininsky, т. 1, ст. 61 и указанныхъ тамъ авторовъ, далѣе рѣшенія Имперскаго Суда по уголовнымъ дѣламъ, т. 23, стр. 89, Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege in Oldenburg, т. 17, стр. 352. Hruza, указ. м. считаетъ мнѣніе Прокула хотя и особымъ мнѣніемъ, но признаетъ его рѣшающимъ для общаго права.

⁵⁾ Ihering, Grund des Besitzschutzes, стр. 144. Handwörterbuch, стр. 419. принципиально отвергаетъ господствующую теорію завладѣнія. Владѣніе не есть «господство надъ вещью», а «дѣйствительность собственности». Нужно задаться вопросомъ, какъ вообще собственникъ обращается съ своими вещами и тогда выяснится, когда слѣдуетъ предположить наличность владѣнія; вещи, которыя можно спрятать, онъ держитъ въ своемъ домѣ; другія «свободныя» остаются сообразно ихъ экономическому назначенію на открытомъ воздухѣ: дрова, домашнія животныя.—Но важно здѣсь не обычное пользованіе со стороны *собственника*, а обычное *пользованіе* со стороны *владѣльца* вещами сообразно ихъ экономическому назначенію. Если онѣ находятся въ такомъ положеніи, то третьи лица должны уважать такое отношеніе—мы имѣемъ владѣніе. Во всякомъ случаѣ мы владѣемъ и вещами, которыми мы пользуемся и несоответственно ихъ экономическому назначенію, напр. драгоценными книгами, лежащими въ кладовой для провизіи. Модификацію теоріи Iheringa даетъ Пининскій.

⁶⁾ l. 3, §§ 13, 14. D. h. t. 41, 2, ср. l. 18, § 2, l. 47. D. eod. Баронъ, въ Iherings Jahrbüch, т. 7, стр. 83 и слѣд. предполагаетъ, что custodia является основаніемъ владѣнія движимостями. Она однако только одно изъ главнѣйшихъ средствъ приобрѣтенія и сохраненія владѣнія.

не должны мѣшать физическія препятствія. Въ послѣднемъ случаѣ, если напр. вещи находятся въ закрытомъ помѣщеніи, въ которое мы не имѣемъ доступа, то помѣтка имѣетъ лишь то значеніе, что она индивидуализируетъ предметъ нашихъ притязаній ⁷⁾.

Врученіе *ключей* на мѣстѣ, гдѣ сложены проданныя движимости, дѣлаетъ получателя владѣльцемъ. Нечего требовать непосредственной близости складочнаго мѣста ⁸⁾.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ вопросъ разрѣшается различно, смотря потому, идетъ ли дѣло объ одностороннемъ актѣ—объ оккупации или о передачѣ.

Одностороннее завладѣніе должно происходить *явственно* для установленія *прочнаго* состоянія владѣнія. Такъ, въ частности недостаточно преслѣдованіе дикихъ звѣрей или даже пораненіе ихъ, или близость преслѣдующаго, а необходимо изловить ихъ или убить ⁹⁾. Далѣе одностороннее завладѣніе объектомъ, находящимся во владѣніи третьихъ лицъ предоставляет владѣніе лишь въ случаѣ устраненія прежнихъ владѣльцевъ ¹⁰⁾. Если, слѣдовательно, въ отсутствіи владѣльца совершается захватъ его земельного участка, то произведшій захватъ по общему правилу, лишь въ томъ случаѣ приобретаетъ владѣніе, если прежнему владѣльцу, узнавшему о событіи, не удастся вытѣснить нарушителя или если онъ упуститъ прибѣгнуть къ самовольной защитѣ ¹¹⁾.

⁷⁾ Въ l. 15, § 1. D. de periculo et de commodo 18, 6 Paulus libro 3 epitomatorum Alfeni объясняютъ . . . videri autem trabes traditas, quas emptor signasset. l. 1, § 2 D. eod. Ulpianus libro 28 ad Sabinum. Si dolium signatum sit ab emptore. Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est, magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur. Противорѣчія тутъ нѣтъ. Помѣтка на открыто лежащей бочкѣ, съ согласія прежняго владѣльца, предоставляет намъ владѣніе ею; помѣтка же на бочкѣ въ запертомъ погребѣ, отъ котораго у насъ нѣтъ ключей, не даетъ намъ господства надъ нею. Юристы разрѣшаютъ здѣсь конкретные случаи; нашъ текстъ излагаетъ принципы, которые должны быть изъ нихъ выведены. Ср. монографію Kohler'a das Signiren als Besitzesgreifungsakt in Grünhut's Zeitschrift, т. 12. н. 1.

⁸⁾ Папиніанъ въ l. 74. D. de contr. emt. 18, 1 для дѣйствительности передачи требуетъ еще, чтобы «claves apud horrea tradita sint». Павелъ однако въ l. 1, § 21. D. d. a. vel a. p. 41, 2 заявляетъ, что вина переданы, если переданы ключи отъ погреба, не требуя при этомъ совершенія этого акта вблизи отъ погреба; ср. однако Exner, Tradition, стр. 100 прим. 33. Klein, ук. соч. с. 40, Tartufari, т. 1, стр. 110. Гай во всякомъ случаѣ въ l. 9, § 6 D. de a. r. d. 41, 1 не знаетъ подобнаго ограниченія. Справедливо высказываются противъ Папиніана: Ihering, указ. соч., стр. 207 слѣд., Biermann, ук. соч., стр. 398.

⁹⁾ l. 5, § 1. D. de a. r. d. 41, 1. Pininski въ указ. соч., стр. 61. Владѣніе сокрытымъ въ нашемъ земельномъ участкѣ кладомъ также приобретаетъ лишь съ взятіемъ его въ руки.—si loco motus est—l. 3, § 3 D. de a. vel a. poss. 41, 2.

¹⁰⁾ l. 15 D. h. t. 41, 2.

¹¹⁾ l. 6 § 1 D. h. t. 41, 2. Ulpianus libro 70 ad edictum. Qui ad nundinas pro-

При *передачѣ вещи прежнимъ владѣльцемъ* не требуется завладѣнія въ столь доступной для чувствъ формѣ. Общее право въ этомъ направленіи идетъ нѣсколько дальше, чѣмъ римскіе юристы, но между ними нѣтъ принципиальнаго различія. Напр. владѣніе товарами, отправленными воднымъ путемъ, приобрѣтается посредствомъ врученія коноссементы. Коноссементомъ называется документъ, въ которомъ шкиперъ удостоверяетъ нагрузку товаровъ на вѣренномъ ему суднѣ и обѣщаетъ врученіе ихъ предъявителю коноссементы. Собственникъ коноссементы считается владѣльцемъ означенныхъ въ немъ товаровъ, не смотря на разстояніе, въ которомъ они отъ него находятся, не смотря на то, что физическое воздѣйствіе на нихъ онъ въ состояніи проявить лишь по прошествіи болѣе или менѣе продолжительнаго времени, такъ какъ держатель коноссементы можетъ по обычному ходу вещей съ увѣренностью разсчитывать съ прибытіемъ судна ¹²⁾ ¹³⁾ на возможность распоряженія товарами.

fectus neminem reliquerit. et. dum ille a nundinis redit. aliquis occupaverit possessionem videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit: verum si revertentem dominum non admiserit. vi magis intellegi possidere, non clam. Ср. относительно этого мѣста Karlowa. Rechtsgesch. т. 2 стр. 322.— l. 7 D. eod. Paulus libro 34 ad edictum. Sed et si nolit in fundum reverti quod vim majorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit. l. 3 § 8, l. 25 § 2, l. 46. D. eod. Pininski, стр. 191. Герм. гр. ул. § 859 разрѣшаетъ обратное завладѣніе «немедленно послѣ отнятія владѣнія».

¹²⁾ Что будетъ однако, если товаръ ко времени передачи коноссементы похищенъ пиратами. Тогда предъявитель коноссементы не приобрѣтаетъ владѣнія, но виндикація должна считаться уступленной. Ср. Strohal. Succession in den Besitz, стр. 215. О приобрѣтеніи владѣнія посредствомъ коноссементы см. герм. тор. ул. § 647 слѣд. и Goldschmidt. Handelsrecht. т. 2, стр. 681 слѣд. и указанную тамъ литературу. Передача происходитъ и посредствомъ перевода, если лицо, владѣвшее до этого времени для передающаго, получаетъ отъ него приказъ владѣть на будущее время для получателя. По правиламъ честнаго оборота получатель перевода имѣетъ не менѣе право распоряженія, нежели въ случаѣ врученія ключей. Предъявитель не заинтересованъ въ томъ, владѣть ли онъ для первоначальнаго депонента или для его преемника и по общему правилу всегда подчинится приказу. Иначе, если представителю дается только порученіе, *выдать* подлежащіе предметы. Тогда владѣніе переносится лишь съ врученіемъ ихъ, и лицо, дающее порученіе, можетъ до этого взять порученіе обратно. Рѣшеніе Имперскаго суда, т. 5, стр. 185. Ср. Kohler Abhandlungen стр. 9 герм. гр. ул. § 870 опредѣляетъ: «Посредственное владѣніе можетъ быть перенесено на другое лицо уступкою этому лицу приязанія на выдачу вещи».

¹³⁾ Чрезвычайно спорное мѣсто l. 1 C. de donat. 8, 53. Imp. Severus et Antoninus. Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere. Присутствіе раба при актѣ передачи документовъ предполагается Савиньи, Besitz § 16. Но въ такомъ случаѣ императоръ упустилъ бы упомянуть именно о томъ, на чемъ якобы должно основываться рѣшеніе. Напротивъ, лицо, получившее документы на раба, считалось, и въ общественномъ мнѣніи и по убѣжденію самого раба, его господиномъ. Чувство подчиненности, на которомъ главнымъ образомъ покоилось владѣніе рабами, относилось къ новому господину. Ср. Brunner, römische

Относительно передачи земельных участков существуют особые сомнѣнія. Она можетъ происходить двухсторонне на мѣстѣ, или и вблизи, напр. на башнѣ сосѣдняго участка ¹⁴). Весьма обычнымъ однако въ Римѣ считалось, чтобы продавецъ, не будучи въ мѣстѣ нахождения недвижимости, объявлялъ въ документѣ о продажѣ, дареніи, или иномъ актѣ, что онъ предоставляетъ или передаетъ подлежащій участокъ противной сторонѣ, послѣ чего послѣдняя односторонне овладѣвала имъ ¹⁵). Это овладѣніе происходило опять таки различно, смотря по обстоятельствамъ. Для овладѣнія отдѣленными недвижимостями, въ особенности домами и сельскохозяйственными дворами, понятно, необходимъ былъ въѣздъ пріобрѣтателя или его представителя ¹⁶), для овладѣнія же открытыми мѣстами, напр. полевымъ участкомъ или лугомъ, могло быть совершенно достаточнымъ принятіе заявленія о передачѣ или извѣщеніе мѣстныхъ и податныхъ властей. Непонятно утвержденіе о необходимости для пріобрѣтателя, послѣ того какъ отчуждатель ему передалъ владѣніе, съ своей стороны отправиться на данный участокъ для того, чтобы стать владѣльцемъ. Этотъ участокъ можетъ быть въ данное время недоступенъ вслѣдствіе снѣжныхъ заносовъ, наводненія или другихъ причинъ. Что тогда дѣлать пріобрѣтателю? Чѣмъ такую поѣздкою облегчается его дѣйствительное господство? Въ дѣло идетъ здѣсь не о формѣ, а о вопросѣ фактическаго господства ¹⁷).

und germanische Urkunde, стр. 113. Goldschmidt, Studien z. Besitzrecht 188 §, стр. 4; Hirsch § 13; иначе Tartufari, указ. соч. стр. 136. Въ средніе вѣка распространяли *instrumentalis traditio* на объекты всякаго рода. Biermann, *treditio ficta*, стр. 102, 182.

¹⁴) I. 1882. D. h. t. 41. 2 ср. I. 3 § 1 D. eod. Pininski, т. 1, стр. 367.

¹⁵) Обычной формулой документовъ было: «*in rem ire, ingredi possidere permitimus*». Таковое письменное заявленіе было столь обыкновеннымъ въ Римѣ, что возникло сомнѣніе, которое съ трудомъ удалось устранить, возможно ли пріобрѣсти владѣніе передачею безъ такихъ документовъ. Правда, въ рескриптѣ Александра Севера въ I. 2. C. de a. et r. possessione. 7. 32 говорится: *licet instrumento non sit comprehensum quod tibi tradita sit possessio, ipsa tamen veritate id consecutus es*. Тѣмъ не менѣе это положеніе пришлось внушать неоднократно, въ особенности Диоклеціану. I. 12. C. de prob. 4. 19. I. 12 пр. C. de c. e. 4. 38. Pininski, ук. соч. стр. 317. Ср. объ этой формѣ передачи Esmarch, *vacuae possessionis traditio* 1873. Кнѣер, ук. соч. 305, который, впрочемъ не сумѣлъ перенестись въ дѣйствительную обстановку, и въ особенности Brunner, *römische und germanische Urkunde*, стр. 119.

¹⁶) Въ I. 48 D. de a. vel. a. poss. 41. 2 имѣлось въ виду огороженное мѣсто, занятое еще рабами дарителя; и все-таки Папиніанъ высказывается довольно снисходительно относительно фактическаго пріобрѣтенія владѣнія путемъ документа о перенесеніи владѣнія. Нашему мнѣнію отнюдь не противорѣчитъ то, что въ римской жизни, смотря по потребности и для большей вѣрности прибѣгали къ чрезвычайно образнымъ актамъ овладѣнія, на основаніи документа о предоставленіи владѣнія. Ср. объ этомъ Kohler, *Archiv für civ. Praxis*, т. 69, стр. 156.

¹⁷) См. Bähr, ук. соч. т. 26, стр. 319. Виндшейдъ, впрочемъ, т. I § 153, какъ

Не иначе обстоит дѣло и въ современной жизни. Только особыя волеизъявленія о перенесеніи владѣнія менѣе обычны, чѣмъ въ Римѣ. Онѣ чаще всего подразумѣваются, напр. въ случаѣ судебного пересвоенія (Auflassung) неотдѣленныхъ земельныхъ участковъ. То, что тогда относится къ овладѣнію со стороны приобретателя, какъ и въ Римѣ, является вопросомъ факта. Нерѣдко достаточно и съ его стороны участія при Auflassung.

Старая общегерманская юриспруденція отличала *собственную* и *несобственную* передачу. Собственной считалось только одно физическое овладѣніе, несобственной—всякій другой видъ завладѣнія¹⁸⁾. Изъ случаевъ несобственной передачи отмѣчалась *символическая* передача, т. е. совершенная знаками, въ особенности посредствомъ передачи ключей и обозначенія товаровъ. Эту доктрину съ блистательнымъ успѣхомъ опровергъ Савиньи¹⁹⁾. Во всѣхъ относящихся сюда случаяхъ дѣло идетъ не только о знакахъ, а о различныхъ способахъ установленія господства. Существуетъ только одинъ видъ передачи,—это настоящая передача; какой либо иной передачи нѣтъ.

§ 179. Воля владѣть (Animus possidendi).

Для юридическаго завладѣнія требуется, чтобы къ завладѣнію вещью присоединилась *воля владѣть*. Но если кто фактически осуществляетъ реальное господство, то *предполагается*, что у него есть воля владѣть¹⁾. По общему правилу каждый преслѣдуетъ въ имущественныхъ дѣлахъ свои собственные интересы; поэтому намѣреніе дѣйствовать въ чужихъ интересахъ не предполагается, а должно быть доказано.

и Pininski, стр. 332. считаютъ наши положенія необоснованными. Ср. противъ этого Bähr, ук. м. «Въ послѣднее время къ защищаемому здѣсь возрѣнію присоединился Дернбургъ. Наконецъ-то появился учебникъ, не требующій отъ разумныхъ людей, чтобы они для совершения сдѣлки лѣзли на башни». «Въ герм. гр. ул. § 854, ч. 2, говорится то же, что и здѣсь. Согласно этому параграфу для приобретенія владѣнія достаточно соглашенія прежняго владѣльца съ приобретателемъ, если послѣдній въ состояніи осуществлять господство надъ вещью».

¹⁸⁾ Biermann, traditio ficta, 1891.

¹⁹⁾ Savigny, Besitz § 18, ср. также Exner Tradition, стр. 153 и слѣд.

¹⁾ Это совершенно основательно подчеркиваетъ Ihering, Besitzwille, стр. 167. герм. ул. § 854 не имѣетъ въ виду воли владѣть. Несомнѣнно, что во многихъ случаяхъ фактическое господство создается только волею владѣть вещью; воля эта именно приводитъ вещь въ сферу нашего господства, за которое мы готовы заступиться нашею личностью. Но возможно установленіе отношенія господства надъ вещью и безъ этого.—напр., если вещь попала въ наше закрытое помѣщеніе.

1. Если же спорно: является ли данное лицо владѣльцемъ или просто обладателемъ, то необходимо обратиться къ основанію приобрѣтенія владѣнія, къ его *causa*. Кто овладѣлъ вещью, находясь въ услуженіи у другого лица, или получилъ вещь въ качествѣ нанимателя или арендатора, тотъ просто обладаетъ ею, кто же овладѣлъ вещью въ качествѣ собственника или залогодержателя—тотъ юридическій владѣлецъ.

2. Положеніе разъ занятое во владѣніи длительно. Оно не можетъ быть измѣнено одной переменной первоначальнаго намѣренія. *Nemo sibi causam possessionis mutare potest* ²⁾. Владѣніе арендатора напр. не приобрѣтаетъ характера владѣнія въ видѣ собственности, даже если арендаторъ рѣшится владѣть арендованной вещью для себя, какъ будто она была бы его собственностью. Собственникъ сохраняетъ владѣніе черезъ посредство арендатора даже въ томъ случаѣ, если послѣдній, продавъ арендованную вещь, захочетъ владѣть ею для покупателя ³⁾.

Новыя намѣренія обладателя вещи приобрѣтаютъ значеніе лишь тогда, когда они осуществляются реальными *дѣйствіями* его, направленными противъ владѣльца вещи ⁴⁾. Далѣе они имѣютъ значеніе, когда они основаны на *новой сдѣлкѣ* съ владѣльцемъ ⁵⁾.

²⁾ Эта формулировка принадлежит юристамъ республики—*veteres*—l. 3 § 19, l. 19 § 1 D. h. t. 41, 2. Этимъ, главнымъ образомъ, хотѣли предотвратить, чтобы лица, владѣвшія чужой вещью на основаніи сингулярнаго титула, напр., купившіе вещь не у собственника послѣ смерти послѣдняго, не приписывали себѣ владѣніе *pro herede* и не приобрѣтали бы вещи на этомъ основаніи въ годовой срокъ по праву давности, причѣмъ не требовалось бы даже *bona fides*. l. 33 § 1 D. de usurp. 41, 3 l. 2 § 1 D. pro her. 41, 5, ср. Gaj. Inst. II § 56. Это положеніе толковалось и въ томъ однако смыслѣ, что *обладатель* не можетъ стать *юридическимъ владѣльцемъ* посредствомъ одного только измѣненія своей воли. l. 33 § 1 in fine D. de usurp. 41, 3. l. 5 C. de a. et ret. poss. 7, 32, ср. l. 19 pr D. h. t. 41, 2. Въ этой формулѣ, какъ доказываетъ Schirmer въ *Lindes Zeitschrift, neue Folge*, т. 11, стр. 433, *causa possessionis* имѣетъ значеніе «характера владѣнія». Иначе Pernice, *Labeo*, т. 2, изд. 2, стр. 426 слѣд. Ср. *Ihering Besitzwille*, стр. 358.

³⁾ l. 32 § 1 D. h. t. 41, 2. *Si conductor rem vendidit et eam ab emptore conduxit et utrique mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet*. На этомъ опредѣленіи покоится l. 5. C. h. t. 7, 32 Диоклеціана и Максимиана, которая впрочемъ весьма различнымъ образомъ толкуется. *Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsam, praeses provinciae inquisita fide veri domini tui jus convelli non sinet*. Покупатель ссылается на приобрѣтеніе путемъ давности, такъ какъ онъ добросовѣстно приобрѣлъ владѣніе и обладалъ, черезъ посредство колона или сѣмщика, признававшего его своимъ хозяиномъ, въ теченіе всего давностнаго срока, но покупатель тѣмъ не менѣе и на самомъ дѣлѣ нисколько не приобрѣлъ владѣнія. Иное толкованіе дается Brinz'омъ, въ *Bekker's Jahrbuch*, т. 3, стр. 36. Hruza, *ук. соч.*, стр. 275, съ этимъ тоже не согласенъ.

⁴⁾ l. 12, l. 18 D. de vi 43, 16.

⁵⁾ l. 18 pr., l. 19 § 1 D. h. t. 41, 2, ср. l. 23 C. de locato 4, 65.

3. Владѣніе можетъ быть условно переносимо, а слѣдовательно и условно приобрѣтаемо ⁶⁾.

4. Только тотъ, кто самъ можетъ приобрѣсти права, способенъ приобрѣсти владѣніе самоличнымъ рѣшеніемъ своимъ.

Слѣдовательно умалишенные и дѣти неспособны къ личному приобрѣтенію владѣнія ⁷⁾. Относительно дѣтей это правило допускаетъ ради ихъ пользы значительное исключеніе. Именно въ случаѣ *передачи* ребенку достаточно, кромѣ физическаго владѣнія вещью, желанія имѣть ее, хотя о совершенно сознательной волѣ его владѣть не можетъ быть рѣчи ⁸⁾. Но въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ о сдѣлкѣ, значеніе которой—достиженіе обладанія,—можетъ сознать и ребенокъ. Напротивъ того, произвольнымъ изытіемъ вещи изъ чужаго владѣнія, ребенокъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ стать владѣльцемъ, и завладѣніе безхозяйными вещами ребенкомъ считается игрою и не имѣетъ юридическаго значенія.

Представители, въ особенности опекуны, могутъ приобрѣтать владѣніе ⁹⁾ для представляемыхъ.

⁶⁾ l. 38 § 1 D. h. t. 41, 2.

⁷⁾ l. 1 § 5 D. h. t. 41, 2. По герм. гр. улож. приобрѣтеніе владѣнія разрѣшается и недѣеспособнымъ.

⁸⁾ О приобрѣтеніи владѣнія *дѣтьми*, см. Савинны Besitz, § 21, Puchta въ rhein. Museum. т. 5. № 3, далѣе Denzinger въ Archiv f. civil. Praxis, т. 31, № 7 и 13; Vangerow § 204. прим. 1. Въ двухъ мѣстахъ въ источникахъ обсуждается этотъ вопросъ: l. 32 § 2 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum. Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit. nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Юридическое положеніе, выставленное здѣсь Павломъ, образовалось очевидно въ такое время, когда еще не признавалось приобрѣтеніе владѣнія опекуномъ для опекаемаго. Оно и сохранилось потомъ по традиціи и впоследствии, когда приобрѣтеніе владѣнія опекуномъ стало возможнымъ l. 1 § 20. D. h. t. Мы должны однако съ точки зрѣнія дѣйствующаго права понимать такія явленія въ томъ смыслѣ, что опекунъ приобрѣтаетъ владѣніе на основаніи своей воли владѣть для ребенка черезъ посредство ребенка. Такимъ образомъ исчезаетъ аномалія. Бѣльшее практическое значеніе имѣетъ l. 3 C. de acq. et ret. poss. 7. 32. Imp. Decius. Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur, quamvis enim sunt auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin sicuti viri consultissimi Papiniani responso continetur, ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. Savigny ук. м. утверждаетъ, что въ разрѣшенномъ императоромъ случаѣ ребенку помогала auctoritas tutoris. Такъ говоритъ уже раньше Donellus, comm. jur. civ. V. cap. 11 и въ послѣднее время Vangerow, ук. м. Но какъ же это мыслимо, что императоръ въ этомъ случаѣ не подчеркнул бы именно того момента, который имѣетъ рѣшающее значеніе? Пухта, напр., предполагаетъ, въ указанномъ сочиненіи, что ребенокъ приобрѣтаетъ владѣніе посредствомъ передачи, такъ какъ въ подобномъ случаѣ лицо передающее, какъ въ другихъ случаяхъ опекунъ, придаетъ незрѣлому animus ребенка точное направленіе. Мы въ главныхъ основаніяхъ соглашаемся съ Puchta. Далѣе идетъ Hölder, Pand. § 39, прим. 2.

⁹⁾ l. 1 § 20 D. h. t. 41, 2.

§ 180. Приобрѣтеніе владѣнія черезъ представителя ¹⁾.

1) *Домовладыка* приобрѣталъ въ Римѣ какъ право собственности, такъ и владѣніе черезъ посредство *подчиненныхъ его власти лицъ* ²⁾. Если онъ имъ дозволялъ приобрести пекулій, то владѣніе пекуліарными вещами принадлежало ему, даже если онъ не зналъ объ ихъ приобретѣніи въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ ³⁾.

2) Приобрѣтеніе владѣнія черезъ третьихъ *полноправныхъ* лицъ получило признаніе лишь въ эпоху классической юриспруденціи въ императорскомъ періодѣ ⁴⁾.

Прежде всего стали допускать приобретѣніе владѣнія черезъ посредство прокураторовъ ⁵⁾, уполномоченныхъ. Такими уполномоченными являлись большею частью вольноотпущенные; допускаемое черезъ ихъ посредство приобретѣніе владѣнія такимъ образомъ представлялось часто фактически какъ бы продолженіемъ существовавшаго до отпущенія на волю отношенія ⁶⁾. Но одного только сопричисленія къ дому хозяина подъ именемъ и съ титуломъ прокуратора было недостаточно. Кромѣ того, напротивъ, требовалось еще порученіе или одобреніе со стороны хозяина. Порученіе могло быть общимъ. Хозяинъ приобрѣталъ такимъ образомъ владѣніе черезъ посредство прокуратора и безъ спеціальнаго увѣдомленія объ завладѣніи ⁷⁾. Нерѣдко должно было возбуждать сомнѣніе, кто занималъ положеніе прокуратора, т. к. оно

¹⁾ Schlossmann. Der Besitzerwerb durch Dritte 1881. Хотя выводы автора спорны, но самостоятельность этого изслѣдованія заинтересовала и способствовала развитію доктрины. Исключительно отрицательное отношеніе къ Schlossmann'у ср. Mitteis, Stellvertretung 1885, стр. 51 сл. Ср. также Кнѣп, ук. соч. стр. 210, Lenel въ Iherings Jahrbuch, т. 36, стр. 42, сл.

²⁾ Gaj. Inst. II, §§ 89, 90. Спорнымъ представлялся вопросъ, могъ ли домовладыка приобрести владѣніе черезъ посредство другихъ, находившихся въ его manus или mancipium лицъ, потому что послѣдніе сами не находились во владѣніи. Оспаривалось ли на томъ же основаніи приобретѣніе владѣнія черезъ домочадцевъ, объ этомъ ничего не говорится.

³⁾ I. 1 § 5, I. 3 § 12, I. 44 § 1 D. h. t. 41, 2. Въ остальныхъ случаяхъ господинъ приобрѣталъ владѣніе черезъ посредство находящихся въ его власти лицъ, только въ томъ случаѣ, если онъ былъ освѣдомленъ о томъ, что подвластный овладѣлъ вещью.

⁴⁾ Выше, § 118, прим. 10 тоже (параграфъ этотъ въ части труда, не переведенной на русскій языкъ. Прим. ред.).

⁵⁾ О понятіи института прокураторовъ, ср. § 119, прим. 13.

⁶⁾ Schlossmann, ук. соч., стр. 161.

⁷⁾ I. 13 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Neratius libro 6 regularum. Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas acquiritur etiam ignorantibus, I. 42 § 1 D. de a. v. a. p. 41, 2. Ulpianus libro

являлось *измѣнчивымъ соціальнымъ отношеніемъ*. Это пожалуй и послужило поводомъ къ признанію *приобрѣтенія владѣнія черезъ свободныхъ лицъ вообще*, даже если они не были прокураторами давшего имъ порученіе лица. Въ болѣе позднемъ императорскомъ періодѣ завершилось это развитіе ⁸⁾. Такъ, пошли навстрѣчу настоятельнымъ практическимъ потребностямъ.

3) Представитель можетъ двоякимъ образомъ дѣйствовать для представляемаго, какъ при *приобрѣтеніи владѣнія*, такъ и вообще совершая какіе либо акты *приобрѣтенія*. Онъ можетъ или *непосредственно* приобрести для него владѣніе или же сдѣлаться самимъ владѣльцемъ, для того, чтобы потомъ передать представляемому вещь ⁹⁾.

Рѣшающимъ при истолкованіи каждаго конкретнаго случая, является намѣреніе представителя. Представитель однако врядъ ли станетъ опредѣленно заявлять, хочетъ ли онъ приобрести отъ имени другого, или же сперва отъ своего собственнаго имени. У него самого можетъ даже не быть яснаго представленія по этому поводу, но изъ обстоятельствъ дѣла обыкновенно возможно вывести удовлетворительное рѣшеніе.

Если представитель *отъ своего собственнаго имени заключилъ сдѣлку, лежащую въ основѣ* передачи владѣнія, и лично обязался къ опредѣленному исполненію передъ противною стороною, то онъ прежде всего имѣетъ обыкновенно въ виду приобрести владѣніе *для себя*, и перенести его на представляемаго послѣ того, какъ

4 regularum. Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus ille acquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem, ср. l. 23. D. de neg. gest. 3, 5. Paulus sent. V 2 § 2. Очевидно, что здѣсь рѣчь идетъ о прокураторѣ въ болѣе широкомъ, т. е. только въ соціальномъ значеніи этого слова. Онъ приобретаетъ владѣніе для господина, къ которому онъ причислился, только на основаніи порученія или согласія. Это порученіе можетъ быть какъ общимъ, такъ и специальнымъ. Если юристы обыкновенно выражаются нѣсколько иначе, когда они говорятъ только объ общей довѣренности—ср. Schlossmann, ук. соч., стр. 112,—то это безусловно ничего не доказываетъ. Сомнѣніе Шлюссмана относительно Нерація (стр. 135) основывается на предвзятомъ мнѣніи. Замѣчательно также, что и въ случаѣ специального порученія можно приобрести владѣніе, будучи «ignorans», если не получено еще увѣдомленія о выполненіи порученія.

⁸⁾ l. 1 C. de adq. et ret. poss. 7, 32. Severus et Antoninus. Per liberam personam ignorantem quoque adquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam juris pridem receptum est (a. 196), l. 53 D. de a. r. d. 41, 1, Modestinus libro 14 ad Quintum Mucium . . . per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.

⁹⁾ Въ первомъ случаѣ представляемый по общему правилу непосредственно въ силу *приобрѣтенія владѣнія* представителемъ становится собственникомъ вещи, во второмъ же случаѣ представитель становится собственникомъ ея и долженъ затѣмъ пересвоить ее представляемому.

послѣдній обезпечить возмѣщеніе принятыхъ представителемъ на себя обязательствъ или освободить его отъ нихъ. Этотъ образъ дѣйствій въ Римѣ былъ обычнымъ въ имущественныхъ сдѣлкахъ, заключавшихся представителями для ихъ довѣрителей ¹⁰⁾. Теперь этотъ способъ заключенія сдѣлокъ хотя рѣже, но всетаки встрѣчается, напр. при коммисіонныхъ сдѣлкахъ. Кто, напротивъ, овладѣлъ вещью по порученію другого лица на основаніи существующей или заключаемой для этого другого сдѣлки, тотъ приобрѣтаетъ для представляемаго непосредственно владѣніе и собственность ¹¹⁾. Это имѣетъ мѣсто и тогда, *когда представитель, которому вещь была передана прежнимъ владѣльцемъ, не обнаружилъ передъ противной стороной, т. е. передающимъ, что онъ дѣйствуетъ въ качествѣ представителя* ¹²⁾.

4) Приобрѣтеніе владѣнія черезъ представителя ¹³⁾ предполагаетъ:

а) что представитель подчинитъ вещь своему господству ¹⁴⁾.

¹⁰⁾ Слѣдующія мѣста источниковъ показываютъ, что римскіе юристы обыкновенно предполагали приобрѣтеніе владѣнія представителемъ для себя, если онъ принималъ вещь на основаніи заключенной имъ самимъ сдѣлки l. 59 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Callistratus libro 2 quaestionum. Res ex mandatu meo empti non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit. l. 74 D. pro socio 17, 2. Paulus libro 62 ad edictum. Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare, l. 2. C. de his qui a non domino 7, 10 Alexander: Felicissima, quam mandante te servos emisse dicis, si dominium servi quem manumisit, nondum ad te transtulerat, frustra petis, ut denegata libertate ejus quem manumisit dicis possessio tibi tradatur. Ср. далѣе цитированныя у Schlossmann'a, стр. 4, мѣста. Напротивъ l. 20, § 2. D. de a. r. d. 41, 1 Ulpianus libro 29 ad Sabinum гласитъ: 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. Schlossmann, не обратилъ должнаго вниманія на отмѣченную здѣсь курсивомъ точку зрѣнія; поэтому онъ находитъ въ источникахъ едва разрѣшимое противорѣчіе. Попытка устранить его замѣчаніемъ о томъ, что и въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ не допускалось приобрѣтенія владѣнія черезъ посредство представителей, и что только для procurator omnium bonorum дѣлалось *исключеніе*, находится въ рѣзкомъ противорѣчій съ источниками. Ср. Mitteis, Stellvertretung, стр. 52 и прежде всего Lenel, ук. соч., стр. 57 слѣд.

¹¹⁾ Lenel, указ. соч. стр. 57.

¹²⁾ Ср. рѣшенія Герм. Имп. суда, т. 30, стр. 142 и то, что тамъ приведено; противъ этого рѣшенія Lenel, ук. соч. стр. 79.

¹³⁾ См. далѣе Lenel, ук. соч., стр. 90 сл. Согласно герм. гр. ул. слѣдуетъ различать, находится ли представитель во внѣшне познаваемомъ отношеніи зависимости, тогда онъ становится только обладателемъ, а представляемый дѣлается владѣльцемъ— § 855—или же онъ независимъ, тогда представитель становится непосредственнымъ, а представляемый—посредственнымъ владѣльцемъ, § 868. Ср. выше § 174, прим. 6.

¹⁴⁾ Физическое владѣніе представитель можетъ имѣть опять таки черезъ посредство другого лица. Нѣтъ сомнѣнія въ томъ, что я владѣлецъ, если я поручаю своему повѣренному купить для меня определенную лошадь, которую тотъ велитъ привести своему конюху, независимо отъ того, знаетъ ли конюхъ, что его хозяинъ приобрѣлъ владѣніе лошадью для меня.

б) *Намѣреніе* представителя приобрѣсти этимъ владѣніе для своего довѣрителя.

Наличность этого намѣренія нужно всегда предполагать, когда представитель безъ оговорокъ принимаетъ *переданную ему для его принципала вещь*, даже если онъ думаетъ, но *не заявляетъ*, что онъ хочетъ приобрѣсти эту вещь для себя или для третьяго лица. *Мысленныя оговорки* подобнаго рода не имѣютъ значенія для права. Принципалъ такимъ образомъ, благодаря передачѣ приобрѣтаетъ владѣніе и въ большинствѣ случаевъ становится вмѣстѣ съ тѣмъ и собственникомъ. Если представитель тѣмъ не менѣе присваиваетъ себѣ вещь, то онъ хотя и приобрѣтаетъ противозаконнымъ присвоеніемъ владѣніе, но права собственности представляемаго это не касается ¹⁵⁾.

в) Необходимо наконецъ, чтобы *довѣритель хотѣлъ* приобрѣсти черезъ представителя. Это направленіе воли можетъ или предшествовать овладѣнію—въ качествѣ порученія, или слѣдовать за нимъ, въ видѣ одобренія.

По правильному воззрѣнію достаточно *общаго* порученія ¹⁶⁾. Послѣднее заключается главнымъ образомъ въ томъ, что представитель назначается къ управленію всѣмъ имуществомъ или какой либо отраслю. Тѣмъ самымъ довѣритель выражаетъ свое согласіе на всякое приобрѣтеніе владѣнія, которое будетъ имѣть мѣсто при управленіи ¹⁶⁾ его дѣлами.

¹⁵⁾ Въ источникахъ замѣчается противорѣчіе. I. 37 § 6 D. de a. r. d. 41, 1. Iulianus libro 44 digestorum отрицаетъ приобрѣтеніе владѣнія довѣрителемъ. Si, cum mihi donare velles, jusserim te servo communi meo et Titii rem tradere isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret, nihil agetur: nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Ulpianus, напротивъ того, libro 7, disputationum I. 13 D. de donat. 39, 5 высказывается, очевидно имѣя передъ собою утвержденіе Юліана: Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit: servus vel sic accepit quasi socio adquisiturus vel sic quasi mihi et socio: quaerebatur quid ageret, et placet, quamvis servus hac mente acceperit, ut socio meo vel mihi et socio adquirat, mihi tamen adquiri: nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihi agit in sua persona, sed mihi adquirit. Противорѣчіе кажется намъ очевиднымъ и вполне понятнымъ въ такомъ вопросѣ. Между тѣмъ высказанныя по этому поводу мнѣнія весьма различны и много имѣется попытокъ согласованія обоихъ фрагментовъ. См. литературу у Windscheid, т. 1, § 155, прим. 7, далѣе Schlossmann въ Grunhut's Zeitschrift, т. 8, стр. 434, прим. 3. Новѣйшія работы по этому вопросу принадлежатъ Schlossmann'у, ук. соч., стр. 429 слѣд. и Zoll, тамъ-же, т. 9, стр. 37, ср. также рѣшенія имперскаго суда по уголовнымъ дѣламъ, т. 26, стр. 389, Lenel, ук. соч., стр. 63 слѣд.

¹⁶⁾ Такъ говоритъ и имперскій судъ, см. рѣшенія, т. 19, стр. 248. Достаточность общаго порученія доказывалъ въ особенности I. Bremer въ Lindes Zeitschrift,

§ 181. Перенесеніе владѣнія посредствомъ волеизъявленія.

1) Едва только приобрѣтеніе владѣнія черезъ свободныхъ представителей получило признаніе, какъ острый умъ Цельза вывелъ отсюда заключеніе, что перенесеніе владѣнія *совершается и посредствомъ обоюднаго соответственнаго волеизъявленія, послѣ чего прежній владѣлецъ уже владѣетъ для противной стороны* ¹⁾ ²⁾.

Заявленіе замѣняетъ собою фактическую передачу вещи приобрѣтателю, и ея обратную передачу прежнему владѣльцу для храненія и берегаетъ такимъ образомъ трудъ, время и деньги. Такъ какъ этотъ актъ осуществляется однимъ рѣшеніемъ—*constitue*re,—то его обыкновенно и зовутъ *constitutum possessorium* ³⁾.

Въ большинствѣ случаевъ какъ намѣреніе, такъ и результатъ, заключаются, кромѣ перенесенія владѣнія, одновременно также и въ пересвоеніи вещи.

Въ основѣ лежитъ большею частью двойная сдѣлка, а именно: во первыхъ, сдѣлка пересвоенія, напр. продажа или дареніе, и во вторыхъ, второстепенная сдѣлка, управомочивающая передающаго вещь на дальнѣйшее обладаніе ею, напр. удержаніе пользовладѣнія,

neue Folge, т. 11, № 7 и, противъ Schirmer'a, тамъ же, т. 14, № 3 и т. 17, № 8. Тоже Arndts, § 140, прим. 2. Windscheid, § 155, прим. 9. Zimmermann, die stellvertretend-neg. gestio, противъ этого Brinz, т. 1, стр. 519 сл. Schlossmann предполагаетъ возможнымъ обойтись безъ рѣшеній источниковъ, указанныхъ въ прим. 7. Онъ приходитъ къ результату, что владѣніе, начатое отъ имени третьяго лица, считается само собою приобрѣтенымъ послѣднимъ и при отсутствіи порученія или одобренія съ его стороны. Дестинатарію должно быть только предоставлено право отказать отъ владѣнія. Это заключеніе противорѣчитъ какъ источникамъ, такъ и практикѣ.

¹⁾ Celsus libro 23 digestorum, l. 18 pr. D. h. t. 41. 2. Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis. sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cujus nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium. Cp. l. 77. D. de rei vind. 6, 1 Ульпіана.

²⁾ P. Verloren, het constitutum possessorium in het Romeinsche recht. Utrecht 1867 (по голландски); Ruhstrat, uber d. constitutum possessorium in Iherings Jahrb., т. 14, № 7; отзывы Exner'a, Behrend'a, Leonhard'a въ Verhandlungen des 15 deutschen Juristentages, — 1880—т. 1 и пренія по этому поводу, т. 2, стр. 84 слѣд. Leonhard въ Gruchots Beiträge, т. 25, стр. 514. Harburger, d. const. possess. 1881; Biermann, das c. possess. Берлинская диссерт. 1885. Hirzel, d. const. poss. Цюрихская диссерт. 1893. Cp. далѣе Ihering, Besitzwille, стр. 210. Strohal, въ Iherings Jahrb., т. 31, стр. 34.

³⁾ О возникновеніи этого названія см. Biermann, traditio ficta, стр. 51. Средневѣковая юриспруденція требовала торжественнаго заявленія: *constituo te possidere nomine alieno*. Древніе писатели считали *constitutum possessorium* видомъ «*ficta traditio*», см. выше, § 178 въ концѣ.

или найма, или договоръ порученія или поклажи ⁴⁾). Невѣрно заявленіе многихъ новѣйшихъ писателей, будто особое упоминаніе о заключеніи сдѣлокъ или даже дѣйствительность обѣихъ сдѣлокъ является условіемъ юридической дѣйствительности переноса владѣнія посредствомъ *constitutum possessorium* ⁵⁾). Достаточно, напротивъ того, обоюдной воли, чтобы другая сторона стала владѣльцемъ. Эта воля должна понятно имѣть какое нибудь субъективное основаніе, которое однако не требуетъ доказательствъ, не нужно также, чтобы оно было юридически дѣйствительнымъ, развѣ если дѣло идетъ о запрещенныхъ, игнорируемыхъ ⁶⁾ ⁷⁾ ⁸⁾ правомъ, цѣляхъ.

⁴⁾ Ср. l. 77. D. de rei vind. 6, 1, гдѣ оставляется за лицомъ передающимъ «аренда» и l. 28, l. 35, § 5. C. de donat. 8, 53, гдѣ удерживается имъ «пользовладѣніе». Такъ какъ воля владѣть отъ имени другого лица вытекаетъ здѣсь изъ заключенной сдѣлки, то въ этихъ случаяхъ говорятъ о «молчаливомъ» *constitutum*.

⁵⁾ Такъ наз. «*causa detentionis*» Exner, Tradition, стр. 143, доказываетъ, что выраженіе воли владѣть отъ имени другого «безодержательная формула, если нѣтъ опредѣленной *causa*, на основаніи которой обладаніе переданной вещью оставалось бы у передающаго». Противъ Exner'a ср. гл. обр. Bähr въ Iherings Jahrb., т. 26, стр. 327, Biermann trad. ficta, стр. 371, см. также Kroschel. const. poss. въ Archiv f. civ. Praxis, т. 72, № 7, Windscheid, т. 1, § 155, прим. 6^b въ послѣднихъ изданіяхъ; Goldschmidt Studien, стр. 14. Рѣш. Имп. Суда, т. 5, стр. 182.—Мнѣніе Экнера казалось заслуживающимъ одобренія, такъ какъ оно преслѣдовало цѣль противодѣйствовать притворнымъ сдѣлкамъ. Въ дѣйствительности же оно этого не достигаетъ. Кто задумалъ симулировать перенесеніе владѣнія, тому нетрудно симулировать еще одну сдѣлку, напр. наемъ, которая послужитъ къ оправданію оставленія у себя вещи, переданной словесно.

⁶⁾ Часто утверждаютъ,—между прочимъ этого взгляда мы придерживались въ первомъ изданіи,—будто въ заявленіи о *передачѣ* или *пересвоеніи* вещи *не заключается* *constitutum possessorium*. При этомъ ссылаются на l. 43. D. de a. vel a. poss. 41, 2. Это утвержденіе однако слишкомъ обобщаетъ. Бываютъ весьма различные случаи. Если наприм. было заявлено, что передается земельный участокъ, то изъ этого въ большинствѣ случаевъ нельзя еще вывести, что въ этомъ заключается заявленіе, что съ этого времени лицо передающее владѣть участкомъ, въ качествѣ представителя, отъ имени противной стороны; таковъ случай въ l. 48, cit. Но тотъ, однако, кто продаетъ государственныя бумаги и пишетъ покупщику, не пересылая ихъ, что онѣ ему переданы, тотъ очевидно владѣть ими съ этого времени для покупателя, посредствомъ *const. poss.* См. Bähr, Urteile des R. G., стр. 54.

⁷⁾ Противъ этого герм. гр. ул., § 930. «Если собственникъ владѣть вещью, то передача оной можетъ быть замѣнена соглашеніемъ, по которому между собственникомъ и приобретателемъ устанавливается такое юридическое отношеніе, въ силу котораго приобретатель вступается въ посредственное владѣніе вещью». Впрочемъ гр. ул. Японіи, въ переводѣ Loenholtm'a, § 183, гласитъ: «Если кто либо заявляетъ, что съ даннаго момента будетъ владѣть въ качествѣ представителя другого лица вещью, которою онъ владѣлъ, то представляемый, благодаря этому, приобретаетъ право владѣнія».

⁸⁾ Если прежній владѣлецъ владѣлъ черезъ посредство представителя, то относительно с. р. возникаютъ два вопроса: а) можетъ ли *владѣлецъ* и въ этомъ случаѣ перенести владѣніе посредствомъ с. р? Это логически вытекаетъ изъ сказаннаго выше въ § 180, прим. 14. Это мнѣніе раздѣляется и Имп. Суд., см. рѣш., т. 11, стр. 53. противъ этого высказывается Bähr, ук. соч., т. 26, стр. 331. б) Можетъ ли *представитель помимо воли и безъ знанія о томъ лица, для котораго онъ владѣетъ*, перенести посредствомъ с. р. владѣніе на третье лицо? Этотъ вопросъ рѣшаетъ утверди-

Въ гражданскомъ оборотѣ безъ *constitutum possessorium* врядъ ли можно обойтись. Нѣсколько примѣровъ это подтвердятъ нагляднымъ образомъ. Покупается лошадь; условіемъ продажи является немедленная уплата покупной цѣны; уплатить ее однако хотятъ только послѣ того, какъ она перейдетъ одновременно во владѣніе и собственность покупателя, а между тѣмъ взять лошадь изъ-за болѣе или менѣе продолжительнаго отсутствія нельзя. Продавецъ лошади обязуется поэтому кормить ее въ этотъ промежутокъ времени, но немедленно передаетъ ее посредствомъ *constitutum possessorium*. Ученый, далѣе, продаетъ свою коллекцію книгъ публичной библиотекѣ подъ условіемъ немедленной уплаты, не отказываясь однако отъ пользованія ими. Онъ пересвояетъ книги послѣ уплаты и сохраняетъ за собою пожизненное пользованіе. Наконецъ, банкъ, завѣдующій дѣлами своихъ кліентовъ и хранящій ихъ цѣнности, покупаетъ для нихъ бумаги, въ качествѣ комисіонера, и увѣдомляетъ кліента съ сообщеніемъ нумеровъ, что бумаги поступили на храненіе банка. Банкъ переноситъ такимъ образомъ на своего кліента владѣніе и собственность и оставляетъ за собою храненіе ⁹⁾.

Часто, однако, дѣйствительное или мнимое *constitutum possessorium* преслѣдуетъ нечестныя цѣли. Оно, говорятъ, въ особенности часто служитъ тому, чтобы отнять у кредитора возможность воздѣйствія на имущество должника, который симулируетъ отчужденіе, а пользованіе обезпечиваетъ себѣ въ качествѣ нанимателя посредствомъ мнимаго *constitutum possessorium*. Свободная оцѣнка доказательствъ, допускаемая современнымъ гражданскимъ процессомъ, даетъ судѣ возможность, по просьбѣ стороны, энергично противодѣйствовать подобнымъ сдѣлкамъ. Эти злоупотребленія, однако, не оправдываютъ и не требуютъ установленія для *constitutum possessorium* искусственныхъ ограниченій, какъ это сдѣлано германскимъ гражданскимъ уложеніемъ ¹⁰⁾.

2. Противоположностью *constitutum possessorium* является *traditio brevi manu*:—прежній владѣлецъ переноситъ на преж-

тельно рѣш. Имп. Суда, т. 19, стр. 239. Я считаю это недопустимымъ, ср. § 179. Это противорѣчитъ источникамъ и сдѣлало бы владѣніе вещами, которыя мы можемъ имѣть черезъ посредство представителя, чрезвычайно прекарнымъ. Противъ этого высказывается и Biermann, *traditio ficta*, стр. 401.

⁹⁾ Ср. § 7 Им. зак. относительно обязанностей купцовъ при храненіи непринадлежащихъ имъ цѣнныхъ бумагъ, отъ 5—VII—1896 (*Depotgesetz*).

¹⁰⁾ Ср. прим. 7.

няго представителя, напр. на арендатора, владѣніе и въ большинствѣ случаевъ и право собственности посредствомъ заявленія. На основаніи этого уполномочія и вслѣдствіе собственнаго рѣшенія, прежній представитель становится юридическимъ владѣльцемъ ¹¹⁾.

§ 182. Прекращеніе владѣнія.

Въ то время какъ обоснованіемъ владѣнія является соответственное направленіе воли и овладѣніе, владѣніе прекращается, если смѣняется воля или дѣйствительное господство ¹⁾. По общему правилу требуется *положительное событіе*—*in contrarium actum* ²⁾. Условія прекращенія владѣнія слѣдующія:

1. *Утрата господства* надъ вещью; она заключается не во временномъ только нарушеніи отношенія ³⁾, а въ длительномъ лишеніи.

Владѣніе поэтому продолжаетъ существовать, если вещь только запрятана или осталась забытою ⁴⁾ въ чужомъ мѣстѣ, напр. въ общественномъ паркѣ; оно прекращается, если вещь потеряна такимъ образомъ, что нельзя рассчитывать найти ее вновь ⁵⁾; владѣніе заблудившимися домашними животными сохраняется; оно утрачивается, если они надолго пропадутъ и возвратятся въ состояніе дикости ⁶⁾. Если кто изъесть изъ нашего обладанія самовластно какой нибудь объектъ, напр. книгу, съ намѣреніемъ возвратить ее послѣ *употребленія*, напр., по прочтеніи, то наше вла-

¹¹⁾ l. 9. § 5 D. de a. r. d. 41, 1, l. 62 pr. D. de evict. 21, 2. l. 9. § 9 D. de reb. cred. 12, 1, l. 9, § 2 D. de Publiciana a. 6, 2. Также и В. Г. В., § 929, послѣдняя фраза.

¹⁾ В. Г. В., § 856, ч. 1 опредѣляетъ: «Владѣніе прекращается, если владѣлецъ откажется отъ господства надъ вещью или инымъ способомъ лишится его».

²⁾ Ср. l. 153 D. de R. J. 50, 17, ниже прим. 10.

³⁾ Такъ же и В. Г. В., § 856, ч. 2.

⁴⁾ l. 3, § 13, l. 44 pr. D. h. t. 41, 2.

⁵⁾ l. 13 pr. D. h. t. Ulpianus libro 72 ad edictum. Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi. ego *dominium* me retinere puto, *possessionem* non puto.—Cum grano salis слѣдуетъ принять изреченіе Помпонія libro 23 ad Quintum Mucium l. 25 pr. D. h. t. 41, 2: Si id quod possidemus, ita perdidimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere.

⁶⁾ Такъ слѣдуетъ понимать l. 3, § 13 D. h. t. 41, 2 pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur. Владѣніе дикими животными прекращается съ ихъ бѣгствомъ l. 5 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Объ этомъ подробнѣе въ главѣ о правѣ собственности, ниже, § 223.

дѣніе сохраняется; оно прекращается относительно движимостей, въ случаѣ ихъ кражи ⁷⁾, относительно земельныхъ участковъ, если кто либо другой достигъ прочнаго владѣнія ⁸⁾.

Владѣніе вещами, не находящимися въ нашемъ обладаніи, въ частности неогороженными участками, можетъ прекратиться, и помимо захвата третьими лицами, вслѣдствіе продолжительнаго *небреженія* (*Vernachlässigung*), такъ что нельзя даже опредѣлить въ точности моментъ прекращенія ⁹⁾ владѣнія.

2. Владѣніе прекращается *волею* владѣльца, направленною на *отказъ* отъ владѣнія. Такое направленіе воли можетъ выразиться въ словахъ или въ дѣяніяхъ ¹⁰⁾. Запоминаніе владѣнія еще не влечетъ за собою прекращенія владѣнія.

⁷⁾ I. 15. D. h. t. 41, 2.

⁸⁾ Ср. выше, § 178, прим. 11.

⁹⁾ I. 40 81, I. 47 D. h. t. 41, 2, I. 37, § 1 D. de usurp. 41, 3. На это основаніе прекращенія владѣнія обратилъ особенное вниманіе Ihering, Grund d. Besitzes-schutzes, стр. 210 сл. Спорно, прекращается ли владѣніе, въ случаѣ небрежности *«animo»* или *«corpore»*. Последнее вѣрно. Мыслимо напр., что владѣлецъ, проживающій въ Америкѣ, куда онъ бѣжалъ изъ родины, вслѣдствіе какого нибудь преступленія, отлично помнитъ покинутый имъ въ Европѣ земельный участокъ, и не измѣнилъ свою волю владѣть имъ. Тѣмъ не менѣе его владѣніе прекращается, если онъ долгое время не въ состояніи заботиться о немъ. Иначе Kniep, ук. соч., стр. 22. Goldschmidt, Studien, стр. 26.

¹⁰⁾ Пресловутое изреченіе Павла libro 65 ad edictum въ I. 153 D. de R. J. 50, 17, какъ и въ I. 8 D. h. t. относится—это утверждаетъ и Kniep *«vacua possessio»*, стр. 135—только къ *добровольному* отчужденію владѣнія, какъ это видно изъ контекста: *Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamus, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus, ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.* Многие, въ особенности Savigny, § 30 говорятъ, будто Павелъ здѣсь утверждаетъ, что владѣніе утрачивается однимъ или другимъ. Но *«utrumque»* никоимъ образомъ не можетъ здѣсь этого означать. Что бы тогда стало съ параллелизмомъ между пріобрѣтеніемъ и утратою, на который Павелъ обращаетъ такое вниманіе. Нѣтъ, Павелъ требуетъ здѣсь и того и другого; одной только воли недостаточно для утраты владѣнія, необходимо также, по мнѣнію Павла, прекращеніе физическаго господства. Тѣмъ не менѣе, согласно другимъ изреченіямъ, для утраты владѣнія достаточно одного отказа отъ вещи I. 44, § 2 D. h. t. Papinianus libro 23 questionum . . . *ejus quidem quod corpore teneremus possessionem amitti vel animo vel etiam corpore* и въ особенности I. 3, § 6 D. eod. Paulus libro 54 ad edictum . . . *igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest.* Какъ объясняется это противорѣчіе? Я присоединяюсь къ мнѣнію Karlow'a, Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 340. Павелъ повторяетъ въ I. 8 h. t. установившуюся издавна правовую норму, согласно которой къ волѣ отчудить владѣніе долженъ присоединяться фактическій отказъ отъ владѣнія. Этого правила можно было придерживаться, такъ какъ естественно и нормально, что тотъ, кто хочетъ перестать владѣть вещью, отказывается отъ фактическаго господства надъ нею какимъ нибудь соответствующимъ дѣйствіемъ, напр. кинетъ ее прочь. Но практическій смыслъ римлянъ не позволилъ имъ вслѣдствіи придавать этому правилу общее значеніе. Поэтому утрата владѣнія признавалась—въ видѣ исключенія—и тогда, когда воля отказа отъ владѣнія обнаруживается инымъ *недопускающимъ сомнѣнія* способомъ. Иначе Kierulff, стр. 390 и первыя три изданія нашей книги.

Желаніе отказаться отъ владѣнія можетъ быть сознано и выражено только волеспособными лицами, за умалишенными и дѣтьми оно поэтому не признается ¹¹⁾. Представители неволеспособныхъ лицъ могутъ по собственной волѣ за представляемыхъ отказаться отъ владѣнія.

Отказаться отъ владѣнія можно *условно*. Условіе такого рода заключается въ *уполномоченіи* продавцомъ покупателя войти во владѣніе купленной вещью. Въ такомъ случаѣ продавецъ хочетъ перестать владѣть лишь со времени вступленія во владѣніе покупателя. Если послѣдній не займетъ вещи, то продавецъ остается владѣльцемъ. Иначе обстоитъ дѣло при передачѣ посредствомъ *врученія* вещи. Здѣсь продавецъ окончательно отказывается отъ владѣнія волею и дѣйствіемъ; поэтому утрата владѣнія наступаетъ и въ томъ случаѣ, если другая сторона его бы не приобрѣла ¹²⁾.

3. Владѣніе, далѣе, прекращается *смертью владѣльца*. Для

¹¹⁾ l. 29 D. h. t. 41, 2. Въ l. 27 D. eod. Proculus libro 5 epistularum даже говоритъ: Si is qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset, non potest, dum fureret, ejus saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere. Это объясняется тѣмъ, что владѣніе земельными участками утрачивается вслѣдствіе завладѣнія третьими лицами лишь при томъ условіи, если владѣлецъ знаетъ о захватѣ постороннимъ и не въ состояніи устранить его. Но такъ какъ попечитель вполне замѣняетъ неволеспособнаго, то по современному болѣе развитому праву слѣдуетъ признать, что владѣніе земельнымъ участкомъ прекращается, если опекунъ, узнавъ о потерѣ владѣнія, не устранить захвата.

¹²⁾ l. 18 § 1 D. h. t. и l. 34 D. eod. считаются противорѣчивыми, однако безъ основанія. О передачѣ посредствомъ *врученія* говоритъ l. 18 § 1 D. h. t. Celsus libro 23 Digestorum. Si furioso, quem suae mentis esse existimas,—eo quod forte in conspectu innumbratae quietis fuit constitutus—rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis: sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas, illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere quia existimat se transferre. Совершенно иначе Ulpianus libro 7 disputationum l. 34 D. eod. Si me in vacuam possessionem fundi Cornelianus miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus . . . sed non puto errantem acquirere: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione. Кто *уполномочиваетъ* покупателя вступить во владѣніе, не хочетъ безусловно и немедленно отказаться отъ владѣнія. Онъ заявляетъ, напротивъ того, что онъ тогда откажется отъ владѣнія, когда покупатель вступить во владѣніе. Сомнѣніе въ случаѣ Ульпіана относилось къ тому, что покупатель въ дѣйствительности вступилъ, хотя и по ошибкѣ, въ участокъ, овладѣть которымъ онъ былъ уполномоченъ. Это Ульпіанъ справедливо признаетъ неизмѣющимъ значенія. Лежащій въ основѣ уполномочія отказъ отъ владѣнія обусловленъ *овладѣніемъ со стороны управомоченнаго, а не его случайнымъ вступленіемъ въ земельный участокъ*. Близко къ этому объясненію, намѣченному уже въ моемъ Preussisches Priv. Recht, т. 1, § 155, прим. 12, мнѣніе Kohler'a въ Archiv f. civ. Pr. т. 69, стр. 186 слѣд. У него и у Randa, Besitz § 22, прим. 9 приведены инныя возрѣнія, ср. также Schmidt, z. L. v. d. Wirkung der Rechtsgeschäfte 1888, стр., 3, Pininski, ук. соч., т. 2, стр. 42, Hirsch, ук. соч., стр. 238, слѣд.

наслѣдника требуется новое вступленіе во владѣніе ¹³⁾ ¹⁴⁾. Давность однако течетъ и послѣ смерти давностнаго владѣльца, пока только третьи лица не вступятъ во владѣніе ¹⁵⁾.

4. *Изъятіемъ* владѣемой вещи *изъ оборота* ¹⁶⁾, равно какъ и ея *шбелю* ¹⁷⁾ прекращается владѣніе. Простое измѣненіе вещи не является основаніемъ прекращенія владѣнія.

§ 183. Утрата владѣнія при представительствѣ.

1. Воля владѣльца, его смерть ¹⁾, гибель вещи прекращаютъ владѣніе, даже если вещи находятся отъ его имени въ обладаніи третьихъ лицъ.

2. Если владѣлецъ вытѣсненъ, то его владѣніе тѣмъ не менѣе сохраняется, пока его представители владѣютъ для него ²⁾.

3. Многіе новѣйшіе авторы учатъ, что утрата обладанія представителемъ необходимо влечетъ за собою потерю владѣнія представляемымъ ³⁾. Этого мнѣнія кажутся придерживались и нѣкоторые древнѣйшіе римскіе юристы; въ послѣдствіи же въ Римѣ восторжествовало болѣе правильное воззрѣніе, согласно которому *потеря обладанія* со стороны представителя только въ томъ случаѣ влекла за собой *утрату владѣнія представляемымъ*, если она *исключала для послѣдняго возможность воздѣйствія на вещь*.

Поэтому владѣніе представляемаго сохраняется въ томъ случаѣ, когда его представитель, напр., арендаторъ, умеръ или сошелъ съ ума, или отказался отъ обладанія, напр., выѣхалъ изъ

¹³⁾ Иначе В. Г. В. § 857 «Владѣніе переходитъ на наслѣдника».

¹⁴⁾ l. 23 pr. D. h. t. 41, 2. Javolenus libro 1 epistularum. Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non petinet, l. 30 § 5 D. eod. Ср. Cosack der Besitz des Erben, Веймаръ 1867 и подробное изложеніе у Tartufari, ук. соч., т. 1, стр. 398.

¹⁵⁾ l. 30 pr. D. ex quibus causis maj. 4, 6. Paulus libro 12 ad edictum «quia possessio defuncti quasi injuncta descendit ad heredem».

¹⁶⁾ l. 30 § 1 D. h. t. 41, 2.

¹⁷⁾ l. 30 § 4 D. h. t. 41, 2.

¹⁾ l. 30 § 5 D. h. t. 41, 2 Paulus libro 15 ad Sabinum. Quod per colonum possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem non poterit possidere: retinere enim animo possessionem possumus: apisci non possumus.

²⁾ l. 1 § 45 D. de vi 43, 16, si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt. Ср. l. 40 pr. D. h. t. 41, 2.

³⁾ Такъ, напр., Windscheid § 157. Онъ говоритъ однако, что это правило допускаетъ «положительныя исключенія». Правильное воззрѣніе защищаетъ между прочимъ Kierulff, стр. 397, ср. ниже прим. 5.

арендованнаго имѣнія ⁴⁾). Въ случаѣ вытѣсненія обладателя нужно различать, обращено ли насиліе противъ его личности, напр., потому что арендаторъ лично былъ ненавидимъ односельчанами, или же вытѣсненіемъ слугъ и иныхъ представителей намѣренно хотѣли лишить арендатора, на продолжительное время, воздѣйствія на вещь. Только въ послѣднемъ случаѣ владѣніе прекращается. Если третье лицо завладѣетъ земельнымъ участкомъ въ отсутствіи нашего представителя, обладающаго онымъ вмѣсто насъ, то онъ становится владѣльцемъ, если *представитель*, узнавъ о завладѣніи, терпитъ послѣднее или если ему не удастся возстановить нарушенное владѣніе; для потери владѣнія не требуется знанія объ этомъ представляемомъ ⁵⁾). Если однако представитель обманомъ или небрежностью своею допустить владѣніе третьяго лица, то сохраняется владѣніе представляемого ⁶⁾).

⁴⁾ Другія воззрѣнія выражаетъ Africanus libro 7 quaestionum l. 40 § 1 D. h. t. 41, 2. Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset! Propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur. Quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit; aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. Сходное мнѣніе высказываетъ Pomponius въ l. 25 § 1, l. 31 D. eod. Однако уже Proculus libro 2 epistularum l. 31 D. de dolo 4, 3 находитъ, что: Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur, и Павелъ libro 54 ad edictum l. 3 § 8 D. h. t. 41, 2 опредѣляетъ: si quis nuntiet domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet, quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem.

⁵⁾ l. 1 § 22 D. de vi 43, 16, l. 44 § 2 D. h. t. 41, 2. Это положеніе легко оправдать. Вторженіе въ земельный участокъ, въ отсутствіи владѣльца, захватчику не доставляетъ еще владѣнія. Положеніе завладѣвшаго не представляется еще упроченнымъ, такъ какъ прежній владѣлецъ, возвратясь, въ большинствѣ случаевъ снова вытѣснитъ вторгнувшагося. Положеніе завладѣвшаго, напротивъ, въ значительной степени упрочивается, если представитель, охранявшій до этого имущество, подчинится завладѣнію или же тщетно пытался вытѣснить вторгнувшагося. Въ такомъ случаѣ владѣніе приобрѣтено посредствомъ завладѣнія. Windscheid находитъ въ этомъ подтвержденіе своего мнѣнія. «что лицо представляемое имѣетъ фактическую власть *только* черезъ представителя». почему оно и должно утратить владѣніе, если тотъ потерялъ власть. Но здѣсь вопросъ уже въ фактахъ, а не въ абстрактной правовой нормѣ.

⁶⁾ l. 12 pr. D. de adq. et ret. poss. 7, 32 Justinianus. Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus, ut sive servus, sive procurator, vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscumque rei eam dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praejudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Общій смыслъ этого рѣшенія Юстиніана оспаривается. Многіе находятъ въ немъ лишь постановленіе о томъ, что владѣніе представляемого сохраняется, если *представитель удаляется*, но отнюдь не о томъ, чтобы оно продолжало существовать, если *третье лицо* вслѣдствіе этого фактически завладѣло вещью. Такъ, въ особенности Vangerow, т. 1, § 209, ибо разрѣшенный Юстиніаномъ спорный вопросъ римскихъ юристовъ относился только къ случаю покинутого вла-

Третье лицо получаетъ поэтому владѣніе лишь въ томъ случаѣ, если прежній владѣлецъ, узнавъ о случившемся, либо терпитъ, либо не можетъ воспрепятствовать овладѣнію. Но достаточно также, если прежній владѣлецъ въ теченіе долгаго времени не заботится о владѣніи ⁷⁾.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Владѣльческіе иски.

I. Общія положенія.

§ 184. Сущность владѣльческихъ исковъ.

1. Римскіе владѣльческіе иски распадаются на три вида, а именно: на *interdicta retinendae, recuperandae* и *apiscendae possessionis* ¹⁾.

а) *i. retinendae possessionis* имѣютъ цѣлью *сохраненіе существующаго владѣнія*. Сюда относятся *i. uti possidetis* для защиты владѣнія *недвижимостями* и *i. utrobi*, для защиты владѣнія *движимыми* вещами. Въ юстиніановомъ законодательствѣ послѣдній искъ былъ поглощенъ первымъ. Со времени среднихъ вѣковъ *int. ret. poss.*, получилъ названіе *possessorium ordinarium*; наряду съ нимъ съ этого же времени возникло и *poss. summarissimum*.

б) *interdicta recuperandae possessionis* имѣютъ цѣлью *возстановленіе утраченнаго владѣнія*. Въ Римѣ сюда относился главнымъ

дѣнія, между тѣмъ какъ никѣмъ никогда не оспаривалось правило, что третьи лица получаютъ владѣніе, если они овладѣютъ вещью съ согласія или по волѣ представителя. Согласно этому мнѣнію, однако, слова Юстиніана *vel aliis prodiderit* были бы ничего незначащимъ плеоназмомъ. Поэтому большинство новыхъ авторовъ и высказывается противъ такого толкованія, напр. Windscheid, т. 1, § 157, Arndts § 143, прим. 1. и совершенно основательно. Но Юстиніанъ несомнѣнно оставляетъ въ пылу законодательнаго усердія реальную почву владѣнія. Онъ признаетъ владѣніе тамъ, гдѣ въ дѣйствительности его больше нѣтъ, и считаетъ недѣйствительнымъ владѣніе тамъ, гдѣ оно въ дѣйствительности существуетъ. Самовольное вытѣсненіе представляемымъ третьяго лица, который овладѣлъ вещью, благодаря предательству представителя, во всякомъ случаѣ недопустимо. Съ этимъ, кажется, соглашается и Bruns. *Besitzklagen*, стр. 109 слѣд., литература указана у Windscheid и Arndts.

⁷⁾ Герм. гр. ул. оставляетъ обсуждаемые выше вопросы открытыми.

¹⁾ Gaj. Inst. IV § 143, § 2. J. de interdictis 4, 15. l. 2 § 3 D. de interdictis 43. 1. О владѣльческихъ искахъ ср. Bruns, *Besitzklagen* 1874, Duncker die *Besitzklagen und der Besitz* 1884, Pflüger, die sog. *Besitzklagen d. r. R.* 1890, Ubbelohde у Glück, *Serie der Bücher* 43. 44. Theil 5. 1896 г.

образомъ *i. unde vi*. Вслѣдствіе дѣйствія каноническаго права его замѣнила *actio spolii* ²⁾).

с) Весьма разнообразны *i. ariscendae possessionis* для доставленія новаго владѣнія. Такіе иски имѣютъ преимущественно наслѣдникъ для полученія тѣлесныхъ вещей, входящихъ въ составъ наслѣдства. Для этой цѣли ему служитъ *interdictum quorum bonorum* и *immissio* на основаніи формально законнаго завѣщанія, а также и *i. quod legatorum* для истребованія отказанныхъ вещей, которыми легатарій завладѣлъ самовластно. Къ категоріи *i. ariscendae possessionis* принадлежитъ и *i. Salvianum*, посредствомъ котораго арендодатель требуетъ владѣнія предметами инвентаря, привезеннаго арендаторомъ въ арендованное имѣніе и заложеннаго арендодателю.

2. Общей чертой владѣльческихъ исковъ—является то, что они преслѣдуютъ нормировку владѣнія какъ таковаго. Дѣло идетъ не о вопросахъ права, а только о владѣніи ³⁾ ⁴⁾).

Споры о владѣніи и о правѣ собственности отдѣлены другъ отъ друга. Каждый преслѣдуетъ свои собственныя цѣли. Искъ о владѣніи не можетъ быть задерживаемъ споромъ о правѣ.

Вслѣдствіе сего противъ владѣльческаго иска возраженіе о томъ, что отвѣтчикъ *собственникъ, недопустимо* ⁵⁾. Если право

²⁾ Savigny, ук. соч. § 42 относитъ *i. de precario* къ *interdicta recuperandae possessionis*. Также Windscheid, т. 1 § 160, прим. 17, Brinz § 184. Противъ этого высказались совершенно справедливо Ihering, *Besitzschutz*, стр. 96 и Bruns, *Besitzklagen*, стр. 180. Римляне сами никогда не относили *i. de precario* къ владѣльческимъ интердиктамъ. Отъ нихъ онъ существенно отличается прежде всего тѣмъ, что онъ допускаетъ возраженіе отвѣтчика о томъ, что онъ собственникъ, l. 4 § 3 D. de precario 43, 26. Это противорѣчитъ существу владѣльческаго иска. Формальное оправданіе такого возраженія о правѣ собственности положеніемъ «*rei suae precarium non esse*» ничего не измѣняетъ. Литературу вопроса см. у Windscheid, т. 1 § 160, прим. 17, ср. и Pflüger, ук. соч., стр. 153. Противъ Savigny высказался, самостоятельно мотивируя свое мнѣніе, въ послѣднее время и Ubbelohde, ук. соч., стр. 297.

³⁾ Savigny § 35 называетъ владѣльческими только такіе иски, которые основываются на *владѣніи* и на его деликтномъ нарушеніи. Поэтому онъ считаетъ только *i. retinendae* и *recuperandae possessionis* настоящими исками о владѣніи. *i. ariscendae possessionis*, основаніемъ которыхъ не является владѣніе, какъ онъ объясняетъ, ничего не имѣютъ общаго съ исками о владѣніи. То обстоятельство, что владѣніе является цѣлью иска, не есть по его мнѣнію что либо свойственное исключительно искамъ о владѣніи, а напротивъ того встрѣчается и при многихъ петиторныхъ искахъ. Эти заявленія получили широкое распространеніе. Ihering ихъ основательно опровергъ, *Grund des Besitzschutzes*, 66. вмѣстѣ со старой доктриной общаго права, онъ характерную особенность владѣльческихъ исковъ усматриваетъ въ томъ, что въ нихъ вопросъ идетъ только о самомъ фактѣ владѣнія, а не о правѣ на владѣніе, такъ что они создаютъ только временное, провизорное, положеніе.

⁴⁾ Герм. гр. ул. § 858 сл. даетъ владѣльскій искъ только въ случаѣ нарушенія или отнятія владѣнія и только при наличности «запрещеннаго самоуправства».

⁵⁾ Герм. гр. ул. § 863 не допускаетъ противъ иска о владѣніи возраженія о правѣ на владѣніе.

собственности истца признано рѣшеніемъ, вступившимъ въ законную силу, то этимъ исчерпанъ и искъ о владѣніи ⁶⁾. Кому отказано, вступившимъ въ законную силу рѣшеніемъ, въ владѣльческомъ искѣ, тотъ этимъ не лишается возможности искать судомъ о признаніи за нимъ права на владѣніе ⁷⁾. Въ этомъ смыслѣ судебное рѣшеніе по владѣльческому иску устанавливаетъ только временное положеніе ⁸⁾.

II. Иски о сохраненіи владѣнія.

§ 185. Сущность интердиктовъ о сохраненіи владѣнія.

1) Савиньи разсматриваетъ *interdicta retinendae possessionis*, равно какъ и интердикты о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, какъ *деликтные иски* ¹⁾.

Въ пользу такого взгляда онъ ссылался на слова претора «*vim fieri veto*», въ интердиктѣ *uti possidetis* и на то, что интердиктный искъ, основывался на насиліи, примѣненномъ вопреки преторскому запрету. Это было для Савиньи простительной ошибкой ²⁾. Въ настоящее время мы знаемъ, что это выраженіе претора имѣло цѣлью дать спору подлежащую формулировку, такъ какъ въ немъ должно было имѣть мѣсто на самомъ земельномъ участкѣ взаимное заявленіе о насиліи, что въ свою очередь также являлось только

⁶⁾ *Petitorium absorbet possessorium* ср. герм. гр. ул. § 864, ч. 2.

⁷⁾ l. 14, § 3 D. de exc. rei jud. 44, 2. Paulus libro 70 ad edictum. Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

⁸⁾ Противъ взгляда на владѣльческіе иски, какъ на провизорные иски, энергично высказывается Savigny, § 36. Дѣйствительно, эти иски даютъ не только предварительное рѣшеніе вопроса, подлежащаго вторичному и тогда уже окончательному разрѣшенію. Они, напротивъ того—кромѣ *summariissimum*—*вопросъ о владѣніи* рѣшаютъ окончательно. Но если мы возьмемъ отношеніе во всей его полнотѣ, то изъ него вытекаетъ, что рѣшеніе, регулирующее *только* владѣніе, обладаетъ относительно конечнаго результата дѣла временнымъ и предварительнымъ характеромъ.

¹⁾ Savigny, *Recht d. Besitzes*, § 37, стр. 396. Противоположное мнѣніе у Keller въ *Zeitschrift f. geschichtliche Rechtswissenschaft*, т. 11, стр. 306; Vangerow т. 1, § 336, прим. 1; Hermann Witte, *i. uti possidetis* 1863, стр. 40; ср. и Schmidt, *Interdiktenverfahren*, стр. 196. Ubbelohde у Glück, *Buch 43, 44, ч. 2, стр. 398*, см. далѣе Ihering, *Grund des Besitzschutzes*, стр. 17. Bruns *Besitzklagen*, 49, Saleilles въ *nouvelle revue hist. de droit français*, т. 16, стр. 245 сл.

²⁾ Самъ Савиньи себѣ самому возражалъ, что *i. retin. possessionis* служили для распределенія ролей между сторонами въ спорѣ о правѣ собственности, l. 1, § 3 D. *uti possid.* 43, 17. Но онъ это объяснялъ *функцией*, объ угрожающемъ насиліи.

формальностью ³⁾. Въ дѣйствительности здѣсь дѣло шло, подобно тому какъ при древней виндикаціи только о томъ, чтобы совершенно опредѣленнымъ образомъ формулировать взаимныя притязанія сторонъ и сдѣлать ихъ очевидными на самомъ земельномъ участкѣ, въ присутствіи свидѣтелей, а можетъ быть и будущаго судьи. Съ символическимъ примѣненіемъ насилія связывались затѣмъ взаимныя обѣщанія (*sponsiones*) объ уплатѣ штрафа, въ случаѣ неправоты. Приговоръ на основаніи этихъ обѣщаній оправдывалъ того, кто имѣлъ неопороченное владѣніе въ заявленномъ размѣрѣ. Ядромъ производства являлось такимъ образомъ *разрѣшеніе вопроса о владѣніи*, все остальное было лишь оболочкою или стояло на второмъ планѣ ⁴⁾ ⁵⁾. Поэтому, рассматриваемый владѣльческій искъ не имѣлъ ничего общаго съ деликтнымъ искомъ.

2. Наряду съ *interdictum uti possidetis*, касавшагося *недвижимостей*, для *движимыхъ* вещей существовалъ *interdictum utrubi*. Но эти иски были различныя. I. *uti possidetis* охраняло владѣніе, существовавшее въ моментъ воспослѣдованія *интердикта* ⁶⁾. I. *utrubi* защищало того изъ спорящихъ, который *въ теченіе послѣдняго года провладѣлъ дольше другого* ⁷⁾. Владѣніе, добытое одной стороной отъ другой насиліемъ, тайно, или до востребованія (*vi, clam aut precario*), при обоихъ этихъ интердиктахъ не защищалось.

³⁾ Что при взаимномъ заявленіи о насиліи дѣло шло только о процессуальномъ дѣйствіи, о символическомъ и отнюдь не о естественномъ и грубомъ насиліи, съ совершенной опредѣленностью явствуетъ изъ Gaj Inst. IV, § 170, согласно которому преторъ давалъ *secutoria interdicta* противъ того, кто «*cetera ex interdicto non faciat*» «*veluti qui vim non faciat*». Процессуальныя цѣли заявленія о насиліи разъяснилъ Exner, *imaginäre Gewalt im altrömischen Besitzstörungsverfahren* въ *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, rom. Abt., т. 8, стр. 167. При этомъ впрочемъ замѣчается заимствование явленія обычнаго при виндикаціи во время *legis actiones* и относящагося къ зачаткамъ образованія права ср. Dernburg, *Entwicklung und Begriff d. juristischen Besitzes*, стр. 47 слѣд.

⁴⁾ Gaj. Inst. IV § 166^a *judex apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur nec vi nec clam nec precario possederit, cum judex id exploraverit et forte secundum me judicatum sit, adversarium mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat.*

⁵⁾ Во время процесса одна сторона, смотря по результату *fructus licitatio*, получала владѣніе временно, до рѣшенія спора. Если споръ о владѣніи разрѣшался въ пользу противника, то послѣднему давалось, наряду съ исками изъ обѣщанія, *Casellianum* или *secutorium judicium* для восстановленія владѣнія.

⁶⁾ Формула *i. uti possidetis* гласила согласно l. 1 pr. D. *uti possidetis* 43, 17: *Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto.* Ср. выше, § 171, прим. 4.

⁷⁾ I. *utrubi* конструируетъ Lenel, *edictum perpetuum*, стр. 392 въ слѣдующемъ видѣ: *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit quo minus is eum ducat, vim fieri veto.* Ср. l. un. pr. D. *utrubi* 43, 31. Gaj Inst. IV §§ 150, 160.

Оба эти интердикта назывались римлянами императорскаго періода *i. retinendae possessionis*. Этимъ имѣлось въ виду обозначеніе ихъ *существенныхъ свойствъ*. Они однако вовсе не служили исключительно для сохраненія владѣнія. Они очень часто исполняли и *рекуператорную* функцію. Что касается *i. utrubi*, то это очевидно. Тутъ побѣждалъ и тотъ, кто не былъ владѣльцемъ въ моментъ истребованія интердикта, если онъ въ теченіе послѣдняго года провладѣлъ дольше противника. Подробное разсмотрѣніе приводитъ къ заключенію, что *i. uti possidetis* могло не возстановлять отнятаго владѣнія.

4. Со временъ Діоклеціана болѣе не издавались интердикты въ старой формѣ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Искъ о владѣніи вчинался непосредственно на основаніи общаго эдикта ⁸⁾).

5. Въ христіанскій императорскій періодъ наконецъ *i. utrubi* былъ сравненъ съ *i. uti possidetis* ⁹⁾).

§ 186. Ординарный владѣльческій искъ ¹⁾.

Въ средніе вѣка *i. uti possidetis* получилъ названіе *possessorium ordinarium*, т. е. обыкновеннаго владѣльческаго иска.

Цѣлью его является признаніе владѣнія судомъ и осуществленіе послѣдствій этого признанія. Онъ преслѣдуетъ такимъ образомъ прежде всего разрѣшеніе вопроса о владѣніи. Но это не чисто преюдиціальнй искъ. Искъ этотъ кромѣ того имѣетъ въ виду и запрещеніе нарушенія на будущее время, какъ и возмѣщеніе убытковъ, понесенныхъ отъ нарушенія владѣнія ²⁾).

⁸⁾ § 8 J. de interdictis 4, 15.

⁹⁾ l. 1, § 1. D. utrubi 43, 31.

¹⁾ Tit. Dig. uti possidetis 43, 17. Ср. Bruns der ältere Besitz und das possessorium ordinarium въ Bekker's Jahrbuch, т. 4, № 1 и Bruns, Besitzklagen, стр. 1 сл. Bähr ук. соч., стр. 242 владѣльческій искъ въ герм. гр. ул. замѣняетъ poss. ord. дѣйствовавшего до того общаго права.

²⁾ Существуют три главныхъ ученія относительно свойствъ poss. а) Мнѣніе Савиньи о деликтномъ характерѣ этого иска уже опровергнуто. б) По мнѣнію другихъ это только преюдиціальнй искъ по вопросу о владѣніи, ср. l. § 3 D. uti possidetis 43, 17. Ihering, Besitzschutz, стр. 93. в) Bruns, Besitzklagen, стр. 50. видитъ цѣль иска въ запрещеніи нарушенія, согласно l. un. C. uti possidetis 8, 6. Однако изъ этого мѣста источниковъ нельзя вывести, что это было единственной цѣлью иска. Ср. Windscheid, т. 1, § 159. прим. 8b.

1. Основаніемъ иска въ его простѣйшемъ видѣ является *юридическое владѣніе истца ко времени предъявленія иска* ³⁾ ⁴⁾.

Для пассивной легитимациі необходимо, чтобы отвѣтчикъ ⁵⁾ словомъ или дѣйствіемъ подвергалъ опасности владѣніе истца, напр. безпокоилъ его словесными заявленіями о томъ, что онъ самъ владѣлецъ, или угрозами, что онъ вытѣснитъ его или нарушитъ его владѣніе; или же онъ направляетъ свои дѣйствія противъ противника, мѣшая прямымъ воздѣйствіемъ на вещь, или воздвигая препятствія для осуществленія владѣнія ⁶⁾. Нарушеніе можетъ заключаться въ дѣйствіяхъ, которыя заставляютъ опасаться повторенія ихъ, равно какъ и въ обладаніи сооружеиіями на чужой землѣ ⁷⁾. Не требуется, чтобы угроза или нарушеніе обосновывались притязаніемъ на собственное владѣніе ⁸⁾, или чтобы у нарушителя было сознаніе и намѣреніе посягать на чужое владѣніе ⁹⁾.

2. Ординарный владѣльческій искъ *двустороненъ* — duplex ¹⁰⁾, такъ что истецъ и отвѣтчикъ занимаютъ одинаковое положеніе.

Простой отказъ истцу, не доказавшему своего владѣнія, оставилъ бы открытымъ вопросъ о томъ, владѣлецъ ли отвѣтчикъ и можно было бы опасаться, что окончательно разрѣшенный судебнымъ приговоромъ споръ о владѣніи продолжится и внѣ суда. Судья поэтому долженъ признать владѣніе отвѣтчика и защитить его въ томъ случаѣ, если истецъ не докажетъ своего владѣнія.

3. Въ спорѣ о правахъ доказательствами служатъ титулы, благодаря которымъ права возникли. Владѣніе же напротивъ вытекаетъ изъ фактовъ настоящаго, которые доказываютъ существова-

³⁾ § 4a J. de interdictis 4, 15 . . . ut ille vincat et in re soli et in re mobili. qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario *litis contestationis* tempore detinet.

⁴⁾ Иски о владѣніи по герм. гр. ул. могутъ быть вчинаемы всякимъ «владѣльцемъ», если противъ владѣльца направлено запрещенное самоуправство, даже «посредственнымъ» владѣльцемъ. Простой *держатель*, § 855, имѣетъ право самозащиты, но не управомоченъ предъявить владѣльческій искъ—§ 860.

⁵⁾ Слишкомъ узкое и недостаточное основаніе дать пассивной легитимациі Савиньи, стр. 400, исходившій изъ конструкціи деликтнаго иска и требовавшій, по крайней мѣрѣ принципиально, наличности «василія» со стороны отвѣтчика. Правда въ примѣненіи это требованіе какъ бы разбавлялось.

⁶⁾ I. 3, § 2. D. h. t. 43, 17.

⁷⁾ I. 3, § 7. D. h. t. 43, 17.

⁸⁾ I. 3, § 3, D. h. t. 43, 17. Наниматель не заявляетъ притязанія на владѣніе, тѣмъ не менѣе интердиктъ дается и противъ него.

⁹⁾ См. въ особенности Bruns, Besitzklagen, стр. 59 сл. Относительно литературы ср. и Windscheid § 159. примѣч. 5.

¹⁰⁾ § 7. J. de interdictis 4, 15, I. 3, § 1. D. h. t. 43, 17. Иначе герм. гр. ул.

нѣ владѣнія въ данный моментъ, напр. изъ жительства въ домѣ, воздѣлыванія поля.

Нерѣдко, однако, существованіе владѣнія можетъ быть доказано лишь фактами, относящимися къ прошедшему. Владѣніе отдаленнымъ лѣсомъ, напр., можетъ быть нельзя иначе доказать, какъ только тѣмъ, что предшествовавшей осенью или даже раньше въ немъ производили рубку. Защищавшееся часто въ прежнее время правило «*olim possessor, hodie possessor*», какъ общее правило, не вѣрно, но при извѣстныхъ обстоятельствахъ примѣнимо. Бываетъ, что обѣ спорящія стороны втеченіе болѣе продолжительнаго времени независимо другъ отъ друга производили владѣльческія дѣйствія, напр. рубкой лѣса, пастьбой скота, рыбною ловлею. Здѣсь возникаетъ вопросъ, кто долженъ быть разсматриваемъ, какъ владѣлецъ, и кто,—какъ нарушитель владѣнія. Практика для установленія владѣнія обращается къ болѣе раннимъ случаямъ осуществленія его и пожалуй принимаетъ также во вниманіе для сужденія о дѣйствіи и титулъ пріобрѣтенія владѣнія ¹¹⁾).

Въ прошедшія вѣка практики римскаго права, дѣйствовавшаго въ Германіи подъ названіемъ общаго права, поэтому превратили *possessorium ordinarium* прямо таки въ искъ, основывающійся на болѣе раннемъ владѣніи ¹²⁾. Они придали ему такимъ образомъ петиторный характеръ. Прежде, болѣе раннее владѣніе перевѣшивало настоящее позднѣйшее владѣніе. Доктрина со временъ Савиньи ¹³⁾ не стала признавать создавшуюся еще въ этомъ смыслѣ практику; попытки вновь утвердить ¹⁴⁾ ее на началахъ германскаго права не имѣли серьезнаго успѣха ¹⁵⁾. Болѣе раннее владѣніе ведетъ поэтому по «общему праву» лишь въ томъ случаѣ къ побѣдѣ въ спорѣ, если можно предположить, что оно продолжаетъ еще существовать ¹⁶⁾).

4. Кто получилъ владѣніе отъ своего *противника* съ порокъ, т. е. посредствомъ насилія—*vi*, или тайно—*clam*, или до

¹¹⁾ Знаменитая декреталія: *Licet causam cap. 9 X. de probat. 2. 19* являлась при этомъ заручкою. Ср. впрочемъ *Bähr, ук. соч., стр. 243.*

¹²⁾ Ср. напр., *Leyser med. spec. 499 med. 6 и 7.*

¹³⁾ Савиньи, стр. 528.

¹⁴⁾ *Delbrück, die dingliche Klage d. deutschen Rechtes 1857*, далѣе *Delbrück* въ *Iherings Jahrbuch*, т. 10 № 2, *Ziebarth, Realexecution u. Obligation 1865*, стр. 257.

¹⁵⁾ Противъ *Delbrück*'а выступилъ въ особенности *Bruns* въ *Bekkers Jahrbuch*, т. 4, № 1; ср. далѣе *Bruns, Besitzklagen*, стр. 212. *Windscheid t. 1 § 162 a*, прим. 8. Иначе, болѣе съ точки зрѣнія практики *Pflüger, ук. соч., стр. 379.*

¹⁶⁾ Иначе герм. гр. ул. § 1007.

востребованія—*ресаріо*,—слабѣе ¹⁷⁾ противника. Это имѣетъ слѣдующее значеніе.

а) Истецъ проигрываетъ, если онъ хотя и владѣетъ, но добылъ владѣніе отъ противника порочнымъ образомъ. Дѣло не можетъ ограничиться однимъ лишь отказомъ въ искѣ; въ силу двусторонности производства истецъ долженъ быть приговоренъ къ возвращенію владѣнія отвѣтчику ¹⁸⁾.

б) Слѣдствіемъ этого является то, что посредствомъ *possessio* выигрываетъ процессъ въ качествѣ *истца* и тотъ, у кого во время предъявленія иска *противникъ отнялъ* порочнымъ образомъ владѣніе, такъ какъ судья долженъ присудить владѣніе одной изъ спорящихъ сторонъ. Присужденіе же владѣнія съ истца въ пользу отвѣтчика, т. е. съ ограбленнаго въ пользу грабителя, было бы явно невозможно. Здѣсь совершенно опредѣленно выдѣляется рекуператорная функція иска ¹⁹⁾ ²⁰⁾.

5. Владѣльческій искъ имѣетъ цѣлью:

а) Признаніе судомъ владѣнія за одною изъ спорящихъ сторонъ, равно какъ и присужденіе къ выдачѣ владѣнія въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ имѣетъ рекуператорную функцію;

¹⁷⁾ Сходно герм. гр. ул., но только въ томъ случаѣ, если порочное приобрѣтеніе владѣнія относится къ послѣднему году передъ нарушеніемъ.

¹⁸⁾ I. 3 р. D. h. t. 43, 17 . . . si a me possides superior sum interdicto. Savigny, стр. 405. Schmidt. Interdiktenverfahren, стр. 112, 183 предполагаютъ, опираясь на старое интердиктное производство, что отвѣтчикъ, на основаніи *exceptio vitiosae possessionis*, можетъ добиться лишь отказа истцу, но не присужденія его къ выдачѣ вещи. Большинство совершенно основательно придерживается мнѣнія Савиньи. Ср. въ особенности Arndts § 172, прим. 2, § 7 I. h. t. 1. 2 § 1 D. com. div. 10, 3.

¹⁹⁾ Савиньи не вывелъ этого слѣдствія. Оно въ дѣйствительности на первый взглядъ кажется немного страннымъ, но совершенно логично и, какъ я теперь сознаю, неотразимо. Оно проводится между прочимъ у Vangerow, т. 1, § 336, цифра 4. Witte, ук. соч., стр. 60. Иного мнѣнія Windscheid, т. 1 § 159, прим. 10, тамъ см. литературу вопроса.

²⁰⁾ Нѣкоторые римскіе юристы пытались сохранить за интердиктомъ характеръ *retinendae possessionis* тѣмъ, что они разсматривали *лицо, виціозно вытѣсненное изъ владѣнія, какъ бы все еще владѣющимъ*. Они пришли такимъ образомъ къ предположенію *possessio duorum in solidum*, т. е. одно лицо *считалось* владѣльцемъ, другое, хотя и виціозно, *было* имъ. Такъ, Ульпіанъ въ I. 3, р. D. h. t. 43, 17. По поводу этого мѣста ср. Pernice, Labeo, т. 2 ч. 2, стр. 415, пр. 5. Павелъ совершенно справедливо отвергаетъ эту конструкцію I. 3, § 5 D. de a. vel. a. poss. 41, 2 ср. I. 5 § 15. D. Commodati 13, 6. Можно было признать, что интердиктъ иногда возстановляетъ отнятое владѣніе. Но совершенно искусственно было признавать за вытѣсненнымъ виціозно лицомъ длящееся существованіе владѣнія, котораго въ дѣйствительности не было, только для того, чтобы теоретически удержать за интердиктомъ характеръ *retinendae possessionis*, и нелогично основывать на этомъ признаніи *possessio duorum in solidum*, при которомъ одна сторона владѣла фиктивно, а другая—фактически.



b) Присужденіе къ устраненію нарушающихъ владѣніе измѣненій ²¹⁾, судебное запрещеніе дальнѣйшаго нарушенія ²²⁾, угроза наказаніемъ въ случаѣ повторенія такового, иногда, по обстоятельствамъ дѣла, обезпеченіе спокойнаго владѣнія ²³⁾.

c) Возмѣщеніе убытковъ за нарушеніе владѣнія, происшедшее до и втеченіи процесса, при томъ условіи, что нарушителю нарушеніе ²⁴⁾ можетъ быть вмѣнено въ вину. Требованіе о возмѣщеніи убытковъ погашается годовою давностью ²⁵⁾.

Безъ просьбы отвѣтчика судья не можетъ приговаривать къ запрещенію нарушеній и возмѣщенію убытковъ въ его пользу.

§ 187. Summariissimum.

1. Summariissimum—продуктъ практики. Вопросъ о владѣніи получаетъ здѣсь лишь предварительное разрѣшеніе, а именно въ томъ смыслѣ, что рѣшающее значеніе получаетъ послѣднее безпорочное (невиціозное) осуществленіе владѣнія ¹⁾.

2. Первоначально необходимымъ предположеніемъ summariissimum была опасность въ дѣйствіяхъ; впоследствии было достаточно предъявленія ординарнаго владѣльческаго иска, такъ какъ во время производства этого дѣла часто ощущалась потребность въ установленіи временнаго положенія ²⁾. Наконецъ, рассматриваемый искъ былъ предоставленъ всякому претендующему на владѣніе ³⁾.

²¹⁾ l. 3, § 9. D. h. t. 43, 17.

²²⁾ l. un. C. uti possidetis 8, 6.

²³⁾ Уст. гр. судопр. Г. Имперіи § 890.

²⁴⁾ Такъ же и Импр. Судъ, см. рѣш. т. 31 стр. 183, ср. цитир. тамъ же. Не требуется доказательства вины за время *по предъявленіи иска*. Рѣш. Имп. Суд. ук. соч., тамъ же, т. 6, стр. 221.

²⁵⁾ Въ l. 1 pr. D. h. t. 43, 17 помѣщено въ видѣ части интердикта *neque pluris quam quanti res erit intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam*. Связь этой фразы съ интердиктомъ кажется темной; значеніе ея въ юстиніановомъ правѣ оспаривается и сомнительно. Lenel, *edictum perpetuum*, стр. 379, справедливо предполагаетъ, что въ эдиктѣ въ свое время вмѣсто *agere permittam* стояло, «*sponsionem facere permittam*, т. е. немислимо, чтобы преторъ указывалъ на иски *neque pluris quam quanti res erit*. Въ юстиніановомъ правѣ давность нужно примѣнить къ притязанію на возмѣщеніе убытковъ за нарушеніе владѣнія. Иначе Windscheid т. 1, § 159 пр. 7. Согласно герм. гр. ул. § 864 по истеченіи года притязаніе вообще погашается.

¹⁾ Bruns, *Recht des Besizes*, стр. 256. Сюда относили главнымъ образомъ слова l. 13 § 3. D. de usufr. 7, 1; „*cur enim ad arma et rixam procedere patiatu praetor quos potest jurisdictione sua componere*“.

²⁾ Bruns, ук. соч., стр. 264.

³⁾ Bruns, ук. соч. стр. 401. Объ опредѣленіяхъ К. Г. О. 1548 г. II. 21 § 3. Ср. Bruns, ук. соч., стр. 375 сл.



3. Summariissimum сперва отличалось лишь одними процессуальными особенностями. Оно имѣло цѣлью возможно быстрое предварительное упорядоченіе. Мало по малу стали образовываться и матеріальныя особенности. Въ основу положили *последнее спокойное владѣльческое дѣйствіе*. Предварительное (провизорное) владѣніе могло быть присуждено, смотря по даннымъ, либо отвѣтчику, либо истцу ⁴⁾. Искъ былъ такимъ образомъ duplex. Если ни одной изъ спорящихъ сторонъ не удавалось доказать спокойное владѣніе, то происходила секвестрація спорной вещи ⁵⁾.

4. Гражданское уложеніе Германской имперіи устранило summariissimum. Замѣною являются предварительныя распоряженія, дѣлаемые въ случаѣ надобности судомъ по собственному усмотрѣнію, на основаніи § 935 уст. гр. судопр. ⁶⁾.

III. Рекуператорныя владѣльческіе иски (иски о возстановленіи отнятаго владѣнія).

§ 188. Римскіе рекуператорныя владѣльческіе иски ¹⁾.

1. Насильственное вытѣсненіе изъ владѣнія *земельнымъ участкомъ* обосновывало interdictum de vi о возстановленіи владѣнія ²⁾ ³⁾.

а) Истцомъ можетъ быть всякій, кто утратилъ вслѣдствіе на-

⁴⁾ Это стало тѣмъ важнѣе, чѣмъ болѣе привыкали при ординарномъ владѣльческомъ искѣ восходить къ старѣйшему безпорочному владѣнію; ср. Bruns, ук. соч. 401.

⁵⁾ Обладатель тоже охранялся, ср. Bruns, ук. соч. 403. И теперь нельзя отказать въ этомъ искѣ лицу, обладающему въ собственномъ интересѣ, разъ ему представляется actio spoli, ср. ниже § 189, прим. 6.

⁶⁾ Ср. рѣш. Имперскаго Суда, т. 4, стр. 399.

¹⁾ Tit. Dig. de vi 43, 16. Keller semestria ad Ciceronem, II, cap. 1 §§ 2 и 3 Keller. Institutionen, стр. 42. Ubbelohde, ук. соч., ч. 5, стр. 1.

²⁾ Сверхъ interdictum de vi, во времена гражданскихъ войнъ, былъ созданъ способъ усиленной охраны владѣнія. int. de vi armata. Въ Адриановскомъ эдиктѣ эти интердикты имѣли, по мнѣнію Lenel, edictum perpetuum, слѣдующія формулы: а) unde in hoc anno tu illum vi dejecisti aut familia tua dejecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit, restituas. б) unde tu illum vi hominibus coactis armatisve dejecisti aut familia tua dejecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas. Доказательства см. у Lenel, ук. соч. При i. de vi armata отпадала exceptio vitiosae possessionis, дагѣ годовой срокъ, наконецъ тутъ не требовалось въ лицѣ истца юридическаго владѣнія. Въ юстиниановомъ правѣ оба интердикта слились. Exceptio vitiosae possessionis и теперь исключается при interdictum de vi quotidiana, ср. l. 1 pr. D. h. t. 43, 16, но см. также и l. 17. D. eod.

³⁾ Interdictum de vi былъ вѣроятно моложе i. uti possidetis. Полѣдній запрещалъ насиліе, первый возстановлялъ отнятое владѣніе, что до известной степени можетъ служить намекомъ.

силія юридическое владѣніе ⁴⁾ своимъ земельнымъ участкомъ. Насиліе должно быть направлено противъ личности ⁵⁾. Оно можетъ заключаться либо въ изгнаніи—*dejectio*—владѣльца или въ воспрепятствованіи—*prohibitio*—доступа ⁶⁾. Насиліе, вынуждающее владѣльца къ передачѣ, сюда не относится ⁷⁾. Простое нарушеніе владѣнія насильственными дѣйствіями не даетъ основанія для интердикта ⁸⁾.

b) Отвѣтчикомъ является тотъ, кто вытѣсняетъ истца, все равно за нимъ ли владѣніе или нѣтъ ⁹⁾. Третьи лица, получающія владѣніе вещью, насильственно отнятою, не подчинены интердикту.

c) Отвѣтчикъ обязывается къ возстановленію, реституціи. Оно заключается въ возвращеніи земельного участка, его плодовъ и приращеній—*causa*, равно какъ и вещей, находившихся на немъ во время отнятія его, наконецъ въ возмѣщеніи убытковъ ¹⁰⁾.

d) Если насильственное вытѣсненіе было произведено членами семьи, прислугой или иными третьими лицами для другого безъ его согласія или порученія, то представляемое лицо отвѣтствуетъ за то, что ему досталось. Въ случаѣ порученія или согласія, съ нимъ поступаютъ, какъ будто онъ самъ совершилъ насильственное дѣяніе ¹¹⁾.

e) По истеченіи года можно искать съ отвѣтчика ¹²⁾ лишь обогащенія. По римскому праву и наслѣдникъ нарушителя отвѣчаетъ лишь въ размѣрѣ обогащенія ¹³⁾.

2. Во времена христіанскихъ императоровъ обнаружилась тенденція способствовать возстановленію потеряннаго владѣнія ¹⁴⁾.

⁴⁾ l. 1 §§ 9 и 23 D. h. t. 43. 16.

⁵⁾ Требуется *vis atrox* l. 1 §§ 3, 29. D. h. t. 43. 16. Недостаточно слѣдовательно одного совершенія дѣйствій, вопреки запрещенію l. 73, § 2. D. de R. J. 50, 17, тѣмъ болѣе недостаточно одного фиктивного насилія.

⁶⁾ Интердиктъ говорилъ о *deicere*. Съ послѣднимъ уравнивалось *prohibere* l. 3. § 8. D. h. t. 43. 16, l. 12 и l. 18 D. eod., ср. далѣе l. 1 § 47 D. eod. Ubbelohde, ук. соч., стр. 50 сл.

⁷⁾ l. 5 D. h. t. Ulpianus libro 11 ad edictum . . . non est dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere.

⁸⁾ Хотя l. 11. D. h. t. какъ будто говоритъ противоположное. Но фрагментъ этотъ попалъ не на подходящее мѣсто.

⁹⁾ l. 1 § 42 D. h. t.

¹⁰⁾ l. 1 §§ 21, 40, 41 D. h. t.

¹¹⁾ l. 1 §§ 11 ff. D. h. t.

¹²⁾ l. 1 pr. § 39 D. h. t.

¹³⁾ l. 1 § 48 D. h. t.

¹⁴⁾ Въ источникахъ христіанской императорской эпохи часто упоминается *actio momentariae possessionis* или *actio momenti*. По примѣру Куяція, obs. I. 20,

Въ особенности самовольное завладѣніе земельными участками въ отсутствіи владѣльца приравнивалось насильственному вытѣсненію¹⁵⁾. Многіе утверждаютъ, что *interdictum de vi* былъ распространенъ и на движимыя вещи, но этого не удалось доказать^{16) 17)}.

3. Владѣніе, полученное отъ насъ другимъ лицомъ безъ юридическаго основанія, можетъ быть *кондицировано* (истребовано обратно посредствомъ личнаго иска), но эту кондикцію нельзя причислить къ владѣльческимъ искамъ. Отвѣтчикъ по кондикціи можетъ противопоставить ей право собственности¹⁸⁾.

§ 189. Exceptio spoliі и actio spoliі.

Средства возстановленія отнятаго владѣнія были значительно усилены¹⁾ каноническимъ правомъ и судебною практикою при примѣненіи общаго права.

Поводъ къ этому подали подложныя лже-Исидоровы декреты, согласно которымъ епископъ, лишившійся имущества, сопряженнаго съ саномъ (*spoliatus*), не былъ вовсе обязанъ отвѣчать

XIX 16—Иерингъ утверждаетъ Grund d. Besitzeschutzes 104, что этотъ искъ расширилъ основанія рекуператорной владѣльческой охраны. Ср. противъ этого, подробную дедукцію Bruns'a, Besitzklagen 84, сл. Ubbelohde стр. 662 слѣд.

¹⁵⁾ l. 11 C. unde vi, § 4. Pflüger, Besitzklagen, стр. 358.

¹⁶⁾ l. 7. C. unde vi 8, 4 содержитъ извѣстное запрещеніе самозащиты и предписываетъ реституцію насильственно отнятыхъ предметовъ. Спорно, служилъ ли при этомъ *i. unde vi* для обратнаго требованія. За это высказывается Савиньи, § 40; противъ, въ числѣ другихъ, Bruns, Recht. d. Besitzes § 7. Пандекты отвергаютъ *i. unde vi* для защиты владѣнія движимостями. Они указываютъ другіе иски l. 1 §§ 6 и 7 D. h. t. 43, 16. Съ этимъ приходится примириться, не смотря на то, что конституція о насильственной самозащитѣ включена въ титулъ *unde vi* кодекса.

¹⁷⁾ Спорно, былъ ли кромѣ *interdictum de vi* еще *i. de clandestina possessione*. Противъ этого высказываются Савиньи, стр. 456, Lenel, edictum perpetuum стр. 377, прим. 7, въ послѣднее время Ubbelohde, ук. соч. стр. 70. Но Карлова, Rechtsgeschichte т. 2, стр. 322 доказала его существованіе, опираясь не только на l. 7 § 5 D. com. div 10, 3, но и на удачную интерпретацію l. 6 § 1 D. de a. vel. a. p. 41, 2—выше § 178, прим. 11. Тѣмъ не менѣе такой интердиктъ, по крайней мѣрѣ для недвижимостей былъ лишнимъ, рядомъ съ *i. uti possidetis*, вслѣдствіе развитія ученія о владѣніи.

¹⁸⁾ Ср. объ этой кондикціи въ особенности Bruns, Recht. des Besitzes 27, и Besitzklagen 185, Bolze въ Archiv f. civ. Praxis, т. 79, стр. 206, Trampedach въ Savigny Zeitschrift, т. 17, стр. 97, Ubbelohde стр. 651, также Windscheid § 161.

¹⁾ Обстоятельное изложеніе историческаго развитія даетъ Bruns, Recht d. Besitzes, стр. 127 сл., далѣе Ruffini l'actio spoliі 1889, ср. также Maassen, zur Dogmengeschichte der Spolienklage въ Bekkers Jahrb. т. 3 № 8, Догматическое изложеніе у Bruns, Besitzklagen 212 слѣд. Но сравни также и Delbrück, die dingliche Klage и его же, Nachträge въ Iherings Jahrb. т. 10, № 2, и Ziebarth, Reallxecution, 276, 290. Въ послѣднее время см. также и Bähr, Rechtsfälle des Reichsgerichts стр. 37. Искъ о владѣніи въ герм. гр. ул. § 861 соответствуетъ *actio spoliі*.

на обвиненіе, пока отнятое не будетъ ему возвращено церковною властью. Эти подложные законы, главнымъ образомъ сапоп redintegranda ²⁾, перешли въ декретъ Граціана и возымѣли такимъ образомъ общее дѣйствіе.

Изъ нихъ вытекало прежде всего для потерпѣвшаго *возраженіе* противъ всякаго рода исковъ, пока Spolium не будетъ устраненъ, чѣмъ косвеннымъ образомъ вынуждалось возвращеніе отнятаго. Но изъ этихъ же текстовъ скоро вывели *искъ* *condictio ex сапопе*, чтобы прямо принудить къ возвращенію ³⁾ отнятаго. Въ Германіи въ XVII столѣтіи этотъ искъ получилъ названіе *actio spolii*. По временамъ онъ имѣлъ несоотвѣтственное распространеніе; въ срединѣ XVIII вѣка ему были поставлены болѣе тѣсныя границы ⁴⁾; со времени Савиньи его хотѣли низвести почти на степень *interdictum de vi* ⁵⁾. Въ послѣднее время вернулись къ средней точкѣ зрѣнія.

1. Особенности *actio spolii* слѣдующія:

а) Искъ этотъ охраняетъ не только юридическое владѣніе. Достаточно и *обладанія въ собственномъ интересѣ* ⁶⁾, въ частности

²⁾с. 3 С. 3 qu 1. Ioannes urbis Romae episcopus scribit Zachariae archiepiscopo epist. I: Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum et in eo loco, unde abscesserant funditus revocanda, quacunque conditione temporis aut captivitate aut dolo aut violentia majorum aut per quascunque injustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum.

³⁾ Это сдѣлали прежде всего канонисты, ср. объ этомъ Maassen, ук. соч. Иннокентій III призналъ согласно ихъ ученію этотъ искъ—въ conc. Lat. IV, 1215—и точнѣе опредѣлилъ его cap. 18 X de rest. spol. 2, 13. Saepè contingit, ut quod spoliatos injuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur, per restitutionis beneficium spoliato commodo possessionis amisso propter difficultatem probationum juris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante juris civilis rigore sancimus, ut si quis de cetero scienter rem talem receperit quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit, praesertim quoad periculum animae injuste detinere ac invadere alienum contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurretur. Ср. Bruns, Recht des Besitzes, стр. 179.

⁴⁾ О нападеніи на него со стороны I. H. Böhrer, jus. eccles. prot. II. 13, doctr. de act. II 4 §§ 39, 40, см. Bruns, Recht des Besitzes, стр. 392; Ruffini, ук. соч. стр. 334.

⁵⁾ Savigni § 50, стр. 509 сл. Puchta, Pand § 135 говоритъ объ «самоуничтожающемся собственной нецѣпностью мнѣніи практики».

⁶⁾ Уже Durantis предоставлялъ искъ простому обладателю, см. Bruns, Recht des Besitzes 231. Ему послѣдовало большинство позднѣйшихъ писателей. Новѣйшіе теоретики со временъ Савиньи высказывались въ большинствѣ случаевъ противъ *actio spolii* обладателя. Принципъ, выраженный въ текстѣ, защищалъ однако Bruns, Besitzklagen стр. 226 сл.; къ этому присоединился также Имп. суд., рѣшенія, т. 5, стр. 164, т. 30, стр. 138. Seuff. Archiv, т. 47, № 185. Литературу и судебную практику см. Windscheid, т. I § 162 а, прим. 7 б.

обладанія нанимателя, арендатора и управомоченнаго на удержаніе вещи въ обезпеченіе своихъ претензій ⁷⁾).

Слѣдовательно эти лица, въ особенности же наниматели и арендаторы, пользуются охраною владѣнія, которой они въ Римѣ не имѣли. Это соотвѣтствуетъ экономическимъ потребностямъ и правовымъ воззрѣніямъ новѣйшаго времени ⁸⁾).

b) Actio spoliі относится, какъ это всеміи признано, не только къ недвижимостямъ, но и къ *движимостямъ и къ правамъ* ⁹⁾).

c) Насилія противъ личности не требуется для actio spoliі. Достаточно незаконнаго *лишенія владѣнія противъ воли прежняго владѣльца* ¹⁰⁾. Возраженія захватчика, споліанта, поскольку они заключаются въ ссылкѣ на принадлежащее будто ему право, недопустимы въ отвѣтъ на actio spoliі.

d) Искъ можетъ быть предъявленъ къ споліанту и его наследникамъ, такъ же и къ третьимъ лицамъ, получившимъ отнятую вещь, зная о совершившемся споліумѣ ¹¹⁾).

e) Если истецъ доказалъ, что онъ раньше владѣлъ и что теперь владѣеть отвѣтчикъ, то отвѣтчикъ обязанъ съ своей стороны доказать, что онъ получилъ владѣніе правомѣрнымъ образомъ ¹²⁾).

⁷⁾ Достаточно и владѣнія, вытекающаго изъ найма. Возраженія, основанныя на недействительности договора найма или аренды или на прекращеніи наемнаго или аренднаго отношенія, касаются вопроса права и недопустимы по отношенію къ actio spoliі.

⁸⁾ Объ управомоченныхъ на предъявленіе иска по герм. гр. ул. см. выше § 186 пр. 4.

⁹⁾ Bruns, Besitzklagen, стр. 249.

¹⁰⁾ Bruns, Besitzklagen, стр. 250. Windscheid т. 1, § 162 а, пр. 6. Также герм. гр. ул. § 861. Если судебный приставъ описалъ вещи, находящіяся не въ обладаніи должника, а третьяго лица, то послѣднее можетъ защищаться посредствомъ actio spoliі. Рѣш. Имп. Суда т. 14, стр. 358 и ссылки тамъ же.

¹¹⁾ Цитированное выше въ прим. 3 сар. саере предоставляетъ искъ противъ третьихъ лицъ, приобрѣвшихъ вещь у *споліанта*, и знавшихъ о похищеніи. Ihering, Besitzwille, 459. Такъ же и герм. гр. ул. § 858, ч. 2. На основаніи этого закона нельзя будетъ отказать въ искѣ и противъ такихъ третьихъ лицъ, которыя получили владѣніе не отъ споліанта, напр. лица, вѣтснвившія его, если только они знали о совершенномъ ранѣе споліумѣ. Windscheid, т. 1 § 162 а, пр. 7. Противъ этого высказывается Bruns, Besitzklagen, стр. 246. Прежняя практика допускала actio spoliі даже противъ третьихъ *добросовѣстныхъ* владѣльцевъ. Этого однако перестали придержи- ваться уже въ XVIII столѣтіи.

¹²⁾ Это правило установлено еще Иннокентіемъ IV, въ его комментаріи къ декреталіямъ и оно долгое время было общимъ мнѣніемъ. Bruns, Besitz im Mittelalter, стр. 223 сл.—въ послѣднее же время оно обыкновенно отвергается какъ ненаучное; ср. Bruns; Besitz стр. 396, Besitzklagen стр. 251. Первое мнѣніе правильно ср. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts стр. 47, и въ Iherings Jahrbücher, т. 26, стр. 303. Bähr предполагаетъ тотъ случай, что провладѣвшій земельнымъ участкомъ въ продолженіи многихъ лѣтъ, и обрабатывающій его, находитъ его весной, желая приступить къ полевымъ работамъ, вспаханнымъ и засеяннымъ его сосѣдомъ. Долженъ ли онъ,

f) Actio spoliі погашается только тридцати-лѣтнею давностью¹³⁾.

2. Судебная практика удержала exceptio spoliі каноническаго права (возраженіе о совершенномъ споліумѣ), но развила ее самостоятельнымъ образомъ. Потерпѣвшій, согласно практикѣ, можетъ пользоваться ею только противъ *споліанта* и его правопреемниковъ. На нее можно опираться противъ всякаго рода цивильныхъ исковъ, въ частности и противъ требованія о наложеніи ареста на имущество.

Въ порядкѣ судопроизводства, выросшемъ въ Германіи на почвѣ римскаго права и носившемъ названіе «*Gemeiner Process*», exceptio spoliі принадлежала къ числу процессуальныхъ отводовъ и давала такимъ образомъ отвѣтчику права, до разсмотрѣнія отвода, отказаться отъ вступленія въ дѣло и отъ отвѣта по существу спора¹⁴⁾.

Послѣ изданія имп. уст. гр. судопр. это преимущество exceptio spoliі утратилось¹⁵⁾. Гражданское уложеніе вовсе ее устранило.

Г Л А В А П Я Т А Я.

Владѣніе правомъ.

§ 190. Сервитутовладѣніе.

1. Со временъ римской императорской эпохи къ владѣнію вещами присоединилось владѣніе правомъ или квазивладѣніе¹⁾. Его можно назвать и сервитутовладѣніемъ, такъ какъ въ Римѣ значеніе владѣнія правомъ имѣло лишь владѣніе сервитутомъ.

вчиная actio spoliі кромѣ своего владѣнія, доказать еще, что его сосѣдь не имѣлъ оснований къ завладѣнію? Что за странное требованіе? Какимъ образомъ могъ бы онъ это сдѣлать? Windscheid, правда, т. 1 § 162 а, пр. 5, какъ будто считаетъ такое доказательство справедливымъ, такъ какъ онъ признаетъ, не обосновывая впрочемъ своего мнѣнія, защищаемое здѣсь возрѣніе «невѣрнымъ». См. противъ этого выше § 159, пр. 10 (въ части труда, не переведенной еще на русскій языкъ; прим. ред.). Ср. однако рѣш. Имп. суда. т. 30, стр. 110.

¹³⁾ Такова практика, въ пользу которой издавна приводятъ фразу изъ с. *redintegrandae*: «*quacunq̄ue condicione temporis*». Ср. однако Bruns, *Besitzklagen*, 261; по герм. гр. ул. § 864 притязаніе погашается годовой давностью.

¹⁴⁾ *Spoliatus ante omnia restituendus*.

¹⁵⁾ Согласно cap. 1 de rest. spol. in 6-to 2, э exceptio spoliі должна была быть доказана въ 2-хъ-недѣльный срокъ, по ссылкѣ на нее. Это процессуальное правило было чуждо общему процессу (*gemeiner Process*).

¹⁾ Ihering, *Besitz*. въ *Handwörterbuch*, ук. м. стр. 423.

Владѣніе правомъ имѣеть прежде всего лицо, обладающее вещью въ качествѣ пользовладѣльца (узуфруктуарія). Во времена республики за пользовладѣльцемъ признавалось владѣніе вещью. Въ императорскую эпоху его объявили лишь обладателемъ отъ имени владѣющаго собственника, а за нимъ признали лишь владѣніе правомъ ²⁾. Съ этого времени и фактическое осуществленіе вещныхъ сервитутовъ получило названіе владѣнія правомъ ³⁾.

2. Приобрѣтеніе и утрата владѣнія правомъ совершается аналогично съ владѣніемъ вещами ⁴⁾.

Въ частности приобретеніе требуетъ:

а) Фактическаго отношенія къ вещи. Последнее различно, смотря по разнымъ видамъ сервитутовъ. При узуфруктѣ оно заключается въ обладаніи вещью; при сервитутахъ, осуществляемыхъ дѣйствіями управомоченнаго, въ соответствующихъ дѣйствіяхъ; при сервитутахъ, основывающихся на сооруженіи на чужой землѣ, необходимо, чтобы сооруженіе было воздвигнуто. Владѣніе же сервитутами, заключающимися въ правѣ запрещенія, требуетъ, чтобы сосѣдъ подчинился бы дѣйствительному или мнимому праву запрещенія, напр. не возводилъ бы, подчиняясь запрещенію, построекъ на своей землѣ.

б) Необходимо далѣе, чтобы осуществленіе сервитута требовалось ⁵⁾ въ качествѣ *права*, но вовсе не нужно, чтобы истецъ считалъ ⁶⁾ себя дѣйствительно управомоченнымъ на осуществленіе сервитута; слѣдовательно возможно и недобросовѣстное владѣніе правомъ.

²⁾ Съ того времени стали поэтому давать *i. unde vi* и *uti possidetis*, какъ *utilia l. 3 §§ 13, 15. D. de vi 43, 16 fragm. Vat. §§ 90, 91, l. 1, § 8 D. quod legatorum 43, 3, l. 4 D. uti possidetis 43, 17.* О болѣе раннемъ времени см. Keller, *semestria ad Ciceronem* I. p., 343.

³⁾ *l. 7 D. de itin. actuque 43, 19.* см. ниже прим. 5, l. 2 *D. comm. praed. 8, 4.* Ср. впрочемъ *Gaj. Inst. IV § 139.*

⁴⁾ *Tartufari*, ук. соч. т. 1 стр. 152, 276.

⁵⁾ *l. 7 D. de itinere actuque 43, 19. Celsus libro 25 Digestorum. Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedissee oportet.*

⁶⁾ Не точно поэтому говорить *Paulus libro 5 sententiarum l. 25 D. Quemadmodum serv. 8, 6. Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credit.* Такъ же *l. 1 § 19 D. de aqua 43, 20.*

3. Необходимо заявленіе притязанія на какое либо право, а не именно на сервитуть. Поэтому истецъ себѣ не вредить, если онъ приписываетъ себѣ право собственности вмѣсто права на сервитуть ⁷⁾ ⁸⁾).

§ 191. Владѣніе правомъ въ системѣ римскаго права, дѣйствовавшаго въ Германіи подъ названіемъ общаго права и въ системѣ германскаго гр. уложенія.

1. Каноническое право распространило владѣніе правомъ далеко за предѣлы, установленные римскимъ правомъ. Оно его болѣе не ограничивало кругомъ тѣлесныхъ объектовъ; предметами владѣнія правомъ являлись между прочимъ церковныя и свѣтскія права верховенства надъ церквами, монастырями, общинами, землями, духовными должностями и званіями, и связанныя съ ними бенефиціи и доходы, почетныя званія, право патронатства и иныя присвоенныя должностямъ преимущества, наконецъ десятина и иныя земельныя повинности. Признавали даже владѣніе бракомъ, т. е. брачное отношеніе разсматривалось какъ своего рода владѣльческое состояніе ¹⁾. Владѣніе правомъ предполагаетъ такимъ образомъ *лишь дѣющееся состояніе правоваго характера* ²⁾, *рассчитанное и для будущаго на постоянство*. Въ этомъ объемѣ владѣніе правомъ перешло и въ общее право ³⁾. Противъ такого расширенія понятія было сдѣлано однако не мало возраженій, оказавшихся въ послѣдствіи не безуспѣшными. Въ частности не признается въ настоящее время владѣніе бракомъ (Ehebesitz) ⁴⁾.

2. Установленіе владѣнія правомъ совершается, смотря по роду его. Оно можетъ заключаться или въ введеніи въ опредѣленное положеніе, въ частности въ должность, или въ осуществленіи соотвѣтствующихъ полномочій ⁵⁾).

⁷⁾ Р. Импер. Суда, т. 4, стр. 135. Иначе Randa, Besitz, 4 изд. стр. 674 сл.

⁸⁾ Объ охранѣ сервитутовладѣнія ср. ниже § 257. см. также Bossert, d. Wesen d. Servitutenbesitzes 1883.

¹⁾ Ср. Bruns, d. Recht d. Besitzes, стр. 185 слѣд., гдѣ собраны тексты, подтверждающіе это положеніе.

²⁾ Savigny § 49, стр. 505 стремится сохранить это ограниченіе.

³⁾ Bruns, указ. соч. стр. 383.

⁴⁾ Bruns, ук. соч. стр. 421. Рѣш. Имп. Суда т. 31, стр. 172.

⁵⁾ Bruns, ук. соч. стр. 198 и цитаты тамъ же.

3. Владѣніе правомъ можно отстаивать какъ противъ третьихъ лицъ, притязающихъ на данное право, такъ и противъ лицъ, обязанныхъ къ совершенію извѣстнаго дѣйствія, напр. къ платежу сборовъ. Въ отказѣ обязаннаго лица совершить обычныя дотолѣ дѣйствія усматривается споліумъ, являющійся законнымъ поводомъ для предъявленія иска, т. е. actio spoliі⁶⁾.

4. Герм. гр. ул. знаетъ владѣніе правомъ лишь въ очень тѣсныхъ границахъ⁷⁾.

Раздѣль второй.

Право собственности¹⁾.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Понятіе и содержаніе права собственности.

I. Собственность и добросовѣстное владѣніе.

§ 192. Вещныя права и собственность.

1. *Вещныя права даютъ намъ надъ тѣлесными вещами, на которыя простирается ихъ дѣйствіе,—непосредственное господство,* и вещи могутъ намъ принадлежать даже въ томъ случаѣ, когда онѣ находятся въ чужомъ владѣніи. Мы ихъ «имѣемъ»—въ юридическомъ смыслѣ, хотя бы у насъ отсутствовало фактическое обладаніе²⁾. Если со стороны владѣльца послѣдуетъ выдача этихъ вещей, т. е.

⁶⁾ Bruns, ук. соч. стр. 206 и слѣд.

⁷⁾ В. Г. В. §§ 1029, 1090 защищаютъ владѣніе правомъ на опредѣленные сервитуты. Кромѣ того Einfüchungs Gesetz § 191 сохраняетъ въ значительной степени прежнее право относительно охраны владѣнія для сервитутовъ вообще. Равнымъ образомъ оно можетъ существовать въ областяхъ, предоставленныхъ законодательству отдѣльныхъ государствъ, напр. въ законахъ о пользованіи водой.

¹⁾ Gesterding, Lehre vom Eigenthum 1817. Karl Sell, römische Lehre des Eigenthums 1852 и затѣмъ Dernburg, Heidelberger Kritische Zeitschrift für de gesammte Rechtswissenschaft т. I стр. 138 и сл. Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum Abth. 1, 2 und. 3. 1875 сл. Ср. также Landsberg, die Glosse des Accursius u. ihre Lehre vom Eigenthum 1883.—Randa, das Eigenthumsrecht nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts, часть I. 2 изд. 1893.

²⁾ Это относится въ особенности къ праву собственности, l. 38 § 9 D. de verb. obl. 45, 1 Ulpianus libro 49 ad Sabinum. «Habere dupliciter accipitur: nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet».

фактическій возвратъ ³⁾),—правовое положеніе заинтересованныхъ сторонъ отъ этого нисколько не измѣнится, а измѣнится лишь состояніе владѣнія. Въ вещныхъ правахъ, стало быть, сказывается какая-то юридическая невидимая связь ⁴⁾ между *вещью* и субъектомъ права.

2. Важнѣйшее вещное право есть право собственности. Остальные вещные права составляютъ категорію правъ на чужую вещь *ius in re (sc. aliena)*.

а) Право собственности есть право *всесторонняго господства* надъ тѣлесною вещью ⁵⁾. *Согласно своему назначенію*, оно даетъ надъ вещью ⁶⁾ *всю полноту власти, совместимую съ законами, природою и правомъ* ⁷⁾.

б) *Вещные права* (въ болѣе тѣсномъ смыслѣ) *поднимаютъ управомоченному чужую вещь въ извѣстныхъ отношеніяхъ и съ определенной цѣлью*. Римлянамъ извѣстны четыре группы такихъ правъ,

³⁾ Надо, такимъ образомъ, различать *юридическій* возвратъ, состоящій въ передачѣ права собственности, и *фактическій* возвратъ, состоящій въ передачѣ одного только владѣнія.

⁴⁾ См. выше § 22 прим. 5.

⁵⁾ Римляне разумѣютъ подъ *dominium* все принадлежащее «домовладыкѣ», (Gradewitz—Zeitschrift изд. Савиньи т. 12 стр. 135).—даже *узуррукъ*, см. напр. l. 3 D. si ususfr. pet 7, 6, l. 15 § 8 D. quod vi aut clam 43, 24, далѣе—l. 49 pr. D. de her. inst. 28, 5. Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ это слово обозначаетъ собственность, «*proprietas*». l. 1 § 1. D. de S. C. Silaniano 29, 5, l. 43 § 12 D. de furtis 47, 2, ср. l. 13 § 1 D. de damno infecto 39, 2. Въ общеразговорномъ смыслѣ собственность отождествляется съ имуществомъ. Въ этомъ смыслѣ говорятъ напр. о «правѣ художественной собственности», въ строго-юридическомъ смыслѣ собственность есть право полного господства надъ тѣлесною вещью.

⁶⁾ Определеніе права собственности уже нѣсколько столѣтій служитъ предметомъ изысканій; не смотря на это не достигнуто удовлетворительнаго во всѣхъ отношеніяхъ результата; ср. писателей, приведенныхъ у Glück т. 8 стр. 26 слѣд.—Въ прежнее время разумѣли подъ собственникомъ лицо, управомоченное на исключительное господство надъ субстанціей объекта, ср. прусск. земск. пр. I. 8 § 3. Уже Тибо (Pandecten. 7 изд. § 558) опредѣляетъ право собственности какъ безусловную «по своей природѣ» власть. Boeking, Pand. т. 2 § 134 стр. 7 выражается въ этомъ направленіи еще рѣзче: «природа или сущность собственности заключается въ отвѣченности правового господства и въ его неопредѣленности, обнимающей разнообразнѣйшія проявленія этого господства.» Неудачныя конструкціи строилъ на этомъ опредѣленіи Girtanner (Iherings Jahrbücher т. 3 стр. 83).

⁷⁾ Часто полагаютъ, что собственность, какъ таковая, «не ограничена» ничѣмъ. Ср. Windscheid т. 1 § 167 прим. 3. Изъ этого слѣдовало бы, что законныя ограниченія собственности противорѣчатъ идеѣ собственности. Противъ этого высказываются новые писатели, въ томъ числѣ Ihering, Zweck im Recht 1 изд. т. 1 стр. 520. Въ дѣйствительности всѣ права индивида, въ томъ числѣ и право собственности, обусловлены и юридически связаны интересами общества. Въ исторіи намъ не отыскать противоположнаго примѣра. Однако, заключенія, выводимыя отсюда социалистами и отчасти Ihering'омъ (ук. соч. стр. 520), ничѣмъ не обоснованы. Здѣсь не мѣсто распространяться объ этомъ. Ср. въ особенности Randa ук. соч. стр. 423, v. Scheel. Ст. Eigentum въ Handb. der Staatswissenschaften т. 3.

именно—*Сервитуты, Superficies u Emphyteusis* и, затѣмъ, *закладное право*. Объектами правъ трехъ первыхъ группъ служатъ естественныя свойства тѣлесныхъ вещей; напротивъ, закладное право даетъ право на отчужденіе вещи и такимъ образомъ утилизируетъ ⁸⁾ мѣнговую цѣнность ея.

3. Понятіе права собственности *однородно*, но оно проявляется въ различныхъ формахъ. *Полное право собственности* даетъ фактически полное и исключительное господство надъ вещью; оно охватываетъ собою: владѣніе, пользованіе, приобрѣтеніе плодовъ,—т. н. права пользованія—право отчужденія, право вещнаго обремененія и право отыскивать вещь изъ чужаго владѣнія, т. е. право виндикаціи (т. н. права собственника—*die s. g. Proprietätsrechte*),—не какъ особыя правомочія, а какъ проявленія одного и того же права собственности ⁹⁾.

Собственность можетъ быть, однако, болѣе или менѣе лишена присущихъ ей, какъ таковой, правомочій. Часто надъ вещью тяготеютъ права пользованія, которыя устраниаютъ собственника отъ пользованія вещью и оставляютъ на его долю одну лишь *иолую собственность*—*nuda proprietas* ¹⁰⁾. Есть другія ограниченія, напр., запретъ отчужденія, еще болѣе суживающія право собственности. Такихъ ограниченій можетъ при извѣстныхъ условіяхъ накопиться столько, что правомочія собственника ими окончательно парализуются. Но этимъ понятіе и существо права собственности не видоизмѣняется ¹¹⁾. Оно въ такихъ случаяхъ подавлено въ своихъ проявленіяхъ, но оно не уничтожено: сила его во всей своей полнотѣ выступаетъ наружу, коль скоро отпадаютъ по какой-либо причинѣ правомочія, стѣснявшія его ¹²⁾ ¹³⁾.

⁸⁾ Ср. Dernburg, Pfandrecht т. 1 § 11 «das Pfandrecht und die Servitut».

⁹⁾ l. 5 pr. D. si ususfructus petetur 7, 6, Ulpianus libro 17 ad edictum; Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. Старые писатели заключали отсюда, что собственникъ хотя имѣетъ ususfructus «causalis», но не имѣетъ ususfructus «formalis».

¹⁰⁾ §§ 1 и 4 I. de usufructu 2, 4. Gaj Inst. II § 30 l. 4 D. de iure dotium 23, 3, l. 26 pr. D. de usu et usufr. leg. 33, 2. l. 126 § 1 D. de verb. obl. 45, 1.

¹¹⁾ l. 25 pr. D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 21 ad edictum. Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alieus, est quia ususfructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. hoc et Julianus, et est verius. Объ изреченіяхъ римскихъ юристовъ «ususfructus in multis casibus pars domini est» ср. Dernburg, Pfandrecht т. 1 стр. 132.

¹²⁾ Въ этомъ смыслѣ говорится объ «эластичности» собственности. § 4 I. de usufructu 2, 4. Cum autem finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem

Свободная, необремененная собственность есть высокое хозяйственное и социальное благо. Тѣмъ не менѣе устранить эти тягостныя ограниченія невозможно. Римскіе юристы старались, однако, такъ конструировать право собственности, чтобы въ концѣ концовъ права господства надъ вещами снова соединялись въ однѣхъ рукахъ. Съ этой цѣлью они приписывали праву собственности способность и стремленіе разрастаться до полной власти надъ вещью.

4. Древне-римскимъ временамъ право собственности было извѣстно лишь какъ право полного господства. Чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно бросить бѣглый взглядъ на историческое развитіе вещныхъ правъ на чужую вещь. *Superficies* и *Emphyteusis* приобрѣли лишь въ періодъ формулярнаго процесса свойство вещныхъ правъ ¹⁴⁾. Залоговое право также только со временъ преторской дѣятельности стало пользоваться защитой вещнаго характера (т. е. вещнымъ искомъ) ¹⁵⁾. Поэтому во времена исключительнаго господства *jus civile* вещными правами на чужую вещь признавались одни сервитуты. Изъ нихъ только *servitutes praediorum rusticorum*, именно дорожные и водные сервитуты считались за *res mancipii*, *servitutes praediorum urbanorum* и личные сервитуты, главнымъ образомъ *usufructus*, относились къ *res nec mancipii* ¹⁶⁾. Это указываетъ на то, что послѣдніе сервитуты—позднѣйшаго происхожденія. Изъ преторскаго эдикта объ обязанности *usufructuaria* дать *cautio* также ясно видно, что *usufructus* развивался не безъ участія претора. Болѣе древняго происхожденія, слѣдовательно, только дорожные и водные сервитуты. Но и ихъ нельзя относить къ глубокой древности ¹⁷⁾. Были ли они извѣстны въ эпоху составленія 12 таблицъ, сомнительно; въ уцѣлѣвшихъ фрагментахъ этого законодательнаго памятника объ нихъ не упоминается. Въ древнѣйшія времена можно было обойтись безъ дорожныхъ сервитутовъ, такъ какъ при нарѣзкѣ сельскихъ участковъ

et ex eo tempore nudaе proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem. Ср. l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Paulus libro 29 ad edictum. Si nuda proprietatis pignori data sit, usufructus qui postea adcreverit, pignori erit.

¹³⁾ Бываютъ случаи, когда право собственности временно бездѣйствуетъ, *парализовано* (*ruhendes Eigenthum*), т. е. лишено въ данное время возможности активнаго проявленія, но впоследствии оно можетъ воспріять прежнюю силу.

¹⁴⁾ Ср. напр. l. 16 § 2 D. de pign. act. 13, 7.

¹⁵⁾ § 7 J. de act. 4, 6 Dernburg, Pfandrecht т. 1 стр. 63 и сл.

¹⁶⁾ Gaj. Inst. II §§ 15, 17, 29, 30.

¹⁷⁾ Другого взгляда держится Zachariä, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae 1884 стр. 18.

всегда заботились объ опредѣленіи дорогъ. Удовлетвореніе потребности въ водѣ достаточно обезпечивалось упоминаемой уже въ 12 таблицахъ *actio aquae pluviae arcendae* ¹⁸⁾.

Когда, вслѣдствіе неустрашимыхъ потребностей, со временемъ развились вещныя права на чужую вещь, право собственности путемъ юридической абстракціи получило гипотетическій, условный характеръ, который ему присущъ въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ.

5. Всѣ вещныя права охраняются вещнымъ искомъ—*actio in rem* ¹⁹⁾.

Къ защитѣ собственности служатъ два вещныхъ иска—*rei vindicatio* и *actio negatoria*. *Rei vindicatio* есть искъ невладѣющаго собственника противъ владѣющаго несобственника; онъ оберегаетъ самое существованіе собственности. *Actio negatoria* служитъ для защиты собственности отъ посягательствъ третьихъ лицъ, ею охраняется объемъ права собственности.

Тѣми же исками защищаются по аналогіи—*utiliter*—*Superficies* и *Emphyteusis*.

Къ защитѣ сервитутовъ служитъ *actio confessoria*, къ защитѣ закладнаго права—*actio hypothecaria*.

Всѣ эти иски примѣнимы противъ всякаго нарушителя соотвѣтствующаго права истца.

Мыслимъ такой случай, что субъектъ вещнаго права, въ силу особыхъ обстоятельствъ, лишенъ надолго возможности успѣшнаго предъявленія иска. Такое положеніе создавалось по римскому праву преимущественно тогда, когда иной пріобрѣтатель вещи, провладѣвши ею тридцать лѣтъ, въ силу истекшей такимъ образомъ исковой давности, могъ отклонять искъ собственника, хотя бы вещь имъ самимъ и не была еще пріобрѣтена по давности владѣнія, но искъ о правѣ собственности былъ парализованъ лишь въ отношеніи къ прескрибенту и его правопреемникамъ, т. е. лицамъ, относительно коихъ истекла исковая давность ²⁰⁾, въ отношеніи же къ третьимъ лицамъ, случайно становившимся владѣльцами вещи, искъ сохранялъ полную свою силу.

¹⁸⁾ Ср. Elvers, Servituten т. 1 § 1.

¹⁹⁾ Ср. выше § 129.

²⁰⁾ Ср. выше § 150 прим. 2.

§ 193. Бонитарная, провинціальная собственность.

Въ исторіи часто встрѣчается слѣдующее явленіе: владѣльцы-несобственники, которымъ владѣніе уступлено собственникомъ или освящено временемъ и которые ведутъ хозяйство, живя на землѣ, отведенной имъ во владѣніе, стремятся расширить свои права и стать собственниками, ведя тайно или открыто борьбу съ законными собственниками. Большею частью такая борьба кончается торжествомъ владѣльца. Въ исторіи римскаго права примѣрами такого явленія могутъ служить *бонитарная* и *провинціальная* собственность.

1. Римскіе юристы классической эпохи различали собственность *квиритскую* и *in bonis esse* ¹⁾.

По древне-римскому гражданскому праву при отчужденіи *res mancipii* ²⁾ необходимо было совершеніе акта *mancipatio* ³⁾ или *in jure cessio*; одна передача такихъ вещей не давала права собственности; и у покупателей, которымъ онѣ были переданы, безъ соблюденія формальностей отчужденія, вещи могли быть отыскиваемы посредствомъ *виндикаціи* продавцомъ и его правопреемниками ⁴⁾, пока давностный срокъ не истекъ. Однако, по мѣрѣ роста римскаго государства, формальности *mancipatio* и *in jure cessio* становились часто не только тягостными, вслѣдствіе необходимости личнаго присутствія всѣхъ участниковъ сдѣлки, но иногда на практикѣ и невыполнимыми; кромѣ того при невозможности включить въ эти сдѣлки условія, онѣ не обладали гибкостью, требуемою развитымъ оборотомъ ⁵⁾. Это и повело къ тому, что нѣкоторые стали довольствоваться простой *передачей* *res mancipii*, которая была возможна и между отсутствующими.

¹⁾ Gaj. Inst. 2. §§ 40, 41, 54. 1, § 167. Mayer въ Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. т. 8 н. 1. С. Appleton, histoire de la propriété prétorienne. Paris 1889. 2 тома; Erman, Ztschr. d. Savignystift. rom. Abth., т. 2, стр. 212, т. 13, стр. 173, Audibert въ nouvelle revue historique du droit français, т. 14, стр. 269.

²⁾ Ср. объ этихъ объектахъ выше, § 67, прим. 5.

³⁾ См. выше, § 97, Bechmann, Kauf, т. 1, стр. 47 и сл.

⁴⁾ Gai. Inst. II, § 41.

⁵⁾ Мѣтко замѣчаніе Ihering'a, Geist des römischen Rechts, т. 3. Отд. 1. 4 изд., стр. 261: «То, что достигается нашимъ нынѣшнимъ *pactum reservati dominii* или *pactum displicentiae*, достигалось въ Римѣ относительно *res mancipii* передачею ихъ съ отерочкой *манципаціи*».

Преторъ взялъ подъ свою защиту приобрѣтавшихъ собственность по этому способу; путемъ *exsertio rei venditae et traditae* онъ защищалъ ихъ владѣніе противъ виндикаціи продавца ⁶⁾, а равно и его правопреемниковъ ⁷⁾, въ случаѣ же утраты владѣнія онъ давалъ имъ *actio Publiciana* ⁸⁾, такъ что въ случаѣ ссылки продавца на *exsertio dominii* они въ свою очередь могли приобрѣтать къ *replicatio rei venditae et traditae* ⁹⁾.

⁶⁾ *Exsertio rei venditae et traditae*, вѣроятно, гласила «*si non Ns Ns Stichum quo de agitur ab A° A° emit isque ei traditus est*». Эта формулировка соответствуетъ формѣ *a. Publiciana* и на это указываетъ *l. 32, § 2 D. ad J. C. Vellejanum 16, 1*; выраженіе «*rei venditae et traditae*» нисколько не служитъ доказательствомъ противъ этого предположенія; оно употреблялось во избѣжаніе необходимости оговаривать перемѣны въ субъектахъ. Затѣмъ, *l. 7, § 1 D. de cur. 27, 10, l. 14 D. de Publ. 6, 2* касаются особыхъ случаевъ и не имѣютъ значенія для вопроса о редакціи регулярной *exsertio*. Поводъ къ защищаемому здѣсь предположенію далъ мнѣ Hugo Krüger, *exc. doli* кн. 1, ср. еще Erman въ *Savignyzeitschrift rom. Abth.*, т. 14, стр. 237.

⁷⁾ Изъ *l. 4, § 32 D. de doli mali exc. 44, 4* вытекаетъ, что еще во времена Адриана возбуждалъ сомнѣнія вопросъ, примѣнима ли *exsertio* по отношенію къ правопреемникамъ отчуждателя; Юліанъ, рѣшивъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ, закончилъ этимъ процессъ развитія бонитарной собственности. Но лишь Гермогеніанъ допускаетъ, какъ норму положительнаго права (*l. 3, § 1. D. de exc. rei vend. et trad. 21, 3*), это возраженіе противъ правопреемниковъ продавца. Такого же взгляда Н. Krüger, *l. c.*, стр. 83.

⁸⁾ Относящееся сюда мѣсто эдикта гласитъ: *l. 1. pr. D. de publiciana actione 6, 2: si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo*. Lenel (*Beiträge zur Kunde des prätorischen Edictes*, стр. 1 и сл. и *edictum perpetuum*, стр. 129)—справедливо доказываетъ, что «*non*» интерполировано компиляторами. Вѣроятны и другія интерполяции, см. Lenel *l. c.*, Gradenwitz въ *Savignyzeitschrift rom. Abth.*, т. 12, стр. 134. Pernice, *Labeo*, т. 2. 2 изд., стр. 340 и сл. Исковую формулу см. ниже, § 228, прим. 3.

⁹⁾ Въ современномъ правѣ обнаруживаются родственныя явленія. Согласно германскимъ правовозрѣніямъ поземельная собственность можетъ весьма часто по нынѣшнимъ законамъ переходить изъ рукъ въ руки исключительно посредствомъ *Auflassung*, т. е. заявленія, дѣлаемаго отчуждающимъ и приобрѣтателемъ передъ учрежденіемъ, ведущимъ поземельныя книги (*Grundbuchbehörde*) и записи въ этихъ послѣднихъ участка на имя покупателя. Если при такихъ требованіяхъ закона поземельный участокъ будетъ просто проданъ и переданъ безъ совершенія указанного формальнаго акта пересвоенія, то нѣтъ разумнаго основанія для отказа покупщику въ *exsertio rei venditae et traditae* въ случаѣ, если прежній собственникъ или его преемники станутъ недобросовѣстнымъ образомъ требовать возвращенія вещи путемъ виндикаціи. Въ случаѣ несостоятельности прежняго собственника, какъ этого и требуетъ послѣдовательность, возраженіе это дѣйствительно и противъ конкурснаго управленія, такъ какъ оно осуществляетъ лишь права прежняго собственника. Ср. также герм. гр. улож. § 986 ч. 1 фраза 1. Владѣлецъ въ правѣ отказать въ выдачѣ вещи, если онъ или посредственный владѣлецъ, отъ котораго онъ производитъ свое право на владѣніе имѣетъ по отношенію къ собственнику право на владѣніе. Но если зарегистрированный въ книгѣ собственникъ совершилъ актъ пересвоенія (*Auflassung*) въ пользу Б послѣ того, какъ онъ уже продалъ и передалъ ту же недвижимость лицу А, послѣднее не можетъ защищаться противъ требованія лица Б; въ противномъ случаѣ поземельная книга (*Grundbuch*) потеряла бы свое значеніе, которое желательно сохранять ради достовѣрности пересвоенія недвижимостей. Въ подобномъ случаѣ лицу А, лишаящемуся переданной ему недвижимости, остается лишь искъ противъ продавца.

Правда, приобрѣвшій *res mancipii* путемъ простой передачи не назывался собственникомъ, онъ владѣлъ вещью только *in bonis*, но на дѣлѣ онъ являлся собственникомъ¹⁰⁾. Его правопродшественникъ и правопреемники послѣдняго продолжали называться собственниками *ex jure Quiritium*,—но имъ принадлежало одно *nudum jus*, въ дѣйствительности они не были собственниками; только въ силу вѣрности историческому преданію и ради сохраненія извѣстныхъ формальныхъ правъ они продолжали именоваться собственниками, такъ что въ такихъ случаяхъ говорилось о двойномъ¹¹⁾ правѣ собственности. Юстиніанъ, наконецъ, уничтожилъ мнимую собственность, *nudum jus Quiritium*, послѣ того какъ исчезли послѣднія правомочія, связанныя съ этимъ *nudum jus*^{12) 13)}.

