

# СИСТЕМА РИМСКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

Проф. Барона.



Перевелъ съ пятого нѣмецкаго изданія  
Л. Петражицкій.

ВЫПУСКЪ ВТОРОЙ.

Книга II. Владѣніе. Книга III. Вещныя права.

ВТОРОЕ ИЗДАНИЕ

(исправленное по 9-му нѣмецкому изданію).



Изданіе московскаго юридическаго магазина А. Ф. Скорова  
комиссіонера Государственной канцеляріи и Государственной типографіи.  
Москва, Никольская, д. „Славянскаго Базара“.



МОСКВА.

Типо-литографія Высочайше утвержден. Т-ва И. Н. Кушнеревъ и К<sup>о</sup>.  
Пименовская ул., соб. домъ.

1898.

# ОГЛАВЛЕНИЕ.

## КНИГА ВТОРАЯ.

### П р а в о в л а д ѣ н і я .

#### ГЛАВА ПЕРВАЯ.

§§		Стр.
112.	1) Понятіе и юридическое значеніе . . . . .	1
113.	2) Терминологія источниковъ . . . . .	7

#### ГЛАВА ВТОРАЯ.

##### Возможность владѣнія.

114.	1) Личная способность къ владѣнію . . . . .	8
115.	2) Объектъ владѣнія . . . . .	9

#### ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

##### Приобрѣтеніе и потеря владѣнія.

116.	I. Приобрѣтеніе владѣнія . . . . .	11
117.	Въ частности—черезъ представителя . . . . .	14
118.	II. Потеря владѣнія . . . . .	16
119.	Въ частности о потерѣ владѣнія, осуществляемаго черезъ представителя . . . . .	18

#### ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

##### З а щ и т а в л а д ѣ н і я .

	Предварительное замѣчаніе . . . . .	19
120.	I. Interdicta retinendae possessionis . . . . .	20
121.	Дальнѣйшее развитіе въ средніе вѣка . . . . .	23
	II. Interdicta recuperandae possessionis.	
122.	A. Interdictum de vi . . . . .	24
123.	Дальнѣйшее развитіе въ средніе вѣка . . . . .	26
124.	B. Interdictum de precario . . . . .	26

## КНИГА ТРЕТЬЯ.

## Вещныя права.

## ГЛАВА ПЕРВАЯ.

## Собственность.

## Раздѣль первый.

§§	Понятіе и содержаніе собственности.	Стр.
125.	I. Понятіе собственности . . . . .	28
	II. Ограниченія собственности.	
	Предварительное замѣчаніе . . . . .	31
126.	1) Первый классъ ограниченій собственности (такъ наз. легальные сервитуты) . . . . .	31
127.	2) Второй классъ ограниченій собственности (вещныя права на чужую вещь, запрещенія отчужденія) . . . . .	35
	<b>Раздѣль второй.</b>	
128.	Виды собственности . . . . .	38
	<b>Раздѣль третій.</b>	
129.	Объекты собственности . . . . .	42
	<b>Раздѣль четвертый.</b>	
	<b>Приобрѣтеніе собственности.</b>	
130.	I. Общій обзоръ и классификація способовъ приобрѣтенія . . . . .	43
	II. Отдѣльные способы приобрѣтенія собственности.	
	A. Производные.	
131.	1) Передача (traditio) . . . . .	45
132.	2) Adjudicatio . . . . .	50
133.	3) Лишеніе собственности въ наказаніе . . . . .	50
	B. Первоначальные способы приобрѣтенія собственности.	
	1) На вещи, вновь возникающія.	
134.	а) Приобрѣтеніе права собственности на плоды . . . . .	51
135.	б) Приобрѣтеніе вновь возникающихъ участковъ . . . . .	53
136.	в) Приобрѣтеніе посредствомъ переработки (specificatio) . . . . .	54
	2) Первоначальное приобрѣтеніе безхозяйственныхъ вещей.	
137.	а) Occupatio . . . . .	55
138.	б) Находка клада . . . . .	57
	3) Первоначальное приобрѣтеніе вещей другихъ лицъ.	
139.	а) Соединеніе . . . . .	58
	б) Приобрѣтеніе по давности.	
140.	а. Историческое введеніе . . . . .	62
	б. Обыкновенная давность.	
	аа. Условія.	
	Предварительное замѣчаніе . . . . .	65
141.	аа. Владѣніе . . . . .	65

§§		Стр.
142.	ββ. Срокъ давности . . . . .	66
143.	γγ. Titulus . . . . .	67
144.	δδ. Добросовѣстность . . . . .	68
145.	εε. Вещи, негодныя для давности. . . . .	70
146.	ββ. Перерывъ и пріостановленіе давности . . . . .	72
147.	γγ. Чрезвычайная давность . . . . .	73

## Раздѣлъ пятый.

148.	Потеря собственности. . . . .	74
------	-------------------------------	----

## Раздѣлъ шестой.

## Защита собственности.

149.	Общій обзоръ . . . . .	75
	I. Rei vindicatio.	
150.	1) Условія иска . . . . .	75
151.	2) Доказываніе . . . . .	76
152.	3) Обязанности отвѣтчика . . . . .	77
153.	4) Возраженія отвѣтчика . . . . .	79
154.	II. Negatoria actio. Prohibitoria actio. . . . .	81
155.	III. Искъ фиктивного собственника (Publiciana in rem actio). . . . .	83

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

## Сервитуты.

## Раздѣлъ первый.

## Общія начала.

156.	1) Понятіе и признаки . . . . .	85
157.	2) Виды сервитутовъ . . . . .	88

## Раздѣлъ второй.

## Отдѣльные сервитуты.

## I. Личные сервитуты.

158.	1) Общій обзоръ . . . . .	89
	2) Ususfructus (пользовладѣніе).	
159.	а) Понятіе и содержаніе . . . . .	91
160.	б) Обязанности узупфруктуарія . . . . .	93
161.	с) Quasiususfructus . . . . .	95
162.	3) Usus (право пользованія). . . . .	96

## II. Вещные сервитуты.

163.	1) Общія начала . . . . .	98
164.	2) Виды вещныхъ сервитутовъ. . . . .	100
	3) Отдѣльные вещные сервитуты.	
165.	а) Сельскіе сервитуты . . . . .	101
166.	б) Городскіе сервитуты. . . . .	103

## Раздѣль третій.

§§	Возникновеніе сервитутовъ.	Стр.
167.	1) По частнымъ сдѣлкамъ . . . . .	105
168.	2) По судебному распоряженію . . . . .	108
169.	3) По давности. . . . .	109
170.	4) По закону . . . . .	110

## Раздѣль четвертый.

171.	Прекращеніе сервитутовъ . . . . .	110
------	-----------------------------------	-----

## Раздѣль пятый.

172.	Защита сервитутовъ (confessoria in rem actio) . . . . .	114
------	---	-----

## Раздѣль шестой.

## Владѣніе сервитутомъ (iuris quasi possessio).

173.	1) Понятіе и историческое развитіе . . . . .	116
174.	2) Приобрѣтеніе и потеря владѣнія сервитутомъ. . . . .	117
175.	3) Защита владѣнія сервитутомъ . . . . .	118

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

## Эмфитевзисъ.

176.	1) Историческое введеніе . . . . .	121
177.	2) Понятіе и содержаніе . . . . .	123
178.	3) Обязанности эмфитевты . . . . .	124
179.	4) Возникновеніе эмфитевзиса. . . . .	125
180.	5) Переносъ эмфитевзиса. . . . .	126
181.	6) Прекращеніе эмфитевзиса . . . . .	127
182.	7) Владѣніе эмфитевты . . . . .	127

## ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

183.	Superficies . . . . .	128
------	-----------------------	-----

## ГЛАВА ПЯТАЯ.

## Закладное право.

## Раздѣль первый.

## Общія начала.

184.	А. Понятіе реального кредита и его формы въ римскомъ правѣ	131
185.	В. Понятіе и сущность закладного права . . . . .	134

## Раздѣль второй.

## Возникновеніе закладного права.

	Предварительное замѣчаніе. . . . .	136
--	------------------------------------	-----

§§		Стр.
186.	I. Требованіе . . . . .	136
187.	II. Предметъ закладнаго права . . . . .	137
	III. Актъ возникновенія . . . . .	137
	Предварительное замѣчаніе. . . . .	140
188.	A. Частное распоряженіе. . . . .	140
189.	B. Судебное распоряженіе . . . . .	141
190.	C. Норма права. . . . .	142

## Раздѣлъ третій.

## Перемѣны послѣ возникновенія закладнаго права.

191.	A. Въ обезпечиваемомъ обязательствѣ. . . . .	145
192.	B. Въ предметѣ залога . . . . .	146
193.	C. Въ лицѣ залогопринимателя . . . . .	148

## Раздѣлъ четвертый.

## Права залогопринимателя.

	I. Въ случаѣ залога телѣсныхъ вещей.	
	Предварительное замѣчаніе. . . . .	150
	A. Право на владѣніе.	
194.	1) Общія начала . . . . .	150
	2) Иски для защиты права на владѣніе.	
195.	a) Actio hypothecaria . . . . .	150
196.	b) Interdictum Salvianum. . . . .	153
197.	c) Другіе иски . . . . .	154
198.	B. Право продажи. . . . .	155
199.	C. Право на присужденіе права собственности (ius domini impetrandi.) . . . . .	159
200.	D. Право удержанія (ius retentionis). . . . .	160
201.	E. Право пользованія и извлеченія плодовъ . . . . .	160
202.	II. Права залогопринимателя при другихъ залогахъ . . . . .	162

## Раздѣлъ пятый.

## Стеченіе нѣсколькихъ залогопринимателей.

203.	A. Общій обзоръ . . . . .	163
	B. Въ частности объ опредѣленіи первенства.	
204.	1) По старшинству . . . . .	165
205.	2) По привилегіи (привилегированныя закладныя права) . . . . .	168
206.	3) По формѣ установленія (публичныя закладныя права) . . . . .	169

## Раздѣлъ шестой.

207.	Прекрашеніе закладнаго права . . . . .	170
------	--	-----

## КНИГА ВТОРАЯ.

### Право владѣнія.

t. D. XLI, 2: de acquirenda vel amittenda possessione.—t. C. VII, 32: de acquirenda et retinenda possessione.—v. *Savigny*, das Recht des Besitzes. 7. Auflage. 1865.—*Bruno*, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848.—*Randa*, der Besitz. 4. Auflage. 1895.—*Ihering*, über den Grund des Besitzschutzes. 2. Auflage. 1869.—*Meischeider*, Besitz und Besitzschutz. 1875. 1876.—*Bekker*, das Recht des Besitzes bei den Römern. 1880.—*Kindel*, die Grundlagen des römischen Besitzrechtes. 1883.

### ГЛАВА ПЕРВАЯ.

#### 1) § 112. Понятіе и юридическое значеніе.

*Ihering*, über den Grund des Besitzschutzes. 2. Aufl. S. 3—72. 1869.—*Dernburg*, Entwicklung und Begriff des jurist. Besitzes des R. R. 1883.—*Voigt*, der Besitz des Sequester. 1885.—*W. Stintzing*, der Besitz. 1889.—*Hirsch*, die Principien des Sachbesitzerwerbes und Verlustes. §§ 27—32. 1892.—*Vangerow*, § 198.—*Windscheid*, §§ 148—150. 154.—*Brinz*, §§ 135. 136. 139.—*Baron*, § 103.

**I. Понятіе. Владѣніе** (со времени Савинья называемое обыкновенно *юридическимъ владѣніемъ*) по общему правилу есть фактическое господство лица надъ тѣлсною вещью<sup>1</sup>, соединенное съ волею лица имѣть вещь вполне для себя (*animus possidendi, tenendi*<sup>1a</sup>, у византійскихъ юристовъ — *φύνη δεσπόζουτος*, у новыхъ — *animus domini, animus rem sibi habendi*). Фактическое господство проистекаетъ изъ отношенія лица къ вещи по мѣсту нахождения, изъ отношенія близости лица къ вещи, но такъ какъ юридическое владѣніе зиждется на элементѣ воли, то оно представляетъ не только отношеніе по мѣсту; поэтому, напр., предметы, упавшіе на какой либо участокъ (напр., плоды съ деревьевъ сосѣдняго участка), занесенные туда вѣтромъ, водою или оставленные тамъ

<sup>1</sup>1. 1. pr. D. h. t. 41, 2.—<sup>1a</sup>1. 1. §§ 3. 20. 1. 3. §§ 1. 3. 1. 8. 1. 18. § 3. D. h. t. 41, 2; 1. 3. C. h. t. 7, 32.

къмъ либо, не состоятъ въ юридическомъ владѣніи владѣльца участка. Воля лица имѣть вещь вполне для себя бываетъ только у собственника и у такъ наз. добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльца. Эти три категоріи лицъ называются также *первоначальными юридическими владѣльцами* (въ противоположность производнымъ владѣльцамъ, ниже sub II с.). *Тотъ, кто имѣетъ фактическое господство надъ вещью, но не имѣетъ указанной выше воли, называется держателемъ ея (detentor); онъ имѣетъ вещь въ своемъ обладаніи (детенціи, натуральномъ владѣніи), находится in possessione rei. Неважно, желаетъ ли держатель вещи въ какомъ либо одномъ направленіи господствовать надъ нею (напр., пользоваться ею, какъ наниматель, ссудоприниматель) или нѣтъ (какъ взявшій вещь на храненіе или тотъ, у котораго вещь находится на основаніи порученія)<sup>2</sup>. Всѣмъ этимъ лицамъ не принадлежитъ юридическое владѣніе вещью, а только detentio: они держатъ вещь (детинируютъ) отъ имени юридическаго владѣльца (отдающаго вещь въ наемъ, ссуду, на храненіе, однимъ словомъ: nomine alieno).*

Изложенное выше различіе между юридическимъ владѣльцемъ и держателемъ основывается на теоріи Савиньи, по которой первый имѣетъ animus possidendi (domini), а второй (detentor) такого animus не имѣетъ; но недавно эту теорію подвергъ отрицательной критикѣ Іерингъ, по мнѣнію котораго этому воззрѣнію изъ римскихъ юристовъ слѣдовалъ одинъ только Павелъ; прочіе же римскіе юристы, по мнѣнію Іеринга, основывали различіе между юридическимъ владѣніемъ и держаніемъ не на моментъ наличности или отсутствія animus possidendi (domini), а на потребностяхъ оборота: они признавали юридическое владѣніе во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ detentor нуждался въ защитѣ противъ произвола и нарушенія довѣрія (ср. ниже sub II. 1) и не признавали наличности юр. владѣнія въ случаяхъ отсутствія этой потребности.

## II. Юридическое значеніе владѣнія двояко.

1. *Юридическій владѣлецъ въ классическомъ римскомъ правѣ пользуется защитой противъ произвола и нарушенія довѣрія (§§ 120 и сл.). Эта защита и составляетъ ius possessionis (ниже*

<sup>2</sup> § 5. I. de int. 4. 15.



пр. 8). Въ этомъ отношеніи безразлично, какимъ образомъ владѣлецъ приобрѣлъ владѣніе<sup>3</sup>: iniustus possessor (vitiosa possessio), т. е. тотъ, кто овладѣлъ вещью насильно или тайно (vi, clam), или, получивши по просьбѣ своей владѣніе отъ другого лица до востребованія (precario), удержалъ это владѣніе, несмотря на требованіе возвратитъ его<sup>4</sup>, пользуется правомъ защиты наравнѣ съ iustus possessor, т. е. такимъ владѣльцемъ, который приобрѣлъ владѣніе безпорочно: in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat. Не имѣетъ никакого значенія и то обстоятельство, что *право* на вещь, можетъ быть, принадлежить не владѣльцу, а его противнику, иными словами: въ искѣ о владѣннн не допускаются возраженія о правѣ на вещь (§ 122). Иски для защиты владѣльца противъ произвола и нарушенія довѣрія введены преторскимъ эдиктомъ; это — interdicta retinendae и recuperandae possessionis; *поэтому юридическое владѣніе называется также интердиктнымъ владѣніемъ.*—Слѣдуетъ отмѣтить, что, кромѣ отвѣтственности по владѣльческимъ интердиктамъ, часто имѣетъ мѣсто также уголовная отвѣтственность, напр., за грабежъ, кражу и т. п.

2. *Юридическое владѣніе служитъ средствомъ для приобрѣтенія правъ на вещь, въ частности права собственности, т. е. во многихъ случаяхъ, кромѣ другихъ условій, требуется еще для приобрѣтенія права на вещь приобрѣтеніе владѣнія или его продолженіе въ теченіе извѣстнаго срока.* Сюда относятся: приобрѣтеніе посредствомъ occupatio, traditio, давности (§§ 131. 137. 140); къ послѣднему способу приобрѣтенія относится выраженіе: владѣніе годное для давности, давностное владѣніе. Во всѣхъ этихъ случаяхъ уже не безразлично, какъ приобрѣтено владѣніе. Завладѣніе здѣсь должно произойти безпорочно<sup>5</sup>. Чтобы нельзя было обойти этого требованія, установлено слѣдующее правило (см. § 143 пр. 9): nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest<sup>6</sup>.

Второй видъ значенія владѣнія будетъ изложенъ ниже, а теперь займемся первымъ. Здѣсь слѣдуетъ разсмотрѣть три вопроса:

а. *Въ чемъ состоитъ основаніе защиты владѣнія?* Какъ объ-

<sup>3</sup>l. 7. §§ 3. 4. D. comm. div. 10, 3; l. 2. D. uti poss. 43, 17; l. 3. § 5. l. 11. D. h. t. 41, 2.—<sup>4</sup>l. 13. § 1. D. de Publ. a. 6, 2; l. 22. § 1. D. de nox. act. 9, 4.—<sup>5</sup>l. 5. l. 33. D. h. t. 41, 2.—<sup>6</sup>l. 2. § 1. D. pro her. 41, 5; l. 33. § 1. D. de usurp. 41, 3.

яснить, что неправомѣрный и даже недобросовѣстный владѣлец пользуется защитой противъ произвола и нарушенія довѣрія? Мнѣнія писателей расходятся; мы приведемъ здѣсь самыя распространенныя. Одни видятъ основаніе защиты въ запрещенности произвола; государственнѣй порядокъ гарантируетъ человѣку гражданскій миръ, которому противорѣчитъ произволь, хотя бы онъ былъ направленъ къ осуществленію права; произволь нарушаетъ общественный порядокъ и это нарушеніе необходимо исправить защитой владѣнія. Другіе видятъ основаніе защиты владѣнія въ волѣ лица, фактическимъ воплощеніемъ которой представляется владѣніе: эта воля, согласна ли она съ правомъ или нѣтъ, заслуживаетъ защиты противъ произвола и нарушенія довѣрія, какъ потому, что это есть (по мнѣнію однихъ) воля правоспособнаго лица, слѣдовательно, можетъ быть и правомѣрная воля, такъ и на томъ основаніи, что она (по мнѣнію другихъ) не должна уступать произволу другихъ лицъ. Прежніе ученые связывали понятіе владѣнія съ понятіемъ собственности и видѣли во владѣніи предполагаемую собственность: существуетъ презумпція, что владѣлецъ вещи въ то же время и собственникъ. Въ новѣйшее время это отношеніе владѣнія къ собственности было выражено иначе (Герингомъ): защита владѣнія установлена ради собственника, а именно для того, чтобы освободить его отъ труднаго доказательства права собственности (§ 151 пр. 2) въ тѣхъ случаяхъ, если его лишили вещи помимо его воли; а этой цѣли иначе достигнуть невозможно, какъ предоставленіемъ равнаго права на защиту и несобственнику, а даже и вору. Источники римскаго права прямого рѣшенія этого спорнаго вопроса не даютъ. Однако слѣдуетъ замѣтить, что многія нормы римскаго права, касающіяся владѣнія, составлены по образцу тѣхъ, которыя относятся къ собственности (ср. §§ 114—116), такъ что многое говоритъ въ пользу послѣдняго мнѣнія.

в. *Есть ли владѣніе фактъ или право?* Для рѣшенія этого спорнаго вопроса нельзя исходить изъ того, правомѣрно ли владѣніе въ данномъ конкретномъ случаѣ или неправомѣрно, такъ какъ защитой противъ произвола и нарушенія довѣрія пользуется *всякій* владѣлецъ — неправомѣрный и даже недобросовѣстный. Именно по этой причинѣ нельзя приписывать владѣнію, какъ таковому, характера права. Противъ этого, положимъ, возражаютъ,

что произволъ и нарушеніе довѣрія составляютъ не-право, лишь поскольку они нарушаютъ существующее право; слѣдовательно, защита противъ произвола и нарушенія довѣрія служитъ доказательствомъ существованія права. Но то право, которое защищается противъ произвола и нарушенія довѣрія, есть не владѣніе, а гражданскій миръ, воля лица, предполагаемая собственность, собственность, — смотря по тому, какой теоріи основанія защиты владѣнія будемъ держаться. Другими словами: *владѣніе не есть само по себѣ право, но такъ какъ его нарушеніе содержитъ въ себѣ или можетъ содержать нарушеніе права, то владѣльцу дается защита для охраны фактическаго положенія.* Источники неоднократно называютъ владѣніе фактомъ<sup>7</sup> и тутъ же рядомъ опредѣляютъ притязаніе владѣльца на защиту, какъ *ius possessionis*<sup>8</sup>; но они идутъ еще далѣе и видятъ во владѣннн присутствіе правового элемента (*possessio non tantum corporis, sed et iuris est; possessio plurimum ex iure mutuatur*)<sup>9</sup>; причина такого воззрѣнія заключается въ томъ, что нормы римскаго права о возможности, пріобрѣтеннн и потерѣ владѣнія не вездѣ соотвѣтствуютъ его фактическому характеру. Напротивъ, часто владѣніе считается существующимъ тамъ, гдѣ на дѣлѣ его нѣтъ, и наоборотъ, часто не признается существованіе владѣнія, хотя на дѣлѣ оно существуетъ; въ этихъ случаяхъ, очевидно, владѣніе не есть *фактическое* отношеніе. Это положеніе подтвердится еще въ слѣдующихъ параграфахъ.

с. Установленное выше понятіе владѣнія въ дѣйствительности не всегда послѣдовательно примѣняется. Въ источникахъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ приписывается юридическое владѣніе лицамъ, которыя держатъ вещь безъ владѣльческой воли (безъ т. н. *animus domini*). (*Этотъ видъ владѣнія названъ Савиннн „производнымъ владѣніемъ“*). Такое владѣніе приписывается:

а. Закладопринима телю. Въ источникахъ говорится, что владѣніе раздѣлено между принимающимъ закладъ и дающимъ. Последннн владѣть для давности, первый—во всѣхъ другихъ отношеніяхъ<sup>10</sup>. Спорно, слѣдуетъ ли признавать и ипотечнаго вѣри-

<sup>7</sup>1. 1. § 3. D. h. t. 41, 2; 1. 19. D. ex qu. c. mai. 4, 6.—<sup>8</sup>1. 44. pr. D. h. t. 41, 2; 1. 2. D. uti poss. 43, 17; 1. 2. § 38. D. ne quid in loco pub. 43, 8; 1. 5. § 1. D. ad l. Iul. de vi pub. 48, 6. —<sup>9</sup>1. 49. pr. § 1. D. h. t. 41, 2. —<sup>10</sup>1. 1. § 15. 1. 36. D. h. t. 41, 2; 1. 16. D. de usurp. 41, 3; cf. 1. 15. § 2. D. qui sat. 2. 8; 1. 35. § 1. 1. 37. D. de pign. act. 13, 7; 1. 40. pr. D. h. t. 41, 2.

теля, если залогъ попадаетъ въ его руки, владѣльцемъ, или нѣтъ. Нѣкоторыя мѣста въ источникахъ<sup>11</sup> говорятъ въ пользу утвердительнаго отвѣта.

β. Прекаристу, т. е. тому, кто получилъ отъ другого вещь по своей просьбѣ (preces) въ безмездное пользованіе съ тѣмъ, что давшій можетъ когда угодно потребовать ея возвращенія. Относительно прекариста источники<sup>12</sup> придаютъ рѣшающее значеніе содержанію просьбы и дозволенія. А именно, получившій вещь precario считается или детенторомъ вещи, или ея владѣльцемъ, смотря по тому, были ли направлены просьба получающаго и дозволеніе дающаго precario на detentio или на possessio (si precatus est, ut in possessione esset — ut possideret). Но и въ послѣднемъ случаѣ дающій вещь precario считается владѣльцемъ для приобрѣтенія по давности<sup>13</sup>, такъ что владѣніе въ этомъ случаѣ раздѣлено между нимъ и получившимъ вещь precario (какъ въ случаѣ α).

γ. Секвестру, т. е. лицу, которому судья или спорящія стороны отдали на храненіе спорную вещь. Ему принадлежитъ всегда (какъ это недавно было доказано) юридическое владѣніе, поскольку дѣло идетъ о защитѣ противъ произвола<sup>14</sup>; но является ли онъ въ то же время представителемъ будущаго побѣдителя или нѣтъ, это зависитъ отъ воли отдавшихъ вещь на храненіе; а именно, они могутъ опредѣлить, что время, въ теченіе котораго вещь будетъ находиться у секвестра, должно быть зачтено для давности побѣдителю въ настоящемъ спорѣ; въ противномъ случаѣ секвестрація прерываетъ давность<sup>14а</sup>.

δ. Многие юристы причисляютъ сюда владѣніе эмфитевты и суперфициарія. Ниже мы убѣдимся, что сюда относится только владѣніе эмфитевты (§§ 182. 183).

Господствующее мнѣніе (теорія Савиньи) объясняетъ только что приведенные случаи тѣмъ, что дѣйствительный владѣлецъ переноситъ здѣсь на другого свое *ius possessionis* (право на защиту противъ произвола, ср. выше пр. 8). Поэтому оно называется *последняго производнымъ владѣльцемъ*. Это возрѣніе можетъ быть признано правильнымъ развѣ только по отношенію къ прекаристу,

<sup>11</sup> l. 10. D. de pign. 20, 1; l. 66. pr. D. de ev. 21, 2; l. 3. C. de pign. 8, 14; § 3. l. de interd. 4, 15. — <sup>12</sup> l. 10. § 1. D. h. t. 41, 2; l. 2. § 3. l. 4. § 1. l. 6. § 2. D. de prec. 43, 26. — <sup>13</sup> l. 3. § 5. D. h. t. 41, 2; l. 15. § 4. D. de prec. 43, 26. — <sup>14</sup> l. 17. § 1. D. dep. 16, 3. — <sup>14а</sup> l. 39. D. h. t. 41, 2.

потому что онъ владѣеть лишь въ томъ случаѣ, если на это направлена воля сторонъ. Въ прочихъ случаяхъ (закладоприиматель, секвестръ и эмфитевта) нѣтъ никакихъ данныхъ въ пользу господствующаго мнѣнія. Производное владѣніе принадлежитъ поэтому къ юридическимъ загадкамъ. Удачное рѣшеніе этой загадки представляетъ предложенная недавно Герингомъ и упомянутая выше sub I теорія; если въ вопросѣ о qualificации владѣнія рѣшающее значеніе имѣютъ потребности гражданскаго оборота (защита противъ произвола и нарушенія довѣрія), то вполне понятно, почему залогоприиматели, секвестръ и эмфитевта причисляются къ владѣльцамъ.

## 2) § 113. Терминологія источниковъ.

*Vangerow*, § 199.—*Windscheid*, § 148 прим. 12.—*Brinz*, § 136.

Безспорно, выраженію *possidere*, *possessio* источники придаютъ тотъ же смыслъ, какой мы придаемъ словамъ: владѣніе, юридическое владѣніе; далѣе выраженія: *in possessione esse*, *tenere*, *detinere*, *rei insistere*, *corpore rem contingere*—означаютъ держаніе, detenцію. Рядомъ съ этими терминами встрѣчаются въ источникахъ выраженія *civiliter possidere*, *civilis possessio* и *naturaliter possidere*, *naturalis possessio*; а именно, не признается *civilis possessio*, а приписывается *naturalis possessio* рабу, одаренному супругу, залогоприимателю, владѣльцу составной вещи по отношенію ко вставленной имъ чужой части<sup>1</sup>. Господствующее мнѣніе разумѣетъ подъ *civilis possessio* владѣніе годное для давности, а подъ *naturalis possessio*—то такое владѣніе, которое не есть давностное владѣніе (значитъ интердиктное владѣніе), то простое держаніе. По другому возрѣнію *civilis possessio* означаетъ первоначальное юридическое владѣніе (съ такъ наз. *animus domini*, § 112, I), если оно свободно отъ частно-правовыхъ недостатковъ, а *naturalis possessio*—то первоначальное юридическое владѣніе, которое не одобряется гражданскимъ правомъ (напр., владѣніе одареннаго супруга, § 347), а также производное владѣніе и простое держаніе. По третьему возрѣнію *civilis possessio* имѣетъ двойное значеніе: во первыхъ, этимъ выраженіемъ означаютъ

<sup>1</sup> 1. 24. D. h. t. 41, 2; 1. 38. § 7. D. de v. o. 45, 1; 1. 26. pr. D. de d. i. v. e. u. 24, 1; 1. 3. § 15. 1. 7. § 1. D. ad exh. 10, 4; 1. 1. §§ 9. 10. D. de vi 43, 16.

*признанное правомъ* владѣніе въ противоположность непризнанному (держанію, владѣнію лица, неспособнаго къ владѣнію, владѣнію вещью, не подлежащею владѣнію, §§ 114. 115), во вторыхъ, *одобряемое* правомъ владѣніе въ противоположность неодобряемому (владѣнію подаркомъ супруга). Господствующее мнѣніе, повидимому, правильно, только *civilis possessio* слѣдуетъ приписывать не одному давностному владѣльцу, но и собственнику, который владѣетъ своею вещью. — Побочное значеніе слова *possessor* — отвѣтчикъ въ *in rem actio* <sup>2</sup>; *possessio* означаетъ также поземельную собственность <sup>3</sup>.

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

### Возможность владѣнія.

#### 1) § 114. Личная способность къ владѣнію.

*Vangerow*, §§ 200. 204.—*Windscheid*, § 152.

Правила о личной способности къ владѣнію содержатъ неоднократно отступленія отъ фактическаго характера владѣнія. Собственно говоря, способность къ владѣнію должна бы принадлежать всякому, кто способенъ имѣть волю, и только такому. Несмотря на это, согласно съ параллелизмомъ владѣнія и собственности (§ 112. II. а) и противно фактическому характеру владѣнія, установлено положеніе, что *способные къ собственности или неспособные соответственно способны къ владѣнію или неспособны*. Поэтому:

1. *Неспособны къ владѣнію*: а) по древнему *ius civile*, рабы и подвластныя дѣти <sup>1</sup>. б) Въ правѣ Юстиніана положеніе рабовъ осталось то же, но подвластное дитя признается способнымъ къ владѣнію по отношенію къ *bona castrensia, quasi castrensia, adventicia* <sup>2</sup>, неспособнымъ по отношенію къ такъ назыв. *peculium profecticium* <sup>3</sup>. Нынѣ всѣ лица способны къ владѣнію, такъ какъ институтъ *peculium profecticium* уже не существуетъ (§ 360).

2. *Способны къ владѣнію* даже дѣти, душевно-больные, юридическія лица <sup>4</sup>, несмотря на то, что они сами не имѣютъ т. н. *ap-*

<sup>1</sup>1. 62. D. de iud. 5, 1; 1. 16. §§ 4. 7. 1. 35. D. de h. p. 5, 3; 1. 8. § 3. D. si serv. 8, 5.—<sup>2</sup>1. 78. D. de v. s. 50, 16.

<sup>3</sup>1. 49. § 1. D. h. t. 41, 2; Gai. 2, 89.—<sup>2</sup>§ 1. I. per quas pers. 2, 9; 1. 4. § 1. D. usurp. 41, 3.—<sup>3</sup>1. 1. § 5. D. h. t. 41, 2; 1. 93. D. de r. i. 50, 17.—<sup>4</sup>1. 1. §§ 20. 22. 1. 2. D. h. t. 41, 2.

mus domini; а именно, они пользуются представительствомъ своихъ опекуновъ и т. п. Относительно дѣтей существуютъ два совѣтъ аномальныя положенія: а) они могутъ приобрѣтать владѣніе tutore auctore<sup>5</sup>, — норма въ высшей степени поразительная въ виду того, что tutoris auctoritas примѣняется, по общему правилу, только при отчужденіи и вступленіи въ обязательства со стороны infantia maiores или женщинъ, находящихся подъ tutela (§ 380). Нынѣ это правило не существуетъ: оно исчезло вмѣстѣ съ tutoris auctoritas. б) Они могутъ приобрѣтать владѣніе и сами, безъ соучастія опекуна, слѣдовательно solo corpore<sup>6</sup>.

## 2) § 115. Объектъ владѣнія.

*Baron*, Gesamtrechtsverhältnisse. § 2. 1864. — *Rümelin*, die Theilung der Rechte. § 8. 1883. — *Scheurl*, Theilbarkeit von Rechten. S. 38 fg. 1884. — *Wendt*, das Faustrecht. § 17. 1883. — *Vangerow*, §§ 201. 204. — *Windscheid*, §§ 151. 152. 175. пр. 2.

I. *Объектомъ владѣнія служитъ тѣлесная вещь*<sup>1</sup>; она можетъ находиться во владѣніи одного лица, или же нѣсколькихъ<sup>2</sup>; въ послѣднемъ случаѣ (такъ наз. compossessio, общее владѣніе по идеальнымъ частямъ) требуется, чтобы части, по которымъ вещь должна находиться во владѣніи каждаго изъ нихъ, были опредѣлены и извѣстны желающимъ совмѣстно владѣть<sup>3</sup>, потому что иначе направленіе воли было бы лишено требуемой опредѣленности. Если никто изъ нихъ не знаетъ своей части, то вещь, строго говоря, не состоитъ ни въ чемъ владѣнія, и это слѣдствіе дѣйствительно принято источниками<sup>4</sup>, несмотря на его сомнительное значеніе съ практической точки зрѣнія. — Отъ общаго владѣнія нѣсколькихъ лицъ по идеальнымъ частямъ слѣдуетъ отличать владѣніе нѣсколькихъ лицъ цѣлою вещью (possessio plurium in solidum). Послѣднее невозможно, такъ какъ владѣніе цѣлою вещью одного лица исключаетъ владѣніе другого<sup>5</sup>. Несмотря на это, нѣкоторые римскіе юристы видѣли такое владѣніе въ томъ случаѣ, если одно лицо потеряло владѣніе вслѣдствіе произвола другого<sup>6</sup>. Послѣдняго владѣльца они называли iniustus possessor, а бывшаго—iustus possessor. Это мнѣніе, несмотря на всю

<sup>5</sup> l. 32. § 2. D. h. t. 41, 2. — <sup>6</sup> l. 3. C. h. t. 7, 32.

<sup>1</sup> l. 3. пр. D. h. t. 41, 2. — <sup>2</sup> l. 26. D. h. t. 41, 2. — <sup>3</sup> l. 3. § 2. 1. 26. D. h. t. 41, 2. — <sup>4</sup> l. 32. § 2. D. de usurp. 41, 3. — <sup>5</sup> l. 3. § 5. D. h. t. 41, 2; l. 5. § 15. D. comm. 13, 6. — <sup>6</sup> l. 3. § 5. D. h. t. 41, 2; l. 3. пр. D. uti poss. 43, 17.

свою несостоятельность (потому что *iustus possessor* на дѣлѣ не владѣлецъ), все таки имѣло практическія послѣдствія. На немъ основывается такъ называемый рекуператный характеръ интердикта *uti possidetis* (§ 120 sub 1. a).

Если вещь, находящаяся во владѣніи, составная, то возникаетъ вопросъ, что въ этомъ случаѣ служить объектомъ владѣнія: только цѣлое или также его реальныя части, т. е. отдѣльные предметы, изъ которыхъ вещь составлена, другими словами, относится ли владѣніе только къ цѣлой составной вещи или также рядомъ съ этимъ и къ ея составнымъ частямъ, — обстоятельство важное для приобрѣтенія по давности. Для разрѣшенія этого весьма спорнаго вопроса слѣдуетъ различать два случая: если кто приобрѣтаетъ владѣніе составною вещью, то воля его направлена на цѣлое, слѣдовательно только цѣлое и будетъ объектомъ владѣнія. Напротивъ, если кто, уже владѣя двумя предметами, соединяетъ ихъ въ одно, то онъ продолжаетъ владѣть каждымъ изъ нихъ. Поэтому, если кто купилъ отъ несобственника домъ и получилъ его во владѣніе, то онъ приобрѣтетъ по давности сразу цѣлое въ срокъ, назначенный для приобрѣтенія по давности недвижимыхъ вещей, а не отдѣльно: участокъ — въ давностный срокъ для недвижимыхъ вещей, а строеніе въ срокъ для движимыхъ вещей<sup>7</sup>. Онъ владѣетъ только цѣлымъ, а не отдѣльными частями. Но, если кто, владѣя домомъ, застроить въ него чужіе матеріалы, которыми онъ уже началъ давностно владѣть, то его владѣніе этими матеріалами продолжается и завершается приобрѣтеніемъ по давности въ срокъ, требуемый для приобрѣтенія вещей движимыхъ<sup>7a</sup>.—Въ случаѣ собирательныхъ вещей (стадо и т. п.) предметомъ владѣнія и приобрѣтенія по давности является не цѣлое, а отдѣльныя вещи (овцы и т. п.)<sup>8</sup>.—Реальныя части простой движимой вещи (камень, бревно, § 37 sub I) не составляютъ самостоятельныхъ объектовъ владѣнія; части же недвижимыхъ вещей, напротивъ, могутъ подлежать владѣнію самостоятельно<sup>9</sup>; отсюда слѣдуетъ, что простую движимую вещь можно приобрѣсть по давности только цѣликомъ сразу, а недвижимую можно приобрѣсть и сразу, и по частямъ.

<sup>7</sup> l. 23. pr. D. de usurp. 41, 3.—<sup>7a</sup> l. 30. § 1. D. de usurp. 41, 3.—<sup>8</sup> l. 30. § 2. D. de usurp. 41, 3.—<sup>9</sup> l. 26. l. 43. pr. D. h. t. 41, 2; l. 8. D. de r. v. 6, 1.



II. Объектами владѣнія не могутъ быть:

1. Свободный человекъ<sup>10</sup>, который, равнымъ образомъ, не можетъ быть объектомъ собственности. И подвластное дитя не можетъ быть объектомъ владѣнія для отца<sup>11</sup>.

2. Вещи ваѣ оборота<sup>12</sup>: надъ *res omnium communes* господство отдѣльнаго человека вообще невозможно. *Res divini iuris* не подлежатъ владѣнію, равно какъ и собственности. Наконецъ, *res publicae* (*in publico usu*) находятся, положимъ, въ собственности государства или общины, но владѣніе собственника или отдѣльныхъ частныхъ лицъ несомвѣстимо съ общимъ пользованіемъ, поэтому владѣніе въ этомъ случаѣ признается несуществующимъ, хотя бы фактически оно и существовало.

3. Права (такъ наз. безтѣлесныя вещи)<sup>13</sup>; однако уже въ позднѣйшемъ классическомъ правѣ существуютъ зачатки владѣнія правами, а со времени среднихъ вѣковъ развилась полная теорія этого вида владѣнія (§ 173).

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Приобрѣтеніе и потеря владѣнія.

I. § 116. Приобрѣтеніе владѣнія.

*Ihering*, über den Grund des Besitzeschutzes. 2. Aufl. S. 160—209. 1869.—*Piminski*, der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes. 2 Bde. 1885. 1888.—*Strohal*, die Succession in den Besitz. 1885.—*Klein*, Sachbesitz und Ersitzung. S. 1—85. 430 ff. 1891.—*Hirsch*, die Principien des Sachbesitzerwerbes u. Verlustes §§ 2—16. 1892.—*Vangerow*, § 203.—*Windscheid*, §§ 153, 154.—*Brinz*, §§ 137, 138.

Приобрѣтеніе (юридическаго) владѣнія происходитъ путемъ совпаденія двухъ элементовъ, соединеніе которыхъ составляетъ существо владѣнія, именно воли владѣть (*animus*) и фактическаго господства лица надъ вещью (*corpus*): *adipiscimur possessionem animo et corpore*<sup>1</sup>.

1. Воля владѣльца вообще есть воля обладать вещью такъ, какъ ея имѣетъ право обладать собственникъ (такъ наз. *animus domini*); въ случаяхъ производнаго владѣнія, по господствующему мнѣнію, она есть воля приобрѣсть право владѣнія (*ius possessionis*, § 112 пр. 8) другого лица; правильнѣе утверждать, что со-

<sup>10</sup> l. 23. § 2. D. h. t. 41, 2.—<sup>11</sup> l. 1. § 8. D. h. t. 41, 2.—<sup>12</sup> l. 30. § 1. D. h. t. 41, 2; l. 1. § 22. eod.—<sup>13</sup> l. 3. пр. D. h. t. 41, 2; l. 4. § 27. D. de usurp. 41. 3.

<sup>1</sup> l. 3. § 1. l. 8. D. h. t. 41, 2.

держаніе владѣльческой воли въ отдѣльныхъ случаяхъ производнаго владѣнія различно.

2. Дѣйствіе, которымъ устанавливается фактическое господство лица надъ вещью, называется вообще apprehensio, захватомъ владѣнія. Оно называется traditio, передачею, если вещь уже имѣеть владѣльца и захватъ владѣнія происходитъ съ его согласія, и occupatio или одностороннимъ захватомъ владѣнія, если вещь не имѣеть совсѣмъ владѣльца, или имѣеть владѣльца, но захватъ владѣнія происходитъ безъ его воли. Apprehensio является излишней, если тотъ, кто прибрѣтаетъ владѣніе, уже имѣеть detentio вещи<sup>2</sup>; этотъ случай новые юристы называютъ brevi manu traditio<sup>2a</sup>, если переходъ владѣнія происходитъ съ согласія прежняго владѣльца. Что касается вопроса, какія дѣйствія необходимы для установленія власти лица надъ вещью, то во всякомъ случаѣ несомнѣнно, что для передачи движимыхъ вещей не требуется необходимо прикосновенія или взятія руками, для передачи недвижимости—наступленія ногами<sup>3</sup>. Напротивъ, для передачи вещи достаточно, если передающій укажетъ ее желающему прибрѣсть и предложить ему овладѣть ею<sup>4</sup> (такъ наз. longa manu traditio); для передачи движимой вещи достаточно, если передающій оставитъ ее въ домѣ прибрѣтающаго<sup>5</sup>. Для передачи товаровъ, находящихся въ складѣ, достаточно, если передающій передъ этимъ складомъ передастъ прибрѣтающему ключи отъ него<sup>6</sup>. Съ другой стороны, владѣніе зарытою вещью лишь тогда прибрѣтено, если она выкопана; владѣніе подстрѣленною, но не убитою дичью прибрѣтено лишь тогда, если она поймана. Владѣніе животнымъ, для поимки котораго поставленъ капканъ, прибрѣтено, если оно попало въ этотъ капканъ. Владѣніе пчелинымъ роемъ, свѣвшимъ на деревѣ, прибрѣтено лишь тогда, если онъ вогнанъ въ улей<sup>7</sup>. На основаніи этихъ рѣшеній источниковъ господствующее мнѣніе установило правило: *захватъ владѣнія заключается въ установленіи такого отношенія лица къ вещью, чтобы лицо имѣло непосредственную и наличную возможность воздѣйствовать на вещь*

<sup>2</sup> 1. 3. § 3. D. h. t. 41. 2; 1. 9. § 9. D. de r. c. 12, 1.—<sup>2a</sup> Аналогично выраженію 1. 43. § 1. D. de iure dot. 23, 3.—<sup>3</sup> 1. 1. § 21. D. h. t. 41, 2.—<sup>4</sup> 1. 18. § 2. 1. 1. § 21. 1. 51. D. h. t. 41, 2; 1. 79. D. de sol. 46, 3.—<sup>5</sup> 1. 18. § 2. D. h. t. 41, 2; 1. 9. § 3. D. de i. d. 23, 3.—<sup>6</sup> 1. 74. D. de c. e. 18, 1; 1. 9. § 6. D. de a. d. 41, 1; 1. 1. § 21. D. h. t. 41, 2.—<sup>7</sup> 1. 3. § 3. D. h. t. 41, 2; 1. 5. § 1. 1. 55. 1. 5. § 2. D. de a. d. 41, 1.