2. Земля въ завоеванныхъ римлянами провинціяхъ находилась, разумѣется, въ моментъ покоренія, по большей части въ собственности частныхъ лицъ. Римляне признавали права этихъ собственниковъ,—поскольку дѣло касалось завоеванныхъ областей,—въ томъ смыслѣ, что предоставляли покореннымъ жителямъ владѣніе и полное пользованіе своими землями¹⁴⁾. Къ концу республиканскаго періода среди римскихъ гражданъ сталъ развиваться и пользоваться признаніемъ иной, деспотической, взгляды на провинціи, состоявшій въ томъ, что вся земля въ провинціяхъ есть собственность римскаго народа. Когда же наступилъ императорскій пе-

¹⁰⁾ Вводъ во владѣніе преторомъ напр. *bonorum possessor'a* или лица, опасавшагося убытковъ въ случаѣ отказа собственника дать *damni infecti cautio*,—не устанавливалъ права цивильной собственности, а только право бонитарной собственности—*in bonis esse*; лишь по истеченіи приобретательной давности оно превращалось въ цивильную собственность. *Gaj. Inst.* III, § 80 I. 13. § 16 D. de *damno infecto* 39. 2. I. 26, § 6 D. de *nox. act.* 9. 4. I. 2. § 1 D. *si ex nox ali causa* 2. 9. Положеніе введеннаго во владѣніе лица въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ сходно съ положеніемъ приобретателя простою передачею *res mancipii*, различіе между тѣмъ и другимъ сказывалось въ особенности въ исковыхъ правахъ. Поэтому римляне право, создаваемое преторскимъ вводомъ во владѣніе, не подводили подъ понятіе бонитарной собственности; это сдѣлано было новѣйшими писателями, ср. *Pernice Labeo*, т. 2, стр. 421.

¹¹⁾ *Gaj. Inst.* I, §§ 17, 167. 2. § 196.

¹²⁾ I. *un C. de nudo iure quiritium tollendo* 7. 25.

¹³⁾ Въ Юстиніановомъ правѣ имѣется еще случай, когда одно лицо является носителемъ имени, но не правъ собственника, другое—носителемъ этихъ правъ, но не имени; это бываетъ тогда, когда несобственникъ вещи продалъ и передалъ ее, а впоследствии сдѣлался собственникомъ. Вслѣдствіе этого покупщикъ становится собственникомъ вещи, но собственникомъ не называется; въ спорѣ съ продавцомъ онъ можетъ сослаться только на *exceptio* и *replicatio rei venditae et traditae*. Ср. ниже, § 216, прим. 9.

¹⁴⁾ *Lex Antonia de Thermess.* 2. 31 и сл. *Bruns. fontes* ed. 6 p. 94. *Gaj. Inst.* II, § 7. *Pernice, Parerga* II въ *Zeitschrift d. Savignystiftung rom. Abth.*, т. 5, стр. 62. *Mitteis, Reichsrecht* 1891, стр. 112, прим. 4 и приведенныя тамъ, ср. также *Erman* ук. соч. стр. 270. *Hegelmaier, Grundeigenthum im öff. Recht* § 3.

ріодъ, совершенно послѣдовательно императору стали ¹⁵⁾ приписывать право собственности на землю въ императорскихъ провинціяхъ. Тѣмъ не менѣе въ жизни и по эдиктамъ магистратовъ относились къ праву владѣльцевъ провинціальныхъ участковъ почти такъ же какъ и къ праву собственности. Такъ образовалась своеобразное понятіе провинціальной собственности. Однако присвоеніе права собственности народу и императору служило при случаѣ удобнымъ предлогомъ для произвольныхъ конфискацій, причемъ землевладѣльцевъ изгоняли изъ ихъ владѣній ¹⁶⁾, выдавая имъ обыкновенно ничтожное вознагражденіе. Въ эпоху Юстиніана провинціальная собственность не отличалась отъ *нормального* права собственности.

§ 194. Добросовѣстное владѣніе ¹⁾.

1) Въ гражданскомъ оборотѣ, при всей осмотрительности заинтересованныхъ лицъ, неизбѣжны такіе случаи, когда по ошибкѣ приобрѣтаются вещи, не принадлежація отчуждателю, или на отчужденіе которыхъ послѣдній, хотя онъ былъ и собственникомъ ихъ, не управомоченъ.

Это обстоятельство можетъ повліять на положительное право въ смыслѣ признанія добросовѣстныхъ приобрѣтателей, при такихъ условіяхъ, собственниками. Этимъ законъ облегчаетъ обращеніе цѣнностей, но одновременно ослабляетъ значеніе собственности.

Римскому праву такое направленіе осталось чуждо. Тѣмъ не менѣе оно замѣтно стремилось сѣавить добросовѣстнаго владѣльца въ возможно благопріятныя условія, поскольку этимъ не затрогивалось право собственника отчужденной вещи ²⁾.

¹⁵⁾ Gaj. Inst. II, § 7. Подробности см. у Pernice l. c.

¹⁶⁾ Примѣръ приводится Павломъ l. 11 pr. D. de evict. 21, 2.

¹⁾ Brinz. bonae fidei possessio. рѣчь, произнесенная на юбилей д-ра Arndts'a. Kley. Wesen d. gutgl. Besitzes, Gött. Inaug. Diss. 1891, и писатели, приведенные выше § 193 прим. 1.

²⁾ Итакъ добросовѣстность приобрѣтенія не можетъ замѣнить собой его правомѣрности; однако въ германскомъ правѣ во многихъ случаяхъ добросовѣстный приобрѣтатель признается правомѣрнымъ. Подробн. объ этомъ въ ученіи о традиціи, см. § 212.— Кто приобрѣтаетъ вещь *правомѣрно*, т. е. согласно требованіямъ закона, тотъ становится собственникомъ, хотя бы онъ ошибочно полагалъ, что эти требованія не соблюдены. l. 9 § 4 D. de iuris et facti ignorantia 22, 6. Paulus libro singulari de iuris et facti ignorantia. Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est quam in existimatione mentis, et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.

Но при этомъ римляне не шли далѣе того, что требовалось для обезпеченности оборота.

2) Добросовѣстнымъ владѣльцемъ признается только тотъ, кто, считая свое приобрѣтеніе правомѣрнымъ, основывается при этомъ на соображеніяхъ, ошибочность которыхъ извинительна. Потребности оборота и требованія этики въ данномъ случаѣ совпадаютъ ³⁾.

а) Впрочемъ нѣкоторые ученые пытаются опредѣлить добросовѣстность, съ одной отрицательной стороны, какъ *незнаніе о существованіи извѣстнаго порока* ⁴⁾. Согласно такому опредѣленію, пришлось бы, напр., признать добросовѣстнымъ владѣльцемъ покупателя вещи, считавшаго продавца за его взволнованный видъ воромъ, между тѣмъ какъ продавецъ на самомъ дѣлѣ былъ собственникомъ, но страдалъ душевной болѣзью; въ данномъ случаѣ приобрѣтателю не былъ извѣстенъ дѣйствительный порокъ сдѣлки—недѣеспособность продавца, а воображаемый порокъ—непринадлежность вещи продавцу,—не существовалъ. Спрашивается, какая польза для оборота, какой интересъ для права—ставить въ льготныя условія такого приобрѣтателя? ⁵⁾

Итакъ, этотъ взглядъ неправиленъ. Добросовѣстность скорѣе *положительнаго характера, она есть увѣренность въ правомѣрности владѣнія*. Но не требуется непременно увѣренности владѣльца въ томъ, что онъ *сталъ собственникомъ* ⁶⁾, хотя это обыкновенно такъ и бываетъ. Поэтому добросовѣстно владѣетъ также и тотъ, кто знаетъ, что передъ закономъ онъ не сталъ собственникомъ, лишь

³⁾ l. 44 pr. D. de usurp. 41, 3. Ср. герм. гражд. улож. § 932 Abs. 2: «Приобрѣтатель не добросовѣстенъ, если ему извѣстно или неизвѣстно только по грубой небрежности, что вещь не принадлежитъ продавцу». Въ своей полемикѣ противъ господствующаго взгляда Петражицкій не принялъ этого во вниманіе. Fruchtvertheilung, стр. 165. Здѣсь дѣло вовсе не въ наградѣ («Tugendpreis») за добросовѣстность въ ущербъ собственнику. См. впрочемъ сочиненіе Петражицкаго, стр. 147.

⁴⁾ Въ особенности такого опредѣленія придерживается Stintzing, das Wesen der bona fides 1852 стр. 77.

⁵⁾ l. 32 § 1 D. de usurp. 41, 3. Pomponius libro 32 ad edictum: Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges liceri usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen ejus usucapionem vel quia non bona fide videatur possidere vel quia in jure erranti non procedat usucapio. См. также ниже прим. 7.

⁶⁾ Въ прежнее время обыкновенно отождествляли добросовѣстность съ увѣрденіемъ владѣльца въ томъ, что онъ является собственникомъ. Такого мнѣнія Möllenthal, guter Glaube bei d. Verjährung 1820 § 4.

бы только онъ овладѣлъ вещью съ согласія и по волѣ собственника ⁷⁾ ⁸⁾.

b) Особенное вниманіе надо обратить на то, что не поверхностное представленіе о правотѣ придаетъ владѣнію свойства добросовѣстнаго владѣнія. Напротивъ, для признанія владѣльца добросовѣстнымъ необходимо, чтобы владѣніе было приобрѣтено осмотрительно и внимательно. *Кто вслѣдствіе неизвинительнаго заблужденія убѣжденъ въ своей правотѣ, тотъ не признается добросовѣстнымъ.* Поэтому, въ частности, юридическая ошибка (*error juris*) обыкновенно не считается достаточною ⁹⁾.

c) Какое существуетъ отношеніе между *титоломъ приобрѣтенія* и *добросовѣстностью владѣльца*?

Долгое время держалось въ наукѣ мнѣніе, что титулъ служить *оправданіемъ* и доказательствомъ доброй вѣры. Нынѣ—этотъ взглядъ

⁷⁾ l. 5 pr. D. pro derelicto 44, 7. Pomponius libro 32 ad Sabinum. Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim me usucapturum constat nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit: nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emerо quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem iuris est. Первая часть этого рѣшенія неясна, ср. Mayer въ Zeitschrift geschichtliche Rechtswissenschaft, т. 8, стр. 50 и сл., нашего вопроса она не касается. Во второй части ясно выражено то положеніе, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь.—Если одинъ супругъ даритъ другому вещь, ему не принадлежащую, то имѣется налицо титулъ; дареніе дѣйствительно въ виду того, что супругъ—даритель ничего не теряетъ изъ своего имущества; одаряемый же добросовѣстенъ, такъ какъ онъ считаетъ дарителя собственникомъ и думаетъ, что владѣетъ съ согласія послѣдняго. Итакъ, имѣются объективно титулъ и субъективно—добросовѣстность, поэтому владѣніе подходитъ подъ дѣйствіе давности l. 25 D. de don. i. v. et u 24, 1. l. 3 D. pro donato 41, 6. Такъ же рѣшается вопросъ, въ l. 2 § 2 pro emptore 41, 4, гдѣ владѣніе собственникомъ представлено покупщику подъ суспенсивнымъ условіемъ, слѣд. покупщикъ владѣетъ вполне добросовѣстно. Какъ этими, такъ и другими мѣстами въ источникахъ Stintzing пытался обосновать свою теорію (l. c. стр. 77 и сл. ср. выше пр. 4), но въ дѣйствительности эти мѣста подкрѣпляютъ не его взглядъ, а защищаемую здѣсь точку зрѣнія.

⁸⁾ Является ли тамъ, гдѣ для передачи въ собственность земли законодательство требуетъ заявленія объ этомъ въ учрежденіяхъ по веденію вотчинныхъ записей и занесенія въ книги, добросовѣстнымъ владѣльцемъ тотъ, кто купилъ у собственника участокъ земли и получилъ его путемъ передачи? R. G. т. 2 стр. 308 даетъ отрицательный отвѣтъ, такъ какъ владѣльцу извѣстно, что участокъ принадлежитъ по книгѣ другому. Но это противорѣчитъ какъ понятію добросовѣстности, вытекающему изъ нравственнаго сознанія, такъ и положительному праву. Ср. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts стр. 109; Rocholl, Rechtsfälle des Reichsgerichts 2 кн. стр. 163.

⁹⁾ Въ частности для обыкновенной давности, см. выше § 87. Вопросъ, слѣдуетъ ли предположить для чрезвычайной давности другое рѣшеніе, можетъ быть рассмотрѣнъ только впоследствии, см. § 222. Этотъ вопросъ служилъ главнымъ образомъ предметомъ спора между Wächter'омъ, die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums 1871, и Bruns'омъ, das Wesen des bona fides bei der Ersitzung 1872, ср. при этомъ Bruns, zur Lehre von der bona fides bei der Verjährung въ Archiv für civ. Praxis т. 57 стр. 275. Bonfante essenza della bona fides въ bulletino del istituto dl diritto romano т. 6 стр. 85 и сл. Pernice Labeo т. 2. 2 изд. стр. 496.

раздѣляется очень немногими ¹⁰⁾. Вѣдь титуломъ будетъ и покупка за безцѣнокъ, и дареніе. Между тѣмъ такіе титулы нисколько не доказываютъ, что продавецъ или даритель, укравшій отчужденную вещь, казался пріобрѣтателю собственникомъ ея и что вещь такимъ образомъ была пріобрѣтена добросовѣстно.

Другіе усматриваютъ въ доброй вѣрѣ *дополненіе* къ титулу ¹¹⁾ и опредѣляютъ ее, какъ вѣру въ право прежняго собственника на отчужденіе своей вещи ¹²⁾. Между тѣмъ при пріобрѣтеніи вещи по титулу добросовѣстнымъ признается и тотъ, кто ссылается на *titulus putativus*; добросовѣстность мыслима и безъ титула.

Хотя такимъ образомъ, добросовѣстность и титулъ логически, какъ понятія, между собою не связаны, но, разумѣется, форма и содержаніе титула могутъ способствовать разрѣшенію вопроса о добросовѣстности или недобросовѣстности пріобрѣтателя.

3) Отъ наличности титула и добросовѣстности зависятъ важнѣйшія юридическія послѣдствія.

*Титулованное добросовѣстное пріобрѣтеніе владѣнія вещью порождаетъ сходное съ правомъ собственности, вещное право, правда только относительное, а именно не по отношенію къ отчуждателю, т. н. Публиціанское право, и даетъ вмѣстѣ съ тѣмъ право на *actio Publiciana* о возвратѣ потеряннаго владѣнія ¹³⁾. Кромѣ того оно охраняется *utiliter* исками, предназначенными для защиты собственности,—напр. въ случаѣ поврежденія вещи ¹⁴⁾, или при раздѣлѣ ¹⁵⁾, и даже уполномочиваетъ на обремененіе и, въ частности, на отдачу въ залогъ вещи въ предѣлахъ собственнаго права ¹⁶⁾ ¹⁷⁾.*

¹⁰⁾ Таково, въ частности, мнѣніе Савиньи т. 3 стр. 372: «Титулъ не только служитъ оправданіемъ *bona fides*, но также констатируетъ ея наличность, пока противная сторона не докажетъ недобросовѣстности». Противъ этого возражаютъ *Stintzing*. указ. соч. стр. 57, *Brinz*, т. 1 § 161 стр. 629.

¹¹⁾ Таковъ взглядъ *Brinz'a*, l. c.

¹²⁾ Ср. *Modestinus libro 5 pandectarum l. 109 D. de V. S. 50, 16. «Bonae fidei emptor» esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse* Ср. *Gaj. Inst. II § 73, pr. J. de usuc. 2, 6.*

¹³⁾ Ср. ниже § 228.

¹⁴⁾ l. 11 § 8, l. 17 D. ad l. aqu. 9, 2, *Eisele*, *Archiv f. civ. Praxis* т. 67 н. 2.

¹⁵⁾ l. 7 § 2 D. *communi dividundo* 10, 3. *Eck*, *die doppelseitigen Klagen* стр. 105 и сл.

¹⁶⁾ l. 18, l. 21 D. de *pign.* 20, 1.

¹⁷⁾ *Paulus* прямо говоритъ въ *libro 18 ad edictum l. 136 D. de R. J. 50, 17: Bona fides tantundem possidenti praestat quantum veritas, quotiens lex impetimento non est.* Это начало не проведено, однако, послѣдовательно, ср. объ этомъ *Ihering l. c.* стр. 104, *Burckhard y Glück*, серія книгъ 39 и 40 т. 2 стр. 306.

Добросовѣстное владѣніе, основанное на титулѣ, является особымъ имущественнымъ правомъ ¹⁸⁾. Но по отношенію къ собственнику вещи и титулованное добросовѣстное владѣніе беззащитно ¹⁹⁾. Въ этомъ и заключается его относительность.

Не лишено извѣстнаго дѣйствія и *нетитулованное* добросовѣстное владѣніе.

Въ частности, добросовѣстный владѣлецъ пользуется плодами вещи, хотя бы она находилась въ его обладаніи не на основаніи титула ²⁰⁾.

4) Публиціанское право на добросовѣстно приобретенную вещь не прекращается въ томъ случаѣ, если владѣлецъ впоследствии узнаетъ, что вещь принадлежитъ третьему лицу—т. н. *mala fides superveniens*. Напротивъ плоды, извлекаемые изъ вещи, принадлежатъ владѣльцу ея лишь въ томъ случаѣ, если ко времени ихъ отдѣленія онъ еще добросовѣстно ²¹⁾ владѣетъ ею.

II. Общая собственность.

§ 195. Понятіе права общей собственности ¹⁾.

1. Невозможно исключительное право собственности нѣсколькихъ лицъ на одну и ту же вещь въ полномъ ея объемѣ—*plurimum dominium in solidum* ²⁾. Но возможна и часто встрѣчается *общая собственность по идеальнымъ долямъ*—*pro partibus indivisis*.

¹⁸⁾ Дальше идетъ Brinz l. с. Онъ прямо называетъ титулованное владѣніе «бонитарной собственностью». Но употребленное въ источникахъ выраженіе (l. 49 D. de V. S. 50. 16)—добросовѣстное владѣніе находится «in bonis nostris»—не доказываетъ этого, такъ какъ оно можетъ быть понято различно. Въ противномъ случаѣ и Суперфициарій владѣль бы «бонитарной собственностью». Ср. также Pernice, Labeo т. 2. 2 изд. стр. 435 и сл.—Съ другой стороны добросовѣстное владѣніе отнюдь не есть одна лишь «образующаяся собственность», въ чемъ Scheurl Beitr. т. 1 стр. 220 видитъ его главное значеніе.

¹⁹⁾ l. 7 § 6 D. pro emptore 41. 4.

²⁰⁾ Подробн. ниже § 205.

²¹⁾ l. 48 § 1 D. de a. r. d. 41. 1, ниже § 205 въ концѣ.

¹⁾ Girtanner въ Hering's Jahrbücher, т. 3 н. 2, стр. 239; Goepfert, Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum 1884; Steinlechner, das Wesen der juris communio 1878; Eck, doppelseitige Klagen, стр. 88 и сл. и Recensionen въ Münchener Kritische Zeitschrift, т. 19, стр. 223, т. 21, стр. 188 и сл.; Eisele, Miteigenthum въ Archiv für civ. Praxis, т. 63, н. 2; Rümelin, die Theilung der Rechte 1883. Scheurl, weitere Beiträge z. Bearbeit. des röm. R. 1 кн., въ особенности, стр. 19 и сл.; Czychlarz, die Eigentumserwerbsarten 1887, т. 1, стр. 130 и сл. W. von Seeler die Lehre vom Miteigenthum, 1896. Больше на практическую сторону обращаетъ вниманіе Stölzel въ hess. Archiv für pract. Rechtsw. n. F., т. 4, стр. 1. Kohler, «Anlagen an der Grenze, Miteigenthum» въ собраніи его сочин., стр. 167. Ср. гражд. ул. для Германской Имперіи, § 741 и сл.

²⁾ l. 5, § 15 D. commodati 13, 6, ср. ниже, прим. 12.

2. Общая собственность возникает или изъ договора товарищества, или независимо отъ этого договора ³⁾. Общая собственность товарищей можетъ на почвѣ договора принимать разнообразныя формы, общая же собственность, основанная не на договорѣ товарищества, раскрываетъ намъ этотъ институтъ въ его чистомъ видѣ; объ этой общей собственности здѣсь и будетъ главнымъ образомъ идти рѣчь. Самый ея важный и древній видъ есть общая собственность сонаслѣдниковъ въ оставшемся послѣ умершаго имуществѣ. Общая собственность далѣе возникаетъ, когда нѣсколькимъ лицамъ отказана одна и та же вещь. Наконецъ, она можетъ образоваться случайно, напр. вслѣдствіе смѣшенія металловъ, принадлежащихъ разнымъ собственникамъ.

3. Логически собственность каждаго изъ участниковъ не отличается отъ единой собственности, такъ какъ въ основаніи ея лежитъ стремленіе къ исключительному господству надъ вещью; но это право, ограничиваемое подобными же правами другихъ участниковъ, становится въ виду этого долевымъ правомъ (Quote) ⁴⁾. Итакъ, общая собственность получаетъ свою особенность, благодаря конкуренціи. Поскольку же послѣдней нѣтъ, право каждаго собственника простирается на всю вещь. Отсюда понятно, что доходъ отъ общей вещи, котораго не можетъ получать одинъ изъ соучастниковъ, идетъ цѣликомъ въ пользу другого ⁵⁾, и что утрата права собственности однимъ соучастникомъ ведетъ непремѣнно къ расширенію правъ другихъ ⁶⁾ ⁷⁾.

4. Доли участія въ общей собственности могутъ быть равныя или неравныя; въ случаѣ сомнѣнія предполагается равенство ихъ.

³⁾ l. 2 pr. D. comm. div. 10. 3. Общую собственность, основанную не на договорѣ товарищества, новые писатели называютъ *communio incidens* «quoniam cum coherede non contrahimus. sed incidimus in eum», l. 25, § 96 D. fam. erc. 10, 2. ср. l. 31 D. pro socio 17. 2.

⁴⁾ Съ этимъ взглядомъ въ общемъ согласны Windscheid, т. 1, § 169^a прим. 3, Steinlechner отд. 2, стр. 37 и сл., ср. также, стр. 250 и сл. Противники такого взгляда: Eck, doppelseitige Klagen, стр. 97 и въ Münchener Krit. Zeitschrift l. c., а также Goepfert l. c., стр. 46.

⁵⁾ l. 1, § 4 D. de stipulatione servorum 45, 3. Julianus libro 52 digestorum . . . neque existimare debemus partem dimidiam tantum mihi adquiri, partem nullius esse momenti, quia persona servi communis ejus condicionis est, retineo, quod alter ex dominis potest acquirere alter non potest perinde habeatur ac si eius solius esset, cui acquirendi facultatem habeat. Cp. l. 7, § 1, l. 8, l. 9 D. eod.

⁶⁾ Противъ этого высказывается Seeler, l. c., стр. 64. Поэтому, по древнему праву, въ случаѣ отпущенія однимъ изъ собственниковъ раба на волю, право на такого раба переходило къ другому собственнику. Лишь императорами въ цѣляхъ гуманности была нарушена такая незаслуживающая одобренія послѣдовательность.

5. Спрашивается, что раздѣльно? Римляне традиціоннымъ образомъ говорили о частяхъ *вещи* ⁸⁾, противопоставляя реальнымъ частямъ части нераздѣльныя—*partes indivisae* ⁹⁾. Нѣкоторые позднѣйшіе писатели понимаютъ это буквально и утверждаютъ, что интеллектуальное дѣленіе относится къ самой вещи и такимъ образомъ каждая физическая единица ея считается мысленно раздѣленной между соучастниками ¹⁰⁾. Однако физическіе предметы можно дѣлить только физически. Въ римскомъ терминѣ не заключалось, слѣд., опредѣленія понятія; оно просто служило удобнымъ и обычнымъ, но отнюдь не точнымъ, опредѣленіемъ ¹¹⁾.

Это призналъ Цельзъ. По его словамъ *дѣлится не вещь, а право собственности на эту вещь*. Съ этимъ соглашались и позднѣйшіе римскіе юристы ¹²⁾.

Ulpian. fragm. I. § 18. Paul. sentent. IV 12, § 1. fragm. Dosithei. § 10. l. 1 C. de servo communi 7. 7. Отчужденіе однимъ изъ участниковъ своей идеальной части другому можетъ совершаться въ формѣ *derelectio* или *traditio*. l. 8 C. communia utriusque iudicii 3, 38 verb. *divisio relicto vel translata possessione finem accipit*. также R. G., т. 13, стр. 179. Традиція необходима, если одинъ соучастникъ желаетъ предоставить свою часть только *одному* изъ другихъ соучастниковъ.

⁷⁾ Единственный собственникъ не можетъ отчуждать чрезъ *derelectio* идеальную часть своей вещи, l. 3 D. pro *derelecto* 41, 7. Modestinus libro 6 *differentiarum*. *An pars pro derelecto haberi possit, quaeri solet et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelecto habeat*. Это рѣшеніе объясняется тѣмъ, что собственность на идеальную долю можетъ возникнуть только благодаря стеченію нѣсколькихъ лицъ. Попытки дать другое объясненіе неудачны, ср. Сухларз I. с., стр. 132.

⁸⁾ Въ частности участникъ въ общей собственности могъ *виндицировать* свою *portio* (долю) вещи, l. 16 C. de rei vind. 3, 32, l. 6 pr. D. de rei vind. 6, 1, ср. l. 30 D. de liberali causa 40, 12.

⁹⁾ l. 25, § 1 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 21 ad edictum. Quintus Mucius ait *partis appellatione rem pro indiviso significari: nam, quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari*. Части поземельнаго участка послѣ раздѣла ея являются самостоятельными участками, а не частями. Въ историческомъ отношеніи онѣ однако остаются частями бывшаго цѣлаго; это можетъ имѣть юридическое значеніе въ особенности вслѣдствіе тѣхъ вещныхъ обремененій, которыя лежали на цѣломъ и продолжаютъ обременять части. Ср. Mommsen, die italienische Bodentheilung въ журн. Hermes, т. 19, стр. 293 и сл.

¹⁰⁾ Такъ—Wächter въ Archiv für civ. Praxis, т. 27, стр. 163 и сл. и въ Württ. Pr. Recht, т. 2, стр. 276. Такого же, повидимому, взгляда Karlowa, Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 454.

¹¹⁾ Въ этомъ отношеніи правильно то, на что указываетъ Eisele въ Archiv für civ. Praxis, т. 63, стр. 52: «Когда римскіе юристы принялись за научную разработку права, они встрѣтились съ терминологіей, уже по большей части установившейся, которая, возникнувъ на практикѣ и такъ сказать, инстинктивно, правда часто, но не всегда, соответствовавшей сущности предмета. Римскіе юристы поступили совершенно правильно, удержавъ и въ случаяхъ подобнаго рода обычную терминологію».

¹²⁾ l. 5, § 15 D. *commodati* 13, 6. Ulpianus libro 28 ad edictum: et ait Celsus *duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium*

Здѣсь, разумѣется, рѣчь идетъ не о раздѣленіи различныхъ функций права собственности между соучастниками; это противорѣчило бы римскому понятію собственности. Право собственности дѣлится между соучастниками не по *содержанію* своему, а по *объему*¹³⁾. Такое дѣленіе проводится непосредственно и безусловно (*ipso jure*) постольку, поскольку дѣло касается дѣлимыхъ дѣйствій права; поскольку же эти дѣйствія недѣлимы, возникаетъ обязанность уравниенія соотвѣтственно отдѣльнымъ частямъ. Въ этомъ отношеніи интеллектуальное дѣленіе имѣетъ, слѣд., только значеніе предписанія, какъ произвести раздѣлъ¹⁴⁾. Въ частности, каждому сособственнику предоставлено непосредственное право отчужденія и залога; онъ можетъ это право осуществлять самостоятельно по отношенію къ своей идеальной долѣ.

Нѣкоторые писатели отрицаютъ дѣленіе права, какъ объекта. Имѣется, по ихъ мнѣнію, только дѣленіе *цѣнности*¹⁵⁾. Но цѣнность не есть нѣчто самостоятельное; она представляетъ собою установленное оцѣнкой отношеніе одного блага къ другому. Цѣнность сама по себѣ не можетъ быть, поэтому, объектомъ дѣленія; дѣлимо только оцѣненное благо.

§ 196. Юридическое положеніе соучастниковъ.

I. Институтъ общей собственности совмѣщаетъ въ себѣ противоположныя права: права отдѣльныхъ соучастниковъ—т. н. *индивидуальныя права*—и *права всѣхъ* соучастниковъ въ ихъ совокупности.

Римское право придаетъ главное значеніе индивидуальнымъ правамъ соучастниковъ и старается дать послѣднимъ возможную

habere. Такого же взгляда Папиніанъ l. 66, § 2 D. de legatis II, Ульпіанъ l. 50 pr. D. de legatis I, l. 7, § 3 D. de liberali causa 40, 12, l. 40, § 4 D. de damno infecto 39, 2, Модестинъ l. 11 D. de servit. 8, 1. Windscheid, т. 1, § 142 прим. 10, прежде возражавшій Цельзу, не поддерживаетъ больше своихъ возраженій. Онъ называетъ часть «расчетною частью» (Rechnungstheil). Дѣленіе права принято и въ герм. гражд. улож., § 741 и сл.

¹³⁾ Scheurl, l. c., стр. 19 и сл.

¹⁴⁾ По мнѣнію Brinz'a, т. 1, § 131 partes pro indiviso обозначаютъ тѣ части, соразмѣрно которымъ сособственники распределяютъ между собою пользованіе вещью, извлеченіе плодовъ, расходы и доходы, и соотвѣтственно которымъ они или третьи лица на ихъ мѣстѣ должны впоследствии дѣйствительно раздѣлить вещь или, вообще, развестись. Справедливо замѣчаніе Scheurl'я l. c., стр. 25, что такое опредѣленіе правильно только по отношенію къ недѣлимымъ функциямъ права.

¹⁵⁾ Теорію цѣнности защищали Girtanner l. c., стр. 239 и сл. и Steinlechner l. c., прежде также Windscheid—см. выше, прим. 12.—Противъ нея высказывается Eck, doppelseitige Klagen, стр. 93 и Krit. Vierteljahrsschr., т. 19 стр. 231.

самостоятельность. Отдѣльные соучастники могутъ быть однако, путемъ договоровъ, ограничиваемы въ своихъ правахъ—въ интересахъ цѣлаго ¹⁾, а съ другой стороны, по одностороннему требованію, судъ долженъ урегулировать взаимныя отношенія тамъ, гдѣ того требуютъ экономическія условія ²⁾.

а) Каждый соучастникъ можетъ совершенно самостоятельно *распоряжаться своей долей*, отчуждать ее, закладывать ³⁾, устанавливать относительно ея узуфруктъ ⁴⁾; она же является объектомъ узуфрукта, установленнаго по закону на имущество даннаго соучастника, она же служитъ для принудительнаго удовлетворенія его кредиторовъ. Въ этомъ отношеніи нѣтъ ограниченій въ пользу остальныхъ соучастниковъ ⁵⁾, въ частности, имъ не принадлежитъ право преимущественной покупки, какъ это мы видимъ нерѣдко въ нѣмецкихъ партикулярныхъ правахъ, въ случаѣ продажи однимъ изъ соучастниковъ постороннимъ лицамъ.

б) Каждый соучастникъ имѣетъ право на *участіе въ общемъ владѣніи* общей вещью. Если послѣднюю, напр. движимостью, возможно владѣть только одному лицу, то вещь слѣдуетъ предоставить въ распоряженіе одного изъ соучастниковъ или третьяго лица, которое въ такомъ случаѣ владѣетъ за всѣхъ; ею могутъ также пользоваться поочередно всѣ участники ⁶⁾. Если стороны не могутъ по этому вопросу придти къ соглашенію, то разрѣшить его долженъ судья ⁷⁾.

в) Каждый соучастникъ имѣетъ также самостоятельное право на *участіе въ доходахъ* ⁸⁾. Здѣсь обыкновенно разумѣется участіе въ *чистомъ доходѣ* съ вещи, используемой сообща или на

¹⁾ l. 3 § 1 D. comm. div. 10, 3, ср. l. 21 D. eod., l. 15 C. fam. ere. 3, 36.

²⁾ Съ подобными судебными рѣшеніями, регулиующими правоотношеніе—вещное, связаны поэтому вещныя послѣдствія въ пользу или въ ущербъ правопремниковъ.

³⁾ l. 2 C. de communium rerum alienatione 4, 52, l. 6 § 9 D. comm. div. 10, 3. Герм. гражд. улож. § 747 также предоставляетъ соучастнику свободное распоряженіе своей долей.

⁴⁾ l. 5 § 2 D. si usufructus petetur 7, 6. Но отдѣльный соучастникъ не можетъ устанавливать на общую вещь реальныхъ сервитутовъ, такъ какъ это легло бы бременемъ и на остальныхъ участниковъ, l. 10 pr. D. de a. a. pl. arg. 39, 3, ср. также l. 41 D. de vel. 11, 7.

⁵⁾ Такого рода тенденція впрочемъ замѣчалась и во времена римской имперіи, l. 3 C. de communium rerum alienatione 4, 52. Diocletianus. Falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividendo iudicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

⁶⁾ Ср. l. 7 § 10 D. comm. div. 10, 3.

⁷⁾ Ср. l. 4 § 3, l. 5, l. 6 D. fam. ere. 10, 2.

⁸⁾ l. 25 pr. D. de usuris 22, 1. Также герм. гражд. улож. § 743.

общій счетъ ⁹⁾). Такое управление можетъ быть установлено при общемъ наслѣдованіи наслѣдодателемъ, въ прочихъ случаяхъ— договоромъ соучастниковъ, а въ случаѣ несогласія споръ разрѣшается судомъ. Только при особыхъ условіяхъ каждый соучастникъ имѣетъ право *непосредственнаго пользованія* общей вещью, напр. право самостоятельной пастбы скота на общемъ пастбищѣ ¹⁰⁾).

d) Каждый соучастникъ управомоченъ принимать мѣры, необходимыя для *сохраненія* общей вещи. Онъ дѣйствуетъ при этомъ также за остальныхъ соучастниковъ и можетъ поэтому поставить имъ въ счетъ необходимыя издержки съ процентами. Въ особенности поощряется ремонтъ общихъ домовъ, а именно, если сотоварищи лица, распорядившагося починкою дома не возмѣстятъ ему въ продолженіе 4 мѣсяцевъ издержекъ по ремонту, то право собственности на домъ переходитъ къ нему, если только онъ пожелаетъ взять этотъ домъ взаменъ сдѣланныхъ имъ издержекъ ¹¹⁾).

e) Что касается, наконецъ, *измѣненія* и *улучшенія* вещи, то на это требуется *согласіе* *всѣхъ* соучастниковъ. Впрочемъ, разъ вещь безъ возраженія со стороны соучастниковъ подверглась измѣненію, то требовать устраненія этого измѣненія можно только тогда, когда это необходимо въ интересахъ цѣлаго ¹²⁾).

f) Каждому соучастнику предоставлены самостоятельные *иски*, служащіе къ защитѣ собственности, какъ противъ третьихъ лицъ, такъ и противъ остальныхъ соучастниковъ ¹³⁾). Каждый соучаст-

⁹⁾ Выше § 78 прим. 2 и 4.

¹⁰⁾ Иногда устанавливается *временное* пользованіе по очереди. Это впрочемъ не безопасно ср. l. 23 D. h. t. 10, 3, l. 35 § 1 D. 49, 2.

¹¹⁾ l. 52 § 10 D. pro socio 17, 2, l. 4 C. de aedificiis privatis 8, 10, римско-сирійскій судебникъ, Лонд. § 98. Также герм. гражд. улож. § 744 отд. 2 каждый соучастникъ управомоченъ принимать по своему усмотрѣнію всѣ мѣры, необходимыя для поддержанія вещи. Утрата остальными права на вещь устранена.

¹²⁾ l. 28 D. comm. div. 10, 3, Papinianus libro 7 questionum. Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse, unde manifestum est prohibendi jus esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat. l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

¹³⁾ Соучастникъ имѣетъ прежде всего въ отношеніи къ другимъ право виндикаціи своей идеальной доли l. 3 § 2, l. 4 D. de rei vind. 6, 1. Въ остальныхъ столкновеніяхъ достаточной помощью оказывается actio communi dividundo. Можетъ ли одинъ соучастникъ прибѣгнуть для осуществленія своего права запрета противъ остальныхъ сособственниковъ къ actio negatoria, являлось у римлянъ спорнымъ; утвердительно высказывался Marcellus l. 11 D. si serv. vind. 8, 5, отрицательно— остальные юристы. l. 26 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 4 D. de serv. leg. 33, 3. Ср. Burckhard у Glück'a кн. 39 и 40 т. 1 стр. 95. Cautio damni infecti и operis novi nuntiatio не допускались въ отношеніи между соучастниками, такъ какъ actio com-

никъ можетъ соотвѣтственно этому пользоваться также владѣльческими исками ¹⁴⁾).

g) Широкое развитіе индивидуальнаго права, въ частности необходимость согласія всѣхъ соучастниковъ для измѣненій и улучшеній вещи, было бы несносно, если бы каждый изъ нихъ не имѣлъ права односторонне требовать *раздѣла*. Такое право ставить участникамъ на выборъ, придти-ли по поводу общихъ мѣръ управления къ извѣстному соглашенію или допустить распаденіе общей собственности. Другими словами: возможность исковъ о раздѣлѣ заставляетъ соучастниковъ, пока имъ желательна общность собственности, искать въ каждомъ спорномъ вопросѣ миролюбиваго его разрѣшенія.

II. Римская конструкция института общей собственности совсѣмъ не является единственно возможною, какъ это часто полагають односторонніе романисты.

Такъ, въ *германскомъ правѣ* встрѣчается слѣдующая конструкция: сособственники *не* имѣютъ *опредѣленныхъ идеальныхъ долей*, а только сообща участвуютъ въ *совмѣстномъ имуществѣ*, причемъ цѣлымъ управляютъ представители, уполномочиваемые на это закономъ или рѣшеніемъ большинства, искъ же о раздѣлѣ не допускается или, если допускается, то только при извѣстныхъ условіяхъ. Общую собственность безъ опредѣленныхъ идеальныхъ частей соучастниковъ называютъ нерѣдко *совокупною собственностью* ¹⁵⁾¹⁶⁾ (*Gesamteigenthum*).

§ 197. Искъ о раздѣлѣ.

Искъ о раздѣлѣ — *actio communi dividundo* — преслѣдуетъ двойкую цѣль: во первыхъ, исполненіе вытекающихъ изъ общности

communi dividundo давало достаточное обезпеченіе, l. 32 D. de damno 39, 2, l. 3 § 2 D. de o. n. n. 39, 1; i. quod vi aut clam допустимъ, l. 13 § 3 D. quod vi aut clam 43, 24. См. K. G. Schneider, über dem Einfluss der communio rei auf Klageberechtigung въ Sells Jahrbücher т. 1 н. 10, Brinckmann, привед. ниже, въ прим. 1, сочин. стр. 52.

¹⁴⁾ l. 12 D. comm. div. 10, 3. Съ этимъ не согласенъ Seeler, l. c., стр. 17. По герм. гражд. улож. § 866 среди соучастниковъ не имѣетъ мѣста защита владѣнія, поскольку дѣло касается предѣловъ пользованія, предоставленнаго каждому изъ нихъ.

¹⁵⁾ Такую совокупную собственность признаетъ герм. гражд. улож. при товариществѣ, общности имуществъ супруговъ и при общности сонаслѣдниковъ.

¹⁶⁾ Герм. гражд. улож., слѣдующее въ общемъ римскому праву, допускаетъ всетаки (§ 745) рѣшенія по большинству голосовъ, касательно управления и пользованія вещью.

обязательствъ собственниковъ—*praestationes personales*, во вторыхъ, раздѣлѣ общей вещи ¹⁾).

Историческое происхожденіе иска связано съ раздѣломъ, отъ котораго онъ получилъ и названіе. Поэтому сначала исполненія соучастниками обязательствъ можно было требовать только наряду и въ связи съ раздѣломъ вещи. Но со временемъ подобныя обязательства стали защищаться искомъ и независимо отъ раздѣла вещи, прежде всего тогда, когда раздѣлѣ вещи между истцомъ и отвѣтчикомъ оказывался невозможнымъ—напр. въ случаѣ выхода отвѣтчика изъ числа соучастниковъ ²⁾ или гибели вещи ³⁾,—а затѣмъ и вообще при продолжавшейся общности ⁴⁾.

1. Каждый соучастникъ обязанъ уважать сходное съ его собственнымъ право соучастника и не препятствовать ему участвовать во владѣніи и пользованіи вещью, сообразно общимъ нормамъ права и особымъ договорамъ или судебнымъ предписаніямъ. Здѣсь искъ служитъ для признанія правъ, затѣмъ для запрещенія неправомернаго вмѣшательства со стороны соучастника ⁵⁾, наконецъ также для присужденія соучастниковъ къ уплатѣ денегъ, затраченныхъ на поддержаніе вещи.

Далѣе, каждый участникъ обязанъ возмѣстить убытокъ отъ *противозаконнаго поврежденія* вещи и отъ *чрезмѣрной перцепціи* и также обязанъ уплатить понесенныя за его счетъ издержки ⁶⁾.

а) Соучастники отвѣчаютъ взаимно за *culpa in concreto* ⁷⁾.

¹⁾ Первымъ по времени искомъ о раздѣлѣ была *actio familiae erciscundae*, направленная на раздѣлѣ общаго наследства. Ср. l. 1 pr. D. fam. erc. 10, 2. Объ этомъ искѣ рѣчь—въ отдѣлѣ наследств. права. Позднѣе образовался общій искъ о раздѣлѣ—*actio communi dividundo*. См. о немъ А. Brinkmann, *Verhältniss der actio communi dividundo et actio negotiorum gestorum* 1885.

²⁾ l. 6, § 1 D. comm. div. 10, 3.

³⁾ l. 11 D. comm. div. 10, 3, l. 25 D. eod., l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 4 D. de serv. leg. 33, 3, l. 3, §§ 1 и 2 D. de o. n. n. 39, 1.

⁴⁾ l. 14, § 1 D. h. t. verb. rectissime dicitur etiam impendiorum nomine iudicium dari debere mihi in socium etiam manente societate.

⁵⁾ l. 12, l. 23 D. comm. divid. 10, 3; Eck, *doppelseitige Klagen*, стр. 98; Windscheid, т. 2, § 449, прим. 4; но ср. также R. G., т. 12, стр. 193.

⁶⁾ l. 3 pr. D. comm. div. 10, 3. Ulpianus libro 30 ad Sabinum. In communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi. Lenel, *edictum perpetuum*, стр. 165, полагаетъ съ достаточнымъ, повидимому, основаніемъ, что въ приведенныхъ словахъ заключается часть исковой формулы: противъ этого—Karlowa, *röm. Rechtsgesch.* т. 2, стр. 459, прим. 1.

⁷⁾ l. 26, § 16 D. fam. erc. 10, 2, l. 8, § 2, l. 10 pr., l. 20, l. 26, l. 28 D. h. t. 10, 3.

b) Каждый участникъ обязанъ все извлеченное имъ сверхъ своей доли, изъ общей вещи,—возвратить соучастникамъ ⁸⁾).

c) *Необходимыя* ⁹⁾ издержки, сдѣланныя однимъ изъ участниковъ въ интересахъ всѣхъ должны быть ему возмѣщаемы ¹⁰⁾. Безразлично при этомъ, зналъ ли дѣлавшій издержки своихъ соучастниковъ или заблуждался на счетъ ихъ ¹¹⁾. Запрещеніе дѣлать за другихъ издержки не препятствуетъ возникновенію требованія ¹²⁾.

Долги принимаются при раздѣлѣ въ расчетъ; они поэтому уменьшаютъ ту часть, которая приходится изъ общей вещи на долю каждаго участника ¹³⁾ ¹⁴⁾.

2. Каждый сособственникъ имѣетъ право односторонне требовать *раздѣла* ¹⁵⁾. Это право, какъ полагали римляне, не можетъ

⁸⁾ l. 3 pr., l. 6 §§ 2 и 4 D. h. t. 10, 3. Необходимо, чтобы участникъ, какъ таковой, извлекъ доходъ. Въ противномъ случаѣ можно предъявить только *actio negotiorum gestorum*, поскольку имѣются налицо условія этого иска. l. 19 D. de neg. gest. 2, 18 l. 20 c. fam. erc. 3, 36, ср. впрочемъ Brinckmann'a указ. соч., стр. 100, Seeler'a указ. соч., стр. 15. 54.

⁹⁾ Необходимость издержекъ требуется l. 25, § 15 D. fam. erc. 10, 2 . . . si unus cogente necessitate fecerit, familiae erciscundae iudicio locus est. За то въ l. 6, § 12 D. comm. div. 10, 3 признается право требовать возмѣщенія издержекъ, «si interfuit aedium hoc fieri». Такъ какъ римское право не допускаетъ улучшеній общей вещи безъ согласія на то соучастниковъ, то требованіе должно быть ограничено возмѣщеніемъ необходимыхъ издержекъ. Однако, расходы и на *полезныя* улучшенія возмѣщаются, если *сособственникомъ прямо или косвенно* дано на нихъ согласіе; согласіе послѣдняго рода можетъ заключаться въ сознательномъ допущеніи дѣйствій другого лица. Ср. у Петражицкаго. Einkommen, т. I, стр. 310.

¹⁰⁾ Требуется, чтобы была совершена сдѣлка общая l. 9, § 4 D. de rebus auct. iudicis 42, 5 и притомъ въ знаніи того, что вещь находится въ общей собственности. l. 29, l. 14, § 1 D. comm. div. 10, 3. Въ противномъ случаѣ дается только *actio negotiorum gestorum*, поскольку имѣются налицо необходимыя для сего данныя, ср. Brinckmann, l. c. Seeler l. c. Трѣбованія такого рода могутъ быть также заявлены въ случаѣ раздѣла, но они лишены преимуществъ *actio communi dividundo*.

¹¹⁾ l. 6 pr., l. 29 pr. D. h. t. 10, 3.

¹²⁾ Иного взгляда Brinz, т. 2, § 323, но безъ достаточнаго основанія.

¹³⁾ § 51 конкурснаго устава гласитъ: «Кто является сособственникомъ несостоятельнаго должника, тотъ имѣетъ право требовать въ силу основывающихся на такомъ отношеніи притязаній преимущественнаго удовлетворенія изъ той части, которая придется при раздѣлѣ на долю несостоятельнаго должника».

¹⁴⁾ Можно ли взыскивать долги, возникшіе изъ общности, съ правопреемника участника, продавшаго свою часть? Въ общемъ на это долженъ послѣдовать отрицательный отвѣтъ, ср. l. 4, § 4, l. 6, § 1 D. h. t. 10, 3. Но эквивалентъ понесенныхъ на общую вещь издержекъ можно удержать изъ вещи, хотя бы перемѣнился участникъ, которому она принадлежала въ то время, когда производились эти издержки, ср. l. 14, § 1 D. h. t. 10, 3. Ср. герм. гражд. улож., § 755, ч. 2.

¹⁵⁾ l. 5 C. h. t. 3, 37. Diocletianus et Maximianus: In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri.

быть *навсегда* исключасемо ни договоромъ, ни завѣщаніемъ, на время оно можетъ быть отмѣнено, поскольку это клонится къ выгудѣ общаго дѣла ¹⁶⁾).

Въ нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ, гдѣ дальнѣйшая общность для хозяйства необходима, раздѣла, причиняющаго прямой ушербъ, вообще требовать нельзя; это касается, напр., пограничныхъ стѣнъ ¹⁷⁾, общаго подѣзда къ двумъ домамъ ¹⁸⁾, принадлежащаго нѣсколькимъ сосѣдямъ колодца ¹⁹⁾.

Въ процессахъ о раздѣлѣ судья имѣетъ право присудить вещь въ собственность—*adjudicatio* и право присудить къ штрафу—*condemnatio*. Раздѣлъ отнюдь не обозначаетъ *одного только тѣлеснаго дробленія*, а напротивъ всякаго рода *обособленіе*, напр. посредствомъ присужденія всей вещи одному соучастнику подѣ условіемъ уплаты соотвѣтствующаго вознагражденія остальнымъ участникамъ.

При раздѣлѣ судья долженъ, прежде всего, принять во вниманіе соглашенія сторонъ; а если таковыхъ не имѣется, онъ можетъ по личному усмотрѣнію остановить свой выборъ на одномъ изъ предложеній участниковъ ²⁰⁾.

Раздѣлъ совершался въ Римѣ въ формѣ состязательнаго суд. процесса; нынѣ раздѣлъ есть актъ охранительнаго судопроизвод-

¹⁶⁾ l. 14, § 2 D. h. t. 10, 3. Paulus libro 3 ad Plautium. Si conveniat ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est: sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet. Соглашеніе, состоявшееся между сособственниками, связываетъ также ихъ сингулярныхъ преемниковъ. l. 14, § 3 cit. in fine, l. 16, § 1 D. pro socio 17, 2. германское уложеніе § 751. По герм. гражд. улож. (§ 749) допускается исключеніе раздѣла навсегда и на время. Несмотря на это, можно всетаки потребовать раздѣла по уважительнымъ причинамъ.

¹⁷⁾ *Пограничныя стѣны* можно разсматривать съ двоякой точки зрѣнія. Во первыхъ, такъ какъ онѣ стоятъ на границѣ, ихъ можно считать раздѣльной собственностью сосѣдей—*pro diviso*. Ср. выше, § 76, прим. 4 Но ихъ можно также разсматривать какъ общую собственность пограничныхъ сосѣдей, *pro partibus indivisis*. Первое опредѣленіе отвѣчаетъ требованіямъ простой логики, однако второе—практичнѣе. Ему поэтому слѣдуютъ и римскіе юристы ср. l. 8 D. de serv. praed. urb. 8, 2, l. 22 D. communi dividundo 10, 3, l. 52, § 13 D. pro socio 17, 2, l. 4 D. de serv. leg. 33, 3. Ср. Ruete *Rechtsverhältnisse gemeinschaftlicher Mauern* 1843, Kohler. l. c., стр. 167, Seeler, стр. 43.

¹⁸⁾ l. 19, § 1 D. h. t. 10, 3. Въ реальной недѣлимости общей вещи нѣтъ препятствія къ раздѣлу, такъ какъ прекращеніе общей собственности возможно и безъ реальнаго дѣленія вещи.

¹⁹⁾ Для пользованія подобными недѣлимыми объектами становится особенно нужнымъ соотвѣтствующее соглашеніе участниковъ, а за отсутствіемъ такового, распоряженіе суда. Такъ см. l. 4 D. de serv. leg. 33, 3.

²⁰⁾ l. 21 D. h. t. 10, 3, l. 3, § 1. C. h. t. 3, 37.

ства ²¹⁾; спорные предварительные вопросы разрѣшаются судьей, на основаніи иска заинтересованнаго участника.

Можетъ ли сособственникъ требовать раздѣла между нимъ и *нѣкоторыми лишь* участниками? Такой искъ не можетъ привести къ опредѣленному результату, такъ какъ не будетъ дѣйствителемъ въ отношеніи къ остальнымъ непривлеченнымъ къ дѣлу участникамъ. Поэтому каждый соучастникъ имѣетъ право требовать приглашенія всѣхъ къ участию въ раздѣлѣ. Впрочемъ нѣкоторые изъ участниковъ *могутъ*, не привлекая къ раздѣлу другихъ, вести дѣло въ томъ предположеніи, что отсутствующіе участники впоследствии дадутъ свое согласіе на раздѣлъ. Такой процессъ, слѣд., допустимъ и не ничтоженъ ²²⁾ ²³⁾.

Въ случаѣ раздѣла вещи—судебнаго или внѣсудебнаго—сособственники отвѣчаютъ за *evictio*, какъ и продавцы ²⁴⁾ ²⁵⁾.

Искъ о раздѣлѣ примѣняется, какъ въ случаяхъ общей собственности, такъ и въ случаяхъ общности другихъ вещныхъ правъ и добросовѣстнаго владѣнія ²⁶⁾.

²¹⁾ Законъ 17 мая 1898 г., § 86 и сл., законъ 24 марта 1897 г., § 180 и сл.

²²⁾ Paul sent. l. 18, § 4 говоритъ: *judex familiae erciscundae nec inter paucos heredes, sed inter omnes dandus est*. Противъ этого высказывается Ulpianus libro 19 ad edictum l. 2, § 4 D. fam. erc. 10, 2: *Dubitandum autem non est, quin familiae erciscundae iudicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit* и тоже находимъ у Paulus libro 23 ad edictum l. 8 pr. D. h. t. 10, 3: *Etsi non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc iudicium inter eos accipi potest*. Оба мѣста источниковъ свидѣтельствуютъ только о томъ, что участвующіе *могутъ* пойти на такой раздѣлъ; въ нихъ не говорится объ обязанности другихъ заинтересованныхъ лицъ соглашаться на раздѣлъ. Принудительнаго участія въ такомъ раздѣлѣ, который не можетъ привести къ конечному результату ср. l. 17 C. familiae erciscundae 3, 36. — оправдать нельзя. Хотя положеніе изъ sent. Paul. не принято въ юстиніановскій сборникъ, оно имѣетъ, однако, значеніе и освѣщаетъ смыслъ внесенныхъ въ компіляцію мѣстъ. Другого, впрочемъ, мнѣнія Zimmermann, über die Theilung unter wenigen von mehreren Kommuniionsinteressenten въ Archiv für civ. Praxis, т. 34 н. 9 и н. 14. Zimmermann'у слѣдуетъ большинство новыхъ писателей, ср. Windscheid, т. 2, § 479, прим. 26. См. также R. G., т. 12, стр. 193.

²³⁾ Теперь этотъ вопросъ регулируется закономъ 17 мая 1898 г., § 91, раздѣлъ 2 и сл.

²⁴⁾ l. 10, § 2 D. h. t. 10, 3. Также герм. гражд. улож., § 757. Ср. Dernburg, Pfandrecht, т. 2, стр. 35.

²⁵⁾ Можно ли оспаривать внѣсудебный раздѣлъ вслѣдствіе уменьшенія одной изъ частей? Многие отвѣчаютъ на этотъ вопросъ утвердительно, ссылаясь на l. 3. C. comm. utriusque iudicii 3, 38 Diocletianus et Maximianus. Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. Но правильно указываетъ Windscheid, т. 2, § 449, прим. 25 на то, что въ послѣдней фразѣ говорится только о примѣненіи правила къ bonae fidei iudicia и, что вслѣдствіе этого получаетъ смыслъ неопредѣленное «perperam». Ср. также первоначальную формулировку этого положенія въ l. 4 Cod. Gregoriani 3, 6.

²⁶⁾ l. 7, pr. до § 13 D. h. t. 10, 3.

III. Содержание права собственности.

§ 198. Поземельная собственность.

1. Право собственности открываетъ человѣку широкое поле самодѣятельности. Въ частности, право поземельной собственности предоставляетъ ему свободное распоряженіе *поверхностью земли* и *всѣмъ*, находящимся съ ней въ твердой связи ¹⁾, даетъ ему исключительное право на *воздушное пространство* (надъ земельнымъ участкомъ) ²⁾ и на *нѣдра земли* съ ихъ составными частями и родниками ³⁾ ⁴⁾.

2. Но наряду съ этимъ право должно охранять интересы *соседей* и *всего общества*. Съ этой цѣлью оно ставитъ собственности извѣстные *предѣлы* и возлагаетъ на собственниковъ *обязанности* ⁵⁾ ⁶⁾.

¹⁾ Ср. выше § 74 прим. 2, а также ниже § 208 въ нач.

²⁾ Ср. l. 1 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 22 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24. Venulejus libro 2 interdictorum. Si quis projectum aut stillicidium in sepulchrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulchro vi aut clam factum sit, quia sepulchri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne supra id caelum. Pampaloni sulla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo in archivio giuridico т. 48, стр. 32.

³⁾ l. 24 § 12 D. de damno infecto 39, 2, l. 1 § 12 D. de aqua 39, 3 но ср. пр. 12.

⁴⁾ Господство собственника находитъ свой естественный предѣлъ тамъ, гдѣ прекращается для человѣка возможность проявлять свою власть. Но и въ предѣлахъ этой сферы господства имѣются ограниченія неписанныя, основывающіяся на цѣли частной собственности и коренящіяся въ общемъ убѣжденіи. Такъ, воздушныя пространства открыты птицамъ, аэростатамъ и т. д.—Недавно была найдена сталактитовая пещера глубоко подъ поверхностью пахотной земли. Имѣли ли крестьяне-владельцы этой земли право воспретить входъ въ принадлежавшую имъ «часть» пещеры, отверстие которой находилось на далекомъ разстояніи отъ ихъ владѣнія, или разрѣшать входъ только подъ условіемъ вознагражденія? Это казалось абсурдомъ. Слѣдуетъ скорѣе признать законнымъ общее пользованіе пещерой. Ср. различные взгляды на этотъ вопросъ Werenberg'a въ Iherings Jahrb. т. 6 стр. 12, Ihering, тамъ же, стр. 85 и сл., Windscheid т. 1. § 168 прим. 2. Ср. герм. гражд. ул. § 905: «Право поземельнаго собственника простирается на пространство надъ поверхностью земли и на нѣдра ея. Однако собственникъ не можетъ воспрепятствовать дѣйствіямъ, предпринимаемымъ на такой высотѣ или глубинѣ, что недопущеніе ихъ не представляетъ для него никакого интереса».

⁵⁾ Ср. Dirksen, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft т. 2 н. 16, Bekker, Jahrbuch т. 5 н. 10 и изслѣдованія Werenberg'a, Ihering, Hesse въ Iherings Jahrbüchern т. 6 н. 1, 2 и 9.

⁶⁾ Большею частью говорятъ объ *ограниченіяхъ собственности*. Между тѣмъ требованія, предъявляемыя къ собственнику, не составляютъ, строго говоря, ограниченій *собственности*. На этомъ основаніи нѣкоторые писатели исключили изъ своего ученія обязанности, которыя возложены на собственника, какъ на такового, ср. Brinz т. 1 стр. 479. Этимъ ничего существеннаго не достигается, такъ какъ внутренняя связь между этими обязанностями и собственностью продолжаетъ существовать, ср. Windscheid т. 1 § 169 прим. 1.—Впрочемъ, когда дѣло идетъ объ «ограниченіяхъ собственности», устанавливаются отнюдь не ограниченія права, самого по себѣ болѣе

Объемъ правъ поземельнаго собственника различенъ, смотря по національнымъ воззрѣнiямъ, требованiямъ времени и вѣянiямъ данной эпохи. Римское право болѣе склонялось къ развитiю правомочiй *собственника*; въ современномъ правѣ большее значенiе получилъ *соціальный* моментъ.

Содѣйствiе общимъ интересамъ сказывается въ слѣдующихъ правовыхъ нормахъ: Владѣльцы береговыхъ участковъ обязаны допускать занятiе береговъ для нуждъ судоходства, въ частности для устройства бечевника ⁷⁾; полицейскiя ограниченiя при возведенiи построекъ должны содѣйствовать общественной безопасности, здорovью, чистотѣ, а равно эстетическимъ требованiямъ ⁸⁾; собственники городскихъ зданiй обязаны содержать ихъ ⁹⁾; въ районѣ крѣпостей запрещено по герм. имперскому закону возведенiе нѣкоторыхъ построекъ ¹⁰⁾; многочисленныя повинности натуральныя и денежныя, напр., устройство дорогъ, обременяють землевладѣльцевъ ¹¹⁾.

3. По общему германскому праву добыванiе *металловъ* и *соли* не принадлежитъ поземельнымъ собственникамъ, какъ таковымъ; оно предоставлено тому, кто законнымъ порядкомъ приобрѣлъ право на добыванiе ископаемыхъ ¹²⁾. Обособленiе этого права отъ

полнаго, а имманентныя границы собственности. Такъ, см. Hartmann, dingliche Rechte an eigener Sache въ Iherings Jahrbücher т. 17 стр. 124 и сл., ср. также выше § 192 пр. 7. Противъ Hartmann'a высказывается Burckhard у Glück'a кн. 39 и 40 т. 3 стр. 121.

⁷⁾ § 4 I. de rer. div. 2, 1.

⁸⁾ Римскiе строительные уставы предназначались для отдѣльныхъ городовъ. Наиболее извѣстенъ законъ Зенона относительно Константинополя. l. 12 C. de aedificiis privatis 8, 10. Равнымъ образомъ и въ настоящее время строительные уставы, сообразно природѣ вещей, носятъ мѣстный характеръ. Ср. въ особенности Biermann, Privatrecht и Polizei 1897 стр. 120 и сл.

⁹⁾ l. 46 pr. D. de damno infecto 39, 2, l. 7 D. de officio praesidis 4, 18, l. 8 C. de aedificiis privatis 8, 10.

¹⁰⁾ Герм. имперск. законъ 21 декабря 1871 г.

¹¹⁾ l. 14 § 2 D. de muneribus 50, 4.

¹²⁾ По древне-римскому праву *поземельный собственникъ* обладалъ, какъ таковой, также исключительнымъ правомъ на *ископаемыя* своего участка, ср. l. 77 D. de V. S. 50, 16. l. 7 § 14 D. sol. matr. 24, 3. Но сельское хозяйство и горнозаводское дѣло, два столь различныхъ занятiя, что невозможно было въ Римской имперiи строго держаться этого правила, ср. Arndt, Bergregal 1879. Существовали мѣстные обычаи, по которымъ поземельный собственникъ обязанъ былъ допустить за извѣстную плату добыванiе руды, l. 13 § 1 D. comm. praed. 8, 4. Въ провинцiяхъ же зачастую приписывали *государству* право на ископаемыя, можетъ быть, подъ влiянiемъ идеи о принадлежности государству провинциальныхъ земель. Также частнымъ лицамъ часто разрѣшалось занимать за извѣстную плату рудники. Такъ частнымъ лицамъ §§ 7 и 9, Tit. Cod. Theod. de metallis et metallariis 10, 19. Согласно l. 3 C. de metallariis 11, 7 допускается повсюду устройство рудниковъ на участкахъ частныхъ владѣльцевъ подъ условiемъ уплаты $\frac{1}{10}$ дохода собственнику земли и $\frac{1}{10}$ казнѣ. Это положенiе невозможно считать нормою общаго права, какъ это дѣлаетъ Wind-

права собственности на землю вполнѣ оправдывалось экономическими соображеніями. Обработка поверхности земли и горное дѣло требуютъ другихъ наклонностей, способностей и знаній. Они и въ пространственномъ отношеніи обыкновенно не коллидируютъ.

§ 199. Законныя сосѣдскія права. Общій обзоръ.

1. Собственникъ поземельнаго участка, по общему правилу, управомоченъ, въ предѣлахъ своего участка распоряжаться имъ по своему усмотрѣнію, не обращая вниманія на интересы сосѣдей ¹⁾). Онъ имѣетъ право превратить свое поле въ каменоломню, свой паркъ въ домъ съ квартирами, свой жилой домъ въ фабрику, хотя бы это и вызывало неудовольствіе сосѣдей ²⁾). Но на границѣ кончается его право. *За предѣлы участка не должны выступать его строенія, мезонины, ставни, не должны расти его деревья ³⁾*.

Такимъ образомъ простое правило отводитъ каждому свое. Но безусловное примѣненіе его невозможно. Множество юридическихъ нормъ смягчаютъ его суровость и устраняютъ возможность злоупотребленія правами собственности къ чрезмѣрному ущербу сосѣдей или даже ко вреду цѣлой мѣстности.

2. Прежде всего поземельный собственникъ не долженъ пользоваться своими правами злонамѣренно, только чтобы *шканировать* сосѣда ⁴⁾.

scheid т. 1. § 169 Цифр. 10. Каковы могли бы быть предѣлы и ближайшія условія такого права, не установлено. Германское горное право развивалось своеобразно. Судя по введенію къ герм. гражд. улож. (§ 67) это право не затрогивается уложеніемъ.

¹⁾ Spangenberg въ Archiv für civ. Praxis т. 9, н. 13; Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2 изд. 1880.

²⁾ l. 26 D. de damno infecto 39, 2. Ulpianus libro 81 ad edictum. Proculus ait, cum quis jure quid in suo faceret, quamvis promississet damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur, mihi videtur vera esse Proculi sententia. Ср. объ этомъ Burckhard у Glück кн. 39 и 40 т. 2, стр. 50 и сл.—l. 24, l. 25 D. eod., l. 14. D. de serv. pr. urb. 8, 2, см. l. 9, l. 10 D. eod.

³⁾ l. 14 § 1 D. si serv. vind. 8, 5.

⁴⁾ См. выше § 41, прим. 7.

3. Онъ долженъ терпѣть *незначительныя и неумышленныя нарушенія границы*. Сюда можно отнести ничтожный наклонъ или выступъ стѣны на междѣ ⁵⁾ ⁶⁾.

4. Весьма важно положеніе, по которому не допускаются вредныя, заносимыя на сосѣдніе участки воздухомъ или водою, т. е. *immissiones*, поскольку они выходятъ за предѣлы *обыкновеннаго* ⁷⁾ ⁸⁾. Сюда можно отнести: дымъ и паръ съ фабрикъ, угольную пыль изъ угольныхъ складовъ, искры отъ паровозовъ ⁹⁾, сырость отъ бань, вредныя вещества, образующіяся при изготовленіи газа, стоки, портящіе источники и рѣки. Также и отъ запаха, и отъ шума должна быть дана защита, если дѣло идетъ о продолжительныхъ или періодически повторяющихся чрезвычайныхъ стѣсненіяхъ ¹⁰⁾ ¹¹⁾ ¹²⁾.

⁵⁾ l. 17. pr. D. si serv. vind. 8, 5. Alfenus libro 2 digestorum. Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret. ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet jus non esse illum parietem ita projectum in suum esse invito se. Чтобы *никогда* нельзя было бы предъявлять иска по поводу выступа стѣны *меньше* чѣмъ на полъ-фута, здѣсь не сказано и принять этого правила нельзя. Слѣдуетъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ руководствоваться соображеніями справедливости.

⁶⁾ Относительно застройки чужого участка безъ умысла или грубой небрежности герм. гр. ул. § 912 и сл. содержатъ предписанія, благоприятныя для строящаго.

⁷⁾ Поземельная собственность даетъ право пользоваться вещью обычнымъ образомъ, не обращая вниманія на то, проникаетъ ли вслѣдствіе этого что нибудь въ воздушное пространство сосѣда. Въ этомъ смыслѣ пишетъ Ulpianus libro 17 ad edictum l. 8 § 6 D. si serv. vind. 8, 5: Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest jus esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare. Совершенно иного взгляда Windscheid т. 1 § 169 цифр. 1, придерживался до новѣйшаго изданія его сочиненія. Онъ причислялъ къ законнымъ *ограниченіямъ собственности* то, «что поземельный собственникъ долженъ терпѣть въ позволительныхъ границахъ воздѣйствіе на его участокъ путемъ, напр., дыма, пыли, пара, какъ слѣдствіе *обыкновеннаго* объясняемаго природой участка пользованія имъ». Это было неправильно. Сосѣдъ не обязанъ этого терпѣть, онъ можетъ оградить себя стѣнами или другими приспособленіями. Но ему недостаетъ *права запрещенія*, посредствомъ котораго онъ могъ бы воспрепятствовать сосѣду въ обычномъ пользованіи *своимъ* участкомъ. Такое мнѣніе теперь принялъ также Windscheid.

⁸⁾ l. 8 § 5 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum. Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia jure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet; in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere jus illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi jus illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant, dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri. Аристонъ, слѣд., впервые примѣнилъ нашъ правовой принципъ—по случаю спора арендатора сыроварни въ Минтурнахъ съ окрестными землевладѣльцами, ср. l. 19 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2.

⁹⁾ R. G. т. 7 стр. 266.

¹⁰⁾ Вопросъ о томъ, существуетъ ли право запрещенія относительно шума или

Сосѣдъ защищается посредствомъ *actio negatoria*, такъ какъ имѣется противозаконное вторженіе въ сферу его права собственности.

Этотъ искъ въ отношеніи къ фабрикамъ, учрежденнымъ съ разрѣшенія полиціи, направленъ не на пріостановку производства, а лишь на устройство приспособленій, устраняющихъ вредъ, или, если это не выполнимо, на возмѣщеніе убытковъ¹³⁾. Вознагражденіе за причиненный сосѣдямъ вредъ можетъ быть требуемо, за время до предъявленія иска, лишь въ томъ случаѣ, если сосѣдъ могъ предвидѣть вредъ и предотвратить его, слѣдовательно въ случаѣ его виновности, за время же послѣ предъявленія иска,—во всякомъ случаѣ¹⁴⁾.

§ 200. Сосѣдское право. Постановленія положительнаго права.

Нормы положительнаго права объ отношеніяхъ сосѣдей между собой большею частью древне-римскаго происхожденія.

1. По закону 12 таблицъ между зданіями должно оставаться свободнымъ промежуточное разстояніе по крайней мѣрѣ въ $2\frac{1}{2}$

зловонія, проникающихъ съ сосѣдняго участка, очень спорный. Въ отрицательномъ смыслѣ высказался между прочимъ Spangenberg l. c. стр. 271, положительный отвѣтъ даютъ Ihering l. c. стр. 111 и сл. и Windscheid т. I § 169 прим. 20. Ср. также Sturm. Beiträge 1891 III. Windscheid опирается на то, что запахъ распространяется посредствомъ переноса газовыхъ частицъ, а шумъ происходитъ вслѣдствіе сотрясенія звуковыхъ волнъ, такимъ образомъ достаточной оказывается точка зрѣнія юристовъ. R. G. т. 6 стр. 217 не обращаетъ вниманія на это. Право собственности должно считаться нарушеннымъ не только тогда, когда наносится ущербъ цѣлости вещи, но и въ томъ случаѣ, когда пригодность вещи для пользованія ею стѣснена или затруднена моментомъ, направленнымъ противъ самихъ лицъ, потребность коихъ должна быть удовлетворяема находящеюся въ данномъ мѣстѣ вещью.—Впрочемъ, именно относительно запаха и шума—R. G. у Gruchot т. 32 стр. 933—играютъ большую роль особія обстоятельства. Въ фабричномъ районѣ города придется больше стерпѣть, чѣмъ въ Вестендѣ или въ кварталѣ столицы, обитаемомъ высшей бюрократіей. Объ одномъ случаѣ, гдѣ истица сама пристроила свое предназначенное для богослуженія зданіе вплотную къ мастерскимъ отвѣтника, откуда исходилъ шумъ, ср. R. G. у Gruchot т. 34 стр. 476.

¹¹⁾ Герм. гр. ул. §§ 906 и сл. содержитъ правила, соответствующія предписаніямъ общаго права.

¹²⁾ О чрезмѣрномъ стѣсненіи сосѣдей пчеловодствомъ см. R. G. т. 12 стр. 173, Seuff. A. т. 47. н. 97 (O. L. G. Stuttg.), Bälz, d. Recht an Bienen 1890 § 4.

¹³⁾ Герм. промышл. уставъ 21 іюня 1869 § 26. Но какой долженъ послѣдовать приговоръ, чтобы можно было принудить къ исполненію его? Rocholl. Rechtsfälle т. 2 стр. 379. совѣтуетъ искать возмѣщенія убытковъ на тотъ случай, если отвѣтникъ до рѣшенія не согласится устроить извѣстныя предохранительныя приспособленія.

¹⁴⁾ arg. l. 5 C. de serv. 3. 34 «si injuriose extruxit». Если потребована cautio damni infecti, то возмѣститъ убытки слѣдуетъ въ болѣе широкомъ размѣрѣ, l. 29 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Ср. вообще R. G. т. 6 стр. 222 R. G. у Gruchot т. 32, стр. 889. но также Bolze, Praxis d. R. G. т. 13 стр. 55.

фута — *ambitus* ¹⁾). Это предписание не сдѣлалось въ послѣдствіи общимъ закономъ въ Римской имперіи. Но судья долженъ въ случаѣ иска объ отграниченіи—разумѣется также и въ случаѣ иска о раздѣлѣ—проводить границу по возможности такъ, чтобы оставалось соответствующее свободное разстояние до построекъ сосѣда ²⁾). Далѣе, новыя постройки не должны заграждать притока воздуха къ гумну сосѣда ³⁾). Иногда это положеніе примѣняли и къ разрѣшеннымъ вѣтрянымъ мельницамъ; съ точки зрѣнія общаго права это ничѣмъ не обосновано ⁴⁾).

2. Падающіе на сосѣдній участокъ плоды остаются по римскому праву за *собственникомъ деревьевъ, съ которыхъ они упали*. Поэтому онъ имѣетъ право собирать ихъ съ сосѣдняго участка, а именно *черезъ день* ⁵⁾). Иначе и практичнѣе этотъ вопросъ разрѣшается, согласно германскому правовоззрѣнію, большинствомъ мѣстныхъ правъ. Согласно имъ такіе плоды, упавъ на сосѣдній участокъ, становятся собственностью сосѣда ⁶⁾).

3. Собственникъ незастроеннаго участка обязанъ допускать переростаніе вѣтвей съ деревьевъ сосѣдняго участка, при высотѣ надъ землей болѣе чѣмъ на 15 футовъ ⁷⁾). Собственникъ строенія не обязанъ этого терпѣть ⁸⁾).

¹⁾ Такъ, см. Karlowa, Rechtsgeschichte т. 2 стр. 518. Festus v. ambitus. Cp. l. 14 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

²⁾ l. 13 D. finium regundorum 10, 1. Cp. Seuff. A. т. 47 н. 96 (R. G.).

³⁾ l. 14 § 1 C. de servit. 3, 34.

⁴⁾ Cp. Vangerow § 297 прим. 6, Seuff. Q. т. 48 н. 246.

⁵⁾ Относящійся сюда интердиктъ гласитъ l. un. pr. D. de glande legenda 43, 28: «glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto». Glans обозначало всякій плодъ. Спорно, значить ли «tertio quoque die»: черезъ день, что соответствуетъ римскому словоупотребленію и природѣ вещи, или: каждый третій день, или же, наконецъ, еще въ третій день, какъ полагали старые писатели.—Можно было прибѣгать и къ *actio ad exhibendum*, l. 9 § 1 D. ad exhibendum 10, 4.

⁶⁾ Arthur Schmidt, das Recht des Ueberhangs und Ueberfalls 1886. Германскому правовоззрѣнію слѣдуетъ герм. гражд. ул. § 911.

⁷⁾ l. 1 § 7 D. de arboribus caedendis 43, 27. Deinde ait praetor: quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quominus pedes quindecim a terra eam altius coerceas. tunc, quominus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto. § 8 Quod ait praetor et lex XII tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur: et hoc idcirco effectum est, nee umbra arboris vicino praedio posceret. Господствующее мнѣніе относитъ это правило къ свѣсившимся деревьямъ. Koch въ Löhrs Magazin т. 4 кн. 3 стр. 336 и въ особенности Wächter, Pand. т. 2. стр. 14 находятъ, что дѣло идетъ не о *перевѣшиваніи* вѣтвей, а о деревьяхъ, растущихъ по отношенію къ сосѣднему участку *противъ солнца*, не захватывая черезъ межу. Сосѣдъ обязанъ прочистить и подрѣзать на 15 футовъ отъ земли вѣтви своихъ деревьевъ, если они своей густотой приносятъ вредъ сосѣднему участку.

Проросшіе въ сосѣдную землю корни должны быть также удаляемы, если они вредятъ, въ особенности если они представляютъ опасность для прочности фундамента сосѣдняго дома ⁹⁾.

4. Собственникъ ниже лежащаго участка долженъ терпѣть, чтобы на его участокъ стекала *дождевая вода*.

5. Сосѣдъ обязанъ дать въ крайнихъ случаяхъ сосѣднему участку, за вознагражденіе такъ называемый *необходимый проходъ* ¹⁰⁾ (Nothweg).

6. Въ римскомъ государствѣ существовало много мѣстныхъ городскихъ статутовъ, въ силу которыхъ разъ принятая форма домовъ не могла быть измѣняема во вредъ сосѣдямъ безъ ихъ согласія ¹¹⁾. Это предписаніе имѣетъ, положимъ, лишь историческое значеніе, но важно для пониманія нѣкоторыхъ явленій римскаго права.

Нерѣдко, но неточно, называютъ новѣйшіе писатели сосѣдскія права *легальными сервитутами* ¹²⁾.

Эти предположенія неудачны. Интердиктъ не говоритъ, что расчистка вѣтвей должна происходить лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда вѣтви своей густотой могли бы причинить вредъ сосѣднему участку. Предписаніе отличалось бы поэтому общимъ характеромъ, благодаря чему оно было бы неудобопримѣнимо. Разъ сосѣдъ принужденъ терпѣть стѣны, живыя изгороди, находящіяся по ту сторону границы, то онъ не имѣетъ также никакого права по отношенію къ густымъ вѣтвямъ, обращеннымъ къ границѣ. Между сторонниками правильнаго взгляда, по которому рѣчь идетъ о свѣсившихся вѣтвяхъ; существуетъ, далѣе, разногласіе по поводу того, подразумѣвается ли здѣсь устраненіе вѣтвей, возвышающихся надъ землею *болѣе* или *менѣе* чѣмъ на 15 футовъ. Языкъ допускаетъ оба толкованія; по существу же дѣла нельзя оспаривать того, что вѣтви, свѣсившіяся близко къ поверхности земли, въ общемъ больше препятствуютъ сельскохозяйственной культурѣ, чѣмъ вѣтви, отдаленныя отъ земли. Господствуетъ поэтому, послѣдній взглядъ.—По герм. гр. ул. § 910 сосѣдъ управомоченъ на устраненіе переростающихъ на его участокъ корней или вѣтвей, за исключеніемъ развѣ тѣхъ случаевъ, когда они не стѣсняютъ его въ пользованіи его участкомъ.

⁸⁾ l. 1 pr. D. de arboribus caedendis 43, 27.

⁹⁾ l. 1 C. de interdictis 8, 1.

¹⁰⁾ Ср. Menzel, das Recht des Nothwegs n. 19 и сл.—Wiener—Juristische Blätter 1896. въ особенности относительно вопроса, имѣется ли здѣсь непосредственное ограниченіе сосѣда или право экспроприаціи. Это сосѣдское право извѣстно также герм. гр. ул. §§ 917, 918, исключая тѣ случаи, когда это состояніе крайней необходимости вызвано произвольнымъ поступкомъ собственника.

¹¹⁾ Нужно было сохранять «formam ac statum antiquorum aedificiorum», поскольку этого требовали интересы сосѣдей l. 11 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2. l. 41 § 1 D. eod., l. 12 de aedificiis privatis. 8, 10. Это соответствовало взглядамъ имперіи, которая съ трудомъ удерживала существовавшій порядокъ, такъ что жизнь постепенно коснѣла.

¹²⁾ Ср. введеніе къ герм. гр. ул. ст. 123: «Не затрогиваются мѣстныя законныя предписанія, подчиняющія поземельную собственность въ пользу сосѣдей, кромѣ указанныхъ въ герм. гр. ул. ограниченій, еще другимъ ограниченіямъ».

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Приобрѣтеніе и потеря права собственности.

I. Общій обзоръ.

§ 201. Способы приобретѣнія ¹⁾.

Непрерывно новые объекты переходятъ въ собственность людей. Безостановочно также совершается обращеніе цѣнностей изъ однихъ рукъ въ другія, частью по случаю смерти,—что пока не подлежитъ нашему разсмотрѣнію,—частью между живыми.

Современная систематика ²⁾ различаетъ по важному юридическому признаку два способа приобретѣнія собственности: *производный* (*acquisitio derivativa*)—и *первоначальный* (*acquisitio originaria*) ³⁾. Производное приобретѣние обусловлено правомъ собственности правопрѣдшественника, первоначальное не зависитъ отъ этого условія. Производнымъ способомъ является, именно, переходъ собственности путемъ традиціи—передачи. Первоначальными являются тѣ способы приобретѣнія, которые доставляютъ собственнику безхозяйныя вещи, напр. оккупация, далѣе также нѣкоторые, устанавливающіе простую перемѣну въ правѣ собственности, въ особенности давностное владѣніе ⁴⁾. Мы изложимъ прежде всего вступленіе имущества въ собственность людей, а затѣмъ обращеніе собственности. Отсюда вытекаетъ слѣдующая классификація:

а) Приобрѣтеніе безхозяйныхъ или вновь возникающихъ предметовъ, благодаря *дѣятельности приобретателя*, въ особенности посредствомъ оккупации и переработки (*specificatio*).

б) Приобрѣтеніе вслѣдствіе наличности права собственности на другую вещь.

Приобрѣтеніе вещей въ силу права собственности на другія вещи называется приращеніемъ, *accessio*. *Accessio* можетъ состоять

¹⁾ Cзыhlarz die Eigenthumserwerbsarten у Glück, кн. 41, 42, т. 1, 1887.

²⁾ Римское дѣленіе на цивильные и натуральные способы приобретѣнія, смотря потому, основаны ли они на постановленіяхъ *jus civile* или *jus gentium*, l, 1 pr. D. de a. r. d. 41, 1, имѣетъ лишь историческое значеніе. Ср. Cзыhlarz, указ. соч. стр. 5.

³⁾ Римлянамъ это дѣленіе было неизвѣстно. Ср. Cзыhlarz, ук. соч. стр. 19. Въ нѣсколько измѣненной формѣ оно положено въ основу прусскаго ландрехта.

⁴⁾ См. выше § 81 прим. 1.

въ простомъ *расширеніи* главной вещи—*accessio* въ болѣе узкомъ смыслѣ ⁵⁾,—или въ *приобрѣтеніи* вещей, представляющихъ собою *самостоятельные и мушественные объекты* ⁶⁾, напр.: половина найденнаго клада, поступающая въ собственность владѣльца участка, образовавшійся на рѣкѣ островъ.

в) Переменная права собственности производнымъ способомъ.

г) Переменная права собственности путемъ давностнаго владѣнія ⁷⁾.

§ 202. Право собственности и вещь.

Правило гласитъ: *одна вещь—одна собственность* ¹⁾. Поэтому на составныя части вещи не можетъ возникнуть особаго права собственности ²⁾.

Далѣе, право собственности существуетъ, пока существуетъ самая вещь. Но если вещь лишь измѣняется, право собственности продолжаетъ существовать.

Въ чемъ же заключаются условія сохраненія вещью своего тождества? Зависитъ ли тождество отъ субстанции или отъ формы ³⁾?

Тождество матеріи (субстанции) не необходимо. Животное, растеніе остается одной и той же вещью, хотя ихъ физическая природа подвержена постоянному обновленію и, наконецъ, становится совершенно иной.

Вслѣдствіе этого рѣшающее значеніе, повидимому, имѣетъ неизмѣнность формы ⁴⁾. Безусловно и этого нельзя утверждать.

⁵⁾ l. 23 § 5 D. de rei vind. 6, 1, l. 26 § 1, l. 27 § 2 D. de a. r. d. 41, 1.

⁶⁾ Такое пониманіе приращенія соответствуетъ источникамъ, ср. l. 9 § 4 D. de usu fructu 7, 1, въ особенности вступительныя слова, помѣщенные ниже § 207 прим. 13. Оно не лишено и внутренняго основанія. Но, разумѣется, не слѣдуетъ, какъ это часто бываетъ, переводить *accessio* словомъ «соединеніе». Это повело Bemann'a Lehre vom Eigenthumsvererb. durch Accession 1867 къ попыткѣ ограничить понятіе *accessio* случаями соединенія.

⁷⁾ Герм. гр. ул. разсматриваетъ отдѣльно *приобрѣтеніе* и *потерю* права собственности на поземельныя участки—§ 925 и сл. и на движимость—§ 929 и сл.

¹⁾ Brinz, т. 1 § 130. Ср. однако выше, § 77 прим. 11. Герм. гр. ул. стремится строго проводить это положеніе.

²⁾ Ср. выше, § 78 прим. 15 и сл. относительно плодовъ.

³⁾ Ср. также O. Fischer, Die Probleme der Identität und der Neuheit. 1892.

⁴⁾ Уже въ Глоссе къ l. 7 § 5 D. de a. r. d. 41, 1 говорится «*forma id est esse rei*», ср. Landsberg, Глосса, стр. 238. Интересно развиваетъ этотъ взглядъ Bemann, Rechtsgrund der Specification, въ Archiv für civ. Praxis, т. 47 н. 2.

Виноградный сокъ различается отъ настоявшагося вина, жеребенокъ имѣеть другой видъ, чѣмъ взрослая лошадь. Никто однако не станетъ тутъ сомнѣваться въ тождествѣ. Между тѣмъ судно считается вещью отличной отъ лѣса, изъ котораго оно построено. Оно признается новой вещью, новой собственностью⁵⁾.

Такимъ образомъ не отвлеченныя соображенія, а фактическія данныя должны имѣть руководящее значеніе. Рѣшаетъ житейскій опытъ. Нерѣдко признается тождество тамъ, гдѣ между тѣмъ матерія или форма подверглась измѣненію. На перемѣну матеріи не обращаютъ вниманія въ особенности тогда, когда она совершается постепенно. Съ другой стороны, измѣненіе формы не существенно въ тѣхъ случаяхъ, когда тождество матеріи очевидно. Сохраненіе за предметомъ стараго *названія* можетъ служить истолкователемъ народнаго воззрѣнія. Но и этотъ признакъ относителенъ.

II. Оккупация и спецификація.

§ 203. Оккупация.

Вещи безхозяйныя, способныя стать собственностью, поступаютъ въ собственность оккупирующаго ихъ, если право на этотъ счетъ не даетъ иныхъ указаній¹⁾.

Оккупация есть *завладѣніе безхозяйными вещами, съ желаніемъ присвоить ихъ себѣ*. Одно стараніе захватить вещь не даетъ еще права на нее²⁾. Оккупирующему не требуется знать, что вещь безхозяйна. Кто, слѣдовательно, съ намѣреніемъ украсть, захватываетъ безхозяйныя вещи,—тотъ становится собственникомъ ихъ³⁾.

⁵⁾ l. 18, § 3 D. de pign. a. 13, 7. Поэтому право заклада на лѣсъ не переносится на судно, хотя послѣднее поступаетъ въ собственность владѣльца лѣса, ср., впрочемъ, Czychlarz a. a. O., стр. 266, Sulzer, Specification 1884, стр. 53.

¹⁾ l. 3 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur., § 12 J. de rer. div. 2, 1. Leist, Natur des Eigenthums, стр. 73. Czychlarz, ук. соч. стр. 29. Ср. герм. гр. ул. «Присвоеніе», Aneignung, § 958 и сл.

²⁾ l. 5 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

³⁾ Ср. l. 9 § 4 D. de juris et facti ignorantia 22, 6, напечатано выше, § 194, прим. 2. Gimmerthal въ Archiv für civ. Praxis, т. 52, стр. 539 учитъ противоположному, опираясь на аргументъ a contrario, выводимый изъ l. 2 pr. D. pro derelicto 41, 7 Paulus libro 54 ad edictum: Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus

Оккупации подлежат как земля, так и движимыя вещи, въ частности слѣдующіе виды этихъ объектов⁴⁾:

а) Объекты, *никогда еще не бывшіе предметомъ собственности*, въ особенности такіе, которые природа постоянно вновь производитъ: животныя въ состояніи естественной свободы, на сушѣ, въ рѣкахъ и въ морѣ⁵⁾, птичьи гнѣзда и яйца, медъ отъ дикихъ пчелъ, продукты моря, ледъ на рѣкахъ⁶⁾. Оккупации подлежатъ, далѣе, еще незахваченные острова⁷⁾ на морѣ.

б) Вещи, уже состоявшія въ собственности, но ставшія безхозяйными за отсутствіемъ преемниковъ у умершаго собственника, по случаю дереликціи (*derelictio*) или по другой причинѣ⁸⁾ ⁹⁾.

Если безхозяйныя вещи находятся на землѣ частныхъ владѣльцевъ, то возможны *коллизіи* между *правомъ оккупации* и *правомъ поземельной собственности*. Подобное столкновение встрѣчается въ особенности относительно дичи.

Собственникъ земли по *римскому* праву могъ запретить входъ въ его участокъ съ цѣлью оккупации, или воспрепятствовать этому, обведя, напр., свой участокъ заборомъ. Хотя оккупантъ, который всетаки вторгался, становился собственникомъ оккупированной имъ вещи¹⁰⁾, но собственникъ земли могъ его удалить съ своей земли и предъявлять къ нему владѣльческій искъ или *actio negatoria*

adquirere; однако Павелъ имѣетъ въ виду лишь тотъ случай, который обыкновенно имѣетъ мѣсто. Онъ упускаетъ изъ виду тотъ рѣдкій случай, когда присвоивается вещь, которую собственникъ ея, какъ разъ случайно, безъ нашего вѣдома бросилъ. Другого мнѣнія Karlowa, *Rechtsgeschichte*, т. 2, стр. 415.

⁴⁾ По германскому правовоззрѣнію безхозяйныя участки не подлежатъ свободной оккупации, они поступаютъ въ собственность казны или общинъ. Однако оккупацию недвижимостей считаютъ пользующеюся признаніемъ общаго права. Герм. гр. ул. § 928 отд. 2 слѣдуетъ германскому правовоззрѣнію.

⁵⁾ I. 1 § 1 D. de a. r. d. 41, 1, §§ 12 и сл. J. h. t. 2, 1.

⁶⁾ Ср. выше, § 69, прим. 12.

⁷⁾ I. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1.

⁸⁾ Ср. о *derelictio* ниже, § 223 прим. 2 и 3. Простое бросаніе владѣнія, разумѣется, не превращаетъ вещь въ безхозяйную. Въ христіанскую императорскую эпоху образовалось, однако, правило, согласно которому обработывавшія погнутые сельскохозяйственныя участки становились ихъ собственникомъ. Прежнему собственнику оставалось лишь право виндикаціи въ продолженіе двухъ лѣтъ съ обязательствомъ возмѣщенія издержекъ по культурѣ I. 8 C. de omni agro deserto 11, 59, ср. I. 11 C. eod. Въ общемъ правѣ такой нормы нѣтъ. См. впрочемъ Czychlarz, *ук. соч.* стр. 96.

⁹⁾ По римскому праву признавались безхозяйными также вещи непріятели. Онѣ становились собственностью оккупирующаго, I. 51 § I. D. de a. r. d. 41, 1. Завоеванныя же участки превращались въ *ager publicus*, I. 20 § 1 D. de captivis 49, 15. Римскія положенія не вошли въ общее право. О нынѣшнемъ правѣ ср. Hefter, *Völkerrecht* §§ 130 и сл., §§ 150 и сл., Bluntschli, *das Beuterecht im Kriege* 1878.

¹⁰⁾ I. 3 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 *rerum cottidianarum sive aureorum*. Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque

по случаю нарушения запрета, съ требованіемъ возмѣщенія убытковъ¹¹⁾. Это давало собственнику земли возможность извлекать изъ охоты постоянный доходъ. Поэтому охота считалась въ Римѣ плодомъ (доходной статьей) земли¹²⁾¹³⁾.

Общее германское право содержитъ другія нормы. Согласно имъ приобрѣтеніе собственности путемъ оккупации ограничено кругомъ лицъ, управомоченныхъ на охоту и рыбную ловлю. Браконьеръ поэтому не становится собственникомъ захваченной имъ добычи¹⁴⁾.

§ 204. Спецификація¹⁾.

Переработка чужихъ движимостей въ новыя формы есть спецификація. Возникаетъ ли чрезъ это новая собственность? Объ этомъ

capiat an in alieno, plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, jure prohiberi, ne ingrederetur. ср. l. 16 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

¹¹⁾ l. 3 § 2 D. uti possidetis 43, 17. l. 1 D. de loco publico 43, 9. Brinz, т. 1, стр. 569 прим. 41 полагаетъ, что тотъ, кто нарушаетъ запретъ, отвѣчаетъ только по иску *injuriarum*, для *actio negatoria* недостааетъ *controversia iuris*, для *uti possidetis—controversia possessionis*. Это неправильно, ср. выше, § 186, стр. 46. См. однако Czychlarz, ук. соч. стр. 54 и приведенныя тамъ цитаты.

¹²⁾ l. 26 D. de usuris 22, 1. l. 12, § 12 D. de instructo 33, 7. Brinz, стр. 567, полагаетъ, что охоту можно считать плодомъ только тогда, когда охота или рыбная ловля заведены въ имѣніи и когда надлежащимъ образомъ организованныя охоты съ ловчими, охотничьими собаками и приспособленіями, приносятъ постоянную ренту. Въ дѣйствительности же важно только то, является ли охота періодическимъ хозяйственнымъ доходомъ вещи, см. выше § 78 прим. 6.

¹³⁾ Въ послѣднее время Wächter, *Jagdrecht* въ *Abhandlungen der Leipziger Juristenfacultät*, т. 1, стр. 331 и Wendt въ *Iherings Jahrbücher*, т. 19 н. 8 напрасно ухищрялись вывести изъ положеній римскихъ источниковъ право охоты въ современномъ смыслѣ этого слова Wendt, стр. 413 правильно замѣчаетъ, что *actio furti*, предъявляемая противъ браконьера, предполагаетъ существованіе защищаемаго имъ права охоты, какъ исключительнаго правомочія собственника участка на оккупацию. Но доказать на основаніи источниковъ существованіе такого иска противъ браконьера ему не удалось. Достаточно, впрочемъ, прочесть помѣщенную въ прим. 10 цитату, чтобы знать, какъ должно отнестись къ конструкціи Wächter'a. См. также Schirmer въ *Ztschr. für Rechtsg.*, т. 11, стр. 311, *Ztschr. d. Savignystift.*, т. 3, стр. 23. Czychlarz, ук. соч. стр. 64. Landucci *archivio giur.* XXIX p. 386. Вѣрный взглядъ уже проводитъ Глосса ср. Landsberg, *die Glosse des Accursius*, стр. 215.

¹⁴⁾ Браконьеръ, вторгающійся въ сферу чужого права охоты или рыбной ловли, по германскому праву собственникомъ добычи не становится; это господствующее мнѣніе. Но спорно, дѣлаетъ ли браконьеръ управомоченнаго на охоту въ качествѣ невольнаго его представителя чрезъ свою оккупацию собственникомъ вещи, или послѣдняя остается безхозяйной, пока не попадетъ къ управомоченному, или къ добросовѣстному приобрѣтателю. Послѣдній взглядъ вѣренъ. Ср. Czychlarz, ук. соч. стр. 70, R. G. in *Stralsachen*, т. 23, стр. 89.

¹⁾ Meykow, *die L. v. d. Eigenthumsverbe durch Specification* въ *Osenbrüggens Dorpater juristische Studien*, стр. 149 и сл.; Bechmann, *Rechtsgrund der Specification* въ *Archiv für civ. Praxis* т. 47 н. 2, Fitting, *Specification* тамъ же т. 48 н. 1, 7, 13.

шелъ споръ между различными школами римскихъ юристовъ ²⁾. Сабиньянцы отрицали перемѣну собственности. Они считали подвергнушуюся переработкѣ *матерію* главной вещью ³⁾. Прокулянцы, наоборотъ, опираясь главнымъ образомъ на перерабатывающую силу *труда*, разсматривали результатъ какъ новую вещь. Вслѣдствіе этого они приписывали право собственности представителю труда ⁴⁾.

Взглядъ прокулянцевъ сдѣлался господствующимъ. Однако пришлось сдѣлать сторонникамъ противнаго взгляда значительныя уступки.

Уступкою, однако, считать нельзя оговорку, что признается недостаточной простая обработка, напр. окрашивание ⁵⁾, а равно открытіе уже существовавшего, напр. при молотьбѣ хлѣба ⁶⁾. Это лишь сообразное съ дѣйствительнымъ положеніемъ вещей ограниченіе понятія спецификаціи.

Sulzer, Specification 1884. Czyhlarz, ук. соч. стр. 249. Ferrini въ bulletino dell' istituto di diritto romano т. 2, стр. 182 и объ этой статьѣ Schneider. Krit. V. I. Schr. т. 36, стр. 44. Paret, Specification 1892 O. Fischer d. Problem der Identität und der Neuheit. 1892 § 6. Sokolovsky въ Sav.-Ztschr. т. 17, стр. 252, ср. герм. гр. ул. § 950.

²⁾ Gaj Inst. II, § 79. In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur. proinde si ex uvis aut olivis aut spicis meis vinum aut oleum aut frumentum faceris, quaeritur utrum tuum sit id quod ex meo effeceris, an meum? Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est, ut cujus materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, idque maxime placuit Sabino. et Cassio. Alii vero ejus rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est; sed eum quoque cujus materia et substantia fuerit, furti adversus eum, qui subriperit, habere actionem.

³⁾ Въ новѣйшее время большею частью утверждаютъ, что и сабиньянцы исходили изъ того мнѣнія, что переработанная вещь не есть старая, а представляетъ собою *новую* вещь, которая однако становится собственностью собственника матеріала. Это не доказано. Притомъ, маловероятно и противорѣчить опыту, чтобы въ научномъ спорѣ съ самаго начала уступили противнику главнѣйшій доводъ въ пользу его мнѣнія, разъ послѣднее подвержено такому сомнѣнію, какъ въ данномъ случаѣ. Ср. выше § 202.

⁴⁾ Многие новые писатели признаютъ опредѣляющимъ моментомъ въ приобрѣтеніи спецификаторомъ вещи не производящій трудъ, а оккупацию сдѣланной безхозяйною вещи. Приобрѣтеніе путемъ переработки коренится не въ матеріальныхъ, а лишь въ формальныхъ соображеніяхъ. Таково въ особенности мнѣніе Vechnan'a ук. соч. Однако, § 25 J. de rer. div. 2, 1 указываетъ на противоположное «cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiae praestavit». Ср. также Plinius historia nat. XXXIV 2, 3: ars pretiosior erat; nunc incertum est peior haec sit, an materia. На связь возрѣнній обѣихъ школъ съ философскими ученіями обращаетъ вниманіе. Соловьевскій, ук. соч.

⁵⁾ l. 26 § 2 D. de a. r. d. 41, 1. Герм. гр. ул. § 950 распространяетъ понятіе переработки между прочимъ на писаніе, живопись, печатаніе, гравированіе, вообще на обработку поверхности.

⁶⁾ l. 7 § 7 in fine D. a. r. d. 41, 1. Противоположный взглядъ въ § 25 J. h. t.—Gaj. Inst. II § 79 нашелъ себя по всей вѣроятности только по ошибкѣ мѣсто въ компіляціи.

Но установилось среднее мнѣніе, реципированное Юстиніаномъ: оно состоитъ въ томъ, что продуктъ труда остается за собственникомъ матеріи въ томъ случаѣ, *если онъ можетъ быть возвращенъ въ свой прежній видъ*. Это, именно, всегда бываетъ при переработкѣ металловъ ⁷⁾ ⁸⁾. Однако же, если спецификанту принадлежитъ хотя бы только часть переработанной матеріи, то продуктъ труда становится всетаки его собственностью ⁹⁾.

Правильнѣе было ограниченіе, внесенное Павломъ и заключавшееся въ томъ, чтобы приобрѣтеніе собственности спецификантомъ обуславливалось его *добросовѣстностью* ¹⁰⁾.

Несущественно, перерабатывалась ли вещь самимъ даннымъ лицомъ или третьими, напр. мастеровыми, фабричными рабочими.

Спецификантъ можетъ быть привлеченъ собственникомъ матеріала къ выдачѣ своего обогащенія ¹¹⁾.

⁷⁾ l. 12 § 1, l. 24 D. de a. r. d. 41, 1, l. 5 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Среднее мнѣніе нашло себѣ въ послѣднее время защитниковъ въ лицѣ Sulzer'a, ук. соч. стр. 140 и Czychlarz'a, ук. соч. стр. 337. Но оно совершенно неправильно; вѣдь берется въ расчетъ не то, можетъ ли продуктъ труда быть возвращенъ безъ уничтоженія его *цѣлности* въ его прежній видъ, а возможно ли это *физически*. Достаточно, слѣд., если художественная работа изъ бронзы, цѣнностью въ сто разъ превышая стоимость матеріала, можетъ быть расплавлена для того, чтобы отнять у художника созданіе его труда.

⁸⁾ Больше практичное ограниченіе вводитъ герм. гр. ул. § 950, именно на тотъ случай, если цѣнность переработки или передѣлки значительно ниже цѣнности матеріала.

⁹⁾ Такъ—§ 25 I. de rer. div. 2, 1. Ср. Fitting, ук. соч. стр. 318 и въ Archiv für civ. Praxis т. 59 н. 14. Другого мнѣнія Sulzer, ук. соч. стр. 78, но противъ него Czychlarz, ук. соч. стр. 350. См. также—Steiner въ Archiv für civ. Praxis т. 72 стр. 119.

¹⁰⁾ Правда это весьма спорный вопросъ. Сторонники теории оккупации здѣсь, разумѣется, — противники. Но кто основываетъ приобрѣтеніе посредствомъ переработки на трудѣ, тотъ долженъ признать въ полномъ соответствии съ этимъ положеніемъ, что только «честному труду» дается защита. Источники несомнѣнно стоятъ на этой точкѣ зрѣнія. Въ особенности l. 12 § 3 D. ad exhibendum 10, 4. Paulus libro 26 ad edictum. Si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est. Ибо здѣсь Павелъ говоритъ, что въ случаѣ mala fides спецификанта собственнику матеріала принадлежитъ actio ad exhibendum на *продуктъ труда*, напр. на одежду, *такъ какъ продуктъ этотъ принадлежитъ ему*, произойдя изъ его вещи. Это Brinz т. 1 § 149 стр. 577 не опровергъ. Затѣмъ, Павелъ пишетъ libro 54 ad edictum l. 4 § 20 D. de usurp. 41, 3. Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit. Потерпѣвшему, далѣе, прямо разрѣшается кондиционировать *продуктъ труда* l. 52 § 14 D. de furtis 47, 2. Ulpianus libro 37 ad edictum. И отсюда тоже вытекаетъ, что этотъ продуктъ разсматривался, какъ собственность потерпѣвшаго и сообразно съ этимъ,—какъ краденая вещь. Такъ какъ это совсѣмъ другое, нежели право требовать при кондикціи украденнаго *матеріала* высшаго вознагражденія, на томъ основаніи, что изъ этого матеріала возможно было произвести продуктъ труда. Ср. Sturm, ук. соч. стр. 123, Paret, ук. соч. стр. 26, Pernice, Labeo, т. 2. 2 изд. стр. 320 и сл. На добросовѣстность не обращаетъ вниманія герм. гр. ул. § 950.

¹¹⁾ Посредствомъ condictio sine causa. Также герм. гр. ул. § 951. Другого мнѣнія Czychlarz, ук. соч. стр. 379.

III. Приобрѣтеніе плодовъ.

§ 205. Отдѣльные виды приобрѣтенія плодовъ ¹⁾.

Въ нижеслѣдующемъ изложеніи мы будемъ главнымъ образомъ имѣть въ виду приобрѣтеніе плодовъ, отдѣленныхъ отъ земли. То, что будетъ сказано о нихъ, должно быть соотвѣтственно примѣняемо къ другимъ плодоноснымъ предметамъ. Плоды принадлежатъ либо собственнику земли, либо другимъ, получившимъ право пользованія ею.

1. Плоды съ земельного участка поступаютъ въ собственность собственника земли непосредственно съ момента *отдѣленія* ихъ ²⁾. Это составляетъ право собственника, всегда дѣйствующее, если не имѣется особыхъ и устрояющихъ его правъ пользованія. Равнымъ образомъ собственникъ приобрѣтаетъ плоды со своего участка, если послѣдній не находился въ его владѣніи, и если третье лицо посадило растеніе или собирало урожай ³⁾. Въ частности, онъ становится собственникомъ плодовъ, извлеченныхъ недобросовѣстнымъ владѣльцемъ его участка.

2. Равно и *эмфитевтъ* становится собственникомъ плодовъ съ момента ихъ *отдѣленія*. Его право скопировано съ права собственности на землю ⁴⁾.

3. Напротивъ, *узуфруктуарій* не пользуется положеніемъ собственника, ему принадлежитъ только *право извлеченія* плодовъ. Отсюда выводили заключеніе, — ссылаясь въ особенности на авторитетъ Юліана ⁵⁾, — что узуфруктуарій приобрѣтаетъ плоды лишь съ момента *перцепціи* (собиранія) ихъ, т. е. захвата владѣнія ими ⁶⁾.

¹⁾ Ср. выше § 78. Отдѣльные случаи приобрѣтенія собственности права на плоды покоятся на различныхъ юридическихъ точкахъ зрѣнія; одни относятся къ приращенію, другіе приближаются къ приобрѣтенію посредствомъ традиціи, третьи — къ приобрѣтенію посредствомъ спецификаціи. Ср. герм. гр. ул. § 953 и сл.

²⁾ Источники въ особенности указываютъ на это относительно приплода животныхъ, § 19 l. de rev. div. 2, 1, J. 6 D. de a. r. d. 41, 1, l. 5 § 2 D. de r. v. 6, 1, чтобы констатировать, что приплодъ принадлежитъ собственнику самки, а не собственнику самца. Ср. впрочемъ Czychlarz, ук. соч. стр. 389.

³⁾ l. 25 pr. D. usuris 22, 1 Julianus libro 7 Dig. . . „fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur“. Того-же взгляда придерживается герм. гр. ул. § 953.

⁴⁾ l. 25 § 1 in fine D. de usuris 22, 1. Можно предположить, что и *прекарістъ* по той-же причинѣ становится собственникомъ плодовъ съ момента ихъ отдѣленія.

⁵⁾ l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1 cit., l. 13 D. qu. m. ususfructus 7, 4 и ниже, пропечатанная въ прим. 7, l. 12 § 5 D. de usu fructu 7, 1.

⁶⁾ Спорно, становится ли узуфруктуарій собственникомъ *приплода животныхъ* съ момента ихъ рожденія *безъ завладѣнія* ими. Слѣдуетъ дать утвердительный отвѣтъ.

Поэтому плоды остаются за поземельнымъ собственникомъ, если узурфруктуарій не владѣеть участкомъ, мало того—даже тогда, когда третье лицо похищаетъ плоды съ этого участка ⁷⁾).

4. Арендаторъ приобрѣтаетъ плоды также посредствомъ *перцепции*. Его право на плоды есть только *обязательственное право*. Вслѣдствіе этого оно было по римскому праву обусловлено ⁸⁾ длящимся дозволеніемъ поземельнаго собственника и прекращалось отнятіемъ этого согласія, хотя бы этимъ нарушался договоръ найма. По общему же праву такого рода взятіе своего согласія обратно лишено юридическаго значенія ⁹⁾, ибо арендодатель не имѣетъ уже права произвольнаго выселенія арендатора, какъ это будетъ изложено ниже.

5. Плоды достаются, наконецъ, *добросовѣстному владѣльцу* плодоприносящаго участка ¹⁰⁾, а равно такимъ держателямъ ея,

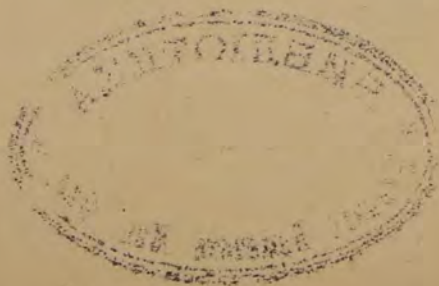
I. 28 pr. D. de usuris 22, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum. In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Гай, какъ можно заключить изъ этого мѣста, приписывалъ узурфруктуарію право собственности на плоды съ момента ихъ отдѣленія, и это правило въ частности примѣняетъ и къ приплоду животныхъ. Его здравому практическому смыслу противорѣчило искусственное ученіе Юліана, по которому узурфруктуарій приобрѣталъ плоды въ собственность лишь черезъ перцепцію. Но въ юстиниановской компіляціи, вслѣдствіе принятія доктрины Юліана въ качествѣ общаго правила, то, что Гай считалъ общимъ правомъ, стало особеннымъ правомъ относительно приплода животныхъ. Ср. Czychlarz, ук. соч. стр. 422 и сл. и приведенн. тамъ мѣста. Впрочемъ мы не думаемъ, какъ полагаетъ Czychlarz, что Юліанъ изобрѣлъ теорію перцепціи, а только, что онъ упрочилъ ея положеніе. По герм. гр. ул. § 954 узурфруктуарій приобрѣтаетъ плоды съ момента ихъ отдѣленія.

⁷⁾ l. 12 § 5 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Julianus libro 35 digestorum tractat, si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui conditione teneatur, dominus fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario conditionem competere, fructuario autem furti actionem quoniam interfuit ejus fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant ejus: nam si fiunt, qua ratione hoc evenit? nisi ea ut interim fierent proprietarii mox apprehensi fructuarii efficiuntur . . . verum est enim conditionem competere proprietario. Ульпіанъ, такимъ образомъ, пользуется возраженіемъ Марцелла, чтобы его разбить. Czychlarz a. a. o. стр. 438 прим. 77.

⁸⁾ l. 62 § 8 D. de furtis 47, 2, l. 4 § 1 D. de r. cr. 12, 1. Czychlarz, ук. соч. стр. 459. По герм. гр. ул. § 956 арендаторъ приобрѣтаетъ плоды съ момента ихъ отдѣленія.

⁹⁾ Ср. также герм. гражд. ул. § 956 разд. 1 стр. 2.

¹⁰⁾ Существуютъ три главныхъ мнѣнія: а) согласно одному добросовѣстный владѣлецъ становится собственникомъ плодовъ. Таково было со времени глоссаторовъ общее мнѣніе. Его защищали изъ новыхъ писателей, между прочимъ, Backe bonae fidei possessor quem ad modum fructus suos facit Berol. 1825; Vangerow т. 1 § 326 пр. 2 цифр. 2; Scheurl, Beiträge т. 1 стр. 281; Dernburg, Heidelberger Krit. Zeitschr. т. 1 стр. 154, Czychlarz, ук. соч. стр. 469 и сл. Petrazycski, Fruchtvertheilung 1892 Abh. 2 стр. 88. б) Savigny, Besitz § 22^a стр. 276 выставилъ тезисъ: добросовѣстный владѣлецъ вещи приобрѣтаетъ и плоды лишь въ добросовѣстное владѣніе. Ему слѣдовательно, предоставлена только usucapio въ продолженіе 3 лѣтъ. Этотъ взглядъ основанъ на мнѣніи, что плоды представляютъ собою не что иное, какъ отдѣленные отъ плодородной вещи части ея,



которыя добросовѣстнымъ образомъ считаютъ себя *управомоченными на пользованіе* ¹¹⁾.

а) Добросовѣстный владѣлецъ становится собственникомъ плодовъ непосредственно съ момента *отдѣленія* ихъ. Въ этомъ отношеніи, т. е. относительно приобрѣтенія плодовъ, онъ занимаетъ такое же положеніе, какъ и собственникъ земли ¹²⁾.

Уже въ древности возбуждали вопросъ о причинѣ этого права на приобрѣтеніе плодовъ и объясняли это тѣмъ, что добросовѣстный владѣлецъ потому приобрѣтаетъ плоды, что онъ культивируетъ вещь и бережетъ ее (*pro cultura et cura*). Приобрѣтеніе плодовъ сходно съ спецификаціей вещи. Какъ тамъ, такъ и здѣсь, имѣется *снова возникающій* продуктъ, который справедливѣе предоставить тому, кто его создалъ своимъ трудомъ, чѣмъ собственнику матеріала. Но, слѣдуя требованію цѣлесообразности, не проводили различія между требующими ухода и дико растущими плодами съ вещи, находящейся въ добросовѣстномъ владѣніи, а также не различали, воздѣлана ли земля самимъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ или третьимъ лицомъ ¹³⁾.

на которыя переходитъ ея юридическое положеніе. Что это возрѣніе шатко, объ этомъ ср. выше § 78 пр. 19. Попытку доказать положеніе, выставленное Савиньи, сдѣлали Windscheid въ *Lindes Zeitschrift, neue Folge* т. 4 н. 3—ср. также *Pand.* т. 1 § 186 пр. 12—и Göppert, *organische Erzeugnisse* въ подробномъ изложеніи. Göppert не становится въ своемъ трудѣ на историческую точку зрѣнія, не различаетъ также надлежащимъ образомъ возрѣній одного римскаго юриста отъ возрѣній другого и не обращаетъ достаточнаго вниманія на мѣста, противорѣчащія его взгляду. Поэтому онъ мало подвинулъ ученіе впередъ. с) Третье мнѣніе состоитъ въ томъ, что *bonae fidei possessor* приобрѣтаетъ «интеримистическую собственность». Это въ особенноти старается доказать Коерпен, *der Fruchterwerb des bonae fidei possessor* 1872, но безуспѣшно. Ср. Waldeck въ *Archiv für civ. Praxis* т. 57 н. 15 см., впрочемъ, и Huschke въ *Arch. für civ. Praxis* т. 63 н. 15. Обзоръ литературы даетъ Petrażycki ук. соч. стр. 133 и сл.

¹¹⁾ Ср. l. 54 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, Petrażycki, *Fruchtvertheilung* стр. 106.

¹²⁾ Также герм. гр. ул. § 955.—Савинусъ еще не признавалъ права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды, подобно тому какъ его школа въ вопросѣ о спецификаціи строго держалась положенія: «*meum est quod ex re mea fit*». Иначе—позднѣйшая классическая юриспруденція. Съ этой точки зрѣнія можно объяснить бросающееся въ глаза противорѣчіе въ l. 48 §§ 5 и 6 D. de furtis 47, 2. Ulpianus libro 42 ad Sabinum. *Ancilla si subripiatur . . . concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu. Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur; at partus ancillae non numeratur in fructu.* Должно предполагать, что первая фраза есть изреченіе Савина, а послѣдняя—поправка къ нему Ульпіана. Другого мнѣнія Karlowa, *röm. Rechtsgesch.* т. 2 стр. 420.

¹³⁾ § 35 J. de rer. div. 2. 1. Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua justa causa aequae bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura, et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo



Достаточно одной добросовѣстности для приобретения плодов. Не требуется титула на приобретение владѣнія ¹⁴⁾. Но плоды поступаютъ въ собственность владѣльца лишь до тѣхъ поръ, пока онъ пребываетъ въ доброй вѣрѣ ¹⁵⁾.

б) Не смотря на свое право собственности на плоды, добросовѣстный владѣлецъ обязанъ въ случаѣ виндикаціи ¹⁶⁾ возвратить собственнику земли, вмѣстѣ съ земельнымъ участкомъ, наличные къ моменту предъявленія иска *естественные плоды*. Въ пользу

consumtis agere non potest. Многие изъ новыхъ писателей утверждаютъ, что это положеніе составлено компиляторами Юстиніана. Такъ, напр., Göpperl, ук. соч. стр. 332, считаетъ приведенное мѣсто «неудачной вставкой», «жалкимъ заключеніемъ», «доктринарнымъ недоразумѣніемъ». Но интерполіяція этого мѣста компиляторами весьма невѣроятна, ср. также Petrażycki стр. 150. Вѣдь они во всемъ, поскольку рѣчь идетъ не о конституціяхъ, удовольствовались собираніемъ отрывковъ старыхъ писателей. Притомъ имъ, какъ законодателямъ, не нужно было ссылаться на naturalis ratio и матеріальныя причины приобретения плодовъ, если они желали дать относительно послѣдняго новыя предписанія. Стиль указываетъ на Гаю какъ на автора. Что cultura и cura добросовѣстнаго владѣльца въ качествѣ основанія приобретения имъ права собственности на плоды пользовались у классическихъ юристовъ извѣстнымъ значеніемъ.—на это указываетъ l. 45 D. de usuris 22, 1, гдѣ Помпоній, писавшій, впрочемъ, послѣ Юліана, хочетъ провести различіе между fructus industriales и naturales l. 48 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 7 ad Plautium. Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini raene est. Очевидно, какъ при спецификаціи, прежде всего освѣщали вопросъ съ одной стороны съ точки зрѣнія чужого матеріала, а съ другой стороны съ точки зрѣнія труда. Но, въ концѣ концовъ, было признано право добросовѣстнаго владѣльца на плоды также и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ они возникали безъ дѣятельности владѣльца. Проводить тутъ различіе было бы дѣйствительно едва ли практично. Норма права идетъ, стало быть, дальше своего первоначальнаго мотива. Въ особенности въ l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1 Iulianus libro 7 digestorum констатируетъ, что добросовѣстный владѣлецъ становится собственникомъ плодовъ также тогда, когда ихъ посѣяло третье лицо—стало быть, несмотря на то, что они были взрощены безъ его участія и продолжаетъ: in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est, praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque a solo separati sunt. Ср. Africanus libro 7 questionum l. 40 D. de a. r. d. 41, 1. Послѣдствія права собственности b. f. emtoris на плоды проводитъ l. 4 § 19 D. de usurp. 41, 3, ср. Petrażycki ук. соч. стр. 90. Pernice, Labeo, т. 2, 2 изд. стр. 356 и сл. держится указаннаго мнѣнія объ интерполіяціяхъ.

¹⁴⁾ l. 48 pr. § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Ср. выше § 194. См. впрочемъ Karlowa ук. соч. т. 2 стр. 422.

¹⁵⁾ l. 48 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 Paulus. Другой взглядъ высказалъ Юліанъ въ l. 25 § 2 D. de usuris 22, 1.

¹⁶⁾ l. 22 C. de rei vind. 3, 32. Diocletianus et Maximianus: Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos. Была ли уже извѣстна юристамъ, изъ сочиненій которыхъ составились пандекты, обязанность добросовѣстнаго владѣльца вещи возвратить наличные естественные плоды? Ср. объ этомъ съ одной стороны Czychlarz ук. соч., съ другой Petrażycki ук. соч. стр. 146.

этого говорили хозяйственныя соображенія. Если бы владѣлецъ имѣлъ право возвратить собственнику его имѣніе безъ наличныхъ плодовъ, то спрашивается, гдѣ послѣдній могъ бы достать хлѣбъ и мясо для пропитанія рабочаго персонала, ленъ на одежду, сѣна, соломы и овса—для прокормленія скота, навозъ и сѣмена—для полей? Въ Римѣ, гдѣ въ самихъ имѣніяхъ обыкновенно изготовлялось все необходимое для хозяйства, это должно было имѣть особенное значеніе. Собственникъ оказался бы въ прискорбномъ положеніи, хозяйство упало бы въ имѣніи до самой низкой ступени ¹⁷⁾. А рѣдко у владѣльца окажется наличныхъ плодовъ больше, чѣмъ необходимо для дальнѣйшаго веденія хозяйства.

Вслѣдствіе этого владѣлецъ былъ обязанъ возвратить наличные плоды какъ *causa rei* вмѣстѣ съ виндицированной вещью; они составляли ея хозяйственную принадлежность. Но *самостоятельнаго* иска по поводу такихъ плодовъ не существуетъ. Нельзя также требовать возмѣщенія плодовъ ¹⁸⁾ *потребленныхъ* и *отчужденныхъ* до предьявленія иска.

Издержки владѣлецъ можетъ покрыть вычетомъ изъ плодовъ ¹⁹⁾.

с) Обѣ стороны отношенія схватываетъ поговорка: *bona fide possessor fructus consumptos suos facit*. Эта поговорка болѣе простонародна нежели юридически точна.

d) Обязанность владѣльца выдать плоды, извлеченныя послѣ предьявленія иска или могущія быть извлеченными, соотвѣтствуетъ общимъ правиламъ о послѣдствіяхъ начала процесса ²⁰⁾.

IV. Виды приращенія (*accessio*).

§ 206. Приобрѣтеніе клада ¹⁾.

1. Кладъ — *thesaurus* — есть найденный, давно зарытый въ землѣ, цѣнный предметъ, собственника котораго невозможно болѣе

¹⁷⁾ Открытіе и развитіе этой мысли составляетъ заслугу Петражицаго ук. соч. стр. 146. противъ него Pernice, Labeo, т. 2. 2 изд. стр. 363 пр. 3.

¹⁸⁾ Иначе смотритъ Windscheid т. 1 § 186 пр. 16, противъ его взгляда Petrażycki стр. 111.—Возвращеніе денежнаго дохода не можетъ быть потребовано. Petrażycki ук. соч. стр. 150.

¹⁹⁾ l. 48 l. 65 D. de rei vind. 6, 1. Petrażycki стр. 114.

²⁰⁾ См. выше § 154.

¹⁾ Gimmerthal въ Archiv für civ. Praxis т. 51 н. 4. André, d. L. v. Schatz. Berl. Inauguraldissert. 1884, Czyhlarz ук. соч. стр. 207. Pampaloni, il concetto giuridico del tesoro in per l'VIII centenario della U. di Bologna studi giuridici e storici 1888 стр. 101.

опредѣлить ²⁾. По древне римскому воззрѣнію кладъ составлялъ приращеніе недвижимой собственности ³⁾. Но предписаніе Адріана нашло справедливый компромисъ ⁴⁾. Согласно этому распоряженію *одна половина* клада принадлежит *находчику, другая—собственнику земли*. Но кладъ принадлежит всецѣло собственнику земли, если находчикъ умышленно розыскивалъ на его участкѣ какой нибудь кладъ.

2. Господствующее мнѣніе разсматриваетъ приобрѣтеніе клада, какъ отдѣльный видъ *оккупации*. Отсюда заключали, что находчикъ посредствомъ завладѣнія становится собственникомъ всего клада и лишь связанъ обязательствомъ отдачи половины его собственнику земли ⁵⁾. Такой взглядъ, однако, не соотвѣтствуетъ ни историческому развитію, ни положительному праву римлянъ о кладѣ.

Согласно послѣднему должно скорѣе признать, что собственникъ участка становится путемъ *accessio* непосредственно собственникомъ своей части въ найденномъ кладѣ ⁶⁾. Находчикъ, поэтому, совершаетъ присвоеніе чужого имущества, если онъ умышленно беретъ себѣ весь кладъ; тогда какъ онъ долженъ былъ бы оставаться безнаказаннымъ, если былъ бы только лично обязанъ отдать часть находки собственнику земли.

Находчикъ также приобрѣтаетъ свою часть не черезъ оккупацию, а на основаніи права. Онъ заслужилъ ее, возвративъ чело-вѣческому обществу кладъ. Достаточно, что онъ этого достигъ своимъ открытіемъ, и онъ не терпитъ ущерба, если другіе раньше его овладѣютъ кладомъ ⁷⁾:

²⁾ l. 31 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 31 ad edictum. Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat: sic enim fit ejus qui invenerit, quod non alterius sit. Обыкновенно дѣло касается вещей, давно зарытыхъ; необходимости въ этомъ нѣтъ.

³⁾ Ср. Plautus Trinummus l. 2 v. 104 и сл. Въ частности принадлежность клада поземельной собственности, въ эпоху республики явствуетъ изъ l. 3 § 3 D. de a. r. d. p. 41, 2. Brutus et Manilius putant eum, qui fuitum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse. Ср. l. 2 § 39 D. de or. juris 1, 2.

⁴⁾ § 39 J. de rer. div. 2, 1, l. 1 § 3 C. de thesauris 10, 15. Также герм. гр. ул. § 984.

⁵⁾ Этотъ выводъ сдѣлалъ Пухта. Противъ него говоритъ § 39 J. h. t. dimidium domino soli concessit. . . si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium Caesaris esse. Дарбе l. 63 D. de a. r. d. 41, 1 и l. 3 § 10 D. de jure fisci 49, 14 dimidiam partem fisco vindicari. ср. Dernburg, Krit. Zeitschr. т. 1 стр. 148. Czyhlarz ук. соч.—Arndts § 154, Windscheid т. 1 § 184, Brinz т. 1 § 148 все еще подводятъ приобрѣтеніе клада подъ оккупацию.

⁶⁾ Добросовѣстный владѣлецъ участка, равно эманципированный и суперфициарій не имѣютъ права на половину, слѣдующую собственнику. Czyhlarz, ук. соч. стр. 235.

⁷⁾ § 39 J. cit. «dimidium inventoris esse», l. 31 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 «fit

3. Заклинаніе духовъ при разыскиваніи клада наказывалось въ Римѣ ⁸⁾, но нынѣ не карается. Поэтому фискъ не имѣетъ права на кладъ, найденный съ помощью „волшебства“. Ибо такое право фиска могло бы быть выведено только изъ наказуемости волшебства. Самостоятельной нормы объ этомъ нигдѣ не имѣется ⁹⁾.

4. Къ кладамъ, скрытымъ въ движимыхъ вещахъ, слѣдуетъ по аналогіи примѣнять изложенныя правила ¹⁰⁾ ¹¹⁾.

5. Кто замѣтитъ потеряныя вещи, лежащія открыто, и возьметъ себя *находку*,—тотъ является *negotiorum gestor*. Какъ таковой, онъ имѣетъ притязаніе на возмѣщеніе сдѣланныхъ въ интересъ потерявшаго вещь издержекъ, но не на вознагражденіе за находку ¹²⁾. Найденная вещь не дѣлается его собственностью, хотя бы даже потерявшій ее долгое время не объявлялся. Большинство германскихъ мѣстныхъ законодательствъ ставятъ находчика въ болѣе благоприятное положеніе ¹³⁾.

§ 207. Приобрѣтеніе по береговому праву.

1. Границы участковъ, прилегающихъ къ публичнымъ ¹⁾ рѣкамъ, шатки, такъ какъ русло протекающихъ водъ подвержено постояннымъ измѣненіямъ. Что рѣка надолго заливааетъ и превращаетъ въ свое русло, то становится публичной вещью. Наоборотъ,

ejus, qui invenerit», l. 63 § 1 D. eod. «inventori cedit». Dernburg Krit. Zeitschr. т. 1 стр. 148, противъ него Brinz т. 1 стр. 572. Ср. въ особенности Czychlarz указ. соч. стр. 229, Seuff. Arch. т. 51 н. 9 (R. G.).

⁸⁾ l. 1 § 1 C. de thesauris 10, 15.

⁹⁾ Другого взгляда придерживается Czychlarz ук. соч. стр. 217.

¹⁰⁾ Такого господствующее мнѣніе см. Wilhelm Sell, Versuche I. 3. Windscheid т. 1 § 184 пр. 11. Bl. f. Rechtspf. in Thüringen u. Anhalt n. F. т. 18 стр. 356. Противъ этого мнѣнія Böking, Instit. § 150 пр. 31, ср. l. 67 D. de rei vind. 6, 1. § 984 герм. гр. ул. также не проводитъ различія.

¹¹⁾ По § 39 J. de reg. div. 2, случайно найденный въ locus sacer или religiosus кладъ принадлежитъ цѣликомъ находчику, а по l. 3 § 10 D. de jure fisci 49, 14 половина найденнаго въ locus religiosus поступаетъ въ казну. Рецепція послѣдняго мѣста покоится, вѣроятно, на ошибкѣ. По нынѣшнему праву, согласно которому право собственности на подобныя мѣста принадлежитъ церкви или общинѣ, послѣднія имѣютъ, какъ собственники, право на половину клада. Иначе Czychlarz ук. соч. стр. 246.

¹²⁾ Ср. l. 43 §§ 8 и 9 D. de furtis 47, 2.

¹³⁾ По мѣстнымъ законамъ находчикъ получаетъ, если невозможно отыскивать собственника, право собственности на находку, даже, если онъ отдаетъ ее собственнику—*награду за находку*. Delbrück въ Iherings Jahrb. т. 3 н. 1 усматриваетъ здѣсь норму общаго права. Герм. гр. ул. § 965 и сл. подробно регулируетъ право находки.

¹⁾ Пока рѣчь идетъ только о публичныхъ рѣкахъ. Но ср. ниже пр. 14 и выше § 73.

поскольку она покидаетъ свое прежнее русло, дно его становится собственностью владѣльцевъ прибережныхъ участковъ ²⁾ ³⁾).

2. Русло доходить по римскому праву до высоты *высшаго* ⁴⁾); а по германскому праву—*средняго* уровня воды ⁵⁾).

3. Собственникъ прибережнаго участка приобрѣтаетъ:

а) *alluviones*, т. е. образующійся постепенно отъ движенія воды примывъ; они увеличиваютъ береговые участки ⁶⁾); это касается также наростовъ, примываемыхъ не вдоль побережья, а образующихся въ одномъ какомъ либо мѣстѣ берега въ видѣ мыса.

б) *avulsio*, т. е. оторванные теченіемъ рѣки участки; они увеличиваютъ участокъ, къ которому ихъ пригнало, если они съ нимъ твердо связываются, въ особенности, если покрываются общою растительностью ⁷⁾).

в) *Покинутое русло рѣки* дѣлается собственностью береговыхъ владѣльцевъ ⁸⁾).

д) Имъ ¹⁰⁾ принадлежитъ также *образующійся на рѣкѣ островъ* ⁹⁾).

²⁾ l. 30 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, напечатана выше § 73 пр. 4.

³⁾ Это по римскому праву не примѣнялось къ *agri limitati*, l. 16 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1 §§ 6, 7 D. de fluminibus 43, 12. Ср. выше § 74 пр. 3 и 4.

⁴⁾ l. 1 § 5, l. 3 § 1 D. de fluminibus 43, 12, l. 112 D. de V. S. 50, 16, ср. § J. de reg. div. 2, 1.

⁵⁾ R. G. т. 2 стр. 316. Въ сомнительныхъ случаяхъ этого рода придется примѣнять германское право.

⁶⁾ § 20 J. de reg. div. 2, 1, l. 7 § 1 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1. с. de alluvionibus 7, 41.

⁷⁾ § 21 J. de reg. div. 2, 1, l. 7 § 2 D. de a. r. d. 41, 1. О сочиненіяхъ Landucci и Pampaloni относительно *avulsio* въ *archivio giuridico* изд. Serafini vol. XXXI p. 157, p. 424, vol. XXXII п. 167, ср. Schneider въ *Münchener Krit. Vierteljahrsschrift* n. F. 8 стр. 60 и сл.—Выраженіе *avulsio* чуждо *corpus juris*.

⁸⁾ § 23 J. de reg. div. 2, 1, l. 30 § 1, l. 56 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Изъ l. 24 D. de m. usufr. 7, 4 вытекаетъ, что *Labeo* былъ другого мнѣнія; на это обратилъ мое вниманіе Викторъ Юшкевичъ. Brugi, *Archivio giuridico* т. 42 стр. 303.

⁹⁾ О приобрѣтеніи острововъ ср. въ особенности Henrici въ *Iherings Jahrbücher* т. 13 н. 2, т. 15 н. 7, Ubbelohde у Glück'a кн. 43, 44 ч. 4 стр. 403 и сл.,—далѣе Zindorfer въ *Zeitschr. der Savignyst. rom. Abth.* т. 4 стр. 233; наконецъ, достойную вниманія *Rostocker Inauguraldissertation: Spiegelberg, Eigenthumserwerb. an Flus-sinseln*. 1886.

¹⁰⁾ § 22 J. de reg. div. 2, 1, l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, l. 29, l. 30 пр. § 2, l. 65 §§ 1 сл. D. eod., l. 1 § 6 D. de fluminibus 43, 12. *Labeo* былъ того мнѣнія, что въ силу юридической послѣдовательности образующійся на публичной рѣкѣ островъ принадлежитъ народу, l. 65 § 4 D. de a. r. d. 41, 1. *Labeo* libro 6 *Pithanon*. Si id quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque quae in flumine publico nata est, publica esse debet. Это совсѣмъ не «чисто теоретическая замѣтка»,—какъ полагаетъ Pernice, *Labeo* т. 1 стр. 274,—а протестъ противъ казавшейся ему неправильной практики, отъ котораго выдающійся юристъ, какимъ былъ *Labeo*, стяжавшій себѣ и на практическомъ поприщѣ общее уваженіе, могъ ожидать успѣха. Согласованіе воззрѣнія *Labeo* съ мнѣніями другихъ пандектныхъ юристовъ является столь же часто повторяющеюся, сколько и безуспѣшною, попыткою. Ср. еще Ubbelohde ук. соч. стр. 379.

При этомъ каждая часть покинутого русла, а равно «каждая часть острова» при своемъ возникновеніи считается приращеніемъ ближайшаго берегового участка. Черезъ точки, одинаково отдаленныя отъ противоположныхъ береговыхъ участковъ, проходитъ граница.

Обыкновенно же учать, что часть острова, приходящаяся на долю каждаго прибережнаго владѣльца, опредѣляется съ одной стороны линіею, проведенною по срединѣ рѣки, а съ другой—линіями, вертикально опущенными изъ предѣльныхъ точекъ отдѣльныхъ участковъ на эту среднюю линію. Такой приемъ годенъ лишь для острововъ, образовавшихся въ рѣкѣ, текущей между параллельными берегами. Для другихъ же случаевъ, въ особенности для острововъ въ рѣчныхъ заливахъ, этимъ принципъ дѣленія не указывается ¹¹⁾.

Береговые участки на островахъ пользуются тѣмъ же правомъ, какъ участки, расположенные на материкѣ ¹²⁾.

4. Рѣчныя приращенія поступаютъ въ собственность береговыхъ сосѣдей *ipso jure, на основаніи ихъ права*; завладѣнія не требуется. *Alluvio* и *avulsio* признаются частями увеличивающихся черезъ нихъ береговыхъ участковъ; напротивъ, покинутое рѣкою русло и островъ на рѣкѣ образуютъ новые самостоятельные участки земли ^{13) 14) 15)}.

¹¹⁾ После неоднократной проверки я присоединяюсь къ доводамъ Henrici въ *Iherings Jahrbüchern* ук. м. Рѣшающій принципъ выставляетъ Цельзий, говоря «*cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit*», l. 30 § 1 D. de a. r. d. 41. 1. Сообразно этому Помпоній заявляетъ въ l. 30 cit. § 2 «*insula fit ejus, cujus ager propior fuerit cum primum exstitit*», ср. l. 56 pr. D. eod. l. 65 § 2 и 3 D. eod.—Gajus libro 2 rerum cottidianarum, l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, положимъ, говоритъ: *in flumine nata—quod frequenter accidit—si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident*. На этомъ мѣстѣ опирается господствующее ученіе, какъ будто не безъ основанія. Но здѣсь имѣется не что иное, какъ примѣненіе принципа въ простѣйшемъ случаѣ. Въ другихъ случаяхъ тотъ же принципъ ведетъ къ другимъ приемамъ. Противъ Henrici высказался Preusser въ *Seufferts Archiv* т. 26 н. 221 и Виндшейдъ т. 1 § 185 пр. 1, его сторону взялъ *Ubbelohde* ук. соч. и, по крайней мѣрѣ принципиально, *Zirndorfer*, ук. соч.

¹²⁾ l. 65 § 3 D. de a. r. d. 41. 1.

¹³⁾ l. 9 § 4 D. de usu fructu 7, 1. *Ulpianus* libro 17 ad *Sabinum*. *Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit tractari: et placuit alluvionis quoque usum fructum ad fructuarium pertinere, sed si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usum fructum ad fructuarium non pertinere . . . quae sententia non est sine ratione: nam ubi latitet incrementum, et usus fructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit*. Ср. l. 3 § 2 D. de aqua 43, 20, *Dernburg*, *Pfandrecht* т. 1 стр. 436.

¹⁴⁾ Изложенныя правила примѣняются и по отношенію къ частнымъ рѣкамъ, поскольку изъ особыхъ отношеній собственности не вытекаетъ для извѣстнаго даннаго

§ 208. Соединение съ недвижимою (Инкорпорация).

Если на участкѣ возводятся *строения* и *тому подобныя сооруже- ния*, служащія не для временныхъ только потребностей, если, далѣе, съ участкомъ срастаются, пустивъ въ него корни, *растения*, то эти строения и растения становятся *составными частями* участка и принадлежатъ *собственнику участка*—*superficies solo cedit* ¹⁾).

Безразлично, поэтому, совершилъ ли присоединение собствен- никъ участка или третье лицо, намеренно ли или случайно. При- соединенное принадлежит поземельному собственнику, даже если онъ похитилъ материалъ. Затѣмъ нужно отмѣтить слѣдующія раз- личія между застройкой и насажденіемъ:

1. Собственникъ *строительнаго материала* не теряетъ права соб- ственности на него безповоротно ²⁾, развѣ, если бы онъ добровольно отъ него отказался или получилъ соотвѣтствующее вознагражденіе.

Его право собственности только находится въ *выжидательномъ положеніи* и снова приходитъ въ дѣйствіе ³⁾ съ момента отдѣленія

случая какойнибудь иной принципъ. Къ озерамъ они не примѣнимы, l. 12 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

¹⁵⁾ Зак. о введ. герм. гр. ул. ст. 65 предоставляетъ регулированіе приобрѣтенія по береговому праву мѣстному законодательству.

¹⁾ Gaj. Inst. II, § 73, l. 44, § 1 in fine D. de obl. et act. 44, 7, l. 98, § 8 D. de solut. 46, 3, l. 2 D. de superficibus 43, 18. Zaun въ Archiv für civ. Praxis, т. 43 н. 10 и н. 13. Въ нашихъ прежнихъ изданіяхъ мы придавали этому положенію гораздо болѣе широкое значеніе, но противъ этого высказался Biermann въ Iherings Jahrb., т. 34 Nr. 4, которому мы теперь слѣдуемъ. Составною частью участка стано- вятся также черепицы для крышъ, хотя бы онѣ соединялись съ нею только накладкою, безъ прикрѣпленія. l. 8 D. quod vi aut clam 43, 24. Герм. гр. ул., § 946 также дер- жится принципа: superficies solo cedit, однако со многими видоизмѣненіями. ср. герм. гр. ул., § 94 ч. 1.

²⁾ l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit: nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit ejus dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem XII tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet, ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere. Это пробужденіе собственности соотвѣтствуетъ, какъ пра- вильно замѣчаетъ Göppert, «einheitliche Sachen», стр. 91, «сильно» развитому ува- женію къ собственности, что особенно ясно обнаруживается въ древне-римскомъ правѣ.

³⁾ Это обозначается подходящимъ терминомъ «ruhendes Eigenthum», Windscheid, т. 1, § 188, прим. 13. Противъ этого Kohler въ Iherings Jahrb., т. 26, стр. 50. Уже римляне различно объясняли себѣ это явленіе, ср. напр. l. 7, § 10 D. de a. r. d. 41, 1, l. 59 D. de rei vind. 6, 1. Тоже наблюдается у новыхъ писателей. См. приведенн. у Виндшейда, ук. соч., писателей, въ особенности Demelius, Exhibition, стр. 100, а равно A. Schmidt, Ztschr. d. Savignystiftung r. Abth., т. 11, стр. 125, Hölder Pand., стр. 377. Pernice, Labeo, т. 2, 2 изд., стр. 317, прим. 4.

застроеннаго матеріала отъ участка. Это правило примѣняется даже въ томъ случаѣ, если недобросовѣстный владѣлецъ чужого участка застроилъ его своимъ матеріаломъ въ своихъ цѣляхъ ⁴⁾.

Но, по общему правилу, нельзя принудить къ отдѣленію застроеннаго матеріала, такъ какъ оно представило бы изъ себя хозяйственно-вредное разрушеніе цѣнности ⁵⁾. Взамѣнъ этого въ Римѣ существовала *actio de tigno juncto*, съ помощью которой собственникъ застроеннаго матеріала могъ требовать возмѣщенія двойной цѣнности его отъ собственника земли, воспользовавшагося этимъ матеріаломъ безъ его согласія ⁶⁾. Нынѣ онъ въ правѣ требовать только возмѣщенія убытковъ ⁷⁾.

Кто, однако, въ качествѣ владѣльца или арендатора возведетъ на чужомъ участкѣ строеніе, тотъ можетъ *свезти* ихъ—*jus tollendi* ⁸⁾, если собственникъ земли, при требованіи ея обратно, не согласится возмѣстить издержки.

2. *Растенія*, пустившія корни въ чужую землю, навсегда выходятъ изъ сферы обладанія прежняго собственника. Онъ, и въ случаѣ позднѣйшаго отдѣленія растений, не можетъ на нихъ притязать ⁹⁾.

⁴⁾ Такъ I. 2 C. de rei vind. 3. 32. Гай, напротивъ, высказывается за окончательную утрату собственности по слѣдующей неосновательной причинѣ «si scit alienum solum esse. sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur», I. 7. § 12 D. de a. r. d. 41, 1, повторено въ § 30 J. de rer. div. 2, 1. Въ виду противорѣчивости источниковъ присоединиться къ аргументаціи Гая нельзя. Таково также мнѣніе Windscheid'a т. 1, § 188, прим. 21. О попыткахъ къ согласованію см. тамъ же.

⁵⁾ I. 6. D. ad exhibendum 10, 4, I. 7, § 10 D. de a. r. d. 41, 1, § 29 J. de rer. div. 2, 1. Уже 12 таблицъ постановили это относительно «зданій» и «бревенъ для виноградниковъ», I. 1 pr. D. de tigno juncto 47, 3. Czychlarz 7. L. v. tignum junctum въ Ztschrift. f. Privat-und öffentliches Recht, т. 21 н. 2.

⁶⁾ Tit. Dig. de tigno juncto 47, 3. Huschke ad leg. XII tab. de tigno juncto 1837. Первоначально искъ касался «украденнаго» строительнаго матеріала, I. 1. 1, 2 D. h. t. 47, 3. Но его стали примѣнять вообще къ чужому матеріалу, I. 7, § 10 D. de a. r. d. 41, 1, I. 6 D. ad exhibendum 10, 4; только тамъ онъ не примѣнимъ, гдѣ соединеніе произошло съ согласія собственника, I. 63 D. de don. i. v. et. u. 24, 1, ср. Windscheid т. 1, § 188, прим. 16, Lenel edictum, стр. 265, противъ—Vangerow, т. 1, § 300, Pernice, Labeo, т. 2, 2 изд., стр. 318, Czychlarz ук. соч., стр. 95.

⁷⁾ Кто добросовѣстно дѣйствовалъ, застраивая чужой матеріалъ, тотъ отвѣчаетъ лишь въ предѣлахъ обогащенія.

⁸⁾ См. ниже, § 227, прим. 11 и 12. I. 19, § 4 D. locati 19, 2, Kohler въ Iherings Jahrbüchern, т. 26, стр. 50.

⁹⁾ I. 26, § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 14 ad Sabinum, arbor . . . ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam; I. 9, § 2 D. de damno infecto 39, 2 verb.: «nec arbor». Обязанность недобросовѣстнаго приобретателя дерева возмѣстить интересъ, добросовѣстнаго—выдать обогащеніе, сама собой разумѣется. Въ виду этого, римскіе юристы давали *utilis rei vindicatio* относительно дерева, если обязательство не исполнялось. I. 5, § 3 D. de rei vind. 6. 1. Ср., впрочемъ, Wächter, Pand., т. 2, § 133 прил. IV.

§ 209. Соединеніе движимыхъ вещей (Инкорпорація).

Если движимыя вещи, безъ спецификаціи, соединяются въ одно техническое или художественное цѣлое, то придаточная вещь слѣдуетъ судьбѣ главной. Собственнику главной вещи принадлежить, поэтому, все цѣлое ¹⁾. *Главною признается та вещь, которая составляетъ физическую основу происшедшаго отъ соединенія цѣлаго* ²⁾. Согласно этому, краска слѣдуетъ судьбѣ шерсти ³⁾, корабельная доска—судьбѣ киля ⁴⁾, драгоценный камень—золотой оправѣ ⁵⁾, даже написанное—судьбѣ бумаги ⁶⁾.

Но слѣдуетъ различать *простое соединеніе* и *соединеніе воедино* (унификація). Первое имѣется налицо, когда придаточная вещь сохраняетъ въ соединеніи свою самостоятельность; при унификаціи одна вещь входитъ въ составъ другой и представляетъ собой только часть послѣдней. Въ случаѣ простого соединенія прежній собственникъ придаточной вещи имѣетъ право требовать ея отдѣленія; его право собственности получаетъ послѣ отдѣленія прежнюю силу. Наоборотъ, при унификаціи отдѣленія требовать нельзя и особое право собственности на придаточную вещь утрачивается, не приобретаемая прежней силы даже въ случаѣ наступившаго впоследствии отдѣленія ⁷⁾.

¹⁾ Также и герм. гр. ул. § 947 ч. 2. Если ни одна вещь не является главной, то образуется общая собственность пропорціонально цѣнности соединенныхъ вещей, § 947 ч. 1.

²⁾ Dernburg, Kritische Zeitschrift, т. 1, стр. 154.

³⁾ Это положеніе принадлежитъ Сервію Сульпицію. l. 26, § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

⁴⁾ l. 61 D. de rei vind. 6, 1, l. 26, § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

⁵⁾ l. 6 D. ad exhibendum 10, 4.

⁶⁾ Впрочемъ уже римлянамъ это казалось парадоксальнымъ, поэтому и повторялось ими часто и съ удареніемъ. l. 9, § 1 D. de a. r. d. 41, 1 и § 33 J. de rer. div. 2, 1, l. 3 § 14 D. ad exhibendum 10, 4.

⁷⁾ Это различіе примѣняется специально къ статуямъ—въ l. 23, § 5 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 21 ad edictum (ссылаясь на Кассія): *dicat enim, si statuæ suæ ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse, non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatione per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit.* Ср. Göppert: über die Bedeutung von ferruminatione und adplumbare 1869, а также въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, т. 9, стр. 241 и сл. Доводы Göppert'а можно, по сообщеніямъ Conze, признать только отчасти вѣрными. Göppert правъ въ томъ, что ferruminatione означаетъ всякаго рода спаиваніе, замазку, склеиваніе, причѣмъ связующее средство, хотя бы только *на видѣ*, такъ ассимилируется съ матеріей соединяемыхъ кусковъ, что получается, повидимому, одно нераздѣльное; но онъ неправъ, стр. 17 и сл., стр. 36 и сл., понимая подъ adplumbare соединеніе посредствомъ *свинцовыхъ звездъ, штифтовъ, скобъ*. На это свинецъ не годится по своему составу и не употреблялся обыкновенно ни въ древности, ни въ новое время. Adplumbare означаетъ скорѣе соединеніе расплавленнымъ

Къ картинамъ примѣняется особое правило. Именно, картина, нарисованная на чужой доскѣ, не становится, какъ то слѣдовало бы изъ общаго правила, принадлежностью собственника доски. Напротивъ, цѣлое дѣлается собственностью художника подъ условіемъ его добросовѣстности⁸⁾. Это правило должно быть распространено на всѣ графическія художественныя произведенія⁹⁾, напр. на гравюры.

Тотъ, кто пріобрѣлъ посредствомъ присоединенія, безъ матеріально-правоваго основанія, чужой матеріаль, обязанъ вознаграждать прежняго собственника послѣдняго за вредъ, въ предѣлахъ, однако, только своего обогащенія, если на него не падаетъ вины за соединеніе.

§ 210. Confusio и commixtio.

1. Confusio есть соединеніе въ одну массу вещей, принадлежащихъ разнымъ собственникамъ. Оно можетъ произойти отъ смѣшенія жидкостей или отъ растворенія твердаго тѣла въ какой-нибудь жидкости или отъ сплавления одинаковыхъ или неодинаковыхъ металловъ.

Если смѣшеніе произошло на основаніи договора, то послѣдній разрѣшаетъ вопросъ о правѣ собственности. Если оно совершилось по односторонней волѣ, то можетъ представлять собой *спецификацію*.

Оно потому считалось чѣмъ-то отличнымъ отъ ferruminare, что наглазъ свинецъ не сливается съ матеріаломъ соединяемыхъ частей, и, на дѣлѣ, представляетъ собой менѣе тѣсное соединеніе. Должно считать весьма вѣроятнымъ, что въ l. 23, § 3 cit. говорится только о статуяхъ, сдѣланныхъ изъ металла, а не изъ мрамора, такъ какъ металлическія статуи считались въ древности самыми красивыми и цѣнными, и рука изъ мрамора не могла бы имѣть особенной цѣнности. Сообразно съ этимъ Кассій и Павелъ различаютъ относительно предметовъ, сдѣланныхъ изъ металла, два способа соединенія: *болѣе прочный* посредствомъ ferruminare даетъ *единство* цѣлому на видъ и въ юридическомъ отношеніи, такъ что въ случаѣ будущаго отдѣленія первоначальное право собственности на часть не оживаетъ снова; *менѣе прочный* посредствомъ заливанія свинцомъ—adplumbare—создаетъ *простое соединеніе*, право собственности на присоединенную часть прекращается не навсегда. До Göppert'a разумѣли подъ ferruminatio сплавливаніе, т. е. соединеніе посредствомъ того-же металла, подъ adplumbare—сплавиваніе, т. е. соединеніе съ помощью различнаго металла. Игнорировали при этомъ технику, которой такое сплавливаніе неизвѣстно. Ср., впрочемъ, Windscheid, т. § 189 прим. 1.

⁸⁾ Такъ Гай l. 9, § 2 D. de a. r. d. 41, 1 и въ особенноти Юстиніанъ въ § 34 J. de reg. div. 2, 1; другого мнѣнія былъ Павелъ l. 23, § 3 D. de rei vind. 6, 1. Собственникъ доски имѣетъ право на utilis rei vindicatio противъ художника, если тотъ не возмѣститъ стоимости доски.

⁹⁾ Madai въ Archiv für civ. Praxis, т. 26 н. 8 II. Герм. гр. ул. § 950 усматриваетъ въ этихъ и въ сходныхъ случаяхъ спецификацію, ср. выше § 204, прим. 5.

За исключеніемъ же этихъ случаевъ, при одностороннемъ или случайномъ смѣшеніи, примѣняются слѣдующія правила:

а) Если *обособленіе* практически возможно, т. е. не сопряжено съ несоотвѣтственными расходами, то въ правѣ собственности не происходитъ никакого измѣненія. Каждый изъ участниковъ можетъ отдѣлить свой матеріалъ, если масса въ его владѣніи, а въ противномъ случаѣ требовать разъединенія. Расходы ложатся на того, кто добивается этого, въ случаѣ если на другую сторону не падаетъ никакой вины.

б) Если обособленіе практически невыполнимо, то *собственники смѣшанныхъ вещей пріобрѣтаютъ пропорціонально цѣнности послѣднихъ право общей собственности на смѣшанную массу, по идеальнымъ долямъ*^{1) 2)}.

2. Смѣшеніе принадлежащихъ разнымъ собственникамъ *сухихъ тѣлъ* безъ нарушенія ихъ цѣлости, напр. ссыпка хлѣба въ зернѣ, называютъ обыкновенно *commixtio*³⁾. Если оно происходитъ въ силу договора, то рѣшающее значеніе имѣетъ послѣдній. Въ другихъ случаяхъ слѣдуетъ различать:

а) Разъединеніе выполнимо. Тогда владѣющій собственникъ можетъ совершить это разъединеніе, а невладеющій собственникъ можетъ требовать его.

б) Разъединеніе невыполнимо. Тогда каждый изъ участниковъ имѣетъ *право собственности на количество, которое соотвѣтствуетъ величинѣ его доли*. Владѣя цѣлымъ, онъ можетъ это количество отдѣлить, не будучи же владѣльцемъ—виндицировать его. Права общей собственности не возникаетъ^{4) 5)}.

Иначе дѣло обстоитъ при смѣшеніи *денежныхъ знаковъ*. Назначеніе ихъ, какъ средства обмѣна, требуетъ возможнаго ограниченія виндикаціи. Поэтому высказывались въ томъ смыслѣ, что

¹⁾ Ср. § 27 J. de rer. div. 2, 1, l. 3 § 2, l. 4, l. 5 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Bemann, Accession, стр. 33, Ascoli della confusione e commistione Roma 1887.

²⁾ Также герм. гр. ул. § 948, не различая при этомъ confusio и commixtio.

³⁾ Источники говорятъ, не различая, о confusio и commixtio жидкостей и сыпучихъ тѣлъ.

⁴⁾ § 28 J. de rer. div. 2, 1, l. 5 pr. D. de rei vind. 6, 1. Bemann, Accessio, стр. 28. При смѣшеніи предметовъ разной стоимости приходится принять въ расчетъ не только количество, но и качество вошедшей въ общую массу вещи.

⁵⁾ Сюда относится также такъ наз. «Sammel-oder Vermengungsdepot», когда банкиръ хранитъ вмѣстѣ для различныхъ вкладчиковъ бумаги на предъявителя одинаковаго рода, не обособляя ихъ для отдѣльныхъ собственниковъ. Каждый вкладчикъ имѣетъ въ такомъ случаѣ право *собственности* на определенное число *бумагъ*, стало быть на извѣстное количество: банкиру бумаги не принадлежать.

деньги, попавшія къ чужому владѣльцу и неразлично смѣшавшіяся съ его деньгами, становятся—въ качествѣ *потребленныхъ вещей*—собственностью этого лица ⁶⁾ 7).

V. Производные способы приобрѣтенія.

§ 211. Передача (traditio) ¹⁾.

1. По Юстиніановому праву *передача* есть общая и необходимая форма добровольнаго отчужденія тѣлесныхъ вещей ²⁾ 3).

⁶⁾ l. 78 D. de solut. 46. 3. Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus, cujus fuerunt: si mixti essent ita ut discerni non possent, ejus fieri qui accepit in libris Gaji scriptum est. Само собою разумѣется, что обогатившійся такимъ путемъ обязанъ возмѣстить свое обогащеніе, а если онъ сознательно присвоилъ себѣ чужія деньги—возмѣстить и убытки.

⁷⁾ Также R. G., т. 24, стр. 315. Впрочемъ, взгляды тутъ сильно расходятся. Имѣются монографіи—J. Comte, *Erwerb d. Eigenthums an Geldstücken*, Berl. Inauguraldiss. 1887, Hohenemser, *Consumtion des Geldes*, Marb. Inauguraldissert. 1892, Niemeyer, *Eigenthumswerb an Geld durch Vermischung*, Ztschrft f. Handelsr., т. 42 н. 2, тамъ см. остальную литературу. Niemeyer отрицаетъ всякую особую юридическую квалификацію въ случаѣ смѣшенія денегъ. Ср. еще вызывающее нѣкоторое сомнѣніе рѣшеніе R. G. in Strafs., т. 26, стр. 43.

¹⁾ Exner, *die Lehre vom Rechtserwerbe durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht 1867*. Kohler *gesammelte Abhandl.*, стр. 1 и сл.—Герм. гр. ул., § 929 и сл. «Übertragung».

²⁾ l. 20 C. de pactis 2, 3. Diocletianus et Maximianus. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur, l. 50 pr. D. de rei vind. 6, 1. Callistratus libro 2 edicti monitorii. Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager tuncque possessio amissa sit. l. 15 pr. C. de rei vind. 3, 32. Diocletianus et Maximianus. Quotiens duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorum. Передача есть *форма* переноса права собственности; ср. выше, § 97, Windscheid, т. 1 § 171, Exner ук. соч., § 1. Противъ такого взгляда высказываются Brinz, т. 1, § 150, стр. 588, Bekker, *Recht des Besitzes*, стр. 86. Возражаютъ, что передача есть *реальное* дѣйствіе. Но и реальныя дѣйствія могутъ служить формой волеизъявленія.—Повидимому, исключеніе образуетъ l. 1, § 1 D. pro socio 17, 2. Gajus libro 32 ad edictum. In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur. Однако юристы предполагаютъ при возникновеніи полнаго товарищества *constitutum possessorium*, l. 2 D. eod. Gajus libro 10 ad edictum provinciale: quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. Впрочемъ, мнѣнія расходятся, ср. Windscheid, т. 1, § 171 прим. 2 и цитиров. тамъ писателей. Положительное исключеніе создалъ Юстиніанъ въ l. 23 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2 въ пользу церкви и благотворительныхъ учреждений. Онъ даровалъ имъ привилегію 100-лѣтней давности въ случаяхъ предсмертныхъ въ ихъ пользу распоряженій, купли и даренія—ср. выше, § 147, прим. 2—и наряду съ этимъ, щедро раздавая привилегіи съ богоугодной цѣлью, предоставилъ имъ также во всѣхъ этихъ случаяхъ, какъ при legataхъ, право на non solum personales actiones sed etiam in rem et hypothecariam, стало быть, право дѣлаться собственниками на основаніи купли и даренія. Не въ духъ Юстиніана, конечно, отвергнуть эту вторую привилегію путемъ искусственнаго толкованія, ср. по этому вопросу Vangerow, т. 1, § 311, прим. 4, Windscheid, т. 1, § 171, прим. 2, Brunner, *Zeitschrift d. Savignystiftung rom. Abth.*, т. 4, стр. 142. Но другой вопросъ, удержалось ли въ новой германской практикѣ подобное произвольное, вносящее путаницу въ оборотъ, нарушеніе общаго принципа. На это мы должны отвѣтить въ отрицательномъ смыслѣ:

Въ этомъ заключается правильная мысль, такъ какъ нормальнымъ считается, чтобы собственникъ владѣлъ своею вещью. Гдѣ переносъ права собственности совершается безъ перехода владѣнія, тамъ съ самаго же начала создается контрастъ между юридическимъ и фактическимъ обладаніемъ, хранящій въ себѣ зародышъ тяжелыхъ осложнений.

Передача владѣнія придаетъ переходу собственности обыкновенно также гласность, которая имѣетъ важное значеніе для отношенія, касающагося и третьихъ лицъ. Но, разумѣется, есть формы переноса владѣнія, не обнаруживающія во внѣ перемѣны владѣнія и собственности, какъ, напр., *constitutum possessorium* и *traditio brevi manu* ⁴⁾.

2. Поэтому въ большей степени, чѣмъ передачею, достигается гласность права собственности на *поземельные участки* тѣмъ, что добровольное отчужденіе ставится въ зависимость отъ заявленія о пересвоеніи въ судѣ, по мѣсту нахождения недвижимости, (*Auflassung*) и отъ примыкающаго къ этому заявленію занесенія пріобрѣтателя въ поземельную книгу. Къ этому сводятся и предписанія герм. гражд. улож. ⁵⁾, соотвѣтствующія старому германскому праву и многимъ мѣстнымъ правамъ ⁶⁾. Такимъ путемъ права собственности на землю пріобрѣтаютъ возможно ббльшую гласность на пользу оборота и общихъ интересовъ. Но конфликты между

ср. *Viermann traditio ficta* 1891, стр. 24.—Отступленіе отъ необходимости передачи дѣлается относительно морскихъ судовъ по герм. торг. уст., ст. 474.

³⁾ По древне-римскому праву отчужденіе *res mancipii* происходило безъ передачи владѣнія—путемъ *mancipatio* или *in iure cessio*, ср. выше, § 97. Слѣды этого юридическаго порядка часто встрѣчаются въ Юстиниановской компиляціи. Сюда относится l. 16 D. de fundo dotali 23, 5. Жена переноситъ на своего мужа право собственности на *fundus*, находящійся въ давностномъ владѣніи третьяго; къ этому случаю примыкаетъ изслѣдованіе юриста Трифоника. Съ системой передачи этотъ случай несомнѣстимъ. Напрасно глоссаторы искали съ настойчивымъ стараніемъ разрѣшенія.—ср. *Landsberg, die Glosse des Accursius*, стр. 109.—Неостроумно, если, какъ это нынѣ часто случается, выраженіе «*dare fundum in dotem*» передавать словами «цессія права на виндикацію поземельнаго участка». Въ томъ то и дѣло, что компиляторы, не вдумываясь въ смыслъ, списывали подчасъ и то, что не подходило къ ихъ компиляціи.

⁴⁾ См. выше, § 181.

⁵⁾ Таковъ, напр., прусскій законъ 5 мая 1872 г. о пріобрѣтеніи собственности и о вещномъ обремененіи недвижимостей.

⁶⁾ Ср. §§ 873, 925. Но согласно введенію къ гр. ул. ст. 189 до нынѣ дѣйствовавшее право остается въ силѣ, «пока не будутъ заведены поземельныя книги», а также (на основаніи ст. 127) для невнесенныхъ участковъ, которые все равно, принадлежатъ ли они еще отчуждающему ихъ лицу или уже перешли къ пріобрѣтателю, не подлежатъ внесенію въ поземельныя книги.

записаннымъ въ книгу собственникомъ и владѣльцемъ являются частымъ и неизбѣжнымъ слѣдствіемъ этой системы.

3. По *общему праву* передача есть *общій* способъ переноса права собственности какъ на недвижимости, такъ и на движимыя вещи. Для передачи требуется:

- а) правомочіе (легитимациа) передающаго (традента) на перенесеніе права собственности,
- в) совпаденіе волей традента и получателя относительно перехода господства надъ вещью,
- с) переносъ владѣнія.

§ 212. Правомочіе передающаго.

1. Только *собственникъ* можетъ перенести право собственности. Это основное положеніе. Кому передаетъ несобственникъ, тотъ не становится собственникомъ ¹⁾. Онъ, самое большее, приобрѣтаетъ давностное владѣніе, если онъ былъ добросовѣстенъ.

2. Германское право допускаетъ нѣкоторыя исключенія изъ этого правила въ пользу добросовѣстныхъ приобрѣтателей. Его примѣру слѣдуетъ герм. гр. ул. ²⁾. Приобрѣтатель и тогда становится собственникомъ, когда вещь не принадлежитъ отчуждающему ее, развѣ если во время приобрѣтенія онъ не былъ *bona fide*. Исключеніе составляютъ похищенныя, потерянные или инымъ путемъ пропавшія у собственника вещи. Но общее правило остается въ силѣ, если дѣло касается денегъ, бумагъ на предъявителя или вещей, проданныхъ съ публичнаго торга. Согласно германскому правовоззрѣнію обезпеченіе приобрѣтенія и интересъ оборота требуютъ большаго вниманія, чѣмъ забота о неприкосновенности приобрѣтеннаго права собственности.

3. Вмѣсто собственника, могутъ отчуждать уполномоченные въ предѣлахъ своихъ полномочій ³⁾. Въ случаѣ недѣеспособности собственника дѣйствуютъ за него его законные представители ⁴⁾.

¹⁾ l. 20 D. de a. r. d. 41. 1 приведенное выше, § 81, прим. 3. l. 54 D. de R. J. 50, 17; nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet, l. 64, § 4 D. de evict. 21, 2, l. 14 C. de donat. 8, 53.

²⁾ Ср. герм. гр. ул. §§ 932 и сл.

³⁾ l. 9, § 4 D. de a. r. d. 41, 1. § 42 J. de rer. div. 2, 1, l. 25 D. de 39, 5. О рабахъ и подвластныхъ дѣтяхъ см. l. 41, § 1 D. de rei vind. 6, 1.

⁴⁾ l. 5, § 1 D. de jure fisci 49, 14. Отчужденіе по открытіи конкурса несостоятельнымъ должникомъ принадлежащихъ къ конкурсной массѣ объектовъ въ отношеніи къ конкурснымъ кредиторамъ *ничтожно*, по отношенію къ третьимъ лицамъ

Если собственникъ присужденъ къ перенесенію права собственности на вещь, то передача вещи признается совершившейся съ того момента, когда исполнитель судебного приговора отберетъ вещь съ цѣлью отдать ее кредитору ⁵⁾.

4. По собственному праву переносятъ право собственности на чужую вещь:

а) *залогоприниматели* на основаніи залоговаго права ⁶⁾,

б) фискъ, правитель и правительница—на основаніи особой привилегіи. Утратившій свою собственность имѣетъ противъ отчуждателя притязаніе на возмѣщеніе убытковъ, которое погашается 4-хъ-лѣтнею ⁷⁾ давностью.

§ 213. Воля пересвоения (Uebereignungswille).

1. Для перенесенія права собственности путемъ передачи требуется съ одной стороны воля традента передать господство надъ вещью, съ другой—воля получающаго приобрѣсти это господство—взаимное соглашеніе о перенесеніи права собственности ¹⁾.

Первоначально передача считалась у римлянъ односторонней сдѣлкой, основывающейся на волѣ передающаго. Позднѣйшая юриспруденція признала, что необходимо взаимное соглашеніе уча-

дѣйствительно. К. уст., § 7. Пока конкурсъ не открытъ, акты отчужденія должника дѣйствительны, но могутъ быть оспариваемы. Герм. К. уст. §§ 29 и сл.

⁵⁾ Герм. уст. гр. судопр., § 897.

⁶⁾ Ср. § 1 J. quibus alienare licet vel non 2, 8, Dernburg, Pfandrecht, т. 1, стр. 34, т. 2, стр. 199. Герм. гр. ул. § 1242.

⁷⁾ 1. 2. 1. 3 C. de quadriennii praescr. 7, 37, § 14 J. de usuc. 2, 6. Залоговыя права также прекращаются при продажѣ вещи фискомъ. Онъ обязанъ поэтому вознаграждать залогопринимателей.—Ihering въ своихъ Jahrb., т. 10, стр. 266, прим. 19 ограничиваетъ привилегію казны продажей чужой вещи по невѣдѣнію. Герм. гр. ул. эта привилегія неизвѣстна.

¹⁾ Говоря о волѣ перенести право собственности, мы однако не хотимъ этимъ сказать, что воля во всѣхъ случаяхъ должна быть строго и точно направлена именно на *передачу собственности* и что вслѣдствіе этого animus transferendi et accipiendi dominiі есть необходимое условіе передачи. Необходимо только, чтобы приобрѣтатель имѣлъ намѣреніе получить возможно неограниченное господство надъ вещью, а отчуждающій передалъ ее съ тѣмъ же намѣреніемъ отдать вещь въ возможно полное господство. Вслѣдствіе этого собственникомъ дѣлается и тотъ, кто полагаетъ, что купленный имъ домъ принадлежалъ продавцу на правахъ суперфициарія и думалъ приобрѣсти это право,—если только продавецъ въ самомъ дѣлѣ состоялъ собственникомъ дома. Покупщикъ, далѣе, приобрѣтаетъ право собственности на купленную вещь и въ томъ случаѣ, если онъ ошибочно полагалъ, что традентъ не имѣетъ никакого права на вещь. См. выше, § 194, прим. 2. Ср. впрочемъ Lenel, Parteiabsicht въ Iherings Jahrbüchern, т. 19, стр. 173.

ствующихъ, что здѣсь, слѣдовательно, имѣется вещный договоръ ²⁾. Но, правда, этотъ договоръ всегда оставался своеобразнымъ ³⁾. Такъ, допустима передача неопредѣленнымъ лицамъ, напр. бросаніе монетъ въ толпу или выкладываніе печатныхъ произведеній съ тѣмъ, чтобы всякій могъ взять экземпляръ ⁴⁾.

2. Воля традента перенести право собственности должна имѣть свою *причину*—*causa*. Кто уменьшаетъ посредствомъ юрид. актовъ свое имущество, тотъ долженъ при этомъ преслѣдовать извѣстную цѣль, составляющую причину ⁵⁾ такого дѣйствія.

Есть причины, которыя *по общему правилу* влекутъ за собою перенесеніе собственности, напр. купля, мѣна, дареніе, уплата долга. Такія основанія служатъ постоянными *признаками для распознаванія* намѣренія перенести право собственности, ибо этого намѣренія при передачѣ почти никогда особо не выражаютъ. О немъ можно заключить по содержанію сдѣлки, лежащей въ основѣ перехода права собственности.

Намѣреніе перенести собственность можетъ быть налицо и при совершеніи такихъ типичныхъ сдѣлокъ, которыя *по общему правилу не* имѣютъ въ результатѣ перехода собственности, напр., закладывается вещь и вмѣстѣ съ тѣмъ переносится ⁶⁾ собственность

²⁾ Многія мѣста въ источникахъ останавливаются на *voluntas domini volentis rem suam transferri*, ср. напр., § 40 J. de rer. div. 2, 1. Въ виду этого въ особенности Schlossmann усматриваетъ въ традиціи сдѣлку, покоящуюся на *односторонней воли традента*, Vertrag S. 94, и въ главныхъ чертахъ съ нимъ соглашается Pernice въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 25, стр. 109. Однако Javolenus libro 12 epistularum 55 D. de obl. et a. 44, 7 считаетъ передачу договоромъ. In omnibus rebus, quae dominium transferrunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, *perduci ad effectum* id quod inchoatur non potest. Ясно, что здѣсь рѣчь идетъ о соглашеніи не по поводу сдѣлки, лежащей въ основѣ передачи, а по поводу традиціи, осуществляющей эту сдѣлку. На той-же точкѣ зрѣнія стоитъ Юліанъ l. 36, l. 37 § 1 D. de a. r. d. 41, 1, ср. далѣе l. 10 D. de don. 39, 5. Совершенно правильно, поэтому, считаютъ Савиньи, т. 3, стр. 312 и Exner, ук. соч., передачу договоромъ.

³⁾ Это отрицаетъ Sohm въ Goldschmidts Zeitschr. für Handelsr., т. 17 н. 2.

⁴⁾ § 46 J. de rer. div. 2, 1. Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem, но ср. l. 5 § 1 D. pro derelicto 41, 7. Въ подобныхъ случаяхъ имѣется традиція, если намѣреніе преимущественно направлено на отдачу вещи другимъ, а derelictio имѣется, если прежде всего желательно избавиться отъ вещи. Такъ полагаетъ Exner, Tradition, стр. 12 и 53; у Czychlarz, ук. соч. стр. 106; см. литературу этого вопроса.

⁵⁾ Ср. выше § 95. Ulpiani fragm. XIX, 7, l. 31 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 31 ad edictum. Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua alia justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

⁶⁾ См. впрочемъ приведенныхъ выше, § 31, прим. 12, писателей.

⁷⁾ R. G. т. 2, стр. 168. Ср. Gaj Inst. II, § 60.

фидуціарно—*ignoris causa*—или, напр., право собственности на ввѣренное имущество переносится на управляющаго или хранителя, съ тѣмъ чтобы вооружить его для участія въ оборотѣ всѣми правомочіями собственника⁷⁾. Въ подобныхъ случаяхъ намѣреніе пересвоенія должно быть извѣвлено особо, такъ какъ сдѣлка сама по себѣ на него не указываетъ.

3. Спорно, зависитъ ли переходъ собственности чрезъ передачу отъ дѣйствительности вызвавшего эту передачу основанія, напр. отъ дѣйствительности купли, или же достаточно воли контрагентовъ перенести право собственности, хотя бы основаніе ея было недостаточно или просто въ дѣйствительности не существовало,—другими словами спорно, должно ли основаніе передачи обладать *объективной реальностью* (дѣйствительно существовать), или достаточно *субъективного мнѣнія*, что оно существуетъ. Сторонники послѣдняго взгляда любятъ называть традицію *абстрактнымъ* вещнымъ договоромъ⁸⁾.

Истина заключается въ томъ, что передача дѣйствительно можетъ имѣть абстрактный характеръ, но отнюдь не всегда его имѣетъ. Въ случаѣ сомнѣнія относительно разныхъ сдѣлокъ, во вниманіе къ цѣли и потребности оборота, существуютъ слѣдующія предположенія.

Передача по общему правилу считается абстрактной тогда, когда она совершается во исполненіе сдѣлки, заключенной въ прошломъ или относимой къ прошедшему. Вслѣдствіе этого ошибочная уплата несуществовавшего долга не даетъ права на *виндикацію*, которую можно было бы предъявить и противъ третьихъ приобретателей, а только на *кондикцію*, по которой отвѣчаетъ лишь получатель.

Наоборотъ, когда передача произошла въ виду имѣющей еще быть заключенной сдѣлки, тогда *in dubio* слѣдуетъ предположить, что перенесеніе права собственности составляло намѣреніе традента лишь подъ условіемъ слѣдующаго за этимъ юридически дѣйствительнаго заключенія сдѣлки. По обычнымъ воззрѣніямъ

⁸⁾ Обзоръ литературы по этому спорному вопросу до 1873 года даетъ Hoffmann, die L. v. titulus und modus acquirendi, стр. 46 и сл. Противъ стараго взгляда, требовавшего безусловно *юридически дѣйствительной causa*, выступили въ особенности Савиньи, обязательственное право, т. 2 § 78, Puchta, Institutionen, т. 2 § 241, прим. d и Stempel, über die justa causa bei der Tradition 1856. Но ср. Strohal въ Iherings Jahrbücher, т. 27, стр. 334.

оборота подобный переносъ права собственности совершается только подъ этимъ молчаливымъ условіемъ ⁹⁾ ¹⁰⁾ ¹¹⁾).

4. Право собственности не переходитъ, если передача составляетъ осуществленіе *сдѣлки, воспрещенной закономъ и вслѣдствіе этого ничтожной*, напр. даренія между супругами, или также незанесеннаго въ судебный протоколъ крупнаго даренія.

§ 214. Передача владѣнія.

1. Пересвоеніе заканчивается передачею владѣнія. Слѣдовательно отчужденіе возможно только или, если отчуждатель самъ владѣть, или если онъ можетъ обязать третье лицо къ совершенію передачи. При отсутствіи этихъ условій, отчуждателю только остается уступить приобрѣтателю свои иски, въ частности виндикацію. Если, вслѣдствіе такой уступки искомъ, цессіонарій дѣлается владѣльцемъ вещи, то это равносильно традиціи ¹⁾).

2. Въ случаѣ пересылки отчужденной вещи черезъ посредника *отсутствующему* возникаетъ вопросъ, переходятъ ли владѣніе и

⁹⁾ Главныя мѣста источниковъ—l. 36 D. de a. r. d. 41, l. 1. Julianus libro 13 digestorum. Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi, nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipien di dissenserimus, такъ какъ Ulpianus libro 7 disputationum l. 18 D. de rebus creditis 12, 1. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederо, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit videndum, et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. L. 36 вѣроятно интерполирована и имѣла въ виду прежде всего mancipatio. Lenel, Ztschrift. d. Savigny-Stiftung rom. Abth., т. 3, стр. 178. Во всякомъ случаѣ изъ первой фразы l. 36 можно вывести, принявъ въ разсчетъ случаи, приведенные во второй фразѣ, только то заключеніе, что *есть случаи*, когда собственность переходитъ, несмотря на разногласіе сторонъ относительно causa передачи: l. 18 рѣшаетъ по поводу одного изъ этихъ случаевъ въ противоположномъ Юліану смыслѣ, именно если традентъ хочетъ подарить, а получающій взять въ долгъ. При этомъ подразумѣвается *выраженное несогласіе* обоихъ; ср. Dernburg, Archiv f. civ. Praxis, т. 40, н. 1. Мнѣніе Юліана заслуживаетъ предпочтенія. Даритель желаетъ окончательно отчудить, приобрѣтатель—безусловно приобрѣсти, хотя онъ и выражаетъ намѣреніе оставить у себя данный ему объектъ лишь въ качествѣ даннаго въ займы. Strohal, ук. соч. Иначе Randa, Eigenthumsrecht, стр. 298.

¹⁰⁾ Ср. ниже, т. 2 § 108, l. 3 § 10, l. 5 § 18, l. 36 pr. D. de donat. i. v. et ux. 24, 1, l. 34, § 1 C. de donat. 8, 53.

¹¹⁾ Герм. гр. ул. § 929 постановляетъ: «Для перенесенія права собственности на движимую вещь требуется передача вещи собственникомъ приобрѣтателю и обоюдное согласіе ихъ на переходъ собственности». Это вполне совмѣстимо съ основными положеніями, высказанными въ нашемъ текстѣ.

¹⁾ Ср. § 225 прим. 1 и 2.

собственность къ адресату съ *отсылкою* вещи или лишь съ *выдачею* ея. Если посредникъ является представителемъ адресата, то достаточно *врученія* вещи посреднику, если же посредникъ таковымъ не является, то необходимо ²⁾ ³⁾ *врученіе* адресату. Послѣднее имѣетъ примѣненіе въ особенности въ томъ случаѣ, если товаръ былъ переданъ для отправки почтѣ, желѣзной дорогѣ или иному профессиональному возчику, такъ какъ подобные возчики получаютъ порученія отъ отправителя и являются его представителями ⁴⁾. Даже покупатель, не смотря на то, что онъ несетъ рискъ ⁵⁾, въ этихъ случаяхъ не является собственникомъ.

3. Если обсудить сдѣлку пересвоенія въ цѣломъ, то она представляется обыкновенно сложною сдѣлкою. Оно начинается продажею или инымъ способомъ отчужденія и заканчивается передачею.

Купля сама по себѣ обосновываетъ лишь *личное требованіе* покупателя къ продавцу, о передачѣ ему вещи. Слѣдовательно до ея передачи продавецъ еще остается собственникомъ вещи. Тѣмъ не менѣе, безъ сомнѣнія, продажа составляетъ первую ступень акта отчужденія ⁶⁾.

Соотвѣтственно сему, во многихъ случаяхъ добровольнаго отчужденія другъ отъ друга вполнѣ отличны: *титულъ*—напр. купля или иная сдѣлка—отъ формы или *модуса* отчужденія, которымъ является передача. Прежняя доктрина старалась обобщать это различіе и проводить его при всѣхъ видахъ приобрѣтенія собственности. Когда не было никакой подготовительной сдѣлки *законъ* обозначался титуломъ приобрѣтенія, напр. при оккупаци ⁷⁾. Это была ошибка. Законъ не является необходимымъ условіемъ всякаго приобрѣтенія права собственности. Неправильно поставить законъ, въ качествѣ

²⁾ l. 63 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Labeo libro 6 pithanon a Paulo epitomatorum. Si epistulam tibi misero, non erit ea tua, antequam tibi reddita fuerit, Paulus: immo contra: nam si miseris ad me tabellarium tuum et ego rescribendi causa litteras tibi misero, simul atque tabellario tuo tradidero, tuae fient, idem accidet in his litteris, quas tuae dumtaxat rei gratia misero, veluti si petieris a me, uti te alicui commendarem, et eas commendaticias tibi misero litteras. Ср. l. 14 § 17 D. de furtis 47, 2.

³⁾ Передача также можетъ совершаться путемъ врученія конноссемента или накладной, см. выше § 178 прим. 12.

⁴⁾ Иначе современныя законодательства, въ частности прусскій ландрехтъ I, 11 §§ 128 и сл., code de commerce art. 100, австр. гр. ул. § 429.

⁵⁾ Ср. ниже т. 2 § 96.

⁶⁾ На этомъ основана l. 2 D. pro emptore 41, 4.

⁷⁾ Исторію развитія этого ученія даетъ Hoffmann, Lehre vom titulus und modus adquirendi. Ср. также Ландсбергъ, Glosse des Accursius стр. 102.

титула, на одну доску съ куплею, мѣною, дареніемъ. Поэтому со времени конца XVIII вѣка отъ этого обобщенія отказались ⁸⁾.

§ 215. Условная передача.

1. Фактическая передача вещи по необходимости является чѣмъ-то безусловнымъ, но передача, въ качествѣ акта *пересвоенія*, допускаетъ всякаго рода *условія*.

Обыкновенно условія *сдѣлки*, лежащей въ основѣ передачи, свойственны и самой *традиціи*, долженствующей осуществить данную сдѣлку. Но это не необходимо. Напротивъ того, на основаніи условной сдѣлки можетъ быть совершаема и безусловная традиція, для немедленнаго предоставленія пріобрѣтателю права полного распоряженія вещью. Въ такомъ случаѣ традентъ, въ случаѣ ненаступленія условія сдѣлки, сохраняетъ лишь личный искъ о возвратѣ вещи.

Далѣе, *сдѣлка*, лежащая въ основѣ традиціи, можетъ быть *безусловна*, между тѣмъ какъ сама *традиція* бываетъ *условна*. Въ особенности, часто при продажѣ переходъ собственности становится въ зависимость отъ предварительной уплаты цѣны.

2. Въ Римѣ издавна дѣйствовало правило, что наступленіе послѣдствій *традиціи*, совершенной на основаніи купли-продажи, обусловлено уплатою или отсрочкою цѣны ^{1) 2)}. Этимъ продавецъ

⁸⁾ Въ особенности Hugo, въ *civ. Magazin* т. 4 н. 6 и Thibaut, *Versuche* т. 1 п. 11 съ успѣхомъ боролись со старымъ ученіемъ.

¹⁾ § 41 J. de rer. div. 2, 1 . . . venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satis fecerit veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege XII tabularum: tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali, id effici, sed si is, qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri. l. 19, l. 53 D. de contr. empt. 18 1, l. 5 § 18 D. de tributoria actione 14, 4. l. 38 § 2 D. de liberali causa 40, 12, l. 20 D. de precario 43, 26, l. 5 § 1 D. de jure fisci 49, 14. Exner, *Tradition* Beilage 2 стр. 338 и сл.; F. Hoffmann, *über das periculum beim kaufe* Beilage II стр. 169 и сл. и *Beitraege zur Geschichte des griechischen und römischen Rechtes* п. III; Ad. Nissen, *die kaufrechtliche Tradition* 1869.

²⁾ Гдѣ причина этого правила? По мнѣнію Виндшейда т. 1 § 172 прим. 19а «естественная справедливость», другіе выводятъ его изъ «закона природы» «естественной необходимости». На самомъ же дѣлѣ, здѣсь замѣчается просто *римскій торговой обычай*. Римлянинъ не отказывался отъ своей собственности до полученія платы; *воля продавца, лишь по полученіи цѣны перенести право собственности, предполагается*. Но право собственности переходитъ, если традентъ хотя бы ошибочно полагаетъ, что платежъ былъ отсроченъ или послѣдовалъ, напр. при уплатѣ фальшивою монетою, такъ какъ въ такомъ случаѣ имѣлось налицо безусловное соглашеніе воль о пересвоеніи. Если вообще не считать безусловно необходимою объективную реальность

наилучшимъ образомъ обезпечивался въ полученіи денегъ. *Покупщикъ* путемъ передачи прибрѣталъ юридическое владѣніе и даже *actio Publiciana* ³⁾, но собственникомъ оставался продавецъ. Онъ поэтому, въ случаѣ несостоятельности покупателя, могъ еще вивидицировать вещь. Покупщикъ же, отчудившій или инымъ образомъ утратившій переданную ему вещь, до уплаты цѣны, совершалъ *furtum*.

Является ли это нормою общаго права? Правда, такъ по преданію учать. Но практикѣ подобное правило чуждо. Никто не обвиняется или осуждается за присвоеніе, если онъ присланный ему на домъ, хотя и не уплаченный товаръ, дальше продастъ или съѣстъ, ибо онъ былъ собственникомъ. Въ современномъ оборотѣ вполне правильно въ передачѣ товара усматривается *продажа въ кредитъ и безусловное ея пересвоеніе*.

Однако особыя обстоятельства могутъ указывать на то, что *передача по волю традента* была обусловлена уплатою цѣны ⁴⁾. Такъ, при ярмарочной торговлѣ врученный товаръ считается пересвоеннымъ, лишь въ случаѣ одновременной уплаты; то же самое и въ магазинахъ, гдѣ рассчитываютъ на немедленную уплату въ кассѣ и при размѣнѣ денегъ, когда деньги переданы въ ожиданіи немедленнаго полученія размѣна ⁵⁾ ⁶⁾.

Нерѣдко встрѣчается оговорка объ *удержаніи права собственности* до уплаты цѣны ⁷⁾—*pactum reservati dominii*. Она встрѣчается и на ряду съ отсрочкою цѣны. Много спорять о томъ, заключаетъ ли она въ себѣ *отсрочивающее* или *резолутивное* условіе. Буквально

causae, то ее послѣдовательно нельзя требовать и по вопросу о платежѣ или отсрочкѣ, Гольдшмидтъ *Handelsrecht* т. I, 1-е изд. § 81 прим. 23, contra Виндшейдъ т. I § 172 прим. 19а.

³⁾ I. 8 D. de Publiciana in rem actione 6, 2.

⁴⁾ Слѣдовательно римское правило, *при извѣстныхъ обстоятельствахъ* примѣнимо и въ общемъ правѣ; но оно не имѣетъ того общаго характера, какой оно имѣло въ Римѣ. Такъ смотритъ и герм. гр. ул. Правило современнаго оборота сравнительно съ прежнимъ измѣнилось, и это правило должно считать руководящимъ, такъ какъ вопросъ сводится къ толкованію намѣренія сторонъ при традиціи. Относительно этого не должно насъ ввести въ заблужденіе, что римское правило изображается какъ правило и современнаго права и что оно приводится даже въ судебныхъ рѣшеніяхъ. Но его, въ *римскомъ смыслѣ*, не примѣняютъ и не могутъ его примѣнять. Ср. Гольдшмидтъ, *Handelsrecht* т. I, 1-е изд. стр. 842 прим. 19.

⁵⁾ R. G. по угол. д. т. I. стр. 289.

⁶⁾ Герм. гр. ул. не затрогиваетъ этого вопроса. Изложенное здѣсь сохраняетъ свое значеніе.

⁷⁾ О *pactum reservati dominii* ср. Dunker въ *Rhein. Museum* т. 5 н. 4 и 7. Thorsch, *das Pactum reservati dominii* 1875, Wendt, *Reurecht* т. 2 стр. 25 и сл., Leist, *Sicherung von Forderungen* стр. 44 и слѣд. 52 и слѣд.

оговорка о временномъ удержаніи права собственности указываетъ на отсрочивающее условіе. Въ этомъ смыслѣ оно правильно толкуется въ сдѣлкахъ, касающихся движимости, напр. при продажѣ швейныхъ машинъ и передачѣ ихъ, съ удержаніемъ права собственности до уплаты всей цѣны ⁸⁾. Слѣдовательно, если покупатель до этого продастъ машину, онъ совершаетъ присвоеніе ⁹⁾. Но по обычаю многихъ земскихъ кредитныхъ учрежденій подобная оговорка въ *земельномъ оборотѣ* должна быть понимаема въ смыслѣ револютивнаго условія. Иногда въ ней усматриваютъ только установленіе залоговаго права ¹⁰⁾.

§ 216. Exceptio rei venditae et traditae ¹⁾.

I. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ традиція по правиламъ строгаго права не переноситъ права собственности, но она тѣмъ не менѣе по правиламъ справедливости, въ главныхъ чертахъ своихъ, ведетъ къ тѣмъ же практическимъ результатамъ, какъ и перенесеніе права собственности.

Это достигается черезъ посредство ²⁾ *exceptio et replicatio rei venditae et traditae*. Отчуждатель въ этихъ случаяхъ, не смотря на традицію, формально продолжаетъ считаться собственникомъ и сохраняетъ право на виндикацію. Но пріобрѣтатель и его правопреемники въ матеріально-правовомъ отношеніи пользуются положеніемъ собственника, ибо они въ правѣ, пока они сохраняютъ владѣніе, отразить виндикацію отчуждателя и его правопреемниковъ посредствомъ *exceptio rei venditae et traditae*, и, кромѣ того, они въ случаѣ возвращенія вещи во владѣніе отчуждателя или его правопреемника, могутъ предъявить къ нимъ съ успѣхомъ *actio Publiciana*, причемъ

⁸⁾ Также и герм. гр. ул. § 455.

⁹⁾ R. G. по угол. д. т. III, стр. 114.

¹⁰⁾ Неправильно нѣкоторые, напр. Виндшейдъ т. I § 172 прим. 18а, въ *actum res. dom.* всегда *in dubio* предполагаютъ наличность револютивнаго условія, потому что будто не можетъ соответствовать истинной волѣ сторонъ, чтобы покупатель до уплаты цѣны не имѣлъ права распоряженія вещью. Однако часто именно это составляетъ намереніе при традиціи съ этою оговоркою.

¹⁾ Tit. Dig. de exceptione rei venditae et traditae 21, 3. Leonhard: *ist die exceptio t. v. et tr. ein lebensfaehiges Institut?* въ *Iherings Jahrbüch.* т. 17 н. 6. Тамъ на стр. 184 прим. 2 приведены диссертации. Ср. также Vangerow т. 1 § 334 цифр. 3.

²⁾ Относительно формулы этой экцепціи ср. выше § 193 прим. 6. Часто применяли *exceptio doli*. Н. Krüger, *zur Lehre von der e. doli I* стр. 47. Возраженіемъ этимъ могутъ пользоваться не только покупатели, но и пріобрѣтатели вещь по другимъ основаніямъ, напр. по даренію.

противопоставляемую имъ *exceptio dominii* они могутъ обезсилить ³⁾ посредствомъ *replicatio rei venditae et traditae*.

II. Случаи примѣненія *exceptio rei venditae et traditae* рас-предѣляются на двѣ главныхъ категоріи. А именно, то она при-мыкаетъ *непосредственно* къ традиціи или къ равнозначущимъ фак-тамъ, то она наступаетъ лишь вслѣдствіе иныхъ *позднѣйшихъ обстоятельствъ*.

1. Въ слѣдующихъ случаяхъ она прямо замѣняетъ надлежа-щимъ образомъ традицію:

а) Покупщикъ, хотя и безъ традиціи со стороны продавца, но *съ его согласія* дѣлается *владѣльцемъ* вещи ⁴⁾.

б) Несобственникъ передаетъ чужую вещь, въ качествѣ соб-ственной, но вслѣдствіе порученія собственника и подъ его гаран-тіею ⁵⁾. Послѣдняя въ особенности усматривается въ томъ случаѣ, когда онъ *поручается* ⁶⁾ покупателю на случай эвикціи.

с) При передачѣ *собственникомъ* своей вещи, въ томъ *предположеніи*, что она *принадлежитъ третьему* лицу, слѣдуетъ различать два случая:

Если онъ *лично обязался* къ пересвоенію вещи, напр. въ ка-чествѣ комиссіонера, то противъ него примѣнима ⁷⁾ *exceptio rei*

³⁾ l. 4 § 32 D. de doli mali exceptione 44. 4. Ulpianus libro 76 ad edictum. Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Julianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summovertetur, et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem «si non suus esset» replicatione uteretur: ac per hoc intellexeretur eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet. Тоже l. 2 D. h. t. 21, 3. Впрочемъ Юліанъ навѣрно говорилъ о мандипаціи въ пользу Маэвія. Компиляторы замѣнили это традиціей. Такимъ образомъ этотъ случай предполагаетъ многократную перемѣну владѣнія, которая бываетъ лишь при совершенно исключительныхъ обстоятельствахъ.

⁴⁾ l. 1 § 5 D. h. t. 21, 3. Ulpianus libro 76 ad edictum: Si quis rem emerit, non autem fuerit ea tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus habet exceptionem. Покупатель напр. покупаетъ у невладѣющаго собственника вещь и требуетъ ее, на основаніи уступленной ему вивдикаціи, отъ владѣльца. Неправильно отнести сюда тѣ случаи, когда покупатель получилъ владѣніе безъ согласія продавца; ср. l. 5 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Paulus libro 63 ad edictum . . . si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es. Далѣе ср. мѣста, приведенныя у Leonhard'a, ук. соч. стр. 187 прим. 4.

⁵⁾ l. 1 §§ 2 и 3 D. h. t. 21, 3. Н. Krüger, ук. соч. стр. 48.

⁶⁾ l. 11 C. de evict. 8, 44

⁷⁾ l. 49 D. mandati 17, 1. Marcellus libro 6 digestorum: Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres extiterit eum emisset: de jure evictionis et de mandatu quaesitum est: et puto Titium quamvis quasi procurator vendidisset obstrictum emptori, neque, si rem tradidisset vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri, sed contra mandati agere posse, si

venditae. Если же онъ лично не принималъ на себя *обязательства*, а передалъ вещь отъ имени другого, не зная, что она его собственная, то его право собственности остается незатронутымъ. Ибо онъ тогда дѣйствовалъ лишь въ качествѣ органа третьяго лица, такъ что высказывалъ ⁸⁾ не собственную, но чужую волю.

2. Въ слѣдующихъ случаяхъ первоначально недѣйствительная передача *впоследствии* оживаетъ посредствомъ *exceptio rei venditae et traditae*:

а) Традентъ отчуждаетъ *чужую* вещь, но самъ впоследствии дѣлается *собственникомъ* ея. Такой актъ пересвоенія, какъ первоначально недѣйствительный, по строгому праву, не имѣлъ юридической силы, но справедливость требовала признанія ⁹⁾ сдѣлки.

б) Традентъ отчуждаетъ чужую вещь, но собственникъ вещи оказывается потомъ его наслѣдникомъ. И въ этомъ случаѣ первоначально недѣйствительная сдѣлка оживаетъ, посредствомъ *exceptio rei venditae et traditae* ¹⁰⁾, поскольку наслѣдникъ является представителемъ наслѣдодателя.

quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit, contra mandator si rem ab eo vindicare velit exceptione doli summovetur et adversus venditorem testatoris sui habet ex empto jure hereditario actionem. Здѣсь обсуждаются два случая: а) Я добросовѣстный владѣлецъ раба, принадлежащаго Тицію, послѣдній продаетъ и передаетъ своего раба въ качествѣ моего мандатаря, не зная, что онъ самъ собственникъ. Въ данномъ случаѣ право собственности не переходитъ къ приобретателю, но послѣдній противъ Тиція имѣетъ *exceptio rei venditae et traditae*. б) Сложнѣе второй случай. Со времени глоссаторовъ—*gl. dominium* къ l. 1 § 1 D. officia proc. Caesaris 1, 19—конструировали такимъ образомъ, что собственникъ Тицій получилъ наслѣдство отъ лица, которое купило и *получило* раба отъ несобственника, и что Тицій, не зная, что его право собственности производное, поручилъ продать раба, котораго онъ считалъ унаслѣдованнымъ. Изъ этого вытекало бы правило, что заблужденіе передающаго относительно *основанія* своего права собственности препятствуетъ переходу этого права къ другому лицу. Но подобное положеніе, какъ правильно указываетъ *Inering*, не приемлемо. *Иерингъ*, съ своей стороны—*Jahrb.* т. I стр. 306 прим. 35, т. 2 стр. 176 и слѣд.—далъ слѣдующее объясненіе: Е продалъ раба, находившагося въ его владѣніи, считая его своимъ, но который на самомъ дѣлѣ принадлежитъ Тицію; до передачи покупщикъ умираетъ и Тицій является его наслѣдникомъ. Тицій, не зная, что онъ уже безъ того собственникъ раба, вмѣсто того, чтобы требовать выдачи раба, поручаетъ Е продажу раба. Въ данномъ случаѣ право собственности не переходитъ къ покупщику, въ виду того, что Е думаетъ продать свою собственную вещь, а не вещь Тиція. Но противъ Тиція примѣнима *exceptio rei venditae et traditae*. Различныя попытки объясненія этого текста сопоставляетъ *Ландсбергъ*, d. Glosse des Accursius стр. 124 прим. 1.

⁸⁾ l. 35 D. de a. r. d. 41, 1. Ulpianus libro 7 disputationum: Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo erraus rem suam amittit. Cp. *Vangerow* т. I § 311 прим. 3.

⁹⁾ l. 1 pr. D. h. t. 21, 3, l. 2 D. eod.

¹⁰⁾ l. 1 § 1 D. h. t. 21, 3, l. 73 D. de evict. 21, 2, l. 14 C. de r. v. 3, 32, l. 1 C. de evict. 8, 44. Если собственникъ вещи оказывается получившимъ часть изъ наслѣдства отчуждателя, то сдѣлка приобретаетъ силу въ соответствующей части, l. 14 C. de rei vind. 3, 32. Если же онъ оказывается *бенефициальнымъ* наслѣдникомъ,

Если же несобственник *поручился* на случай отсуждения (эвикции) проданной вещи, и если *собственник этой вещи* окажется его наследником, то отчуждение ¹¹⁾ не приобретает силы.

Тотъ, кто могъ защищаться посредствомъ *exceptio* или *replicatio rei venditae et traditae*, въ Римѣ не считался собственникомъ, но на самомъ дѣлѣ онъ таковымъ являлся; отчуждатель вещи сохранялъ только «*nudum jus*», названіе собственника. Поэтому не было слишкомъ смѣлымъ со стороны общаго права признать наличность собственности въ тѣхъ случаяхъ, когда римляне допускали *exceptio rei venditae et traditae* ¹²⁾. Въ этомъ только заключалось послѣдовательное проведеніе того, что было подготовлено преторскимъ правомъ римлянъ. Во всякомъ случаѣ таково опредѣленіе герм. гр. ул. § 185.

§ 217. Запреты отчуждения.

Запреты отчужденія бываютъ *законные, судебные, договорные* или *завѣщательные* ¹⁾.

1. Эти законные запреты отчужденія со временъ Августа играютъ большую роль ²⁾. Они соотвѣтствуютъ воззрѣніямъ общества, постепенно приближающагося къ состоянію омертвѣнія, и въ теченіе императорскаго періода они все болѣе усиливаются. Правда, большинство этихъ запретовъ имѣло лишь временный

сдѣлка лишь въ такой долѣ приобретаетъ силу, которая соотвѣтствуетъ цѣнности наследственной массы, оставшейся въ пользу наследника, по покрытіи всего пассива наследства, такъ какъ бенефициальный наследникъ не отвѣчаетъ за долги сверхъ цѣнности наследственной массы.

¹¹⁾ I. 31, C. de evict. 8, 44. Слѣдовательно не вполне правильно традиціонное правило: *quem de evictione tenet actio eum repellit exceptio*.

¹²⁾ Ср. Leonhard, ук. соч. стр. 206. Источники допускаютъ *exceptio rei v. et tr.* только въ пользу покупателя и его правопреемниковъ. Изъ этого можно заключить, что отчуждатель въ правѣ былъ *виндицировать* вещь отъ третьихъ лицъ, не являющихся правопреемниками покупателя. Въ этомъ можно усмотрѣть матеріальное дѣйствіе оставляемаго отчуждателю права собственности. Однако отношеніе, создаваемое наличнымъ *владѣніемъ* важнѣе, нежели отношеніе, создаваемое правомъ собственности, отъ котораго собственникъ какъ бы *отказался*, и открытымъ остается вопросъ, не помогли ли бы въ этомъ случаѣ владѣльцу предоставленіемъ ему *exceptio doli*. Во всякомъ случаѣ отчуждатель, добившійся подобной виндикаціи, долженъ былъ возвратить вещь покупателю и его правопреемникамъ. Вслѣдствіе этого мыслимое значеніе приписываемаго отчуждателю права собственности оказывается безрезультатнымъ и проблематичнымъ. Юридическое отношеніе слѣдовательно едва измѣнится отъ того, что мы покупателя признаемъ собственникомъ.

¹⁾ Lauk, *Veraußerungsverbot*, *Lindes Zeitschr.* т. 5 н. 1.

²⁾ Ср. Backofen, *ausgewählte Lehren* 1848 н. 2—7, Fr. Schroeder, *gesetzliche Veraußerungsverbote* 1875.

характеръ, но они тѣмъ не менѣе могли обременять собственность на нѣсколько и болѣе лѣтъ и тормозить совершенно свободу оборота.

Законные запреты отчужденія тяготѣли надъ спорными вещами ³⁾, *fundus dotalis*, земельными участками малолѣтнихъ, завѣщанными участками. Общее право отчасти смягчило, отчасти устранило эти запреты, какъ это и будетъ изложено въ соотвѣтствующихъ мѣстахъ.

Законная неотчуждаемость дѣлаетъ нарушающія ее сдѣлки недѣйствительными. Слѣдовательно, запретъ возбраняетъ всякое отчужденіе, основанное непосредственно *на волю лица*, противъ котораго онъ направленъ ⁴⁾, въ особенности же онъ мѣшаетъ традиціи, но запретъ препятствуетъ и *давностному владѣнію* третьихъ лицъ, если оно было *допущено* ⁵⁾ *завѣдомо* и *сознательно* тѣмъ, противъ котораго направленъ запретъ.

Но запреты отчужденія не только исключаютъ перенесеніе на другое лицо права собственности, но и установленіе ипотекъ и, изъ остальныхъ вещныхъ правъ, даже установленіе сервитутовъ на недвижимость ⁶⁾.

Они, наконецъ, касаются не только вещнаго результата, но уничтожаютъ и обязательственную сдѣлку, направленную къ достиженію его, въ частности продажу ⁷⁾, такъ какъ иначе они не достигали бы ⁸⁾ своей экономической цѣли.

³⁾ Ср. выше, § 155.

⁴⁾ l. 3 § 2 D. de rebus eorum 27, 9. Ulpianus libro 35 ad edictum: Item quaeri potest, si fundus a tutore petitus sit pupillaris nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat, et magis est, ut pariat: haec enim alienatio non sponte tutorum fit. Въ менѣе общей формѣ герм. гр. ул., § 131.

⁵⁾ Многие писатели утверждаютъ, что законные запреты отчужденія совершенно исключаютъ возможность приобретенія неотчуждаемой вещи путемъ давностнаго владѣнія. Такъ, Vangerow, т. I, § 317, стр. 591, Windscheid, т. I § 182, прим. 14. Но это не соотвѣтствуетъ понятію отчужденія, предполагающаго актъ воли собственника или его представителя и оно также не согласуется съ источниками. Правда, l. 28 D. de V. S. 50, 16 гласитъ: Paulus libro 21 ad edictum: *Alienationis verbum etiam usucapionem* continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapere. Но если первое предложеніе устанавливаетъ, что отчужденіе можетъ заключаться и въ давностномъ владѣніи, то второе предложеніе показываетъ, что это не необходимо. Изъ l. 16 D. de fundo dotali 23, 5 опредѣленно вытекаетъ, что не всякое давностное владѣніе затрогивается запретомъ отчужденія. l. 12, § 4 D. de Publ. in rem actione 6, 2 сюда не относится, касаясь исключительно публицианскаго иска. Вслѣдствіе этого Fitting, Arch. f. civ. Pr., т. 27 н. 7, т. 51, стр. 253 только то давностное владѣніе считаетъ недопустимымъ, которое началось на *основаніи* запрещеннаго отчужденія. Schroeder, ук. соч. стр. 5, раздѣляетъ отстаиваемое здѣсь мнѣніе, согласно которому только *сознательно допущенное* давностное владѣніе равносильно отчужденію.

⁶⁾ l. 3, § 5 D. de rebus eorum 27, 9, l. 7 C. de rebus alienis 4, 51.

⁷⁾ Schroeder, ук. соч. стр. 14, 171, Kohler, стр. 222. Соотвѣтственно сему и отчуждатель можетъ виндцировать вещь, не рискуя тѣмъ, чтобы ему противопоставили

Запретъ отчужденія, направленный противъ одного изъ соучастниковъ въ общей собственности, не касается остальныхъ, равнымъ образомъ такой запретъ не затрагиваетъ существующія залоговыя права ⁹⁾.

2. Судебныя запреты отчужденія имѣютъ одинаковую силу какъ и законныя ¹⁰⁾.

3. Договоры, которыми выговаривается неотчужденіе вещи или ограниченіе права отчужденія, лишены вещнаго дѣйствія ¹¹⁾.

Поэтому, въ случаѣ нарушенія обѣщанія, стипулянтъ имѣетъ только личный искъ противъ промиттента о возмѣщеніи ему ущерба, сопряженнаго съ неотчужденіемъ вещи, въ случаѣ если онъ можетъ доказать наличность таковаго. Третье лицо, пріобрѣвшее вещь, даже въ томъ случаѣ не можетъ подлежать привлеченію въ качествѣ отвѣтчика, если оно знало о нарушеніи договора своимъ праводателемъ.

Договоръ, въ силу котораго залогодатель обѣщаетъ залогопринимателю не отчуждать заложенную вещь, имѣетъ, въ видѣ исключенія, вещный характеръ и учичтожаетъ ¹²⁾ отчужденіе, нарушающее договоръ.

exceptio rei venditae et traditae, Brandis, Lindes Zeitschr., т. 8, стр. 183 и сл. Однако вопросъ этотъ спорный. См. авторовъ, приведенныхъ у Виндшейда, т. 1 § 172а прим. 2. Добросовѣстный пріобрѣтатель имѣетъ право на возмѣщеніе убытковъ, см. ниже, т. 2, § 16, прим. 13. W. Oelschlaeger, Vindication der gegen ein gesetzl. Veräußerungsverbot veräußerten Sache, Goett. Inauguraldiss. 1892.

⁹⁾ Отчужденіе пріобрѣтаетъ силу, если въ виду наступившихъ впослѣдствіи обстоятельствъ, оказывается, что оно не противорѣчитъ тѣмъ намѣреніямъ закона, изъ которыхъ оно вытекало. l. 12 D. de usurp. 41, 3.

⁹⁾ l. 1, § 2 in fine D. de rebus eorum 27, 9.

¹⁰⁾ l. 12 D. de usurp. 41, 3, l. 7, § 5 D. de pro emptore 41, 4. Ср. l. 8 in fine D. de pollicitationibus 50, 12. Герм. уст. гр. судопр., § 938 ч. 2, конк. уст. § 106. Также герм. гр. ул., § 137.

¹¹⁾ Также герм. гр. ул. § 133.—Первоначально римляне считали договоры о неотчуждаемости вещи недействительными. l. 61 D. de pactis 2, 14. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet. Они, слѣдовательно, считались нарушающими существо права собственности. Позднѣе стипулянту, взявшему обѣщаніе, былъ данъ искъ о возмѣщеніи убытковъ. l. 21, § 5 D. de a. e. v. 19, 1, l. 135, § 3 D. de verb. obl. 45, 1, l. 9 C. de pactis inter emptorem 4, 54. Если кто продалъ вещь съ уговоромъ, что покупатель вовсе не въ правѣ продать ее или же можетъ продать ее лишь при извѣстныхъ условіяхъ, и если покупатель нарушилъ свое обѣщаніе, то продавецъ можетъ исать съ него разницу между первою цѣною и тою, которую онъ могъ бы получить въ случаѣ продажи имъ вещи безъ стѣснительныхъ ограниченій. Продавецъ можетъ обезпечить себя лучше путемъ включенія *резолутивнаго условія* на случай перепродажи вещи покупателемъ.

¹²⁾ Ср. выше, § 9, прим. 8. По герм. гр. ул. § 1136 договоръ ничтоженъ.

4. *Завѣщательные запреты отчужденія* по древнему римскому праву были лишены всякой силы. Однако позднѣе это измѣнилось ¹³⁾.

§ 218. Присужденіе права собственности судомъ.

1. Задача судьи въ *споръ о правѣ собственности* заключается въ томъ, чтобы обезпечить и признать существующее право, а не въ томъ, чтобы создать ¹⁾ новое право.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, побѣдившій собственника въ судебномъ спорѣ, хотя и неправильно, занимаетъ положеніе близкое къ положенію собственника, такъ какъ съ этого момента можетъ добиться отобранія вещи у побѣжденнаго и его правопреемниковъ, а также, въ случаѣ утраты въ послѣдствіи полученнаго владѣнія, онъ въ правѣ посредствомъ публиціанскаго иска ²⁾ ³⁾ потребовать вещь и отъ третьихъ лицъ.

2. Существуютъ, однако, также случаи, когда судья призванъ къ *созданію права собственности*.

а) Въ *искахъ о раздѣлѣ* судья управомоченъ присуждать право собственности спорящимъ. Таковыми исками являются *actio familiae erciscundae*—между сонаслѣдниками, *a. communi dividundo*—между товарищами, *a. finium regundorum*—между сосѣдями. Присужденіе можетъ состояться или такъ, что судья дѣлитъ на реальныя доли общую вещь, или такъ, что онъ ее предоставляетъ цѣлкомъ одному изъ спорящихъ взамѣнъ возлагаемаго на него въ пользу остальныхъ вознагражденія. Право собственности на присужденную вещь возникаетъ съ момента вступленія рѣшенія въ законную силу. Перенесенія владѣнія не требуется ⁴⁾. Приобрѣ-

¹³⁾ Pernice, *Labeo* т. 3, стр. 60, прим. 5, Fitting, *Archiv für civ. Pr.*, т. 51, стр. 270.

¹⁾ Ср. выше, § 161, прим. 4.

²⁾ Ср. I. 3 § 1 D. de Publiciana in rem act. 6, 2. Рѣшеніе является кромѣ того титуломъ давностнаго владѣнія, ср. ниже § 220 прим. 30.

³⁾ Если побѣдившій въ спорѣ о правѣ собственности откажется отъ осуществленія своихъ правъ, то проигравшій останется при всѣхъ своихъ правахъ. Изъ этого ясно, что неправильное, вошедшее въ законную силу рѣшеніе не превращаетъ выигравшаго дѣло въ собственника, хотя его положеніе очень приближается къ положенію собственника.

⁴⁾ § 7 J. de officio iudicis 4, 17.

тене права собственности предполагаетъ, что присужденная вещь принадлежала сторонамъ въ процессъ, а не другимъ лицамъ, слѣдовательно этотъ способъ пріобрѣтенія права собственности является производнымъ ⁵⁾).

b) При публичныхъ *торгахъ* на судѣ *присужденіе* вещи предложившему наивысшую цѣну (*Zuschlag*) обосновываетъ по общему и по имперскому праву непосредственно право собственности ⁶⁾).

c) По общему праву, въ видѣ наказанія, часто примѣнялась конфискація, т. е. переходъ вещи *ipso iure* въ собственность фиска, какъ слѣдствіе деликта съ момента его совершения ⁷⁾).

По уголовнымъ законамъ имперіи, вообще вмѣсто конфискаціи примѣняется *Einziehung* ⁸⁾—*отобрание въ казну*, т. е. присужденіе права собственности казнѣ при постановленіи *судебнаго приговора* по уголовному дѣлу. Отобранію въ казну подлежатъ вещи, произведенныя деликтомъ и непосредственно употребленныя для его совершенія. Оно по общему правилу зависитъ ⁹⁾ отъ усмотрѣнія суда, въ нѣкоторыхъ же случаяхъ предписано закономъ ¹⁰⁾).

Отобраніе въ казну по общему правилу обусловлено правомъ собственности осужденнаго на отбираемый предметъ, при нѣкоторыхъ же проступкахъ, напр. при продажѣ поддѣльныхъ или испорченныхъ съѣстныхъ припасовъ, отобраніе имѣетъ мѣсто независимо отъ этого ¹¹⁾).

⁵⁾ I. 17 D. usurpat. 41, 3 поэтому требуетъ еще «давностное пріобрѣтеніе» присужденной вещи, принадлежащей третьему лицу.

⁶⁾ Dernburg, Pfandrecht т. 2, стр. 263 Прим. 16 и приведенные тамъ; Stobbe, deut. Privatr. т. 2, § 92 пр. 1. Reichsges. über. d. Zwangsversteigerung § 90.

⁷⁾ I. 14 D. de publicanis et vectigalibus et commissis 39, 4. Ulpianus libro 8 disputationum: Commissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur. nam quod commissum est, statim desinit ejus esse, qui crimen contraxit dominiumque rei vectigali acquiritur: ea propter commissi persecutio sicut adversus quemlibet possessorem sic et adversus heredem competit. Также Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869, § 134 и сл., § 156.

⁸⁾ Nissen, die Einziehung, in den Strassburger Festgaben für Planck 1887, O. Köbner, die Einziehung, Berl. Inauguraldiss. 1890, bes. S. 59 ff.

⁹⁾ Герм. гр. ул. § 40. Подлежащіе предметы уже во время предварительнаго слѣдствія подлежатъ взятію на храненіе или должны быть инымъ образомъ сохраняемы, усг. гр. судопр., § 94.

¹⁰⁾ Ср. напр. герм. гр. ул. § 152, § 295.

¹¹⁾ Герм. гр. ул. § 295, § 367 послѣдняя часть.

VI. Давностное владѣніе ¹⁾ (Ersitzung).

§ 219. Понятіе и исторія давностнаго владѣнія.

I. Давностное владѣніе является приобрьтеніемъ права собственности путемъ владѣнія, продолжающагося въ теченіе времени, опредѣленнаго закономъ ²⁾.

Такъ опредѣляютъ давностное владѣніе и позднѣйшіе римскіе юристы, и этимъ они схватываютъ сущность института. Ибо основаніемъ давностнаго владѣнія не является, какъ многіе изъ новѣйшихъ ученыхъ полагаютъ, титулъ или bona fides. Эти реквизиты были установлены римлянами лишь въ сравнительно поздній періодъ, чтобы давностное владѣніе не приобрьтало бы преувеличенное значеніе въ ущербъ честности и добрымъ правамъ. Основная идея давностнаго владѣнія напротивъ заключается въ томъ, что время возводитъ владѣніе въ право ³⁾.

II. Языческій императорскій періодъ зналъ два давностныхъ института, usucapio и longi temporis praescriptio.

¹⁾ Tit. Dig. de usurpationibus et usucapionibus 41, 3. Unterholzner, Verjährungslehre 1827, 2. Aufl. bearbeitet von Schirmer, 1858. Cp. Schirmer, die Grundidee der Usucapion 1855 и ero über bona fides und justus titulus, Lindes Zeitschrift neue Folge Bd. 15 n. 7 und 9, Bd. 16 n. 1.

²⁾ l. 3 D. usurp. 41, 3. Modestinus libro 5 pandectarum: Usucapio est adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti, т. е. право собственности привходитъ къ владѣнію. Модестинъ выписалъ все у своего учителя Урпіана фрагмента XIX, § 8: Usucapio est domini adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii. Но и Ульпіанъ былъ врядъ ли первымъ, давшимъ это опредѣленіе.

³⁾ Владѣніе, справедливо замѣчаетъ Ширмеръ, Grundidee der Usucapion, стр. 39, является основаніемъ давности. Этимъ, конечно, подразумѣвается лишь владѣніе, продолжавшееся болѣе значительное время. Поэтому пониманіе Ширмера близко сходится съ воззрѣніями Stintzing'a, d. Wesen der bona fides, стр. 6, который находитъ, что давность возводитъ извѣстное состояніе вслѣдствіе его длительности въ право, что въ ней время является правосозидающимъ элементомъ.—Brinz, т. I § 153, видитъ въ добросовѣстномъ владѣніи основаніе давностнаго владѣнія, а Scheurl, Beitrage, т. 2 вып. 1, стр. 29 и сл., видитъ центръ тяжести въ титулѣ. Этому противорѣчатъ: а) 12 таблицъ основаніе давностнаго владѣнія видятъ во владѣніи, а не въ добросовѣстномъ или титулованномъ владѣніи; б) До императорскихъ временъ сохранились случаи давностнаго владѣнія безъ bona fides, напр. usucapio pro herede и usureceptio, относительно которой ср. Gajus Inst. II, §§ 52 и сл.; нераспространеніе давности на нѣкоторые объекты вполне объяснимо лишь, если исходить изъ предположенія, что эти ограниченія возникли въ такое время, когда bona fides не была еще реквизитомъ давностнаго владѣнія. Cp. Dernburg, Preuss. Pr. R., т. I § 173 цифр. 5, Pernice, Labeo т. 2, 2 изд., стр. 337. Въ особенности Stintzing, bona fides, стр. 8 и сл. отстанвалъ, что для usucapio первоначально не требовалась bona fides. Cp. Dernburg, Krit. Zeitschr., т. 3 стр. 149, Krüger къ Институціямъ Пухты, т. 2, стр. 208, Karlowa Rechtsgesch, т. 2, стр. 392.

1. Уже XII таблицъ опредѣляли *usucapio*. Они въ самыхъ общихъ чертахъ опредѣляли, что земельные участки приобрѣтаются ⁴⁾ путемъ давностнаго владѣнія, продолжавшагося два года, а что для остальныхъ объектовъ достаточно одного года. Вещи краденныя были изъяты уже по XII таблицамъ, въ ущербъ ли только вора, или также и третьихъ лицъ, этотъ вопросъ оставляется здѣсь открытымъ.

Столь краткосрочное и общее давностное владѣніе было выносно, пока римляне занимали небольшую территорию. Съ расширеніемъ государства и съ увеличеніемъ народонаселенія наступила необходимость, положить этому предѣлы.

Сперва это было сдѣлано такъ, что цѣлый рядъ объектовъ былъ изъятъ отъ дѣйствія давностнаго владѣнія. Въ частности *lex Atinia* совершенно изъяла *res furtivae* (краденныя вещи), пока онѣ не возвращены ⁵⁾ во власть ихъ собственника, *lex Plautia* содержала однородныя постановленія относительно *res vi possessae*. Сюда относится также и то, что нѣкая *lex Scribonia* отмѣнила давностное владѣніе относительно сервитутовъ ⁶⁾.

Потомъ стали требовать титулъ при давностномъ владѣніи, т. е. обстоятельства, которыя внѣшнимъ образомъ оправдываютъ приобрѣтеніе владѣнія.

И, наконецъ, болѣе развитое, гуманное правосознаніе стало требовать *bona fides* со стороны давностнаго владѣльца.

2. *Usucapio*, въ качествѣ цивильнаго института была доступна только римлянамъ, и ей подчинялись только вещи, способныя быть объектами квинтиской собственности.

Въ видѣ суррогата относительно провинціальныхъ земель и для обезпеченія приобрѣтенія peregrинами движимыхъ вещей ввели *longi temporis praescriptio* ⁷⁾ ⁸⁾. Она требовала спокойнаго владѣ-

⁴⁾ Cicero, pro Caecina cap. 4 въ слѣд. выраженіяхъ намекаетъ на XII табл.: *usus auctoritas fundi biennium est . . . caeterarum rerum omnium annuus est usus*. Ср. Cicero, pro Caecina cap. 19. Относительно самой редакціи этого мѣста въ текстъ XII табл. ср. Danz, Rechtsgeschichte, т. I, стр. 122 и сл., Pernice, Labeo, т. 2, 2 изд. стр. 328.

⁵⁾ Gaj. Inst. II § 45. Gellius noctes atticae XVII, 7. О времени изданія *lex Atinia* ср. Pernice, Labeo т. 2, 2-е изд. стр. 340 прим. 3, ср. тоже ниже § 220, прим. 9 и сл.

⁶⁾ l. 4, § 28 D. de usurp. 41, 3.

⁷⁾ *Praescriptio longi temporis* не упоминается въ комментаріяхъ къ *edictum perpetuum*. Lenel, *edictum perpetuum*, стр. 403. Она вѣроятно ведетъ свое происхожденіе отъ провинціальныхъ эдиктовъ.

⁸⁾ *Praescriptio longi temporis* для движимыхъ вещей упоминается въ l. 3 и l. 9 D. de div. temp. praescrip. 44, 3, а также въ l. 1 C. de fugitivis 6, 1.

нія въ теченіе десяти лѣтъ *inter praesentes*, т. е. когда заинтересованныя лица имѣли жительство въ одной провинціи и въ теченіе 20 лѣтъ *inter absentes*, т. е. когда они жительствоваали въ разныхъ провинціяхъ. Она первоначально носила характеръ возраженія, но владѣльцу (прескрибенту) давали тоже искъ въ случаѣ утраты ⁹⁾ имъ владѣнія по истеченіи давностнаго срока. Соотвѣтственно сему она обосновывала возможное для провинціальныхъ земель право ¹⁰⁾ собственности. Юридическія нормы, установленныя для *usucapio* въ значительной мѣрѣ были распространены и на *praescriptio longi temporis*. Однако прибавленіе владѣнія предшественника къ владѣнію преемника сперва развилось при *longi temporis praescriptio* вслѣдствіе бѣльшей продолжительности ея сроковъ.

3. Въ восточно-римской имперіи право давностнаго владѣнія выработалось въ слѣдующемъ видѣ. Движимыя вещи вообще могли быть приобрѣтаемы посредствомъ *usucapio*, такъ какъ всѣ подданные считались римлянами, недвижимости же, которыя принадлежали къ составу прежнихъ провинціальныхъ земель, приобрѣтались лишь посредствомъ *longi temporis praescriptio*, за исключеніемъ конечно тѣхъ земель, которыя подчинялись *jus Italicum* и для которыхъ вслѣдствіе этого возможна была *usucapio*.

Распоряженіемъ 531 года Юстиніанъ *usucapio* и *longi t. praescriptio* слилъ въ одинъ институтъ ¹¹⁾, отвергая ¹²⁾ всякое между ними различіе, тѣмъ не менѣе въ Юстиніановомъ законодательствѣ замѣтны еще нѣкоторыя различія, которыя существовали прежде между обими институтами. Въ этихъ случаяхъ та норма заслуживаетъ предпочтенія, которая соотвѣтствуетъ больше всего общему характеру института и общимъ началамъ права. Неправильно, какъ дѣлаютъ нѣкоторые, отдать предпочтеніе прежней *usucapio*, или какъ дѣлаютъ другіе, прежней *praescriptio*, или, мало того, какъ учила глосса, примѣнить ¹³⁾ правила *usucapionis* къ движимостямъ, а правила *praescriptionis* къ недвижимостямъ.

⁹⁾ Юстиніанъ объ этомъ особенно заявляетъ въ l. 8 pr. C. de praescr. XXX an. 7, 39. Нѣтъ основанія усумниться въ этихъ данныхъ. Объ *actio utilis* упоминается l. 13, § 1 D. de jurejurando 12, 2. Другого мнѣнія, между прочимъ, Grueber, Einfluss der Eigenthumsklage auf die Ersitzung, 1875, стр. 30.

¹⁰⁾ Ср. выше § 193 цифр. 2.

¹¹⁾ l. un. C. de usucapione transformanda 7, 31.

¹²⁾ l. un. C. cit. . . . sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.

¹³⁾ Глосса предполагала, что въ Юстиніановомъ правѣ сосуществовали два института, а именно: *usucapio* для движимостей, въ качествѣ настоящаго давностнаго

2. Уже въ 528 году Юстиніанъ предоставилъ добросовѣстнымъ приобрѣтателямъ владѣнія, которые приобрѣли противъ иска собственника возраженіе 30-лѣтней или 40-лѣтней давности, право виндикаціи ¹⁴⁾, въ случаѣ утраты владѣнія. Тѣмъ самымъ онъ это возраженіе превратилъ въ способъ приобрѣтенія собственности. Это принято называть экстраординарнымъ давностнымъ владѣніемъ, въ противоположность образовавшемуся изъ usucapio ординарному давностному владѣнію. Экстраординарное давностное владѣніе пока въ нижеслѣдующемъ изложеніи обходится, такъ какъ оно покоится на своеобразной основѣ. Мы поэтому будемъ обозначать ординарное давностное владѣніе просто ¹⁵⁾ давностнымъ владѣніемъ.

§ 220. Реквизиты давностнаго владѣнія.

Давностное владѣніе по юстиніановому праву предполагаетъ владѣніе въ теченіе законнаго времени, далѣе вещь, поддающуюся давностному владѣнію и наконецъ приобрѣтеніе владѣнія на основаніи титула и bona fide ¹⁾.

1. Основую является владѣніе въ видѣ собственности ²⁾ вещью или идеальной долей вещи ³⁾ въ теченіе давностнаго срока.

Существуютъ случаи, въ которыхъ приобрѣтеніе путемъ давности возможно, несмотря на отсутствіе юридическаго, т. е. интердиктнаго владѣнія. Въ частности давностью пользуется залогода-

владѣнія и long. t. praescriptio для недвижимостей, въ качествѣ квази-давностнаго владѣнія. Ср. Landsberg, die Glosse, стр. 147. Мнѣніе глоссаторовъ защищаетъ еще Hameaux, die usucapio u. longi t. praescriptio, Giessen 1835.—Donellus comm. V. 4. §§ 8 и сл. понималъ Юстиніана въ томъ смыслѣ, что съ упраздненіемъ узуканіи оставалась только praescriptio.—Vangerow считаетъ usucapio основою, которая только была видоизмѣнена нѣкоторыми положеніями о прескрипціи.

¹⁴⁾ l. 8, § 1. C. de praescr. XXX ann. 7, 39 III Id. Dec. a. 528.

¹⁵⁾ Герм. гр. ул. § 937 опредѣляетъ: «Кто владѣетъ движимою вещью на себя (Eigenbesitz) прибрѣтаетъ право собственности на нее». Отсутствіе bonae fidei при прибрѣтеніи владѣнія на себя (Eigenbesitz) исключаетъ возможность прибрѣтенія вещи путемъ давностнаго владѣнія. Точно также прибрѣтеніе вещи посредствомъ давностнаго владѣнія исключено, если владѣлецъ впоследствии узнаетъ, что вещь ему не принадлежитъ. Титула для прибрѣтенія владѣнія не требуется. Этотъ институтъ герм. гр. ул. болѣе соответствуетъ экстраординарному, нежели ординарному давностному владѣнію общаго права. Мѣсто ординарнаго давн. владѣнія заступило немедленное прибрѣтеніе права собственности на осн. ст. 932 и сл. Ср. также ст. 900 о такъ наз. табулярномъ давностномъ владѣніи (Tabularersitzung).

¹⁾ Старый гексамеръ такъ перечисляетъ реквизиты давностнаго владѣнія: res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

²⁾ l. 23 D. de usurp. 41, 3. Licinius Rufinus libro 1 regularum: Sine possessione usucapio contingere non potest, l. 13 pr. D. eod. Paulus libro 5 ad Plautium. Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.

³⁾ l. 4 § 1 D. pro emptore 41, 4, l. 26 D. de a. vel a. p. 41, 2.

тель, отдавшій свою вещь въ видѣ ручнаго залога, хотя у него нѣтъ юридическаго владѣнія, пока вещь находится во владѣніи ⁴⁾ залогопринимателя.

Далѣе, кто застраиваетъ въ свое зданіе матеріаль, находившійся въ его давностномъ владѣніи, утрачиваетъ тѣмъ самымъ особое владѣніе имъ, но давностное владѣніе его не прекращается, такъ какъ онъ фактически сохраняетъ господство надъ вещью ⁵⁾. Да, давность продолжаетъ свое теченіе и послѣ смерти владѣльца, пока третье лицо ею не завладѣетъ, слѣдовательно, пока вещь остается въ сферѣ наслѣдства ⁶⁾ ⁷⁾.

2. Вещь должна быть *давностно-способною*.

Вещь, не могущая быть объектомъ частной собственности, не можетъ быть приобрѣтаема при посредствѣ давностнаго владѣнія ⁸⁾. Но и многіе объекты, находящіеся въ частной собственности, изъяты отъ дѣйствія давности.

а) Не подчинены давностному владѣнію краденныя вещи—*res furtivae*—пока онѣ не возвращены ⁹⁾ во власть *ихъ собственника*. слѣдовательно даже добросовѣстные владѣльцы, хотя бы они получили ¹⁰⁾ вещь не отъ вора или отъ его правопреемниковъ, не могутъ приобрѣсти путемъ давности краденную вещь. Возврата вещи во власть *потерпѣвшаго* недостаточно для уничтоженія присущаго ей порока похищенія—*vitium*;—для этого необходимо, чтобы вещь вернулась къ ея *собственнику* ¹¹⁾. Возвращеніе во власть собственника имѣется, если собственникъ, зная, что вещь принадлежит ему, ее получаетъ такъ, что она не мо-

⁴⁾ l. 16 D. de usurp. 41, 3. l. 1 § 15 D. de a. vel a. poss. 41, 2.

⁵⁾ Ср. выше § 176, прим. 6.

⁶⁾ l. 40 D. de usurp. 41, 3.

⁷⁾ Ср. вообще Bekker, *Recht des Besitzes* S. 70.

⁸⁾ l. 9, l. 45 pr. D. de usurp. 41, 3.

⁹⁾ Конечно въ основу толкованія надо положить римское понятіе кражи, которое обнимаетъ похищеніе, присвоеніе и, кромѣ *furtum rei*, еще *f. usus* и *f. possessionis*.

¹⁰⁾ Плоды краденной вещи имѣютъ свойство краденныхъ вещей только, когда они добываются или отчуждаются воровъ или недобросовѣстнымъ владѣльцемъ. Добросовѣстный владѣлецъ краденной вещи дѣлается собственникомъ плодовъ. l. 4 § 19 D. de usurp. 41, 3. Относительно l. 48 §§ 5 и 6 D. de furtis 47, 2 ср. выше, § 205, прим. 1, 2. Относительно свойства ребенка похищенной рабыни, мнѣнія римскихъ юристовъ расходились. Вопросъ этотъ не подлежитъ здѣсь дальнѣйшему разсмотрѣнію. Ср. Max Beer, *über die Ersitzbarkeit von Erzeugnissen* 1884. Ср. также выше, § 78, прим. 19.

¹¹⁾ l. 4 § 6 D. de usurp. 41, 3. *Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur nisi in potestatem ejus, cui subrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in ejus utique, cui subreptum est, igitur*

жетъ быть отобрана ¹²⁾ у него посредствомъ поссессорнаго иска. Но достаточно также, если собственникъ можетъ получить вещь посредствомъ виндикаціи ¹³⁾.

b) Насильственно захваченныя недвижимости не подчинены давности, пока онѣ не будутъ возвращены ¹⁴⁾ ¹⁵⁾ собственнику.

c) То же правило примѣняется къ вещамъ, добытымъ должностными лицами посредствомъ вымогательства ¹⁶⁾.

d) Спорныя межи также не подлежатъ ординарной давности ¹⁷⁾.

e) Равнымъ образомъ не могутъ быть предметомъ давности вещи, принадлежащія государству ¹⁸⁾, монарху ¹⁹⁾, недвижимости церковей и учреждений общественной благотворительности ²⁰⁾ ²¹⁾.

creditori subrepta et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet. Ученіе о порокѣ краденной вещи, такъ какъ оно считалось только положительнымъ требованіемъ, было разработано римскими юристами съ казуистическимъ и формалистическимъ остроуміемъ. Порока не было, если вещь была похищена *собственникомъ* у *залогопринимателя*, такъ какъ вещь въ такомъ случаѣ возвращается къ собственнику, l. 4 § 21 D. de usurp. 41, 3, но порокъ имѣется, если собственникъ совершаетъ *furtum*, по отношенію къ ипотечарному кредитору тѣмъ, что онъ продаетъ вещь обремененную спеціальною ипотекою, такъ какъ въ этомъ случаѣ вещь не возвращается къ собственнику, но, напротивъ того, отъ него уходитъ, l. 6 C. de usucap. pro emptore 7, 26. Arndts, § 162, прим. 3 с. не хочетъ допустить это объясненіе, такъ какъ оно обнаруживаетъ «*meta subtilitas*». Но юристы и разрабатывали именно это ученіе въ смыслѣ subtilitas. Поэтому вещь дѣлается *furtivum*, если добросовѣстный *несобственникъ* ее похитилъ у кредитора по залогу, такъ какъ она въ этомъ случаѣ не попадаетъ къ собственнику, l. 49 D. de usurp. 41, 3. Ср. ниже, прим. 14.

¹²⁾ l. 4, §§ 12 и 25 D. de usurp. 41, 3, l. 41 D. eod.

¹³⁾ l. 215 D. de V. S. 50, 16.

¹⁴⁾ Этотъ запретъ былъ установленъ въ *lex Plautia de vi*.—Толкованіе этого закона было особенно subtilis. Напр. не считалось *vi possessum*, если захватить недвижимость въ отсутствіе собственника и помѣшать ему вернуться въ нее, l. 4, § 27 cit. см. еще l. 33, § 2 D. eod. Другого мнѣнія, Brinz, *vacua possessio*, т. I, стр. 506, *Ubbelohde* у Глюка, серія книгъ 43, 44 ч. 5, стр. 62. Относительно l. 6, § 3 D. de precario 43, 26 мнѣнія расходятся, ср. *Vangerow*, т. 1, § 317, стр. 588.

¹⁵⁾ *Nov. 119 cap. 7* за первымъ приобретателемъ вещи отъ недобросовѣстнаго владѣльца не признаетъ права давностнаго владѣнія, такъ какъ у него будто нѣтъ *bona fides*, при условіи, что собственникъ не зналъ, что вещь ему отчуждена. Многие, напр. *Vangerow*, т. 1, § 317, стр. 590, *Windscheid*, т. 1, § 182, прим. 8, утверждаютъ, что недвижимости, отчужденныя недобросовѣстнымъ владѣльцемъ по «духу» распоряженія Юстиніана вообще не могутъ быть предметомъ давностнаго владѣнія (*unersitzbar*). Однако мотивъ Юстиніана—подозрѣніе въ *mala fides*—относительно позднѣйшихъ приобретателей не имѣетъ основанія. Распространительное толкованіе этого сингулярнаго запрета принципиально недопустимо и нецѣлесообразно.

¹⁶⁾ l. 8 D. de lege Julia repetundarum 48, 11, l. 48 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

¹⁷⁾ l. 6 C. fin. reg. 3, 39.

¹⁸⁾ Это являлось нормою древне-римскаго государственнаго права. Выморочныя наследственныя вещи не подчинялись давности, лишь послѣ того, какъ были приняты мѣры къ отобранію ихъ въ пользу казны l. 18 D. de usurp. 41, 3.

¹⁹⁾ l. 1, l. 2 C. de rei dominicae 7, 38.

²⁰⁾ *Nov. 111 cap. 1, nov. 131 cap. 6, cap. 8 X. de praescrip. 2, 16.*

²¹⁾ Спорно, относятся ли сюда городскія имущества—за исключеніемъ конечно

f) Наконецъ, вещи, принадлежащія несовершеннолѣтнимъ, не подлежатъ давности ²²⁾.

3) Далѣе давностное владѣніе требуетъ *титула* ²³⁾, т. е. событій, которыя придаютъ самому приобрѣтенію владѣнія на правахъ собственности видимость ²⁴⁾ правомѣрности.

Титулами считаются преимущественно юридическія сдѣлки, и притомъ частью двустороннія, какъ-то: купля—*titulus pro emptore*,—дареніе—*pro donato*,—назначеніе приданаго—*pro dote*, къ которымъ примыкаетъ традиція (передача), частью одностороннія, преимущественно отказы—*pro legato*,—которыя ведутъ ²⁵⁾ къ приобрѣтенію владѣнія.

публичныхъ, l. 9 D. de usurp. 41, 3. Въ источникахъ подобнаго запрета относительно городскихъ имуществъ нельзя найти, Windscheid, т. 1, § 182, прим. 5, противъ Vangerow, т. 1, § 317, прим. А. 4.

²²⁾ Это тоже спорно. Древняя *usucapio* текла и по отношенію къ вещамъ подопечныхъ, l. 2 D. de eo qui pro tutore 27, 5. Но давалась реституція, l. un. C. si adversus usuc. 2, 35. Напротивъ *longi temp. praescriptio* не текла противъ несовершеннолѣтнихъ, l. 3 C. quibus non objiciatur 7, 35. Что слѣдуетъ считать рѣшающимъ для Юстиніанова права? Несомнѣнно, правило *longi temp. praescriptio*, такъ какъ Юстиніанъ опредѣляетъ l. 5 C. in quibus causis in integrum 2, 40 . . . in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant eas ipso jure non currere . . . videlicet exceptionibus XXX et XL annorum in suo statu remanentibus. Юстиніанова терминологія примѣняетъ *temporales exceptiones* и къ давностному владѣнію. l. 30 § 2 C. de jure dot. 5, 12; ср. l. 2 § 1 C. de annali exceptione 7, 40. Такъ Arndts, civ. Schriften т. 1 п. 14, Pand. § 162. Anm. 1; Vangerow т. 1 § 317 Anm. А. 5 считаетъ правило древней *usucapio* и въ данномъ случаѣ руководящимъ для Юстиніанова права.

²³⁾ О титулѣ давностнаго владѣнія, ср. подробныя и тщательныя изысканія Фиттинга въ Archiv für civ. Praxis т. 51 п. 1 и 15, т. 52 п. 1, 9 и 16, далѣе Bernhöft, *titulus justus und titulus putativus* 1873 и *der Besitztitel in römischen Rechte* 1875. Fitting, ук. соч. т. 51 стр. 2 и 3 указана литература; ср. еще Adler въ Jherings Jahrb. т. 33 стр. 184, Bonfante in der rivista ital. p. l. scienze giuridiche т. 17 стр. 126. Герм. гр. ул. §§ 937, § 900 не требуютъ титула.

²⁴⁾ Прежнее обычное опредѣленіе «титулъ является основаніемъ, способнымъ—независимо отъ препятствій даннаго случая—предоставить право собственности, какъ таковое» (ср. Arndts § 159) въ новѣйшее время подверглось справедливой критикѣ, какъ слишкомъ неопредѣленное и невѣрное. Такъ, напр. преимущественно Stintzing, *bona fides* и *titulus* стр. 97, Фиттингъ ук. соч. т. 51 стр. 5. Большинство придерживается того, что титулъ является «*Erwerbsthatsache*» ср. Windscheid т. 1, § 178 или «*Erwerbsgrund*», какъ выражается Brinz т. 1 § 158. Но *titulus pro derelicto* не подходитъ подъ такую конструкцію, такъ какъ дереликція вещи можетъ оправдывать оккупацию со стороны другого, но она очевидно не является основаніемъ приобрѣтенія. Смыслъ понятія титула давностнаго владѣнія у римлянъ схваченъ Stintzing'омъ ук. соч. стр. 124 и Schirmer'омъ Lindes Zeitschr. n. F. т. 16, стр. 3 и сл. Согласно этому титуломъ является внѣшнее событіе, которое придаетъ нашему господству надъ вещью видимость правомѣрности. Но надо прибавить, что римская юриспруденція не представляла судейскому усмотрѣнію власть разрѣшать, имѣются въ каждомъ данномъ случаѣ достаточные факты этого рода, но, напротивъ того, старалась схематически установить разъ навсегда, какіе факты достаточны. Это придавало ученію о титулѣ казуистическій отпечатокъ.

²⁵⁾ Ср. tit. Dig. pro emptore 41, 4, pro donato 41, 6; pro legato 41, 8, pro dote

Наряду съ этимъ имѣются однако еще иного рода титулы. Важенъ титулъ *pro herede*, когда постороннее лицо, не будучи наслѣдникомъ, овладѣваетъ вещами покойнаго, въ качествѣ наслѣдника ²⁶⁾. Далѣе прямо указывается на титулъ *pro derelicto* ²⁷⁾, т. е. оккупация или *usucapio* вещи постороннимъ лицомъ, вслѣдствіе оставленія ея собственникомъ.

Древняя юриспруденція только въ томъ случаѣ считала юридическія сдѣлки титуломъ для давностнаго владѣнія, если онѣ являлись *дѣйствительными*, съ тѣмъ, значить, чтобы порокъ сдѣлки заключался только въ недостаточности права продавца или иного правопредшественника. Императорская эпоха отказалась отъ этого взгляда. Она признавала хотя только фактически заключенныя, но всетаки недѣйствительныя сдѣлки, напр. продажу, учиненную сумасшедшимъ, достаточнымъ титуломъ ²⁸⁾. Въмѣсто настоящаго титула довольствовались присягою ²⁹⁾ передъ судомъ, или вошедшимъ въ законную силу рѣшеніемъ ³⁰⁾, которыя создавали представленіе о существованіи акта приобрѣтенія.

Наконецъ всѣ обстоятельства, которыя могли съ нѣкоторымъ вѣроятіемъ обосновать представленіе о наличности сдѣлки, стали признаваться достаточными, напр. ошибочное сообщеніе представителя о совершеніи акта приобрѣтенія. Новая доктрина обозначаетъ эти титулы терминомъ *titulus putativus* ³¹⁾.

41, 9. *Titulus pro soluto* упоминается въ l. 46 D. de usurp. 41, 3.—*titulus pro transactione* l. 8 C. de usucapione pro emptore vel transactione 7, 26. Bechmann, *usucapio pro emptore*, Arch. f. c. Pr. т. 75 н. 7.

²⁶⁾ Подробности относятся къ наслѣдственному праву.

²⁷⁾ Ср. l. 1 и сл. D. pro derelicto 41, 7.

²⁸⁾ l. 13 § 1 D. de usurp. 41, 3. l. 2 § 16 D. pro emptore 41, 4.

²⁹⁾ l. 13 § 1 D. de iurejurando 12, 2. Julianus ait eum, qui juravit fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere.

³⁰⁾ По вопросу о томъ, создаетъ ли вошедшее въ законную силу рѣшеніе титулъ для давностнаго владѣнія, мѣнія расходятся. Vangerow, 7-е изд. т. 1 § 320 прим. 3 высказывается въ отрицательномъ смыслѣ. Въ числѣ другихъ за утвердительное рѣшеніе: Arndts § 320 прим. 3; ср. тамъ литературу по этому вопросу, Brinz т. 1 § 159 и, несмотря на кажущуюся оппозицію, и Виндшейдъ т. 1 § 179 въ концѣ.

³¹⁾ Съ той поры, какъ для узуканія требовалась *bona fides* можно было дѣлать уступки въ тѣхъ строгихъ требованіяхъ, которыя первоначально предъявлялись къ титулу. Но Цельзъ рѣшился сказать въсѣкое слово противъ этого игнорированія титула, какъ реквизиата для давности и противъ лишенія его всякихъ осязательныхъ признаковъ. l. 27 D. de usurp. 41, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum: Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse: nihil referre emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Гораздо снисходительнѣе былъ Neratius libro 5 membranarum l. 5 D. pro suo 41, 10.

4) Последнимъ реквизитомъ является *bona fides*. Надо было считать себя уполномоченнымъ на приобрѣтеніе вещи ³²⁾.

При куплѣ *bona fides* должна была быть налицо во время совершенія купли и во время совершенія традиціи. При приобрѣтеніи по другимъ сдѣлкамъ достаточно, чтобы *bona fides* была у приобретателя при приобрѣтеніи владѣнія ³³⁾.

Пока я не знаю ни о какомъ приобрѣтеніи владѣнія, я не нахожусь ни въ доброй, ни въ дурной вѣрѣ. Слѣдовательно, давностное владѣніе можетъ начаться, когда мы узнаемъ о приобрѣтеніи для насъ владѣнія третьимъ лицомъ и если мы считаемъ это дѣйствіе его правомѣрнымъ ³⁴⁾. Если же третье лицо получило отъ насъ общую довѣренность на представительство, то *bona fides*

*Usucapio rerum—etiam ex aliis causis concessa interim—propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset; sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio. quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut ejus cujus in locum hereditario jure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. Юліанъ, не смотря на свою близость къ Нерацію, подчеркиваетъ необходимость доказыванія фактовъ, l. 11 D. pro emptore 41, 4. Africanus libro 7 quaestionum: Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit magis esse, ut usucapio sequatur. Посредствующее воззрѣніе Юліана надо считать руководящимъ. Воззрѣнія юристовъ, рѣшенія коихъ были приняты въ *Corpus juris* были, правда, весьма разнообразны. Ср. также l. 9 D. pro legato 41, 8. Pernice, Labeo, т. 2, 2-ое изд. стр. 396.*

³²⁾ Ср. Bonfante, la justa causa dell' usucapione, rivista italiana per le scienze giuridiche т. 15 стр. 161 и 321, выше § 194. Особого доказательства добросовѣстности не требуется и, такъ какъ она въ человѣческомъ оборотѣ составляетъ правило, она предполагается, пока не доказана недобросовѣстность. Waechter, *bona fides* стр. 45. Ihering, *Besitzwille* стр. 160.

³³⁾ Спорили о томъ, требуется ли *bona fides* въ моментъ купли или въ моментъ традиціи. Сабинъ и Кассій высказывались въ смыслѣ: «*traditionis initium spectandum*» l. 10 pr. D. de usurp. 41, 3, и этотъ взглядъ раздѣлялся и Папиніаномъ l. 44, § 2 D. eod. «*etsi possessionis non contractus initium, quod ad usucapionem pertinet inspicere placet*». Многие юристы, а въ особенности Павелъ, требовали *bona fides* въ оба момента, l. 2 pr. D. pro emptore 41, 4, l. 48 D. de usurp. 41, 3 ср. l. 15 § 3 D. eod. Это воззрѣніе слѣдуетъ считать руководящимъ. Оно оправдывается тѣмъ, что продажа является начальнымъ моментомъ отчужденія, ср. выше § 214 прим. 6. Тенденція затруднять давность сказывается и въ этомъ случаѣ. Виндшейдъ т. 1 § 177 желаетъ распространить это положеніе на всякую сдѣлку, при которой, какъ это имѣетъ мѣсто при куплѣ, воля направлена къ немедленному пере-и усвоенію. Литература указывается Виндшейдомъ, въ указ. мѣстѣ прим. 1, ср. также Beshmann, ук. соч. стр. 293. По герм. гр. ул. рѣшающимъ является моментъ приобрѣтенія владѣнія.

³⁴⁾ l. 47 D. de usurp. 41, 3, l. 49 § 2 D. de a. vel a. p. 41, 2, l. 1 C. de adq. et. ret. poss. 7, 32. Слѣдовательно, давность начинается только съ момента одобренія нами дѣйствій по приобрѣтенію владѣнія, совершенныхъ представителемъ, на то уполномоченнымъ.

представителя слѣдуетъ считать ³⁵⁾ имѣющею рѣшающее значеніе.

Нужно, чтобы bona fides опиралась на извинительную ошибку. Error juris таковою не считается ³⁶⁾.

По каноническому праву bona fides должна сохраниться въ теченіе всего давностнаго срока; но простыя сомнѣнія владѣльца въ правомѣрности его владѣнія ему не вредятъ ³⁷⁾.

§ 221. Истечение давностнаго владѣнія.

1) Приобрѣтеніе посредствомъ давностнаго владѣнія совершается относительно *движимостей* въ 3-хъ-лѣтній срокъ, относительно *недвижимостей* въ 10-ти или 20-ти-лѣтній срокъ ¹⁾. А именно, если давностный владѣлецъ недвижимости жительствоуетъ въ той же провинціи, въ которой живетъ собственникъ—*inter praesentes*,—то примѣняется 10-ти-лѣтній срокъ, если же они живутъ въ разныхъ провинціяхъ—*inter absentes*,—то требуется ²⁾ 20 лѣтъ владѣнія. Провинціей считается въ Германіи округъ Оберландгерихта. Одинъ годъ отсутствія прибавляется ³⁾ къ числу 10 лѣтъ, два года отсутствія равняются одному году присутствія.

Отсутствіе, продолжающееся менѣе одного года, не принимается во вниманіе ⁴⁾ ⁵⁾.

³⁵⁾ Римляне этого начала придерживались лишь при приобрѣтеніи черезъ домохладцевъ «ex causa peculiarі, l. 2 §§ 10 и сл. D. pro emptore 41, 4. Мы должны въ виду развитія представительства, распространить это правило на случай генеральной довѣренности. Ср. также герм.-гр. ул. § 166.

³⁶⁾ l. 31 pr. D. de usurp. 41, 3 ср. выше § 87 прим. 10. Другого мнѣнія Adler Iher. Jahrb. т. 33 стр. 169. Ср. также Seuff Arch. т. 49 н. 79.

³⁷⁾ Cap. 20 X de praescriptionibus 2, 26 приведено выше § 149 прим. 2. Герм. гр. ул. требуетъ, чтобы владѣлецъ узналъ положительнымъ образомъ, что онъ не собственникъ.

¹⁾ l. un. C. de usucapione transformanda 7, 31. Относительно герм. гр. ул. ср. выше § 219 прим. 15.

²⁾ l. 12 C. de praescr. longi temporis 7, 33. Мѣсто нахождения *недвижимости* въ той же провинціи, гдѣ живетъ собственникъ несущественно. Только *мѣстожительство* имѣетъ значеніе, но не временное, хотя и продолжительное, *пробываніе* въ другомъ мѣстѣ.

³⁾ Nov. 119 cap. 8.

⁴⁾ Voecking, Pand. т. 2 § 148 прим. 5, противъ него Виндшейдъ т. 1, § 180 прим. 3.

⁵⁾ Срокъ давностнаго владѣнія считается *tempus continuum* (l. 31 § 1 D. de usurp. 43, 3 крайне неудачно интерполирована). Онъ исчисляется *civiliter*, начало послѣдняго дня равносильно истеченію его, ср. выше § 89 прим. 8. Правило практиковъ: *olim et hodie possessor, semper possessor*, не является обязательною презумціей, но, смотря по обстоятельствамъ, имѣетъ значеніе *praesumptio facti*. Герм. гр. ул. § 938 признаетъ ее законною презумціей.

2. При давностномъ владѣннн возможно ⁶⁾ какъ преемство (successio possessionis), такъ и сложеніе сроковъ владѣнія (accessio).

а) Наслѣдникъ и занимающій его мѣсто заступаютъ своего наслѣдодателя ⁷⁾, въ отношеніи давностнаго владѣнія. Слѣдовательно, не начинается новое владѣніе, а продолжается старое.

Начатое наслѣдодателемъ давностное владѣніе по римскому праву продолжалось въ лицѣ наслѣдника, даже если послѣдній не былъ въ доброй вѣрѣ. По каноническому праву наслѣдникъ не долженъ быть mala fide, но простыя сомнѣнія въ правомѣрности его владѣнія также мало мѣшаютъ дальнѣйшему теченію давности, какъ если бы они возникли у самого наслѣдодателя.

Если, вслѣдствіе отсутствія bona fides, наслѣдодатель не имѣлъ давностнаго владѣнія, то и наслѣдникъ его не имѣетъ, хотя бы онъ былъ bona fide, такъ какъ наслѣдникъ является преемникомъ ⁸⁾ наслѣдодателя и въ отношеніи порока его владѣнія.

При сложеніи давностныхъ сроковъ, въ теченіе которыхъ провладѣли наслѣдодатель и наслѣдникъ, время hereditas jacens включается въ счетъ; давностное владѣніе можетъ даже заканчиваться ⁹⁾ ¹⁰⁾ въ это время. Подразумѣвается, что третье лицо въ тотъ промежутокъ не приобрѣло ¹¹⁾ владѣнія.

б) *Сингулярный преемникъ* начинаетъ новое давностное владѣніе. Реквизиты давностнаго владѣнія, въ частности bona fides, должны быть ¹²⁾ у него.

⁶⁾ Denziger, die accessio possessionis 1842; Brinz. т. 1 § 162. Нѣсколько мѣстъ, трактующихъ о сложеніи времени при interdictum utrubi, см. выше § 185 прим. 7,— въ особенности l. 13 D. de a. vel. a. poss. 41, 2 и l. 14 D. de div. temp. praescr. 44, 3 были приняты въ компиляцію. Къ давностному владѣнію они болышею частью не подходятъ. Герм. гр. ул. знаетъ только акцессію владѣнія, ср. § 943.

⁷⁾ l. 43 pr. D. de usurp. 41, 3. l. 30 pr. D. ex quibus causis 4, 6, l. 2 § 19 D. pro emptore 41, 4.

⁸⁾ l. 11 D. de diversis temporalibus praescr. 44, 3. Послѣдовательно l. 24 § 1 D. de usurp. 41, 3.

⁹⁾ l. 40 D. de usurp. 41, 3. О приводимой противъ этого l. 13 § 4 D. de a. vel. a. poss., ср. выше прим. 6. Во время her. jac. давность начаться не можетъ. l. 45 § 1 D. eod.

¹⁰⁾ l. 2 § 18 D. pro emptore 41, 4. Paulus libro 54 ad edictum замѣчаетъ послѣдовательно etiam heredi ulteriori defuncti possessio proderit, quamvis medius heres possessionem ejus nactus non sit.

¹¹⁾ l. 20 D. de usurp. 41, 3 l. 6 § 2 D. pro emptore 41, 4. По герм. гр. ул. время, въ теченіи котораго провладѣло *наслѣдствомъ* третье лицо, идетъ въ счетъ владѣнія наслѣдника § 944.

¹²⁾ l. 2 § 17 D. pro emptore 41, 4.

Но онъ имѣеть право *сложитъ* время, въ теченіе котораго провладѣль его предшественникъ, съ временемъ своего владѣнія,—*accessio* ¹³⁾),—если его владѣніе непосредственно примыкаетъ ¹⁴⁾ къ владѣнію правопредшественника. При условіи подобной же связи, владѣніе болѣе отдаленныхъ предшественниковъ можетъ быть тоже включено въ счетъ времени.

Mala fides предшественника, не препятствуетъ началу новаго давностнаго владѣнія у преемника.

Давность прерывается ¹⁵⁾:

1. *Утратою владѣнія*, имѣвшею мѣсто въ теченіе давностнаго срока. Перерывъ ¹⁶⁾ имѣется даже въ томъ случаѣ, если владѣлецъ вытѣсняется постороннимъ, не имѣющимъ на то права.

2. *Возбужденіемъ иска о правѣ собственности*. Этимъ давность прерывается даже въ томъ случаѣ, если искъ не удовлетворяется, въ частности, если онъ отклоняется или если истецъ отказался отъ иска. При извѣстныхъ условіяхъ предъявленіе иска замѣняется протестомъ.

Перерывъ имѣеть лишь относительное значеніе. Онъ полезенъ лишь истцу. Слѣдовательно, если неуправомоченное лицо предъявило искъ о правѣ собственности, то этимъ давность не прерывается въ пользу собственника, бездѣйствовавшаго ¹⁷⁾ въ теченіе давностнаго срока.

¹³⁾ *Accessio possessionis* развилась при *longi temporis praescriptio* l. un. C. de usuc. transform. 7, 31. Согласно рескрипту Каракаллы она должна была имѣть мѣсто при *usucapio*, въ случаѣ продажи, т. е. вѣроятно вообще при возмездномъ приобрѣтеніи. § 13 J. de usuc. 2, 6 l. 2 § 20 D. pro emptore 41, 4. Лишь Юстиніанъ принялъ *акцессию* для всего института давностнаго владѣнія.

¹⁴⁾ arg. l. 15 § 1 D. de div. temp. praescr. 46, 3.

¹⁵⁾ C. 2 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum: Usurpatio est usucapionis interruptio.

¹⁶⁾ l. 5 D. de usurp. 41, 3. Герм. гр. ул. § 940 смягчаетъ это положеніе.

¹⁷⁾ Тоже герм. гр. ул. § 941. Въ отношеніи перерыва давности предъявленіемъ иска древняя *usucapio* отличалась отъ *longi temp. praescriptio*. Соответствующія постановленія безъ измѣненія перешли въ *corpus juris* Юстиніана. а) *Usucapio* не прерывалась литисконтестаціею; но существовало процессуальное обязательство отвѣтчика, dokonчившаго во время хода процесса срокъ давностнаго владѣнія, выдать вещь истцу, если оказывалось, что послѣдній былъ собственникомъ ея еще во время литисконтестаціи. l. 17. § 1 in fine. l. 18, l. 20 и 21 D. de rei vindic. 6, 1 l. 2 § 21 D. pro emptore 41, 4. б) *Longi temporis praescriptio* прерывалась предъявленіемъ иска и, притомъ, не только въ пользу истца, но и въ пользу *третьихъ* лицъ, такъ какъ для этого вида давности требовалось спокойное провладѣніе въ теченіе всего срока. l. 1 C. de praescr. longi temporis 7, 33, l. 4 C. quibus non objicitur 7, 35, l. 10 C. de acquir.

Въ случаѣ обратнаго полученія владѣнія прежнимъ владѣльцемъ, начинается новое давностное владѣніе ¹⁸⁾. Если перерывъ произошелъ вслѣдствіе возбужденія иска или равнозначущаго событія, то экстраординарная давность возможна съ того момента, съ которымъ прекращается ¹⁹⁾ перерывъ давности.

Существуютъ обстоятельства, обусловливающія *пріостановленіе* теченія давности, т. е. давность не течетъ далѣе, пока существуютъ извѣстныя препятствія, по устраненіи которыхъ теченіе ея возобновляется ²⁰⁾.

Такое пріостановленіе давностнаго владѣнія происходитъ въ особенности, когда искъ собственника юридически задерживается, напр. въ случаѣ застройки его матеріаловъ въ чужое строеніе ²¹⁾.

Путемъ давностнаго владѣнія право собственности пріобрѣтается въ полномъ объемѣ ²²⁾.

et ret. possessione 7, 32. Какое правило слѣдуетъ принять для Юстиніанова давностнаго владѣнія? Не подлежитъ сомнѣнію, что по Юстиніанову праву *возбужденіе иска* прямо *прерываетъ* давность, такъ какъ, согласно l. 2 C. de annali exceptione 7, 40, это имѣетъ мѣсто въ извѣстныхъ случаяхъ даже вслѣдствіе одного только протеста, замѣняющаго предъявленіе иска. Съ другой стороны изъ включенія въ компіляцію текстовъ, относящихся къ usucapio, слѣдуетъ вывести, что перерывъ давности дѣйствуетъ только *въ пользу истца*, но не въ пользу третьяго лица. Это эклектическое воззрѣніе соответствуетъ наличному матеріалу источниковъ и соответствуетъ внутреннему смыслу. Воззрѣнія новѣйшихъ ученыхъ чрезвычайно расходятся по этому вопросу. Ср. Waechter, Ergört. т. 3 стр. 99 и сл. Stephan, Arch. f. civ. Pr. т. 34 стр. 180, E. Grueber, Einfluss der Eigenthumsklage auf die Ersitzung 1875, Windscheid т. 1 § 180 прим. 7, Arndts § 163 прим. 2, Brinz т. 1 стр. 600.

¹⁸⁾ l. 15 § 2 D. de usurp. 41, 3, l. 7 § 4 D. pro emptore 41, 4.

¹⁹⁾ Выше § 148, 1 отд. стр. 346.

²⁰⁾ Ср. выше § 147, 1 отд. стр. 343, этому не противорѣчитъ § 176 прим. 5.

²¹⁾ См. выше § 208. Также герм. гр. ул. § 939 ссылается на аналогію съ исковою давностью при искѣ о правѣ собственности.

²²⁾ Нѣкоторые изъ новѣйшихъ писателей исходятъ изъ того, что въ составѣ цѣлаго не подвергаются давностному владѣнію отдѣльныя его части, въ качествѣ самостоятельныхъ вещей. На этомъ основаніи они высказываютъ сомнѣніе въ томъ, пріобрѣлъ ли давностный владѣлецъ строенія путемъ давности также право собственности на строительный *матеріалъ*, въ случаѣ *последующаго отдѣленія* его отъ строенія. Такъ, въ числѣ друг. Sintenis, Arch. f. civ. Pr. т. 20 стр. 86 и Stephan тамъ же т. 31 стр. 381, и въ послѣднее время Виндшейдъ т. 1 § 175а прим. 2. Но это мнѣніе не выдерживаетъ критики. Въ случаѣ сноса третьимъ лицомъ нашего дома, мы виндикацію отдѣленныхъ и взятыхъ имъ матеріаловъ обосновываемъ нашимъ правомъ собственности на домъ, изъ котораго они взяты. И при этомъ не можетъ составить никакой разницы, пріобрѣли ли мы домъ путемъ давностнаго владѣнія или инымъ способомъ, ибо то, что отдѣляется отъ нашего дома, принадлежитъ намъ. Это ясное проявленіе правъ собственника l. 49 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Только въ томъ случаѣ замѣчается различіе, если когда-то въ недвижимость былъ застроенъ чужой матеріалъ, такъ что право собственности бездѣйствовало, пока существовало соединеніе, а потомъ снова ожило. Такіе матеріалы собственникъ, вслѣдствіе пробужденія его права собственности, можетъ еще виндцировать. Это сингулярное право, l. 23 § 7 D. de rei vind. 6, 1, l. 7 § 11 D. de a. r. d. 41, 1. Ср. Savigny, Besitz стр. 265—268, 271—275.

§ 222. Экстраординарное давностное владѣніе ¹⁾.

Кто противъ иска собственника можетъ возразить ссылкой на истечение исковой давности вслѣдствіе владѣнія вещью въ теченіе 30 или 40 лѣтъ, въ правѣ, въ случаѣ утраты владѣнія, *виндицировать* вещь, если въ свое время онъ ее *приобрѣлъ добросовѣстнымъ образомъ*. Такъ рѣшилъ Юстиніанъ въ 528 году ²⁾, два года по воспослѣдованіи распоряженія о сліяніи *usucapio* и *longi temporis praescriptio*.

Согласно этому прескрибентъ съ истеченіемъ 20 или 40-лѣтней давности *приобрѣтаетъ* право собственности. Новая доктрина, съ догматической точки зрѣнія вполне справедливо этотъ способъ *приобрѣтенія* называетъ экстраординарнымъ давностнымъ владѣніемъ. Но Юстиніану такое воззрѣніе было чуждо. Онъ имѣлъ въ виду расширеніе послѣдствій исковой давности. Поэтому для деталей этого института руководящее значеніе ³⁾ имѣютъ не начала давностнаго владѣнія, а начала исковой давности.

1. Теченіе экстраординарнаго давностнаго владѣнія начинается съ того момента, когда искъ о правѣ собственности можетъ быть возбужденъ ⁴⁾ (*actio nata*).

Оно заканчивается по правиламъ 30-лѣтней, въ исключительныхъ же случаяхъ—40-лѣтней давности. Такъ какъ исковая давность истекаетъ лишь съ концомъ послѣдняго дня, то то же самое относится и къ экстраординарному давностному владѣнію. Перерывъ исковой давности включаетъ въ себѣ и перерывъ экстраординарнаго давностнаго владѣнія.

2. Нужно, чтобы прескрибентъ *приобрѣлъ* владѣніе добросовѣстно. Титула не требуется ⁵⁾.

¹⁾ Относительно герм. гр. ул. ср. выше § 219 прим. 15.

²⁾ l. 8 C. de praescr. XXX annorum 7, 39.

³⁾ Unterholzer т. 2 § 177 и § 178 склонялся къ мнѣнію, будто закономъ l. un. C. de usuc. transformanda какъ *praescriptio longissimi temporis*, такъ и *praescriptio longi temporis*, были подчинены началамъ *usucapionis*. Противъ этого справедливо возразилъ Fritz, *Lindes Zeitschr.* т. 3 н. 23.

⁴⁾ Ср. выше § 146 стр. 338 и сл.

⁵⁾ Немногіе писатели придерживаются другого мнѣнія. Такъ, Brinz т. 1 стр. 611; ему «*bona fides sine titulo* представляется немислимою вещью». Поэтому онъ требуетъ и здѣсь кромѣ *bona fides* еще и титулъ, не имѣя къ тому опоры въ законѣ, вопреки общепринятой практикѣ, и наперекоръ явной практической потребности, такъ какъ съ теченіемъ времени часто утрачивается возможность доказывать существованіе бывшаго когда-то титула. Если поэтому долготѣнее владѣніе не въ состояніи замѣ-

Спорно, можетъ ли *bona fides* при экстраординарномъ давностномъ владѣніи опираться на *неизвинительную* ошибку, и въ частности на *незнаніе закона* (*error juris*). Вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ (несмотря на то, что право вообще принимаетъ во вниманіе только извинительную ошибку), ибо было бы ненормально и нежелательно, если многолѣтній владѣлецъ былъ бы защищенъ возраженіемъ, но оказался бы безправнымъ, въ случаѣ утраты владѣнія. Этому Юстиніанъ хотѣлъ положить предѣлъ. Только *недостойные* не должны были пользоваться этою льготою. Но тотъ, кто ошибся, хотя и неизвинительнымъ образомъ, не недостойнъ ⁶⁾.

3. Вещи, вообще не подлежащія давности, тоже подчиняются экстраординарному давностному владѣнію. Спорно это лишь относительно краденныхъ и награбленныхъ вещей. По Р. Г. О. Карла V, ст. 209, «*Kann an gestohlener oder geraubter Habe durch einige Laenge der Zeit Kein Geweer ersessen werden*». На этомъ основаніи многіе изъ новѣйшихъ ученыхъ также желаютъ исключить ⁷⁾ примѣненіе экстраординарной давности. Однако это возрѣніе лишено почвы. Оно предполагаетъ, что Carolina уже понимала рассматриваемый институтъ какъ видъ давностнаго владѣнія, чего доказать нельзя ⁸⁾. Было бы также нецѣлесообразно признавать никогда незадавнивающимъ право на краденную вещь, напр. на картину великаго художника, украденную нѣсколько вѣковъ тому назадъ и съ тѣхъ поръ находящуюся въ добросовѣстномъ владѣніи.

То, что не можетъ быть объектомъ частной собственности,

нить титулъ, то значить давно существующія права подвергаются опасности. Титулъ при экстр. давностномъ владѣніи можетъ имѣть значеніе лишь въ томъ смыслѣ, что наличность его доказывается противникомъ для обоснованія вывода относительно *mala fides* владѣльца, Waechter *bona fides* стр. 25.

⁶⁾ Того же мнѣнія Waechter, *bona fides* 1871, въ особенности стр. 114, но по другимъ основаніямъ. Новая литература у него приведена. Противъ Вэхтера высказался Брунсъ, *das Wesen der bona fides* 1872, ср. также Bruns, *Arch. f. civ. Prag.* т. 57 н. 14.

⁷⁾ Этого мнѣнія въ числѣ другихъ Vangerow т. 1 § 325 стр. 615, Windscheid т. 1 § 183, но съ принятіемъ болѣе тѣснаго понятія кражи по Carolina. Противъ этого возражаетъ Arndts § 164 прим. 4 во вниманіе къ издавна господствовавшему возрѣнію.

⁸⁾ Глоссаторы, мнѣніе которыхъ въ XVI вѣкѣ считалось рѣшающимъ, не считали *longissimi temporis praescriptio* видомъ давностнаго владѣнія. Они даже полагали, что введенная Юстиніаномъ *vindicatio utilis* могла быть направлена лишь противъ третьихъ лицъ, но не противъ самого собственника. Такъ, глоссы l. 8 § 1 C. de praescrip. XXX annorum 7, 39. ср. Landsberg, *Glosse* стр. 210.

также не можетъ быть пріобрѣтено путемъ экстраординарнаго давностнаго владѣнія.

Равнымъ образомъ объекты, относительно которыхъ не течетъ исковая давность, въ частности вещи малолѣтнихъ, не могутъ быть предметомъ экстраординарнаго давностнаго владѣнія.

VII. Прекращеніе права собственности.

§ 223. Случаи прекращенія собственности.

1. Потеря права собственности для одного лица, по общему правилу, совпадаетъ съ пріобрѣтеніемъ его для другого. Въ такомъ случаѣ говорятъ объ обращеніи вещественныхъ цѣнностей. Подобнаго рода измѣненіе въ собственности можетъ произойти:

- а) по волю собственника, путемъ традиціи,
- б) безъ его воли, вслѣдствіе пріобрѣтенія собственности другимъ лицомъ, напр. по давности, въ силу конфискаціи, судебного опредѣленія объ укрѣпленіи вещи за покупателемъ на публичныхъ торгахъ, а также вслѣдствіе наступленія резолютивнаго условія.

2. Далѣе, право собственности прекращается уничтоженіемъ вещи. Но оно продолжаетъ существовать по отношенію къ ея уцѣлѣвшимъ частямъ, напр. по отношенію шкурѣ павшаго животнаго ¹⁾.

Право собственности также прекращается, когда вещь дѣлается безхозайною. Это возможно:

- а) въ случаѣ *дереликціи*, т. е. отказа отъ владѣнія съ намѣреніемъ не быть болѣе собственникомъ ²⁾ ³⁾ ⁴⁾.

¹⁾ l. 49, § 1 D. de rei vind. 6, 1. Celsus libro 18 digestorum: Meum est, quod ex re mea superest, cujus vindicandi jus habeo.

²⁾ Ricci la derelizione въ rivista italiana per le scienze giuridiche, т. 13, стр. 321. Дереликція была признана римлянами за основаніе прекращенія собственности лишь постепенно и съ колебаніями, такъ какъ они были склонны придерживаться разъ добытаго положенія и использовать его до крайности. Прокулянцы допускали потерю собственности вслѣдствіе дереликціи въ томъ случаѣ, если другое лицо вступить во владѣніе вещью, но сабинянцы отказывались видѣть въ дереликціи основаніе потери собственности, l. 2, § 1 D. pro derelicto, 41, 7; l. 1 D. eod. Ср. Сзыларз. ук. соч. стр. 113. Voigt. röm. Rechtsgesch. т. 1, § 36; прим. 33. Дереликція преимущественно происходила (и впервые была признана) въ тѣхъ случаяхъ, когда собственность отягчали повинности, которыя повидимому превосходили ея выгоды. Такъ, уже Лабейонъ допускалъ дереликцію въ цѣляхъ избавленія отъ serv. oneris ferendi, l. 6, § 2 въ концѣ D. si serv. vind., 8, 5; см. далѣе l. 6 D. de damno infecto, 39, 2. Могъ ли совершить дереликцію тотъ, кто не имѣлъ владѣнія? По общему правилу слѣдуетъ это отрицать. Ибо въ такомъ случаѣ недостааетъ возможности совершить отказъ отъ владѣнія, что является формою дереликціи. Возможно, что по этому основанію ска-

в) *Дикіе звѣри, т. е. обыкновенно живущіе на свободѣ отъ господства человѣка, которые присвоены нами, становятся безхозяйными, когда они возвращаются въ состояніе естественной свободы* ⁵⁾. Относительно животныхъ *пойманныхъ, т. е. удерживаемыхъ только физическими мѣрами, это бываетъ тогда, если они убѣгутъ и выйдутъ изъ поля зрѣнія своего преслѣдователя* ⁶⁾, а относительно *прирученныхъ, т. е. подвергающихся психическому воздѣйствію,—если они уйдутъ и оставятъ привычку возвращаться* ⁷⁾.

Если прирученныя или домашнія животныя, т. е. животныя, обыкновенно служащія человѣку, на продолжительное время уходятъ изъ-подъ нашего наблюденія, то мы теряемъ по отношенію къ нимъ владѣніе, но не право собственности ⁸⁾.

зано въ l. 17, § 1 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Ulpianus libro 76 ad edictum: differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Если это относить къ невладѣющему собственнику, то оно имѣетъ смыслъ. Ср. впрочемъ Czychlarz, ук. соч. стр. 91.

³⁾ Намѣреніе дерелинквироваго можетъ быть направлено и не только на отказъ отъ *владѣнія*: § 47 J. de rer. div. 2, 1 pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit. § 48 alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur. haec enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo eici, quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat; quae de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. nec longe discedere videntur ab his, quae de rheda currente non intellegentibus dominis cadunt; l. 43, § 11 D. de furtis 47, 2 не противорѣчить этому. Иного взгляда Czychlarz, ук. соч. стр. 105.

⁴⁾ По герм. гр. ул. § 928 отказъ отъ недвижимой собственности допустимъ лишь въ формѣ, соответствующей ипотечной системѣ. Но поскольку ипотечная книга еще не заведена,—въ отношеніи потери собственности дѣйствуетъ еще прежнее право. Einf.-Gesetz zum B. G. R. art. 189.

⁵⁾ Случай такого же рода мы разсмотрѣли выше, § 69, прим. 14.

⁶⁾ По существу то же и въ герм. гр. ул. § 960. 3 § 2 D. de adq. rer. dom. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit, l. 5 pr. Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit ejus persecutio. Конечно, если попугай, канарейка или же левъ выберутся изъ зоологическаго сада и исчезнутъ изъ поля зрѣнія преслѣдователей, то собственность на нихъ не теряется, ибо эти животныя не могутъ въ Германіи достигъ естественной свободы. Не правъ Czychlarz, ук. соч. стр. 47.

⁷⁾ Также герм. гр. ул. § 960 Abs. 3, l. 5 § 5 D. de adq. rer. dom. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum . . . in his autem animalibus quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, quum revertendi consuetudinem deseruerint. Ihering, Besitzwille, стр. 292.

⁸⁾ l. 5 § 6 D. de a. r. d. 41, 1. Римляне *домашнихъ голубей* причисляли къ дикимъ, но *ручными* животнымъ, такъ что они становились безхозяйными, когда они улетали и не возвращались. Это не сохранилось ни въ общемъ, ни въ имперскомъ

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Иски собственника и добросовѣстнаго владѣльца.

I. Вещные иски.

§ 224. Искъ о правѣ собственности ¹⁾.

Въ случаѣ, если владѣніе становится въ противорѣчіе съ правомъ собственности, возникшій конфликтъ развязывается искомъ о правѣ собственности—*rei vindicatio*. Этимъ искомъ приводятся къ осуществленію права *невладѣющаго собственника* по отношенію къ *владѣющему несобственнику*. А именно: собственникъ одерживаетъ верхъ надъ владѣльцемъ, все равно — владѣетъ ли онъ добросовѣстно или недобросовѣстно ²⁾.

Однако владѣніе не даетъ своему субъекту совершенно безцѣннаго положенія даже въ столкновеніи съ собственникомъ.

Прежде всего истецъ долженъ *доказать* свое право собственности. Если доказываніе не увѣнчится успѣхомъ, отвѣтчикъ останется во владѣніи ³⁾.

Далѣе, владѣлецъ можетъ вопреки иску о правѣ собственности удерживать вещь впредь до возмѣщенія ему извѣстныхъ издержекъ.

правѣ. Содержимые въ голубятникахъ голуби считаются домашними животными, право собственности на нихъ не прекращается, даже когда они разлетаются. Но какъ обстоитъ дѣло съ *пчелинымъ роємъ*? Гай объясняетъ l. 3 cit: *arrium quoque natura fera est*. Древне-германскіе источники тоже признаютъ пчелу «дикимъ червемъ» (*en wilt Worm*). Это слѣпо повторялось юристами до сей поры и также и нами въ первыхъ двухъ изданіяхъ этого труда. Но вопросъ о природѣ пчелъ долженъ быть разрѣшенъ естественнѣе. Но если онѣ и были дикими звѣрями въ эпоху Гая и древне-германскихъ источниковъ, то въ наше время онѣ таковыми не являются. Въ Германіи онѣ вездѣ являются домашними, а не дикими, тамъ же, гдѣ послѣднія попадаются, онѣ происходятъ отъ домашнихъ, какъ напримѣръ попадаются одичавшія кошки. Поэтому улетѣвшій рой принадлежитъ собственнику материнскаго роя. Если онъ потеряется и будетъ собранъ постороннимъ лицомъ, то послѣднее должно быть рассмотрѣно какъ находчикъ движимой вещи. Онъ въ правѣ требовать отъ собственника вознагражденіе за свой трудъ, но онъ обязанъ выдать рой, если тождество его можетъ быть доказано. Такого мнѣнія Baelz, d. Recht an Bienen 1890. Но для герм. гражд. ул. пчела осталась «дикимъ» животнымъ.

¹⁾ Tit. Dig. de rei vindicat. 6, 1; Tit. Cod. de r. v. 3, 32. Историко-юрдич. изслѣдованіе даетъ Wetzell, der röm. Vind.-process. 1845. Ср. далѣе Pfersche, die Eigenthumsklage въ его «privatr. Abhandl». 1886.

²⁾ О древней двусторонней *vindicatio* ср. выше, § 132, прим. 5 и § 171. Детали относятся къ римскому гражданскому процессу.

³⁾ l. 28 C. de r. v. 3, 32 Diocletianus: *Res alienas possidens, licet justam causam nullam habet tenendi, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.*

Въ классическое время собственникъ вообще не могъ посредствомъ иска о правѣ собственности исторгнуть свою вещь отъ владѣльца противъ воли послѣдняго.

Какъ и всѣ остальные имущественные иски, виндикація ко времени формулярнаго процесса проявляла свое значеніе въ формѣ присужденія отвѣтчика къ платежу денежной суммы ⁴⁾. Правда, она являлась арбитражнымъ искомъ (*arbitraria*), т. е. судья *опредѣленіемъ* возлагалъ на отвѣтчика, если искъ оказывался основательнымъ, обязанность *возвратить* виндицируемую вещь, но такой приказъ *не подлежалъ принудительному исполненію* ⁵⁾. Если отвѣтчикъ не подчинялся ему, то слѣдствіемъ этого являлось лишь то, что истецъ могъ односторонне, посредствомъ *juramentum in litem*, опредѣлять величину денежнаго интереса, какой представляла для него реституція—*litis aestimatio*. *Litis aestimatio* играла роль покупной цѣны; за нее собственность на виндицируемую вещь переходила къ отвѣтчику ⁶⁾. Владѣлецъ послѣ этого могъ оставаться во владѣннй вещью, если не находилъ цѣну высокою.

Юстиніаново право измѣнило этотъ благопріятный для владѣльца институтъ. Приказъ судьи о реституціи могъ быть приведенъ въ исполненіе ⁷⁾ принудительнымъ порядкомъ.

По общему праву *окончательное рѣшеніе* присуждаетъ къ *выдачѣ вещи* ⁸⁾. Присужденіе къ денежной уплатѣ взамѣнъ выдачи вещи бываетъ лишь въ томъ случаѣ, когда исполненіе рѣшенія по отношенію къ самой вещи фактически невозможно.

Въ то время какъ по римскому праву владѣющій собственникъ ни въ какой формѣ не имѣлъ иска о правѣ собственности ⁹⁾,—

⁴⁾ Формула *rei vindicatio* гласила: *si paret hominem q. d. a. ex jure quiritium At At esse neque is homo arbitrato tuo A° A° restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N^m N^m A° A° condemna, s. n. p. a. Gaj. Inst. IV § 41, Cicero in Verrem II 2, 12 § 31, ср. Gaj. Inst. IV § 37, l. 1 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Lenel, edictum perpetuum стр. 145, см. выше, § 133.*

⁵⁾ Ср. выше, § 133, прим. 3.

⁶⁾ l. 46 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 10 ad Sabinum: *Ejus rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor juraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit, l. 35 § 2, l. 63 D. eod., l. 7 § 1 D. de Publ. in rem. a. 6, 2, l. 1, l. 3 D. pro emptore 41, 4.*

⁷⁾ l. 68 D. de r. v. 6, 1.

⁸⁾ Уже по глоссамъ присужденіе къ выдачѣ виндицируемой вещи является не частнымъ опредѣленіемъ, а окончательнымъ рѣшеніемъ, *gl. restituitur* къ l. 68 D. *cit.* и мѣста, приведенныя у Landsberg'a, *Glosse*, стр. 284. То же и въ B. G. B. § 985.

⁹⁾ Упоминаемый въ l. 2 J. de act. 4, 6 «*unus casus*» большею частью былъ понятъ какъ случай иска о правѣ собственности со стороны владѣющаго собственника. Его старательно изслѣдовали. Не смотря на то, представляется мало надежды

въ настоящее время собственникъ, даже если онъ владѣеть вещью, имѣетъ такъ наз. (*Feststellungs klagen*), посредствомъ которыхъ онъ доводитъ вопросъ о правѣ собственности до судебного признанія, коль скоро онъ имѣетъ юридическій интересъ въ немедленномъ констатированіи такового за собою ¹⁰⁾. Это бываетъ, напр., тогда, когда какое либо третье лицо неправоѣрнымъ образомъ внесено какъ собственникъ въ вотчинную книгу.

§ 225. Стороны при искѣ о правѣ собственности.

1. Управомоченъ на искъ только *собственникъ* ¹⁾. *Цессіонарій* можетъ, однако, предъявить искъ вмѣсто собственника ²⁾. Но онъ осуществляетъ лишь чужое право въ своемъ *собственномъ интересѣ*. Принципіально же *искъ о правѣ собственности* есть принадлежность *права собственности* ³⁾.

на единомысліе въ разрѣшеніи этой загадки—Vangerow, т. I § 332. Большинство подразумеваетъ (уже глосса къ § 2 J. de act. 4, 6: neget rem actoris esse, Landsberg, Glosse, стр. 274) искъ о правѣ собственности юридическаго владѣльца противъ детентора, держащаго вещь отъ своего имени. Но такого случая практически не бываетъ, ибо для истца было бы самое неудобное прибѣгать по отношенію къ детентору къ иску о правѣ собственности, вмѣсто того чтобы осуществлять свое право по сессорнымъ или личнымъ искамъ. Поэтому даже пандекты, которые должны бы содержать въ себѣ ближайшее указаніе по поводу этого случая, не говорятъ о немъ ничего. Другія мнѣнія см. у Vangerow'a, т. I, § 332, стр. 652, ср. также Ubbelohde, Zeitschrift für Rechtsgesch., т. 13, стр. 401. Если разсмотрѣть внимательно дитируемое мѣсто институцій, то оказывается, что такого «unus casus» иска о собственности не существуетъ. §§ 1 и 2 cit. говорятъ о вещныхъ искахъ вообще: сначала о искѣ о собств., затѣмъ объ actio confessoria, и кончаютъ actio negatoria. Поэтому § 2 и говоритъ: istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est: nam in his is agit qui non possidet: ei vero, qui possidet non est actio prodita per quam neget rem actoris esse. sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes optinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. По нашему мнѣнію это должно значить: въ томъ «одномъ случаѣ» вещныхъ исковъ, о которомъ рѣчь была выше, именно въ actio negativa, можетъ выступать истцомъ и владѣлецъ, какъ это подробно изложено въ Пандектахъ; въ искѣ же о собственности владѣлецъ не можетъ быть истцомъ. Нѣтъ необходимости относить этотъ «casus» къ «controversiae rerum corporalium», ибо онъ представляетъ изъ себя противоположность имъ.

¹⁰⁾ Герм. уст. гр. судопр. § 256; см. выше § 134.

¹⁾ Римскій сособенникъ могъ виндицировать свою идеальную долю, но не цѣлую вещь; ср. § 1011 герм. гражд. ул.

²⁾ Цессія виндикаціи упоминается между проч. въ l. 21, l. 63 D. de rei отд. 6, 1; l. 25 § 8 D. locati 19, 2; l. 14 pr. D. de furtis, 47, 2; она регламентируется въ l. G. C. de her. vel. act. vend. 4, 39... Природу ея изслѣдуетъ Ihering, Uebertragung der rei vindicatio auf Nichteigenthümer, въ его Jahrbücher, т. 4 н. 3 Ср. Windscheid, т. 2, § 337 и приведенную тамъ литературу. Диссертация Carvajal y Viana, Cession der rei vind., Göttingen, 1888; Stampe въ Archiv f. civ. Pr., т. 80 н. 8 и о цессии исковъ объ общей собственности R. G., т. 27, стр. 154.

³⁾ Цессія вещныхъ исковъ во многихъ отношеніяхъ проблематична. Она существенно отлична отъ цессии обязат. требованій въ ея современномъ видѣ, ибо послѣдняя

2. *Utilis actio ad rem vindicandam* несобственника, которая упоминается очень часто, не есть, какъ многіе думаютъ, искъ о правѣ собственности ⁴⁾).

Подобный искъ имѣетъ прежній собственникъ доски, потерявшій право на нее вслѣдствіе нарисованія на ней третьимъ лицомъ картины; искъ направленъ къ выдачѣ картины, если собственнику доски не дано никакого вознагражденія ⁵⁾; далѣе, даритель имѣетъ подобный искъ о возвращеніи вещи, подаренной съ возложеніемъ платежа (ему, дарителю) алиментовъ въ случаѣ неисполненія одареннымъ этой обязанности (*modus*) ⁶⁾; равнымъ образомъ супруга—о возвращеніи дotalныхъ вещей, оставшихся у мужа послѣ расторженія брака ⁷⁾.

Точно также даритель-супругъ могъ требовать посредствомъ *utilis in rem actio* отъ одареннаго супруга возврата вещей ⁸⁾, приобретенныхъ на подаренныя деньги; опекаемый—вещи, приобретенныя опекуномъ на его деньги ⁹⁾; солдатъ—вещи, купленныя на его деньги третьимъ лицомъ ¹⁰⁾.

переноситъ самое право, а не только осуществленіе его. Напротивъ вещный искъ всегда является проявленіемъ лежащаго въ основаніи его вещнаго права и можетъ быть переносимъ безъ этого права лишь въ отношеніи осуществленія права. Безъ достаточнаго основанія Ihering, ук. соч. стр. 113, находитъ, что *denuntiatio* примѣнима только при цессіи обязательствъ, а не примѣнима при цессіи вещныхъ исковъ. Но *denuntiatio*, что именно отвергаетъ Ihering, есть слѣдствіе самаго понятія цессіи; лишь послѣ нея цессіонарій становится управомоченнымъ на искъ. Ср. Windscheid, т. 2, § 337, прим. 4 и приведенныхъ у него. Но, конечно, значеніе денунціаціи цессіи вещныхъ исковъ уничтожается, коль скоро владѣлецъ, который увѣдомленъ о цессіи, переноситъ владѣніе на другого, который о ней не знаетъ. Спорно, сохраняетъ ли цессія свою силу, если цедентъ самъ становится владѣльцемъ. За это предположеніе говорить, между проч., Bähr въ Iherings Jahrb., т. 1, стр. 444, Kohler въ Grünhuts Zeitschr., т. 14, стр. 12; противъ—Ihering, ук. соч. стр. 110; Windscheid, т. 2, § 337, прим. 5, сначала бывший за положит. рѣшеніе этого вопроса, затѣмъ, съ 7 изд., сталъ сомнѣваться въ немъ. Но въ пользу положит. отвѣта говорить цѣль цессіи виндикаціи. Онъ также подтверждается l. 63 D. de R. V. 6, 1; ср. Stampe, ук. соч. Искъ совершенно правильно погашается съ уничтоженіемъ права цедента, Ihering, ук. соч. стр. 112 и Windscheid, т. 2, § 337, прим. 8.—Ср. герм. гр. ул. § 931, § 986, см. также § 870.

⁴⁾ Объ этомъ искѣ впервые обстоятельно трактуетъ Ihering въ своемъ Jahrb., т. 1, стр. 120 и сл. Послѣ этого онъ много разъ былъ предметомъ изслѣдованій; ср. Kindervater въ Bekkers Jahrbuch, т. 6 н. 9, Camillo Brezzo, L'utilis actio del diritto romano, Torino 1889; герм. гр. ул. не знаетъ этой *utilis vindicatio*.

⁵⁾ Gaj. Inst. II § 78, § 34 J. de rer. div. 2, 1, ср. также l. 5 § 3 D. de rei vind. 6, 1.

⁶⁾ l. 1 C. de donat. quae sub modo 8, 54, см. также l. 15 C. de don. ante nupt. 5, 3.

⁷⁾ l. 30 C. de jure dot. 5, 12.

⁸⁾ l. 55 D. de don. i. v. et u. 24, 1, ср. далѣе l. 29 § 1 и l. 30 D. eod.

⁹⁾ l. 2 D. quando ex facto 26, 9, l. 3 C. arbitrium tutelae 5, 51. Ср. Dernburg, Pfandrecht, т. 1 S. 324—я болѣе не придерживаюсь тогдашняго моего взгляда.—Drey, utilis actio ad rem vindicandam des Pfleglings. München 1882.

¹⁰⁾ l. 8 C. de rei vind. 3, 32.

Этотъ искъ долженъ доставить истцу владѣніе и собственность, а не привести къ признанію за нимъ уже существующаго права собственности ¹¹⁾.

Итакъ, здѣсь дѣло идетъ о *вещномъ* правѣ на *перенесеніе права собственности на вещь*, что является, правда, сингулярнымъ видомъ вещнаго правомочія ¹²⁾.

3. Отвѣтчикомъ является *владѣлецъ* ¹³⁾, а также его законный представитель, напр. завѣдывающій конкурсной массой, относительно вещей, находящихся въ массѣ, но не принадлежащихъ несостоятельному должнику.

Не требуется *юридическаго владѣнія*. *Держатель вещи отъ чужого имени*, напр. депозитарій, мандатарій, коммодатарій, наниматель, могутъ быть привлечены поѣтому къ отвѣту какъ и владѣлецъ, представителями котораго они являются ¹⁴⁾; ибо собственникъ долженъ быть въ состояніи одержать верхъ надъ всякимъ, чье положеніе противорѣчитъ его праву и кто можетъ реституировать вещь.

¹¹⁾ l. 1 C. de donat. quae sub modo §, 54. Valerianus et Gallienus: Si doceas, ut adfirmas, nepti tuae ea lege a te esse donatum, ut certa tibi alimenta praebere, vindicationem etiam hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi.

¹²⁾ Ihering, ук. соч., приходитъ къ заключенію, что utilis in rem actio есть искъ, направленный къ *переносу права собственности* такъ, что посредствомъ его требуется перенесеніе собственности, либо безусловно, либо только эвентуально, на случай несостоятельности отвѣтчика къ уплатѣ вознагражденія. Въ дѣйствительности, это и вытекаетъ изъ источниковъ. Ihering, далѣе, полагаетъ, что эта виндикація дается только противъ собственника, лично-обязаннаго къ перенесенію собственности, и такимъ образомъ только служитъ *усиленіемъ личнаго иска*. Это утвержденіе Ihering не доказалъ. Искъ возникаетъ съ характеромъ вещнаго иска, и поэтому долженъ имѣть свойство вещнаго иска. Ihering допускаетъ это въ той мѣрѣ, что снабжаетъ его правомъ требовать ben. seperationis при конкурсѣ. Но тогда, разсуждая послѣдовательно, нельзя отказывать иску въ этой силѣ и противъ третьихъ пріобрѣтателей вещи. Но такъ какъ здѣсь идетъ рѣчь о соображеніяхъ справедливости сингулярнаго характера, то съ точки зрѣнія современнаго права, искъ этотъ, по противоположнымъ соображеніямъ справедливости можно не допускать противъ третьихъ лицъ, *не знавшихъ* при пріобрѣтеніи о спорности права.

¹³⁾ О времени, въ теченіи котораго отвѣтчикъ долженъ владѣть, ср. выше § 154 пр. 10.—Въ Римѣ истецъ, если отвѣтчикъ отрицалъ свое владѣніе, могъ ограничить свой споръ вопросомъ о владѣніи и тогда, когда онъ уличалъ отвѣтчика во владѣніи, онъ тѣмъ самымъ достигалъ перенесенія его. Поэтому l. 80 D. de r. v. 6, 1 полагаетъ: in rem actionem pati non compellimur, ср. Rudorff, Zeitschrift f. gesch. R.-wissenschaft, т. 9 прим. 2. Приэтомъ возникаетъ вопросъ о процессуальномъ штрафѣ, который не принять герм. уст., ср. Seuffert въ Archiv f. civ. Pr. т. 67, стр. 333.

¹⁴⁾ l. 9 D. de rei vind. 6, 1, гдѣ Pegasus названъ представителемъ противоположнаго мнѣнія. По герм. гр. ул. § 985 собственникъ можетъ требовать выдачи вещи «отъ владѣльца». Подъ таковымъ надо разумѣть и «посредственнаго владѣльца» герм. гр. уложенія.

Искъ о правѣ собственности, предъявленный къ держателю, можетъ быть стѣснителенъ, ибо тяжесть процесса ложится на держателя, который въ немъ либо мало, либо вовсе не заинтересованъ, между тѣмъ какъ лицо, наиболѣе заинтересованное въ защитѣ своего права, остается незатронутымъ. Помимо этого часто только оно, а не держатель, знакомо съ правовыми отношеніями по вещи и имѣетъ въ своихъ рукахъ доказательные документы. Правовымъ же притязаніямъ собственника будетъ вполне соответствовать, если держатель поставитъ защищаться вмѣсто себя владѣльца. Поэтому допускается *nominatio auctoris*, которую Константинъ ввелъ относительно виндикаціи недвижимостей а герм. уст. гр. суд. § 76 въ наше время установилъ для всѣхъ случаевъ; герм. уст. § 76 опредѣлилъ и то, въ какихъ случаяхъ лицо, владѣющее вещью отъ имени третьяго, можетъ быть привлечено къ отвѣту какъ владѣлецъ.

Если такіе отвѣтчики до перваго разбора дѣла *сообщаютъ своему auctor'у о спорѣ и приласяютъ его дать объясненія*, и сверхъ того *укажутъ его истцу*—письменно или устно при разборѣ дѣла, то они—т. наз. номинанты—имѣютъ право, до дачи объясненій и, самое большее, до конца срока, въ теченіе котораго третье лицо, номинать,—обязанъ давать объясненія, отказаться отъ отвѣта по существу ¹⁵⁾.

Привлеченное такимъ образомъ къ дѣлу третье лицо имѣетъ право съ согласія отвѣтчика *принять вмѣсто него процессъ*. Истецъ имѣетъ право возражать противъ этого лишь въ томъ случаѣ, если онъ осуществляетъ самостоятельныя притязанія къ отвѣтчику. Если отвѣтчикъ вслѣдствіе *nominatio* выходитъ изъ процесса, онъ уже болѣе не является *стороною съ процессъ*, но остается лишь процессуально заинтересованнымъ. Ибо рѣшеніе, неблагоприятное для *auctor'a*, *приобрѣтаетъ законную силу и противъ него*.

Если *auctor* не послѣдуетъ приглашенію, то отвѣтчикъ въ правѣ признать исковыя требованія ¹⁶⁾. Но онъ можетъ и продолжать процессъ. Если вслѣдствіе этого истецъ получить владѣ-

¹⁵⁾ I. 2 C. ubi in rem actio, 3, 19 и объ этомъ постановленіи Wieding, der justinianische Libellprocess, стр. 630. Ср. о развитіи института Kannegieser, die processhindernde Einrede, ein Beitrag zur nominatio auctoris, 1878.

¹⁶⁾ Обязанность детентора къ *laudatio auctoris*, зависитъ отъ отношенія, въ которомъ онъ находится къ *auctor'у*. По отношенію къ истцу нѣтъ обязательства *nominatio*, а только право. Такъ во всякомъ случаѣ выходитъ по герм. уст. § 76.

нѣ спорною вещью, то праводателю (auctor) остается виндикація. Онъ только теряетъ выгодное положеніе владѣльца. Рѣшеніе дѣла противъ номинанта къ нему не относится ¹⁷⁾.

4. Искъ о правѣ собственности можетъ быть предъявленъ противъ владѣльца за *dolus* и возникнуть въ случаѣ такъ наз. *ficta possessio* ¹⁸⁾.