по своему усмотрѣнію и устранять чужое воздѣйствіе. Но эта непосредственная и наличная возможность не составляет, по рѣшеніямъ источниковъ, ни достаточнаго условія для захвата владѣнія (напр., въ случаѣ пчелинаго роя), ни необходимаго (напр., въ случаѣ оставленія вещи въ домѣ отсутствующаго пріобрѣтателя владѣнія, въ случаѣ поимки животнаго капканомъ). Правильнѣе такое положеніе: *захватъ владѣнія заключается въ обращеніи лица съ вещью такъ, какъ это дѣлаетъ ее собственникъ*: *omnia ut dominum gessisse oportet*<sup>8</sup>; захватъ владѣнія зависитъ, слѣдовательно, отъ свойствъ отдѣльныхъ вещей: иногда необходимо стать въ отношеніе близости къ вещи (напр., въ случаѣ вещи недвижимой или зарытой), иногда требуется особое приспособленіе (въ случаѣ вещей, которыя обыкновенно охраняются), иногда—физическій захватъ (въ случаѣ подстрѣленнаго животнаго, сѣвшаго на дерево пчелинаго роя); для завладѣнія корабельнымъ грузомъ достаточно, чтобы онъ былъ положенъ на мѣсто выгрузки на имя пріобрѣтателя; для завладѣнія строительными матеріалами достаточно, чтобы они были сложены на мѣсто, назначенное для постройки, на имя пріобрѣтающаго владѣніе; ибо движимыя вещи, которыя доставляются на участокъ по распоряженію владѣющаго участкомъ, попадаютъ въ его (объективную) *custodia*<sup>8a</sup>; а кто приставляетъ къ вещи, которою онъ желаетъ овладѣть, сторожа, тотъ беретъ ее въ свою (субъективную) *custodia*<sup>8b</sup>. Напротивъ, примѣненія символовъ недостаточно для пріобрѣтенія владѣнія; ключи (выше пр. 6) играютъ роль не символа господства, а средства для открытія дверей склада, т. е. для достиженія господства надъ товарами; точно также если покупательъ кладетъ на купленную вещь свою мѣтку, то это не символъ, а средство для предупрежденія обмѣна<sup>9</sup> (поэтому въ наложеніи мѣтки не заключается пріобрѣтенія владѣнія), или же средство для доказательства, что покупательъ еще до наложенія мѣтки пріобрѣлъ владѣніе вещью<sup>10</sup>. Въ новѣйшей литературѣ часто высказывается мысль, что для односторонняго захвата владѣнія (*occupatio*) надо требовать соблюденія болѣе строгихъ условій, нежели для передачи; въ первомъ случаѣ необходимо физическое завладѣніе (прикосно-

<sup>8</sup> l. 2. C. h. t. 7, 32.—<sup>8a</sup> l. 3. §§ 3. 13—15; ср. l. 44. pr. D. h. t. 41, 2.  
<sup>8b</sup> l. 51. D. h. t. 41, 2.—<sup>9</sup> l. 1. § 2. D. de per. et. comm. 18, 6.—<sup>10</sup> l. 15(14) § 1. D. eod. 18, 6.

веніе, взятіе), во второмъ же случаѣ въ немъ нѣтъ надобности. Хотя нельзя отрицать правильности этой мысли, тѣмъ не менѣе отсюда нельзя выводить *принципiальнаго* различія между завладѣніемъ путемъ *occupatio* и путемъ *traditio*; разница возникаетъ лишь изъ того, что приобрѣтатели вещей въ гражданскомъ оборотѣ совершенно резонно обращаются съ ними обыкновенно различно, смотря по тому, имѣетъ ли мѣсто *occupatio* или *traditio*; но совѣмъ неправильной слѣдуетъ признать ту мысль нѣкоторыхъ новыхъ писателей, будто для передачи достаточно соглашенія сторонъ, состоявшагося даже въ отсутствіи вещи; это мнѣніе противорѣчитъ источникамъ (выше пр. 6) и лишаетъ *apprehensio* существеннаго для самаго понятія ея признака установленія внѣшняго видимаго отношенія къ вещи.

### § 117. Въ частности—черезъ представителя.

*Hauser*, Stellvertretung im Besitze. 1871.—*Schlossmann*, der Besitzerwerb durch Dritte. 1881.—*Книер*, *vacua possessio*. Bd. 1. §§ 35. 36. 51—53. 1886.—*Van-gerow*, § 205.—*Windscheid*, § 155.—*Brinz*, § 140.—*Baron*, § 104.

Не требуется, чтобы дѣйствія, составляющія прибрѣтеніе владѣнія, исходили непременно отъ лица, прибрѣтающаго владѣніе: оно можетъ быть прибрѣтаемо черезъ представителя<sup>1</sup>.

1. *Представительство въ волю владѣть (animus possidendi) по общему правилу не допускается*<sup>2</sup>; только въ видѣ исключенія оно допускается для тѣхъ лицъ, которые не способны имѣть волю владѣнія (дѣти, душевно-больные, юридическія лица, см. § 114), далѣе для всѣхъ опекаемыхъ (ихъ представляетъ опекунъ)<sup>3</sup>, наконецъ (въ нынѣ несуществующемъ случаѣ, а именно) для *pater familias* и господина рабовъ, которые пользуются представительствомъ дѣтей или рабовъ при прибрѣтеніи владѣнія вещами, долженствующими попасть въ *resulium profecticium*<sup>4</sup>.

2. *Въ захватъ владѣнія представительство допускается всегда*, то есть не только для тѣхъ лицъ, которые могутъ быть представляемы въ *animus possidendi*, напротивъ, *каждый* можетъ поручить другому захватъ (или дать уполномочіе на захватъ) владѣнія и прибрѣсть владѣніе въ тотъ моментъ, когда представитель до-

<sup>1</sup> 1. 20. § 2. 1. 53. D. de a. d. 41, 1; § 5. I. per quas pers. 2, 9; 1. 1. C. eod. 4, 27.—<sup>2</sup> 1. 3. § 12. D. h. t. 41, 2; Paul. sent. rec. V, 2. § 1.—<sup>3</sup> 1. 1. §§ 20. 22. 1. 2. D. h. t. 41, 2; 1. 13. § 1. D. de a. d. 41, 1.—<sup>4</sup> 1. 1. § 5. 1. 3. § 12. 1. 24. 1. 44. § 1. D. h. t. 41, 2.

стигнетъ господства надъ вещью, при чемъ не требуется, чтобы прибрѣтающій владѣніе черезъ представителя былъ увѣдомленъ о послѣдовавшемъ захватѣ: *possessio per procuratorem ignorantia quaeritur*<sup>5</sup>. Порученіе должно быть дано въ юридически дѣйствительной сдѣлкѣ<sup>5а</sup>. Споренъ вопросъ, необходимо ли при дачѣ порученія точно опредѣлить вещь, которою поручается завладѣть, или можно предоставить опредѣленіе или выборъ ея представителю (что обыкновенно выражаютъ такъ: требуется-ли специальное порученіе, или достаточно общаго). Такъ какъ источники объему порученія не придаютъ значенія<sup>6</sup>, то *всякое* порученіе слѣдуетъ признать достаточнымъ. И ведущій дѣла безъ порученія (§ 66 прим. 10) можетъ совершить захватъ владѣнія для другого, а этотъ послѣдній прибрѣтаетъ владѣніе своимъ одобреніемъ<sup>6а</sup>.— Обыкновенно предполагается, что представитель, захватывая владѣніе, имѣетъ волю прибрѣсть его для представляемаго (*animus alieno nomine possidendi*)<sup>7</sup>. Изъ этого правила было въ римскомъ правѣ слѣдующее исключеніе, нынѣ не существующее: вещью, надъ которою прибрѣлъ господство находящійся подъ отеческою или господскою властью при управленіи *resulium*, владѣетъ отецъ или господинъ, хотя бы подвластное дитя или рабъ намѣрены были владѣть для себя, а не для него<sup>8</sup>. Многіе утверждаютъ существованіе еще одного исключенія, которое примѣнимо и въ нынѣшнемъ правѣ: если кто желаетъ передать владѣніе вещью другому, а этотъ поручаетъ получить ее своему представителю, то давшій порученіе прибрѣтаетъ владѣніе даже въ томъ случаѣ, если представитель имѣетъ волю прибрѣсть владѣніе не на его имя. Въ самомъ дѣлѣ это положеніе заключается въ одномъ мѣстѣ источниковъ<sup>9</sup>, но въ другомъ мѣстѣ<sup>10</sup> оно отрицается. Несмотря на много попытокъ, устранить это противорѣчіе еще не удалось. Въ пользу второго рѣшенія есть внутреннія основанія.—Существуетъ случай прибрѣтенія владѣнія черезъ представителя, отличающійся нѣкоторыми особенностями; онъ названъ въ средніе вѣка *constitutum possessorium*. А именно, если юридическій владѣлецъ заклю-

<sup>5</sup> l. 49. § 2. D. h. t. 41, 2; l. 47. D. de usurp. 41, 3; l. 1. C. h. t. 7, 32; § 5. I. per quas pers. 2, 9.—<sup>5а</sup> На этомъ основано рѣшеніе въ l. 21. D. de usurp. 41, 3.—<sup>6</sup> l. 13. pr. l. 20. § 2. l. 53. D. de a. d. 41, 1; l. 42. § 1. D. h. t. 41, 2.—<sup>6а</sup> l. 42. § 1. D. h. t. 41, 2.—<sup>7</sup> l. 1. §§ 19. 20. D. h. t. 41, 2.—<sup>8</sup> l. 1. § 5. l. 3. § 12. l. 4. l. 24. D. h. t. 41, 2.—<sup>9</sup> l. 13. D. de don. 39, 5.—<sup>10</sup> l. 37. § 6. D. de a. d. 41, 1.

чаетъ съ другимъ лицомъ такую юридическую сдѣлку, на основаніи которой онъ долженъ сдѣлаться детенторомъ отъ имени этого другого лица, а послѣднее должно сдѣлаться юридическимъ владѣльцемъ вещи, то въ этомъ случаѣ apprehensio признается излишней (напр., кто либо даритъ вещь другому и въ то же время нанимаетъ ее у одаряемаго, или даритъ ее, удерживая за собою узуфруктъ на нее)<sup>11</sup>. Въ *constitutum possessorium* заключается превращеніе юридическаго владѣнія въ держаніе; по приведеннымъ мѣстамъ источниковъ оно допускается лишь въ томъ случаѣ, если за отчуждающимъ владѣльцемъ оставляется пользованіе, стало быть, не допускается въ томъ случаѣ, если онъ беретъ на себя безмездное храненіе (*depositum*) или порученіе (*mandatum*).

## II. § 118. Потеря владѣнія.

*Baron*, Gesamtrechtsverhältnisse. § 4. 1864. — *Leist*, über die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbedgründungs- und Rechtsaufhebungsact. 1876. — *Pthering*, über den Grund des Besitzschutzes. 2. Aufl. S. 209 ff. 1869. — *Kneip*, *vacua possessio*. Bd. 1. 1886. — *Klein*, Sachbesitz und Ersitzung. S. 157—232. 1891. — *Hirsch*, die Principien des Sachbesitzerwerbes u. Verlustes. §§ 17—26. 1892. — *Vangerow*, §§ 207. 208. — *Windscheid*, § 156. — *Brinz*, § 141.

На основаніи изреченія Павла<sup>1</sup> „*quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est*“<sup>4</sup>, до недавняго времени всѣ полагали, что условія продолженія владѣнія не тѣ же, что его приобрѣтенія; владѣніе продолжается, пока еще можетъ быть восстановляемо по произволу отношеніе непосредственнаго господства; *теряется владѣніе только въ томъ случаѣ, если одинъ или оба элемента владѣнія обращаются въ противоположное, т. е., если прекратилась воля владѣть или сдѣлалось вполнѣ невозможнымъ произвольное воздѣйствіе лица на вещь*. Но это мнѣніе ошибочно, такъ какъ положеніе Павла не повторяется ни у другихъ римскихъ юристовъ<sup>2</sup>, ни въ императорскихъ законахъ и кромѣ того оно не согласно съ рѣшеніями источниковъ относительно потери владѣнія. А именно, источники рѣшаютъ, что владѣніе пастбищемъ, которое владѣлецъ оставляетъ въ осеннее время (*saltus*

<sup>11</sup> 1. 18 pr. D. h. t. 41, 2; 1. 77. D. de r. v. 6, 1; 1. 28. 1. 35. § 5. C. de don. 8, 53; 1. 15. § 2. D. qui sat. 2. 8.

<sup>1</sup> 1. 8. D. h. t. 41, 2; 1. 153. D. de r. i. 50, 17. — <sup>2</sup> cf. 1. 44. § 2. D. h. t. 41, 2.

hiberni), не теряется<sup>3</sup>, несмотря на то, что въ зимнее время онъ воздѣйствовать на участокъ никоимъ образомъ не можетъ; не теряется владѣніе вещью, упавшею въ рѣку, заблудившимся животнымъ, если первая *тотчасъ* вынута, послѣднее тотчасъ разыскивается и отыскивается<sup>4</sup>; не прекращается владѣніе убѣжавшимъ дикимъ животнымъ, пока его вторичная поимка не затруднительна<sup>5</sup>; не прекращается владѣніе животными, имѣющими привычку возвращаться, если они на время отлучаются<sup>6</sup>; продолжается владѣніе дичью въ звѣринцѣ, рыбами въ piscina, несмотря на невозможность воздѣйствовать по произволу на опредѣленное животное вслѣдствіе обширности звѣринца или piscina<sup>7</sup>; не теряется: владѣніе спрятанною или зарытою вещью, вслѣдствіе того, что спрятавшій или зарывшій забылъ временно мѣсто ея нахождения<sup>8</sup>; владѣніе рабомъ, который начинаетъ жить, какъ свободный человѣкъ, не теряется сразу, но лишь тогда, если онъ живетъ, какъ свободный человѣкъ, *продолжительное время*<sup>9</sup>. Наоборотъ, можно потерять владѣніе, несмотря на возможность восстановления непосредственного воздѣйствія. Напр., теряется владѣніе участкомъ: если владѣлецъ долго о немъ не заботится вслѣдствіе небрежности или добровольнаго отсутствія<sup>10</sup>, если отдавшій въ аренду имѣніе послѣ смерти арендатора оставляетъ участокъ *продолжительное время* безъ надзора<sup>11</sup>. Этимъ рѣшеніямъ источниковъ соотвѣтствуетъ слѣдующее правило: *владѣніе продолжается до тѣхъ поръ, пока владѣлецъ вещи обращается съ нею отъ своего имени, какъ обыкновенно обращается собственникъ*; въ частности владѣніе движимою вещью продолжается до тѣхъ поръ, пока она находится въ объективной или субъективной custodia владѣльца; оно *теряется (corpore)*, если владѣлецъ добровольно или недобровольно перестаетъ такъ обращаться<sup>12</sup>; оно *теряется (animo)*, если владѣлецъ далѣе не желаетъ владѣть вещью<sup>13</sup>, но не *теряется въ томъ случаѣ, если онъ сойдетъ съ ума*<sup>14</sup>; вла-

<sup>3</sup> l. 3. § 11. l. 44. § 2. i. f. D. h. t. 41, 2; l. 1. § 25. D. de vi 43, 16.—  
<sup>4</sup> l. 13. pr. l. 3. § 13. D. h. t. 41, 2.—<sup>5</sup> l. 5. § 4. D. de a. d. 41, 1.—<sup>6</sup> l. 3. § 16. D. h. t. 41, 2.—<sup>7</sup> l. 3. § 14. D. h. t. 41, 2.—<sup>8</sup> l. 3. § 13. l. 44. pr. D. h. t. 41, 2.—<sup>9</sup> l. 3. § 10. D. h. t. 41, 2.—<sup>10</sup> l. 37. § 1. D. de usurp. 41, 3.—  
<sup>11</sup> l. 40. § 1. D. h. t. 41, 2.—<sup>12</sup> l. 15. l. 30. § 3. D. h. t. 41, 2; l. 1. § 24. D. de vi 43, 16; l. 4. § 22. l. 33. § 2. D. de usurp. 41, 3.—<sup>13</sup> l. 3. § 6. l. 17. § 1. l. 30. § 4. D. h. t. 41, 2; cf. l. 27. l. 29. D. h. t. 41, 2.—<sup>14</sup> l. 4. § 3. l. 44. § 6. D. de usurp. 41, 3.

дѣнія теряется (*corpore et animo*), если владѣлец передастъ вещь другому<sup>15</sup> или если онъ умретъ<sup>15а</sup>.—Особыя правила примѣняются въ томъ случаѣ, если владѣлец участка удаляется отъ него на время (владѣніе въ этомъ случаѣ называется въ источникахъ *possessio solo animo*<sup>15b</sup>), а въ его отсутствіе кто нибудь безъ его вѣдома (*clam*) оккупируетъ оставленный участокъ. Тогда прежнее владѣніе продолжаетъ существовать, несмотря на *occupatio*, и прекращается лишь тогда, если отсутствующій, получивъ извѣстіе о захватѣ, не возвратится, или по возвращеніи не сможетъ прогнать захватившаго. Въ первомъ случаѣ владѣніе теряется вслѣдствіе прекращенія воли владѣть (*animo*), во второмъ—вслѣдствіе насилія (*vis*) лица, удержавшагося при владѣніи<sup>16</sup>. По господствующему мнѣнію, это опредѣленіе установлено лишь въ началѣ императорскаго періода, а до этого времени отсутствующій терялъ владѣніе съ момента захвата и могъ требовать возвращенія его посредствомъ *interdictum de clandestina possessione*<sup>17</sup>; вѣрнѣе приписывать это опредѣленіе уже праву республики, потому что *interdictum de clandestina possessione* никогда не существовало. Юстиніанъ, впрочемъ, предоставилъ отсутствующему владѣльцу право по полученіи извѣстія о захватѣ сразу предъявить противъ оккупанта *interdictum de vi* (§ 122 пр. 12).

### § 119. Въ частности о потерѣ владѣнія, осуществляемого черезъ представителя.

*Vangerow*, § 209.—*Windscheid*, § 157.—*Brinz*, § 142.

Тотъ, кто владѣть черезъ представителя, теряетъ владѣніе,  
 1. если онъ болѣе не желаетъ владѣть вещью; все равно, отказывается ли онъ вообще отъ воли владѣть, или передаетъ вещь другому для владѣнія;  
 2. если другой кто нибудь *односторонне* захватитъ владѣніе вещью для себя или третьяго лица<sup>1</sup>. Теряетъ ли представляемый владѣніе и въ томъ случаѣ, если другой захватываетъ его съ *со-масія* представителя (слѣдовательно, по вѣроломной передачѣ вещи представителемъ), это вопросъ спорный, но его слѣдуетъ

<sup>15</sup> I. 3. § 9. D. h. t. 41, 2.—<sup>15а</sup> I. 23. пр. 1. 30. § 5. D. h. t. 41, 2.—<sup>15b</sup> Ср. цитату прим. 16.—<sup>16</sup> I. 3. § 7. I. 6. § 1. I. 7. I. 25. § 2. I. 46. D. h. t. 41, 2; I. 1. § 24. D. de vi 43, 16.—<sup>17</sup> Вслѣдствіе I. 7. § 5. D. comm. div. 10, 3 (Юліана!).

<sup>1</sup> I. 1. § 22. D. de vi 43, 16.



рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ<sup>2</sup>; законъ<sup>3</sup>, на основаніи котораго многіе разрѣшаютъ вопросъ отрицательно, относится не къ этому случаю (см. ниже прим. 7 и 8);

3. если представитель возъмѣлъ односторонне волю владѣть для себя или третьяго лица; причемъ предполагается, что это произошло распознаваемымъ образомъ<sup>4</sup>. Утвержденіе многихъ юристовъ, что кромѣ этого требуется: въ случаѣ движимыхъ вещей тѣлесное воздѣйствіе представителя на вещь (*possi movere*), въ случаѣ недвижимыхъ (принимая во вниманіе правило въ § 118 пр. 16) знаніе представляемаго о перемѣнѣ воли представителя, — противорѣчитъ источникамъ<sup>5</sup>.

Уже выше было замѣчено (въ § 118 пр. 11), что вслѣдствіе смерти представителя не теряется (тотчасъ) владѣніе для представляемаго; то же относится и къ тому случаю, если представитель сойдетъ съ ума<sup>6</sup>; если представитель броситъ вещь, то представляемый, по рѣшенію Юстиніана<sup>7</sup>, тоже не теряетъ владѣнія (классическіе юристы спорили объ этомъ<sup>8</sup>).

## ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

### Защита владѣнія.

#### *Предварительное замѣчаніе.*

*Pflüger*, die sog. Besitzklagen des Römischen Rechts. S. 371 ff. 1890. — *Windscheid*, §§ 148. 158. 161. — *Brinz*, § 180.

Иски, которыми владѣлецъ можетъ осуществить право владѣнія судебнымъ порядкомъ, суть отчасти иски о неосновательномъ обогащеніи (§§ 280 и сл.), отчасти же и по преимуществу такъ называемые владѣльческіе interdикты. Послѣдніе примѣняются въ томъ случаѣ, *если владѣлецъ потерпѣлъ произволъ (насильное, тайное нарушеніе) или нарушеніе довѣрія со стороны другого лица*, и распадаются на *interdicta retinendae* и *recuperandae possessionis*, смотря по тому, *идетъ ли дѣло объ охраненіи владѣнія нарушаемаго, или о возстановленіи утеряннаго*. Они всѣ введены

<sup>2</sup>1. 40. § 1. l. 44. § 2. D. h. t. 41, 2; l. 33. § 4. D. de usurp. 41, 3.—<sup>3</sup>1. 12. C. h. t. 7, 32.—<sup>4</sup>l. 3. § 18. l. 47. D. h. t. 41, 2; l. 67. pr. D. de furt. 47, 2. — <sup>5</sup>l. 44. D. de a. d. 41, 1; l. 67. pr. D. de furt. 47, 2; l. 9. § 9. D. de r. c. 12, 1; l. 12. D. de vi 43, 16. — <sup>6</sup>l. 25. § 1. D. h. t. 41, 2.—<sup>7</sup>l. 12. C. h. t. 7, 32.—<sup>8</sup>Ср. съ одной стороны l. 3. § 8. l. 44. § 2. D. h. t. 41, 2; l. 31. D. de dolo 4, 3; съ другой l. 31. l. 40. § 1. D. h. t. 41, 2.

преторскимъ эдиктомъ. И собственникъ, потерпѣвшій нарушение своего владѣнія, скорѣе прибѣгнетъ къ владѣльческимъ искамъ, какъ средству защиты, нежели къ искамъ о правѣ собственности; первые имѣютъ для него то важное преимущество, что здѣсь въ качествѣ основанія иска требуется доказать только владѣніе, между тѣмъ какъ иски о собственности связаны съ труднымъ доказательствомъ права собственности (§ 151 прим. 2).

Владѣльческіе процессы принадлежали по прежнему Общему (Общегерманскому) судопроизводству къ случаямъ такъ наз. *unbestimmt summarisches Verfahren* (неопредѣленно-ускореннаго производства), въ которомъ порядокъ процессуальныхъ дѣйствій былъ тотъ же, что и въ обыкновенномъ процессѣ, но была облегчена внѣшняя форма и устранены нѣкоторыя формальности, требовавшія много времени и издержекъ; неопредѣленно-ускоренное производство было (какъ говорится въ одномъ процессуальномъ законѣ папы Климента V — въ *Clementina Saepe*) «*procedere sine figura et strepitu iudicii*». Имперскій уставъ гражданского судопроизводства не установилъ для владѣльческихъ исковъ особаго производства; особенности прежняго владѣльческаго процесса (ускоренность и предварительная исполнимость) должны осуществляться путемъ *обыкновеннаго* производства. Однако слѣдуетъ отмѣтить, что Имп. у. гр. с. §§ 814—822 создалъ новый институтъ «*einstweilige Verfügungen*» (предварительныя распоряженія) и что такъ назыв. *possessorium summariissimum* и *actio spoli* (ниже §§ 121, 123) могутъ быть осуществляемы этимъ сокращеннымъ путемъ.

### 1. § 120. *Interdicta retinendae possessionis.*

tt. D. XLIII, 17; C. VIII, 6: *uti possidetis*. — t. D. XLIII, 31: *de utrubi*. — *Albert*, über das interd. *uti possid.* der Römer. 1824. — *Schmidt*, Interdictenverfahren der Römer. 1853. — *H. Witte*, das interd. *uti possid.* als Grundlage des heutigen poss. *ordinarium*. 1863. — *Krüger*, Kritische Versuche. S. 83 fg. 1870. — *Eck* въ книгѣ, указанной въ § 83. — *Bruns*, die Besitzklagen. 1874. — *Meischelder*, Besitz und Besitzschutz. S. 430 ff. 1876. — *Kappeyne v. d. Coppello*, Abhandl. zum röm. Staats- und Privatrecht. S. 115—199. — *Pflüger*, die sog. Besitzklagen des röm. Rechts. 1890. — *Klein*, Sachbesitz und Ersitzung. S. 86—156. 1891. — *Vangerow*, § 336. — *Windscheid*, § 159. — *Brinz*, §§ 181. 182. — *Baron*, § 106.

Существуютъ два интердикта этого рода. Одинъ для защиты владѣльца недвижимой вещи: *int. uti possidetis*, другой для защиты владѣльца движимой вещи: *int. utrubi*; оба получили свои названія отъ начальныхъ словъ формулы, которую произносилъ магистратъ въ классическое время, издавая интердиктъ (§ 84 пр. 7).

А. Объ интердиктѣ *uti possidetis* существуютъ два мнѣнія.

1. По правильному, теперь господствующему мнѣнію развился этотъ интердиктъ для двухъ совсѣмъ различныхъ случаевъ слѣдующимъ образомъ:

а. Болѣ древній случай таковъ: если между двумя лицами спорно право собственности на земельный участокъ и они желаютъ рѣшить дѣло процессомъ, то часто споръ идетъ въ то же время и о владѣннiи участкомъ (—это объясняется тѣмъ, что владѣльцу въ искѣ о собственности достается выгодная роль отвѣтчика—). Въ такомъ случаѣ разрѣшенiе спора о владѣннiи должно предшествовать иску о собственности, чтобы опредѣлить, кто въ немъ долженъ взять на себя роль истца, а кто отвѣтчика. Для этой цѣли, какъ неоднократно указываютъ источники<sup>1</sup>, былъ введенъ преторскимъ эдиктомъ *int. uti poss.*, и для той же цѣли примѣняется онъ и нынѣ. Судья опредѣляетъ только въ своемъ рѣшеннiи, кто безпорочный (*nes vi nes clam nes precario ab adversario*) владѣлецъ участка во время изданiя интердикта, и заставляетъ противника признать этотъ фактъ.—Итакъ идея защитить владѣльца противъ произвола и нарушенiя довѣрiя первоначально никоимъ образомъ не должна была осуществляться посредствомъ *interdictum uti possidetis*. Этотъ интердиктъ (т. наз. *possessorium*), напротивъ, служилъ и теперь еще служитъ *приготовленiемъ къ иску о собственности* (т. н. *petitorium*) и притомъ при такихъ условiяхъ, которыя сообщаютъ ему характеръ *interdictum duplex* (§ 83); ибо обѣ стороны утверждаютъ свое владѣнiе и требуютъ признанiя его со стороны противника.—Въ этомъ случаѣ *int. uti possidetis* не подлежитъ никакой давности (ср. ниже пр. 7. 8).

Особымъ видомъ только что изложеннаго является тотъ случай, въ которомъ *int. uti possidetis* имѣетъ такъ наз. рекуперативную силу. А именно, если судья, изслѣдовавъ вопросъ о владѣннiи, нашелъ, что владѣлецъ приобрѣлъ свое владѣнiе отъ противника порочнымъ образомъ (*vi, clam, precario ab adversario*), то онъ долженъ невладѣльцу присудить владѣнiе. Это именно называется рекуперативною силою интердикта *uti possidetis*; положимъ, этой силы многiе не признаютъ, и дѣйствительно она противорѣчитъ характеру *int. uti possidetis* (—онъ принадлежитъ къ интердиктамъ *retinendae possessionis*—); но источники<sup>2</sup> ясно придаютъ этому интердикту силу возстановлять владѣнiе (*recuperandae poss.*); формальнымъ основанiемъ для этого послужило ложное ученiе о

<sup>1</sup> 1. 1. §§ 2. 3. D. h. t. 43, 17; § 4. I. de int. 4. 15; Gai. 4, 148.—<sup>2</sup> 1. 1. § 9. 1. 3. пр. D. h. t. 43, 17; Gai. 4, 166 sqq.; 1. 53. D. de aeq. poss. 41, 2.

possessio duorum in solidum (§ 115); матеріальныя основанія были двоякаго рода: во первыхъ, часто трудно отличить *нарушеніе* владѣнія отъ его *отнятія*; вовторыхъ, принимается во вниманіе, что здѣсь на лицо только формальная ошибка (такъ какъ невлаждѣющій могъ бы прибѣгнуть къ *int. de vi* или *de precario*), прощенія которой требуетъ справедливость. Подобнымъ же образомъ прощается обокраденному собственнику, если онъ вчинить противъ вора вмѣсто *rei vindicatio*—*condictio furtiva* (§ 311 прим. 35).

b. Впослѣдствіи этотъ интердиктъ былъ перенесенъ на тотъ случай, если кто, не приписывая себѣ владѣнія, нарушаетъ владѣніе другого, воздѣйствуя фактически на участокъ (пользуясь имъ) противъ воли владѣльца, или мѣшая владѣльцу осуществлять свое владѣніе (пользоваться, напр., напуская сильный дымъ на участокъ владѣльца, мѣшая ему производить постройки), или, наконецъ, словесно запрещая ему владѣльческія дѣйствія<sup>3</sup>. *Здѣсь искъ этотъ не имѣетъ уже характера int. duplex*<sup>3a</sup>, а является *деликтнымъ искомъ*; судья присуждаетъ отвѣтчика къ признанію владѣнія, къ устраненію нарушенія и къ прекращенію, подѣ страхомъ наказанія<sup>4</sup>, дальнѣйшихъ нарушеній; если нарушеніе владѣнія причинило имущественный вредъ, то отвѣтчикъ присуждается и къ вознагражденію за убытки<sup>5</sup>. Искъ погашается истеченіемъ *annus utilis* со времени нарушенія владѣнія<sup>6</sup>; но поскольку отвѣтчикъ обогатился, искъ погашается лишь 30-лѣтнею давностью<sup>7</sup>.

2. По второму мнѣнію, съ самаго начала существовала цѣль защитить настоящаго владѣльца участка посредствомъ *int. uti possidetis* отъ произвола и нарушенія довѣрія; этотъ интердиктъ былъ всегда деликтнымъ искомъ; онъ введенъ *преторомъ* на тотъ случай, если владѣлецъ земельного участка потерпѣлъ вредъ отъ произвольнаго нарушенія со стороны другого, или опасается, что потерпитъ вредъ отъ будущихъ нарушеній владѣнія; въ первомъ случаѣ онъ требуетъ вознагражденія за вредъ, во второмъ—защиты отъ ожидаемыхъ нарушеній; это уже римская *юриспруден-*

<sup>3</sup> l. 3. §§ 2—4. D. h. t. 43, 17; l. 8. § 5. D. si serv. 8, 5; l. 5. § 10. D. de o. n. p. 39, 1; l. 14. D. de ini. 47, 10; l. 11. D. unde vi 43, 16; l. 52. § 1. D. de a. p. 41, 2.—<sup>3a</sup> Вѣроятно, для этого существовала формула *uti possides*, cf. l. 1. § 5. D. h. t. 43, 17.—<sup>4</sup> IRA. § 162.—<sup>5</sup> l. 1. pr. l. 3. § 11. D. h. t. 43, 17.—<sup>6</sup> l. 1. pr. D. h. t. 43, 17.—<sup>7</sup> l. 4. D. de int. 43, 1.

ція распространила интердиктъ на случай спора о владѣніи между двумя сторонами, претендующими на право собственности; для этого была создана фикція, что въ такихъ случаяхъ слѣдуетъ опасаться нарушеній владѣнія.—Это воззрѣніе находится въ противорѣчій съ ясными положеніями источниковъ (выше прим. 1).—И между приверженцами этого мнѣнія существуетъ споръ о рекуператной силѣ интердикта.

В. *Interdictum utrubi*<sup>8</sup> давался классическимъ правомъ тому изъ двухъ претендентовъ на владѣніе *движимой* вещью, который владѣлъ ею въ теченіе большей части послѣдняго года, и притомъ не приобрѣлъ порочнымъ образомъ владѣнія отъ своего противника; владѣніе его *auctor* засчитывалось въ его пользу<sup>9</sup>. На основаніи сказаннаго этотъ интердиктъ принадлежалъ не только къ *int. retinendae possessionis* (куда его относятъ источники<sup>10</sup>), ибо онъ могъ имѣть также и рекуператную силу. Во время по-классическое (спорять, римскою ли практикою или компиляторами) *int. utrubi* былъ подчиненъ всѣмъ правиламъ интердикта *uti possidetis*<sup>11</sup>, т. е. теперешній безпорочный владѣлецъ движимой вещи имѣетъ интердиктъ для защиты противъ нарушеній и (въ силу своего рекуператнаго значенія) лишенія владѣнія.—Впрочемъ, защита владѣнія движимыми вещами (исключая рабовъ) не имѣетъ большого практическаго значенія.

### § 121. Дальнѣйшее развитіе въ средніе вѣка.

*Vangerow*, § 336.—*Windscheid*, § 159.

Для того чтобы въ случаѣ, упомянутомъ sub. 1. а въ предыдущемъ §-ѣ установить уже на время процесса о владѣніи безспорное отношеніе,—владѣніе, по праву классическому, на промежуточное время продавалось съ молотка между сторонами (*fructuum licitatio*<sup>1</sup>). Это обыкновеніе было оставлено въ правѣ по-классическомъ. По итальянской практикѣ второй половины среднихъ вѣковъ, реципированной Германіей, судья послѣ предъявленія *int. uti possidetis* долженъ былъ путемъ ускореннаго разслѣдованія (*summarium, summariissimum*) установить, кто изъ спорящихъ сторонъ долженъ признаваться владѣльцемъ до рѣшенія предъявленнаго иска. Съ 18-го вѣка по суд. практикѣ *summariissimum* было отдѣлено отъ *int. uti pos-*

<sup>8</sup> t. D. 43, 31: de utrubi; § 4. I. de int. 4, 15; Gai. 4, 160.—<sup>9</sup> l. 13. §§ 1—13. D. de acq. poss. 41, 2.—<sup>10</sup> Gai. 4, 148; Paul. s. r. V. 6. § 1.—<sup>11</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 43, 31.

<sup>1</sup> Gai. 4. 166 sqq.

sidetis (такъ наз. *ordinarium*) и существовало въ качествѣ самостоятельнаго процесса: кто въ суммарномъ разслѣдованіи сумѣлъ убѣдить въ вѣроятности, правдоподобіи (*bescheinigen*) послѣдняго спокойнаго владѣльческаго дѣйствія съ своей стороны, тотъ получаетъ защиту во владѣніи, пока противникъ въ *ordinarium* не докажетъ своего владѣнія, т. е. вполне не удостовѣритъ его. Съ этого времени существуютъ два процесса о нарушеніи владѣнія: *summariissimum* и *ordinarium*; практика допускаетъ *summariissimum* и относительно движимостей; истцомъ можетъ быть и простой *detentor* вещи.

## II. Interdicta recuperandae possessionis.

### A. § 122. Int. de vi.

t. D. XLIII, 16: de vi et de vi armata; t. C. VIII, 4: unde vi. — Ср. литературу къ § 120. — *Vangerow*, § 690. — *Windscheid*, § 160. — *Brinz*, § 183. — *Baron*, § 106.

Владѣлецъ недвижимаго имущества, изгнанный изъ него насильственно, можетъ въ продолженіе годичнаго срока требовать отъ примѣнившаго насиліе вознагражденія за вредъ. Для осуществленія этого требованія судебнымъ порядкомъ ему принадлежитъ *int. de vi (unde vi)*. Въ частности:

Подъ владѣльцемъ здѣсь, какъ и въ другихъ положеніяхъ римскаго права, слѣдуетъ разумѣть юридическаго владѣльца<sup>1</sup>, будетъ ли онъ лично лишенъ владѣнія или его представитель; мнѣніе, будто *int. de vi* дается и простому держателю (*detentor*), почти всеми оставлено. — Этотъ интердиктъ дается только владѣльцу недвижимости<sup>2</sup>; въ случаѣ владѣнія движимымъ имуществомъ слѣдуетъ примѣнять *condictio furtiva* или *int. utrubi* (въ рекуперативной его формѣ). — Насиліе, противъ котораго дается *int. de vi*, есть *vis atrox*<sup>3</sup>, т. е. насиліе, направленное на личность владѣльца или его представителя; впрочемъ, и тотъ признается лишеннымъ владѣнія насильно, кто оставляетъ участокъ изъ страха предъ другимъ лицомъ, непосредственно угрожающимъ насильственными дѣйствіями; при этомъ предполагается, что другое лицо дѣйствительно овладѣло участкомъ<sup>4</sup>. Насильно лишившій владѣнія обязанъ возвратить владѣніе и уплатить интересъ, при чемъ все равно, владѣетъ ли онъ или нѣтъ<sup>5</sup>; отъ обязанности возвращенія

<sup>1</sup>l. 1. §§ 9. 10. 23—26. D. h. t. 43, 16. — <sup>2</sup>l. 1. §§ 3—8. D. h. t. 43, 16. — <sup>3</sup>l. 7. C. h. t. 8, 4. — <sup>4</sup>l. 1. § 3. D. h. t. 43, 16. — <sup>5</sup>l. 1. § 29. l. 3. §§ 6. 7. D. h. t. 43, 16; cf. l. 33. § 2. D. de usurp. 41, 3; l. 9. pr. D. quod. met. 4, 2. — <sup>6</sup>l. 1. §§ 13. 42. l. 15. l. 16. D. h. t. 43, 16; l. 4. § 22. l. 33. § 2. D. de usurp. 41, 3.

и вознагражденія за убытки не освобождаетъ его и то обстоятельство, что онъ имѣетъ право на владѣніе (*ius possidendi*, напр., собственность, закладное право), такъ какъ насильное лишеніе владѣнія есть проступокъ: отсюда правило: *ex possessorium ne duntaxat exceptiones petitoriae*; по юстиніанову праву <sup>7</sup>, не освобождаетъ насильно лишившаго владѣнія и то обстоятельство, что онъ самъ прежде потерпѣлъ то же отъ теперешняго истца; *ex правъ Юстиніана*, стало быть, *exceptio vitiosae possessionis ab adversario* ни въ какомъ случаѣ не допускается <sup>8</sup>. Такъ какъ насильное отнятіе владѣнія (*deiectio*) есть проступокъ, то отвѣчаетъ и тотъ, кто распорядился объ этомъ или потомъ далъ свое согласіе <sup>9</sup>; то лицо, отъ чьего имени была произведена *deiectio*, но безъ порученія или согласія съ его стороны, отвѣчаетъ въ размѣрѣ обогащенія <sup>10</sup>; но не отвѣчаетъ третье лицо, которое получаетъ владѣніе отъ совершившаго *deiectio* <sup>11</sup>. Юстиніанъ постановилъ <sup>12</sup>, что по интердикту *de vi* отвѣчаетъ и тотъ, кто занялъ участокъ въ отсутствіе владѣльца — очевидно съ тою цѣлью, чтобы отсутствующій, который, вѣдь, по общему правилу, не потерялъ владѣнія (§ 118 пр. 16), не былъ вынужденъ дѣлать попытки къ изгнанію оккупанта. — Исковое требованіе обнимаетъ: возвращеніе владѣнія недвижимостью, плоды со времени *deiectio* (*fr. percepti* и *percipiendi*), движимыя вещи, которыя находились на участкѣ во время *deiectio* (какъ тѣ, которыя находились въ юридическомъ владѣніи изгнаннаго, такъ и тѣ, которыя состояли въ его *detentio*) и по случаю этого дѣянія пропали или были повреждены <sup>13</sup>. Если *deiectus* не можетъ привести доказательствъ относительно отдѣльныхъ пропавшихъ вещей, и поэтому оцѣнка экспертовъ не можетъ быть примѣнена, то, по закону императора Зенона <sup>14</sup>, судья долженъ сдѣлать предварительную оцѣнку, принимая во вниманіе частности даннаго случая, а *deiectus* опредѣляетъ цѣнность вещей подъ присягою (*iuramentum Zenonianum*), но не свыше размѣра суммы, опредѣленной судьею. Но это опредѣленіе отмѣнилъ имп. уставъ гр. суд., замѣнивъ его общими нормами объ оцѣнкѣ подъ присягой (§ 45 текстъ между пр. 8. 9). — По истеченіи *annus utilis* совершившій *deiectio* и поставленные наравнѣ съ таковымъ отвѣчаютъ только

<sup>7</sup> § 6. I. de int. 4, 15. — <sup>8</sup> Cic. pro Tull. c. 44; pro Caec. c. 32; Gai. 4, 155. — <sup>9</sup> I. 1. §§ 12—14. D. h. t. 43, 16. — <sup>10</sup> I. 1. § 15. I. 4. D. h. t. 43, 16. — <sup>11</sup> I. 7. D. h. t. 43, 16; I. 3. § 10. D. uti poss. 43, 17. — <sup>12</sup> I. 11. C. h. t. 8, 4. — <sup>13</sup> I. 1. §§ 31—38. 40. 41. I. 6. I. 19. D. h. t. 43, 16; I. 4. C. h. t. 8, 4. — <sup>14</sup> I. 9. C. h. t. 8, 4.

на сумму обогащенія отъ деликта<sup>15</sup>; отвѣтственность ихъ наследниковъ и до истеченія года ограничивается, по римскому праву, только размѣромъ обогащенія<sup>16</sup>, по суд. практикѣ—объемомъ наследства (§ 81 пр. 12—14).

### § 123. Дальнѣйшее развитіе въ средніе вѣка.

*Vangerow*, § 690.—*Windscheid*, §§ 162. 162a.—*Brinz*, § 183.

I. По каноническому праву (*caput saepe*<sup>1</sup>) отвѣтственность по *int. de vi* падаетъ на всякаго, кто достигъ владѣнія участкомъ, зная о *deiectio*<sup>1</sup>, ибо онъ—*fautor delicti*.—Далѣе *deiectus* до возстановленія прежняго положенія можетъ отстранить отъ себя всякій искъ, возбужденный на какомъ бы то было основаніи лицомъ, совершившимъ насиліе, ссылаясь на *deiectio* (*exceptio spoli*); но для этого требуется, чтобы онъ въ продолженіе пятнадцати дней доказалъ фактъ *deiectio*<sup>2</sup>.

II. По италіанской практикѣ, развившейся въ дополненіе къ *caput reintegranda*<sup>3</sup> и редицированной въ Германіи—не только юридическій владѣлецъ имѣетъ притязаніе на защиту, но также и *detentor*; не только по отношенію къ недвижимымъ вещамъ, но и по отношенію къ движимымъ; не только въ томъ случаѣ, если владѣлецъ или *detentor* лишены владѣнія путемъ произвола, но и тогда, если они лишились его противъ своего желанія (наприм., потерявъ вещь); не только противъ *deiciens*, но даже противъ добросовѣстнаго третьяго владѣльца; не только въ теченіе одного года, но даже въ теченіе тридцати лѣтъ. Искъ для судебного осуществленія этого притязанія называется *actio spoli*. Противъ этой практики, отчасти мотивированной существованіемъ кулачнаго права, отчасти же неосновательной, наука, начиная съ 18-го вѣка, рѣшительно возражала, но до сихъ поръ безуспѣшно.