а) Тотъ, кто до начала процесса «*dolo desiit possidere*» подлежитъ осужденію, какъ если бы онъ владѣлъ вещью ¹⁹⁾. Сюда относятся случаи недобросовѣстнаго отчужденія и уничтоженія вещи истца до начала процесса ²⁰⁾. *Culpa lata* приравнивается къ *dolus* ²¹⁾.

б) Тотъ, кто *liti se optulit*, т. е. ложно, обманывая истца, выдалъ себя за владѣльца и отвѣчаетъ по иску, осуждается, какъ если бы онъ владѣлъ вещью ²²⁾ ²³⁾.

¹⁷⁾ Рѣшеніе, постановленное противъ детентора и предписывающее уступку владѣнія истцу, осуществляется и противъ праводателя детентора, если детенторъ предоставитъ ему физическое обладаніе. Но за auctor'омъ сохраняется виндикація.

¹⁸⁾ По герм. гр. ул. отвѣтственность опредѣляется по началамъ, установленнымъ для недозволенныхъ дѣйствій.

¹⁹⁾ l. 131 D. de R. J. 50, 17. Paulus libro 22 ad edictum: Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est. l. 36 pr. D. de rei vind. 6. 1. Это правоположеніе относится Павломъ въ l. 27 § 3 D. de rei vind. 6, 1 къ S. C. Juventianum времени Hadrian'a ср. l. 20 § 6 с. D. de her. pet. 5, 3; l. 25 § 8 D. eod.; на самомъ же дѣлѣ оно основано на болѣе древней римской практикѣ. Ибо Помпоній, Гай, Юліанъ разсматриваютъ его какъ прочно установленное и разрабатываютъ его въ деталяхъ, l. 36 pr., l. 52, l. 70 D. de rei vind. 6, 1. Ссылка Павла на *scons.* происходитъ съ цѣлью подтвердить правило практики авторитетомъ закона. Ср. Demelius, Exhibitionspflicht, стр. 185 сл., съ одной стороны и Lenel, edictum стр. 173 съ другой.

²⁰⁾ l. 9 pr. D. ad exhibendum 10, 4.

²¹⁾ l. 9 § 4 D. ad exhibendum 10, 4. Demelius уж. соч. стр. 190. Утвержденіе, будто *malae fidei possessor* тоже подлежалъ виндикаціи, если онъ до возникновенія процесса *потерялъ* владѣніе вслѣдствіе *culpa levis*, какъ правильно замѣчаетъ Windscheid, т. 1 § 193 пр. 13, не находитъ себѣ основанія въ источникахъ. Они дѣлаютъ *malae fidei possessor*'а отвѣтственнымъ лишь за *ухудшеніе* вещи, происшедшее до возникновенія процесса по его винѣ, l. 25 § 2, l. 31 § 3 D. de her. pet. 5, 3, l. 45 D. de rei vind. 6, 1. Иного мнѣнія Wächter, Erört. выпускъ 3 стр. 130; Vangerow, т. 1 § 332 пр. 3 н. III 1b; Savigny, т. 6 стр. 167; и съ другой стороны Brinz, т. 1 стр. 622 пр. 13.

²²⁾ Предполагается вступленіе его въ процессъ, ср. l. 25 D. de rei vind. 6, 1. Ничего другого не говорится въ l. 27 pr. D. eod.; Wächter, Erört. Н. 3 стр. 128. Иного мнѣнія Vangerow, т. 1, § 332 пр. 3 III 1a.

²³⁾ Этотъ случай виндикаціи утвердился впервые во времена Гадриана. Еще Celsus libro 4 Digestorum, l. 45 D. de her. pet. 5, 3 даетъ въ случаѣ *dolus* искъ о возмѣщенія истцу интереса: *et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur aestimari scilicet oportebit, quanti ejus interfuit non decipi.* Трудность оцѣнки (*aestimatio*) принудила, какъ говорятъ другіе юристы, допустить виндикацію: l. 13 § 13 D. de her. pet. 5, 3. Ulpianus libro 15 ad edictum . . . et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: *dolo enim facere eum qui se offert petitioni. quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat: omnem qui se offert petitioni quasi possidentem teneri.* На этотъ ходъ развитія сдѣлалъ указаніе Demelius, die Exhibitionspflicht, стр. 191 и сл.

Въ сущности здѣсь имѣется деликтный искъ въ формѣ виндикаціи. Но значеніе его своеобразно. Вознаграждается не убытокъ, если онъ нанесенъ истцу недобросовѣстностью отвѣтчика, а ему принадлежитъ вся цѣна вещи, если только отвѣтчику не удастся добыть до постановленія рѣшенія вещь и освободиться отъ иска предоставленіемъ ея истцу ²⁴⁾. Помимо того, за собственникомъ остается виндикація вещи противъ владѣльца и послѣ того, какъ онъ получилъ цѣну ея отъ *fictus possessor* ²⁵⁾ ²⁶⁾.

5. *Добросовѣстный* владѣлецъ, который утратилъ вещь до предъявленія иска, не подлежитъ виндикаціи. Но если онъ отчуждилъ вещь возмездно, то онъ отвѣчаетъ собственнику лично въ размѣрѣ обогащенія, буде вещь въ послѣдствіи погибла, и поэтому не можетъ быть болѣе виндцирована ²⁷⁾ ²⁸⁾.

§ 226. Форма и содержание виндикаціи.

1. Кто предъявлялъ въ Римѣ искъ о правѣ собственности, тотъ долженъ былъ прежде всего *точно, индивидуально обозначать* виндцируемую вещь и вмѣстѣ съ тѣмъ дать иску вполне определенное основаніе ¹⁾.

²⁴⁾ l. 13 § 14 D. de her. pet. 5, 3.

²⁵⁾ l. 13 § 14 D. de her. pet. 5, 3; l. 7 D. de r. v. 6, 1; l. 95 § 9 D. de solut. 46, 3. *Fictus possessor*, который выплатилъ *litis aestimatio*, не можетъ требовать цессіи исковъ собственника противъ настоящаго владѣльца, l. 69, l. 70 D. de rei vind. 6, 1.

²⁶⁾ Наслѣдникъ отвѣчаетъ по началамъ деликтныхъ исковъ, l. 52 D. de r. v. 6, 1.

²⁷⁾ Источники говорятъ то о *condictio*, то объ *actio negotiorum gestorum directa*. Условія и объемъ иска спорны. Многие допускаютъ искъ только противъ добросовѣстнаго владѣльца безъ титула. Такъ, *Ihering*, *Abhandl.* стр. 78; *Wächter*, *Erört.* вып. 2 стр. 98; *Zimmermann*, *echte und unechte negotiorum gestio*, стр. 43; *Ihering* въ своихъ *Jahrb.* т. 16 стр. 306. Противъ ограниченія нетитулованнымъ владѣльцемъ высказывается *Windsheid: Zwei Fragen aus d. Lehre der ungerechten Bereicherung*, *Leipziger Universitätsprogramme*, 1878,—гдѣ на стр. 4 пр. 1 указывается обширная литература—и *Krüger* въ *Arch. f. s. Pr.* т. 63, п. 13. Впрочемъ, источники исходятъ изъ предположенія нетитулованнаго добросовѣстнаго владѣнія, l. 23 D. de reb. cred. 12, 1; l. 48 D. de neg. gest. 3, 5; l. 30 pr. D. de a. e. v. 19, 1 in fine. А между тѣмъ нѣтъ никакого внутренняго основанія къ такому ограниченію.—Истецъ въ правѣ искать съ отвѣтчика «покупную цѣну»; отвѣтчику предоставляется доказать возраженіе, что ко времени продажи вещь имѣла низкую цѣну. *R. G.* т. 25 стр. 130. Дальнѣйшій вопросъ тотъ, долженъ ли отвѣтчикъ изъ возмѣщенія удерживать то, что онъ съ своей стороны далъ при приобрѣтеніи вещи. *Виндшейдъ*, *ук. соч.* стр. 87, отрицаетъ и это, однако навѣрное неправильно. Ибо тогда прежній владѣлецъ долженъ былъ бы отвѣчать свыше своего обогащенія, ср. *Zimmermann*, *ук. соч.* стр. 53, *Krüger*, *ук. соч.* стр. 388. И издержки, даже на роскошь, которыя сдѣланы имъ на вещь, онъ можетъ вычестъ; они равнымъ образомъ уменьшаютъ обогащеніе. Относительно герм. гр. ул. ср. § 816 absatz 1.

²⁸⁾ Объ отчужденіи послѣ предъявленія иска—l. 17 D. de r. v. 6, 1—ср. *Paschioni* въ *stud. giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini* 1892, страница 101 и слѣдующія.

¹⁾ l. 6 D. de r. v. 6, 1.

Въ особыхъ случаяхъ давались облегченія ²⁾. Таковое допускалось при изстари существовавшей виндикаціи стада. Здѣсь истецъ долженъ былъ прежде всего заявить и доказать свое право собственности на стадо въ его цѣломъ. И лишь тогда, когда это было установлено, въ дальнѣйшемъ ходѣ процесса приступали къ опредѣленію отдѣльныхъ головъ, ему принадлежавшихъ ³⁾.

Точно также и въ современномъ процессѣ истецъ, конечно, долженъ съ самаго начала такъ опредѣлить предметъ, о которомъ идетъ споръ, чтобы соотвѣтственно этому защита и рѣшеніе были бы возможны. Но подробное описаніе объекта въ исковомъ прошеніи вообще уже не является необходимымъ. Можно, напр., виндигировать недвижимость съ оговоркою позднѣйшаго опредѣленія обнимаемыхъ ею участковъ; точно также можно отыскивать совокупность вещей, напр. товарный складъ, инвентарь сельскаго участка, съ тѣмъ, чтобы предварительно опредѣлялось право истца на совокупность вещей, а затѣмъ обсуждался вопросъ о правѣ на отдѣльные принадлежащія къ ней объекты ⁴⁾.

²⁾ Сособственникъ по общему правилу долженъ обозначать въ искѣ величину требуемой части; но по особымъ основаніямъ, въ видѣ исключенія, дозволялась *vindicatio incertae partis*, l. 76 § 1 D. de r. v. 6, 1.

³⁾ Kohler въ *Iherings Jahrb.* т. 24 стр. 294. О виндикаціи стада (*vind. gregis*) ср. l. 1 § 3; l. 2; l. 3 пр. D. de r. v. 6, 1; ср. l. 23 § 5 D. eod.; l. 21 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2; Dernburg, *Pfandr.* т. 1 стр. 452; Exner, *Tradition*, стр. 216, Göppert, *einheitliche und zusammengesetzte Sachen*, стр. 96; см. также выше § 68 пр. 7. Многие авторы утверждаютъ, что стада и др. естественныя цѣлыя, какъ единныя вещи, составляютъ предметъ собственности, что поэтому стадо можетъ быть виндигируемо, какъ таковое, «независимо отъ правоотношеній, касающихся отдѣльныхъ головъ», такъ что отвѣтчикъ долженъ выдать и тѣ головы, которыя, «будучи отдѣльными, не состояли въ собственности истца», если только они не принадлежали ему самому. Такъ, Windscheid, т. 1 § 137 пр. 6. Но гдѣ основаніе къ тому, чтобы истецъ могъ отнять у владѣющаго отвѣтника то, что ему не принадлежитъ. Источники объ этомъ ничего не знаютъ. l. 2 D. ht. «in restitutionem non veniunt aliena capita». См. Dernburg, *Pfandr.* стр. 456; Exner, ук. соч. Мнѣніе Exner'a о томъ, что тотъ, кто представилъ доказательство права собственности на большинство головъ, предполагается имѣющимъ его и на остальные головы—также неосновательно. *Vindicatio gregis* имѣетъ цѣлью виндикацію отдѣльныхъ головъ съ процессуальнымъ облегченіемъ относительно обозначенія въ искѣ количества и особенностей скота. Не противорѣчитъ этому и l. § 21 1 D. de exc. r. jud. 44, 2. Кто виндигировалъ уже стадо и позже вновь виндигируетъ его, хотя бы количество скота въ стадѣ возрасло, тотъ ищетъ снова уже отыскивавшіяся имъ головы, хотя бы во второй разъ они были и вмѣстѣ съ другими. Поэтому ему и можетъ быть противопоставлена *exceptio rei judicatae*. Отдѣльная же виндикація головъ, присоединенныхъ къ стаду во время процесса, не возбраняется. Ср. еще Seuffert. а. т. 3, н. 329, т. 7 н. 283, т. 13, н. 308, т. 28 н. 108—См. также Петражицкій, *Einkommen*, т. 1 стр. 120.

⁴⁾ Также и Kohler, ук. соч. Римляне такъ далеко не шли, l. 3 § 1 D. de r. v. 6, 1; ср. также l. 56 D. eod.—Windscheid т. 1 § 137 пр. 8, начиная съ 5 изд., считаетъ, вопреки своему прежнему мнѣнію, недопустимой виндикацію совокупности вещей, которыя не представляютъ естественнаго цѣлаго. Ибо «указанія источниковъ не простираются далѣе стада». Кто, подобно намъ, разсматриваетъ вопросъ этотъ, какъ

2. Истецъ долженъ доказать *свое право собственности* ⁵⁾, а также и *владѣніе* отвѣтчика ко времени предъявленія иска, или же *dolus* его, который дѣлалъ бы его отвѣтчикомъ наравнѣ съ владѣльцемъ ⁶⁾.

Доказываніе права собственности происходитъ путемъ ссылки на титулъ приобрѣтенія. Если истецъ ссылается на производное приобрѣтеніе, то онъ обязанъ доказать и право собственности своего правопреемника ⁷⁾. Но въ крайнемъ случаѣ достаточно доказать владѣніе въ теченіе давностнаго срока ⁸⁾.

3. Предметомъ иска и рѣшенія является признаніе судьей за истцомъ права собственности.

Къ этому присоединяется присужденіе отвѣтчика къ *выдачѣ вещи и ея принадлежностей* ⁹⁾ ¹⁰⁾, а кромѣ того и къ совершенію

вопросъ процессуальный, можетъ не придавать практическаго значенія римскимъ процессуальнымъ правиламъ.

⁵⁾ I. 9 D. de r. v. 6, 1; I. 11 C. de pet. her. 3, 31; I. 2 C. de probat. 4, 19. Mitteis, Reichrecht стр. 501 полагаетъ, что эти постановленія вызваны были реакціей противъ т. наз. «Diadicasia», греческаго права, по которому относительно лучшее право одного изъ спорящихъ одерживало верхъ.

⁶⁾ I. 36 pr. D. de r. v. 6, 1.

⁷⁾ Это—спорный вопросъ. Мнѣніе, здѣсь раздѣляемое, уже во время глоссаторовъ было господствующимъ. Но уже и тогда были разномыслия, ср. Landsberg, Glosse стр. 269. За строгое пониманіе стоятъ между прочимъ Glück, т. 8 стр. 156, Vangerow, т. 1 § 332 пр. 1, Windscheid, т. 1 § 196 пр. 3. Болѣе снисходительное толкованіе, по которому доказываніе собственности правопреемника не должно быть необходимымъ даже при производномъ приобрѣтеніи, защищаетъ между прочимъ Thibaut въ Arch. f. civ. Pr., т. 6 н. 15, Brinz, т. 1 § 168, Wendt въ Arch. f. c. Pr. т. 76 стр. 307, Pflüger также т. 77, стр. 16, т. 78 н. 8. Находятъ болѣе естественнымъ, справедливымъ и вообще болѣе соответствующимъ теоріи доказательствъ, довольствующейся вѣроятіемъ, а не требующей несомнѣнной очевидности, чтобы истецъ, доказавшій приобрѣтательную сдѣлку, и признавался собственникомъ, коль скоро отвѣтчикъ не позаботился доказать свою правоту и отсутствіе собственности у противника. Но сдѣлку приобрѣтенія права собственности очень легко изобразить умышленно и часто она происходитъ при сомнительныхъ условіяхъ, а потому одна сдѣлка не можетъ служить доказательствомъ права собственности. Не надо также забывать, что каждое облегченіе, которое мы предоставляемъ собственнику, вредитъ владѣльцу. Того же мнѣнія и Meyer въ Arch. f. c. Pr. томъ 77 н. 14 томъ 79 н. 12. Если имѣются условія для предъявленія Publiciana actio, то истецъ побуждается какъ управомоченный по actio Publiciana, поскольку его виндикація, что обыкновенно и бываетъ, можетъ быть разсматриваема какъ эвентуальная actio Publiciana. Ср. ниже § 228 въ концѣ. Впрочемъ нѣкоторые требуютъ положительно выраженной кумуляціи.

⁸⁾ Герм. гр. ул. § 1008 гласитъ: «Въ пользу владѣльца движимой вещи предполагается, что онъ—собственникъ ея». Но прежній владѣлецъ можетъ лишитъ силы это предположеніе, доказавъ свою недобровольную потерю владѣнія. Далѣе опредѣляется: «Въ пользу прежняго владѣльца предполагается, что онъ въ продолженіе своего владѣнія сталъ собственникомъ вещи». Этимъ очень облегчено доказываніе права собственности.

⁹⁾ Ср. I. 246 § 1 D. de V. S. 50, 16. Должны быть выданы и принадлежности главной вещи—выше § 77,—поскольку онѣ не принадлежать отвѣтчику. Однако, источникъ этого правила спеціально не выдвигаютъ.

¹⁰⁾ Что касается *мста* реституціи, то добросовѣстный владѣлецъ долженъ

дѣйствию *личнаго характера*. Тутъ имѣетъ значеніе различіе между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ владѣніемъ.

а) Добросовѣстный владѣлецъ не отвѣчаетъ за время *до предъявленія иска* ¹¹⁾. Со времени же предъявленія иска онъ отвѣчаетъ за вину ¹²⁾.

Недобросовѣстный владѣлецъ, напротивъ того, отвѣчаетъ за небрежность, если она случилась до начала процесса. Съ началомъ процесса онъ становится отвѣтственнымъ и за случай, если не будетъ доказано, что случай произошелъ бы и съ истцомъ, буде вещь была возвращена ему до начала процесса ¹³⁾.

б) Добросовѣстный владѣлецъ долженъ реституировать плоды, имѣющіеся у него ко времени предъявленія иска ¹⁴⁾, далѣе онъ долженъ возмѣстить то, что онъ пріобрѣлъ отъ вещи *послѣ предъявленія иска*, а также и ту выгоду, которую онъ послѣ этого момента могъ и долженъ былъ извлечь какъ старательный хозяинъ (*bonus paterfamilias*) ¹⁵⁾.

Недобросовѣстный владѣлецъ долженъ выдать все добытое, что онъ извлекъ изъ вещи до и послѣ предъявленія къ нему иска, далѣе то, чего до начала процесса онъ по небрежности не извлекъ изъ вещи. Послѣ начала процесса онъ долженъ возмѣстить то, что *собственникъ* успѣлъ бы извлечь, даже если владѣлецъ лично и не былъ въ состояніи получить такого рода выгоду ¹⁶⁾.

реституировать движимыя вещи тамъ, гдѣ онѣ находятся; но истецъ можетъ требовать реституціи ихъ по мѣсту предъявленія иска, на свой счетъ и рискъ. Недобросовѣстный владѣлецъ, который унесъ движимую вещь съ мѣста, гдѣ онъ пріобрѣлъ владѣніе ею, долженъ доставить ее туда же на свой счетъ, ll. 10, 11, 12 D. de rei vind. 6, 1.

¹¹⁾ Ср. l. 31 § 3 D. de her. pet. 5, 3. Ulpianus libro 15 ad edictum . . . nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi rem suam neglexit, nulli querellae subjectus est ante petitam hereditatem: postea vero et ipse praedo est.

¹²⁾ l. 21, l. 36 § 1, l. 45 D. de rei vind. 6, 1, см. выше § 154 пр. 12. Также герм. гр. ул. § 989.

¹³⁾ См. выше § 154 пр. 12 до 15. Также въ сущности и по герм. гр. ул. §§ 990, 992.

¹⁴⁾ l. 22 C. de rei vind. 3, 32. Ср. выше § 205.

¹⁵⁾ § 2 J. de officio iudicis 4, 17 . . . si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum neque non perceptorum: post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt vel percepti consumpti sunt. Ср. R. G. т. 3 стр. 202. По герм. гр. ул. добросовѣстный владѣлецъ выдаетъ только выгоды, извлеченныя послѣ иска, и возмѣщаетъ только тѣ, которыя послѣ этого времени по винѣ своей не получилъ § 987. Если пріобрѣтеніе владѣнія произошло безмездно, то онъ долженъ возмѣстить всю и ранѣе извлеченную имъ выгоду, какъ неправомѣрное обогащеніе § 988.

¹⁶⁾ l. 62 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Papinianus libro 6 quaestionum: Generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fructus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset,

4. Право истца односторонне опредѣлить свой интересъ посредствомъ *juramentum in litem* въ случаѣ, если отвѣтчикъ, по упорству, не выдастъ вещи ¹⁷⁾, согласно герм. уст. гр. судопр. въ смыслѣ римскаго права болѣе не существуетъ. Но отъ усмотрѣнія судьи зависитъ допустить истца къ односторонней клятвенной оцѣнкѣ своего интереса ¹⁸⁾.

§ 227. Права на удержаніе вещи противъ виндикаціи.

Нерѣдко отвѣтчикъ управомочивается *удержать* у себя виндицируемую вещь.

I. Это бываетъ въ томъ случаѣ, когда ему принадлежитъ вещное право на владѣніе или обладаніе вещью, напр. закладное право, или узупфруктъ ¹⁾, далѣе, если ему предоставлено со стороны собственника право на владѣніе, не подлежащее отгѣнѣ по его, собственника, произволу, напр. основанное на сдѣлкѣ объ отчужденіи, подъ суспенсивнымъ условіемъ, въ теченіе времени ненаступленія условія ²⁾.

По современному праву не подлежатъ виндикаціи наймодавецъ—наниматель и арендаторъ, пока они на основаніи договора держатъ нанятую вещь ³⁾.

quam sententiam Julianus quoque probat. Ср. I. 4 C. unde vi 8, 4. Savigny, т. 6. § 217 утверждаетъ, что недобросовѣстный владѣлецъ долженъ возмѣстить только плоды, въ недобываніи коихъ онъ заслужилъ упрекъ. Ср. противъ этого Wächter, Ergöt, вып. 3, стр. 133; Vangerow, т. 1 § 333 II 1 с., Windscheid, т. 1 § 124, прим. 6. Впрочемъ отдѣльные мѣста говорятъ, что *malae fidei possessor* отвѣчаетъ за то, что онъ «*percipit aut percipere poterat*», именно I. 5 C. de r. v. 3, 32. При этомъ подразумѣвается случай, въ коемъ истецъ не могъ извлечь изъ вещи большаго, чѣмъ отвѣтчикъ. Если бы истецъ могъ извлечь большую выгоду, чѣмъ отвѣтчикъ, то послѣдній потому долженъ возмѣстить истцу плоды, что онъ является виновнымъ въ убыткахъ истца тѣмъ, что онъ не выдалъ вещи во время.

¹⁷⁾ I. 2. l. 5 pr. D. de in litem jurando, 12, 3.

¹⁸⁾ § 287. Герм. уст. гр. судопр.

¹⁾ Согласно Nov. 18 гл. 10 отвѣтчикъ, который оспариваетъ право собственности истца и тѣмъ вынуждаетъ его прибѣгать къ доказательствамъ, не можетъ послѣ того въ томъ же процессѣ ссылаться на происходящее отъ истца вещное право, напр. на закладное право. Онъ долженъ выдать вещь, а свое вещное право отыскивать особо, Windscheid, т. 1 § 197, прим. 1. Это процессуальное правило отгѣнено закономъ о введеніи въ дѣйствіе герм. уст. гр. судопр., § 14. Но судья, по своему усмотрѣнію, можетъ постановить по искомому требованію частичное рѣшеніе (*Theilurtheil*).

²⁾ I. 7 § 3 въ концѣ D. de jure dotium, 23, 3.

³⁾ Ср. Ziebarth, *Obligation und Realexecution*, стр. 40. Положеніе это, правда, не соответствуетъ чисто римскому праву.

II. Владѣльцу можетъ принадлежать *право удержанія* также и въ виду *издержекъ*, которыя онъ произвелъ на чужую вещь ⁴⁾ ⁵⁾.

1. Въ отношеніи издержекъ различаются:

a) *необходимыя*—*necessariae*—*которыя влечетъ за собою надлежащая хозяйственная эксплуатація вещи*, напр. издержки на ремонтъ поврежденныхъ зданій или плотинъ, на устройство новыхъ, потребныхъ для хозяйства амбаровъ, или необходимыхъ, вслѣдствіе измѣненія теченія воды, новыхъ плотинъ ⁶⁾.

b) *полезныя*—*utiles*, *меліораціи*—*переходящія мѣру необходимыхъ,—служащія возвышенію доходности* ⁷⁾ *или покупной цѣны вещи*, напр. возведеніе домовъ для отдачи въ наемъ, или устройство сахарнаго завода въ имѣніи ⁸⁾.

c) *издержки на роскошь*—*voluptariae*,—т. е. произведенныя безъ нужды для хозяйства ⁹⁾.

2) *Всякому владѣльцу*, добросовѣстному и недобросовѣстному, должны быть возмѣщены сдѣланныя имъ необходимыя издержки ¹⁰⁾.

Возмѣщеніе *полезныхъ* издержекъ, по общему правилу, можетъ требовать добросовѣстный *владѣлецъ*, поскольку ими ко времени

⁴⁾ W. Sell въ Jahrbücher Sell'я, т. 3, № 8 и 9; Leist, civil. Studien, тетрадь 2, стр. 11 и сл.; Pernice, Labeo, т. 2, изд. 2, стр. 382 сл.; Петражицкій, Einkommen I, стр. 291 и сл.; стр. 150 и сл.—Притязаніе на издержки владѣльца *наслѣдства* въ развитомъ римскомъ правѣ строилось иначе, чѣмъ притязаніе владѣльца отдѣльныхъ вещей.—Нѣтъ необходимости, чтобы издержки физически измѣняли вещь; къ издержкамъ относятся измѣренія, планы, смѣты; Leist, Studien, тетр. 2, стр. 25.

⁵⁾ l. 48 D. de r. v. 6, 1, приведенная выше, прим. 13. Изъ нея слѣдуетъ, что эти встрѣчныя требованія не находили себѣ признанія до временъ имперіи.

⁶⁾ Приведенное опредѣленіе необходимыми издержками называетъ согласно l. 79 pr. D. de V. S. 50, 16, издержки, неизбѣжныя «для поддержанія» вещи. Но справедливо выводитъ Петражицкій, ук. соч., что съ одной стороны и новыя сооруженія, которыя вызываются потребностями нормальной хозяйственной эксплуатаціи вещи являются необходимыми издержками,—ср. l. 1 § 3 D. de imp. 25, 1 «pistrinum vel horreum necessario factum»; l. 7 § 16 D. sol. matr, 24, 3: «si novam villam necessario extruxit»,—и что съ другой стороны издержки на поддержаніе излишнихъ вещей не считаются необходимыми, l. 9 (10) § 1 D. de neg. gest. 3, 5. Мы поэтому присоединяемся къ опредѣленію, даваемому Петражицкимъ въ ук. соч.

⁷⁾ Ulp. fragm. VI § 16, l. 5 § 3, l. 6 D. de inpensis 25, 1.

⁸⁾ l. 10 D. de inpensis 25, 1, l. 79 § 2 D. de V. S. 50, 16.

⁹⁾ l. 7 D. de inpensis 25, 1, l. 79 § 2 D. de V. S. 50, 16.

¹⁰⁾ Но воръ ни въ коемъ случаѣ не имѣетъ требованія о возмѣщеніи, l. 13 D. de cond. furtiva, 13, 1, l. 1 C. de infant. expos. 8, 51. Воръ, который сниметъ чужой зрѣлый хлѣбъ и смолотитъ его, не можетъ, будучи пойманъ, требовать поденной платы, какъ возмѣщенія издержекъ. Другимъ недобросовѣстнымъ владѣльцамъ необходимыя издержки возмѣщаются по l. 5 C. de rei vind. 3, 32 Гордіана; ср. впрочемъ l. 38 D. de her. pet. 5, 3. По герм. гр. ул. § 994 необходимыя издержки, предпринятыя недобросовѣстнымъ владѣльцемъ или же послѣ начала процесса, возмѣщаются по началамъ negotiorum gestio.

возврата увеличена цѣна вещи, но не на всю сумму произведенныхъ затратъ ¹¹⁾).

Уплаты *издержекъ на роскошь* не можетъ требовать отъ собственника даже добросовѣстный владѣлецъ.

Каждый владѣлецъ можетъ снять съ вещи то, что сдѣлано имъ на невозмѣщаемые издержки, коль скоро этимъ вещь приводится въ прежнее состояніе—*jus tollendi*. Но не дозволяется снимать того, что не представляетъ для владѣльца денежнаго интереса ¹²⁾).

Добросовѣстный владѣлецъ обязанъ допустить зачетъ своего требованія объ издержкахъ выгодною, извлеченною имъ пользованіемъ плодами ¹³⁾).

Періодически повторяющіеся, т. е. текущіе расходы, напр. непосредственныя издержки на воздѣлываніе земли, уменьшаютъ *доходъ съ земли*. Онѣ всегда падаютъ поэтому на того, кому идутъ плоды ¹⁴⁾).

3. По общему правилу правопреемникъ можетъ поставить въ счетъ и тѣ издержки, которыя сдѣлали на оспариваемую вещь его правопреемники, такъ какъ въ извѣстной мѣрѣ онъ отъ нихъ приобрѣлъ и эту тяжесть ¹⁵⁾).

¹¹⁾ Celsus libro 3 digestorum l. 38 D. de rei vind. 6, 1. In fundo alieno, quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet . . . finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum, constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias, finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es. Также герм. гр. ул., § 996, но только для издержекъ, произведенныхъ до начала процесса.

¹²⁾ l. 37 D. de r. v. 6, 1—ср. объ этомъ Pernice, Labeo, т. 2 изд. 2, стр. 384 и приведенная выше, прим. 11, l. 38 D. de r. v. 6, 1. Также герм. гр. ул. § 997.

¹³⁾ l. 48 D. de rei vind. 6, 1. Papinianus libro 2 responsorum: Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet ei fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

¹⁴⁾ Petrażycki Einkommen с. 151, ср. § 248 въ текстъ къ прим. 27, l. 46 D. de usuris 22, 1, l. 7 пр. D. soluto matrimonio 24, 3, l. 3 § 1, l. 16 D. de impensis 25, 1, l. 1 C. de fructibus 7, 51, l. 6 § 3 D. de operis serv. 7, 7.

¹⁵⁾ Также герм. гр. ул., § 999.

4. Фактъ производства издержекъ на вещь самъ по себѣ даетъ право удерживать только ту вещь, на которую онѣ произведены—посредствомъ такъ называемыхъ *exsertio doli generalis* ¹⁶⁾ ¹⁷⁾.

Искъ о возмѣщеніи издержекъ требуетъ особаго правооснованія ¹⁸⁾.

§ 228. Публицианскій искъ ¹⁾.

I. Публицианскій искъ долженъ возратить потерянное владѣніе добросовѣстному титулованному приобрѣтателю. Онъ сложился по образцу иска о правѣ собственности. Только онъ помогаетъ не противъ всякаго, а побѣждаетъ лишь менѣе управомоченнаго владѣльца ²⁾. Въ основѣ его лежитъ та мысль, что добросовѣстный титулованный владѣлецъ, даже если онъ и не оказывается собственникомъ, все же имѣетъ на вещь вещное право, имѣющее относительную силу ³⁾.

Публицианскій искъ сложился путемъ фикціи. Именно, предполагалось, что истецъ въ теченіе полного давностнаго срока провладѣлъ искомою вещью. Если, при наличности этой фикціи, имѣлись на лицо всѣ другія условія, чтобы онъ становился собственникомъ, онъ долженъ былъ разсматриваться какъ собственникъ ⁴⁾. Связь съ давностнымъ владѣніемъ сообщала иску добросовѣстнаго приобрѣтателя его форму и образъ. Но она же налагала на его развитіе оковы и внесла въ этотъ институтъ кое-что чуждое.

¹⁶⁾ Ср. выше § 138, 4.

¹⁷⁾ l. 48 D. de rei vind. 6, 1—выше прим. 13.—l. 33 D. de cond. indebiti 12, 6, l. 14 D. de doli mali exc. 44, 4, l. 14 § 1 D. comm. div. 10 3—иначе въ l. 5 § 2 D. de inpensis 25, 1. Ср. Windscheid, т. 2 § 422, прим. 7.

¹⁸⁾ Иначе герм. гр. ул., § 1002, только съ краткимъ срокомъ для иска о возмѣщеніи издержекъ.

¹⁾ Tit. Dig. de Publiciana in rem actione, 6, 2; Lenel, edictum, стр. 129; Deurer, Schutz des relativ besseren Rechts въ Jahrb. Ihering'a, т. 1, н. 5; Carusi l'azione Publiciana in diritto Romano, 1889; см. также цитаты выше, § 193, прим. 1; ср. дагѣ § 194, прим. 1.

²⁾ Публицианскій искъ въ герм. гр. ул. § 1007 замѣненъ основаннымъ на презумпціи притязаніемъ добросовѣстнаго владѣльца на движимыя вещи, вышедшія изъ его владѣнія противъ его воли, и притязаніемъ не только владѣльца на правѣ собственности, но и нанимателя, и находчика; *титула* не требуется.

³⁾ Ср. выше § 194.

⁴⁾ Исковая формула гласила: si quem nominem A^s A^s emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ejus ex jure quiritium esse oporteret, si is homo A^o A^o arbitrato tuo non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam c. s. n. p. a. Gaj. Inst. IV § 36. Lenel, edictum, стр. 131. Иначе Carusi, ук. соч., гл. I. ср. § 4 J. de act. 4, 6. Объ эдиктѣ см. выше § 193, прим. 8.

II. Условія иска таковы:

1. *Титулъ приобрѣтенія* со стороны истца. Отправною точкою была купля ⁵⁾. Всѣ другія основанія приобрѣтенія сравнены съ нею ⁶⁾.

Какъ и при давностномъ приобрѣтеніи права собственности, и здѣсь достаточно только путативнаго титула ⁷⁾.

2. *Приобрѣтеніе владѣнія и потеря его.*

Въ извѣстныхъ случаяхъ публицианскій искъ дается и тѣмъ, кто никогда самъ не находился во владѣніи (искомой вещью) ⁸⁾.

⁵⁾ Ср. исковую формулу, приведенную въ прим. 4. Вопросъ о покупной цѣнѣ не возбуждается, l. 8 D. de Publ. in rem act. 6, 2.

⁶⁾ l. 3 § 1, l. 13 pr. § 1 D. h. t. 6, 2.

⁷⁾ l. 5 D. h. t. 6, 2. Ulpianus въ l. 7 § 2 D. h. t. 6, 2 покупку сумасшедшимъ разсматриваетъ, какъ достаточный титулъ, Paulus отвергаетъ искъ, основанный на такой куплѣ въ l. 2 § 16 D. pro emptore. Съ точки зрѣнія Юстиніановой компиляціи это разногласіе можно разрѣшить, если предположить, что послѣднее мѣсто отвергаетъ actio Publiciana покупателя только *по отношенію къ своему auctor'у*, такъ какъ по ничтожности сдѣлки купли-продажи, противъ exceptio dominii здѣсь нельзя противопоставить replicatio rei venditae et traditae. Такъ толкуетъ уже глосса ergo къ l. 7 § 2 D. h. t.—Landsberg, Glosse, стр. 176—и многіе новые авторы, напр. Vangerow, т. 1 § 335, стр. 667, Windscheid, т. 1, § 199, прим. 5; см. тамъ же литературу.

⁸⁾ Публицианскій эдиктъ и формула иска выставляють, какъ условіе иска, требованіе *традиціи* и римская юриспруденція ставитъ условіемъ иска *потерю владѣнія*, Gaj. Inst. IV § 36, § 4 J. de act. 4, 6; l. 6, l. 9 § 6, l. 12 § 7, l. 13 pr. Dig. h. t. 6, 2. Однако господствующее мнѣніе со времени глоссы «sunt et aliae» къ l. 3 pr. D. h. t.—Landsberg, Glosse, стр. 325—не разсматриваетъ приобрѣтеніе и потерю владѣнія, какъ существенное условіе иска. Самое рѣзкое выраженіе господствующаго мнѣнія даетъ Windscheid, т. 1, § 199 цифра 2; «нѣтъ необходимости», учитъ онъ, «чтобы добросовѣстный приобрѣтатель достигъ владѣнія вещью» и затѣмъ объясняетъ: «приобрѣтеніе владѣнія требуется отъ добросовѣстнаго приобрѣтателя для осуществленія предоставленной ему защиты правъ лишь постольку, поскольку оно есть составная часть факта приобрѣтенія, на который истецъ ссылается». Поэтому, напр. титулъ legata дасть право на публицианскій искъ даже и тогда, когда легатарій, которому назначилъ отказъ несобственникъ, не вступалъ никогда во владѣніе легатомъ. Ближайшее разсмотрѣніе показываетъ, что это не согласуется ни съ основными принципами права, ни даже съ обманчивою внѣшностью выраженій источниковъ. Положимъ: А. въ теченіе неполныхъ 30-ти лѣтъ былъ во владѣніи участкомъ, не имѣя титула владѣнія; В., не имѣвшій ни владѣнія, ни титула, ни добросовѣстности, но возбудившій притязаніе на участокъ, отказываетъ участокъ сыну своему С., который повѣрилъ правильности притязанія наследодателя. Можетъ ли С., по своему титулу, изгнать А. изъ владѣнія по actio Publ.? Это было бы не рационально. Только благодаря недоразумѣнію можно дѣлать такіе выводы изъ источниковъ, ср. Lenel, Beiträge zur Kunde des prätor. Edictes, стр. 36. а) Главною опорой для господствующаго мнѣнія служить l. 1 § 1 и 2 D. de Publ. act. 6, 2. Ulpianus libro 16 ad edictum: Merito praetor ait «nondum usucaptum»: nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam, sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt juris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum. Обыкновенно изъ этого мѣста вычитываютъ, что «*летатъ*» и безъ передачи владѣнія сравненъ съ традиціей. Но здѣсь говорится не о традиціи, а о словахъ эдикта: «nondum usucaptum». Ульпіанъ замѣчаетъ ни что иное, какъ то, что истецъ не можетъ прибѣгать къ публицианскому иску, если онъ уже приобрѣлъ по давности, точно также въ этомъ искѣ ему нѣтъ нужды, если онъ сталъ собственникомъ инымъ образомъ, напр. по отказу,

3. *Добросовѣстность* ко времени купли и приобрѣтенія владѣнія ⁹⁾).

При титулахъ иного рода достаточно наличности добросовѣстности ко времени приобрѣтенія владѣнія ¹⁰⁾).

Такъ какъ по каноническому праву для давностнаго владѣнія требуется добросовѣстность во все время теченія давности, то нѣкоторые авторы и для публицианскаго иска требуютъ длительности добросовѣстнаго владѣнія. Съ этимъ нельзя согласиться. Отношеніе между публицианскимъ искомъ и давностнымъ владѣніемъ преимущественно историческаго свойства, такъ что дальнѣйшее развитіе института давностнаго владѣнія, само по себѣ, не должно было вовсе повлечь за собою непосредственнаго измѣненія въ условіяхъ наличности публицианскаго иска ¹¹⁾).

4. *Вещь* должна быть одною для давностнаго владѣнія ¹²⁾).

Это слѣдствіе связи публицианскаго иска съ давностнымъ владѣніемъ. Внутреннія основанія, конечно, не говорятъ въ пользу такого рода ограниченія публицианскаго иска ¹³⁾).

III. По общему правилу публицианскій искъ не можетъ быть предъявленъ съ успѣхомъ къ собственнику. У послѣдняго имѣется *excerptio dominii* ¹⁴⁾. Но есть случаи, когда это возраженіе можетъ быть опровергнуто репликаціей ¹⁵⁾).

Lenel, ук. соч. *Legatъ и mortis causa donationes* отъ несобственника даютъ основаніе для *Publiciana actio* лишь *amissa possessione*, какъ указываетъ l. 2 D. h. t. b) по l. 7 D. h. t. *adjudicatio* даетъ основаніе для *actio Publiciana*. При этомъ не говорится о приобрѣтеніи владѣнія. Но это очень мало доказываетъ. Рѣчь идетъ о томъ, какія *causae justae sunt*, и указываютъ на адьюдикацію; юристамъ не могло придти въ голову указывать тутъ всѣ условія для *actio Publiciana* въ совокупности. c) *Actio Publiciana* безъ условія предшествовавшаго владѣнія имѣется въ спеціальномъ случаѣ l. 15 D. h. t. ср. l. 9 § 6 D. eod. d. *Actio Publiciana* универсальнаго фидеикомиссарія, которому сдѣлана реституція по S. c. *Trebelliano*,—особаго рода. Несомнѣнно, что при ней требуется собственность или публицианское владѣніе наследодателя, l. 12, § 1, l. 7 § 12 D. h. t. Наше мнѣніе раздѣляетъ Wendt въ *Arch. f. s. Pr.*, т. 67, стр. 407.

⁹⁾ Эдиктъ требуетъ *bona fides* ко времени купли, l. 7 § 11 D. h. t. интерпретація требуетъ ея также и ко времени традиціи, l. 7 §§ 14 и сл. D. h. t.

¹⁰⁾ По римскому праву *mala fides superveniens* не вредитъ, l. 7 § 12 D. h. t. Относительно l. 11 § 3 D. h. t. см. Vangerow, т. 1 § 335 1d.

¹¹⁾ Противоположное мнѣніе защищаетъ Windscheid, т. 1 § 199, прим. 8, а здѣсь проводимое—Vangerow, т. 1 § 335 II 1 d, Brinz, т. 1, стр. 721. Герм. гр. ул. § 1007 ч. 3 примыкаетъ къ мнѣнію, здѣсь выраженному.

¹²⁾ l. 9 § 5 D. h. t., см. далѣе l. 12 § 4 D. h. t. L. 12 § 2 D. h. t. говоритъ о *Publiciana actio* эмфитевты.

¹³⁾ Поэтому это ограниченіе—спорный вопросъ; но съ точки зрѣнія юстинианова законодательства оно едва ли можетъ быть оспариваемо. Ср. Vangerow, т. 1, § 335 II b., но также и Brinz, т. 1, стр. 716, Carusi, ук. соч. стр. 131.

¹⁴⁾ l. 16, l. 17 D. h. t. 6, 2. Также и герм. гр. ул. § 1007 ч. 2. Ссылка на право собственности третьяго лица недопустима.

¹⁵⁾ Ср. выше § 216 о *replicatio rei venditae et traditae*. Допускаются и другія

Противъ публицианскаго владѣльца публицианскій искъ можетъ быть предъявленъ съ дѣйствительною силою лишь тогда, когда истецъ и отвѣтчикъ пріобрѣли вещь *отъ одного и того же праводателя* и если истцу она была *передана* раньше ¹⁶⁾.

IV. Публицианскій искъ имѣетъ цѣлью признаніе лучшаго права истца и присужденіе отвѣтчика ко всему тому, что онъ долженъ былъ бы сдѣлать по иску о правѣ собственности. Съ другой стороны публицианскому иску могутъ быть противопоставлены тѣ же встрѣчныя притязанія, какъ и иску о правѣ собственности ¹⁷⁾.

реплики, напр. replicatio rei judicatae. Случай, когда отвѣтчику не помогла exceptio dominii, имѣется въ l. 37 D. mandati 17, 1; здѣсь работорговецъ вслѣдствіе своего отсутствія получилъ реституцію противъ давностнаго владѣльца своего раба. Объ этомъ много разъ обсуждавшемся мѣстѣ ср. Vangerow, т. 1 § 335 II 2a, Brinz т. 1 стр. 722, Ermann Savignyzeitschrift rom. A. т. 13, стр. 181 и la Publicienne стр. 14.

¹⁶⁾ Относительно того случая, когда истецъ и отвѣтчикъ получаютъ публицианское владѣніе отъ *различныхъ неособственниковъ*, римскіе юристы не были согласны между собою. По одному мнѣнію сильнѣе публицианское право того, кто *первый получилъ владѣніе*: Neratius libro 3 membranarum l. 31 § 2 D. de a. e. v. 19, 1: Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus adprehendit, hoc est, cui primum tradita est, si alter ex nobis a domino emisset, is omni modo tuendus est. Нерацій положеніе публицианскаго пріобрѣтателя понималъ въ смыслѣ его права на вещь и изъ этого выводилъ, что старѣйшему праву, т. е. праву, основанному на болѣе ранней традиціи, слѣдуетъ дать предпочтеніе. Но Юліанъ и Ульпіанъ защищаютъ противоположное мнѣніе. Ulpianus libro 16 ad edictum l. 9 § 4 D. h. t. 6, 2: Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit, т. е. который только прежде купилъ.—Et Julianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerit, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis, quae sententia vera est. Последнее мнѣніе раздѣляетъ Paulus libro 14 ad Plautium l. 14 D. qui potiores 20, 4: Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit. Это мнѣніе и есть мнѣніе позднѣйшей юриспруденціи, которая вообще слѣдовала преимущественно Юліану, а также мнѣніе Юстиниановой компиляціи. Въ особенности сомнителенъ вопросъ, если оба претендента выступаютъ съ публицианскимъ искомъ одновременно противъ одного менѣ сильнаго владѣльца. Savigny, т. 7 стр. 308, прим. m, даетъ предпочтеніе болѣе раннему пріобрѣтателю. Это не послѣдовательно: напротивъ, если оба иска разсматриваются въ одномъ процессѣ, рѣшающимъ должно явиться старшинство иска. Если иски предъявлены другъ отъ друга независимо, то преимущество имѣетъ та сторона, которая первая приступила къ принудительному исполненію. Ср. Vangerow, т. 1, § 335 II 2b, Windscheid, т. 1 § 199, прим. 13. По герм. гр. ул. § 1007 добросовѣстный владѣлецъ можетъ быть привлеченъ къ отвѣту по иску на основаніи болѣе ранняго владѣнія, если вещь у истца была похищена, или утеряна, или инымъ образомъ пропала.

¹⁷⁾ l. 7 § 8 D. h. t., ср. Caj. Inst. IV § 36.

V. Публицианскій искъ можетъ быть полезенъ и собственнику вещи, если онъ опирается на добросовѣстное приобрѣтеніе вещи, не касаясь правомѣрности его¹⁸⁾. Понятно, что такимъ образомъ онъ одерживаетъ верхъ лишь надъ такими владѣльцами, которые уступили бы ему и въ томъ случаѣ, если онъ былъ бы только публицианскимъ владѣльцемъ. Противъ публицианскихъ же владѣльцевъ онъ, по общему правилу, долженъ сослаться на свое право собственности.

II. Личные иски.

§ 229 а) Искъ объ отграниченіи.

Для защиты своей собственности, сверхъ вещныхъ исковъ, собственникъ имѣетъ еще и многочисленные личные иски, частью противъ сосѣдей, частью противъ другихъ лицъ, которыя угрожаютъ его вещи или прикасаются до нея. Изъ сосѣдскихъ отношеній возникаетъ искъ объ отграниченіи—*actio finium regundorum*^{1) 2)}. Въ этомъ искѣ заявляется притязаніе на признаніе собственностью истца участка земли до указываемыхъ границъ; по-

¹⁸⁾ Schulin, über einige Anwendungsfälle der Publiciana 1873 г.—ср. также krit. Vierteljahrsh. т. 18, стр. 535—выводитъ, что публицианскій искъ основывается на фактѣ, а не на правѣ. Такъ какъ фактъ не становится несуществовавшимъ вследствие послѣдующаго факта, то *actio Publiciana* остается за тѣмъ, за кѣмъ она разъ была, на вѣчныя времена, независимо отъ измѣненій въ правѣ, какія произошли по отношенію къ вещи въ промежуточное время. Поэтому то и *бывшій собственникъ* можетъ предъявить къ неправомѣрному владѣльцу *actio Publiciana*; этотъ послѣдній не имѣетъ права возразить ему ссылкой на потерю имъ права собственности. Это толкованіе неосновательно. И въ основаніи *actio Publiciana* лежитъ правоотношеніе; если оно прекращается, то теряется и право на искъ. Какъ же бывшая собственность можетъ одержать верхъ надъ настоящимъ владѣніемъ? Умершее—надъ живымъ? Ср. Jess, въ Jahrb. Ihering'a, т. 14, н. 4; Huschke Publ. Klage, 1874, стр. 29 и сл., Appleton въ § 193, прим. 1 привед. книги, Audibert nouv. revue hist. 1890 p. 288; Erman la Publicienne p. 16.

¹⁾ Tit. Dig. finium regundorum 10, 1; Puchta, kleine civ. Schriften н. 21; Wiederhold въ Lindes Zeitschr., т. 13, н. 3; Sternberg, тамъ же, т. 17 н. 13; Hoffmann въ Archiv f. civ. Pr., т. 31 н. 16 и т. 35 н. 10; Rönneberg въ Arch. f. bürg. R. т. 11, стр. 119. Объ исторіи а. fin. reg. написали изслѣдованія: Rudorff, Zeitschr. für. gesch. R-wiss, т. 10 н. 7 и въ Schriften der röm. Feldmesser, т. 2, стр. 433, также Karlowa, Beiträge zur Gesch. des röm. Civilprocesses, стр. 134, ср. также Becker, Actionen, т. 1, стр. 235, Karlowa, Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 459. Древнее римское право различало споръ *de fine* и *de loco*. Споръ «*de fine*» возникалъ, если дѣло шло о полосѣ, 5 ф. шир., «*de loco*»,—когда дѣло шло о большемъ пространствѣ. Первоначально *actio f. reg.* относилась къ спору о межѣ (*finis*)—въ этомъ Karlowa правъ,—т. е. къ полосѣ имѣвшей не болѣе 5 фут. шир. Споръ о большихъ участкахъ поэтому первоначально надо было провести въ формѣ виндикаціи. Это опредѣленно говоритъ Frontinus de

этому онъ замѣняетъ собою виндикацію ³⁾. Но главная цѣль его—*пограничный миръ между сосѣдями*. Такимъ образомъ искъ направленъ противъ лица и является—*actio in personam* ⁴⁾. Согласно этой цѣли иска опредѣляются его отдѣльныя черты.

1. Искъ—предполагаетъ наличность *спора о границахъ*. Спокойное владѣніе границами должно быть подвергнуто сомнѣнію или словомъ, или дѣломъ. Если сосѣдніе участки заняты зданіями, раздѣленными пограничною стѣною, то искъ объ отграниченіи неумѣстенъ. Ибо пограничная стѣна образуетъ собою постоянную границу и нерушимое владѣніе ею. Возможное возстановленіе границы можетъ быть требуемо посредствомъ иска о правѣ собственности ⁵⁾.

Не допускается искъ объ отграниченіи между владѣніями, раздѣленными публичною рѣкою или дорогою, ибо они не смежны между собою ⁶⁾. Но отгѣсненіе дороги на сосѣдній участокъ даетъ право потерпѣвшему сосѣду требовать возмѣщенія вреда—по *actio viae rejectae* ⁷⁾.

2. Управомоченъ на предъявленіе иска объ отграниченіи собственникъ одного изъ смежныхъ участковъ, и при томъ также въ томъ случаѣ, если онъ владѣетъ спорною полосою земли, ибо онъ и тогда заинтересованъ въ сосѣдскомъ мирѣ. Надлежащимъ отвѣтчи-

contro. agrorum l. 44, 4. Но уже въ классическое императорское время это не выдерживали, а искъ о проведеніи границъ давался и по поводу locus, ср. l. 60 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 69 ad edictum: Locus est non fundus, sed portio aliqua fundi locus latere potest, quatenus determinetur et definiatur, l. 4 pr. l. 7, l. 8 pr. D. fin. reg. 10, 1. Многое въ историческомъ развитіи не выяснено.

²⁾ Герм. гр. ул. § 919 и сл. различаютъ процессъ о возстановленіи неясныхъ (verdunkelten) границъ отъ производства о проведеніи границъ, при неизвѣстности настоящей границы.

³⁾ l. 1 D. finium regundorum 10, 1. Paulus libro 23 ad edictum: Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

⁴⁾ l. 1 D. h. t. 10, 1.

⁵⁾ По общему правилу требуется praedia rustica, т. е. незастроенное мѣсто, l. 2 pr., l. 4 § 10 D. h. t. Но l. 2 pr. D. cit. опредѣленно высказываетъ, что искъ объ отграниченіи границъ имѣетъ мѣсто и при застройкѣ чужой границы сельскаго участка. Изъ l. 4 § 10 D. cit. выходитъ, что искъ о проведеніи границъ не допускается тамъ, гдѣ зданія раздѣлены пограничною стѣною. Ср. Puchta, ук. соч. стр. 350. Seuff. Arch. т. 51 н. 97.

⁶⁾ l. 4 § 11, l. 5, l. 6. D. h. t. 10, 1.

⁷⁾ l. 3 pr. D. de via publica, 43, 11. Возникаетъ ли здѣсь своеобразный искъ, или же дѣло тутъ только въ actio legis Aquiliae utilis? И такъ, предполагаетъ ли искъ этотъ вину? Имѣетъ ли онъ мѣсто, если отгѣснившій не есть сосѣдъ? За простую actio legis Aquiliae высказывается Ubbelohde у Glück'a кн. 43 и 44 ч. 4, стр. 321. Я высказываюсь за существованіе самостоятельнаго иска по древнему римскому крестьянскому праву.

комъ является собственникъ сосѣдняго участка. Сособственники должны предъявить искъ сообща ⁸⁾, сообща же и отвѣчать, такъ какъ иначе упроченіе границы не можетъ быть достигнуто. Рѣшеніе спора между собственниками—за исключеніемъ случая коварнаго содѣйствія тяжущихся, т. наз. коллюзій,—обязательно и для вещно-управомоченныхъ на участки, хотя бы они и не принимали участія въ процессѣ; ибо рѣшеніе постановляется относительно самаго участка ⁹⁾.

Вещно-управомоченные, въ частности суперфициарій, эмфитевтъ, узуфруктуарій, также могутъ домогаться опредѣленія объема своихъ правъ путемъ иска объ отграниченіи ¹⁰⁾. Но собственнику рѣшеніе суда не можетъ принести ни пользы, ни вреда ¹¹⁾.

Равнымъ образомъ этотъ искъ дается и добросовѣстному владѣльцу; и вообще всякаго рода владѣльцы могутъ прибѣгать къ нему ¹²⁾. Но судебное рѣшеніе такого рода спора не простираетъ своей законной силы дальше сторонъ.

3. Искъ объ отграниченіи есть *actio duplex* ¹³⁾. Поэтому судья не долженъ ограничиваться отклоненіемъ неосновательныхъ требованій истца, но долженъ положительно признать ту границу, на которую указываетъ отвѣтчикъ, если только судья найдетъ ее правильною. Ибо устраненіе неясности границъ сопряжено съ всеобщимъ интересомъ.

4. Для установленія границъ прежде всего руководящимъ является право собственности, которое можетъ быть основано на экстраординарномъ давностномъ владѣніи ¹⁴⁾. Затѣмъ рѣшающимъ

⁸⁾ arg. l. 4 § 7 D. h. t.

⁹⁾ l. 4 § 5 D. h. t. 10, 1 «magis fundo quam personis adjudicari fines intelleguntur». Но ясно, что рѣшеніе не служитъ преюдиціей противъ субъектовъ вещныхъ правъ, если оно основывается на такой юридической сдѣлкѣ, которую собственники заключили послѣ установленія вещнаго права, напр. залога, и по которой одинъ изъ нихъ уступалъ другому часть земли. Ср. l. 21 D. quae in fraudem 42, 8.

¹⁰⁾ l. 4 § 9 D. h. t. 10, 1.

¹¹⁾ Иного мнѣнія Dernburg, Pfandrecht, т. 2, стр. 397, касательно того случая, когда границы представляютъ изъ себя особенность участка, имѣющую значеніе не для сторонъ только, но и для всѣхъ вообще. Такъ же и Brinz, т. 1 § 177. Но лица вещно-управомоченныя могутъ имѣть право спорить только о границахъ ихъ правъ, а не о границахъ участковъ.

¹²⁾ Источники, впрочемъ, ничего не говорятъ по этому вопросу.

¹³⁾ l. 37 § 1 D. de obl. et act. 44, 7.

¹⁴⁾ Ср. выше § 220 цифра 2 d. Если истецъ ранѣе виндигировалъ спорную землю и проигралъ дѣло, то ему въ искѣ о проведеніи границъ можетъ быть противопоставлена *exceptio* о вступившемъ въ законную силу рѣшеніи, поскольку онъ ссылается на право собственности.

моментомъ является спокойное владѣніе ¹⁵⁾. Если же и его не было, то спорная пограничная полоса должна быть разсматриваема какъ общая земля и должна быть раздѣлена между сосѣдами ¹⁶⁾.

Существовавшая до спора граница можетъ быть нецѣлесообразною, напр., она образуется ручьемъ, постоянно мѣняющимъ теченіе. Въ такомъ случаѣ судья, въ цѣляхъ упроченія между сосѣдами постояннаго мира, устанавливаетъ какую либо болѣе цѣлесообразную границу ¹⁷⁾. Тотъ, отъ кого вслѣдствіе этого отойдетъ часть земли, долженъ быть, разумѣется, вознаграждаемъ.

5. Судебное рѣшеніе должно опредѣлить границу. Кромѣ того оно должно предписать, чтобы граница обозначалась внѣшними признаками ¹⁸⁾, за исключеніемъ того случая, когда имѣющіеся уже пограничные знаки, вопреки спора, признаются рѣшеніемъ правильными.

Въ искѣ объ отграниченіи могутъ быть заявлены и денежные требованія, въ частности вознагражденіе за плоды, собранные съ нашего участка со времени начала процесса. Возмѣщенія плодовъ, извлеченныхъ недобросовѣстнымъ сосѣдомъ до начала процесса слѣдуетъ требовать въ особомъ искѣ ¹⁹⁾.

§ 230 b) Cautio damni infecti ¹⁾.

Отъ грозящаго вреда, возмѣщенія котораго въ противномъ случаѣ нельзя было бы потребовать, можно оградить себя посредствомъ cautio damni infecti ²⁾, во-первыхъ, изъ-за *строений*, которыя *уже имѣются* на сосѣднемъ участкѣ, и, во вторыхъ, изъ-за *предпріятій*, которыя только *проектируются* на участкѣ.

¹⁵⁾ Это согласно съ общими основаніями l. 2 D. uti possid. 43, 17. Поэтому старые пограничные знаки имѣютъ силу, l. 11 D. h. t., такъ какъ по общему правилу доказываютъ предѣлы владѣнія, герм. гр. ул. § 920.

¹⁶⁾ l. 2 § 1 D. h. t. 10, 1. Также герм. гр. ул. § 920.

¹⁷⁾ § 6 J de officio judicis 4, 17. Въ герм. гр. ул. этого правила нѣтъ.

¹⁸⁾ l. 8 pr. D. h. t. 10, 1. Если спора о границахъ въ строгомъ смыслѣ нѣтъ, а только прежніе пограничные знаки повреждены, напр. наводненіемъ или пришли въ ветхость, стороны же не согласятся относительно возстановленія знаковъ, то каждая сторона можетъ требовать судебного постановленія о возобновленіи ихъ на общій счетъ. Это вытекаетъ изъ природы вещей и соответствуетъ практикѣ. Wiederhold, ук. соч. т. 13, стр. 44, неправильно усматриваетъ въ этомъ процессъ actio finium regundorum; противъ: Sternberg, ук. соч.; ср. отнынѣ герм. гр. ул. § 919.

¹⁹⁾ l. 4, § 2 D. h. t. 10, 1.

¹⁾ Tit. Dig. de damno infecto 39, 2. Исчерпывающую монографію далъ Burckhard у Glück'a, серія книгъ 39 и 40 ч. 2 1875 г. Тамъ имѣется указаніе на предшествовавшую литературу, стр. 1 пр. 1.

²⁾ Эдиктъ см. въ l. 7 pr. D. h. t. 39, 2 и у Lenel'a edictum, стр. 299.

Притязаніе на обезпеченіе (cautio) есть вспомогательное средство правовой защиты ³⁾.

1. Главнымъ случаемъ защиты отъ наличныхъ строеній является обезпеченіе противъ угрожающаго *обвала сосѣднихъ построекъ* ⁴⁾. Но оно можетъ быть потребовано и въ случаѣ опасности отъ другихъ сооружений, напр. плотинъ, терассъ, а также и отъ паденія поврежденнаго дерева ⁵⁾.

Обезпеченіе не устанавливается на тѣ случаи, въ которыхъ на сосѣда падаетъ *вина*; оно непримѣнимо и тогда, когда вредъ произошелъ отъ *чистой случайности*. Дѣло здѣсь сводится къ нѣчто среднему.

А именно, если сосѣдъ виновенъ въ причиненіи вреда, то онъ и безъ того обязанъ возмѣстить весь вредъ по *lex Aquilia*. Таковъ случай, когда вредъ нанесенъ вслѣдствіе обвала на сосѣдній участокъ строенія, которое съ вѣдома и согласія собственника возведено на его участкѣ вопреки правиламъ строительной техники. Съ другой стороны, если вредъ вызванъ *чистою случайностью*, напр. дома обрушились отъ землетрясенія или деревья отъ урагана, то въ такомъ несчастіи никто не отвѣчаетъ передъ потерпѣвшимъ даже тогда, когда ему дана *cautio damni infecti* ⁶⁾.

Итакъ, обезпеченіе оберегаетъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда вредъ можетъ быть предотвращенъ ⁷⁾ *цѣлесообразною дѣятельностью* или *соотвѣствующимъ воздержаніемъ сосѣда* отъ извѣстныхъ дѣйствій.

Оно ограждаетъ только отъ опасностей, которыми грозятъ сооружения. Но все равно, произошелъ ли вредъ вслѣдствіе дурного качества грунта или порчи самой постройки ⁸⁾.

³⁾ l. 18 § 9, l. 32 D. h. t. 39, 2; Burckhard, ук. соч. стр. 251 и слѣд.; R. G. т. 30, стр. 114.

⁴⁾ l. 7 §§ 1 и 2 D. h. t.; Burckhard, ук. соч. стр. 34.

⁵⁾ l. 24 § 9 D. h. t. 39, 2.

⁶⁾ l. 24 §§ 3, 4 D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 81 ad edictum: Haec stipulatio utrum id solum damnum contineat, quod injuria fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingat? et Labeo quidem scribit de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu aut vi fluminis aliove quo casu fortuito acciderit. Servius quoque putat, si ex aedibus promissoris vento tegulae dejectae damnum vicino dederint, ita eum teneri si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum vel qua alia ratione quae vim habet divinam, vgl. l. 24 § 9 eod.

⁷⁾ l. 24 § 8 D. h. t. 39, 2. Cassius quoque scribit, quod contra ea damnum datum est, cui nulla ope occurri poterit, stipulationem non tenere. R. G. т. 35 стр. 151.

⁸⁾ Обезпеченія нельзя требовать, если не зданіе, а самый участокъ грозитъ, по особенностямъ своей почвы, опасностью, напр. имѣется въ виду земляной обвалъ. l. 24

Предоставленіе обезпеченія прямо не вынуждается. Обязанному дать обезпеченіе ставится альтернатива: «савеге» или «саегеге», т. е. или дать обезпеченіе, или потерять свой участокъ ⁹⁾ ¹⁰⁾.

2. Обязанность обезпеченія далѣе упадаетъ и на того, кто проектируетъ *предпріятіе*—opus,—которое само по себѣ входитъ въ сферу его права, но которое можетъ причинить неправомѣрный вредъ участку другого лица ¹¹⁾.

Сюда относятся случаи, когда заявляется притязаніе на доступъ въ чужой участокъ, съ цѣлью убрать оттуда свою собственность, напр. снесенную туда наводненіемъ землю или упавшіе плоды ¹²⁾, далѣе, когда сосѣдъ намѣренъ возводить на своемъ участкѣ или на публичной землѣ сооруженіе, угрожающее другому лицу ¹³⁾, напр. каменоломни, которыя могутъ ослабить его почву и вызвать обвалъ ¹⁴⁾.

Въ этомъ случаѣ является альтернатива между *отказомъ отъ предпріятія* или *дачею обезпеченія*. Она осуществляется посредствомъ запрещенія предпріятія впредь до дачи обезпеченія. А именно: если что либо проектируется въ предѣлахъ владѣнія, принадлежащаго запрещающему, то достаточно его частного запрета; въ противномъ случаѣ требуется судебный запретъ ¹⁵⁾.

§ 2 D. h. t. Ulpianus libro 81 ad edictum . . . vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit: denique nemo dixit palustris loci vel harenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est. Не стоитъ въ противорѣчій съ этими l. 38 § 1 D. h. t., гдѣ противопоставлено «agri» и «aedificii vitium»; подъ этимъ разумѣются и плотины, терассы, деревья. Также Burckhard, ук. соч. стр. 146 и сл., противъ правда, Brinz, т. 1 стр. 672.

⁹⁾ l. 9 pr. D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum . . . unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere, quas non defendit.

¹⁰⁾ По герм. гр. ул. § 836 собственникъ участка обязанъ къ возмѣщенію вреда вслѣдствіе неудовлетворительной постройки или *небрежнаго содержанія* зданія или иного сооруженія на своей землѣ. По § 908 собственникъ сосѣдняго участка можетъ также требовать, чтобы владѣлецъ, который отвѣчалъ бы въ случаѣ вреда, принялъ нужныя мѣры къ предотвращенію опасности.

¹¹⁾ Здѣсь говорится о vitium operis въ противоположность vitium aedium, ср. l. 19 § 1 D. h. t. 39, 2.

¹²⁾ l. 9 § 1, l. 15 D. ad exhibendum 10, 4.

¹³⁾ Ср. l. 3 § 11 D. de itinere 43, 19, l. 1 § 38 D. de aqua quotidiana 43, 20, l. 1 § 14 D. de cloacis 43, 23.

¹⁴⁾ Правда, по общему правилу всякому на своемъ участкѣ предоставлено распоряжаться свободно, даже если это приноситъ невыгоду сосѣднему участку; ср. выше § 199 пр. 1. Но это положеніе не имѣетъ безусловнаго значенія, не говоря объ immissiones сосѣдъ, требуя обезпеченія, можетъ защитить себя противъ чрезвычайныхъ дѣйствій сосѣда, которыя грозятъ особенною опасностью неприкосновенности его участка, l. 24 § 12 D. h. t. 39, 2 . . . si tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur. Ср. Burckhard, ук. соч. стр. 52, R. G. т. 30 стр. 114. Но свалка земли, обусловливающая у сосѣда сырость «въ небольшихъ размѣрахъ», не даетъ вопреки R. G. т. 15 стр. 205 права требовать с. damni infecti. Ее сосѣдъ долженъ терпѣть.

¹⁵⁾ Ср. Burckhard, ук. соч. стр. 526.

§ 231. Продолженіе. Опасность отъ наличныхъ сооружений.

Обезпеченіе отъ опасности, представляемой *существующими сооружениями* слѣдуетъ разсмотрѣть особо.

1. Кто *управомоченъ* требовать обезпеченія? Прежде всего собственникъ угрожаемаго участка ¹⁾); кромѣ него—вещно-управомоченные, напр., суперфициарій, узифруктуарій ²⁾), кредиторъ по залогу ³⁾), наконецъ, и другія лица, которыя отвѣчаютъ за неприкосновенность участка ⁴⁾), слѣдовательно и добросовѣстный владѣлецъ его ⁵⁾).

Такъ какъ опасность наступаетъ, то обезпеченіе дается истцу, даже если оспаривается его право на искъ ⁶⁾). По римскому праву онъ долженъ подкрѣпить свои притязанія лишь посредствомъ *juramentum calumpniae*. Это положеніе чуждо герм. уст. гр. судопр. Въмѣсто присяги по общему праву (*gemeines Recht*) отъ истца требуются данныя, на основаніи которыхъ его легитимация представляется суду правдоподобной, т. е. *вѣроятной* ⁷⁾).

Но если сооруженіе затѣмъ рухнуло, то лицо, требующее возмѣщенія вреда, на основаніи даннаго ему обезпеченія, должно, въ случаѣ спора, *доказать*, что оно было юридически управомочено требовать обезпеченія.

2. Кто *обязанъ* представить обезпеченіе? Обязаннымъ является собственникъ сооружения, угрожающаго нанесеніемъ вреда. Собственникъ представляетъ *cautio* посредствомъ простого обѣщанія—

¹⁾ Ср. Burckhard, ук. соч. стр. 275.

²⁾ l. 13 § 8 D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum: Superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat. l. 39 § 2 D. eod.

³⁾ l. 11 D. h. t. 39, 2. Dernburg, Pfandrecht т. 2 стр. 392.

⁴⁾ l. 18 пр. D. h. t. 39, 2. Paulus libro 48 ad edictum: Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cujus in bonis res est, sed etiam cujus periculo res est. О случаѣ, когда покупатель уже до традиціи имѣетъ право на этомъ основаніи на *cautio* ср. l. 38 пр. D. h. t.—И наниматель, и жилецъ угрожаемаго зданія имѣютъ право на *cautio* въ защиту внесенной въ него движимости l. 13 § 5 D. h. t. 30, 2. Ceterum—говоритъ Ulpianus libro 53 ad edictum l. 13 § 4 D. h. t. 39, 2—neque ei qui in meo deambulet, neque ei qui in meo lavet vel in mea taberna devertat, caveri debet.

⁵⁾ Впрочемъ Ulpianus libro 53 ad edictum, ссылаясь на Марцелла, высказывается въ противоположномъ смыслѣ l. 13 § 9 D. h. t.: Sed ei, qui bona fide a non domino emit, damni infecti stipulationem non competere Marcellus ait. а также l. 11 D. eodem. Но по l. 18 пр. D. h. t. Павла, цитированной въ прим. 4 и добросовѣстному владѣльцу не отказывается въ требованіи объ обезпеченіи. Также Burckhard, ук. соч. стр. 306; Windscheid, т. 2 § 459 пр. 3. Иного мнѣнія Vangerow, т. 3 § 678 стр. 553.

⁶⁾ l. 13 § 3 D. h. t. 39, 2.

⁷⁾ R. G. т. 35 стр. 123.

nuda permissio⁸⁾). Третьи лица могутъ его заступить путемъ поручительства, *satisfatio*. Добросовѣстный владѣлецъ разсматривается какъ собственникъ⁹⁾).

Далѣе, обезпеченіе въ видѣ поручительства должны представить вещно-управомоченные, — суперфициарій, узуфруктуарій, кредиторъ по залогу, если они знаютъ, что собственникъ уклоняется отъ дачи обезпеченія¹⁰⁾. Въ противномъ случаѣ ихъ право отпадаетъ вмѣстѣ съ правомъ собственника.

3. Обѣщаніе въ обезпеченіи должно содержать увѣреніе въ возмѣщеніи полного интереса стипулянта въ случаѣ обвала¹¹⁾.

Обезпеченіе должно быть обѣщано на установленный судьбою срокъ. Смотря по обстоятельствамъ, срокъ можетъ быть продленъ¹²⁾.

4. Если, не смотря на наличность всѣхъ условій, обезпеченіе не было дано, то въ Римѣ преторъ предоставлялъ угрожаемому право на занятіе грозящаго вредомъ участка, т. наз. *missio ex primo decreto*¹³⁾. Она давала право пребыванія въ участкѣ, надзора за нимъ, преторскаго залога и право ремонта¹⁴⁾. Въ заключеніе, если допущенный къ занятію участкомъ не получалъ *cautio* и возмѣщенія издержекъ ремонта, преторъ, посредствомъ т. наз. *missio ex secundo decreto*, предоставлялъ ему право собственности на угрожающую вещь¹⁵⁾ ¹⁶⁾.

⁸⁾ l. 9 §§ 4 и 5, l. 10 D. h. t. 39, 2. Сособственники обязаны представить обезпеченіе соразмѣрно ихъ долямъ участія въ общей собственности, l. 40 § 3, l. 27 D. h. t. 39, 2.

⁹⁾ l. 13 pr. D. h. t. 39, 2.

¹⁰⁾ l. 9 §§ 4 и 5, l. 10, l. 19 pr., l. 22 D. h. t. 39, 2.

¹¹⁾ l. 28, l. 29, l. 37 D. h. t.

¹²⁾ l. 4 pr., l. 13 § 15, l. 14, l. 15 pr. § 1 D. h. t. 39, 2.

¹³⁾ Относящаяся сюда слова эдикта гласили: l. 7 pr. D. h. t. 39, 2: *Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo.*

¹⁴⁾ l. 15 § 30 D. h. t. 39, 2. *Ulpianus libro 53 ad edictum: Si quis damni infecti in possessionem missus sit, fulcire eum et reficere insulam debere sunt qui putent eamque culpam praestare exemplo ejus, qui pignori accepit. sed alio jure utimur: cum enim ob hoc tantum missus sit, ut vice cautionis in possessione sit, nihil ei imputari, si non refecerit.*

¹⁵⁾ l. 15 § 31 D. h. t. По классическому праву введенный *ex secundo decreto* получалъ лишь владѣніе, годное для давности, l. 5 pr., l. 12, l. 15 §§ 16, 26, 27, l. 18 § 15 D. h. t. 39, 2. Онъ между тѣмъ имѣлъ права собственника, — «*possidere jure dominii*», l. 7 § 1 D. de usu fr. 7, 1, l. 15 § 33 D. h. t. 39, 2—и по юстиніановому праву его прямо слѣдуетъ признавать собственникомъ.

¹⁶⁾ Права вещно-управомоченныхъ прекращаются, если они, зная, что къ собственнику обращено требованіе объ обезпеченіи, сами не даютъ обезпеченія. Если сосѣдъ потребовалъ *cautio* отъ *эмфитевта*, а не отъ собственника земли, то проиходитъ вводъ во владѣніе и передача права *эмфитевзиса*. l. 15 § 26 D. h. t. 39, 2 говоритъ это относительно *эмфитевта*; суперфициарій долженъ быть уравненъ съ нимъ, такъ какъ онъ занимаетъ положеніе, подобное положенію собственника. Недопустимо,

Такого рода *missiones* чужды герм. уст. гр. судопр. Поэтому, согласно съ практикой общаго права, искъ и присужденіе направляются большею частью на установленіе обезпеченія,—но отвѣтчикъ можетъ отклонить отъ себя присужденіе уступкою истцу угрожающей вещи. Конечно, это лишь приблизительно соотвѣтствуетъ римскимъ правовымъ нормамъ ¹⁷⁾ ¹⁸⁾.

5. Если угрожающее сооруженіе разрушится въ то время, когда *cautio* еще не установлена, но уже потребована, то отвѣтчикъ просто обязанъ къ возмѣщенію вреда ¹⁹⁾.

Если оно разрушилось до того, какъ потребована *cautio*,—потерпѣвшій не имѣетъ никакихъ притязаній ²⁰⁾. Но если съ его стороны не было нерадѣнія, но онъ опоздалъ вслѣдствіе отсутствія, краткости времени, и потому не потребовалъ *cautio*, или если опасность не была замѣтною, то сосѣдъ долженъ или возмѣстить ему вредъ, или уступить ему свое зданіе ²¹⁾.

§ 232 c) *Actio aquae pluviae arcendae* ¹⁾.

I. Отдѣльный владѣлецъ земли не можетъ свободно распоряжаться на своемъ участкѣ относительно стока дождевой воды. Если бы каждому предоставлялось по своему произволу устраивать пло-

чтобы угрожаемый, обойдя собственника, требовалъ *cautio* отъ *другихъ вещно-управомоченныхъ*, въ частности отъ *узупруктуарія* или кредитора по залогу, и чтобы онъ, если они откажутъ ему, получилъ ввѣдь во владѣніе и передачу ихъ правъ, какъ это, полагаетъ Windscheid, т. 2, § 459 пр. 27. Относится ли тоже къ ипотекарію? Ср. Burckhard, ук. соч. стр. 344.

¹⁷⁾ Спорно, въ какой мѣрѣ, въ данномъ случаѣ, римскіе источники примѣнимы въ общемъ правѣ. Возможно точнѣе старается къ нимъ приспособиться Burckhard, ук. соч. стр. 641. Но судебное производство, которое онъ развиваетъ на стр. 662, въ процессуальномъ отношеніи не выдерживаетъ критики, такъ какъ рѣшеніе и исполнительный процессъ должны быть согласованы. Путемъ временнаго распоряженія судьи (*einsweilige Verfügung*), истецъ можетъ быть допущенъ во владѣніе вещи для производства ремонта, коль скоро въ этомъ имѣется потребность. С. Р. О. § 940.

¹⁸⁾ Римскому праву болѣе соотвѣтствуетъ требованіе, чтобы искъ, какъ и рѣшеніе, были альтернативны: или установленіе *cautio*, или уступка собственности. Hellmann, *missio in possessionem* въ *Festgaben für Planck*, стр. 270. Ср. также Ubbelohde, у Glück'a т. 43 и 44, ч. 3 стр. 232.

¹⁹⁾ I. 15 § 28 D. h. t. 39, 2 высказываетъ это на тотъ случай, что преторъ *de danda stipulatione deliberat*. Это, какъ сдѣлано въ текстѣ, отнесено и къ процессу общаго права.

²⁰⁾ I. 6 D. h. t. 39, 2.

²¹⁾ I. 7 § 2 D. h. t., соотвѣтственно ограниченію въ I. 8—I. 9 пр. § 1 D. h. t. И въ случаѣ I. 9 cit. § 3 «*si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit*» нѣтъ нерадѣнія со стороны потерпѣвшаго ущербъ.

¹⁾ Tit. Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 3. Burckhard у Glück'a, серия кн. 39 и 40 ч. 3. Тамъ имѣются указанія на прежнюю литературу. Герм. гр. у. л. предоставляетъ этотъ вопросъ мѣстному законодательству отдѣльныхъ германскихъ государствъ.

тины и проводить каналы, какъ того односторонне требуютъ интересы его участка, то отъ этого могло бы произойти затопленіе или разореніе сосѣднихъ участковъ, или зараженіе цѣлой округи.

Для римлянъ было особенно важно противодѣйствовать этому въ Лаціумѣ, ибо эта область была пригодна для культуры лишь при интенсивной обработкѣ и при урегулированіи орошенія ²⁾). Нормы, коими опредѣляется стокъ дождевой воды, даются: *естественнымъ положеніемъ сельскихъ участковъ*, далѣе, *мѣстнымъ правомъ*—lex—и *незапамятной давностью*, которая санкціонируетъ искусственныя сооруженія ³⁾).

Для отвращенія вреда отъ дождевой воды, *угрожающаго сельскимъ участкамъ* ⁴⁾), вслѣдствіе неправильныхъ сооруженій, служатъ *actio aquae pluviae arcendae* ⁵⁾). Искъ этотъ можетъ имѣть двойное значеніе.

а) онъ защищаетъ собственника *ниже лежащаго* участка: Собственникъ его выступаетъ съ этимъ искомъ противъ такихъ сооруженій отвѣтчика, которыя измѣняютъ стокъ дождевой воды выше лежащаго участка ему во вредъ, увеличивая, концентрируя или расширяя ⁶⁾ стокъ. Защита отъ стекающей съ вышележащаго участка дождевой воды сообщила иску его наименованіе ⁷⁾).

²⁾ Уже въ XII таблицахъ есть статья, «si aqua pluvia nocet», l. 21 pr. D. de statuliberis, 40, 7, ср. Cic. Topica, 9, 39, l. 5 D. ne quid in loco publico 43, 8. Burckhard, ук. соч. стр. 49.

³⁾ l. 2 pr. D. h. t. 39, 3. Paulus libro 49 ad edictum: In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas: quae semper pro lege habetur minuendarum scilicet litium causa. l. 1 § 23 D. eod. Lex въ смыслѣ римскаго права былъ порядокъ, предписанный при основаніи колоніи, ср. Burckhard, ук. соч. стр. 355. Въ Германіи вмѣстѣ этого имѣются мѣстные обычаи; имъ приравниваются распоряженія подлежащихъ комиссій при разверстаніи угодій.

⁴⁾ l. 1 §§ 17, 20 D. h. t. 39, 3. Burckhard, ук. соч. стр. 258; ср. также Burckhard стр. 275 и сл. Противъ сооруженій in publico, т. е. на участкахъ, принадлежавшихъ государству, въ Римѣ не давалось a. aquae pluviae arcendae, l. 3 § 3, l. 18 pr. D. h. t. Burckhard, стр. 200. Это правило утратило свою силу, такъ какъ государство относительно своей собственности теперь отвѣчаетъ, какъ и частныя лица.

⁵⁾ l. 1 § 1 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto hec est de eo opere. ex quo damnum timetur; totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura, id est cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret, si forte immittendo eam aut majorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem aut si comprimendo redundare effecit. quod si natura aqua noceret, ea actione non continentur.

⁶⁾ Другое дѣло, если установленъ сервитутъ, по которому сосѣдъ имѣетъ право отвести къ себѣ свыше нормальную дождевую воду съ сосѣдняго участка, или же въ правѣ вовсе оградить себя отъ этой воды, l. 2 § 10 D. h. t. 39, 3, l. 29 D. de serv. pr. t. 8, 3. Одностороннее предоставленіе такого права не въ видѣ сервитута, не обязательно для сингулярныхъ преемниковъ лица, установившаго такое право, l. 19, l. 20 D. h. t. ср. Burckhard, ук. соч. стр. 346.

⁷⁾ l. 1 § 1 D. h. t. 39, 3, приведена выше прим. 5, l. 1 § 10 D. eodem.

Даже и по общимъ началамъ сосѣдскаго права, какъ они развились, благодаря классическимъ юристамъ, сосѣдъ не былъ обязанъ терпѣть чрезмѣрнаго спуска воды на его участокъ, и въ защиту отъ такового имѣлъ *actio negatoria*. Но *actio pluviae arcendae* имѣетъ то преимущество, что она возстаетъ не только противъ дѣйствительнаго стока воды, но также предотвращаетъ угрожающій участку стокъ.

б) Искъ служитъ и въ защиту собственника *вышележащаго участка*. Онъ заставляетъ собственника нижележащаго участка, допускать къ себѣ дождевую воду обычнымъ образомъ, то есть препятствуетъ ему ограждаться отъ воды плотинами или иными средствами. Это относится какъ къ ежедневной водѣ, произвольно стекающей, такъ и къ водѣ, текущей по установившимся протокамъ.

Обязанность принимать воду, стекающую съ выше расположеннаго участка, образуетъ собою видъ законнаго сервитута въ пользу этого участка ⁸⁾).

Существуетъ однако только обязанность принимать на ниже лежащій участокъ воду, но нѣтъ права *направлять ее на него* ⁹⁾).

II. Отдѣльные черты иска таковы:

1. Онъ направляется—это первоначальный и главный случай его примѣненія—противъ того, что создано руками человѣка—*opus manu factum*—все равно, будетъ ли это новое сооруженіе ¹⁰⁾ или актъ уничтоженія сооружений, соответствующихъ мѣстнымъ статутамъ или существующихъ съ незапамятныхъ временъ ^{11) 12)}).

Дѣйствій и сооружений, служащихъ обыкновенно для культуры почвы, онъ не затрагиваетъ ¹³⁾).

Существеннымъ, но естественнымъ расширеніемъ понятія иска явилось предоставленіе его противъ измѣненій, происшедшихъ въ почвѣ сосѣдняго участка, но не отъ рукъ человѣческихъ, напр. въ случаѣ занесенія иломъ сточныхъ канавъ, образованія рывины отъ напора воды ¹⁴⁾).

⁸⁾ I. 1 § 23, I. 2 D. h. t. 39, 3.

⁹⁾ I. 1 §§ 11, 21 D. h. t. 39, 3. Если же съ незапамятныхъ временъ канава направляла воду къ намъ, то незапамятное время служитъ защитой для пользованія водой, I. 6, I. 7 C. de servit. 3, 34. Burckhard, ук. соч. стр. 248; Regelsberger, т. 1 § 112 пр. 2; ср. однако R. G. т. 17 стр. 121.

¹⁰⁾ Сюда относятся: свалка земли въ кучу, выемка земли, выравниваніе поверхности ея, I. 3 § 2 D. h. t. 39, 3, строенія, I. 4 пр. D. eod. и передвижныя сооруженія, напр. свалка камней, Burckhard, ук. соч. стр. 191. Итакъ, не имѣетъ значенія, если участку придается иной видъ.

¹¹⁾ I. 1 § 23 D. h. t. 39, 3.

¹²⁾ Нѣтъ необходимости, чтобы сооруженія предпринимались *съ цѣлью* измѣнить теченіе воды. Достаточно, чтобы они имѣли такое послѣдствіе, R. G. т. 25 стр. 165.

¹³⁾ I. 1 §§ 3—9, 15 D. h. t. 39, 3. Ср. о *opus agri colendi causa factum* Burckhard, ук. соч. стр. 377. Петражицкій, Einkommen, т. I стр. 250 говоритъ: «дозволены дѣйствія, предпринимаемая изъ-году въ годъ сельскими хозяевами для хозяйственныхъ цѣлей».

¹⁴⁾ I. 3 §§ 1, 2, 4, 5, 6, 7, I. 14 § 1 D. h. t. 39, 3. Burckhard, ук. соч. стр. 573.

2. Искъ служитъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда дождевая вода смѣшивается съ другими водами, напр. водою источника, болота, рѣки¹⁵⁾.

3. Искъ имѣетъ цѣлью возстановленіе прежняго состоянія поверхности—реституцію—и устраненіе этимъ путемъ вреда для истца.

Этимъ искомъ можно требовать возмѣщенія только вреда, происшедшаго послѣ начала процесса¹⁶⁾.

4. Управомочено на предъявленіе иска лицо, состоящее собственникомъ угрожаемаго участка ко времени начала процесса¹⁷⁾, также добросовѣстный владѣлец¹⁸⁾, эмфитевтъ¹⁹⁾, узуфруктуарій²⁰⁾, кредиторъ по залогу²¹⁾. Въ случаѣ общей собственности, каждый участникъ самостоятельно управомоченъ на предъявленіе иска²²⁾.

Отвѣтчикъ опредѣляется правомъ собственности на участокъ, на которомъ расположено вредное сооруженіе²³⁾; но искъ давался и противъ узуфруктуарія, устроившаго сооруженіе²⁴⁾. Эмфитевтъ²⁵⁾ и даже просто владѣлецъ также пассивно легитимированы на участіе въ искѣ. Можетъ быть привлеченъ въ качествѣ отвѣтчика и каждый изъ сособственниковъ участка²⁶⁾.

Въ зависимости отъ того, является ли отвѣтчикъ *авторомъ* сооруженія, или нѣтъ, различно и содержаніе осуждающаго его рѣшенія. Въ первомъ случаѣ сооруженіе уничтожается *на счетъ отвѣтчика*, во второмъ—*на счетъ истца*, такъ что въ послѣднемъ случаѣ отвѣтчикъ долженъ лишь терпѣть возстановленіе прежняго состоянія²⁷⁾.

¹⁵⁾ l. 1 pr. D. h. t. 39, 3.

¹⁶⁾ l. 6 § 6 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Officium autem iudicis hoc erit, ut, si quidem a vicino opus factum sit, eum jubeat restituere damnumque sarcire, si quid post litem contestatam contigit; quod si ante litem contestatam damnum contigit, tantum opus restituere debebit, damnum non sarciet; Cp. l. 11 §§ 3 и 4 D. eod., Burckhard, ук. соч. с. 445. Возможность требовать возмѣщеніе прежняго вреда, зависитъ отъ того, имѣются ли налицо условія для interdictum quod vi aut clam—l. 14 D. h. t.—или была ли дана cautio damni infecti, или располагаетъ ли потерпѣвшій иными исками. Соединеніе притязаній въ современномъ процессѣ не возбраняется. Windscheid, т. 2 § 473 пр. 14; Budde, Entsch. des O. A. G. zu Rostock, т. 7, 52.

¹⁷⁾ l. 6 § 4 D. h. t. 39, 3. Въ случаѣ перемѣны въ лицѣ собственника, происшедшей между возникновеніемъ сооруженія и предъявленіемъ иска искать можетъ не прежній, а только настоящій собственникъ.

¹⁸⁾ Особыхъ указаній источниковъ, впрочемъ, не имѣется.

¹⁹⁾ l. 5 § 2 D. arbor. furtim caes. 47, 7.

²⁰⁾ Въ l. 3 § 4 D. h. t. 39, 3. Ульпіанъ отказываетъ узуфруктуарію въ искѣ. Но Помпоній даетъ ему въ l. 22 pr. D. eod. «utilis» aquae pluviae arcendae actio. Имѣющему право на дорогу l. 25 D. eod. Julianus libro ex Minucio даетъ искъ «fundi sui nomine, quoniam deteriore via facta fundo nocetur».

²¹⁾ Dernburg, Pfandrecht, т. 2 стр. 391; противъ Burckhard, ук. соч. стр. 399.

²²⁾ l. 6 §§ 1—3, l. 11 § 1 D. h. t. 39, 3. Ubbelohde, untheilbare obligationen, стр. 196 и сл.

²³⁾ l. 4 pr. § 2, l. 18 pr., l. 22 D. h. t. 39, 3.

²⁴⁾ Иначе Ulpian въ l. 3 § 4 D. h. t. 39, 3; противъ l. 22 § 2 D. h. t.

²⁵⁾ l. 23 § 1 D. h. t. 39, 3.

²⁶⁾ l. 11 § 1 D. h. t. 39, 3.

²⁷⁾ l. 6 § 7 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Celsus scribit, si quid ipse feci, quo tibi aqua pluvia noceat, mea impensa tollere me cogendum, si quid alius, qui ad me non pertinet, sufficere, ut patiar te tollere. Cp. даръе I. 7 D. eod.

§ 233 d) Operis novi nuntiatio ¹⁾.

Постройка, которую мы имѣемъ право воспретить, но которая уже начата и заканчивается, можетъ причинить намъ существенный убытокъ въ то время, пока мы дожидаемся законной силы судебного рѣшенія, признающаго наше право. Напр., постройка затемняетъ наши окна и дѣлаетъ наши квартиры необитаемыми, такъ что хорошіе и надежные жильцы выѣзжаютъ; или же она отнимаетъ у насъ на продолжительное время видъ, а съ тѣмъ вмѣстѣ и удобство жизни; или, наконецъ, она рушится и причиняетъ вредъ вещамъ и лицамъ. Между тѣмъ, сомнительно, можно ли за все это потомъ получить возмѣщеніе убытковъ отъ строителя.

Для предупрежденія вреда и тогда, когда *jus prohibendi* еще не выяснилось, римляне допускали частное запрещеніе дальнѣйшей стройки: *operis novi nuntiatio*, которое заключалось въ приказаніи приостановить предпринятую постройку. Нунціація какъ бы заклинала постройку въ томъ смыслѣ, что строившееся вопреки запрету подлежало снесенію, независимо отъ того, была ли постройка предпринята въ матеріально-правовомъ отношеніи правильно или неправильно ²⁾.

По общему праву и по герм. гр. ул. мѣсто римской нунціаціи заняли распоряженія суда. Но все же здѣсь слѣдуетъ изложить основныя черты этого своеобразнаго института.

1. Для формальной дѣйствительности нунціаціи требуется слѣдующее:

а) Сооруженіе должно быть предпринято, но еще не окончено. Ибо запрещеніе направляется противъ построекъ, *возникающихъ*, но не *оконченныхъ* ³⁾. Въ частности дѣло должно касаться возведенія, расширенія или снесенія строенія, связаннаго съ землею. Ремонтъ, а также внутреннія измѣненія, существенно не измѣняющія его внѣшняго облика, не обосновываютъ нунціаціи ⁴⁾.

¹⁾ Tit. Dig. de operis novi nuntiatione 39, 1, de remissionibus 43, 25; l. 14 C. de aedificiis privatis, 8, 10 (раньше l. un. C. de novi operis nunt. 8, 11). Главная работа Stölzel, die Lehre v. d. operis novi nuntiatio und interd. quod vi aut clam, 1865 и Burckhard у Glück'a серія книгъ 39 и 40 ч. 1; также Brinz въ Münchener Vierteljahrsschrift, т. 17 стр. 244 и сл. Stölzel стр. 5, даетъ полный перечень прежней литературы; ср. о томъ же Burckhard, стр. 1 пр. 1. Между статьями выдѣляются: G. Hasse, въ reinische Museum, т. 3 стр. 379 сл., Franke въ Arch. f. civ. Pr. т. 72 п. 14 § 4; Karlowa, Beiträge zum röm. Civilprocess, ст. 1 стр. 19 сл.; Schmidt von Ilmenau въ Lindes Zeitschrift, т. 8, н. 2; Stölzel въ Iherings Jahrb., т. 8, н. 6, Beling, die gemeinrechtliche Geltung der operis novi nuntiatio, Breslauer In-Dissert. 1890; Vaturi, dell' operis novi nuntiatio въ archivio giuridico, т. 49 стр. 499. Герм. гр. ул. уничтожило этотъ институтъ.

²⁾ l. 1 pr. D. h. t. 39, 1.

³⁾ l. 1 § 1. D. h. t. 39, 1.

⁴⁾ l. 1 §§ 11, 12, 13 D. h. t. 39, 1. Все равно, возводится ли зданіе въ городѣ или въ деревнѣ. l. 1 § 14 D. h. t. 39, 1.

b) Запрещеніе должно послѣдовать въ виду того зданія, *in re praesenti*, приоста-новки котораго оно требуетъ; ⁵⁾ если оно выражено въ иномъ мѣстѣ, то не имѣетъ силы ⁶⁾. Передъ зданіемъ оно можетъ быть выражено всякому, кто при немъ состоитъ или кто принадлежитъ къ семейству хозяина, т. е. не только самому хозяину, но и каменщикамъ, плотникамъ, женѣ или прислугѣ хозяина дома. Эти лица должны имѣть возможность довести о запрещеніи до свѣдѣнія хозяина. Но было ли это сдѣлано, узналъ ли хозяинъ о запретѣ,—это не принимается во вниманіе ⁷⁾. Запрещеніе постройки имѣетъ обязательную силу и тогда, когда хозяинъ въ отсутствіи, душевно боленъ, или малолѣтенъ, а запрещеніе не дошло до опекуна ⁸⁾.

c) Нунціація имѣетъ силу лишь тогда, *когда она исходитъ отъ лица, уполномо-ченной на ея заявленіе*. Въ этомъ отношеніи важны основаніе и цѣль, преслѣ-дуемая ею. Она можетъ быть *тройка* ⁹⁾.

Прежде всего цѣль ея—огражденіе частнаго права *juris nostri conservandi causa*,—а именно, либо охраненіе свободы собственности ¹⁰⁾, либо огражденіе сосѣдскаго права или сервитута, состоящаго въ правѣ «имѣть» или «запретить» что либо ¹¹⁾. На этомъ основаніи на заявленіе нунціаціи управомочены *собственникъ* ¹²⁾, *суперфициарій* ¹³⁾, *кредиторъ по залому* ¹⁴⁾ поврежденнаго по ихъ мнѣнію участка.

Далѣе нунціація служитъ цѣли понужденія къ дачѣ *cantio damni infecti*—какъ *o. n. p. damni depellendi causa*. Она предоставляется всякому, кто имѣетъ притязаніе на такое обезпеченіе противъ предпринимающаго постройку ¹⁵⁾.

Наконецъ, каждый гражданинъ *juris publici tuendi gratia* можетъ совершить нунціацію въ цѣляхъ осуществленія изданныхъ въ публичномъ интересѣ строитель-ныхъ правилъ или для огражденія права общаго пользованія публичными вещами ¹⁶⁾.

2. Формально-дѣйствительная нунціація можетъ быть, по различнымъ основа-ніямъ, лишена силы.

a) Преторъ можетъ отвергнуть ее (*denegare*). Это бываетъ въ томъ случаѣ, если нунціантъ не принимаетъ требуемой отъ него присяги, *juramentum calumniae*, или если запрещеніе представляется явно неосновательною придиркою ¹⁷⁾.

⁵⁾ l. 5 § 3. D. h. t. 39, 1. Какъ замѣчаетъ Hasse стр. 588, долженъ присутствовать кто либо, «при посредствѣ ушей коего запретъ какъ бы воспринимается самою постройкою».

⁶⁾ l. 5 § 4 D. h. t. 39, 1, l. 10 D. eod.

⁷⁾ l. 1 § 5 D. h. t. 39, 1.

⁸⁾ l. 10 D. h. t. 39, 1.

⁹⁾ l. 5 § 9, l. 1 § 16 D. h. t. 39, 1.

¹⁰⁾ l. 5 § 9 D. h. t. 39, 1. Hasse, ук. соч. стр. 591; Burckhard стр. 59.

¹¹⁾ Источники положительно дозволяютъ *op. n. nunt.* въ защиту сервитута «вида», l. 5 pr. D. h. t. 39, 1; l. 15 D. de serv. pr. urb. 8, 2, и сервитута *oneris ferendi*, l. 6 § 7 D. si serv. vind. 8, 5; они отвергаютъ право на *op. novi nunt.* при дорожныхъ сервитутахъ, l. 14 D. h. t. 39, 1. Изъ этого вытекаетъ принципъ, установленный въ текстѣ; Burckhard, ук. соч. стр. 70.

¹²⁾ О нунціаціи сособственниковъ ср. l. 3 §§ 1 и 2 D. h. t. 39, 1, выше, примѣ-чаніе 13 § 196.

¹³⁾ l. 3 § 3 D. h. t. 39, 1. Безъ сомнѣнія эмѣтевъ уравнивъ съ суперфициа-ріемъ. Узуфруктуарій по собственному праву не имѣлъ *op. novi nunt.*; но по этому вопросу римскіе юристы не были согласны между собою, ср. l. 1 § 20, l. 2 D. h. t. 39, 1, l. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25.

¹⁴⁾ l. 1 § 5 D. de remissionibus 43, 25.

¹⁵⁾ l. 1 §§ 17, 19 D. h. t. 39, 1.

¹⁶⁾ l. 1 § 17, l. 3 § 4, l. 4, l. 5 pr. D. h. t. 39, 1.

¹⁷⁾ Вслѣдствіе нунціаціи нунціантъ, весьма повѣтно, очень часто жаловался претору, l. 1 § 9 D. h. t. 39, 1. Процессъ у него признавался какъ бы продолженіемъ нунціаціи; что преторъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ отвергалъ *nuntiatio*,—объ этомъ говоритъ 19 D. h. t. 39, 1. Paulus libro quaestionum: Sciendum est *denegata*

б) Происходит *ремиссія*, т. е. отмѣна преторомъ формально-дѣйствительной нунціаціи, если нунціатъ даетъ *обезпеченіе* (*cautio*)—по общему правилу въ видѣ поручительства,—или же по крайней мѣрѣ предлагаетъ обезпеченіе¹⁸⁾. Содержаніе *cautio* состоитъ въ томъ, что нунціатъ обязывается къ возстановленію прежняго состоянія зданія или къ денежной уплатѣ по выбору нунціанта, если послѣдній достигнетъ признанія за нимъ судомъ своего права на заявленіе запрещенія¹⁹⁾.

в) Съ ремиссіей уравнивается *въисудебное*²⁰⁾ *установленіе* или надлежащее *въисудебное* предложеніе *поручительства* въ реституціи или уплатѣ вреда деньгами²¹⁾.

executione operis novi nihilo minus integras legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis novi denuntiationem praetor denegat. Главнымъ основаніемъ для отказа являлось во всякомъ случаѣ непринятіе присяги *juramentum calumniae*, l. 5. § 14 D. h. t. 39, 1. Ulpianus libro 52 ad edictum: Qui opus novum nuntiat, jurare debet non calumniae causa opus novum nuntiare. Нѣкоторые относятъ *juramentum calumniae* къ исполнительному производству по *interdictum demolitorium*. Это очевидно неправильно. Дѣло идетъ о дѣйствіи, которое имѣетъ мѣсто при производствѣ по нунціаціи. Что слѣдствіемъ отказа отъ *jur. calumniae* является денегация, а не ремиссія,—на это указываетъ формула ремиссіи, такъ какъ она условно сохраняетъ нунціацію, что было бы совершенно неумѣстно въ случаѣ пустой придирки. Противъ этого Beling, ук. соч. стр. 12.

¹⁸⁾ Объ условіяхъ ремиссіи мнѣнія очень расходятся. Правильную формулировку нашелъ Schmidt, фк. соч. стр. 17, и развилъ Burckhard; ремиссія происходитъ—при о. п. н. *juris nostri conservandi gratia*—въ случаѣ установленія надлежащаго поручительства. Съ этимъ согласны Brinz, т. 1 стр. 705 и Lenel, edictum, стр. 488 пр. 7. Доказывается это тѣмъ, что римскіе юристы одно поручительство считали освобождающимъ отъ запрета *op. novi nunt.*, а также и тѣмъ, что *поручительство ими изображается какъ необходимый спутникъ ремиссіи*. l. 7 § 2. D. quod vi aut clam 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Ait Julianus: qui ante remissionem nuntiationis, contra quam prohibitus fuerit, opus fecerit, duobus interdictis tenebitur, uno, quod ex operis novi nuntiatione competit, altero quod vi aut clam. remissione autem facta intellegendus non erit vi aut clam facere, quamvis prohibeatur: licere enim debet aedificare ei, qui satis dederit, cum possessor hoc ipso constituatur.—Очень часто встрѣчается мнѣніе, что ремиссія установлена и на тотъ случай, что нунціантъ въ теченіе короткаго, опредѣленнаго судьей, срока не доведетъ дѣла о признаніи своего права протеста до суда. Именно такъ думаетъ еще и теперь Windscheid, т. 2 § 466, пр. 9. Подобно сему—Hasse, стр. 615 и сл. Franke, ук. соч. стр. 376 и своеобразнымъ образомъ Stölzel, стр. 166. Въ защиту гипотезы «о такомъ опредѣляемомъ судьей краткомъ срокѣ» не существуетъ даже и тѣни доказательства въ источникахъ, и въ классическомъ правѣ римлянъ не имѣется даже аналогіи такого рода процедуры. Гипотеза эта не выдерживаетъ критики. Она не согласуется также съ признаннымъ Windscheid'омъ, § 466 пр. 17, фактомъ, что въ классическое время протестъ погашался въ годовой срокъ, въ чемъ для нунціанта заключалось достаточное правовое понужденіе для полученія въ скорѣйшемъ времени признанія судомъ за нимъ права протеста.—Благоприятное для нунціата рѣшеніе о ремиссіи впрочемъ гласило l. 1 pr. D. de remissionibus 43, 25 quod jus sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat: ceterum nuntiationem missam facio. Такимъ образомъ формально запретъ отмѣняется, но угроза снесенія сохраняется на тотъ случай, если нунціантъ матеріально управомоченъ запретить постройку.

¹⁹⁾ Относительно содержанія *cautio ex operis novi nuntiatione* ср. разсужденіе Lenel'я edictum perpetuum, стр. 431. Опредѣляясь срокъ, въ теченіе котораго нунціатъ долженъ былъ осуществить присужденіе, ср. l. 13 § 1 D. h. t.

²⁰⁾ l. 5 § 17 D. h. t. 39, 1.

²¹⁾ Если нунціатъ на судѣ или вѣдъ суда представилъ требуемую *cautio*, то онъ посредствомъ *interdictum prohibitorium* могъ защищаться отъ противодѣйствія постройкѣ. Отсюда становится яснымъ выраженіе Ульпіана, libro 52 ad edictum, l. 1 § 6 D. eod. In operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus. Это Ульпіанъ развѣиваетъ въ l. 5 § 10 D. eod.

д) Далѣе, запрещеніе теряетъ силу, если нунціантъ умираетъ или отчуждаетъ недвижимость, въ интересахъ которой онъ заявилъ протестъ ²²⁾. Оно также теряетъ силу въ случаѣ, если нунціантъ ²³⁾ ²⁴⁾ отъ него отказывается впоследствии.

3. Если, не смотря на формально-правильную нунціацію и на отсутствіе ремиссіи или иного основанія отмѣны нунціаціи, постройка всетаки ведется, то нунціантъ можетъ требовать путемъ такъ называемаго *interdictum demolitorium* ²⁵⁾ *разрушенія выстроеннаго*.

При этомъ интердиктъ истецъ обязанъ доказать, что имъ была заявлена формально-правильная нунціація. А именно, онъ долженъ доказать, что онъ собственникъ участка, изъ-за котораго наложенъ запретъ, или что онъ инымъ образомъ управомоченъ на заявленіе запрета ²⁶⁾.

Съ своей стороны нунціантъ можетъ сослаться на то, что онъ получилъ ремиссію запрета, или представилъ поручителей, или по иной причинѣ не можетъ быть связанъ нунціаціей. Последнее между прочимъ имѣетъ мѣсто тогда, когда неотложное продолженіе строительныхъ работъ имѣетъ общественный интересъ, или когда приостановка ихъ сопряжена съ опасностью ²⁷⁾.

Напротивъ, нунціантъ не можетъ защищаться противъ разрушенія тѣмъ, что онъ имѣетъ право на постройку, напр., вслѣдствіе сервитута ²⁸⁾. Онъ можетъ осуществить это право лишь впоследствии путемъ петиторнаго иска. Но если его право получило уже законное признаніе, то, несомнѣнно, онъ можетъ противъ *interdictum demolitorium* сослаться на рѣшеніе суда.

Разрушеніе можетъ быть потребовано и не только тогда, когда постройку ведетъ самъ нунціантъ, но и тогда, когда ее возводитъ его правопреемникъ, напр. покупатель. И въ такомъ случаѣ безразлично, зналъ ли строящій о запрещеніи. Ибо оно налагается на самую постройку ²⁹⁾, отвѣтчикомъ — является владѣлецъ. Но

²²⁾ l. 8 § 6 D. h. t. 39. 1.

²³⁾ l. 1 § 10 D. h. t. 39, 1.

²⁴⁾ Въ классическое время запретъ, наложенный нунціантомъ, дѣйствовалъ только на одинъ годъ, такъ что нунціантъ этимъ принуждался въ теченіе года домогаться признанія судомъ права запрета. Это было удобно, для нунціата въ особенности, если онъ не былъ въ состояніи освободить себя отъ запрета путемъ поручительства. Но было спорно, допускалось ли по истеченіи года возобновленіе запрета. Юстиніанъ въ l. 14 C. de aedificiis privatis, 8, 10—1 ип, C. 8, 11 отмѣнилъ годовой срокъ дѣйствія запрещенія. Онъ думалъ замѣнить это постановленіемъ о томъ, чтобы процессы о постройкахъ, если заявлено *operis novi nuntiatio*, разбирались быстро и заканчивались въ 3 мѣсяца. L. 14 C. cit. въ сущности, казалось бы, не устанавливаетъ ничего другого. Этотъ законъ никоимъ образомъ не устранилъ права нунціата требовать немедленной ремиссіи, въ случаѣ представленія имъ поручителей. Также полагаетъ Brinz, т. 1 § 174 стр. 705. Но вообще мнѣнія очень расходятся. Ср. Burckhard, стр. 523, Schmidt въ Bekkers Jahrbuch т. 4 стр. 222 и сл.

²⁵⁾ Интердиктъ, по l. 20 pr. D. h. t. 39, 1 гласилъ: *Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas.*

²⁶⁾ Нунціація со стороны неуправомоченнаго не есть нунціація въ смыслѣ эдикта. Поэтому юристы обезуждаютъ вопросъ о томъ, кто «*nuntiare potest*», l. 1 §§ 19 и 20, l. 3 § 4, l. 5 § 1 D. h. t. 39, 1. Ср. Vangerow, ук. соч. стр. 62.

²⁷⁾ Это установилъ преторскій эдиктъ, l. 5 §§ 12, 13 D. h. t. 39, 1.

²⁸⁾ l. 20 § 1 D. h. t. 39, 1. Ulpianus libro 71 ad edictum... qui igitur facit, et si jus faciendi habuit, tamen contra interdictum praetoris facere videtur et ideo hoc destruere cogitur.

²⁹⁾ l. 23 D. h. t. 39, 1.

только, кто завѣдомо дѣйствовалъ наперекоръ запрету, долженъ нести издержки на снесеніе ³⁰⁾.

4. Безспорно, что въ *Германіи*, въ случаѣ опасности принятой постройки, обыкновенно требуется *временное судебное распоряженіе* (einstweilige gerichtliche Verfügung). Принято такое судебное распоряженіе называть *operis novi nuntiatio publica*.

Но для общаго права спорно, допустимо ли на ряду съ этимъ и римское частное запрещеніе. Нѣтъ сомнѣнія, что практика всегда ссыалась на отдѣльныя положенія римской нунціаціи. Тѣмъ не менѣе институтъ этотъ, какъ таковой, не реципированъ ³¹⁾. Онъ остался чуждъ жизни и практикѣ. Было само собою понятно, что его не приняло и герм. гр. ул. 1899 г. ³²⁾.

§ 234 е) Interdictum quod vi aut clam ¹⁾.

Interdictum quod vi aut clam есть *деликтный искъ противъ самоуправства*. Такимъ образомъ онъ покоится на иныхъ основаніяхъ, нежели *operis novi nuntiatio*. Но по практическимъ своимъ послѣдствіямъ онъ близокъ этому институту, и потому будетъ цѣлесообразно рассмотретьъ его совмѣстно съ нимъ.

Цѣль интердикта—устраненіе измѣненій въ участкѣ, которыя происходятъ *вопреки запрещенію заинтересованнаго лица—vi—или*

³⁰⁾ Ср. I. 23 D. h. t. 39, 1 и I. 3 § 3 D. de alienatione iudicii, 4, 7; см. объ этомъ Vangerow, т. 3 § 676 стр. 535, мнѣнія раздѣлились, такъ какъ матеріалъ источниковъ недостаточенъ; ср. Burckhard, ук. соч. стр. 196.

³¹⁾ Stölzel, ук. соч. стр. 525 справедливо говоритъ, что хотя практики всѣхъ временъ въ многочисленныхъ случаяхъ говорятъ объ *operis novi nuntiatio*, но у нихъ рѣчь идетъ о средствѣ правовой охраны, которое однако ничего не имѣло общаго съ римской *op. n. nunt.* кромѣ названія; ср. также O. A. G. zu Berlin у Seuffert'a т. 28 н. 134, Beling, ук. соч. стр. 28, Jakubezki zu dem Entwurfe e. bürg. Gesetzbuchs 1892 стр. 170. Практическое значеніе *op. n. n.* отстаиваютъ Burckhard, ук. соч. стр. 373 и Windscheid, т. 2 § 466 пр. 20, который считаетъ недоказаннымъ «отмѣняющее обычное право» ср. выше § 4 пр. 6 и 7.

³²⁾ Въ известномъ направленіи замѣну даетъ § 907 герм. гр. ул., согласно которому собственникъ участка можетъ требовать, чтобы на сосѣднихъ участкахъ не выводились и не содержались сооруженія, о которыхъ можно съ увѣренностью предположить, что ихъ существованіе или использование будетъ имѣть слѣдствіемъ недозволенное воздѣйствіе на его участокъ.

¹⁾ Tit Dig vi aut clam 43,24. См. особ. Stölzel, *operis novi nuntiatio und interdictum quod vi aut clam*, и Stölzel въ Jherings Jahrb. т. 8 н. 6. Ср. далѣе G. Hasse въ rhein. Museum, т. 4 н. 1, Franke въ Archiv für civ. Pr. т. 22 н. 14, Schmidt—von Schwerin—въ Lindes Zeitschr. п. F. т. 1 н. 7 и въ Zeitschr. für Rechtsgeschichte, т. 8 стр. 25 и сл. Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, стр. 433 и сл., Karlowa, Beiträge zur Geschichte des röm. Civilprocesses стр. 59 и сл.

за его спиною—clam²⁾). Усматривается неуваженіе къ истцу, если отвѣтчикъ, не взирая на истца, устанавливаетъ столь важныя отношенія самовольно, вмѣсто того чтобы домогаться ихъ упорядоченія при содѣйствіи судьи. Это оскорбленіе личности истца и образуетъ основу его иска³⁾).

1. Поэтому не требуется, чтобы истецъ имѣлъ относительно вещи какое либо право; достаточно такого отношенія, въ силу котораго онъ заинтересованъ⁴⁾).

Поэтому интердиктъ принадлежит не только собственникамъ, вещно-управомоченнымъ и владѣльцамъ, но и простымъ активнымъ субъектамъ обязательствъ, если они имѣютъ владѣніе или даже, какъ арендаторъ, только обладаніе⁵⁾).

Тотъ, кто возбуждаетъ интердиктъ, долженъ доказать свою легитимацию, т. е. наличность отношенія, на которомъ основанъ его интересъ. Его противникъ не можетъ защищаться путемъ доказательства своего права на инкриминируемое дѣйствіе⁶⁾ 7). Его самоуправное дѣйствіе карается тѣмъ, что прежнее состояніе восстанавливается вновь безъ дальнѣйшаго обсужденія. Ему остается осуществленіе своего права путемъ петиторнаго процесса.

²⁾ Интердиктъ гласилъ, по l. 1 pr. D. h. t. 43, 24: quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiendi potestas est, restituas, послѣ id пропушено: si non plus quam annus est, ср. Lenel, edictum стр. 387.

³⁾ l. 1 § 1 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Hoc interdictum restitutorium est et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliantur: jubentur enim ea restituere; ср. также l. 1 § 2. D. eod. Деликтный характеръ иска подчеркивается въ l. 7 § 1, l. 14 D. eod.; въ l. 11 § 6 D. eodem искъ выводится изъ dolus'a. Позднѣйшіе юристы мало значенія придаютъ деликтному характеру интердикта. По нашему мнѣнію этимъ выпускается изъ рукъ ключъ къ его уразумѣнію.

⁴⁾ l. 11 § 14 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Idem Julianus scribit interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, competere.

⁵⁾ l. 11 § 12 D. h. t. 43, 24 . . . nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere. si tamen precario sit in possessione, videamus, ne, quia interest ipsius, qualiter qualiter possidet, jam interdicto uti possit, ergo et si conduxit multo magis: nam et colonum posse interdicto experiri in dubium non venit; ср. l. 12, l. 19, l. 13 § 4 D. eod. Интердиктъ служитъ также охранѣ чисто личныхъ интересовъ. Между прочимъ, его можетъ требовать тотъ, чья статуя поставлена въ общинѣ на публичномъ мѣстѣ, если третье лицо ее убрало, l. 11 § 1 D. h. t. 43, 24.

⁶⁾ l. 1 § 2, 3 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi an non: sive enim jus habuit sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci. Denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit obicere: «quod non jure meo receperim» et magis est, ne possit: nam adversus vim vel quod clam factum est, nulla justa exceptione se tueri potest.

⁷⁾ Такъ Stölzel, ук. соч. стр. 378, 493. Windscheid, т. 2 § 435 пр. 6 а; R. G. т. 28 стр. 169, но ср. и Zimmermann въ Archiv f. civ. Pr. т. 52 н. 20. Принципіальный противникъ—Schmidt, ук. соч.; ср. также Seuffert A. т. 48 н. 169 (oberstes L. G. für Bayern).

2. Воздѣйствіе должно касаться *земельнаго участка* ⁸⁾. Самоуправство относительно другихъ объектовъ, напр. корабля, сюда не относится ⁹⁾.

Особенное значеніе имѣютъ измѣненіе почвы, т. е. возведеніе, или разрушеніе, или перестройка зданій ¹⁰⁾, плотинъ и канавъ ¹¹⁾, удаленіе деревьевъ, вѣтокъ, виноградныхъ лозъ ¹²⁾, и даже вспахиваніе земли ¹³⁾. Нѣтъ необходимости, чтобы самая земля измѣнила свой видъ; достаточно и измѣненій *на поверхности* участка, напр. выгрузки камней или земли ¹⁴⁾, разбросанія кучи навоза ¹⁵⁾. Сюда не относятся дѣйствія, совершенныя въ видахъ обычнаго извлеченія плодовъ ¹⁶⁾.

3. Измѣненіе должно быть произведено силою — *vi* — или *тайно* — *clam*.

а) Нѣтъ необходимости въ грубой силѣ. Достаточно совершенія дѣйствія вопреки запрещенію — *Prohibition*. Запрещеніе можетъ быть выражено устно или письменно. По римскому обычаю его достаточно было выразить посредствомъ киданія камня. Это для насъ было бы непонятно и лишено значенія ¹⁷⁾.

в) За спиною заинтересованнаго лица — *clam* — дѣйствуетъ тотъ, кто ожидалъ или кто могъ ожидать его протеста, и тѣмъ не менѣе произвелъ измѣненіе безъ его явнаго и опредѣленнаго предупрежденія ¹⁸⁾.

⁸⁾ l. 1 § 4 D. h. t. 43, 24, l. 20 § 5 D. eod. Paulus libro 13 ad Sabinum: Sive in privato sive in publico opus fiat sive in loco sacro sive in religioso, interdictum competit.

⁹⁾ l. 20 § 4 D. h. t. 43, 24.

¹⁰⁾ l. 7 § 9 D. h. t. 43, 24, l. 7 § 10 eod. Ulpianus libro 71 ad edictum: proinde et si tegulas de aedificio sustulerit, magis est ut interdicto teneatur.

¹¹⁾ l. 7 § 8 D. h. t.

¹²⁾ l. 7 § 5, l. 9 pr., l. 11 § 3, l. 13 pr. §§ 4 и 7 D. h. t. 43, 24.

¹³⁾ l. 22 § 1 D. h. t. 43, 24. Однако, если этимъ улучшена пашня, то интердикту нѣтъ мѣста. l. 7 § 7 D. h. t.

¹⁴⁾ l. 15 § 2 D. h. t. 43, 24.

¹⁵⁾ l. 7 § 6 D. h. t. 43, 24. Но ср. l. 9 § 3 D. eod.

¹⁶⁾ l. 7 § 5 D. h. t. 43, 24.

¹⁷⁾ l. 1 §§ 5 сл. D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Quid sit vi factum vel clam factum, videamus. vi factum videri Quintus Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit: et mihi videtur plena esse Quinti Mucii definitio. Sed et si quis jactu vel minimi lapilli prohibitus facere perseveravit facere, hunc quoque vi fecisse videri Pedius et Pomponius scribunt, eoque jure utimur. l. 20 § 1 D. eod. Paulus libro 13 ad Sabinum... vel dicentis se prohibere vel manum opponentis lapillumve jactantis prohibendi gratia.

¹⁸⁾ l. 3 § 7 D. h. t. Ulpianus libro 71 ad edictum: Clam facere videri Cassius scribit eum, qui celavit adversarium neque ei denuntiavit, si modo timuit ejus controversiam aut debuit timere, l. 3 § 8 l. 4 D. eod.

4. Наличие владѣнія у запрещающаго не является условіемъ интердикта ¹⁹⁾.

Но слѣдуетъ ли принимать во вниманіе запрещеніе, направленное *противъ владѣльца*? Большая часть современныхъ писателей даютъ положительный отвѣтъ, но это несомнѣнно неправильно ²⁰⁾.

Въ самомъ дѣлѣ: цѣль интердикта—противодѣйствовать недозволенному самоуправству. Не слѣдуетъ вынуждать упрямствомъ того, что должно быть добыто лишь судебнымъ порядкомъ. Но тотъ, кто защищаетъ свое владѣніе противъ нарушенія, не обнаруживаетъ недозволеннаго самоуправства. Далѣе, интердиктъ этотъ имѣетъ значеніе деликтнаго иска. Но имѣются ли признаки деликта въ осуществленіи собственнаго владѣнія вопреки чьему либо противодѣйствію, въ рубкѣ деревьевъ, въ своемъ владѣніи въ сваливаніи камней, въ паханіи земли? Конечно, нѣтъ. Кто словомъ или дѣломъ мѣшаетъ владѣльцу,—тотъ совершаетъ актъ насилія, а не владѣлецъ, который не вникаетъ неправомѣрному протесту. Правда, въ источникахъ тамъ, гдѣ рѣчь идетъ объ условіяхъ интердикта, это въ такой общей формѣ не выражено.

Дѣло въ томъ, что это казалось яснымъ само собою. Но нѣтъ недостатка въ изреченіяхъ источниковъ, по которымъ запрещеніе, направленное противъ владѣльческаго состоянія, лишено силы ²¹⁾.

¹⁹⁾ l. 16 pr. D. h. t. 43, 24. Paulus libro 67 ad edictum: Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest.

²⁰⁾ Stölzel, ук. соч. стр. 415, по примѣру Franke въ Arch. f. civ. Pr. т. 22 стр. 362, объясняетъ, что i. quod vi aut clam противъ дѣйствующаго in suo не допускается. Но большинство новыхъ юристовъ высказываются противъ этого мнѣнія. Такъ Vangerow, т. 3 § 677 стр. 547, Windscheid, т. 2 § 465 пр. 18 стр. 798; Brinz, т. 1 стр. 694. Возражаютъ, что преторъ издавалъ эдиктъ: quod vi factum est, restituas, и что римскіе юристы высказывали это въ общей формѣ, напр. l. 1 § 5 D. h. t. 43, 24. Но только спрашивается, что они разумѣли подъ «vi»?

²¹⁾ Римляне безъ задней мысли исходили изъ того, что дѣйствіе предпринято in alieno, т. е. на землѣ, находящейся въ чужомъ владѣніи, напр. l. 11 § 3 D. h. t. 43, 24 si quis in vineas «meas» venerit et inde ridas abstulerit, hoc interdicto tenebitur ср. l. 15 § 1 D. eod. «in vicini projecit praedium», l. 15 § 2 D. eod. «in sepulchro alieno». Но въ l. 7 § 2 D. eod.—привед. выше § 233 пр. 18—прямо сказано «intelegendus non erit vi aut clam facere quamvis prohibeatur» «cum possessor constituitur». Затѣмъ Ulpianus libro 52 ad edictum говоритъ въ часто цитируемой l. 5 § 10 D. de o. n. n. 39, 1: Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum inmittere vel proicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione: ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. at si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis

5. Далѣе, интердиктъ не касается того случая, когда дѣйствіе совершенно самоуправно въ *состояніи крайней необходимости*, напр. домъ сосѣда разрушается самовольно въ случаѣ пожара, чтобы локализовать огонь. При этомъ предполагается, что на мѣстѣ не было представителей общественной власти, завѣдывающихъ тушеніемъ пожаровъ ²²⁾.

Наконецъ самоуправство дозволено въ крайнихъ случаяхъ, если имъ устраняются самоуправныя дѣйствія другого лица ²³⁾.

6. Запрещеніе дѣйствуетъ длительнымъ образомъ. Препятствіе, имъ поставленное, не ограничено никакимъ срокомъ. Оно не допускаетъ ремиссій. Тотъ, кому оно мѣшаетъ, можетъ возбудить искъ о признаніи за нимъ судомъ права на данное измѣненіе ²⁴⁾.

7. Искъ имѣетъ цѣлью устраненіе самовольно содѣяннаго ²⁵⁾.

Авторъ сооруженія несетъ издержки его снесенія; кто же привлеченъ только въ качествѣ владѣльца, тотъ долженъ только

uti. Должно думать, что здѣсь достаточно ясно сказано, что *int. quod vi aut clam* не имѣетъ силы противъ того, кто находится во владѣннй вещью. Въ l. 6 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 Ulpianus libro 17 ad edictum допустимость интердикта *quod vi aut clam* противъ строевія на землѣ хозяина постройка основана на томъ, что запрещающій есть владѣлецъ права, на которое онъ претендуетъ, и собственникъ такъ образ. не защищенъ своимъ владѣльческимъ состояніемъ. Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitoem. et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est; nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam. Это не стоитъ въ противорѣчій съ ранѣе приведенными мѣстами, а составляетъ ихъ дополненіе. Не такое правило подразумѣвается, будто владѣлецъ вещи вообще свободенъ отъ *int. quod vi aut clam*, но то, что никто не дѣйствуетъ *vi* или *clam*, если онъ дѣйствуетъ *vs границахъ своего владѣнія*.

²²⁾ l. 7 § 4 D. h. t. 43, 24, ср. выше § 125 прим. 12.

²³⁾ l. 7 § 3, l. 22 § 2 D. h. t. 43, 24. Ср. Stölzel, ук. соч. стр. 407; Duhn, über die exceptio quod vi aut clam въ Arch. f. civ. Pr. т. 48 н. 3. Ihering въ его Jahrbücher, т. 15 стр. 407.

²⁴⁾ По l. 3 § 5 D. h. t. 43, 24 и тотъ долженъ перестать дѣйствовать насильно— «desinere vi facere»,—который представилъ поручителей и готовъ защитить свое право. Это не можетъ имѣть безусловнаго значенія, какъ полагаютъ въ современной наукѣ. Ибо это значило бы дать возможность каждому присваивать себѣ на время чужое владѣніе при дачѣ обезпеченія. Я, напр., начинаю сваливать свои камни на участокъ сосѣда, который безспорно и свободно имъ владѣетъ. Долженъ ли онъ терпѣть это, если я представлю поручителей въ томъ, что вредъ будетъ возмѣщенъ? Это было бы неслыханнымъ дѣломъ. Это также противорѣчитъ l. 5 § 10 D. de o. novi nunt. 39, 1—выше прим. 21.—по которому только при *operis novi nuntiatio* мы того, противъ котораго направляемъ запрещеніе, разсматриваемъ какъ владѣльца. l. 3 § 5 D. cit. такимъ образомъ примѣнима въ тѣхъ особыхъ случаяхъ, въ которыхъ никто изъ спорящихъ не былъ до того владѣльцемъ вещи.

²⁵⁾ Такъ какъ здѣсь рѣчь идетъ объ искѣ изъ *dolus'a*, то интердиктъ примѣняется лишь тогда, если совершившій дѣйствіе зналъ о запрещеніи. Такъ l. 20 § 3 D. h. t. 43, 24. Paulus libro 13 ad Sabinum: Item si prohibiti heres vel is, qui ab eo emerit, ignorans causam praecedentem fecerit, dicendum esse Pomponius ait non incidere eum in interdictum. Иначе при *o. n. nuntiatio*, ср. § 233 пр. 29.

терпѣть снесеніе на счетъ истца ²⁶⁾). Авторъ, кромѣ того, долженъ возмѣстить истцу его интересъ ²⁷⁾).

Искъ погашается по истеченіи annus utilis, считая эту давность съ момента окончанія или пріостановленія самоуправно предпринятаго сооруженія ²⁸⁾).

Раздѣлъ третій.

Сервитуты.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Сущность сервитутовъ.

§ 235. Понятіе и главное подраздѣленіе сервитутовъ ¹⁾).

1. *Сервитуты—Dienstbarkeiten, повинности—суть вещныя права на чужія вещи для пользованія ими въ интересахъ определенной недвижимости или определеннаго лица.*

2. Въ силу сервитута обремененная вещь *служитъ* тою или другою своею физическою особенностью ²⁾ интересамъ управомоченнаго на сервитутъ ³⁾. Сервитутъ, такимъ образомъ, имѣетъ въ виду цѣнность вещи въ эксплуатаціи ⁴⁾, какъ залоговое право—ея мѣнговую цѣнность. Выгоды, о которыхъ идетъ рѣчь, смотря по роду сервитута, различны. Сервитутъ предоставляетъ то плоды или другіе продукты, то пользованіе, наир. путемъ ходьбы или

²⁶⁾ l. 16 § 2 D. h. t. 43, 24 Paulus libro 67 ad edictum: In summa qui vi aut clam fecit, si possidet— sc. opus—patientiam et impensam tollendi operis: qui fecit nec possidet, impensam: qui possidet nec fecit, patientiam tantum debet.

²⁷⁾ l. 15 §§ 7 сл. D. h. t. 43, 24.

²⁸⁾ l. 15 § 4 D. h. t. 43, 24.

¹⁾ Emil. Hoffmann, Die Lehre von den Servituten, т. 1, 1838, т. 2, 1843; Rud. Elvers, die römische Servitutenlehre, 1856; Oscar Schönemann, die Servituten, 1866; Kohler, Beiträge zum Servitutenrecht, Arch. f. civ. Pr., т. 87, стр. 157. Болѣе старая литература приведена у Schönemann'a: ср. также Hoffmann, Vorrede.

²⁾ Keller, Pandecten, § 163, прим. 4.

³⁾ Servitus—римское названіе какъ для сервитутовъ, такъ и для рабства. Оба «служать» (dienen) господствующему субъекту. Однако же правовая природа ихъ совершенно различна. Иначе Windscheid, т. 1 § 200, прим. 1; ср. наши болѣе раннія изданія.

⁴⁾ Право на пользованіе вещами считаютъ характернымъ признакомъ: Puchta Pandecten, § 178, и Arndts, § 175, а также Schönemann, ук. соч., стр. 28; Keller, Pand, § 163 не находятъ никакой специфической разницы между сервитутами и прочими jura in re. Определеніе Windscheid'a также не обращаетъ вниманія на право пользованія. Онъ находитъ характернымъ для сервитутовъ въ противоположность залого-

ѣзды, то просто свѣтъ или видъ, то есть право воспретить сосѣду сооруженія на его участкѣ, закрывающія видъ. Но развѣ въ такомъ правѣ воспрещенія тоже заключается право пользованія? Нерѣдко это отрицается, и въ виду этого устраняются изъ опредѣленія сервитута всякія ссылки на его матеріальное содержаніе. Но развѣ не пользуются свойствами сосѣдняго участка, если онъ доставляетъ свѣтъ или видъ? ⁵⁾

3. Интересы, на служеніе которымъ обращается обремененная вещь, при земельныхъ повинностяхъ—предіальныхъ или вещныхъ сервитутахъ—иные, нежели при личныхъ повинностяхъ—персональныхъ или личныхъ сервитутахъ.

а) *Вещные* (предіальные) *сервитуты* назначены для способствованія выгодамъ *господствующаго участка*. Отдѣльный участокъ, будучи изолированъ, часто не можетъ въ достаточной мѣрѣ быть исползуемъ. Ему нужна, напр., дорога, чтобы быть доступнымъ, вода, чтобы быть плодоноснымъ, незагражденный свѣтъ, чтобы быть обитаемымъ, или здоровымъ и приятнымъ. Въ такомъ случаѣ посредствомъ вещнаго сервитута длительнымъ образомъ восполняется ощущаемый недостатокъ.

Нерѣдко невыгода, которую сервитутъ причиняетъ служащему участку, значительно меньше выгоды, которую онъ приноситъ господствующему участку. На этомъ покоится народно-хозяйственная польза земельныхъ сервитутовъ. При такихъ условіяхъ, сосѣди легко соглашаются относительно ихъ установленія. Но, конечно, съ теченіемъ времени это можетъ измѣниться. Обремененія, которыя при прежнемъ типѣ хозяйства едва ощущались, могутъ препятствовать переходу къ другимъ формамъ хозяйства, которыя выгодны или необходимы для собственника. Въ такомъ случаѣ сервитуты являются помѣхой нормальному прогрессу и хозяйственнымъ ущербомъ. Такъ это было съ пастбищными сервитутами

вому праву то, что сервитутъ только ограничиваетъ собственника, а залоговое право уполномочиваетъ лишить его собственности. Наконецъ Elvers опредѣляетъ сервитутъ, какъ «правовое господство надъ опредѣленнымъ, фингированнымъ какъ самостоятельную вещь, свойствомъ чужой тѣлесной вещи»; причемъ онъ ссылается на I. 17 D. de except. 44, 1. Какъ, однако, невыгодно это опредѣленіе отличается отъ простаго и здраваго опредѣленія понятія у Пухты!

⁵⁾ Keller, Pandecten, § 163. Buchholtz, Versuche, 1831, стр. 157 также находитъ примѣненіе слова «пользоваться» (benutzen) къ отрицательнымъ сервитутамъ «противнымъ духу языка». Противъ этого замѣчаетъ Elvers, ук. соч., стр. 32: «пользоваться значитъ извлекать пользу; а это возможно и посредствомъ пассивнаго состоянія, благодаря которому другой не можетъ предпринять вредныхъ дѣйствій».

по древнегерманскому праву, которые, будучи едва ощутительными при принятой изстари трехпольной системѣ хозяйства, стали невыносимы вслѣдствіе необходимости перехода къ болѣе интенсивному хозяйству. Далѣе, дорожный сервитутъ для сельско-хозяйственного участка часто мало чувствителенъ; но если, вслѣдствіе роста сосѣдняго города, участокъ превратится въ мѣсто, удобное для построекъ, то такой сервитутъ можетъ становиться въ высшей степени тягостнымъ, если онъ мѣшаетъ застройкѣ участка зданиями.

b) Личные сервитуты имѣютъ цѣлью оказывать опредѣленному лицу, на время его жизни, *матеріальную поддержку*, въ особенности—предоставить ему пожизненные періодическіе доходы. Капиталь, слѣдовательно, долженъ всецѣло оставаться у собственника, но доходъ цѣликомъ или въ какой либо части—принадлежать управомоченному на сервитутъ.

Различіе между хозяйственными цѣлями вещныхъ и личныхъ сервитутовъ должно привести къ различной правовой структурѣ ихъ. Въ особенности обнаружилось, что при вещныхъ сервитутахъ дѣло идетъ о продолжительныхъ реальныхъ отношеніяхъ, а при личныхъ—о преходящихъ личныхъ отношеніяхъ.

Тѣмъ не менѣе, присутствіе въ нихъ извѣстныхъ общихъ чертъ неоспоримо. Онѣ заключаются въ томъ, что какъ личные, такъ и вещные сервитуты имѣютъ въ виду пользованіе чужими вещами въ *порядкѣ вещнаго права*. Поэтому уже римляне оба эти отношенія подводили, какъ особые виды, подъ одинъ общій институтъ сервитута ⁶⁾.

§ 236. Вещный характеръ сервитутовъ.

Пользованіе чужими вещами или происходитъ при посредствѣ личныхъ требованій, или выполняется путемъ вещныхъ правъ.

Наемъ, аренда, коммодатъ обозначаютъ только обязательственные притязанія на пользованіе нанятыми или взятыми въ ссуду ве-

⁶⁾ Въ тѣсномъ смыслѣ, подъ сервитутами римляне понимали земельныя обязанности. § 3 J. de reb. incorp. 2, 2; l. 9 § 7 in fine D. quod metus causa 4, 2. Но Marcianus, libro 3 regularum l. 1 D. de serv. 8, 1, формулируетъ болѣе широкое понятіе сервитута: servitutes aut personarum sunt, ut usus et usufructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum; см. далѣе l. 15 pr. D. eod.; l. 6, § 4 D. si serv. vind. 8, 5; l. 8 § 3 D. de lib. leg. 34, 3.—Pomponius—«personalis servitus», l. 1 § 9 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Впрочемъ одинъ разъ также и Superficies названа «servitus», а именно въ l. 86 § 4 D. de leg. I.

щами. Договоры иного рода и легаты также часто даютъ основаніе только праву требовать предоставленія пользованія ¹⁾. Такого рода сдѣлки обязываютъ лишь обѣщающаго и его наслѣдниковъ, но не третьихъ лицъ, напр. покупателя вещи, пользованіе которою было обѣщано ²⁾.

При сервитутахъ все это иначе.

1. Сервитутъ ставитъ управомоченнаго въ отношенія къ *вещи*, которая обременена. Сервитутъ можетъ, поэтому, быть осуществляемъ противъ каждаго, кто его нарушаетъ или колеблетъ; признанія сервитута можно домогаться не посредствомъ *actio in personam*, а посредствомъ *actio in rem confessoria*.

2. *Servitus in faciendo consistere nequit*—это старинная юридическая поговорка. А именно, сервитутъ обязываетъ владѣльца служащей вещи къ «терпѣнію»—*pati*—или къ «не дѣланію»—*non facere*;—но никоимъ образомъ не къ «дѣланію»—*facere* ³⁾.

Это соотвѣтствуетъ сущности вещнаго права. Вещное право ставитъ вещи непосредственно подъ господство управомоченнаго. Каждый долженъ терпѣть воздѣйствіе управомоченнаго на вещь, никто не долженъ его стѣснять. Но обязанность владѣльца вещи къ совершенію тѣхъ или иныхъ дѣйствій лежитъ внѣ рамокъ вещнаго права. Право на дѣйствія вытекаетъ не изъ господства надъ вещью, а представляется правомочіемъ относительно лица.

Поэтому, по римскому праву на собственника *служащей* вещи нельзя было даже возложить, съ силою вещнаго обремененія, хотя бы *содержаніе* ея въ *состояніи пригодности къ служенію*. Напро-

¹⁾ l. 12 D. de annuis legatis 33, 1. Paulus libro 13 responsorum: Gajus Sejus praedia diversis pagis Maeviae et Sejae legavit et ita cavit: «praestari autem volo ex praediis Potitionis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundae annua librarum singula milia»: quaero, an id legatum defuncta legataria extinctum sit. Paulus respondit: servitutum jure constitutam non videri neque in personam neque in rem; sed fideicommissi petitionem competisse et, cui praedia Lutatiana legata sunt, et ideo, cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri. Для реального сервитута недостаетъ, конечно, и сосѣдства участковъ. Ср. далѣе l. 58 § 1 D. de usu fructu 7, 1.

²⁾ Часто бываетъ сомнительно, идетъ ли рѣчь только объ обязательной обязанности или о вещномъ обремененіи; напр., владѣлецъ виллы обѣщаетъ другому не строить своей виллы выше извѣстнаго предѣла. Цѣль договора часто указываетъ на то, что рѣчь въ немъ идетъ о такъ наз. *pactum intuitu fundi initum*. Если этого нѣтъ, то надо предположить меньшее, т. е. только обязательную обязанность.

³⁾ l. 15 § 1 D. de servitutibus 8, 1. Pomponius libro 33 ad Sabinum: *Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiat aut non faciat.*

тивъ, это по необходимости составляетъ обязанность управомоченнаго на сервитутъ. Субъектъ дорожнаго сервитута, напр., долженъ содержать въ соотвѣтствующемъ состояннн дорогу, управомоченный на водопроводъ—каналъ черезъ обремененный участокъ ⁴⁾).

Одинъ только сервитутъ *oneris ferendi* составляетъ исключеніе. Содержаніе подпорной стѣны въ состояннн способности выдержать тяжесть возлагалось по старой практикѣ на собственника обязанной вещи ⁵⁾). Только путемъ дереликціи своего строенія онъ могъ избавиться отъ этой обязанности. Когда въ послѣднее время республики развивающаяся римская юриспруденція формулировала принципъ, что сервитутъ не можетъ обязывать къ совершенію дѣйствій, то, конечно, возникъ вопросъ, приложимо ли то же самое къ *servitus oneris ferendi*. Галлъ Аквилій отвѣтилъ утвердительно, но Сервій Сульпицій и Лабенъ взяли подъ свою защиту установившуюся практику ⁶⁾). Вслѣдствіе этого она сохранилась. Она и имѣла хорошія хозяйственныя основанія. Исправленіе поддерживающей стѣны собственникомъ обязаннаго, а не собственникомъ господствующаго участка—отвѣчаетъ интересамъ обѣихъ сторонъ ⁷⁾). Было бы неосновательно отказаться отъ цѣлесообразнаго

⁴⁾ l. 11 D. communia praediorum 8, 4.

⁵⁾ l. 33 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Paulus libro 5 epitomarum Alfeni digestorum: Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet, nam cum in lege aedium ita scriptum esset: «paries oneri ferendo uti nunc est, ita sit» satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti ejusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. Алфенъ обосновываетъ обязанности ремонта собственникомъ служащей вещи путемъ интерпретаціи обычной формулы установленія этого сервитута. Ибо, если въ сдѣлку включена оговорка: «стѣна должна оставаться въ томъ состояннн, въ какомъ она находится», то въ этомъ заключается требованіе, чтобы она содержалась въ прежнемъ видѣ. Принципомъ: «*servitus in faciendo consistere requit*» Алфенъ вообще не занимается. Что же касается «забавы» и «сокрытія фактическаго состава», о которыхъ говорить Pernice, Parerga, Savignyzeitschr. rom. A. т. 5, стр. 94, я этого ничего не вижу.

⁶⁾ l. 6 §§ 2 и 3 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum: Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitute imponi, ut quis facere aliquid cogeret, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitute adserit, non ad eum, cujus res servit. sed evaluit Servi sententia in proposita specie, ut possit quis defendere jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitute non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit. Haec autem actio in rem magis est, quam in personam et non alii competit, quam domino aedium et adversus dominum. sicuti caeterarum servitutium intentio, ср. l. 8 § 2 D. eod.

⁷⁾ Для собственника служащей вещи было бы въ высшей степени тягостно, если бы субъектъ сервитута имѣлъ самостоятельное право рефекціи (исправленія) и

обычая. Логика, правда, признаетъ, что *servitus oneris ferendi*, со своей, возложенной на собственника служащей вещи, обязанностью поправокъ, не выдерживаетъ въ чистотѣ вещнаго характера, а скорѣе содержитъ въ себѣ смѣшеніе съ обязательственными элементами, но логика не заставляеть насъ признавать недопустимымъ такое явленіе положительнаго права ⁸⁾.

По общему праву (*gemeines Recht*) на собственника служащей вещи *обязанность поправокъ при всѣхъ сервитутахъ можетъ быть возложена въ качествѣ составной части повинности*. Такъ какъ общему праву извѣстны и многіе другіе, обязывающіе къ *facere*, реальные земельные сервитуты, чуждые римскому праву, то и считалось всегда допустимымъ, чтобы съ сервитутомъ связывалась обязанность собственника служащаго участка къ содержанию въ цѣлости приспособленій, необходимыхъ для пользованія сервитутомъ. Эта обязанность должна быть только ясно сформулирована или установлена незапамятной давностью ⁹⁾.

Общее право знаетъ даже повинности, *главное содержаніе ко-*

долженъ былъ бы ту стѣну, которая все же, по общему правилу, опредѣлена для служащаго участка, возстановлять по односторонней мѣркѣ своихъ интересовъ. Но если управомоченному на сервитутъ отказать въ правѣ рефекціи, то, само собою, обязанность рефекціи должно возложить на собственника служащей вещи, коль скоро сервитутъ долженъ быть проченъ и исполнять свое назначеніе. На это обстоятельство обратилъ вниманіе Elvers, ук. соч., стр. 61; ср. также Karlowa: „Rechtsgeschichte“, т. 2, стр. 524.

⁸⁾ Разнообразны попытки новыхъ юристовъ объяснить эту особенность. Многіе полагаютъ, что въ случаяхъ *servitus oneris ferendi* рядомъ съ сервитутомъ существуетъ „законное обязательство къ *facere*“. Но это значитъ произвольно разобщать то, что мыслится какъ единое. Неестественъ, въ особенности взглядъ Mühlenthal'a въ *civ. Arch.*, т. 14, н. 14 и Vangerow'a, т. 1 § 342, прим. 2, что въ данномъ случаѣ имѣется примѣненіе извѣстнаго положенія сосѣдскаго права, по которому собственникъ вещи, угрожающей разрушеніемъ, долженъ или исправлять ее, или отказаться отъ нея; такъ что аномалія лежитъ будто бы лишь въ томъ, что искъ здѣсь возникаетъ изъ *lex servitutis*. Въ этомъ именно лежитъ особенность, и она не объясняется этою конструкціею. Совершенно ошибочно далѣе утвержденіе Böking'a, *Pand.*, т. 1 § 160 прим. 15, будто совершенно неправильно, что собственникъ охраняющей стѣны обязанъ *facere*, такъ какъ и *servitus oneris ferendi* требуетъ только „*pati*“, а именно „допущенія обремененія, пассивнаго несенія тяготы со стороны обремененнаго участка, слѣдовательно, и свойствъ его, въ качествѣ несущаго или поддерживающаго“. Этимъ „слѣдовательно“ дѣлается обратный скачекъ отъ *pati* къ *facere*. Ср. Windscheid, т. 1, § 211а, прим. 3. Противъ исключительности свойства *servitus o. f.* высказывается также Kohler, ук. соч. стр. 197.

⁹⁾ См. Buchka u. Budde, „*Entscheidungen des O. A. G. zu Rostock*“, т. 4, стр. 123—у Seuffert'a т. 17, н. 8,—*O. A. G. zu Berlin* у Seuffert'a т. 26, н. 108. *Герм. гр. ул.* § 1021 допускаетъ соглашеніе о томъ, чтобы собственникъ обремененнаго участка поддерживалъ сооруженія, поскольку этого требуютъ интересы управомоченнаго; если земельный сервитутъ состоитъ въ правѣ имѣть сооруженіе на сооруженіи обязанной недвижимости, то по § 1022 *герм. гр. ул.* *in dubio* собственникъ обязаннаго участка долженъ содержать свое сооруженіе, поскольку того требуетъ интересъ управомоченнаго на сервитутъ.

торыхъ состоитъ въ фазе собственника обремененной вещи, напр. въ выплатѣ ренты или періодическомъ отпускѣ лѣсного матеріала или въ оказаніи какихъ либо иныхъ услугъ. Такія повинности не являются сервитутами. Онѣ образуютъ юридическій институтъ особаго рода—Reallasten ¹⁰⁾ ¹¹⁾.

2. Невозможенъ сервитутъ относительно собственной вещи—nulli res sua servit ¹²⁾. Вслѣдствіе этого сервитутъ относительно собственной вещи считается недѣйствительнымъ. Далѣе, сервитутъ прекращается путемъ конфузій, т. е. когда управомоченный на сервитутъ приобретаетъ право собственности на служащую вещь.

Выраженіе «чужая вещь» употреблено здѣсь лишь въ отрицательномъ смыслѣ, то есть относительно вещи, которая не состоитъ въ собственности субъекта сервитута. Поэтому, если служащая вещь окажется безъ господина, напр. вслѣдствіе дереликціи, то сервитутъ сохраняется ¹³⁾ ¹⁴⁾.

§ 237. Отношеніе сервитута къ праву собственности.

Сервитутъ коллидируетъ съ правомъ собственности на служащую вещь. Въ своей сферѣ сервитутъ имѣетъ преимущество и слѣдовательно стѣсняетъ полное осуществленіе права собственности. *Сервитутъ* часто разсматриваютъ, какъ *выдѣленную со-*

¹⁰⁾ Прежде Reallasten назывались servitutes juris Germanici и разсматривались по аналогіи съ сервитутами. Теперь никто болѣе не сомнѣвается въ томъ, что Reallasten подчиняются нормамъ особаго рода. Ср. герм. гр. ул. §§ 1105 и слѣд.

¹¹⁾ Впрочемъ, римляне хорошо знали Reallasten въ области публичнаго права. Это доказалъ Pernice, Pererga, Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. т. 5, стр. 67 и сл.

¹²⁾ l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

¹³⁾ Относящимся сюда случаемъ было, по классическому праву, освобожденіе раба, на которомъ лежалъ узупруктъ, Ulpian. fragm. I § 19. Несогласное опредѣленіе Юстиніана въ l. 1 C. communia de manum. 7, 15 покоится на соображеніяхъ практическихъ. Возможна ли оккупация сервитута на безхозяйную вещь, напр., собственникъ дома, расположеннаго у морского берега, строить балконъ на море? Elvers, ук. соч. стр. 30, признаетъ сервитутъ. Я не вижу основаній это оспаривать.

¹⁴⁾ Традиціонное правило римлянъ гласитъ: servitus servitutis esse non potest. Отсюда заключали, что собственникъ не могъ бы юридически установить къ своей вещи usus или usufructus дорожнаго сервитута. l. 1 D. de usu et usufr. leg 33, 2, и что управомоченный на сервитутъ не можетъ возложить сервитутъ на свой сервитутъ, l. 33 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3; но въ концѣ концовъ ни того, ни другого, какъ это видно изъ приведенныхъ мѣстъ, строго не проводили. Дѣлали также изъ сказаннаго правила въ высшей степени сублимный выводъ, что собственникъ, даже съ согласія узупруктуарія, не можетъ установить сервитута, стѣсняющаго права послѣдняго, l. 15 § 7, l. 16 D. de usufructu 7, 1. Ср. однако Arndts § 179 пр. 5. Положеніе servitus servitutis esse non potest позднѣйшими римскими юристами, какъ видно изъ

ставную часть права собственности ¹⁾). Но рѣчь идетъ только объ ограниченіи собственности, а не объ выдѣленіи составной части ея ²⁾). Иначе потребовался бы для воссоединенія отдѣленнаго сервитута съ правомъ собственности каждый разъ особый актъ приобрѣтенія. Но это, однако, не такъ. Напротивъ, собственность консолидируется сама собою, непосредственно, коль скоро сервитутъ прекращается. Что дѣло здѣсь вовсе не въ изъятіи или перенесеніи составной части права собственности, ясно между прочимъ изъ того, что содержаніе сервитута не всегда тождественно съ тѣмъ, что теряетъ собственникъ. *Servitus altius non tollendi*, напр., препятствуетъ собственнику служащей вещи строить, но управомоченному на сервитутъ не принадлежитъ право строить на сосѣднемъ участкѣ; онъ имѣетъ лишь право воспрепятствія ³⁾ ⁴⁾).

Степень ограниченія права собственности наличностью сервитута сомнительна въ различныхъ направленіяхъ.

l. 1 D. de usu et usufr. 33. 2 и l. 33. § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3, было частью ограничено, частью обойдено. Въ общемъ правѣ оно во всякомъ случаѣ не сохранилось; ср. Adolf Schmidt въ *Bekkers Jahrbuch*, т. 3, стр. 260, пр. 27. И выводъ, который даетъ l. 15 § 7, l. 16 D. de usufr. 7, 1, поэтому болѣе не признается.

¹⁾ Такъ Büchel, *civilrechtliche Erörterungen* т. 1 н. 3 über Verpfändung der jura in re, Bachofen, *Pfandrecht*, т. 1 стр. 67; ср. Vangerow, т. 1 § 338 стр. 689—см., однако, ниже прим. 4—и Elvers, *ук. соч.* стр. 41, Windscheid, т. 1 § 200 пр. 3.

²⁾ Это проявляется при usufructъ, ср. l. 63 D. de usu fr. 7, 1, привед. выше § 81 пр. 6; Правда существовала вульгарная, вѣроятно очень древняя поговорка: *fructus portionis instar optinet*, l. 76 § 2 D. de leg. II. Но римская научная юриспруденція признала, что это положеніе не соответствуетъ истинѣ. Папиніанъ, между прочимъ, объяснял l. 33 § 1 D. de usufructu 7, 1: *usum fructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere convenit*. Paulus въ l. 4 D. de usufructu 7, 1 иначе ставитъ вопросъ: *usus fructus in multis casibus pars domini est*, и прямо отвергаетъ поговорку въ l. 25 D. de V. S. 50, 16, libro 21 ad edictum: *recte dicimus eum fundum totum nostrum esse etiam cum usus fructus alienus est quia usus fructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter*. Подобнымъ же образомъ Papinian, въ l. 66 § 6 D. de leg. II. Ср. Dernburg, *Pfandr.* т. 1 стр. 132.

³⁾ Ср. Scheurl въ *der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, т. 12 н. 7.

⁴⁾ Vangerow, т. 1 § 338 стр. 689 утверждаетъ относительно *servitutes praediorum urbanorum*, и только относительно ихъ, что они заключаютъ въ себѣ дѣйствительно, то есть по существу права, изъятія изъ права собственности права. При нихъ, и только при нихъ, имѣется уменьшеніе, а не ограниченіе права собственности; здѣсь, и только здѣсь, нужно со стороны собственника новое приобрѣтеніе, если отдѣленная составная часть собственности должна вновь соединиться съ нею. Источники ясно высказываютъ эту мысль l. 5 § 9 D. de op. nov. nunt. 39, 1. *Et belle Sextus Pedius definiit triplicem esse causam operis novi nuntiationis . . . impositiciam, cum quis postea quam jus suum deminuit, alterius auxit. hoc est postea, quam servitutem aedibus suis imposuit. contra servitutem fecit*. Но въ высшей степени рисковано, изъ невиннаго разъясненія Pedius'a, что собственникъ, установленіемъ городского сервитута, уменьшаетъ свое право, выводить юридическое правило. Оно даетъ лишь слабую опору для аксіомы, что городской сервитутъ, и только онъ, содержитъ въ себѣ отдѣленіе правомочія отъ права собственности. Взглядъ Vangerow'a не нашелъ себѣ отголоска.

1. Насколько сервитутъ мѣшаетъ собственнику при совмѣстномъ пользованіи?

Сервитутъ нерѣдко объемлетъ полное или преимущественное пользованіе служащею вещью. Узуфруктъ, между прочимъ, даетъ право на всестороннее пользованіе плодами. Пока онъ существуетъ, собственникъ не долженъ имѣть притязаній на плоды. Предіальные сервитуты, далѣе, съ опредѣленнымъ объемомъ, напр. лѣсные сервитуты на лѣсъ опредѣленнаго качества, пастбищный сервитутъ съ опредѣленнымъ количествомъ скота,—даютъ просто преимущественное передъ собственникомъ право. То же можетъ быть и при неопредѣленныхъ предіальныхъ сервитутахъ, такъ что они имѣютъ преимущественное значеніе передъ правомъ собственности въ размѣрѣ потребности господствующаго участка.

Но это не необходимо. Часто, согласно акту установленія сервитута, обычаю или совокупности обстоятельствъ, смыслъ сервитута бываетъ таковъ, что субъектъ сервитута и собственникъ служащаго участка должны пользоваться одинъ не исключая другого. Такъ, по общему правилу, бываетъ напр. въ томъ случаѣ, если сосѣду предоставлено право черпать воду изъ нашего источника. Если, поэтому, вслѣдствіе увеличенія потребности или частичнаго истощенія источника воды не хватитъ на обоихъ, то должно произойти регулированіе пользованія, признающее въ одинаковой мѣрѣ интересы обѣихъ сторонъ. То же происходитъ, по общему правилу, и при неопредѣленныхъ пастбищныхъ сервитутахъ ⁵⁾.

2. Такъ какъ собственникъ, и послѣ предоставленія кому либо сервитута, сохраняетъ всѣ совмѣстимыя съ сервитутомъ права, то онъ подчасъ имѣетъ возможность предоставлять еще и другимъ

⁵⁾ Ср. Glück, т. 10, стр. 180 и слѣд. и то, что тамъ приведено; Seuffert, Erörterung, т. 2, стр. 46 и слѣд. противъ—Vangerow, т. 1, § 340, стр. 716 и Windscheid, т. 1, § 209 пр. 13. Vangerow утверждаетъ, что если сервитутъ установленъ неопредѣленно, то это можетъ имѣть лишь тотъ смыслъ, что предоставленное право существуетъ въ такомъ объемѣ, въ какомъ оно можетъ быть установлено вообще, какъ реальный сервитутъ, то есть поскольку простирается потребность господствующаго участка; слѣд. въ случаѣ неопредѣленнаго установленія объемъ правъ, въ дѣйствительности, всетаки опредѣленъ не менѣе точно, чѣмъ если бы по этому поводу были установлены особыя договорныя или завѣщательныя распоряженія. Съ этимъ нельзя согласиться. Потребности господствующаго участка есть *maximum* объема сервитута. Но, разумѣется, объемъ можетъ быть и меньше. А имѣется ли это въ виду—это вопросъ толкованія. Такъ выходитъ по общимъ положеніямъ: и это согласуется съ источниками. Въ l. 6 C. de serv. 3, 34 Clodius a. 269 рѣшаетъ случай, въ которомъ сосѣдъ *contra statutam consuetudinis formam* притязалъ на большее количество воды, чѣмъ какой могъ лишиться служащій участокъ, и объявляетъ это недопустимымъ; вѣдь это было бы *durum et crudelitati proximum ex tuis praediis aquae agmen ortum sitientibus*

лицамъ сервитутныя правомочія,—конечно, если этимъ не нарушаются права перваго управомоченнаго на сервитутъ. Онъ можетъ, напр., дать дорожный сервитутъ, уступленный одному лицу — и другому, и третьему, или также послѣдовательно можетъ предоста- вить водный сервитутъ разнымъ лицамъ ⁶⁾.

3. Сервитутомъ надо пользоваться бережно—civiliter ⁷⁾. Управомоченный на сервитутъ не долженъ терять изъ виду интересы собственника и его хозяйство и даже терпѣть съ его стороны не- большія затрудненія ⁸⁾. Но права управомоченнаго на сервитутъ вслѣдствіе этого не должны существенно сокращаться ⁹⁾ и ясныя юридическія основанія ихъ не должны извращаться ¹⁰⁾.

agris tuis ad aliorum usum vicinorum injuria propagari. Императоръ ссылается не только на обычай, но и на общее соображеніе, которое могло вызвать обычай, и которое можетъ найти себѣ примѣненіе и при толкованіи договоровъ объ установленіи сервитутовъ. Слѣдовательно, не такъ уже непонятно, какъ думаетъ Vangerow, что противъ его мнѣнія ссылаются на это мѣсто. L. 13 § 1 D. comm. praed. 8, 4 высказы- ваетъ сродственную точку зрѣнія. Ср. герм. гр. ул. § 1019.

⁶⁾ l. 15 D. communia praediorum 8, 4 Paulus libro 1 epitomarum Alfeni: Qui per certum locum iter aut actum alicui cessisset, eum pluribus per eundem locum vel iter vel actum cedere posse verum est: quemadmodum si quis vicino suas aedes servas fecisset, nihilo minus aliis quot vellet multis eas aedes servas facere potest. l. 2 §§ 1 и 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Ср. die l. 4 D. de aqua quotidiana 43, 20, l. 19 § 2 D. comm. div. 10, 3 объ а. communi dividundo и negotiorum gestororum между нѣсколь- кими управомоченными на сервитутъ.

⁷⁾ l. 9 D. de servit. 8, 1. Celsus libro 5 Digestorum: Si cui simpliciter via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet ejus partem ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aequè commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Все это относится не только къ земельнымъ сервитутамъ, но не менѣе того и къ личнымъ. Тоже герм. гр. ул. § 1020.

⁸⁾ Существуетъ, напр., право проѣзда черезъ дворъ сосѣда. Этотъ послѣдній для охраны своей собственности, устраиваетъ ворота тамъ, гдѣ сервитутовладѣлецъ до сихъ поръ вѣзжалъ свободно и запираетъ ихъ задвижкой, такъ что субъектъ сервитута, прежде чѣмъ онъ сможетъ проѣхать, принужденъ пройти во дворъ сосѣда и тамъ, отодвигая задвижку, долженъ отворить ворота, или же ему приходится вызы- вать сосѣда для отпиранія. Можетъ ли субъектъ сервитута требовать удаленія воротъ или задвижки? Рѣшеніе зависитъ отъ того, идетъ ли рѣчь въ самомъ дѣлѣ о значитель- номъ затрудненіи въ правѣ проѣзда. Этого нельзя допустить, между прочимъ, тогда, когда приходится пользоваться проѣздомъ не постоянно, а лишь въ особыхъ слу- чаяхъ. Seuffert, A. т. 12, н. 7, т. 24, н. 14, 16.

⁹⁾ Критеріемъ тутъ служатъ мѣстные обычаи. Напр., при правѣ прогона для скота достаточно, чтобы управомоченный на такой сервитутъ прогонялъ стадо по дорогѣ такъ, какъ это обыкновенно дѣлали порядочные мѣстные поселяне; необыч- ныхъ мѣръ, съ цѣлью помѣшать скотинѣ убѣгать съ дороги, онъ не обязанъ при- нимать. Seuffert, Archiv, т. 15, н. 103.

¹⁰⁾ Управомоченнаго на сервитутъ нельзя принудить къ перенесенію сер- витута на другой участокъ собственника служащей вещи, даже если бы этимъ ему не причинялось существеннаго убытка. Ибо это было бы не видоизмѣненіемъ пользованія существующимъ сервитутомъ, но его прекращеніемъ съ учрежденіемъ новаго сервитута. Seuffert, Archiv, т. 31 п. 118. Перенесеніе на другую часть обремененнаго участка можетъ быть допустимо, герм. гр. ул. § 1023.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Предіальные, вещные или поземельные сервитуты.

I. Общія положенія.

§ 238. Понятіе и сущность предіальныхъ сервитутовъ.

Предіальные сервитуты. — Grunddienstbarkeiten, поземельные сервитуты—*суть соединенныя съ какимъ либо земельнымъ участкомъ и предназначенныя для ея пользы вещныя права на чужіе земельные участки* ¹⁾. Требуется, такимъ образомъ, наличность господствующаго и служащаго участка.

Предіальные сервитуты составляютъ достояніе лица, которое въ данное время состоитъ собственникомъ господствующаго участка. Право на нихъ принадлежитъ всякому преемнику перваго приобрѣтателя, все равно, получилъ ли онъ участокъ по универсальному, или сингулярному преемству ²⁾, или инымъ образомъ, напр. по давностному владѣнію ³⁾. Такимъ образомъ, они соединены съ участкомъ такъ, что принадлежатъ ему, какъ извѣстное свойство ⁴⁾.

Подобная юридическая конструкция отнюдь не соотвѣтствуетъ общему представленію римлянъ о правѣ. По ихъ мнѣнію индивидъ самъ создаетъ свои права и связываетъ ихъ со своею личностью

¹⁾ l. 1 § 1 D. communia praediorum 8, 4. Ulpianus libro 2 institutionum: Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt: nemo enim potest servitutem adquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium.

²⁾ l. 12. D. comm. praed. 8, 4. Paulus libro 15 ad Sabinum: Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. aedificia quoque fundis et fundi aedificiis eadem condicione serviunt. Ср. также 47—l. 49 D. de contr. empt. 18, 1.

³⁾ Ср. l. 23 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Paulus libro 15 ad Sabinum. Si fundus serviens vel is cui servitus debetur publicaretur, utroque casu durant servitutes, quia cum sua condicione quisque fundus publicaretur.

⁴⁾ l. 86 D. de V. S. 50, 16. Celsus libro 5 digestorum: Quid aliud sunt. «jura praediorum» quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo, ср. l. 12 D. quemadm. serv. am. 8, 6. Сопоставленіе юридическихъ и естественныхъ свойствъ участка остроумно, но отнюдь не можетъ мыслиться какъ ихъ отождествленіе; ср. впрочемъ Bachofen, Pfandrecht, т. I стр. 97 сл. Нѣкоторые обозначаютъ предіальные сервитуты, какъ «расширеніе собственности», для чего обыкновенно ссылаются на l. 5 § 9 D. de o. n. n. 39, 1—приведенную выше, § 237 пр. 4. Противъ этого справедливо высказывается Schönemann, ук. соч. стр. 105: право собственности на господствующій участокъ есть полное правовое господство надъ нимъ; приобрѣтеніе же предіального сервитута не есть расширеніе господства надъ этой вещью, а прибавленіе доли господства надъ другою вещью. Даже и римляне обозначали сервитуты, какъ «безтѣлесныя вещи», хотя они и присоединяются къ собственности, которая считалась чѣмъ-то «тѣлеснымъ», l. 14 D. de servit. 8, 1.

и съ личностью своихъ наслѣдниковъ. Соединеніе правъ съ какимъ либо участкомъ было прежде незнакомо римлянамъ. Напротивъ, германское право любитъ опредѣлять правовое положеніе участка разъ навсегда, при помощи такихъ правовыхъ построений, которыя не нарушаются отъ смѣны индивидовъ. Здѣсь и для земельныхъ повинностей была болѣе благоприятная почва, чѣмъ въ Римѣ.

Нѣкоторые авторы признаютъ *господствующій участокъ* прямо таки субъектомъ предѣльнаго сервитута, какъ бы юридическимъ лицомъ, и именно этимъ путемъ пытаются юридически оправдать связь сервитута съ участкомъ⁵⁾. Казалось бы, въ пользу этого мнѣнія говорить и терминологія источниковъ, согласно которой «сервитутъ принадлежитъ участку», «составляетъ должное ему»⁶⁾. Но это было бы каррикатурою юридическаго лица, и навѣрное не соотвѣтствуетъ римской конструкціи. Источники не менѣе часто, чѣмъ участку, приписываютъ сервитутъ *собственнику* господствующаго участка. И, что важнѣе, нормы права о предѣльныхъ сервитутахъ противоположны той конструкціи. Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ отмѣтить, что сервитутъ прекращается путемъ конфузій, если собственникъ господствующаго участка становится собственникомъ и служащаго участка. Будь субъектомъ права участокъ, ничто не мѣшало бы въ подобномъ случаѣ продолженію сервитута; самое большее—пришлось бы только разсматривать его какъ находящійся въ состояніи покоя, пока оба участка находятся въ однѣхъ рукахъ⁷⁾.

Участокъ есть тотъ медиумъ, къ которому приурочивается право настоящаго собственника. Разсуждая послѣдовательно, предѣльный

⁵⁾ Такъ, въ особенности: Böking, Inst. § 62d, Pand. т. 1 § 38. Но противъ зтого—новые авторы, ср. Elvers, стр. 95, Windscheid, т. 1 § 57 пр. 10.

⁶⁾ Ср. напр. l. 12 D. de serv. 8, 1 «fundo recte servitus acquiritur» l. 31 D. de serv. pr. rust. 8, 3 «fundo servitutum aquae quaesierat», l. 13 pr. D. eod. и l. 30 § 7 D. de neg. gest. 3, 5 «sententia praedio datur». Arndts, ук. соч. указываетъ на то, что встрѣчается также и выраженіе: «pecori cui adpulsus debetur», l. 1 § 18 D. de aqua cott. 43, 20 и «ager itineri aut actui servit», l. 13 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3. Римскіе юристы старались придавать своимъ мыслямъ наглядное и соотвѣтственное выраженіе. Но они не каждый свой оборотъ изоцряли до такой степени, чтобы изъ нихъ можно было бы вывести правило. Этимъ они лишили бы себя всякой свободы. Въ другихъ мѣстахъ они прямо называютъ собственника господствующаго участка управомоченнымъ на сервитутъ, напр. въ l. 17 § 3 D. de serv. pr. urb. 8, 2. «pollicetur venditor sibi servitutum deberi», далѣе въ выше (пр. 1) приведенныхъ l. 1 § 1 D. comm. praed. 8, 4 и въ l. 30 § 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2.—Выраженіе praedium serviens встрѣчается часто; напротивъ, выраженіе praedium dominans менѣе свойственно источникамъ.

⁷⁾ И герм. гр. ул. § 1018 говоритъ: участокъ можетъ быть обремененъ въ пользу *каждаго даннаго* (jeweiligen) *собственника* другаго участка.

сервитутъ не отдѣлимъ отъ господствующаго участка, и даже пользование имъ не можетъ быть переносимо. Однако же съ такимъ юридически послѣдовательнымъ заключеніемъ сталкиваются утилитарныя соображенія и потребности жизни,—и не совсѣмъ безрезультатно. По крайней мѣрѣ въ случаѣ водопроводнаго сервитута собственникъ служащей вещи можетъ предоставить субъекту сервитута право уступать и третьимъ лицамъ пользование водою⁸⁾).

Господствующій участокъ можетъ быть незастроеннымъ—*praedium rusticum*—или же представлять изъ себя строеніе—*praedium urbanum*. Сервитутъ можетъ быть установленъ и въ пользу будущаго зданія⁹⁾ ¹⁰⁾. Далѣе, по общему праву допускаются сервитуты *въ пользу, а также и въ обремененіе* самостоятельныхъ правъ угодій (*Gerechtigkeiten*), напр. горнаго промысла, равно какъ и *больше значительныхъ территориальныхъ округовъ*, напр. цѣлаго поселенія¹¹⁾.

§ 239. ДѢЛЕНІЕ ПРЕДІАЛЬНЫХЪ (ПОЗЕМЕЛЬНЫХЪ) СЕРВИТУТОВЪ.

1. Главнымъ дѣленіемъ предіальныхъ сервитутовъ у римскихъ юристовъ было дѣленіе ихъ на: сельскіе сервитуты — *servitutes*

⁸⁾ l. 44 D. locati 19, 2. Ulpianus libro 7 ad edictum: Locare servitatem nemo potest. l. 24 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est. Ср. впрочемъ l. 1 § 16 D. de aqua cottidiana 43, 20, l. 33 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3. Africanus libro 9 quaestionum: Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuius neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest. Pactum и stipulatio, о которыхъ здѣсь говорится, есть побочный договоръ, присоединенный къ водопроводному сервитуту при установленіи его и расширяющій сервитутное право. Однако большею частью договоръ о предоставленіи права черпанія воды разсматривается какъ pactum, о которомъ говоритъ юристъ. Вслѣдствіе этого Vangerow, т. 1, стр. 695 § 338 приходитъ къ заключенію, что haustus ex rivo, установленъ здѣсь посредствомъ pactum или stipulatio не какъ вещное право, а лишь какъ обязательственное право.

⁹⁾ l. 23 § 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest.

¹⁰⁾ И въ пользу могильныхъ памятниковъ могутъ быть установлены сервитуты, l. 14 § 1 D. de serv. 8, 1: l. 1 D. si serv. 8, 5.

¹¹⁾ R. G. т. 4 стр. 132, т. 7 стр. 167. Правомочіе можетъ существовать въ общихъ интересахъ членовъ общины, напр. быть такого содержанія, что паркъ долженъ быть открытъ для публики—R. G. т. 14, стр. 214—или въ интересахъ определенной категоріи членовъ общины. Если община предъявляетъ искъ и добивается судебного рѣшенія, то рѣшеніе имѣетъ силу относительно управомоченныхъ членовъ общины. Ср. выше § 61 пр. 12.

praediorum rusticorum—и городскіе сервитуты—servitutes praediorum urbanorum ¹⁾).

Къ сельскимъ сервитутамъ принадлежатъ права на дорогу—iter, actus, via,—на воду—aquaeductus,—а также на сельско-хозяйственныя угодья ²⁾; къ городскимъ—права на расположеніе построекъ господствующаго сооруженія на чужомъ участкѣ, напр. operis ferendi, и права на видъ и свѣтъ ³⁾).

Въ чемъ заключался принцивъ такого дѣленія? Руководящимъ считался характеръ господствующаго участка. Сервитуты, которые *обыкновенно* присвоены сельскимъ участкамъ, относились къ категоріи сельскихъ сервитутовъ, а тѣ, которые *обыкновенно* присвоены строеніямъ—къ категоріи городскихъ сервитутовъ ⁴⁾. Но подъ сельскими участками подразумѣвались не только участки, приспособленные для сельскаго хозяйства, но также и вообще незастроенныя мѣста, какъ напр. мѣста для выгрузки, мѣста для просушки.

Сервитуты, которые *обыкновенно* принадлежатъ строеніямъ, могутъ *въ отдѣльныхъ случаяхъ* служить сельскимъ участкамъ, напр. свободный видъ—парку, или servitus operis ferendi—винограднику. Тогда, въ каждомъ данномъ случаѣ эти сервитуты являются сельскими сервитутами ⁵⁾. И наоборотъ, часто дорожные и водопроводные сервитуты существуютъ въ пользу строенія и, въ такомъ случаѣ, они являются городскими сервитутами.

Сельскіе сервитуты осуществляются преимущественно посредствомъ *дѣятельности* субъекта сервитута—такъ, въ особенности

¹⁾ Zachariä von Lingenthal: über die Unterscheidung von servitutes rusticae und urbanae 1844; Vangerow т. 1 § 339 стр. 700; Kindervater, Eintheilung der servitutes in urbanae und rusticae въ Bekkers Jahrbuch т. 6 н. 4; Hölder въ Archiv für civ. Praxis т. 63 н. 4.

²⁾ l. 1 pr. § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3, ср. пр. § 2 J. de servit. 2, 3.

³⁾ l. 2 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

⁴⁾ Въ настоящее время это господствующій взглядъ. Его раздѣляетъ Puchta, § 183 пр. f; Böcking, Instit. § 161 пр. 12 сл. и прилож. I; Brinz, т. 1 § 189; Arndts § 184, пр. 3; въ существ. чертахъ также и Windscheid, т. 1 § 210, пр. 2. Онъ подтверждается § 1 J. de serv. 2, 3 «praediorum urbanorum sunt servitutes quae aedificiis inhaerent», ср. также § 3 J. eod. и l. 1 § 1 D. comm. praed. 8, 3. Подробности въ нашихъ болѣе раннихъ изданіяхъ.

⁵⁾ Такъ объясняется l. 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium, vel protectum habere licere. Brinz т. 1 стр. 766 полагаетъ, что здѣсь идетъ рѣчь о строеніяхъ на сельскихъ участкахъ, которыя являются только принадлежностью сельскаго имущества. Такъ какъ сельская недвижимость является здѣсь главною вещью, то, по его мнѣнію, поэтому сервитуты называются сельскими.

дорожные сервитуты, — а городскіе сервитуты осуществляются или посредствомъ *запрещенія*, или черезъ то, что *имѣется* (durch das Haben) постройка. Вслѣдствіе этого утверждаютъ, будто римляне сервитуты, сводящіеся къ запрещенію и возможности имѣть (Haben), называли городскими сервитутами, а сервитуты, открывающіе возможность извѣстныхъ дѣйствій—сельскими ⁶⁾. Но это неосновательно. Какимъ образомъ можно было придти къ подведенію подъ одно понятіе сервитутовъ, сводящихся къ воспрещенію и къ возможности имѣть (servitus habendi), и къ обозначенію ихъ общимъ названіемъ городскихъ сервитутовъ. Помимо этого, водопроводный сервитутъ предоставляетъ возможность *имѣть* (das Haben), и всетаки это—*сельскій сервитутъ*.

2. Новая доктрина на почвѣ только что затронутаго различія дѣлитъ сервитуты на положительные (affirmative) и отрицательные (negative).

Положительные сервитуты суть тѣ, которые *допускаютъ непосредственное физическое воздѣйствіе на служащій участокъ*. Сюда относятся сервитуты, которые имѣютъ своимъ содержаніемъ возможность имѣть (serv. habendi), напр. serv. operis ferendi ⁷⁾ точно также тѣ, которые управомочиваютъ на дѣйствія (serv. faciendi), напр. на прогонъ стада.

Отрицательными называются сервитуты, которые осуществляются посредствомъ *воспрещенія*—serv. prohibendi,—напр. сервитутъ, по которому сосѣдъ лишается права поднять свое зданіе.

3. Различаютъ наконецъ постоянные сервитуты—continuae и непостоянные—discontinuae.

Постоянные сервитуты, въ собственномъ смыслѣ, суть тѣ, которые обезпечиваютъ *длительное состояніе*, будь то возможность имѣть (ein Haben), или право воспрещенія. Постоянными называются также сервитуты faciendi, когда дѣйствія *допускаются во всякое время*. Въ этомъ смыслѣ постояннымъ является, напр., обычный дорожный сервитутъ, хотя физически непрерывное пользованіе имъ и невозможно ⁸⁾.

⁶⁾ Такъ и Vangerow'a, ук. соч. и до извѣстной степени у Hölder'a, ук. соч.

⁷⁾ Ср. l. 20 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2.

⁸⁾ l. 14 pr. D. de serv. 8, 1.

Непостоянные сервитуты суть тѣ, которые могутъ быть осуществляемы лишь въ известное время или при известныхъ обстоятельствахъ, напр. право свозить жатву или право на весеннюю ирригацію ⁹⁾.

§ 240. Выгода сервитута для господствующаго участка.

Съ невыгодами, которыя можетъ повлечь за собою сервитутъ, какъ-то: затрудненіе собственника въ случаяхъ необходимости измѣненія служащей вещи, опасность конфликтовъ между сосѣдами по поводу объема пользованія сервитутомъ,—право мирится только въ виду особыхъ выгодъ.

Римское право, въ особенности, предъявляло строгія требованія къ предіальнымъ сервитутамъ, чтобы оберегать по возможности высокое благо свободы собственности ¹⁾.

1. Основное условіе сервитута—*полезность* его для господствующаго участка. Сервитутъ долженъ быть «*praedio utilis*» ²⁾. Этимъ подразумѣвается, что управомоченному онъ доставляетъ выгоды при посредствѣ господствующаго участка.

Обыкновенно имѣется въ виду денежная польза, то есть увеличеніе *доходности* господствующаго участка. Но выгода сервитута можетъ состоять также и въ цѣнныхъ удобствахъ вообще, напр. въ незагражденномъ видѣ или въ фонтанѣ ³⁾. Объекты, которые могли бы быть пріятны одному или другому, но не имѣютъ значенія общепризнаннаго блага, не могутъ служить содержаніемъ предіальнаго сервитута, каково напр. право прогуливаться въ чужомъ саду, или обѣдать тамъ ⁴⁾.

⁹⁾ Право на проведеніе воды черезъ трубы есть *servitus continua*, хотя бы вода не текла постоянно. Seuffert, Archiv, т. 31 п. 14.

¹⁾ Schrader, civilistische Abhandlungen 1816, отд. 2, н. 5: Wie kam man auf die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten? Kohler, ук. соч. стр. 169.

²⁾ Ср. герм. гр. ул. § 1019: Вещный сервитутъ (*Grunddienstbarkeit*) можетъ состоять лишь въ такомъ обремененіи, которое предоставляетъ выгоду для пользованія участкомъ управомоченнаго. Свыше вытекающей отсюда мѣры, содержаніе сервитута не должно простираться. Римскіе юристы формулируютъ это менѣе абстрактно. Они требовали прежде всего сосѣдства участковъ (*Vicinitaet*) и постоянства потребности (*Perpetuitaet*). Лишь постепенно польза (*Utilitaet*) получила рѣшающее значеніе, l. 5 D. si serv. vind. 8, 5.

³⁾ l. 3, 12, 15 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 3 pr. D. de aqua cottidiana 43, 20. Pomponius libro 34 ad Sabinum: Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.

⁴⁾ l. 8 pr. D. de servit. 8, 1. Paulus libro 15 ad Plautium: Ut pomum decerpere liceat et ut spatari et ut cenare in alieno possimus servitus imponi non potest. Ср.

Далѣе то, что служить только пользѣ *лица*, а не *участка*, напр. полезно для промысла, предпринятаго на участкѣ, но не при посредствѣ участка ⁵⁾, не можетъ быть установлено въ видѣ предѣльнаго сервитута. Напротивъ, ничто не мѣшаетъ установленію такого сервитута, который, не будучи прибыльнымъ для даннаго собственника господствующаго участка, тѣмъ не менѣе объективно полезенъ для участка ⁶⁾.

Потребность служащаго участка опредѣляетъ *высшій объемъ сервитутнаго права*. Напримѣръ, сервитутъ на добываніе глины даетъ право на то, что служить производительности господствующаго имѣнія и использованію его продуктовъ въ видѣ, что ли,

Schader, civilistische Abhandlungen, отд. II н. 6. Porticus ambulatoria можно установить въ видѣ сервитута. I. 8, § 1 D. si serv. 8, 5. Гдѣ же тутъ разница? Это двѣ вещи разныя—располагать ли опредѣленнымъ мѣстомъ на чужомъ участкѣ въ видахъ исключительнаго пользованія, или гулять и обѣдать тамъ, гдѣ хозяинъ служащаго участка, его семья и прислуга пользуются тѣмъ же. Въ послѣднемъ случаѣ самая цѣнность права зависитъ отъ личныхъ отношеній. Удовольствіе отъ пребыванія въ чужомъ саду можетъ быть легко испорчено вслѣдствіе недружелюбнаго поведенія собственника, при невозможности принятія какихъ либо противъ этого мѣръ. Ср. Kohler, ук. соч. стр. 169.

⁵⁾ И R. G., т. 30, стр. 207 нашель, что вещный сервитутъ въ интересахъ предпринятаго на господствующемъ участкѣ промысла допустимъ тогда, когда участку для даннаго промысла придано постоянное устройство.

⁶⁾ I. 19 D. de serv. 8, 1. Labeo libro 4 posteriorum a Javoleno epitomatorum: Ei fundo, quem quis vendat, servitutum imponi, et si non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui—dedere—ducere non expediret. nihilominus constitui ea servitus possit: quaedam enim—debere—habere possumus, quamvis ea nobis non utilia sunt. Два толкованія главнымъ образомъ противостоятъ другъ другу: 1) многіе—между прочимъ Thibaut, civilistische Abhandlungen, н. 3 и Hering въ своихъ Jahrbücher, т. 10, стр. 553—находятъ здѣсь положеніе, что при продажѣ участка можно *удерживать ненужныя сервитуты*; возбраняется только *самостоятельное учрежденіе* ненужныхъ сервитутовъ. Въ подкрѣпленіе этого взгляда Thibaut въ видѣ примѣра приводитъ, что было бы возможно продать изъ 6 томовъ цѣльнаго труда 5, шестой остается намъ, хотя бы онъ и ничего не стоилъ. Этотъ примѣръ однако сюда не подходитъ. Въ самомъ дѣлѣ 6-й томъ можетъ быть менѣе цѣненъ, но не можетъ абсолютно ничего не стоить. И кромѣ того *удержаніе сервитута* сводится къ *установленію несуществовавшаго раньше* права, а не къ удержанію составной части права собственности. Удерживаемый сервитутъ поэтому подлежитъ общимъ началамъ сервитутнаго права. b) По другому толкованію, Лабеоу говорить о сервитутѣ, который лично для продавца, по способу пользованія его господствующимъ участкомъ не имѣетъ выгоды, но вполне можетъ быть полезенъ участку. На это указываетъ примѣръ водяной силы, которая можетъ быть очень полезна участку продавца, но не ему лично. То, что здѣсь случайно говорится объ удержаніи для себя сервитута, имѣетъ чисто практическую причину. Дѣло въ томъ, что врядъ ли придется приобрести для своего участка водный сервитутъ, который вообще даромъ получить нельзя, разъ не имѣется въ виду его использовать. За то иногда можетъ быть очень удобно выговорить таковой при продажѣ участка, когда онъ, весьма возможно, не имѣетъ большого вліянія на продажную цѣну земли. Также въ сущности смотритъ Kohler, ук. соч. стр. 308. Относительно характера изложенія у Лабеоу см. выше § 36, пр. 4. Впрочемъ къ I. 19, послѣ «et si» Mommsen замѣчаетъ: «ipsi» ins. cum Bas.

посуды для укупорки продуктов; для самостоятельной же продажи керамиковыхъ издѣлій глина не можетъ быть добываема ⁷⁾).

Предіальный сервитутъ устанавливается обыкновенно навсегда. Съ теченіемъ времени характеръ пользованія господствующимъ участкомъ и его назначеніе мѣняются. Если при этомъ уменьшается его потребность, то уменьшается и объемъ сервитута. Но, что происходитъ, если его потребность возрастетъ? Это по необходимости не оказываетъ никакого вліянія, если сервитутъ имѣетъ опредѣленный объемъ, напр., если существуетъ право на пастбище, съ опредѣленнымъ количествомъ головъ скота. Если же такого ограниченія нѣтъ, то по одному мнѣнію, въ случаѣ недоразумѣній, постоянной нормой ⁸⁾ сервитута служить потребность во время *установленія* его. По другому мнѣнію сервитутъ неопредѣленнаго объема долженъ эластически приравниваться къ *потребностямъ каждаго даннаго времени*. *Истина лежитъ въ серединѣ*. Такъ какъ измѣнчивость въ способѣ пользованія естественна и могла быть предвидѣна, то нельзя исходить изъ предположенія, что тотъ status quo, который существовалъ при учрежденіи сервитута, долженъ во всякое время служить мѣриломъ объема сервитута; мало того, служащая вещь должна подчиняться усиленнымъ потребностямъ, коль скоро условія времени и хозяйство вызываютъ измѣненіе способа пользованія господствующимъ участкомъ, напр. болѣе интенсивную культуру ⁹⁾. Напротивъ нельзя возлагать на обремененный участокъ сильное отягощеніе повинности ¹⁰⁾, вызванное необычными измѣненіями въ господствующемъ участкѣ. Никкимъ образомъ сервитутъ не долженъ служить, въ случаяхъ произвольнаго увеличенія господствующей вещи ¹¹⁾, присоединеннымъ къ ней участкамъ.

2. По древне-римскому праву сервитутъ требовалъ *соспдства участковъ*, *praedia vicina*, то есть участки должны были быть смежными.

⁷⁾ l. 5 § 1, l. 6 pr. § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

⁸⁾ Это мнѣніе раздѣляетъ Ihering въ своемъ: *Rechtsgutachten in Sachen Stadt Bern contra Centralbahn Basel*, 1877, стр. 10. Онъ утверждаетъ, что мѣрой вполнѣ неопредѣленнаго «пастбищнаго сервитута» должно на все время служить количество коровъ, которое управомоченный могъ бы держать при тогдашнемъ состояніи сельскаго хозяйства. Доказываніе вѣроятно будетъ затруднительнымъ, если сервитутъ ведетъ свое начало съ давняго времени.

⁹⁾ *Потребность даннаго времени* (Zeitige Bedürfniss), а не потребность времени установленія, признается мѣриломъ въ l. 5 § 1 i. f. D. de serv. paed. rust. 8, 3.

¹⁰⁾ Ср. R. G. т. 1, стр. 331. Отягощеніе дорожнаго сервитута, происшедшее отъ преобразованія господствующаго участка изъ лѣсной дачи въ полевое хозяйство, собственникъ служащаго участка, по общему правилу, долженъ терпѣть; но отягощеніе вслѣдствіе открытія на господствующемъ участкѣ каменоломни или фабрики—нѣтъ.

¹¹⁾ l. 24, l. 29 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

Позднѣе для городскихъ сервитутовъ стали довольствоваться наличностью пользы (*utilitas*)¹²⁾. То же самое имѣетъ значеніе при сервитутахъ и по общему праву. Такимъ образомъ, участки по своему положенію должны дѣлать возможной полезность сервитута, но въ сосѣдствѣ участковъ нѣтъ необходимости. Возможенъ напр., въ пользу участка, подверженнаго опасности наводненія, сервитуть, состоящій въ томъ, чтобы участки, расположенные на много миль выше, принимали и отводили разлившуюся рѣчную воду¹³⁾.

3. Наконецъ, предіальный сервитуть по древне-римскому представленію долженъ былъ содержать въ себѣ *гарантію своего постоянства*. Поэтому первоначально не допускалось при установленіи сервитутовъ включенія ни сроковъ, ни условій. Въ началѣ императорскаго періода такія оговорки получили силу¹⁴⁾.

¹²⁾ Въ древне-римскомъ требованіи, чтобы участки были *vicina*, то есть чтобы они непосредственно соприкасались другъ съ другомъ заключалось чрезвычайное ограниченіе сервитутовъ. Лишь мало по малу и лишь частично достигли того, чтобы не обращать на это вниманія и довольствоваться тѣмъ, чтобы служащій участокъ могъ приносить пользу господствующему. Для сельскихъ сервитутовъ требованіе дѣйствительнаго сосѣдства держалось долго, l. 7, § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Paulus libro 21 ad edictum. In rusticis autem praediis impedit servitute medium praedium, quod non servit. Этому рѣшительно не противорѣчить, какъ думаетъ Elvers, стр. 172,— l. 23 § 3 D. eod.; ибо, конечно, безразлично *jure* ли, или *patientia*, т. е. по преторскому ли праву учрежденъ сервитуть на промежуточный участокъ. Ср. впрочемъ также l. 14 § 2 D. de serv. 8, 1. При городскихъ сервитутахъ, между прочимъ при сервитутахъ «на видъ» (*Aussichtsgerechtigkeit*), не требовалась смежность и довольствовались *utilitas servitutis*, какъ это выдвигаетъ опять-таки тотъ же Павелъ въ l. 5 D. si serv. vind. 8, 5. Ср. l. 4 § 8. l. 6 pr. D. eod., l. 1, l. 38 l. 39 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Съ этимъ согласуется и выраженіе Павла въ l. 8 pr. D. de o. novi nunt. 39, 1: «et servitutes quaedam intervenientibus mediis locis vel publicis vel privatis esse possunt: то же Ulpianus libro 28 ad Sañinum l. 6 pr. D. comm. praed. 8, 4: Si quis quas aedes habeat et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae quae non traduntur servae sint his quae traduntur, vel contra ut traditae retentis aedibus serviant: parvi que refert, vicinae sint ambae aedes an non. idem erit et in praediis rusticis: nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere tradendo. Сопоставленіе *serv. praed. rust.* съ городскими сервитутами касается допустимости резерваціи, а не игнорированія условія сосѣдства «*aedes*». Только для домовъ достаточно «пользы» вмѣсто «сосѣдства». Ihering, въ своихъ *Jahrbücher*, т. 10 стр. 533 хотѣлъ бы при удерживаемомъ для себя сервитутѣ игнорировать и «сосѣдство» и «пользу». Но не это имѣетъ въ виду l. 6 pr. D. cit. Ср. Pernice Labeo, т. 3 стр. 110. Новые авторы большею частью прямо отождествляютъ «сосѣдство» съ «пользою», ср. Elvers § 18, Vangerow, т. 1, § 340 пр. 2, Windscheid, т. 1 § 209. Противъ этого возражаетъ въ особенности Kohler, ук. соч. стр. 183, который и для герм. гр. ул. придерживается условія «сосѣдства».

¹³⁾ Утрата «сосѣдства» въ этомъ смыслѣ (? ред.) хотя и мѣшаетъ осуществленію сервитута, но не обуславливаетъ еще его прекращенія, l. 13 D. quemadm. s. a. 8, 6. R. G. т. 26 стр. 167 (Прим. редактора. Въ виду неясности примѣчанія приводимъ l. 13 D. cit. Si quis ex fundo, cui viam vicinus deberet, vendidisset locum proximum servienti fundo non imposita servitute et intra legitimum tempus, quo servitutes pereunt, rursus eum locum adquisisset, habiturus est servitute, quam vicinus debuisset).

¹⁴⁾ l. 4 pr. D. de serv. 8, 1 ср. Schader, *Abhandlungen* стр. 324.

Кромѣ этого требовали еще *causa perpetua*¹⁵⁾, то есть пользу сервитута должны гарантировать естественныя свойства служащаго участка¹⁶⁾. Между прочимъ водопроводные и другіе водные сервитуты, вслѣдствіе которыхъ измѣняются водохранилища, могутъ касаться лишь живыхъ источниковъ, а не прудовъ, образуемыхъ инымъ способомъ, или, еще менѣе, цистернъ. Но требованіе *causa perpetua* никогда не проводилось вполне послѣдовательно¹⁷⁾.

§ 241. Недѣлимость предѣльныхъ (поземельныхъ или вещныхъ) сервитутовъ¹⁾.

Предѣльные сервитуты *недѣлимы*, то есть они не могутъ быть соединены съ идеальной только долей господствующаго участка и не могутъ обременять идеальную только долю обязаннаго участка.

1. Древняя римская юридическая поговорка гласитъ, что сервитуты не могутъ быть ни *приобрѣтаемы* частично, ни *возлагаемы* частично²⁾. Такимъ образомъ всѣ сособственники господствующаго и всѣ сособственники служащаго участка должны вмѣстѣ участвовать въ установленіи сервитута. Первоначально требовался для этого одновременный актъ сособственниковъ. По позднѣйшему праву стало достаточнымъ, чтобы они, хотя и разновременно, изъявили

¹⁵⁾ Schrader, Abhandlungen, стр. 307. Perozzi *perpetua causa nelle servitu prediali romane* въ *rivista italiana per le scienze giuridiche*, т. 14, стр. 175 отвергаетъ рекузиту *causa perpetua* для римскаго права, ср. объ этомъ Max Weber въ *Savignyzeitschrift rom. A.* т. 14, стр. 290.

¹⁶⁾ l. 28 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum: Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquae veniat—neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit, — at quod ex caelo cadit, et si non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest: stillicidii quoque immitendi naturalis et perpetua causa esse debet. Ср. Kohler, ук. соч. стр. 192.

¹⁷⁾ l. 1 § 5, 7, 8 D. de aqua cottidiana 43, 20, ср. далѣе l. 23 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3, l. 1 § 4 D. de fonte 43, 22. См. однако также l. 9 D. de serv. pr. rust. 8, 3. l. 2 D. communia praediorum 8, 4.

¹⁾ Schrader, Abhandlungen, стр. 284. Тамъ приведена какъ хорошая диссертация: Uhland praes. Gmelin diss. de servitutum natura dividua et individua. Tubing. 1810; болѣе пространная диссертация Heinzelmann'a, die Untheilbarkeit der Servituten—1852. заглавіе безъ обозначенія года; ср. Kuntze въ *Heidelberger krit. Zeitschrift*, т. 1, стр. 546. см. также Steinlechner. Wesen der juris communio I §§ 15—17, II § 36, David, Untheilbarkeit. d. serv. Inauguraldiss. Thübingen 1888; G. Rümelin, Theilung der Rechte, стр. 25 и въ Iherings Jahrb. т. 28, стр. 424.

²⁾ l. 32 D. de serv. pr. rust. 8, 3 dici solet «per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse». Въ l. 11 D. de serv. 8, 1 поговорка выражена такъ: «pro parte domini servitutum adquiri non posse».

свое согласіе; послѣдній актъ укрѣпляетъ предшествующіе; ³⁾ въ промежуточное время сособственники служащей вещи, которые согласились на сервитутъ, не могутъ противиться его осуществленію ⁴⁾).

2. Существующаго сервитута не касаются событія въ лицѣ *отдѣльнаго сособственника* господствующей или служащей вещи— *servitus per partes retinetur*. Поэтому сервитутъ сохраняется цѣликомъ въ случаѣ, если какой либо соучастникъ въ общей собственности господствующаго участка станетъ собственникомъ служащаго, или одинъ изъ соучастниковъ служащаго—собственникомъ господствующаго участка ⁵⁾).

Недопустимо ограниченіе сервитута только *идеальною частью*; но ничто не мѣшаетъ ограниченію *реальною частью* господствующаго или же служащаго участка ⁶⁾).

Въ случаѣ *раздѣла* господствующаго участка *въ натурѣ*, каждая отдѣленная часть его имѣетъ право на сервитутъ ⁷⁾. Если же сервитутъ установленъ въ виду извѣстныхъ особенностей господствующаго участка, то онъ можетъ принадлежать только той части, которая обладаетъ этой особенностью ⁸⁾. Если сервитутъ

³⁾ l. 18 D. communia praediorum 8. 4. Paulus libro 1 manualium. Здѣсь еще придерживаются правила: si is qui primus cessit vel defunctus sit vel alio genere vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil agetur. И отказъ предѣльнаго сервитута, установленный разными соучастниками въ общей собственности считается недействительнымъ, если наслѣдства послѣ каждаго сособственника открываются въ разное время, а слѣдовательно, и приобрѣтеніе отказа совершается въ разные сроки; ср. Schrader ук. соч. Это переживанія древне-римскаго правосознанія.

⁴⁾ l. 11 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Celsus libro 27 digestorum: Per fundum, qui plurium est jus mihi esse eundi agendi potest separatim cedi, ergo suptili ratione non aliter meum fiet jus, quam si omnes cedant et novissima demum sessione superiores omnes confirmabuntur: benignius tamen dicetur et antequam novissima cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse.

⁵⁾ l. 8 § 1 D. de serv. 8, 1. Paulus libro 15 ad Plautium: Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterat. l. 30 § 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Ср. герм. гр. ул. § 1009.

⁶⁾ l. 6 D. de servit. 8, 1. Paulus libro 21 ad edictum: Ad certam partem fundi servitus tam remitti quam constitui potest, l. 6 § 1 D. comm. praediorum 8; 4. R. G. т. 14 стр. 24. По древнѣйшему праву и ограниченіе сервитута реальною частью вещи было недопустимо. Ср. Schrader, ук. соч.

⁷⁾ l. 6 § 1 D. quemadmodum servit. amittuntur 8, 6. Celsus libro 5 digestorum . . . Celsus respondit: si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutum attinet, quae ei fundo debebatur, perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit. Ср. Steinlechner, ук. соч. т. 1, стр. 59, пр. 1, стр. 60, пр. 1 и то, что тамъ приведено. Герм. гр. ул. § 1025.

⁸⁾ Напр. въ случаѣ сервитута лѣтняго выгона для пастбы отдѣленная часть господствующаго участка участвуетъ въ немъ только тогда, если она своими кормовыми средствами можетъ содержать въ теченіе зимы по крайней мѣрѣ *одну* скотину. Ибо способность прокормленія въ теченіе зимы является условіемъ пастбищнаго сервитута.

соединенъ съ опредѣленной частью участка, напр. съ крестьянскимъ дворомъ, находящимся въ какомъ либо имѣніи, то онъ остается за этою частью цѣликомъ и въ случаѣ дробленія имѣнія⁹⁾.

Если сервитутъ ограниченъ *извѣстною мѣрою*, то послѣ раздѣленія господствующаго участка каждая отдѣльная часть сохраняетъ соответствующую ей величинѣ долю сервитута. Такъ будетъ напр. при пастбищномъ сервитутѣ съ опредѣленнымъ количествомъ головъ скота¹⁰⁾. Напротивъ, если сервитутъ, былъ *безъ мѣры*, какъ напр. дорожный сервитутъ, то собственники каждой отдѣльной части имѣютъ всѣ одинаково полное право. Если же вслѣдствіе этого положеніе обремененнаго участка крайне ухудшилось бы, то и въ случаѣ неопредѣленнаго мѣрою сервитута должна произойти соответственная разверстка относительно осуществленія сервитута. Въ случаѣ дробленія служащаго участка сервитутъ ложится на каждую отдѣленную часть. Но если сервитутъ лежалъ на опредѣленной части участка, то въ случаѣ распадения служащаго участка на части прочія части его становятся свободными¹¹⁾. Недѣлимость сервитута не мѣшаетъ тому, чтобы по договору, или вслѣдствіе давности, онъ былъ ограниченъ *опредѣленною частью участка*¹²⁾.

II. Отдѣльные виды предіальныхъ (поземельныхъ или вещныхъ) сервитутовъ.

§ 242. Сельскіе сервитуты. Дорожные сервитуты.

I. По общему (пандектному) праву можно установить любого рода вещный сервитутъ, лишь бы были налицо его общія условія. Не приходится уже ограничиваться отдѣльными типами римскихъ сервитутовъ¹⁾. То же самое и по герм. гр. ул. Поэтому

⁹⁾ Ср. по этому поводу герм. гр. ул. § 1025, фраза 2: Если сервитутъ служить только пользѣ одной изъ частей участка, то онъ уничтожается относительно остальныхъ частей.

¹⁰⁾ l. 25 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Pomponius libro 34 ad Sabinum: Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aquae ductus jus, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur: neque ibi aut bonitatis agri aut usus ejus aquae ratio habenda est ita, ut eam solam partem fundi, quae pretiosissima sit aut maxime usum ejus aquae desideret, jus ejus ducendae sequatur, sed pro modo agri detenti aut alienati fiat ejus aquae divisio.

¹¹⁾ l. 6 § 1a D. quemadmodum serv. am. 8, 6. Также и герм. гр. ул. § 1026.

¹²⁾ R. G. Bd. 14 S. 211. l. 6 § 1 D. q. serv. am. 8, 6. Ср. также герм. гр. ул. § 1023.

¹⁾ Tit. Dig. de serv. pr. rust. 8, 3. Римляне признавали лишь извѣстные типы сервитутовъ. Каждый новый видъ долженъ былъ завоевывать ихъ правовое признаніе.

содержаніе сервитутовъ опредѣляется главнымъ образомъ соглашеніемъ сторонъ, если же они коренятся въ давностномъ владѣніи, то—способомъ осуществленія ихъ въ теченіи давностнаго срока ²⁾. Далѣе, слѣдуетъ обратить вниманіе на мѣстный обычай. И лишь послѣ этого, въ случаѣ неимѣнія подлежащихъ нормъ, римскія рѣшенія о содержаніи отдѣльных видовъ сервитутовъ являются руководящими.

II. И безъ особаго соглашенія признаются также и всѣ такія правомочія, безъ которыхъ сервитуть не можетъ быть осуществляемъ цѣлесообразно—т. наз. *adminicula servitutis*.

III. Главное мѣсто по древности и всеобщей важности занимаютъ дорожные сервитуты ³⁾. Римляне знали три вида ихъ ⁴⁾.

1. *Iter*—проходъ и проѣздъ, право проходить, проѣзжать верхомъ ⁵⁾, слѣдовать въ носилкахъ. Такимъ образомъ право рассчитано на передвиженіе лицъ, а не на перевозку вещей.

2. *Actus*—право прогонять черезъ служащій участокъ скотъ, даже не на привязи. Правомочіе проходить по своему усмотрѣнію обыкновенно здѣсь подразумевается. *Actus* можетъ быть однако ограниченъ такъ, что ходить можно лишь въ видахъ прогона скота ⁶⁾. И право ѣзды считается входящимъ въ *actus*, но оно можетъ быть исключено.

3. Наконецъ *via* означаетъ право ѣздить. Оно обыкновенно содержитъ въ себѣ и право прогонять скотъ, и право прохода.

Иного мнѣнія держится Elwers, ук. соч. стр. 134, но въ разрѣзъ съ общимъ направленіемъ источниковъ. Модификація отдѣльных видовъ по частному усмотрѣнію допускалась, l. 4 §§ 1 и 2 D. de serv. 8, 1.

²⁾ Отсюда поговорка: *tantum praescriptum, quantum possessum*, R. G. т. 1, стр. 335.

³⁾ Ср. Puchta, über die Wegservituten des römischen Rechts, въ *kleine Schriften*, н. 4; Elwers, ук. соч. стр. 385.

⁴⁾ l. 1 pr. D. de serv. praed. rust. 8, 3. Ulpianus, libro 2 institutionum: *Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter, actus, via, aquae ductus, iter est jus eundi ambulandi homini, non etiam jumentum agendi, actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine jumento, via est jus eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet.*

⁵⁾ l. 7, l. 12 D. h. t. 8, 3 по римскому обычаю. Итальянецъ и теперь не за ходьбу. Иностранецъ идетъ пѣшкомъ, итальянецъ—ѣдетъ на конѣ или въ экипажѣ.

⁶⁾ Существуетъ разногласіе по вопросу, возможенъ ли *actus «sine itinere»*. Ulpianus libro 17 ad edictum l. 4 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 высказывается за это: *Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur*. Другого мнѣнія повидимому держится Paulus libro 3 ad Sabinum l. 1 D. de adimendis legatis 34, 4: *Qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia numquam actus sine itinere esse potest*. Paulus думаетъ объ отнятіи права прохода «вообще»,—этого при *actus* невозможно сдѣлать, Ulpian же—объ отнятіи права ходить «по своему благоусмотрѣнію». Все же мнѣнія очень подѣлились. О различныхъ попыткахъ разъясненія вопроса см. у Van-gerow'a, т. 1 § 341 стр. 718.

Обыкновенная ширина *via*—8 футовъ и на заворотахъ 16 футовъ (*in anfractum*). Дорога, однако, можетъ быть и шире и уже, лишь бы она была достаточно широка для ѣзды. Допускается волочить камни и балки, а также носить жерди, не задѣвая, однако, плодовъ ⁷⁾.

Многіе изъ новыхъ авторовъ утверждаютъ, что *via* означаетъ *устроенную* дорогу ⁸⁾. Это не соответствуетъ источникамъ. *Actus* и *via* разнятся главнымъ образомъ въ томъ, что въ первомъ можетъ не быть права проѣзда, а во второмъ—права прогона скота. Но въ своей обычной формѣ они чрезвычайно близки другъ другу.

Въ Германіи извѣстны сервитуты прохода (*Fusssteig*); прогона скота (*Viehtrift*), проѣзда (*Fahrweg*) и къ нимъ примѣняютъ соответственную римскую теорію. Но *Fusssteig* не даетъ права проѣзда верхомъ; *Viehtrift*, т. е. право прогонять скотъ безъ привязи, не даетъ права на ѣзду; *Fahrweg* не управомочиваетъ на прогонъ скота ⁹⁾.

Дорога (*Wegzug*) бываетъ или обозначенною (*determinirt*), или неизмѣнчивою (*undeterminirt*). Если она не опредѣлена, то каждая изъ сторонъ можетъ домогаться ея опредѣленія. Обозначеніе дороги предоставляется прежде всего управомоченному на дорожный сервитутъ, но съ тѣмъ, чтобы онъ щадилъ интересы служащей вещи ¹⁰⁾. Если онъ отказывается отъ обозначенія дороги, или дѣлаетъ это несоответствующимъ образомъ, то оно возлагается на судью ¹¹⁾.

Если дорога окончательно опредѣлена, то остальные части

⁷⁾ Относительно *via* ср. l. 8, l. 13 §§ 2, 3, l. 23 pr. D. h. t. 8, 3; l. 6 § 1 d. D. quem admodum serv. am. 8, 6, l. 7 D. h. t. 8, 3. О «*hastam rectam ferre*» см. Clück t. 10 стр. 162, Vangerow т. 1 § 341 стр. 720.

⁸⁾ Такъ впервые писалъ Puchta, *kleine civ. Schriften*, стр. 125, затѣмъ Elvers, стр. 396, Brinz. т. 1, стр. 769, Karlowa, *Rechtsgeschichte*, т. 2 стр. 498; ср. Windscheid, т. 1 § 211. Мнѣніе Пухты не имѣетъ никакой поддержки въ источникахъ, особенно въ приведенной для этой цѣли l. 9 D. de serv. 8, 1. Оно даже противорѣчитъ источникамъ. Неправильность его мнѣнія ясна по l. 6 § 1 D. q. s. a. 8, 6. *Celsus libro 5 Digestorum: Ceterum si ita constitutum est jus viae, ut per quam libet partem fundi ire agere liceat, idque vel subinde mutare nihil prohibet atque ita divisus est fundus: si per quamlibet ejus partem aequae ire atque agi possit. tunc perinde observabimus atque si ab initio duobus fundis duae servitutes injunctae fuissent, ut altera retineri, altera non utendo possit deperire.* *Celsus* разсматриваетъ въ этомъ мѣстѣ вліяніе реального раздѣленія служащаго участка на сервитутъ. При этомъ онъ исходитъ изъ того, что *via*, какъ это бываетъ и при другихъ дорожныхъ сервитутахъ, одинаково можетъ заключать въ себѣ и неопредѣленный дорожный сервитутъ и опредѣленный. А это несовмѣстимо съ понятіемъ «устроенной дороги».

⁹⁾ Sommer въ *Arch. f. civ. Praxis*, т. 3, п. 20.

¹⁰⁾ l. 9 D. de serv., 8, 1. *Celsus libro 5 Digestorum. L. 26 D. de serv. pr. t. 8, 3*, согласно которому наследникъ, т. е. собственникъ служащаго участка долженъ опредѣлять дорогу, если отказавъ дорожный сервитутъ, относится къ *legat. per. damnat.*

¹¹⁾ l. 13 § 3 D. h. t. 8, 3.

обремененнаго участка свободны отъ сервитута ¹²⁾. Онѣ не обязаны служить, если опредѣленная дорога вполнѣ отпадаетъ, напр. вслѣдствіе подмыва рѣкою или вслѣдствіе разрушенія.

Дорога можетъ окончательно установиться вслѣдствіе постояннаго пользованія ¹³⁾.

Субъектъ дорожнаго сервитута управомоченъ на устройство дороги и на принятіе на служащемъ участкѣ мѣръ, необходимыхъ для дороги ¹⁴⁾ ¹⁵⁾.

§ 243. Другіе сельскіе сервитуты.

1. Водопроводный сервитутъ—*s. aquaeductus* ¹⁾—имѣетъ своимъ содержаніемъ проведеніе воды изъ чужого участка ²⁾ или черезъ него. Онъ какъ бы предоставляетъ дорогу для воды ³⁾.

Проведеніе воды предоставляется или постоянно, или только по временамъ, напр. въ лѣтнее время—*aqua aestiva* ⁴⁾,— либо на время весенняго орошенія, либо въ опредѣленные дни, или часы, либо съ инымъ ограниченіемъ ⁵⁾.

Проводка происходитъ или по трубамъ, или по открытымъ канавамъ. Выкладка канавы камнемъ должна быть особо обусловлена, иначе она не допускается ⁶⁾. Превращеніе открытыхъ канавъ въ закрытыя по общему правилу допускается, не смотря на то, что этимъ у собственника служащаго участка отнимается возможность пользованія водой, но на таковое онъ не имѣетъ права ⁷⁾.

¹²⁾ l. 13 § 1 D. h. t. 8, 3. Javolenus libro 10 ex Cassio: Si totus ager itinere aut actui servit, dominus in eo agro nihil jacere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit. caeterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet.

¹³⁾ R. G. т. 2 стр. 159.

¹⁴⁾ l. 10 D. de serv. 8, 1, l. 4 § 5 D. si servit. vind. 8, 5.

¹⁵⁾ Къ дорожнымъ сервитутамъ принадлежитъ упомянутый въ l. 23 § 1 D. d. s. pr. rust. 8, 3 сервитутъ судоходства по частнымъ водамъ.

¹⁾ l. 1 pr. D. de serv. pr. rust. 8, 3. Ср. Keller, Pandecten, § 166 и цитированныя тамъ диссертации.

²⁾ l. 4 D. de aqua cottid. 43, 20. Сюда относится также такъ называемый «Verkauf einer Quelle» (продажа источника), Regelsberger, т. 1 стр. 432.

³⁾ l. 15 D. h. t. 8, 3, l. 8 D. de aqua cottid. 43, 20 «iter aquae».

⁴⁾ Ср. l. 1 §§ 2 и 3, l. 5 pr. D. de aqua cottidiana, 43, 20.

⁵⁾ Проведеніе воды можетъ быть индетерминированнымъ, l. 21 D. de serv. pr. r. 8, 3. Относительно детерминаціи примѣнимы по аналогіи положенія, дѣйствующія для дорожныхъ сервитутовъ. Ср. l. 8 J. de aqua cottid. 43, 20.

⁶⁾ l. 17 § 1 D. de aqua et aquae a. 39, 3; ср. также l. 1 § 10, l. 3 § 1 D. de rivis 43, 21.

⁷⁾ l. 2 D. de rivis 43, 21. Paulus libro 66 ad edictum: Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus vel

Право черпать воду—*s. aquaehaustus*—также можетъ быть предіальнымъ сервитутомъ. Долгое время это было спорно у римлянъ, потому что необходимы приспособленія для черпанія, т. е. видимому нѣтъ *causa perpetua* ⁸⁾. Само собою разумѣется, что сервитутъ черпанія воды заключаетъ въ себѣ право доступа къ водѣ ⁹⁾, а равнымъ образомъ право устройства необходимыхъ для черпанія воды приспособленій.

Подобнымъ же образомъ сервитутъ водопоя — *jus pecoris ad aquam appulsus* — заключаетъ въ себѣ право прогона скота, поскольку это потребно для осуществленія водопоя ¹⁰⁾.

2. Сельскіе сервитуты, которые содержатъ въ себѣ претензіи на площадь сосѣдняго участка, таковы: право расположить на немъ шалашъ ¹¹⁾ или конюшню или право складывать камни или иные матеріалы ¹²⁾. Существуетъ право храненія плодовъ съ нашего участка въ амбарѣ сосѣда ¹³⁾, давить нашъ виноградъ въ его давилнѣ.

3. Права на взятіе нѣкоторыхъ продуктовъ изъ сосѣдняго участка, какъ-то: право на лѣсъ, пастбище ¹⁴⁾, камни, кирпичи ¹⁵⁾, признаны предіальными сервитутами вѣроятно лишь въ императорскій періодъ.

Сервитуты этого рода, между прочимъ лѣсные и пастбищные, мало были развиты въ римскомъ правѣ. Ихъ въ особенности затрудняло строгое соблюденіе требованія сосѣдства ¹⁶⁾.

Въ Германіи лѣсные и пастбищные сервитуты широко развились. Они излагаются въ германскомъ частномъ правѣ. Тамъ же указывается, что эти сервитуты въ новѣйшее время были неоднократно отмѣнены, какъ вредные для культуры.

hauriendi aquam: quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione quam ex jure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset; ср. l. 3 пр. D. eod.

⁸⁾ l. 2 D. comm. praediorum 8, 4, l. 4, l. 20 § 3 D. de serv. pr. rust. 8, 3, l. 4 § 6 D. si serv. vind. 8, 5.

⁹⁾ l. 3 § 3 D. de serv. pr. rust. 8, 3, l. 10 D. de serv. praed. urb. 8, 2.

¹⁰⁾ Ср. еще l. 1 § 18 D. de aqua cott. 43, 20 и Keller ук. соч. § 166 въ концѣ.

¹¹⁾ l. 6 § 1 in fine D. de serv. pr. rust. 8, 3.

¹²⁾ l. 3 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

¹³⁾ l. 3 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

¹⁴⁾ l. 4 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

¹⁵⁾ l. 1 § 1, l. 5 § 1, l. 6 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

¹⁶⁾ l. 5 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Владѣльцы земель тамъ, гдѣ не было общественныхъ пастбищъ, подчасъ помогали себѣ тѣмъ, что покупали общій пастбищный участокъ, l. 20 § 1 D. si serv. vind. 8, 5

§ 244. Городскіе или домовые сервитуты (Gebaudeservituten) ¹⁾.

Домовые (городскіе) сервитуты съ господствующимъ зданіемъ соединяють отчасти права на строительныя сооружеія, отчасти на иммисіи, а отчасти и права на воспрещеніе. Они связаны то съ опредѣленнымъ строеніемъ, такъ что зависятъ отъ его существованія или по крайней мѣрѣ отъ замѣны его однороднымъ строеніемъ ²⁾, то они принадлежатъ всякому строенію на данномъ мѣстѣ, какъ напр. сервитутъ вида.

1. Относящіяся сюда строительныя особенности представляютъ изъ себя или *постройку выдающуюся надъ служащимъ участкомъ* (Überbau)—projectum,—или *укрѣпленіе своего зданія въ чужомъ* (Einbau)—immissum ³⁾.

Права на возведеніе сооружеія, *выдающагося надъ служащимъ участкомъ*—s. protegendi et projicendi,—управомочиваютъ располагать сооружеія въ пространствѣ надъ сосѣднимъ участкомъ, таковы: тамбуры, выдающіеся этажи, выступающія крыши, наружныя ставни или окна ⁴⁾.

Права «встраивать» (Rechte des Einbaues) дозволяютъ укрѣплять концы балокъ — tigna — или иныя части строенія на сосѣднемъ участкѣ. Они или ограничиваются правомочіемъ впустить балку—s. tigni immittendi ⁵⁾,—или же они—какъ s. oneris ferendi—обязываютъ собственника сосѣдняго участка къ ремонту подпорки. Подпоркой можетъ быть стѣна, столбъ, колонна. При отсутствіи иного уговора, обязанность исправленія ограничивается возстановленіемъ прежняго состоянія ⁶⁾. На субъекта сервитута возлагается поддержаніе

¹⁾ Tit. Dig. de serv. pr. urb. 8, 2. Keller, Pand. §§ 169 и слѣд. и цитируемый томъ; Schirmer, Zeitschrift für Rechtsgeschichte т. 12 стр. 161 и слѣд.

²⁾ l. 20 § 2 D. de serv. pr. urb. 8, 2; ср. Ihering, Geist des röm. R. II 4 Aufl. стр. 229 пр. 357 и съ другой стороны Schirmer, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, т. 12, стр. 162.

³⁾ l. 242 § 1 D. de V. S. 50, 16. Javolenus libro 2 ex posterioribus Labeonis: Inter «projectum» et «immissum» hoc interesse ait Labeo, quod projectum esset id quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, qualia maeniana—Erker, тамбуръ—et suggrundae—Wetterdächer, выступающая крыша—essent: immissum autem quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immitteretur.

⁴⁾ l. 2 D. h. t. 8, 2; l. 8 § 1 D. si serv. vind. 8, 5; ср. l. 29 § 1 D. ad legem Aquiliam, 9, 2.

⁵⁾ Ср. l. 6 D. h. t. 8, 2. Обоюдный сервитутъ tigni immittendi, возникшій вслѣдствіе раздѣла дома съ общою балочною системою, упоминаетъ l. 36 D. h. t. 8, 2.

⁶⁾ См. выше § 236 пр. 5 сл. Ср. l. 6 § 5 D. si serv. vind. 8, 5.

своего строения во время ремонтных работ⁷⁾. Если за невыполнение ремонта дело доходит до денежного штрафа, то сособственники служащего участка отвѣчают только въ соответствующихъ доляхъ⁸⁾.

Что въ каждомъ данномъ случаѣ имѣлось въ виду—*servitus tigni immittendi* или *operis ferendi*,—это точно указывали въ Римѣ формулы установленія этихъ сервитутовъ. Германское словоупотребленіе не знаетъ подобныхъ опредѣленныхъ техническихъ выраженій. Поэтому часто сомнительно, какой изъ этихъ сервитутовъ имѣется въ виду. При тенденціи германскаго права къ образованію реальныхъ повинностей (*Reallast*), въ случаяхъ сомнѣнія, умѣстно на собственника служащей вещи возлагать обязанность починки. Въ качествѣ сервитута «встраиванія» встрѣчается право пробить окно въ стѣнѣ сосѣда⁹⁾.

Попадается въ видѣ сервитутовъ также и право, пользоваться исключительно въ интересахъ нашего дома этажомъ дома, погребомъ или амбаромъ сосѣдняго зданія¹⁰⁾, имѣть тамъ стѣну¹¹⁾.

2. Домовыми сервитутами являются далѣе права на иммисіи. Сюда относится *s. stillicidii recipiendi* или *immittendi*, — то есть право стока дождевой воды съ крыши на землю сосѣда (*Dachtraufe*); далѣе—право спускать на сосѣдній участокъ стекающую съ нашего зданія дождевую воду струею посредствомъ желоба—*s. fluminis*. Отягощенія сервитута стока вслѣдствіе измѣненій въ господствующемъ строеніи не допускаются. Отягощеніемъ считается пониженіе зданія, но не возвышеніе, далѣе—выдвиганіе впередъ, а не отодвиганіе ската¹²⁾. Нерѣдко встрѣчается также право проводить черезъ сосѣдній участокъ клоаку для отвода нечистотъ¹³⁾.

⁷⁾ l. 8 pr. D. si serv. vind. 8, 5.

⁸⁾ l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5. Починка возлагается на *собственника*, l. 6 § 3 D. eod.—а также и на *самостоятельнаго владельца* (*Eigenthumsbesitzer*).

⁹⁾ l. 40 D. h. t. 8, 2; l. 8 C. de serv. 3, 34. Въ l. 4 D. h. t. 8, 2 Павелъ говоритъ о *servitus luminum*. «Luminum in servitute constituta id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat». Подъ этимъ, по всей вѣроятности, разумѣется ничто иное, какъ право пробить окно въ чужой стѣнѣ. Такъ и толкуетъ большинство авторовъ. Но всетаки мнѣнія раздѣлены. Vangerow, т. 1 § 342 разбираетъ не менѣе 12 попытокъ разъясненія вопроса.

¹⁰⁾ l. 47 D. de damno infecto, 39, 2. Seuffert, Archiv. т. 29 № 11.

¹¹⁾ Такимъ образомъ здѣсь рѣчь идетъ о суперфициарныхъ правахъ, которыя активно приурочены къ участку.

¹²⁾ l. 20 §§ 3 ff., l. 2 D. h. t. 8, 2. Varro de lingua latina V. 27: Fluvius, quod fluit, item flumen, a quo lege praediorum urbanorum scribitur: stillicidia fluminaque ut fluant ita cadantque. Inter haec hoc interest, quod stillicidium eo quod stillatim cadat, flumen quod fluit continue.

¹³⁾ l. 7 D. de serv. 8, 1; cp. l. 1 §§ 4 и 6 D. de cloacis 43, 23.

Возможны далѣе сервитуты, по которымъ сосѣдъ обязывается впускать къ себѣ на участокъ чрезмѣрный дымъ или паръ ¹⁴⁾.

3. Третій классъ образуютъ *права запретительныя*.

Сюда относится *право на свѣтъ*—*ne luminibus officiatur*,—такъ что обезпечивается видъ изъ нашихъ оконъ или балкона на небо ¹⁵⁾. Въ случаѣ сомнѣнія, сервитутъ этотъ касается свѣта въ пользу не только существующихъ оконъ, но и будущихъ ¹⁶⁾. Сервитутъ свѣта близокъ *праву на видъ*,—*ne prospectui officiatur* ¹⁷⁾,—который обезпечиваетъ намъ извѣстный видъ. Оба эти сервитута исключаютъ постройки, насажденія и складываніе матеріаловъ, заслоняющіе свѣтъ или видъ ¹⁸⁾. Напротивъ, *servitus altius non tollendi* препятствуетъ постройкѣ выше извѣстной мѣры. Смотра по уговору, онъ препятствуетъ, или вообще возвышенію постройки, или превышенію ею извѣстной высоты ¹⁹⁾.

4. Часто источники упоминаютъ *servitus altius tollendi*, а также *s. luminibus officendi, stillicidii non avertendi*. Это кажется загадкой! Въдѣ право строить выше и правомочіе загоразивать сосѣднимъ участкамъ свѣтъ или не принимать съ нихъ дождевой воды, вытекаетъ изъ права собственности на нашъ участокъ. Для чего же еще сервитутъ, чтобы дать такія права? Тщетно ищутъ объясненія вопроса у римскихъ юристовъ. Новые авторы придерживаются разныхъ мнѣній. Здѣсь необходимо подчеркнуть два мнѣнія:

а) Одно состоитъ въ томъ, что устраненіе лежащаго на какомъ-либо участкѣ сервитута *altius non tollendi* понималось римлянами не какъ освобожденіе собственности, а какъ установленіе новаго положительнаго сервитута «*altius tollendi*». *Servitus altius non tollendi*,—думаютъ, отнимала у земельной собственности составную часть ея, обратное приобрѣтеніе послѣдней являлось бы, слѣдовательно, приобрѣтеніемъ положительнаго права ²⁰⁾.

Но это не соответствуетъ тому признаку, по которому сервитутъ хотя и ограничиваетъ право собственности, но ничего у него не отнимаетъ ²¹⁾. И въ практи-

¹⁴⁾ l. 8 §§ 5 in fine и сл. D. si serv. vind. 8, 5; ср. ниже прим. 23.

¹⁵⁾ l. 15, l. 16, l. 17 pr. §§ 1—3 D. h. t. 8, 2.

¹⁶⁾ l. 22, l. 23 pr. D. h. t. 8, 2.

¹⁷⁾ l. 3, l. 12, l. 16 D. h. t. 8, 2.

¹⁸⁾ l. 12 D. h. t. 8, 2. Javolenus libro 10 ex Cassio: Aedificia, quae servitutum patiantur, ne quid altius tollatur, viridia supra eam altitudinem habere possunt: at si de prospectu est eaque obstatura sunt, non possunt. l. 32 pr. D. h. t. 8, 2. l. 8, l. 9 C. de serv. 3, 34.

¹⁹⁾ Можно ли въ видѣ сервитута установить право, чтобы въ сосѣднемъ домѣ не производились извѣстныя ремесла? Это несомнѣнно, если запрещеніе приноситъ выгоду господствующему участку, напр. уменьшаетъ опасность отъ огня, которая сопряжена съ извѣстными ремеслами. Напротивъ, такимъ предіальнымъ сервитутомъ нельзя признать воспрещеніе конкуррентнаго промысла, выгоднаго для личнаго промысла даннаго собственника, а не для господствующаго участка вообще; ср. Seuffert, Archiv, т. 20, п. 15.

²⁰⁾ Главные защитники этого взгляда въ новѣйшее время: Vangerow, т. 1 § 342 пр. 3, и Keller, Pand. § 172, см. также Kohler, pfandrehtliche Forschungen, стр. 278.

²¹⁾ Ср. выше § 237. Римскіе юристы рѣшительно стоятъ на сторонѣ такого пониманія, l. 4 § 28 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum . . . si, cum tibi servitutum deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.

ческомъ отношеніи было бы ошибочнымъ, разсматривать неограниченное право собственника земли возводить разъ навсегда постройки на своемъ участкѣ за сервитутъ изъ-за того, что когда-то существовалъ противоположный сервитутъ²²⁾.

б) Правильно слѣдующее. Въ римскихъ общинахъ существовали многочисленные мѣстные строительные статуты. Они ограничивали возведеніе построекъ частью въ пользу *публичныхъ интересовъ*, тогда они имѣли принудительный характеръ, частью же только *въ интересахъ сосѣдей*, и тогда, путемъ установленія противоположныхъ правъ, эти ограниченія могли быть лишены своей силы. Такими противоположными правами (*Gegenrechte*) являлись *s. altius tollendi, luminibus officendi*. Они возникали по договору или по давности.

Они дѣйствительно представляютъ изъ себя сервитуты. Если они отпадаютъ, напр. при конфузій, или вслѣдствіе давности, то нормальное законное состояніе восстанавливается^{23) 24)}.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Личные сервитуты.

§ 245. Отдѣльные виды личныхъ сервитутовъ.

Предіальные сервитуты служатъ для цѣлей надѣленія участка; личные сервитуты—для надѣленія лица. Предіальнымъ сервитутамъ присуще постоянство; личные сервитуты имѣютъ временный характеръ. Далѣе, предіальные сервитуты имѣютъ своимъ нормальнымъ содержаніемъ лишь ограниченное пользованіе служащею вещью; напротивъ, важнѣйшій изъ личныхъ сервитутовъ предоставляетъ полное пользованіе ею.

²²⁾ Ср. противъ Vangerow'a Max Cohn: über die *s. altius tollendi* въ Arch. f. civ. Pr. т. 64, н. 8. Тамъ критикуются и другіе взгляды.

²³⁾ Въ этомъ сказывается то, что при подобныхъ противуправахъ рѣчь идетъ не объ устраненіи «ограниченій», а объ особенныхъ правахъ, расширяющихъ собственность.—Подобнымъ же образомъ въ l. 2 § 10 D. de aqua et aquae 39, 3 упоминается сервитутъ, расходящійся съ законодательными ограниченіями права собственности относительно стока воды. Тотъ же характеръ имѣетъ сервитутъ, по которому на сосѣдній участокъ можно отводить дымъ и паръ въ чрезвычайной мѣрѣ, l. 8 § 7 D. si serv. vind. 8, 5. Ср. выше § 199 пр. 6 и сл.

²⁴⁾ На относящійся сюда случай обратилъ вниманіе Max Cohn, ук. соч. Какъ уже выше было замѣчено—§ 200 пр. 10—существовали многоразличные мѣстные статуты въ римскихъ городахъ, чтобы при новыхъ постройкахъ «*forma ac status antiquorum aedificiorum*» не измѣнялись въ ущербъ сосѣдямъ. Возможность приобрѣтенія сервитутовъ, дозволявшихъ отступленіе отъ этой нормы, вытекаетъ изъ l. 1 C. de servitutibus 3, 34 Антонина, 211 года. *Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet.* Первая фраза рескрипта указываетъ вопрошавшему на то, что сосѣдъ имѣетъ *actio negatoria*, противъ строителя, который вопреки прежней нормѣ отнимаетъ у него свѣтъ. Но вторая фраза допускаетъ возможность приобрѣтенія путемъ давности противоположнаго права. Ср. также Karlow'a. *Rechtsgeschichte* т. 2, стр. 529.

Римляне знали четыре типа личныхъ сервитутовъ: во первыхъ, *usus fructus*, и затѣмъ ограниченныя права пользованія: *usus*, *habitatio* и *operae servorum* и *animalium*.

Узуфруктъ (пользовладѣніе)—наиболѣе распространенный видъ личныхъ сервитутовъ. Онъ же и самый древній ¹⁾.

Личныя сервитуты возникаютъ преимущественно по завѣщательнымъ распоряженіямъ ²⁾. Но возможно также установленіе ихъ и посредствомъ сдѣлокъ между живыми, и присужденія судьей, производящимъ раздѣлъ. Узуфрукты часто возникаютъ и въ силу закона, какъ слѣдствіе семейно-правовыхъ отношеній. Сюда относится узуфруктъ отца на имущество своихъ подвластныхъ дѣтей. Законный узуфруктъ имѣетъ много особенностей ³⁾.

Кромѣ узуфрукта въ собственномъ смыслѣ—*verus usus fructus*—существуетъ *quasi usus fructus*. Этотъ квази-узуфруктъ не есть вещное право на чужую вещь подобно узуфрукту. Онъ инымъ путемъ преслѣдуетъ цѣли узуфрукта—обезпеченія за однимъ капиталомъ, съ предоставленіемъ другому на извѣстное время доходовъ.

§ 246. Узуфруктъ ¹⁾ (пользовладѣніе).

Узуфруктъ—usus fructus—есть соединенное съ какимъ либо лицомъ вещное право на пользованіе чужой тѣлесной вещью и потребленіе ея плодовъ (извлеченіе выгоды) съ сохраненіемъ ея субстанции ²⁾.

¹⁾ Другого мнѣнія придерживается Пухта, *Pand.* § 179 и *Institutionen*, кн. 2 § 255. Пухта считаетъ *usus* нормальнымъ и первоначальнымъ личнымъ сервитутомъ, а *usus fructus*—его позднѣйшимъ расширеніемъ. Это несогласно съ источниками. Преторскій эдиктъ, между прочимъ, детальнѣе занимается пользовладѣніемъ l. 1 pr. D. *usufr. quemadmodum* 7, 9 и лишь въ видѣ дополненія *usus*'омъ l. 5 § 1 D. *eod.* Узуфруктъ отвѣчаетъ всеобщей и рано возникающей потребности, а *usus* является больше въ особенныхъ случаяхъ и имѣетъ въ себѣ вѣчто искусственное. Поэтому онъ положительно образовался позднѣе.

²⁾ *Cautio usufructuaria* требовалась въ преторскомъ эдиктѣ только въ случаѣ «*usus fructus legatus*», что можно заключить изъ того, что при первоначальномъ установленіи обезпеченія другіе способы установленія пользовладѣнія не были извѣстны; ср. l. 1 D. *usufruct. quemadmodum* 7, 9, *Lenel, edictum* стр. 296.

³⁾ Герм. гр. ул. даже измѣнило выраженіе; оно вмѣсто *Niessbrauch* говоритъ о *Nutzniessung*.

¹⁾ Heinrich Bürckel, *Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch* 1864, не распространенная въ книжной торговлѣ диссертация, вновь изданная по смерти автора въ 1880 г. Изъ болѣе древнихъ авторовъ здѣсь слѣдуетъ упомянуть Noodt, *de usufructu libri II* off. tom I.

²⁾ Извѣстное римское легальное опредѣленіе принадлежитъ Павлу, *libro 3 ad*

Узуфруктуарію принадлежитъ временно доходъ съ объекта узуфрукта; сама же вещь навсегда остается за собственникомъ. Узуфруктуарій располагаетъ настоящимъ, собственникъ—будущимъ.

Узуфруктъ тѣснѣйшимъ образомъ связанъ съ личностью ³⁾, и слѣдовательно не переходитъ по наслѣдству и неотчуждаемъ.

а) *Отсутствіе свойства наслѣдственности* ограничиваетъ узуфруктъ во времени, такъ какъ вслѣдствіе этого смертію узуфруктуарія полное право собственности вновь восстанавливается.

По древнему праву пожизненный его характеръ относился къ сущности узуфрукта. Онъ долженъ былъ быть только временнымъ, чтобы не произошло пониженіе цѣнности собственности. Но въ позднѣйшемъ классическомъ правѣ пожизненность сохранилась лишь въ видѣ общаго правила, такъ какъ въ видѣ исключенія стали допускаться переходъ узуфрукта къ наслѣдникамъ узуфруктуарія ⁴⁾. Повидимому тутъ повліялъ примѣръ суперфиция и эмфитевзиса, которые признавались наслѣдственными вещными правами пользованія. Хотя узуфруктъ каждаго наслѣдника является новымъ сервитутомъ, такъ что требуется и новая cautio, но это ничего не мѣняетъ въ томъ, что наслѣдственный узуфруктъ отсрочиваетъ консолидацію собственности на безконечное время, чѣмъ хотѣло предотвратить прежнее право.

в) *Право узуфрукта неотчуждаемо. Но осуществленіе его*

Vitellium l. 1 D. de usu fructu 7, 1; Usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Тоже pr. J. de usu fructu 2, 4.

³⁾ l. 3 § 3 D. quibus modis usus fructus 7, 4 «personae cohaeret». Очень важно было для древняго римскаго права то, что узуфруктъ прекращался вслѣдствіе всякой capitis deminutio; ср. выше § 50, 6. Такимъ образомъ это происходило и при с. d. minima. Но Юстиніанъ постановилъ, чтобы такое послѣдствіе имѣла лишь с. d. maxima и media l. 16 §§ 2 и 3 l. de usu fructu 3, 33.

⁴⁾ Это, правда, спорно. Нѣкоторые авторы полагаютъ, что стало допускаться преемство узуфрукта лишь къ «ближайшему наслѣднику». Ср. Pfersche въ Grünhuts Zeitschrift, т. 8, стр. 526. Но неограниченную наслѣдственность подразумѣваетъ l. 5 pr. D. quibus modis usus fructus 7, 4. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Repeti potest legatus usus fructus amissus qualicumque ratione, dummodo non morte: nisi forte hereditibus legaverit; vgl. l. 38 § 12 D. de verb. obl. 45, 1 l. 14 C. de usu fructu 3, 33, не подтверждаетъ правильности ограниченія. Она трактуеть о специальномъ вопросѣ. Между римскими юристами было спорно, какъ понимать легатъ съ оговоркою о предоставленіи наслѣднику наслѣдодателя узуфрукта, и *этотъ вопросъ* Юстиніанъ рѣшаетъ въ томъ смыслѣ, что оговорку надо понимать въ пользу лишь ближайшаго, а не отдаленнаго наслѣдника. Въ самомъ дѣлѣ, легатъ въ случаѣ распространенія узуфрукта на всѣхъ, даже и отдаленныхъ наслѣдниковъ наслѣдодателя, лишенъ былъ бы всякой почти цѣнности. Изъ этого правила интерпретаціи нельзя извлечь общаго принципа. Тоже Windscheid, т. I § 215 пр. 7. Герм. гр. ул. § 1061 безъ оговорокъ гласить: «Узуфруктъ прекращается смертію узуфруктуарія».

стало отчуждаемым⁵⁾). Осуществленіе узуфрукта можетъ быть отдано въ аренду, оно можетъ быть разъ навсегда уступлено, за плату или безвозмездно. Поэтому допустима отдача въ залогъ и принятіе въ залогъ права на осуществленіе узуфрукта⁶⁾. Цессіонарій узуфрукта и кредиторъ по залогу узуфрукта пользуются вещною защитой⁷⁾.

Не смотря на уступку осуществленія узуфрукта, право на него связано съ личностью первоначальнаго узуфруктуарія⁸⁾. Оно прекращается со смертью узуфруктуарія; смерть цессіонарія, напротивъ, не затрагиваетъ узуфрукта, а осуществленіе перехо-

⁵⁾ Нѣкоторые авторы предполагаютъ, что по позднѣйшему римскому праву допущено отчужденіе самаго права, а не только осуществленія узуфрукта. Такъ, Dernburg der Aeltere въ Lindes Zeitschrift, т. 2, н. 2 и Elvers ук. соч. §§ 27 и 28; ср. также Blume въ Iherings Jahrb. т. 34 н. 5. Съ этимъ нельзя согласиться. Ср. Arndts, civ. Schriften, т. 1, н. 18; Berthold Hasse въ Iherings Jahrb., т. 36 стр. 249. Особеннаго вниманія заслуживаетъ l. 66 D. de jure dotium 23, 3 Pomponius libro 8 ad Quintum Mucium. Si usus fructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri, quoniam diximus usum fructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis et, si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habebat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usum fructum. quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usum fructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertinet. Это опредѣленно указываетъ на то, что узуфруктъ связанъ съ личностью узуфруктуарія и что перенесено можетъ быть только пользованіе имъ. Относительно этого положенія римляне согласны. Его устанавливаютъ институціи § 3 l. de usu fr. 2, 4 «cedendo extraneo nihil agitur». Относительно другого пункта существовалъ споръ, который возникъ съ древняго времени и проникъ въ юстиніановскую компіляцію только по случайности и недосмотру. Одни юристы — къ нимъ принадлежитъ Pomponius, l. 66 cit., — признаютъ прекращеніе узуфрукта въ случаѣ, если онъ уступленъ постороннему, т. е. не собственнику. Они расчленяютъ in jure cessio постороннему на два волевыхъ акта, именно: на требованіе о приобрѣтеніи со стороны третьяго лица и на отказъ отъ узуфрукта со стороны узуфруктуарія. Такимъ образомъ они приходятъ къ тому результату, что отказъ отнимаетъ узуфруктъ, хотя третье лицо ничего не приобрѣтаетъ. Въ основѣ конечно лежитъ желаніе найти форму для того, чтобы освободиться отъ узуфрукта, безъ согласія собственника, если тягость его превосходитъ выгоды; ср. ниже § 254-пр. 13. Другіе юристы, напротивъ, рассматриваютъ уступку узуфрукта третьему лицу, какъ единый актъ, который недѣйствителенъ и ничего не значитъ. Такъ Gaj. Inst. II § 30 «creditur et cessione nihil agi». Такова норма юстиніановскаго права, § 3 l. cit. О разныхъ попыткахъ согласовать противорѣчіе, ср. Vangerow, т. 1 § 344 стр. 739. Герм. гр. ул. § 1059 тоже опредѣляетъ: «Узуфруктъ неотчуждаемъ, осуществленіе узуфрукта можетъ быть уступлено другому».

⁶⁾ Герм. уст. гр. судопр. § 857 ч. 3.

⁷⁾ l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1; Dernburg, Pfandrecht, т. 1 стр. 458; Windscheid, т. 1 § 205 пр. 4; Kohler, pfandrechtliche Forschungen, стр. 191 пр. 1; Hasse ук. соч. По герм. гр. ул. этого нѣтъ.

⁸⁾ Цедентъ узуфрукта не теряетъ вслѣдствіе цессіи права отказаться отъ узуфрукта безъ согласія цессіонарія. Консолидація узуфрукта вслѣдствіе приобрѣтенія узуфруктуаріемъ права собственности на вещь не можетъ давать ему права отнимать у своего цессіонарія пользованіе. Windscheid, т. 1, § 205 пр. 4. R. G. т. 16, стр. 110.

дѣть къ его наслѣдникамъ⁹⁾. Первоначальный узуфруктуарій остается также отвѣтственнымъ и обязаннымъ къ дачѣ собственнику обезпеченія (*cautio*). И его дѣло обезпечить себя въ свою очередь посредствомъ требованія *cautio* отъ цессіонарія узуфрукта¹⁰⁾.

Предметомъ узуфрукта могутъ быть вещи движимыя и недвижимыя, поскольку ими можно пользоваться безъ нарушенія ихъ субстанціи.

Нѣтъ необходимости, чтобы онѣ доставляли доходъ. Достаточно и того, чтобы онѣ служили узуфруктуарію инымъ способомъ, напр. путемъ удовлетворенія его художественному вкусу или его наклонностямъ¹¹⁾.

Узуфруктъ охватываетъ объектъ узуфрукта и его принадлежності¹²⁾, какъ тѣ, которыя имѣлись налицо при возникновеніи узуфрукта, такъ и пріобрѣтенныя взамѣнъ убылыхъ. Онъ охватываетъ и приращенія и *alluvio*, но не касается образовавшагося на рѣкѣ острова, который по береговому праву достается собственнику узуфруктуарной вещи¹³⁾.

Самое важное право узуфруктуарія есть право на плоды.

Такъ какъ это право по своей природѣ дѣлимо, то и право узуфрукта считается дѣлимымъ¹⁴⁾. Этимъ оно отличается отъ остальныхъ сервитутовъ, которые всѣ недѣлимы.

Въ виду дѣлимости узуфрукта соучастникъ въ общей вещи можетъ самостоятельно установить пользовладѣніе своею идеальною долею. Далѣе, единичный собственникъ можетъ установить узу-

⁹⁾ Если наслѣдатель откажетъ кому либо узуфруктъ съ порученіемъ уступить его фидеикомиссарію, то фидеикомиссарій пріобрѣтаетъ вслѣдствіе реституціи самостоятельный узуфруктъ, а не только осуществленіе узуфрукта легатарія, l. 4 D. quibusmodis usus fr. 7, 4. Это основывается на силѣ завѣщательной воли.

¹⁰⁾ Источники не разсматриваютъ этого вопроса.

¹¹⁾ l. 41 pr. § 1 D. de usu fructu 7, 1.

¹²⁾ l. 15 § 6, l. 9 § 7 D. de usu fructu 7, 1. Также герм. гр. ул. § 1031 относительно недвижимостей.

¹³⁾ l. 9. § 4 D. de usu fructu 7, 1, цитированная выше § 207 пр. 13. Узуфруктъ на участокъ не даетъ права на половину клада, которая достается собственнику, какъ таковому l. 7 § 12 D. soluto matrimonio, 24, 3. Также герм. гр. ул. § 1040.

¹⁴⁾ l. 5 D. de usu fructu 7, 1. Papinianus libro 7 quaestionum: Usus fructus et ad initio pro parte indivisa vel divisa constitui et legitimo tempore similiter amitti eademque ratione per legem Falcidiam minui potest. l. 49, l. 50 D. eod., l. 13 § 1 D. de acceptil. 46, 4. Узуфруктуарій идеальной доли имѣетъ права собственника на участіе въ пользованіи и управленіи. Рѣшеніе относительно иска о раздѣлѣ въ пользу или противъ собственника касается его только, если онъ былъ привлеченъ къ участію въ судебномъ дѣлѣ.

фруктъ на какую либо идеальную долю своей вещи. Именно, онъ можетъ предоставить нѣсколькимъ лицамъ узуфруктъ такимъ образомъ, что вслѣдствіе совмѣщенія ихъ правъ образуются идеальныя доли ¹⁵⁾.

§ 247. Права узуфруктуарія (пользовладельца).

1. Главнѣйшее право узуфруктуарія—*пользованіе плодами* ¹⁾. Согласно ему узуфруктуарію въполнѣ принадлежитъ весь правомѣрно извлекаемый изъ подчиненной узуфрукту вещи доходъ—естественный или гражданскій—для личнаго потребленія или для продажи ²⁾.

Напротивъ доходы, выходящіе за эти предѣлы, уменьшающіе самую субстанцію, принадлежатъ собственнику вещи.

Что касается, между прочимъ, до *рубки лѣса*, то въ *лѣсахъ*, которые предназначены для правильнаго лѣснаго хозяйства, узуфруктуарію дозволяется вырубать не свыше того, что допустимо безъ ущерба для постоянной производительности. Поэтому право рубки ему принадлежитъ безусловно ³⁾ при выборочной рубкѣ, при иныхъ же формахъ эксплуатаціи онъ правомъ этимъ можетъ пользоваться только по правиламъ нормальнаго лѣснаго хозяйства ⁴⁾.

Чрезвычайный излишекъ лѣснаго матеріала, образуемый напр. отъ вѣтролома или порчи деревьевъ гусеницами, не относится къ плодамъ, поэтому, поскольку онъ превышаетъ обычную годовую пропорцію, онъ принадлежитъ собственнику ⁵⁾. Деревья, стоящія отдѣльно, узуфруктуарій можетъ использовать по правиламъ рациональнаго хозяйства для цѣлей участка. Для другихъ цѣлей онъ не можетъ ихъ вырубать. Валежникъ и, въ частности, сухіе сучья,

¹⁵⁾ Ср. l. 1 pr. D. de usu fructu ad crescendo 7, 2. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Quotiens usus fructus legatus est, ita inter fructuarios est jus ad crescendi, si conjunctim sit usus fructus relictus; ceterum si separatim unicuique partis rei usus fructus sit relictus, sine dubio jus ad crescendi cessat. Подробности относятся къ ученію объ отказахъ. И герм. гр. ул. § 1066 знаетъ узуфруктъ на долю соучастника въ общей собственности

¹⁾ Ср. выше § 78 о понятіи плодовъ.

²⁾ Petrażycki, Einkommen, I стр. 236 предполагаетъ, что право узуфруктуарія на продажу возникло въ позднѣйшей стадіи развитія римскаго права, ср. l. 12 pr. D. de usufr. 7, 1.

³⁾ l. 48 § 1 D. de usu fructu 7, 1.

⁴⁾ l. 9 § 7, l. 10, l. 11 D. de usu fr. 7, 1 Laspeyres, Niessbrauch an Waldungen въ Arch. f. civ. Pr., т. 19 н. 4. Ср. также Petrażycki, Einkommen, стр. 233 герм. гр. ул. § 1038.

⁵⁾ l. 12 pr. D. de usu fructu 7, 1. Ср. герм. гр. ул. § 1039.

а также высыхающія деревья, онъ можетъ присвоить себѣ; но деревья онъ долженъ замѣнить другими, если это требуется для поддержанія участка въ хорошемъ состояніи ⁶⁾.

Узуфруктъ на *стадо*, какъ было уже раньше замѣчено, отличается отъ узуфрукта на отдѣльныя головы скота. Онъ простирается на обычный *доходъ со стада*, который объемлетъ собою не только молоко, шерсть, приплодъ, но и тушу павшихъ животныхъ, а при извѣстныхъ условіяхъ, и право на продажу головъ скота, напр. откормленнаго быка. Но на узуфруктуарія возлагается пополненіе убыли изъ приплода—т. наз. *Summissio*. До этого право собственности его на приплодъ парализовано (*ist in der Schwebe, dominium pendet*) ⁷⁾.

Если установленъ узуфруктъ на горный промыселъ, то добыча должна быть предоставлена узуфруктуарию ⁸⁾.

Узуфруктуарій приобрѣтаетъ естественные плоды посредствомъ *собиранія* ихъ (*перцепція*), а приплодъ отъ скота—съ его отдѣленіемъ ⁹⁾. Плоды, которые еще не отдѣлились, принадлежатъ собственнику, даже если они созрѣли ¹⁰⁾. Узуфруктуарій не можетъ притязать ¹¹⁾ на возмѣщеніе издержекъ на обрѣженіе и воздѣлываніе полей подъ созрѣвшимъ, но не отдѣленнымъ урожаемъ.

Относительно гражданскихъ плодовъ (денежныхъ доходовъ)

⁶⁾ l. 18 D. de usu fructu 7, 1.

⁷⁾ l. 68, 69. 70 D. de usu fructu 7, 1. Въ l. 70 § 1 Ulpianus libro 17 ad Sabinum говоритъ: Interim tamen, quamdiu summittantur et suppleantur capita quae demortua sunt, cujus sit fetus, quaeritur, et Julianus libro 35 digestorum scribit pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii: quae sententia vera est; см. также l. 12 § 5 D. eod. Ср. Wächter, Schwebendes Eigenthum 1871 стр. 11 сл.; Kohler въ Iherings Jahrb. т. 24. стр. 223 и 300; Bendixen, Niessbrauch an einer Heerde, Göttinger Inauguraldissertation 1887; Czyhlarz Forts. v. Glück, т. 1 стр. 442; Rümelin, Selbstkontrahieren стр. 148; Petrazzski, Einkommen, стр. 93. О случаѣ, когда участокъ вмѣстѣ съ инвентаремъ служитъ предметомъ узуфрукта, ср. герм. гр. ул. § 1048, о пользовладѣнн совокупностью вещей—§ 1035.

⁸⁾ l. Gräff въ Zeitschrift für Bergrecht т. 1 стр. 579, Schröder въ Archiv f. civ. Pr. т. 49. п. 10 и 16. Ср. герм. гр. ул. § 1038 ч. 2.

⁹⁾ См. выше § 205 пр. 5 и 6; ср. также выше, пр. 7. Узуфруктуарій можетъ взять себѣ и несозрѣвшіе еще плоды, если добываніе ихъ можетъ представлять обычный источникъ дохода. l. 48 § 1 D. usu fr., 7, 1; l. 42 D. de usu leg. 33, 2. Этотъ вопросъ возникаетъ въ случаѣ, если узуфруктъ прекращается до времени зрѣлости плодовъ. По герм. гр. ул. § 954, ср. § 955 ч. 2, узуфруктуарій приобрѣтаетъ плоды всегда съ ихъ отдѣленіемъ.

¹⁰⁾ l. 13 D. quib. mod. usus fruct., 7, 4. Ср. герм. гр. ул. § 101.

¹¹⁾ Buchka и Budde, Entsch. des O. A. G. zu Rostock, т. 4 стр. 128 и въ Seufferts, Archiv т. 16 н. 274. Иначе по герм. гр. ул. § 1055 ч. 2 въ связи съ § 592.

распределение ихъ между собственникомъ и узуфруктуаріемъ должно происходить соразмѣрно продолжительности узуфрукта ¹²⁾.

2. Затѣмъ, узуфруктъ даетъ право *пользованія*. Относительно объектовъ, которые не являются плодоприносящими, напр. библиотека, коллекція картинъ, узуфруктъ ограничивается пользованіемъ ими ¹³⁾.

Пользованіе—необходимый спутникъ извлеченія плодовъ, поскольку оно неизбѣжно для культивированія плодовъ и собственности на нихъ. Права пользованія иного рода можетъ и не быть. Напр. садовнику можетъ быть отказанъ узуфруктъ на декоративный садъ, а другому кому либо—исключительно право гулянія и пользованія воздухомъ для отдыха его самого и его семейства ¹⁴⁾.

3. Всѣ другія правомочія узуфруктуарія находятся въ связи съ пользованіемъ и съ извлеченіемъ выгодъ. Ради нихъ онъ имѣетъ право *обладанія* и съ тѣмъ вмѣстѣ также *юридическое владѣніе* и *поссессорный искъ* ¹⁵⁾.

Далѣе, онъ можетъ *фактически распоряжаться* вещью въ цѣляхъ пользованія. При этомъ онъ не долженъ ухудшать вещь. Разрѣшается ли измѣнять вещь? *Основное назначеніе* вещи онъ не долженъ видоизмѣнять. Но у него не отнимается всякая свобода въ пользованіи, всякая возможность экономическаго про-

¹²⁾ l. 26 D. de usu fructu 7, 1. См. Wächters Erörterungen, Heft 1 стр. 73 сл., Mommsen, Erört. Heft 1 стр. 134 сл., Arndts, civil. Abh. т. 1 н. 17; Petrážycki. Fruchtvertheilung, стр. 222, В. G. В. § 101.

¹³⁾ Конечно, узуфруктуарій могъ бы извлечь доходъ изъ библиотеки отдачею, ея въ наемъ, но весьма часто отдача книгъ въ наемъ не будетъ согласна съ намѣреніями собственника, учредившаго узуфруктъ, и потому не будетъ допускаться.

¹⁴⁾ Существовала древнеримская поговорка: «fructus sine usu esse non potest», Paulus sent. III 6 § 24, l. 14 § 1 D. usu 7, 8 Ulpianus libro 17 ad Sabinum. Ибо нельзя добывать никакихъ плодовъ изъ вещи, если на нее нельзя воздѣйствовать. Старая юриспруденція понимала это со свойственной ей строгостью. Поэтому легать «fructus deducto usu» признавался недѣйствительнымъ, и это правило о недѣйствительности унаследовано и въ позднѣйшее время. Но позднѣе стали признавать, что это выраженіе вѣрно лишь наполовину, а именно поскольку у узуфруктуарія можетъ не быть самостоятельнаго, выходящаго изъ предѣловъ цѣли извлеченія плодовъ, права пользованія вещью. Поэтому Ульпіанъ, libro 17 ad Sabinum въ l. 14 § 3 D. de usu 7, 8 высказываетъ мысль: poterit apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietatis: veluti si qui habet fundum, legaverit Titio usum, mox heres ejus tibi fructum legaverit vel alio modo constituerit. Согласенъ съ этимъ l. 5 § 2 D. usufr. q. a. m. caveat 7, 9 «si fructus sine usu optigerit». Ср. l. 13 § 3 D. de acceptilatione 46, 4. Различные взгляды новыхъ писателей на fructus sine usu сопоставляетъ Vangerow т. 1 § 348. Герм. гр. ул. § 1030 ч. 2 опредѣляетъ: Узуфруктъ можетъ быть ограниченъ изъятіемъ изъ него отдѣльныхъ видовъ пользованія. Согласно этому допустимъ и fructus sine usu.

¹⁵⁾ Ср. выше § 190 пр. 1 и 2, герм. гр. ул. § 1036 ч. 1.

гресса. Ему нельзя парк превратить въ пахотный участокъ, замокъ—въ гостиницу или фабрику. Но относительно объектовъ, которые существуютъ только для извлеченія дохода, допускается болѣе широкій просторъ. Виноградники и мѣста для рубки дровъ, напр., могутъ быть обращены въ пашни, въ имѣнїяхъ могутъ быть открыты горные промыслы и каменоломни, если этимъ можетъ быть открытъ источникъ постояннаго дохода, извлеченіе котораго не зависитъ отъ особенныхъ условій, а возможно для всякаго ¹⁶⁾.

4. Есть такіе виды узупрукта, при которыхъ узупруктуарію принадлежитъ право отчужденія субстанціи въ болѣе или менѣе широкой мѣрѣ, хотя онъ и не является ея собственникомъ, это т. наз. *Dispositionsnießbrauch* ¹⁷⁾.

§ 248. Права собственника и обязанности узупруктуарія (пользовладѣльца).

I. Узупруктуарій имѣетъ права узупрукта, но безъ ущерба для субстанціи, собственникъ сохраняетъ права собственности, поскольку они не стѣсняють узупрукта.

¹⁶⁾ Ср. въ особенности l. 13 §§ 4 сл. D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest . . . viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosas opacas atque amoenas habens, non debet deicere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid, quod ad reditum spectat. § 5 Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas vel harenifodinas ipse instituere possit: et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est . . . § 6. Si tamen quae instituit usufructuarius aut caelum corrumpant agri aut magnum apparatus sicut desiderata opificum forte vel legulorum. quae non potest sustinere proprietarius, non videtur viri boni arbitrato frui: sed nec aedificium quidem positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit. § 7. Sed si aedium usus fructus legatus sit, Nerva filius et lumina immittere eum posse ait . . . sed neque diaetas transformare vel conjungere aut separare ei permittetur, vel aditus posticasque vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere: excolere enim quod invenit potest qualitate aedium non immutata. item Nerva eum, cui aedium usus fructus legatus sit, alius tollere non posse, quamvis lumina non obscurantur, quia tectum magis turbatur. Ср. еще l. 7 § 3, l. 8 D. eod. Римскія нормы относительно строеній имѣютъ въ виду повидимому старыя семейныя усадьбы, но на наемные и спекулятивные дома современнаго типа ихъ безъ оговорокъ нельзя распространять. См. впрочемъ, Keil въ Arch. f. civ. Pr., т. 35 н. 11, Windscheid, т. 1 § 203 пр. 13. Ср. герм. гр. ул. § 1037: Узупруктуарій не въ правѣ преобразовывать или существенно измѣнять вещи; узупруктуарій участка можетъ устраивать новыя приспособленія для добыванія почвенныхъ богатствъ, поскольку черезъ это не измѣняется хозяйственное назначеніе участка.

¹⁷⁾ Kohler, Dispositionsnießbrauch въ Iherings Jahrb. т. 24, н. 4. Ср. § 1048 герм. гр. ул. относительно пользовладѣнія земельнымъ участкомъ вмѣстѣ съ инвентаремъ.

Поэтому собственникъ можетъ отчуждать, отдавать въ залогъ ¹⁾ свой участокъ и устанавливать вещныя права иного свойства, поскольку они не нарушаютъ узупрукта, напр., онъ можетъ обременить свой участокъ сервитутомъ *altius non tollendi* ²⁾. Онъ можетъ также приобрѣтать права въ интересахъ вещи.

Собственникъ остается юридическимъ владѣльцемъ. Это не пустое слово, какъ думаютъ нѣкоторые ³⁾. Напротивъ, онъ въ правѣ, насколько это возможно безъ нарушенія узупрукта, фактически воздѣйствовать на вещь ⁴⁾ и останавливать фактически и поссессорнымъ искомъ своеволие узупруктуарія и посягательства третьихъ лицъ ⁵⁾.

Его право собственности и его владѣніе обезпечиваетъ ему субстанцію, но только до известной степени. Такъ какъ узупруктуарій имѣетъ обладаніе вещью и вмѣстѣ съ тѣмъ власть фактическаго распоряженія вещью, то его дѣйствія и упущенія являются опредѣляющими ея судьбу; злая воля и нерадѣніе узупруктуарія могутъ испортить и погубить ее. Цѣлость вещи, поэтому, обезпечивается въ достаточной мѣрѣ лишь тѣмъ, что узупруктуарій *лично* обязывается ⁶⁾ передъ нимъ обращаться съ вещью и возвратитъ ее надлежащимъ образомъ.

Происходило это по римскому праву такимъ образомъ, что отъ узупруктуарія требовалась *cautio usufructuaria* и до представленія обезпеченія вещь не выдавалась ⁷⁾. И тутъ, слѣдовательно, выходило «*cavere*» или «*caerere*».

¹⁾ l. 2 C. de usu fructu 3, 33.

²⁾ Относительно l. 15 § 7, l. 16 D. de usu fructu 7, 1 ср. выше § 236 пр. 14.

³⁾ Напр.—Evers, ук. соч. стр. 457.

⁴⁾ l. 16 § 1. D. de usu 7, 8.

⁵⁾ l. 15 § 6 D. de usu fructu 7, 1. По герм. гр. ул. § 1036 узупруктуарій—является непосредственнымъ, а собственникъ—посредственнымъ владѣльцемъ.

⁶⁾ l. 13 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus 18 ad Sabinum: De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur et interdicto quod vi aut clam, ut Julianus ait: nam fructuarium quoque teneri his actionibus nec non furti certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. denique consultus, quo bonum fuit actionem polliceri praetorem cum competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio, ideo iudicem dari, ut ejus arbitrato utatur: nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.

⁷⁾ Содержаніе *cautio usufructuaria* устанавливаетъ l. 1 pr. D. usufructuarius quemadmodum caveat 7, 9. Ulpianus libro 79 ad edictum: Si cujus rei usus fructus legatus sit, aequissimum praetori visum est de utroque legatarium cavere: et «*usurum se boni viri arbitrato*» et «*cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde extabit*». Къ этимъ двумъ условіямъ прибавляется еще дополнительное

По общему же праву обязательство узупруктуарія возникает *ipso jure* съ фактическимъ началомъ узупрукта. Обеспеченіе служить въ данномъ случаѣ только *подтвержденіемъ* законнаго обязательства.

II. Обязанности узупруктуарія относительно собственника таковы:

1. Представленіе обезпеченія. Имъ обусловливается притязаніе узупруктуарія на обладаніе вещью. Если онъ до представленія вещи предъявитъ искъ о выдачѣ ему узупруктуарной вещи, то ему можно возразить, что онъ не представилъ обезпеченія⁸⁾.

Если же онъ, не представивъ обезпеченія, приобрѣлъ обладаніе вещью, то вещь будетъ отобрана у него по виндикаціи собственника⁹⁾. Послѣдній можетъ также путемъ кондикціи, т. е. личнаго иска, требовать установленія *cautio*¹⁰⁾, но въ такомъ случаѣ узупруктуарій безъ сомнѣнія можетъ избавиться отъ этой обязанности путемъ дереликціи узупрукта^{11) 12)}.

третье «*dolum malum abesse afuturumque esse*» l. 5 pr. D. h. t. 7, 9, ср. Lenel, edictum стр. 296, 420, Horneman die c. usufr. Hallesche Inaugural-Dissertation, 1890.

⁸⁾ l. 13 pr. D. de usu fructu 7, 1.

⁹⁾ l. 7 pr. D. usufr. quaemadmod. caveat 7, 9. Ulpianus libro 79 ad edictum: Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit. Proculus ait posse heredem rem vindicare et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. quae sententia habet rationem. sed et ipsa stipulatio condici poterit.

¹⁰⁾ l. 7 pr. D. sit—выше пр. 9—l. 5 § 1. D. de usu fructu earum rerum 7, 5. Спорятъ о юридическомъ основаніи и объ объемѣ этой *condictio*: съ одной стороны Elvers ук. соч. стр. 565, а съ другой стороны Bürkel, Beitrage zur Lehre vom Niessbrauch, стр. 142.

¹¹⁾ Спорно, можетъ ли *третье лицо* противъ узупруктуарія сослаться на непредставленіе имъ обезпеченія. На этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить отрицательно, потому что въ этомъ заключалось бы недопустимое обоснованіе *exceptio* на правѣ и интересахъ третьяго лица. Однако слѣдуетъ имѣть въ виду, что право *квазизупруктуарія* осуществлять требованія и искать по требованіямъ, относительно которыхъ ему отказанъ квазизупруктъ, возникаетъ у него не *ipso jure* въ силу завѣщанія, а лишь вслѣдствіе *уступки требованій* со стороны наслѣдниковъ, уступки, которая для нихъ обязательна и обыкновенно происходитъ въ случаѣ представленія обезпеченія. До тѣхъ поръ квазизупруктуарій не легитимированъ искать по такимъ обязательствамъ. На отсутствіе легитимации могутъ ссылаться и должники; даже на судѣ лежитъ обязанность, *ex officio* (безъ просьбы о томъ стороны), обратить на это вниманіе, если *quasi-узупруктуарій* ищетъ по обязательству, не *утверждая*, что онъ представилъ обезпеченіе, или что безъ такового наслѣдники уступили ему требованіе,—ибо въ такомъ случаѣ притязаніе къ должнику не обосновано надлежащимъ образомъ. Ср. Seuffert. Archiv, т. 11 н. 164, т. 20, н. 208, т. 30 н. 82. Часто положенія, выведенныя изъ конструкціи *quasi-узупрукта* переносятся на узупруктъ въ собственномъ смыслѣ; ср. Windscheid, т. 1 § 204 пр. 7. Это кажется намъ ошибочнымъ.

¹²⁾ Спорно, имѣетъ ли узупруктуарій право на плоды отъ вещи уже и въ то время, когда онъ еще не представилъ обезпеченія. Часто отрицаютъ это на основаніи l. 24 D. de usu leg. 33, 2, по которой при *quasi-узупруктѣ* на обязательства право

Cautio usufructuaria заключалась въ *satisfactio*, т. е. въ обеспеченіи посредствомъ поручительства ¹³). По пандектному (общему) праву достаточно установление залога, а въ случаяхъ, когда иной гарантіи нельзя получить, достаточно считается присяга, то есть юраторная *cautio*, которая, правда, въ дѣйствительности уже не есть *cautio* ¹⁴).

Уже по позднѣйшему римскому праву встрѣчаются видоизмѣненія узупрукта, при которыхъ нѣтъ *cautio usufructuaria*. Таковъ именно узупруктъ отца на *bona adventitia* домочадцевъ ¹⁵).

Пандектное (общее) право и во многихъ другихъ случаяхъ освобождаетъ отъ *cautio usufructuaria*. Между прочимъ, даритель не обязанъ представить обеспечение одаренному, если онъ подарилъ послѣднему право собственности, а удержалъ въ свою пользу узупруктъ ¹⁶) ¹⁷).

Въ Римѣ не допускалось освобожденіе отъ *cautio usufructuaria* по завѣщательному распоряженію, такъ какъ она составляла необходимую принадлежность настоящаго узупрукта ¹⁸). По пандектному (общему) праву предоставленіе такой льготы допустимо ¹⁹)— хотя это и спорно,—какъ въ сдѣлкахъ на случай смерти, такъ

на проценты начинается только съ представленіемъ *cautio*. Но и это основывается на особенной конструкціи пользовладѣнія требованіями. *Quasi-узупруктуарій* лишь посредствомъ цессіи, которая по времени совпадаетъ съ *cautio*, становится кредиторомъ, т. е. управомоченнымъ на пользовладѣніе. На узупруктъ, въ собственномъ смыслѣ, по нашему мнѣнію, это не распространяется; ср. впрочемъ Glück, т. 9 стр. 489 и сл., Windscheid, т. 1 § 204 пр. 7.

¹³) l. 13 pr. D. de usu fr. 7, 1; l. 5 § 1; l. 7 pr. D. usu fr. quemadm. caveat. 7, 9, Paul. sent. III 6 § 27; Стипуляція о поручительствѣ имѣетъ значеніе только для стипулянта и его наследниковъ. Поэтому, если стипулянтъ отчуждаетъ вещь, то нужна новая *cautio*, которую можетъ требовать новый собственникъ. l. 3 § 4 D. usufr. quemadm. caveat. 7, 9.

¹⁴) Stryk, usus modernus h. t. §§ 2 и 3, Lauterbach, coll. theor. pract. h. t. § 10 и цитированные тамъ авторы, Holzschuher, т. 2 § 116 цифр. 12; Seuffert, Arch. т. 15 н. 105. См. также выше § 167 пр. 8.

¹⁵) Ср. ниже т. 3 §§ 33, 34

¹⁶) Seuffert, Archiv. т. 31 н. 207. Отъ обязанности представить обеспечение свободна также вдова мейера, пользовавшаяся на мейерскомъ правѣ крестьянскимъ дворомъ, которая по смерти своего мужа продолжаетъ его хозяйство Seuffert, Archiv. т. 32 н. 157.

¹⁷) Герм. гр. ул. § 1051 ограничивается предписаніемъ: «Если вслѣдствіе поведенія узупруктуарія вызывается опасеніе существеннаго ущерба правамъ собственника, то собственникъ можетъ потребовать обезпеченія». Ср. также § 1067 ч. 2.

¹⁸) l. 7 C. ut in possessionem legatorum 6, 54. Alexander; Scire debetis fideicommissi quidem et legati satisfactioem remitti posse divum Marcum et divum Commodum constituisse: ut autem boni viri arbitrato is, cui usus fructus relictus est, utatur fruatur, minime satisfactioem remitti testamento posse. То же и въ l. 6 pr. D. ut in poss. 36, 4. Ср. l. 1 C. de usufr. 3, 33. Vat. fragm. § 69.

¹⁹) R. G. т. 13 стр. 170, иначе Seuffert, Archiv, т. 42 н. 226. Хотя нѣкоторыя сообщаемыя въ Archiv'ѣ Seuffert'a рѣшенія считаютъ недѣйствительнымъ завѣщатель-

и между живыми. Ибо, коль скоро обязанности узуфруктуарія возникают безусловно, *ipso jure*, *cautio* больше не представляет изъ себя существеннаго элемента. Недѣйствительность завѣщательнаго освобожденія отъ *cautio* была только выводомъ и должна была терять значеніе, когда тотъ принципъ, изъ котораго она вытекала, измѣнился.

2. Узуфруктуарій долженъ поступать, какъ заботливый хозяинъ ²⁰⁾ поступаетъ. Всякая провинность его и его людей обязываетъ его къ возмѣщенію убытковъ ²¹⁾.

Поэтому онъ долженъ содержать вещь въ надлежащемъ состояніи ²²⁾ личными стараніями и издержками изъ собственныхъ своихъ средствъ. Между прочимъ онъ обязанъ обрабатывать сельско-хозяйственные участки ²³⁾, прочищать канавы, возстановлять плотины, озаботиться пополненіемъ виноградниковъ, фруктовыхъ садовъ ²⁴⁾, восполнять инвентарь ²⁵⁾, чинить строенія ²⁶⁾.

При всемъ томъ, эти обязанности ограничиваются текущими издержками, которыя требуются регулярно, изъ-году въ-годъ хотя бы и въ различныхъ формахъ ²⁷⁾. Сюда слѣдуетъ отнести лишь

ное освобожденіе отъ *cautio*, однако признають дѣйствительнымъ «присоединенное къ отказу собственности *уловіе* не лишать силы назначенное въ пользу узуфруктуарія освобожденіе отъ *cautio*». Такъ, Archiv, т. 23 н. 281. Это все равно, что на словахъ солиности запрещеніе ремиссии, а на дѣлѣ устранять его. Поэтому эта оговорка отвергается, тамъ же т. 25, н. 144. Но договоръ о наследованіи, по Archiv, т. 30 н. 122, долженъ быть достаточнымъ для освобожденія отъ обезпеченія!—Противъ дѣйствительности освобожденія отъ обезпеченія высказывается и Windscheid, начиная съ 5-го изд., т. 1 § 204, пр. 9.

²⁰⁾ l. 1 § 3 D. usu fr. q. a. m. caveat 7, 9 «facturum, quae in re sua faceret», Paulus sent. III 6 § 27 «omnia se usurum ac si optimus paterfamilias uteretur». Ср. герм. гр. ул. § 1036 ч. 2.

²¹⁾ l. 65 pr. D. de usu fructu 7, 1. Pomponius libro 5 ex Plautio: Sed cum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licet usum fructum derelinquere paratus sit: debet enim omne quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere.

²²⁾ Узуфруктуарій отвѣчаетъ, если по его винѣ какія либо права будутъ потеряны пропускомъ давности, или если третье лицо пріобрѣтетъ что либо давностнымъ владѣніемъ l. 15 § 7 D. de usu fructu 7, 1, l. 1 § 7 D. usufr. quemadm. caveat 7, 9.

²³⁾ l. 13 § 2 D. de usu fructu 7, 1.

²⁴⁾ § 38 J. de rer. div. 2. 1 l. 18 D. de usu fr. 7, 1. Ср. впрочемъ также l. 59 pr. D. eod., гдѣ вѣроятно имѣются въ виду вѣтроломъ и чрезвычайныя издержки на дополнительную посадку лѣса.

²⁵⁾ l. 9 § 6 D. de usu fr. 7, 1.

²⁶⁾ Объ обязанности узуфруктуарія страховать вещь, ср. герм. гр. ул. §§ 1046, 1047.

²⁷⁾ Ср. Petrazyski, Einkommen I стр. 163. Также герм. гр. ул. § 1041: Узуфруктуарій долженъ заботиться о поддержаніи вещи въ ея хозяйственномъ состояніи. Поправки и улучшенія лежатъ на немъ лишь постольку, поскольку они входятъ въ понятіе обычнаго поддержанія вещи.

умѣренные издержки, чрезвычайные же расходы, напр. издержки на капитальный ремонтъ узупруктуарнаго строения—падаютъ на собственника ²⁸⁾.

Иной разъ узупруктуарій обязанъ доводить до свѣдѣнія собственника о необходимости капитальнаго ремонта и принимать временныя предохранительныя мѣры ²⁹⁾.

Затѣмъ узупруктуарій долженъ нести повинности, лежащія на вещи, т. е. публичныя подати и повинности, а также и поземельныя повинности, основанныя на частно-правовыхъ титулахъ ³⁰⁾.

Если вещь заложена въ обезпеченіе процентнаго долга, то, по римскому праву, уплата процентовъ остается принципиально дѣломъ личнаго должника, такъ какъ заложенная вещь отвѣчаетъ по обезпечиваемому его требованію лишь акцессорно. Напротивъ, при современной ипотека въ общемъ правилу, проценты, причитающіеся по ипотечнымъ долгамъ, которые ко времени установленія узупрукта обременяли участокъ, долженъ уплатить узупруктуарій, такъ какъ вообще намѣренію заинтересованныхъ лицъ соответствуетъ, чтобы узупруктуарій получалъ только чистый доходъ, состоящій, по правиламъ оборота, въ излишкѣ, остающемся по вычетѣ процентовъ по ипотечнымъ долгамъ. Это покоится на основномъ различіи между римскою и современною ипотекою ³¹⁾.

²⁸⁾ l. 7 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi Celsus scribit libro 18 digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat.—т. е. чтобы онъ содержалъ въ исправности крышу:—si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti. unde Celsus de modo sarta tecta habendi quaerit, si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet quoniam et alia onera agnoscit usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta l. 7 C. de usu fructu 3, 33. Само собою понятно, что, если узупруктуарій самъ виновенъ въ томъ, что требуется капитальный ремонтъ, то онъ долженъ произвести его изъ своихъ собственныхъ средствъ.

²⁹⁾ Ср. герм. гр. ул. § 1042.

³⁰⁾ Ср. приведен. выше въ прим. 28—l. 7 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Относительно обремененія алиментами см. Pernice Parerga II въ Zeitschrift der Sawignystiftung rom. Abth., т. 5 стр. 77 и сл. Старая доктрина общаго права полагала, что узупруктуарій можетъ за чрезвычайныя повинности, напр. по случаю войны, поскольку онъ превысилъ выгоды отъ вещи, требовать съ собственника вознагражденія; ср. Glück, т. 9 стр. 259 и то, что тамъ приведено. Это соответствуетъ справедливости и цѣли института узупрукта. Ср. Petrażycki Einkommen I, стр. 164 пр. 1. По герм. гр. ул. § 1047 узупруктуарій не несетъ чрезвычайныхъ обремененій, которыя слѣдуетъ считать обременяющими капитальную цѣнность вещи.

³¹⁾ Такъ же герм. гр. ул. § 1047.

Собственникъ можетъ предъявлять искъ къ узуфруктуарию еще пока длится узуфруктъ ³²⁾. Но онъ можетъ выступить со своими претензіями и по окончаніи узуфрукта.

3. По окончаніи узуфрукта вещь должна быть возвращена со всѣми ея принадлежностями ³³⁾. Каждая сторона можетъ озаботиться составленіемъ описанія и *инвентаря* вещи при ея выдачѣ ³⁴⁾, причемъ сторона либо домогается признанія описи противною стороною, либо обезпечиваетъ себѣ иныя достаточныя доказательства. Это составляетъ основу для реституціоннаго требованія.

Издержки на вещь, къ производству которыхъ узуфруктуарій не былъ обязанъ, должны быть возмѣщены ему собственникомъ, если онѣ были сдѣланы съ его *согласія* или же обусловливаютъ право на вознагражденіе по началамъ *negotiorum gestio* ³⁵⁾. Собственникъ можетъ по тѣмъ же основаніямъ требовать возмѣщенія произведенныхъ имъ издержекъ, которыя лежали на узуфруктуаріи ³⁶⁾ ³⁷⁾.

§ 249. Quasi-узуфруктъ ¹⁾.

Рядомъ съ узуфруктомъ въ собственномъ смыслѣ на основаніи сенатскаго постановленія неизвѣстнаго наименованія и времени былъ поставленъ узуфруктъ не въ собственномъ смыслѣ или *quasi-узуфруктъ* ²⁾. Хозяйственные дѣли обоихъ институтовъ одни и тѣ же, но ихъ юридическая форма весьма различна.

Въ самомъ дѣлѣ: при *quasi-узуфруктъ* узуфруктуарій становится собственникомъ объекта узуфрукта съ правомъ *полагать*

³²⁾ Въ этомъ случаѣ судья опредѣляетъ «etiam in futurum quemadmodum uti frui debet», l. 13 § 1 D. de usu fr. 7, 1. Ср. и герм. гр. ул. § 1053, 1054.

³³⁾ Ср. выше пр. 7.

³⁴⁾ l. 1 § 4 D. usufr. quemadm. caveat 7, 9. Ср. Seuffert, Archiv, т. 13 н. 105. ср. герм. гр. ул. §§ 1034, 1035.

³⁵⁾ l. 7 C. de usu fr. 3, 33; ср. Elvers, ук. соч. стр. 534. См. впрочемъ и l. 15 пр. D. de usu fr. 7, 1. Petrazycki, Eincommen I стр. 309 подъ цифр. 4; герм. гр. ул. § 1049.

³⁶⁾ l. 48 пр. D. de usu fructu 7, 1; ср. также l. 50 eod.: Elvers, ук. соч. стр. 507.

³⁷⁾ По герм. гр. ул. § 1057 установлена 6-ти-мѣсячная исковая давность для притязаній обѣихъ сторонъ.

¹⁾ Tit. Dig. 7, 5 de usu fr. eorum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. Bürkel, Beiträge zur Lehre von Niessbrauch, стр. 1 и сл., Hanausek, die Lehre von dem uneigentlichen Niessbrauch noch gemeinem Recht 1879.

²⁾ l. 1 D. h. t. 7, 5. Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur possit usus fructus legari. Обстоятельно объ этомъ постановленіи сената говорить Bürkel, ук. соч. стр. 25.

распоряженія; только личное обязательство его къ возвращенію цѣльности по истеченіи времени узуфрукта обезпечиваетъ другой сторонѣ капиталъ.

Въ однихъ случаяхъ quasi-узупруктъ является единственной формой, посредствомъ которой достижимы цѣли узупрукта, въ другихъ—для устанавлиющаго узупруктъ лица открыты обѣ формы, какъ настоящій, такъ и ненастоящій узупруктъ.

1. Настоящій узупруктъ невозможенъ относительно *потребляемыхъ вещей*, напр. денегъ, хлѣба, вина. Ибо пользование ими сводится къ потребленію, то есть къ уничтоженію субстанціи ³⁾. А сохраненіе субстанціи относится къ существу настоящаго узупрукта.

Итакъ узупруктъ на такіе объекты можетъ быть лишь quasi-узупруктомъ. Узупруктуарій становится *собственникомъ* и долженъ представить обезпеченіе въ возвращеніи вещей. Если рѣчь идетъ не о деньгахъ, а о потребляемыхъ вещахъ иного рода, то каждая сторона при передачѣ права собственности можетъ требовать опредѣленія современной цѣны и возвращенія вещей деньгами ⁴⁾. Ибо цѣлямъ этого института не соответствуетъ, чтобы участники были подвержены риску отъ колебаній цѣнъ.

Платье не является потребляемою вещью. Поэтому относительно его мыслимъ настоящій узупруктъ. Однако, при обычномъ пользованіи одежда въ короткое время изнашивается, такъ что по истеченіи узупрукта она большею частью становится безцѣнною. Поэтому относительно платья естественнымъ является quasi-узупруктъ, и его слѣдуетъ предположить при отсутствіи особой оговорки со стороны участвующихъ лицъ или особаго назначенія узупруктуарной вещи, напр. въ качествѣ театрального гардероба, указывающихъ на настоящій узупруктъ ⁵⁾.

Относительно другихъ тѣлесныхъ вещей узупруктъ бываетъ

³⁾ Мыслимо, чтобы кому либо пользованіе потребляемыми вещами было предоставлено съ тѣмъ, чтобы онъ не могъ ихъ потреблять, чтобы, напр., золотая монета лежала въ витринѣ мѣняльной лавки. Napausek, ук. соч. стр. 15.—Если бы это случилось—это бываетъ не часто,—то въ этомъ нѣтъ состава узупрукта, а особаго рода ограниченное право пользованія.

⁴⁾ l. 7 D. de usu fr. eor. ger. 7, 5. Иного мнѣнія Napausek, ук. соч. стр. 30 и Windscheid т. 1, § 206 пр. 3. По герм. гр. ул. § 1067 обязанность узупруктуарія при quasi-узупруктѣ состоитъ лишь въ возвращеніи стоимости, которую имѣли вещи во время установленія пользованія.

⁵⁾ § 2 I. de usu fructu 2, 4; l. 15 §§ 4 и 5 D. de usufr. 7, 1; l. 9 § 3 D. usufr. quemadm. caveat. 7, 9. Ср. по этому вопросу наши прежнія изданія.

обыкновенно настоящимъ. Но по *особому соглашенію* участвующихъ лицъ онъ можетъ быть и *ненастоящимъ* ⁶⁾.

2. Quasi-узупруктъ возможенъ также и относительно обязательствъ ⁷⁾ ⁸⁾. Узупруктуарій получаетъ цессію (уступку) требованія, представляя обезпеченіе въ возвращеніи его по истеченіи узупрукта. На основаніи цессіи онъ дѣлается кредиторомъ, но вслѣдствіе *cautio* онъ въ хозяйственномъ смыслѣ является только управомоченнымъ къ пользованію. Въ случаѣ могущаго быть освобожденія отъ *cautio*, она замѣняется письменнымъ или молчаливымъ принятіемъ узупруктуаріемъ на себя обязанности возвращенія.

Обширнѣе всего — права quasi-узупруктуарія относительно требованій, имѣющихъ своимъ объектомъ *деньги* или иныя *замѣнимыя вещи*. Онъ можетъ получить капиталъ. По окончаніи узупрукта онъ долженъ реституировать ту сумму, которую онъ получилъ, или которую онъ долженъ былъ взыскать ⁹⁾.

⁶⁾ Bürkel, ук. соч. стр. 6 и сл. Если отказанъ узупруктъ на объекты, которые наследодатель держалъ для продажи, то по большей части подразумѣвается quasi-узупруктъ, хотя бы эти объекты и не были потребляемыми. Напр., если вдова получила пользованіе имуществомъ умершаго своего мужа, занимавшагося антикварной книжной торговлей, то ея узупруктъ на книги долженъ считаться не настоящимъ.

⁷⁾ I. 3 D. h. t. 7, 5. Ср. Hanausek, d. uneigentliche Niessbrauch стр. 89, Stammer, der Niessbrauch an Forderungen, ein Beitrag zur Lehre vom Rechte an Rechten, 1880; Mansbach, der Niessbrauch an Forderungen, 1880. Тамъ см. литературу. По герм. гр. ул. § 1068 и сл. объектомъ узупрукта можетъ быть каждое отчуждаемое право.

⁸⁾ Здѣсь проблема «право на право» выступаетъ на первый планъ. Ей Windscheid, т. 1, посвятилъ особый § 48^a и многочисленны остроумныя разъясненія новѣйшихъ изслѣдователей, ср. Mansbach, ук. соч. стр. 1 и Hanausek, ук. соч. стр. 43; см. также Kohler, pfandrechtliche Forschungen, стр. 46. Собственно говоря, вопросъ въ томъ, возможны ли вещныя права на чужія вещи, между прочимъ узупруктъ и залоговое право, въ видѣ «вещныхъ правомочій» — только на тѣлесныя вещи, или же они могутъ существовать и относительно правъ. Современное право знаетъ такія права на угодія (Gerechtigkeiten), которыя считаются недвижимостью, напр. право на горный промыселъ. Относительно ихъ безъ сомнѣнія встрѣчаются поземельныя повинности, права пользованія. Итакъ понятіе права на право не можетъ считаться «невозможнымъ». Другой вопросъ, знаетъ ли римское право такого рода права на права. Этому нельзя доказать. Римское право ограничиваетъ вещныя права тѣлесными вещами.

⁹⁾ Ср. I. 24 pr. D. de usu et usufr. per. leg. 33, 2; см. далѣе I. 3 D. h. t. 7, 5 и I. 1 C. de usufructu 3, 33. Въ источникахъ матеріалъ очень скуденъ. Основныя черты института тѣмъ не менѣе можно распознать. Справедливо замѣчаетъ Bürkel, ук. соч. стр. 62. «Въ этихъ отрывкахъ узупруктуарій требованія обязывается къ представленію *cautio* по сенатскому постановленію. Если бы, — какъ полагаютъ нѣкоторые, — узупруктуарій имѣлъ только право пользованія процентами, то не было бы никакого основанія для *cautio*». Онъ, такимъ образомъ, имѣетъ право свободнаго распоряженія капиталами. Противоположныя мнѣнія Hanausek, критикуетъ, ук. соч. стр. 92. По герм. гр. ул. § 1074 узупруктуарій управомоченъ на взысканіе или на заявленіе отказа (Kündigung), но не на иныя распоряженія. Если требованіе направлено на потребляемыя вещи, то онъ пріобрѣтаетъ на нихъ право собственности, § 1075 ч. 2. Объ узупруктѣ на требованія, по которымъ уплачиваются проценты, см. § 1076 и сл.

Права quasi-узуфруктуарія ограниченнѣе при требованіяхъ, объектъ которыхъ опредѣляется *видовыми* признаками. Узуфруктуарій можетъ требовать объектъ или отыскивать его въ судебномъ порядкѣ ¹⁰⁾. Но на переданные ему объекты онъ получаетъ не право собственности, а настоящей узуфруктъ ¹¹⁾.

При предоставленіи узуфрукта на долгосрочное процентное требованіе можетъ быть намѣреніе, чтобы одаренный пожизненно *пользовался процентами*. Такое распоряженіе конечно дѣйствительно. Но въ этомъ случаѣ *не* имѣется *узуфрукта* въ юридическомъ смыслѣ, ни настоящаго, ни ненастоящаго. Здѣсь нѣтъ ничего кромѣ уступки требованія процентовъ.

Одаренный по прекращеніи отношенія ничего не обязанъ реституировать и поэтому ни въ чемъ не представляетъ обезпеченія ¹²⁾.

3. Нерѣдко встрѣчается узуфруктъ на какое нибудь *состояніе* или *имущество въ цѣломъ* или на отдѣльную долю его. Это само по себѣ есть ничто иное какъ *сумма узуфруктныхъ правъ* на отдѣльныя составныя части имущества, и очень часто не только на принадлежащія въ него въ началѣ узуфрукта объекты, но и на входящія въ него позже. По свойству отдѣльныхъ объектовъ узуфруктъ является либо узуфруктомъ въ собственномъ смыслѣ или не въ собственномъ смыслѣ.

По обременяющимъ имущество *домамъ* и послѣ установленія узуфрукта продолжаетъ отвѣчать *собственникъ*, они и потому не обязываютъ узуфруктуарія. Но собственникъ имѣетъ право, а относительно своихъ кредиторовъ даже обязанъ удерживать въ свою пользу изъ имущества столько, сколько необходимо для покрытія долговъ ¹³⁾.

Часто узуфруктъ на все имущество соединенъ съ управленіемъ имъ, напр. при отцовскомъ узуфруктѣ. Тогда узуфруктуарій

¹⁰⁾ Также герм. гр. ул. § 1074.

¹¹⁾ Ср. герм. гр. ул. § 1075 ч. 1: Съ исполненіемъ обязательства должникомъ относительно узуфруктуарія кредиторъ пріобрѣтаетъ объектъ обязательства, а узуфруктуарій—узуфруктъ на объектъ.

¹²⁾ Относительно узуфрукта на права иного рода, ср. мое preuss. Privatrecht, т. 1 § 286, Hanausek ук. соч. стр. 136 и сл. Объ узуфруктѣ на выигранныя бумаги на предъявителя: Brandes, Gött. In.—Diss. 1891; герм. гр. ул. § 1083 ч. 2.

¹³⁾ I. 69 D. ad legem Falcidiam 35, 2, l. 43 D. de usu et usufr. per leg. 33, 2, герм. гр. ул. § 1085 и сл. Поэтому узуфруктуарій отвѣчаетъ передъ кредиторами собственника лично только по отношенію процентовъ и другихъ повторяющихся дѣйствій, и лишь тогда, когда право на такія дѣйствія возникло до установленія узуфрукта, но узуфруктуарій имѣетъ *право* удовлетворить кредиторовъ.

имѣеть право на отчужденія, которыя требуются въ интересахъ управленія ¹⁴⁾). Должники сына могутъ искать съ отца уплату долговъ его сына изъ имущества послѣдняго и въ случаѣ присужденія отца онѣ могутъ взыскивать слѣдующія имъ деньги изъ имущества сына ¹⁵⁾).

§ 250. Личные сервитуты съ ограниченнымъ содержаніемъ.

1. Въ римской жизни образовались кромѣ узурфрукта особые виды личныхъ сервитутовъ съ ограниченнымъ содержаніемъ, имѣющіе техническія наименованія и строго опредѣленный объемъ ¹⁾).

а) Ближе всего къ узурфрукту стоялъ *usus*. Онъ давалъ право полного *пользованія безъ извлеченія плодовъ* ²⁾ ³⁾). Именно, узурарій долженъ былъ лично пользоваться и обладать вещью; перенесеніе осуществленія права не дозволялось ⁴⁾).

Вполнѣ строго, однако, это не было выдержано. Между прочимъ, пользователь узурарій дома могъ, живя лично въ домѣ, принимать къ себѣ своихъ, т. е. свою семью и прислугу, а также приличныхъ гостей и столующихся у него. Только отдѣльная отдача въ наемъ ему не разрѣшалась ⁵⁾).

Точно также пользователю не отказывали въ извлеченіи плодовъ во всѣхъ его видахъ. Именно, пользователь парка могъ брать для себя и своихъ цвѣты, овощи, фрукты, но сборъ плодовъ дозволялся только для потребленія, но не для продажи ⁶⁾).

Тщетно пытались вывести эти черты изъ *понятія* чистаго пользованія ⁷⁾). Сами римляне объясняли это тѣмъ, что послѣдняя воля

¹⁴⁾ Kohler въ Iherings Jahrb. т. 24 н. 4.

¹⁵⁾ § 3 J. de acqu. per adrog. 3, 10, l. 8 § 4 C. de bonis quae liberis adque 6, 61.

¹⁾ Tit. Dig. de usu et habitatione 7, 8, Inst. de usu et habitatione 2, 5.

²⁾ l. 1 D. h. t. 7, 8. Gajus libro 7 ad edictum provinciale . . . constituitur etiam nudus usus id est sine fructu; l. 2 D. eod. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. Cp. объ usus Thibaut, Versuche, т. 1, ч. 3; Scheurl въ Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, т. 15, н. 2; Bechmann, Inhalt und Umfang des Personalservitut des usus, 1861.

³⁾ Прежняя доктрина учила, что usus есть право пользованія вещью въ предѣлахъ *необходимой потребности*—«Nothdurft». Thibaut, ук. соч. доказалъ, ссылаясь на l. 4, l. 10 § 3, l. 12 pr. § 2 D. h. t. 7, 8, что это не соответствуетъ источникамъ.

⁴⁾ l. 11 D. h. t. 7, 8.

⁵⁾ l. 4, 5, 6, 7 D. h. t. 7, 8.

⁶⁾ l. 12 § 1 D. h. t. 7, 8. Объ usus pecoris cp. l. 12 § 2 D. cit.

⁷⁾ Cp. Puchta, Pand. § 179, Instit. т. 2, § 255; Scheurl und Bechmann, ук. соч., но см. Windscheid, т. 1 § 207, пр. 6.

умершаго ⁸⁾ должна быть истолкована *широко*. Въ житейскомъ быту къ правомочіямъ пользователя относились не слишкомъ строго. Такимъ образомъ составилось обыкновеніе, которое народныя воззрѣнія и юриспруденція признали справедливымъ.

b) *Habitatio*—*личное право на жилье*—имѣло свойства алиментовъ и потому и аномальный характеръ ⁹⁾. Его считали ¹⁰⁾ болѣе фактическимъ, нежели юридическимъ отношеніемъ. Поэтому оно не прекращалось при *capitis deminutio* или путемъ непользованія. Уступка въ пользованіи права на жилье,—хотя бы и посредствомъ даренія ¹¹⁾,—не дозволялась; однако дозволялось изъ гуманности использование его посредствомъ отдачи въ наемъ ¹²⁾.

c) Не менѣе аномальны были права на *operae servorum et animalium*. И они не прекращались при *capitis deminutio* ¹³⁾ или вслѣдствіе продолжительнаго непользованія, но прекращались въ случаѣ приобрѣтенія раба по давности ¹⁴⁾. Они могли передаваться по наслѣдству ¹⁵⁾ и были отчуждаемы.

Habitatio и *operae servorum* возникали преимущественно на основаніи завѣщательныхъ распоряженій въ пользу лицъ, не имѣвшихъ римской правоспособности, въ особенности въ пользу перегриновъ. Имъ нельзя было завѣщать гражданскихъ правъ собственности, *узифрукта*, но такого рода маловажныя вспоможенія можно было завѣщать имъ ¹⁶⁾.

⁸⁾ l. 12 § 2 D. h. t. 7, 8 . . . neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.

⁹⁾ Thibaut, civilistische Abh. n. 2; тамъ приведена старая литература; Huschke, zur Lehre von der habitatio въ Archiv f. civ. Pr. т. 63 стр. 462 и сл.

¹⁰⁾ l. 10 D. de cap. min. 4, 5. Modestinus libro 8 differentiarum: Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat: videlicet quia tale legatum in facto potius quam in jure consistit; см. далѣе l. 8 пр. § 1 D. de transact. 2, 15, Savigny т. 2 стр. 110.

¹¹⁾ l. 10 пр. D. h. t. 7, 8. Ihering въ его Jahrb. т. 12 стр. 342, хочеть вмѣсто «locare» читать «donare»; напротивъ Huschke, ук. соч.

¹²⁾ Такъ l. 13 § 1 C. de usufr. et habit. 3, 33; судя по § 5 J. h. t. 2, 5 среди древнихъ юристовъ и Marcellus дозволялъ отдачу въ наемъ.

¹³⁾ l. 2 D. de operis servorum 7, 7.

¹⁴⁾ l. 2 D. de usu per leg. 33, 2.

¹⁵⁾ l. 2 D. de usu per leg. 33, 2 правда утверждаетъ только «quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit». Этимъ, впрочемъ, прежде всего, какъ разъясняетъ Windscheid т. 1 § 208 пр. 8, объявляется наслѣдуемымъ только отказъ, а не основываемое на отказѣ право. Но преемственность отказа предполагаетъ, что и основанное уже на немъ право также преемственно.