### В. § 124. *Int. de precario*.

t. D. XLIII, 26: *de precario*; t. C. VIII, 9: *de precario et Salviano interdicto*.—Ср. литературу къ § 120 и *Ihering*, *Grund des Besitzschutzes*. Стр. 97 и сл. во второмъ изд. 1869.—*Vangerow*, § 691.—*Windscheid*, § 160.—*Brinz*, § 184.—*Baron*, § 106.

Получившій вещь *precario* въ пользованіе и, несмотря на требованіе давшаго, не возвратившій ея, нарушаетъ довѣріе и подвергается отвѣтственности по иску о немедленномъ возвращеніи вещи, развѣ что этого онъ не можетъ сдѣлать безъ *culpa lata*<sup>1</sup>, или что вещь принадлежитъ ему на правѣ собственности<sup>2</sup>; если

<sup>15</sup> 1. 1. пр. § 39. D. h. t. 43, 16.—<sup>16</sup> 1. 1 § 48. 1. 2. 1. 3. пр. 1. 9. пр. D. h. t. 43, 16.

<sup>1</sup> с. 18. X. de rest. spol. 2, 13.—<sup>2</sup> с. 1. in VI. de rest. spol. 2, 5.—<sup>3</sup> с. 3. C. 3. qu. 1 (т. н. Canon *Redintegranda*).

<sup>1</sup> 1. 8. §§ 3. 6. D. h. t. 44, 26.—<sup>2</sup> 1. 4, § 3. D. h. t. 43, 26: cf. 1. 6. § 4. eod.



онъ по собственной винѣ не возвратитъ вещи, то обязанъ уплатить интересъ. Наслѣдники прекариста<sup>3</sup> отвѣтственны какъ и ихъ наслѣдодатель, но за его вину они отвѣчаютъ лишь на сумму обогащенія; по суд. практикѣ — въ размѣрѣ наслѣдства. Искомъ для судебного осуществленія этого притязанія служитъ *int. de precario*; онъ погашается 30-лѣтнею давностью<sup>4</sup>.

Впрочемъ, *int. de precario* было впервые причислено къ владѣльческимъ интердиктамъ писателями исторической школы; прежніе юристы (мнѣніе которыхъ недавно опять нашло защитниковъ) считали его искомъ изъ заключеннаго прекаристомъ обязательства. Но по древнему *ius civile precarium* вовсе не порождаетъ обязательства (§ 276 пр. 2 и сл.); и по преторскому праву *precarium* не подходитъ подъ типъ обязательства, поэтому властитель отвѣчаетъ безусловно, если у него находится вещь, которую его подвластный получилъ *precario*<sup>5</sup>: онъ отвѣчаетъ не на основаніи обязательства, а за нарушеніе довѣрія. Лишь классическіе юристы видятъ въ *precarium* настоящее обязательство и для его осуществленія даютъ *condictio incerti* и *actio praescripti verbis* (§ 276 пр. 8).

---

<sup>3</sup>l. 8. § 8. D. h. t. 43, 26.—<sup>4</sup>l. 8. § 7. D. h. t. 43, 26.—<sup>5</sup>l. 4. § 2. D. h. t. 43, 26.

## КНИГА ТРЕТЬЯ.

### Вещныя права.

#### ГЛАВА ПЕРВАЯ.

#### Собственность.

*Schmid*, Handbuch des gemeinen Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1. 1847.—*K. Sell*, Römische Lehre des Eigenthums. 1852.—*Pagenstecher*, die Römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. 3 Abth. 1857—1859.

#### Раздѣлъ первый.

#### Понятіе и содержаніе собственности.

##### 1. § 125. Понятіе собственности.

*Hartmann*, Rechte an eigener Sache. S. 67 ff. 1877. — *Ihering*, gesammelte Aufsätze. Bd. 2. S. 22 ff. 1882.—*Vangerow*, §§ 295. 296.—*Windscheid*, §§ 167. 168.—*Brinz*, § 130.

*Собственность (dominium) есть по общему правилу полное и исключительное правовое господство лица надъ тѣлесною вещью.* Прежде раздѣляли права, содержащіяся въ собственности, на iura proprietatis и права пользованія. Первыя (правомочіе отчуждать, распоряжаться субстанціею вещи и защищать себя во владѣніи вещью посредствомъ самообороны и исковъ) считали существенными правами собственности, послѣднія (права пользованія и извлеченія плодовъ, называемыя ususfructus causalis, въ противоположность къ самостоятельному праву узупфрукта, который называли usufr. formalis, § 159)—несущественными, такъ что за отсутствіемъ первыхъ понятіе собственности прекращается, между тѣмъ какъ при неимѣніи послѣднихъ собственность продолжаетъ существовать. Въ настоящее время никто уже этого дѣленія не придерживается, такъ какъ временно каждое отдѣльное право можетъ

не принадлежать собственнику, что совѣмъ не прекращаетъ права собственности. Теперь различаютъ вмѣсто того положительную и отрицательную сторону собственности. Въ силу положительной стороны собственникъ имѣетъ право распоряжаться вещью по произволу, даже уничтожить ее. Въ силу отрицательной стороны онъ можетъ устранять всякаго несобственника отъ воздѣйствія на вещь. — Право собственности на поземельные участки распространяется на пространство, находящееся надъ участкомъ (т. н. воздушный столбъ), и на нѣдра, подъ нимъ лежащія, въ томъ числѣ и на ископаемыя, но въ обоихъ направленихъ оно обуславливается и ограничивается интересами собственника (§ 16); послѣдній не можетъ запретить постройки туннеля въ глубинѣ или проведенія телеграфной проволоки на высотѣ. Сверхъ того, германское право отняло у собственности многія ископаемыя (горная руда, ср. § 126 sub II. 3). — Въ сравненіи съ владѣніемъ — собственность есть юридическое господство надъ вещью, владѣніе — фактическое. Владѣлецъ имѣетъ *возможность*, онъ *въ состояніи* обращаться съ вещью по произволу, собственникъ къ этому *управомоченъ*. Поэтому собственникъ имѣетъ право на владѣніе (*ius possidendi*). Неправильно поступали прежніе юристы, опредѣлявшіе владѣніе, какъ осуществленіе права собственности; владѣніе является лишь условіемъ для фактическаго осуществленія правъ собственности, ибо только тотъ собственникъ, который въ то же время владѣетъ вещью, можетъ фактически пользоваться ею и распоряжаться ею субстанціей.

Впрочемъ, полное и исключительное господство надъ вещью, какъ выше замѣчено, только *по общему правилу* содержится въ собственности. Въ видѣ исключенія отдѣльныя правомочія могутъ отсутствовать<sup>1</sup>. Мало того, по р. пр. ограниченія собственности могутъ быть столь многочисленны и обширны, что право собственности въ продолженіе болѣе или менѣе долгаго времени можетъ быть сведено почти къ нулю (напр., если вещь обременена эмфитевзисомъ, суперфиціемъ, узуфруктомъ). Собственность состоитъ въ такихъ случаяхъ почти только въ правѣ консолидаціи, т. е. въ возможности, что ограниченіе со временемъ перестанетъ существовать (напр., съ момента смерти узуфруктарія, или, если по смерти

<sup>1</sup> 1. 25. de v. s. 50, 16.

эмфитевты или суперфициарія, не оставившихъ наслѣдниковъ, фискъ лишается права на *bona vacantia* по давности). Тогда первоначальная полнота и исключительность собственности восстанавливается сама собою<sup>2</sup>. Именно вслѣдствіе этой возможности ограниченій нѣкоторые новѣйшіе юристы предлагаютъ замѣнить обычное опредѣленіе собственности, установленное въ началѣ этого параграфа, инымъ опредѣленіемъ. Такъ, напр., по Бѣкингу, собственность есть самое простое и непосредственное отношеніе имѣющаго волю лица къ лишенной воли тѣлесной вещи, въ которомъ (отношеніи) лицо выступаетъ предъ всѣми и каждымъ лишь въ качествѣ субъекта, направившаго свою волю на вещь, а вещь—лишь въ качествѣ объекта, на который направлена воля. По Пагенштехеру, собственность есть юридическая власть лица, наполняющая тѣло вещи. По Вирту — отношеніе принадлежности вещи къ лицу. По Гиртаннеру — право на назначеніе вещи. По Лейсту—отождествленіе вещи съ лицомъ. По Виндшейду—право, въ силу котораго воля управомоченнаго имѣетъ рѣшающее значеніе для вещи въ совокупности ея отношеній. По мнѣнію Дернбурга—право общаго господства надъ вещью. По мнѣнію Пфлюгера—вѣчное право на вещь. Всѣ эти опредѣленія несостоятельны, потому что они или утверждаютъ неправильное, или ничего не выражаютъ, или представляютъ искусственную стилистическую передѣлку традиціоннаго опредѣленія. Тѣмъ не менѣе нельзя не признать, что нападки на обычное опредѣленіе не лишены основанія, въ частности надо согласиться, что наличность эмфитевзиса или суперфиция превращаетъ собственность въ какую то тѣнь. Поэтому римская юриспруденція поступила бы правильнѣе, если бы она обремененную эмфитевзисомъ или суперфициемъ собственность не признала собственностью, а особымъ правомъ *sui generis*; юристы среднихъ вѣковъ пытались создать соотвѣтственную теорію, но они попали въ этой области на ложный путь (ср. § 128 sub II); на правильный путь наводятъ, по мнѣнію автора этого учебника, понятія государственнаго права — сюзеренитета и неполнаго суверенитета (полусуверенитета); подходящею конструкціей была бы характеристика *dominium emphyteu-*

<sup>2</sup> § 4. I. de us. 2, 4; I. 9. § 2. D. de aq. et aq. pluv. 39, 3; I. 3. pr. C. de us. 3, 33.

seos и superficiesi, какъ поземельнаго верховенства (рентное право), а эмфитевзиса и суперфиция какъ полусобственности (рентная собственность).

## II. Ограниченія собственности.

### *Предварительное замѣчаніе.*

Упомянутыя въ § 125 ограниченія собственности можно раздѣлить на два класса, смотря по тому, возникаютъ ли они тотчасъ вмѣстѣ съ самою собственностью, или появляются лишь вслѣдствіе особаго юридическаго акта.

### 1. § 126. Первый классъ ограниченій собственности (такъ наз. легальные сервитуты).

*Hesse*, Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn. §§ 28—44, 108—129. 2. Aufl. 1881.—*Ihering*, въ книгѣ, указанной при § 125.—*Flade*, Römisches Bergrecht. S. 39—91. 1805.—*Vangerow*, §§ 297. 298. 300.—*Windscheid*, § 160. § 188. N. 14—18. 22.—*Brinz*, §§ 132. 133. 173.—*Baron*, § 68.

Ограниченія, возникающія *тотчасъ вмѣстѣ съ самою собственностью*, встрѣчаются по отношенію ко всякимъ недвижимымъ имуществамъ, изъ движимыхъ вещей — только по отношенію къ строительнымъ матеріаламъ. Прежде эти ограниченія называли легальными сервитутами, теперь ихъ называютъ законными ограниченіями собственности. Выраженіе „легальные сервитуты“ совсѣмъ неудачно, ибо эти ограниченія собственности не производятъ того послѣдствія, что вещь *служитъ* другому лицу. Они основываются на соображеніи, что строгое примѣненіе понятія собственности къ недвижимостямъ и строительнымъ матеріаламъ повлекло бы за собою значительный вредъ для сосѣдей и для общаго блага, и что въ виду этихъ интересовъ для собственности должны быть установлены нѣкоторыя границы. Но и выраженіе „законныя ограниченія собственности“ не совсѣмъ удачно, такъ какъ существуютъ ограниченія собственности, установленныя тоже закономъ, которыя, однако, не имѣютъ ничего общаго съ тѣми, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь (таковы законныя запрещенія отчужденія, а равно такъ наз. *ususfr. legalis*, §§ 127. 170).— Мы изложимъ отдѣльно ограниченія, вызванныя интересами сосѣдей, и ограниченія, вызванныя публичнымъ интересомъ.

I. Въ интересахъ сосѣдей установлены слѣдующія ограниченія собственности, образующія такъ называемое *сосѣдское право*:

1. Если дерево съ одного участка возвышается надъ строеніемъ другого, то собственникъ дерева долженъ его, по требованію сосѣда, убрать; въ противномъ случаѣ собственникъ или узуфруктуарій строенія можетъ сдѣлать это самъ, а срубленное дерево употребить въ свою пользу; для защиты этого права ему дается *interd. de arboribus caedendis*<sup>1</sup>. Аналогичное правило примѣняется въ томъ случаѣ, если дерево съ одного участка возвышается надъ другимъ сельско-хозяйственнымъ участкомъ, а собственникъ дерева не обрубаётъ его сучьевъ *quindecim pedes a terra altius*<sup>2</sup>. Спорно, означаетъ ли это выраженіе: „сучья, которые ниже пятнадцати футовъ“ или „сучья, которые выше пятнадцати футовъ“. Первое толкованіе болѣе распространено и оно правильнѣе, такъ какъ основаніе запрещенія заключается въ томъ, что тѣнь дерева не должна вредить растеніямъ на сосѣднемъ участкѣ.

2. Если плоды съ вѣтвей дерева падаютъ на участокъ сосѣда, то послѣдній долженъ позволять собственнику дерева собирать плоды *tertio quoque die* (спорно, означаетъ ли это: „съ промежуткомъ одного дня“ или „съ промежуткомъ двухъ дней“). Для защиты этого права служитъ *int. de glande legenda*<sup>3</sup>. — Подобное же дозволеніе собственникъ долженъ дать всякому, чьи вещи находятся на его участкѣ<sup>4</sup>, напр., занесены туда водою, вѣтромъ.

3. Собственникъ участка долженъ терпѣть напусканіе, *immissio*, съ сосѣдняго участка — дыма, пара, пыли, запаха и т. п., если они не являются необыкновенно сильными<sup>5</sup>.

Въ случаѣ *immissio* чрезвычайно сильнаго или ядовитаго дыма, газа и т. п., собственникъ можетъ вчинить искъ, но по § 26 Имперскаго устава о промыслахъ, онъ не можетъ требовать прекращенія промышленнаго производства (что допускалось по римскому праву), если дымъ или т. п. происходитъ отъ такого завода, фабрики и т. п. промышленнаго заведенія, которое было учреждено съ разрѣшенія начальства (что требуется, напр., для химическихъ фабрикъ разнаго рода, ср. § 16 Имп. у. о промыслахъ) а можетъ только требовать устройства такихъ приспособленій, которыя,

<sup>1</sup> 1. 1. pr.—§ 6. D. de arb. caed. 43, 27.—<sup>2</sup> 1. 1. §§ 7—9. D. eod. 43, 27.—<sup>3</sup> 1. un. D. de glande legenda 43, 28.—<sup>4</sup> 1. 15. D. ad exh. 10, 4; 1. 9. § 1. D. de damn. inf. 39, 2; 1. 25. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>5</sup> 1. 8. §§ 5—7. D. si s. v. 8, 5.

устраняють вредное воздѣйствіе, или же возмѣщенія вреда, если такія приспособленія невозможны или несоединимы съ надлежащимъ ходомъ производства.

4. Собственникъ долженъ терпѣть выступъ на его участокъ сосѣдней стѣны до  $\frac{1}{2}$  фута<sup>6</sup>.

5. Онъ не долженъ застраивать теченія воздуха къ току со-сѣда<sup>7</sup>.

6. Ограниченіе относительно стока дождевой воды<sup>8</sup> (act. aquae pluviae arcendae). Никто не долженъ самовольно измѣнять нормального состоянія участка такъ, чтобы стокъ дождевой воды усилился или уменьшился ко вреду сосѣдняго земельного участка<sup>9</sup>. Нормальное состояніе опредѣляется частью естественнымъ устройствомъ поверхности участка<sup>10</sup>, частью искусственными сооружениями (канавы, плотины), которыя произведены по распоряженію начальства<sup>11</sup> или существуютъ съ незапамятнаго времени<sup>12</sup> (§ 72 пр. 3). Самовольная перемѣна можетъ заключаться въ возведеніи<sup>13</sup>, разрушеніи<sup>14</sup> или пренебреженіи<sup>15</sup> какого-либо сооружения. Въ случаѣ нарушенія этихъ началъ можно требовать возстановленія прежняго состоянія, а также, по общему правилу, и вознагражденія за вредъ съ начала процесса<sup>16</sup>. Право требовать этого принадлежало первоначально лишь собственнику потерпѣвшаго участка во время *litis contestatio*<sup>17</sup>, но впослѣдствіи въ этомъ отношеніи наравнѣ съ собственникомъ были поставлены субъекты сервитута и эмфитевзиса<sup>18</sup>. Обязанъ исполнить требованіе — собственникъ (эмфитевта и узуфруктуарій) вредоноснаго участка во время *litis contestatio*; при этомъ безразлично, совершена ли вредная перемѣна имъ самимъ или другимъ лицомъ, напр., тѣмъ, кому онъ отдалъ участокъ въ аренду, или лицомъ, у котораго онъ купилъ участокъ<sup>19</sup>: искъ есть act. in rem scripta (§ 80). Лицо, само совершившее перемѣну, отвѣчаетъ въ

<sup>6</sup> l. 17. pr. D. eod. 8, 5.—<sup>7</sup> l. 14. § 1. C. de serv. 3, 34.—<sup>8</sup> t. D. 39, 3; de aqua et aquae pluviae arcendae.—<sup>9</sup> l. 1. §§ 1. 10. 13. 1. 11. § 6. D. h. t. 39, 3.—<sup>10</sup> l. 1. §§ 1. 22. 23. 1. 2. pr. D. h. t. 39, 3.—<sup>11</sup> l. 1. § 23. l. 2. pr. §§ 3. 7. 1. 23. pr. D. h. t. 39, 3.—<sup>12</sup> l. 1. § 23. l. 2. pr. D. h. t. 39, 3; l. 2. § 8, eod. l. 28. D. de prob. 22, 3.—<sup>13</sup> l. 1. §§ 2. 6. 10. 13. l. 24. §§ 1. 2. D. h. t. 39, 3.—<sup>14</sup> l. 1. § 22. D. h. t. 39, 3.—<sup>15</sup> l. 2. §§ 1. 4. D. h. t. 39, 3.—<sup>16</sup> l. 6. §§ 6—8. 1. 7. l. 17. § 3. l. 22. § 1. l. 24. § 2. l. 25. § 1. D. h. t. 39, 3.—<sup>17</sup> l. 6. § 4. l. 16. l. 4. pr. § 2. l. 12—l. 14. pr. D. h. t. 39, 3.—<sup>18</sup> l. 22. § 2. l. 23. § 1. l. 25. D. h. t. 39, 3; Ульпіанъ не одобряетъ этого относительно узуфруктуарія, ср. l. 3. § 4. D. h. t. 39, 3.—<sup>19</sup> ср. мѣста въ пр. 17. 18.

полномъ объемѣ (текстъ къ пр. 16); прочіе обязанныя должны только допустить возстановленіе прежняго состоянія<sup>20</sup>. По исключенію самовольныя перемѣны не подвергаются обратному уничтоженію, если къ совершенію ихъ управомочивало позволеніе потерпѣвшаго<sup>21</sup> или сервитутъ<sup>22</sup>, или если онѣ совершены единственно для извлеченія плодовъ (напр., проведеніе бороздъ на папшѣ)<sup>23</sup>. — Искъ, введенный еще XII-ю таблицами для осуществленія вышеизложенныхъ обязанностей судебнымъ порядкомъ, называется *actio aquae pluviae arcendae*.

II. Въ общественномъ интересѣ установлены слѣд. ограниченія собственности:

1. Собственникъ берега публичной рѣки обязанъ предоставлять пользованіе побережною полосою судоходамъ и другимъ лицамъ, насколько этого требуетъ оборотъ<sup>24</sup> (такъ наз. бичевникъ).

2. Если вода разрушитъ публичную дорогу, то собственникъ соприкасающагося участка обязанъ дать подъ публичную дорогу часть своей земли<sup>25</sup>. Равнымъ образомъ сосѣдъ гробницы долженъ за вознагражденіе установить заинтересованнымъ лицамъ право проѣзда, если къ гробницѣ нельзя добраться инымъ путемъ<sup>26</sup>; практика распространила это начало и на тотъ случай, если участку нѣтъ доступа къ публичной дорогѣ. Наконецъ, могутъ быть разрушены строенія для общаго блага<sup>26a</sup>. Другихъ правилъ объ экспроприаціи римскаго права до насъ не дошло<sup>26b</sup>. Поэтому почти во всѣхъ партикулярныхъ государствахъ въ новое время были изданы особые законы объ экспроприаціи.

3. По законамъ позднѣйшихъ императоровъ<sup>27</sup>, собственникъ участка долженъ терпѣть раскопку съ цѣлью открытія извѣстныхъ минераловъ (мрамора и другихъ камней) за десятую часть прибыли; вторая десятая доля идетъ въ казну. Германское горное право распространило это начало на большое число другихъ минераловъ, создавъ вмѣстѣ съ тѣмъ для государства горную регалию. Изложеніе этого относится къ наукѣ германскаго права.

<sup>20</sup> l. 4. §§ 2. 3. l. 5. l. 6. § 7. l. 7. § 1. l. 11. § 2. l. 12. l. 16. D. h. t. 39, 3. — <sup>21</sup> l. 19. l. 20. D. h. t. 39, 3. — <sup>22</sup> l. 2. § 10. D. h. t. 39, 3. — <sup>23</sup> l. 1. §§ 3—5. 7—9. l. 24. pr. D. h. t. 39, 3. — <sup>24</sup> § 4. l. de r. d. 2, 1; l. 5. pr. D. de div. rer. 1, 8. — <sup>25</sup> l. 14. § 1. D. quemadm. s. a. 8, 6; ср. l. 2. § 21. D. ne quid in loco publ. 43, 8. — <sup>26</sup> l. 12. pr. D. de rel. 12, 7. — <sup>26a</sup> l. 9. C. de op. publ. 8, 12. — <sup>26b</sup> Ср. однако Frontinus de aquae duct. art. 128 и цитату въ Voigt's zwölf Tafeln. Bd. 2. § 80. Note 13. — <sup>27</sup> l. 3. l. 6. C. de met. 11, 6; cf. l. 13. § 1. D. comm. pr. 8, 4.



4. Собственникъ матеріаловъ, употребленныхъ другимъ лицомъ на постройку или виноградникъ (*ignum iunctum aedibus vineaeve*), не можетъ требовать ихъ выдачи, пока другое лицо не совершитъ ихъ *окончательнаго* (не временнаго только) отдѣленія; за то онъ можетъ требовать отъ собственника строенія или виноградника двойной цѣны матеріаловъ въ видѣ вознагражденія за убытки<sup>28</sup>. Полученіе двойной цѣны не лишаетъ его тѣмъ же менѣе права виндигировать матеріалы въ случаѣ ихъ окончательнаго отдѣленія<sup>29</sup>. Искъ, посредствомъ котораго собственникъ матеріала требуетъ уплаты за него двойной цѣны, называется *actio de tigno iuncto*. Онъ примѣнялся по законамъ XII-ти таблицъ лишь къ украденному матеріалу (что, впрочемъ, многіе оспариваютъ), и лишь юристы распространили его на *всѣ* чужіе матеріалы. Поэтому въ источникахъ встрѣчаются противорѣчивыя, повидимому, положенія: говорится тамъ то объ украденныхъ<sup>30</sup>, то о чужихъ<sup>31</sup> матеріалахъ.

5. *Reichsrayongesetz* 21-го декабря 1871 г. подвергаетъ поземельную собственность вокругъ крѣпостей весьма значительнымъ ограниченіямъ, изложеніе которыхъ относится къ госуд. праву.

Кромѣ того существуетъ нѣсколько постановленій<sup>32</sup> о постройкѣ домовъ (высота, форма, промежуточное пространство), о неотдѣляемости украшеній дома и т. п.; они не редицированы въ Германіи, гдѣ существуетъ объ этомъ множество партикулярныхъ и даже чисто мѣстныхъ предписаній (строительные уставы).

## 2. § 127. Второй классъ ограниченій собственности (вещныя права на чужую вещь, запрещенія отчужденія).

*Bachofen*, *ausgewählte Lehren*. Nr. 2—7. 1848.—*Schröder*, zur L. v. d. gesetzlichen Veräußerungsverboten. 1875.—*Vangerow*, § 299.—*Windscheid*, §§ 145. 172a.—*Brinz*, § 134.—*Bekker*, § 79.

*Ограниченія собственности, которыя не возникаютъ вмѣстѣ съ самою собственностью, а лишь вслѣдствіе особаго юридическаго акта, распадаются на два класса.*

<sup>28</sup> l. 1. D. de tign. i. 47, 3. —<sup>29</sup> l. 7. § 10. D. de a. d. 41, 1; l. 2. D. de tign. i. 47, 3; неправильна редакція мѣста § 29. l. de rer. div. 2, 1. —<sup>30</sup> l. 1. l. 2. D. de tign. i. 47, 3; l. 63. D. de don. i. v. et u. 24, 1. —<sup>31</sup> l. 7 § 10. D. de a. d. 41, 1; l. 23. § 6. D. de r. v. 6, 1; l. 6. D. ad exh. 10, 4; l. 98. § 8. D. de sol. 46, 3. —<sup>32</sup> t. C. 8, 10; de aedificiis privatis; l. 52. D. de c. e. 18, 1; l. 48. D. de damn. inf. 39, 2; cf. l. 13. D. fin. reg. 10, 2; l. 14. D. serv. pr. urb. 8, 2.

**I. Вещныя права на чужую вещь.** Ограниченіе собственности можетъ состоять въ томъ, что заключающееся въ собственности правомочіе предоставлено несобственнику. Собственникъ здѣсь не лишается этого правомочія, но обязанъ въ соотвѣтственномъ отношеніи уступать другому лицу, поскольку этого требуетъ право послѣдняго. Предоставленное несобственнику правомочіе называется вещнымъ правомъ на чужую вещь, *ius in re aliena*. Въ римскомъ правѣ существуютъ четыре такихъ права: три на полезность вещи (*сервитуты, эмфитевзисъ, суперфицій*), одно право отчужденія (*закладное право*). Мы займемся ими ниже въ главахъ 2—5.

**II. Запрещенія отчужденія** (распадающіяся на законныя, судебныя, завѣщательныя и договорныя). Ограниченіе собственности можетъ состоять въ томъ, что заключающееся въ собственности правомочіе отнято у собственника, но не перенесено на другого. Это имѣетъ мѣсто въ случаяхъ законныхъ запрещеній отчужденія (напр., участка, принадлежащаго къ *dos* или *donatio propter nuptias*<sup>1</sup>, *bona adventicia* подвластнаго дитяти<sup>2</sup>, вещи, отказанной кому-либо<sup>3</sup>, прежде также — вещи спорной<sup>4</sup>). Всякое отчужденіе, запрещенное закономъ, ничтожно<sup>5</sup>, состоитъ ли оно въ полномъ перенесеніи права собственности, или въ установленіи какого либо вещнаго права<sup>6</sup>, или въ отреченіи отъ такового, происходитъ ли оно путемъ юридической сдѣлки или путемъ упущенія, бездѣйствія (напр., допущенія, чтобы стороннее лицо приобрѣло вещь по давности, ср. § 47 sub III)<sup>7</sup>. Такъ какъ отчужденіе ничтожно, то собственнику принадлежитъ противъ владѣльца (осуществимое посредствомъ *rei vindicatio*, § 150) притязаніе на выдачу вещи. Мало того, по правильному, но оспариваемому мнѣнію, и самъ отчуждившій, если онъ собственникъ, можетъ предъявить это притязаніе<sup>8</sup>, потому что *exceptio rei venditae et traditae*, которая принадлежитъ владѣльцу<sup>9</sup> (§ 153 въ к.), теряетъ силу вслѣдствіе законнаго запрещенія отчужденія<sup>10</sup>: отчуждившій можетъ экцепціи

<sup>1</sup> t. D. 23, 5: de funde dotali; Nov. 61. — <sup>2</sup> l. 1. l. 2. C. de bon. mat. 6, 60; l. 4. l. 6. § 2. l. 8. §§ 4. 5. C. de bon. quae lib. 6, 61. — <sup>3</sup> l. 3. §§ 2. 3. C. comm. de leg. 6, 43. — <sup>4</sup> l. 2. l. 4. C. de lit. 8, 37; теперь примѣняется § 236. Reichscivilprozessordnung. — <sup>5</sup> l. 5. §§ 14. 15. D. de reb. eor. 27, 9; l. 4. l. 8. l. 15. l. 16. C. de praed. 5, 71. — <sup>6</sup> l. 7. C. de reb. al. 4, 51; l. 3. § 5. D. de reb. eor. 27, 9. — <sup>7</sup> l. 28. D. de v. s. 50, 16. — <sup>8</sup> l. 16. C. de praed. min. 5, 71; l. 4. C. de lit. 8, 37. — <sup>9</sup> l. 17. D. de ev. 21, 2. — <sup>10</sup> l. 1. § 5. D. de exc. r. vend. 21, 3; cf. l. 32. § 2. D. ad set. Vell. 16, 1.

противопоставить *replicatio*.—Къ законнымъ запрещеніямъ отчужденія господствовавшее прежде мнѣніе приравнивало *судебныя* запрещенія, относя сюда признаніе расточительности и (по нынѣшнему праву, ср. § 235 пр. 1<sup>a</sup>) открытіе конкурса; но правильнѣе видѣть здѣсь не ограниченіе собственности, а ограниченіе дѣеспособности расточителя (или общаго должника), и этимъ объяснять ничтожность совершеннаго имъ отчужденія<sup>11</sup>. Напротивъ, наложеніе ареста на движимыя вещи (§ 76 пр. 2), по Имп. уст. гр. суд. § 810, не влечетъ за собою ничтожности отчужденія, а лишь закладное право въ пользу лица, по требованію котораго наложенъ арестъ.—Запрещеніе отчужденія, установленное *послѣднею волею наслѣдодателя*, дѣйствительно лишь въ томъ случаѣ, если оно не есть *nudum praescriptum* (§ 60 пр. 14. 15), а установлено или въ интересахъ лица, къ которому относится, или въ интересахъ третьяго лица<sup>12</sup>. Но какія послѣдствія наступаютъ въ случаѣ нарушенія этого запрещенія,—это вопросъ спорный. Если запрещеніе имѣетъ въ виду выгоду третьяго лица, то послѣднее въ случаѣ отчужденія признается отказополучателемъ, слѣдовательно отчужденіе ничтожно, какъ всякое отчужденіе отказанной вещи (выше пр. 3). Напротивъ, отчужденіе дѣйствительно, если запрещеніе имѣло въ виду пользу самого отчуждающаго; въ этомъ случаѣ слѣдуетъ примѣнять начала юридической сдѣлки, заключающей въ себѣ *modus*<sup>13</sup> (§ 60).—Если неотчуждаемость вещи установлена *договоромъ*, то само отчужденіе не признается недѣйствительнымъ<sup>14</sup>, но отчудившій обязанъ возмѣстить потерпѣвшей сторонѣ интересъ<sup>15</sup> или вмѣсто него уплатить неустойку, если таковая была условлена<sup>16</sup>; если же неотчуждаемость вещи была установлена въ качествѣ *modus* по случаю даренія, то даритель можетъ (посредствомъ *cond. ob causam datorum*, см. § 70 прим. 9) требовать отъ одареннаго возвращенія вещи или ея цѣнности<sup>17</sup>. Исключеніе имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если залогоприниматель условился съ залогодателемъ, чтобы не отчуждалъ залога; а именно, одно мѣсто источниковъ<sup>18</sup>, по тексту Флорентинскаго списка (*nullam esse venditionem, ut pactioni stetur*), объявляетъ отчужденіе, пред-

<sup>11</sup> l. 12. D. de usurp. 41, 3; l. 7. § 5. D. pro emt. 41, 4; l. 8. D. de poll. 50, 12.—<sup>12</sup> l. 114. § 14. D. de leg. 1 (30); l. 38. pr. D. de leg. 3 (32); l. 69. § 3. l. 77. § 27. D. de leg. 2 (31).—<sup>13</sup> cf. l. 71. D. de cond. 35, 1.—<sup>14</sup> l. 61. D. de pact. 2, 14.—<sup>15</sup> l. 75. D. de c. e. 18, 1; l. 21. § 5. D. de a. e. v. 19, 1; l. 135. § 3. D. de v. o. 45, 1.—<sup>16</sup> l. 11. D. de rel. 11, 7.—<sup>17</sup> l. 3. C. de cond. ob caus. dat. 4, 6.—<sup>18</sup> l. 7. § 2. D. de distr. pign. 20, 5.

принятое залогодателемъ несмотря на обѣщаніе, ничтожнымъ; положимъ, нѣкоторые юристы, полагая, что текстъ Флорентинскаго списка искаженъ, утверждаютъ на основаніи текста другихъ рукописей (*nullam esse ractionem, ut venditioni stetur*), что ничтожно само обѣщаніе (какъ стѣсняющее залогодателя), а отчужденіе дѣйствительно. Но есть внутреннія основанія въ пользу текста Флорентинскаго списка: какъ отчужденіе *спеціально* заложенной вещи залогодателемъ ничтожно на основаніи нормы права (§ 185 прим. 5. 6), такъ въ случаѣ *общаго* залога или залога недвижимыхъ вещей то-же послѣдствіе достигается обѣщаніемъ залогодателя не отчуждать вещи.

## Раздѣлъ второй.

### § 128. Виды собственности.

*Fitting*, der Begriff der Rückziehung. 1856.—*Wächter*, das schwebende Eigenthum. 1871.—*Karlowa*, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. § 2. 1877.—*Ennecerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. § 27 (die Pendency der Rechte). 1888.—*Ihering*, die Consolidation der bon. fid. possessio durch die Analogie des Eigenthums въ Abh. a. d. R. R. S. 89—121. 1844.—*Brinz*, zum Recht der bonae fidei possessio.—*Vangerow*, §§ 128. 301—303.—*Windscheid*, §§ 165. 166. 169. N. 9.—*Brinz*, § 143. 537.—*Bekker* §§ 35. 37.—*Baron*, § 68.

I. Въ классическомъ римскомъ правѣ было нѣсколько видовъ собственности: *dominium ex iure Quiritium*, *dominium (ex iure gentium)* перегриновъ, *dominium (ex aequo?)* на провинціальныя участки, *in bonis esse* (бонитарная собственность), на *res mancipi* въ случаѣ приобрѣтенія не по способу *iuris civilis* и *на всѣ* вещи (*res mancipi* и *res mancipi*) въ случаяхъ преторскихъ способовъ приобрѣтенія. Всѣ эти виды въ правѣ Юстиніана уже не существуютъ, а ихъ мѣсто заняла просто собственность (*dominium*).

II. Къ среднимъ вѣкамъ относится происхожденіе дѣленія на *dominium directum* (Ober-Eigenthum) и *dom. utile* (Unter-Eigenthum). Такъ какъ эмпитевтъ и суперфициарію (по суд. практикѣ и вассалу) принадлежатъ иски изъ собственности въ видѣ *actiones utiles* (§ 84 sub 2), между тѣмъ какъ самъ собственникъ участка можетъ ихъ вчинить въ видѣ *act. directae*, то, перенося различіе исковъ на само право, въ средніе вѣка приписали эмпитевтъ и суперфициарію (и вассалу) *dominium utile*, а собственнику участка—*dom. directum* и назвали и то, и другое *dominium* вмѣстѣ *dom. divisum* (раздѣленною собственностью). Дѣйствительно, права

эмфитевты и суперфициарія (и вассала) такъ обширны, что почти ничего не оставляютъ собственнику (поэтому многія новыя законодательства дали этимъ лицамъ полное право собственности, § 176); поэтому все больше и больше распространяется убѣжденіе, что ставить *emphyteusis* и *superficies* на одну линію съ прочими *iura in re aliena* неумѣстно; но точно также неумѣстно право помѣщика подводить подъ обычное понятіе собственности, поэтому понятіе такъ наз. *dominium directum*, а равно и противопоставленіе *dominium directum* и *utile* слѣдуетъ отвергнуть. Чѣмъ замѣнить эти понятія, объ этомъ выше § 125 въ концѣ.

III. Среднимъ вѣкамъ далѣе мы обязаны выраженіемъ *dominium eminens*, которое означаетъ господство государства надъ собственностью своихъ подданныхъ; это право не есть собственность и вообще оно не частное право, а право верховенства, т. е. право публичное, которое часто задѣваетъ область частной собственности (напр. подати, экспроприація, верховный надзоръ).

IV. Среднимъ вѣкамъ, наконецъ, мы обязаны выраженіемъ *dominium limitatum s. minus plenum* въ противоположность къ *dom. illimitatum s. plenum*. Первое означаетъ собственность, ограниченную правами *in re aliena*, послѣднее—собственность свободную отъ этихъ ограниченій.

V. Собственность называется *dominium revocabile* (отмѣняемою собственностью), *если вслѣдствіе обстоятельства, которое навѣрно наступитъ или можетъ наступитъ независимо отъ воли собственника, онъ ipso iure теряетъ право собственности, которое переходитъ на другою*. Такова собственность лица, передавшаго ее другому<sup>1</sup> подъ отлагательнымъ условіемъ или срокомъ, а равно и лица, приобрѣвшаго собственность подъ отмѣнительнымъ условіемъ или срокомъ<sup>2</sup>. Субъектъ отмѣняемой собственности продолжаетъ быть собственникомъ до *revocatio*<sup>3</sup>, а также сохраняетъ и послѣ *revocatio* собственность на плоды и приращенія<sup>4</sup>, извлеченные имъ въ промежуточное время (такъ какъ они приобрѣтены на основаніи права собственности, отнятіе котораго не имѣетъ

<sup>1</sup> l. 1. pr. l. 2. § 5. D. de don. 39, 5; l. 11. D. de don. i. v. et u. 24, l. 1. 2. l. 29. D. de mort. c. don. 39, 6;—<sup>2</sup> l. 1. D. de leg. comm. 18, 3; l. 2. § 1. D. de in diem add. 18, 2; l. 2. C. de don. quae sub modo 8, 55.—<sup>3</sup> l. 66. D. de r. v. 6, 1.—<sup>4</sup> l. 3. § 16. l. 16. D. de stat. lib. 40, 7; l. 15. l. 16. D. de stat. hom. 1, 5; l. 2. § 1. D. de in d. add. 18, 2.

обратнаго дѣйствія); отчужденіе вещи и обремененіе ея вещными правами, совершенныя собственникомъ въ промежуточное время, съ наступленіемъ *revocatio ipso iure* лишаются впредь силы<sup>5</sup> (§ 55). Отсюда поговорка новыхъ юристовъ: *resoluto iure concessendis resolvitur ius concessum*. — Отъ отмѣняемой собственности слѣдуетъ отличать:

1. Обязательство собственника перенести въ случаѣ наступленія извѣстныхъ обстоятельствъ свое право собственности на другого (напр., *pact. de retrovendendo, protimiseos*, § 290). Прежде называли въ этомъ случаѣ собственность — *dom. revocabile ex nunc*, а собственность, названную выше отмѣняемую, — *dom. revocabile ex tunc*. Теперь эти названія почти всеми оставлены; ибо *dom. revocabile ex nunc* есть собственность неограниченная: обязательственное отношеніе собственника на само право собственности никакого вліянія не оказываетъ. Поэтому, если собственникъ исполнилъ свое обязательственное обѣщаніе, то все вещныя права, установленныя имъ до этого момента, продолжаютъ оставаться въ силѣ; даже отчужденіе вещи третьему лицу, которое собственникъ совершилъ вопреки обязательству, остается дѣйствительнымъ<sup>6</sup>. Уполномоченный къ обратному пріобрѣтенію имѣетъ только право требовать платежа интереса или неустойки, если таковая была условлена.

2. Собственность нерѣшительную, которая бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, если отъ молчаливаго условія (§ 57) зависитъ рѣшеніе вопроса, принадлежитъ ли данному лицу право собственности на вещь, или нѣтъ; напримѣръ, рабъ, состоящій у кого либо въ *ususfructus*, купилъ вещь въ долгъ, причемъ неизвѣстно, уплатитъ ли онъ покупную цѣну изъ имущества собственника или изъ имущества *узуфруктуарія*: до платежа неизвѣстно, кому принадлежитъ право собственности на купленную вещь, и поэтому, если вещь имѣетъ недостатки или если она краденая, то никто пока не можетъ вчинить *actio redhibitoria* или *condictio furtiva*<sup>6a</sup>. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ нерѣшительной собственности

<sup>5</sup> 1. 11. § 1. *D. quemadm. serv. am.* 8, 6; 1. 105. *D. de cond.* 35, 1; 1. 4. § 3. *D. de in diem add.* 18, 2; 1. 41. *D. de r. v.* 6, 1; 1. 9. *D. de aq. et aq. pl.* 39, 3; 1. 1. l. 4. *C. de pact. int. emt.* 4, 54. — <sup>6</sup> 1. 21. §. 1. l. 43. § 8. *D. de aed. ed.* 21, 1. — <sup>6a</sup> 1. 43. § 10. *D. de aed. ed.* 21, 1; 1. 12. § 5. i. f. l. 25. § 1. *D. de usufr.* 7, 1; 1. 43. § 2. *D. de a. d.* 41, 1; второй случай см. въ 1. 70. § 1. l. 12. § 5. *D. de usufr.* 7. 1.

на промежуточное время признается *предварительная* собственность, чтобы вещь пока не оставалась безъ охраны. Такъ, напр., бываетъ въ случаѣ отказа права собственности, пока лицо, коему назначенъ отказъ, не высказалось насчетъ принятія его или отреченія<sup>7</sup> (§ 445); въ случаѣ такъ наз. *dominii impetratio*—въ продолженіе двухлѣтняго срока, въ теченіе котораго залогодатель имѣетъ право выкупить залогъ, а залогоприниматель можетъ отказаться отъ принятія залога въ собственность<sup>8</sup> (§ 199 прим. 2—4). Во всѣхъ означенныхъ случаяхъ отъ исполненія или неисполненія молчаливаго условія зависитъ рѣшеніе вопроса, кому принадлежать плоды и приращенія за промежуточное время, и должны ли быть обратно уничтожены отчужденія и обремененія, совершенныя во время нерѣшительной собственности, такъ какъ если бы они совсѣмъ не произошли<sup>9</sup>. И то, и другое не относится къ отмѣняемой собственности (выше текстъ къ прим. 4. 5). Иными словами: къ нерѣшительной собственности примѣняется обратное дѣйствіе, а къ отмѣняемой нѣтъ.

**VI.** Собственность называютъ *фиктивной*, если кто либо приобрѣлъ юридическое владѣніе добросовѣстнымъ образомъ (т. е., не зная препятствій, мѣшающихъ приобрѣтенію права собственности). А именно, по соображеніямъ справедливости *преторскій эдиктъ* установилъ правило, чтобы при спорѣ *добросовѣстнаго владѣльца* (*bonae fidei possessor*) съ худшимъ владѣльцемъ примѣнялась фикція, что первый приобрѣлъ уже вещь по давности<sup>10</sup>; такимъ образомъ добросовѣстный владѣлецъ можетъ осуществлять *противъ всякаго худшаго владѣльца* права собственника<sup>11</sup> (§ 155); кромѣ того, онъ имѣетъ право на плоды и возможность приобрѣсть право собственности путемъ давности (§§ 134. 140).

<sup>7</sup> l. 86. § 2. D. de leg. 1 (30); l. 15. D. de reb. dub. 34, 5.—<sup>8</sup> l. 63. § 4. D. de a. r. d. 41, 1; l. 3. C. de i. d. i. 8, 34.—<sup>9</sup> l. 86. § 2 D. de leg. 1 (30); l. 15. D. de reb. dub. 34, 5; l. 63. § 4. D. de a. r. d. 41, 1.—<sup>10</sup> Gai. 4, 36.—<sup>11</sup> l. 136. D. de r. i. 50, 17.