¹⁶⁾ Впрочемъ пользователь, а также тотъ, кому завѣщаны были *habitatio* или *operae servorum*, долженъ былъ представить *cautio*, l. 5 § 3 D. usufr. quemadmodum caveat, 7, 9.

Пандектному (общему) праву чужды эти три типа римскихъ ограниченныхъ личныхъ сервитутовъ. Они основывались на римскомъ обычаѣ, котораго придерживался наслѣдодатель, отказывая *usus*, или *habitatio*, или *operae servorum*. Въ *германскомъ* быту нѣтъ ничего подобнаго. Если бываетъ,—что возможно, но случается рѣдко,—что наслѣдодатель завѣщаетъ кому либо личное пользованіе безъ права извлеченія плодовъ, или чисто личное право жительства, то это не тождественно съ тѣмъ, что римскій обычай и юриспруденція понимали подъ *usus* и *habitatio*. Объемъ предоставленныхъ правъ долженъ опредѣляться выраженіями и смысломъ завѣщательнаго распоряженія, а также и конкретными обстоятельствами. Такимъ образомъ тотъ, кому завѣщано пользованіе безъ права извлеченія плодовъ, не имѣетъ тѣхъ правъ на плоды, какія имѣлъ римскій узuarій, а кто получилъ право жительства лично, тотъ въ силу этого еще не можетъ отдавать помѣщенія въ наемъ ¹⁷⁾.

2. Бываетъ, что опредѣленные, *отдѣльные права пользованія* ¹⁸⁾ дѣлаются содержаніемъ личного сервитута. Въ особенности это случается относительно правомочій, которыя обыкновенно устанавливаются въ качествѣ предіальныхъ сервитутовъ, напр. дорожныя, водныя права, право на лѣсъ ¹⁹⁾. Такія права называютъ обыкновенно *иррегулярными личными сервитутами*.

Германскому праву не безызвѣстны также и наслѣдственные правомочія подобнаго рода, напр. лѣсныя сервитуты (*Holzgerechtigkeiten* ²⁰⁾).

¹⁷⁾ Мнѣнія относительно практической примѣнимости *usus*, *habitatio*, *operae servorum* очень различны. За значеніе *usus* и *habitatio* для пандектнаго права Windscheid, т. 1 § 207 пр. 6; ср. далѣе, что тамъ приведено. Brinz, т. 1 стр. 796 старается отказать «услугѣ» подчинить правиламъ *operae servorum*, такъ какъ и свободныя лица могутъ нести *operae*. Но вещное право на человѣка теперь невозможно.

¹⁸⁾ Противоположное старается вывести Richard Cohnfeldt, *die s. g. irregulären Servituten*, 1862; это изслѣдованіе—хорошо написанное—конечно никого не могло убѣдить. О новой литературѣ см. Windscheid, т. 1, § 202 пр. 2.

¹⁹⁾ l. 32 D. de usu fructu 7, 1, l. 4, l. 37 D. de serv. praed. rust. 8, 3, l. 6 D. de serv. leg. 33, 3, l. 14 § 3 in fine D. de alim. leg. 34, 1, l. 1 D. de usu et usu fructu 33, 2.

²⁰⁾ По герм. гр. ул. §§ 1090 и сл., какъ ограниченный личный сервитутъ, можетъ быть установлено только право пользоваться участкомъ въ отдѣльныхъ отношеніяхъ (см. пр. 18), затѣмъ право на жилье. Права эти не преемственны и неотчуждаемы; пользованіе ими также можетъ быть уступлено другому только тогда, «если право уступки предоставлено». Объемъ ихъ, при сомнѣніи, опредѣляется личными потребностями субъекта, но управомоченный на жилье можетъ принять въ квартиру свою семью и лицъ, нужныхъ для ухода и для услугъ соотвѣтственно его положенію.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Возникновеніе и прекращеніе сервитутовъ.

§ 251. Установленіе сервитута по юридической сдѣлкѣ.

Сервитуты возникаютъ на основаніи *юридическихъ сдѣлокъ, давностнаго владѣнія, судебного рѣшенія* и непосредственно *въ силу закона.*

Юридическія сдѣлки суть: или договоры между живыми, или завѣщательныя распоряженія. Здѣсь насъ занимаетъ только договоръ. Спрашивается: кто въ правѣ установить, кто въ правѣ пріобрѣтать сервитутныя права, какъ совершается договоръ?

1. Безусловно управомоченъ на *установленіе* сервитутовъ только *собственникъ* обременяемой вещи ¹⁾. Соучастники въ общей собственности должны всѣ выражать согласіе ²⁾; одинъ только узупруктъ, являющійся дѣлимимъ правомъ, отдѣльный соучастникъ можетъ самостоятельно установить относительно своей идеальной доли ³⁾. На время своихъ правомочій эмпитевты и суперфициаріи тоже могутъ устанавливать сервитутъ ⁴⁾; точно также и публиціанскій владѣлецъ можетъ установить сервитутъ съ относительнымъ значеніемъ, то есть съ юридическимъ значеніемъ для установившаго сервитутъ и всѣхъ тѣхъ, кто уступаетъ ему ⁵⁾.

2. *Пріобрѣтать личные сервитуты* можетъ всякій, то есть какъ юридическое, такъ и физическое лицо.

¹⁾ l. 6 pr. D. comm. praed. 8, 4. Имѣющія вещное значеніе запрещенія отчуждать препятствуютъ и установленію сервитутовъ; ср. выше § 217 пр. 6.

²⁾ Выше § 241.

³⁾ Выше § 246 пр. 14.

⁴⁾ l. 1 pr. D. q. m. u. a. 7, 4; l. 1 § 9 D. de superficibus, 43, 18.

⁵⁾ Главный аргументъ—аналогія съ залоговымъ правомъ, l. 18, l. 21 § 1 D. de pign. 20, 1. Спорно, пріобрѣтаетъ ли публиціанское сервитутное право тотъ, кто добросовѣстно пріобрѣлъ сервитутъ отъ *недобросовѣстнаго владѣльца*. Аналогія съ залоговымъ правомъ говоритъ противъ такого мнѣнія, ср. Arndts § 191 пр. 2. Другіе, напр. Windscheid, т. 1 § 217 пр. 9—раздѣляютъ его. Можно сослаться на то, что существуетъ давностное владѣніе сервитутомъ, но не залоговымъ правомъ. Но пріобрѣтеніе по давности сервитута очень своеобразно. Оно не требуетъ титула. Владѣніе сервитутомъ по давности, поэтому, не достаточно для обоснованія публиціанскаго иска. l. 11 § 1 D. de Publ. in rem act. 6, 2—выше § 239 пр. 4—не содержитъ рѣшенія этого вопроса; она предполагаетъ установленіе сервитута собственникомъ вещи въ нецивильной формѣ.

Предіальныя сервитуты можетъ приобрѣтать собственникъ участка, въ пользу котораго они служатъ; соучастники въ общей собственности должны *всѣ* принимать участіе въ приобрѣтеніи сервитута ⁶⁾. Эмфитевты и суперфициаріи тоже могутъ приобрѣтать сервитуты для владѣемаго ими участка ⁷⁾, узифруктуаріи не имѣютъ на это права ⁸⁾, публиціанскіе владѣльцы разсматриваются имѣющими на это право, какъ собственники ⁹⁾.

3. Установленіе происходитъ или *самостоятельно*, или по *побочнымъ сдѣлкамъ* при отчужденіи ¹⁰⁾.

Такія побочныя сдѣлки суть или оговорки объ удержаніи для себя сервитута (*Vorbehalte*) или о признаніи сервитута отчуждающимъ. Послѣдній можетъ сохранить за собой или узифруктъ ¹¹⁾ на отчуждаемый участокъ, или предіальный сервитутъ для пользы другого участка, оставляемаго имъ за собою ¹²⁾. Онъ можетъ далѣе тотъ участокъ, который онъ оставляетъ за собою, обременить предіальнымъ сервитутомъ въ пользу другого, отчуждаемаго участка, при отчужденіи его ¹³⁾.

Иные въ удержаніи (*Vorbehalt*) въ свою пользу сервитута видятъ частичное *сохраненіе* существующаго права, такъ что отчуждающій сохраняетъ какъ бы изъ суммы принадлежащихъ ему правъ господства отдѣльную составную часть, какъ бы осколокъ своей собственности. Такое пониманіе этого явленія невѣрно. Право

⁶⁾ Ср. выше § 241.

⁷⁾ Указаній въ источникахъ нѣтъ.

⁸⁾ l. 15 § 7 D. de usu fructu 7, 1.

⁹⁾ Источники не даютъ отвѣта, ср. Elvers, ук. соч. стр. 696, Windscheid, т. 1 § 212 пр. 7. Сохраняется ли сервитутъ, приобрѣтенный для участка эмфитевтомъ, по прекращеніи эмфитевзиса, въ пользу собственника, подобно тому, какъ установленный публиціанскимъ владѣльцемъ достается настоящему собственнику участка, послѣ того какъ въ его пользу отсужденъ участокъ? Этотъ вопросъ споренъ. Но характеру земельныхъ сервитутовъ соответствуетъ утвердительный отвѣтъ. Иначе это не былъ бы настоящій предіальный сервитутъ, соединенный съ участкомъ. А какъ разъ онъ то и имѣется въ виду. Эмфитевтъ суперфициарій, публиціанскій собственникъ занимаютъ положеніе собственника. Это должно подтвердиться и здѣсь. Иначе Windscheid, ук. соч.

¹⁰⁾ Brinz, т. 1 стр. 793.

¹¹⁾ l. 32 D. de usu fructu 7, 1. Ср. Gaj. Inst. II § 33, Vat. fragm. § 47.

¹²⁾ l. 5, l. 6 пр. § 1. l. 10 D. communia praediorum 8, 4.

¹³⁾ l. 6 пр. D. communia praediorum, 8, 4. Удержаніе для себя и признаніе сервитута возможны и молчаливо. Напримѣръ, если собственникъ двухъ участковъ на одномъ имѣетъ пивоваренный заводъ и для снабженія такового водою имѣетъ на другомъ водопроводъ, то въ случаѣ перенесенія собственности на пивоваренный заводъ, водопроводъ считается предоставленнымъ, какъ сервитутъ, такъ какъ онъ раньше существовалъ фактически, R. G. т. 13 стр. 249. G. Weigert, z. L. v. d. Stillschweigen-den Servitutbestellung. Inaug.—Diss. Kassel 1887.

собственности есть полное господство, сервитутъ есть право пользования; они несоизмѣримы; вслѣдствіе сложенія или вычитанія они не могутъ перейти одно въ другое. Поэтому правильно то, что сохраненіе за собою сервитута при отчужденіи есть *созданіе* правъ, которыхъ до тѣхъ поръ еще не было. Поэтому при такой оговоркѣ объ удержаніи сервитута должны быть налицо всѣ условія установленія вновь сервитутовъ, и удержанные сервитуты не могутъ имѣть другихъ особенностей и значенія, чѣмъ сервитуты установленные самостоятельными сдѣлками ¹⁴⁾.

3. Достаточно ли для установленія сервитута одного договора, или необходима кромѣ того quasi-традиція? Это все еще неразрѣшенная знаменитая контроверза пандектнаго (общаго) права ¹⁵⁾.

Въ защиту необходимости quasi-традиціи ссылаются на аналогію съ передачей собственности. Но эта аналогія не есть необходимость ¹⁶⁾. Владѣніе для сервитутныхъ правъ не имѣетъ того значенія, какъ для права собственности. И историческое развитіе было иное.

По древне-римскому цивильному праву сервитуты въ Италіи устанавливались между живыми только посредствомъ *in jure cessio* и *mancipatio*. *In jure cessio* была обычной формой; посредствомъ *mancipatio* можно было устанавливать сельскіе сервитуты, которые были *res mancipi* ¹⁷⁾. Эти формы были непримѣнимы къ провинціальнымъ участкамъ, такъ какъ послѣдніе не состояли въ цивильной собственности ихъ владѣльцевъ. Здѣсь установленіе сервиту-

¹⁴⁾ Ср. выше § 81 пр. 6. Dernburg, Pfandrecht, т. 1 стр. 272; ср. Freisen, Vorbehalt von dinglichen Rechten. Paderborn 1881.

¹⁵⁾ За установленіе посредствомъ одного договора высказывается Savigny въ своихъ Vorlesungen, и затѣмъ E. S. Schmidlein, de servitutibus per pactum constituendis Gött. 1823, также въ Archiv. f. civ. Pr. т. 9, н. 9. Также Michelsen въ Arch. f. civ. Pr. т. 8, н. 14. Основную защиту этого мнѣнія далъ въ новое время Schmidt von Ilmenau въ Beckers Jahrb., т. 3 н. 9. Ему подчинилось большинство новыхъ, между прочимъ Windscheid, т. 1 § 212 пр. 1 и Arndts § 188 пр. 1. Кромѣ Vangerow, т. 1 § 350 за необходимость quasi-традиціи стоятъ Brinz, т. 1 стр. 792, Karlowa, Rechtsgeschäft стр. 123, Lenel въ Pherings Jahrb. т. 19 стр. 183.

¹⁶⁾ Нерѣдко ищутъ рѣшенія вопроса въ l. 20 C. de pactis 2, 3 Диоклециана и Максимиана. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Но что это выраженіе относится лишь къ праву собственности—dominium,—а не ко всѣмъ вещнымъ правамъ, на это указываетъ упоминаніе usucapio, которой нѣтъ при сервитутахъ. Утвержденіе Vangerow'a—стр. 753,—что по принципамъ римскаго права по договорамъ *могутъ* возникнуть только обязательства, но не вещное право, очевидно есть petitio principii. Теперь противники болѣе не ссылаются на этотъ аргументъ, который имѣлъ для Vangerow большое значеніе.

¹⁷⁾ Gaj. Inst. II §§ 29 и 30.

товъ происходило посредствомъ «*ractiones et stipulationes*»¹⁸⁾. Что означаетъ этотъ двойной актъ? По моему мнѣнію, въ немъ заключалась комбинація древняго права перегриновъ—*ractiones*—и римскаго института—*stipulationes*. Безъ сомнѣнія сервитуты, особенно у грековъ, у которыхъ безформенность сдѣлокъ была правиломъ, устанавливались обыкновенно посредствомъ безформенныхъ вещныхъ договоровъ. Римляне, послѣ покоренія, оставили это въ силѣ относительно провинціальныхъ участковъ, но ихъ мысль, проникнутая формами, требовала придатка—стипуляціи. Содержаніемъ ея было обѣщаніе, что промиттентъ и его наслѣдникъ не должны мѣшать стипулятору и его наслѣдникамъ въ осуществленіи сервитута, а въ случаѣ нарушенія этого обязательства уплачиваютъ условленный штрафъ. Такія стипуляціи, понятно, означаютъ только личное обязательство промиттента и его наслѣдниковъ. Но въ нихъ видятъ въ то же время утвержденіе предшествующаго вещнаго договора объ установленіи сервитута и доказательство его серьезности¹⁹⁾.

Въ императорскій періодъ въ Италіи часто вмѣсто обременительныхъ цивильныхъ формъ установленія довольствовались простымъ предоставленіемъ пользованія сервитутомъ, т. е. *quasi-традиціею*

¹⁸⁾ На это указываетъ Gaj. Inst. II § 31 . . . in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive jus eundi . . . ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

¹⁹⁾ Нерѣдко защищаютъ мнѣнія, что первоначально римляне основывали на *ractiones* и *stipulationes*, только *личныя* обязательства промиттента и его наслѣдниковъ о предоставленіи осуществленія сервитута и что только значительно позже въ этихъ сдѣлкахъ стали вѣдѣть *непосредственное установленіе* сервитута. Такъ, Windscheid, т. 1 § 212 пр. 1. Это, какъ справедливо замѣчаетъ Lenel, ук. соч. стр. 184, совершенно невѣроятно. Въ самомъ дѣлѣ: а) если бы рѣчь шла только о личномъ обязательствѣ, то было бы достаточно стипуляціи, а «*ratio*» была бы непонятнымъ излишкомъ; б) въ провинціяхъ съ высокой культурой, напр. въ Сициліи, должно было быть употребительнымъ установленіе сервитутовъ и до завоеванія ея римлянами. Какъ могли бы римляне придти къ тому, чтобы сдѣлать здѣсь невозможнымъ приобрѣтеніе сервитутовъ и предоставить участвующимъ сторонамъ только личныя обязательства, которыя не могли быть достаточными; в) Gaj. Inst. II § 31 разсматриваетъ *ractiones* и *stipulationes* какъ формы установленія сервитутовъ, не ссылаясь на другое болѣе древнее состояніе права.—Изъ этой двойной сдѣлки очевидно *ratio* является вещнымъ договоромъ, направленнымъ на предоставленіе сервитута. Это указываетъ Theophilus II 3 § 4 и это слѣдуетъ изъ существа стипуляціи. Ибо стипуляціи выражаютъ обѣщаніе дѣйствія, т. е. дѣланія или недѣланія со стороны обѣщающаго, и такого рода были и стипуляціи при установленіи сервитутовъ; ср. l. 2 § 5, l. 4 § 1, l. 38 § 6, l. 75 § 7, l. 85 § 3 D. de verb. obl. 45, 1. Karlowa, ук. соч. стр. 224. Все это убѣждаетъ разсматривать *ratio*, какъ установительный актъ для сервитутовъ у перегриновъ, которому римляне сообщали прочность, требуя стипуляціи. Стипуляція не должна была, какъ полагаютъ Karlowa и Lenel, быть *суррогатомъ традиціи*, этого она не могла и, когда стипуляція вводилась, мысль, что сервитуты могутъ быть устанавливаемы посредствомъ передачи, была еще чужда римлянамъ.

со стороны собственника обремененной вещи. Она получила защиту у претора ²⁰⁾.

Наконецъ юстиніановское право не знаетъ болѣе установленія сервитутовъ посредствомъ *in jure cessio* и *mancipatio*. Но съ тѣхъ поръ, относительно объектовъ всякаго рода, оно могло происходить двоякимъ образомъ: или, по древнему провинціальному праву, посредствомъ *ractiones* и *stipulationes* ²¹⁾, или, по италійскому обычаю—черезъ *quasi-традицію*.

Что же получается въ общемъ для пандектнаго (общаго) права? Стипуляціи чужды пандектному праву. Несправедливо выводятъ изъ этого нѣкоторые, будто теперь сервитуты стало возможнымъ устанавливать только путемъ *quasi-традиціи*, а не договора ²²⁾. Стипуляція устраняется вслѣдствіе принципа безформенности договоровъ. Придаatokъ этотъ такимъ образомъ отпалъ, но зерно сдѣлки, договоръ объ установленіи сервитута, не тронуть. Итакъ сервитуты по пандектному праву устанавливаются только однимъ договоромъ.

Противоположное мнѣніе приходитъ къ результату, что меньшее значеніе формъ въ пандектномъ (общемъ) правѣ привела къ болѣе сложной формѣ установленія сервитутовъ, именно къ необходимости *quasi-традиціи*. Съ этимъ нельзя согласиться ²³⁾.

§ 252. Приобрѣтеніе сервитутовъ по давности ¹⁾.

Приобрѣтеніе сервитутовъ по давности имѣло въ Римѣ измѣнчивую судьбу. Первоначально *usucapio* примѣнялась и къ сервитутамъ, такъ что осуществленіе сервитута черезъ короткое время

²⁰⁾ l. 11 § 1 D. de Publiciana 6, 2, приведенный выше § 239 прим. 4; l. 1 pr. D. q. m. usufr., 7, 4; l. 9 § 1 D. usufr. quemadm. 7, 9, l. 3 D. si usus fr. 7, 6; l. 1 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3; l. 16 D. si serv. vind. 8, 5.

²¹⁾ § 1 l. de usu fr. 2, 4; § 4 l. de serv. 2, 3; l. 3 pr., l. 25 § 7 D. de usu fructu 7, 1; l. 33, l. 36 D. de serv. pr. r. 8, 3. Vangerow, ук. соч. стр. 716 хочетъ, правда, «по смыслу юстиніановскаго законодательства, въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ приводятся *ractionis et stipulationis*, считать *quasi-традицію* подразумѣвающеюся само собою», что является прямо таки отчаянной попыткой.

²²⁾ Такъ Karlowa, ук. соч. стр. 227, Lenel, ук. соч. стр. 186. Они защищаются особенно тѣмъ заявленіемъ, что *stipulationes* играли роль «суррогата традиціи». Ср. объ этомъ пр. 19.

²³⁾ По герм. гр. ул. для установленія *узифрукта* на движимыя вещи требуется передача, а для установленія его же на земельные участки—внесенія въ вотчинную книгу, ср. §§ 1032, 873.

¹⁾ Muther, die Ersitzung der Servituten 1852; тамъ, стр. 1 пр. 1, см. болѣе старую литературу. Hedemann, Erwerbung und Schutz d. Serv. 1864, Alfred Böhm, ü. d. Ersitz ländl. Dienstb. Greifswald. Inaug.—Diss. 1893.

превращалось въ право. Это оказалось настолько обременительнымъ и вреднымъ, что lex Scribonia совершенно уничтожила usucariū сервитутовъ ²⁾.

Этимъ изъ одной крайности вдалились въ другую. Льготныя условія usucariū влекли за собою ту опасность, что сосѣдскія одолженія, а также и узурпаціи обращались въ права. Противодѣйствовать этому было цѣлесообразно. Но полная отмѣна пріобрѣтенія сервитутовъ по давности имѣла свою слабую сторону. Въ самомъ дѣлѣ, давно существующія сервитутныя права часто съ теченіемъ времени не могутъ быть подкрѣплены ссылкой на ихъ первоначальное правооснованіе, пришедшее въ забвеніе; тогда они находятъ себѣ защиту въ институтѣ давностнаго владѣнія, по которому достаточно долголѣтняго осуществленія этихъ правъ. Отмѣна давностнаго пріобрѣтенія сервитутовъ отнимаетъ такимъ образомъ именно у наиболѣе хорошо обоснованныхъ и старѣйшихъ правъ необходимую защиту.

И дѣйствительно, въ императорскую эпоху пришлось ввести новый видъ пріобрѣтенія сервитутовъ по давности—longa possessio ³⁾. Этотъ институтъ рѣзко отличался ⁴⁾ отъ пріобрѣтенія по давности права собственности—usucariū. Для longa possessio требуется:

²⁾ l. 4 § 28 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum. Libertatem servitutum usucari posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutum constituebat. non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. Ср. выше § 219 цифр. 1. Впрочемъ спорятъ, распространялась ли древняя usucariū на всѣ сервитуты или только на отдѣльные виды, именно на servitutes praediorum urbanorum. Последнее утвержд. м. проч. Löhr, Magazin f. Rechtswissenschaft т. 3 тер. 1 н. 3 стр. 120 и сл. и Vangerow, т. 1 § 351; первое вполне справедливо признаетъ Schmidt въ Bekkers, Jahrb. т. 3 стр. 247 пр. 2. Ср. также Voigt, über d. Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen, 1875.

³⁾ l. 10 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 53 ad edictum: Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedissee. l. 5 § 3 D. de itinere 43, 19, l. 1 § ult. D. de aqua 39, 3, l. 28 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 1, l. 2 C. de serv. 3, 34, l. 12 in f. C. de praescr. longi temp. 7, 33.

⁴⁾ Ср. l. 10 § 1 D. de usurp. 41, 3. Ulpianus libro 16 ad edictum: Hoc jure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint. Здѣсь отрицается usucariū сервитутовъ, а вовсе не отвергается пріобрѣтеніе посредствомъ существовавшей различной longa possessio. Это мнѣніе, по нашему убѣжденію, имѣло значеніе и для юстиніановскаго права. Примѣнимость давностнаго владѣнія къ сервитутамъ здѣсь отвергается. Другія объясненія см. у Vangerow, т. 1 § 351 стр. 763. Hedemann, ук. соч. стр. 1 и сл. отрицаетъ на основаніи этого мѣста всякаго рода пріобрѣтеніе сервитутовъ по давности. Онъ видитъ въ longa possessio только презумцію пріобрѣтенія, которая можетъ потерять силу вслѣдствіе «возраженія о несуществованіи сервитута»! Но источники говорятъ о «tempore acquiriti», напр. l. 28 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

а) долгодѣтнее осуществленіе; полагался срокъ въ 10 лѣтъ, если владѣющій по давности и собственникъ имѣли жительство въ одной и той же провинціи,—*inter praesentes*—и 20 лѣтъ, если они жили въ разныхъ провинціяхъ—*inter absentes* ⁵⁾);

б) чтобы сервитутъ осуществлялся, какъ право ⁶⁾, и

с) чтобы въ теченіе всего времени сервитутъ не осуществлялся ни *vi* ⁷⁾, ни *clam* ⁸⁾, ни *precario* по отношенію къ собственнику, то есть, чтобы не было ни *usurpatio*, ни злоупотребленія любезностью ⁹⁾).

Источники не изъемяютъ никакого вида сервитутовъ изъ этого способа приобрѣтенія по давности. Поэтому неправильно было, когда одни пожелали исключить непостоянные ¹⁰⁾, другіе личные, третьи отрицательные сервитуты ¹¹⁾).

⁵⁾ Zimmerн въ своихъ и Neustetel'евскихъ *römischrechtliche Untersuchungen* утверждаетъ, что для *longa possessio* сервитутовъ нѣтъ опредѣленнаго срока, онъ опредѣляется по усмотрѣнію судьи. Но уже Paulus, sent V 5a § 8 говоритъ *longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur*. Далѣе Юстиніанъ въ l. 12 § 4 C. de praescript. longi temporis, 7, 33, рѣшаетъ, установивъ понятіе *praesentia*, когда требуется 10 л., и *absentia*, когда нужно 20 лѣтъ: *eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti usus jure consistunt*; это можетъ только относиться къ приобрѣтенію по давности сервитутовъ. Менѣе доказателемъ l. 2 C. de servit. 3, 34 вслѣдствіе ненадежности текста: «*rerum immobilium*», на мѣсто котораго Krüger ставитъ «*mobiliium*».

⁶⁾ l. 25 D. quemadmodum serv., 8, 6; l. 7 D. de itiner. 43, 19; l. 1 § 19 D. de aqua cott. 43, 20. Приобрѣтеніе сервитута по давности можетъ установиться и посредствомъ владѣльческихъ дѣйствій, предпринятыхъ держателемъ сервитута на служащемъ участкѣ въ убѣжденіи, что ему принадлежитъ право собственности. Ибо, какъ правильно выводитъ R. G. т. 4 стр. 137, т. 7 стр. 146: касающіяся приобрѣтенія сервитута по давности мѣста источниковъ не требуютъ ничего большаго, какъ того, чтобы приобрѣтающій осуществлялъ его съ намѣреніемъ пользоваться правомъ; несущественно, чтобы это дѣлалось съ сознаниемъ юридической природы этого права.

⁷⁾ И въсудебнаго возраженія собственника достаточно, чтобы владѣніе несубъекта сдѣлать насильственнымъ въ смыслѣ давностнаго приобрѣтенія, l. 2 C. de serv. 3, 34; R. G. т. 1 стр. 104.

⁸⁾ R. G. т. 25 стр. 145. Это не означаетъ, что требуется, въ качествѣ особаго реквизита *scientia* собственника. Только въ случаѣ его невѣдѣнія осуществленіе часто окажется тайнымъ, *clam*. Этимъ объясняется, l. 2. C. de serv. 3, 34, подчеркивающая *eo sciente*.

⁹⁾ Споренъ вопросъ, долженъ ли истецъ указать и доказать, что онъ осуществляетъ сервитутъ не силою, не тайно и не прекарно. За это кажется говорить приведенная выше, въ прим. 3, l. 10 pr. D. de serv. vind. 8, 5. Ср. Seckendorf въ *Arch. f. civ. Pr.* т. 4 стр. 89 и сл. Между тѣмъ по общимъ началамъ о бремени доказыванія требуются лишь «чтобы владѣльческія дѣйствія, указываемыя въ судебномъ спорѣ давностнымъ владѣльцемъ, казались не насильственными, не тайными и не прекарными, съ тѣмъ, однако, чтобы въ противномъ случаѣ, доказательства наличности этихъ недостатковъ владѣнія доставлялись противникомъ при доказываніи его отвѣта и возраженій R. G. т. 1 стр. 103.

¹⁰⁾ Уже въ глоссѣ *quaesisti* къ l. 2. C. de serv. 3, 34 и forte totъ къ l. 10 D. de serv. vind. 8, 5 выражается взглядъ, что *servitutes discontinuae* могутъ быть приобрѣтены только путемъ незапамятной давности. Долгое время это было господствующимъ мнѣніемъ; оно усвоено и Reichskammerricht'омъ. Myusinger, *observat. ca-*

Чрезвычайно спорные вопросы породило слѣдующее обстоятельство. Прежняя доктрина пандектнаго права придавала условіямъ *приобрѣтѣнія по давности права собственности* значеніе общихъ реквизитовъ *всякой приобретаемой давности*, и, естественно, распространяла ихъ и на *давностное приобретѣніе сервитутовъ*. Согласно съ этимъ она требовала и для приобретѣнія по давности сервитутовъ того же титула, какъ и для давностнаго приобретѣнія права собственности. Впослѣдствіи отъ этого отступились, именно потому, что давностное приобретѣніе сервитутовъ представляется явленіемъ особаго рода¹²⁾. Затѣмъ было исключено давностное приобретѣніе сервитутовъ на допускающія *usucapio* вещи, между прочимъ на вещи фиска и для нихъ потребовали экстраординарную давность. Это тоже чуждо источникамъ, но все же новая теорія и практика преимущественно придерживаются такого правила¹³⁾.

Наконецъ, *bona fides* равнымъ образомъ не требовалась по римскому праву. Но согласно съ реципированными началами каноническаго права она должна быть.

Нарушеніе начатаго давностнаго владѣнія сервитутомъ происходитъ тогда, когда владѣлецъ начинаетъ осуществлять сервитутъ

meral. sent. IV obs. 6 и 53 и въ видѣ обычая распространилось на многія территоріи, см. между прочимъ Pfeiffer, *practische Ausführungen*, т. 2, стр. 116, т. 7 стр. 266. Но уже въ предыдущемъ столѣтіи этотъ взглядъ рѣшительно оспаривался. Въ новѣйшее время энергично выступилъ противъ него Savigny, *System*, т. 4 стр. 480. Въ подкрѣпленіе недопущенія приобретѣнія по давности для *servitutes discontinuae* преимущественно ссылались на l. 3 § 4 D. de aqua cott. 43, 20 Помпонія и на l. 26 D. de aqua pluvia 39, 3 Сцеволы. Но тамъ не обозначены особо *servitutes «discontinuae»*, а напротивъ говорится о необходимости незапамятной давности для приобретѣнія *водопроводнаго* сервитута. Мы объясняемъ это тѣмъ, что ко времени составленія этихъ мѣстъ владѣніе сервитутами по давности не получало еще общаго признанія, такъ что только незапамятность давала защиту. Другія толкованія приводитъ Savigny, ук. соч. Но какъ бы то ни было, мѣста никомъ образомъ не указываютъ на то, чтобы непостоянные сервитуты, не могли быть приобретены по давности. Примѣнимость давности провель R. G. т. 3 стр. 210 для всей территоріи общаго права, гдѣ была противоположная судебная практика.

¹¹⁾ Такъ Bessel въ *Arch. f. civ. Pr.* т. 13 стр. 410; противъ, Windscheid, т. 1 стр. 213 пр. 10.

¹²⁾ Титула требуетъ еще Muther, ук. соч. § 13; ср. напротивъ Vangerow, т. 1 § 351 стр. 764, Windscheid, т. 1 § 213 пр. 7. И R. G. т. 4 стр. 137 не требуетъ титула.

¹³⁾ Общее мнѣніе раздѣляютъ, между прочимъ, Vangerow, т. 1 § 351 п. 5 и Windscheid, т. 1 § 213 пр. 9, въ послѣднее время R. G. т. 6 стр. 202, т. 25 стр. 190; иначе Puchta § 188 пр. m., Brinz т. 1 стр. 793. Главный доводъ общаго мнѣнія заключается въ томъ, что нельзя понять, почему право собственности можетъ приобретаться относительно фиска лишь по экстраординарной давности, а для сервитутнаго права, могущаго болѣе или менѣе обезцѣнить право собственности, требуется лишь обычный давностный срокъ. Но здѣсь идетъ рѣчь не объ одинаковомъ институтѣ давностнаго приобретѣнія, а объ институтахъ, которые имѣли исторически самостоятельное развитіе и не всегда развивались параллельно.

vi, clam или ptesario. Поэтому оно наступаетъ съ предъявленіемъ иска со стороны собственника. Ибо въ этомъ дѣйствіи заключается запрещеніе, которое дальнѣйшему осуществленію сервитута придаетъ насильственный ¹⁴⁾ характеръ.

§ 253. Рѣшеніе суда и законъ.

При посредствѣ суда сервитуты могутъ быть непосредственно установлены въ *процессахъ о раздѣлѣ имущества* ¹⁾.

Затѣмъ судъ, въ случаяхъ крайней необходимости, можетъ присудить ²⁾ къ установленію дорожнаго сервитута за опредѣленное вознагражденіе. Предполагается, что удовлетворительная эксплуатация участка истца невозможна безъ такой необходимой дороги (Nothweg). Искъ долженъ быть предъявленъ къ собственнику того сосѣдняго участка, который удобенъ для проложенія дороги. Отвѣтчикъ можетъ возражать, что другой сосѣдь былъ бы менѣе отягощенъ проложеніемъ дороги.

Ipsa jure во многихъ случаяхъ возникаетъ, въ силу семейно-правовыхъ отношеній, такъ наз. законный узупфруктъ ³⁾.

§ 254. Прекращеніе сервитутовъ.

Сервитуты прекращаются вслѣдствіе отпаденія условій ихъ существованія, вслѣдствіе отреченія и вслѣдствіе непользованія.

Они прекращаются:

¹⁴⁾ По герм. гр. ул. § 1033 узупфруктъ на движимую вещь пріобрѣтается по давностному владѣнію аналогично съ давностнымъ пріобрѣтеніемъ права собственности. Относительно недвижимостей герм. гр. ул. знаетъ только такъ наз. Tabularergitzung, т. е. пріобрѣтеніе по давности для записанныхъ въ вотчинную книгу ненадлежащихъ сервитуту-владѣльцевъ, ср. § 900. Между тѣмъ установленіе, т. е. также и давностное пріобрѣтеніе сервитутовъ, и по вступленіи въ силу герм. гр. ул. происходитъ по прежнимъ законамъ до тѣхъ поръ, пока не открыта вотчинная книга: Einf. Gesetz, арт. 189.

¹⁾ l. 6 § 1 D. de usu fr. 7, 4; l. 16 §§ 1 и 2; l. 22 § 3 D. fam. erg. 10, 2. Ср. l. 18 D. comm. div. 10, 3. Герм. гр. ул. это чуждо.

²⁾ Римское право дозволяло принужденіе къ предоставленію дороги лишь въ религиозныхъ интересахъ, а именно къ недоступнымъ иначе могиламъ, l. 12 pr. D. de religiosis 11, 7. По древнѣйшимъ германскимъ источникамъ напротивъ часто признавались притязанія на Nothweg, особенно вынуждаемые черезполосностью участковъ деревенскихъ жителей, ср. Kraut, Grundriss, § 98 н. 13 и сл. Отсюда возникъ обычай общаго права, дополнившій римское правило. Ср. впрочемъ Menzel, das Recht des Nothwegs, Wien 1896, Sonderabdruck aus den Juristischen Blättern n. 19 и сл.; см. далѣе герм. гр. ул. § 917.

³⁾ Ср. ниже ст. 3 §§ 33, 34.

а) если *служащая* вещь *уничтожается* или становится *непригодной* для сервитута, юридически ли, становясь *extra commercium* ¹⁾, или фактически, теряя свои естественныя свойства, на коихъ основывался сервитутъ,—напр. навсегда изсякаетъ источникъ, изъ котораго питался водопроводъ, служившій сосѣднему участку ²⁾.

Въ частности *узуфруктъ* прекращается, вслѣдствіе существеннаго *измѣненія* служащей вещи, вслѣдствіе котораго становится невозможнымъ бывшій до сихъ поръ способъ пользованія. Поэтому пользовладѣніе домомъ прекращается въ случаѣ разрушенія дома пожаромъ, обваломъ или вслѣдствіе снесенія его; узуфруктъ также не сохраняется на площадь подъ домомъ. Точно также возведеніе на огородномъ участкѣ наемнаго дома ³⁾ приводитъ къ прекращенію узуфрукта на огородъ. Для узуфрукта на цѣлое состояніе это не имѣетъ значенія ⁴⁾.

б) Далѣе, предѣльный сервитутъ прекращается, если уничтожается *господствующій* участокъ, напр. вслѣдствіе подмыва, сползанія земли ⁵⁾. Смерть пользовладѣльца ставитъ узуфрукту предѣлъ. Наслѣдники могутъ быть вновь призываемы къ узуфрукту. Узуфруктъ въ пользу юридическаго лица уничтожается вмѣстѣ съ прекращеніемъ юридическаго лица ⁶⁾. Но такое прекращеніе—явле-

¹⁾ Ср. l. 17 пр. D. de usu fructu, 7, 1. Однако по пандектному (общему) праву сервитутъ уничтожается по необходимости только тогда, когда онъ стоитъ въ противорѣчій съ общественнымъ назначеніемъ вещи.

²⁾ l. 24 пр. § 1 D. quibus modis usus fructus am. 7, 4.

³⁾ Древнее правило гласило: «rei mutatione interire usum fructum», l. 5 § 2 D. quib. modis. us. fr. am. 7, 4. Но съ позднѣйшимъ развитіемъ узуфрукта оно больше не согласуется. Этотъ принципъ основывается на томъ взглядѣ, что узуфруктуарію должно предоставить ту *специфическую выгоду*, которую приноситъ вещь. Но согласно дальнѣйшему развитію института узуфрукта послѣдній имѣетъ цѣлью укрѣпить за узуфруктуаріемъ *денежный доходъ* съ извѣстнаго предмета. Лишь такое пониманіе объясняетъ допустимость отчужденія осуществленія узуфрукта. Оно послѣдовательно должно вести къ тому, чтобы игнорировать измѣненіе въ способѣ пользованія вещью, лишь бы вещь оставалась та же. Впрочемъ различіе римскими юристами «существеннаго» измѣненія, которое приводитъ къ прекращенію узуфрукта, отъ несущественнаго, которое на немъ не отражается, сводится къ производу. Превращеніе лѣса въ пахотную землю должно считаться существеннымъ, превращеніе виноградника въ пашню—несущественнымъ, l. 6—l. 12 D. q. m. u. a. 7, 4. Иначе Karlowa, Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 546.—Если существенное измѣненіе исходитъ отъ собственника, то онъ «ex testamento» или «de dolo» обязанъ къ вознагражденію узуфруктуарія. Герм. гр. ул. не знаетъ «существеннаго измѣненія служащей вещи», какъ основанія для прекращенія узуфрукта.

⁴⁾ l. 34 § 2 D. de usu fructu 7, 1.

⁵⁾ Онъ не прекращается, если господствующій участокъ будетъ дерелинквированъ. Windscheid, т. 1, § 215 пр. 3. Fadda въ Studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini, 1892, стр. 73; напротивъ—Czyhlarz, Fots. v. Glück, т. 1 стр. 126.

⁶⁾ l. 21 D. q. m. u. a. 7, 4.

ніе необычное. Поэтому, въ предотвращеніе несогласнаго съ нормальнымъ узупруктомъ постояннаго обезцѣненія права собственности, классическіе юристы опредѣлили продолжительность узупрукта юридическаго лица въ 100 лѣтъ, какъ крайній предѣлъ человеческой жизни и вмѣстѣ съ тѣмъ и узупрукта физическаго лица ⁷⁾). Но съ тѣхъ поръ какъ стало допускаться установленіе, по особому соглашенію, наслѣдственнаго узупрукта, надо считать допустимымъ и установленіе, согласно особому волеизъявленію, узупрукта юридическаго лица на срокъ, превышающій 100 лѣтъ. Такимъ образомъ только въ случаяхъ сомнѣнія пользовладѣніе прекращается по прошествіи 100 лѣтъ ⁸⁾).

с) Узупруктъ прекращается *консолидаціею*, когда пользовладѣлецъ по безповоротному основанію пріобрѣтаетъ право собственности на служащую вещь ⁹⁾); *конфузіею* прекращается предіальный (поземельный) сервитутъ, если право собственности на господствующій и служащій участки соединяется въ однѣхъ рукахъ ¹⁰⁾). Прекращенный конфузіею сервитутъ не возобновляется въ случаѣ позднѣйшаго отчужденія одного изъ участковъ. Въ этомъ случаѣ возможно только новое установленіе прежняго сервитута ¹¹⁾ ¹²⁾).

2. *Отреченіе* со стороны управомоченнаго приводитъ къ прекращенію сервитута. Оно можетъ быть одностороннимъ—дерелик-

⁷⁾ l. 56 D. de usu fructu 7, 1. Gajus libro 17 ad edictum provinciale: An usufructus nomine actio municipibus dari debeat quaesitum est: periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret . . . qua ratione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usufructu. sed tamen placuit dandam esse actionem. unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usu fructu municipales: et placuit centum annos tuendos esse municipales, quia is finis vitae longaevi hominis est.

⁸⁾ Такъ Windscheid, т. 1 § 215 пр. 8 и приведенные у него авторы. Иначе герм. гр. ул. § 1071 «Если сервитутъ принадлежитъ юридическому лицу, то прекращается вмѣстѣ съ нямъ».

⁹⁾ § 3 J. de usu fructu 2, 4. Finitur autem usus fructus . . . si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur. Ср. l. 17 D. qb. mod. u. a. 7, 4. l. 35 D. de bonis libert. 38, 2. По § 1063 герм. гр. ул. консолидація бываетъ только тогда, когда рѣчь идетъ о движимыхъ вещахъ; однако узупруктъ не считается прекратившимся, если собственникъ имѣетъ юридическій интересъ въ продолженіи узупрукта.

¹⁰⁾ l. 1 D. quemadmodum serv. am. 8, 6. Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit. О положеніи: servitus per partes relinetur ср. выше § 241 пр. 5. герм. гр. ул. отстранило конфузію какъ основаніе прекращенія вещныхъ правъ на участки, ср. § 889.

¹¹⁾ Сервитутное право снова оживаетъ, если сдѣлка о пріобрѣтеніи права собственности отмѣняется съ обратной силою, l. 57 пр. D. de usu fr. 7, 1; ср. l. 7 пр. D. de fundo dotali 23, 5. Можетъ возникнуть и обязанность къ восстановленію сервитута.

¹²⁾ l. 30 пр. D. de S. пр. н. 8, 2. О такъ наз. относительности (Relativität) консолидаціи и конфузіи ср. ниже § 273 пр. 4.

ція,—то есть не нуждаться въ принятіи со стороны собственника служащей вещи ¹³⁾. Достаточно даже и молчаливаго отреченія; оно между прочимъ состоитъ въ согласіи управомоченнаго на сервитутъ на такія измѣненія служащей вещи, которыя дѣлаютъ невозможнымъ дальнѣйшее постоянное осуществленіе сервитута ¹⁴⁾.

3. Наконецъ сервитуты прекращаются вслѣдствіе *непользованія* ими—*non usus* ¹⁵⁾.

Личные сервитуты ¹⁶⁾ и *сельскіе сервитуты* ¹⁷⁾ прекращаются вслѣдствіе одного *непользованія*—особый видъ погасительной давности. Пользованіе не означаетъ здѣсь дѣятельности; напротивъ, соотвѣтственное состояніе считается пользованіемъ, напр. постоянное протеканіе воды по водопроводу ¹⁸⁾. Не требуется того, чтобы управомоченный на сервитутъ лично проявлялъ дѣятельность. Узуфруктъ поддерживается осуществленіемъ его и со стороны арендатора, покупщика, одареннаго ¹⁹⁾; предіальный сервитутъ, далѣе, сохраняется

¹³⁾ Спорно, достаточно ли односторонняго отреченія, или необходимо, кромѣ того, еще принятіе отреченія со стороны собственника. Этотъ вопросъ имѣетъ существенное значеніе для узуфрукта, который можетъ быть соединенъ съ обремененіями, которыя превышаютъ доходъ даннаго времени, такъ что собственникъ можетъ быть заинтересованъ, въ непринятіи въ данный моментъ отреченія отъ узуфрукта. По древне-римскому праву требовалась *in jure cessio* сервитута собственнику, для того, чтобы сервитутъ прекратился,—т. е. требовалось участіе собственника; но надо замѣтить, что одна часть римскихъ юристовъ допускала прекращеніе сервитута также и въ случаѣ *in jure cessio* постороннему (*extraneus*), такъ что субъектъ сервитута, по ихъ мнѣнію, могъ лишиться сервитута значенія и безъ участія собственника. ср. выше § 246 пр. 5. Въ юстиніановскомъ правѣ только говорится о *cedere usum fructum domino proprietatis* или о *concedere*; § 3 J. de usu fr. 2, 4; ср. l. 21 D. de serv. pr. u. 8, 2; l. 20 D. de serv. pr. r. 8, 3; l. 17 D. comm. pr. 8, 4. Но принятія этой уступки со стороны собственника не требуется. L. 64 и l. 65 pr. D. de usu fr. 7, 1 считаютъ «*derelinquere usum fructum*» законнымъ. Такимъ образомъ достаточно односторонняго отказа отъ узуфрукта для его прекращенія. Иначе Windscheid, т. 1 § 215 пр. 11; ср. Meissels въ *Grünhuts Zeitschr.*, т. 18, стр. 689, также Thon въ *Archiv f. s. Pr.*, т. 80 стр. 83 ул. Какъ здѣсь, такъ и въ герм. гр. ул., §§ 1064, 1072 относительно узуфрукта на движимыя вещи и права, § 875—относительно узуфрукта на участокъ.

¹⁴⁾ l. 8 D. quemadm. serv. 8, 6. Paulus libro 15 ad Plautium: Si stillicidii immittendi jus babeam in aream tuam et permisero jus tibi in ea area aedificandi, stillicidii immittendi jus amitto, et similiter si per tuum fundum via mihi debeatur et permisero tibi in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere, amitto jus viae. Дозволеніе можетъ состоять и въ простомъ терпѣніи построекъ. Но не всякое знаніе о сооружеіи, не сопровождаемое протестомъ, есть дозволеніе; ср. герм. гр. ул. § 1028.

¹⁵⁾ Герм. гр. ул. не знаетъ этого основанія для прекращенія сервитутовъ.

¹⁶⁾ § 3 J. de usu fructu 2, 4, l. 25 D. quib. mod. ususfr. am. 7, 4.

¹⁷⁾ l. 6 D. de serv. praed. urb. 8, 2.

¹⁸⁾ l. 12 D. quemadm. serv. 8, 6.

¹⁹⁾ Въ l. 38 и l. 39 D. de usu fructu 7, 1. Gajus и Marcianus утверждаютъ, что сервитутъ осуществляетъ также и тотъ, кто продаетъ свое право осуществленія «*quia, qui pretio fruitur, non minus habere intellegitur, quam qui principali re utitur fruitur*». Это очень искусственно. Ульпіанъ, въ l. 29 пр. § 1 quib. mod. usufr. 7, 4 справедливо не признаетъ этого взгляда.

и въ томъ случаѣ, если приносить пользу господствующему участку, хотя бы это происходило при посредствѣ домочадцевъ и прислуги собственника, или черезъ посредство третьяго лица, или даже недобросовѣстнаго владѣльца участка ²⁰⁾ ²¹⁾). Причина, по которой сервитутъ болѣе не осуществляется, не имѣетъ значенія; поэтому сервитутъ прекращается и въ томъ случаѣ, если пользованію имъ противустоятъ непреодолимые препятствія; но въ такихъ случаяхъ возможно возстановленіе прежняго состоянія (реституція) ²²⁾.

Для прекращенія *городскихъ сервитутовъ* недостаточно одного непользованія; напротивъ къ этому должно прибавиться *usucapio libertatis*; то есть — необходимо, чтобы владѣлец *служащаго участка* въ теченіе давностнаго срока *пользовался состояніемъ, противоположнымъ смыслу даннаго сервитута* ²³⁾ ²⁴⁾. Это положеніе вещей не должно быть основано на прекарномъ дозволеніи ²⁵⁾, потому что въ послѣднемъ содержится проявленіе со стороны уступающаго своего права, а не игнорированіе его. Напротивъ, для *usucapio libertatis* не требуется ни титула, ни добросовѣстности. Даже насиліе и тайна ей не препятствуютъ. Да и въ самомъ дѣлѣ, рѣчь здѣсь идетъ въ сущности объ уничтоженіи сервитута вслѣдствіе

²⁰⁾ l. 20 и сл. D. quemadm. serv. 8, 6.

²¹⁾ Сервитутъ прекращается, если осуществленіе составляло содержаніе иного сервитута, l. 10 пр.; l. 11 пр.; l. 17, l. 18 § 1 D. quemadm. serv. 8, 6. а не тогда, когда оно превышало его объемъ, l. 11 пр. D. cit. Частичнаго осуществленія достаточно для поддержанія полнаго права, если именно оно осуществляется, а не другое мнимое право, l. 20 D. quib. mod. serv. 7, 4; l. 2, l. 8, l. 9 D. quemadm. 8, 6.

²²⁾ l. 14 пр. D. quemadm. serv. 8, 6, l. 34 § 1. l. 35 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

²³⁾ l. 6 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Haec autem jura similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucipiat. veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiantur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero: ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutum. item si tigni immissi aedes tuae servitutum debent et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin si nihil novi feceris, intergrum jus suum permanet. Wirth, die libertatis usucapio 1854. Дерево, которое загроживаетъ видъ, своимъ присутвіемъ не даетъ основанія usucapio libertatis. l. 7 D. de s. p. u. 8, 2; ср. Ihering, Besitzwille, стр. 283.

²⁴⁾ Подъ serv. pr. urbanorum здѣсь разумѣются такіе сервитуты, которые обыкновенно относятся къ этой категоріи; ср. выше § 239. Usucapio libertatis ограничивается городскими сервитутами; на нее нельзя сослаться при сельскихъ сервитутахъ, даже если они обусловливаютъ схожее постоянное состояніе служащаго участка, напр. даютъ право имѣть постоянную поспированную дорогу или хлѣвъ для принятія скота, имѣющаго право на пастьбу; ср. однако Windscheid, т. 1, § 216 пр. 2.

²⁵⁾ l. 32 пр. D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 17 D. communia praediorum 8, 4.

непользованія, которое въ данномъ случаѣ должно имѣть лишь форму допущенія приобрѣтенія по давности положенія вещей, противнаго сервитуту ²⁶⁾).

Срокъ давности составляютъ 10 лѣтъ *inter praesentes* и 20 лѣтъ *inter absentes* ²⁷⁾).

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Защита сервитутнаго права.

§ 255. Actio confessoria.

Изъ-за сервитутовъ существуютъ двѣ категоріи исковъ, именно *actiones confessoriae*, о признаніи требуемыхъ сервитутовъ и *actiones negatoriae* объ отклоненіи присвоенныхъ сервитутовъ.

Actio confessoria сродственна *rei vindicatio* ¹⁾. Но дѣло не сводится къ предоставленію владѣнія, какъ это главнымъ образомъ бываетъ въ искѣ о правѣ собственности, такъ какъ владѣніе сервитутомъ никоимъ образомъ не даетъ владѣльцу столь прочнаго положенія, какъ владѣніе на правѣ собственности. *Confessoria actio*, напротивъ, имѣетъ цѣлью обезпеченіе отыскиваемого сервитутнаго права ²⁾. Поэтому искъ этотъ принадлежитъ управомоченному на

²⁶⁾ Brinz, томъ 1-й стр. 796; противъ—Windscheid, томъ 1-й § 216 прим. 9 и 10; Karlowa, Rechtsgeschichte, томъ 2-й стр. 548.—Особый видъ *usucapio libertatis* знаетъ герм. гр. ул. § 1028.

²⁷⁾ По болѣе древнему праву сервитуты уничтожались вслѣдствіе непользованія: для движимыхъ вещей въ 1 годъ; для недвижимыхъ вещей черезъ 2 года; l. 13 C. de serv. 3, 34. Юстиніанъ ввелъ сроки *longi temporis praescriptio*, т. е. 10 лѣтъ *inter praesentes* и 20—*inter absentes*. При этомъ онъ выразился отчасти неточно, что дало основаніе многочисленнымъ и въ высшей степени неутѣшительнымъ спорнымъ вопросамъ. Ср. наши прежнія изданія.

¹⁾ Въ преторскомъ *album* была установлена не общая *confessoria actio* для всѣхъ видовъ сервитутовъ. Напротивъ того, для *usufructus*, дорожныхъ и водопроводныхъ сервитутовъ и определенныхъ городскихъ сервитутовъ предлагались особыя исковыя формулы; ср. Lenel, edictum, стр. 148. Герм. гр. ул. относительно земельныхъ и ограниченныхъ личныхъ сервитутовъ указываетъ на аналогію съ *negatorнымъ искомъ* (§ 1004), ср. §§ 1027, 1090. Относительно *usufructus* герм. гр. ул. § 1065 опредѣляетъ: если праву *usufructus* причиняется ущербъ, то къ притязаніямъ *usufructуарія* примѣняются правила, установленныя для притязаній, вытекающихъ изъ защиты права собственности.

²⁾ *Actiones confessoriae* принадлежали безъ сомнѣнія къ категоріи *arbitrariae actiones*. Но они не содержали въ себѣ, подобно искамъ о правѣ собственности прибавки—*nisi ea res arbitrio tuo restituetur*; ср. l. 19 in fine D. de her. pet. 5, 3. Напротивъ при *usufructу* въ судебномъ рѣшеніи ставилась альтернатива такъ: допускаетъ ли ответчикъ *usufructу* («*patitur uti frui*»), а на случай недопущенія слѣдовала кондеманція, присужденіе истцу денежной суммы, l. 1 pr., l. 5 § 6 D. si usufr. pet. 7, 6.

сервитутъ какъ владѣющему, такъ и не владѣющему³⁾. Согласно съ этимъ отдѣльные элементы иска представляются въ слѣдующемъ видѣ:

1. Истцомъ является управомоченный на сервитутъ.

Узуфруктъ можетъ отыскивать какъ первоначальный узуфруктуарій, такъ и тотъ, кому отчуждено право осуществленія узуфрукта⁴⁾.

Искъ о признаніи предіальныхъ сервитутовъ принадлежитъ собственнику господствующаго участка, какъ управомоченному на сервитутъ⁵⁾. Каждый участникъ въ правѣ общей собственности на господствующій участокъ является самостоятельно управомоченнымъ, а потому и *самостоятельно* легитимированъ на искъ⁶⁾. Если онъ выигрываетъ его и отвѣтчикъ подчиняется этому, то это относится и къ остальнымъ участникамъ; если же онъ проигрываетъ дѣло, то проигрышъ не касается остальныхъ⁷⁾.

Подобнымъ же образомъ въ защиту предіальныхъ сервитутовъ при actiones confessoriae, приспособленныхъ ad exemplum earum, quae ad usum fructum pertinent—l. 2 pr. D. si serv. vind. 8, 5—включалось полномочіе рѣшать вопросъ о временномъ состояніи (?). Иначе это понимаетъ Lenel, ук. соч. Онъ включаетъ въ actio confessoria относительно узуфрукта оговорку «neque ea res restituetur», для чего приведенная имъ l. 5 § 4^a D. si usufr. pet. 7, 6 представляетъ лишь слабую поддержку, а при другихъ actiones confessoriae онъ находитъ возможнымъ довольствоваться простой денежной кондемнаціей, что по фактическимъ и историческимъ основаніямъ неприемлемо. (Прим. ред. ср. Keller, d. roem. Civilprocess und d. Actionen, 6-ое изд., обработанное Wach'омъ, Leipzig 1883, § 28 стр. 137, о понятіи actio arbitraria).

³⁾ l. 5 § 5 D. si usus fructus pet. 7, 6.

⁴⁾ Ср. выше § 246 пр. 7.

⁵⁾ l. 2 § 1 D. si serv. vind. 8, 5, «nulli alii quam domino fundi competit».

⁶⁾ l. 4 § 3; l. 6 § 4 D. eod. 8, 5; l. 1 § 5 D. de arbor. caed. 43, 27.

⁷⁾ Имѣетъ ли рѣшеніе по иску съ однимъ изъ собственниковъ законную силу въ пользу или противъ другихъ собственниковъ того же участка, которые не принимали участія въ дѣлѣ? Большею частью это утверждается. Такъ, въ особенности Savigny, т. 6 стр. 479. Но въ этомъ заключалась бы ничѣмъ не оправдываемая особенность, которая не подтверждается источниками. l. 4 § 3 D. si serv. vind. 8, 5 изъясняетъ, что победа одного изъ нѣсколькихъ собственниковъ участка въ спорѣ о предіальномъ сервитутѣ идетъ въ пользу остальныхъ собственниковъ, *если отвѣтчикъ подчиняется сервитутному праву*. Это необходимое слѣдствіе. Но если дѣло дойдетъ до присужденія къ уплатѣ денежной суммы, то истецъ, какъ это и рѣшается въ сказанномъ фрагментѣ, можетъ ликвидировать только свой личный интересъ. Отсюда слѣдуетъ, что иски остальныхъ собственниковъ остаются неосуществленными, такъ что свои притязанія они еще могутъ осуществить путемъ особыхъ исковъ. Ни въ коемъ случаѣ неблагоприятное для истца-собственника рѣшеніе не можетъ вредить соучастникамъ, управомоченнымъ на сервитутъ. Какимъ образомъ ихъ право могло бы быть уничтожено отклоненіемъ иска третьяго лица. Приводимая здѣсь l. 19 D. si serv. vind. 8, 5 Marcianus libro 5 regulorum на это не указываетъ: Si de communi servitute quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est aequum hoc ceteris damno esse: sed si per collusionem cessit lite adversario ceteris dandam esse actionem de dolo Celsus scripsit idque ait Sabino placuisse. Оплонное веденіе процесса однимъ изъ собственниковъ не предрѣшаетъ дѣла для другихъ. За-

Суперфициарій, эмфитевтъ, кредиторъ по залогу равнымъ образомъ имѣютъ право на искъ о признаніи предіальныхъ сервитутовъ участка, на который они имѣютъ вещное право⁸⁾. Узуфруктуарій имѣетъ право на искъ, поскольку отъ нарушения сервитута онъ терпитъ ущербъ въ своемъ пользованіи⁹⁾. Также и публиціанскій владѣлецъ въ правѣ по пандектному праву предъявить искъ о сервитутахъ, связанныхъ съ владѣемыми ими участками¹⁰⁾.

Тотъ, кто приобрѣлъ сервитутъ отъ публиціанскаго владѣльца или эмфитевта или суперфициарія служащаго участка, въ правѣ предъявить искъ противъ всѣхъ тѣхъ, которые были бы слабѣе нежели его праводатели¹¹⁾.

2. Отвѣтчикомъ является, кто *возстаетъ противъ сервитута*, то есть кто либо *нарушаетъ* его, либо *грозится* этимъ. Эта коллизія можетъ происходить на дѣлѣ или на словахъ, она можетъ касаться всего сервитута или только части. Противодѣйствіе, однако, должно направляться противъ самаго сервитута, а не только противъ личности сервитутовладѣльца; другими словами, сервитутъ, какъ таковой, долженъ быть подвергнутъ сомнѣнію, не должно имѣться въ виду просто личное противодѣйствіе.

При такихъ условіяхъ могутъ быть привлекаемы въ качествѣ отвѣтчиковъ: собственникъ, владѣлецъ и даже обладатель служащаго участка, какъ и другія лица, напр. тотъ, кто заявляетъ притязаніе на коллидирующій сервитутъ¹²⁾. Владѣющіе отъ имени

ключительная часть фрагмента быть можетъ имѣть въ виду случай, когда, въ то время какъ одинъ изъ собственниковъ началъ искъ въ видахъ измѣны, сервитутъ уничтожился вслѣдствіе непользованія имъ. Конецъ, какимъ онъ теперь представляется, не гармонируетъ съ первымъ положеніемъ. Ср. также Windscheid, т. 1, § 132 пр. 6. Какъ здѣсь—Seeler, Miteigenthum, стр. 127.

⁸⁾ l. 16 D. de serv. 8, 1. l. 3 § 3, l. 9 D. de o. n. nunt. 39, 1.

⁹⁾ Господствующее мнѣніе римскихъ юристовъ формулируетъ l. 1 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: Si fundo fructuario servitus debeat, Marcellus libro 8 apud Julianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium servitutum quidem eum vindicare non posse, verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiat eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiat uti frui. Напротивъ Юліанъ предоставлялъ пользователю виндикацію реальныхъ сервитутовъ, связанныхъ съ участкомъ, l. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25. О практическомъ значеніи этой контроверзы ср. Dernburg, Pfandrecht, т. 2 стр. 389.

¹⁰⁾ Римскому праву это положеніе было еще чуждо, оно основывается на дѣлѣ, нѣйшемъ развитіи въ пандектномъ правѣ. Оно относится къ глоссъ l. 2 § 10 si serv. vind. 8, 5 gl. potest; ср. Glück, т. 10 стр. 288 пр. 10; Ihering, Abhandlungen стр. 107, Windscheid, т. 1 § 217 пр. 7.

¹¹⁾ См. выше § 251 пр. 5.

¹²⁾ l. 10 § 1 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 53 ad edictum: Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam (non) ducere

другого имѣютъ право сослаться на своего праводателя, *nominatio auctoris*¹³⁾. Отвѣтчиками могутъ быть также и т. наз. *ficti possessores*¹⁴⁾¹⁵⁾.

3. Цѣль иска—*признаніе и обезпеченіе* отыскиваемого сервитута. Смотри по надобности, отвѣтчикъ присуждается къ *возстановленію соответствующаго сервитуту состоянія* служащей вещи, напр. путемъ предоставленія владѣнія или посредствомъ устраненія мѣшающихъ сооруженій¹⁶⁾. Въ частности надлежитъ предупредить нарушенія на будущее время. Въ Римѣ это обыкновенно происходило посредствомъ обязанія отвѣтчика къ представленію такъ наз. *cautio de non turbando*¹⁷⁾. По пандектному (общему) праву обыкновенно довольствуются *судейскимъ запретомъ* подъ угрозою штрафа на случай ослушанія. Къ представленію обезпеченія отвѣтчикъ присуждается лишь тогда, если это по обстоятельствамъ дѣла оказывается необходимымъ¹⁸⁾. *Доходы*, которыхъ лишился истецъ, должны быть возмѣщены на основаніяхъ, установленныхъ для иска о правѣ собственности, такъ что дѣлается различіе между недобросовѣстнымъ и добросовѣстнымъ отвѣтчикомъ. Соответственно этому возмѣщается и прочій вредъ¹⁹⁾.

§ 256. Actio negatoria.

Actio negatoria—является какъ бы *pendant* къ *actio confessoria*¹⁾. Многочисленные детали общи обоимъ искамъ. Но въ своемъ основаніи они все же различны. *Actio negatoria* по своему

impediunt, exemplo ceterarum servitutium, et generaliter quicumque aquam ducere impediatur, hac actione cum eo experiri potero.—Иначе при *servitus oneris ferendi* l. 6 § 3 D. si serv. vind. 8, 5 haec actio non alii competit quam domino aedium et adversus dominum.

¹³⁾ Выше § 225 цифр. 3. Герм. уст. гр. судопр. § 77.

¹⁴⁾ Выше § 225 цифра 4, l. 6 D. si usus fructus pet. 7, 6.

¹⁵⁾ Истецъ долженъ доказать существованіе сервитута, а при предѣльныхъ сервитутахъ еще свою активную легитимацию. Также на немъ лежитъ обязанность доказать пассивную легитимацию отвѣтчика.

¹⁶⁾ Удаленіе происходитъ за счетъ отвѣтчика, если на него падаетъ вина въ наличности сооружеія; въ противномъ случаѣ оно удаляется за счетъ истца, arg. l. 6 § 7 D. de aqua 39, 3; выше § 232 пр. 27.

¹⁷⁾ Ср. l. 7 D. si serv. vind. 8, 5.

¹⁸⁾ Герм. уст. гр. судопр. § 890 въ особенностяхъ ч. 3.

¹⁹⁾ Въ римскомъ правѣ эта сторона *actio confessoria*, была мало развита, Ihering, das Schuldmoment, стр. 26, пр. 42а; ср. однако l. 5 § 3 D. si usus fr. pet. § 7, 6; l. 4 § 2; l. 6 § 6 D. si serv. vind. 8, 5, l. 5 C. de serv. 3, 34.

¹⁾ Поэтому Tit. Dig. 7, 6 гласятъ *si usus fr. petetur vel ad alium pertinere negetur* и Tit. D. 8, 5 *si serv. vindicetur vel ad alium pertinere negetur*. Ср. Hesse, die Negatorienklage въ Ih. Jharb. т. 8, н. 4; Jäger, Klagegrund, bei d. actio negatoria. Gött. In. Dissert. 1891.

коренному свойству является искомъ, истекающимъ изъ права собственности и имѣеть цѣлью защиту права собственности ²⁾).

По римскому праву *actio negatoria* служила только для отраженія самовольно присвоенныхъ сервитутовъ ³⁾ ⁴⁾. Это отчасти основывалось на историческомъ развитіи этого иска, такъ какъ онъ примыкалъ къ *actio confessoria*. Но и позже въ Римѣ не сказалась потребность въ расширеніи иска за этотъ первоначальный предѣлъ ⁵⁾. Напротивъ по *пандектному* (общему) праву *actio negatoria* расширена и предназначена для отраженія всякаго самовольно присвоеннаго ограниченія права собственности ⁶⁾. Тѣмъ не менѣе нормальнымъ случаемъ является отраженіе сервитутнаго права. Для этого случая въ нижеслѣдующемъ надлежитъ вывести юридическія положенія. Послѣднія примѣняются соотвѣтствующимъ образомъ къ другимъ случаямъ примѣненія иска.

1. Управомоченнымъ на предъявленіе иска является собственникъ вещи, относительно которой заявляется претензія на сервитутъ ⁷⁾.

Собственники общей вещи имѣютъ самостоятельные иски для отраженія присвоеннаго узурфрукта, такъ какъ каждый можетъ сослаться на свободу отъ узурфрукта лишь относительно своей идеальной доли. Но противъ захвата предіальнаго сервитута каждый изъ соучастниковъ долженъ защищать свободу участка цѣликомъ, такъ

²⁾ Въ наше время *actio neg.* разсматривается большею частью среди исковъ о правѣ собственности. Windscheid, т. 1 § 98 говоритъ объ «Eigentumsklage wegen Eingriffs». Разсмотрѣніе ея рядомъ съ *a. conf.* оправдывается исторически и по соображеніямъ цѣлесообразности.

³⁾ l. 2 pr. D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum: De servitutibus in rem actiones competunt nobis . . . tam confessoria, quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat.

⁴⁾ Въ преторскомъ *album* не было установлено общей *actio negatoria*, а существовали спеціальныя *actiones negatoriae* противъ несправедливаго присвоенія узурфрукта и опредѣленныхъ предіальныхъ сервитутовъ. Lenel, edictum, стр. 148, выше § 255 пр. 1. *Intentio* обыкновенной формулы гласитъ: Si paret N. N. jus non esse per fundum illum ire agere invito A. A. Кроме того существовала *actio «prohibitoria»* съ формулой si paret A. A. jus esse prohibendi. Zachariae, Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, т. 12 стр. 258. Ср. преимущ. Lenel, въ Savignyzeitschrift, rom. Abth. т. 12 стр. 1 сл. Тамъ см. литературу объ *actio prohibitoria* и за сомнительность. *Actio prohibitoria* оказывается поэтому позднѣйшей, пополняющей *actio negatoria* формулой противъ несправедливаго захвата преторскихъ сервитутовъ и посягательства со стороны участника въ общей вещи. Иначе Karlowa, Rechtsgeschichte, томъ 2 стр. 469.

⁵⁾ По вопросу, можетъ ли собственникъ общей вещи предъявить *actio negatoria* къ другому собственнику, ср. выше § 196 пр. 13.

⁶⁾ Также герм. гр. ул. § 1004.

⁷⁾ l. 5 pr. D. si usufr. pet. 7, 6.

какъ предіальный сервитуть или обременяетъ его нераздѣльно или же вовсе не существуетъ⁸⁾.

Безъ сомнѣнія actio negatoria могутъ предъявить также и публиціанскій владѣлецъ, суперфициарій, эмфитевтъ и кредиторъ, которому заложена вещь, относительно которой заявляется притязаніе на сервитуть⁹⁾.

2. Искъ можетъ быть предъявленъ ко всякому, кто присвоиваетъ себѣ сервитуть на вещь истца.

Достаточно и выраженія на словахъ притязанія на сервитуть, даже если на дѣлѣ осуществленія его еще не было¹⁰⁾. Съ другой стороны достаточно фактическаго осуществленія сервитута, даже если на сервитутное право и не притязаютъ словами. Дѣйствія должны показать намѣреніе вести себя постоянно какъ субъектъ вещнаго права на чужую вещь. Напр., кто одинъ разъ укралъ фрукты съ сосѣдняго участка, не привлекается по actio negatoria; но тотъ, кто повторно беретъ ихъ себѣ,—да.

3. Цѣль иска—заключается въ констатированіи свободы права собственности отъ присвоеннаго сервитута.

Къ этому присоединяется обезпеченіе противъ дальнѣйшихъ нарушеній. По римскому праву отвѣтчикъ побуждался къ установленію такъ наз. cautio de non turbando¹¹⁾. По теперешнему праву по усмотрѣнію суда надлежитъ опредѣлить штрафъ на случай дальнѣйшихъ нарушеній и лишь въ особенныхъ случаяхъ должно требовать кромѣ того обезпеченіе¹²⁾.

Наконецъ, отвѣтчикъ долженъ возмѣстить убытки, а именно, на основаніяхъ, установленныхъ для иска о правѣ собственности¹³⁾.

⁸⁾ l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5; ср. герм. гр. ул. § 1011.

⁹⁾ Узуфруктуарій, который вслѣдствіе захвата сервитута будетъ стѣсненъ въ узуфруктъ, предъявляетъ конфессорный искъ о сохраненіи неприкосновенности своего узуфрукта.

¹⁰⁾ Это господствующій не никоимъ образомъ не безспорный взглядъ. Между прочимъ Hesse, ук. соч. стр. 122 требуетъ фактическаго противодѣйствія; ср. объ этомъ Arndts § 169 пр. 3, arg. l. 14 пр. D. si serv. vind. 8, 5 «si nova velis immittere, prohiberi a me potes, далѣе Windscheid, т. 1 § 198 пр. 9.

¹¹⁾ l. 12 D. si serv. vind. 8, 5. Javolenus libro 2 epistolarum: Egi jus illi non esse tigna in parietem meum immissa habere an et de futuris non immittendis cavendum est? respondi: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat.

¹²⁾ Герм. уст. гр. судопр. § 890 ч. 3.

¹³⁾ Ср. l. 4 § 2 D. de serv. 8, 5. R. G. тамъ же стр. 222. Въ римскомъ правѣ конечно эта функція actio negatoria была мало развита. Поэтому, смотря по обстоятельствамъ, прибѣгали къ помощи cautio domni infecti, см. Burkhard d. Glück, книга 39 и 40 Pandecten т. 2 стр. 237 и сл. Примѣнима была и actio doli.

Даже если отвѣтчикъ фактически еще не осуществлялъ сервитута, на который онъ претендовалъ, и то на него можетъ быть возложено возмѣщеніе убытковъ, напр. въ случаѣ, если истецъ, вслѣдствіе недобросовѣстнаго заявленія отвѣтчика, будто ему принадлежитъ дорожное право черезъ участокъ истца, встрѣтилъ препятствіе къ проектируемой имъ продажѣ участка какому нибудь подрядчику.

4. Относительно обязанности доказыванія при actio negatoria существуютъ три мнѣнія:

а) По первому мнѣнію истецъ долженъ доказать, что сервитутъ, на который претендуетъ отвѣтчикъ, не существуетъ¹⁴⁾. Для защиты этого положенія ссылаются на общее правило, что истецъ долженъ доказать основаніе своего иска. Однако такое пониманіе приводитъ къ совершенно ложнымъ результатамъ. Собственнику пришлось бы по случаю любого дерзкаго нападенія, напр. при самовольной ходьбѣ третьяго лица черезъ его участокъ, доказывать отсутствіе права на такое дѣйствіе.

б) Нѣкоторые дѣлаютъ различіе, въ зависимости отъ того, владѣеть ли отвѣтчикъ сервитутомъ или нѣтъ¹⁵⁾. Они утверждаютъ, что если онъ владѣеть сервитутомъ, то истецъ долженъ доказать отсутствіе права у отвѣтчика. Ибо всегда на истца лежитъ обязанность доказыванія и, внѣ этого случая, всегда *владелецъ* свободенъ отъ этой обязанности. Только въ томъ случаѣ, если собственникъ, пользуясь фактической свободой отъ захваченнаго сервитута, пожелаетъ, съ цѣлью добиться немедленнаго окончательнаго результата, обратиться къ негаторному иску, вмѣсто того чтобы защищаться владѣльческимъ искомъ, обязанность доказыванія должно возложить на отвѣтчика; то обстоятельство, что собственникъ является истцомъ, теряетъ свое рѣшающее значеніе въ силу того, что онъ является владѣльцемъ.

в) Господствующее теперь¹⁶⁾ и притомъ вполне правильное ученіе заключается въ томъ, что истецъ долженъ лишь *доказать*, что онъ *собственникъ участка*, свободу котораго онъ отстаиваетъ, или же что онъ по другому основанію уполномоченъ искать. Итакъ

¹⁴⁾ Такъ Du Roi въ Archiv f. civ. Pr. т. 40 н. 2; Pape въ Lindes Zeitschrift т. 16 н. 6. Тамъ можно найти ближайшія указанія на литературу.

¹⁵⁾ Въ последнее время главный защитникъ этого ученія Brinz, т. 1 стр. 668.

¹⁶⁾ Ср. Vangerow, т. 1 § 353 пр. 2; Arndts § 169 пр. 4; Windscheid, т. 1 § 198 пр. 15 и 16.

онъ не обязанъ доказывать, что требуемый отвѣтчикомъ сервитутъ не существуетъ, независимо отъ того, владѣеть ли отвѣтчикъ или нѣтъ. Ибо кто доказалъ свое право собственности, тѣмъ самымъ доказалъ и свое право исключать вмѣшательство всякаго третьяго. Поэтому уже дѣло третьяго лица доказывать въ свою защиту наличность права, которое ограничивало бы право собственности ¹⁷⁾.

§ 257. Иски о защитѣ сервитутнаго владѣнія ¹⁾.

Для охраны владѣнія сервитутомъ существуютъ особые посессорные иски. Въ Римѣ они развились не въ видѣ родового понятія изъ одной общей идеи, но спеціально соотвѣтственно конкретно сказывавшимся потребностямъ. Потому не всѣ сервитуты пользовались посессорною защитой. Далѣе, отдѣльные интердикты по различію внѣшнихъ свойствъ сервитута выработались различно.

1. Защита *узуфрукта*, равно и другихъ личныхъ сервитутовъ, сопряженныхъ съ обладаніемъ служащею вещью, обезпечивалась въ Римѣ посредствомъ *interdictum uti possidetis* ²⁾ и *i. unde vi utile* ³⁾, по аналогіи съ защитой владѣнія вещами. По пандектному (общему) праву примѣняются соотвѣтственно *possessorium ordinarium* и *actio spoli* ⁴⁾.

2. Слѣдующіе интердикты сопряжены съ владѣніемъ предѣльными сервитутами.

¹⁷⁾ Источники указываютъ, что истецъ, предъявляющій *actio negatoria*, долженъ доказывать. Но что онъ долженъ доказывать, объ этомъ источники ничего не говорятъ. Отстаиваемый здѣсь взглядъ поддерживается текстомъ. l. 5 pr. D. si usus fructus petetur 7. 6. Ulpianus libro 17 ad edictum . . . quamquam actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videtur quam alieno, cum invito se negat jus esse utendi fructuario vel sibi jus esse prohibendi, quod si forte, qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant. Въ прочихъ отношеніяхъ (ред. какъ то относительно значенія владѣнія для временнаго состоянія до рѣшенія дѣла) ср. прежнія изданія. Герм. гр. ул. облегчаетъ доказательство собственности предположеніями §§ 891 и 1006.

¹⁾ Heerwart, zur Lehre v. d. quasipossessio u. den damit verbund. possessor. Rechtsmitteln въ Lindes Zeitschr. т. 12 н. 6 и н. 9.

²⁾ l. 4 D. uti possidetis 43, 17 fragm. Vatic. § 90. Ср. относительно понятія *interdictum utile* Lenel, edictum стр. 381.

³⁾ l. 3 § 13 сл. D. de vi 43, 16. Ulpianus libro 69 ad edictum: *Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet «si prohibeatur uti frui usufructu fundi»* fragm. Vat. § 91, Lenel, edictum стр. 376.

⁴⁾ По герм. гр. ул. узуфруктуарій пользуется, какъ владѣлецъ, защитой владѣнія.

a) Interd. de itinere actuque privato⁵⁾ существуетъ по отношенію къ сельскимъ дорожнымъ сервитутамъ⁶⁾. Предполагается пользованіе дорогою истцомъ или для истца или учредителя сервитута въ продолженіе опредѣленнаго срока въ теченіи года, предшествовавшаго начатію иска⁷⁾ и при томъ пользованіе должно быть не насильственнымъ или тайнымъ отъ отвѣтчика или же предоставленнымъ до востребованія. Срокомъ пользованія положено тридцать дней⁸⁾. Однако судебная практика общаго права довольствуется и меньшимъ числомъ дней, если болѣе продолжительное осуществленіе было затруднительно⁹⁾. Условіемъ иска, затѣмъ, является воспрепятствованіе пользованію дорогою со стороны отвѣтчика словомъ или дѣйствіемъ¹⁰⁾.

Цѣль интердикта заключается въ огражденіи будущаго пользованія дорогою посредствомъ угрзсы штрафомъ и эвентуально посредствомъ истребованія обезпеченія¹¹⁾. Исправленія дороги этимъ искомъ нельзя добиться; такое притязаніе предполагаетъ, что право доказано¹²⁾.

⁵⁾ Tit. Dig. de itinere actuque privato 43, 19. Albert, über d. Besitz unkörperlicher Sachen n. 1 1826; Althof, das interd. de itinere actuque privato 1836; Pfeiffer, practische Ausführungen, т. 7, стр. 463. О формулѣ interd. см. l. 1 пр. D. h. t. и Lenel, edictum стр. 383.

⁶⁾ l. 1 § 1 D. h. t. 43, 19.

⁷⁾ l. 1 § 3 D. h. t. 43, 19. Въ случаяхъ препятствія въ пользованіи дорогою въ теченіе послѣдняго года, которое даетъ право на restitutio in integrum, принимается во вниманіе предпоследній годъ, l. 1 §§ 9 и 10 D. h. t. 43, 19.

⁸⁾ l. 1 § 2 D. h. t. 43, 19. Ulpianus libro 70 ad edictum: Hoc interdicto praetor non inquirat, utrum habuit jure servitutem impositam an non, sed hoc tantum an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit, sive igitur habuit jus viae sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore id est non minus quam XXX diebus. По господствующему взгляду здѣсь требуется пользованіе дорогой въ теченіе 3 дней послѣдняго года. Это соотвѣтствуетъ законамъ языка. По другому толкованію требуется только многократное осуществленіе въ послѣднемъ году, но съ тѣмъ, чтобы относящаяся сюда дѣйствія имѣли мѣсто съ перерывами minimum на 30 дней. Такъ Althof, ук. соч. стр. 12 сл. и Vangerow, т. 1 § 355 пр. 1.

⁹⁾ Ср. Seuffert, Archiv т. 16 н. 221.

¹⁰⁾ l. 3 §§ 3 и 5 D. h. t. 43, 19.

¹¹⁾ Ср. l. 3 § 4 D. h. t. 43, 19.

¹²⁾ Въ Римѣ существовалъ особый интердиктъ de itinere reficiendo. l. 3 § 11 сл.; l. 4; l. 5 пр. § 1. D. h. t. 43, 19. Но онъ не былъ possessорнымъ, предполагалъ кромѣ пользованія въ послѣдній годъ дорогою доказательства юридическаго существованія сервитута. Интердиктъ этотъ вѣроятно примѣнялся еще въ то время, когда по actio confessoria нельзя было еще принуждать къ исправленію дороги, такъ какъ исправленіе дороги не составляло прямого содержанія сервитута. Съ тѣхъ поръ, какъ это измѣнилось и удобства интердиктнаго процесса отжили свой вѣкъ въ i. de itinere reficiendo не было болѣе практическаго смысла.

b) *Interdictum de aqua cottidiana et aestiva* ¹³⁾ предназначень для сельскихъ и городскихъ водопроводныхъ сервитутовъ ¹⁴⁾. Достаточно въ послѣдній годъ одного раза проведенія воды, которое было бы не насильственно, не тайно отъ отвѣтчика и не представлено имъ по просьбѣ (*vi, clam, precario*). Но для того, чтобы получить значеніе, оно должно было произойти добросовѣстно ¹⁵⁾.

Основываясь на такого рода пользованіи въ послѣдній годъ, можно также требовать дозволенія на возстановленіе и на очистку водопровода ¹⁶⁾.

Для сервитутовъ черпанія воды и водопоя существуютъ соотвѣтственные иски ¹⁷⁾.

c) Устройство клоаки, ведущей изъ нашего строенія или участка черезъ чужой участокъ, уполномочиваетъ само по себѣ на предьявленіе иска о дозволеніи ремонта и очистки ¹⁸⁾. Возраженіе тѣмъ, что истецъ пользовался клоакою насильственно, тайно или до востребованія (*vi, clam, precario*) не примѣнимо, такъ какъ общественная польза требуетъ очистки ея ¹⁹⁾.

3. Сервитуты, которые воплощаются во внѣшности господствующаго участка, именно сервитуты *projectum* и *immissum* (§ 244), не требуютъ особой владѣльческой защиты, такъ какъ ихъ нарушеніе въ то же время является нарушеніемъ владѣнія господствующею вещью. Вслѣдствіе этого для такихъ сервитутовъ примѣнны поссессорныя средства защиты и *actio spoli* о владѣніи вещами ²⁰⁾.

4. Владѣніе отрицательными сервитутами, напр. правомъ на видъ, не имѣло въ римскомъ правѣ поссессорной защиты ²¹⁾. Восполненіемъ служилъ *interdictum quod vi aut clam* ²²⁾.

¹³⁾ Tit. Dig. de aqua cottidiana et aestiva 43. 20.

¹⁴⁾ l. 1 § 13 D. h. t. 43, 20.

¹⁵⁾ l. 1 §§ 10 и 19 D. h. t. 43, 20.

¹⁶⁾ l. 1 pr. cl. D. de rivis 43, 21.

¹⁷⁾ Существовали i. de fonte und de fonte reficiendo, см. l. un. D. de fonte 43, 22.

¹⁸⁾ l. 1 pr. § 8 D. de cloacis 43, 23.

¹⁹⁾ l. 1 § 7 D. eod.

²⁰⁾ l. 20 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum: Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur, nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero. hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. l. 32 § 1 D. eod.

²¹⁾ Владѣніе отрицательнымъ сервитутомъ не основывается на наличности соотвѣтственнаго состоянія въ связи съ волею того, кто извлекаетъ изъ него выгоду, не допускать ухудшенія своего положенія. Кто, напр., наслаждается свободнымъ видомъ

Практика пандектнаго (общаго) права вообще защищаетъ владѣніе правомъ посредствомъ *possessorium* и *actio spoliū* ²³⁾. Вслѣдствіе этого всякое владѣніе сервитутомъ имѣетъ поссессорную защиту, даже если бы оно по римскому праву ея не имѣло ²⁴⁾. Однако поссессорныя средства защиты по римскому праву для отдѣльных видовъ сервитутовъ сохранили свое значеніе каждое въ своей спеціальной области ²⁵⁾ ²⁶⁾.

черезъ участокъ сосѣда, не можетъ по собственному единоличному рѣшенію сдѣлаться владѣльцемъ права на видъ; ср. Hölder в Arch. f. c. Pr., 63, стр. 113; Pflüger, Besitzklagen, стр. 239. Владѣніе сервитутомъ такого рода, напротивъ, требуетъ признанной причинной связи между существованіемъ соответствующаго ему фактическаго состоянія и волею собственника господствующаго участка. Эта причинная связь можетъ быть установлена запрещеніемъ со стороны собственника господствующаго участка, которому подчиняется другая сторона, или также договоромъ, который имѣетъ цѣлью обезпечить данное состояніе. Такъ Bossert, Servitutenbesitz, стр. 25. Ср. выше § 190.

²²⁾ Ср. l. 5 § 10 D. de o. n. n. 39, 1; l. 6 § 1 D. si serv. vind. 8, 5.

²³⁾ Выше § 189 пр. 9; ср. Pflüger, Besitzklagen, стр. 243.

²⁴⁾ Объ искѣ о возстановленіи владѣнія въ случаѣ лѣснаго сервитута ср. R. G. т. 31 стр. 178.

²⁵⁾ Новые романисты большею частью учатъ, что римскіе интердикты для защиты владѣнія опредѣленнымъ сервитутомъ примѣняются аналогично и къ такимъ сервитутамъ, которые въ Римѣ не пользовались поссессорною защитой, но теперь, въ виду ихъ большаго значенія, нуждаются въ таковой.—Между прочимъ Puchta, Pand. § 139 хотѣлъ примѣнить къ сервитутамъ, которыхъ осуществленіе состоитъ только въ дѣйствіяхъ, основанія interdictum de itinere, а къ такимъ, осуществленіе коихъ невозможно безъ особыхъ болѣе сложныхъ приспособленій, основанія interdictum de aqua. Такъ Wächter, Pand., т. 2 § 161 стр. 261; ср. также Windscheid, т. 1 § 164 пр. 18. Справедливо критически относится къ этому Arndts, § 192 пр. 6. Положенія int. de itinere между прочимъ не подходятъ къ пастбищнымъ и лѣснымъ сервитутамъ. Практика ничего не знаетъ о примѣненіи ихъ по аналогіи.

²⁶⁾ Герм. гр. ул. § 1029 для защиты владѣнія предѣльнымъ сервитутомъ требуетъ, чтобы онъ былъ записанъ въ пользу собственника въ вотчинной книгѣ и былъ бы по крайней мѣрѣ разъ осуществленъ. Если затѣмъ владѣлецъ господствующаго участка встрѣчалъ препятствія въ осуществленіи сервитута въ теченіе годоваго срока, со времени послѣдняго осуществленія, то примѣняются дѣйствующія для защиты владѣнія предписанія. Аналогичное правило установлено для ограниченныхъ личныхъ сервитутовъ, § 1090 Abs. 2. Но пока вотчинная книга (Grundbuch) для обремененныхъ участковъ не открыта, примѣняются дѣйствовавшіе до сихъ поръ законы о защитѣ сервитута владѣнія и по вступленіи въ силу герм. гр. ул. Послѣ этого времени, т. е. открытія вотчинной книги для сервитутовъ, подлежащихъ внесенію въ книгу, примѣняется постановленіе § 1029. Для сервитутовъ же, для коихъ внесеніе не требуется (Einf. Gesetz, art. 128, 187), дѣйствуютъ послѣ этого времени опредѣленія прежняго права о защитѣ владѣнія, а нормы герм. гр. ул. лишь въ видѣ исключенія. Ср. Einführ. Gesetz, art. 191; ср. по поводу этого Preuss. Ausf. G. art. 28.

Раздѣлъ четвертый.

Суперфиций и эмфитевзисъ.

§ 258. Развитие суперфиция и эмфитевзиса.

Суперфиций и эмфитевзисъ—наслѣдственные и отчуждаемыя вещныя права продолжительнаго пользованія чужою землею подъ зданіе и подъ обработку,—развились на почвѣ публичнаго права ¹⁾. Вслѣдствіе этого къ нимъ можно было примѣнить такія юридическія конструкціи, которыхъ римское частное право первоначально не допускало.

Ощущалась потребность въ томъ, чтобы государственныя и общественныя земли и императорскіе домены лучше культивировались, чѣмъ это возможно было при казенномъ или общественномъ завѣдываніи этими землями или путемъ отдачи ихъ въ аренду на срокъ, и чтобы неимѣвшіе капиталовъ земледѣльческіе классы населенія были бы поставлены въ положеніе, приближающееся къ землевладѣльческому, съ тѣмъ, однако, чтобы предоставляемыя имъ земли не вполнѣ отчуждались изъ состава государственныхъ или городскихъ имуществъ, а напротивъ, чтобы казнѣ обезпечена была бы путемъ поземельной подати постоянная равномѣрная рента.

Сперва возникла *superficies* ²⁾. Древнему праву принадлежит *interdictum de superficibus* суперфициарія, который имѣлъ основанное на наслѣдственной арендѣ ³⁾ право на строеніе. Интердиктъ предназначался для разрѣшенія спора о томъ, кто изъ нѣсколькихъ претендентовъ являлся дѣйствительнымъ суперфициаріемъ,—вопросъ, который весьма легко можетъ быть сомнительнымъ въ случаяхъ

¹⁾ Pernice «Parerga» II стр. 83 и въ Sav. Zeitsch. rom. A. т. 5 стр. 82.

²⁾ Объ исторіи суперфиция см. главнымъ образомъ Degenkolb, Dekret der Dekurionen v. Puteoli, въ Zeitschrift für Rechtgeschichte, т. 4, стр. 474 и Degenkolb, Platzrecht und Miethe 1867, Schmidt, das Recht der Superficies въ Zeitschrift Savigny, т. 11 стр. 132.

³⁾ Интердиктъ гласил l. 1 pr. D. de superficibus 43. 18—: Uti ex lege locationis sive conductionis superficiei, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quominus fruamini, vim fieri veto o сходствѣ его съ int. uti possidetis и съ его первоначальными задачами ср. выше § 171, пр. 3.

отношеній наслѣдственной аренды, возникшихъ въ далекомъ прошломъ. Позднѣе къ *int. de superficibus* присоединилась *actio in rem utilis* суперфиціарія противъ владѣльца вещи. Искъ обращался и противъ собственника земли, если онъ не допускалъ суперфиціарія къ владѣнію суперфиціемъ. Этимъ суперфиціей приобрѣлъ отпечатокъ вещнаго права ⁴⁾.

Съ теченіемъ времени и частнымъ лицамъ было предоставлено право раздавать свои участки подъ суперфиціей. Этотъ шагъ не могъ не вызывать опасеній. До тѣхъ поръ частное право исключало такія права, которыя влекли за собою продолжительное отдѣленіе права пользованія отъ права собственности, такъ какъ на самомъ дѣлѣ такое разъединеніе сопряжено съ невыгодными социальными и хозяйственными послѣдствіями. Позднѣе же вниманіе отъ этой стороны дѣла отвлеклось для того, чтобы маленькимъ людямъ доставить постоянное владѣніе жилыми домами.

Далѣе, общины и коллегіи жрецовъ отдавали въ аренду ⁵⁾ безъ срока или на продолжительное время, наслѣдственно, за годовую плату ⁶⁾ (чиншъ) сельско-хозяйственные участки—*agri vectigales*. Преторъ и такимъ наслѣдственнымъ арендаторамъ предоставлялъ *actio in rem scripta* противъ каждаго владѣльца и тѣмъ призналъ за ними вещное право ⁷⁾. И вотъ возникло разногласіе, представляются ли такія сдѣлки куплею, или наймомъ ⁸⁾. Если онѣ—наемъ, то арендаторъ при случайномъ уменьшеніи *ager vectigalis*, а также при чрезвычайномъ недородѣ имѣетъ право на сбавку

⁴⁾ Что этотъ шагъ былъ сдѣланъ не безъ колебаній въ этомъ убѣждаетъ смыслъ эдикта, сообщаемого въ l. 1 pr. D. h. t.: *si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo*. *Causae cognitio* первоначально касалось несомнѣнно всѣхъ обстоятельствъ дѣла. Итакъ лишь тогда, когда преторъ находилъ, что все дѣло къ тому клонится, онъ давалъ вещный искъ. Послѣ того какъ такой искъ приобрѣлъ права гражданства, цѣлесообразность особой каждый разъ *causa cognitio* стала сомнительной. Тогда уже изслѣдованіе стали ограничивать выясненіемъ вопроса, основано ли правоотношеніе на столь продолжительное время, чтобы ощущалась потребность въ вещномъ искѣ. l. 1 § 3 D. h. t. 43, 18.

⁵⁾ Объ исторіи эмфитевзиса ср. Vuy, *de originibus et natura juris emphyteutici Romanorum*, Heidelberg 1838; также Tigerström, *über das frühere Verhältniss des Rechts am ager vectigalis*, 1828.

⁶⁾ Въ l. 1 D. si ager vectigalis, 6, 3 Paulus исходитъ изъ того, что *agri vectigales* были общественными участками. И Gaj. Inst. III § 145 понимаетъ подъ такого рода участками только *praedia municipium*. Ср. относительно этого Hygin. p. 116: *virginum quoque Vestalium et sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt locatim*. Частныя лица не могли отдавать въ аренду свои земли подъ видомъ *agri vectigales*; см. Pernice ук. соч. стр. 84.

⁷⁾ l. § 1 D. si ager vectigalis 6, 3. ср. Lenel, *edictum* стр. 146.

⁸⁾ Gaj. Instit. III § 145.

арендной платы ⁹⁾. Если же разсматривать сдѣлку, какъ куплю, то на воздѣльвателя, какъ на покупателя, падаетъ весь рискъ.

Родственнымъ институтомъ являлся существовавшій издревле въ Греціи *эмфитевзисъ*, т. е. наследственная земельная аренда для разведенія садовъ и виноградниковъ ¹⁰⁾. Онъ вошелъ въ употребленіе въ императорскихъ вотчинахъ—*agri patrimoniales*. Постепенно вектигальное право и эмфитевзисъ слились въ одинъ юридическій институтъ ¹¹⁾. Во время христіанскихъ императоровъ и церкви часто стали отдавать свои имѣнія подъ эмфитевзисъ. Но въ частныхъ землевладѣніяхъ эмфитевзисъ встрѣчается только въ юстиніановомъ правѣ ¹²⁾.

Старый споръ о природѣ договора наследственной аренды былъ разрѣшенъ имп. Зенономъ. Договоръ не долженъ быть признаваемъ ни куплею, ни наймомъ, а своеобразнымъ эмфитевтикарнымъ договоромъ. Важный практическій вопросъ, который былъ сопряженъ съ этимъ споромъ, былъ рѣшенъ при этомъ не въ пользу воздѣльвателя. Сбавка арендной платы при случайномъ умаленіи или ухудшеніи объекта болѣе не должна имѣть мѣсто ¹³⁾. Это едва ли соотвѣтствуетъ правдѣ и справедливости.

⁹⁾ Въ особенности Папиніанъ защищалъ мнѣніе о сбавкѣ платы при неурожаѣ на *ager vectigalis*, l. 15 § 4 D. locati 19, 2. Многие относятъ его мнѣніе къ «Откупамъ таможенныхъ сборовъ (мыто)», такъ Vangerow, т. 1 § 359; Windscheid, т. 1 § 220, пр. 7. Это не согласуется со смысломъ его изложенія; см. Pernice, ук. соч. стр. 86.

¹⁰⁾ Dittenberger, de inscriptione Thisbensi ad emphyteuseos jus spectante: къ *Lectionskatalog von Halle 1891—92 г.*

¹¹⁾ Въ l. 15 § 1 D. qui satisfacere cog. 2, 8 въ уста Macer'a вляется фраза: *sedet qui vectigalem id est emphyteuticum agrum possidet*. Это очевидно интерполяція. Но она доказываетъ, что юстиніановское законодательство ставитъ эмфитевзисъ рядомъ съ вектигальнымъ правомъ. Это слѣдуетъ и изъ заглавія титула пандектовъ 6,3: *si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur*. Lenel, *Edictum*, стр. 146, основательно высказывается противъ Рудорфа, который видитъ здѣсь слова эдикта. Образование права эмфитевзиса началось послѣ Hadrian'a, а его отождествленіе съ вектигальнымъ правомъ совершилось цѣлыми столѣтіями позже.

¹²⁾ Ср. l. 2 C. de emphit. jure 4, 66; Pernice *Parerga* ук. соч., стр. 85.

¹³⁾ l. 1 C. de emphyteutico jure 4, 66. Imp. Zeno A. Sebastiano p. p.: *Jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc jus tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et justum esse validumque contractum. in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus sicut eveniunt pactorum non fuerint conventionem concepta, si quidem tanta emergerit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruerat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur: sin vero particulare vel aliud leve damnum contigerit, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum a. 476—484.*

Суперфициарій и эфитевтъ въ экономической и въ социальной жизни приобрѣли положеніе, схожее положенію собственника земли. Это обстоятельство сказалось и въ развитіи ихъ правъ. Къ нимъ примѣнялись по аналогіи нормы о правѣ собственности, поскольку это совмѣщалось съ основнымъ свойствомъ этихъ институтовъ, какъ широкихъ правъ пользованія. Тѣмъ не менѣе эти институты являются только вещными правами на чужія вещи. Собственникъ остается хозяиномъ земли. Его право представляется фундаментальнымъ, направленнымъ на полное господство. Поэтому оно *ipso jure* консолидируется, коль скоро прекращаются суперфиций или эфитевзисъ.

Въ продолженіи долгаго времени теорія новыхъ юристовъ о суперфиции, эфитевзисѣ и о ленномъ правѣ исходила изъ представленія о *раздѣленіи права собственности*. Управомоченному на пользованіе приписывалось, *nutzbares Eigenthum*, *Untereigenthum*, *dominium utile*, а землевладѣльцу—прямая собственность, *dominium directum* (*Obereigenthum*). Но теперь ученіе о раздѣленной собственности оставлено ¹⁴⁾. Оно не согласуется съ римскимъ понятіемъ права собственности. Согласно послѣднему собственникъ есть тотъ, чье право простирается до полного господства надъ вещью, кто, слѣдовательно, имѣетъ всѣ правомочія, которыя спеціально не уступлены другому. Такое положеніе занимаетъ только хозяинъ земли, но не суперфициарій ¹⁵⁾ или эфитевтъ ¹⁶⁾.

¹⁴⁾ Выраженіе *dominium utile* происходитъ отъ глоссаторовъ. Они всюду говорили о *dominium utile* въ томъ смыслѣ, въ какомъ существовала, по источникамъ, *rei vindicatio utilis*, ср. Landsberg, «Glosse des Accursius» стр. 97. *Dominium utile*, согласно этому, обнимало собою различные случаи—также и упоминаемые выше § 225 пр. 4 и сл.; очевидно одной общей идеи въ основѣ этого понятія не было. Но позже *dominium utile* стали отождествлять съ понятіемъ *nutzbares Eigenthum*. Этимъ объемъ понятія ограничили правомъ эфитевта, суперфициарія, вассала и подобнаго рода лицъ, управомоченныхъ на пользованіе. Тутъ уже возникла мысль о раздѣленіи собственности. Въ основу положено то, что различныя права, содержащіяся въ понятіи права собственности, отходятъ къ разнымъ собственникамъ. Тотъ, кто имѣлъ только пропріететь, т. е. право распорядиться субстанціею вещи, считался прямымъ собственникомъ (*Obereigenthümer*), кто имѣетъ *нѣкоторыя* права пропріетета и, въ томъ числѣ, право пользованія вещью, считался *nutzbarer Eigenthümer*. Прежде всего противъ этой теоріи возсталъ Thibaut «Versuche» т. 2, ч. 3 и «Abhandlungen» н. 11. Его разсужденія имѣли окончательный успѣхъ.

¹⁵⁾ l. 19 pr. D. de damno infecto, 39, 2; l. 49 D. de V. J. 50, 16.

¹⁶⁾ l. 1 § D. si ager vectigalis 6, 3 «quamvis non efficiantur domini», l. 3 § 4 D. de rebus eorum, 27, 9, l. 71 §§ 5 и 6 D. de legatis 1, l. 10 D. fam.erc. 10, 2. Въ l. 12 C. de fundis patrimonialibus, 11, 62 говорится, впрочемъ, объ эфитевтѣ «cum fundorum sint domini». Этого нельзя понимать буквально; это эмфатическое указаніе на экономическое положеніе, близкое собственности. Объясненіе Thibaut, Abh. стр. 274, 281. что

§ 259. Суперфицій ¹⁾.

I. *Право суперфиція—Platzrecht, Erbbaurecht—*есть *наслѣдственное и отчуждаемое вещное право имѣть на чужой землѣ въ теченіе продолжительнаго времени зданіе или какое либо другое сооруженіе. По общему (пандектному) праву это право имѣетъ болѣе обширный фактическій составъ, чѣмъ по юстиніановскому праву.*

А именно: римляне не знали права суперфиція безъ *поземельнаго оброка, чинша, solarium* ²⁾;—по общему праву оброкъ не *существененъ* ³⁾.

Далѣе, въ Римѣ считалось само собою разумѣющимся, что суперфиціарій самъ отъ себя возводитъ зданіе на чужой землѣ ⁴⁾; по общему праву допускается учрежденіе суперфиція на уже существующее зданіе или даже на отдѣльный этажъ его ⁵⁾. Наконецъ, римляне знали право суперфиція лишь на зданія; въ общемъ же

здѣсь говорится объ особенномъ случаѣ, въ которомъ земледѣлецъ къ своему *ius in re* приобрѣлъ и собственность, едва ли пригодно.

¹⁾ Tit. Dig. de superficibus 43, 18; Degenkolb, Platzrecht und Mieth 1867; Wächter, Platzrecht въ Programme der Leipziger Juristenfacultät и въ 2 изд. въ Sammlung von Abhandlungen der jurist. Fakultät 1868 : A. Schmidt, das Recht d. Superficies въ Savingszeitschrift т. 11, стр. 121; Coviello, la Superficie въ archivio giuridico, т. 49 стр. 3; Lucci, тамъ же т. 52 стр. 251 и авторы, упоминаемые Wächter'омъ и Coviello. Ср. герм. гр. ул. §§ 1012 и сл.: Erbbaurecht.

²⁾ Degenkolb, ук. соч. стр. 29. Int. de superficibus, l. 1 pr. D. h. t.—приведенный выше, § 258 пр. 3—требуетъ предоставленія суперфиція «ex lege locationis sive conductionis». Если Ulpian при рѣшеніи иска суперфиціарія въ l. 1 § 1 D. h. t. говоритъ: «si conduxit superficem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest», то, по нашему мнѣнію, онъ имѣлъ въ виду не различные договоры, но различную конструкцию, которую давали нормальному договору классическіе юристы, такъ какъ онъ характеризовался одними, какъ наемъ, другими какъ купля; ср. Gaj. Instit. III § 145. Отсюда Gaj. libro 25 ad edictum provinciale l. 2 D. h. t. могъ опредѣлять: Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt. То же у Павла въ l. 74 D. de rei vind. 6, 1; ср. далѣе l. 17 D. de pign. a. 13, 7, l. 15 D. qui pot. 20, 4, l. 39 § 2 D. de damno infecto 39, 2; l. 2 § 17 D. ne quid in loco publico 43, 8. Очевидно, извѣстны были только оброчные суперфиціи. l. 32 § 5 D. de jure dotium 23, 3 не противорѣчитъ этому. Онъ говоритъ о продажѣ дома на сносъ. Degenkolb, ук. соч. стр. 38. Ср. Pernice, Parerga II, ук. соч. стр. 90 пр. 1. Schmidt, ук. соч. стр. 152.

³⁾ Ср. R. G. т. 7 стр. 145. Также герм. гр. уложеніе не требуетъ *земельнаго оброка* (чинша).

⁴⁾ Такъ Degenkolb въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, т. 4, стр. 484; Brinz, Pand. т. 1 стр. 807; Pernice, Parerga ук. соч. стр. 90, пр. 1; иначе Wächter, ук. соч. стр. 76; ср. «die Inschrift des Adrast», Bruns fontes ed. VI. p. 303: Exemplaria litterarum . . . quibus ei permissum sit aedificare loco cannabae a solo aedificium juris sui pecunia sua praestaturus solarium sicut ceteri.

⁵⁾ Ср. R. G. т. 7, стр. 145; т. 31 стр. 170. См. также Friedr. Ackermann über Stockwerkseigenthum Gött. Inaug.—Diss. 1891; герм. гр. ул. § 1004: «ограниченіе суперфиція (des Erbbaurechte) частью участка, въ частности какимъ нибудь этажемъ не допускается,—касается конечно только суперфиціарныхъ правъ, установленныхъ послѣ вступленія въ дѣйствіе герм. гр. ул. Ср. также Einf. G. Art. 182.

правъ суперфициарныя права встрѣчаются и относительно другихъ объектовъ, напр. деревьевъ, лѣсовъ ⁶⁾, желѣзныхъ дорогъ.

II. Источники нормируютъ суперфициарныя отношенія неполно: пробѣлы приходится пополнять путемъ выводовъ изъ сущности института. Приэтомъ главнымъ образомъ принимается во вниманіе аналогія съ правомъ собственности ⁷⁾.

1. Согласно этому для *установленія суперфиция* недостаточно простого договора, а требуется традиція ⁸⁾. Суперфиций, несомнѣнно, можно предоставить и посредствомъ легата, отказа ⁹⁾. Наконецъ, нельзя обойтись безъ давности, и практикою это признается. Иначе что стало бы съ тѣми давно учрежденными суперфициями, титулъ которыхъ съ теченіемъ времени утратился? Аналогія съ давностнымъ приобрѣтеніемъ права собственности опредѣляетъ подробности. Основнымъ предположеніемъ тутъ разумѣется является владѣніе суперфициарнымъ правомъ ¹⁰⁾.

2. *Приобрѣтеніе существующаго суперфиция* совершается тѣми же способами, какъ установленіе суперфиция, а именно: путемъ традиціи ¹¹⁾, отказа и давностнаго владѣнія.

3. Спорно, имѣетъ ли суперфициарій *владѣніе вещью* или же онъ обладаетъ ею для собственника и является только *владѣльцемъ* права. Но нигдѣ не говорится, чтобы хозяинъ земли удерживалъ владѣніе суперфициарнымъ участкомъ. Въ дѣйствительности это сводилось бы къ одной только фикціи. Напротивъ, суперфициарія

⁶⁾ Wächter, ук. соч. стр. 54. Суперфициарное право возможно и относительно подвала, ибо и подвалъ покоится на землѣ; ср. Seuffert, Archiv т. 6 н. 152; Wächter, ук. соч. стр. 53 по герм. гр. ул. суперфициарное право во всякомъ случаѣ должно касаться *постройки* (Bauwerk).

⁷⁾ Ср. выше § 258 въ концѣ, герм. гр. ул. § 1017.

⁸⁾ Традиція по l. 1 § 7 D. h. t. 43, 18 есть форма пересвоенія существующаго суперфиция. Послѣдовательность требуетъ наличности традиціи и при установленіи суперфиция. Windscheid другого мнѣнія т. 1 § 223 пр. 12 и 15, но Lenel, въ Iherings Jahrbuch. т. 19 стр. 191, справедливо высказывается противъ него. Ср. R. G. т. 9 стр. 194. Герм. гр. ул. § 1015 требуетъ согласія собственника и приобрѣтателя суперфиция, выраженнаго въ одновременномъ присутствіи обѣихъ сторонъ передъ вотчиннымъ установленіемъ (Grundbuchamt) и внесенія Erbbaurecht'a въ книгу. По Grundbuchordnung для Erbbaurecht'a долженъ быть открытъ особый листъ въ вотчинной книгѣ; листъ открывается ex officio, т. е. безъ просьбы сторонъ, если суперфициарное право должно быть продано или обременено другимъ правомъ.

⁹⁾ Ср. Arndts «gesammelte Schriften», т. 1 стр. 233. По герм. гр. ул. отказомъ можетъ быть установлено только обязательственное право на предоставленіе суперфиция.

¹⁰⁾ R. G. т. 7 стр. 146. Возможны были и публицианскія суперфициарныя права, напр. въ случаѣ добросовѣстнаго приобрѣтенія отъ несобственника. Герм. гр. ул. § 900 ч. 2 знаетъ только Tabularersitzung (ср. выше § 252 пр. 14).

¹¹⁾ l. 1 § 7 D. h. t. 43, 18, но ср. герм. гр. ул. § 1017.

должно считать владѣющимъ вещь¹²⁾. Какъ владѣлецъ, суперфиціарій имѣетъ *владѣльческіе иски*. Ему, какъ и собственнику, принадлежатъ далѣ *петиторныя* средства защиты правъ, то есть виндикація, конфессорные и негаторные иски.

4. Суперфиціарій можетъ *отчуждать* свое право, а также закладывать вещь¹³⁾ и обременять ее сервитутами¹⁴⁾, но только безъ ущерба для правъ собственника земли. Онъ имѣетъ неограниченное право распоряженія зданіемъ. Послѣ снесенія его суперфиціарію принадлежатъ строительные матеріалы¹⁵⁾. Содержаніе или возобновленіе зданія само по себѣ не входитъ въ число его обязанностей; но оно можетъ быть на него возложено. Въ частности тотъ, кто имѣетъ суперфиціарное право на часть зданія, напр. на подвалъ или на этажъ, обязанъ по отношенію къ собственнику и суперфиціаріямъ другихъ частей къ поддержанію своей части строенія. Это является обремененіемъ, съ необходимостью вытекающимъ изъ его своеобразнаго права.

5. Поземельный оброкъ (чиншъ), который суперфиціарій обязанъ платить хозяину земли, похожъ на Reallast. Каждый владѣлецъ суперфиціи обязанъ уплачивать не только текущіе платежи за время его владѣнія, но и недоимки, накопившіяся при предшествующихъ владѣльцахъ¹⁶⁾.

¹²⁾ Ср. выше § 173 пр. 3. Противъ юридическаго владѣнія суперфиціарія высказывается Degenkolb, ук. соч. стр. 92, Wächter, ук. соч. стр. 45. Ср. въ особенности Arndts, «über den Besitz der Emphyteuse» въ Lindes Zeitschrift n. F. т. 3 стр. 367 и сл. и въ его gesammelte Schriften т. 1 стр. 277. Но и его доводы не убѣдительны. По современному праву хозяину земли можно приписать владѣніе правомъ въ противоположность эмфитевту. Это соответствуетъ вещному правоотношенію и даетъ ключъ къ разрѣшенію трудностей, выдвинутыхъ Арндтсомъ. Но собственникъ не есть владѣлецъ вещи.

¹³⁾ l. 1 § 6 D. h. t. 43, 18; l. 16 § 2 D. de pign. a. 13, 7; l. 13 § 3 D. de pign. 20, 1; l. 15 D. qui pot. 20, 4. Суперфиціарій, по римскому толкованію, закладываетъ самую вещь—Dernburg, Pfandrecht т. 1 стр. 218 и сл.—а не только свое суперфиціарное право.—Wächter, ук. соч.

¹⁴⁾ l. 1 § 9 D. de superfic. 43, 18; l. 1 пр. D. quibus modis usus fructus 7, 4; см. выше § 251 пр. 4.

¹⁵⁾ Wächter, ук. соч. стр. 39.

¹⁶⁾ Какъ римляне конструировали обязанность суперфиціарія и эмфитевты къ взносу платы,—это спорно. Первый приобретатель наследственнаго суперфиціи прямо за себя и своихъ наследниковъ соглашался на lex locationis;—они отвѣчали такимъ образомъ по actio locati: l. 1 § 1 D. de superf. 43, 18; l. 1 и сл. D. si ager vectig. 6, 3. Сингулярные преемники молчаливо подчинялись lex locationis. И принятіе ими на себя недоимокъ ихъ предшественниковъ тоже выводилось изъ договорнаго права; arg. l. 7 D. re publicanis 39, 4; l. 39 § 5 D. de leg. I. Несомнѣнно образцомъ для выработки этихъ правоположеній являлись нормы, касавшіяся публичныхъ податей, ср. Dernburg, Pfandr. т. I стр. 352; Pernice, Parerga, ук. соч. стр. 88. Тѣмъ не менѣе должна была быть возможность конструировать эту обязанность на частноправовыхъ

6. Суперфициарій обязанъ уплачивать публичныя подати ¹⁷⁾.

7. Суперфиций прекращается, съ истеченіемъ установленнаго при его учрежденіи срока; далѣе, если нарушена дополнительная оговорка о прекращеніи отношенія, напр. въ случаѣ невноса платы за нѣсколько лѣтъ, коль скоро хозяинъ земли ссылается на такое нарушеніе ¹⁸⁾ ¹⁹⁾. Дереликція также прекращаетъ суперфиций ²⁰⁾. Наконецъ возможна погасительная давность. Она при-мѣняется по аналогіи съ погасительною давностью въ залоговомъ правѣ ²¹⁾.

§ 260. Эмфитевзисъ ¹⁾.

I. Эмфитевтическія права суть *вещныя права наследственной аренды, которыя основываются на началахъ римскаго законнаго нормальнаго статута о правахъ и обязанностяхъ эмфитевты*. Въ римскомъ правѣ вещныя права наследственной аренды—за исключеніемъ суперфиция—возможны были только въ формѣ эмфитевзиса. Въ Германіи издавна существовали различнаго рода наследственные чишевые участки. Отношенія по этимъ землямъ должны разсматриваться по договорамъ, по ихъ происхожденію и по мѣстнымъ правовымъ нормамъ. Они подпадаютъ римской теоріи объ эмфитевзисѣ лишь тогда, когда установленіе именно эмфитевзиса имѣлось въ виду ²⁾. Это бываетъ не часто, но случается. А именно, иногда

началахъ. По общему (пандектному) праву обязанности по платежу оброка слѣдуетъ разсматривать просто какъ подобіе поземельнымъ повинностямъ (Reallast), обязательнымъ для наличнаго владѣльца и вмѣстѣ съ тѣмъ лежащимъ на вещи.

¹⁷⁾ По аналогіи съ эмфитевзисомъ и узурфруктомъ, Windscheid, т. 1 § 223, пр. 10.

¹⁸⁾ Закономъ предусмотрѣнныхъ случаевъ потери суперфициарнаго права подобно тѣмъ, которые имѣются для эмфитевзиса, нѣтъ; ср. Wächter, ук. соч. стр. 108.

¹⁹⁾ Уничтоженіе обремененной вещи прекращаетъ суперфиций. Уничтоженіе дома по общему правилу не прекращаетъ его, такъ какъ суперфиций состоитъ въ правѣ, имѣть и сохранять на чужой землѣ домъ. И по герм. гр. ул. § 1016 суперфиций не прекращается уничтоженіемъ строенія.

²⁰⁾ Ср. Wächter, ук. соч. стр. 120, см. также ниже § 260 пр. 25. Герм. гр. ул. § 875.

²¹⁾ Ср. Wächter, ук. соч. стр. 109.

¹⁾ Ср. главнымъ образомъ Arndts «gesammelte civilist. Schriften» т. 1 стр. 210 и сл. Perna «l'enfiteusi nel diritto antico e moderno» 1892 cap. I. Einf.—Gesetz къ герм. гр. ул. art. 63 оставляетъ незатронутыми мѣстно-правовыя положенія о наследственной арендѣ.

²⁾ Въ германскомъ средневѣковѣ крестьяне часто получали отъ землевладѣльцевъ крестьянскіе участки на правѣ наследственнаго пользованія, подъ различными наименованіями и часто на различныхъ правовыхъ условіяхъ; ср. Stobbe—Lehmann, «deutsches P. R.», т. II § 189. Подведеніе ихъ подъ нормы римскаго эмфитевзиса, какъ

попадаютъ церковные эмфитевзисы ³⁾, т. е. такіе, гдѣ землевладѣльцами являются церкви или церковныя учрежденія.

Римскій эмфитевзисъ развивался по отношенію къ сельско-хозяйственнымъ участкамъ, но былъ возможенъ также и относительно другихъ недвижимостей и даже относительно строеній ⁴⁾.

II. Установленіе новаго эмфитевзиса, какъ и приобрѣтеніе существующаго, происходитъ какъ и при суперфиции посредствомъ традиціи ⁵⁾, отказа (легата) и давностнаго владѣнія ⁶⁾. Для установленія церковнаго эмфитевзиса по договору требуется письменная форма. Уклоненія отъ нормъ закона даже при свѣтскихъ эмфитевзисахъ должны быть оговорены въ письменной формѣ ⁷⁾ ⁸⁾.

Эмфитевтъ имѣетъ право на владѣніе вещью и, вслѣдствіе сего, владѣльческія средства правовой защиты ⁹⁾. Ему, на подобіе собственника, принадлежатъ и петиторные иски ¹⁰⁾. Онъ можетъ отчуждать и закладывать вещь, а также налагать вещныя обремененія на вещь, но только безъ ущерба для правъ хозяина земли ¹¹⁾. Право пользованія эмфитевта обширно. Онъ приобрѣтаетъ *плоды* съ момента ихъ *отдѣленія*, а не какъ узупруктуарій только

прежде это одно время дѣлали воспитанные на римскомъ правѣ юристы, давно и справедливо отвергнута. Точно также лишена основанія попытка Windscheid'a, т. I § 218,—обсуждать по началамъ римскаго эмфитевзиса наследственные права пользования на «плодоприносящія участки» въ томъ случаѣ, если въ данномъ мѣстномъ правѣ нѣтъ германскаго института наследственнаго чинша (Erbzins). Однако для примѣненія римскихъ началъ требуется, чтобы стороны имѣли въ виду именно «эмфитевзисъ» Ср. R. G. т. 15 стр. 184.

³⁾ Arndts. Pand. § 195 пр. 4.

⁴⁾ Arndts gesammelte Schriften т. 1 стр. 215. L. 15 § 26 D. de damno infecto 39, 2 относится къ суперфицию, при которомъ примѣнялся и vectigal scil. solarium. Иначе однако дѣло обстоитъ съ nov. 7, cap. 3 § 2 и nov. 120 cap. 1 § 2.

⁵⁾ Въ источникахъ ничего не сказано о необходимости традиціи. Многие поэтому считаютъ договоръ достаточнымъ для установленія эмфитевзиса: ср. Windscheid, т. I § 221 пр. 3 и приведенныхъ у него. Но аналогія съ суперфициемъ говоритъ противъ этого. Добросовѣстное приобрѣтеніе отъ несобственника даетъ публицианское право эмфитевзиса, l. 12 § 2 D. de Publ. a. 6. 2. По Einführ. Gesetz. къ герм. гр. ул. art. 63 постановленія § 1017 герм. гр. ул. примѣняются и къ наследственной арендѣ (Erbpachtrecht).

⁶⁾ Въ l. 12 § 2 D. de Publ. a. 6, 2 отрицается возможность usucapio вектигалъныхъ участковъ. Но это ничего не доказываетъ противъ допустимости longi temporis praescriptio и юстиніановскаго давностнаго владѣнія. Во всякомъ случаѣ обычай и практика за давностное приобрѣтеніе эмфитевзиса, ср. Arndts, gesam. Schriften стр. 235. Иного мнѣнія Zimmermann въ своихъ и Neustetels «Untersuchungen» н. 5, стр. 127.

⁷⁾ Это—общее мнѣніе, которое опирается на nov. 120 cap. 6 § 1. Gluck, т. 8 стр. 462, Arndts, «Schriften» стр. 232.

⁸⁾ l. 1 C. de emph. jure 4, 66, цитиров. выше § 258 пр. 13; l. 2 пр. Cod. eodem.

⁹⁾ Это—спорный вопросъ, какъ и относительно суперфиции; ср. выше § 249 пр. 12.

¹⁰⁾ l. 16 D. de serv. 8, 1.

¹¹⁾ Ср. l. 31 D. de pign. 20, 1. О подробностяхъ см. Dernburg. Pfandrecht. т. 1 § 221 и цитаты у Windscheid т. 1 § 219 примѣч.

путемъ ихъ собиранія ¹²⁾). Ему принадлежатъ не только плоды въ собственномъ смыслѣ, но и другіе доходы вещи, напр. валежникъ. Но половина клада, являющаяся приращеніемъ права собственности, когда кладъ найденъ въ эмфитевтикарномъ участкѣ, принадлежитъ не эмфитевту, а собственнику земли ¹³⁾.

На эмфитевтѣ лежатъ обязанности по отношенію къ хозяину земли. Грубое нарушеніе этихъ обязанностей влечетъ за собою утрату эмфитевзиса, — т. наз. *privatio* — безъ полученія эмфитевтомъ вознагражденія за сдѣланныя имъ улучшенія ¹⁴⁾.

1. Эмфитевтѣ долженъ содержать объектъ въ надлежащемъ состояніи и не долженъ его ухудшать ¹⁵⁾.

Ухудшеніе вещи управомочиваетъ хозяина земли къ выселенію эмфитевта (*privatio*) ¹⁶⁾. Понятно, оно должно быть вызвано виною эмфитевта и должно быть значительно.

2. Эмфитевтѣ, далѣе, обязанъ платить ежегодный оброкъ (чиншъ) ¹⁷⁾. Онъ долженъ приносить деньги собственнику въ сроки платежа, не выжидая требованія ¹⁸⁾ ¹⁹⁾. Частичное разрушеніе или уменьшеніе объекта не даетъ права на уменьшеніе оброка ²⁰⁾.

Эмфитевтѣ обязанъ нести и публичныя подати. Если эмфитевтѣ *въ продолженіи 3 лѣтъ* не платилъ хозяину земли оброка и не вносилъ *въ пользу государства публичныхъ податей*, то онъ подлежитъ выселенію ²¹⁾.

При церковныхъ эмфитевзисахъ двухлѣтній неплатежъ оброка является поводомъ къ выселенію ²²⁾.

¹²⁾ l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1.

¹³⁾ Въ настоящее время это — господствующее мнѣніе; ср. Arndts, Schriften, т. 1 стр. 216, Windscheid, т. 1 § 219 пр. 3. Вопросъ, однако, спорный.

¹⁴⁾ Ср. l. 2 § 1 D. de emphyt. jure 4, 66; nov. 7 cap. 3 § 2; nov. 120 cap. 8.

¹⁵⁾ Nov. 7, cap. 3 § 2. nov. 120 cap. 8.

¹⁶⁾ Источники говорятъ объ этомъ только по отношенію церковныхъ эмфитевтовъ, nov. 120 cap. 8, cap. 3 X de locato 3, 18. Но въ этомъ заключается общее юридическое правило, коренящееся въ арендномъ правѣ, l. 3 C. de locato 4, 65. О компенсаціи ухудшеній и улучшеній см. Thibaut, Versuche т. 2 п. 2.

¹⁷⁾ Оброкъ называется vectigal, pensio, redditus и *canon* — l. 3 § 3 C. h. t. 4, 66.

¹⁸⁾ l. 2 § 1 C. de emphyt. jure 4, 66.

¹⁹⁾ Ср. выше § 259 пр. 16.

²⁰⁾ l. 1 C. h. t., приведенный выше § 258 пр. 13. О l. 15 § 4 D. locati 19, 2 см. выше § 258 пр. 9.

²¹⁾ l. 2 C. de emphyt. jure 4, 66.

²²⁾ Nov. 7 cap. 3 § 2, nov. 120 cap. 8.

3. Наконецъ эмфитевтъ обязанъ *доводить до свѣдѣнія* собственника земли объ *отчужденіи эмфитевзиса* и объ условіяхъ договора отчужденія.

Въ такомъ случаѣ хозяинъ земли имѣетъ альтернативное право. Онъ можетъ: или потребовать 2% съ продажной цѣны, а при отчужденіяхъ, которыя не имѣютъ въ своемъ основаніи продажу, столько же со стоимости эмфитевзиса, или же въ теченіе 2 мѣсяцевъ осуществить свое право преимущественной покупки, путемъ котораго онъ вступаетъ въ сдѣлку купли и консолидируетъ свое право собственности.

Неувѣдомленіе или недобросовѣстное увѣдомленіе, между прочимъ невѣрное показаніе покупной цѣны, грозитъ потерю эмфитевзиса ²³⁾. Право на выселеніе (*privatio*) пріобрѣтается собственникомъ, какъ только наступаетъ поводъ къ нему. Отъ его усмотрѣнія зависитъ осуществленіе этого права. По римскому праву эмфитевтъ не можетъ уже предотвратить потери эмфитевзиса исполненіемъ, послѣ возникновенія повода къ выселенію, всѣхъ своихъ обязательствъ, напр. уплатою должныхъ податей. Согласно каноническому праву ²⁴⁾ онъ сохраняетъ эмфитевзисъ въ случаѣ послѣдующаго предложенія полного удовлетворенія, пока еще хозяинъ земли не извѣстилъ его объ отобраніи объекта.

Эмфитевзисъ прекращается дереликціею со стороны эмфитевта ²⁵⁾ и вслѣдствіе погасительной давности ²⁶⁾.

²³⁾ l. 3 C. de emphyt. jure 4, 66.

²⁴⁾ Cap. 4 X de locato 3, 18 verb. «si sibi satisfactione celeri non providit». Иные утверждаютъ, что mora до возбужденія иска о выселеніи можетъ быть еще исправлена, ср. Arndts, Schriften стр. 245 пр. 159; Segré, вѣ studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafani 1892 стр. 305 и сл. о времени приваціи и о подлежащемъ искѣ.

²⁵⁾ Это—господствующее въ практикѣ мнѣніе, Glück т. 8, стр. 532 пр. 9. Оно же и правильно. За него говоритъ аналогія съ правомъ собственности и узуфрукта. Другого мнѣнія Windscheid, т. 1 § 222 пр. 3.

²⁶⁾ Windscheid, т. 1 § 222 пр. 4. Конечно, эмфитевзисъ прекращается и вслѣдствіе уничтоженія вещи, вслѣдствіе выхода ея изъ оборота и черезъ консолидацію, т. е. если онъ соединяется съ собственностью.

Раздѣль пятый.

Залоговое право.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Сущность и исторія залогового права.

§ 261. Понятіе залогового права ¹⁾.

1. Кредитъ—необходимое условіе гражданскаго оборота. Ссужаютъ и занимаютъ деньги сотнями способовъ и покупаютъ въ кредитъ. Заимодавецъ обыкновенно предоставляетъ кредитъ только тѣмъ лицамъ, платежеспособность которыхъ ему точно извѣстна, и то только на короткое время. Болѣе широкому кругу лицъ и на болѣе продолжительное время онъ неохотно даетъ въ долгъ подъ простую росписку — *chirographum*, а, напротивъ, требуетъ обезпеченія посредствомъ залога, т. е. оказываетъ лишь *реальный кредитъ*.

2. Слѣдуетъ различать *залоговое право въ широкомъ* и въ *тѣсномъ* смыслѣ. Залоговое право въ широкомъ смыслѣ есть неизмѣнное право на имущественный объектъ, изъ котораго можно получить удовлетвореніе въ случаѣ несвоевременной уплаты долга. Въ этомъ смыслѣ оно не связано съ одной какой либо опредѣленной юридической формой, а принимаетъ различные виды.

Оно можетъ быть установлено какъ посредствомъ перенесенія права собственности, такъ и посредствомъ предоставленія какого-

¹⁾ О залоговомъ правѣ трактуетъ 20-я книга *Дигестъ Юстиніана*. Изъ римскихъ юристовъ главное сочиненіе по залоговому праву принадлежитъ перу Марціана: *ad formulam hypothecariam*. Подробную разработку даетъ Г. Дербургъ, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechtes* 2 тома, 1860 и 1864. Болѣе старыя изслѣдованія по догмѣ залоговаго права: Gesterding, *Pfandrecht* 1816, 2-ое изданіе 1831, и Sintenis, *Pfandrecht* 1836, по исторіи зал. права—Бахофенъ (Bachofen), *Das römische Pfandrecht* т. 1 1847. Bethmann=Hollweg составилъ комментарий къ первому титулу 20-й книги *Дигестъ* подъ заглавіемъ: книга 20-я пандектъ (das 20. Buch der Pandecten 1877). Анализомъ основныхъ началъ залогового права занялись главн. образомъ: Sohm, *die Lehre vom subpignus* 1864; Bremer, *das Pfandrecht und die Pfandobjekte* 1867; Exner, *Kritik des Pfandrechtsbegriffes* 1863; Pfaff, *sur Kritik des Pfandrechtsbegriffes* въ *Grünhuts Zeitschrift* т. 1 стр. 41 сл.; Kohler, *pfandrechtliche Forschungen* 1882, Ernst Demelius, *das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem Recht*, 1897. О германскомъ залоговомъ правѣ ср. Meibom, *das deutsche Pfandrecht* 1867. Sohm, *Natur und Geschichte der modernen Hypothek* въ *Grünhuts Zeitschrift* т. 5 стр. 10 сл.; Schwind, *Wesen und Inhalt des Pfandrechtes* 1899.

либо вещнаго права на чужую вещь. Оно не ограничивается одними тѣлесными вещами; напротивъ, оно привлекаетъ въ свою сферу всѣ отчуждаемые имущественные объекты, включая сюда долговья требованія и сервитуты.

Три признака преимущественно характерны для залогового права. Во-первыхъ цѣль — обезпеченіе долгового требованія, во-вторыхъ средство — право использовать для этого объектъ залога, и, въ третьихъ, — постоянство и неизмѣнность этого средства, такъ что оно является дѣйствительнымъ обезпеченіемъ.

Залоговымъ правомъ въ особенномъ и собственномъ смыслѣ мы называемъ служащее обезпеченіемъ долгового требованія право на чужую тѣлесную вещь, уполномочивающее залогодателя продать ее для своего удовлетворенія.

Такой способъ залога наиболѣе употребителенъ. Въ немъ идея залогового права нашла свое наиболѣе совершенное выраженіе. Ибо къ залогодательству переходятъ только тѣ права, которыя имѣютъ цѣлью взысканіе по его требованію. Для этой цѣли залогодательству служитъ право продажи заложенной вещи, и это право предоставлено ему вполне, потому что оно въ качествѣ вещнаго простирается на вещь непосредственно и длительнымъ образомъ и остается неизмѣннымъ, не смотря на измѣненія въ лицѣ собственника ²⁾.

3. Какъ средство обезпеченія, залоговое право родственно ин-

²⁾ Ср. Дернбургъ, Pfandrecht т. 1 стр. 96. Болѣе новые писатели болѣею частью отрицаютъ существованіе различія между залоговымъ правомъ въ тѣсномъ и широкомъ смыслѣ. Понятіе залога, по ихъ мнѣнію, должно быть единымъ. Это, по нашему мнѣнію, все равно что искать квадратуру круга. Sohm: subpignus, утверждаетъ, что залоговое право хотя и имѣетъ единое *содержаніе*, но различныя *формы*; такимъ образомъ мы съ нимъ не споримъ по существу Bremer I. с. полагаетъ доказать единство залогового права тѣмъ, что онъ *всякое залоговое право* характеризуетъ какъ *право на право*. Итакъ, закладывающій землю дѣлаетъ это лишь мнимымъ образомъ; въ дѣйствительности онъ закладываетъ свое «право собственности» на землю. Это неестественно и черезчуръ искусственно. Exner I. с.—стр. 189—доказываетъ, что всякое залоговое право имѣетъ вещный характеръ. Оно простирается, хотя и съ различной, а иногда и со скрытой силой, исключительно на *тѣлесныя вещи*. Залогъ долговыхъ требованій даетъ, по мнѣнію этого автора, залогодательству также вещное право, именно право на предметъ заложенного долговаго требованія. Личный искъ кредитора по требованію имѣетъ лишь цѣлью довести это личное право до совершенства, перемѣщая объектъ его изъ имущества третьяго лица, должника, въ имущество залогодателя; въ этой своей функціи искъ этотъ подобенъ actio ad exhibendum. Какъ ни остроумной кажется эта дедукція, все же и она не можетъ насъ убѣдить; слишкомъ она искусственна и кромѣ того она затемняетъ различія между различными способами залога. Иначе Pfaff въ Grünhuts Zeitschrift т. 1. стр. 73. Ср. еще Windscheid т. 1 § 227 прим. 7 и Arndts § 364 прим. 4.

ституту поручительства, при которомъ третье лицо (*Nebenschuldner*)— поручитель—обязывается отвѣчать за долгъ другого ³⁾). Римлянамъ поручительство казалось лучшимъ средствомъ обезпеченія, такъ какъ оно къ матеріальной гарантіи прибавляетъ моральную, ибо лица, не заслуживающія довѣрія, не легко находятъ надежныхъ поручителей ⁴⁾). Въ современномъ правѣ залогъ считается лучшимъ средствомъ кредита, ибо онъ обладаетъ преимуществомъ большей непоколебимости и прозрачности ⁵⁾ ⁶⁾).

4. Залоговое право и поручительство суть придаточныя или *акцессорныя* права, т. е. они существуютъ только ради личнаго требованія; съ прекращеніемъ послѣдняго и они неизбежно прекращаются. Таково господствующее мнѣніе ⁷⁾). Въ новѣйшее время оно нашло многочисленныхъ и авторитетныхъ противниковъ, считающихъ несущественною связь между залоговымъ правомъ и личнымъ долговымъ требованіемъ ⁸⁾).

Въ дѣйствительности здѣсь сказывается глубоко лежащая противоположность между римскими и германскими воззрѣніями.

Въ германскомъ правѣ развился не только личный кредитъ, но и настоящій *реальный кредитъ*. Реальный же кредитъ означаетъ довѣріе къ земельному участку, ссужаютъ капиталъ съ тѣмъ, чтобы въ случаѣ надобности получить изъ земли удовлетвореніе. Наряду съ этимъ личное обязательство земельного собственника не только возможно, но и весьма обычно, оно, однако, не существенно и

³⁾ Объ отношеніи залогового права къ поручительству смотри Дернбургъ *Pfandg.* т. 1 стр. 1 и сл.

⁴⁾ Въ частности *praetoriae stipulationes*—ср. выше § 167—допускалось только поручительство; обезпеченіе залогомъ было недостаточно, l. 7 D. de stip. praet. 46, 5.

⁵⁾ Въ частности по германскому уставу гражд. судопр. (§ 108) въ обезпеченіе издержекъ процесса принимаются лишь наличныя деньги или цѣнныя бумаги. По германскому гражданскому уложенію также по общему правилу требуется реальное обезпеченіе. Лишь за недостаткомъ такового допускается обезпеченіе посредствомъ подходящихъ, т. е. достаточно состоятельныхъ поручителей. Ср. §§ 232 и сл.

⁶⁾ Уже *Pomponius libro 11 ad Sabinum*—l. 25 D. de R. J. 50, 17—говоритъ: *plus cautionis in re est quam in persona*.

⁷⁾ Ср. l. 43 D. de solut. 46, 3. *Ulpianus libro 2 regularum*: *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores hypothecae pignora*.

⁸⁾ *Brinz, Pand.* т. 2 изд. 2, стр. 839 сл. полагаетъ, что по римскому праву залоговое право не возникаетъ безъ личнаго обязательства, но что дальнѣйшее существованіе этого права не зависитъ болѣе отъ личнаго обязательства, а единственно отъ исполненія или неисполненія, удовлетворенія или неудовлетворенія. Сходныхъ взглядовъ придерживается *Windscheid* т. 1 § 225 цифра 2 и многіе другіе. При этомъ остается неразрѣшеннымъ рѣзкое противорѣчіе съ приведенной выше въ прим. 7 *regula* Ульпіана. Ср. также *Demelius* l. c. стр. 104.

носить лишь акцессорный характер⁹⁾. Римляне же въ сущности знали одинъ лишь *личный кредитъ*, которому посредствомъ ипотеки сообщалась большая крѣпость и нѣкоторое преимущество. Отсюда само собой слѣдуетъ, что римская ипотека представляетъ ничто иное какъ придатокъ къ личному долговому требованію и что съ нимъ она возникаетъ и прекращается¹⁰⁾.

5. Въ римскомъ залоговомъ правѣ различаютъ два вида:

а) *pignus* (залогъ движимости, ручной залогъ *Faustpfand*), — залоговое право, основывающееся на передачѣ предмета заклада (*Pfandsache*) въ руки заимодавца¹¹⁾ и

б) *hypotheca*—залоговое право, устанавливаемое въ пользу кредитора безъ немедленного врученія заложенной вещи.

Въ Римѣ оба вида по существу не различались, ибо оба они предоставляли право продажи и право вещнаго залогового иска¹²⁾. Но фактически *pignus* давало большее обезпеченіе, поскольку владѣніе обезпечиваетъ отъ уничтоженія и поврежденія предмета залога. По римскому праву допускалась *ипотека движимостей и недвижимостей*¹³⁾. По германскому имперскому праву, напротивъ, для дѣйствительности заклада *движимостей* требуется передача ихъ кредитору¹⁴⁾.

⁹⁾ Dernburg, Preuss. Hyp. Recht разд. 2-ой стр. 2 и сл. въ Sammlung der deutschen Hypothekenrechte von Meibom. VIII. О соответствующихъ положеніяхъ герм. гражд. улож. ср. Dernburg, Bürg. R. т. 3 стр. 569 и сл.

¹⁰⁾ Установленіе залогового права не есть дареніе, ибо оно обезпечиваетъ притязанія кредитора, не увеличивая его вѣщество, l. 1 § 19 D. si quid in fraudem patroni 38, 5. Точно также отказъ или освобожденіе отъ залогового права не есть настоящее дареніе, ибо заимодавецъ сохраняетъ за собой право требованія и отказывается лишь отъ обезпеченія. Ср. Dernburg, Pfandr. т. 1 § 20.

¹¹⁾ l. 9 § 2 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 28 ad edictum: Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem.

¹²⁾ Въ l. 5 § 1 D. de pign. 20, 1 Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam даже говоритъ: inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt; ср. § 7 J. de act. 4, 6: inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest. Выводъ изъ логическаго тождества pignus и hypotheca дѣлаетъ Ulpian libro 40 ad Sabinum въ l. 1 § 1 D. de pign. act. 13, 7: Si igitur contractum sit pignus nuda conventionem, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori? et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint.

¹³⁾ Ср. впрочемъ Gajus libro 6 ad legem XII tabularum l. 238 § 2 D. de V. S. 50, 16 pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur, unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Эта наивная этимологія слова pignus дало поводъ къ образованію нѣмецкаго слова «Faustpfand» ручной залогъ. Относительно лингвистическаго происхожденія слова pignus ср. Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 49.

¹⁴⁾ См. ниже § 264.

§ 262. Вещный характер залогового права.

1. Залоговое право есть вещное право ¹⁾. Правда, оно иного рода чѣмъ разсмотрѣнныя до сихъ поръ вещныя права на чужія вещи; ибо оно имѣетъ цѣлью не физическое пользованіе и полученіе дохода, но уполномочиваетъ къ отчужденію самой вещи. Въ виду этого назначенія залоговое право какъ бы связываетъ вещь непосредственно и на продолжительное время и тѣмъ подчиняетъ ее власти кредитора. Въ этомъ состоитъ сущность вещнаго права ²⁾.

Изъ вещнаго характера залогового права вытекаютъ слѣдующія послѣдствія:

а) Заложенная вещь остается закрѣпленною за кредиторомъ, даже въ случаѣ перемѣны въ лицѣ собственника: безразлично, производитъ ли повдѣйшій собственникъ свое право отъ залогодателя, или приобрѣлъ ли онъ его самостоятельно, хотя бы по праву давности.

б) Разъ возникшее залоговое право имѣетъ преимущество передъ послѣдующими. Оно имѣетъ старшинство (пріоритетъ) и передъ возникающими послѣ него вещными правами иного рода, напр. передъ правомъ пользованія или поземельнымъ сервитутомъ.

2. Многіе оспариваютъ вещный характеръ залогового права. Они хотятъ видѣть въ немъ *обязательственное право*. При чемъ одни рассматриваютъ залоговое право какъ право требованія, направленное на самую вещь ³⁾, другіе какъ требованіе, обращенное къ *данному* собственнику вещи ⁴⁾.

¹⁾ l. 30 D. de noxalibus actionibus 9, 4. Gajus libro ad edictum praetoris urbani titulo de damno infecto: . . . sive domini sint sive aliquid in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius. То же повторяетъ l. 19 pr. D. de damno infecto 39, 2.

²⁾ Sohm въ Grünhuts Zeitschrift т. 5 стр. 26 и сл. видитъ характерный признакъ вещнаго права въ правомочіи *самостоятельно* воздѣйствовать на объектъ права. Ипотечный же кредиторъ, по крайней мѣрѣ по современному праву, не имѣетъ права дѣйствовать самостоятельно по отношенію къ заложенному имѣнію; ибо принудительною продажей распоряжается судъ. Посылка Зома невѣрна.

Сервитутное право на видъ, напр., представляетъ запретительное право, но отнюдь не полномочіе самостоятельнаго воздѣйствія на служащую, т. е. обремененную сервитутомъ вещь, тѣмъ не менѣе вещный характеръ сервитутнаго права никогда не оспаривался.

³⁾ Это воззрѣніе защищалъ Büchel, civilrechtliche Erörterungen I, 2. 1833; 2-ое изд. 1847 г. т. 1 стр. 259 сл. Затѣмъ также Sintenis, Pfandrecht § 2; Vangerow т. 1 § 363 прим. 2.

⁴⁾ Meibom, Mecklenburg. Hypothekenrecht § 5; даже Sohm въ Grünhuts Zeitschrift т. 5 стр. 27; Ehrenberg, beschränkte Haftung стр. 434 и др. и др.

И то и другое не выдерживает критики ⁵⁾. Вещь не может быть должником, ибо должникъ долженъ исполнять, дѣйствовать! Какъ это можетъ сдѣлать вещь? Мыслимо скорѣе разсматривать *каждаго даннаго* собственника вещи, какъ должника. Но эта конструкция не соотвѣтствуетъ фактическому составу залогового права. Ибо:

а) кредиторы по долговому требованію имѣютъ одинаковыя права; время не даетъ одному преимущества передъ другимъ. Напротивъ вещныя права подчиняются другъ другу въ порядкѣ старшинства ⁶⁾.

Вотъ для залогового права именно особенно характерно, что здѣсь старшинство даетъ преимущество. Значитъ оно принадлежит не къ категоріи обязательственныхъ правъ, а къ категоріи вещныхъ правъ. На это нельзя возразить, что и нѣкоторыя долговья требованія имѣютъ преимущество — *privilegium exigendi* — передъ другими, ибо это исключенія, а приоритетъ старшаго залогового права — правило. Къ тому же привилегіи требованій никогда не зависятъ отъ старшинства ихъ, а исключительно отъ какихъ либо другихъ опредѣленныхъ качествъ.

б) Если бы залоговое право было правомъ требованія, оно не могло бы противостать возникающимъ позже вещнымъ правамъ на заложенную вещь, напр. праву узурфрукта. А на дѣлѣ это такъ. И здѣсь обнаруживается характеръ вещнаго права.

с) Наконецъ, форма римскаго залогового иска ясно указываетъ на вещный характеръ залогового права.

Залоговой искъ въ Римѣ не сводится къ требованію объ уплатѣ долга, какъ это должно было бы быть, если бы искъ этотъ возникалъ изъ долговаго требованія. Притязаніе залогового иска (*petitum*) — направлено къ выдачѣ вещи, также какъ и при искѣ о правѣ собственности. На это нельзя возражать, что отвѣтчикъ можетъ отклонить искъ *предложеніемъ суммы дома*, такъ какъ въ этомъ сказывается право *защиты, а не предметъ иска*.

Какъ бы въ пользу противоположнаго мнѣнія съ перваго взгляда можно было бы указать на то обстоятельство, что источники, говоря о закладѣ и залоговомъ правѣ, обыкновенно употребляютъ выра-

⁵⁾ О вещномъ характерѣ залогового права ср. Dernburg, Pfandr. т. 4 стр. 104 сл.; Exner, Kritik стр. 47; Kohler, pfandrehtliche Forschungen § 5. За вещный характеръ залогового права высказывается между прочимъ Puchta, Pand. § 193; Keller, Pand. § 190; Windscheid т. 1 § 224 прим. 8.

⁶⁾ Ср. выше § 42 абзацъ 8, раздѣлъ 1 стр. 91.

женія «*rem obligare*» и «*rei obligatio*». Этимъ повидимому залоговому праву приписываются свойства долгового требованія. Но и это не рѣшаетъ вопроса; ибо римское «*obligare*» значитъ только связать «юридически». Такимъ образомъ это выраженіе обнимаетъ не только *личное обязательство должника*, но въ *такой же мѣрѣ и вещное подчиненіе* имущества праву кредитора по залогу ⁷⁾.

§ 263. Фидуція и ипотека.

1. Древнее римское право не знало ипотеки. Чисто римскимъ видомъ залога была *fiducia* ¹⁾.

Она представляла собою двойную сдѣлку. Объектъ залога пересвоился кредитору въ собственность посредствомъ *mancipatio* или *in jure cessio* и къ этому присоединился побочный договоръ—*pactum fiduciae*, согласно которому предметъ залога долженъ былъ находиться въ вѣрныхъ рукахъ кредитора ²⁾.

Въ качествѣ собственника кредиторъ имѣлъ вполне законное право распорядиться фидуцированной вещью по своему усмотрѣнію. Онъ *могъ* извлекать изъ нея любую выгоду. Но вслѣдствіе *pactum*

⁷⁾ Brinz. т. 2 §§ 206, 346. Его опредѣленіе обязательства носить такой общій характеръ, что оно включаетъ имущественную и личную отвѣтственность (*Sachen- und Personenhaftung*). Ср. противоположное мнѣніе Rümelin въ *Archiv für civ. Praxis*, т. 68 н. 8.

¹⁾ О *fiducia* смотри Dernburg, Pfandr. т. 1 § 2; Oertmann, die *fiducia* 1890 и приведенные тамъ авторы, объ этомъ ср. Нейтовскы въ *Grünhuts Zeitschr.* т. 18 стр. 354 сл., Bruckner, *krit. Vierteljahrschr.* т. 36 стр. 1; далѣе смотри у Jacquelin de de la *fiducie* 1891; Goepfert, zur *fiducia cum amico contracta* въ *Savignyzeitschr. rom. A.* т. 13 н. 9.

²⁾ Схема фидуціи въ началѣ Императорскаго періода, согласно найденной въ Испаніи надписи на мѣди, гласила (Bruns fontes ed. VI стр. 294): *Dama L. Titi servus fundum Bajanum, qui est in agro, qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi uti optimus maximusque esset, sestertio nummo uno et hominem Midam sestertio nummo uno fidi fiduciae causa mancipio accepit ad. L. Bajano libripende . . . antestato . . . adfines fundo dixit L. Bajanius L. Titium et C. Sejum et populum ei si quos dicere oportet, Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi servum et L. Bajanum quam pecuniam L. Bajanio dedit dederit credidit crediderit expensumve tulit tulerit sive quid pro eo promisit promiserit, spondit sponderit fideve quid sua jussit jusserit, usque eo is fundus eaque mancipia fiduciae essent donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titi soluta liberataque esset, si pecunia sua quaque die L. Titio heredive ejus data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia sive quae mancipia ex is vellet L. Titius heresve ejus vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti venderet: mancipio pluris sestertio nummo uno invitus ne daret neve satis secundum mancipium daret . . .* ср. Degenkolb, *Zeitschrift f. Rechtsgesch.* т. 9 стр. 117. Найденный недавно документъ о *fiducia* объяснилъ Eck, *Zeitschrift der Savignystiftung* т. 9 стр. 60; противъ Karlowa, *Rechtsgeschichte* т. 2 стр. 573 прим. 3. Ср. однако Bruns fontes ed. VI стр. 292 (Mommsen), Gradenwitz въ *Savignyzeitschrift rom. A.* т. 14 стр. 126.

fiduciae онъ *долженъ* былъ пользоваться своимъ правомъ только въ цѣляхъ залога.

Обыкновенно дѣлались двѣ оговорки. Во-первыхъ,—*actum de vendendo*, согласно которому кредиторъ, въ случаѣ несвоевременной уплаты долга, могъ вознаградить себя выручкой отъ продажи фидуцированной вещи; и сверхъ того — *lex commissoria*, по которой въ томъ же случаѣ онъ могъ вмѣсто долга окончательно *оставить вещь за собою* ³⁾.

Защитой отъ вѣроломства со стороны залогодержателя служила *actio fiduciae*. Посредствомъ этого иска залогодатель, представляя сумму долга, могъ требовать возвращенія фидуцированной вещи, если она не была еще согласно уговору продана или не поступила еще окончательно въ распоряженіе кредитора. Обвиненіе кредитора при *actio fiduciae* влекло за собой потерю чести (*infamia*); въ этомъ заключалось наказаніе за его вѣроломство ⁴⁾. Этимъ *личнымъ обязательствомъ* однако *ограничивалось притязаніе залогодателя*; отказываясь отъ своего *права собственности* на фидуцированную вещь, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ и отказывался отъ *всякаго вещнаго иска*.

Такимъ образомъ онъ не имѣлъ права требовать фидуцированную вещь отъ третьихъ лицъ, къ которымъ она попала вслѣдствіе вѣроломства кредитора или какимъ либо инымъ способомъ, напр. вслѣдствіе кражи.

Кредиторъ въ качествѣ собственника фидуцированной вещи былъ управомоченъ владѣть ею. Но часто онъ оставлялъ ее у залогодателя до востребованія (*precario*). Фактически этимъ облегчалось положеніе залогодателя; но его владѣніе носило несамостоятельный характеръ, оно зависѣло всецѣло отъ доброй воли кредитора ⁵⁾.

Кредиторъ имѣлъ *личное право требованія* по отношенію къ своему должнику и сверхъ того послѣднее было обезпечено посредствомъ фидуціи ⁶⁾.

Этимъ *fiducia* существенно отличается отъ часто встрѣчающейся въ настоящее время *продажи съ правомъ выкупа* преслѣдующей цѣли залога. При этой сдѣлкѣ должникъ продаетъ своему кредитору вещь по цѣнѣ равной суммѣ долга, компенсируетъ этотъ

³⁾ Ср. Paul. sent. II. 13.

⁴⁾ См. выше § 58.

⁵⁾ Здѣсь не мѣсто останавливаться на стоящей въ связи съ этимъ *usureceptio fiduciae*; ср. Gaj. Inst. II §§ 59 и 60; Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 23.

⁶⁾ См. схему въ прим. 2 Paul. sent. II 13 § 2.

долгъ покупной цѣной и выговариваетъ себѣ право обратнаго полученія вещи за сумму, соотвѣтствующую прежней покупной цѣнѣ съ прибавленіемъ процентовъ. Нерѣдко такой продавецъ удерживаетъ за собою вещь, взявъ ее въ ссуду и перенося на покупателя юридическое владѣніе посредствомъ *constitutum possessorium*. При этой сдѣлкѣ давший деньги не имѣетъ права требовать уплаты долга. Возвратъ долга здѣсь не есть обязанность, а льгота для обратнаго полученія проданной вещи.

2. Рядомъ съ фидуціей лишь постепенно въ Римѣ развивалась ипотека ⁷⁾. Хотя зародыши ипотеки рано встрѣчаются въ національномъ правѣ Рима, но своимъ развитіемъ она обязана вліянію эллинскаго права ⁸⁾.

Изстари не было рѣдкостью врученіе заимодавцу вещи—*pignus*, съ тѣмъ чтобы онъ держалъ ее у себя до погашенія долга. Заимодавецъ обезпечивался здѣсь только *фактически*. Обезпеченіемъ служило ему владѣніе.

Черезъ средство договора найма осуществился въ этомъ отношеніи нѣкоторый прогрессъ. Арендаторы часто закладывали своимъ арендодателямъ внесенную ими въ арендуемое имѣніе движимость и давали имъ право удержать послѣднюю за собою въ случаѣ неплатежа арендныхъ денегъ ⁹⁾. И такое залоговое право первоначально защищалось фактическимъ положеніемъ и властью арендодателя. Но эта защита оказывалась недостаточною въ случаѣ, если арендаторъ уходилъ со своими вещами, не заплативъ арендныхъ денегъ, прежде чѣмъ до арендодателя доходило свѣдѣніе о такомъ намѣреніи. Вслѣдствіе этого преторъ далъ арендодателямъ сначала *interdictum Salvianum* относительно заложенныхъ вещей (*illata*, внесенныя вещи) арендатора, затѣмъ и вещный искъ—*actio Serviana* ¹⁰⁾.

⁷⁾ О залогѣ государству—предатюра—смотри Dernburg Pfandr. т. 1 § 3, Mommsen, die Stadtrechte von Salpensa und Malaca 1855 стр. 466 сл., Zimmermann, de notione et historia cautionis praedibus praediisque 1857, Rivier, cautio praedibus praediisque 1863, Karlowa, Rechtsg. т. 2 стр. 47.

⁸⁾ Ср. Dernburg, Pfandr. т. 1 §§ 4 сл., Kuntze, z. Geschichte des römischen Pfandrechtes 1893.

⁹⁾ Gaj. Inst. IV. § 147. *Interdictum quoque quod appellatur Salvianum apiscendae possessionis comparatum est eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.* Это мѣсто вошло въ § 3 J. de interdictis 4, 15.

¹⁰⁾ § 7 J. de actionibus 4, 6. *Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capit, Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur:*

Опираясь на эти постановленія, онъ въ послѣдствіи сталъ предоставлять вещный искъ и въ другихъ случаяхъ залогового договора ¹¹⁾. Они носили названіе *actio quasi Serviana*, а также *actio hypothecaria*, *pigneraticia in rem*. О вліяніи греческаго права свидѣтельствуеъ употребленіе въ римскомъ залоговомъ правѣ словъ *hypotheca*, *hypotheca*, *antichresis*. Съ давнихъ поръ греческія права признавали неформальные договоры залога; ясно, что этотъ примѣръ оказалъ существенное вліяніе на развитіе римскаго залогового права ¹²⁾.

Ипотека вытѣснила шагъ за шагомъ фидуцію. Это произошло преимущественно внѣ Италіи. *Fiducia*, которою еще часто занимались римскіе классическіе юристы, въ законодательномъ сборникѣ Юстиніана вовсе не встрѣчается ¹³⁾.

§ 264. Формализація залогового права въ Германіи.

1. Неформальная ипотека охотно была принята римлянами въ качествѣ удобнаго средства кредита. Но въ концѣ концовъ слѣдствіемъ этого института явилось полное разстройство кредита.

Это повело къ появленію *генеральной* (общей) *ипотеки* (*Generalhypothek*), — т. е. къ *залочу, посредствомъ особой оговорки, всего имущества должника, включая сюда и то, которое онъ могъ приобрести въ будущемъ* ¹⁾. Этимъ путемъ отдѣльные кредиторы по своему желанію могли создать для себя преимущество въ ущербъ

quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Actio Serviana вставлялась послѣ *int. Salvianum*; отсюда становится понятнымъ, почему римскіе юристы излагали залоговое право въ комментаріяхъ на эдиктъ въ отдѣлѣ объ interdиктахъ.

¹¹⁾ Lenel, *edictum perpetuum* стр. 397 воспроизводитъ формулу *actio quasi Serviana* слѣдующимъ образомъ: *Si paret inter A^m A^m et Lucium Titium convenisse, ut ea res q. d. a. A^o A^o pignori hypothecaeve esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A^m A^m stare quominus solvatur satisve fiat nisi ea res arbitrato tuo restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o condemna, s. n. p. a.*

¹²⁾ Dernburg, *Pfandg.* т. 1 стр. 67 и сл. На противоположность греческаго права римскому по одному вопросу указываетъ Hofmann, *Beiträge zur Geschichte des griech. und röm. Rechtes* стр. 113 и сл. Ср. Hitzig, *das griechische Pfandrecht 1895*, а объ этомъ Kübler въ *Zeitschr. der Savignystiftg. rom. Abthlg.* т. 16 стр. 344.

¹³⁾ Lenel въ *Zeitschrift der Savignystiftung* т. 3 стр. 104 и сл.

¹⁾ Объ общей (генеральной) ипотекахъ ср. Dernburg, *Pfandg.* т. 1 §§ 55 и сл. Gajus въ l. 15 § 1 D. de pign. 20. 1 называетъ общій залогъ оговоркой «*quae cottidie inseri solet cautionibus*». О ней смотри l. 6, 7, 8 D. de pignoribus 20, 1; l. 9 C. quae res pignori 8, 16.

остальнымъ. Противовѣса искали въ установленіи многочисленныхъ и *обязательныхъ по закону* частныхъ и общихъ ипотекъ въ пользу требованій, заслуживавшихъ особаго покровительства. Въ сущности зло этимъ только усиливалось.

Личный кредитъ утратилъ здоровое основаніе. Поколеблены были и вещныя права. При приобрѣтеніи вещей или вещныхъ правъ на нихъ, въ особенности при установленіи ипотекъ, никто не могъ знать навѣрное, не были ли онѣ обезцѣнены предшествовавшими ипотеками. Угрозой уголовнымъ наказаніемъ за обманъ—*Stellionatus*—лишь отчасти можно было бороться съ вытекавшими отсюда мошенничествами ²⁾).

2. Особенно опасная форма обмана состояла въ томъ, что ипотечные документы снабжались *ложными датами* и такимъ образомъ ложно приписывали имъ старшинство передъ уже существовавшими ипотеками. Мѣры противъ этого зла предпринялъ императоръ Левъ. *Залоговыя права, основанныя на документахъ, составленныхъ въ присутствіи органа государства — publice — или въ присутствіи 3 свидѣтелей—quasi publice,—получили старшинство передъ возникшими въ силу частнаго письменнаго соглашенія, даже если послѣднія обозначены болѣе раннею датой* ³⁾. Это былъ полезный палліативъ противъ грубыхъ злоупотребленій; но въ корнѣ зло этимъ не подрывалось ⁴⁾.

3. Въ Германіи вмѣстѣ съ римскимъ правомъ рецепировали и римскую ипотеку. Лишь мѣстами сохранилось болѣе древнее право, по которому учрежденіе залоговыхъ правъ на недвижимость происходило передъ судомъ, по мѣсту нахождения недвижимости, и заносилось въ его книги.

²⁾ l. 3 § 1 D. stellionatus 47, 20.

³⁾ l. 11 C. qui potiores in pignore 8, 17. Imp. Leo: Scripturas, quae saepe adsolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi seu fenerandi vel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graece appellantur, sive tota series eorum manu contrahentium vel notarii aut alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. § 1 Sin autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praepone, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. a. 472.

⁴⁾ Относительно спорныхъ вопросовъ, которые связаны съ тѣмъ обстоятельствомъ, что этому указу придавали значеніе, какого онъ самъ по себѣ не имѣлъ, ср. Dernburg, Pfandr. т. 2 § 151, Arndts § 386, Windscheid т. 1 § 245.

Мало-по-малу однако приступили к преобразованию общаго (пандектнаго) права в этой области. Сначала оно было предпринято мѣстными законодательствами ⁶⁾; примѣру послѣдовало имперское законодательство, закончившее это развитіе.

а) Реформа залога *недвижимостей*, особенно успѣшно совершившаяся в Пруссіи, примкнула прежде всего к указу императора Льва. Публичными залоговыми правами на недвижимости были признаны лишь тѣ, которыя были заявлены и записаны *въ судъ по мѣсту нахождения недвижимости*. Затѣмъ были уничтожены преимущества «*rignora quasi publica*» и, наконецъ, лишили эти залоговыя права, а также частныя ипотеки на недвижимости, силы вещнаго права. Особенное сопротивленіе—такъ какъ, повидимому, затрогивались соображенія этики и гуманности—встрѣтило требованіе, чтобы въ книги записывались и законныя ипотеки, что низводитъ послѣднія до степени простыхъ *титуловъ* на установленіе залогового права. Но и это было проведено.

По германскому гражданскому уложенію залогъ земельныхъ участковъ совершается лишь посредствомъ внесенія залогового права въ вотчинныя книги (*Grundbücher*). Эти записи считаются достовѣрными, т. е. содержаніе вотчинной книги считается правильнымъ въ пользу того, кто посредствомъ юридической сдѣлки приобрѣтаетъ права на земельный участокъ или право на такое право, исключая тѣ случаи, когда относительно правильности записи внесенъ въ книгу протестъ или когда неправильность извѣстна приобрѣтателю ⁶⁾.

б) Залогъ *движимостей* многими мѣстными законодательствами обуславливался реальнымъ *перенесеніемъ владѣнія*. *Constitutum possessorium*, т. е. заявленія залогодателя, что онъ желаетъ владѣть для кредитора, было недостаточно ^{7) 8) 9)}.

⁶⁾ Исторію развитія прусскаго законодательства, получившаго наибольшее вліяніе, даютъ Dernburg и Hinrichs, *preussisches Hypothekenrecht*. Отд. 1 стр. 6 и сл.

⁶⁾ Болѣе подробныя указанія относительно начала публичности вотчинныхъ книгъ (*Princip des oeffentlichen Glaubens des Grundbuches*) у Дернбурга; *Bürg. R.* т. III стр. 132 и сл.

⁷⁾ О примѣненіи въ болѣе раннюю эпоху *constitutum'a* въ цѣляхъ обезпеченія, смотри Bierman, *traditio ficta* стр. 239, 309.

⁸⁾ Смотри впрочемъ Leonhard, *über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch blossen Vertrag* въ основанныхъ Gruchot Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes т. 25 стр. 177 сл.

⁹⁾ Часто стороны для обезпеченія денежныхъ требованій договариваются о продажѣ объектовъ получающаго деньги съ оставленіемъ за нимъ права выкупа указаннмъ въ § 263 способомъ. При этомъ за продавцомъ нерѣдко остается естествен-

Имперское законодательство вполне къ этому присоединилось ¹⁰⁾.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Необходимыя условія залогового права.

I. Основанія возникновенія залогового права.

§ 265. Объ основаніяхъ возникновенія залогового права вообще.

1. Залоговое право можетъ возникнуть по *договору* и по *духовному завѣщанію* ¹⁾, далѣе по судебному рѣшенію и, наконецъ, непосредственно въ *силу закона* ²⁾.

Итакъ, оно устанавливается либо по волѣ собственника при помощи юридической сдѣлки, либо безъ воли и вопреки волѣ собственника по судебному рѣшенію или по закону. Если римляне называютъ *залоговое право, возникшее въ силу закона, «молчаливымъ»*, т. е. *презумируютъ волю собственника* ³⁾, они этимъ вызываютъ представленіе, не соответствующее фактическимъ отношеніямъ. Ибо въ случаѣ законнаго залогового права наличность такой воли не имѣетъ значенія.

2. Залоговое право по римскому праву бываетъ либо *общимъ*, т. е. охватывающимъ все настоящее и будущее имущество, либо *спеціальнымъ*, если оно относится къ отдѣльнымъ его составнымъ частямъ. Уже въ общемъ правѣ по крайней мѣрѣ «общія» залоговыя права превратились въ большинствѣ случаевъ въ простые титулы залогового права.

ное владѣніе, такъ какъ передачу проданныхъ вещей онъ производитъ лишь посредствомъ *constitutum possessorium*. Спрашивается, признать ли подобныя сдѣлки дѣйствительнымъ залогомъ движимостей посредствомъ *constitutum possessorium*? Имперскій судъ по гражданскимъ дѣламъ (R. G.) т. 13 стр. 200 далъ отрицательный отвѣтъ, по крайней мѣрѣ относительно мекленбургъ-шверинскаго закона 26-го мая 1878 § 3. Ср. однако приведенныхъ выше въ § 31 прим. 11 писателей, а также Seuff. A. т. 46 н. 2 (O. L. G. Kiel) и Bl. für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt т. 19 стр. 45 (O. L. G. Jena).

¹⁰⁾ Ср. германское гражданское уложеніе §§ 1205, 1206.

¹⁾ I. 26. D. de pign. а. 13, 7. Dernburg, Pfandr. т. 1 §§ 33 и 34. Въ германск. гр. ул. этого нѣтъ.

²⁾ Давностное приобрѣтеніе залогового права не имѣетъ мѣста. Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 178.

³⁾ Римляне говорятъ о *tacitae conventiones, hypotheca tacita*. Ср. I. 3, 4, 6 D. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20, 2. I. un § 1 b C. de rei uxoriae actione 5, 13, I. 1 § 2 C. communia de legatis 6, 43. Ср. выше § 80. Смотри также Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 292.

а) Добровольное установление залога.

§ 266. Договоръ залога въ собственномъ смыслѣ ¹⁾.

1. Для залога достаточно неформального договора ²⁾. Точность выражений не обязательна. Часто выбираются выражения не прямая, со скрытымъ смысломъ, напр. «отдать на хранение», «дать гарантію», «представить обезпеченіе» ³⁾. Молчанія со стороны собственника можетъ быть достаточно; напр. собственникъ, знающій о своемъ правѣ, присутствуетъ при закладѣ своей вещи и молчитъ ⁴⁾. Оставленіе за собою залогового права со стороны лица, отчуждателя, не составляетъ рѣдкости; при этомъ происходитъ однако не сохраненіе существующаго права, а устанавливается новое правоотношеніе ^{5) 6)}.

Письменная форма при установленіи залога не обязательна; но таково, понятно, на дѣлѣ общее правило ⁷⁾. Ибо кто считаетъ нужнымъ обезпечить себя залогомъ, позаботится и о документѣ, безъ котораго его право не можетъ быть доказано и вслѣдствіе этого почти не имѣетъ цѣнности.

2. Кто можетъ установить залоговое право и кто можетъ приобрести залоговое право?

а) Лишь кредиторъ по личному обязательству можетъ приобрести въ обезпеченіе его залоговое право ⁸⁾. Безразлично, будетъ ли это первоначальный заимодавецъ или цессіонарій. Вмѣсто кредитора могутъ дѣйствовать уполномоченные ⁹⁾. Приобрѣтеніе залого-

¹⁾ Ср. Dernburg, Pfandr. т. 1 § 22.

²⁾ «nuda conventione» l. 1 D. de pign. act. 13, 7.

³⁾ Ср. l. 3 § 2 D. qui potiores 20, 4, l. 3 C. plus valere quod agitur 4, 22, l. 2 C. quae res pignori 8, 16.

⁴⁾ l. 26 § 1 D. de pignoribus 20, 1, l. 2 C. si aliena res 8, 15, l. 5 § 2 D. in q. c. p. t. c. 20, 2; ср. выше § 98 цифр. 2. Huschke въ Lindes Zeitschrift т. 20 стр. 217.

⁵⁾ l. 1 § 4, l. 2 D. de rebus eorum 27, 9 выше § 251 прим. 14; Dernburg, Pfandr. т. 1 § 32; Windscheid т. 1 § 230 прим. 11; Freisen, Vorbehalt 1881 стр. 43 сл.; Kohler, pfandrehtliche Forschungen стр. 261 прим. 1. Иного мнѣнія Lang въ Archiv für civ. Praxis т. 28 стр. 383, Arndts, § 371 прим. 2, Pernice, Labeo, т. 3 стр. 105.

⁶⁾ Объ условномъ и срочномъ залоговомъ правѣ ср. Huschke въ Lindes Zeitschrift т. 20 н. 5, Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 181, т. 2 стр. 296, Bethmann—Hollweg, ук. соч. стр. 48 и сл.

⁷⁾ l. 4 D. de pignor. 20, 1.

⁸⁾ Примѣненіе этого правила въ l. 33 D. de pignoribus 20, 1.

⁹⁾ Иначе по юстиниановскому праву, l. 11 § 6 D. de pign. a 13, 7. Ср. правда, l. 21 пр. D. de pign. 20, 1. О противорѣчии смотри Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 204.

гового права черезъ negotiorum gestor требуетъ послѣдующаго одобренія залогодавца. По общему принципу оно имѣетъ обратную силу, безъ нарушенія однако правъ, приобретенныхъ тѣмъ временемъ третьими лицами ¹⁰⁾.

б) Только *собственникъ* можетъ заложить свою вещь со всѣми послѣдствіями, свойственными залоговому праву ¹¹⁾ ¹²⁾. Эмфитевты, суперфициаріи ¹³⁾, имѣющіе публиціанскія правомочія ¹⁴⁾, могутъ закладывать лишь съ ограниченіями, т. е. лишь по столько, по скольку не затрагиваются права лицъ, имѣющихъ болѣе обширныя права чѣмъ они.

Можно закладывать свое имущество какъ въ обезпеченіе *собственнаго долга*, такъ и долга *третьяго лица* ¹⁵⁾. Представленіе залога въ обезпеченіе долга третьяго лица является видомъ интерцессіи ¹⁶⁾.

§ 267. Договоръ залога относительно чужихъ вещей ¹⁾.

Для возникновенія залогового права обыкновенно требуется, *чтобы залогодателю ко времени заключенія договора залога принадлежало право собственности* на вещь. Согласно съ этимъ римскій залоговой искъ требовалъ, чтобы вещь была «in bonis tempore conventionis» ²⁾. Но это правило допускаетъ исключенія. Во многихъ случаяхъ отдача въ залогъ чужихъ вещей считалась дѣйствительною, если залогодатель становился собственникомъ заложеной

¹⁰⁾ Кто неспособенъ приобрести право собственности на какую-либо вещь, не считается вслѣдствіе этого уже неспособнымъ получить залоговое право на нее, l. 24 D. de pign. 20, 1. Huschke въ Lindes Zeitschrift т. 20 стр. 194.

¹¹⁾ Смотри ниже § 267 прим. 2, а также герм. гр. улож. § 1207 о залоговомъ правѣ на движимости.

¹²⁾ Въ случаяхъ, когда законъ запрещаетъ отчужденіе права собственности, залогъ также не допускается, ср. выше § 217 прим. 6. Далѣе при наложеніи ареста на имущество, напр. вслѣдствіе открытія конкурса, приостанавливается дѣйствіе залогового права относительно тѣхъ, въ интересахъ которыхъ было провозглашено наложеніе ареста.

¹³⁾ Ср. выше § 259 прим. 13.

¹⁴⁾ l. 18 D. de pignoribus 20, 1. Paulus libro 19 ad edictum: Si ab eo, qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam, l. 21 § 1 D. eod., ср. l. 14 D. qui pot. 20, 4.

¹⁵⁾ l. 5 § 2 D. de pignoribus 20, 1.

¹⁶⁾ l. 1 § 4 D. de pignoribus 20, 1 см. выше § 55 прим. 2, ниже т. 2 § 84.

¹⁾ Ср. Dernburg, Pfandr. т. 1 §§ 28 и сл. и цитируемыя тамъ сочиненія; особенно Huschke въ Lindes Zeitschrift т. 20 н. 6, далѣе Exner, Kritik стр. 105.

²⁾ Формулу, приведенную выше въ § 263 прим. 11, l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1; l. 6 C. si aliena res 8, 15.

вещи послѣ заключенія залогового договора. Эти случаи распадаются на двѣ категоріи:

1. Залоговыя сдѣлки, заключаемыя въ *расчетъ на послѣдующее пріобрѣтеніе залогодателемъ вещи въ собственность*—предварительныя или антиципирующіе договоры залога³⁾—вступаютъ въ силу тогда, когда это ожиданіе вполнѣ исполняется⁴⁾.

Это имѣетъ мѣсто при залогѣ *опредѣленныхъ чужихъ вещей*; далѣе, при залоговыхъ сдѣлкахъ, относящихся къ *совокупности вещей*, подлежащей правильному пополненію и *обновленію*. Типичнымъ примѣромъ перваго вида служитъ залогъ вещи, которую *должны* закладчику⁵⁾; ибо смыслъ этой сдѣлки состоитъ въ уступкѣ залогового права на объектъ долга въ случаѣ предоставленія его залогодателю. Главный примѣръ втораго вида составляетъ *генеральная (общая) ипотека*, ибо она обнимаетъ всѣ объекты, принадлежащіе залогодателю и также пріобрѣтаемые имъ вполнѣ⁶⁾ 7).

Старшинство между предоставленными въ разное время ипотечными правами на ожидаемое только имущество, представляется спорнымъ. Нѣкоторые писатели опредѣляютъ ихъ старшинство въ порядкѣ времени заключенія залоговыхъ сдѣлокъ, другіе приписываютъ имъ одинаковое старшинство. Въ виду единичнаго, но важнаго случая, спорный вопросъ формулируется нерѣдко еще слѣдующимъ образомъ: слѣдуетъ ли опредѣлить старшинство нѣсколькихъ генеральныхъ ипотекъ, установленныхъ въ разное время, въ отношеніи будущаго имущества залогодателя, въ порядкѣ времени заключенія сдѣлокъ, или же онѣ именно въ отношеніи послѣдующихъ пріобрѣтеній имѣютъ равное положеніе? Правильно первое предположеніе, такъ какъ если даже, какъ указываютъ противники,

³⁾ Договоръ залога можетъ антиципировать и другія обстоятельства, именно возникновеніе требованія, которое должно быть обезпечено залогомъ. Но залоговую сдѣлку, предшествующую *пріобрѣтенію объекта залога*, мы называемъ антиципирующею въ собственномъ смыслѣ.

⁴⁾ l. 16 § 7 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Aliena res utiliter potest obligari sub condicione, si debitoris facta fuerit.

⁵⁾ l. 3 § 1 D. qui pot. 20, 4; l. 1 pr. D. de pign. 20, 1, напечатанъ ниже прим. 6.

⁶⁾ l. 1 pr. D. de pignoribus 20, 1. Papinianus libro 11 responsorum: Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito difficiliter creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilius erit possidenti retentio. Ср. Exner, Kritik стр. 112, Bethmann-Hollweg, ук. соч.

⁷⁾ Ср. далѣе l. 13 pr. D. de pign. 20, 1; l. 34 D. eod., напечатанъ ниже § 272 прим. 7.

нѣсколько залоговыхъ правъ охватываютъ вещь въ *одинъ* моментъ, именно въ моментъ приобрѣтенія ея залогодателемъ, то это происходитъ лишь въ томъ смыслѣ и порядкѣ, въ какомъ они первоначально возникли. Такимъ образомъ установленное раньше залоговое право слѣдуетъ считать старшимъ, а основанное позднѣе слѣдуетъ за нимъ⁸⁾.

2. Залогъ чужихъ вещей получаетъ силу (*convalescit*), если залогодатель *впоследствии* дѣлается ихъ *собственникомъ*, и если заимодавецъ *считалъ*, что *залогодатель* въ моментъ заключенія залоговой сдѣлки *имѣлъ право заложить вещь*⁹⁾. Равнымъ образомъ при такихъ условіяхъ залоговое право приобрѣтаетъ силу (*convalescit*).

⁸⁾ Источники говорятъ въ пользу защищаемого здѣсь взгляда. l. 7 C. qui potiores 8, 17. Impm. Diocletianus et Maximianus: Licet isdem pignorbis multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur. Изъ заключительной фразы вытекаетъ, что въ данномъ казусѣ должникъ послѣдовательно заложилъ разнымъ кредиторамъ вещь, приобрѣтеніе которой предстояло въ будущемъ. Тѣмъ, что этотъ рескриптъ опредѣляетъ, что, хотя обыкновенно залоговое право, установленное ранѣе, имѣетъ само по себѣ преимущество, всетаки въ случаѣ, если именно при помощи позднѣйшей залоговой сдѣлки вещь была приобрѣтена должникомъ, то эта сдѣлка имѣетъ преимущество. Рескриптъ этотъ ясно подтверждаетъ то положеніе, что и между нѣсколькими залоговыми правами на ожидаемое имущество старшинство опредѣляется временемъ заключенія сдѣлокъ и Windscheid т. 1 § 242 прим. 10 считаетъ, что это свидѣтельство «нелегко можетъ быть устранено». Но тоже доказываютъ l. 3 § 1, l. 21 pr. D. qui pot. 20, 4. Противъ этого мнѣнія приводятъ l. 7 § 1 D. qui pot. 20, 4. Ulpianus libro 3 disputationum: Si tibi quae habiturus sum obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus adquisiero, putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore: non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit. quippe cum res ex nummis pigneratis empta non sit pignerata ob hoc solum quod pecunia pignerata erat. Это мѣсто подкрѣпляетъ доказательствомъ лишь противное мнѣніе, если предположить, что упомянутыя залоговыя права были установлены въ послѣдовательномъ порядкѣ. Однако изъ текста этого нельзя заключить; скорѣе можно предположить одновременный закладъ обоимъ заимодавцамъ, на что намекаетъ выраженіе *Concurrere «et» in pignore*. — Главный представитель противоположнаго воззрѣнія Vangerow т. 1 § 369 прим. 1. Относительно здѣсь защищаемого воззрѣнія ср. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 29 и 30, Regelsberger, Altersvortrag der Pfandrechte стр. 68, смотри также R. G. т. 10 стр. 41.

⁹⁾ Правда, спорно, имѣется ли здѣсь оздоровленіе сдѣлки въ истинномъ смыслѣ этого слова (*Konvalescenz*). Противоположное мнѣніе опирается на l. 9 § 3 D. qui pot. 20, 4. Africanus libro 8 quaestionum: Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina ejus pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit, si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniat: in proposito autem maritus emptoris loco est: atque ideo, quia neque tunc quum Maevio obligaretur neque cum Titio solveretur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est si ignoravit Maevio obligatum esse. Послѣдующее залоговое право, установленное Тиціей, значить не должно получить силы, въ случаѣ если Тиція въ моментъ удовлетворенія перваго кредитора по залогу не является больше собственницей. Это рѣшеніе можетъ быть объяснено лишь тѣмъ, что Африканусъ, согласно воззрѣніямъ болѣе древней римской юриспруденціи, считалъ, что

lescit), если собственникъ вещи становится *наслѣдникомъ* заложившаго вещь не собственника ¹⁰⁾). Если собственникъ наслѣдуетъ лишь часть, то залоговое право дѣйствительно въ той идеальной части заложеной вещи, которая соотвѣтствуетъ его наслѣдственной долѣ ¹¹⁾ ¹²⁾).

Залогъ будущихъ вещей дѣйствителенъ постольку, поскольку онѣ въ дѣйствительности возникаютъ и становятся собственностью залогодателя. Это въ особенности относится къ заложенымъ неотдѣленнымъ плодамъ, въ случаѣ если они по отдѣленіи становятся собственностью залогодателя ¹³⁾).

в) Законныя залоговыя права ¹⁾).

§ 268. Возникающее по закону залоговое право наймодавца и арендодателя.

Римскія залоговыя права по закону дѣлятся на спеціальныя, т. е. на залоговыя права на отдѣльныя составныя части имуще-

установленіе второго залогового права на одну и ту же вещь (Nachhypothek) обусловлено удовлетвореніемъ предшествующаго кредитора. Исходя изъ такого предположенія, можно было сказать: предоставленное Мевіусу залоговое право не можетъ сдѣлаться дѣйствительнымъ даже, если условіе его установленія выполнено путемъ удовлетворенія перваго кредитора, ибо въ этотъ моментъ залогодательница Тиція уже *не была больше* собственницей предмета залога. Но оно не можетъ получить обратной силы и по моменту заключенія залоговой сдѣлки, ибо тогда Тиція еще не была собственницей.

Въ позднѣйшемъ правѣ второе залоговое право на одну и ту же вещь болѣе не считается условнымъ; такимъ образомъ исчезаетъ самый фундаментъ для рѣшенія, даваемого Африканусомъ. О различныхъ взглядахъ на этотъ вопросъ ср. Windscheid въ *Lindes Zeitschrift* n. F. т. 3 н. 10 и Pfandr. т. 1 § 320 прим. 8.

¹⁰⁾ Противъ оздоровленія въ этомъ случаѣ высказывается Paulus libro 3 quaestionum l. 41 D. pign. act. 13, 7: Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus ejus rei esse coepisti: datur utilis actio pigneraticia creditori, non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, nec utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, cum minus utilis actio moveatur. За оздоровленіе сдѣлки высказывается Modestinus libro 7 differentiarum l. 22 D. de pignoribus 20, 1: Si Titio, qui rem mea ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero ex postfacto pignus directo cuidem non convalescit, sed utilis pigneraticia dabitur creditori. Противорѣчіе неустранимо; всѣ безчисленныя попытки согласованія потерпѣли неудачу: Bachofen стр. 548 даетъ предпочтеніе возрѣнію Павла. Но большинство изслѣдователей резонно примыкаютъ къ мнѣнію Модестина. За него рѣшительно говорить аналогія съ exceptio rei venditae et traditae. Ср. Dernburg, Pfandrecht т. 1, стр. 269. Н. Krüger, exceptio doli I стр. 68.

¹¹⁾ arg. l. 14 C. de rei vind. 3, 22, ср. выше § 216 прим. 10.

¹²⁾ Дѣйствующее по герм. гр. ул. правило вытекаетъ изъ § 185.

¹³⁾ Ср. l. 15 pr. D. de pignor. 20, 1, l. 11 § 3 D. qui pot. 20, 4. Различныя мнѣнія приведены у Windscheid т. 1 § 230 прим. 10. Exner, Kritik стр. 108.

¹⁾ Tit. Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20, 2, Tit. Cod. 8, 14. Законныя залоговыя права весьма подробно изслѣдуетъ Meissner, vollstän-

ства лица,—и на общія или генеральныя, относящіяся къ его имуществу въ цѣломъ.

Изъ *спеціальныхъ залоговыхъ правъ* самыми важными являются права наймодавцевъ и арендодателей ²⁾.

а) *Наймодавцы городскихъ недвижимостей*—домовъ ³⁾, магазиновъ, конюшенъ, открытыхъ мѣстъ для изготовленія и сохраненія вещей ⁴⁾—по *требованіямъ, возникающимъ изъ договора найма* ⁵⁾, имѣютъ законное залоговое право на внесенныя въ нанятую вещь *движимости нанимателя*, т. е. на его *иллаты* (illata). Не заложено только то имущество, которое внесено случайно и временно ⁶⁾. Вещи, принадлежащія третьимъ лицамъ, подчинены залоговому праву лишь въ томъ случаѣ, если собственники ихъ дали свое согласіе ⁷⁾. Движимость *поднанимателя* считается также заложеною у *перваго*

dige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht 2 части 1803, далѣе Dernburg, Pf. R. т. 1 §§ 35 и сл. гдѣ цитируется также старая литература; смотри также Vangerow т. 1 §§ 374 сл.

²⁾ Bunsen, das gesetzliche Pfand—und Zurückhaltungsrecht des Verpächters und Vermiethers 1848, H. Wächter, das Vorzugsrecht des Vermiethers 1885.

³⁾ Залоговое право арендодателя на иллаты арендатора являлось первоначально обычаемъ города Рима. Юстиніанъ распространилъ его на всю имперію, l. 7 C. in q. c. p. 8, 14. Ср. объ этомъ l. 4 pr. D. in q. c. p. t. 20, 2. Neratius libro 1 membranarum: Eo jure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur.

⁴⁾ l. 3, l. 4 § 1 D. h. t. 20, 2. l. 198 D. de V. S. 50, 16. Согласно § 559 герм. гр. ул. каждый арендодатель земельного участка имѣетъ залоговое право.

⁵⁾ Залоговое право служитъ обезпеченіемъ всѣхъ притязаній, вытекающихъ изъ аренднаго договора. Слѣдовательно, оно обезпечиваетъ не только требованія на арендныя деньги какъ за истекшіе, такъ и за будущіе сроки, но и притязанія, обоснованныя порчею арендной вещи, а также издержками арендодателя, вызванными отношеніемъ найма l. 2 D. h. t. 20, 2. § 559 герм. гр. ул. гласитъ: На залоговое право нельзя сослаться въ обезпеченіе будущихъ требованій о возмѣщеніи убытковъ и платы за наемъ за время послѣ текущаго и слѣдующаго за нимъ аренднаго года.

⁶⁾ l. 7 § 1 D. h. t. 20, 2. Pomponius libro 13 ex variis lectionibus: Videndum est ne non omnia illata vel inducta, sed ea sole quae, *ut ibi sint*, illata fuerint pignori sint, quod magis est, ср. l. 32 D. de pignoribus 20, 1. R. O. H. G. т. 6 стр. 284. Залоговое право наймодавца простирается также на предназначенныя для продажи товары, которые внесены въ нанятые помѣщенія, магазины, лавки. Ибо и такіе товары до своего удаленія имѣютъ тамъ постоянное мѣстопребываніе. Однако согласно предполагаемой волѣ сторонъ, товары, проданные до наложенія ареста наймодавцемъ, не подлежатъ залоговому праву, ср. l. 34 pr. D. de pignoribus 20, 1. R. O. H. G. т. 6 стр. 285 герм. гр. ул. § 560.—Спорно, служили ли обезпеченіемъ по общему праву также тѣ вещи, на которыя согласно § 811 герм. гр. ул. не можетъ быть обращено взысканія; ср. съ одной стороны R. G. in Strafs. т. 4, стр. 198, съ другой Еск въ сборникѣ въ честь Гнейста стр. 251. Теперь вопросъ разрѣшается § 559 герм. гр. ул., согласно которому залоговое право не простирается на такія вещи.

⁷⁾ Это соответствуетъ общимъ принципамъ залогового права. Если наниматель вноситъ движимости своей жены, имѣя въ силу имущественныхъ отношеній, существующихъ между супругами, право закладывать ея движимости, то послѣднія актомъ внесенія считаются заложеными R. G. in Strafsachen т. 23 стр. 164.

наймодаваца, однако лишь въ размѣрѣ той суммы, которую поднаиматель долженъ своему наймодавцу ⁸⁾).

б) Арендодатель сельской недвижимости имѣеть, въ силу своего требованія, вытекающаго изъ договора аренды, законное залоговое право на плоды съ аренднаго имѣнія ⁹⁾, собираемые арендаторомъ или субъ-арендаторомъ ¹⁰⁾).

Особую защиту залогового права наймодаваца составляетъ его перклюзионное право, т. е. право препятствовать вывозу изъ нанимаемаго имущества заложенныхъ ему вещей ¹¹⁾. Неправомѣрный вывозъ иллатовъ въ пользу собственника ихъ и покушеніе на вывозъ подлежатъ уголовному наказанію ¹²⁾).

Въ Римѣ, въ случаѣ если арендаторъ доказывалъ, что арендные деньги уплачены, или что задержанныя вещи не относятся къ числу заложенныхъ, онъ для освобожденія своихъ перклюзированныхъ вещей могъ прибѣгнуть къ *interdictum de migrando*. По общему праву для этой цѣли было достаточно иска, основаннаго на договорѣ найма ¹³⁾).

Право наймодаваца и арендодателя не исчерпывается, какъ это часто полагали прежніе писатели, правомъ удержанія. Они

⁸⁾ l. 11 § 5 D. de pigneraticia actione 13, 7, Ulpianus libro 28 ad. edictum: unde si domum conduxeris et ejus partem mihi locaveris egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneraticia adversus te potero experiri—nam Julianus scribit solvi ei posse—et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum. plane in eam dumtaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam cenaculum conduxi: non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenebuntur. videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio cenacularii proficiat domino, sed sua propria. Pfandr. т. 1 стр. 307. Согласно герм. гр. ул. движимость субъ-арендатора не заложена первому арендодателю.

⁹⁾ l. 7 pr. D. in quib. caus. p. 20, 2. Ср. l. 52 § 8 D. de furtis 47. 2. Согласно § 585 герм. гр. ул. залоговое право арендодателя земледѣльческихъ участковъ также простирается на внесенныя арендаторомъ вещи.

¹⁰⁾ l. 24 § 1, l. 53 D. locati 19, 2.

¹¹⁾ l. 9 D. in quib. Caus. p. 20, 2, Dernburg, Pfandrecht, т. 2 стр. 332. Герм. гр. ул. § 561.

¹²⁾ Уголовный кодексъ § 289. Кто уноситъ внесенную движимость не въ интересахъ собственника, а въ своихъ собственныхъ, не подлежитъ уголовной ответственности, R. G. in Strafsachen т. 7 стр. 325. Согласно общему праву наниматель не имѣлъ права увозить самовольно отдѣльныя вещи, указывая наймодавцу, что и остающіяся вещи представляютъ достаточное обезпеченіе слѣдующихъ съ него платежей, R. G. in Strafsachen т. 3 стр. 24. Иначе § 560 герм. гр. ул. Для наказуемости увоза иллатовъ не требуется *точного волеизъявленія* со стороны наймодаваца о его намѣреніи воспользоваться своимъ правомъ удержанія; достаточно, чтобы изъ обстоятельствъ ясно вытекало, что наймодавецъ имѣлъ желаніе осуществить свое залоговое право относительно отданной въ наемъ вещи. R. G. in Strafsachen т. 4 стр. 43, т. 6 стр. 321.

¹³⁾ Tit. Dig. de migrando 43, 32, Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 334.

могут отыскивать залоговымъ искомъ и увезенное имущество ¹⁴⁾. Но внесенное имущество (illata), удаленное съ вѣдома и безъ протеста арендодателя, освобождается отъ залога ¹⁵⁾.

§ 269. Остальные случаи законнаго залогового права.

Многочисленныя римскія легальныя ипотеки отчасти еще расширялись и умножались практикою общаго права.

А. Законныя спеціальныя ипотеки сопровождаютъ еще слѣдующія притязанія:

1. Денежныя ссуды для возстановленія зданій обезпечиваются залогомъ отстроенныхъ зданій ¹⁾;

2. Требования о возмѣщеніи несовершеннолѣтнимъ подопечнымъ убытковъ обезпечиваются залогомъ вещей, прибрѣтенныхъ на ихъ деньги опекуномъ или третьими лицами ²⁾;

3. Требования о выполненіи отказа (легата) обезпечиваются залогомъ вещей, полученныхъ наслѣдникомъ отъ наслѣдодателя ³⁾.

Германское гр. ул. не заимствовало этихъ видовъ законнаго залога.

В. На генеральную законную ипотеку имѣютъ право:

1. *Фискъ* ⁴⁾ въ обезпеченіе прямыхъ налоговъ ⁵⁾ и требованій, основанныхъ на контрактахъ ⁶⁾ ⁷⁾; Церковь — на имущества ея

¹⁴⁾ Ср. герм. гр. ул. § 561 ч. 2.

¹⁵⁾ R. O. N. G. т. 6 стр. 288 и цитируемые тамъ писатели, R. G. in Strafsachen т. 14 стр. 324, герм. гр. ул. § 560.

¹⁾ l. 1 D. in quib. caus. p. 20, 2. Madai Lindes Zeitschrift т. 19 н. 4, Dernburg, Pfandr. т. 1 § 37, Schlayer въ Archiv für civ. Praxis т. 49 стр. 83.

²⁾ l. 6 C. de servo pignori dato 7, 8. То же залоговое право имѣетъ въ виду l. 7 pr. D. qui pot. 20, 4, l. 3 D. rebus. eorum 27, 9, ср. также l. 17 C. de pignori-bus, 8, 13, Dernburg, Pfandr. т. 1 § 39. О другомъ правѣ, которое принадлежитъ несовершеннолѣтнимъ по поводу прибрѣтенныхъ на ихъ деньги объектовъ, см. выше § 225 прим. 9.

³⁾ l. 1, 1. 2 C. comm. de legatis 6, 43, nov. 108 cap. 2, Dernburg, Pfandr. т. 1 § 40.

⁴⁾ l. 1 C. in q. c. p. t. c. 8, 14, l. 1 C. si propter publicas pensationes 4, 46. Dernburg, Pfandr. т. 1 § 43.

⁵⁾ Согласно l. 6 § 1 D. de jure fisci 49, 14, одинаковыми съ фискомъ правами пользуются правитель и правительница.

⁶⁾ l. 2 C. in q. c. p. t. c. 8, 14 Antonius: Certum est ejus cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur. l. 2, l. 3 C. de privilegio fisci 7, 73, l. 28 D. de jure fisci 49, 14. Dernburg, Pfandr. т. 1 §§ 41 и сл.

⁷⁾ Спорно, принадлежало ли фиску законное залоговое право въ обезпеченіе всѣхъ его требованій. Въ l. 46 § 3 D. de jure fisci 49, 14 Hermogenianus въ libro 6 juris epitomarum изрекаетъ: fiscus semper habet jus pignoris. Въ этомъ многіе

эмфитевтовъ на случай порчи принадлежащихъ ей объектовъ эмфитевзиса ⁸⁾ и, согласно практикѣ, на имущества ея управляющихъ въ обезпеченіе притязаній, возникающихъ по управленію ⁹⁾. Наконецъ, согласно практикѣ, городамъ принадлежитъ залоговое право по закону на имущество управляющихъ, въ обезпеченіе притязаній къ послѣднимъ ¹⁰⁾.

Малолѣтнимъ ¹¹⁾ и душевнобольнымъ ¹²⁾ принадлежитъ залоговое право на имущества ихъ опекуновъ ¹³⁾ ¹⁴⁾.

3. *Дѣти* имѣютъ законное залоговое право на имущество ихъ отца въ обезпеченіе ихъ *материнскихъ адвенцій* ¹⁵⁾, далѣе на имущества отца или матери въ обезпеченіе возврата *lucra nuptialia*, приобретенныя однимъ изъ родителей вслѣдствіе прежняго брака и подлежащія вслѣдствіе вторичнаго брака выдачѣ дѣтямъ отъ перваго брака ¹⁶⁾.

4. *Женѣ* принадлежитъ дотальная ипотека ¹⁷⁾ (*Dotalhypothek*) на имущество мужа въ обезпеченіе возвращенія ей *приданого* и кромѣ того остального ея имущества, довѣреннаго управленію

усматриваютъ рѣшительное доказательство всеобщности закладнаго права казны. На самомъ дѣлѣ изреченіе Гермогеніана лишь коротко формулируетъ то, что обыкновенно имѣетъ мѣсто; совершенно точнымъ его назвать нельзя. Ср. Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 340. Иного мнѣнія Windscheid т. 1 § 232 прим. 1, Vangerow т. 1 § 375 п. 1, Arndts § 373 литера а.

⁸⁾ нов. 7 сар. 3 § 2.

⁹⁾ Dernburg, Pfandr. т. 1 § 44 прим. 13 и приведенныя тамъ сочиненія, Windscheid т. 1 § 232 цифра 10.

¹⁰⁾ Dernburg, Pfandr. т. 1 § 44 прим. 9, Windscheid т. 1 § 232 цифра 10.

¹¹⁾ Это легальное залоговое право было установлено Константиномъ, l. 20 C. de adm. tutor. 5, 37, ср. l. 1 C. Theod. de adm. et per. tutorum 3, 30. Dernburg, Pfandr. т. 1 § 45.

¹²⁾ l. 7 §§ 5^a и 6^c C. de curat. furiosi 5, 70.

¹³⁾ Если мать—опекунша выходитъ вторично замужъ до представленія отчета и выдачи имущества дѣтямъ, то имущество вотчима также заложено въ пользу дѣтей, l. 2 C. quando mulier 5, 35. l. 6 C. in q. c. p. t. 8, 14.

¹⁴⁾ Правильно полагаютъ, что ипотека подлежитъ также имущество протуторовъ, т. е. лицъ, которыя, не будучи сами опекунами, управляютъ имуществомъ малолѣтнихъ, какъ бы въ качествѣ опекуновъ. С. Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 366 и цитируемая тамъ сочиненія.

¹⁵⁾ l. 8 § 4 C. de sec. nupt. 5, 9. Justinianus: Illius etiam patris, qui in sua potestate . . . liberos . . . habens maternam eis substantiam vel ex materna linea ad eos devolutam servare compellitur, isdem liberis bona supposita esse, ad conservandas easdem maternas res decernimus. Ср. относящіяся сюда контроверзы Dernburg, Pfandr. т. 1 § 47, Vangerow т. 1 § 375 н. 3.

¹⁶⁾ l. 8 § 3 C. de sec. nupt. 5, 9. Къ *lucra nuptialia* относятся даренія, приданое, propter nuptias donatio, завѣщательные отказы супруга и наследственное имущество, слѣдующее по закону пережившему супругу. Ср. ниже т. 3, § 27.

¹⁷⁾ Это входитъ въ урегулированный Юстиніаномъ дотальный искъ въ l. un. § 1 б. с. C. de rei uxoriae actione 5, 13a, 530, ср. l. 30 C. de jure dotium 5, 12; Dernburg, Pfandr. т. 1 § 46.

мужа—параферновъ ¹⁸⁾ и наконецъ, такое же право принадлежитъ мужу—относительно имущества лица, обѣщавшаго приданое, въ обезпеченіе исполненія такого обѣщанія ¹⁹⁾ ²⁰⁾).

5. Имущество пережившаго супруга, которому временно выдано имущество умершаго супруга подъ условіемъ *невступленія въ бракъ*, по законной ипотека заложено, на случай нарушенія этого условія, въ пользу управомоченныхъ на полученіе наслѣдства ²¹⁾).

с) Судебныя залоговыя права.

§ 270. Pignus praetorium.

Судебныя залоговыя права, т. е. возникшія въ силу судебного рѣшенія, представляютъ собою средства для защиты и осуществленія правъ ¹⁾). Они поэтому стоятъ въ тѣсной связи съ судоустройствомъ и судопроизводствомъ.

Въ Римѣ къ этому виду залогового права относились два института различнаго историческаго происхожденія, а именно *pignus praetorium* (*Einweisungspfandrecht*) и *pignus in causa iudicati captum*. Оба института перешли въ общее право въ сильно измѣненномъ видѣ.

Преторское залоговое право возникало путемъ завладѣнія въ силу ввода во владѣніе—*missio*—преторомъ ²⁾).

Существовало четыре вида вводовъ (*missiones*) залогового свойства ³⁾).

¹⁸⁾ l. 11 C. de pactis conventis 5, 14. По буквальному смыслу этого фрагмента Юстиніанъ предоставляетъ ипотеку только въ обезпеченіе *парафернальныхъ капиталовъ*. Ср. Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 393.

¹⁹⁾ l. un. § 1 b. C. de rei uxoriae act. 5, 13.

²⁰⁾ Легальная ипотека въ обезпеченіе предбрачнаго дара «*propter nuptias donatio*» можетъ быть здѣсь обойдена молчаніемъ, какъ вовсе не имѣющая болѣе практическаго значенія; ср. ниже т. 3 § 25.

²¹⁾ nov. 22 cap. 43 и 44. Dernburg, Pfandr. т. 1 § 50; ниже т. 3 § 83.

¹⁾ Можетъ ли судья установить залоговыя права въ процессахъ о раздѣлѣ? Римскіе источники не знаютъ этого полномочія; нѣтъ его также въ общемъ правѣ. Ср. Dernburg, т. 1 стр. 177, иного мнѣнія Windscheid т. 1 § 233 прим. 1. Ср. также имперскій законъ über d. Zwangsvollstreckung § 128.

²⁾ Преторское залоговое право обстоятельно изслѣдуетъ Bachofen, Pfandr. стр. 281 и сл., ср. далѣе Dernburg, Pfandr. стр. 400 и сл.

³⁾ Преторскіе вводы во владѣніе распадаются вообще на двѣ категоріи. Въ однихъ случаяхъ преторъ устанавливаетъ то фактическое положеніе вещей, на какое претендуетъ вводимый во владѣніе. Сюда относятся вводы во владѣніе наслѣдниковъ въ наслѣдство, напр. преемники душевнобольного—*bonorum possessio furiosi nomine*—

a) *Missio rei servandae causa*—вводъ во владѣніе всеѣмъ имуществомъ должника. Имъ начиналось конкурсное производство, если должникъ путемъ бѣгства уклонялся отъ процесса—*fraudationis causa latitavit*, или въ случаѣ уступки имъ, вслѣдствіе чрезмерной задолженности, своего имущества кредиторамъ,—*cessio bonorum*, или въ случаѣ его смерти, если не являлось наслѣдниковъ къ его наслѣдству. Это залоговое право примѣнялось также для обезпеченія исполненія судебныхъ рѣшеній ⁴⁾).

b) *Missio legatorum servandorum causa* вводило легатаріевъ во владѣніе наслѣдственной массой, въ случаѣ нежеланія наслѣдника представить поручительство въ исполненіи отдѣльныхъ отказовъ по завѣщанію, выплата которыхъ не могла произойти тотчасъ ⁵⁾).

c) Вводъ въ сосѣдскій участокъ, угрожающій вредомъ, обезпечивалъ сосѣда, которому грозила опасность, въ случаѣ отказа сосѣда отъ представленія *cautio damni infecti* ⁶⁾).

d) *Missio ventris nomine* дается беременной женщинѣ, если предполагается, что отъ нея родится наслѣдникъ наслѣдодателю. Предоставляется владѣніе открывшимся наслѣдствомъ (*hereditas jacens*) для полученія и обезпеченія алиментовъ ⁷⁾).

Введенный получалъ съ момента завладѣнія вещью detenцію и охраненіе наряду съ владѣльцемъ вещи, который этимъ пока не вытѣснялся изъ своего владѣнія ⁸⁾. Съ завладѣніемъ было сопря-

или вводъ наслѣдника по завѣщанію, представляющемуся имѣющимъ силу. Такіе вводы во владѣніе не устанавливаютъ залогового права. Въ другихъ случаяхъ не имѣется въ виду непосредственная реализація притязанія, но лишь обезпеченіе его исполненія. Здѣсь возникаетъ залоговое право. Соответственные казусы сопоставлены въ I, 1 D. *quibus ex causis in possessionem* 42, 4.

⁴⁾ За *missio rei servandae causae* слѣдовала *venditio bonorum*, продажа всего имущества должника. Подробности относятся къ римскому гражданскому процессу. Ср. Keller, *römischer Civilprocess* § 82, Bethman-Hollweg, *römischer Civilprocess* т. 2 § 114, т. 2 § 159 Dernburg, *bonorum emptio* 1850.

⁵⁾ Ср. I, 5 D. *ut in possessionem legatorum* 36, 4. Кромѣ *missio legatorum servandorum causa* существовала такъ наз. *missio Antoniniana*; если легатарій требовалъ отъ наслѣдника судебнымъ порядкомъ выдачи отказаннаго ему по завѣщанію имущества, которой уже наступилъ срокъ и не получалъ его въ теченіе 6 мѣсяцевъ, онъ вводился во владѣніе всею наслѣдованною массой и собственнымъ имуществомъ наслѣдника, съ правомъ извлеченія доходовъ для удовлетворенія своего требованія. Ср. ниже т. 3 § 99.

⁶⁾ Выше § 231 прим. 14 и 15.

⁷⁾ Подробности должны быть изложены въ наслѣдственномъ правѣ ниже т. 3 § 159.

⁸⁾ I, 3 § 23 D. *de a. vel a. poss.* 41, 2. Ср. выше § 174 прим. 5.

*

жено преторское залоговое право ⁹⁾, носившее однако своеобразный характер ¹⁰⁾.

Missio ventris nomine сохранилось и въ общемъ правѣ. Три другихъ миссии въ томъ видѣ, въ какомъ они существовали въ Римѣ, являются уже въ общемъ правѣ устарѣвшими.

Нѣчто родственное заключается въ принудительномъ управленіи имѣніемъ должника въ исполнительномъ производствѣ по судебному рѣшенію ¹¹⁾.

Германскій уставъ гражд. судопроизводства ¹²⁾ тоже допускаетъ принудительное внесеніе ипотеки на недвижимость должника въ обезпеченіе взысканія по судебному рѣшенію и при наложеніи ареста.

§ 271. Наложеніе ареста (Pfändungspfandrecht).

Вторымъ главнѣйшимъ видомъ судебного залогового права является право наложенія ареста ¹⁾. Хотя въ своемъ историческомъ развитіи оно опирается на римское и на общее право, но герм. уставъ гражд. судопроизводства наложилъ на этотъ институтъ особый отпечатокъ.

1. Установленіе судебного залога (Pfaendung) есть такой актъ, посредствомъ котораго для обезпеченія требованія отнимается у должника право распоряженія какой-либо вещью. Относительно тѣлесныхъ вещей оно совершается главнымъ образомъ путемъ отобранія владѣнія. Послѣдующее возникновеніе залогового права въ истинномъ смыслѣ этого слова, въ частности старшинство передъ возникшими раньше личными требованіями, не обязательно. Но судебный залогъ можетъ служить основаніемъ для возникновенія залогового права.

⁹⁾ l. 26 § 1 D. de pign. act. 13. 7. Ulpianus libro 3 disputationum: Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. Уже Julianus libro 44 digestorum l. 2 pr. D. pro herede 41, 5 усматриваетъ въ положеніи введеннаго залоговое право: Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem ejus qui pro herede usucapit: custodiae enim causa rem tenet. quid ergo est? etiam impleta usucapione jus pignoris retinebit, ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit aut eo nomine satisdatum.

¹⁰⁾ Только Юстиніанъ въ l. 2 C. de praetorio pignore 8, 21 предоставилъ введенному во владѣніе actio hypothecaria.

¹¹⁾ Имперскій законъ über d. Zwangsversteig. § 146 и сл.

¹²⁾ §§ 866, 932.

¹⁾ Rudolph; zur Lehre vom richterlichen Pfandrecht въ Iherings Jahrb. т. 20 н. 8.

2. Приведеніе въ исполненіе судебного рѣшенія посредствомъ установленія судебного залога—*pignus in causa iudicati captum*—стало примѣняться въ Римѣ лишь со временъ имперіи и только въ экстраординарномъ процессѣ. Исполнитель судебного приговора удерживалъ въ закладъ сначала движимое, затѣмъ недвижимое имущество должника и, въ случаѣ, если этимъ не достигалась уплата долга, задержанныя вещи по истеченіи двухмѣсячнаго срока продавались на наличныя деньги²⁾. Полнаго развитія этотъ институтъ кажется не получилъ. Нигдѣ не встрѣчается яснаго опредѣленія³⁾ относительно того, какія права имѣли другіе кредиторы, желавшіе присоединиться къ такимъ дѣйствіямъ.

3. Герм. уставъ гражд. судопроизводства⁴⁾ даетъ лицу, имѣющему право требовать наложенія ареста, залоговое право на арестованные предметы⁵⁾. Однако эти постановленія герм. уст. гр. судопр. не распространяются на порядокъ обращенія взысканія на недвижимое имущество⁶⁾.

Установленіе судебного залога (*Pfaendung*) является исполнительнымъ дѣйствіемъ для взысканія по денежнымъ требованіямъ.

По отношенію къ тѣлеснымъ объектамъ оно происходитъ при посредствѣ судебного пристава путемъ либо отобранія вещей, либо путемъ наложенія прочныхъ знаковъ, свидѣтельствующихъ объ арестѣ, напр. опечатаніемъ или составленіемъ описи⁷⁾. Дѣйствительность ареста (*Pfaendung*) прекращается съ потерей судебнымъ приставомъ охраненія, равно какъ при полномъ исчезновеніи знаковъ ареста.

Право судебного залога даетъ кредитору по отношенію къ другимъ кредиторамъ тѣ же права, что и залоговое право на дви-

²⁾ Ср. въ особенности l. 15 D. de re iudicata 42, 1, также l. 31 D. eod.

³⁾ Противъ возрѣнія на римское *pignus in causa iudicati captum*, какъ на вполнѣ законченный институтъ залогового права, высказались Dernburg, Pfandgr. т. 1 стр. 417 и Windscheid т. 1 § 233 прим. 5. Иного мнѣнія Stölzel въ Archiv für civ. Praxis т. 45 стр. 272, Waldeck, тамъ же т. 55 стр. 484 прим. 6. Въ доказательство полной аналогіи упомянутого института съ залоговымъ правомъ по договору ссылаются въ особенности на l. 1 C. si in causa iudicati 8, 22. Однако здѣсь рѣчь идетъ не о судебномъ арестѣ, но о ввѣдѣ во владѣніе—*jussus*—и о послѣдовавшемъ завладѣніи самимъ кредиторомъ.

⁴⁾ Герм. уст. гр. судопр. § 803 и сл. Ср. кромѣ комментаріевъ къ герм. уст. гр. судопр. мое bürg. Recht т. 3 § 283.

⁵⁾ Герм. уст. гр. судопр. § 804.

⁶⁾ Сюда относится имперскій законъ 24 марта 1897.

⁷⁾ Согласно § 810 герм. уст. гр. судопр. на плоды можетъ быть наложенъ арестъ до отдѣленія ихъ отъ почвы, ср. выше § 78 прим. 18. Прежде, въ общемъ правѣ, это было спорно, смотри Waldeck въ Archiv. für civ. Praxis т. 55 н. 21.

жимость, основанное на договорѣ. Право судебного залога, возникшее раньше, такъ наз. Pfaendungspfandrecht, пользуется старшинствомъ передъ судебнымъ залоговымъ правомъ, возникшимъ позже изъ такъ называемаго дополнительнаго задержанія (Anschlusspfändung).

Съ правомъ наложенія ареста на вещь можетъ быть связано право ея продажи, которая можетъ имѣть мѣсто не раньше, чѣмъ по прошествіи одной недѣли. Отчужденіе должно производиться на наличныя деньги.

4. Наложеніе ареста на имущество также совершается посредствомъ установленія судебного залога. Согласно герм. уставу гр. судопроизводства арестъ имущества также ведетъ къ безусловному залоговому праву ⁸⁾ ⁹⁾.

II. Предметъ залогового права.

§ 272. Залогоспособныя вещи.

1. Всѣ самостоятельныя имущественныя объекты, могущіе быть проданными, могутъ и быть объектомъ залога ¹⁾. Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ залоговое право возможно только относительно тѣлесныхъ вещей—движимыхъ и недвижимыхъ,—подлежащихъ частной собственности ²⁾.

2) Закладъ тѣлесной вещи возможенъ и въ *идеальной части ея* ³⁾ и при этомъ не только соучастникомъ въ общей собственности, но и единоличнымъ собственникомъ вещи, что, конечно, происходитъ рѣдко ⁴⁾. Такого рода залоговое право никоимъ образомъ не

⁸⁾ Герм. уст. гр. судопр. § 930, ср. выше § 168 прим. 5.

⁹⁾ Германское право допускаетъ правомѣрное наложеніе частнаго ареста (Privatpfändung). Частный арестъ создаетъ также залоговое право.

¹⁾ l. 9 § 1 D. de pignoribus 20, l. Gajus libro 9 ad edictum provinciale: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.

²⁾ О закладѣ правъ ср. ниже § 293. Публичныя права, напр. государственныя должности, сословныя права, неотчуждаемы и потому не могутъ подлежать залогоу. Право патронатства также не подлежитъ самостоятельному отчужденію и залогоу. Въ римско-византійскомъ правѣ однако существовали должности—*militiae*,—которыя могли быть отчуждаемы и закладызаемы. Dernburg, Pfandrecht т. 1 стр. 422 и сл.

³⁾ l. un. C. si communis res pignerata sit 8, 20.

⁴⁾ Также думаетъ Exner, Kritik стр. 63 прим. 130. Ср. l. 8 § 3 D. quibus modis pignus solv. 20, 6, гдѣ кредиторъ слагаетъ залоговое право на идеальную половину единоличному собственнику fundus'a, иначе § 1114 герм. гр. ул.

переходить прямо на ту *реальную часть вещи*, въ которую въ послѣдствіи можетъ *превратиться* заложенная идеальная доля въ силу договора или судебного рѣшенія между залогодателемъ и его соучастникомъ въ общей вещи. Напротивъ, залоговое право на идеальную долю ⁵⁾ остается неизмѣннымъ, если кредиторъ по залогу не былъ призванъ участвовать въ ликвидаціи между собственниками ⁶⁾.

3. *Совокупность вещей* (Sachgesammtheit) также можетъ быть предметомъ залога; напр. складъ товаровъ, библіотека. При этомъ возникаетъ вопросъ, освобождаются ли отъ отвѣтственности по залогу отдѣльныя части, отчужденныя въ послѣдствіи, и подлежатъ ли залогу части, въ послѣдствіи поступающія въ составъ цѣлаго?

Въ зависимости отъ различныхъ видовъ совокупностей вещей на этотъ вопросъ приходится отвѣчать различно. Если дѣло идетъ о совокупности вещей, подчиненной естественно по природѣ своей обыкновеннымъ постояннымъ измѣненіямъ и правильному возобновленію, напр. стадо или совокупность товаровъ открытаго магазина, то подразумевается, что отчужденное обычнымъ порядкомъ освобождается отъ залоговой отвѣтственности, а вновь присоединенное подлежитъ ей. При закладѣ совокупности вещей иного рода, напр. картинной галереи, принадлежащей любителю, библіотеки ученаго, заложенными считаются только тѣ части, которыя входили въ составъ совокупности ко времени заклада ⁷⁾.

⁵⁾ Римскіе юристы разсматривали этотъ вопросъ относительно пользованія идеальной долей. Въ противоположность мнѣнію Требаціа, Лабенъ училъ, что рѣшеніе судьи о раздѣлѣ между собственниками общей вещи не затрагиваетъ usufructa на идеальную долю вещи: «non potuisse arbitrum inter alios iudicando alterius jus mutare». l. 31 D. de usu et usu fructu 33, 2. Это воззрѣніе, которое правильно скорѣе съ формально-юридической точки зрѣнія, чѣмъ съ точки зрѣнія цѣлесообразности, было принято римскими юристами и примѣнено также и къ залоговому праву, l. 7 § 4 D. q. m. p. s. 20, 6. Gajus libro singulari ad formulam hypothecariam: Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta, cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata; cp. l. 3 § 2 D. qui pot. 20, 4, l. 6 § 8 D. comm. div. 10, 3.

⁶⁾ l. 2 C. communi dividundo 3, 37.

⁷⁾ Cp. выше § 68. Мнѣнія чрезвычайно расходятся. см. Dernburg, Pfandr. т. 1 § 59 и цитируемые тамъ авторы; Göppert, einheitliche und zusammengesetzte Sachen стр. 59; Demelius, ук. соч. стр. 147, 197. Главнымъ мѣстомъ является l. 34 pr. D. de pignoribus 20, 1. Scaevola libro 27 Digestorum: Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? respondit, ea quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. Cp. также l. 13 pr. de pign. 20, 1.

4. Замѣнимыя вещи, напр. партіи зерна, деньги ⁸⁾, бумаги на предъявителя, могутъ быть объектомъ правильнаго залогового права. Нерѣдко должникъ вручаетъ своему кредитору подобные объекты въ видѣ обезпеченія, въ особенности деньги съ тѣмъ условіемъ, чтобы по прекращеніи долгового отношенія ему была возвращена соотвѣтственная *сумма*. Въ такихъ случаяхъ говорятъ преимущественно о представленіи залога (*Kautionen*), напр. для занятія должности, обезпеченія аренднаго отношенія, обезпеченія судебныхъ издержекъ ⁹⁾. По своей природѣ представленіе залога въ этихъ случаяхъ создаетъ залоговое право—*pignus irregulare*. Искъ о возвращеніи залога по прекращеніи долгового отношенія является поэтому *actio pigneraticia in personam*. Отыскивается не возвратъ заложенной *species*, но возвратъ соотвѣтственной суммы. Къ кредитору перешло право собственности, право распоряженія и рискъ ¹⁰⁾.

§ 273. Объемъ залоговой отвѣтственности ¹⁾.

Залоговое право охватываетъ вмѣстѣ съ заложенной вещью совокупность вещей, къ ней принадлежащихъ. При этомъ на нѣкоторыя принадлежности оно простирается безусловно по силѣ правопорядка, въ другихъ случаяхъ оно возникаетъ по общему правилу лишь въ силу предполагаемой воли залогодателя.

Съ юридическою необходимостью залоговому праву подлежитъ то, что вмѣстѣ съ заложенною вещью составляетъ въ правовомъ смыслѣ единую вещь.

Сюда относятся тѣлесныя продолженія вещи, въ особенности зданія, находящіяся на заложенномъ земельномъ участкѣ ²⁾, равно какъ насажденія и примывы, которые его увеличиваютъ ³⁾. Точно

⁸⁾ l. 34 § 2 D. de pign. 20, 1, l. 7 § 1 D. qui pot. 20, 4.

⁹⁾ Ср. герм. уст. гр. судопр. § 108.

¹⁰⁾ Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 429, Windscheid т. 1 § 226а. Иную конструкцію предлагаютъ L. Pfaff, Geld als Mittel pfandrehtlicher Sicherung, Вѣна 1868, ср. Strohal въ Grünhuts Zeitschrift т. 7 стр. 411, Exner, Kritik стр. 173 и сл., Hanausek въ приложеніи къ его изслѣдованію объ узурфруктѣ не въ собственномъ смыслѣ, Kretschmar Secum pensare стр. 110, Demelius, ук. соч. стр. 204. См. R. G. т. 12 стр. 223, in Strafsachen т. 22 стр. 354.

¹⁾ Huschke въ Lindes Zeitschrift т. 20 стр. 246 сл., Dernburg, Pfandr. т. 1 § 56.

²⁾ l. 21 D. de pign. act. 13, 7. Ср. R. G. т. 12 стр. 157 по вопросу о томъ, отвѣчаютъ ли по залоговому праву, послѣ ихъ отдѣленія, матеріалы, застроенные на земельномъ участкѣ, если собственникъ этихъ матеріаловъ оставляетъ за собою право собственности на нихъ.

³⁾ l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7, l. 16 pr. D. de pign. 20, 1.

также залоговое право охватываетъ вотчинныя права (Realrechte) заложенного имѣнія, напр. связанныя съ нимъ земельныя сервитуты, право пользованія общимъ выгономъ или лѣсомъ, мѣста въ церкви (Kirchstühle), наслѣдственныя мѣста на кладбищѣ ⁴⁾. Если прекращается какая-либо повинность, лежавшая на объектѣ залогового права ко времени его установленія, напр. узуфруктъ, то вмѣстѣ съ тѣмъ по необходимости выигрываетъ и залоговое право ⁵⁾. Безразлично, произошли ли предполагаемыя увеличенія и улучшенія заложенной вещи у залогодателя, или лишь послѣ того какъ она перешла въ руки третьихъ лицъ ⁶⁾.

2. Подвижныя принадлежности вещи *обыкновенно* только предполагаются заложенными вмѣстѣ съ главною вещью. Въ этомъ нѣтъ ничего необходимаго, а заключается лишь предположеніе о намѣреніи сторонъ. Поэтому здѣсь залоговое право возникаетъ лишь относительно тѣхъ принадлежностей, которыя присвоены залогодателю, и не касается тѣхъ, которыя принадлежатъ третьимъ владельцамъ ⁷⁾.

⁴⁾ Ср. также герм. гр. ул. § 1126. Трудную проблему представляетъ вліяніе на залоговое право прекращенія принадлежащихъ заложенному земельному участку сервитутовъ. Влечетъ ли оно за собой прекращеніе залогового права? По существу на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить утвердительно, ибо не можетъ существовать залоговое право на то, чего больше нѣтъ. Это положеніе признается всѣми для того случая, когда сервитутъ прекращается вслѣдствіе пользованія имъ. Но отказъ собственника заложенной недвижимости отъ принадлежащаго ему сервитутнаго права очевидно не можетъ вредить кредиту по залого, если сервитутъ существовалъ уже ко времени возникновенія залогового права и если онъ на случай продажи недвижимости, лишенной сервитута, не можетъ разсчитывать на полное удовлетвореніе своего требованія. Ср. герм. гр. ул. §§ 876 и сл. Чрезвычайно споренъ вопросъ о послѣдствіяхъ конфузій, т. е. сохраняется ли залоговое право на сервитутъ, въ случаѣ приобрѣтенія собственникомъ заложенной господствующей недвижимости права собственности и на служащей участокъ? Въ послѣднее время съ всѣми доводами выступаютъ въ пользу сохраненія залогового права, несмотря на конфузію, и такимъ образомъ за конфузію признается лишь относительная сила, именно, по отношенію къ собственнику. На самомъ дѣлѣ, конфузія при извѣстныхъ условіяхъ можетъ чрезвычайно уменьшать цѣну залогового права. Ср. преимущественно Kohler, *gesammelte Abhandl.* стр. 295; Ihering, въ его *Jahrbücher*, т. 10 стр. 302; Windscheid т. I § 248 прим. 11. Тѣмъ не менѣе съ точки зрѣнія римскаго и общаго правъ съ этимъ нельзя согласиться. Согласно теоріи этихъ правовыхъ системъ конфузія является безусловно абсолютнымъ способомъ прекращенія земельного сервитута, а нигдѣ только относительнымъ способомъ прекращенія правъ.

⁵⁾ I. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Windscheid т. I оспариваетъ примѣнимость этого положенія на тотъ случай, когда собственникъ выкупаетъ узуфруктъ или освобождается отъ него путемъ даренія. По его мнѣнію, фрагментъ очевидно имѣетъ въ виду только случай естественнаго прекращенія узуфрукта въ силу смерти или *capitis deminutio*. Но норма выражена здѣсь общимъ образомъ и обоснована логически. Поэтому различіе Виндшейда не можетъ быть принято. Также разсуждаетъ Hartmann въ *Iherings Jahrb.* т. 17 стр. 136.

⁶⁾ I. 29 § 1 D. de pign. 20, 1.

⁷⁾ Таковы принципы общаго права. Ср. герм. гр. ул. §§ 1120 и сл.

Плоды также считаются молчаливо заложенными вмѣстѣ съ вещью⁸⁾. Для возникновенія этого залогового права также требуется, чтобы плоды послѣ отдѣленія поступили въ собственность залогодателя⁹⁾.

III. Обезпеченное залогомъ обязательство.

§ 274. Виды обезпеченнаго залогомъ требованія.

1. Залоговое право служить для обезпеченія всякаго рода требованій (обязательствъ). Преимущественно денежные¹⁾ требованія обезпечиваются такимъ способомъ; но залоговое право обезпечиваетъ также требованія, предметомъ которыхъ является доставленіе другихъ замѣнимыхъ вещей или какой либо species, а также исполненіе дѣйствія²⁾. Точно также безразлично, возникаетъ ли обязательство изъ договора, деликта или изъ другихъ основаній³⁾.

Въ обезпеченіе требованій недѣйствительныхъ, или совершенно обезсиленныхъ перемторными возраженіями, не можетъ

⁸⁾ Ср. Janke, das Fruchtrecht des redlichen Besitzes und des Pfandgläubigers 1862, Goppert die organischen Erzeugnisse стр. 371 сл., Daniel Krönig, die pfandrechliche Haftung der Früchte. Gött. In. Diss. 1891. Совмѣстный залогъ плодовъ споренъ. Онъ вытекаетъ въ особенности изъ l. 3 C. in q. c. p. t. c. 8, 14. Alexander: Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse. praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio ad eandem causam venire nulli prudentium placuit a. 223, ср. l. 32 § 1 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1. Ребенокъ рабыни также считался заложеннымъ вмѣстѣ съ матерью, l. 1 C. de partu pignoris 8, 24. Противоположнаго воззрѣнія придерживается, Paulus sent. II 5 § 2: foetus vel partus ejus rei, quae pignori data est. pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit. Ср. объ этомъ Vangerow т. 1 § 370 прим. 1, Dernburg, Pfandf. т. 1 стр. 442. Göppert, ук. соч. стр. 376, Schlayer въ Archiv für civ. Praxis т. 49 стр. 87. Такъ какъ sententiae Павла написаны въ первые годы единодержавнаго правленія Каракаллы (Fitting, römische Juristen стр. 48), слѣдовательно, около 10 лѣтъ до изданія цитированнаго рескрипта Александра, то въ противоположности проводимыхъ тамъ и здѣсь взглядовъ нѣтъ ничего удивительнаго.

⁹⁾ l. 29 § 1 D. de pign. 20, 1. Paulus libro 5 responsorum: Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem jure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam agnata teneri sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit vel heredem ejus: ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata. Противъ необходимости того, чтобы залогодателю принадлежало право собственности на отдѣленные плоды выступаетъ Göppert, ук. соч. стр. 379. Но его доводы не достаточны. Ср. также Czychlarz, Fortsetzung v. Glück I стр. 418 прим. 27.—О соотвѣтственныхъ постановленіяхъ герм. гр. ул. ср. §§ 1120, 1212.

¹⁾ Ср. выше § 261.

²⁾ l. 9 § 1 D. de pign. act. 13, 7.

³⁾ Ср. l. 8 § 5, l. 70 § 5 D. de fidej. 46, 1.

быть установлено залога ⁴⁾. Но залоговое право можетъ быть установлено для безъисковыхъ требованій—*naturales obligationes* ⁵⁾. При этомъ возникаетъ залоговой искъ, не смотря на то, что основное право требованія, обеспеченное залогомъ, лишено иска ⁶⁾.

3. Залоговое право можетъ быть установлено въ пользу требованій, по которымъ уже наступилъ срокъ уплаты (*faellig*), а также требованій срочныхъ, условныхъ и будущихъ ⁷⁾. Залогъ для обеспечения будущихъ требованій допустимъ не только тогда, когда уже имѣется налицо отношеніе, изъ котораго они могутъ развиться, напр. договоръ товарищества, порученіе, но и тогда, когда такого отношенія еще не существуетъ.

4. Залоговыя права въ пользу будущихъ требованій дѣйствительны съ момента совершенія залогового договора, если только стороны желаютъ установить залоговое право немедленно ⁸⁾.

§ 275. Объемъ обеспеченнаго залогомъ требованія ¹⁾.

1. Залогомъ обеспечивается все то, что *ipso jure* прибавляется къ требованію. Это относится къ законнымъ процентамъ и ко всѣмъ вообще обязательствамъ, возникающимъ изъ просрочки или вины должника.

⁴⁾ l. 11 § 3 in fine D. de pign. act. 13, 7, l. 4 D. de nautico faenore 22, 2. Въ актѣ установленія залогового права можетъ заключаться подтвержденіе ничтожнаго требованія. Для этого необходимо, чтобы залогодатель въ моментъ заклада зналъ пороки обязательства, въ обеспечение котораго онъ предоставляетъ кредитору залоговое право и чтобы онъ имѣлъ право придать ему силу. Ср. Dernburg, Pfandr. т. 1 § 74 и цитируемыхъ тамъ авторовъ.

⁵⁾ l. 5 pr. D. de pign. act. 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio et venditio contrahatur vel etiam locatio et conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio, vel in diem vel sub condicione et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari posunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali. sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit.

⁶⁾ l. 61 pr. D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

⁷⁾ Ср. герм. гр. ул. §§ 1113 часть 2, 1209.

⁸⁾ Относительно этого чрезвычайно спорнаго въ общемъ правѣ вопроса ср. наши предыдущія изданія, § 1209 герм. гр. ул. гласить: старшинство залогового права на движимую вещь опредѣляется временемъ его установленія и въ томъ случаѣ, когда оно установлено въ обеспечение будущаго или условнаго требованія. Старшинство ипотекъ опредѣляется порядкомъ внесенія ихъ въ вотчинныя книги, § 879.

¹⁾ Weber Erörterung der Frage, ob und inwiefern das Pfandrecht sich ausser dem Kapital auch auf die Zinsen, Kosten und Konventionalstrafe erstreckte, въ его Versuche стр. 151, Dernburg, Pfandr. т. 1 § 76.

Далѣ залогъ отвѣчаетъ кредитору за его издержки какъ на заложенную вещь, такъ и на веденіе иска и на продажу заложенной вещи ²⁾.

2. Залоговое право само по себѣ не обезпечиваетъ договорныхъ процентовъ ³⁾. Однако для этого достаточно, чтобы было выражено какъ нибудь желаніе включить ихъ, напр. установленіемъ залога въ обезпеченіе «долга».

3. Случается, что изъ договора, въ обезпеченіе котораго устанавливается залогъ, развиваются обязанности иного рода, чѣмъ тѣ, которыя имѣлись въ виду; напр. имѣвшаяся въ виду сдѣлка ссуды не можетъ состояться, потому что ссуженныя монеты не принадлежали заимодавцу, но вслѣдствіе ихъ потребленія должникомъ, возникаетъ *condictio*. Обезпечиваетъ ли залогъ и подобныя неожиданныя обязательства? На это слѣдуетъ отвѣтить утвердительно. Обезпеченіе залогомъ всѣхъ вытекающихъ изъ сдѣлки обязательствъ слѣдуетъ считать намѣреніемъ сторонъ ⁴⁾.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Дѣйствіе залогового права.

I. Общій характеръ.

§ 276. Отношеніе залогового права къ праву собственности ¹⁾.

Залоговое право оставляетъ за собственникомъ право распоряженія своею вещью, поскольку это совмѣстимо съ цѣлью залога. Въ особености это относится къ ипотекамъ, связывающей вещь невидимыми едва замѣтными узлами.

²⁾ l. 8 § 5 D. de pign. act. 13, 7. Pomponius libro 35 ad Sabinum: Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt. l. 6 C. de pign. 8, 13. Тоже герм. гр. ул. § 1193.

³⁾ l. 11 § 3 D. de pign. act. 13, 7, l. 13 § 6 D. de pignoribus 20, 1, l. 18. D. qui pot. 20, 4, l. 4 C. de usuris 4, 32. Согласно § 1210 герм. гр. ул. заложенная движимость обезпечиваетъ также проценты и договорную пеню. Относительно ипотеки ср. § 1118.

⁴⁾ Ср. l. 56 § 2 D. de fidejussoribus 46, 1. Само собою разумѣется, что неправильное наименованіе сдѣлки, напр., названіе ея куплею вмѣсто найма, не мѣшаетъ дѣйствительности обезпечивающаго ее залогового права.

¹⁾ Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 1 и сл.

а) Собственникъ обремененной ипотекою вещи имѣеть право хозяйничать въ ней по своему усмотрѣнію. Онъ воленъ измѣнить ея назначеніе и родъ употребленія. Не предоставлено ему только угрожать обезпеченности кредитора. Въ послѣднемъ случаѣ, въ особенности при ухудшеніи заложенной вещи или при значительномъ затрудненіи ея продажи, заимодавецъ можетъ, чтобы добиться защитительныхъ мѣръ и въ случаѣ надобности секвестраціи заложенной вещи, до срока предъявить ко взысканію обезпеченное залогомъ требованіе и вчинить *actio hypothecaria* до срока платежа по обезпеченному требованію ^{2) 3)}.

б) Собственникъ заложенной вещи управомоченъ отчуждать ⁴⁾ ее, причемъ земельные участки могутъ быть отчуждаемы даже по частямъ. Кредиторъ по ручному залогу долженъ при продажѣ имѣть въ виду интересы собственника, показывая заложенную вещь возможно большому количеству покупателей ⁵⁾. Заложенная вещь можетъ быть обременена новыми вещными правами, напр. сервитутами и залоговыми правами. Все это однако не должно затрогивать правъ кредитора по залогу.

Соглашеніе между кредиторомъ по залогу и залогодателемъ, по которому послѣдній лишается права отчудить заложенную вещь, дѣйствительно. Продажа, произведенная вопреки такому соглашенію, по отношенію къ кредитору по залогу ничтожна ⁶⁾.

²⁾ l. 14 pr. D. de pignoribus 20, 1. Герм. гр. ул. §§ 1133 и сл. Кредитору по залогу предоставлено далѣе, въ случаѣ умышленной порчи заложенной вещи залогодателемъ, *actio pigneraticia contraria in personam*, l. 9 pr. D. de pign. act. 13, 7. Кроме того онъ можетъ прибѣгнуть къ *a. legis Aquiliae*. Это въ особенности имѣеть практическое значеніе тогда, когда обезпеченное требованіе не можетъ быть защищено искомъ, l. 27 D. de pign. 20, 1.

³⁾ Если владѣлецъ желаетъ снести зданіе для постройки новаго, то кредиторъ только тогда обязанъ дать на это свое согласіе, когда предоставлена достаточная гарантія въ томъ, что зданіе будетъ восстановлено. Герм. гр. ул. § 1134.

⁴⁾ l. 12 C. de distract. pign. 8, 27.

⁵⁾ l. 6 D. de pign. act. 13, 7. Продажа *спеціально ипотецированной движимости* разсматривалась въ римскомъ правѣ какъ *furtum possessionis*: l. 19 § 6 D. de furtis 47, 2; тѣмъ не менѣе она не считалась недѣйствительною.

⁶⁾ l. 7 § 2 D. de distractione pignorum 20, 5. *Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Quaeritur si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit at an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque veniri possit. et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.* Относительно возраженій, которыя дѣлаются противъ этого чтенія текста см. выше § 9 прим. 8. Вообще ср. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 20. Герм. гр. ул. § 1136 гласитъ: «Ничтожно соглашеніе, въ силу котораго собственникъ заложеннаго имѣнія обязывается по отношенію къ кредитору не отчуждать или вновь не обременять земельный участокъ».

с) Отказъ собственника отъ правъ, связанныхъ съ заложенной вещью, самъ по себѣ допустимъ, но на него нельзя сослаться противъ кредитора по залогоу, поскольку послѣдній терпитъ отъ этого ущербъ ⁷⁾).

§ 277. Недѣлимость залоговой отвѣтственности.

Заложенная вещь нераздѣльно обезпечиваетъ кредитору по залогоу все его требованіе ¹⁾). Это важно въ двухъ отношеніяхъ.

1. Заложенная вещь отвѣчаетъ вся цѣликомъ за *всякій остатокъ* долга, капитала или обезпеченныхъ вмѣстѣ съ нимъ процентовъ ²⁾). До полной уплаты долга вещь можетъ быть цѣликомъ виндицирована, цѣликомъ продана.

2. *Вся* заложенная вещь отвѣчаетъ за долгъ.

Слѣдовательно, если заложенная вещь будетъ раздѣлена, то *каждая часть* обезпечиваетъ кредитору *все его требованіе*. Владѣлецъ части, къ которому кредиторъ обращается съ требованіемъ объ уплатѣ, не можетъ отдѣлаться уплатою той части долга, которая соотвѣтствуетъ отношенію стоимости его части заложеннаго имущества къ стоимости цѣлага.

Нераздѣльность залоговой отвѣтственности сказывается особенно ярко, когда залогодатель и кредиторъ по залогоу передаютъ свои права нѣсколькимъ наслѣдникамъ:

а) Если *должникъ по залогоу* оставляетъ нѣсколько наслѣдниковъ, то личное требованіе распадается на частичныя требованія къ отдѣльнымъ наслѣдникамъ. На залоговое право кредитора этотъ раздѣлъ не имѣетъ вліянія. Кредиторъ, слѣдовательно, можетъ привлечь, вплоть до полного погашенія долга, и ту часть заложенной вещи, которая попала къ тому изъ наслѣдниковъ, который уплатилъ

⁷⁾ Выше § 273 прим. 4. Неправильно у Дернбурга, Pfandreht т. 2 стр. 19.

¹⁾ Wächter въ Archiv für civ. Praxis т. 27 стр. 188 и сл. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 28; Demelius, ук. соч. стр. 163. Залоговое право *не недѣливо*, какъ учили прежніе юристы. Ибо недѣлимымъ можетъ быть названо только то право, которое абсолютно и ни при какихъ обстоятельствахъ не допускаетъ дробленія. А залоговое право можетъ быть раздѣлено *вслѣдствіе желанія сторонъ*. Вѣрно только то, что дѣленіе или уменьшеніе обезпеченнаго требованія само по себѣ не влечетъ за собой дѣленія залогового права. Поэтому Папиніанъ въ l. 65 D. de evict. 21, 2 говоритъ объ «*indivisa pignoris causa*». Согласно герм. гр. ул. § 1132, § 1222, каждая изъ нѣсколькихъ заложенныхъ въ обезпеченіе одного и того же требованія вещей обезпечиваетъ все требованіе.

²⁾ l. 85 § 6 D. de V. O. 45, 1.

свою долю дома цѣликомъ. Онъ можетъ по праву привлечь каждаго изъ сонаслѣдниковъ какъ владѣльца залога, даже тогда, когда онъ не можетъ больше преслѣдовать его въ качествѣ личнаго должника ³⁾.

3) Если кредиторъ по залoгу оставляетъ нѣсколько наслѣдниковъ, то личное требованіе дѣлится между ними. Но залoженная вещь солидарно отвѣчаетъ каждому наслѣднику за его долю требованія ⁴⁾.

Сонаслѣдники для ликвидаціи своихъ взаимныхъ отношеній могутъ пользоваться *actio familiae erciscundae* ⁵⁾.

II. Владѣніе залoгомъ.

§ 278. Владѣніе и право пользования кредитора по залoгу.

1. Кредиторъ по залoгу движимостей одновременно съ залoгомъ вещи получаетъ юридическое владѣніе залoженной вещью. Но по отношенію къ залoгодателю теченіе давности продолжается и за время, пока владѣетъ залoгоприниматель ¹⁾.

Въ Римѣ ипотечный вѣритель также получалъ владѣніе залoженной вещью, если обезпеченному требованію наступалъ срокъ и не производилась уплата ²⁾. Практикѣ общаго права это уже было чуждо. По имперскому праву ипотечный вѣритель можетъ требовать лишь назначенія торговъ и принудительнаго управленія.

2. Что касается правъ и обязанностей кредитора по залoгу относительно *доходовъ* съ залoженныхъ вещей, которыми онъ владѣетъ, нужно различать:

а) Если закладываются вещи, служащія залoгодателю для личнаго употребленія, а не для денежнаго дохода, напр. платья и книги частнаго лица, его серебро и украшенія, то кредиторъ безъ спеціальнаго дозволенія залoгодателя не имѣетъ права ни самъ

³⁾ l. 8 § 2 D. de pign. act. 13, 7. Pomponius libro 35 ad Sabinum: Si unus ex heredibus debitoris portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit, quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset. l. 2 C. si unus ex pluribus 8, 31.

⁴⁾ l. 1 C. unus ex pluribus 8, 31. Imp. Valerianus et Gallienus: Manifesti et indubitati juris est defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege XII tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri. a. 257. Ср. l. 11 § 4 D. de pign. act. 13, 7, l. 11 D. de distr. pign. 20, 5.

⁵⁾ О неясной l. 29 D. fam. erc. 10, 2; ср. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 43 сл.

¹⁾ l. 16 D. de usurp. et usuc. 41, 3, напечатана выше § 173 прим. 4.

²⁾ Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 53.

употреблять ихъ, ни сдавать ихъ въ наймы другимъ. Въ противномъ случаѣ онъ совершаетъ *furtum usus* и отвѣчаетъ въ силу этого за случайности, могуція приключиться съ вещью при употребленіи ³⁾.

б) Иначе при закладѣ вещей, обыкновенно служащихъ должнику своимъ экономическимъ доходомъ. Въ этомъ случаѣ заимодавецъ управомоченъ и даже обязанъ получать доходы ⁴⁾. Плоды онъ приобрѣтаетъ путемъ перцепціи ⁵⁾ (т. е. со времени поступления ихъ въ его владѣніе—ред.). Получаемые доходы зачитываются въ уплату сперва процентовъ, а затѣмъ и капитала, излишекъ подлежитъ возвращенію.

3. Если заимодавецъ далъ *безпроцентную ссуду* и если онъ получилъ отъ должника во владѣніе залогъ *плодоприносящій*, то онъ имѣетъ право удержать для себя такое количество плодовъ, какое соотвѣтствуетъ обычному въ данной мѣстности проценту ⁶⁾. Это право называютъ обыкновенно *молчаливою антихрезю* ⁷⁾.

4. *Антихрезю* въ истинномъ смыслѣ называется *договоръ*, по которому заимодавцу предоставляется пользование вещью *взаимнъ процентовъ по долгу* ⁸⁾. Антихреза мыслима и безъ заклада. Но обыкновенно бываетъ такъ, что заимодавецъ, пользующійся вещью, получаетъ также обезпеченіе залогомъ; поэтому, въ случаѣ сомнѣнія, установленіе антихрезы разсматривается какъ закладъ ⁹⁾. Антихреза возможна относительно движимаго и недвижимаго имущества. Заимодавецъ не обязанъ отчетомъ. Ибо онъ можетъ удержать доходы, даже если они превосходятъ обычный процентъ, но вмѣстѣ

³⁾ l. 55 pr. D. de furtis 47, 2. Gajus libro 13 ad edictum provinciale: Si pigfore creditor utatur tenetur. Cp. l. 9 § 2 D. de supellectile legata 33, 10.

⁴⁾ l. 1—3 C. de act. pignorat. 4, 24. Kohler, pfandrehtliche Forschungen, стр. 182 и сл. Такъ же герм. гр. ул. §§ 1212 и сл.

⁵⁾ l. 1, l. 3 C. de act. pign. 4, 24, l. 39 D. de pign. act. 13, 7, Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 71. Согласно герм. гр. ул. § 954 приобрѣтеніе въ собственность совершается съ момента «отдѣленія».

⁶⁾ l. 8 D. in q. c. p. t. c. 20, 2. Paulus libro 2 sententiarum: Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere. Это опредѣленіе основано на довольно произвольныхъ соображеніяхъ справедливости, ср. Dernburg т. 2 § 89. Roedenbeck, die Antichresis. Halle 1874 стр. 33. Иного воззрѣнія Stephan въ Archiv für civ. Praxis т. 30 стр. 355 и сл.

⁷⁾ Ср. Roedenbeck, die Antichresis, Kohler op. c. стр. 73. Герм. гр. ул. не знаетъ молчаливой антихрезы.

⁸⁾ l. 11 § 1 D. de pignoribus 20, 1. Иначе у Windscheid т. 1 § 234 прим. 5. Kohler op. c. стр. 73.

⁹⁾ l. 33 D. de pign. act. 13, 7. Согласно этому фрагменту антихреза обыкновенно конструируется какъ добавочный договоръ къ залoгу. При конструкціи истиннута антихрезы теорія должна исходить изъ такого отношенія, какъ обычнаго.

съ тѣмъ онъ не можетъ требовать процентовъ въ случаѣ, если доходы меньше или если ихъ совсѣмъ не оказывается ¹⁰⁾).

Если антихреза нарушаетъ законъ о растовщичествѣ 24 мая 1880 г., то она наказуема и недѣйствительна ^{11) 12)}).

§ 279. Право удержанія по письменнымъ долговымъ требованіямъ (chirographische Forderungen) ¹⁾.

Кредиторъ по залогу имѣетъ право удержать заложенную у него вещь, даже по полученіи удовлетворенія по обеспеченному его требованію, въ случаѣ если онъ имѣетъ къ должнику другія денежныя требованія, хотя бы и основанныя только на долговыхъ роспискахъ.

Таковъ указъ императора Гордіана ²⁾; ему требованіе возвращенія залога должникомъ, не выполнившимъ другихъ своихъ обязательствъ, представлялось въ видѣ *dolus'a*. Это право удержанія тѣмъ не менѣе *сингулярнаго* свойства. Ибо по общему правилу право удержанія предполагаетъ связь (*Konnexitaet*) притязаній, т. е. хозяйственное единство притязаній, являющаяся результатомъ либо одинаго основанія ихъ возникновенія, либо отношенія къ тому же объекту ³⁾. Этого въ данномъ случаѣ не требуется.

Противъ послѣдующихъ кредиторовъ по залогу право удержанія не имѣетъ силы. Недѣйствительно оно также по отношенію къ конкурсной массѣ залогодателя ⁴⁾.

¹⁰⁾ l. 14, l. 17 C. de usuris 4, 32.

¹¹⁾ О каноническомъ правѣ ср. Glück т. 14 стр. 120.

¹²⁾ Герм. гр. ул. допускаетъ антихрезу по отношенію къ движимостямъ, ср. § 1214 ч. 3, по отношенію къ земельнымъ участкамъ она не можетъ быть болѣе устанавливаема въ видѣ вещнаго права.

¹⁾ Dernburg, Pfandr. т. 2 § 92.

²⁾ l. un. §§ 2 und. 3 C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri 8, 26. Imp. Gordianus . . . ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, restituere eam propter exceptionem doli mali non cogaris. jure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cujus nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuum simpliciter acceperint. Quod in secundo creditore locum non habet . . .

³⁾ Ср. выше § 138 прим. 18.

⁴⁾ Прежде относительно этого существовала контроверза. За право удержанія по отношенію къ конкурсной массѣ высказался между прочимъ Vangerow т. 2 § 382. Противъ Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 106. По герм. конкурсному уставу отрицательное рѣшеніе этого вопроса не подлежитъ сомнѣнію. Герм. гр. ул. вообще устранило это право удержанія.

III. Продажа заложенной вещи.

§ 280. История продажи залога и *lex commissoria*.

Право продажи залога является существеннымъ элементомъ развитого залогового права. Имъ отличается залоговое право отъ простого права удержанія.

1. Первоначально право продажи было, правда, чуждо римскому *pignus*. Займодавецъ долженъ былъ ограничиваться удержаніемъ, а въ подлежащихъ случаяхъ, и пользованіемъ заложенной ему движимости. Затѣмъ, подобно тому какъ при договорѣ *fiducia* ¹⁾, стали присоединять къ залоговымъ договорамъ особое соглашеніе, у правомочивавшее кредитора къ продажѣ залога—*actum de vendendo pignore* ²⁾. Наконецъ, въ періодъ позднѣйшихъ классическихъ юристовъ это правомочіе считалось какъ бы включеннымъ въ залоговой договоръ ³⁾. Мало того, за договорнымъ *запретомъ* права продажи залога не признавали дѣйствительности. Подобный запретъ съ тѣхъ поръ обязываетъ кредитора лишь къ тоекратному напоминанію, прежде чѣмъ приступить къ продажѣ ⁴⁾ ⁵⁾.

2. Рука объ руку съ этимъ развитіемъ шло углубленіе юридическаго анализа. Откуда происходитъ право залогопринимателя—это былъ основной вопросъ,—*перенести право собственности, хотя онъ самъ не собственникъ*. Вѣдь никто не можетъ дать больше правъ, чѣмъ самъ имѣетъ ⁶⁾. На это первоначально отвѣчали только то, что кредиторъ по залогу совершаетъ продажу заложенной вещи

¹⁾ Ср. напечатанную выше § 263 прим. 2 схему *fiducii*.

²⁾ Gaj. Inst. II 64 l. 74 D. de furtis 47, 2 Яволена.

³⁾ Изъ иустиніановскихъ источниковъ видно, что до него въ подобномъ случаѣ также требовалось 3 предостереженія. Paul. sent. II 5 § 1, *römisch-syrisches Rechtsbuch*, herausgegeben von Bruns und Sachau стр. 28, 145, 272.

⁴⁾ l. 4 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 41 ad Sabinum. Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere, sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat, ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit. Ср. кромъ того предыдущія изданія.

⁵⁾ Въ глоссѣ ставится вопросъ: *sed haec denuntiatio num quid una vice fiat: Solve, solve, solve? Resp. non, sed triduum inter quamlibet debet esse!* По римско-сирійскому сборнику требуется «напоминаніе въ три срока». Между напоминаніями долженъ быть нѣкоторый промежутокъ времени, измѣряемый соотвѣтственно обстоятельствамъ для того, чтобы дать должнику возможность достать средства къ уплатѣ. Ср. Bruns und Sachau стр. 28, 272.

⁶⁾ l. 54 D. de R. J. 50, 17.

по полномочию и съ согласія должника, на основаніи договора ⁷⁾. Но такое объясненіе не гармонировало съ дѣйствительнымъ отношеніемъ. Залогоприниматель уполномоченъ продать и вопреки желанію должника, и также послѣ его смерти. Между тѣмъ взятіе обратно довѣренности и смерть довѣрителя уничтожаютъ полномочіе. Залогоприниматель далѣе можетъ и тогда приступить къ продажѣ, когда залогодатель потерялъ право собственности на заложенную вещь. Слѣдовательно продажа совершается не отъ имени должника.

Правильное объясненіе заключается въ томъ, что право продажи залога составляетъ составную часть вещнаго права залогопринимателя. Послѣдній, слѣдовательно, дѣйствуетъ при производствѣ продажи по *собственному праву* и въ собственномъ интересѣ, а не по чужому праву и въ чужомъ интересѣ ⁸⁾.

3. Въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ часто къ залоговымъ договорамъ прибавлялась *lex commissoria*. Продажа залога имѣла цѣлью справедливую, а *lex commissoria*— быструю и рѣшительную ликвидацію. Ибо въ силу *lex commissoria*, вмѣсто права требованія, къ кредитору переходитъ право собственности на заложенную вещь. Если наступилъ срокъ долгу и уплата не послѣдовала, то кредитору предоставляется на выборъ либо взять себѣ вмѣсто требованія заложенную вещь, либо взыскивать по обеспеченному требованію и отказаться отъ *lex commissoria* ⁹⁾.

Константинъ запретилъ *lex commissoria* и объявилъ ее ничтожною ^{10) 11)}. Этимъ не исключается однако всякая продажа заложенной вещи кредитору въ случаѣ неплатежа по обеспеченному

⁷⁾ Gaj. Inst. II § 64. Поэтому многие современные изслѣдователи утверждаютъ, что кредиторъ по залому продаетъ «procuratorio jure», ср. сочиненія, цитируемыя у Dernburg, Pfandrecht т. 2 стр. 110.

⁸⁾ Въ этомъ смыслѣ рѣшаетъ Папиніанъ въ l. 42 D. de pign. act. 13, 7 in venditione . . . suum creditor negotium gerit. Ульпіанъ полагаетъ, что когда кредиторы debitoris fundum vendunt, они все же jus suum exsequuntur, l. 5 § 3 и l. 7 § 1 D. de rebus 27, 9 и Павелъ утверждаетъ, что кредиторъ по залому продаетъ залогъ jure suo, l. 13 D. de distr. pign. 20, 5.

⁹⁾ Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 273 и сл.

¹⁰⁾ l. 3 C. de pactis pignorum 8, 34. Constantinus ad populum: Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet, creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt.

¹¹⁾ Нѣкоторые юристы въ отнѣнѣ такъ наз. Wuchergesetze закономъ германскаго союза отъ 14 ноября 1867 г. усматривали также отнѣну запрещенія примѣнять *lex commissoria*. Это неправильно. Ибо *lex commissoria* направлена противъ определеннаго способа осуществленія залогового права и не стоитъ ни въ какой прямой связи съ законами о законномъ ростѣ. Также R. G. т. 2 стр. 333, т. 4 стр. 51.

залогомъ требованію ¹²⁾. Въ особенности не исключается продажа по оцѣночной стоимости ¹³⁾. Не допускаются только продажи, которыми имѣется въ виду обойти запрещеніе *lex commissoria* ¹⁴⁾.

§ 281. Условія продажи заложенной вещи и совершение продажи ¹⁾.

Залогоприниматель управомоченъ на *частную продажу* залога, безъ обязательнаго обращенія къ суду. Онъ опредѣляетъ порядокъ ея совершенія ²⁾. Онъ можетъ, слѣдовательно, отчудить вещь какъ при посредствѣ продажи съ публичнаго торга, такъ и лично, частнымъ образомъ.

Условія продажи являются отчасти матеріальными, отчасти формальными.

1. Матеріальныя условія продажи:

а) *Наступленіе срока* (*Faelligkeit*) по обеспеченному требованію и непогашеніе его. Продажа допускается и въ томъ случаѣ, если наступилъ срокъ платежа только въ отношеніи отдѣльныхъ частныхъ взносовъ и таковыя остались въ недоимкѣ ³⁾.

б) *Напоминаніе* (*Mahnung*) со стороны кредитора объ уплатѣ, съ тѣмъ чтобы должникъ впадалъ въ просрочку ⁴⁾.

Безспорности (*Liquidität*) обеспеченнаго обязательства не требуется. Т. е. не требуется предварительнаго констатированія требованія *вошедшимъ въ законную силу рѣшеніемъ* или *судебнымъ признаніемъ* ⁵⁾. Не требуется также, чтобы по требованію *возможно*

¹²⁾ l. 12 pr. D. de distr. pign. 20, 5.

¹³⁾ l. 16 § 9 D. de pignor. 20, 1.

¹⁴⁾ Герм. гр. ул. § 1149, § 1229 также запрещаетъ *lex commissoria*.

¹⁾ Platner въ Archiv für civ. Praxis т. 32, н. 4, Dernburg, Pfandr. т. 2, стр. 108 сл., Hubert, du droit de vente du créancier hypothécaire, thèse, Toul. 1892.

²⁾ Согласно герм. гр. ул. §§ 1235 и сл. продажа заложенной движимости есть частная продажа, но она должна происходить путемъ публичныхъ торговъ, съ предварительнымъ объявленіемъ о мѣстѣ и времени продажи и при условіи немедленной уплаты наличными деньгами.

³⁾ Относительно l. 8 § 3 D. de pign. act. 13, 7 см. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 120.

⁴⁾ l. 18 C. de adm. tut. 5, 57. Римско-сирійскій сборникъ, Bruns und Sachau стр. 28 также требуетъ напоминанія и просрочки должника. Ср. Dernburg, т. 2 стр. 122. Многие современные ученые противъ требованія просрочки, между прочимъ, Windscheid т. 1 § 237 прим. 3. Противъ также герм. гр. ул.

⁵⁾ Также герм. гр. ул. O l. 5 C. de distractive 8, 27 ср. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 172. Продажа заложенной вещи здѣсь недопустима потому, что должникъ не впасть въ просрочку, а, напротивъ, согласенъ уплатить слѣдующее съ него и, лишь въ силу основательныхъ сомнѣній, обращается къ суду для разрѣшенія вопроса о размѣрѣ долга.

было бы немедленное взысканіе судомъ. Однако кредиторъ продаетъ на свой рискъ. Ибо въ случаѣ, если у него не было права отчужденія, потому, напр., что по обеспеченному требованію не наступилъ еще срокъ, онъ обязанъ возмѣстить убытки собственнику и залогодателю, если они требуютъ отъ него возвращенія вещи, а также и покупщику, въ случаѣ отсужденія (evictio) отъ него вещи въ пользу собственника.

2. Въ качествѣ формальнаго условія для продажи требуется предварительное предупрежденіе залогодателя ⁶⁾.

При отсутствіи особаго соглашенія, Юстиніанъ требовалъ истеченія 2 лѣтъ до продажи заложенной вещи ⁷⁾. Это постановленіе не перешло ⁸⁾ въ общее право.

Назначеніе времени продажи зависитъ отъ кредитора ⁹⁾. Онъ не отвѣчаетъ за упущеніе неблагоприятной для продажи конъюнктуры, ибо продажа вещи не составляетъ его обязанности по отношенію къ залогодателю ¹⁰⁾. Онъ можетъ продать вещь и при неблагоприятныхъ условіяхъ. Это его право.

Кредиторъ, который по одному требованію обеспеченъ нѣсколькими заложенными вещами, можетъ по своему усмотрѣнію назначить къ продажѣ либо всѣ вещи заразъ, либо одну раньше другой ¹¹⁾.

3. Кредиторъ обязанъ продавать bona fide ¹²⁾. Онъ въ частности долженъ стремиться къ полученію возможно высокой цѣны—однако, конечно, не въ ущербъ своимъ интересамъ ¹³⁾.

Продажа, произведенная съ нарушеніемъ кредиторомъ своихъ

⁶⁾ l. 4 C. de distr. pign. 8, 27. Это объявленіе не слѣдуетъ отождествлять съ напоминаніемъ объ уплатѣ долга. Ср. Dernburg, ук. соч. стр. 135. Согласно герм. гр. ул. § 1234 кредиторъ по залогу движимости обязанъ угрожать собственнику предполагаемою продажей и при этомъ указать размѣръ слѣдуемой съ него суммы, изъ-за которой должна произойти продажа. Продажа не должна имѣть мѣста до истеченія мѣсяца послѣ предостереженія.

⁷⁾ l. 3 § 1 C. de jure dominii impetrando 8, 33.

⁸⁾ Ср. работы, цитируемыя у Dernburg, Pfandgr. т. 2 стр. 143 прим. 8, стр. 144 прим. 9.

⁹⁾ Ср. напечатанную выше § 263 прим. 2 схему фидуціи, согласно которой кредиторъ можетъ учинить продажу «ubi et quo die vellet».

¹⁰⁾ l. 6 pr. D. de pign. act. 13, 7.

¹¹⁾ l. 8 D. de distr. pign. 20, 5. Ср. схему фидуціи, напечатанную выше § 263 прим. 2. Герм. гр. ул. § 1230 о закладѣ движимости гласитъ: вѣритель подъ залогъ можетъ, если не выговорено другое условіе, выбрать изъ нѣсколькихъ заложенныхъ вещей тѣ, которыя должны быть проданы. Онъ можетъ назначить къ продажѣ лишь столько залоговъ, сколько нужно для удовлетворенія его претензіи.

¹²⁾ l. 4 C. de distr. pign. 8, 27, cp. l. 10 D. de in diem addictione 18, 2.

¹³⁾ Ср. l. 10 D. de in diem addict. 18, 2.

обязанностей, не становится ничтожною, если только соблюдены необходимыя формальности ¹⁴⁾. Ибо кредиторъ продалъ вещь съ полною силою на основаніи своего вещнаго права. Потерпѣвшій залогодатель поэтому имѣетъ право лишь на возмѣщеніе убытковъ. Прежде всего ему предоставлено противъ кредитора *actio pignoratitia directa*, кромѣ того субсидіарно *actio doli* къ покупщику, участвовавшему въ обманѣ продавца ¹⁵⁾.

4. *Собственникъ* заложенной вещи не можетъ купить ее у кредитора. Ибо купля собственной вещи недѣйствительна ¹⁶⁾.

Точно также и *залогоприниматель* не можетъ купить заложенную вещь у себя самого. Ничтожна также покупка, совершенная для него черезъ подставное лицо ¹⁷⁾ ¹⁸⁾.

Если однако попытка продать заложенную вещь не удастся, и если вторичное напоминаніе должнику остается безъ результата, то кредиторъ можетъ требовать отъ правителя *присужденія вещи по оцѣночной стоимости*—*dominii impetratio* ¹⁹⁾. И послѣ присужденія ему вещи за должникомъ въ течение 2 лѣтъ остается право выкупа, въ случаѣ уплаты капитала, процентовъ и возмѣщенія убытковъ.—Въ Германіи мѣсто правителя занялъ судъ.

§ 282. Послѣдствія продажи залога ¹⁾.

Продажею заложенной вещи создаются новыя правоотношенія и прекращаются старыя.

1. Обыкновенная продажа обязываетъ продавца къ передачѣ

¹⁴⁾ l. 7 C. de distr. pign. 8, 27.

¹⁵⁾ l. 4, 5 C. si vendito pignore agatur 8, 29.

¹⁶⁾ l. 39 pr. D. de c. e. 18, l. 1. 40 pr. § 1 D. de pign. act. 13, 7. Ср. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 161. Недѣйствительность покупки собственной вещи не мѣшаетъ, конечно, залогодателю выкупить у кредитора залоговое право, или, выражаясь точно, предоставить отступное за отказъ отъ залогового права. Но права послѣдующихъ кредиторовъ по залогу не прекращаются такою сдѣлкою. Согласно герм. гр. ул. § 1239 кредиторъ по залогу и собственникъ могутъ при аукціонной продажѣ заложенныхъ движимостей выступить въ качествѣ покупателей. То же относится и къ залоговымъ правамъ на недвижимости.

¹⁷⁾ l. 10 C. de distr. pign. 8, 27. ср. Paul. sent. II 13 § 4. Имѣетъ ли кредиторъ право купить заложенную у него вещь, которая согласно герм. уст. гр. судопр. §§ 820 и 821 можетъ быть продана безъ торговъ судебнымъ приставомъ? Въ пользу утвердительнаго отвѣта говорятъ мотивы. Однако этого нельзя признать правильнымъ. Возможенъ былъ бы обходъ закона, не поддающійся контролю.

¹⁸⁾ Поручитель залогодателя, равно какъ послѣдующій ипотечный кредиторъ также не могутъ приобрести заложенной вещи отъ перваго кредитора. l. 2 D. de distr. pign. 20, 5, l. 5 § 1, l. 6 D. eod., l. 59 § 1 D. mandati 17, 1.

¹⁹⁾ l. 3 C. de jure dominii impetrando 3, 33, Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 240.

¹⁾ Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 169.

заложенной вещи и къ отвѣтственности за эвикцію (обязательство очистки, *Gewährleistung**), а покупателя къ уплатѣ цѣны. Соотвѣтственно съ этимъ *продажа залога* имѣетъ слѣдующія послѣдствія:

а) Залогоприниматель обязанъ передать заложенную вещь покупателю²⁾.

Но за эвикцію (*Entwahrung*), т. е. за отсужденіе вещи въ пользу третьихъ лицъ, онъ отвѣчаетъ передъ покупателемъ лишь въ ограниченномъ объемѣ³⁾. Возложеніе на него полной отвѣтственности несправедливо, потому что онъ, и то по необходимости, продаетъ чужую вещь. Онъ отвѣчаетъ лишь за то, что ему первому была заложена вещь⁴⁾. Кромѣ того, онъ отвѣчаетъ въ случаѣ *dolus*. Именно, если онъ зналъ, что проданная вещь не принадлежала залогодателю⁵⁾, и еще, если онъ особо обязался отвѣчать за эвикцію; и, наконецъ, если при продажѣ онъ скрывалъ, что онъ залогоприниматель⁶⁾.

б) Покупатель залога обязанъ уплатить продавцу обѣщанную цѣну. Въ случаѣ отсужденія отъ него проданной вещи, онъ не можетъ требовать отъ продавца уплаченной цѣны обратно⁷⁾.

в) Рождается вопросъ, имѣетъ ли покупатель, въ случаѣ отчужденія вещи, притязаніе по крайней мѣрѣ къ *должнику*, который освобождается отъ долга вслѣдствіе уплаты кредитору покупной цѣны? Притязанія, основаннаго на договорѣ, у покупателя по отношенію къ должнику нѣтъ, ибо онъ съ должникомъ не вступалъ въ договорныя отношенія. Но послѣдній обогатился на его

* (Ред. ср. т. III, § 99).

²⁾ Если кредиторъ по залогу не владѣетъ, ему всетаки принадлежитъ право продажи, но онъ передъ покупателемъ, который зналъ объ этомъ обстоятельстве, отвѣчаетъ лишь за переуступку своего права иска. Этимъ объясняется l. 13 D. de distracione pignorum 20, 5, Paulus libro 1 decretorum: Creditor, qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem. Иначе герм. гр. ул. ср. §§ 1231, 1232.

³⁾ Ср. Moreau, Haftung wegen Eviktion der verkauften Pfandsache 1878.

⁴⁾ l. 1 C. creditorem evictionem non debere 8, 45. Alexander. Cum jure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit, evictio non debetur, quia et privatus creditor eodem jure utitur, nisi nominatim repromissum a privato fuerit. si tamen fiscus in jus alterius creditoris successit, emptori non justa fisci nomine movetur controversia, sive quia potior fuerat, quando vendebat, sive quia infirmior, quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris jure vendat, potiore se ceteris esse creditoribus. Ср. *darle* l. 10 D. de distr. pign. 20, 5, l. 11 § 16 D. d. a. e. v. 19, 1.

⁵⁾ l. 2 C. creditorem evictionem, 8, 45.

⁶⁾ Герм. гр. ул. § 1242 ч. 1 напротивъ того гласитъ: при правомѣрномъ отчужденіи заложенной вещи пріобрѣтатель получаетъ такія же права, какъ если-бы онъ пріобрѣлъ вещь отъ собственника.

⁷⁾ l. 11 § 16 D. de a. e. v. 19, 1. Ср. также l. 68 D. de evict. 21, 2 и выше § 36 прим. 18.

счетъ; поэтому онъ можетъ въ случаѣ отсужденія вещи требовать отъ должника возмѣщенія уплаченной цѣны ⁸⁾).

2. Цѣлью и обычнымъ слѣдствіемъ продажи залога является погашеніе обеспеченнаго требованія.

Въ счетъ погашенія долга принимаются вырученныя при продажѣ деньги, а равнымъ образомъ и та сумма, на которую продажная цѣна уменьшилась по винѣ кредитора, въ особенности вслѣдствіе нерадивости при взысканіи покупной цѣны ⁹⁾).

Излишекъ покупной цѣны надъ обеспеченнымъ требованіемъ—*huregoscha*—долженъ быть выплаченъ залогодателю ¹⁰⁾ и при томъ съ процентами, если кредиторъ употребилъ излишекъ въ свою пользу или впалъ въ просрочку ¹¹⁾).

Поскольку обеспеченное требованіе не погашается выручкой отъ продажи заложенной вещи, оно сохраняетъ свою силу ¹²⁾).

Залоговое право кредитора прекращается съ пересвоеніемъ заложенной вещи покупателю ¹³⁾). Послѣдующіе кредиторы по залогоу

⁸⁾ Для римскихъ юристовъ искъ противъ должника представлялъ большія трудности. Они прибѣгали къ различнымъ объясненіямъ *Ulpianus libro 2 disputationum l. 38 D. de evict. 21, 2* придумалъ слѣдующій путь: *In creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrariam pigneraticiam actionem, et magis est, ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est?* Это искусственно. Самъ кредиторъ не имѣетъ болѣе *actio pigneraticia*; ибо онъ удовлетворенъ продажею заложенной вещи. Неужели этотъ безсильный въ рукахъ кредитора искъ можетъ служить послѣдствіемъ покупщику! Иначе *l. 12 § 1 D. de distractione pignorum 20, 5* изъ *disputationes Трифоніана*. Здѣсь юристъ изслѣдуетъ вопросъ, долженъ ли кредиторъ, которому должникъ заложилъ чужую вещь, зачесть въ погашеніе обеспеченнаго требованія полученную имъ отъ продажи покупную цѣну; при этомъ вставлено такое замѣчаніе: *sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat.* Искъ, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь,—*actio negot. gestorum contraria*. Только этотъ искъ подходитъ подъ оба случая, о которыхъ говорится въ приведенномъ фрагментѣ. Но основаніе въ обоихъ случаяхъ различно. Собственникъ основываетъ свой искъ на отказѣ отъ виндикаціи его вещи; покупщикъ,—на уплатѣ покупной цѣны, которою воспользовался должникъ. Иного воззрѣнія *Windscheid, zwei Fragen aus der Lehre der Bereicherung 1878 стр. 8*. Ср. однако *Moreau, ук. соч. стр. 17*. Наконецъ, *Гермогеніанъ* въ *l. 74 § 1 D. de evictionibus 21, 2* предоставляетъ покупщику, въ случаѣ продажи *pignus ex causa judicati, actio ex empto utilis* противъ освобожденнаго должника о возвращеніи покупной цѣны съ процентами. Смотри подробнѣе у *Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 191*.

⁹⁾ *l. 9 pr. D. de distr. pign. 20, 5*; ср. также *l. 26 D. de solut. 46, 3. Kretschmar secum pensare стр. 100*.

¹⁰⁾ *l. 42 D. de pign. act. 13, 7*, ср. *Dernburg, ук. соч. стр. 217, l. 24 § 2 D. eod., l. 20 C. de distr. pign. 8, 27*.

¹¹⁾ *l. 6 § 1, l. 7 D. de pign. act. 13, 7*.

¹²⁾ *l. 10 C. de obl. et act. 4, 10*.

¹³⁾ *Paulus sent. II 13 § 4. l. 15 C. de distr. pign. 8, 27*.

не могутъ уже осуществлять свое залоговое право послѣ продажи, совершенной первымъ кредиторомъ по залогу ¹⁴⁾.

IV, Иски кредитора по залогу.

§ 283. Ипотечный искъ.

Искъ, направленный къ осуществленію залогового права, называется по имени своего творца *actio Serviana* и *quasi Serviana*, по содержанію—*actio hypothecaria* или *in rem pignericia* ¹⁾. Въ Римѣ этотъ искъ во всѣхъ случаяхъ имѣлъ цѣлью *выдачу владѣнія заложеною вещью*. Безразлично, искалъ ли кредиторъ по ручному залогу утраченное владѣніе или ипотечный кредиторъ, — владѣнія, котораго онъ еще не имѣлъ. Сообразно съ этимъ опредѣляются детали иска.

1. Къ предъявленію иска управомоченъ невлаждѣющій кредиторъ по залогу, отвѣтчикомъ является тотъ, кто имѣетъ возможность выдать заложенную вещь, слѣдовательно, юридическій владѣлецъ или простой держатель ²⁾, на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и при искѣ о правѣ собственности ³⁾.

Для залогового иска не имѣетъ значенія, является ли отвѣтчикъ личнымъ должникомъ, или нѣтъ. Отвѣтчиковъ, лично не обязанныхъ кредитору къ платежу долга, но подверженныхъ залоговому иску какъ вещному иску, обыкновенно называютъ *третьими владѣльцами*.

И противъ невлаждѣющихъ заложеною вещью лицъ можетъ быть направленъ залоговой искъ за *dolus*, въ случаяхъ т. н. *facta possessio*, на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и при искѣ о правѣ собственности ⁴⁾.

¹⁴⁾ l. 3 pr. D. de distr. pign. 20, 5. l. 6 C. qui pot. 8, 17, l. 7 C. de obl. et act. 4, 10. Dernburg, ук. соч. стр. 288. Герм. гр. ул. § 1242 ч. 2 гласитъ: Залоговыя права на вещь прекращаются даже, если они были извѣстны пріобрѣтателю. Тоже относится къ узуфрукту, кромѣ того случая, когда онъ имѣетъ первенство передъ всѣми залоговыми правами.

¹⁾ Dernburg, Pfandr. т. 2 §§ 126 и сл. О развитіи ипотечнаго иска ср. выше § 263.

²⁾ l. 16 § 3 D. de pign. 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam; In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est. nam si non possideat, nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequè absolvendus est. Последняя фраза объясняется тѣмъ, что искъ былъ *arbitraria*. Ср. выше § 133, § 224 прим. 5.

³⁾ Ср. выше § 225 пунктъ 3.

⁴⁾ Смотри l. 16 § 3 D. de pign. 20, 1, напечатанную выше прим. 2.

2. Въ отношеніи момента предъявленія залогового иска слѣдуетъ различать между кредиторомъ по ручному залогу и ипотечнымъ кредиторомъ. Если утратилъ владѣніе кредиторъ по ручному залогу, онъ можетъ вчинить искъ о возвращеніи заложенной вещи и до наступленія срока уплаты по обезпеченному требованію. Ипотечный кредиторъ (ипотекариій) по общему правилу можетъ лишь тогда прибѣгнуть къ иску, когда требованію наступилъ срокъ платежа, но платежъ не сдѣланъ. Раньше этого онъ можетъ искать лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда его обезпеченности угрожаетъ особенная опасность ⁵⁾).

3. Истецъ долженъ доказать свое залоговое право и владѣніе вещью отвѣтчикомъ. Для доказательства своего права, онъ долженъ сослаться на договоръ залога или на другое основаніе возникновенія его права, равно какъ по общему правилу и на право собственности залогодателя въ моментъ заклада ⁶⁾. Въ случаѣ иска по ипотечному праву онъ обязанъ также доказать наступленіе срока платежа по обезпеченному требованію ⁷⁾.

4. Цѣлью иска является признаніе залогового права и выдача заложенной вещи ⁸⁾. Поскольку заложенная вещь не покрываетъ всего требованія кредитора, ему должны быть выданы и плоды, какъ полученные и могущіе быть полученными послѣ вчинанія иска, такъ и наличные въ моментъ его вчинанія ⁹⁾.

5. Средства защиты отвѣтчика заключаются въ слѣдующемъ:

а) Погашеніе требованія истца. Этимъ прекращается залоговое

⁵⁾ l. 14 pr. D. de pign. 20, 1. Относительно установленія залогового права въ обезпеченіе условныхъ требованій, а также объ условномъ установленіи залогового права для безусловныхъ требованій смотри l. 13 § 5 D. de pign. 20, 1; Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 296, Windscheid т. 1 § 235 прим. 3.

⁶⁾ l. 23 D. de probat. 22, 3, l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1.

⁷⁾ Ср. l. 10 C. de act. pign. 4, 24. Это не касается иска, разсмотрѣннаго въ прим. 5.

⁸⁾ Если, вслѣдствіе невыдачи заложенной вещи, отвѣтчикъ приговаривается къ уплатѣ денегъ, то слѣдуетъ дѣлать различіе между должникомъ и третьимъ владѣльцемъ. Должникъ приговаривается лишь къ уплатѣ суммы обезпеченнаго долга; третій владѣлецъ—къ уплатѣ стоимости заложенной вещи. Излишекъ надъ обезпеченнымъ требованіемъ кредиторъ по залогу обязанъ въ такомъ случаѣ вернуть должнику, l. 21 § 3 D. pign. 20, 1; ср. также l. 16 § 6 D. eod. и объ этомъ фрагментъ Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 316, Windscheid т. 1 § 235 прим. 8.

⁹⁾ l. 16 § 4 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi extent et res non sufficit. Объ обязанности возратить плоды въ случаѣ залогового иска ср. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 319 и приведенныхъ тамъ авторовъ; Petrazыcki, Fruchtvertheilung стр. 184.

право послѣдняго, такъ что искъ лишается своего основанія и долженъ быть отклоненъ ¹⁰⁾. Это юридически необходимый выводъ, а не льгота. Даже недобросовѣстный владѣлецъ можетъ отклонить залоговой искъ предложеніемъ уплатить долгъ или, въ случаѣ если предложеніе не будетъ принято ¹¹⁾, внесеніемъ органу власти соотвѣтственной суммы.

b) Добросовѣстные третьи владѣльцы заложенной вещи пользуются т. н. *beneficium cedendarum actionum*, т. е. послѣ удовлетворенія кредитора по залогу они могутъ требовать цессіи искомъ послѣдняго. Если кредиторъ отказывается въ цессіи, ему отказываютъ въ залоговомъ искѣ ¹²⁾.

c) Третьи владѣльцы заложенной вещи имѣютъ право удержанія по поводу *издержекъ* на вещь. Обыкновенно лишь по поводу необходимыхъ издержекъ, въ случаяхъ же добросовѣстнаго владѣнія, также по поводу издержекъ полевныхъ ¹³⁾.

d) Въ Римѣ часто случалось, что должникъ давалъ кредитору подъ залогъ специальную вещь и кромѣ того закладывалъ ему все свое имущество. Въ такомъ случаѣ кредитору можно возразить, что онъ обязанъ искать сначала удовлетворенія своего долга изъ спеціальнаго залога, прежде чѣмъ вытребовать заложенные ему общимъ образомъ объекты. Это право называютъ *beneficium excussionis realis* ¹⁴⁾.

e) Крайнимъ выводомъ изъ акцессорнаго характера залоговаго права является созданное Юстиніаномъ *beneficium excussionis personalis*.

Согласно этой льготѣ, третій владѣлецъ заложенной вещи

¹⁰⁾ Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 307, l. 16 § 3 D. de pignoribus 20, 1, приведенная выше прим. 2.

¹¹⁾ l. 12 § 1 D. q. m. p. solv. 20, 6.

¹²⁾ l. 19 D. qui pot. 20, 4. Scaevola libro 5 responsorum: Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio heredes instituit: creditor cum passet heredes convenire idoneos, ad fundum venit: quaero, an, si ei justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere, respondi posse videri non injustum postulare. Ср. объ этомъ рѣшеніи Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 364, смотри также Кюггъ въ Archiv für civ. Praxis т. 28 стр. 167 и сл. и герм. ул. § 1225.

¹³⁾ Что добросовѣстные третьи владѣльцы имѣютъ по отношенію къ кредитору по залогу право удержанія по поводу полезныхъ издержекъ на вещь, видно изъ l. 29 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Какъ быть съ правомъ удержанія въ обезпеченіе необходимыхъ издержекъ, это вопросъ чрезвычайно спорный, въ виду l. 44 § 1 D. de damno infecto 39, 2.—Личный должникъ никогда не имѣетъ права удержанія по поводу своихъ издержекъ на заложенную вещь. Онъ можетъ уплатить долгъ и этимъ освободить заложенную вещь.

¹⁴⁾ l. 2. C. de pignoribus 8, 13. l. 9 C. de distr. pign. 8, 27, ср. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 370, Windscheid т. 1 § 235 прим. 24 и 25.

можетъ требовать отъ кредитора, чтобы онъ, прежде чѣмъ предъявить залоговой искъ, провель бы взысканіе сначала въ отношеніи личныхъ должниковъ—главныхъ должниковъ и поручителей. Находящіяся въ рукахъ третьихъ лицъ заложенные вещи, слѣдовательно, должны привлекаться къ отвѣтственности лишь по столько, по сколько нельзя получить ничего отъ личныхъ должниковъ ¹⁵⁾.

Уже въ общемъ правѣ основныя положенія римскаго залогового иска подверглись существеннымъ измѣненіямъ. Ибо по общему праву искъ о выдачѣ владѣнія, если оно у кредитора отнято, вчинается по римскому образцу только кредиторомъ по залогу движимаго имущества. Напротивъ, ипотечный кредиторъ не имѣетъ права требовать владѣнія заложеннымъ земельнымъ участкомъ. Обыкновенно его искъ направленъ къ признанію за нимъ права обратиться взысканіе по его требованію на земельный участокъ, путемъ ли принудительнаго управленія—секвестраціи, или посредствомъ принудительной продажи съ публичнаго торга—необходимая *subhastatio*. Герм. гр. уложеніе воспріяло этотъ порядокъ ¹⁶⁾.

Залогоприниматель, кромѣ ипотечнаго иска, имѣетъ въ своемъ распоряженіи большинство вещныхъ и личныхъ средствъ правовой защиты, принадлежащихъ собственнику, въ особенности конфессорные и негаторные иски, *actio finium regundorum*, далѣе деликтные иски въ случаѣ поврежденія заложенной вещи. Подробности должны быть изложены ниже при разсмотрѣніи этихъ исковъ.

§ 284. Иски предполагаемаго кредитора по залогу ¹⁾.

Тотъ, кто *prima facie* кажется залогопринимателемъ, можетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ добиться судебнымъ порядкомъ владѣнія заложенной вещью, хотя бы онъ и не доказалъ еще вполне своего залогового права.

1. Арендодатели имѣли въ Римѣ *interdictum Salvianum*, посредствомъ котораго они могли получить владѣніе заложенными въ

¹⁵⁾ нов. 4 сар. 2. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 376.

¹⁶⁾ Герм. гр. ул. § 1227 относительно залогового права на движимости ссылается на аналогію съ притязаніями собственника. Напротивъ относительно залога недвижимостей оно опредѣляетъ: Удовлетвореніе кредитора изъ земельного участка и изъ предметовъ, на которые простирается ипотека, совершается въ порядкѣ исполненія судебныхъ рѣшеній (*Zwangsvollstreckung*).—т. е. путемъ либо принудительной продажи, либо принудительнаго управленія.

¹⁾ Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 324.

обезпеченіе арендныхъ денегъ и введенными въ арендный участокъ объектами ²⁾). Детали не выяснены ³⁾). Представляется спорнымъ, имѣлъ ли этотъ интердиктъ значеніе только противъ арендатора или также противъ третьихъ владѣльцевъ ⁴⁾ ⁵⁾). Не менѣе спорно также то, ограничивалось ли примѣненіе этого интердикта только случаями аренды, или интердиктъ былъ пригоденъ всякому кредитору по залогу ⁶⁾).

Начиная съ среднихъ вѣковъ, это средство правовой защиты предоставляется каждому кредитору, который *prima facie* докажетъ свое залоговое право ⁷⁾).

2. Въ средніе вѣка въ залоговые документы часто вносились оговорки, согласно которымъ кредиторъ могъ собственною властью вступить во владѣніе заложенною вещью, если не было произведено уплаты по обезпеченному требованію—«*pacta de ingrediendo*» ⁸⁾). Онѣ встрѣчаются и въ наше время ⁹⁾). Въ силу такой оговорки

²⁾ § 3 I. de interdictis, 4, 15. Gaj. Inst. IV. § 147.

³⁾ Ср. новую работу Lenel'a въ Savignytschr. т. 3 стр. 180 и сл. и *edictum perpetuum* стр. 393.

⁴⁾ Въ l. 1 C. de precario et de Salviano interdicto 8, 9 Гордіанъ какъ будто отказываетъ въ *interdictum Salvianum* противъ третьихъ владѣльцевъ: *id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit*. Напротивъ, въ фрагментахъ l. 1 и l. 2 D. de Salviano interdicto 43, 33 этотъ интердиктъ предоставленъ не только противъ арендаторовъ, но и противъ третьихъ владѣльцевъ. Теофиль Inst. IV 15 § 3 категорически предоставляетъ его противъ всякаго держателя. Слѣдовательно для Юстиніановскаго права примѣнимость этого интердикта противъ третьихъ владѣльцевъ должна быть признана безусловно. Рѣшенія древняго и классическаго права по этому вопросу остаются неизвѣстными. Lenel, ук. соч. полагаетъ, что въ классическій періодъ интердиктъ дѣйствовалъ лишь противъ арендаторовъ, какъ объ этомъ свидѣтельствуетъ Гордіанъ, и что лишь въ *corpus juris Юстиніана* онъ былъ распространенъ на третьихъ владѣльцевъ, при чемъ l. 4 C. de precario сохранилась по недосмотру. Напротивъ l. 1 и l. 2 D. h. t., по его мнѣнію сюда не относятся; первоначально они относились къ а. *Serviana* и лишь вслѣдствіе интерполяцій компиляторовъ были отнесены къ *interdictum Salvianum*. Lenel опирается въ особенности на то, что l. 1 § 1 D. h. t. содержитъ изреченіе Юліана, которое, какъ показываетъ l. 10 D. de pign. 20, 1 Ульпіана, относилось по мысли его автора къ *actio Serviana*. Это возможно. Но состояніе источниковъ въ сущности не даетъ возможности придти къ какому-либо достоверному результату.

⁵⁾ *Interdictum Salvianum* не требуетъ доказательства того, что заложенная вещь находилась *tempore conventionis in bonis debitoris*. Lenel *edictum* стр. 395 относятъ къ *interdictum Salvianum* l. 21 § 1 D. de pign. 20, 1.

⁶⁾ Въ пользу распространенія на другіе случаи приводятъ l. 1 C. h. t. 8, 9; Paul. sent. V 6 § 16.

⁷⁾ См. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 349 и цитируемая тамъ работы.

⁸⁾ Ссылались преимущественно на l. 3 C. de pignoribus 8, 13. Severus et Antoninus: *Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent*. Ср. также *Deputationsabschied von Speier 1600 г.* §§ 31 и сл. Подробности Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 329.

⁹⁾ Ср. R. G. in Strafsachen т. 7 стр. 63.

кредиторъ можетъ собственной властью завладѣть вещью, но ему не позволяется употребить для этой цѣли противъ должника силу, въ каковомъ случаѣ онъ подлежитъ наказанію. Поэтому лучше обратиться къ содѣйствію суда.

Содѣйствіе суда происходитъ въ подобныхъ случаяхъ посредствомъ временнаго судебного распоряженія (einstweilige Verfügung) ¹⁰⁾.

§ 285. Личныя обязанности, вытекающія изъ залогового договора ¹⁾.

Изъ договора о залогѣ вытекаютъ обоюдныя личныя обязанности для залогопринимателя и залогодателя. Требованіе объ ихъ исполненіи залогодатель можетъ предъявить къ кредитору по залогу при помощи actio pignericia directa in personam; а наоборотъ залогоприниматель къ залогодателю посредствомъ actio pignericia contraria. Къ этимъ искамъ прежде всего прибѣгали въ случаяхъ *ручного залога* (pignus). Поэтому римляне относили ихъ къ искамъ по реальнымъ контрактамъ ²⁾. Но иски эти давались также въ случаяхъ ипотеки, поскольку въ нихъ была надобность ³⁾.

Actiones pignericiae предполагаютъ актъ заклада ⁴⁾, но не предполагаютъ дѣйствительнаго возникновенія правомѣрнаго залогового права ⁵⁾. Залогодатель можетъ требовать возвращенія данной въ закладъ вещи послѣ погашенія долга и въ томъ случаѣ, если она была чужою. Залогоприниматель можетъ прибѣгнуть къ actio contraria, если заложенная вещь и не принадлежала залогодателю и если обнаружилось, что закладъ совершенъ обманнымъ образомъ.

1. Главная обязанность лежитъ на залогопринимателѣ. Послѣ погашенія, обеспеченнаго залогомъ требованія, онъ долженъ *возвра-*

¹⁰⁾ Герм. уст. гр. судопр. § 940. Согласно герм. уст. гр. судопр. «interdictum Salvianum» также можетъ быть примѣнено только въ видѣ временнаго распоряженія судьи (einstweilige Verfügung).

¹⁾ Tit. Dig. de pignericia actione vel contra 13, 7, Cod. 4, 24. Dernburg, Pfandr. т. 1 §§ 16 и сл. Stölzel, Archiv für civ. Praxis т. 43 н. 11.

²⁾ l. 1 § 6 D. de obl. et act. 44, 7, § 4 J. quibus modis re contrahitur obligatio 3, 14.

³⁾ l. 7 D. de distr. pign. 20, 5, l. 4, l. 7 C. h. t. 4, 24. Ср. также Windscheid т. 2 § 381 прим. 4, Brinz т. 2 стр. 614 прим. 2.

⁴⁾ Искъ этотъ допускался также въ случаяхъ залогового права, установленнаго по рѣшенію суда или по закону. l. 11 § 5 D. h. t. 13, 7. l. 34 D. de damno infecto 39, 2, § 21 D. ut in poss. leg. 36, 4. Онъ сталъ необходимымъ элементомъ залогового права, его неотъемлемымъ регуляторомъ.

⁵⁾ l. 9 pr. § 4, l. 11 § 2, l. 22 pr. § 2, l. 32 D. h. t. 13, 7. Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 138. Geib, die Person des pignericisch Berechtigten und Verpflichteten 1884, Savignyzeitschr. г. А. т. 8 стр. 151.

тить заложенную вещь и ея принадлежности ⁶⁾). Далѣе онъ обязанъ возмѣстить залогодателю то, что онъ въ силу своего отношенія къ нему, какъ кредиторъ по залому, получилъ сверхъ слѣдуемаго ему по обезпеченному требованію. Напр., въ случаѣ продажи залога онъ обязанъ выдать *huregосha* ⁷⁾).

Залогоприниматель обязанъ залогодателю отчетомъ.

Онъ одинаково отвѣчаетъ передъ нимъ за всякую вину, все равно, относится ли она къ обращенію съ вещью или къ способу пользованія ею ⁸⁾ ⁹⁾).

2. Залогодатель беретъ на себя соотвѣтствующія встрѣчныя обязанности. Онъ отвѣчаетъ ¹⁰⁾ главнымъ образомъ за вину.

Поэтому онъ отвѣчаетъ передъ кредиторомъ, если онъ заложилъ чужую вещь, подъ видомъ собственной; далѣе, если онъ приписывалъ заложеной вещи качества, которыхъ у нея не было, напр., если онъ выдавалъ ее за золотую, между тѣмъ какъ она была лишь позолочена, или если онъ какънибудь инымъ образомъ обманулъ кредитора, напр. замѣнилъ при закладѣ украшеніе, ко-

⁶⁾ Формула *actio pigneraticia* требовала, чтобы «*pecunia*» была «*soluta*» или «*eo nomine satisfactum*» или чтобы препятствіемъ къ тому былъ отвѣтъ «*stetisse, quominus solveretur*». l. 9 §§ 3 и сл., l. 11 D. h. t. 13, 7, l. 11 C. h. t. 4, 24, l. 20 § 2 D. h. t. l. 3 C. de distr. pign. 8, 27. l. 12 C. h. t. 4, 24. Конечно, искъ считается обоснованнымъ и тогда, когда прекращается залоговое право, а требованіе остается, напр. вслѣдствіе отказа отъ залогового права. Залогодатель далѣе можетъ прибѣгнуть къ *actio pigneraticia* въ случаѣ ненаступленія условія установленія залогового права, l. 11 § 2 D. h. t. 13, 7, если требованіе, подлежащее обезпеченію, становилось недѣйствительнымъ, если актъ установленія залога почему-либо недѣйствителенъ, l. 25 D. de pign. 20, 1, т. е. короче, во всѣхъ случаяхъ, когда впоследствии обнаруживается, что вещь не служитъ или перестала служить цѣлямъ залога. Также по герм. гр. ул. § 1223 при закладѣ движимостей. Залогоприниматель имѣетъ право удержанія: 1) въ случаѣ, если закладчикъ заложилъ вещь, ему не принадлежащую, до погашенія обезпеченнаго требованія l. 9 § 4 D. h. t. 13, 7; ср. Brinz т. 2 стр. 618 прим. 22, и 2) согласно рескрипту Гордіана при наличности долговыхъ росписокъ, ср. выше § 279.

⁷⁾ l. 6 § 1, l. 22 § 2 D. h. t. 13, 7, l. 1 C. h. t. 4, 24. Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 143. У кредитора по залому остается то, что ему причиталось хотя и по поводу залога, но не въ качествѣ кредитора по залому. О находкѣ клада ср. l. 63 § 4 D. de a. r. d. 41, 1. Tryphoninus libro 7 disputationum: Quod si creditor invenerit, in alieno videbitur invenisse: partem itaque sibi, partem debitori praestabit: nec recepta pecunia restituet, quod jure inventoris, non creditoris, ex thensauro apud eum remansit.

⁸⁾ l. 13 § 1, l. 14 D. h. t. 13, 7, «*quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur*. Ср. однако также l. 18 pr. D. commodati 13, 6. Объ этомъ см. Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 151. Относительно l. 43 D. h. t. смотри тамъ же стр. 152. Ср. еще герм. гр. ул. §§ 1217, 1218.

⁹⁾ Случайная гибель заложеной вещи составляетъ убытокъ залогодателя. Кредиторъ по залому управомоченъ взыскивать долгъ по обезпеченному требованію, не смотря на утрату заложеной вещи, l. 5, l. 9 C. h. t. 4, 24. Но, разумѣется, кредиторъ по залому отвѣчаетъ за случайную гибель или порчу заложеной вещи, если это было оговорено, или если онъ виновенъ въ совершеніи *furtum'a*, ср. выше § 278.

¹⁰⁾ Ср. Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 161. Относительно l. 62 § 5 (alias l. 61) D. de furtis 47, 2, смотри тамъ же стр. 162.

торое онъ обѣщаль заложить, другимъ изъ менѣ цѣннаго металла ¹¹⁾. Въ подобныхъ случаяхъ кредиторъ можетъ по своему выбору требовать посредствомъ *actio pignoratitia contraria* либо погашенія требованія, либо представленія лучшаго залога ¹²⁾. Онъ можетъ требовать возмѣщенія также другихъ убытковъ, причиненныхъ ему по винѣ залогодателя. Напр., если послѣдній заложилъ у него большую лошадь, которая заразила весь скотъ кредитора ¹³⁾.

Кредиторъ далѣе можетъ требовать отъ залогодателя возмѣщенія произведенныхъ имъ необходимыхъ издержекъ, или сдѣланныхъ съ согласія залогодателя ¹⁴⁾. Залогодатель, наконецъ, обязанъ оставить кредитору, которому онъ вручилъ движимый залогъ (*pignus*), владѣніе вещью впредь до погашенія долга ¹⁵⁾.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Отношеніе между кредиторами по залогу ¹⁾.

I. Порядокъ старшинства.

§ 286. Нормальная очередь залоговыхъ правъ.

Одна и та же вещь можетъ быть заложена нѣсколько разъ.

Въ такомъ случаѣ между нѣсколькими залоговыми правами на одну и ту же вещь существуетъ извѣстная послѣдовательность. Послѣдовательность эта покоится частью на общихъ началахъ права—нормальный порядокъ,—частью на сингулярныхъ нормахъ, исходящихъ изъ начала цѣлесообразности—привилегированныя залоговыя права.

Мыслимо, что одна и та же вещь заложена нѣсколькимъ лицамъ *разными праводателями*, между которыми нѣтъ юридической связи, напр. собственникомъ и публиціанскимъ владѣльцемъ. Въ такомъ случаѣ преимущество, независимо отъ старшинства, имѣетъ тотъ залогоприниматель, чей *праводатель имѣетъ лучшее право*.

¹¹⁾ l. 1 § 2, l. 9 D. h. t. 13, 7.

¹²⁾ l. 31 D. h. t. 13, 7, Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 168.

¹³⁾ l. 16 § 1 D. h. t. 13, 7.

¹⁴⁾ l. 8 пр., l. 25 D. h. t. 13, 7. Petrazyski, Einkommen I стр. 308. По герм. гр. ул. § 1216 закладчикъ движимой вещи отвѣчаетъ за издержки кредитора по залогу согласно нормамъ, регулирующимъ веденіе дѣлъ безъ порученія.

¹⁵⁾ l. 22 § 3 D. h. t. 13, 7.

¹⁾ Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 405.

При отсутствіи такого преимущества между праводателями, вопросъ рѣшается владѣніемъ заложеною вещью ²⁾).