## Раздѣлъ третій.

## § 129. Объекты собственности.

*Hesse*, Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn. §§ 97—101. 2. Aufl. 1880.—*Steinlechner*, das Wesen der iuris communio und quasi communio. § 26 ff. 1876.—*Rümelin*, die Theilung der Rechte. §§ 5—7. 1883.—*Scheurl*, die Theilbarkeit von Rechten. S. 19 ff. 1884.—*Voigt*, die zwölf Tafeln. § 81. 1883.—*Vangerow*, § 304.—*Windscheid*, §§ 168. 169<sup>a</sup>.—*Brinz*, § 131.

Предметомъ права собственности могутъ быть:

1. Тѣлесныя вещи; слова *dominium* и *dominus* употребляются иногда и по отношенію къ безтѣлеснымъ вещамъ (*dom. ususfructus, proprietatis, servitutis, hereditatis, litis, negotii*<sup>1)</sup>), но, очевидно, лишь въ смыслѣ „право“, „управомоченный“. Такъ какъ право собственности на участокъ распространяется также на нѣдра подъ поверхностью и на воздушное пространство надъ поверхностью, то собственникъ можетъ устраивать каменоломни, копать колодцы (хотя бы онъ этимъ лишалъ воды своего сосѣда<sup>2)</sup>), возводить постройки (хотя бы онъ этимъ лишалъ свѣта своего сосѣда<sup>3)</sup>). Собственникъ долженъ только не дѣлать этого безъ интереса для себя, а съ единственною цѣлью вредить другому (§ 75 пр. 4):

2. Реальныя части нѣкоторыхъ вещей: участковъ<sup>4</sup>, составныхъ вещей<sup>5</sup>, собирательныхъ вещей (въ частности стадъ)<sup>6</sup> (ср. § 39). Независимо отъ права собственности на реальную часть въ случаѣ составныхъ вещей (въ частности дома, который построенъ собственникомъ участка изъ чужихъ матеріаловъ) и собирательныхъ существуетъ и право собственности на цѣлое (что многіе отвергаютъ, попадая въ противорѣчіе съ мѣстами источниковъ, приведенными въ прим. 5 и 6); собственникъ цѣлаго осуществляетъ всѣ правомочія собственности, пока чужія реальныя части не отдѣлены.

3. Интеллектуальныя части<sup>7</sup>. Новая терминологія констати-

<sup>1</sup> I. 17. D. qu. m. us. am. 7, 4; I. 3. D. si us. pet. 7, 6; I. 15. § 6. D. de us. 7, 1; I. 8. pr. D. de reb. auct. i. 42, 5; I. 48. pr. D. de her. inst. 28, 5; I. 31. pr. D. de proc. 3, 3.—<sup>2</sup> I. 13. § 1. D. comm. pr. 8, 4; I. 7. §§ 13. 14. I. 8. pr. D. sol. matr. 24, 3; I. 26. D. de damn. inf. 39, 2; I. 1. § 12. D. de aq. et aq. pl. 39, 3.—<sup>3</sup> I. 1. pr. I. 9. D. de serv. pr. u. 8, 2; I. 8. § 5. I. 14. § 1. D. si serv. v. 8, 5; I. 26. D. de damn. inf. 39, 2; cf. I. 22. § 4. D. quod. vi 43, 24.—<sup>4</sup> I. 25. § 1. D. de v. s. 50, 16.—<sup>5</sup> I. 7. § 10. D. de acq. r. d. 41, 1.—<sup>6</sup> I. 1. § 3. I. 3. pr. D. de r. v. 6. 1.—<sup>7</sup> I. 5. D. de stip. serv. 45. 3.



руеть въ этомъ случаѣ, что вещь состоитъ въ общей сложности, *condominium*, а отдѣльные управомоченные суть участники въ общей собственности, *сособственники*, *condomini*; напротивъ, источники для характеристики какъ этого, такъ и другихъ сродныхъ отношеній употребляютъ слова *communio*, *socii*. Каждый участникъ въ общей собственности можетъ своею *идеальною* частью свободно распоряжаться<sup>8</sup>: отчудить ее, заложить, виндицировать, установить на нее узурфруктъ. Но *реальною* частью общей вещи или *цѣлымъ тѣломъ* ея могутъ распоряжаться только *все* собственники вмѣстѣ<sup>9</sup>: такъ что большинство голосовъ не имѣетъ значенія, и несогласіе одного препятствуетъ остальнымъ распорядиться общею вещью<sup>10</sup>: *socius prohibendi ius habet*; тѣмъ не менѣе каждый изъ участниковъ въ общей собственности можетъ самъ предпринимать все, что необходимо для сохраненія общей вещи (починку<sup>11</sup>, ср. § 133 пр. 3) и что служить къ ея улучшенію<sup>12</sup>. Каждый изъ *condomini* имѣетъ право на участіе во владѣніи, въ пользованіи, въ доходахъ, пропорціональное своей идеальной долѣ. Отъ общей собственности слѣдуетъ отличать *совмѣстную* собственность нѣсколькихъ лицъ на одну и ту же вещь. Такая собственность невозможна, если ее понимать въ томъ смыслѣ, что каждому неограниченно принадлежитъ право собственности на цѣлую вещь (*duorum dominium in solidum*)<sup>13</sup>.

## Раздѣлъ четвертый.

### Приобрѣтеніе собственности.

t. D. XLI, 1: de acquirendo rerum dominio.

#### I. § 130. Общій обзоръ и классификація способовъ приобретенія.

Vangerow, §§ 306. 307. — Windscheid, § 170. — Brinz, § 147.—Baron, §§ 69—81.

Съ точки зрѣнія классической юриспруденціи было удобно дѣлать способы приобретенія собственности на такіе, которые осно-

<sup>8</sup> l. 1. C. comm. div. 3, 37; l. 3. l. 4. C. de comm. r. al. 4, 52; l. 16. C. de i. d. 5, 12; l. 12. C. de don. 8, 53.—<sup>9</sup> l. 16. D. de r. c. 12, 1; l. 68. pr. D. pro soc. 17, 2; l. 4. C. de comm. r. al. 4, 52; l. un. C. si comm. r. 8, 21.—<sup>10</sup> l. 11. D. si serv. v. 8, 5; l. 8. l. 27. § 1. D. de serv. pr. u. 8, 2; l. 28. D. comm. div. 10, 3; reg. 56. in VI. de reg. iur.—<sup>11</sup> l. 32. D. de damn. inf. 39, 2; l. 4. C. de aed. pr. 8, 10.—<sup>12</sup> l. 13. § 1. l. 26. D. de serv. pr. u. 8, 2.—<sup>13</sup> l. 5, § 15. D. comm. 13, 6.

ываются на *ius gentium* и такіе, которые свойственны *ius civile*<sup>1</sup>. Уже для права Юстиніана это дѣленіе не можетъ имѣть рѣшающаго значенія, такъ какъ большей части способовъ приобрѣтенія цивильнаго права (*mancipatio, in iure cessio, sectio bonorum, sectio praediae, emptio sub corona*) уже не существовало, а сохранились изъ нихъ лишь немногіе (*usucapio, adiudicatio, hereditas, acquisitio lege*). Еще менѣе оно годится для нынѣшняго права, гдѣ противоположность *ius civile* и *ius gentium* въ смыслѣ римскаго права совсѣмъ исчезла (§ 14). Принято въ настоящее время и положено въ основаніе послѣдующаго изложенія—дѣленіе на производные и первоначальные способы приобрѣтенія.

1. *Способъ приобрѣтенія называется производнымъ (acquisitio derivativa), если право собственности приобрѣтателя основано на правѣ прежняго собственника.* Приобрѣтающій собственность дѣлается преемникомъ прежняго собственника и приобрѣтаетъ ее въ такомъ видѣ, въ какомъ она принадлежала послѣднему<sup>2</sup>. Сила производнаго способа приобрѣтенія основывается или на волѣ прежняго собственника (напр., въ случаѣ *traditio, hereditas testamentaria, legatum*), или на судебномъ распоряженіи (въ случаѣ *adiudicatio, impetratio dominii, missio in possessionem* по поводу отказа дать *cautio damni infecti*, въ случаѣ *executio* судебного рѣшенія), или, наконецъ, на предписаніи закона (въ случаѣ наследованія *ab intestato* и лишенія собственности въ наказаніе). Въ послѣдующемъ изложеніи мы не будемъ разсматривать тѣхъ способовъ приобрѣтенія, которые удобнѣе излагать въ связи съ другими отдѣлами права: приобрѣтенія по наследству и отказу, приобрѣтенія путемъ *impetratio dominii*, приобрѣтенія влѣдствіе недоставленія *cautio damni infecti*. Остается изложить приобрѣтеніе по *traditio* и *adiudicatio* и приобрѣтеніе влѣдствіе лишенія собственности въ наказаніе.

2. *Способъ приобрѣтенія называется первоначальнымъ (acquisitio originaria), если право собственности приобрѣтателя не основано на правѣ другою лица.* Это бываетъ какъ въ томъ случаѣ, если до приобрѣтенія совсѣмъ не существовало права собственности на данную вещь (вновь возникающія и безхозяйныя вещи), такъ и въ томъ случаѣ, если право собственности на нее принадле-

<sup>1</sup> I. I. pr. D. h. t. 41, 1; § 11. I. de reg. div. 2. 1.—<sup>2</sup> I. 20. § 1. D. h. t. 41, 1.

жало другому лицу, но между правом послѣдняго и правом приобрѣтателя нѣтъ связи. Такимъ образомъ первоначальные способы приобрѣтенія распадаются на два класса: 1. приобрѣтеніе вновь возникающихъ и безхозяйныхъ вещей, 2. приобрѣтеніе такихъ вещей, которыя уже состояли въ чьей-либо собственности. Къ первому классу принадлежитъ приобрѣтеніе плодовъ, вновь возникающихъ участковъ, приобрѣтеніе посредствомъ переработки (*specificatio*), посредствомъ завладѣнія (*occupatio*), посредствомъ находки клада; ко второму классу—приобрѣтеніе посредствомъ соединенія и посредствомъ давностнаго владѣнія.

## II. Отдѣльные способы приобрѣтенія собственности.

### А. ПРОИЗВОДНЫЕ.

#### 1) § 131. Передача (*traditio*).

*Leist*, Mancipation und Eigenthumstradition. S. 199—303. 1865.—*Exner*, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem gemeinem Recht. 1867.—*Hofmann*, die Lehre von Titulus und Modus und von der iusta causa traditionis. 1873.—*Lotmar*, über Causa im R. R. 1875. S. 165 ff.—*Maschke*, das Eigenthum im Civil-und Strafrecht. Cap. 2. 1895.—*Schulin*, einige Anwendungsfälle der Public. in rem actio. 1873.—*Thorsch*, das pact. reserv. dominii 1875.—*Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 535 ff. 585 ff. 610 ff. 1879.—*v. Thering*, gesammelte Aufsätze. Bd. 1. S. 47—121. 262—290. Bd. 2. S. 420 ff. 1881. 1882.—*Windscheid*, Actio. § 22. 1856.—*Vangerow*, § 311.—*Windscheid*, §§ 171. 172. 174.—*Brinz*, §§ 150. 151.—*Bekker*, § 100.

*Путемъ передачи (traditio, § 116) право собственности на вещь переходитъ къ приобрѣтающему владѣніе лишь въ томъ случаѣ, если 1) передающій способенъ къ отчужденію собственности, получающій—къ ея приобрѣтенію; 2) если передающій имѣетъ волю отчудить собственность, получающій имѣетъ волю ее приобрѣсть.*

1. Къ отчужденію собственности способенъ собственникъ<sup>1</sup> и залогоприниматель<sup>2</sup>. И судья (по Имп. у. гр. суд. § 769 сл. судебный приставъ) можетъ для исполненія судебного рѣшенія взять у должника движимую вещь, къ предоставленію которой онъ присужденъ, и передать ее вѣрителю; если дѣло идетъ о недвижимости или о кораблѣ, то онъ выводитъ изъ владѣнія должника и вводитъ во владѣніе вѣрителя. Императорскіе законы объявили дѣйствительнымъ всякое отчужденіе, совершенное казною, монархомъ и его супругою, даже въ томъ случаѣ, если отчуждены вещи чужія; собственнику же пре-

<sup>1</sup> I. 20. pr. § 1. D. h. t. 41, 1; pr. § 2. I. qu. al. lic. 2, 8.—<sup>2</sup> I. 46. D. h. t. 41, 1; § 1, I. qu. al. l. 2, 8.

доставлено лишь право (погашаемое четырехлѣтнею давностью) требовать отъ отчуждившаго вознагражденія за убытки<sup>3</sup>. За исключеніемъ этого случая, для отчужденія чужой вещи требуется порученіе, уполномочіе или послѣдующее согласіе собственника<sup>4</sup>; если отчужденіе чужой вещи произошло безъ согласія собственника, но tradens впоследствии приобрѣлъ право собственности на вещь, или собственникъ сдѣлался наслѣдникомъ послѣ tradens, то accipiens, не называясь собственникомъ, тѣмъ не менѣе можетъ осуществлять всѣ правомочія собственности и защищать ихъ искомъ (act. Publiciana, § 155) и экцепціей (exc. doli, rei venditae et traditae, § 153)<sup>5</sup>.—Къ *приобрѣтенію собственности способно* вообще всякое правоспособное лицо, но римское право установило изъ этого правила нѣсколько исключеній, которыя въ настоящее время уже не существуютъ (напр., что сенаторъ не можетъ быть собственникомъ кораблей<sup>6</sup>, что еврей или язычникъ не можетъ имѣть раба христіанина<sup>7</sup>); новыя исключенія введены для извѣстныхъ случаевъ новыми партикулярными законодательствами (напр., относит. иностранцевъ, прежде относит. евреевъ, относит. аптекъ).

2. *Воля перенести право собственности или приобрести его* отсутствуетъ, конечно, въ тѣхъ случаяхъ, когда цѣль, ради которой происходитъ передача, не направлена на перенесеніе права собственности (напр., при передачѣ на основаніи закладнаго договора). Воли перенести собственность нѣтъ также, по правильному и теперь господствующему воззрѣнію, въ томъ случаѣ, если tradens, будучи самъ собственникомъ вещи, считаетъ ея собственникомъ другое лицо и въ качествѣ представителя послѣдняго желаетъ перенести его мнимую собственность на accipiens<sup>8</sup>. Далѣе нѣтъ воли перенести собственность, если tradens заблуждается въ лицѣ приобретающаго, такъ какъ онъ желаетъ перенести собственность на другое лицо, а не на то, которое получаетъ владѣніе<sup>9</sup>, но во многихъ случаяхъ (напр., въ случаѣ купли на наличныя деньги) эта ошибка безразлична для интересовъ передаю-

<sup>3</sup> l. 2. l. 3. C. de quadr. pr. 7, 37; § 14. l. de usuc. 2, 6.—<sup>4</sup> l. 9. § 4. D. h. t. 41, 1; l. 38. § 1. D. de don. i. v. et u. 24, 1.—<sup>5</sup> l. 1—3. D. de exc. r. v. et tr. 21, 3; l. 72. D. de r. v. 6, 1; l. 4. § 32. D. de dol. exc. 44, 4; l. 73. D. de ev. 21, 2; l. 14. C. de r. v. 3, 32; l. 14. C. de ev. 8, 45; l. 56. D. ad. act. Treb. 36, 1.—<sup>6</sup> l. 3. D. de vac. 50, 5.—<sup>7</sup> l. 1. C. ne christ. manc. 1, 10.—<sup>8</sup> l. 35 D. h. t. 41, 1; l. 49. D. mand. 17, 1; l. 15. § 2. D. de contr. emt. 18, 1.—<sup>9</sup> l. 18. D. de sol. 46, 3; l. 43. § 1. l. 80. § 6. D. de furt. 47, 2.

щаго (§ 16), слѣдовательно, воля существуетъ (§ 50 sub. II. 2). Наконецъ требуемой воли нѣтъ и въ томъ случаѣ, если tradens заблуждается въ передаваемой вещи, такъ какъ онъ имѣетъ волю передать не ту вещь, которую на дѣлѣ онъ передаетъ<sup>10</sup>. Эти положенія обыкновенно выражаются слѣд. образомъ: *tradentis error in dominio, in persona, in corpore пренятствуетъ переходу собственности*. — Напротивъ, воля перенести или приобрести право собственности можетъ быть на лицо, хотя tradens не достигаетъ цѣли, ради которой онъ совершаетъ передачу<sup>11</sup>, напр., онъ передаетъ вещь другому, ошибочно полагая, что онъ ему долженъ, съ цѣлью освободиться отъ долга; другими словами: *tradentis error in causa не пренятствуетъ переходу собственности*. По правильному мнѣнію, это положеніе правильно даже и для того случая, если accipiens не находится въ томъ же заблужденіи, а in mala fide (§ 281 прим. 19). Отсюда слѣдуетъ, что воля перенести и приобрести собственность есть на лицо, и, слѣдовательно, право собственности на переданную вещь переходитъ на получателя въ томъ случаѣ, если tradens и accipiens по недоразумѣнію дѣйствуютъ съ *различными цѣлями* (наприм., одинъ хочетъ сдѣлать подарокъ, другой хочетъ получить заемъ). Это положеніе подтверждается однимъ мѣстомъ источниковъ (Юліаномъ<sup>12</sup>), но въ другомъ отрицается (Ульпіаномъ<sup>13</sup>); несмотря на многочисленныя попытки, до сихъ поръ этого противорѣчія согласить не удалось. — Воля перенести собственность въ юр. оборотѣ изъясняется не абстрактно, а въ связи съ конкретною цѣлью (causa traditionis<sup>14</sup>, § 67). По большей части цѣль перенесенія собственности состоитъ въ томъ, чтобы: или уплатить долгъ (causa solvendi), или сдѣлать подарокъ (causa donandi), или заключить реальный контрактъ (напр., заемъ, causa contrahendi seu obligandi seu credendi), или установить dos (dotis constituendae causa), или дать задатокъ, или обезпечить получателя въ исполненіи требованія, которое ему принадлежитъ (§ 184 кон.). Въ двухъ случаяхъ сингулярныя нормы права объявляютъ цѣль недѣйствительною, такъ что право собственности не переходитъ на получающаго владѣніе, а именно, если одинъ изъ супруговъ передаетъ вещь дру-

<sup>10</sup> l. 36. D. h. t. 41, 1; l. 2. § 6. D. pro emt. 41, 4. — <sup>11</sup> t. D. 12, 6: de cond. ind. — <sup>12</sup> l. 36. D. h. t. 41, 1. — <sup>13</sup> l. 18. pr. D. de r. cr. 12, 1. — <sup>14</sup> l. 65. § 4. D. a. l. set. Treb. 36, 1; l. 31. D. h. t. 41, 1.

тому съ цѣлью подарить ее<sup>15</sup> (§ 347 прим. 19), и если женщина передаетъ вещь, чтобы уплатить долгъ по *intercessio*<sup>16</sup> (§ 255 прим. 11). За исключеніемъ этихъ случаевъ, собственность переходитъ по *traditio* на получателя даже въ томъ случаѣ, если цѣль неправомѣрна (поэтому убійца получаетъ право собственности на плату, условленную за убійство<sup>17</sup>) или если дозволенная цѣль не достигается (выше пр. 11. 12); иными словами: *по римскому праву traditio обсуждается, какъ абстрактная сдѣлка, хотя въ гражданскомъ оборотѣ она таковою не бываетъ* (§ 67).—Воля перенести собственность обыкновенно направлена на опредѣленное лицо; но въ бросаніи вещей въ толпу (*iactus missilium*) заключается передача лицу неопредѣленному<sup>18</sup>. Впрочемъ, нѣкоторые писатели видятъ въ *iactus missilium* не *traditio*, а случай *de relicto* (§ 137 sub I).—Воля перенести собственность допускаетъ добавленіе условій и сроковъ<sup>19</sup>; въ одномъ случаѣ она считается условною по закону, а именно если передача происходитъ на основаніи купли, то собственность переходитъ на покупателя только въ случаѣ уплаты цѣны или зачета ея въ долгъ (въ кредитъ)<sup>20</sup>. Часто продающій удерживаетъ за собою право собственности, несмотря на зачетъ цѣны въ долгъ до платежа послѣдней, или договариваетъ себѣ возвратъ собственности, если цѣна не будетъ уплачена до опредѣленнаго времени; это называется *rustum reservati dominii* (§ 290).

Необходимо еще отмѣтить слѣдующее:

а. Передача отчуждаемой вещи должна произойти по правиламъ §§ 116. 117. Она, слѣдовательно, можетъ быть также совершена путемъ такъ наз. *brevi manu traditio* и *constitutum possessorium*<sup>21</sup>; *traditio* совсѣмъ не требуется, если вещь уже находилась въ юридическомъ владѣніи лица, приобретающаго право собственности<sup>22</sup>. Допускается также содѣйствіе представителей, такъ что представляемый приобретаетъ право собственности на вещь, которую кто нибудь принялъ въ качествѣ его представителя<sup>22а</sup>. Въ нѣко-

<sup>15</sup> l. 5. § 18. l. 36. pr. D. de don. i. v. et u. 24, 1.—<sup>16</sup> l. 32. §§ 1. 2. D. ad. set. Vell. 16, 1; l. 39. § 1. l. 40. D. de r. v. 6, 1.—<sup>17</sup> l. 2. D. de conditione ob turpem vel iniustam causam 12, 5.—<sup>18</sup> l. 9. § 7. D. h. t. 41. 1; l. 5. § 1. D. pro der. 41, 7.—<sup>19</sup> l. 38. § 1. D. de poss. acq. 41, 2.—<sup>20</sup> l. 19. l. 53. D. c. e. 18, 1; § 41. I. de r. d. 2, 1.—<sup>21</sup> l. 46. l. 77. D. de r. v. 6, 1; l. 9. § 1. D. de Publ. 6, 2; l. 62. pr. D. de ev. 21, 2; l. 28. l. 35. § 5. C. d. don. 8, 53.—<sup>22</sup> l. 21. § 1. D. h. t. 41, 1; l. 46. D. de r. v. 6, 1.—<sup>22а</sup> l. 13. D. h. t. 41, 1.

торыхъ случаяхъ лицо, получившее вещь въ собственность на свое имя, тѣмъ не менѣе не становится собственникомъ; вмѣсто него приобрѣтаетъ право собственности другое лицо, которое, строго говоря, имѣетъ только личное требованіе къ нему. Такъ, опекаемые и солдаты приобрѣтаютъ право собственности на тѣ вещи, которыя ихъ опекуны и повѣренные въ дѣлахъ приобрѣли *для себя* на ихъ деньги <sup>23</sup>; равнымъ образомъ жена приобрѣтаетъ право собственности на вещи, которыя мужъ приобрѣлъ для себя на деньги, подаренныя ею (недѣйствительно); при этомъ предполагается, что мужъ этихъ вещей еще не отчудилъ <sup>24</sup>. Вслѣдствіе аномалии, заключающейся въ этихъ случаяхъ, искъ, которымъ лица, пользующіяся такимъ привилегированнымъ положеніемъ, требуютъ выдачи вещи, есть *rei vindicatio utilis* (а не *directa*). Впрочемъ, нѣкоторые изъ новыхъ юристовъ не признаютъ за этими лицами приобрѣтенія права собственности и видятъ ихъ благоприятное положеніе лишь въ томъ обстоятельстве, что они могутъ осуществлять свое требованіе (обязательственное) вещнымъ искомъ (вмѣсто личнаго); этого иска они не могутъ вчинить противъ сингулярныхъ преемниковъ своего должника, а лишь противъ него самого, но съ тѣмъ послѣдствіемъ, что въ случаѣ конкурса надъ имуществомъ должника они выступаютъ въ качествѣ такъ наз. *виндикантовъ* (§ 233). Это мнѣніе несогласно съ источниками.

б. Передача вещи необходима для отчужденія, совершаемаго частнымъ лицомъ между живыми, такъ какъ существуетъ положеніе, что воля частнаго лица при отчужденіи между живыми сама по себѣ, безъ передачи вещи собственности не переноситъ <sup>25</sup>. По закону Юстиніана <sup>26</sup> исключеніе бываетъ въ томъ случаѣ (что многіе оспариваютъ), если церковь, благотворительное учрежденіе или городъ заключаетъ договоръ, направленный на приобрѣтеніе права собственности (купля, мѣна); въ этомъ случаѣ съ момента заключенія договора право собственности переходитъ въ церковь и т. д. (такъ наз. *transitus legalis*). Многіе юристы находятъ еще второе исключеніе: если между двумя или нѣсколь-

<sup>23</sup> l. 2. D. quando ex f. 26, 9; l. 3. C. arb. tut. 5, 51; l. 8. C. de r. v. 3, 32. — <sup>24</sup> l. 55. D. de don. i. v. et u. 24, 1. — <sup>25</sup> l. 20. C. de pact. 2, 3; l. 50. pr. D. de r. v. 6, 1; l. 15. C. eod. 3, 32; l. 45. D. de pact. 2, 14. — <sup>26</sup> l. 23. § 1. C. de s. eccl. 1, 2.

кими лицами состоялся договоръ объ общности имущества (§ 303), то съ момента perfectio договора вещи отдѣльныхъ сообщниковъ переходятъ въ общую собственность другихъ<sup>27</sup>; но переходъ общей собственности основывается здѣсь на томъ, что съ договоромъ объ общности имущества связано *constitutum possessorium*<sup>28</sup>. Германское право прибавило новыя исключенія: запись въ ипотечную книгу, коносаментъ; они излагаются въ германскомъ частномъ правѣ.

## 2) § 132. Adjudicatio.

*Windscheid*, § 173. — *Brinz*, § 152.

Въ процессахъ о раздѣлѣ (*iudicium familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*, §§ 302. 305. 428) судья можетъ по своему усмотрѣнiю или присудить общую вещь въ исключительную собственность одному изъ участниковъ (въ такомъ случаѣ онъ вмѣстѣ съ тѣмъ возлагаетъ на послѣдняго обязанность уплатить соотвѣтственное вознагражденiе прочимъ участникамъ), или, если это умѣстно, раздѣлить вещь по реальнымъ частямъ между всѣми участниками<sup>1</sup>. Съ наступленiемъ законной силы рѣшенiя (*adjudicatio*) возникаетъ право собственности на присужденную вещь (или ея реальную часть)<sup>2</sup>. — Рѣшенiе иска о раздѣлѣ слѣдуетъ отличать отъ рѣшенiя *rei vindicatio* въ пользу истца; первое служитъ основанiемъ возникновенiя для того, кому вещь присуждена, права собственности, второе лишь дѣлаетъ право собственности истца *безспорнымъ*<sup>3</sup>.

## 3) § 133. Лишенiе собственности въ наказанiе.

*Windscheid*, § 174. — *Brinz*, 152.

Въ наказанiе лишается собственности:

1. Тотъ, кто прибѣгаетъ къ недозволенному самоуправству, въ пользу прежняго владѣльца вещи; дѣйствуетъ ли еще эта норма теперь, спорно (§ 77 кон.).

2. Тотъ, кто пытается не оплатить вещь должною пошлиною, лишается собственности въ пользу лица, имѣющаго право на

<sup>27</sup> l. 1. § 1. D. pro soc. 17, 2. — <sup>28</sup> l. 2. D. pro soc. 17, 2.

<sup>1</sup> §§ 4—6. l. de off. iud. 4, 17; l. 12. § 2. l. 16. § 1. l. 36. l. 44. § 1. l. 47. pr. l. 55. D. fam. erc. 10, 2. — <sup>2</sup> § 7. l. de off. iud. 4, 17. — <sup>3</sup> l. 8. § 4. D. si s. v. 8, 5; l. 35. § 1. D. de r. v. 6, 1.



пошлину (*cadere in commissum*<sup>1</sup>); при извѣстныхъ условіяхъ неплатежъ пошлины прощается<sup>2</sup>; по этому предмету въ настоящее время дѣйствуетъ союзный законъ о пошлинахъ 1-го іюля 1869 г. §§ 134 и сл., который предписываетъ конфискацію контрабанды и неоплаченной пошлиною вещи.

3. *Condominus* дома теряетъ свое *condominium*, если не возвращаетъ въ четырехмѣсячный срокъ соотвѣтствующей части издержекъ на ремонтъ, затраченныхъ другимъ участникомъ; послѣдній приобрѣтаетъ его идеальную часть собственности<sup>3</sup>.

4. Тотъ, кто по нерадѣнію оставляетъ 2 года безъ обработки податной плодоносный участокъ, теряетъ свое право собственности въ пользу лица, предпринявшаго въ это время обработку, если не возвратитъ ему затратъ<sup>4</sup>.

5. Вступающій во второй бракъ теряетъ *proprietas* на *lucra nuptialia* въ пользу дѣтей отъ перваго брака (§ 350).

## В. ПЕРВОНАЧАЛЬНЫЕ СПОСОБЫ ПРИБРѢТЕНІЯ СОБСТВЕННОСТИ.

### 1. На вещи, вновь возникающія.

#### а. § 134. Приобрѣтеніе права собственности на плоды.

См. литературу къ § 41 и кромѣ того *Körpen, der Fruchterwerb des b. f. poss.* 1872.—*v. Petrażycki, die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten.* S 87—216. 1892.—*Vangerow, § 312—326.*—*Windscheid, § 186.*—*Brinz, § 145.*

Естественныя произведенія вещи, еще связанныя съ нею физически, составляютъ ея части<sup>1</sup> и поэтому состоятъ въ томъ же правоотношеніи, что и главная вещь. Съ момента отдѣленія (*separatio*) отъ производящей вещи они становятся самостоятельными вещами, и право собственности на нихъ приобрѣтаетъ по общему правилу тотъ, кто въ моментъ *separatio* имѣетъ право собственности на вещь производящую<sup>2</sup>. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ однако право собственности на естественныя произведенія, составляющія плоды (§ 41), достается другимъ лицамъ:

1. Кто имѣетъ вещное право пользованія и извлеченія плодовъ на производящую вещь (эмфитевзисъ, узупфруктъ), тотъ приобрѣтаетъ

<sup>1</sup> l. 8. l. 16. §§ 4. 10. D. de publ. 39, 4. —<sup>2</sup> t. D. 39, 4: de publicanis et vectigalibus et commissis; t. C. 4, 61: de vectigalibus et commissis. —<sup>3</sup> l. 52. § 10. D. pro soc. 17, 2; l. 4. C. de aed. pr. 8, 10. —<sup>4</sup> l. 8. C. de omni agro des. 11, 58.

<sup>1</sup> l. 44. D. de r. v. 6, 1. —<sup>2</sup> § 19. I. h. t. 2, 1; l. 2. l. 6. D. h. t. 41, 1; l. 5. § 2. D. de r. v. 6, 1.

*первоначальнымъ способомъ* право собственности на плоды: эмпфитевта—съ момента отдѣленія<sup>3</sup>, узуфруктуарій—съ момента односторонняго завладѣнія плодами (собранія плодовъ, percceptio fructuum)<sup>4</sup>.

2. Кто достигъ права пользованія путемъ *обязательства*, тотъ прибрѣтаетъ право собственности на плоды взятіемъ ихъ во владѣніе *съ согласія собственника плодоносной вещи*, т. е. *производнымъ* способомъ, — по traditio<sup>5</sup>. Сюда относится въ частности арендаторъ.

3. Добросовѣстный владѣлецъ не имѣетъ ни вещнаго, ни обязательственнаго права на извлеченіе плодовъ, но тѣмъ не менѣе прибрѣтаетъ право собственности на плоды—*первоначальнымъ* способомъ съ момента ихъ отдѣленія<sup>6</sup>. Юстиніанъ приводитъ какъ основаніе этого: pro cultura et cura<sup>7</sup>; вѣрнѣе было бы въ этомъ случаѣ указать на потребности *оборота*. Добросовѣстный владѣлецъ прибрѣтаетъ плоды даже въ томъ случаѣ, если плодоносная вещь неспособна къ давностному владѣнію<sup>8</sup> (напр. res furtiva)<sup>9</sup>. Добросовѣстность, по мнѣнію позднѣйшихъ<sup>10</sup> римскихъ юристовъ, должна быть на лицо въ моментъ отдѣленія плодовъ<sup>11</sup>. Вообще *приобрѣтеніе плодовъ* со стороны добросовѣстнаго владѣльца по своимъ условіямъ рѣзко отличается отъ *приобрѣтенія вещи по давности* добросовѣстнымъ владѣльцемъ.—Хотя добросовѣстный владѣлецъ прибрѣтаетъ право собственности на плоды, онъ обязанъ тѣмъ не менѣе въ случаѣ виндикаціи плодоносной вещи со стороны собственника возвратитъ вмѣстѣ съ вещью также и fructus exstantes<sup>12</sup> (наличные плоды; существуетъ споръ, признавалась ли эта обязанность уже въ классическомъ правѣ или она возникла лишь впоследствии). Но собственникъ не можетъ предъявить *самостоятельной* виндикаціи на наличные плоды, а равно и требованія вознагражденія за *потребленные* (потребленные въ тѣсномъ смыслѣ и отчужденные). Поэтому источники говорятъ, что добросовѣстный владѣлецъ fructus interim suos facit<sup>13</sup>, fructus

<sup>3</sup> l. 25. § 1. i. f. D. de us. 22, 1.—<sup>4</sup> l. 13. D. qu. m. ususfr. 7, 4; l. 25. § 1. D. de us. 22, 1; §§ 36—38. I. de r. d. 2. 1.—<sup>5</sup> l. 6. D. de don. 39, 5; l. 16. D. de pr. v. 19, 5; l. 61. § 8. D. de furt. 47, 2.—<sup>6</sup> l. 13. i. f. D. qu. m. us. am. 7, 4; l. 25. § 1. i. f. l. 28. D. de us. 22, 1; l. 48. pr. D. h. t. 41, 1.—<sup>7</sup> § 35. I. h. t. 2, 1.—<sup>8</sup> l. 48. pr. D. h. t. 41, 1.—<sup>9</sup> l. 45. D. de us. 22, 1.—<sup>10</sup> О прежнихъ см. l. 25. § 2. D. de us. 22, 1.—<sup>11</sup> l. 23. § 1. l. 40. l. 48. § 1. D. h. t. 41, 1.—<sup>12</sup> § 35. I. h. t. 2, 1; § 2. I. de off. iud. 4, 17; l. 22. C. de r. v. 3, 32.—<sup>13</sup> l. 48. pr. D. h. t. 41, 1.

*consumptos suos facit*<sup>14</sup>. Эта обязанность возвращенія и указанная изреченія источниковъ дали нѣкоторымъ романистамъ поводъ утверждать, что добросовѣстный владѣлецъ имѣеть и отдѣленные плоды только въ добросовѣстномъ владѣніи; другіе признають за нимъ право собственности на плоды, но право нерѣшительное до того времени, пока добросовѣстный владѣлецъ ихъ не потребить, или пока собственникъ не станетъ виндицировать плодоносную вещь (ср. § 128 sub V. 2). Эти воззрѣнія неосновательны, такъ какъ право собственности на плоды и притомъ собственности окончательной прямо приписано добросовѣстному владѣльцу многими мѣстами источниковъ<sup>15</sup>.

### в. § 135. Приобрѣтеніе вновь возникающихъ участковъ.

*Marquardt-Mommsen, Röm. Alterthümer. Bd. 4. S. 96 ff. 2. Auf. 1881.—Vangerow, § 328. — Windscheid, § 185.*

Вновь возникающіе участки обсуждаются различно, смотря по тому, появляются ли они на морѣ или на общественной рѣкѣ. Первые (*insula in mari nata*), какъ безхозянные, принадлежать первому овладѣвающему<sup>1</sup>; о вторыхъ существуютъ слѣд. правила:

1. Если участокъ возникаетъ вслѣдствіе постепеннаго примоя земляныхъ частицъ къ берегу (*alluvio*), то онъ принадлежитъ собственнику увеличеннаго этимъ берегового участка<sup>2</sup>.

2. Если участокъ возникаетъ вслѣдствіе того, что рѣка оставляетъ свое русло, заносится ли оно пескомъ (*alveus relictus*), или рѣка пробиваетъ себѣ русло въ другомъ мѣстѣ (*alveus mutatus*), то онъ принадлежитъ обоимъ собственникамъ береговыхъ участковъ. Они должны размежеваться линіею, проведенною черезъ средину рѣки<sup>3</sup>. Лицо, которое теряетъ вслѣдствіе возникновенія новаго русла свою собственность, не имѣеть права на вознагражденіе.

3. Тѣ же правила примѣняются и въ томъ случаѣ, если среди публичной рѣки возникаетъ островъ (*insula in flumine publico nata*)<sup>4</sup>;

<sup>14</sup> 1. 40. D. h. t. 41, 1; l. 4. § 19. D. de usurp. 41, 3.—<sup>15</sup> См. выше мѣста къ пр. 6. 7.

<sup>1</sup> § 22. I. h. t. 2, 1; l. 7. § 3. D. h. t. 41, 1.—<sup>2</sup> § 20. I. h. t. 2, 1; l. 7. § 1. l. 56. pr. D. h. t. 41, 1.—<sup>3</sup> §§ 23. 24. I. h. t. 2, 1; l. 7. §§ 5. 6. l. 30. §§ 1. 3. l. 38. l. 56. § 1. D. h. t. 41, 1.—<sup>4</sup> § 22. I. h. t. 2, 1; l. 7. §§ 3. 4. l. 29. l. 30. pr. l. 56. pr. l. 65. §§ 2. 3. D. h. t. 41, 1; l. 1. § 6. D. de flum. 43, 12. Иначе думалъ Лабенъ: l. 65. § 4. D. h. t. 41, 1; но можетъ быть это лишь теоретическая замѣтка въ виду того, что русло рѣки есть публичная собственность.

послѣдній разсматривается какъ дно рѣки, возвысившееся надъ поверхностью воды<sup>5</sup>, и прибрѣтается береговыми собственниками по линіи, проведенной по срединѣ рѣки.

Впрочемъ вышеизложенныя правила лишь отчасти примѣнялись къ тѣмъ землямъ, которыя были отняты у враговъ (ager mancipatus) и зачислены въ собственность римскаго государства; изъ нихъ — культурныя земли послѣ особаго измѣренія (отсюда ихъ названіе agri limitati) или продавались (ager quaestorius), или безмездно раздавались безземельнымъ плебеямъ (ager viritanus), или употреблялись на основаніе колоній (ager divisus et assignatus), или отдавались цензорами въ аренду за постоянную арендную плату (agri vectigales). Некультурныхъ земель не измѣряли, а эдиктомъ магистрата предоставлялось отдѣльнымъ гражданамъ оккупировать ихъ (agri occupatorii, agricipii) съ тѣмъ, чтобы они отдавали опредѣленную долю дохода (пятину, десятину) въ пользу государства. Владѣльцы agri limitati не имѣли права на alluvio, alveus, insula, а участки, возникающіе на рѣкѣ, протекающей между agri limitati, разсматривались какъ безхозяйныя<sup>6</sup>. Въ настоящее время это исключеніе уже не существуетъ.

### с. § 136. Приобрѣтеніе посредствомъ переработки (specificatio).

*Sulzer, der Eigenthumserwerb durch Specification. 1884. — Vangerow, § 310. — Windscheid, § 187. — Brinz, § 149.*

Specificatio (новое выраженіе, происшедшее отъ speciem aliquam facere ex materia<sup>1</sup>) есть *такая переработка движимой вещи, которая превращаетъ ее въ новую вещь*; это бываетъ въ томъ случаѣ, если путемъ приложенія труда вещи сообщается совершенно новая годность, т. е. если вещь послѣ обработки является годною для совершенно иного употребленія, нежели прежде. Поэтому нѣтъ specificatio въ случаѣ вымолачиванія зеренъ<sup>2</sup>, окрашиванія шерсти<sup>3</sup>; напротивъ, молотье хлѣба, выжимка маслинъ, винограда для полученія масла, вина, построеніе корабля или шкафа изъ многихъ кусковъ дерева, желѣза<sup>4</sup> и т. п. являются случаями specificatio.

Кто перерабатываетъ собственный матеріалъ, тотъ, конечно,

<sup>5</sup> l. 30. § 2. D. h. t. 41, 1. — <sup>6</sup> l. 16. D. h. t. 41, 1; l. 1. §§ 6. 7. D. de flum. 43, 12.

<sup>1</sup> l. 7. § 7. D. h. t. 41, 1. — <sup>2</sup> l. 7. § 7. D. h. t. 41, 1; иначе § 25. l. h. t. 2. 1. — <sup>3</sup> l. 26. § 3. D. h. t. 41, 1. — <sup>4</sup> § 25. l. h. t. 2, 1.

приобрѣтаетъ право собственности на species. Вопросъ же о переработкѣ чужой вещи былъ между классическими юристами споренъ. Сабиньянцы приписывали право собственности на новую вещь собственнику матеріала, прокуліанцы—спецификатору; нѣкоторые юристы выставили среднее рѣшеніе<sup>5</sup>, которое одобрили и Юстиніанъ<sup>6</sup>. По ихъ воззрѣнію, работникъ приобретаетъ право собственности на новую вещь только въ томъ случаѣ, если она не можетъ быть возвращена въ прежній видъ; но если онъ сдѣлалъ вещь отчасти изъ своего, отчасти изъ чужого матеріала, то право собственности на новую вещь принадлежитъ ему даже въ томъ случаѣ, если ее можно привести въ прежній видъ<sup>7</sup>; въ прочихъ случаяхъ право собственности на новую вещь приобретаетъ собственникъ матеріала. Теперь же спорятъ о томъ, каково основаніе приобретенія спецификатора: приобретаетъ ли онъ по *occupatio* (такъ какъ вещь, какъ *nova res*, не была ни въ чьей собственности) или въ награду за свой трудъ (такъ какъ онъ произвелъ новую вещь). Последнее мнѣніе правильно, потому что новая вещь существовала и *de specificatio* въ своей прежней формѣ и поэтому не можетъ считаться безхозяйною. Отсюда слѣдуетъ, что спецификаторъ приобретаетъ только въ томъ случаѣ, если онъ совершилъ *specificatio* добросовѣстно (потому что только тогда его трудъ заслуживаетъ вознагражденія). Положимъ, приверженцы теоріи *occupatio* не придаютъ никакого значенія добросовѣстности или недобросовѣстности спецификатора, но ихъ мнѣніе прямо опровергается источниками<sup>8</sup>.

Теперь всѣ признаютъ, что спецификаторъ, приобретающій право собственности на новую вещь, долженъ выдать свое обогащеніе прежнему собственнику; свидетельства источниковъ въ пользу этого нѣтъ.

## 2) Первоначальное приобретение безхозяйныхъ вещей.

### а. § 137. *Occupatio*.

*Wächter* въ *Sammlung von Abh. der Mitgl. der Juristenfac. zu Leipzig*. S. 333—375. 1870.—*Vangerow*, § 308.—*Windscheid*, § 184. *Brinz*,—§ 148.

*Оккупациею вещи (одностороннимъ завладѣніемъ) приобретается право собственности на нее только тогда, если это — вещь*

<sup>5</sup> § 25. I. h. t. 2, 1; I. 24. I. 26. pr. D. h. t. 41, 1.—<sup>6</sup> I. 7. § 7. D. h. t. 41, 1.—<sup>7</sup> § 25. i. f. I. h. t. 2, 1.—<sup>8</sup> I. 12. § 3. D. ad. exh. 10, 4; I. 13. I. 14. § 3. D. de cond. f. 13, 1; I. 4. § 20. D. de usuc. 41, 3; I. 52. § 14. D. de furt. 47, 2.

*безхозяйная* <sup>1</sup>. Важнѣйшіе виды вещей безхозяйныхъ слѣдующіе:

1. *Res derelictae*, т. е. покинутыя, брошенныя собственникомъ <sup>2</sup>; таковыми не признаются вещи, выбрасываемыя за бортъ во время морской опасности, чтобы облегчить корабль <sup>3</sup>.

2. Дикія животныя, т. е. животныя, находящіяся въ состояніи естественной свободы (§ 38); они могутъ быть, по римскому праву, оккупируемы вездѣ и всякимъ <sup>4</sup>; но, кто завладѣваетъ на чужой землѣ противъ воли (несмотря на запрещеніе) собственника, тотъ совершаетъ правонарушеніе (*iniuria*, § 321) <sup>5</sup>. Прирученныя животныя могутъ подлежать завладѣнію, если теряютъ привычку возвращаться <sup>6</sup>; ручныя животныя ни въ какомъ случаѣ не подлежатъ завладѣнію <sup>7</sup>.

Эти правила не примѣняются въ настоящее время къ рыбамъ и животнымъ, относящимся къ категоріи такъ наз. *jagdbare Thiere* (животныхъ, составляющихъ предметъ охоты и ловли); ихъ можетъ оккупировать лишь собственникъ участка или лицо, которому принадлежитъ охотничья регалія или рыбный сервитутъ; подробности объ этомъ въ германскомъ частномъ правѣ.

3. Вещи непріятеля. По римскому праву, имущество враждебнаго (даже несоюзнаго) государства и его гражданъ подлежитъ завладѣнію не только со стороны воиновъ, но и всякаго другого <sup>8</sup>. Это право Римляне признаютъ и за непріятелемъ противъ себя <sup>8a</sup>; если римскія вещи, захваченныя непріятелемъ, возвращаются опять на территорію римскаго или союзнаго государства, то онѣ уже не принадлежатъ прежнему римскому собственнику, за исключеніемъ опредѣленныхъ видовъ вещей, къ которымъ примѣняется *ius postliminii*: участковъ, рабовъ, кораблей, лошадей и муловъ, которые употребляются на войнѣ <sup>9</sup>.

Эти начала въ области сухопутной войны существенно измѣнены новымъ международнымъ правомъ; къ морскимъ войнамъ они примѣнялись до новѣйшаго времени почти безъ всякихъ перемѣнъ; лишь въ Парижскомъ мирѣ

<sup>1</sup> l. 3. pr. D. h. t. 41, 1. — <sup>2</sup> § 47. I. h. t. 2, 1; l. 1. D. pro der. 41, 7; l. 43. § 5. D. de furt. 47, 2. — <sup>3</sup> § 48. I. h. t. 2, 1; l. 9. § 8. D. h. t. 41, 1; l. 8. D. de l. Rhod. 14, 2. — <sup>4</sup> §§ 12—16. I. h. t. 2, 1; l. 1. § 1. l. 6. § 6. l. 44. l. 45. D. h. t. 41, 1. — <sup>5</sup> l. 3. § 1. D. h. t. 41, 1; cf. l. 13. § 7. D. de ini. 47, 10. — <sup>6</sup> l. 5. § 5. D. h. t. 41, 1. — <sup>7</sup> l. 5. § 6. D. h. t. 41, 1. — <sup>8</sup> § 17. I. h. t. 2, 1; l. 5. § 7. l. 51. § 1. D. h. t. 41, 1. — <sup>8a</sup> l. 5. §§ 1. 2. l. 12, pr. D. de capt. 49, 15. — <sup>9</sup> l. 2. l. 3. l. 20. § 1. l. 28. D. de capt. 49, 15; l. 10. C. eod. 8. 51.

1856 г. установлены смягчающія правила. Подробности въ международномъ правѣ.

4. Морскія произведенія <sup>10</sup>.

**b. § 138. Находка клада.**

*Vangerow*, § 309. — *Windscheid*, § 184. — *Brinz*, § 148.

Легальное опредѣленіе клада гласитъ: *thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius memoria non exstat, ut iam dominum non habeat*<sup>1</sup>. *Итакъ, кладъ есть давно скрытый цѣнный предметъ, хозяина котораго невозможно опредѣлить, и который вслѣдствіе этого обсуждается, какъ вещь безхозяйная.* Кто<sup>2</sup> на своей землѣ найдетъ (не требуется завладѣнія кладомъ, а достаточно одного открытія), тотъ приобретаетъ весь кладъ. Кто найдетъ кладъ на чужой землѣ случайно или ища съ дозволенія хозяина, тотъ дѣлается собственникомъ половины клада; вторая же половина достается собственнику участка. Кладъ, найденный намѣренно на чужой землѣ безъ позволенія собственника или по его порученію, принадлежитъ всецѣло послѣднему. Кладъ, найденный на безхозяйномъ участкѣ, поступаетъ въ собственность находчика; отсюда вытекаетъ, что, по римскому праву, находчикъ долженъ бы приобрести и тотъ кладъ, который имъ найденъ *in loco sacro vel religioso*; между тѣмъ это положеніе подтверждается только въ Институціяхъ<sup>3</sup>; напротивъ, одно мѣсто<sup>4</sup> Пандектъ приписываетъ половину клада, найденнаго въ мѣстѣ погребенія, находчику, а другую половину казнѣ. Теперь это противорѣчіе не имѣетъ значенія, такъ какъ посвященныя и погребальныя мѣста состоятъ въ частной собственности (§ 46). Находчикъ, употребившій при исканіи клада колдовство или недозволенные средства, теряетъ свое право въ пользу казны<sup>4a</sup>. О кладахъ, находимыхъ въ движимыхъ вещахъ, источники ничего не говорятъ; однако слѣдуетъ предположить, что и къ нимъ аналогично примѣняются изложенныя правила (что, впрочемъ, многіе оспариваютъ). — Отъ находки клада слѣдуетъ отличать находку потерянной вещи. Находчикъ не приобретаетъ ея въ собственность<sup>5</sup> и не имѣетъ, по римскому праву, притязанія на вознагражденіе<sup>6</sup>.

<sup>10</sup> § 18. I. h. t. 2, 1; I. 3. D. de rer. div. 1. 8.

<sup>1</sup> l. 31. § 1. D. h. t. 41, 1; cp. l. un. C. de thes. 10, 15. — <sup>2</sup> § 39. I. de rer. div. 2, 1; l. un. C. cit. 10, 15. — <sup>3</sup> § 39. I. cit. 2, 1. — <sup>4</sup> l. 3. § 10. D. de i. f. 49, 14. — <sup>4a</sup> Это общепринятое толкованіе l. un. C. cit. — <sup>5</sup> l. 67. D. de r. v. 6, 1. — <sup>6</sup> l. 43. § 9. D. de furt. 47, 2.

## 3) Первоначальное приобретение вещей другими лицами.

## а. § 139. Соединение (приращение).

*Baron*, Gesamtrechtsverhältnisse. § 2. 1864. — *Bechmann*, zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten. 1867. — *Göppert*, въ цитированномъ выше къ § 37 сочинении. — Того-же автора, Ueber die Bedeutung von ferruginare und adplumbare in den Pandekten. 1869. — *Van-gerow*, §§ 329—331. — *Windscheid*, §§ 188—190. — *Brinz*, § 146. — *Bekker*, § 75 (Beil. III).

Если вещи различныхъ собственниковъ по ихъ волѣ соединены другъ съ другомъ, то происшедшее отъ этого соединенія цѣлое дѣлается общею собственностью (по правиламъ о приобрѣтеніи собственности по *traditio*, § 131), при этомъ безразлично, раздѣлимо ли соединеніе, или нѣтъ<sup>1</sup>. — Напротивъ, если соединеніе произошло помимо воли собственниковъ (по односторонней волѣ одного изъ нихъ, или помимо воли обоихъ, т. е. произведено третьимъ лицомъ или случаемъ), то вопросъ о правѣ собственности зависитъ отъ рода соединенія. Если оно раздѣлимо (наприм., въ случаѣ сплава олова и серебра<sup>2</sup>), то право собственности остается безъ измѣненія, только виндикація отдѣльныхъ соединенныхъ вещей допускается не *тотчасъ*, а лишь послѣ ихъ раздѣленія; раздѣленія можно требовать посредствомъ *act. ad exhibendum* (§ 326). Напротивъ, если соединеніе нераздѣлимо, неразрывно, то право собственности измѣняется; причемъ переменна бываетъ различная, смотря по тому, находятся ли соединенныя вещи другъ съ другомъ въ отношеніи равенства или въ отношеніи *главной вещи къ придаточной*.

I. *Нераздѣлимо-соединенныя вещи находятся въ отношеніи равенства (смѣшаніе)*. Если смѣшаны жидкости, то собственники приобрѣтаютъ общую собственность на цѣлое пропорціонально цѣнности соединенныхъ вещей<sup>3</sup>; основаніе этого состоитъ въ томъ, что обѣ вещи проникаютъ другъ друга во всѣхъ частяхъ. Если смѣшаны твердыя тѣла (наприм., зерновой хлѣбъ), то каждое остается за прежнимъ собственникомъ, потому что ихъ части не воздѣйствуютъ другъ на друга. Но такъ какъ это правило практически не примѣнимо, то цѣлое (какъ жидкости) дѣлится между собственниками смѣшанныхъ вещей такъ, какъ если бы оно на-

<sup>1</sup> I. 7. § 8. D. h. t. 41, 1; § 28. I. h. t. 2, 1.—<sup>2</sup> I. 5. § 1. D. de r. v. 6, 1; I. 12. § 1. D. h. t. 41, 1.—<sup>3</sup> I. 7. § 9. D. h. t. 41, 1; I. 3. § 2. I. 4. I. 5. § 1. D. de r. v. 6, 1; § 27. i. f. I. h. t. 2. 1.



ходило въ общей собственности<sup>4</sup>; другими словами, здѣсь не возникаетъ между собственниками *actio communi dividundo*, но каждый можетъ вчинить *rei vindicatio pro modo frumenti cuiusque*. — Особья правила примѣняются къ тому случаю, если кто смѣшаетъ чужія деньги со своими, такъ что ихъ нельзя отличить. Онъ пріобрѣтаетъ на нихъ право собственности<sup>5</sup> (въ интересахъ гражданского оборота), но отвѣчаетъ въ случаѣ недобросовѣстности предъ прежнимъ собственникомъ за *furtum* (§ 311); въ случаѣ *bona fides* онъ свободенъ отъ всякой отвѣтственности<sup>5a</sup> (что тоже объясняется значеніемъ денегъ для гражданского оборота); нѣкоторые юристы, упуская изъ виду это значеніе денегъ, неправильно даютъ прежнему собственнику противъ смѣшавшаго искъ объ обогащеніи; не противъ смѣшавшаго, а противъ того, кто ему (смѣшавшему) уплатилъ и далъ поводъ для смѣшенія, принадлежитъ собственнику искъ объ обогащеніи (ср. § 199 пр. 25). — Новые юристы называютъ смѣшеніе жидкостей *confusio*, твердыхъ тѣлъ — *com-mixtio*; источники употребляютъ оба выраженія *promiscue*.

II. *Нераздѣлимо-соединенныя вещи находятся другъ къ другу въ отношеніи главной вещи къ придаточной.* Здѣсь примѣняется правило, что собственникъ главной вещи пріобрѣтаетъ право собственности на придаточную вещь (по *accessio*, по приращенію). Вопросъ, которая вещь главная, а которая придаточная, рѣшается по слѣд. правиламъ:

1. *Если одна недвижимая вещь нераздѣлимо присоединяется къ другой недвижимой вещи, то послѣдняя признается главной.* Поэтому собственникъ берегового участка пріобрѣтаетъ право собственности на участокъ, оторванный въ другомъ мѣстѣ силою воды и сросшійся съ первымъ (наприм., тѣмъ путемъ, что деревья пригнаннаго участка пустили корни въ главный участокъ.<sup>6</sup>) Новые называютъ этотъ случай пріобрѣтеніемъ собственности по *avulsio* (отрывъ).

2. *Если движимая вещь неразрывно присоединяется къ недвижимой, то послѣдняя признается главной.* Поэтому собственникъ участка пріобрѣтаетъ право собственности на чужія растенія, которыя

<sup>4</sup> § 28. I. h. t. 2, 1; l. 5. pr. D. de r. v. 6, l. — <sup>5</sup> l. 78. D. de sol. 46, 3. — <sup>5a</sup> Это слѣдуетъ по *arg. a. contr.* изъ мѣсть, приведенныхъ въ пр. 5. — <sup>6</sup> l. 7. § 2. D. h. t. 41, 1; § 21. l. h. t. 2, 1.

пустили корни въ его землю (такъ наз. *plantatio*, насажденіе)<sup>7</sup>; далѣе, онъ пріобрѣтаетъ право собственности на строеніе, которое возведено на его участкѣ изъ чужого матеріала (т. н. *inaedificatio*, застроеніе), какъ цѣлое, но не на отдѣльные куски матеріала<sup>8</sup> (какъ многіе утверждаютъ противно яснымъ рѣшеніямъ источниковъ). Это правило примѣняется безразлично какъ къ тому случаю, если собственникъ растений или строительнаго матеріала соединилъ ихъ съ чужимъ участкомъ, такъ и въ томъ случаѣ, если собственникъ участка соединилъ съ нимъ чужія растенія или чужой строительный матеріалъ.

3. *Если движимая вещь присоединяется неразрывно къ другой движимой вещи* (т. н. *adiunctio*), то главною признается не болѣе цѣнная вещь<sup>9</sup>, а та, для которой другая предназначена<sup>10</sup>, или же та, безъ которой другая не можетъ существовать<sup>11</sup>. Съ первой точки зрѣнія статуя есть главная вещь по отношенію къ припавленной (присоединенной посредствомъ *ferruminatio*) къ ней ручкѣ или ногѣ, кубокъ—по отношенію къ присоединенной къ нему ручкѣ<sup>12</sup>. Со второй точки зрѣнія бумага есть главная вещь по отношенію къ письму (*licet litterae aureae sint*)<sup>13</sup>, киль — по отношенію къ дальнѣйшимъ частямъ корабля; полотно, доска—по отношенію къ краскѣ<sup>14</sup>; но въ картинѣ въ тѣсномъ смыслѣ, по рѣшенію Юстиніана<sup>15</sup>, изображеніе составляетъ главную вещь, а полотно или доска придаточную; то же правило слѣдуетъ теперь примѣнить къ фотографіи (спорно), ибо въ этомъ случаѣ имѣетъ мѣсто не только соединеніе, но и переработка (§ 136).—Изложенныя правила примѣняются аналогично и къ *раздѣльному* соединенію движимыхъ вещей, принадлежащихъ различнымъ собственникамъ<sup>16</sup>. Хотя въ этихъ случаяхъ придаточная вещь и остается за прежнимъ собственникомъ, тѣмъ не менѣе тотъ, которому

<sup>7</sup> §§ 31. 32. I. h. t. 2, 1; I. 7. § 13. I. 9. pr. 1. 26. § 2. D. h. t. 41, 1; I. 2. l. 11. C. de r. v. 3, 32; I. 83. D. pro soc. 17, 2; I. 19. pr. D. e. d. 10, 3.—<sup>8</sup> §§ 29. 30. I. h. t. 2, 1; I. 7. §§ 10—12. l. 28. D. h. t. 41, 1; I. 16. C. de r. v. 3, 32; I. 23. § 7. D. de r. v. 6, 1; I. 7. § 2. D. de exc. r. i. 44, 2; I. 27. § 32. D. ad. l. Aq. 9, 2.—<sup>9</sup> § 26. I. h. t. 2, 1; I. 19. § 20. D. de auro 34, 2.—<sup>10</sup> I. 26. § 1. D. h. t. 41, 1; I. 23. § 5. D. de r. v. 6, 1; § 26. I. h. t. 2, 1; I. 19. §§ 13—16. I. 20. D. de auro 34, 2.—<sup>11</sup> I. 23. § 3. D. de r. v. 6, 1; § 33. I. h. t. 2, 1.—<sup>12</sup> Ср. мѣста прим. 10.—<sup>13</sup> I. 23. § 3. D. de r. v. 6, 1.—<sup>14</sup> § 26. I. h. t. 2, 1; I. 26. § 3. D. h. t. 41, 1.—<sup>15</sup> § 34. I. h. t. 2, 1; I. 9. § 2. D. h. t. 41, 1; I. 23. § 3. D. de r. v. 6, 1.—<sup>16</sup> I. 23. § 5. l. 61. D. de r. v. 6, 1; I. 6. l. 7. §§ 1. 2. D. ad exh. 10, 4; I. 21. § 4. D. de furt. 47, 2.

принадлежитъ главная вещь, становится въ то же время собственникомъ цѣлаго до прекращенія соединенія (§ 129 sub 2), въ частности онъ можетъ его виндицировать, если оно попало во владѣніе третьяго. Собственникъ же придаточной вещи можетъ посредствомъ *act. ad exhibendum* (§ 326) требовать ея отдѣленія отъ главной вещи и осуществить затѣмъ свои права собственности. По мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, право собственности на придаточную вещь прекращается даже въ случаѣ раздѣлимаго соединенія и только оживаетъ вновь послѣ ея отдѣленія отъ главной вещи. Это мнѣніе несогласно съ источниками.

Во всѣхъ случаяхъ, изложенныхъ sub II, возникаетъ вопросъ, можетъ ли бывший собственникъ придаточной вещи требовать вознагражденія отъ собственника главной вещи. Этотъ вопросъ рѣшается по слѣдующимъ, почти общепризнаннымъ правиламъ: въ случаѣ потери собственности вслѣдствіе *avulsio* не возникаетъ никакого притязанія (—что, однако, въ новое время оспариваютъ—), такъ какъ убытки, причиненные силами природы, слѣдуетъ терпѣть безропотно. Въ прочихъ случаяхъ рѣшеніе вопроса зависитъ отъ того, предпринялъ ли соединеніе самъ собственникъ придаточной вещи, или нѣтъ; въ послѣднемъ случаѣ прежній собственникъ придаточной вещи пріобрѣтаетъ противъ теперешняго собственника цѣлаго притязаніе, осуществляемое различными исками, смотря по конкретному случаю (*condictio furtiva*, *act. ad exhibendum*, *rei vindicatio utilis*<sup>17</sup>, *actio de tigno iuncto*<sup>18</sup>, *act. in factum*)<sup>19</sup>; въ первомъ же случаѣ прежній собственникъ придаточной вещи, если онъ дѣйствовалъ добросовѣстно, имѣетъ *ius retentionis* на цѣлое<sup>20</sup> (но не право иска<sup>21</sup>), пока собственникъ цѣлаго не возвратитъ ему стоимости придаточной вещи. Слѣдуетъ ли ему присписать *ius retentionis* и въ случаѣ недобросовѣстности,—этотъ вопросъ источники рѣшаютъ противорѣчиво<sup>22</sup>. Господствующее мнѣніе правильно даетъ отрицательный отвѣтъ.

<sup>17</sup> l. 5. § 3. D. de r. v. 6, 1; l. 9. § 2. D. h. t. 41, 1; § 34. I. h. t. 2. l. — <sup>18</sup> Выше § 126 кон.—<sup>19</sup> l. 23. § 5. D. de r. v. 6, 1.—<sup>20</sup> l. 23. § 4. D. de r. v. 6, 1; l. 7. § 12. l. 9. pr. § 1. D. h. t. 41, 1; §§ 30. 32. 33. I. h. t. 2, 1; l. 5. l. 11. l. 16. C. de r. v. 3, 32.—<sup>21</sup> l. 33. D. de cond. ind. 12, 6; l. 14. § 1. l. 29. pr. D. e. d. 10, 3; l. 14. D. de d. m. 44, 4; ср. ниже § 309 пр. 19. 20.—<sup>22</sup> Между § 30. I. h. t. 2, 1; l. 7. § 12. D. h. t. 41, 1; l. 37. D. de r. v. 6, 1; l. 5. C. de r. v. 3, 32 съ одной стороны l. 38. D. h. p. 5, 3 съ другой стороны.

## b) Приобрѣтеніе по давности.

t. D. XLI, 3: de usurpationibus et usucapionibus.—t. C. VII, 33: de praescriptione longi temporis X vel XX annorum; VII, 39: de praescriptione triginta vel quadraginta annorum.—t. I. II, 6: de usucapionibus et longi temporis possessionibus.—*Unterholzner*, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre. 2. Aufl. bearbeitet von Schirmer. 1858.—*Schirmer*, die Grundidee der Usucapion im Römischen Recht. 1855.

## a. § 140. Историческое введеніе.

*Vangerow*, §§ 314—316.—*Windscheid*, § 175.—*Brinz*, §§ 153, 154.—*Baron*, §§ 74, 81.

Легальное опредѣленіе давности владѣнія гласитъ: *usucapio est adiectio (adeptio) domini per continuationem possessionis temporis lege definiti*<sup>1</sup>. *Итакъ, usucapio есть приобретение права собственности вслѣдствіе продолжительнаго владѣнія вещью*. Основаніе института давности владѣнія (какъ и исковой давности) заключается въ стремленіи законодательства дать имущественнымъ отношеніямъ окончательную твердость<sup>2</sup>. Когда вещи мѣняютъ своихъ хозяевъ (что при обширномъ оборотѣ бываетъ весьма часто), то нерѣдко случается, что недостаетъ какого либо изъ условій, предписанныхъ для приобретенія права собственности, въ частности, или способъ приобретенія неправиленъ (наприм., по древнему *ius civile*, если *res mancipi* приобретается путемъ *traditio*<sup>3</sup>), или отчуждающему не принадлежитъ право собственности на вещь<sup>4</sup>, или онъ недѣеспособенъ<sup>4a</sup>. Такіе пороки возможны при *каждомъ* приобретеніи, и для ихъ избѣжанія часто необходима была бы преувеличенная осторожность, каковой нельзя требовать отъ добраго хозяина. А если приобретеніе произошло безъ всякихъ пороковъ, то этой правильности по истеченіи продолжительнаго времени часто *доказать* невозможно. Отсюда происходитъ не только неудобство для всякаго приобретающаго, но и *общая* ненадежность имущественныхъ отношеній, общее бѣдствіе, предотвратить которое—задача законодательства.

1. Ради этой цѣли *древнее римское право* ввело институтъ *usucapio*. Законодательство XII таблицъ<sup>5</sup> установило правило, что недвижимыя вещи могутъ быть приобретаемы истеченіемъ давности

<sup>1</sup> I. 3. D. h. t. 41, 3.—<sup>2</sup> I. 1. D. h. t. 41, 3; Cic. pro Caec. 26.—<sup>3</sup> Gai. 2, 41.—<sup>4</sup> Gai. 2, 43.—<sup>4a</sup> I. 2. §§ 15. 16. D. pro emt. 41, 4; fr. Vat. 1.—<sup>5</sup> Cic. top. 4; pro Caecina 19; Gai. 2, 42. 54.

сти двухъ лѣтъ, а остальные—одного года (*fundi biennium, ceterarum rerum annus usus esto*); такимъ образомъ времени была приписана сила фактически существующее превращать въ дѣйствительное юридически, но въ этомъ не заключалось никакой несправедливости уже потому, что собственнику предоставленъ былъ извѣстный промежутокъ времени, въ который онъ могъ потребовать возвращенія своей вещи<sup>6</sup>; кромѣ того, законодательство XII таблицъ поступило очень осмотрительно, требуя для *usucapio* не только наличности юридической сдѣлки (титула), заключенной для прибрѣтенія вещи, и добросовѣстности (за исключеніемъ немногихъ случаевъ, какъ-то: *usucapio pro herede, ex fiducia, ex praedictura*)<sup>7</sup>, но и изъявъ нѣкоторыя вещи совсѣмъ изъ дѣйствія *usucapio* (*res furtivae*)<sup>8</sup>.

2. *Usucapio* не примѣнялась къ провинціальнымъ участкамъ<sup>9</sup>; далѣе, на нее не могли ссылаться peregrini<sup>10</sup>. Поэтому позднѣйшее право (вѣроятно эдикты провинціальныхъ магистратовъ) установило начало, что тѣ лица, которыя добросовѣстно и на основаніи *titulus* провладѣли провинціальнымъ участкомъ десять лѣтъ *inter praesentes*, двадцать — *inter absentes* (§ 142), защищаются впредь въ этомъ владѣніи слѣд. образомъ: *rei vindicatio* собственника признается погашенною давностью, и владѣльцу дается противъ этого иска *longi temporis praescriptio s. exceptio*. Впослѣдствіи<sup>11</sup> (и это подтвердилъ Юстиніанъ<sup>12</sup>) ему даже данъ былъ искъ противъ прежняго собственника, если онъ по истеченіи того срока лишился владѣнія, такъ что *longi temporis praescriptio* изъ исковой давности превратилась въ прибрѣтательную и даже представляла для прибрѣтающаго нѣкоторыя преимущества предъ *usucapio*, а именно:

a. несмотря на завершеніе *usucapio*, закладное право, которое установилъ прежній собственникъ, продолжало оставаться дѣйствительнымъ<sup>13</sup>; *longi temporis praescriptio* допускалась и противъ иска вѣрителя подъ залогъ<sup>14</sup>;

b. *accessio temporis* (§ 142) при *usucapio* существовала только

<sup>6</sup> l. 1. i. f. D. h. t. 41, 3. — <sup>7</sup> Gai. 2.—52—61. — <sup>8</sup> Gai. 2, 49. — <sup>9</sup> Gai. 2, 46. — <sup>10</sup> Gai. 2, 65. — <sup>11</sup> Cp. l. 13. § 1. D. de iurei. 12, 2; l. 7. C. de l. 1. pr. 7, 33. — <sup>12</sup> l. 8. pr. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39. — <sup>13</sup> l. 44. § 5. D. h. t. 41, 3; l. 1. § 2. D. de pign. 20, 1. — <sup>14</sup> l. 5. § 1. l. 12. D. de div. t. pr. 44, 3; l. 7. l. 14. C. de o. et. a. 4, 10; t. C. adv. cr. 7, 36. —

для наслѣдника<sup>15</sup> и покушщика<sup>16</sup>, которые могли засчитать себѣ время владѣнія наслѣдодателя или продавца; при *longi t. pr.* оно засчитывалось *всякому* преемнику<sup>17</sup>.

Вслѣдствіе этихъ преимуществъ, *l. t. pr.* стали примѣнять и къ движимымъ вещамъ и италійскимъ участкамъ<sup>20</sup>. Само собою разумѣется, что къ этому средству прибѣгали и перегрины.

3. Юстиніанъ<sup>21</sup> постановилъ въ 531 г., чтобы впредь срокъ давности былъ: для движимыхъ вещей три года, для недвижимыхъ—десять лѣтъ *inter praesentes*, двадцать *inter absentes* (вслѣдствіе этой разницы сроковъ, давность владѣнія недвижимостью онъ называетъ обыкновенно *longo tempore capio, longa possessione capio, diutina possessione capio*, а давность владѣнія движимою вещью—*usucapio*); далѣе Юстиніанъ постановилъ, что зачетомъ времени пользуется *всякій* преемникъ и что добросовѣстность требуется только въ началѣ давностнаго владѣнія. Теперь спорять о томъ, продолжаютъ ли отдѣльно существовать, несмотря на этотъ законъ, прежніе институты, *usucapio* и *l. t. praescriptio*, или они слиты Юстиніаномъ въ одинъ, и слѣдуетъ ли къ институту, происшедшему отъ этого сліянія, примѣнять правила *usucapio*, или правила *l. t. praescriptio*. Несомнѣнно, это сліяніе произошло: оно необходимо было исходною точкою для реформы, такъ какъ *l. t. praescriptio* была обязана своимъ происхожденіемъ только такимъ особенностямъ *ius civile*, которыя ко времени Юстиніана потеряли всякое оправданіе (выше пр. 9. 10). Къ институту же, происшедшему отъ сліянія, поскольку онъ не опредѣляется специальными нормами, слѣдуетъ примѣнять правила *usucapio* (ср. § 146 sub I); въ пользу этого говорятъ выраженія, употребляемые въ самомъ законѣ Юстиніана и въ объясненіяхъ<sup>22</sup> по этому поводу, находящихся въ Институціяхъ. Новые юристы называютъ этотъ новый институтъ обыкновенно давностью, *usucapio ordinaria, praescriptio ordinaria*.

4. Юстиніанъ<sup>23</sup> ввелъ въ 528 г. новый видъ приобрѣтательной давности. А именно, тѣмъ лицамъ, которыя, по прежнему праву,

<sup>15</sup> *l. 30. pr. D. ex. qu. e. 4, 6; l. 15. pr. l. 43. D. h. t. 41, 3.*—<sup>16</sup> *l. 2. § 20. D. pro emt. 41, 4; § 13. l. h. t. 2, 6.*—<sup>17</sup> § 12. *l. h. t. 2, 6.*—<sup>18</sup> *l. 11. § 3. D. de Publ. 6, 2; l. un. § 3. i. f. C. de us. transf. 7, 31.*—<sup>19</sup> *l. un. i. f. C. de us. transf. 7, 31.*—<sup>20</sup> *l. 3. l. 9. D. de div. t. pr. 44, 3.*—<sup>21</sup> *l. un. C. de usuc. transformanda 7, 31.*—<sup>22</sup> *pr. l. de us. 2, 6.*—<sup>23</sup> *l. 8. § 1. C. de praeser. XXX vel XXXX annorum 7, 39.*

могли виндикаціи собственника противопоставить *exceptio* 30-лѣтней или 40-лѣтней погасительной давности (§ 86 прим. 5), была дана *actio in rem*, если владѣніе было приобрѣтено добросовѣстно. Иными словами: прежняя давность иска *rei vindicatio* была замѣнена приобрѣтательною давностью при условіи добросовѣстности. Юстиніанъ называетъ этотъ институтъ *praescriptio s. exceptio XXX vel XL annorum*; новые называютъ его чрезвычайною давностью, *usucapio extraordinaria, praescriptio extraordinaria*.

Какова бы ни была давность владѣнія, прежнему собственнику ни въ какомъ случаѣ не принадлежитъ право на возмѣщеніе вреда противъ приобрѣвшаго вещь.

### β. Обыкновенная давность.

#### аа. Условія.

##### *Предварительное замѣчаніе.*

Условія обыкновенной давности намѣчены уже въ историческомъ введеніи (§ 140): *usucariens* долженъ въ продолженіе опредѣленнаго срока, добросовѣстно, на основаніи *titulus*, провладѣть вещь, годною для давности. Всѣ эти условія въ средніе вѣка соединили въ одинъ гекзаметрической стихъ: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*. Мы изложимъ ихъ въ порядкѣ, соотвѣтствующемъ ихъ значенію въ данномъ институтѣ.

#### аа. § 141. Владѣніе.

*Vangerow*, § 318.—*Windscheid*, § 175<sup>a</sup>.—*Brinz*, 151.

Только тотъ можетъ приобрѣсть по давности, кто въ продолженіе давностнаго срока юридически владѣть приобрѣтаемою вещью<sup>1</sup>. Что же касается такъ наз. производнаго владѣнія (§ 112), то владѣніе секвестра препятствуетъ одной изъ сторонъ<sup>2</sup> приобрѣсть вещь по давности, если стороны такъ условились; въ прочихъ случаяхъ производный владѣлецъ признается владѣльцемъ только для защиты отъ произвола, а для приобрѣтенія по давности владѣльцемъ признается тотъ, отъ кого производится владѣніе<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> l. 25. l. 13. pr. D. h. t. 41, 3.—<sup>2</sup> l. 39. D. de a. p. 41, 2.—<sup>3</sup> l. 16. D. h. t. 41, 3; l. 1. § 15. l. 36. D. de p. a. 41, 2; l. 15. § 4. D. de prec. 43, 26.—<sup>4</sup> l. 14. § 3. D. de div. temp. pr. 44, 3; l. 13. § 7. D. de p. a. 41, 2.

## §§. § 142. Срокъ давности.

*Vangerow*, § 322.—*Windscheid*, §§ 180. 181.—*Brinz*, § 162.

Срокъ давностнаго владѣнія составляетъ 3 года для движимыхъ вещей, а для недвижимыхъ 10 лѣтъ *inter praesentes*, т. е. если владѣлецъ и собственникъ живутъ въ одной и той же провинціи (теперь—въ округѣ одного и того же *Oberlandesgericht*),—20 лѣтъ *inter absentes*, т. е. въ противномъ случаѣ<sup>1</sup>. Если часть давностнаго срока приобрѣтающей и собственникъ были *praesentes*, часть—*absentes*, то 2 года отсутствія считаются за 1 годъ присутствія и наоборотъ<sup>2</sup>. Срокъ есть *tempus continuum*<sup>3</sup>. Онъ начинается со дня приобретенія владѣнія, но если владѣніе приобрѣтено черезъ добровольно избраннаго представителя, то—со дня, въ который представляемый узналъ о завладѣніи со стороны представителя<sup>4</sup>: *possessio per procuratorem ignorantem quaeritur, usucapio vero scienti competit*. Завершается давность, по господствующему мнѣнію, съ началомъ послѣдняго дня, правильнѣе: съ его истеченіемъ<sup>5</sup> (§ 74 прим. 8. 9).—Приобрѣтающій не долженъ необходимо владѣть все время; ему засчитывается время предшественника во владѣніи (*accessio temporis s. possessionis*), если онъ приобрѣлъ владѣніе отъ предшественника по *titulus derivativus*<sup>6</sup> (таковымъ не признается никогда *titulus putativus*<sup>7</sup>, § 143 пр. 3). Правила объ *acc. temporis* различны для частнаго преемника и для наслѣдника:

а. Отъ частнаго преемника требуется, чтобы онъ получилъ владѣніе непосредственно отъ своего *auctor*, т. е., чтобы въ промежутокъ времени между владѣніемъ одного и владѣніемъ другого вещь не была безъ владѣльца или во владѣніи третьяго лица<sup>8</sup>. Кроме того требуется, чтобы *auctor* и *successor* имѣли владѣніе, годное для давности, т. е. основанное на *titulus* и добросовѣстное<sup>10</sup>.

б. Наслѣднику засчитывается время владѣнія наслѣдодателя, хотя бы онъ завладѣлъ вещью не тотчасъ послѣ смерти послѣдняго<sup>11</sup>; предполагается только, что въ промежуточное время не завладѣло вещью третье лицо<sup>12</sup>. Наслѣднику засчитывается даже

<sup>1</sup> l. un. C. de us. transf. 7, 31; l. 12. C. de pr. l. t. 7, 33. — <sup>2</sup> Nov. 119. c. 8.—<sup>3</sup> l. 31. § 1. D. h. t. 41, 3.—<sup>4</sup> l. 47. D. h. t. 41, 3; l. 49. § 2. D. de a. p. 41, 2.—<sup>5</sup> l. 6. l. 7. D. h. t. 41, 3.—<sup>6</sup> l. 14. § 1. D. de div. t. pr. 44, 3.—<sup>7</sup> l. 2. § 16. D. pro emt. 41, 4.—<sup>8</sup> l. 19. D. h. t. 41, 3; l. 6. § 1. D. de div. t. pr. 44, 3; l. 13. § 2. D. de a. p. 41, 2.—<sup>9</sup> l. 15. § 1. D. de div. t. pr. 44, 3.—<sup>10</sup> l. 2. § 17. D. pro emt. 41, 4; l. 13. §§ 1. 13. D. de a. p. 41, 2.—<sup>11</sup> l. 31. § 5. D. h. t. 41, 3.—<sup>12</sup> l. 20. D. h. t. 41, 3; l. 6. § 2. D. pro emt. 41, 4.



время лежанія наслѣдства (*hereditas iacens*) и слѣдующее за симъ время до завладѣнія; поэтому наслѣдникъ можетъ приобрѣсть по давности вещь до приобрѣтенія владѣнія ею<sup>13</sup>. — Далѣе, по римскому праву, наслѣдникъ во всѣхъ отношеніяхъ вступаетъ на мѣсто наслѣдодателя. Поэтому важно состояніе совѣсти наслѣдодателя, а не наслѣдника. Отсюда два слѣдствія: 1) собственная добросовѣстность не приноситъ пользы наслѣднику; при всей своей добросовѣстности онъ не можетъ *начать* давностнаго владѣнія вещью, которою наслѣдодатель владѣлъ недобросовѣстно; *succedit in vitium defuncti*<sup>14</sup>. 2) Собственная недобросовѣстность не вредитъ наслѣднику; несмотря на свою недобросовѣстность, онъ можетъ продолжать давностное владѣніе, которое началъ наслѣдодатель<sup>15</sup>; это второе правило устранило каноническимъ правомъ, которое требуетъ отъ приобрѣтающаго по давности *постоянной* добросовѣстности (§ 89).

### γγ. § 143. Titulus.

*Stintzing*, das Wesen von bona fides und titulus in der Römischen Usucapionslehre. 1853.—*Mayer*, die iusta causa bei Tradition und Usucapion. 1871.—*Vangerow*, §§ 319. 320.—*Windscheid*, §§ 178. 179.—*Brinz*, §§ 158—160.

Только тотъ можетъ приобрѣсть по давности, *кто приобрѣлъ владѣніе вещью на основаніи какой либо юридической сдѣлки, которая сама по себѣ способна вести къ приобрѣтенію собственности, но вслѣдствіе пороковъ, находящихся внѣ ея, не произвела этого послѣдствія для владѣльца. Такая юридическая сдѣлка называется causa possessionis<sup>1</sup>, titulus usucapionis<sup>2</sup>, у новыхъ—просто „титулъ“.* Титулъ является важнѣйшимъ и весьма существеннымъ реквизитомъ давности, ибо онъ содержитъ ея оправданіе; институтъ давности именно существуетъ для исцѣленія пороковъ титула (§ 140 пр. 3—5).—Титулъ долженъ существовать и быть дѣйствительнымъ (*titulus verus*); при его отсутствіи или недѣйствительности приобрѣтеніе по давности не допускается, хотя бы владѣлецъ вѣрилъ въ его существованіе или въ его

<sup>13</sup> l. 30. pr. D. ex qu. c. mai. 4, 6; l. 40. l. 44. § 3. D. h. t. 41, 3; l. 6. § 2. D. pro emt. 41, 4.—<sup>14</sup> l. 15. pr. D. h. t. 41, 3. l. 11. D. de div. t. pr. 44, 3; l. 4. C. comm. de us. 7, 30; l. 11. C. de a. p. 7, 32.—<sup>15</sup> l. 43. pr. D. h. t. 41, 3; l. 2. § 19. D. pro emt. 41, 4; § 12. l. h. t. 2, 6.

<sup>1</sup> l. 29. D. h. t. 41, 3.—<sup>2</sup> l. 1. pr. D. pro dote 41, 9; l. 46. D. h. t. 41, 3; l. 2. D. de distr. pign. 20, 5; l. 13. § 1. D. de h. p. 5, 3; l. 30. D. si quis om. c. t. 29, 4.

дѣйствительность (такъ наз. *titulus putativus*)<sup>3</sup>. Изъ этого правила исключаются, по праву позднѣйшаго классическаго времени, тѣ случаи, когда вѣра владѣльца опирается на уважительномъ основаніи, напр., если кто либо, принявъ порученіе купить вещь, приносить ее давшему порученіе, (ложно) увѣряя, что онъ ее купилъ<sup>4</sup>; или если кто купилъ вещь у человѣка повидимому здороваго, а въ дѣйствительности душевно-больного<sup>5</sup>. — Титулы для давности такъ же разнообразны, какъ разнообразны юридическія сдѣлки, способныя вести къ приобрѣтенію собственности. Терминъ, обнимающій всѣ титулы, есть титулъ *pro suo*<sup>6</sup>; отдѣльные титулы называются въ источникахъ: *pro soluto*, *pro emtore*, *pro herede*, *pro donato*, *pro derelicto*, *pro legato*, *pro dote*, *pro transactione*<sup>7</sup>.

### § 144. Добросовѣстность.

<sup>3</sup> *Möllenthal*, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. 1820.—*Stintzing*, въ книгѣ, приведенной къ § 143.—*Scheurl*, Beiträge Nr. 15. 1854.—*Wächter*, die bona fides, insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums. 1871.—*Brunns*, das Wesen der bona fides. 1872.—*Idem*, zur Lehre von der bona fides bei der Verjährung въ Kleinere Schriften 2, 257—281. 1882.—*Pfersche*, privat-rechtliche Abhandlungen. S. 102—125. 1886—*Vangerow*, § 321.—*Windscheid*, § § 176. 177.—*Brinz*, § 161.

Недостойно приобрѣсть по давности то лицо, которое завладѣло вещью хотя и на основаніи *titulus*, но недобросовѣстно, не съ доброю вѣрою (*bona fides*)<sup>1</sup>. Покупщикъ долженъ быть *bona fide* не только при полученіи владѣнія, но и при заключеніи сдѣлки<sup>2</sup>. По праву каноническому и нынѣшнему только тотъ можетъ приобрѣсть по давности, кто добросовѣстенъ во все время теченія дав-

<sup>3</sup> § 11. I. h. t. 2, 6; l. 27. D. h. t. 41, 3; l. 2. pr. § 2. D. pro emt. 41, 4; l. 1. pr. D. pro don. 41, 6; l. 6. D. pro der. 41, 7; l. 2. l. 3. D. pro leg. 41, 8; l. 24. C. de r. v. 3, 32; l. 4. C. de us. pro her. 7, 29; l. 5. C. de pr. l. t. 7, 33.—<sup>4</sup> l. 11. D. pro emt. 41, 4; l. 5. § 1. D. pro suo 41, 10.—<sup>5</sup> l. 2. §§ 15. 16. D. pro emt. 41, 4; см. кромѣ того l. 9. pr. D. pro leg. 41, 8; l. 4. § 2. D. pro suo 41, 10; l. 44. § 4. i. f. D. h. t. 41, 3.—<sup>6</sup> l. 1. pr. D. pro suo 41, 10.—<sup>7</sup> l. 3. § 21. D. de a. q. 41, 2; l. 46. l. 48. D. h. t. 41, 3. и tt. D. 47, 4—10; tt. C. 7, 26—29.—<sup>8</sup> Gai. 2, 52—58.—<sup>9</sup> l. 3. §§ 19. 20. l. 19. § 1. D. de p. a. 41, 2; l. 1. § 2. D. pro don. 41, 6; l. 6. § 3. D. de prec. 43, 26; l. 5. C. de p. a. 7, 32; l. 23. C. de loc. 4, 65.—<sup>10</sup> l. 2. § 1. D. pro her. 41, 5; l. 33. § 1. D. h. t. 41, 3.—<sup>11</sup> l. 33. § 1. D. h. t. 41, 3.—<sup>12</sup> l. 20. § 6. l. 28. D. de h. p. 5, 3; l. 1. D. qu. bon. 43, 2; l. 7. C. de h. p. 3, 31; l. 4. C. in qu. e. 7, 34.—<sup>13</sup> l. 3. D. pro her. 41, 5; l. 44. § 4. i. f. D. h. t. 41, 3.—<sup>14</sup> l. 25. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 3. D. pro don. 41, 6.—<sup>15</sup> l. 13. § 1. D. de iurei. 12, 2; l. 33. § 3. l. 29. D. h. t. 41, 3; l. 8. C. de us. pro emt. 7, 26.

<sup>1</sup> l. 2. § 1. D. pro emt. 41, 4; l. 48. § 1. D. de a. r. d. 41, 1; l. un. § 3. C. de us. transf. 7, 31.—<sup>2</sup> l. 2. pr. § 13. D. pro emt. 41, 4; l. 48. D. h. t. 41, 3.