Обыкновенно нѣсколько залоговыхъ правъ на одну и ту же вещь происходятъ отъ *одного и того же праводателя* или его правопреемниковъ. Въ нижеслѣдующемъ рѣчь идетъ только объ этомъ случаѣ.

Нѣсколько залоговыхъ правъ могутъ возникнуть одновременно на всю вещь. Съ этимъ случаемъ тождествененъ тотъ, когда залоговыя права, хотя и возникли въ разное время, но когда нельзя опредѣлить, которое старше ³⁾. Преимущество въ такомъ случаѣ за владѣльцемъ ⁴⁾. Если никто изъ кредиторовъ по залогу не владѣетъ, то между правами производится *раздѣлъ*. Величина каждой доли опредѣляется по общему правилу величиною требованій въ моментъ возникновенія залоговыхъ правъ. Въ другихъ случаяхъ вопросъ рѣшается старшинствомъ *залоговыхъ правъ*—*prior tempore, potior jure* ⁵⁾).

Со времени императора Льва залоговое право, занесенное въ актъ, совершенный publice или quasi publice имѣетъ преимущество передъ тѣми, которыя основываются лишь на домашнихъ документахъ ⁶⁾.

Согласно герм. гр. ул. старшинство ипотечныхъ правъ опредѣляется временемъ внесенія ихъ въ вотчинную книгу; старшинство залоговыхъ правъ на движимость опредѣляется временемъ установленія залогового права, т. е. обыкновенно моментомъ передачи вещи ⁷⁾. Это соотвѣтствуетъ опредѣленіямъ большинства дѣйствовавшихъ до сихъ поръ мѣстныхъ законодательствъ.

²⁾ l. 14 D. qui pot. 20, 4. Löhr въ Archiv für civ. Praxis т. 6 стр. 154, т. 14 стр. 161 и сл.

³⁾ Это случается въ особенности тогда, когда залоговыя права возникли въ одинъ и тотъ же день и нѣтъ возможности установить ихъ старшинство въ предѣлахъ этого дня. Такъ слѣдуетъ понимать l. 16 § 8 D. de pign. 20, 1. Если же возможно установить различные часы возникновенія конкурирующихъ залоговыхъ правъ, то вопросъ о старшинствѣ рѣшается часомъ ихъ возникновенія. Ср. Dernburg. Pfandr. т. 2 стр. 410.

⁴⁾ l. 10, l. 16 § 8 D. de pignoribus 20, 1.

⁵⁾ l. 3 C. qui pot. in pignore 8, 17. Antoninus: Si fundum pignori accepisti antequam reipublicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior jure, l. 2 C. eod. Regelsberger, zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte 1859. Объ отдѣльныхъ видахъ старшинства было говорено выше §§ 88 прим. 8, § 267 прим. 8, § 262 пунктъ 2а, § 271 пунктъ 3, § 274 прим. 8.

⁶⁾ l. 11 C. qui pot. 8, 17, ср. выше § 264.

⁷⁾ Герм. гр. ул. §§ 879, 1209.

§ 287. Привилегированныя залоговыя права.

Многочисленныя залоговыя права въ Римѣ въ силу дѣйствительной или предполагавшейся пользы имѣли *привилегіи*, въ силу которыхъ они, *не смотря на позднее возникновеніе, получали преимущество передъ болѣе старыми правами*. Хотя эти привилегіи и были рецепированы общимъ правомъ, но уже по общему праву онѣ имѣли гораздо меньше значеніе.

1. Первое мѣсто занимаетъ *генеральная ипотека казны* на имущество плательщика, въ обезпеченіе *налоговъ* ¹⁾.

Имперское право не знаетъ генеральной ипотеки казны. Но фискъ и теперь находится въ привилегированномъ положеніи. Ибо, въ случаѣ принудительной продажи земельного участка, требованія его объ уплатѣ публичныхъ налоговъ имѣютъ право на предпочтительное удовлетвореніе передъ всѣми записанными ипотечными правами ²⁾. То же соблюдается при принудительномъ управленіи ³⁾.

Въ конкурсѣ надъ имуществомъ должника требованія государства и общинъ объ уплатѣ общественныхъ повинностей относятся къ числу привилегированныхъ ⁴⁾.

2) Привилегированное залоговое право, далѣе, возникаетъ въ случаѣ *versio in rem*, если при помощи болѣе поздней залоговой сдѣлки болѣе раннее залоговое право, либо поддерживается ⁵⁾, либо дѣлается дѣйствительнымъ ⁶⁾, либо увеличивается въ своей цѣнности ⁷⁾. Эта привилегія предполагала:

а) заключеніе займа для такой именно издержки на вещь. Недостаточно, чтобы получавшіяся, при помощи болѣе поздней залоговой сдѣлки, средства по усмотрѣнію должника были употреблены

¹⁾ l. 1 C. si propter publicas pensationes 4, 46. Относительно l. 28 D. de jure fisci 49, 14. ср. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 437.

²⁾ Законъ über die Zwangsversteigerung, о принудительной публичной продажѣ, 24 марта 1897, § 10 пунктъ 3.

³⁾ Тамъ же § 156.

⁴⁾ Konkursordnung § 61 пунктъ 2 и 3. Ср. впрочемъ тамъ же § 49 пунктъ 1.

⁵⁾ l. 5 D. qui pot. in pignore 20, 4. Ulpianus libro 3 disputationum: Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel ad reficiendam ego credidero: l. 6 pr. D. eod. idem libro 73 ad edictum: hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam.

⁶⁾ l. 7 C. qui pot. 8, 17 приведено выше § 267 прим. 8, l. 3 § 1 l. 7 § 1 D. h. t. 20, 4.

⁷⁾ nov. 97 cap. 3.

для поддержанія, приобрѣтенія или улучшенія заложенной ранѣ вещи.

b) Недостаточно наличности одного *намыренія* такихъ издержекъ при заключеніи болѣе поздней залоговой сдѣлки. Необходимо, чтобы издержки *имѣли дѣйствительно мѣсто*.

c) Залоговое право, которое должно получить привилегію, должно возникнуть одновременно съ предоставленіемъ кредита. Недостаточно, чтобы залоговое право возникло послѣ того, какъ должникъ уже получилъ средства для улучшенія вещи, или послѣ того, какъ они ему были безповоротно обѣщаны. Ибо въ подобныхъ случаяхъ установленіе новаго залогового права не представляло бы выгоды для болѣе раннихъ ипотечныхъ правъ. Не составляетъ однако разницы, возникло ли залоговое право вслѣдствіе договора или непосредственно изъ закона.

Привилегія залогового права для *versio in rem* болѣе не составляетъ дѣйствующаго права. Но она въ отдѣльныхъ частныхъ случаяхъ еще имѣетъ значеніе.

Главнымъ случаемъ примѣненія была въ Римѣ ссуда подъ залогъ для исправленія и снаряженія уже заложеннаго корабля. Преимущество такихъ ссудъ подъ залогъ сохранилось въ морскомъ правѣ ⁸⁾.

3. Юстиніанъ предоставилъ привилегію *дотальной ипотеки*. Въ силу этой привилегіи она имѣла преимущество передъ ипотеками старшихъ кредиторовъ мужа. Какъ указываетъ самъ Юстиніанъ мотивами для учрежденія этой привилегіи служили соображенія гуманности и состраданія по отношенію къ тяжелому положенію женщинъ въ гражданскомъ быту. Женщины вынуждены довѣрить мужу свое имущество цѣликомъ или частью. Если, въ случаѣ развода или конкурса надъ имуществомъ мужа, онѣ свое не получаютъ обратно, онѣ попадаютъ въ жалкое положеніе ⁹⁾.

⁸⁾ Н. Г. В. § 754 п. 6, ср. также Н. Г. В. § 443.

⁹⁾ l. 12 C. qui potiores 8, 17 Justinianus pr.: Adsiduis additionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant § 2 . . . nec ad fragilitatem muliebrem respicientes nec quod et corpore et substantia et omnia vita sua maritos fungitur, cum paene mulieribus tota substantia in dote constituta est § 4 . . . cuique etiam tacitam donavimus inesse hupothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati § 5 . . . quis enim eas non miseretur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum et ipsam liberorum creationem?

Впрочемъ эта привилегія давалась только женѣ и ея нисходящимъ, а не другимъ наслѣдникамъ ¹⁰⁾ ¹¹⁾).

Весьма спорно, слѣдуетъ ли привилегію дотальной ипотеки ограничивать случаемъ конкуренціи жены съ ипотечными кредиторами, которые въ то же время являются личными кредиторами мужа, или же она имѣетъ преимущество даже передъ такими ипотечными вѣрителями, которые производятъ свои залоговыя права отъ частныхъ правопродѣшественниковъ мужа (напр. отъ продавшихъ ему заложенную вещь ред.). Правильно первое мнѣніе ¹²⁾).

Исторія осудила эту привилегію. То обстоятельство, что болѣе старыя ипотеки могли быть отодвинуты на задній планъ и обезцѣнены болѣе поздною дотальною ипотекою, въ случаѣ, если должникъ впоследствии женился и получалъ приданое, должно было подрывать кредитъ.

Вслѣдствіе новѣйшаго развитія залогового права привилегія дотальной ипотеки постепенно потеряла практическое значеніе. Жена не имѣетъ преимущественнаго права въ конкурсной массѣ въ обезпеченіе внесеннаго ею приданого даже передъ обыкновенными конкурсными должниками своего мужа.

II. Правоотношенія въ случаѣ установленія нѣсколькихъ залоговыхъ правъ.

§ 288. Права послѣдующихъ кредиторовъ по залогу.

Только кредиторъ по залогу, имѣющій первенство, можетъ исполнѣ использовать свое залоговое право. Послѣдующіе кредиторы

¹⁰⁾ nov. 97 cap. 3 и 4.

¹¹⁾ О преимуществахъ дотальной ипотеки передъ привилегіей по поводу *versio in rem* ср. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 453 сл., также Arndts § 385 прим. 3 и цитируемыхъ тамъ авторовъ. Смотри также R. G. т. 3 стр. 175.

¹²⁾ Въ прежнее время судебная практика предоставляла кредиторамъ по залогу, производившимъ свое право отъ *прежняго собственника*, право *отдѣленія* по отношенію къ кредиторамъ послѣдующаго собственника—т. н. залоговые сепаратисты. Но какому-то недоразумѣнію противъ этого высказался Thibaut, *civilistische Abhandlungen* н. 13. Его теорія получила распространеніе. Но Wächter въ *Archiv für civ. Praxis* т. 14 стр. 340 выступилъ въ защиту сепарации: ср. также Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 461 и цитируемую тамъ въ прим. 1 литературу.—Предметъ спора составляло далѣе и то, имѣетъ ли залоговое право, *удержанное въ свою пользу* прежнимъ собственникомъ преимущество передъ установленнымъ послѣдующимъ приобретателемъ вещи. И это было бы цѣлесообразно; но въ то же время должно было способствовать затемнѣнію правильнаго пониманія резервированнаго залогового права. Ср. Dernburg т. 1 стр. 278, но также Arndts § 385 прим. 4. Имперскій судъ исполнѣ правильно примкнулъ къ воззрѣнію, «что судебной практикой въ Германіи прочно установлено преимущество резервированной ипотеки». R. G. т. 3 стр. 178.

по залому имѣють, хотя и не одно только условное право, какъ въ древнѣйшія времена Рима, но все-же лишь ограниченныя полномочія¹⁾. Въ особенности правомъ продажи пользуется только первый кредиторъ, а не послѣдующіе²⁾. По имперскому праву первый кредиторъ по залому движимой вещи, не владѣющій ею и самъ не домогающійся продажи, не можетъ мѣшать продажѣ ея нижестоящимъ кредиторомъ по залому³⁾. Послѣдующій ипотечный кредиторъ можетъ требовать принудительную продажу и принудительное управленіе недвижимостью, но лишь безъ ущерба для правъ перваго кредитора по залому⁴⁾.

а) Самое важное право нижестоящаго кредитора по залому состоитъ въ правѣ на *huregosa*, т. е. на излишекъ выручки, остающейся послѣ удовлетворенія первыхъ кредиторовъ по залому⁵⁾.

б) Второе главное право нижестоящаго кредитора заключается въ *jus offerendi et succedendi*, т. е. въ правѣ удовлетворять старшаго кредитора по залому и занять его мѣсто въ предѣлахъ суммы, на которую простирается уступка старшинства⁶⁾.

в) Нижестоящіе кредиторы по залому имѣють тѣ же залоговыя иски, что и старшіе кредиторы. Но они не могутъ отнять владѣніе у предшествующихъ имъ кредиторовъ по залому⁷⁾.

§ 289. Ипотечное преемство¹⁾.

Институтъ ипотечнаго преемства имѣетъ общее значеніе для регулированія взаимныхъ отношеній нѣсколькихъ кредиторовъ по залому.

Ипотечное преемство есть вступленіе послѣдующаго кредитора

¹⁾ Въ древнѣйшемъ правѣ нижестоящіе кредиторы по залому имѣли лишь условное право, l. 9 § 3 D. qui pot. 20, 4; ср. выше § 267 прим. 9.

²⁾ l. 8 C. qui pot. 8, 17. Diocletianus et Maximianus . . . nec alias secundum distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi superiori creditori debita fuerit soluta quantitas.—l. 1 D. de distr. pign. 20, 5 . . . ante secundum creditorem dimissum nullo jure cetera bona titulo pignoris vendidit. Все же существуютъ разногласія, ср. Windscheid т. 1 § 241 прим. 5.

³⁾ Герм. гр. ул. § 1232.

⁴⁾ Имперскій законъ über die Zwangsversteigerung, о принудительной публичной продажѣ, 24 марта 1897.

⁵⁾ l. 12 § 5 in fine D. qui pot. 20, 4, ср. l. 96 § 3 D. de solut. 46, 3.

⁶⁾ Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4 прямо говоритъ . . . et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi, ut solvat priori et loco ejus succedat. О *jus offerendi et succedendi* ср. ниже § 290. Согласно § 1248 герм. гр. ул. при закладѣ движимости это право, коль скоро должникъ вправѣ погашать свой долгъ, предоставлено всякому, кто вслѣдствіе продажи заложенной вещи утратилъ бы на нее право. О залогѣ недвижимостей ср. § 1150

⁷⁾ l. 12 pr. D. qui pot. 20, 4.

¹⁾ Dernburg, Pfandgr. т. 2 §§ 161 и сл. стр. 490 и приведенная тамъ литература. Въ послѣднее время много писалось объ ипотечномъ преемствѣ. Ср. въ особенности

по залoгу на мѣсто удовлетвореннаго имъ впереди стоящаго въ размѣрѣ погашенной суммы долга. Исслѣдователи весьма расходятся въ пониманіи этого института и правильное воззрѣніе далеко не пользуется общимъ признаніемъ.

Отдѣльные случаи заключаются въ слѣдующемъ:

1. Сдѣлка простаго взаимнаго расчета залоговыхъ кредиторовъ (*Abfindungsgeschäft*), при которой капиталистъ ссужаетъ деньги для погашенія впередистоящей ипотеки и для установленія взаимѣнъ ея залогового права въ свою пользу²⁾. Напр., А. имѣетъ первую ипотеку въ 500, В. вторую въ 500, залoженная вещь стоитъ 600; для удовлетворенія А., который угрожаетъ продажей, залoгодатель одoлжаетъ у С. 500 и закладываетъ ему означенную вещь³⁾. Если въ силу этого требованіе А. удовлетворяется, то С. становится на его мѣсто, В. остается на второмъ мѣстѣ.

Въ этомъ простѣйшемъ случаѣ существо ипотечнаго преемства обнаруживается наиболѣе ясно. Оно не есть переходъ удовлетвореннаго личнаго требованія вмѣстѣ съ его залоговымъ правомъ въ порядкѣ законной цессіи къ С., какъ полагали прежніе писатели. Требованіе А. удовлетворено и прекращено, С. получаетъ

Adamkiewicz въ *Archiv f. civ. Pr.* т. 56 н. 1, Voss, zur Lehre vom jus offerendi въ *Iherings Jahrb.* т. 15 н. 8, Tellegen, *successio hypothecaria*, Groningen 1880, Regely, *jus offerendi*. Berl. In.-Diss. 1893. Объ ипотечномъ преемствѣ въ случаѣ частичнаго погашенія предшествующаго долга ср. Schlayer въ *Arch. f. civ. Pr.* т. 64 н. 10.

²⁾ l. 3 D. *quae res pignori* 20, 3. Paulus libro 3 *quaestionum*. Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata; neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur. denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat, quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest. Только въ первой части фрагмента говорится о простой уступкѣ права. Во второй части, начиная со слова «denique», какъ справедливо указали Adamkiewicz въ *civ. Archiv.* т. 56 стр. 43 и Schott въ *Iherings Jahrbücher* т. 15 стр. 58, разсматривается случай *jus offerendi* второго залогового кредитора. Съ тенденціей, обнаруживаемой въ развитіи права на продажу залoга, гармонируетъ то обстоятельство, что послѣднему, въ случаѣ вступленія его на мѣсто перваго кредитора, предоставляется право продажи даже въ томъ случаѣ, если онъ его себѣ не выговорилъ особо. Поэтому нельзя ссылаться на это обстоятельство въ опроверженіе того положенія, что ипотечное преемство само по себѣ имѣетъ свою дѣлю лишь вступленіе на мѣсто уступившаго свое старшинство кредитора. Иного воззрѣнія Windscheid т. 1 § 233b прим. 16. Отъ своего прежняго толкованія l. 3 *cit.* я отказываюсь.

³⁾ Беретъ ли собственникъ залoженной вещи отъ С. ссуду, или поручаетъ ему рассчитаться съ А. и, въ силу этого порученія, обязуется возмѣстить капиталисту С. его издержки, это не составляетъ разницы. Иной случай приводится въ l. 12 § 9 D. *qui pot.* 20, 4.

новое требованіе на основаніи кредитной сдѣлки ⁴⁾). Оно не есть также переходъ залогового права А. къ С., какъ полагають многіе современные изслѣдователи. Это доказываютъ внутренніе и внѣшніе признаки. Ибо какъ можетъ залоговое право, созданное для обезпеченія требованія А., пережить прекращеніе послѣдняго и соединиться съ требованіемъ С.? Это было бы уклоненіемъ отъ законмѣрнаго порядка, которое только въ томъ случаѣ могло бы быть допущено для римскаго права, если бы всякій иной выходъ былъ бы исключенъ. Въ дѣйствительности же, и это служитъ вторымъ и рѣшающимъ доводомъ противъ оспариваемаго мнѣнія, источники для наступленія ипотечнаго преемства С. требуютъ, чтобы собственникъ заложенной вещи предоставилъ ему *новое залоговое право* ⁵⁾.

Итакъ къ С. переходитъ не старое, уничтоженное залоговое право А. Преемство состоитъ лишь во *вступленіи* вновь установленнаго залогового права *на мѣсто* А., чѣмъ только сдѣлка взаимнаго расчета дѣлается возможною. В. при этомъ ничего не теряетъ. Онъ только лишается возможности занять первое мѣсто, что доставило бы ему ничѣмъ неоправдываемую матеріальную выгоду.

2. Дѣло существеннымъ образомъ не мѣняется, если требованіе А. новирруется, т. е. замѣняется новымъ требованіемъ, будь то самого А., или кого-либо другого, — напр. С. Въ силу новаціи новированное требованіе прекращается и вмѣстѣ съ нимъ прекращается обезпечивающее его залоговое право. Если же для новирующаго требованія собственникомъ устанавливается залоговое право на прежде заложенную вещь, то оно чрезъ новацію получаетъ *мѣсто удовлетвореннаго залогового права*. Положеніе промежуточныхъ кредиторовъ матеріально не измѣняется ⁶⁾, если имъ предшествуетъ С. вмѣсто А.

⁴⁾ Это прежнее воззрѣніе проводилъ Mühlenbruch, Cession стр. 482, ср. Windscheid т. 1 § 233b прим. 16.

⁵⁾ Ср. приведенное выше прим. 2 l. 3 D. quae res pignori 20, 3; также l. 1 C. de his qui in priorem locum 8, 18, далѣе l. 3, l. 12 §§ 5 и 8 D. qui pot. 20, 4 и въ особенности l. 2 D. de pign. actione 13, 7. Windscheid т. 1 § 233b прим. 16 утверждаетъ, что залоговое право, установленное въ обезпеченіе *прекратившагося требованія* переходитъ къ *новому* требованію. Онъ находитъ, что то обстоятельство, «что для преемства требуется согласіе собственника, не доказываетъ еще, что здѣсь имѣетъ мѣсто установленіе новаго залогового права». Но источники говорятъ не о согласіи собственника на преемство, а объ установленіи собственникомъ новаго залогового права. Brinz т. 2 стр. 865 также утверждаетъ, что С. получаетъ «прежнюю ипотеку» въ обезпеченіе вновь возникшаго требованія.

⁶⁾ l. 3 pr., l. 12 § 5 D. qui pot. in pignore 20, 4. По мнѣнію Brinz'a т. 2 стр. 865 здѣсь имѣетъ мѣсто преемство въ *собственной* ипотека, но лишь въ силу особой

3. Болѣ сложнымъ представляется случай *jus offerendi et succedendi* послѣдующихъ залоговыхъ вѣрителей. Но въ основѣ отношеніе такое же. Ибо *jus offerendi* считается главнымъ правомъ нижестоящаго кредитора. Залоговое право даетъ ему право удовлетворить перваго залогопринимателя (*Abfindungsrecht*). Посредствомъ договора о залогѣ, а въ подлежащихъ случаяхъ по закону, вещь съ самаго начала заложена послѣдующему кредитору по залогу двоякимъ образомъ; именно:

- a) непосредственно въ обезпеченіе оказаннаго имъ кредита,
- b) на случай удовлетворенія имъ предшествующаго кредитора по залогу, въ обезпеченіе уплаченной послѣднему суммы ⁷⁾ ⁸⁾.

Нижестоящій ипотечный кредиторъ вступаетъ на мѣсто удовлетвореннаго имъ старшаго кредитора въ размѣрѣ уплаченной ему суммы, точно такимъ же образомъ какъ и въ случаѣ простой сдѣлки объ уступкѣ старшинства. Положеніе промежуточныхъ кредиторовъ матеріально не мѣняется ⁹⁾.

4. Къ случаямъ ипотечнаго преемства примыкаетъ *удовлетвореніе впереди стоящаго кредитора по залогу покупщикомъ заложенной вещи*. Нѣкто С. приобретаетъ многократно заложенную вещь въ собственность съ тѣмъ условіемъ, чтобы первый кредиторъ по залогу былъ удовлетворенъ изъ покупной цѣны. Сдѣлка состоялась. Строго разсуждая, послѣдующій кредиторъ по залогу В. долженъ

оговорки объ *удержаніи* этого права. Ulpianus libro 28 ad edictum l. 11 § 1 D. de pign. act. 13. 7: novata autem debiti *obligatio* pignus perimit, nisi convenit, ut pignus *repetatur*.

⁷⁾ l. 12 § 6 D. qui pot. 20. 4. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum, quam in primi creditoris et in usuras suas et quas primo creditori solvit, sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur: non enim negotium alterius gessit, sed magis suum: et ita Papinianus libro 3 responsorum scripsit et verum est.—Въ прежнихъ изданіяхъ своихъ пандектъ Windscheid полагалъ, что выкупающій старшинство нижестоящій кредиторъ по залогу имѣетъ по поводу суммы расчета лишь залоговое право, а отнюдь не личное требованіе. Теперь онъ предоставляетъ приобретающему старшинство кредитору «*actio negotiorum gestorum*», т. 1 § 233b прим. 16. Того же мнѣнія придерживается Regely, ук. соч. стр. 56. Въ дѣйствительности ему принадлежитъ *actio pignoratitia*, ибо онъ платитъ въ силу полномочій, вытекающихъ изъ договора о залогѣ.

⁸⁾ Если предшествующій кредиторъ по залогу не принимаетъ предложенной ему суммы, то нижестоящій кредиторъ можетъ ее депонировать, что въ такомъ случаѣ равносильно платежу, l. 1 C. qui pot. 8, 17.

⁹⁾ Впрочемъ, *jus offerendi et succedendi* въ позднѣйшее классическое время признавалось также за старшимъ кредиторомъ по залогу по отношеніи къ нижестоящему. Это явствуетъ въ особенности изъ Paulus sent. II 13 § 8—мѣсто, которое должно имѣть значеніе при толкованіи юстиніановскаго права. Вопросъ этотъ весьма спорный, ср. цитируемыхъ у Windscheid § 233b прим. 14 авторовъ, Schwemann въ Archiv für civ. Praxis т. 71 № 3, Regely, ук. соч. 14.

былъ бы тогда занять первое мѣсто. Въ силу этого онъ могъ бы оспаривать вещь у С. и продать ее въ силу залогового права; ибо залоговое право идетъ впереди права собственности. Но въ такомъ случаѣ В., вслѣдствіе затратъ С., получилъ бы такое преимущество, на которое онъ матеріально не имѣетъ права. Поэтому С. было предоставлено право также точно устранять В., какъ это до того могъ дѣлать удовлетворенный имъ А. За то и В. сохраняетъ за собою право предложить С. уплаченную послѣднимъ сумму, какъ будто С. былъ кредиторомъ по залогу на мѣстѣ А. Ибо право В. послѣ удовлетворенія перваго кредитора стать на его мѣсто, не можетъ быть уничтожено покупкой С. ¹⁰⁾.

Всѣ изложенные случаи преемства по существу схожи. Обще имъ то положеніе, что вещное право, пріобрѣтенное позднѣе, посредствомъ удовлетворенія предшествующаго, вступаетъ на его мѣсто ^{11) 12)}.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Прекращеніе залогового права.

§ 290. Свойственные залоговому праву основанія прекращенія.

Залоговому праву специфически свойственны два способа прекращенія: прекращеніе обеспеченнаго требованія и продажа залога.

1. *Прекращеніе обеспеченнаго требованія влечетъ за собою погашеніе залогового права*, такъ какъ залоговое право существуетъ ради

¹⁰⁾ l. 17 D. qui pot. 20, 4. Paulus libro 6 responsorum: Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit, c. l. 3 § 1 D. de distr. pign. 20, 3, l. 3 D. quae res pignori 20, 3, напечатана выше прим. 2, l. 3 C. de his qui in prior. cred. 8, 18. Brinz т. 2 стр. 864 полагаетъ, что, въ случаѣ, когда покупатель до своей покупки былъ первымъ кредиторомъ по залогу, «покупщикъ, хотя и становится собственникомъ, но сохраняетъ свое прежнее залоговое право и пріобрѣтаетъ новое». Это представляло бы собою по истинѣ нагроможденіе правъ, между тѣмъ какъ римляне знаютъ только «защиту» собственности. Ср. впрочемъ еще Hofmann въ Iherings Jahrb. т. 10 стр. 377.

¹¹⁾ Не представляетъ настоящаго преемства тотъ случай, когда послѣдующій кредиторъ—С получаетъ первенство относительно старшаго кредитора по залогу въ силу судебного рѣшенія, l. 16 qui pot. 20, 4. Подобное рѣшеніе вліяетъ лишь на взаимныя отношенія А и С, такъ какъ res judicata jus facit лишь inter partes. Положеніе В поэтому не затрагивается. Если А отказывается отъ своего залогового права, то В вступаетъ на первое мѣсто, не смотря на побѣду С надъ А. Ср. Dernburg, Pfand. т. 2 стр. 462, Voss въ Iherings Jahrb. т. 16 п. 4. Согласно общему праву тоже происходитъ и въ томъ случаѣ, когда А уступаетъ приоритетъ С. Подобная *уступка приоритета* (Prioritätscession) вліяетъ лишь на взаимное положеніе договаривающихся сторонъ и на нее нельзя сослаться противъ правъ промежуточныхъ кредиторовъ.

¹²⁾ Герм. гр. ул. § 880 по существу преслѣдуетъ цѣли ипотечнаго преемства.

требованія. Если послѣднее удовлетворено, то залоговое право теряет свое основаніе и прекращается.

Въ формулѣ *actio hypothecaria* проводилась та же мысль. Конечно не въ абстрактной и общей формѣ. Для побѣды кредитора она требовала «*eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse*»¹⁾. Согласно этому основаніемъ для прекращенія залогового права являлось, какъ удовлетвореніе кредитора, такъ и выдача вещи взаменъ платы, новачія и прощеніе долга. Однако другія основанія приравнивались къ прекращенію требованія, напр., конфузія, когда роль кредитора и должника соединяются въ одномъ лицѣ²⁾. Акцессорный характеръ залогового права усматривался именно въ томъ, что оно прекращается вмѣстѣ съ погашеніемъ требованія³⁾.

Однако залоговое право остается, конечно, незатронутымъ, когда уничтожается только право на искъ, а само обязательство, какъ *не имѣющее иска*—*naturalis obligatio*—остается⁴⁾. По такому безысковому требованію можетъ еще быть произведенъ платежъ и потому ради него и сохраняется залоговое право.

Павель сообщаетъ о случаѣ, гдѣ «*remanet propter pignus naturalis obligatio*»⁵⁾. Здѣсь—такъ разсуждаютъ нѣкоторые—не тре-

¹⁾ Cp. Dernburg, Pfandr. т. 2 §§ 167 и сл.

²⁾ l. 6 D. q. m. p. vel. h. s. 20, 6. Ulpianus libro 73 ad edictum: Item liberatur pignus sive solutum est debitum sive eo nomine satisfactum est, sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus vel si qua ratione obligatio ejus finita est.

³⁾ l. 43 D. de solut. 46, 3, см. выше § 261 прим. 7.

⁴⁾ l. 14 § 1 D. de pign. 20, 1. Ulpianus libro 73 ad edictum: Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. Хотя Ульпіанъ и не выдумалъ этой конструкціи, онъ ее строго формулировалъ и способствовалъ ея примѣненію.

⁵⁾ l. 61 (59) pr. D. ad. s. c. Trebellianum 36, 1. Paulus libro 4 quaestionum: Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris: cum nollet adire ut suspectam, coactus jussu praetoris adit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure domini id possidere. respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei. et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor, sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam—igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. Cp. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 577—591. Заключительныя слова Павла, надо думать, имѣютъ только такой смыслъ: «изъ существованія *pignus* мы заключаемъ о существованіи *naturalis obligatio*»; ср. l. 8 D. de cond. indeb. 12, 6. Того же мнѣнія Eisele въ *Iherings Jahrb.* т. 31 стр. 406. Ясно, что рѣшеніе относится лишь къ случаю принудительнаго по суду вступленія въ наследство, который имѣлся въ виду въ *S. C. Pegasianum*.

бование служить основаніемъ для залогового права, но залоговое право служить основаніемъ для требованія⁶⁾. Итакъ, по ихъ мнѣнію, дѣйствительно залоговое право существуетъ безъ требованія. По существу этимъ отвергается акцессорная природа залогового права. Основываясь на этомъ, многіе совершенно отрицаютъ акцессорный характеръ римскаго залогового права⁷⁾. Все разсужденіе неправильно. Ибо юридическую конструкцію институтовъ права слѣдуетъ выводить не изъ исключительныхъ, аномальныхъ, случаевъ, а изъ ихъ обычныхъ и нормальныхъ формъ.

Въ отношеніи залогового права на движимое имущество имперское право совпадаетъ съ римскимъ правомъ. § 1252 германскаго гражданскаго уложенія гласитъ: залоговое право погашается вмѣстѣ съ требованіемъ, ради котораго оно существуетъ. Напротивъ, совершенно иначе конструировано ипотечное право на недвижимости: съ погашеніемъ требованія ипотеку приобрѣтаетъ собственникъ⁸⁾.

Римское право не даетъ точки опоры для такихъ положеній.

2. Состоявшаяся *продажа залога* прекращаетъ залоговое право продавца и тѣхъ кредиторовъ, которые слѣдуютъ за нимъ⁹⁾.

Въ случаѣ принудительной продажи недвижимости съ торговъ ипотечныя права, предшествующія праву кредитора, домогавшагося торговъ, остаются незатронутыми въ отношеніи записаннаго въ вотчинную книгу капитала^{10) 11)}.

§ 291. Прочія основанія прекращенія залогового права.

Многочисленныя основанія прекращенія залогового права имѣютъ общій характеръ, такъ какъ они оказываютъ однородное дѣйствіе на всякаго рода имущественныя права, или по крайней мѣрѣ на всѣ вещныя права на чужія вещи.

⁶⁾ Windscheid т. 1 § 225 прим. 13 и сл., § 249 прим. 4.

⁷⁾ Ср. также Schott въ Iherings Jahrb. т. 15 стр. 32 сл.

⁸⁾ Герм. гр. ул. § 1163.

⁹⁾ Ср. выше § 282 прим. 12.

¹⁰⁾ Имперскій законъ о принудительной продажѣ (Zwangsvorsteigerung) отъ 24 марта 1897.

¹¹⁾ Если надъ имуществомъ закладчика движимаго имущества учреждается конкурсъ, то конкурсное управленіе можетъ потребовать выдачи заложенной вещи и назначить ее къ продажѣ, съ тѣмъ вмѣстѣ залоговое право на движимую вещь прекращается, но за кредиторомъ по залогу остается преимущественное право на удовлетвореніе изъ выручки, ср. герм. конк. уст. § 127.

1. *Отказ* (Verzicht) кредитора по залогу прекращаетъ его залоговое право. Отказъ долженъ быть *принятъ* собственникомъ заложеной вещи ¹⁾.

Достаточно молчаливаго отказа. Молчаливый отказъ усматривается въ случаѣ ничѣмъ неоговариваемой передачи заложеной движимости залогодателю ²⁾; ибо кредиторъ, желающій сохранить свое залоговое право, нелегко разстается съ владѣніемъ, въ которомъ заключается гарантія его права. Точно также и согласіе *кредитора на отчужденіе залогодателемъ заложеной вещи*, въ случаѣ, если отчужденіе дѣйствительно произошло, обыкновенно разсматривалось у римлянъ какъ *отказъ* отъ залогового права. Ибо залогодатель собственно не нуждается въ согласіи кредитора для отчужденія заложеной вещи; если такое согласіе всетаки испрошено, то оно должно имѣть особый смыслъ, и этотъ смыслъ можетъ заключаться только въ отказѣ отъ залогового права ³⁾.

Отказъ предполагался также въ томъ случаѣ, если при продажѣ земельного участка кредиторы, будучи публично приглашены заявить о своихъ ипотечныхъ правахъ, не дѣлали этого, не смотря на то, что они находились въ районѣ учрежденія совершавшаго продажу ⁴⁾. Законъ этотъ имѣлъ огромное значеніе для римскаго гражданскаго оборота, потому что въ немъ заключалось единственное средство получить хоть до нѣкоторой степени вѣрныя свѣдѣнія о задолженности имѣнія, которое хотѣлось бы приобрести. Общее право развило этотъ

¹⁾ l. 2 C. de remissione pignoris 8, 25. Antoninus . . . obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur. Достаточно ли изъявленія согласія залогодателемъ, если онъ уже больше не собственникъ? Утвердительный отвѣтъ даетъ Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 547, отрицательный—Windscheid т. 1 § 248 прим. 2. Ср. также Meissels въ Grünhuts Zeitschr. т. 19 стр. 10. Согласно герм. гр. ул. § 1255 для прекращенія залогового права на движимую вещь достаточно заявленія залогопринимателя, сдѣланнаго залогодателю или собственнику вещи, о томъ, что онъ отказывается отъ залогового права. Относительно залога недвижимости ср. § 875.

²⁾ l. 9 § 1 C. de remissione pignoris 8, 25, l. 3 D. de pign. actione 13, 7. Возвращеніе закладной также означаетъ отказъ отъ ипотеки l. 7 C. de rem. pign. 8, 25. По герм. гр. ул. § 1253 залоговое право на движимость прекращается возвращеніемъ вещи собственнику или залогодателю, оговорка при этомъ о дальнѣйшемъ оставленіи за собою залогового права недѣйствительна.

³⁾ Римляне разработали это положеніе казуистически до мельчайшихъ деталей l. 4 § 1, l. 7, l. 8 §§ 6 и сл. D. q. m. p. s. 20, 6, ср. Dernburg op. c. т. 2 стр. 552.

⁴⁾ l. 6 C. de remissione pignorum 8, 25. Impp. Diocletianus et Maximianus: Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programinate admoniti creditores, cum praesentes essent, jus suum exsecuti non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse. Если публичную продажу производить фискъ, то не требуется даже спеціальнаго вызова l. 8 C. eod. 8, 25.

институтъ еще дальше. Въмѣсто частнаго приглашенія стало примѣняться судебное вызывное производство, послѣдствіемъ коего являлось исключеніе всякаго, не заявившаго о своихъ правахъ свое- временно.

2. Залоговое право по необходимости прекращается въ случаѣ уничтоженія заложенной вещи ⁵⁾. То же имѣетъ мѣсто, если вещь становится публичною. Измѣненія въ заложенной вещи, напр., сооруженіе дома на заложенномъ полевомъ участкѣ, не влекутъ за собою прекращенія залогового права ⁶⁾.

Однимъ изъ основныхъ положеній римскаго права является то, что залоговое право на собственную вещь невозможно ⁷⁾. Поэтому залоговое право прекращается въ случаѣ, если кредиторъ по залогу пріобрѣтаетъ право собственности на заложенную вещь.

Это правило видоизмѣняется, если вещь обременена нѣсколькими залоговыми правами и если старшій кредиторъ пріобрѣтаетъ право собственности на вещь. Въ отношеніи нижестоящихъ кредиторовъ по залогу онъ сохраняетъ тѣ же права, какъ будто бы его залоговое право продолжало существовать ⁸⁾. Это было вполнѣ

⁵⁾ l. 8 pr. D. q. m. p. s. 20, 6.

⁶⁾ l. 16 § 2 D. de pignorihus 20, 1. Залоговое право на землю остается, если заложенный домъ сгорѣлъ, l. 29 § 2, l. 35 D. de pignoriibus 20, 1.—Слѣдуетъ ли считать заложеннымъ строевой матеріалъ, въ случаѣ, если заложенъ домъ и если собственникъ ломаетъ его? Отвѣтъ долженъ быть утвердительный, Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 563 сл. Какъ быть однако въ томъ случаѣ, если съ уничтоженіемъ одной движимой вещи изъ нея возникаетъ, или отъ нея остается, другая вещь. Напр., заложена корова, она околѣваетъ у кредитора; имѣетъ ли онъ залоговое право на ея кожу? Въ договорѣ залога стороны заинтересованы не столько въ тождествѣ заложенной вещи, сколько въ обезпеченіи долга объектомъ, имѣющимъ цѣнность. Слѣдовательно, можно презумировать, что кредитору должно быть заложено все, что можетъ развиться изъ заложенной вещи. Ср. вѣтаки l. 18 § 3 D. de pign. a. 13, 7; выше § 202 прим. 5; смотри Dernburg Pfandr. т. 2 стр. 560 и сл., Fitting въ Archiv für civ. Praxis т. 48 стр. 331, Bremer Pfandr. стр. 165 сл.; Windscheid т. 1 § 248 прим. 10. Распространяется ли залоговое право на страховое вознагражденіе? Объ этомъ ср. M. Scherer въ Iherings Jahrbücher т. 20 н. 2. Герм. гр. ул. §§ 1128 и сл.

⁷⁾ l. 45 D. de R. I. 50, 17. Ulpianus libro 30 ad edictum... Neque pignus, neque depositum, neque precarium... rei suae consistere potest. Я не нахожу, чтобы это и подобныя ему изреченія лишь устанавливали правило, что contractus pigneraticius не имѣетъ значенія въ пользу *закладчика*, какъ думаетъ Hartmann въ Iherings Jahrb. т. 17 стр. 105 прим. 1. Ср. l. 7 § 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1.

⁸⁾ Въ l. 30 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2 Павелъ, въ 14 книгѣ Quaestionum разрѣшаетъ слѣдующій юридическій казусъ. Процессъ о наслѣдствѣ между Мевіусомъ, дѣйствительнымъ наслѣдникомъ, и Тиціемъ, претендентомъ на наслѣдство, кончился полюбовной сдѣлкой, въ силу которой Тицій уступилъ Мевіусу въ собственность кромѣ нѣсколькихъ предметовъ, входившихъ въ наслѣдственную массу, принадлежавшій ему лично участокъ земли. Послѣдній былъ заложенъ X.; X. вчинилъ противъ Мевіуса actio hypothecaria и выигралъ процессъ. Впослѣдствіи Мевіусъ нашелъ документы, согласно которымъ этотъ земельный участокъ былъ заложенъ его дѣду прежде чѣмъ X. Прежде всего возникалъ вопросъ, можетъ ли быть противопоставлена

справедливо, потому что, въ противномъ случаѣ, онъ терпѣлъ бы убытокъ безъ матеріально-правоваго основанія, а послѣдующіе ипотечные кредиторы получили бы преимущества, на которыя они не имѣютъ никакого матеріальнаго права. По существу все это сводится лишь къ дарованію собственнику защиты противъ нижестоящихъ ипотечныхъ кредиторовъ⁹⁾.

Совершенно иначе этотъ вопросъ понимается многими изъ новѣйшихъ писателей. Они исходятъ изъ того предположенія, что римляне принципиально и вообще допускали залоговое право на собственную вещь¹⁰⁾. Отсюда они заключаютъ, будто подобный собственникъ въ качествѣ залогопринимателя можетъ продать собственную вещь и такимъ образомъ освободить ее отъ послѣдующихъ ипотечныхъ правъ. Мало того, по ихъ мнѣнію, онъ можетъ уступить такого рода залоговое право на собственную вещь. Послѣ этого можно только удивляться, какимъ образомъ римляне, у которыхъ вообще хватало мужества дѣлать изъ признаваемыхъ ими принциповъ всѣ логическіе выводы, ничего не знаютъ о столь чреватыхъ послѣдствіями правилахъ. Они даютъ собственнику нѣчто въ родѣ залогового права *только въ случаѣ столкновенія съ нижестоящими ипотечными кредиторами*, слѣдовавшими за установленнымъ ранѣе въ его пользу залоговымъ правомъ. Поэтому правильнымъ можетъ быть признано только то воззрѣніе, которое считаетъ это лишь обусловленнымъ справедливостью уклоненіемъ отъ основныхъ принциповъ, господствующихъ въ вещномъ правѣ.

Мевіусу, въ случаѣ, если онъ потребуеъ у X. выдачи имѣнія, *exceptio rei judicatae*. Павелъ отвѣчаетъ отрицательно, находя, что дѣло идетъ о другомъ юридическомъ спорѣ, а не о томъ, по которому состоялось прежде судебное рѣшеніе. Онъ продолжаетъ свой разборъ такъ: *in proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit domino adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore, actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei judicatae exceptionem.*

⁹⁾ Ср. Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 570 и сл. См. также Bremer, Hypothek und Grundschuld стр. 50 и сл., стр. 84. Согласно герм. гр. ул. § 1256 залоговое право на недвижимость прекращается, если оно совпадаетъ въ одномъ и томъ же лицѣ съ собственностью. Оно считается непрекратившимся до тѣхъ поръ, пока собственникъ имѣетъ законный интересъ въ его дальнѣйшемъ существованіи, а также въ томъ случаѣ, когда обезпеченное требованіе обременено правомъ третьяго лица. Объ ипотекахъ ср. §§ 1163, 1168, 1177.

¹⁰⁾ Hartmann, Rechte an eigener Sache въ Iherings Jahrb. т. 17 стр. 100. G. Buchka, die Hypothek des Eigenthümers стр. 7 и сл. Windscheid т. 1 § 248 прим. 26. смотри также авторовъ, цитируемыхъ у Arndts § 389 прим. 2, а также Wiessner, d. Pfandr. an d. eignen Sache. Bresl. In.—Diss. 1893.

Несомнѣнно, что современное право создало институтъ залоговыхъ правъ на собственную вещь. Но это составляетъ противоположность римскому праву, а не его дальнѣйшее развитіе.

4. Наконецъ, на прекращеніе залогового права оказываетъ вліяніе также время.

а) Кто добросовѣстно приобрѣлъ заложленную вещь, не зная объ обременяющемъ ее залоговомъ правѣ, и въ то же время не является наслѣдникомъ залогодателя, тотъ въ случаѣ провладѣнія вещью втеченіе 10 или 20 лѣтъ, въ зависимости отъ того, живетъ ли онъ въ одной провинціи съ кредиторомъ по залому или нѣтъ, получаетъ *longi temporis praescriptio*. Предъявленіемъ иска втеченіе указаннаго періода времени она приостанавливается. Она носитъ здѣсь характеръ исковой давности, но вмѣстѣ съ тѣмъ она приближается къ давностному владѣнію тѣмъ, что прескрибентъ можетъ виндицировать вещь у кредитора по залому, если онъ утратилъ владѣніе вещью ¹¹⁾.

б) Кромѣ того залоговымъ искамъ можетъ быть противопоставлена ординарная исковая давность. По отношенію къ должнику и его наслѣдникамъ давность истекаетъ лишь черезъ 40 лѣтъ. Для нижестоящаго кредитора по залому, по отношенію къ предшествовавшему, давность при жизни закладчика также истекаетъ только въ 40 лѣтъ. Это правило примѣняется также въ случаѣ смерти залогодателя, если только нижестоящій ипотечный кредиторъ не ссылался на время своего владѣнія вещью при жизни еще залогодателя. Если онъ ссылается только на время, истекшее съ момента смерти залогодателя, то достаточно 30 лѣтъ ¹²⁾.

¹¹⁾ I. 5 § 1, l. 12 D. de div. temp. praescr. 44. 3. l. 7 § 1, l. 14 C. de obl. et act. 4, 10, l. 2 C. adversus creditorem 7, 36, l. 19 C. de evict. 8, 44. Schmitthener, въ *Hessisches Archiv für praktische Rechtswissenschaft* т. 1 стр. 92 разсматриваетъ эту давность какъ «давностное приобретене свободы отъ залога». Также Arndts § 390 прим. 2, Windscheid. т. 1 § 248 прим. 17, Seuff. Archiv. т. 26. Nr. 113. Противъ этого возрѣнія Dernburg, Pfandr. т. 2 стр. 596 и сл., Wächter, *Superficiar- oder Platzrecht* стр. 112. Ср. герм. гр. ул. § 945.

¹²⁾ I. 7 pr. §§ 1 и 2, l. 8 § 1 C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Въ герм. гр. ул. нѣтъ этого сорокалѣтняго срока.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Залогъ правъ.

§ 292. Закладъ требованій. Подзалогъ (Afterverpfändung).

Между правами, могущими быть заложенными, требованія занимаютъ первое мѣсто ¹⁾. Вѣрныя и прочныя обязательства представляются не менѣе надежными залогами, чѣмъ тѣлесныя вещи.

Существуютъ два воззрѣнія на юридическую природу этого залогового права (*pignus nominis*). Согласно одному изъ нихъ, оно устанавливаетъ право на *требованіе*. Согласно этому послѣднее рассматривается какъ объектъ права подобно тѣлесной вещи. Осуществленіе этого залогового права также совершается посредствомъ ипотечнаго иска.

Въ дѣйствительности римскому праву чуждо рассматривать требованіе, какъ объектъ права. Въ противномъ случаѣ, нужно было бы предположить, что римляне принципиально признавали права на права, что не подтверждается источниками ²⁾. Въ концѣ концовъ, право кредитора по залогу долгового требованія естественно сводится къ притязанію по отношенію къ должнику по этому требованію, т. наз. третій должникъ, о предоставленіи объекта долга. Въ этомъ слѣдуетъ видѣть сущность заклада требованій. Закладъ состоитъ здѣсь въ безповоротной легитимациі предьявлять ко взысканію заложенное требованіе для удовлетворенія претензіи къ закладчику; онъ создаетъ предпринятую, въ цѣляхъ предоставленія залогового обезпеченія, *ограниченную цессію* ³⁾. Права закладчика естественно сохраняются по столько, по сколько они не уstraняются правами кредитора по залогу. Поэтому цессія,

¹⁾ Закладъ требованій часто служилъ предметомъ изслѣдованій. Ср. Dernburg, Pfandr. т. 1. стр. 461. Новѣйшая работа принадлежитъ Hellwig'у, *die Verpfändung und Pfändung von Forderungen* 1883, ср. объ этомъ Pfersche въ *krit. Vierteljahrsschrift* т. 27 стр. 208. Литературу см. у Hellwig стр. XIII. Ср. далѣе Lazarus, *Pfandrecht an Ford.* 1889, а также Oetker, *d. Stellung des Forderungspfandgläubigers im Konkurse in der Festschrift für Buchka* 1891. О залоговомъ правѣ на требованіе, принадлежащее должнику по отношенію къ своему кредитору, ср. Oertmann въ *Archiv für civ. Praxis* т. 81 стр. 61.

²⁾ Ср. выше § 249 прим. 8.

³⁾ Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 462.

лежащая въ основѣ заклада, въ послѣднее время получила названіе кооптирующей ⁴⁾).

Только требованія, подлежащія переуступкѣ, могутъ быть закладываемы ⁵⁾. Закладъ требованій совершается тѣмъ же путемъ, какъ и закладъ тѣлесныхъ вещей, именно путемъ юридическихъ сдѣлокъ — договоромъ или завѣщаніемъ,—въ силу закона и по судебному рѣшенію. По общему праву особой формы не требуется. Напротивъ того, имперское право ставитъ дѣйствительность залога требованія, для переуступки котораго достаточно переуступочнаго договора, въ зависимость отъ увѣдомленія кредиторомъ должника ⁶⁾.

Для осуществленія своего залогового права кредиторъ по залoгу требованія имѣетъ двоякое полномочіе:

а) онъ уполномоченъ, въ случаѣ наступленія срока требованію, взыскивать долгъ съ третьяго должника—*jus exigendi* ⁷⁾ ⁸⁾.

⁴⁾ Такъ Hellwig, ук. соч. въ особенности стр. 54 и сл. Принципіальнаго уклоненія отъ теоріи «ограниченной цессіи» въ изложеніи Hellwig'a, конечно, не заключается. Ср. Pferscha, ук. соч.

⁵⁾ Герм. гр. ул. § 1274 часть 2 гласитъ: «Поскольку право не можетъ быть передано, оно не можетъ быть заложено».

⁶⁾ Герм. гр. ул. § 1280.

⁷⁾ Главное мѣсто l. 18 pr. D. de pign. actione 13, 7. Paulus libro 29 ad edictum: Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis: si vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco. Ср. далѣе l. 20 D. de pign. loc. 20, 1. Ulpianus libro 63 ad edictum: Cum convenit, ut is, qui ad refectio-nem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit.

⁸⁾ Важные вопросы остаются въ источникахъ неразрѣшенными. Можетъ ли кредиторъ по залoгу требованія взыскивать по этому требованію, послѣ наступленія ему срока платежа, съ должника, прежде чѣмъ наступилъ срокъ его собственному требованію къ закладчику? Обыкновенно вопросъ рѣшаютъ такъ, что ни закладчикъ, ни кредиторъ по залoгу не могутъ ни взыскивать, ни принимать денегъ. Если, слѣдовательно, третій должникъ пожелаетъ расплатиться, онъ долженъ депонировать сумму долга. Ср. Dernburg. Pfandgr. т. 1 стр. 464. Противъ этого воззрѣнія Hellwig, ук. соч. стр. 148 и Pfersche, ук. соч. Нужно сознаться, что въ большинствѣ случаевъ стороны имѣютъ иныя намѣренія. Кредиторъ по залoгу требованія можетъ, значить, взыскивать по требованію съ наступленіемъ срока и онъ имѣетъ тогда денежное обезпеченіе, поскольку дѣло идетъ о денежномъ требованіи.—Обязанъ ли залогоприниматель усердно взыскивать долгъ?—Pfersche, ук. соч. отвѣчаетъ утвердительно. Слѣдуетъ присоединиться къ его воззрѣнію. Это вытекаетъ изъ цѣлей сдѣлки. Отказываясь отъ своего права взысканія, закладчикъ разсчитываетъ на то, что взысканіе будетъ должнымъ образомъ совершено кредиторомъ по залoгу требованія, иначе бы онъ безъ справедливаго основанія терпѣлъ убытокъ. Противъ этого Hellwig, ук. соч. стр. 240. Согласно герм. гр. ул. кредиторъ по залoгу лишь тогда имѣетъ право взыскивать по требованію, когда его требованію къ закладчику наступилъ срокъ. До того должникъ можетъ исполнять обязательство лишь въ пользу залогопринимателя и кредитора вмѣстѣ; ср. § 1280. Залогоприниматель обязанъ заботиться о правильномъ взысканіи и немедленно извѣщать о немъ кредитора.

Заложеннымъ признается все требованіе залладчика, даже если оно превышаетъ сумму его собственнаго требованія. Это особенно важно въ томъ случаѣ, если надъ имуществомъ третьяго должника открывается конкурсъ. Кредиторъ по залогу требованія можетъ заявить конкурсу заложенное ему требованіе цѣликомъ и этимъ опредѣляется выпадающая на его долю часть конкурсной массы (Konkursdividende). Во всякомъ случаѣ, кредиторъ, которому заложено денежное требованіе въ обезпеченіе денежнаго же требованія, не можетъ получить суммы, превышающей его собственное требованіе ⁹⁾.

Взысканная съ третьяго должника сумма денегъ становится собственностью кредитора по залогу требованія и подлежитъ зачету въ его требованіе къ залладчику ¹⁰⁾.

Если же заложенное требованіе имѣетъ объектомъ не деньги, то кредиторъ по залогу требованія путемъ взысканія приобрѣтаетъ лишь *залоговое право* на этотъ объектъ, право же собственности переносится на залладчика ¹¹⁾.

б) Кредиторъ по залогу требованія пользуется правомъ продажи требованія, такъ что онъ удовлетворяется изъ выручки ¹²⁾.

⁹⁾ l. 4 C. quae res pignori 8, 16. Alexander: Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compellitur, quatenus tamen ipse debet. Ср. герм. гр. ул. § 1282 ч. 1 предложеніе 2.

¹⁰⁾ Также герм. гр. ул. § 1288 ч. 2, ср. также ч. 1.

¹¹⁾ Ср. l. 20 D. de pign. 20, 1, напечатана выше въ прим. 7. Многие писатели полагаютъ, что кредиторъ по залогу становится *собственникомъ* вещи, но лишь въ цѣляхъ обезпеченія его требованія. Но въ послѣдствіи вполнѣ справедливая тенденція сторонъ привели къ тому убѣжденію, что залогопринимателю отнюдь не слѣдуетъ давать больше полномочій, чѣмъ сколько требуется цѣлью залога. Это привело къ установленію залогового права, а не права собственности кредитора по залогу на взысканную species. Въ пользу такого воззрѣнія говоритъ также напечатанная выше прим. 7 l. 18 pr. D. de pign. act. 13, 7. Ср. герм. гр. ул. § 1287.

¹²⁾ Въ последнее время энергично оспаривается право кредитора по залогу требованія на продажу заложеннаго требованія. Ср. Exner, Kritik des Pfandr. стр. 164, Hellwig, ук. соч. стр. 33. Защитники права кредитора по залогу требованія на продажу ссылаются на l. 7 C. de her. vel act. vend. 4, 39. Диоклеціана и Максиміана. Въ редакціи Krüger'a она гласитъ: Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, sic.—ut responsum est—vel ipsi creditori postulanti dandas actiones. Hellwig, ук. соч. стр. 33 переводитъ этотъ фрагментъ слѣдующимъ образомъ: послѣ того какъ дошли до того, что стали закладывать требованія, залогопринимателю—какъ и рѣшилъ юристъ—дѣйствующее право предоставляетъ actio utilis, подобно покупщику «любого» требованія. Я считаю это объясненіе неудовлетворительнымъ. Фрагментъ получаетъ смыслъ, если предположить, что въ немъ имѣется въ виду *покупщикъ разсматриваемаго, т. е. заложеннаго, требованія*. Тогда это согласуется съ воззрѣніемъ римлянъ, видѣвшихъ сущность залогового права, именно въ правѣ продажи. Во вниманіе къ практическимъ

Это безусловно примѣняется по отношеніи къ цѣннымъ бумагамъ, имѣющимъ правильный курсъ ¹³⁾. Но, при закладѣ требованій иного рода, было бы недобросовѣстно и несогласно съ намѣреніями сторонъ, если бы кредиторъ прямо приступилъ къ продажѣ требованія. Такого рода продажа обыкновенно приводила бы лишь къ неблагопріятнымъ результатамъ. Поэтому право продажи предоставляется кредитору по залогу лишь субсидіарно на случай, когда третій должникъ добровольно не платитъ, или когда при взысканіи возникаютъ значительныя фактическія препятствія.

Случается, что кредиторъ по залогу снова закладываетъ заложенную ему вещь дальше ¹⁴⁾. Такого рода сдѣлку называютъ *вторичнымъ залогомъ* (подзалогомъ) *pignus pignoris, subpignus*. Вопросъ объ юридической конструкціи подзалога служитъ предметомъ большихъ споровъ.

Многіе усматриваютъ въ подзалогѣ установленіе залогопринимателемъ новаго *залогового права* на заложенную вещь ¹⁵⁾. Спрашивается, однако, откуда залогоприниматель беретъ полномочіе на установленіе такого рода права? Въдѣ заложенная вещь не входитъ въ составъ его имущества — *in bonis*. Конечно, онъ можетъ распорядиться ею въ цѣляхъ удовлетворенія обеспеченнаго требо-

потребностямъ и предполагаемымъ намѣреніямъ сторонъ можно признать лишь то, что кредиторъ по залогу требованія *обязанъ* по отношенію къ его залогодателю (т. е. къ кредитору) прибѣгать къ невыгодному для послѣдняго средству продажи требованія лишь въ томъ случаѣ, если реализація требованія, путемъ взысканія съ должника, затрудняется особыми препятствіями. Ср. также Kretschmar *secum pensare* стр. 108, Eisele въ *Iherings Jahrb.* т. 25 стр. 303, Windscheid т. 1 § 239 прим. 9. Герм. гр. ул. не допускаетъ продажи заложеннаго требованія, кромѣ случая specialнаго соглашенія о томъ сторонъ и случая, предусмотрѣннаго въ § 1295.

¹³⁾ Ср. также герм. гр. ул. § 1295.

¹⁴⁾ l. 13 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremittitur, sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim si res soluta fuerit? et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. Ср. относительно этого объясненія Dernburg, Pfandr. т. 1 стр. 478 см. l. 1 pr. C. si pignus pignori 8, 23: Etiam id quod pignori obligatum est a creditori pignori obstringi posse jam dudum placuit, scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur tandiuque eum is qui jus repraesentat tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus qui dedit.

¹⁵⁾ Ср. преимущественно Sohm, die Lehre vom subpignus, Rostock 1864. Exner, Kritik стр. 79, далѣ Hofmann въ *Iherings Jahrb.* т. 10 стр. 382, Kohler, Pfandrechtl. Forsch. §§ 1 сл., Demelius, ук. соч. стр. 271. Болѣе подробно указана литература у Windscheid'a т. 1 § 239 прим. 13.

ванія и въ *этихъ цѣляхъ* отчудить ее. Но онъ не имѣетъ права употреблять ее для своихъ *собственныхъ цѣлей*, и потому ему также не можетъ быть дозволено закладывать ее въ обезпеченіе собственныхъ долговъ. Кто допускаетъ созданіе новаго залогового права залогопринимателемъ, тотъ не можетъ объяснить, какъ второму залогопринимателю передается личное требованіе его закладчика къ первому залогодателю. Въдѣ въ такомъ случаѣ первый залогоприниматель сохранилъ бы за собой цѣликомъ свое личное требованіе къ первому залогодателю, онъ могъ бы получить удовлетвореніе, а второй залогоприниматель не могъ бы ему въ этомъ помѣшать. Въ то же время такое удовлетвореніе должно было бы уничтожить право второго залогопринимателя, такъ какъ оно не могло бы пережить наступающаго съ уплатой долга прекращенія права второго залогодателя.

Мы усматриваемъ въ подзалогѣ лишь особое выраженіе для заклада *требованія закладчика съ его залоговымъ правомъ*. При такомъ взглядѣ достигаются цѣлесообразные практическіе результаты и сами собой отпадаютъ трудности конструирования этого понятія. Стороны говорятъ о подзалогѣ, потому что для нихъ особенно важно обезпеченіе посредствомъ правъ на заложенную второму залогодателю вещь. Дѣло юристовъ найти цѣлесообразную конструкцію этой сдѣлки, соотвѣтствующую ея существеннымъ цѣлямъ.

§ 293. Закладъ сервитутовъ ¹⁾.

Встрѣчается двоякаго рода закладъ сервитутовъ: во-первыхъ, закладъ существующаго сервитута управомоченнымъ на сервитутъ и, во-вторыхъ, закладъ собственникомъ вещи сервитута, установленнаго одновременно и именно съ цѣлью заклада.

1. Закладъ существующаго сервитута управомоченнымъ на сервитутъ возможенъ только при узуфруктѣ ²⁾. Хотя узуфруктъ,

¹⁾ О закладѣ сервитутныхъ правъ ср. Büchel, Erört. т. 1 н. 3, Dernburg, Pfandr. t. 1 §§ 26, 62, 63, Goppert über Verpfändung von Grundgerechtigkeiten въ Archiv f. civ. Pr. т. 49 н. 12, Eisele, über Verpfändung von Servituten въ Arch. f. civ. Pr. т. 65 н. 3 Hölder въ Arch. f. civ. Pr. т. 63 н. 4, Kohler, pfandrechl. Forsch. §§ 4 и 13, Steph. Moulin de l'hypothèque des choses incorporelles, thèse Par. 1892 стр. 35 сл. Герм. гр. ул. не разсматриваетъ отдѣльно вопроса о закладѣ сервитутовъ, но § 1274 ч. 2 допускаетъ залоговое право на все отчуждаемыя права (übertagbar).

²⁾ l. 11 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. Usus fructus an possit pignori hypothecae dari quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet. et scribit Papinia-

какъ таковой, неотчуждаемъ. Но осуществленіе права на узупфруктъ можетъ быть передаваемо. Это дѣлаетъ возможнымъ закладъ.

Кредиторъ по залогу получаетъ при этомъ право осуществленія узупфрукта въ цѣляхъ залогового права. Онъ можетъ и долженъ, слѣдовательно, получать плоды и, такимъ образомъ, по мѣрѣ возможности, погашать обеспеченное требованіе. Если этому требованію наступаетъ срокъ, онъ, въ силу залогового права, можетъ продать осуществленіе права на узупфруктъ.

2. Болѣе замѣчательнъ закладъ (Verhypothecirung), еще имѣющаго быть установленнымъ, сервитута собственникомъ вещи.

Наиболѣе важнымъ случаемъ примѣненія этого рода залога также представляется закладъ узупфрукта. Дѣло состоитъ въ томъ, чтобы установить дѣйствительное залоговое право, не рискуя самою вещью.

Согласно правильному воззрѣнію, закладъ совершается здѣсь такимъ образомъ, что въ пользу кредитора устанавливается узупфруктъ, однако, лишь для цѣлей залога. Если по обеспеченному требованію не происходитъ платежа въ срокъ, то кредиторъ уполномоченъ передать осуществленіе узупфрукта покупщику заложенаго права. Продолжительность узупфрукта обуславливается, слѣдовательно, жизнью кредитора³⁾. По другой теоріи кредиторъ получаетъ узупфруктъ лишь фактически; закладомъ узупфруктъ еще не устанавливается⁴⁾. Лишь кредиторъ устанавливаетъ его посредствомъ залоговой продажи. Онъ устанавливаетъ его въ лицѣ покупщика. Какъ же можетъ быть объектомъ залогового права такой сервитутъ, который вызывается къ жизни лишь послѣ продажи залога. Было бы также весьма странно, если бы объемъ заложенаго узупфрукта въ такой степени зависѣлъ отъ личности покуп-

nus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore propriarius agere «non esse ei jus uti frui in viso se», tali exceptione eum praetor tuebitur «si non inter creditorem et eum, ad quem usus fructus pertinet, convenerit, ut usus fructus pignori sit»: nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori obicietur exceptio.

³⁾ Dernburg, Pfandb. т. 1 стр. 489.

⁴⁾ Въ особенности Büchel, ук. соч. видитъ здѣсь залогъ фактически, но не юридически, существующаго сервитута. Его юридическое существованіе начинается лишь съ продажей заложенаго вещи, когда кредиторъ передаетъ сервитутъ покупщику. Это обычное воззрѣніе. Ср. Windscheid т. I § 227 прим. 11, Arndts § 367 прим. 3. Своеобразную защиту его, — примыкающую къ объясненію Exner'a, Kritik стр. 63—даетъ Kohler, Forsch. стр. 38, ср. также Wendt, Pand. стр. 409.

щика залога, что онъ варіироваль бы въ зависимости отъ того, окажется ли покупщикъ юношей или старцемъ.

Допускался закладъ собственникомъ также дорожныхъ и водныхъ сервитутовъ ⁵⁾).

Дорожный или водный сервитутъ устанавливается въ пользу имѣнія кредитора, который, разумѣется, необходимымъ образомъ долженъ быть сосѣдомъ закладчика. Ему въ видѣ аномалии предоставляется право продать другому сосѣду этотъ сервитутъ въ силу залогового права, по наступленіи срока обезпеченному требованію ⁶⁾ ⁷⁾.

⁵⁾ l. 12 D. de pignoribus 20, 1. Paulus libro 68 ad edictum: Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur—scilicet si vicinum fundum habeat—et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

⁶⁾ Выше § 238 прим. 8 было показано, что собственникъ служащей вещи могъ предоставить управомоченному на водопроводъ право передать пользование водою третьему лицу. Здѣсь мы видимъ уже слѣдующій шагъ въ томъ же направленіи. По соображеніямъ цѣлесообразности дорожный или водный сервитутъ могутъ быть предоставлены кредитору въ обезпеченіе долга съ правомъ ихъ продажи. Что здѣсь дѣло идетъ объ юридической аномалии въ интересахъ цѣлесообразности, доказываетъ приведенное мѣсто. Поэтому, едва ли требуетъ объясненія то обстоятельство, что эта особенность не получила дальнѣйшаго распространенія и не имѣла мѣста въ частности относительно serv. pr. urbanorum, что ясно доказывается l. 11 § 3 D. de pignoribus 20, 1. Тѣмъ не менѣе многіе новѣйшіе писатели придерживаются иного воззрѣнія. Ср. Hölder über die Anwendung der Verpfändung auf Serv. urb. въ Archiv für civ. Praxis т. 63 н. 4, Eisele, ук. соч. стр. 119, Kohler, ук. соч. § 14, смотри также литературу, цитируемую у Arndts § 367 прим. 3, d.—Воззрѣнія на юридическую конструкцію заклада водныхъ и дорожныхъ сервитутовъ чрезвычайно расходятся. Всѣ рѣшительно мыслимыя теории защищались не безъ остроумія и находчивости. Ср. Keller въ Bekkers Jahrbuch т. 2 н. 4, Kindervater тамъ же т. 6 стр. 126, Göppert въ Archiv für civ. Praxis т. 49 н. 12 съ обильными литературными ссылками, Eisele въ Archiv für civ. Praxis т. 65 стр. 123, Kohler, pfandrehtliche Forschungen стр. 253: «Theorie der Pfandrechte mit beschränkter Ausbeutekraft, insbesondere der auf die Sphaere des Servitutengenusses beschränkten Pfandrechte».

⁷⁾ Авторскія права также могутъ быть закладываемы ср. Dernburg, Pfandrecht, т. 1 § 64, Kohler въ Iherings Jahrb. т. 18 стр. 411.

Русскій предметный указатель.

Цифры въ скобкахъ обозначаютъ параграфъ; цифры, напечатанныя жирнымъ шрифтомъ, указываютъ *sedes materiae*.

- Адвентиція 289 (269).
Акцессорный характеръ залогового права 270 (261), 315 (283), 330 (290).
Антихреза 304 (278).
Арестъ 292 (271).
Бенефициальный наследникъ 121 (216 пр. 10).
Береговое право 101 (207).
Бонитарная собственность 63 (192).
Бумаги на предъявителя 111 (212).
Вводъ во владѣніе преторомъ ср. 65 (193 прим. 10) *missio in possess.*
Вектигальное право 14 (173), 258 (258).
Вещь безхозяйная 90 (203).
— главная 106 (209).
— потребляемая 227 (249).
Вещныя права 58 (192).
Виндикація 60 (192), 63 (193), (224—226).
Владѣлецъ, третій вл. 313 (283).
Владѣльческіе иски 4 (170), 41 (184—189).
— — суперфициарія 263 (259).
Владѣніе (169—191).
— возстановленіе в. 51 (188).
— добросовѣстное 18 (175), (194).
— домовладыки 29 (180).
— эмфитевта 14 (173).
— кредитора по залогу 303 (278).
— находчика (173 пр. 6).
— передача в. 20 (177).
— перенесеніе в. 33 (183).
— порочное 18 (175), 44 (185), 47 (186).
— правомъ (190—191).
— прекариста (173).
— прекращеніе в. 36 (182).
Владѣніе, приобрѣтеніе чрезъ представителя 29 (180).
— самостоятельность приобрѣтенія в. 20 (177).
— секвестра 13 (173, пр. 1).
— суперфициарія 14 (173).
— титулованное 69 (194),
— умалишенныхъ, дѣтей 28 (179).
— частью, совокупностью 19 (176).
— чрезъ домочадцевъ 29 (180).
— юридическое (172, 173).
Воля пересвоенія 112 (213).
Германское право 102 (207 пр. 5), 111 (212).
Генеральная ипотека фиска 322 (287).
Глосса 239 (252 прим. 10).
Голуби 143 (223 прим. 9).
Горное право 82 (198 пр. 12).
Городскіе статуты 211 (244).
Граница, возстановленіе гр. 162 (229).
Граничный споръ *de fine, de loco* 162 (229 пр. 1).
Давностное владѣніе (219—222).
— — и неотчуждаемость 123 (217).
Давность для установленія суперфиция 262 (259).
— 4-хъ-лѣтняя 112 (212).
Деликтный искъ 5 (170).
Деньги 108 (210).
Деревья на межѣ 86 (200).
Дереликція 91 (203), 142 (223).
Держатель (174 см. обладаніе).
Дичь 91 (203).
Діадиказія 153 (226 прим. 5).

- Добросовѣстность 67 (194).
 Добросовѣстный владѣлец 154 (226).
 — пріобрѣтатель 160 (228).
 Договоръ залога (266—267).
 Дождевая вода 87 (200), 170 (232).
 Домочадцы 11 (172), 18 (176), 223 (248).
 Досрочный залоговой искъ 300 (276).
 Дотальная ипотека 289 (269), 323 (287).
 Животныя 143 (223).
 Жидкости 108 (210), 111 (212).
 Жилье, право на, 231 (250).
 Заботливый хозяинъ 224 (248).
 Завладѣніе 21 (178).
 Закладъ см. залогъ.
 Законныя залоговыя права 285 (268, 269).
 Залоговая сдѣлка для покрытія издержекъ 322 (287).
 Залоговое право 60 (192), (261 и сл.).
 Залоговое право, вещный характеръ з. п. (262).
 Залоговое право, въ широкомъ и въ тѣсномъ смыслѣ 268 (261).
 — — его прекращеніе (291), (290).
 — — и in rem versio 322 (287).
 — — и собственность 300 (276).
 — — на идеальную долю 294 (272).
 — — наймодавца, арендодателя 286 (268).
 — — на собственную вещь 334 (291).
 — — преторское 290 (270).
 — — при наймѣ и арендѣ 287 (268).
 Залоговой актъ 278 (264).
 — договоръ 281 (266).
 Залогоспособныя вещи 294 (272).
 Залогъ будущихъ вещей 283 (267).
 — замѣнимыхъ вещей 296 (272).
 — сервитута (293).
 — совокупности вещей 295 (272).
 — требованій (292).
 — чужихъ вещей 282 (267).
 Запретъ отчужденія 123 (217).
 Застройка 104 (208).
 Защита владѣнія (170).
 — сервитутовладѣнія 253 (257).
 Звѣри, дикіе, ручныя 143 (223).
 Зданія на чужой землѣ 261 (259).
 Идеальная доля, владѣніе и. д. 4 (169).
 Идеальная доля, право собственности на и. д. 70 (195).
 Издержки 224, 226 (248).
 — на вещь (283).
 — на заложенную вещь 320 (285).
 — необходимыя 78 (197).
 — — необходимыя, полезныя, на роскошь 156 (227).
 Имmissiо 210 (244).
 Инкорпорация (208), (209).
 Интердиктъ о сохраненіи владѣнія 43 (185).
 Интердикты possessорные (171).
 Интерполяция 259 (258 прим. 11).
 Ипотека 274 (263).
 — генеральная 277 (264).
 — законная 278 (264), 288 (269).
 — легальныя 288 (269).
 — специальная 277 (264).
 Ипотечное преемство (289).
 Ипотечный искъ (283).
 Исковая давность 62 (192).
 — — для ипотечнаго иска (291).
 Искъ владѣльческой (184 и сл.).
 — деликтный 170.
 — двусторонній 46 (186).
 — о правѣ собственности 144 (224), 146 (225).
 — о признаніи сервитута 246 (255).
 — о раздѣлѣ (197), 76 (197), 125 (218), 241 (253).
 — объ исправленіи дороги (257).
 — объ отграниченіи 162 (229).
 Каноническое право 52 (188), 57 (191), 160 (228), 240 (252), (260).
 Картина 107 (209).
 Квазиузуфруктуарій 222 (248 пр. 11).
 Кладъ, фискъ, волшебство, оккупация 99 (206), 313 (287 прим. 7).
 Коммисіонныя сдѣлки 31 (180).
 Кондикція 114 (213), 222 (248).
 Коноссементъ 24 (178).
 Консолидация при узуфруктѣ 243 (254).
 Конфессорные, негаторные иски ср. сервитутъ.
 Конфессорный искъ см. actio confessoria.
 Конфискація 126 (218).
 Конфузія 189 (236).

- Конфузія при сервитутахъ 243 (254).
 — роли кредитора и должника (290).
 Кооптирующая цессія 337 (292).
 Кредитъ, реальный, личный (261).
 Левъ, императоръ 278 (264).
 Легальная ипотека, наймодавца, арендатора 287 (268).
 Легальныя ипотеки 285 (268, 269).
 — — общаго права 288 (269).
 Лже-Исидоровы декреталии 52 (189).
 Личныя сервитуты (245), 230 (250).
 — — иррегулярныя 232 (250).
 Морское право 322 (287).
 Мѣстное право и залогъ 279 (264).
 Находка 101 (206).
 Недѣлимость залоговой ответственности 302 (277).
 Неотчуждаемость 123 (217).
 Номинантъ 149 (225).
 Номинать 149 (225).
 Нунціація 174 (233).
 Пѣдра земли 81 (198).
 Обезпеченіе отъ опасности 165 (230).
 — пользовладѣнія 222 (248).
 Обладаніе арендатора, домохозяевъ, представителя, раба (174).
 Оброкъ 261, 263 (259).
 Общая собственность (195 и сл.), 108 (210).
 Общее германское право 92 (203), 110 (211).
 Общее право 42 пр. 3 (184), 45 пр. 1 (186), 47 (186), 52 (188), 57 (191), 82 (198, 12), 85 (199, 12), 86 (200), 91 (203 прим. 4), 96 (205), 101 (206, 13), 111 (211), 118 (215 пр. 4), 122 (216), 126 (218), 168 (231), 170 (232 прим. 17), 174 (233), 221 (248), 232 (250), 235 (251), (252), 237 (252), (255), (255 пр. 10), (257), 253 (257), 261 (259), 279 (264), 288 (269), 316 (283), 322 (287).
 — — и залоговой искъ 316 (283).
 — — и прекращеніе ипотеки 332 (291).
 Объемъ залоговой ответственности 296 (273).
 Обычай общаго права 240 (252).
 Оговорка объ удержаніи сервитута 234 (251).
 Озеро 104 (207 пр. 14).
 Оккупация 23 (178), 88 (201), (203).
 Основанія возникновенія залогового права 280 (265).
 Островъ 102 (207).
 Ответственность за очистку 310 (282).
 — за эвикцію 310 (282).
 Отграниченіе (229).
 Отдѣленіе плодовъ 95 (205), 218 (247).
 Отказъ отъ залогового права (291).
 — для установленія суперфиція 262 (259).
 Отобраніе въ казну 126 (218).
 Охота 91 (203).
 Очистка, при продажѣ залога 311 (282).
 Ошибка при передачѣ 120 (216).
 Пандектное право, см. общее право.
 Передача 26 (178), 63 (193), 109 (211).
 — владѣнія (214).
 — основаніе передачи 114 (213).
 — условная (215).
 Перклюзионное право 287 (268).
 Перцепція 95 (205) и прим. 5, 218 (247).
 Платежъ цѣны при купль-продажѣ 117 (215).
 Платеъ 227 (249).
 Плоды при залоговомъ искѣ (283).
 — — — приобрѣтеніе плодовъ 95 (205).
 — — — эмфитевтомъ (260).
 Плоды, распределеніе между собственникомъ и узуфруктуаріемъ 218 (247).
 — реституція при залоговомъ искѣ (283 прим. 9).
 — упавшіе на чужую землю 86 (200).
 — цивильныя 205 прим. 18.
 Побочная сдѣлка 234 (251).
 Пограничныя стѣны 79 (197).
 Подзалогъ (292).
 Поземельныя сервитуты, см. предіальный сервитутъ.
 Пользованіе 230 (250).
 Пользовладѣніе 213 (246).
 Порученіе общее 32 (180).
 Поручительство, общаніе 169 (231).
 Права нижестоящихъ кредиторовъ по залогу (288).
 Права собственника 60 (192).
 Правитель 112 (212).
 Право запрещенія 84 (199, 7).

- Право на право 228 (249 пр. 8), (292).
 — отдѣленія 324 (287 пр. 12).
 — пользования залогопринимателя 303 (278).
 — собственности (192), полное 60.
 — удержанія при виндикаціи 155 (227).
 Предіальный, вещный, личный 184 (235).
 Предіальный сервитутъ (238 и сл.).
 Предіатура 275 (263 пр. 7).
 Презумція 221 прим. 5.
 Прекарістъ 95 (205 прим. 4).
 Прекарій 173, прим. 1.
 Прескрибентъ 62 (192), 129 (219).
 Прескрипція 128 (219).
 Привилегированныя залоговыя права (287).
 Привлеченіе третьяго лица 149 (225).
 Признаніе сервитута 234 (251).
 Приплодъ 95 (205 прим. 2 и 6).
 Приращеніе 88 (201), 95 (205 прим. 1), (206—210).
 Приоритетъ 273 (262).
 Провинціальная собственность 63 (192).
 Провинціальныя земли 129 (219); давность.
 Продажа заложенной вещи (280—282).
 Прокулянцы 93 (204), (223 пр. 2).
 Прокураторъ 29 (180).
 Проходъ 87 (200).
 Прусское право 279 (264).
 Публиціанскій владѣлецъ (228).
 — искъ (228), 158 (228).
 — — искъ о сервитутѣ (255).
 Публиціанскіе правомочія (266).
 Публиціанское право 69 (194).
 — суперфициарное право 262 (259 пр. 10).
 Публичный торгъ 111 (212).
 Пчелы 144 (223 прим. 9).
 Рабъ 17 (175), владѣніе.
 Растенія 105 (208, 2).
 Резервированное залоговое право (287).
 Ремиссія 176 (233 пр. 18), 223 (248 пр. 19).
 Ремонтъ 224 (248).
 Реституція 51 (188).
 — вещи при искѣ о правѣ собственности 153 (226).
 Ростъ, договорный и законный, когда обезпеченъ залогомъ 300 (275).
 Русло рѣки 102 (207).
 Ручной залогъ (261).
 Сабиніанцы 93 (204), (223 прим. 2).
 Самоуправство 178 (234).
 Сепратисты 324 (287 пр. 12).
 Сервитутовладѣніе (190).
 Сервитутовладѣніе, иски о защитѣ с. (257).
 Сервитутъ (235—257), (293).
 — вида 211 (244).
 — водопоя, водопровода, водочерпанія (243).
 — дорожный 205 (242).
 — запрещенія 197 (239).
 — защита водопроводнаго с. 255 (257).
 — имѣнія (Haben) 197 (239).
 — и право собственности (237).
 — (конструкція) 194 (238).
 — легальный 87 (200).
 — личный (245—250).
 — лѣсной (243).
 — на добываніе камня, кирпича (243).
 — недѣлимость 202 (241).
 — неопредѣленный (240).
 — непостоянный 197 (239).
 — объемъ с. 199 (240).
 — опредѣленный (240).
 — отрицательный 197 (239).
 — пастбищный 208 (243).
 — положительный 197 (239).
 — польза 199 (240).
 — постоянный 197 (239).
 — право на видъ 211 (244).
 — — — свѣтъ 211 (244).
 — предіальный 184 (235), (238).
 — приобрѣтеніе по давности (252).
 — сельскіе с. (242—243).
 — сосѣдство 199 (240).
 — стока воды 210 (244).
 — установленіе судомъ 241 (253).
 — экстраординарная давность (252).
 Сервитуты, возникновеніе и прекращеніе (251—254).
 — домовые, городскіе 209 (244).
 Смѣшеніе 108 (210).
 Собственность 89 (202).
 — бонитарная, квиритская (193).
 — ограниченія 81 (198, 6).
 — поземельная 81 (198).

Собственность, прекращеніе 142 (223).
 — присужденіе права с. судомъ 125 (218).
 — провинціальная (193).
 — раздѣленіе права собственности 260 (258).
 — способы пріобрѣтенія 88 (201).
 — цивильная 65 (194).
 Соединеніе, во едино 106 (207).
 — простое (206, 207).
 Сосѣдское право (199), (200).
 Соучастникъ въ общей собственности (196).
 — — искъ о сервитутѣ (255 пр. 7).
 Спеціальныя залоговыя права, законныя 286 (268).
 Споліантъ 54 (189).
 Споліумъ (189), 58 (192).
 Справедливость 84 (199, 5), 259 (258 пр. 11), 334 (291).
 Ссуда подъ залогъ корабля 322 (287).
 Старшинство залоговыхъ правъ 273 (262), 283 (267), (286).
 Стокъ 87 (200).
 Судебный залогъ (270, 271).

Суперficiи 257 (258), 261 (259).
 Титулъ 159 (228).
 — передачи 116 (214).
 Титулъ пріобрѣтенія 68 (194).
 Тождество вещь 89 (202).
 Традентъ легитимація 111 (211), 112.
 Традиція 88 (201).
 — при установленіи суперficiи 262 (259).
 Тѣла сыпучія 108 (210).
 Удержаніе, право у. 154 (227), 315 (283), 319 (285 пр. 6).
 Узуфруктъ отцовскій 229 (249), (253).
 — юрид. лица, 243 (254).
 Унификація 106 (209).
 Фидуція 274 (263).
 Фискъ 112 (212), 288 (269).
 Формализація залогового права 277 (264).
 Формулярный процессъ 60 (192).
 Цессія виндикаціи 147 (225).
 Честь 275 (263).
 Чиншъ 261, 263 (259).
 Эвикція 311 (282).
 Экстраординарное давностное владѣніе 140 (222).
 Эмфитевзисъ 257 (258), 264 (260).

Сербия 192 (192)
 Сербия 193 (193)
 Сербия 194 (194)
 Сербия 195 (195)
 Сербия 196 (196)
 Сербия 197 (197)
 Сербия 198 (198)
 Сербия 199 (199)
 Сербия 200 (200)
 Сербия 201 (201)
 Сербия 202 (202)
 Сербия 203 (203)
 Сербия 204 (204)
 Сербия 205 (205)
 Сербия 206 (206)
 Сербия 207 (207)
 Сербия 208 (208)
 Сербия 209 (209)
 Сербия 210 (210)
 Сербия 211 (211)
 Сербия 212 (212)
 Сербия 213 (213)
 Сербия 214 (214)
 Сербия 215 (215)
 Сербия 216 (216)
 Сербия 217 (217)
 Сербия 218 (218)
 Сербия 219 (219)
 Сербия 220 (220)
 Сербия 221 (221)
 Сербия 222 (222)
 Сербия 223 (223)
 Сербия 224 (224)
 Сербия 225 (225)
 Сербия 226 (226)
 Сербия 227 (227)
 Сербия 228 (228)
 Сербия 229 (229)
 Сербия 230 (230)
 Сербия 231 (231)
 Сербия 232 (232)
 Сербия 233 (233)
 Сербия 234 (234)
 Сербия 235 (235)
 Сербия 236 (236)
 Сербия 237 (237)
 Сербия 238 (238)
 Сербия 239 (239)
 Сербия 240 (240)
 Сербия 241 (241)
 Сербия 242 (242)
 Сербия 243 (243)
 Сербия 244 (244)
 Сербия 245 (245)
 Сербия 246 (246)
 Сербия 247 (247)
 Сербия 248 (248)
 Сербия 249 (249)
 Сербия 250 (250)

Сербия 251 (251)
 Сербия 252 (252)
 Сербия 253 (253)
 Сербия 254 (254)
 Сербия 255 (255)
 Сербия 256 (256)
 Сербия 257 (257)
 Сербия 258 (258)
 Сербия 259 (259)
 Сербия 260 (260)
 Сербия 261 (261)
 Сербия 262 (262)
 Сербия 263 (263)
 Сербия 264 (264)
 Сербия 265 (265)
 Сербия 266 (266)
 Сербия 267 (267)
 Сербия 268 (268)
 Сербия 269 (269)
 Сербия 270 (270)
 Сербия 271 (271)
 Сербия 272 (272)
 Сербия 273 (273)
 Сербия 274 (274)
 Сербия 275 (275)
 Сербия 276 (276)
 Сербия 277 (277)
 Сербия 278 (278)
 Сербия 279 (279)
 Сербия 280 (280)
 Сербия 281 (281)
 Сербия 282 (282)
 Сербия 283 (283)
 Сербия 284 (284)
 Сербия 285 (285)
 Сербия 286 (286)
 Сербия 287 (287)
 Сербия 288 (288)
 Сербия 289 (289)
 Сербия 290 (290)
 Сербия 291 (291)
 Сербия 292 (292)
 Сербия 293 (293)
 Сербия 294 (294)
 Сербия 295 (295)
 Сербия 296 (296)
 Сербия 297 (297)
 Сербия 298 (298)
 Сербия 299 (299)
 Сербия 300 (300)

Нѣмецкій и латинскій предметный указатель.

Цифры въ скобкахъ обозначаютъ параграфъ; цифры, напечатанныя жирнымъ шрифтомъ, указываютъ *sedes materiae*.

Abfindungsgeschaeft 326 (289).
Abfindungsrecht 328 (289).
Accessio 38 (201), 91 и сл. 206—210.
— possessionis 138 (221).
Acquisitio derivativa, originaria 88 (201).
Actio aquae pluviae arcendae 170 (232).
— arbitraria 246 (255).
— communi dividundo (197), 125 (218).
— confessoria 62 (192), (255), 246 (255).
— de tigno juncto 105 (208).
— ex emto utilis 312 (282 прим. 8).
— familiae eriscundae 77 (197 прим. 1), 125 (218), 303 (277).
— fiduciae 275 (263).
— finium regundorum 125 (218), (229), 162 (229), 316 (283).
— hypothecaria 62 (192), 313 (283), (290).
— — pigneraticia in rem 277 (263).
— — предъявленіе до срока платежа (276).
— in personam (229).
— in rem 62 (192).
— — — pigneraticia (283).
— — — scripta 258 (258).
— — — utilis 258 (258).
— legis Aquiliae utilis 163 (229 прим. 7).
— momentariae possessionis, momenti 51 (188).
— negotiora 62 (192), 85 (199), 91 (203), 172 (232), (255), (256).
— negotiorum gestororum 78 (197 прим. 8).
— — — contraria 312 (282 прим. 8).
— pigneraticia 296 (272), 318 (285).
— — contraria 320 (285).

Actio pigneraticia directa in personam 310 (281), 318 (285).
— prohibitoria 250 (256 прим. 4).
— Publiciana 64 (193), (228), 69 (194), 118 (215), 153 (226), 216.
— Serviana 276 (263), 313 (283).
— quasi Serviana 277 (263 пр. 11), 313 (283).
— spoli 42 (184), (189), 58 (192), 253 (257), 256 (257).
— utilis ad rem vindicandam 147 (255).
— — in rem 148 (225).
— viae rejectae 163 (229).
Actus 205 (242).
Adjudicatio 79 (197).
Admnicula servitutis 205 (242).
Adplumbare 106, (209 прим. 7).
Adventicia 223 (248).
Ager publicus 8 (171).
— vectigalis (173 прим. 3), 258 (258).
Agri limitati 102 (207 прим. 3).
— patrimoniales 259 (258).
Alienatio 123 (217 прим. 5).
Alluvio 102 (207).
Ambitus 86 (200).
Animus possidendi (179).
— transferendi dominii 112 (213 прим. 1).
Antichresis 277 (263).
Apprehensio 21 (178).
Aqua aestiva 207 (243).
Arbitrarium iudicium 145 (224).
Auctor 149 (225).
Auflassung 26 (178), 64 (193 пр. 9), 110 (211).

- Avulsio 102 (207).
 Beneficium cedendarum actionum 315 (283).
 — excussionis realis 315 (283).
 — — personalis 315 (283).
 Bona adventicia 224 (248).
 Bona fides (194), см. fides.
 Canon 266 (260 прим. 17).
 Capitis deminutio 214 (246 пр. 3), 231 (250).
 Cascellianum iudicium 44 (185 прим. 5).
 Causa 51 (188).
 — detentionis 34 (181).
 — possessionis 27 (179).
 — traditionis 113 (213), 115 (215 прим. 9).
 Cautio damni infecti 165 (230), 175 (233).
 — de non turbando 249 (255), 251 (256).
 — usufructuaria 213 (245 пр. 2), 221 (248).
 Cessio honorum 291 (270).
 Chirographum 268 (261).
 Civiliter uti 192 (237) сервитутъ.
 Clam possidere 18 (175).
 Commixtio 107 (210).
 Communio incidens 71 (195 прим. 3).
 Condemnatio 79 (197).
 Condictio 300 (275).
 Confusio 107 (210).
 Constitutum possessorium 33 (181), 110 (211), (264), 276 (263), 279 (264).
 Cultura, cura 97 (205).
 Dejectio 51 (188).
 Detentio 174, см. обладание.
 Dispositionsniessbrauch 220 (247).
 Dominium 59 (192 прим. 5).
 — directum 260 (258).
 — utile 260 (258).
 Dotalhypothek 289 (269), 323 (287).
 Eigentumsbesitzer 12 (172), 13 (173).
 Einstweilige Verfügung 318 (284).
 Einweisungspfandrecht 290 (270).
 Einziehung 126 (218).
 Emphyteusis (192), 257 (258).
 Erbbaurecht (259).
 Ersitzung 127 (219).
 Evictio 80 (197).
 Exceptio doli 119 (216 прим. 2), 122 (216 пр. 12).
 — — generalis (227), 158 (227).
 — — dominii 64 (193), (228).
 Exceptio rei venditae et traditae 64 (193), 119 (216), replicatio 64.
 — spoli (189).
 — vitiosae possessionis 50 (188).
 Fahrweg 206 (242).
 Faustpfand (261).
 Ferruminatio 106 (209 прим. 7).
 Feststellungsklage 146 (224).
 Fides, bona fides (194), 135 (220), 137 (221).
 Fiducia 274 (263).
 Fusssteig 206 (242).
 Gebaueservituten (244).
 Generalhypothek 277 (264).
 Gesamtteigenthum 76 (196).
 Glans 86 (200 прим. 5).
 Habitatio 231 (250).
 Hyperocha 277 (263), 312 (282), 319 (285), (288), (289).
 Hypotheka 276 (263).
 Illata 276 (263), 286 (268).
 Immissiones 84 (199), 210 (244).
 Impensae, necessariae, utiles voluptuariae 156 (227).
 In bonis esse 63 (192).
 Infamia 275 (263).
 In jure cessio 63 (193), 235 (251).
 — — — узуррукта 244 (254).
 In re praesenti 175 (233).
 Insula in flumine nata 102 (207).
 Inter absentes 136 (221).
 Interdicta apiscendae, recuperandae, retinendae possessionis 41 (184).
 — secutoria 44 (185 прим. 3).
 Interdictum de aqua 256 (257 пр. 25).
 — — clandestina possessione 52 (188).
 — — fonte (257).
 — de itinere (257 пр. 25).
 — — — actuque privato 254 (257).
 — — — reficiendo (257).
 — demolitorium 175, 177 (233).
 — de superficiebus 257 (258).
 — — vi 50 (188).
 — — — armata 50 (188 прим. 2).
 — quod legatorum 42 (184).
 — — vi aut clam 178 (234), 255 (257).
 — Salvianum 42 (184), 276 (263), (284).
 — unde vi 42 (184).

- Interdictum unde vi utile 253 (257).
 — uti possidetis 171, 41 (184), 43 (184), 253 (257).
 — utrobi (184).
 Inter praesentes 129 (219).
 Iter 205 (242).
 Jura in aliena re 59 (192).
 Juramentum calumniae 168 (231), 175 (233).
 — in litem 145 (224).
 Jus civile 61 (192), 63 (193).
 — Italicum 129 (219).
 — offerendi et succedendi (288).
 — possessionis 3 (169).
 — prohibendi 174 (233).
 — tollendi 105 (208).
 Lex Atinia 128 (219).
 — commissoria 275 (263).
 — Plautia 128 (219), 132 (220 пр. 14).
 — Scribonia 128 (219), 238 (252).
 Litis aestimatio 145 (224).
 Longa possessio 238 (252).
 Longi temporis praescriptio 128 (219), (222), 335 (291).
 Lucra nuptialia 289 (269).
 Mala fides superveniens 70 (194).
 Mancipatio 63 (193), 235 (251).
 Missio 290 (270).
 — Antoniniana (270 прим. 5).
 — ex primo decreto 169 (231).
 — legatorum servandorum causa 291 (270).
 — rei servandae causa 291 (270).
 — ventris nomine 291 (270).
 Modicum tempus 254 (257).
 Modus acquirendi 116 (214).
 Naturalis obligatio, обезпеченіе ея залогомъ 299 (274).
 — — 330 (290).
 Negotiorum gestio 226 (248).
 Nominatio auctoris 149 (225), (255).
 Non usus 231 (250), 244 (254).
 Nothweg 87 (200), (253 пр. 2).
 Nuda repromissio 169 (231).
 Nudum jus Quiritium 65 (193).
 Obereigenthum 260 (258).
 Obligare rem 274 (262).
 Onus probandi при actio negatoria 252 (256).
 Operae servorum et animalium 231 (250).
 Operis novi nuntiatio publica 178 (233).
 — — — (damni depellendi causa) (233).
 Opus 167 (230).
 Opus manu factum 172 (232).
 Pacta de ingrediendo 317 (284).
 Pactiones et stipulationes 236 (251).
 Pactum de vendendo 275 (263).
 — fiduciae 274 (263).
 — reservati dominii 118 (215).
 Pfändung 292 (271).
 Pändungspfandrecht 292 (271).
 Partes indivisae 72 (195).
 Pensio (260 прим. 17).
 Perceptio 95 (205).
 Pignora quasi publica 279 (264).
 Pignus (261).
 — in causa judicati captum 290 (270), 293 (271).
 — irregulare 296 (272).
 — nominis (292).
 — praetorium 290 (270).
 Platzrecht 261 (259).
 Possessio 171 (172).
 — bonae fidei 18 (175).
 — civilis 17 (175).
 — ficta 150 (225).
 — in justa 18 (175).
 — justa 18 (175).
 — malae fidei 18 (175).
 — naturalis 17 (175).
 Possessor fictus 151 (225).
 Possessorium 256 (257).
 — ordinarium 45 (186), 253 (257).
 Praedia vicina 200 (240).
 Praedium rusticum, urbanum (237).
 Precario possidere 18 (175).
 Precarium (173 прим. 1).
 Privatio 267 (260).
 Privilegium exigendi 273 (262).
 Prohibitio 51 (188).
 Proprietaetsrechte 60 (192).
 Quasi traditio при установленіи сервитута 235 (251).
 — узуфруктъ 226 (249).
 Reallast 189 (236).
 Reditus (260 прим. 17).
 Rei vindicatio 62 (192).
 — — utilis 105 (208 пр. 9).

- Res furtivae 128 (219), 131 (220).
 — habilis 130 (220 нр. 1).
 — mancipii 61 (192).
 — nec mancipii 63 (193).
 — vi possessae 128 (219).
 Ruhendes Eigentum 61 (192).
 Satisfactio 169 (231).
 Senat. consult. Pegasianum (290 нр. 5).
 Secutorium iudicium 44 (185 нр. 5).
 Servitus 183 (235).
 — altius non tollendi 211 (244).
 — — tollendi 212 (244).
 — aquae ductus 207 (243).
 — aquaehaustus (243).
 — causa perpetua 202 (240).
 — continua, discontinua 197 (239).
 — fluminis 210 (244).
 — habendi, faciendi 197 (239).
 — luminibus officiendi 212 (244).
 — ne luminibus officatur 211 (244).
 — ne prospectui officatur 211 (244).
 — oneris ferendi 187 (236).
 — prohibendi 197 (239).
 — protegendi et projiciendi 209 (244).
 — stillicidii 210 (244).
 — — non avertendi 211 (240).
 — tigni immittendi, oneris ferendi 209 (244).
 — utilitas 201 (240).
 Servitutes praediorum rusticorum, urbanorum 195 (239).
 Solarium 261 (259).
 Specificatio 88 (201), (204), 107 (210).
 Spoliatus (189) 52.
 Stellionatus 278 (264).
 Subhastatio 316 (283).
 Subpignus (292).
 Successio possessionis 137 (221).
 Summariissimum 49 (187).
 Summissio 218 (247).
 Superficies 61 (192), 257 (258).
 Suptilitas 131 (220 прим. 11).
 Tabularersatzung (252 прим. 14).
 Theilurteil 155 (227).
 Thesaurus 99 (206).
 Titulus 68 (194), 133 (220).
 — putativus 69 (194), 134 (220).
 — traditionis 116 (214).
 Traditio 109 (211).
 — brevi manu 35 (181), 110 (211).
 — sub condicione 117 (215).
 Untereigentum 260 (258).
 Uscapio 123 (217 прим. 5), 128 (219), 129 (219).
 — libertatis 245 (254).
 — сервитутовъ 238 (252).
 Usufructus causalis, formalis (192 нр. 9).
 Uurpatio 138 (221 прим. 15).
 Usus 230 (250).
 Ususfructus (245, 246), quasi u. 213 (245), verus u. 213 (245).
 Venditio bonorum 291 (270).
 Versio in rem 322 (287).
 Via 205 (242).
 Vi, clam aut precario 44 (185), 47 (186), 255 (257).
 Viehtrift 206 (242).
 Vindicatio 144 (224).
 — gregis 152 (226).
 — rei (224 и сл.).
 Vi possidere 18 (175).
 Vitium 131 (220).
 — aedificii, aedium, operis 167 (230).
 Wegzug 206 (242).
 Zuschlag 126 (218).

Библиографическій указатель

(безъ включенія учебниковъ, упомянутыхъ въ сокращеніяхъ, и журнальныхъ статей, особо не озаглавленныхъ.)

- Ackermann**, Friedr. über Stockwerkeigenthum Gött. Inaug.-Diss. 1891.
- Albert**, über d. Besitz unkörperlicher Sachen 1826.
- Althof**, das interd. de itinere actuque privato 1836.
- André**, d. L. v. Schatz. Berl. Inauguraldissert. 1884.
- Appleton**, histoire de la propriété pretorienne, Paris, 1889, 2 тома.
- Appleton**, Jean, Essai sur le fondement de la protection possessoire, Par. 1892.
- Arndt**, zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit Halle, 1879.
- Arndts**, Gesammelte civilistische Schriften, 3 т. 1873, 1874.
- Arndts**, über den Besitz der Emphyteuse въ Lindes Zeitschrift n. F. т. 3.
- Ascoli**, della confusione e commistione Roma, 1887.
- Bachofen**, Das römische Pfandrecht т. 1. 1847.
- Bachofen**, ausgewaehlte Lehren des Civilrechts, 1848.
- Backe**, bonae fidei possessor quem ad modum fructus suos facit. Berol. 1825.
- Bähr**, O. Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen. München, 1883.
- Baelz**, d. Recht an Bienen. 1890.
- Bechmann**, z. Lehre vom Eigenthums-erwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten, 1867.
- Bechmann**, Inhalt und Umfang des Personalservitut des usus 1861.
- Bechmann**, Der Kauf nach gemeinem Recht, Th. I Erlaugen 1876 Th. II, 1 Abth. 1884.
- Bechmann**, Rechtsgrund der Specification, въ Archiv für civ. Praxis т. 47.
- Bechmann**, usucapio pro emptore, Archiv. f. civ. Pr. т. 75.
- Beer**, Max, über die Ersitzbarkeit von Erzeugnissen 1884.
- Behrend**, въ Verhandlungen des 15 deutschen Juristentages 1880 т. 1, 2.
- Bekker**, Die Actionen des römischen Privatrechts 1871 и 1873.
- Bekker**, der Besitz beweglicher Sachen, Iherings Jahrb. т. 34.
- Bekker**, die Reform des Besitzrechtes Iherings Jahrb. т. 30.
- Bekker**, das Recht des Besitzes bei den Römern, 1880.
- Beling**, die gemeinrechtliche Geltung der operis novi nuntiatio, Breslauer In-Dissert. 1890.
- Bendixen**, Niessbrauch an einer Heerde, Göttinger Inauguraldissertation 1887.
- Bernhöft**, titulus justus und titulus putativus 1873, и der Besitztitel im römischen Bechte 1875.
- Bethmann-Hollweg**, das 20. Buch der Pandecten als Beispiel klassischer Jurisprudenz für Studierende erlaeutert 1 Heft (единственный выпускъ) 1877.
- Bethmann-Hollweg**, römischer Civilprocess 3 т. 1864—1866.

- Biermann**, das constitutum possessorium
Берлинская диссерт. 1885.
- Biermann**, Privatrecht und Polizei 1897.
- Biermann**, traditio ficta, 1891.
- Bluntschli**, das Beuterecht im Kriege
1878.
- Boecking**, E. Pandecten, 5-е изд. 1861.
— Pandecten des römischen Pri-
vatrechtes oder Institutionen des ge-
meinen deutschen Civilrechts. т. I,
2-е изд. Bonn. 1853, т. 2 ч. 1 Leipzig
1855.
- Böhm**, Alfred, ü. d. Esitz. ländl. Dienstb.
Greifswald. Inaug. Diss. 1893.
- Bolze**, Praxis d. R. G. т. 13.
- Bonfante**, essenza della bona fides въ
bulletino del instituto del diritto romano
т. 6.
- Bonfante**, la justa causa dell' usucapione.
rivista italiana per le scienze juridi-
sche m. 15.
- Bossert**, d. Wesén d. Servitutenbesitzes
1883.
- Brandes**, Gött. In.—Diss. 1891.
- Bremer**, das Pfandrecht und die Pfand-
objekte 1867.
- Bremer**, Hypothek und Grundschuld (?)
- Brezzo**, Camillo, L' utilis actio del diritto
romano, Torino 1889.
- Brinkmann**, A. Verhältniss der actio
communi dividundo u. actio negotiorum
gestorum 1885.
- Brinz**, bonae fidei possessio, рѣчь про-
изнесенная на юбилей д-ра Arndts'-а.
- Brinz**, possessionis traditio въ Bekkers
Jahrbücher т. 3.
- Brinz**, vacua possessio т. 1.
- Brugi**, Право собственности на покину-
тое русло въ Archivio giuridico т. 42.
- Brunner**, H. zur Rechtsgeschichte der
römischen und germanischen Urkunde.
т. 1. Berlin 1880.
- Bruns**, C. G. die Besitzklagen des römi-
schen und heutigen Rechts, Weimar 1874.
- Bruns**, C. G. das Recht des Besitzes im
Mittelalter 1848.
- Bruns**, das Wesen der bona fides bei der
Ersitzung 1872.
- Bruns**, der ältere Besitz und das posses-
sorium ordinarium въ Bekker's Jahr-
buch т. 4.
- Bruns**, fontes juris romani antiqui ed VI;
die Inschrift des Adrast.
- Bruns**, Recht des Besitzes.
- Bruns**, zur Lehre von der bona fides bei
der Verjährung въ Archiv für civ. Pra-
xis т. 57.
- Buchholtz**, Versuche 1831.
- Buchka**, G. die Hypothek des Eigen-
thümers, Wismar 1875.
- Büchel**, civilrechtliche Erörterungen
I. 1833; 2-е изд. 1847.
- Büchel**, civilrechtliche Erörterungen.
т. 1. über Verfändung der jura in re.
- Bürkel**, Beiträge zur Lehre vom Niess-
brauch, 1864.
- Bunsen**, das gesetzliche Pfand- und Zu-
rückhaltungsrecht des Verpächters und
Vermiethers 1848.
- Carusi**, l'azione Publiciana in diritto Ro-
mano 1889.
- Carvajal y Viana**, Cessio der rei vind.
Dissert. Göttingen 1888.
- Cohnfeldt**, Richard, die s. g. irregulä-
ren Servituten 1862.
- Cohn**, Max, über die servitus altius
tollendi въ Archiv f. civ. Pr. т. 64.
- Comte**, J., Erwerb d. Eigenthums an
Geldstücken. Berl. Inauguraldissert.
1887.
- Cosak**, der Besitz des Erben, Weimar
1867.
- Coviello**, la Superficie въ archivio giu-
ridico т. 49.
- Czyhlarz**, die Eigenthumserwerbsarten
у Glück кн. 41, 42 т. 1, 1887.
- Czyhlarz**, z. L. v. tignum junctum въ
Zeitschrift f. Privat und öffentliches
Recht т. 21.
- Danz**, H. A. A., Lehrbuch der Geschichte
des römischen Rechts. 2 части, 2-е изд.
Leipzig 1871, 1873.
- David**, Untheilbarkeit der Servituten
Inauguraldiss. Thübingen 1888.
- Degenkolb**, Dekret der Dekurionen v.
Putueli, въ Zeitschr. Rechtsgesch. т. 4.

- Degenkolb**, Platzrecht und Mieth 1867.
- Delbruck**, die dingliche Klage d. deutschen Rechtes 1857.
- Demelius**, Ernst, das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem Recht 1897.
- Demelius**, G. die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das heutige und classische Recht. Graz 1872.
- Denziger**, die accessio possessionis 1842.
- Dernburg**, bonorum emtio 1850.
- Dernburg**, H. Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens т. 3 Halle, 1898.
- Dernburg**, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts 2 тома 1860 и 1864.
- Dernburg**, Entwicklung und Begriff des jur. Besitzes im röm. Recht. 1893.
- Dernburg, H. и F. Hinrichs**, Preussisches Hypothekenrecht въ Sammlung der deutschen Hypothekenrechte von Meibom VIII 1877.
- Dernburg**, Lehrbuch des preussischen Privat Rechts, три тома, 3-е изд. Halle 1883.
- Deurer**, Schutz des relativ besseren Rechts въ Iherings Jahrb. т. 1.
- Dittenberger**, de inscriptione Thibensi ad emphyteuseos jus spectante въ Lectionskatalog von Halle 1891—92 г.
- Drey**, utilis actio ad rem vindicandam des Pflinglings. München. 1882.
- Duhn**, C. A. über die exceptio quod vi aut clam въ Arch. f. civ. Pr. т. 48.
- Duncker**, die Besitzklagen und der Besitz 1884.
- Eck**, die sogenannten doppelseitigen Klagen des röm. u. gemeinen deutschen Rechts 1870.
- Ehrenberg**, V., beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht. Iena 1880.
- Eisele**, Miteigenthum въ Archiv für civ. Praxis т. 63.
- Eisele**, über Verpfändung von Servituten, въ Archiv f. civ. Pr. т. 65.
- Elvers**, Rud., die römische Servitutenlehre 1856.
- Erman**, la Publicienne (?), ep. ero, Beitrage zur Publiciana Sav. Zschr. 1890, 249.
- Esmarch**, vacuae possessionis traditio 1873.
- Exner**, die Lehre vom Rechtserwerbe durch Tradition nach oesterreichischem und gemeinem Recht 1867.
- Exner**, imaginäre Gewalt im altrömisch. Besitzstörungsverfahren въ Zeitschrift der Savigny-Stiftung. rom. Abt. т. 8.
- Exner**, Kritik des Pfandrechtsbegriffes 1863.
- Fischer**, O. Die Probleme der Identität und der Neuheit, 1892.
- Fittig**, H., über das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander, Basel 1860.
- Fitting**, Specification въ Archiv für civ. Praxis т. 48.
- Freisen**, Vorbehalt von dinglichen Rechten, Paderborn 1881.
- Geib**, die Person des pignericisch Berechtigten und Verpflichteten 1884.
- Gesterding**, Lehre vom Eigenthum 1817.
- Gesterding**, Pfandrecht 1816, 2 изд. 1831.
- Glück**, Dr. C. F., ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: ein Commentar, Erlangen 1720—1830, 34 тома fortgesetzt von Dr. C. F. Mühlbruch 35—43 т., Dr. F. Fein 44 и 45 т., послѣ ихъ смерти, Dr. K. Arndts 46—48 т., 3 тома указатели. Erlangen 1833—1878, кромѣ того въ очереди вышли комментарии къ книгамъ 37, 38, 39 и 40 Digestъ.
- Goepfert**, Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum 1884.
- Goepfert**, einheitliche und zusammengesetzte Sachen, 1871.
- Goepfert**, über die organischen Erzeugnisse 1869.
- Goepfert**, über die Bedeutung von fer-ruminare und adplumbare. 1869.
- Goepfert**, über Verpfändung von Grundgerechtigkeiten въ Archiv f. civ. Pr. т. 49.
- Goepfert**, zur fiducia cum animo contracta въ Savignyztshr. rom. A. т. 13.

- Goldschmidt**, Handbuch des Handelsrechts т. 2, 1883.
- Goldschmidt**, Studien z. Besitzrecht.
- Grueber**, E. Einfluss der Eigenthumsklage auf die Ersitzung 1875.
- Гр. ул. Япония**, въ переводѣ Loenholm'a.
- Hameaux**, die usucapio u. longi temporis praescriptio, Giessen 1835.
- Hanausek**, die Lehre von dem uneigentlichen Niessbrauch nach gemeinem Recht 1879.
- Harburger**, d. constitutum possessorium, 1881.
- Hartmann**, dingliche Rechte an eigener Sache, въ Iherings Jahrb. т. 17.
- Hedemann**, Erwerbung und Schutz der. Serv. 1864.
- Heerwart** zur Lehre v. d. quasipossessio u. den damit verbundenen possessorischen Rechtsmitteln, въ Lindes Zeitschr. т. 12.
- Heffter**, das europaeische, **Völkerrecht**, der Gegenwart 7 изд. bearbeitet v. Dr. T. Geffken, Berl. 1882.
- Hegelmaier**, Grundeigenthum im öff. Recht. (?)
- Heinzelmann**, die Untheilbarkeit der Servituten, Dissert. 1852.
- Hellmann**, missio in possessionem въ Festgaben für Planck 1887.
- Hellwig**, die Verpfändung und Pfändung von Forderungen 1883.
- Hesse**, die Negatorienklage въ Ih. Jahrb. т. 8.
- Hesse**, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2 изд. 1880.
- Heinrichs**, F. Studien aus dem Gebiete des preussischen Hypothekenrechts, Berlin 1883.
- Hirzel**, das constitutum possessorium, Цюрихская диссерт. 1893.
- Hitzig**, das griechische Pfandrecht 1895.
- Hölder**, Pandecten, 1886.
- Hoffmann**, Beiträge zur Geschichte des griech. und röm. Rechtes (?)
- Hoffmann**, die L. v. titulus und modus acquirendi und von der justa causa traditionis Wien 1873.
- Hoffmann**, Emil, die Lehre von den Servituten т. 1 1838 т. 2, 1843.
- Hoffmann**, über das periculum beim Kaufe, Wien, 1870.
- Hohenemser**, Consumtion des Geldes, Marb. Inauguraldissert. 1892.
- Holzschuher**, R. v., Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, ein Handbuch für Praktiker, 2 тома. 1843, 1845 и 1847.
- Horneman**, die cautio usufructuaria, Hallesche Inaugural-Dissertation 1890.
- Hubert**, du droit de vente du creancier hypothecaire, thèse, Toulouse, 1882.
- Huschke**, ad leg. XII. tab. de tigno juncto commentarius, Vratislav. 1837.
- Huschke**, das Recht der Publicianischen Klage, in Beziehung auf die in Aussicht stehende Civilgesetzgebung 1874.
- Huschke**, über das bedingte und bedingte Pfandrecht, въ Lindes Ztschr. т. 20.
- Huschke**, zur Lehre von der Habitatio, въ Arch. f. civ. Pr. т. 63.
- Ihering**, Abhandlungen aus dem römischen Recht, 1844 то же, Vermischte Schriften juristischen Inhalts, 1879.
- Ihering**, Besitz, статья въ Handbuch der Statswissenschaften v. Conrad и въ Jahrbuch. т. 32.
- Ihering**, Besitzwille 1889.
- Ihering**, das Schuldmoment im roemischen Privatrecht, Giessen 1867.
- Ihering**, Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung II, 4 изд. 1884.
- Ihering**, Grund des Besitzschutzes 2 Aufl. 1869.
- Ihering**, Rechtsgutachten in Sachen Stadt Bern contra Centralbahn Basel 1877.
- Ihering**, Scherz und Ernst in d. Jurisprudenz 1884.
- Ihering**, Uebertragung der rei vindicatio auf Nichteigenthümer, въ ero Jahrbücher т. 4.
- Ihering**, Zweck im Recht 1 изд. 2 тома Leipzig, 1884.
- Jacquelin**, de la fiducie, 1891.

- Jäger** Klagegrund, bei d. actio negatoria. Gött. In.-Dissert. 1891.
- Jakubezki**, zu dem Entwurfe e. bürg. Gesetzbuches, 1892.
- Ianke**, das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers, 1862.
- Kannegieser**, die processhindernde Einrede, ein Beitrag zur nominatio auctoris. 1878.
- Karlowa**, Beiträge zur Gesch. des röm. Civilprocesses, Bonn 1865.
- Karlowa**, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Bonn 1877.
- Karlowa**, Roemische Rechtsgeschichte, т. I Staatsrecht und Rechtsquellen 1885, т. II. a Privatrecht, 1901.
- Keller**, F. L. v. d. roem. Civilprocess. und d. Actionen, 6-oe изд. bearbeitet von A. Wach, Leipz. 1883.
- Keller**, Institutionen.
- Keller**, F. L. v., Pandecten. 2-oe изд. (Lewis) 1866.
- Keller**, semestria ad Ciceronem, II.
- Kierulff**. Theorie des gemeinen Civilrechts. 1839, т. 1.
- Kindervater**, Eintheilung der servitutes in urbanae und rusticae въ Rekkers Jahrb. т. 6.
- Klein**, Sachbesitz und Ersitzung 1891.
- Kley**, Wesen d. gutgläubigen Besitzes, Gött. Inaug. Diss. 1891.
- Kniep**, de cautione et missione legatorum seu fideicommissorum servandorum causa. Rostock. 1872.
- Köbner**, O, die Einziehung, Berl. Inaugurdiss. 1890.
- Koepen**, der Fruchterwerb des bonae fidei possessor 1872.
- Kohler**, gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht, Mannheim, 1884.
- Kohler**, Beiträge zum Servitutenrecht, Arch. f. civ. Pr. т. 87.
- Kohler**, das Signiren als Besitzergreifungsakt въ Grünhuts Zeitschrift т. 12.
- Kohler**, Dispositionsniessbrauch въ Iherings Jahrb. т. 24.
- Kohler**, pfandrehtliche Forschungen, 1882.
- Kraut**, Grundriss zu Vorlesungen ü. d. deutsche Privatr., 1829. 6-е изд. 1886.
- Kretschmar**, secum peusare ?
- Krönig**, Daniel, die pfandrehtliche Haftung der Früchte Gött. In. Diss. 1891.
- Kroschel**, constitutum possessorium, въ Archiv f. civ. Praxis. т. 72.
- Krüger**, H. zur Lehre von der exceptio doli (?)
- Kuntze**, zur Besitzlehre, 1890.
- Kuntze**, z. Geschichte des römischen Pfandrechts 1893.
- Landucci**, avulsio въ archivio giuriccio изд. Serafini vol. XXXI, vol XXXII.
- Landsberg**, das furtum des unredlichen Besitzes 1888.
- Landsberg**, die Glosse des Accursius u. ihre Lehre vom Eigenthum, Leipzig 1883.
- Laspeyres**, Niessbrauch an Waldungen въ Arciv f. civ. Pr. т. 19.
- Lauk**, Veraeussereungsverbot, Lindes Zeitschr. т. 5.
- Lauterbach**, W. A. collegium theoretico-practicum, Tubing. 1690—1711, 16 изд. 1784 г.
- Lazarus**, Pfandrecht an Forderungen, 1889.
- Leist**, über die Natur des Eigenthums 1859.
- Leist**, Sicherung von Forderungen (?).
- Leist**, civil. Studien, 4 выпуска 1854—1877.
- Lenel**, D-r. O. Beiträge zur Kunde des prätor. Edictes 1878.
- Lenel**, Edictum perpetuum Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 1883.
- Lenel**, Parteiabsicht въ Iherings Jahrbücher т. 19.
- Leonhard**: ist die exceptio rei venditae et traditae ein lebensfaehiges Institut? въ Iherings Jahrbücher. т. 17.
- Leonhard**, über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch blossen Vertrag, въ основанныхъ von Gruchot Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes т. 25.

- Leyser** meditationes ad pandectas, 11 томовъ, 1717—1748; нов. изд. 1778—1781.
- Maassen**, zur Dogmengeschichte der Spolienklage въ Bekkers Jahrb. т. 3.
- Mansbach**, der Niessbrauch an Forderungen 1880.
- Meibom** v., das deutsche Hypothekenrecht nach den Landesgesetzen der groesseren deutschen Staaten systematisch dargestellt, 9 томовъ 1871—89.
- Meibom**, Mecklenburg. Hypothekenrecht Leipzig, 1871, II-й томъ предыдущаго изданія.
- Meissner**, vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht 2 Theile 1803.
- Menzel**, das Recht des Nothwegs, Wien 1896.
- Meykow**, die L. v. d. Eigenthumserwerbe durch Specification въ Osenbrüggen's Dorpater juristischen Studien.
- Mitteis**, Reichsrecht 1891.
- Mitteis**, Stellvertretung 1885.
- Möllenthal**, guter Glaube bei d. Verjährung 1820.
- Mommsen**, Fontes juris romani antiqui ed. Bruns. (ed. VI cura Th. Mommsen et. O. Gradenwitz).
- Mommsen**, die italienische Bodentheilung въ журн. Hermes г. 19.
- Mommsen**, die Stadtrechte von Salpensa und Malaca 1855.
- Moreau**, Haftung wegen Eviktion der verkauften Pfandsache 1878.
- Moulin**, Steph. de l'hypothèque des choses incorporelles, thèse Par. 1892.
- Mühlenbruch**, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte 1817, 3-е изд. 1836.
- Muther**, die Ersitzung der Servituten 1852.
- Mynsinger**, singularium observationum Iudicii Imp. camerae centuriae IV. Basil. 1563.
- Niemeyer**, Eigenthumserwerb an Geld durch Vermischung, Ztschrft. f. Handelsr. т. 42.
- Nikonof** S., Lehre von der Sequestration 1894 (на рус. языкъ СПб., 1900 г.).
- Nissen**, Ad., die kaufrechtliche Tradition 1869.
- Nissen**, die Einziehung, in den Strassburger Festgaben für Planck 1887.
- Noodt**, de usufructu libri II Lugd. Bat. 1713, потомъ въ его opera omnia, Lugd. Bat. 1724, Tom. I p. 387—478.
- Oelschlaeger**, W. Vindication der gegen ein gesetzl. Veräußerungsverbot veräußerten Sache, Goett. Inauguraldiss. 1892.
- Oertmann**, die fiducia 1890.
- Oetker**, d. Stellung des Forderungspfandgläubigers im Konkurse in der Festschrift für Buchka 1891.
- Pagenstecher**, die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit Abth. 1, 2, 3. 1857—1859.
- Pampaloni**, avulsio въ архивіо giuridico изд. Serafini vol. XXXI, vol. XXXII.
- Pampaloni**, il concetto giuridico del tesoro in per l'VIII centenario della U. di Bologna studi giuridici e storici 1888.
- Paret**, Specification 1892.
- Perna**, l'enfiteusi nel diritto antico e moderno 1892 cap. I
- Pernice**, A. Marcus Antistius Labeo, das roemische Recht im I Jahrhundert der Kaiserzeit. т. 1, 2 и 3-й ч. 1 въ 1-мъ изд. 1873 г. и сл. т. 2, ч. 1 во 2-мъ изд. (II т. изд. 1895 и 1900 г. III, ч. 1—1892 г.).
- Pernice**, Parerga, Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. m. 5
- Pernice**, Parerga II въ Zeitschrift d. Savignystiftung rom. Abth. т. 5.
- Perozzi**, perpetua causa nelle servitu prediali romane, въ rivista italiana per le scienze giuridiche т. 14.
- Perozzi** sul possessio di parti di cosa in per l'VIII centenario della u. di Bologna studii giuridici e storici, 1888.
- Petrazycki**, L. v., Die Lehre vom Einkomen т. 1. Grundbegriffe, Berlin 1893, т. II. Einkommensersatz, Berlin 1895.

- Petrazycki** Fruchtvertheilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten 1892.
- Pfaff, L.** Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherung, Wien 1868.
- Pfaff**, zur Kritik des Pfandrechtsbegriffes вЪ Grünhuts Zeitschrift т. 1.
- Pfeiffer**, practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, 8 т., 1825—1850.
- Pfersche, E.** die Eigenthumsklage вЪ его «Privatr. Abhandl.» 1886.
- Pfersche**, oesterreichisches Sachenrecht т. 1 (Einleitung, d. Besitz).
- Pflüger**, die sogenannten Besitzklagen d. roem. Rechts, 1890.
- Pflüger, Hackfeld**, Besitz und Ersitzung von Theilen einer Sache 1886.
- Pininski, L. Gr.**, Sachbesitzerwerb 1885.
- Puchta**, kleine civ. Schriften gesammelt und herausgegeben v. Dr. A. F. Rudorff. Leipzig 1851.
- Puchta**, über die Wegservituten des römischen Rechts, вЪ kleine Schriften.
- Randa**, Besitz nach oester. Recht, 4 изд. 1895.
- Randa**, das Eigenthumsrecht nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts часть 1, 2 изд. 1893.
- Regelsberger**, zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte 1859.
- Regely**, das jus offerendi. Berl. In.-Diss. 1893.
- Ricci**, la derelizione, вЪ rivista italiana per le scienze giuridiche, т. 13.
- Rivier**, cautio praedibus praediisque, 1863.
- Roedenbeck**, die Antichresis, Halle, 1874.
- Römisch-syrisches Rechtsbuch**, aus dem 5 Jahrhundert herausgegeben von Bruns und Sachau, Leipzig 1880.
- Rudorff**, gromatische Institutionen вЪ Schriften der röm. Feldmesser 2 т. Lachmann Berlin, 1852.
- Rudolf**, zur Lehre vom richterlichen Pfandrecht, in Iherings Jahrb. т. 20.
- Rümelin, G.** die Theilung der Rechte, Freiburg 1883.
- Rümelin**, Selbstkontrahieren.
- Ruete**, Rechtsverhältnisse gemeinschaftlicher Mauern 1843.
- Ruffini**, l'actio spolii 1889.
- Ruhstrad**, über d. constitutum possessorium вЪ Iherings Jahrb. т. 14.
- Savigny, F. C. v.**, d. Recht des Besitzes, 1 Aufl. 1803, 6 Aufl. 1836, 7 Aufl. 1865 von Rudorff.
- Savigny**, System des heutigen roemischen Rechts 8 томовъ, 1840-49 г. содержатъ общія ученія, Register von Heuser 1851 (59) г.
- Savigny**, Vorlesungen.
- Scheel. v.**, Ctr. Eigenthum, вЪ Handb. der Staatswissenschaften т. 3.
- Scheurl**, Beiträge zur Bearbeitung des roem. Rechts 2 тома, 1871.
- Schirmer**, die Grundidee der Usucapion 1855 и его über bona fides et justus titulus, Lindes Zeitschrift, neue Folge. Bd. 15, 16.
- Schlayer**, über die hypothekarische Succession bei theilweiser Abtragung der Vorschuld, вЪ Archiv f. civ. Pr. т. 64.
- Schlossmann**, Der Besitzerwerb durch Dritte 1881.
- Schmidt, Arthur**, das Recht des Ueberhangs und Ueberfalls 1886.
- Schmidt**, das Recht der Superficies, вЪ Savigny Zeitschrift т. II.
- Schmidt**, Interdiktenverfahren (?)
- Schmidt**, z. Lehre v. d. Wirkunger Rechtsgeschäfte 1888.
- Schmidtlein, E. S.** de servitutibus per pactum constituendis. Gött. 1823.
- Schneider, K. G.**, über den Einfluss der communitio rei auf Klageberechtigung, вЪ Sells Jahrbücher т. I.
- Schönemann, Oskar**, die Servituten 1866.
- Schrader**, civilistische Abhandlungen 1816 отд. 2: Wie kam man auf, die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten.
- Schroeder, Fr.** gesetzliche Veraeusserungsverbote 1875.

- Schulin**, über einige Anwendungsfälle der Publiciana, 1873.
- Schwind**, Wesen und Inhalt des Pfandrechts 1899.
- Scialoja**, del pvacarista вѣ studi giuridici e storici per l. VIII centenario della universita di Bologna.
- Seeler**, W. von, die Lehre vom Miteigenthum 1896.
- Sell**, Karl, römische Lehre des Eigenthums 1852.
- Sell**, Wilhelm, Versuche I.
- Seuffert**, Erörterung т. 2.
- Sintenis**, Pfandrecht 1836.
- Sohm**, die Lehre vom subpignus 1864.
- Sohm**, Natur und Geschichte der modernen Hypothek Grünhuts Ztschr. т. 5.
- Spiegelberg**, Eigenthumserwerb an Flussinseln, 1886. Rostocker Inauguraldissertation.
- Stahl**, Dr F. I. Philosophie des Rechtes 2 тома, Tübingen, 1878.
- Stammler**, der Niessbrauch an Forderungen, ein Beitrag zur Lehre vom Rechte an Rechten, 1880.
- Steinlechner**, Dr. P., das Wesen der Juris communio und juris quasi communio, 1 Abth. Innsbruck 1876. 2 Abth. des Miteigenthum in seinen principiellen Einzelbeziehungen, Innsbruck 1878.
- Stintzing**, das Wesen der bona fides 1852.
- Stobbe**, O., Handbuch des deut. Privatrechts neu bearbeitet von Lehmann 4 т. 1893—1900.
- Stölzel**, die Lehre v. d. operis novi nuntiatio und interd. quod vi aut clam 1865.
- Strempel**, über die justa causa bei der Tradition 1856.
- Strohal**, Besitzrecht d. Entwurfs (Iherings Jahrb. т. 29 и 31.
- Strohal**, Succession in dem Besitz 1885.
- Strykius**, Samuel, usus modernus pandectarum, 1690 ect 1749—80, 4 т.
- Sturm**, Beiträge 1891 III.
- Sulzer**, Specification 1884.
- Tartufari**, della acquisizione e della perdita del possesso, 1887.
- Tellegen**, successio hypothecaria, Groningen 1880.
- Thibaut**, civilistische Abhandlungen 1814.
- Thibaut**, System (Pandecten) 8 изд. 2 т. 1834, 2 изд. Бухгольца 1846 г.
- Thibaut**, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts т. 1, 2, 1 изд. 1798 и 1801, 2-ое изд. 1817.
- Thorsch**, das Pactum reservati dominii 1875.
- Tigerström**, über das frühere Verhältniss des Rechts am ager vectigalis 1828.
- Ubbelohde**, Die Lehre von den untheilbaren Obligationen 1862.
- Uhland**, praes. Gmelin diss. de servitutum natura dividua et individua. Dissert. Tübing. 1810.
- Unterholzner**, Verjährungslehre 1827, 2 изд. bearbeitet von Schirmer 1858.
- Vaturi**, dell' operis novi nuntiatio вѣ archivio giuridico т. 49.
- Verloren**, P. het constitutum possessorium in het Romeinische recht, Utrecht 1867.
- Voigt**, römische Rechtsgesch. 3 тома, 1892, 1899 и 1902 г.
- Voigt**, über. d. Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen 1875.
- Voss**, zur Lehre vom jus offerendi вѣ Iherings Jahrb. т. 15.
- Vuy**, de originibus et natura juris emphyteutici Romanorum, Heidelberg 1838.
- Wächter**, Württ. Priv. Recht 2 т. 1839—51.
- Wächter**, das Vorzugsrecht des Vermiethers 1885.
- Wächter**, die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums 1871.
- Wächter**, G. Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württemb. Privatrechte, Stuttg. 1845.
- Wächter**, Jagdrecht вѣ Abhandlungen der Leipziger Juristenfacultät т. 1.

- Wächter**, Platzrecht въ Programme der Leipziger Juristenfacultät 1865—1868 и въ 2 изд. въ Abhandlungen der Juristfakultät т. I подъ заглавіемъ: Das Superficiar oder Platzrecht.
- Wächter**, Schwebendes Eigenthum 1871.
- Weber**, Max, Roemische Agrargeschichte 1891.
- Weber**, Max, Verhaeltnisse der Landarbeiter 1893.
- Weigert**, z. L. v. d. Stillschweigenden Servitutbestellung Inaug.-Diss. Kassel 1887.
- Wendt**, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschaeften Hft I, 1878 Hft II, die Reuvertraege 1879.
- Wetzel**, der röm. Vind.-process. 1845.
- Wieding**, der justinianische Libellprocess (?).
- Wiessner**, d. Pfandr. an. d. eigenen Sache. Bresl. Jn.-Diss. 1893.
- Windscheid**, Zwei Fragen aus d. Lehre der ungerechten. Bereicherung, Leipziger Universitätsprogramme 1878.
- Wirth**, die libertatis usucapio 1854.
- Witte**, Hermann, i. uti possidetis 1863.
- Zachariae** von Lingenthal, über die Unterscheidung von servitutes rustical. und urbanae 1844.
- Ziebarth**, Realxecution u. Obligation 1865.
- Zimmermann**, de notione et historia cautionis praedibus praediisque 1857.
- Zimmermann**, die Lehre von d. stellvertretenden neg. gestio, 1876.
- Zimmermann**, echte und unechte negotiorum gestio, 1872.
- Zimmermann**, über die Theilung unter wenigen von mehreren Kommuniionsinteressenten въ Archiv für civ. Praxis т. 34.
- Zimmern**, въ Neustetels römischrechtliche Untersuchungen, 1821.

УКАЗАТЕЛЬ

МѢСТЪ ИЗЪ ИСТОЧНИКОВЪ, РАЗМАТРИВАЕМЫХЪ ВЪ I Т. Ч. 2.

Большія цифры послѣ двоеточія обозначаютъ *параграфъ*, маленькія — *примѣчаніе*.

Institutionum.

II, 1 de R. D.
 § 32 : 205¹².
 § 47 : 223³.
 IV, 6 de action.
 § 2 : 224⁹.

Digestorum.

II, 8 qui satisd. cog.
 l. 15 § 1 : 258¹¹.
 VI, 1 de R. V.
 l. 23 § 5 : 209⁷.
 VII, 1 de usufr.
 l. 7 § 2 : 248²⁸.
 l. 15 §§ 4, 5 : 249⁵.
 VII, 4 quib. mod. usufr.
 l. 5 § 2 : 254³.
 VII, 9 usufr. quemadmod.
 l. 9 § 3 : 249⁵.
 VIII, 1 de servit.
 l. 8 Pr.: 240⁴.
 l. 14 : 169⁴.
 l. 19 : 240⁹.
 VIII, 2 de S. P. U.
 l. 4 : 244⁹.
 l. 28 : 240¹⁶.
 l. 32 : 236⁵.
 VIII, 3 de S. P. R.
 l. 2 : 239⁵.
 l. 7 § 1 : 240¹².
 l. 33 § 1 : 238⁷.

VIII, 4 communia praed.
 l. 6 Pr. : 240¹².
 VIII, 5 si serv. vind.
 l. 4 § 1 : 242⁶.
 l. 4 § 3 : 255⁷.
 l. 6 § 1 : 234²¹, 242⁸.
 l. 10 Pr. : 252⁹.
 l. 17 Pr. : 199⁵.
 VIII, 6 quemadmod. servitutes.
 l. 25 : 190⁶.
 X, 2 famil. ercisc.
 l. 2 § 4; 197²².
 X, 3 comm. divid.
 l. 8 Pr. : 197²².
 X, 4 ad exhibend.
 l. 12 § 3 : 204¹⁰.
 XII, 1 de R. C.
 l. 18 : 213⁹.
 XIII, 6 commod. v. contra.
 l. 5 § 15 : 195¹².
 XIII, 7 de pignerat. act.
 l. 4 : 280⁴.
 l. 11 § 5 : 268⁹.
 l. 37 : 174⁴.
 l. 41 : 267¹⁰.
 XVI, 2 de compensat.
 l. 17 § 1 : 173⁵.
 XVII, 1 mand. v. contra.
 l. 49 : 216⁷.
 XVII, 2 pro socio.
 l. 1 § 1 : 211².
 XVIII, 6 de P. e. C.
 l. 1 § 2 : 178⁷.
 l. 15 § 1 : 178⁷.

- XIX, 1 de A. E. V.
 l. 31 § 2 : 228¹⁶.
 XIX, 2 loc. cond.
 l. 15 § 4 : 258⁹.
 XX, 1 de P. e. H.
 l. 16 § 3 : 284².
 l. 22 : 267¹⁰.
 XX, 3 quae res pign.
 l. 3 : 290².
 XX, 4 qui potiores.
 l. 1 Pr. : 274¹⁰.
 l. 7 § 1 : 267⁸.
 l. 9 § 3 : 267⁹.
 XX, 5 de distr. p.
 l. 12 § 1 : 282⁷.
 XXI, de evict.
 l. 38 : 282⁷.
 l. 65 : 277¹.
 l. 74 § 1 : 282⁷.
 XXI, 3 de except. r. v. e. tr.
 l. 1 § 5 : 216⁴.
 XXII, 1 de usufr. et fruct.
 l. 28 Pr. : 205⁶.
 XXIII, 3 de jur. dot.
 l. 32 § 5 : 259².
 l. 66 : 246⁵.
 XXIII, 5 de fund. dot.
 l. 16 : 217⁵.
 XXXIII, 2 de usu et usufr.
 l. 2 : 250¹⁵.
 XXXIV, 4 de adimend. v. transfer. leg.
 l. 1 : 242⁶.
 XXXVI, 1 ad S. C. Trebellian.
 l. 61 (59) : 291⁵.
 XXXIX, 1 de O. N. N.
 l. 5 § 9 : 237⁴.
 l. 15 : 256¹⁷.
 XXXIX, 2 de D. J.
 l. 38 § 1 : 230⁸.
 XXXIX, 3 de aqua et aquae pl. arc.
 l. 26 : 250¹⁰.
 XXXIX, 5 de donat.
 l. 13 : 180¹³.
 XLI, 1 de A. R. D.
 l. 5 § 5 : 223⁷.
 l. 7 § 3 : 207¹¹.
 l. 13 Pr. : 180⁷.
 l. 36 : 213⁹.
 l. 37 § 6 : 180¹⁴.
 l. 55 : 178⁴.
 l. 65 § 4 : 207¹⁰.
 XLI, 2 de A. v. A. P.
 l. 3 § 13 : 182⁴.
 l. 8 : 182¹⁰.
 l. 17 § 1 : 223².
 l. 18 § 1 : 182¹².
 l. 27 : 182¹¹.
 l. 30 Pr. : 176⁹.
 l. 32 § 2 : 179⁸.
 l. 34 : 182¹².
 l. 42 § 1 : 180⁷.
 l. 48 : 178¹⁶.
 XLI, 3 de usurp.
 l. 10 § 1 : 252⁴.
 l. 27 : 230²¹.
 l. 30 § 1 : 176⁹.
 l. 32 § 2 : 169¹⁴.
 XLI, 4 pro emptore.
 l. 2 § 2 : 194⁷.
 l. 11 : 220²¹.
 XLI, 7 pro derelicto.
 l. 2 Pr. : 203².
 l. 3 : 195⁷.
 XLIII, 16 de vi et de vi arm.
 l. 1 § 5 : 173³.
 XLIII, 17 uti possidetis.
 l. 3 Pr. : 186¹⁸.
 XLIII, 18 de superfic.
 l. 1 § 1 : 259².
 XLIII, 19 de itinere act. priv.
 l. 1 § 2 : 257⁷.
 XLIII, 20 de aq. cotidiana.
 l. 3 § 4 : 252¹⁰.
 l. 7 : 256¹⁷.
 XLIII, 27 de arbor. caed.
 l. 1 §§ 7, 8 : 200⁷.
 XLIV, 2 de except. rei judic.
 l. 21 § 1 : 226³.
 l. 30 § 1 : 292⁸.
 XLIV, 4 de doli mali et met. exc.
 l. 4 § 32 : 193⁷, 216⁸.
 XLIV, 7 de O. e. A.
 l. 5 Pr. : 194⁷.
 l. 55 : 213².

XLVII, 2 de furtis.

l. 48 §§ 5, 6 : 205¹¹.

XLIX, 14 de jure fisci.

l. 46 § 3 : 269⁷.

L, 16 de V. S.

l. 28 : 217⁵.

l. 86 : 238⁴.

L, 17 de R. J.

l. 45 : 292⁷.

l. 153 : 182¹⁰.

Codicis.

I, 2 de sacrosanct. eccles.

l. 23 : 211².

II, 3 de pact.

l. 20 : 251¹⁶.

II, 40 (41) in quib. caus.

l. 5 : 220²².

III, 33 de usufr.

l. 14 : 246⁴.

III, 34 de servit. et de aqua.

l. 1 : 244²⁴.

l. 6 : 237⁵.

l. 13 : 254²⁷.

III, 38 communia utr. jud.

l. 3 : 197²⁴.

IV, 39 de H. v. A. V.

l. 7 : 293¹².

VII, 32 de A. l. R. P.

l. 3 : 179⁸.

l. 5 : 179³.

l. 12 Pr. : 183⁶.

VII, 33 de praeser. longi temp.

l. 12 § 4 : 252⁵.

VIII, 14 (15) in quib. caus. p. t. c.

l. 3 : 273⁸.

VIII, 17 (18) qui potiores.

l. 7 : 267⁸.

VIII, 22 (23) si in causa judicati.

l. 1 : 271⁸.

VIII, 27 (28) de distract.

l. 5 : 281⁵.

VIII, 53 (54) de donation.

l. 1 : 178¹³.

Juris antejustineanei.

Pauli sententiae.

I, 18 § 4 : 197²².

II, 5 § 2 : 273⁸.

II, 13 § 5 : 280⁴.

Festus: de verborum significatu. verb.
possessio. 171⁴.

Juris canonici.

Liber extra:

liber II.

Tit. 13: de rest spol.

c. 18 : 189³.

liber III.

Tit. 18: de locat.

c. 4 : 260²⁴.

- никъ законовъ, распоряженій и разъясненій о бражъ и разводѣ. Сост. *Г. Морозовъ*. 901 г. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.
- Вочная книга для суд. слѣдователей и кандидатовъ на суд. должн. Сост. суд. *В. Д. Ильинъ*. 95 г. 1 р. 20 к., въ пер. 1 р. 50 к.
- Разцы и формы дѣлопроизводства мир. и гор. судей, земск. нач. и гмин. судовъ. Сост. *А. Старнаевскій*. Изд. 3. 902 г. 1 р. 50 к., въ пер. 1 р. 80 к.
- Руководство для мировыхъ судей. *Н. Неклюдова*. Т. I. Уставъ Угол. Судопр. 72 г. 4 р. Т. II. Уставы о наказаніяхъ 74 г. 4 р. 50 к., оба тома въ пер. 10 р.
- Очерки польской ипотеки. Практич. руководство въ 2 частяхъ. Сост. кн. *В. А. Волковскій* (Печатано по распор. Мин. Юст.). 91 г. 3 р.
- Законъ 2 Юня 1897 г. о нормировкѣ рабоч. времени съ утвержденными Мин. Фин. циркулярами, правилами и инструкціею фабр. инспекціи. 98 г. 30 к.
- Фонъ-Резонъ. Жассад. практи. по дѣламъ объ акцизныхъ нарушеніяхъ, 905 г. ц. 1 р. 50 к. въ пер. 2 р.
- Гессенъ Г. В. и Фридрихъ В. Сборникъ законовъ о евреяхъ съ разъясненіями по опредѣл. Прав. Сен. и цирк. Министерствъ 904 г. ц. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.
- Промышленная собственность (Узаконенія о фабр. и торгов. маркахъ и клеймахъ, привилегіяхъ и пр.). Сост. *А. Кобеллицкій*. 96 г. 1 р. 50 к., въ пер. 2 р.
- Наказъ чинамъ фабричной инспекціи. Его-же. 95 г. 30 к.
- Полный сводъ акцизн. нарушеній, съ разъясн. и доп. *А. Варениновъ*. 96 г. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.
- Уставъ Военно-Судебный, съ разъясн. и дополи. Составилъ *Н. Мартыновъ*. Изд. 8. 902 г. 3 р. 50 к., въ пер. 4 р.
- Воинск. Уст. о нак., съ доп. и разъясн. *А. Анисимовъ*. Изд. 7. 902 г. 3 р., въ пер. 3 р. 50 к.
- Уст. о наказ., нал. Мир. Суд. *Н. С. Таланцева*. Изд. 15. 904 г. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.
- Улож. о нак. угол. и испр. съ разъясн. 1885 г. *Н. С. Таланцева*. Изд. 12. 904 г. 4 р. 50 к.
- Русское угол. право. Часть общая. *Н. С. Таланцева*. Изд. 2. 902 г. два тома—10 р.
- Положеніе объ эмерит. кассѣ военно-сухопутн. вѣдомства. 96 г. 40 к.
- Шарьяевъ В. Н. Уголовная отвѣтственность врачей. 904 г. ц. 30 к.
- Ворьба за право. Соч. Р. Иеринга. Перев. подъ ред. проф. *М. Савинникова*. 95 г. 60 к.
- Очерки первобытнаго права. *С. Гальперина*. 93 г. 2 р., въ пер. 2 р. 30 к.
- Адвокатъ противъ адвокатуры. Соч. *В. Ильинскаго*. 94 г. 30 к.
- Учебникъ гражд. права. *Е. Васковскаго*. Вып. I: введеніе и общая часть. 94 г. В. 2. Вещное право. 96 г. По 1 р. 25 к., въ перепл. по 1 р. 50 к.
- Организація адвокатуры. Его-же. 93 г. 3 р. 50 к., въ пер. 4 р.
- Будущее русской адвокатуры. Его-же. 93 г. 30 к.
- Основные вопросы адвокатской этики. Его-же. 95 г. 50 к., въ пер. 75 к.
- Теорія владѣнія. Р. Иеринга. Пер. *Е. Васковскаго*. 95 г. 50 к., въ пер. 75 к.
- Французская философія I-й половины XIX в., соч. Тэна. пер. подъ ред. *В. Васковскаго*. 96 г. 1 р. 50 к., въ пер. 2 р.
- Пропорціональные выборы. Соч. проф. *Н. М. Коркунова*. 96 г. 60 к.
- Сборникъ статей, его-же, за время 1877—97 гг. Общіе вопросы права, исторія права, госуд. право, междунар. право. 98 г. 3 р. 50 к., въ пер. 4 р.
- Лекціи по общей теоріи права. Его-же. Изд. 6. 904 г. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.
- Указъ и законъ. Изслѣдованіе. Его-же. 94 г. 2 р. 50 к., въ пер. 3 р.
- Повторит. курсъ по гражд. праву, примѣнит. къ программѣ Юрид. Ком., по курсамъ Дювернуа, Мейера, Побѣдоносцева и др. Изд. 2. 93 г. 1 р. 50 к.
- Повторит. курсъ полиц. права (сост. по Андреевскому, Антоновичу, Бунге, Штейну, Тарасову, Шеймину и др.). 900 г. 1 р. 50 к., въ пер. 2 р.
- Земельный кредитъ и оскудѣніе. Соч. *В. Быстренина*. 95 г. 25 к.
- Изъ воспоминаній суд. слѣдов., рассказъ *В. Волжина*. 82 г. 50 к.
- Самов. пользованіе чуж. имуществомъ. *Г. Носовича*. 93 г. 75 к., въ пер. 1 р.
- О влѣптоманіи (врожд. наклонности къ воровству). *Н. Плисскаго*. Изд. 2. 93 г. 50 к., въ пер. 70 к.
- Новѣйш. успѣхи науки о преступникѣ. Соч. *Ц. Ломброзо*, пер. Раппопорта, съ предисл. Л. М. Берлина. 92 г. 1 р., въ пер. 1 р. 25 к.
- Устраняется ли изъ угол. процесса, въ случаѣ оправдат. приговора, гражд. искъ по дѣламъ общихъ суд. мѣстъ? *А. Скобелъчина*. 92 г. 50 к.
- Новыя доктрины угол. права. Проф. *Ад. Принса*. 97 г. 30 к.
- Юрид. положеніе крестьянъ. Изслѣд. *Н. Дружинина*. 97 г. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.
- Сборникъ толкованій русск. юристовъ къ Суд. Уставамъ за 25 лѣтъ (66—91). Сост. *А. Тимановскій*. Изд. 2. 92 г. 3 р., въ пер. 3 р. 60 к.
- Геймбергеръ. Что такое справедливость! перев. Шрахтерева. 904 г. ц. 50 к.
- Прусская конституція пер. Бар. А. Мейендорфа. 905 г. ц. 75 к.

temp.

n. t. c.

Ц. 2 р. 25 к.