ности<sup>3</sup> (§ 89). Обыкновенно это выражаютъ слѣд. образомъ: *по римско-му праву mala fides superveniens non nocet, не вредитъ, по нынѣшнему праву—вредитъ*. Наравнѣ съ недобросовѣстнымъ ставится и то лицо, которое оставляетъ безъ вниманія обстоятельства, препятствующія приобрѣтенію собственности, по неизвинительному заблужденію (по заблужденію въ правѣ или легкомысленному заблужденію въ фактѣ)<sup>4</sup>. Но поскольку заблужденіе въ правѣ вообще прощается (§ 10 sub 2), и здѣсь оно тоже признается извинительнымъ (что нѣкоторые оспариваютъ безъ основанія)<sup>5</sup>.—Въ случаѣ приобрѣтенія владѣнія черезъ представителя (§ 117) добросовѣстность требуется отъ представляемаго, если представительство относится только къ приобрѣтенію *corpus* владѣнія (*apprehensio*)<sup>6</sup>; если же представительство относится и къ *animus possidendi*, то добросовѣстность требуется какъ со стороны представителя, такъ и со стороны представляемаго<sup>7</sup>.—Подъ добросовѣстностью<sup>8</sup> большинство писателей до недавняго времени разумѣли убѣжденіе владѣльца, что онъ собственникъ; но, по общепринятому теперь взгляду, вѣрно лишь то, что *usucariens* часто питаетъ такое убѣжденіе, но оно не составляетъ необходимаго условія для *usucarij*: покупщикъ, напримѣръ, долженъ имѣть *bona fides* уже въ моментъ совершенія сдѣлки (выше пр. 2), между тѣмъ какъ собственность онъ можетъ приобрѣсть лишь съ момента передачи; супругъ можетъ приобрѣсть по давности вещь, подаренную ему незаконно другимъ супругомъ, если послѣдній не имѣлъ на эту вещь ни права собственности, ни давностнаго владѣнія<sup>9</sup>; лицо, заключившее сдѣлку подъ условіемъ, начинается давностное владѣніе съ момента исполненія условія и въ случаѣ незнанія объ исполненіи<sup>10</sup>. У названныхъ лицъ нѣтъ убѣжденія въ своемъ правѣ собственности. И наоборотъ, владѣлецъ можетъ думать, что онъ приобрѣлъ право собственности, и все таки не имѣть добросовѣстности, требуемой для *usucarij*; напр., если кто либо принимаетъ въ уплату завѣдомо несуществующаго долга

<sup>3</sup> с. 20. X. de praescr. 2, 26.—<sup>4</sup> l. 4. de i. et f. i. D. 22, 6; l. 31. pr. D. h. t. 41, 3; l. 2. § 15. D. pro emt. 41, 4; l. 44. § 4. i. f. D. h. t. 41, 3.—<sup>5</sup> l. 11. C. de i. et f. i. 1, 18.—<sup>6</sup> l. 47. D. h. t. 41, 3; l. 49. § 2. D. de p. a. 41, 2; l. 1. C. eod. 7, 32; l. 2. § 12. D. pro emt. 41, 4;—<sup>7</sup> l. 2. §§ 10—13. D. pro emt. 41, 4; l. 43. § 1. D. h. t. 41, 3.—<sup>8</sup> Ср. для этого l. 109. D. de v. s. 50, 16; l. 5. pr. D. pro der. 41, 7; l. 28. D. de nox. a. 9, 4; Gai. 2, 43; pr. I. h. t. 2. 6.—<sup>9</sup> l. 25. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 3. D. pro lon. 41, 6.  
<sup>10</sup> l. 2. § 2. D. pro emt. 41, 4.

вещь, не принадлежащую мнимому должнику<sup>11</sup>.—Поэтому спорить, какъ въ такомъ случаѣ слѣдуетъ понимать добросовѣстность. Нѣкоторые, опредѣляя ее только съ отрицательной стороны, думаютъ, что добросовѣстность есть отсутствіе сознанія неправоты, каковы бы ни были причины этого отсутствія. Это мнѣніе неосновательно, такъ какъ въ случаѣ неизвинительнаго заблужденія владѣлецъ не приобретаетъ по давности<sup>12</sup>. Другіе опредѣляютъ добросовѣстность положительно, какъ убѣжденіе владѣльца въ томъ, что онъ не совершаетъ матеріальной неправды, присваивая себѣ вещь. Это мнѣніе опровергается рѣшеніями, приведенными выше въ пр. 9. 10. Принимая все это во вниманіе, *добросовѣстность слѣдуетъ опредѣлить какъ основанное на извинительномъ заблужденіи незнаніе матеріальныхъ обстоятельствъ, препятствующихъ приобрѣтенію права собственности*. Итакъ, для того, чтобы засвидѣтельствовать честное поведеніе, честность владѣльца, не требуется положительнаго убѣжденія, а только незнаніе (конечно, оправдываемое уважительными основаніями). Отсюда слѣдуетъ добросовѣстность того владѣльца, который, не зная о дѣйствительномъ препятствіи для приобрѣтенія, вѣрить въ существованіе мнимаго препятствія. Это правило подтверждается приведенными выше въ пр. 9. 10 рѣшеніями<sup>13</sup>. Правда, противъ этого говоритъ одно мѣсто источниковъ<sup>14</sup>, по которому вещь, сама по себѣ годная для давности, не можетъ быть приобрѣтена по давности, если владѣлецъ считаетъ ее негодною для давности (§ 145). Но это, вѣроятно, особое мнѣніе одного изъ болѣе древнихъ римскихъ юристовъ (Помпонія), которое попало въ сводъ Юстиніана по недосмотру.

Доказыванія добросовѣстности отъ владѣльца не требуется (что, впрочемъ, нѣкоторые оспариваютъ); *bona fides* предполагается, пока противникъ не докажетъ *mala fides* (§ 96. пр. 7).

### §. § 145. Вещи, негодныя для давности.

*Vangerow*, § 317.—*Windscheid*, § 182.—*Brinz*, § 156.

Нѣкоторыя вещи не подлежатъ обыкновенной давности (*res inhabiles*) или въ силу привилегій ихъ собственниковъ, или въ силу своихъ особенныхъ свойствъ.

<sup>11</sup> l. 48. D. h. t. 41, 3; l. 3. D. pro suo. 41, 10.—<sup>12</sup> См. выше пр. 4.—<sup>13</sup> l. 2. § 2. D. pro emt. 41, 4; l. 44. § 4. D. h. t. 41, 3.—<sup>14</sup> l. 32. § 1. D. h. t. 41, 3.

I. Ради своего собственника не подлежат обыкновенной давности: 1) вещи казны<sup>1</sup>; 2) вещи монарха<sup>2</sup>; 3) недвижимыя вещи церквей и благотворительныхъ учреждений<sup>3</sup>. Спорно, изъяты ли изъ обыкновенной давности вещи городовъ<sup>4</sup> и миноровъ<sup>5</sup>. Правильно отрицательное рѣшеніе. Впрочемъ, споръ относительно вещей миноровъ имѣеть мало практическаго интереса, такъ какъ онѣ по большей части не подлежатъ давности уже по другимъ основаніямъ<sup>6</sup>.

II. *Всѣдствіе своихъ особенныхъ свойствъ не подлежатъ давности:*

1. Краденныя вещи, по законамъ XII-ти таблицъ<sup>7</sup> и по *lex Atinia*<sup>8</sup>; по Каролинѣ онѣ не подлежатъ и чрезвычайной давности<sup>9</sup> (что многіе оспариваютъ); произведенія краденыхъ вещей также не подлежатъ давности, если *percipiens* недобросовѣстенъ<sup>10</sup>; дѣти рабовъ и приплодъ скота даже въ томъ случаѣ не подлежатъ давности, если они зачаты у недобросовѣстнаго владѣльца<sup>11</sup>. Краденая, и поэтому неподлежащая давности, вещь перестаетъ быть таковою, если она возвращается во власть собственника<sup>12</sup>, поэтому вещь дѣлается совсѣмъ изъятою изъ дѣйствія давности, если кражу совершаетъ самъ собственникъ<sup>13</sup>,—случай теперь немислимый, такъ какъ по нынѣшнему уголовному праву можно совершить кражу только по отношенію къ чужой вещи (§ 311 пр. 9. 14).

2. Вещи, которыми кто нибудь овладѣлъ насильно (по *leges Iulia* и *Plautia*)<sup>14</sup>; очевидно, это запрещеніе относится только къ недвижимымъ вещамъ, такъ какъ движимыя подходятъ подъ запрещеніе 1. Негодность для давности прекращается, какъ при 1<sup>15</sup>.

3. Вещи, которыя были даны въ видѣ взятки чиновнику (по 1.

<sup>1</sup> § 9. I. h. t. 2, 6; I. 9. I. 18. l. 24. § 1. D. h. t. 41, 3.—<sup>2</sup> t. C. ne rei dom. 7, 38; l. 6. C. de fund. patr. 11, 61.—<sup>3</sup> Nov. 111. c. 1; Nov. 136. c. 6; c. 8. X. de praeser. 2, 26.—<sup>4</sup> l. 15. § 27. de damn. inf. 39, 2; Pauli sent. rec. V, 2. § 4; l. 9. D. h. t. 41, 3.—<sup>5</sup> l. 2. D. de eo qui pro tut. 27, 5; l. 4. § 24. D. de dol. m. exc. 44, 4; l. 4. § 11. D. h. t. 41, 3; l. 2. § 15. l. 7. § 3. D. pro emt. 41, 4; l. 33. D. de furt. 47, 2; l. un. C. si adv. us. 2, 36; l. 3. C. quibus non obi. l. t. pr. 7, 35; l. 5. C. in qu. c. 2, 41.—<sup>6</sup> Ср. мѣста въ прим. 21. 24.—<sup>7</sup> §§ 2. 3. I. h. t. 2, 6; Gai. 2, 45. 49.—<sup>8</sup> l. 4. § 6. l. 33. pr. D. h. t. 41, 3; l. 215. D. de v. s. 50, 16.—<sup>9</sup> Carolina art. 209.—<sup>10</sup> l. 4. § 14. D. h. t. 41, 3.—<sup>11</sup> l. 48. § 5. D. de furt. 47, 2; l. 26. D. de st. hom. 1, 5; l. 12. C. de furt. 6, 2.—<sup>12</sup> § 8. I. h. t. 2, 6; l. 4. §§ 6. 12. 21. l. 49. D. h. t. 41, 3; l. 7. §§ 3. 7. D. pro emt. 41, 4; l. 84. D. de furt. 47, 2; l. 215. D. de v. s. 50, 16.—<sup>13</sup> l. 20. § 1. D. de furt. 47, 2; l. 49. D. h. t. 41, 3.—<sup>14</sup> Gai. 2, 45; § 2. I. de usuc. 2, 6; l. 33. § 2. D. h. t. 41, 3.—<sup>15</sup> § 8. I. h. t. 2, 6; l. 33. § 2. D. h. t. 41, 3; l. 86. D. de furt. 47, 2.

*Iulia repetundarum*)<sup>16</sup>; негодность для давности прекращается, какъ при 1<sup>17</sup>.

4. Недвижимыя вещи, отчужденныя недобросовѣстнымъ владѣльцемъ, (по закону Юстиніана) до тѣхъ поръ, пока объ отчужденіи не узнаеть собственникъ<sup>18</sup>.

5. Межи земельныхъ участковъ<sup>19</sup>. Историч. данныхъ ср. § 305.

6. Дотальные вещи, пока жена не можетъ вчать иска о возвращеніи; онѣ не подлежатъ вообще никакой (въ томъ числѣ и чрезвычайной) давности (по закону Юстиніана)<sup>20</sup>.

7. Вещи, подлежащія законному запрещенію отчужденія (§ 127)<sup>21—24</sup>.

### bb. § 146. Перерывъ и приостановленіе давности.

*Gruber*, über d. Einfluss der Eigenthumsklage auf die Ersitzung nach. R. R. 1875.—*Vangerow*, § 325.—*Windscheid*, § 180.—*Brinz*, § 163.

Выраженіе: давность прервана (*usurpatio*)<sup>1</sup> означаетъ, что наступило событіе, вслѣдствіе котораго прежнее владѣніе вещью дѣлается совершенно бесполезнымъ. Выраженіе: давность приостанавливается (у новыхъ—*usucapio dormiens, quiescens*) означаетъ, что наступило событіе, вслѣдствіе котораго послѣдующее владѣніе вещью не принимается въ счетъ до тѣхъ поръ, пока противоположное событіе не допуститъ дальнѣйшаго теченія давности.

I. Безспорно, давность прерывается вслѣдствіе перерыва владѣнія (называемаго у новыхъ *naturalis usurpatio*)<sup>2</sup> и (по каноническому праву, § 144 пр. 3) вслѣдствіе появленія недобросовѣстности. Спорно, прерывается ли давностное владѣніе вслѣдствіе *litis contestatio* (т. е. начала процесса между собственникомъ и владѣльцемъ о выдачѣ вещи). По праву до-юстиніанову *litis contestatio* не прерывала *usucapio*<sup>3</sup>, но прерывала *longi temporis praescriptio*<sup>4</sup>, которая первоначально была лишь исковой давностью. По недосмотру компиляторовъ эти правила безъ измѣненія попали въ сводъ

<sup>16</sup> l. 8. D. de l. *Iulia rep.* 48, 11; l. 48 pr. D. de a. r. d. 41, 1.—<sup>17</sup> l. 8. § 1. D. de l. *Iul. rep.* 48, 11.—<sup>18</sup> Nov. 119. c. 7.—<sup>19</sup> l. 6. C. fin. reg. 3, 39.—<sup>20</sup> l. 30. C. de i. d. 5, 12.—<sup>21</sup> l. 1. C. de bon. mat. 6, 60; l. 4. C. de bon. q. lib. 6, 61; l. 1. § 2. C. de ann. exc. 7, 40; Nov. 22. c. 24.—<sup>22</sup> Nov. 22. c. 24.—<sup>23</sup> l. 3. § 3. C. de leg. 6, 43.—<sup>24</sup> l. 28 pr. D. v. s. 50, 16; l. 16; D. de fund. d. 23, 5; cf. l. 12. § 4. D. de Publ. a. 6, 2.

<sup>1</sup> l. 2. D. h. t. 41, 3.—<sup>2</sup> l. 15. § 2. D. h. t. 41, 3; l. 7. § 4. D. pro emt. 41, 4.—<sup>3</sup> l. 18. l. 20. l. 21. D. de r. v. 6, 1; l. 21. § 1. D. pro emt. 41, 4.—<sup>4</sup> l. 2. C. ubi rem 3, 19; l. 26. C. de r. v. 3, 32; l. 1. l. 2. l. 10. C. de l. t. pr. 7, 33; l. 4. C. qu. non obi. 7, 35.

Юстиніана. Изъ изложеннаго въ § 140 пр. 22 видно, что рѣшающее значеніе имѣютъ правила *usucapio*, а потому слѣдуетъ утверждать, что отвѣтчикъ во время процесса продолжаетъ давностное владѣніе и можетъ завершить его пріобрѣтеніемъ. Только слѣдуетъ сдѣлать оговорку, что завершенная такимъ образомъ давность по общему правилу не приноситъ отвѣтчику никакой пользы (*usucapio frustra complebitur anticipata lite*)<sup>5</sup>: его все таки судья присуждаетъ къ выдачѣ вещи истцу, такъ какъ въ противномъ случаѣ процессъ причинилъ бы истцу убытки (§ 95 прим. 33); завершеніе давности только въ томъ случаѣ выгодно для отвѣтчика, если процессъ остановится и дѣло не дойдетъ до судебного рѣшенія. Къ *litis contestatio* приравняется судебный протестъ того собственника, который по причинамъ, коренящимся въ личности владѣльца, не можетъ противъ послѣдняго вчинить иска<sup>6</sup>.—Приверженцы того мнѣнія, по которому въ *litis contestatio* заключается перерывъ давности, называютъ этотъ перерывъ *civilis usurpatio*.

## II. Давность пріостанавливается:

1) если вещь попадаетъ въ собственность лица, пользующагося относительно давности привилегіей (§ 145 sub I);

2) по римскому праву—въ томъ случаѣ, если *правовыя* основанія препятствуютъ собственнику вчинить искъ о собственности, наприм., въ теченіе срока, даннаго наследнику, пользующемуся *beneficium*, для составленія инвентаря<sup>7</sup>; по каноническому праву—также и въ томъ случаѣ, если собственнику *фактически* препятствуетъ вчинить искъ занятіе страны неприятелемъ<sup>8</sup>.

## γ. § 147. Чрезвычайная давность.

*Vangerow*, § 315.—*Windscheid*, § 183.—*Brinz*, § 157.

Чрезвычайная давность<sup>1</sup> имѣетъ мѣсто, если лицо юридически и добросовѣстно владѣетъ чужою вещью въ продолженіе 30-ти или (если вещь принадлежитъ церкви, благотворительному учрежденію, казнѣ, монарху или его супругѣ) 40-а лѣтъ. Стало быть, условія чрезвычайной давности—слѣд.: 1. *юридическое владѣніе*, 2. *въ продолженіе срока 30-и или 40-а лѣтъ*, 3. *добросовѣстное*. За то

<sup>5</sup> fr. Vat. § 12.—<sup>6</sup> l. 2. C. de ann. exc. 7, 40.—<sup>7</sup> l. 22. § 11. C. de iure del. 6, 30.—<sup>8</sup> c. 13. C. 16. qu. 3; c. 10. X. de praescr. 2. 26.

<sup>1</sup> l. 8. § 1. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.

титула не требуется. Вещи, изъятыя изъ дѣйствія обыкновенной давности подпадаютъ, по общему правилу, чрезвычайной; исключенія уже указаны въ § 145 sub II. 1. 6, куда присоединяются еще вещи опекаемыхъ<sup>2</sup>.

Чрезвычайная давность ведетъ свое происхождение отъ давности, погашающей *rei vindicatio* (§ 140 пр. 23), но отличается въ р. правѣ отъ послѣдней какъ по условіямъ, такъ и по послѣдствіямъ; по условіямъ,—потому что требуетъ отъ владѣльца добросовѣстности. По послѣдствіямъ,—потому что она порождаетъ не *эксцепцію* только (какъ исковая давность, § 91), а право собственности и (для защиты его) *искъ*. Но каноническое право требуетъ *bona fides* также и для давности *rei vindicatio* (§ 89), такъ что нынѣ давность иска о собственности совпадаетъ съ чрезвычайной давностью.

## Раздѣлъ пятый.

### § 148. Потеря собственности.

*Vangerow*, § 327.—*Windscheid*, §§ 165. 191.—*Brinz*, § 165.

Право собственности прекращается въ случаѣ гибели вещи; то же послѣдствіе наступаетъ, по римскому праву, въ томъ случаѣ, если вещь взята непріателемъ (§ 137),—а равно если она покинута, брошена собственникомъ (*derelictio*), что предполагаетъ у него право отчужденія. Далѣе, теряется право собственности на вещь, если ее приобретаетъ или обратно приобретаетъ въ собственность другое лицо, если, на примѣръ, наступилъ срокъ или резолютивное условіе, подъ которымъ было перенесено право собственности, или, если вещь была приобретена отъ того, кто самъ имѣлъ собственность отмѣняемую (по правилу: *resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum*, § 128). Право собственности на дикихъ животныхъ теряется съ ихъ возвращеніемъ въ состояніе естественной свободы, на прирученныхъ,—если они теряютъ привычку возвращаться.

<sup>1</sup> I. 3. § 1. I. 7. пр. § 1. I. 8. § 1. C. eod.



## Раздѣлъ шестой.

## Защита собственности.

## § 149. Общій обзоръ.

*Windscheid*, § 192.—*Brinz*, §§ 169. 179.

Собственникъ пользуется защитой не только (какъ владѣлецъ) противъ такихъ нарушеній своего права, которыя заключаютъ въ себѣ произволъ или нарушение довѣрія, но и отъ всякихъ другихъ, въ чемъ бы они не выразились. Смотри по роду нарушенія, которое потерпѣло право собственника, и искъ носить различныя названія; онъ называется:

1. *rei vindicatio*, *in rem actio*, *specialis in rem actio*, если кто либо удерживаетъ вещь, не предоставляя ея собственнику; это обыкновенно выражаютъ слѣд. образомъ: *rei vindicatio* дается въ случаѣ *полнаго* нарушенія права собственности (§ 150 и сл.);

2. *negatoria*, *negativa actio*, если кто нарушаетъ право собственника не удержаніемъ вещи, а какимъ либо другимъ способомъ: это обыкновенно выражаютъ слѣд. образомъ: *act. negatoria* дается собственнику въ случаѣ *частичнаго* нарушенія его права (§ 154). Рядомъ съ *act. negatoria* существуетъ также *act. prohibitoria* (спорно), ср. § 154.

Эти иски принадлежатъ также тому, чья собственность отмѣняема<sup>1</sup>; напротивъ, искъ фиктивнаго собственника (добросовѣстнаго владѣльца, § 128 sub VI) подлежитъ отчасти особымъ правиламъ и носить названіе *actio Publiciana*<sup>2</sup> (§ 155).

I. *Rei vindicatio*.

tt. D. VI, 1; C. III, 32: de rei vindicatione.

## 1) § 150. Условія иска.

*Wieding*, der Iustinianische Libellprocess. § 29. 1865.—*Pfersche*, Privatrechtliche Abhandlungen. S. 143—224. 1886.—*Vangerow*, § 332.—*Windscheid*, § 196.—*Brinz*, §§ 167. 168.

1. Истцомъ въ этомъ искѣ бываетъ, по опредѣленію источниковъ, невладѣющій собственникъ<sup>1</sup>; но въ Институціяхъ<sup>2</sup> присо-  
вокупляется, что въ одномъ исключительномъ случаѣ можетъ вчи-

<sup>1</sup> l. 41. pr. l. 66. D. de r. v. 6, 1; l. 29. D. de m. c. don. 39, 6.—<sup>2</sup> § 4. l. de act. 4, 6.

<sup>1</sup> l. 23. pr. D. h. t. 6, 1; § 2. l. de act. 4, 6.—<sup>2</sup> § 2. i. f. l. de act. 4, 6.

нить этотъ искъ и владѣющій собственникъ (такъ наз. *inpus casus Institutionum*). Въ чемъ состоитъ этотъ случай, вопросъ спорный, такъ какъ Институціи этого не сообщаютъ. Вѣроятно, имѣется въ виду юридическій владѣлецъ, который можетъ предъявить *rei vindicatio* противъ детентора, обладающаго вещью отъ его имени и отказывающагося выдать ее<sup>3</sup>; ср. подобный случай въ § 160 текстъ къ прим. 11.

2. Отвѣтчикомъ бываетъ тотъ, кто удерживаетъ вещь, не предоставляя ея собственнику, при чемъ безразлично, юридическій ли владѣлецъ онъ, или детенторъ<sup>4</sup>. Впрочемъ, по закону Константина<sup>5</sup>, детенторъ недвижимой вещи (по Имп. уст. гр. суд. и детенторъ движимой вещи) долженъ назвать то лицо, отъ чьего имени онъ держитъ вещь (*auctoris laudatio s. nominatio*). Названное лицо должно въ такомъ случаѣ принять на себя процессъ вмѣсто отвѣтчика, а послѣдній освобождается отъ иска. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ отвѣтчикомъ бываетъ и тотъ, кто не удерживаетъ вещи отъ собственника: а) недобросовѣстный владѣлецъ, который до начала процесса отчудилъ вещь *dolo* или *culpa* (нѣкоторые относятъ это только къ тому, *qui dolo desiit possidere*<sup>6</sup>, что несогласно съ источниками<sup>7</sup>); б) тотъ, кто обращаетъ на себя искъ, ложно выдавая себя за владѣльца (*qui liti se obtulit*)<sup>8</sup>. Въ обоихъ случаяхъ примѣняется начало: *dolus* (или *culpa*) *est pro possessione*<sup>9</sup>; поэтому такого отвѣтчика теперь называютъ *fictus possessor*. Предъявивъ сначала искъ противъ *fictus possessor* и получивъ цѣнность спорной вещи, собственникъ можетъ тѣмъ не мене потомъ вчать искъ и противъ такъ называемаго *verus possessor*, но не наоборотъ<sup>10</sup>.

## 2) § 151. Доказываніе.

*Windscheid*, § 196. — *Brinz*, § 168.

Условіямъ иска соотвѣтствуютъ и темы доказыванія. Истецъ долженъ доказать:

1. *Что онъ собственникъ*<sup>1</sup>. Доказать это бываетъ затруднительно, если истецъ основываетъ свое право на *производномъ* способѣ

<sup>3</sup> 1. 7. pr. D. usufr. qu. cav. 7, 9. — <sup>4</sup> 1. 9. D. h. t. 6, 1. — <sup>5</sup> 1. 2. C. ubi in rem actio 3, 19. — <sup>6</sup> Опираясь на 1. 27. § 3. l. 36. pr. D. h. t. 6, 1. — <sup>7</sup> 1. 25. § 2. D. de her. p. 5, 3; 1. 45. D. h. t. 6, 1. — <sup>8</sup> II. 25—27. pr. D. h. t. 6, 1. — <sup>9</sup> 1. 13. l. 157. § 1. D. de r. i. 50, 17. — <sup>10</sup> 1. 7. D. h. t. 6, 1; 1. 13. § 14. D. de h. p. 5, 3; 1. 95. § 9. D. de sol. 46, 3.

<sup>1</sup> 1. 9. l. 23. pr. l. 80. D. h. t. 6, 1.

пріобрѣтенія, потому что ему тогда приходится доказать право собственности своего предшественника (auctor)<sup>2</sup> (въ средніе вѣка это доказываніе называли probatio diabolica). Поэтому собственникъ претендуетъ часто лишь на права добросовѣстнаго владѣльца и предъявляетъ акт. Publiciana (§ 155).

2. *Что отвѣтчикъ имѣетъ вещь въ юридическомъ владѣніи или detentio, или что онъ подлежитъ отвѣтственности, какъ fictus possessor*<sup>3</sup>.

Въ одномъ случаѣ истецъ освобождается отъ доказыванія права собственности: если отвѣтчикъ отрицаетъ нахожденіе у него вещи, а истецъ докажетъ противное, то вещь *отдается во владѣніе истцу безъ дальнѣйшихъ доказательствъ*<sup>4</sup> (права собственности); у римлянъ это совершалось посредствомъ особаго производства, называемаго въ случаѣ недвижимости *int. quem fundum*<sup>5</sup>; но отвѣтчикъ не лишается этимъ права выступить затѣмъ въ качествѣ истца съ притязаніемъ на право собственности.

### 3) § 152. Обязанности отвѣтчика.

*Pfersche, Privatrechtliche Abhandlungen. § 3—87. 1886.—Vangerow, § 333.—Windscheid, §§ 193—195.—Brinz, § 170.*

*По общему правилу отвѣтчикъ обязанъ выдать истцу вещь со всею прибылью отъ нея*<sup>1</sup> (*res cum omni causa*).

1. *Вещь.* Если отвѣтчикъ не выдаетъ вещи совсѣмъ или въ цѣломъ, неповрежденномъ видѣ, и причиною этого является

а. *dolus* или *culpa* отвѣтчика, то слѣдуетъ отличать добросовѣстнаго владѣльца отъ недобросовѣстнаго; первый отвѣчаетъ только за вину, имѣвшую мѣсто *послѣ litis contestatio*<sup>2</sup> (*за время до этого момента онъ не отвѣчаетъ: re sua abuti putat, quasi suam rem neglexit*)<sup>3</sup>, второй отвѣчаетъ за все время — какъ *до litis contestatio*, такъ и *послѣ нея*<sup>4</sup>;

б. случай, то, по общему мнѣнію, и здѣсь слѣдуетъ отличать добросовѣстнаго владѣльца отъ недобросовѣстнаго: первый не отвѣчаетъ за *casus* ни въ какомъ случаѣ, второй отвѣчаетъ за время *послѣ litis contestatio*, если не докажетъ, что вещь потер-

<sup>2</sup> I. 20. pr. D. de a. r. d. 41, 1.—<sup>3</sup> I. 36. pr. D. h. t. 6, 1.—<sup>4</sup> I. 80. D. h. t. 6, 1.—<sup>5</sup> fr. Vat. § 92.

<sup>1</sup> I. 13. I. 17. § 1. I. 20. D. h. t. 6, 1.—<sup>2</sup> I. 21. I. 33. I. 36. § 1. I. 45. I. 51. D. h. t. 6, 1.—<sup>3</sup> I. 25. § 11. I. 31. § 31. § 3. D. de h. p. 5, 3.—<sup>4</sup> II, 13—15. I. 45. D. h. t. 6, 1.

пѣла бы то же, если бы она находилась у истца. Но правильно бы утверждать, что между римскими юристами вопросъ объ отвѣтственности за случай былъ спорнымъ и что въ источники попали противорѣчащія другъ другу рѣшенія<sup>5</sup>; заслуживаетъ одобренія только мнѣнiе Ульпіана<sup>6</sup>, по которому никакой отвѣтчикъ (хотя бы и недобросовѣстный) не отвѣчаетъ за случай до *litis contestatio*, и всякій отвѣтчикъ (и добросовѣстный) отвѣчаетъ за случай послѣ *litis contestatio*, если вещь не потерпѣла бы того же *casus*, находясь у истца (§ 95 прим. 21—23). Только воръ *semper* отвѣчаетъ за случай, произошелъ ли онъ до *litis contestatio* или послѣ<sup>7</sup> (§ 240 прим. 29).

с. По классическому праву причиной невыдачи вещи могло быть и простое неповиненіе (*contumacia*) со стороны отвѣтчика. Дѣло въ томъ, что по тогдашнимъ правиламъ судопроизводства присужденіе отвѣтчика должно было выражаться въ денежной суммѣ<sup>8</sup>; но скоро поняли, что замѣна спорной вещи денежною суммою не соответствуетъ интересамъ сторонъ, поэтому въ извѣстныхъ случаяхъ, къ числу коихъ принадлежитъ и *rei vindicatio* (§ 84 sub 4), судья, убѣдившись въ правѣ истца, предлагалъ отвѣтчику выдать вещь истцу (*arbitrium de restituendo*); но отвѣтчикъ не былъ обязанъ повиноваться такому предложенію и поэтому въ случаѣ неповиненія присуждался къ уплатѣ денежной суммы. Со времени Юстиніана<sup>9</sup> присужденіе отвѣтчика направляется на самоѣ вещь, и въ томъ случаѣ, если отвѣтчикъ отказывается выдать вещь, отъ желанія истца зависитъ потребовать принудительнаго исполненія судебного рѣшенія или перевода *condemnatio* на денежную сумму. Впрочемъ, одинъ фрагментъ Ульпіана<sup>10</sup>, повидимому, высказываетъ, будто уже и въ классическое время *arbitrium iudicis* приводилось въ исполненіе принудительными мѣрами; но почти всѣ согласны, что этотъ фрагментъ интерполированъ компиляторами.

Тотъ, кто отвѣчаетъ по изложеннымъ выше правиламъ, обязанъ уплатить цѣнность вещи (*litis aestimatio*) и прочій интересъ (§ 243); размѣръ того и другого въ случаѣ *dolus*, *culpa lata* и

<sup>5</sup> См. съ одной стороны l. 40. D. de h. p. 5, 3; l. 62. D. h. t. 6, 1; съ другой стороны l. 15. § 3. D. h. t. 6, 1.—<sup>6</sup> l. 15. § 3. D. h. t. 6, 1.—<sup>7</sup> l. 8. pr. l. 20. D. de cond. furt. 13, 1; l. 19. D. de vi 43, 16.—<sup>8</sup> Gai. 4, 48. 52.  
<sup>9</sup> § 32. I. de act. 4, 6.—<sup>10</sup> l. 68. pr. D. h. t. 6, 1.

contumacia отвѣтчика опредѣляется, по римскому праву, клятвеннымъ утвержденіемъ истца (iuramentum in litem), въ прочихъ случаяхъ—экспертами<sup>11</sup>; по Имп. уст. гр. суд. § 260 допущеніе истца къ оцѣнкѣ подѣ присягою зависитъ отъ усмотрѣнія суда (ср. § 45 въ концѣ). Отвѣтчикъ, уплатившій истцу цѣнность вещи, обсуждается какъ покупатель послѣдней<sup>12</sup>, исключая тотъ случай, если онъ уличенъ въ dolus<sup>13</sup>.

2. *Вся прибыль отъ вещи.* Если отвѣтчикъ этого не можетъ исполнить, то примѣняются тѣ же правила, какъ и относительно самой вещи. Къ прибыли причисляется<sup>14</sup>, напр., увеличеніе участка вслѣдствіе alluvio, половина клада, приходящаяся на долю собственника, partus ancillae и плоды. Въ частности, что касается плодовъ (естественныхъ и гражданскихъ), то слѣдуетъ отличать добросовѣстнаго владѣльца отъ недобросовѣстнаго; добросовѣстный<sup>15</sup> обязанъ выдать за время, предшествовавшее litis contestatio, только fructus exstantes, за слѣдующее за симъ время, напротивъ, *всѣ* плоды (fructus percepti и percipiendi); недобросовѣстный<sup>16</sup> отвѣчаетъ за *всѣ* плоды, какъ до, такъ и послѣ litis contestatio. Подъ плодами, подлежащими выдачѣ, всегда разумѣется чистый доходъ; слѣдовательно, хозяйственныя издержки подлежатъ зачету<sup>17</sup>.

#### 4) § 153. Возраженія отвѣтчика.

Hugo Krüger, Beiträge zur Lehre v. d. exc. doli. S. 1—92. 1892.—Vangerow, § 334.—Windscheid, § 197.—Brinz, § 169.

Исковому требованію отвѣтчикъ можетъ противопоставить возраженіе (exc. doli):

1. Если онъ сдѣлалъ извѣстныя издержки на вещь, то до ихъ возмѣщенія ему принадлежитъ ius retentionis. Въ частности, издержки, необходимыя для сохраненія, поддержанія вещи (impensae necessariae), должны быть возмѣщены всякому отвѣтчику<sup>1</sup> (кроме вора<sup>2</sup>)<sup>3</sup>.—Добросовѣстный отвѣтчикъ<sup>4</sup> можетъ также требовать

<sup>11</sup> l. 68. l. 71. D. h. t. 6, 1.—<sup>12</sup> l. 1. l. 3. D. pro emt. 41, 4; l. 46. l. 47. D. h. t. 6, 1.—<sup>13</sup> l. 63. l. 69. l. 70. D. h. t. 6, 1.—<sup>14</sup> l. 34. l. 53. D. h. t. 6, 1; l. 2. C. h. t. 3, 32.—<sup>15</sup> §. 2. I. de of. iud. 4, 17; l. 22. C. h. t. 3, 32; l. 2. C. de fract. 7, 51; l. 33. l. 62. D. h. t. 6, 1.—<sup>16</sup> l. 22. C. h. t. 3, 32; § 35. I. de r. d. 2, 1. <sup>17</sup> l. 46. D. de us. 22, 1.

<sup>1</sup> l. 65. pr. D. h. t. 6, 1; l. 5. § 1. C. h. t. 3, 32.—<sup>2</sup> l. 13. D. de cond. furt. 13, 1; l. 1. C. de inf. exp. 8. 52.—<sup>3</sup> ll. 1—4. l. 14. pr. D. de imp. 25, 1; l. 79. pr. D. de v. s. 50, 16.—<sup>4</sup> §§ 30. 32. 33. I. de rer. div. 2, 1; l. 7. § 12. l. 9. pr. § 1. D. de a. r. d. 41. 1; l. 38. D. h. t. 6, 1; l. 16. C. h. t. 3, 32.

возмѣщенія тѣхъ издержекъ, которыя увеличили полезность вещи для истца (*imp. utiles*)<sup>5</sup>; отсюда, однако, вычитаются плоды, потребленные до *litis contestatio*<sup>6</sup> (за которые онъ, какъ выше было упомянуто, не обязанъ вознаграждать истца, § 152 прим. 15). Недобросовѣстный отвѣтчикъ по отношенію къ *imp. utiles* имѣетъ лишь *ius tollendi*<sup>6a</sup>. По отношенію къ *imp. voluptuariae* (т. е. тѣмъ, которыя служатъ только для удовольствія)<sup>7</sup> всякому отвѣтчику принадлежитъ только *ius tollendi*<sup>8</sup>; однако снятіе не должно сдѣлать вещи худшею, чѣмъ она была до *impensa*; точно также снятіе не должно быть совершено изъ одного желанія повредить истцу (§ 75), поэтому оно не допускается, если не представляетъ для отвѣтчика никакой выгоды или если истецъ даетъ взаимнѣ соотвѣтствующее вознагражденіе<sup>9</sup>.—Къ числу издержекъ не принадлежитъ цѣна, уплаченная отвѣтчикомъ при приобрѣтеніи вещи<sup>10</sup>.

2. Если отвѣтчикъ имѣетъ право удержать вещь за собою навсегда или временно. Такое право можетъ быть:

а. вещное, напр. закладное право, узуфруктъ и т. п. По закону Юстиніана<sup>13</sup> отвѣтчикъ не можетъ ссылаться на вещное право, установленное въ его пользу собственникомъ, въ томъ случаѣ, если онъ прежде оспаривалъ право собственности истца и тѣмъ поставилъ его въ необходимость доказывать;

б. личное, напр., наемъ, ссуда и т. п. Для особенно важнаго случая этого рода источники употребляютъ специальное наименованіе: *ex. rei venditae et traditae*<sup>14</sup>. Это возраженіе имѣетъ мѣсто: если истецъ, еще не будучи собственникомъ, продалъ и передалъ вещь, а потомъ самъ приобрѣлъ право собственности<sup>15</sup>; если истецъ сдѣлался наслѣдникомъ того лица, которое продало и передало вещь, не имѣя на нее права собственности<sup>16</sup>; если истецъ продалъ и передалъ вещь подъ суспензивнымъ усло-

<sup>5</sup> l. 5. § 3. l. 6. 14. § 1. D. de imp. 25, 1; l. 79. § 1. D. de v. s. 50, 16; l. 38. D. h. t. 6, 1.—<sup>6</sup> l. 48. D. h. t. 6, 1.—<sup>6a</sup> l. 5. C. h. t. 3, 32.—<sup>7</sup> l. 7. pr. l. 14. § 2. D. de imp. 25, 1; l. 79. § 2. D. de v. s. 50, 16.—<sup>8</sup> §§ 30. 32. 33. l. de r. d. 2, 1; l. 7. § 12. l. 9. pr. § 1. D. de a. r. d. 41, 1; l. 5. l. 11. l. 16. C. h. t. 3, 32; l. 27. § 5. l. 37. l. 38. D. h. t. 6, 1; l. 9. D. de imp. 25, 1.—<sup>9</sup> l. 37. l. 38. D. h. t. 6, 1; l. 9. D. de imp. 25, 1.—<sup>10</sup> l. 23. C. h. t. 3, 32; l. 2. C. de furt. 6, 2.—<sup>11</sup> l. 6. § 8. D. de neg. gest. 3, 5; l. 11. C. eod. 2, 19.—<sup>12</sup> l. 14. l. 16. C. de praed. et al. r. m. 5, 71.—<sup>13</sup> Nov. 18. c. 10.—<sup>14</sup> t. D. 21, 3; de exceptione rei venditae et traditae.—<sup>15</sup> l. 1. pr. l. 2. D. h. t. 21, 3; l. 47. D. de ev. 21, 2; l. 72. D. de r. v. 6, 1.—<sup>16</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 21, 3; l. 73. D. de ev. 21, 2; l. 14. C. de r. v. 3, 32; l. 14. C. de ev. 8, 44.

вѣмъ, которое еще находится въ нерѣшительномъ состояніи<sup>17</sup>; если истецъ въ качествѣ залогопринимателя или мандатарія другого лица по незнанію продалъ и передалъ свою собственную вещь<sup>18</sup>. *Ex re venditae et traditae* какъ съ активной, такъ и съ пассивной стороны переходитъ къ универсальнымъ и къ сингулярнымъ преемникамъ<sup>19</sup>. Она не имѣетъ силы, если отчужденіе запрещено закономъ<sup>20</sup>, напримѣръ, если супругъ отчуждаетъ *fundus dotalis*, если женщина отчуждаетъ что нибудь съ цѣлью совершить *intercessio*<sup>21</sup> (§ 127 пр. 9. 10).

## II. § 154. Negatoria actio. Prohibitoria actio.

t. D. VII, 6: si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur.—t. D. VIII, 5: si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.—*Hesse*, Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn, §§ 52—67. 2. Aufl. 1880.—*Schott*, das ius prohibendi und die formula petitoria. 1889.—*Vangerow*, § 353.—*Windscheid*, § 198.—*Brinz*, § 171.—*Baron*, §§ 82. 90 кон.

1. *Условія*. Истцомъ бываетъ собственникъ, право котораго кто либо нарушаетъ не удержаніемъ его вещи, а какимъ либо другимъ образомъ<sup>1</sup>, напр., напусканіемъ чрезмѣрнаго или ядовитаго дыма, хожденіемъ по его участку. По мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, всегда предполагается, что нарушеніе состоитъ въ присвоеніи какого либо сервитута; но господствующее мнѣніе основательно видитъ въ этомъ лишь самый частный случай этого иска<sup>2</sup>, такъ какъ источники допускаютъ его и въ томъ случаѣ, если участникъ въ общей собственности производитъ постройки по собственному усмотрѣнію, или если вслѣдствіе случайныхъ обстоятельствъ стѣна дома или дерево наклоняется въ воздушное пространство сосѣдняго участка болѣе, чѣмъ по закону полагается<sup>3</sup>. Нарушеніе можетъ состоять въ томъ, что третье лицо воздѣйствуетъ на вещь или мѣшаетъ собственнику осуществлять свое право. Нарушеніе должно состоять въ дѣйствіяхъ; нарушенія на словахъ не признаются достаточнымъ основаніемъ для иска (какъ многіе

<sup>17</sup> l. 1. § 2. D. h. t. 21, 3; cf. l. 7. i. f. D. de iure dot. 23, 3.—<sup>18</sup> l. 10. D. de distr. p. 20, 5; l. 49. D. mand. 17, 1.—<sup>19</sup> l. 2. l. 3. D. h. t. 21, 3; l. 72. D. de r. v. 6, 1; l. 4. § 32. D. de d. m. e. 44, 4.—<sup>20</sup> l. 1. § 5. D. h. t. 21, 3.—<sup>21</sup> l. 32. § 2. D. ad. set. Vell. 16, 1.

<sup>1</sup> l. 5. pr. D. si us. pet. 7, 6; l. 2. p. l. 4. § 7. D. si s. v. 8, 5.—<sup>2</sup> § 2. I. de act. 4, 6; l. 5. pr. D. si us. pet. 7, 6.—<sup>3</sup> l. 11. l. 14. § 1. D. si serv. vind. 8, 5; l. 13. l. 17. pro eod.; l. 2. D. de arb. caed. 43, 27; l. 6. § 2. D. de arb. furt. caes. 47, 7.—<sup>4</sup> cf. l. 5. § 6. D. si us. pet. 7, 6; l. 14. pr. D. si s. v. 8, 5.

думаютъ), стало быть, въ частности не достаточно, если третье лицо угрожаетъ на словахъ, что онъ совершить нарушеніе, ибо собственникъ можетъ фактически помѣшать исполненію угрозы. Отвѣтчикомъ является лицо, совершившее нарушеніе права собственности.

2. *Доказываніе*. Безспорно, истецъ долженъ доказать два обстоятельства: а) что онъ собственникъ вещи<sup>5</sup>; б) что отвѣтчикъ виновенъ въ нарушеніи его права собственности. Спорно, долженъ ли истецъ доказать также свободу своей собственности (т. е., что отвѣтчику право воздѣйствовать на его вещь не принадлежитъ), или, напротивъ, отвѣтчикъ обязанъ доказать свое право, или, наконецъ, обязанность доказывать лежитъ то на истцѣ, то на отвѣтчикѣ, смотря по владѣнію. Мѣста источниковъ, касающіяся этого вопроса<sup>6</sup>, отличаются неопредѣленностью и неясностью; внутреннія основанія говорятъ въ пользу второго (и господствующаго) мнѣнія, такъ какъ actio negatoria есть искъ о собственности, а изъ доказательства существованія права собственности слѣдуетъ предварительно (т. е. пока не доказано противное), что истецъ можетъ отклонять всякое воздѣйствіе на свою вещь со стороны третьяго лица. Въ пользу этого говоритъ также то обстоятельство, что владѣлецъ чужой вещи, приписывающій себѣ на нее закладное право, долженъ это право доказать, если собственникъ предъявитъ искъ о выдачѣ вещи<sup>8</sup>.

3. *Обязанности отвѣтчика*. Онъ зависятъ отъ того, приписываетъ ли себѣ отвѣтчикъ право на совершаемыя имъ дѣйствія, или нѣтъ. Если отвѣтчикъ ссылается на право, то искъ направленъ на признаніе свободы собственности, устраненіе неправомернаго состоянія<sup>9</sup>, возмѣщеніе нанесеннаго вреда<sup>10</sup>, cautio de non amplius turbando<sup>11</sup>, на ряду съ которой теперь принимается судебная угроза наказаніемъ (денежнымъ штрафамъ или арестомъ)<sup>12</sup>. Если отвѣтчикъ не оправдываетъ своихъ дѣйствій существованіемъ права, то отпадаетъ требованіе признанія свободы собственности.

Actio negatoria называется такъ потому, что во времена формулярнаго процесса intentio формулы обыкновенно выражались

<sup>5</sup> l. 5. pr. D. si us. pet. 7, 6.—<sup>6</sup> l. 15. D. de o. n. n. 39, 1; l. 5. § 10. eod.; l. 8. § 3. D. si s. v. 8, 5; l. 45. D. de d. i. 39, 2.—<sup>7</sup> l. 5. pr. i. f. D. si us. pet. 7, 6.—<sup>8</sup> l. 10. C. de ping. act. 4, 24.—<sup>9</sup> l. 14. pr. D. si s. v. 8, 5; l. 8. C. de serv. 3, 34.—<sup>10</sup> l. 5. § 6. D. si us. pet. 7, 6; l. 4. § 2. i. f. D. si s. v. 8, 5.—<sup>11</sup> l. 7. l. 12. D. si s. v. 8, 5.—<sup>12</sup> IRA. § 162.



отрицательно (si paret, Numerio Negidio *ius non esse eundi agendi invito Aulo Agerio...*). Но существовала также и формула съ положительной редакціей *intentio* (si paret, Aulo Agerio *ius esse prohibendi Numerium Negidium ire agere*)<sup>13</sup>; она названа новыми юристами *act. prohibitoria* и матеріально ничѣмъ не разнится отъ *act. negatoria*.

### III. § 155. Искъ фиктивного собственника (*Publiciana in rem actio*).

t. D. VI, 2: de *Publiciana in rem actione*.—*Huschke*, das Recht der *Publicianischen Klage*. 1874. — *Schulin*, въ книгѣ, приведенной къ § 131. — *Lenel*, Beitr. z. Kunde des präet. Edicts. S. 1—54. 1878. — *Vangerow*, § 335. — *Windscheid*, § 199. — *Brinz*, § 178.

По § 128 *sub IV* добросовѣстному владѣльцу предоставляются права собственника по отношенію ко всякому худшему владѣльцу, для чего создается фикція, что начатое имъ давностное владѣніе уже окончено; искъ добросовѣстнаго владѣльца противъ того, кто удерживаетъ отъ него вещь, называется *Publiciana in rem actio*<sup>1</sup>. Въ частности:

1. Истцемъ бываетъ тотъ, кто началъ давностное владѣніе вещью, но его еще не кончилъ, такъ какъ вещь удерживаетъ другой. Стало быть, для иска обыкновенно требуется, чтобы истецъ имѣлъ *titulus*<sup>2</sup>; при чемъ достаточно *titulus putativus*; это подтверждаетъ нѣсколько мѣстъ въ источникахъ<sup>3</sup>, и лишь одно, повидимому, отрицаетъ<sup>4</sup>; но все склоняются въ пользу первыхъ. Далѣе, требуется, чтобы истецъ былъ добросовѣстенъ<sup>5</sup>; и тутъ также примѣняется (что многіе оспариваютъ) начало каноническаго права, по которому для давности необходима *постоянная* добросовѣстность (§ 89). Наконецъ, необходимо, чтобы вещь была *res habilis*<sup>6</sup> (§ 145). Въ тѣхъ случаяхъ, когда для приобрѣтенія вещи не нужно завладѣнія (напр. въ случаѣ отказа), искъ признается обоснованнымъ и безъ прежняго владѣнія со стороны истца<sup>7</sup>.

2. Истецъ можетъ побѣдить только того, кто удерживаетъ отъ

<sup>13</sup> l. 5. pr. D. si usus fr. pet. 7, 6; l. 11. D. si serv. 8, 5; l. 28. D. com. div. 10, 3; l. 9. § 5. D. damni inf. 39, 2.

<sup>1</sup> § 4. l. de act. 4, 6. — <sup>2</sup> l. 1. pr. l. 5. l. 6. l. 7. pr. — § 5. l. 13. D. h. t. 6, 2. — <sup>3</sup> l. 5. l. 7. §§ 2. 4. l. 13. § 2. D. h. t. 6, 2. — <sup>4</sup> l. 2. § 16. D. pro emt. 41, 4. — <sup>5</sup> l. 1. pr. l. 7. § 11. sqq. D. h. t. 6, 2. — <sup>6</sup> l. 9. § 5. l. 12. § 4. D. h. t. 6, 2. — <sup>7</sup> l. 1. § 2. l. 2. l. 7. pr. l. 11. § 2. l. 12. § 1. l. 15. D. h. t. 6, 2.

него вещь, имѣя на то лишь худшее право. Стало быть, онъ не можетъ выиграть дѣла:

а. противъ собственника вещи<sup>8</sup>: послѣднему принадлежитъ *ex. dominii*, которая, впрочемъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ можетъ быть обезсилена репликаціями (напр., *rei venditae et traditae*, § 153)<sup>9</sup>;

б. противъ другого *столь же хорошаго* добросовѣстнаго владѣльца; послѣдній пользуется такъ наз. *ex. pacis bonae fidei possessionis*. Относительно вопроса, кого слѣдуетъ считать *столь же хорошимъ* добросовѣстнымъ владѣльцемъ, въ источникахъ существуетъ противорѣчіе: по мнѣнію Ульпіана<sup>10</sup>, слѣдуетъ различать, производятъ ли стороны свое владѣніе отъ одного и того же *auctor* или отъ различныхъ; въ первомъ случаѣ предпочтеніе дается старшему владѣльцу, во второмъ — теперешнему; по мнѣнію Нерація<sup>11</sup>, всегда слѣдуетъ оказывать предпочтеніе старшему владѣльцу. Изъ множества попытокъ примирить это противорѣчіе путемъ толкованія ни одна не имѣла успѣха; мнѣніе Ульпіана признается всѣми болѣе послѣдовательнымъ.

3. Истецъ долженъ доказать: 1) свое прежнее владѣніе и свой титулъ, 2) теперешнее юридическое владѣніе или *detentio* отвѣтчика. Напротивъ, истецъ не обязанъ доказывать своей добросовѣстности и годности вещи для давности, такъ какъ первая предполагается сама собою (§ 96 пр. 7), а послѣднюю обнаруживаетъ сама спорная вещь.

4. Въ остальномъ примѣняются тѣ же начала, что и при *rei vindicatio*<sup>12</sup> (§§ 152. 153).

Въ источникахъ не упоминается, что добросовѣстный владѣлецъ можетъ предъявить искъ и противъ того, кто нарушаетъ его права не удержаніемъ вещи, а какимъ либо инымъ образомъ; это положеніе тѣмъ не менѣе всѣми признано и выражается обыкновенно слѣдующимъ образомъ: *добросовѣстный владѣлецъ можетъ предъявить act. negatoria въ видъ act. Publiciana*.

<sup>8</sup> l. 16. l. 17. D. h. t. 6, 2. — <sup>9</sup> l. 72. D. de r. v. 6, 1; l. 14. D. h. t. 6, 2; l. 2. D. de exc. r. v. et tr. 21, 3; l. 1. l. 3. D. pro emt. 41, 4; l. 4. § 32. D. de d. m. e. 44, 4; l. 57. D. mand. 17, 1. — <sup>10</sup> l. 9. § 4. D. h. t. 6, 2. — <sup>11</sup> l. 31. § 2. D. de a. e. v. 19, 1. — <sup>12</sup> l. 7. § 8. D. h. t. 6, 2.

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

## С е р в и т у т ы .

*Luden*, die Lehre von den Servituten. 1837.—*Hoffmann*, die Lehre von den Servituten nach Römischen Recht. 2 Th. 1838. 1843. — *Elvers*, die Römische Servitutenlehre. 1854. 1856.—*Schönemann*, die Servituten. 1866.

## Раздѣлъ первый.

## Общія начала.

## 1) § 156. Понятіе и признаки.

*Steinlechner*, Wesen der iuris communio. §§ 15 — 17. 34. 1876. — *Rümelin*, die Theilung der Rechte. §§ 9—18. 1883.— *Scheurl*, Theilbarkeit von Rechten. S. 44. ff. S. 55. ff.—*Vangerow*, § 338.—*Windscheid*, § 200. — *Brinz*, §§ 186. 199. — *Baron*, § 84.

*Сервитутъ (servitus) есть такое вещное право на чужую вещь, которое имѣетъ цѣлью исключительную выгоду определеннаго лица или определеннаго участка, и въ силу котораго управомоченный можетъ или извѣстнымъ образомъ пользоваться вещью, или запрещать извѣстное пользованіе другимъ (даже собственнику). — Въ древнее римское время сервитутъ былъ единственнымъ вещнымъ правомъ на чужую вещь (закладное право и superficies—преторскаго происхожденія, эмфитевзисъ—императорскаго); ограниченіе названія servitus лишь этимъ древнѣйшимъ ius in re aliena сохранилось и въ позднѣйшее время<sup>1</sup>.—Признаки сервитута слѣд.:*

1. *Сервитутъ есть вещное право, стало быть—право на тѣлесную вещь (§ 16). Но не можетъ быть сервитута на идеальную часть тѣлесной вещи<sup>2</sup>; поэтому участникъ общей собственности самъ не можетъ ни устанавливать сервитуты на общую вещь, ни приобретать таковыя въ пользу общей вещи<sup>3</sup>; поэтому, далѣе, невозможно частичное прекращеніе сервитута<sup>4</sup>, такъ что даже при частичномъ неиспользованіи сервитутомъ, послѣдній продолжаетъ существовать въ цѣломъ видѣ<sup>5</sup> (§ 171). Этимъ началамъ не подлежатъ узуфруктъ<sup>6</sup>; поэтому источники его называютъ дѣлимыми, а прочіе сервитуты—недѣлимыми<sup>7</sup>.*

<sup>1</sup> См. однако l. 86. § 4. D. de leg. 1 (30); l. 1. § 22. D. de aqua 39, 3.—<sup>2</sup> l. 6. § 1. D. comm. pr. 8, 4.—<sup>3</sup> l. 2. D. de serv. 8, 1; l. 19. D. de s. p. r. 8, 3; l. 5. i. f. D. comm. praed. 8, 4.—<sup>4</sup> l. 34. pr. D. de s. p. r. 8, 3; l. 30. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; l. 8. § 1. D. qu. s. am. 8, 6.—<sup>5</sup> l. 5. l. 8. § 1. D. qu. s. am. 8, 6.—<sup>6</sup> l. 5. D. de usufr. 7, 1; l. 14. l. 20. l. 25. D. qu. m. us. 7, 4.—<sup>7</sup> l. 19. D. de usu 7, 8; l. 1. § 9. l. 81. pr. D. ad. l. Falc. 35, 2; l. 13. § 1. D. de acc. 46, 4.

2. Сервитутъ есть право *на чужую вещь*; *nulli res sua servit*<sup>8</sup>. Право собственности на служащую вещь не нарушается сервитутомъ въ своемъ существѣ; ибо установленіе сервитута не выдѣляетъ отдѣльныхъ правомочій изъ собственности, не лишаетъ ее характера полного юридическаго господства; собственникъ служащей вещи сохраняетъ по отношенію къ третьимъ лицамъ свое прежнее господство въ томъ же видѣ, что и прежде, и не лишается даже по отношенію къ управомоченному тѣхъ правъ, которыя составляетъ содержаніе сервитута, а лишь оттѣсняется на второй планъ, ограничивается въ ихъ осуществленіи; поэтому, напр., тѣ плоды, которыхъ не собираетъ узуфруктуарій, принадлежатъ собственнику. — По началу „*nulli res sua servit*“ (выше пр. 8) сервитутъ прекращается вслѣдствіе *confusio*, т. е., если субъектъ сервитута пріобрѣтаетъ на служащую вещь право собственности, то правомочіе, принадлежавшее ему прежде на основаніи сервитута, теперь принадлежитъ на основаніи права собственности<sup>9</sup>; поэтому неосновательно называли въ средніе вѣка право пользованія собственною вещью—*ususfructus causalis* (въ противоположность къ сервитуту: такъ наз. *ususfr. formalis*).

3. Сервитутъ имѣетъ цѣлью *выгоду* лица или участка; ибо всякое имущественное право предполагаетъ интересъ управомоченнаго (§ 16); въ удовлетвореніи интереса и состоитъ выгода, доставляемая сервитутомъ<sup>10</sup>. Впрочемъ, выгода можетъ выражаться не только въ денежной прибыли, но и въ увеличеніи пріятности<sup>11</sup> (напр., сервитутъ, не *prospectui officiator*); но свобода собственности не должна терпѣть ограниченій ради удовлетворенія простой прихоти: *ut pomum decerpere liceat et ut spatium et ut coenare in alieno possimus servitus imponi non potest*<sup>12</sup>. Тѣмъ не менѣе при отчужденіи вещи можно удержать за собою сервитутъ ради простой прихоти, несмотря на отсутствіе интереса<sup>13</sup>; это объясняется обыкновенно тѣмъ, что содержаніе отчужденія вполне зависитъ отъ усмотрѣнія отчуждающаго.

4. Сервитутъ имѣетъ цѣлью *исключительную* выгоду *опредѣленнаго* лица или *опредѣленнаго* участка; поэтому его нельзя от-

<sup>8</sup> l. 27. D. de s. p. u. 8, 2. — <sup>9</sup> l. 36. § 1. l. 63. D. de usufr. 7, 1; l. 26. pr. de us. leg. 33, 2. — <sup>10</sup> l. 15. D. de serv. 8, 1. — <sup>11</sup> l. 8. § 1. D. si s. v. 8, 5; l. 3. pr. D. de aq. quot. 43, 20. — <sup>12</sup> l. 8. pr. D. de serv. 8, 1. — <sup>13</sup> l. 19. D. de serv. 8, 1.

дѣлать отъ даннаго лица или участка и перенести на другое лицо или другой участокъ. При чемъ не допускается не только *полный* переносъ, но и такой, который состоитъ въ томъ, что на сервитутъ устанавливается новый сервитутъ (напр., *usufructus*): *servitus servitutis esse non potest*<sup>14</sup>. Далѣе, не допускается не только переносъ *права* сервитута (это могло бы удлинить время существованія сервитута), но и предоставленіе его *фактическаго осуществленія*<sup>15</sup> (слѣдствіемъ такого предоставленія могло бы быть то, что лицо, осуществляющее сервитутъ, опредѣляло бы размѣръ пользованія своими потребностями, а не потребностями управомоченнаго); только въ случаѣ узупрукта дозволяется переносъ *осуществленія* посредствомъ продажи, найма, даренія и т. п.<sup>16</sup>; ибо узупруктуарь имѣетъ право на *всѣ* плоды, доставляемые вещью, такъ что означенное опасеніе здѣсь не имѣетъ почвы. Переносъ *права* сервитута признается ничтожнымъ<sup>17</sup>.

5. Субъектъ сервитута можетъ пользоваться извѣстнымъ образомъ чужою вещью (утвердительный, положительный сервитутъ) или устранять пользованіе извѣстнымъ образомъ со стороны другихъ (даже собственника, отрицательный сервитутъ)<sup>18</sup>. Какимъ образомъ — это опредѣляется содержаніемъ конкретнаго сервитута, которыхъ существуетъ безчисленное множество; общимъ имъ всѣмъ является только то стремленіе, чтобы права собственника какъ можно меньше страдали отъ осуществленія сервитута. Положительный сервитутъ представляетъ ограниченіе отрицательной стороны собственности (§ 125): собственникъ служащей вещи обязанъ терпѣть то, чего при отсутствіи сервитута онъ бы могъ не допускать (такъ наз. *servitus in patiendo*). Отрицательный сервитутъ представляетъ ограниченіе положительной стороны собственности: собственникъ служащей вещи не можетъ осуществлять правомочія, которое онъ бы могъ осуществлять, если бы не сервитутъ (такъ наз. *serv. in non faciendo*). Какъ нѣтъ никакой третьей стороны собственности, такъ и сервитутъ не можетъ состоять въ обязанности собственника совершать какія либо дѣй-

<sup>14</sup> l. 1. D. de us. et. usufr. leg. 33, 2; l. 33. § 1. D. de s. p. r. 8, 3. —  
<sup>15</sup> l. 44. D. loc. 19, 2; l. 36. D. de s. p. r. 8, 3. —<sup>16</sup> l. 12. § 2. l. 38. l. 40.  
 l. 67. D. de usufr. 7, 1; l. 29. D. qu. m. us. am. 7, 4; l. 8. § 2. D. de per.  
 18, 6; l. 9. § 1. D. loc. 19, 2; l. 66. D. de iure dot. 23, 3; l. 57. D. sol. matr.  
 24, 3. —<sup>17</sup> § 3 l. de usufr. 2, 4; Gai. 2, 30. —<sup>18</sup> l. 66. D. de i. d. 23, 3. —  
<sup>19</sup> l. 15. § 1. D. de serv. 8, 1.

ствія (отсюда современная юридическая поговорка: *servitus in faciendo consistere non potest*)<sup>20</sup>. Отсюда вытекаетъ, что обязанность поддерживать приспособленія, сдѣланныя для осуществленія сервитута, лежитъ на самомъ управомоченномъ<sup>21</sup>; только въ случаѣ *serv. operis ferendi* (§ 166 sub 1) собственникъ служащей постройки обязанъ въ случаѣ поврежденія привести въ порядокъ стѣну, на которую опирается господствующее строеніе<sup>22</sup>. Чѣмъ объяснить это исключеніе, вопросъ очень спорный.

## 2) § 157. Виды сервитутовъ.

*Windscheid*, § 201.

I. *Смотря по цѣли*, сервитуты дѣлятся на личные (въ источникахъ: *personarum s. hominum s. personales servitutes, serv. in personam constitutae*) и вещные, предѣльные (въ источникахъ: *rem s. praediorum servitutes, serv. in rem constitutae, iura praediorum*).

1. Исторически древнѣе вещные сервитуты; они основываются на слѣдующемъ соображеніи: раздѣленіе участковъ между людьми есть нѣчто произвольное и часто вредитъ успѣху хозяйства и полному извлеченію пользы изъ отдѣльныхъ участковъ. Сосѣдніе земельные участки нуждаются другъ въ другѣ: отчасти въ продуктахъ другъ друга (водѣ, пастбищахъ и т. п.), отчасти для свободы движенія (дороги, водопроводы и т. п.). Столь же важною является въ городахъ взаимная зависимость между сосѣдними домами, которые соприкасаются стѣнами и ограничиваютъ другъ другу доступъ свѣта и воздуха. Это положеніе вещей настоятельно требуетъ установленія новыхъ правоотношеній, которыя бы модифицировали характеръ права собственности на участки сообразно съ фактическими потребностями; такими правоотношеніями являются вещные сервитуты: одинъ участокъ служить интересамъ другого; господствующій участокъ приобретаетъ посредствомъ сервитута новую полезность и большую цѣнность<sup>1</sup>; право собственности на господствующій участокъ вслѣдствіе сервитута расширяется, право же собственности на служащій участокъ ограничивается<sup>2</sup>.

<sup>20</sup> l. 15. § 1. D. de serv. 8, 1; l. 6. § 2. D. si s. v. 8, 5; l. 12. D. de ann. leg. 33, 1.—<sup>21</sup> l. 6. § 2. l. 8. § 2. D. si s. v. 8, 5.—<sup>22</sup> l. 33. D. de s. p. u. 8, 2; l. 6. §§ 2. 5. 7. l. 8. pr. § 2. D. si s. v. 8, 5.—<sup>23</sup> l. 6. § 2. i. f. D. si s. v. 8, 5.

<sup>1</sup> l. 86. D. de v. s. 50, 16; l. 12. D. qu s. a. 8, 6.—<sup>2</sup> l. 5. § 9. D. de o. m. n. 39, 1.

2. На совѣсъмъ другого рода соображеніяхъ основываются личные сервитуты. Если кто желаетъ предоставить другому лицу (напр., по завѣщанію) пожизненное пользованіе вещью, оставляя однако за собою или своимъ наслѣдникомъ самоё вещь (а слѣдовательно и пользованіе ею послѣ смерти управомоченнаго), то этой цѣли онъ можетъ достигнуть путемъ установленія личнаго сервитута: вещь служить здѣсь интересамъ несобственника.

II. *Смотря по содержанію*, новые юристы подраздѣляютъ сервитуты на положительные и отрицательные (§ 156 sub 5).

III. *По способу осуществленія*, новые юр. раздѣляютъ сервитуты на *serv. continuae* и *discontinuae*. Первые осуществляются непрерывно (такова большая часть городскихъ сервитутовъ), послѣдніе — не непрерывно (такова большая часть сельскихъ сервитутовъ).

## Раздѣлъ второй.

### Отдѣльные сервитуты.

#### I. Личные сервитуты.

##### 1) § 158. Общій обзоръ.

*Cohnfeld*, die sog. irregulären Servituten nach Römischen Recht. 1862. — *Yangerow*, §§ 339. 349. — *Windscheid*, §§ 202. 208. — *Brinz*, §§ 191. 192. 195. — *Baron*, § 87.

Въ источникахъ римскаго права мы находимъ слѣд. личные сервитуты:

1. *Ususfructus* (§ 159 и сл.).
2. *Usus* (§ 162).
3. и 4. *Habitatio*<sup>1</sup> и *operae servorum vel animalium*<sup>2</sup>. Римскіе завѣщатели часто устанавливали на случай смерти *habitatio* и *operae servorum* или *operae animalis* въ видѣ отказа. Полагая, что завѣщатели избѣгали словъ *usus* и *ususfructus aedium, servi, animalis* съ цѣлью изъять отказъ изъ дѣйствія *положительныхъ* нормъ, касающихся *ususfructus* и *usus*, римскіе юристы признали, что правила прекращенія сервитутовъ вслѣдствіе *nonusus* и *capitis deminutio* (§ 171) къ означеннымъ отказамъ не примѣняются<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> t. I. 2, 5; t. D. 7, 8: de usu et habitatione. — <sup>2</sup> t. D. 7, 7: de operis servorum: l. 5. § 3. D. qu. u. c. 7, 9. — <sup>3</sup> l. 10. pr. D. de us. et hab. 7, 8; l. 10. D. de c. m. 4, 5; l. 2. D. de op. s. 7, 7; l. 2. D. de us. et usufr. leg. 33, 2.

Кромѣ того римскіе юристы спорили, устанавливается ли означенными отказами *ususfructus* или же *usus*, или самостоятельный сервитутъ, занимающій между ними среднее мѣсто<sup>4</sup>, что было важно въ частности для рѣшенія вопроса, имѣеть ли право получившій отказъ перенести фактическое осуществленіе своего права на другого, и, если имѣеть, то въ какомъ объемѣ (§ 156 sub 4). Юстиніанъ оставилъ споръ нерѣшеннымъ относительно *operae servorum vel animalium*, а относительно *habitatio* онъ склонился къ признанію самостоятельнаго сервитута, занимающаго среднее мѣсто между *ususfructus* и *usus*, и далъ управомоченному право предоставлять жилище другимъ лицамъ, но только въ наемъ, а не безвозмездно<sup>5</sup>. — Въ настоящее время представляется спорнымъ вопросъ, слѣдуетъ ли примѣнять эти начала римскаго права къ тому случаю, если устанавливающій сервитутъ употребить теперь соответствующія современныя выраженія. Большая часть юристовъ рѣшаетъ этотъ вопросъ отрицательно, и они правы, потому что едва ли римскія правила могутъ соответствовать изъявленію воли лица, устанавливающаго сервитутъ въ наше время. Правильнѣе примѣнять правила *ususfructus* или *usus*, смотря по предполагаемой волѣ.

5. О нѣкоторыхъ правомочіяхъ, которыя обыкновенно устанавливаются только въ качествѣ вещныхъ сервитутовъ, упоминаютъ источники, что они могутъ принадлежать и лицамъ, не имѣющимъ поземельной собственности (напр., нанимателю или арендатару участка); сюда, напр., относится право брать воду, пользоваться пастбищемъ, право переѣзда и т. п.<sup>6</sup>. Прежде этихъ правъ не считали сервитутами, а видѣли въ нихъ лишь *обязательственныя* правомочія; теперь господствующее мнѣніе признаетъ ихъ личными сервитутами, а именно, правами пользованія и извлеченія плодовъ *весьма ограниченаго характера*; будучи сервитутами личными, они прекращаются смертью управомоченнаго (прим. 8). Общепринятое названіе для нихъ — *servitutes personales irregulares, иррегулярныя сервитуты*.

Личныя сервитуты могутъ быть устанавливаемы какъ на движимыя вещи, такъ и на недвижимости. Они связаны съ личностью

<sup>4</sup> l. 13. C. de usufr. 3, 33; § 5. I. de us. et hab. 2, 5; l. 10. pr. § 2. D. de us. et hab. 7, 8; l. 5. D. de op. s. 7, 7; l. 1. § 9. D. ad l. Falc. 35, 2. —<sup>5</sup> l. 13. C. de usufr. 3, 33. —<sup>6</sup> l. 32. D. de usufr. 7, 1; l. 4. l. 6. pr. l. 37. D. de s. p. r. 8, 3; l. 1. l. 15. § 1. D. de us. et usufr. leg. 33, 2; l. 6. D. de serv. leg. 33, 3; l. 14. § 3. D. de al. leg. 34, 1. —<sup>7</sup> l. 15. D. qu. m. u. 7, 4; l. 5. C. de usufr. 3, 33.



управомоченнаго и поэтому, если не условленъ болѣе ранній срокъ<sup>7</sup>, прекращаются смертью управомоченнаго<sup>8</sup>.

## 2) Ususfructus (пользовладѣніе).

t. D. VII, 1: de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur.—t. C. III, 33; de usufructu et habitatione et ministerio servorum.—t. I II, 4: de usufructu.

### а. § 159. Понятіе и содержаніе.

Vangerow, §§ 343. 344. — Windscheid, §§ 203. 205. — Brinz, § 193.

Легальное опредѣленіе<sup>1</sup> гласитъ: *ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. *Узуфруктъ есть вещное, чисто личное, полное право пользования и извлеченія плодовъ изъ чужой непотребляемой вещи, безъ измѣненія ея существа.*

1. *Узуфруктъ есть полное право пользования и извлеченія плодовъ.* Узуфруктуарію дозволяется во всѣхъ отношеніяхъ пользоваться вещью<sup>2</sup> и извлекать всѣ плоды какъ естественные, такъ и гражданскіе, какъ индустриальныя, такъ и чисто естественныя<sup>3</sup>. На приращенія главной вещи, возникающія вполнѣдствіи, узуфруктъ распространяется только тогда, если они состоятъ съ главной вещью въ непосредственной связи, напр., распространяется на *alluvio*, но не распространяется на *insula in flumine nata*<sup>4</sup>, на дѣтей рабынь<sup>5</sup>. Узуфруктуарій можетъ осуществленіе своего права (но не само право) предоставить другому лицу за вознагражденіе (путемъ найма, продажи) или безвозмездно (путемъ даренія, *dotis constitutio*), на всегда или на время<sup>6</sup>; другое лицо въ такомъ случаѣ выступаетъ предъ третьими лицами въ качествѣ представителя узуфруктуарія, а правомочіе осуществленія продолжается только до тѣхъ поръ, пока не прекратится самъ узуфруктъ; стало быть, оно прекращается смертью узуфруктуарія, но не прекращается смертью того, кому оно предоставлено субъектомъ права узуфрукта. —

<sup>8</sup> l. 3. § 3. D. qu. m. u. 7, 4; l. 10. pr. D. de us. et hab. 7, 8; § 3. I. de usufr. 2, 4; pr. I. de us. et hab. 2, 5.—<sup>9</sup> Именно мѣста l. 2. D. us. et usufr. leg. 33, 2; заключительныя слова означаютъ, что если легатарій умереть между *dies cedens* и *veniens* (§ 443), то легатъ переходитъ къ его наслѣдникамъ, а не то, что легатарій оставляетъ легатъ наслѣдникамъ, если умереть послѣ *dies veniens*.

<sup>1</sup> l. 1. D. h. t. 7, 1; pr. I. h. t. 2, 4.—<sup>2</sup> l. 12. § 1. l. 15. § 4. l. 23. § 1. l. 28. l. 41. pr. D. h. t. 7, 1.—<sup>3</sup> l. 7. pr. § 1. l. 9. pr. l. 15. § 5. l. 27. § 1. l. 59. § 1. D. h. t. 7, 1; §§ 36. 37. I. de r. d. 2, 1.—<sup>4</sup> l. 9. § 4. D. h. t. 7, 1.—<sup>5</sup> l. 68. pr. D. h. t. 7, 1.—<sup>6</sup> l. 12. § 2. l. 6. D. h. t. 7, 1.

Узуфруктуарій прибрѣтаетъ естественные плоды посредствомъ percipio (§ 134 sub 1), гражданскіе—или посредствомъ occupatio (добыча изъ рудниковъ, животныя въ состояніи естественной свободы), или по traditio (арендная и наемная плата). Если узуфруктъ начинается въ срединѣ плодоваго періода, то узуфруктуарій можетъ собрать тѣ естественные плоды, которые до этого времени не собраны собственникомъ<sup>6</sup>, юридическіе плоды обсуждаются различно, смотря по тому, составляютъ ли они вознагражденіе за извлеченіе естественныхъ плодовъ или за пользованіе вещью; къ первому случаю примѣняются тѣ же правила, что и къ естественнымъ плодамъ; поэтому узуфруктуарію принадлежить вся арендная плата, если арендаторъ собираетъ плоды уже послѣ возникновенія узуфрукта<sup>7</sup>; во второмъ случаѣ гражданскіе плоды (напр., наемная плата за раба или за жилой домъ) дѣлятся между proprietarius и usufructuarius пропорціонально времени<sup>8</sup>. Аналогичныя правила примѣняются къ тому случаю, если узуфруктъ прекращается въ срединѣ плодоваго періода<sup>9</sup>.

2. *Безъ измѣненія существа вещи.* Въ этомъ заключается двоякая граница для права узуфруктуарія:

а. Онъ долженъ пользоваться вещью не по прихоти, а boni viri arbitratu<sup>10</sup>, и притомъ пользоваться лишь такъ, какъ бы, вѣроятно, пользовался самъ собственникъ; такъ, напр., онъ не можетъ обратить раба, посвященнаго наукамъ и искусствамъ, въ черно-рабочаго<sup>11</sup>; частной бани онъ не можетъ превратить въ публичную<sup>12</sup>; одежду онъ можетъ только въ томъ случаѣ отдавать въ наемъ, если таково было обычное прежнее ея употребленіе<sup>13</sup>.

б. Онъ не долженъ измѣнять формы вещи, хотя бы переменна заключала въ себѣ улучшеніе или увеличеніе доходности; поэтому онъ не можетъ превратить парка въ фруктовый садъ<sup>14</sup>, сельскохозяйственнаго участка — въ рудникъ; только въ большомъ сельскохозяйственномъ имѣніи онъ можетъ добывать ископаемыя, устраивать каменоломни, и то лишь при условіи, что это не займетъ значительной части поверхности, такъ что не получится вреда для сельскаго хозяйства<sup>15</sup>; на незастроенномъ участкѣ онъ

<sup>6</sup> l. 2. pr. D. h. t. 7, 1.—<sup>7</sup> l. 58. pr. D. h. t. 7, 1.—<sup>8</sup> l. 25. § 2. l. 26. D. h. t. 7, 1; cf. l. 9. § 1. D. loc. 19, 2.—<sup>9</sup> l. 13. D. qu. m. us. am. 7, 4.—<sup>10</sup> l. 9. pr. l. 13. pr. § 6. l. 15. § 3. D. h. t. 7, 1; l. 1. pr. D. usufr. qu. c. 7, 9.—<sup>11</sup> l. 15. § 1. D. h. t. 7, 1.—<sup>12</sup> l. 13. § 8. D. h. t. 7, 1.—<sup>13</sup> l. 15. § 4. D. h. t. 7, 1.—<sup>14</sup> l. 13. § 4. D. h. t. 7, 1.—<sup>15</sup> l. 13. § 5. l. 9. § 3. D. h. t. 7, 1.

не можетъ возводить построекъ, если это не является необходимымъ для сохраненія плодовъ<sup>16</sup>; существующихъ построекъ онъ не долженъ ни разрушать (даже и для той цѣли, чтобы замѣнить ихъ чѣмъ либо лучшимъ), ни увеличивать, начатыхъ построекъ онъ не имѣетъ права доканчивать<sup>17</sup>.

Такъ какъ узуфруктуарію принадлежитъ всякое пользованіе и извлеченіе плодовъ, то и того и другого лишается собственникъ (собственность тогда называется *nuda proprietas*, собственникъ есть *dominus proprietatis, proprietarius*<sup>18</sup>); все прочія правомочія, заключающіяся въ правѣ собственности, остаются за *proprietaryus*<sup>19</sup>; въ частности онъ можетъ заложить или отчудить<sup>20</sup> вещь; сервитуты онъ можетъ устанавливать въ той мѣрѣ, поскольку это не вредитъ праву узуфруктуарія<sup>21</sup>; но такого сервитута, который вредитъ праву узуфруктуарія, онъ не можетъ установить, по рѣшенію источниковъ<sup>22</sup>, даже съ согласія узуфруктуарія. Это положеніе еще до сихъ поръ не объяснено.

### В. 160. Обязанности узуфруктуарія.

*Baron, die Conditionen.* § 21. 1881.— *Vangerow*, § 345.— *Windscheid*, § 204.

Узуфруктуарій не только отвѣчаетъ за вредъ, причиненный нарушеніемъ границъ пользованія, но долженъ вообще обращаться съ вещью, какъ *bonus paterfamilias*, стало быть, и вознаграждать за вредъ, происшедшій отъ противоположнаго поведенія (отъ *culpa*)<sup>1</sup>. Такъ, онъ не долженъ допускать приобрѣтенія къмъ либо вещи по давности<sup>2</sup>; онъ долженъ осуществлять права, принадлежащія участку, состоящему въ узуфруктѣ, чтобы они не прекратились вслѣдствіе непользованія<sup>3</sup>; онъ обязанъ не запускать участковъ, въ частности поддерживать и обновлять сады и виноградники новыми насаженіями<sup>4</sup>; онъ долженъ кормить животныхъ на свой счетъ<sup>5</sup> и поддерживать число головъ стада приплодомъ<sup>6</sup>; онъ долженъ совершать на свой счетъ обыкновен-

<sup>16</sup> I. 13. § 6. D. h. t. 7, 1.—<sup>17</sup> I. 7. § 3. I. 8. I. 13. § 7. I. 44. I. 61. D. h. t. 7, 1.—<sup>18</sup> §§ 1. 3. I. h. t. 2, 4; I. 15. § 6. I. 17. D. h. t. 7, 1.—<sup>19</sup> I. 7. § 1. I. 13. § 7. i. f. l. 17. § 2. I. 25. § 3. D. h. t. 7, 1.—<sup>20</sup> I. 2. C. h. t. 3, 33.—<sup>21</sup> I. 15. § 7. I. 16. D. h. t. 7, 1.—<sup>22</sup> I. 15. § 7. D. h. t. 7, 1.

<sup>1</sup> § 38. I. de r. d. 2, 1; I. 9. pr. § 2. I. 65. pr. D. h. t. 7, 1; I. 1. pr. I. 2. D. qu. usufr. c. 7, 9.—<sup>2</sup> I. 1. § 7. D. usufr. qu. c. 7, 9.—<sup>3</sup> I. 15. § 7. D. h. t. 7, 1.—<sup>4</sup> § 38. I. de r. d. 2, 1; I. 9. pr. § 6. I. 18. I. 59. pr. D. h. t. 7, 1.—<sup>5</sup> I. 15. § 2. I. 45. D. h. t. 7, 1.—<sup>6</sup> § 38. I. de r. d. 2, 1; I. 68. § 2. I. 69. I. 70. D. h. t. 7, 1.

ный ремонтъ строеній<sup>7</sup>. На немъ также лежитъ обязанность платить подати и нести разныя повинности, связанныя съ вещью (поземельныя подати, гипотечныя проценты, страховыя преміи<sup>8</sup>). По окончаніи узупрукта онъ долженъ возвратитъ собственнику вещь вмѣстѣ съ приращеніями<sup>9</sup>. Въ обезпеченіе точнаго исполненія означенныхъ обязанностей узупруктуарій обязанъ доставитъ собственнику *cautio* съ поручительствомъ (*cautio usufructuaria*), что онъ будетъ пользоваться вещью, какъ *bonus paterfamilias*, а по окончаніи узупрукта возвратитъ ее собственнику<sup>10</sup>. Пока узупруктуарій не дастъ этого обезпеченія, *propriarius* имѣетъ право не выдавать ему вещи, а если уже выдача произошла, то можетъ вытребовать ее обратно (посредствомъ *rei vindicatio*, § 150 текстъ къ прим. 3); по общему правилу, онъ можетъ также предъявить искъ о доставленіи *cautio* (*condictio inserti*)<sup>11</sup>. Нѣкоторые узупруктуаріи освобождаются отъ обязанности доставлять *cautio*: 1) узупруктуарій, который по истеченіи извѣстнаго срока пріобрѣтаетъ вещь въ собственность по отказу<sup>12</sup>; 2) отецъ, которому принадлежитъ узупруктъ на *adventicia* дѣтей<sup>13</sup>; 3) супругъ, въ пользу котораго установленъ узупруктъ въ качествѣ *dos*<sup>14</sup>; 4) *coniux binubus*, которому принадлежитъ узупруктъ на имущество, переходящее въ *proprietas* дѣтей отъ перваго брака<sup>15</sup>; 5) по суд. практикѣ также то лицо, которое подарило *proprietas* на вещь, удержавъ за собою узупруктъ. Спорно, можетъ ли *propriarius* по договору освободитъ узупруктуарія отъ *cautio*; одно мѣсто въ источникахъ<sup>16</sup> прямо высказываетъ, что оставляющій кому либо узупруктъ *mortis causa*, не можетъ освободитъ управомоченнаго отъ обязанности дать обезпеченіе; многіе юристы считаютъ это положеніе произвольнымъ и рѣшаютъ спорный вопросъ утвердительно. Но если принять во вниманіе, что въ случаяхъ поврежденія вещи узупруктуаріемъ путемъ умышленныхъ упущеній только *cautio*, по римскому классическому праву, даетъ собственнику возможность иска<sup>17</sup>, то мы придемъ къ отрицатель-

<sup>7</sup> I. 7. § 2. D. h. t. 7, 1. — <sup>8</sup> I. 7. § 2. l. 27. § 3. D. h. t. 7, 1; l. 28. D. de us. et usufr. 33, 2. — <sup>9</sup> l. 1. pr. l. 9. § 3. D. us. qu. c. 7, 9. — <sup>10</sup> t. D. usufructuarius quemadmodum caveat 7, 9. — <sup>11</sup> l. 13. pr. D. de usufr. 7, 1; l. 7. pr. l. 12. D. usufr. qu. c. 7, 9; cf. l. 5. § 1. D. de usufr. ear. rer. 7, 5. — <sup>12</sup> l. 9. § 2. D. us. qu. c. 7, 9. — <sup>13</sup> l. 8. § 4. C. de bon. quae lib. 6, 61. — <sup>14</sup> l. 2. C. ne fid. dot. 5, 20. — <sup>15</sup> l. 6. § 1. C. de sec. nupt. 5, 9. — <sup>16</sup> l. 7. C. ut in poss. leg. 6, 54. — <sup>17</sup> l. 13. § 2. D. de usur. 7, 1.

ному рѣшенію вопроса; ибо въ освобожденіи отъ cautio заключается pact. de dolo non praestando, которое недѣйствительно (§ 236).

с. § 161. Quasiususfructus.

t. D. VII, 5: de usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur.—*Held*, die Lehre vom usufructus earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur. 1848.—*Bürkel*, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch. 1864.—*Hanausek*, die Lehre vom uneigentl. Niessbrauch. 1879.—*Stammler*, der Niessbrauch an Forderungen. 1879.—*Mansbach*, der Niessbrauch an Forderungen. 1880.—*Vangerow*, § 347.—*Windscheid*, § 206.—*Brinz*, § 194.

*Юридическая форма* узуфрукта немислима по отношенію къ потребляемымъ вещамъ, такъ какъ онѣ не допускаютъ ни пользованія, ни извлеченія плодовъ, а только потребление; она еще менѣе мыслима по отношенію къ обязательствамъ, которыя не принадлежатъ къ числу тѣлесныхъ вещей. Но *хозяйственная мысль*, лежащая въ основаніи узуфрукта, примѣнима ко всемъ тѣлеснымъ и безтѣлеснымъ вещамъ; въ частности въ области наслѣдованія возникаетъ потребность примѣнить эту хозяйственную мысль ко всему имуществу, и для этой цѣли, по образцу настоящаго узуфрукта (такъ наз. verus usufructus), создать аналогичный институтъ (quasiususfructus, какъ бы узуфруктъ). Этотъ quasiususfructus возникъ на основаніи одного сенатскаго постановленія (послѣдовавшаго къ концу республики, или по крайней мѣрѣ въ началѣ императорскаго періода), которое опредѣлило, что посредствомъ легата можно установить узуфруктъ на все предметы имущества<sup>1</sup>. Quasiususfructus примѣняется въ двухъ случаяхъ:

1. *На вещи потребляемая*. Quasiususfructuarius приобретаетъ ихъ въ собственность, но обязанъ возратить<sup>2</sup> полученное въ равномъ количествѣ и качествѣ или уплатить его цѣнность въ то время, когда прекращается обыкновенный узуфруктъ, при чемъ отъ этой обязанности не освобождаетъ случайная гибель вещи; въ обезпеченіе ея исполненія узуфруктуарій долженъ дать cautio<sup>3</sup>. Такимъ образомъ quasiususfructus даетъ управомоченному на время своего существованія узуфруктъ на *цѣнность* вещи (въ этомъ

<sup>1</sup> 1. 1. 1. 2. § 1. D. h. t. 7, 5; § 2. I. de usufr. 2, 4; Ulp. fr. 24, 27. — <sup>2</sup> 1. 5. § 1. D. h. t. 7, 5; 1. 9. § 4. D. ad. exh. 10, 4; 1. 10. D. de pr. v. 19, 5.—<sup>3</sup> 1. 2. pr. 1. 6. 1. 7. 1. 9. 1. 10. D. h. t. 7, 5; 1. 7. § 1. D. usufr. qu. c. 7, 9.

заключается хозяйственная аналогія), но съ аналогичными обязанностями и основаніями прекращенія, какъ и обыкновенный узуфруктъ (въ этомъ—юридическая аналогія). Спорно, слѣдуетъ ли признавать узуфруктъ на одежду обыкновеннымъ или quasi-узуфруктомъ. Въ двухъ мѣстахъ источниковъ <sup>4</sup> онъ названъ обыкновеннымъ узуфруктомъ, въ одномъ <sup>5</sup> — quasi-узуфруктомъ; по господствующему мнѣнію, это противорѣчіе рѣшается тѣмъ, что принимается во вниманіе предполагаемая воля лица, установившаго сервитутъ; узуфруктъ на театральнй гардеробъ, на заведеніе для отдачи масокъ или платья на прокатъ есть несомнѣнно обыкновенный узуфруктъ.

2. *На обязательства (ususfr. nominat).* Если узуфруктъ на обязательство установленъ самому должнику по этому обязательству, то послѣдній освобождается отъ платежа процентовъ (если долгъ процентный) и самого долга до прекращенія узуфрукта, но въ обезпеченіе своевременнаго платежа долженъ дать cautio <sup>6</sup>. Если quasiususfructus на обязательство установленъ третьему лицу, то управомоченный имѣетъ право на проценты, если долгъ — процентный; кромѣ того, давъ cautio, онъ можетъ реализовать главное требованіе <sup>7</sup> и осуществлять на полученный предметъ права узуфруктуарія или quasi-узуфруктуарія, смотря по свойству объекта.

Изъ изложеннаго слѣдуетъ, что можно установить узуфруктъ и на цѣлое имущество <sup>8</sup>; такой узуфруктъ является обыкновеннымъ или quasi-узуфруктомъ, смотря по предметамъ, входящимъ въ составъ имущества.

### 3) § 162. Usus (право пользования).

t. I. II, 5; t. D. VII, 8: de usu et habitatione. — *Thibaut*, Versuche. I, 3. 1798. — *Bechmann*, über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des Usus nach Römischen Rechte. 1861. — *Vangerow*, § 348. — *Windscheid*, § 207. — *Brinz*, § 195.

*Usus по общему правилу есть вещное, чисто личное право пользования чужою непотребляемою вещью, но безъ извлеченія плодовъ* <sup>1</sup>. Usuarinus можетъ предоставлять участіе въ пользованіи своимъ

<sup>4</sup> l. 9. § 3. D. usufr. qu. e. 7, 9; l. 15. § 4. D. de usufr. 7, 1. — <sup>5</sup> § 2. l. de usufr. 2, 4. — <sup>6</sup> l. 3. l. 4. D. h. t. 7, 5. — <sup>7</sup> l. 24. pr. D. de us. et usufr. 33, 2; l. 1. C. de usufr. 3, 33. — <sup>8</sup> l. 24. pr. l. 37. D. de usu et usufr. 33, 2.

<sup>1</sup> l. 2. pr. l. 1. § 1. D. h. t. 7, 8.

роднымъ, слугамъ, гостямъ<sup>2</sup>, но не можетъ уступить осуществленія своего права другому лицу<sup>3</sup>. Тѣмъ не менѣ источники предоставляютъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ узуарію правомочіе извлекать плоды и уступать осуществленіе своего права другому лицу по слѣдующимъ началамъ:

1. Нѣкоторыя вещи вообще полезны только своими плодами, а не годностью къ простому пользованію; и вотъ предполагается, что лицо, установившее *usus* на такія вещи, употребило лишь ошибочное выраженіе, а на самомъ дѣлѣ хотѣло установить *ususfructus* или *quasiususfructus*. Сюда относятся, напр., *usus silvae*<sup>4</sup>, *usus pecuniae*<sup>5</sup>.

2. Нѣкоторыя вещи приносятъ узуарію пользу въ одной своей части плодами, въ другой годностью для простого пользованія, напримѣръ, сельскохозяйственное имѣніе съ жилымъ строеніемъ, или домъ, слишкомъ обширный для потребностей узуарія. Въ первомъ случаѣ узуарій можетъ не только занимать жилой домъ, но и извлекать плоды изъ лѣса, луговъ, пахатныхъ полей, сада—въ размѣрѣ своихъ потребностей (и потребностей своей семьи, слугъ и гостей)<sup>6</sup>; во второмъ случаѣ узуарій можетъ ту часть дома, которая излишня для его потребностей, отдать въ наймы<sup>7</sup>. Какъ объяснить эти положенія? Въ прежнее время полагали, что *usus* отличается отъ узуфрукта не качественно, а количественно, то есть, что *usus* даетъ право извлекать плоды, но ограничиваетъ это право нуждами управомоченнаго. Это мнѣніе теперь всеми отвергнуто, но относительно новаго способа объявленія идетъ оживленный споръ; вѣрнѣе всего исходить изъ предположенія, что завѣщатель, отказавшій этотъ сервитутъ, хотѣлъ предоставить узуарію извлеченіе плодовъ въ означенныхъ скромныхъ предѣлахъ.

Узуарій подчиняется, конечно, тѣмъ же ограниченіямъ, что и узуфруктуарій (§ 159 sub 2), и такъ же, какъ и послѣдній, обязанъ дать *cautio*<sup>8</sup> (§ 160). Издержки на ремонтъ и повинности падаютъ на узуарія, если вещь не даетъ плодовъ собственнику, въ противномъ случаѣ—на самого собственника<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> 1. 2. § 1. 1. 3. 1. 4. § 1. — 1. 7. 1. 9. 1. 12. § 5. D. h. t. 7, 8.—<sup>3</sup> 1. 11. D. h. t. 7, 8; § 1. i. f. I. h. t. 2, 5.—<sup>4</sup> 1. 22. D. h. t. 7, 8.—<sup>5</sup> 1. 5. § 2. 1. 10. § 1. D. de usufr. ear. rer. 7, 5.—<sup>6</sup> 1. 12. pr. § 1. 1. 15. D. h. t. 7, 8; § 1. I. h. t. 2, 5.—<sup>7</sup> 1. 2. § 1. 1. 4. pr. D. h. t. 7, 8.—<sup>8</sup> 1. 5. § 1. 1. 11. D. usufr. qu. c. 7, 9.—<sup>9</sup> 1. 18. D. h. t. 7, 8.

Существованіе usus не лишаетъ собственника права извлеченія плодовъ. Собственникъ можетъ также установить другому лицу это право извлеченія плодовъ въ видѣ вещнаго права; тогда возникаетъ fructus sine usu; тѣмъ не менѣе fructuarius можетъ и пользоваться вещью по крайней мѣрѣ постольку, поскольку это необходимо для извлеченія плодовъ<sup>10</sup>. Но собственникъ не можетъ установить кому либо fructus sine usu, удерживая usus за собою; про этотъ случай въ источникѣ говорится: fructus sine usu esse non potest<sup>11</sup>. Многие юристы, не различая строго этихъ двухъ случаевъ, утверждаютъ, что fructus sine usu не допускается ни въ какомъ случаѣ.

## II. Вещные сервитуты.

### 1) § 163. Общія начала.

t. I. II, 3: de servitutibus praediorum. — t. D. VIII, 1: de servitutibus; VIII, 4: communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum.—t. C. III, 34: de servitutibus et aqua. — *Schrader*, civilistische Abhandlungen. Nr. 5. 1816. — *Ihering*, Rechtsgutachten in Sachen Bern contra Centralbahn. 1877. — *Vangerow*, § 340. — *Windscheid*, § 209. — *Brinz*, §§ 187. 188.

Между тѣмъ какъ личные сервитуты имѣютъ характеръ временный (потому что они прекращаются не позже смерти управомоченнаго), сервитуты вещные вслѣдствіе продолжительнаго существованія участковъ могутъ продолжаться вѣчно. Но вѣчныя ограниченія собственности вредны. Умножаясь съ теченіемъ времени, они могутъ довести дѣло до того, что отъ собственности останется какая то тѣнь. Это опасеніе получаетъ особое значеніе въ виду того, что для общественнаго блага важно процвѣтаніе земледѣлія и увеличеніе цѣнности и доходности участковъ. Сюда еще присоединяется и то обстоятельство, что сервитутъ очень часто отнимаетъ у служащаго участка больше цѣнности, чѣмъ придаетъ господствующему. Вслѣдствіе всего этого римское право установило слѣдующее начало: *поземельная собственность должна по общему правилу оставаться свободною, а ограничивать ее можно не по прихоти и произволу, а только при извѣстныхъ условіяхъ и въ извѣстныхъ предѣлахъ*. Этимъ объясняются слѣдующія общія правила о вещныхъ сервитутахъ.

<sup>10</sup> l. 10. § 4. l. 11. l. 12. pr. l. 14. §§ 2. 3. D. h. t. 7, 8; l. 13. § 3. D. de acc. 46, 4; l. 42. pr. D. usufr. 7, 1; l. 5. § 2. D. usufr. qu. c. 7, 9. —  
<sup>11</sup> l. 14. § 1. D. h. t. 7, 8; Paul. sent. rec. III, 6. §§ 24. 25.



1. Omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent<sup>1</sup>, т. е. вещный сервитутъ можетъ быть установленъ лишь въ томъ случаѣ, если служащій участокъ способенъ доставлять господствующему участку выгоду не временно или случайно, а *въ силу своихъ постоянныхъ свойствъ*. Такъ, напр., сервитутъ пользова- нія водою можетъ быть установленъ на живой, постоянно теку- щій источникъ, а не на прудъ или колодезь<sup>2</sup>. Сервитутъ воды по древнему *ius civile* могъ быть установленъ лишь непосред- ственно на источникъ, и лишь по классическому праву уже дозволялось установить сервитутъ не только на постоянно текущую воду, но и на бассейнъ, собирающій текущую воду (*castellum*)<sup>3</sup>; вслѣдствіе неправильнаго толкованія мѣстъ, излагающихъ это развитіе права, нѣкоторые юристы пришли къ неправильному за- ключенію, что въ классическомъ правѣ вообще требованіе *perpetua causa* уже не существовало.

2. Вещные сервитуты могутъ имѣть мѣсто только между со- сѣдными участками<sup>4</sup>; но подъ сосѣдными участками слѣдуетъ ра- зумѣть не только тѣ, которые соприкасаются непосредственно (это можетъ быть необходимо развѣ только для *serv. tigni immit- tendi, operis ferendi, stillicidii, fluminis* и т. п.), но и тѣ участки, ко- торые состоятъ въ такомъ взаимномъ мѣстномъ отношеніи, что одинъ участокъ можетъ быть полезнымъ для другого. Такъ, установ- ленію сервитута дороги не препятствуетъ то обстоятельство, что участки раздѣлены публичною дорогою или даже публичною рѣ- кой, если есть мостъ или бродъ<sup>5</sup>; то же относится къ сервиту- тамъ воды<sup>6</sup>.

3. Въ видѣ вещнаго сервитута можетъ быть установлено толь- ко такое правомочіе, которое соотвѣтствуетъ *потребности* гос- подствующаго участка<sup>7</sup>. Поэтому субъектъ сервитута можетъ пользоваться своимъ правомочіемъ лишь *въ размѣрѣ потребности господствующаго участка*. Пескольку выгоды, доставляемыя слу- жащимъ участкомъ, не поглощаются потребностями господствующаго

<sup>1</sup> l. 28. D. de s. pr. u. 8, 2.—<sup>2</sup> l. 28. D. de s. pr. u. 8, 2; l. 1. § 5. D. de aq. quot. 43, 20; l. 1. § 4. D. de font. 43, 22.—<sup>3</sup> l. 9. D. de s. p. r. 8, 3; l. 2. D. comm. pr. 8, 4; l. 1. §§ 7. 8. D. de aq. quot. 43, 20.—<sup>4</sup> l. 5. § 1. D. de s. p. r. 8, 3; l. 12. D. de pign. 20, 1.—<sup>5</sup> l. 1. pr. D. de s. p. u. 8, 2; l. 38. D. de s. p. r. 8, 3.—<sup>6</sup> l. 17. §§ 2. 4. l. 18. § 1. D. de aq. et aq. pluv. 39. 3; l. 14. § 2. D. de serv. 8, 1; l. 31. D. de s. p. r. 8, 3.—<sup>7</sup> l. 5. § 1. l. 6. D. de s. p. r. 8, 3.—<sup>8</sup> l. 24. D. de s. p. r. 8, 3.—<sup>9</sup> l. 24. D. de s. p. r. 8, 3; l. 1. § 16. D. de aq. quot. 43, 20.

щаго, ихъ можетъ присваивать собственникъ служащаго участка; въ этомъ случаѣ онъ можетъ устанавливать и новые сервитуты (того же рода или иного) третьимъ лицамъ <sup>10</sup>.

4. Удвовомоченный, осуществляя свое право, долженъ не только не выходить за предѣлы, положенные самимъ сервитутомъ, но и по возможности щадить собственника служащаго участка (*civilliter*) <sup>11</sup>. Съ своей стороны онъ можетъ требовать, чтобы собственникъ служащаго участка дозволялъ ему дѣлать все то, что необходимо для цѣлесообразнаго осуществленія сервитута, а именно устраивать и поддерживать необходимыя приспособленія <sup>12</sup>.

## 2) § 164. Виды вещныхъ сервитутовъ.

*Zachariä v. Lingenthal*, über die Unterscheidung zwischen *servitutes rusticae* und *urbanae*. 1844.—*Vangerow*, § 339.—*Windscheid*, § 210.—*Brinz*, § 189.

Вещные сервитуты подраздѣляются въ источникахъ на *serv. praediorum rusticorum* и *serv. praediorum urbanorum*. Существо этого различія, важнаго и по своимъ практическимъ послѣдствіямъ (ср. § 171 sub III. 2. § 187 sub 2), спорно. По самому распространенному мнѣнію, дѣленіе это основывается на томъ, какой участокъ выступаетъ въ качествѣ *pr. dominans*: сельскій участокъ или домъ. По второму мнѣнію, важно то, какой участокъ выступаетъ въ качествѣ *pr. serviens*: сельскій участокъ или домъ. По третьему мнѣнію, *serv. praediorum rusticorum* есть сервитуты между двумя незастроенными участками, *serv. praed. urbanorum*—сервитуты между участками, изъ которыхъ одинъ (все равно который) или оба представляютъ домъ. Наконецъ, по четвертому мнѣнію, свойства участковъ не имѣютъ никакого значенія, а означенное различіе исходитъ изъ содержанія сервитутовъ: *serv. pr. rust.*—это тѣ сервитуты, которые содержатъ право дѣлать что либо, *serv. pr. urb.*—тѣ, которые содержатъ право на извѣстныя приспособленія или сооруженія, или же даютъ право запрещать что либо. Изъ приведенныхъ четырехъ мнѣній, въ пользу послѣдняго нельзя найти ни одного мѣста въ источникахъ; что же ка-

<sup>10</sup> l. 2. §§ 1. 2. l. 13. § 1. l. 14. D. de s. p. r. 8, 3; l. 15. D. comm. pr. 8, 4.—<sup>11</sup> l. 9. D. de serv. 8, 1; l. 20. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; l. 4. § 1. l. 5. § 1. D. de it. act. pr. 43, 19.—<sup>12</sup> l. 10. D. de serv. 8, 1; l. 20. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; l. 3. § 3. D. de s. p. r. 8, 3; l. 11. D. comm. pr. 8, 4; l. 3. § 16. l. 4. pr. D. de it. act. pr. 43, 19.

сается первыхъ трехъ, то слѣдуетъ утверждать, что спорныя названія употребляются въ источникахъ не всегда въ одномъ и томъ же смыслѣ. Во многихъ мѣстахъ<sup>1</sup> рѣшающее значеніе приписывается свойствамъ господствующаго участка, въ одномъ<sup>2</sup> — служащаго; во многихъ мѣстахъ<sup>3</sup> сервитуты, предназначенные для зданій, причисляются къ *serv. praed. urbanorum*, въ одномъ<sup>4</sup> — къ *serv. praed. rusticorum*. Эта неопредѣленность терминологіи происходитъ отъ того, что сервитуты, которые обыкновенно возникаютъ только для земельныхъ участковъ, могутъ быть установлены и для потребностей дома<sup>5</sup>, и наоборотъ. Но, несмотря на эту неопредѣленность терминологіи, нельзя не признать, что спорнымъ выраженіямъ *по общему правилу* принадлежитъ то значеніе, которое имъ приписываетъ первое изъ приведенныхъ мнѣній.

### 3. Отдѣльные вещные сервитуты.

#### а. § 165. Сельскіе сервитуты.

t. D. VIII, 3: de servitutibus praediorum rusticorum.— *Puchta*, civilistische Abhandlungen, Nr. 3. 1823.— *Elvers*, das Recht des Wasserlaufs. 1841.— *Van-gerow*, § 341.— *Windscheid*, § 211.— *Brinz*, § 190.

1. *Дорожные сервитуты*. Источники римскаго права упоминаютъ слѣд. виды этихъ сервитутовъ:

а. *iter*, право ходить, ѣздить верхомъ и быть несеннымъ въ носилкахъ<sup>1</sup>; впрочемъ, то или другое изъ этихъ правомочій при установленіи сервитута можетъ быть исключено<sup>2</sup>;

б. *actus*, право прогонять скотъ чрезъ служащій участокъ и проѣзжать въ повозкѣ (*agere iumentum vel vehiculum*<sup>3</sup>); право проѣзда можетъ быть исключено<sup>4</sup>; кромѣ того *actus* даетъ правомочія *itineris*, если не было условлено иное<sup>5</sup>;

в. *via*. Въ обширномъ смыслѣ подъ *via* разумѣются *всѣ* дорожныя повинности; въ болѣе тѣсномъ смыслѣ *via* означаетъ право на дорогу; послѣдняя, если не было особаго уговора, должна

<sup>1</sup> §§ 1. 3. l. de serv. 2, 3; l. 1. D. de serv. 8, 1; l. 1. § 1. D. comm. pr. 8, 4.—<sup>2</sup> l. 11. § 1. D. de Publ. 6, 2.—<sup>3</sup> pr. § 2. l. de serv. 2, 3; l. 2. D. de s. p. u. 8, 2.—<sup>4</sup> l. 2. pr. D. de s. p. r. 8, 3.—<sup>5</sup> l. 20. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; l. 1. § 11. D. de aq. quot. 43, 20; l. 7. § 1. l. 14. D. comm. pr. 8, 4.

<sup>1</sup> pr. l. de serv. 2, 3; l. 1. l. 7. pr. l. 12. D. h. t. 8, 3.—<sup>2</sup> l. 4. § 1. D. de serv. 8, 1.—<sup>3</sup> pr. l. de serv. 2, 3; l. 1. pr. l. 7. pr. l. 12. D. h. t. 8, 3.—<sup>4</sup> l. 13. D. de serv. 8, 1.—<sup>5</sup> pr. l. de serv. 2, 3; l. 2. D. qu. s. a. 8, 6; l. 58. D. de v. o. 45, 1; l. 4. § 1. D. si s. v. 8, 5; l. 1. D. de ad. vel tr. l. 34, 4.—

быть шириною въ восемь футовъ по прямой линіи и въ шестнадцать при поворотахъ<sup>6</sup>; управомоченный можетъ пользоваться дорогою не только для проѣзда, но также и для *ire agege*<sup>7</sup>; онъ также имѣетъ право *lapidem trahere* и *hastam rectam ferre*<sup>8</sup>, т. е. можетъ проѣзжать съ тяжело и высоко нагруженной повозкой, для чего должно быть свободно и нѣкоторое пространство надъ дорогою;

d. *servitus navigandi*, право переплывать черезъ чужое озеро для сообщенія съ какимъ либо участкомъ<sup>9</sup>.

Приведенныя правила въ настоящее время (какъ многіе утверждаютъ) не всегда примѣнимы, такъ какъ они основываются по большей части на особенностяхъ римской терминологіи: теперь слѣдуетъ исходить изъ современной терминологіи (*Fusssteig-, Trift-, Fahrgerechtigkeit*) и высказанной или молчаливой воли лицъ, установившихъ данный сервитутъ.

2. *Сервитуты воды*: источники римскаго права знаютъ слѣдующіе ихъ виды:

a. *aquaeductus*, водопроводная повинность, т. е. право — находящуюся на чужомъ участкѣ воду или проводить трубами на другой участокъ, или проводить дальше чрезъ другой участокъ<sup>10</sup>. Осуществленіе этого сервитута можетъ быть ограничено зимнимъ временемъ или лѣтнимъ; тогда сервитутъ называется *aqua aestiva* или *hiberna* въ отличіе отъ *aqua quotidiana*<sup>11</sup>; ограниченія могутъ быть выражены также въ мѣрахъ, дняхъ, часахъ (*aqua diurna — nocturna*)<sup>12</sup>;

b. *aquaehaustus*, право черпать воду на чужомъ участкѣ<sup>13</sup>; здѣсь могутъ имѣть мѣсто тѣ же ограниченія, что и въ случаѣ *aquaeductus*<sup>14</sup>;

c. *pecoris ad aquam appulsus*, право водопоя для скота на чужомъ участкѣ<sup>15</sup>;

d. *servitus aquae educendae s. immittendae*, право отводить воду со своего участка для осушенія его на участокъ сосѣда<sup>16</sup>, сервитутъ противоположный повинности *aquaeductus*.

<sup>6</sup> l. 8. l. 13. §§ 2. 3. l. 23. pr. D. h. t. 8, 3; l. 6. i. f. D. qu. s. a. 8, 6. —  
<sup>7</sup> pr. l. de serv. 2, 3; l. 1. pr. l. 7. D. h. t. 8, 3. —<sup>8</sup> l. 7. pr. D. h. t. 8, 3. —  
<sup>9</sup> l. 23. § 1. D. h. t. 8, 3. —<sup>10</sup> pr. l. de serv. 2, 3; l. 1. pr. l. 9. D. h. t. 8, 3;  
 l. 4. D. de aq. quot. 43, 20. —<sup>11</sup> l. 1. §§ 2. 3. D. de aq. quot. 43, 20. —<sup>12</sup> l. 2.  
 l. 5. pr. D. de aq. quot. 43, 20; l. 2. § 1. D. h. t. 8, 3. —<sup>13</sup> § 2. l. de serv.  
 8, 3; l. 1. § 1. l. 3. § 3. l. 9. D. h. t. 8, 3. —<sup>14</sup> l. 2. § 1. D. h. t. 8, 3. —  
<sup>15</sup> § 2. l. de serv. 2, 3; l. 1. § 1. l. 4. l. 6. § 1. D. h. t. 8, 3. —<sup>16</sup> l. 29. D.  
 h. t. 8, 3; l. 8. § 5. D. si s. v. 8, 5.

3. *Пастбищныя сервитуты*. Сервитуту *pasceudi s. pascu* источники посвящаютъ мало мѣста<sup>17</sup>.

Кромѣ того упоминаются: *ius silvae caeduae*<sup>18</sup>, *cretae eximendae*, *lapidis eximendi*, *ageneae fodiendae*, *calcis coquendae*<sup>19</sup>; право сохранять плоды своего участка въ строеніи сосѣда<sup>20</sup>; право при эксплуатаціи каменоломни бросать камни на участокъ сосѣда<sup>21</sup>; право (находящееся въ связи съ *serv. pecoris ad aquam appulsus* или *pasceudi*) имѣть на сосѣдномъ участкѣ шалашъ для пастуха<sup>22</sup>; сервитутъ, состоящій въ томъ, что сосѣдъ не можетъ добывать воды на своемъ участкѣ, чтобы этимъ не уменьшить моего запаса воды<sup>23</sup> (это *единственный* сельскій сервитутъ съ *отрицательнымъ* содержаніемъ).

### в. § 166. Городскіе сервитуты.

t. D. VIII, 2: de servitutibus praediorum urbanorum. — *Vangerow*, § 342. — *Windscheid*, § 211<sup>a</sup>. — *Brinz*, § 190.

1. *Права построекъ*. Источники занимаются слѣдующими видами такихъ правъ:

a. *servitus tigni immittendi*, право впустить конецъ бревна въ стѣну сосѣда<sup>1</sup>;

b. *servitus oneris ferendi*, право опереть зданіе или часть его на стѣну, столбъ, колонну сосѣда<sup>2</sup>; ср. выше § 156 пр. 22. 23.

c. *servitus protegendi*, право протянуть крышу (*suggrunda*) въ воздушное пространство сосѣда<sup>3</sup>.

d. *servitus proiciendi*, право устроить балконъ и т. п. надъ участкомъ сосѣда<sup>4</sup>.

2. *Права стока и отвода воды*. Источники упоминаютъ слѣдующіе виды:

a. *serv. stillicidii (recipiendi, immittendi, avertendi)*, право от-

<sup>17</sup> § 2. I. de serv. 2, 3; l. 1. § 1. l. 3. пр. 1. 4. l. 6. § 1. D. h. t. 8, 3. —  
<sup>18</sup> l. 3. § 1. l. 6. § 1. D. h. t. 8, 3. — <sup>19</sup> § 2, I. de serv. 2, 3; l. 1. § 1. l. 5.  
 § 1. l. 6. D. h. t. 8, 3. — <sup>20</sup> l. 3. § 1. D. h. t. 8, 3. — <sup>21</sup> l. 3. § 2. D. h. t.  
 8, 3. — <sup>22</sup> l. 6. i. f. D. h. t. 8, 3; cf. l. 180. D. de v. s. 50, 16. — <sup>23</sup> l. 15.  
 пр. D. de serv. 8, 1; l. 1. § 28. D. de aq. quot. 43, 20.

<sup>1</sup> § 1. I. de serv. 2, 3; l. 2. l. 6. D. h. t. 8, 2; l. 18. § 2. D. qu. s. a. 8,  
 6; l. 8. §§ 1. 2. l. 14. пр. D. si s. v. 8, 5. — <sup>2</sup> § 1. I. de serv. 2, 3; l. 33.  
 D. h. t. 8, 2; l. 6. § 2. D. si s. v. 8, 5. — <sup>3</sup> l. 2. D. h. t. 8, 2; l. 3. §§ 5.  
 6. D. uti poss. 43, 17; l. 22. § 4. D. quod. vi 43, 24; l. 9. § 1. D. ad l.  
 Aq. 9, 2; Rubr. tit. D. 39, 2: de damn. inf. et de suggrundis et de protectionibus. — <sup>4</sup> См. мѣста въ пр. 3.

водить съ крыши дождевую воду въ капляхъ на участокъ сосѣда; особенный видъ его есть *serv. fluminis*; въ этомъ случаѣ дождевая вода можетъ быть отводима на участокъ сосѣда посредствомъ трубъ<sup>5</sup>;

b. *serv. cloacae immittendae*, право отводить грязную воду посредствомъ канала на сосѣдній участокъ или проводить черезъ него дальше<sup>6</sup>;

c. *serv. fumi immittendi*, право отводить *чрезмырный* дымъ изъ строенія на участокъ сосѣда (ср. § 126 пр. 5); въ этомъ же родѣ — *serv. cuniculi balnearii habendi*, сервитутъ отвода пара изъ бани<sup>7</sup>;

b. *serv. latrinae s. sterculinii*, право имѣть непосредственно при стѣнѣ сосѣда навозную яму и т. п.<sup>8</sup>.

3. *Права, касающіяся свѣта и вида*. Источники упоминаютъ слѣдующіе виды:

a. *serv. altius non tollendi*, право запрещать сосѣду производить всякія постройки или только постройки выше извѣстной мѣры<sup>9</sup>, чтобы пользоваться ненарушимо свѣтомъ и видомъ;

b. *serv. ne luminibus officiat*, право требовать, чтобы сосѣдъ никакимъ образомъ (ни повышая, ни понижая постройки, ни насаждая деревья, ни ставя переносимыя горшковые растенія), не измѣнялъ притока свѣта<sup>10</sup>;

c. *serv. ne prospectui officiat s. prospiciendi*, право требовать отъ сосѣда, чтобы онъ никакимъ образомъ не суживалъ вида<sup>11</sup>;

d. *serv. luminis immittendi s. luminum*; содержаніе этого сервитута спорно; вѣроятно, право пробивать въ стѣнѣ сосѣда окна, у коихъ тотъ не долженъ отнимать свѣта<sup>12</sup> (ср. § 129 пр. 3).

Источники упоминаютъ еще *serv. stillicidii* и *fluminis non recipiendi* (*non avertendi*)<sup>13</sup>, *serv. altius tollendi*<sup>14</sup>, *serv. officendi luminibus vicini*<sup>15</sup>, не давая о нихъ болѣе подробныхъ объясненій. Но означенныхъ правомочій сервитутами считать невозможно, такъ какъ они — простое проявленіе права собственности на уча-

<sup>5</sup> § 1. I. de serv. 2, 3; l. 17. § 3. l. 20. §§ 3—6. D. h. t. 8, 2; l. 2. l. 28. D. eod.—<sup>6</sup> l. 7. D. de serv. 8, 1; l. 1. § 4. D. de cloac. 43, 23.—<sup>7</sup> l. 8. §§ 5—7. D. si s. v. 8, 5.—<sup>8</sup> l. 17. § 2. D. si s. v. 8, 5.—<sup>9</sup> l. 2. l. 4. l. 11. § 1. l. 12. l. 23. § 1. D. h. t. 8, 2; § 1. I. de serv. 2, 3.—<sup>10</sup> § 1. I. de serv. 2, 3; l. 4. ll. 15—17. пр. § 2. l. 22. l. 23. D. h. t. 8, 2.—<sup>11</sup> l. 3. l. 12. l. 15. D. h. t. 8, 2; l. 5. пр. D. de o. n. n. 39, 1.—<sup>12</sup> l. 4. l. 40. D. h. t. 8, 2; l. 8. C. de serv. 3, 34.—<sup>13</sup> l. 2. D. h. t. 8, 2; § 1. I. de serv. 2, 3; Theoph. ad h. l.—<sup>14</sup> l. 2. D. h. t. 8, 2.

стокъ; поэтому, слѣдуетъ объяснить эти выраженія какънибудь иначе. Въ этомъ отношеніи существуютъ разныя мнѣнія, изъ коихъ мы приведемъ лишь самыя распространенныя. По мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, эти спорныя выраженія означаютъ состояніе послѣ прекращенія *serv. stillicidii s. fluminis recipiendi*, *serv. altius non tollendi*, *serv. ne luminibus officiat*; это мнѣніе выражено уже въ парафразахъ институцій Θεοφιλα<sup>16</sup>, но ему противорѣчить то обстоятельство, что возстановленіе первоначальной свободы собственности не можетъ быть названо установленіемъ сервитута. По мнѣнію другихъ, въ разныхъ мѣстностяхъ римскаго государства существовали по мѣстному праву ограниченія права собственности относительно возвышенія постройки и т. п., которыя могли быть лишены силы установленіемъ сервитута; но, хотя существованія такихъ мѣстныхъ правъ и нельзя отрицать<sup>17</sup>, тѣмъ не менѣе невозможно допустить, чтобы они могли отмѣняться частными договорами: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (§ 12). По третьему мнѣнію, установленіе *serv. altius tollendi* имѣло цѣлью частичное прекращеніе существующаго уже *serv. alt. non tollendi*<sup>18</sup>; это объясненіе можетъ быть одобрено, но оно не устраняетъ сомнѣнія относительно *serv. stillicidii non recipiendi* и *serv. off. lumin.* Практика не обращаетъ на этотъ спорный вопросъ никакого вниманія, и для теоріи было бы благоразумнѣе не трудиться надъ его рѣшеніемъ.

## Раздѣлъ третій.

### Возникновеніе сервитутовъ.

#### 1) § 167. По частнымъ сдѣлкамъ.

*Karlowa*, Rechtsgeschäft. § 35. 1877. — *Vangerow*, § 350. — *Windscheid*, § 212. — *Brinz*, § 197. — *Baron*, § 88.

Излагая возникновеніе сервитутовъ путемъ частныхъ сдѣлокъ, слѣдуетъ остановиться: 1) на дѣйствующихъ лицахъ и 2) на самомъ актѣ установленія сервитута частною волею.

**I. Дѣйствующія лица.** Къ установленію сервитута на вещь частною волею управомоченъ собственникъ данной вещи<sup>1</sup>, а если

<sup>15</sup> Gai. 2, 31. 4, 3; § 2. I. de act. 4, 6; l. 1. pr. l. 2. D. h. t. 8, 2; l. 2. D. de s. p. r. 8, 3; l. 26. D. de exc. r. i. 44, 2; l. 7. § 1. D. comm. pr. 8, 4. — <sup>16</sup> Paraphr. § 1. I. de serv. 2, 3. — <sup>17</sup> Sueton. Oct. 89; Tacit. annal. 15. 43; Aurel. Vict. epit. 14, 13. — <sup>18</sup> cf. l. 26. pr. D. de exc. r. iud. 44, 2.

<sup>1</sup> § 3. I. de serv. 2, 3; l. 8. D. comm. pr. 8, 4.

вещь состоитъ въ общей собственности, то—всѣ *condomini* вмѣстѣ<sup>2</sup>; лишь узупруктъ можетъ установить каждый участникъ въ общей собственности отдѣльно на свою часть<sup>3</sup> (§ 156 sub 1). Эмфитевта и суперфициарій могутъ устанавливать сервитуты только на время существованія своихъ правъ<sup>4</sup>. Если добросовѣстный владѣлецъ устанавливаетъ кому либо сервитутъ, то управомоченный получаетъ защиту противъ всѣхъ тѣхъ, противъ кого самъ владѣлецъ, установившій серв., имѣетъ акт. *Publiciana* (§ 155).—Къ *приобрѣтенію* личнаго сервитута управомочено всякое лицо, какъ физическое, такъ и юридическое, за исключеніемъ *hereditas iacens*<sup>5</sup> (§ 389 пр. 8); къ *приобрѣтенію* вещнаго сервитута управомоченъ собственникъ участка<sup>6</sup>, а также эмфитевта и суперфициарій (въ пользу этого, впрочемъ, нѣтъ рѣшеній источниковъ), а по мнѣнію нѣкоторыхъ, даже и добросовѣстный владѣлецъ; если участокъ, долженствующій быть господствующимъ, находится въ общей собственности, то требуется участіе всѣхъ *condomini*<sup>7</sup> (§ 156 sub 1).

II. *Актъ установленія сервитута частной волей* можетъ быть двоякаго рода:

1. Отказъ, назначенный въ распоряженіи на случай смерти (завѣщаніи, кодицилѣ, устномъ фидеикоммиссѣ, § 439)<sup>8</sup>; отказъ есть самый частый способъ установленія сервитута; побужденіемъ къ установленію личныхъ сервитутовъ какъ у Римлянъ, такъ и въ наше время обыкновенно является благосклонность завѣщателя; поэтому то источники преимущественно говорятъ о сервитутахъ, установленныхъ по отказу.

2. Неформальный вещный договоръ, т. е. изъявленіе воли — управомоченнаго къ установленію, что онъ предоставляетъ сервитутъ, и—желающаго *приобрѣсть*, что онъ принимаетъ предложеніе<sup>9</sup>. Этотъ вещный договоръ имѣетъ, конечно, ту или иную конкретную цѣль (*iusta causa*); къ ней примѣняются тѣ же начала, что и къ *iusta causa traditionis* (§ 131 пр. 14—17). Вещный

<sup>2</sup> 1. 2. D. de serv. 8, 1; 1. 11. 1. 34. пр. D. de s. p. r. 8, 3; 1. 18. D. comm. пр. 8, 4.—<sup>3</sup> 1. 5. D. de usufr. 7, 1.—<sup>4</sup> 1. 1. пр. D. qu. m. usufr. 7, 4; 1. 1. § 9. de sup. 43, 18.—<sup>5</sup> 1. 26. D. de stip. serv. 45, 3; 1. 61. § 1. D. de a. r. d. 41, 1.—<sup>6</sup> 1. 6. пр. 1. 8. D. comm. пр. 8, 4; 1. 6. § 5. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>7</sup> 1. 18. D. comm. пр. 8, 4.—<sup>8</sup> § 4. I. de serv. 2, 3; § 1. I. de usufr. 2, 4; 1. 3. пр. D. de usufr. 7, 1.—<sup>9</sup> Ср. мѣста предыдущаго прим. и 1. 25. § 7. D. de usufr. 7, 1; 1. 3. C. de serv. 3, 34.



договоръ можетъ быть самостоятельнымъ или же связаннымъ другою юридическою сдѣлкою; послѣднее, напр., имѣеть мѣсто въ случаѣ удержанія сервитута, т. е., если собственникъ при отчужденіи вещи удерживаетъ себѣ на нее сервитутъ (*deducere, detrahere, excipere, recipere servitutem*)<sup>10</sup>.—Впрочемъ, до новѣйшаго времени было распространено воззрѣніе, будто неформальнаго вещнаго договора (за исключеніемъ отрицательныхъ сервитутовъ и удержанія сервитута) для установленія сервитута недостаточно, а что къ нему еще должна присоединиться такъ наз. *quasitraditio servitutis*, т. е. дозволеніе осуществлять сервитутъ, данное установителемъ, и дѣйствительное осуществленіе со стороны приобретателя; нѣкоторые юристы еще и теперь придерживаются этого мнѣнія. Но его несостоятельность доказывается слѣдующимъ историческимъ соображеніемъ. По древнему *ius civile*, сервитуты могли быть устанавливаемы (за исключеніемъ случаевъ *legatum per vindicationem* и *adiudicatio*) только посредствомъ *mancipatio* (*serv. praediorum rusticorum*, которые принадлежали къ *res mancipi*) и посредствомъ *in iure cessio*<sup>11</sup> (*всѣ* сервитуты). Эти формы были непримѣнимы къ провинціальнымъ участкамъ, такъ какъ къ нимъ способы приобретенія *iuris civilis* совсѣмъ не относились; и вотъ, здѣсь прибѣгали къ двумъ средствамъ:

а. къ *ractiones et stipulationes*<sup>12</sup>. *Ractio*, по непосредственному указанію источниковъ, есть неформальное установленіе сервитута<sup>13</sup>; *stipulatio* есть укрѣпленіе *ractio* и состоитъ въ формальномъ обязательственномъ обѣщаніи установителя сервитута, въ которомъ онъ (обыкновенно съ неустойкою) обязуется предоставить этотъ сервитутъ<sup>14</sup>;

б. къ *traditio servitutis s. patientia*<sup>15</sup>, т. е. къ осуществленію сервитута съ (прямого или молчаливаго) согласія собственника вещи. Этотъ приемъ появился не раньше второй половины второго вѣка по Р. Хр., такъ какъ до этого времени дѣйствовало начало, что сервитуты, какъ вещи безтѣлесныя, не подлежатъ ни владѣнію, ни передачѣ<sup>16</sup> (ср. § 173).

<sup>10</sup> I. 32. l. 36. § 1. l. 54. D. de usufr. 7, 1; l. 34. D. de s. p. u. 8, 2; l. 30. l. 33. pr. D. de s. p. r. 8, 3; l. 3. ll. 5—8. l. 10. D. comm. pr. 8, 4.—<sup>11</sup> Gai. 2, 28—30.—<sup>12</sup> Gai. 2, 31; l. 2. §§ 5. 6. l. 38. §§ 10—12. l. 85. § 3. l. 131. pr. D. de v. o. 45, 1.—<sup>13</sup> Gai. 2, 31; § 4. l. de serv. 2, 3; § 1. l. de usufr. 2, 4; l. 3. pr. l. 25. § 7. D. de usufr. 7, 1; cf. l. 3. C. de serv. 3, 34.—<sup>14</sup> Ср. мѣста прим. 12.—<sup>15</sup> l. 1. § 2. D. de s. p. r. 8, 3.—<sup>16</sup> l. 20. D. de serv. 8, 1; l. 3. § 2. D. de a. e. v. 19, 1.

Оба средства постепенно получили признаніе преторскаго права (которое для защиты такихъ сервитутовъ ввело *act. confessoria Publiciana*<sup>17</sup>) и даже стали примѣняться къ италійскимъ участкамъ, а также и къ движимымъ вещамъ, такъ что возникла противоположность между *serv. iure (civilis) constitutae*, съ одной стороны, и *serv. quae tutione praetoris consistunt*, съ другой стороны. Въ сводъ Юстиніана *mancipatio* и *in iure cessio* не вошли, такъ какъ они уже перестали примѣняться; какъ способы установленія сервитутовъ тамъ названы исключительно только *rationes et stipulationes*<sup>18</sup> и *traditio s. patientia*<sup>19</sup>. Что же касается вышшняго права, то

а. относительно *ratio et stipulatio* слѣдуетъ замѣтить, что стипуляція въ нашу юридическую жизнь не перешла (§ 210 sub B. 1); и у Римлянъ она имѣла значеніе юридическаго акта, не устанавливающаго сервитутъ, а только укрѣпляющаго; поэтому теперь достаточно *ratio*—неформальнаго договора.

б. *traditio s. patientia* есть ничто иное, какъ неформальный вещный договоръ, только уже фактически осуществленный; но такъ какъ по а. теперь достаточно неформальнаго договора самого по себѣ, то осуществленіе его на дѣлѣ (такъ наз. *quasitraditio servitutis*) оказывается излишнимъ. Нѣкоторые считаютъ его по меньшей мѣрѣ полезнымъ, такъ какъ лицо, которому вещь *quasitradita est*, можетъ воспользоваться *act. confessoria Publiciana* (§ 172 въ к.); это мнѣніе неосновательно, ибо въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ для приобрѣтенія права не требуется завладѣнія, его не нужно и для *act. Publiciana* (§ 155 текетъ къ прим. 7).

## 2) § 168. По судебному распоряженію.

*Vangerow*, § 352. — *Windscheid*, § 214.

1. Въ процессахъ о раздѣлѣ (*iud. familiae ergiscundae, communi dividundo, finium regundorum*) судья можетъ въ своемъ рѣшеніи установить сервитуты на вещи, подлежащія раздѣлу<sup>1</sup>, въ цѣляхъ же раздѣла<sup>2</sup>; сервитуты возникаютъ съ момента законной силы рѣшенія о раздѣлѣ. Такъ, судья можетъ одному предоставить право собственности, а другому узупфруктъ на вещь, прежде об-

<sup>17</sup> l. 11. § 1. D. de Publ. 6, 2; l. 1. § 2. D. de s. p. r. 8, 3.—<sup>18</sup> § 4. I. de serv. 2, 3; § 1. I. de usufr. 2, 4; l. 3. pr. l. 25. § 7. D. de usufr. 7, 1.—<sup>19</sup> l. 11. § 1. D. de Publ. 6, 2; l. 25. § 7. D. de usufr. 7, 1; l. 1. pr. D. qu. m. usufr. 7, 4; l. 3. D. si usufr. 7, 6; l. 20. D. de serv. 8, 1; l. 1. § 2. D. de s. p. r. 8, 3.

<sup>1</sup> l. 18. D. comm. div. 10, 3. — <sup>2</sup> l. 6. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 22. § 3. D. fam. ere. 10, 2.

щую<sup>3</sup>; точно также, дѣля участки по реальнымъ частямъ, онъ можетъ одной части участка предоставить вещный сервитутъ на другую<sup>4</sup>.

2. Судья можетъ также установить сервитутъ съ цѣлью исполненія рѣшенія, которымъ отвѣтчикъ присужденъ къ установленію какого либо сервитута, напр., права проѣзда<sup>5</sup>.

### 3) § 169. По давности.

*Th. Muther, die Ersitzung der Servituten. 1852. — Vangerow, § 351. — Windscheid, § 213. — Brinz, § 197.*

Въ классическомъ и Юстиніановомъ правѣ не существуетъ *usucapio servitutum* (этотъ институтъ, какъ сообщаетъ одно мѣсто въ источникахъ, существовалъ въ древнемъ *ius civile*, но въ послѣдствіи былъ отмѣненъ по *lex Scribonia* неизвѣстнаго времени<sup>1</sup>), но признается особый способъ возникновенія сервитутовъ въ слѣдствіе продолжительнаго осуществленія (*diuturnus usus, longa quasi possessio, longae possessionis praerogativa, longa consuetudo, longi temporis consuetudo*<sup>2</sup>). Этотъ институтъ не созданъ по образцу пріобрѣтенія собственности по *longi temporis praescriptio* (§ 140 sub 2); онъ не носитъ того названія и не подчиняется тѣмъ началамъ, что *l. t. pr.* Здѣсь, напротивъ, примѣняются слѣдующія начала:

Кто осуществляетъ сервитутъ десять лѣтъ *inter praesentes*, двадцать *inter absentes* (§ 142)  *nec vi nec clam nec precario*, тотъ пріобрѣтаетъ его по давности<sup>3</sup>. По римскому праву, не требуется со стороны лица осуществляющаго ни титула, ни добросовѣстности<sup>4</sup> (что нѣкоторые отрицаютъ безъ всякаго основанія); по нынѣшнему праву, на основаніи упомянутаго въ § 89 предписанія каноническаго права<sup>5</sup> требуется добросовѣстность со стороны осуществляющаго (что нѣкоторые оспариваютъ). Нѣкоторые юристы считаютъ давность непримѣнимою къ непостояннымъ (*discontinuae*), отрицательнымъ и личнымъ сервитутамъ (что противорѣчитъ источникамъ<sup>6</sup>). Спорно,

<sup>3</sup> *l. 6. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 6. § 10. D. comm. div. 10, 3. — <sup>4</sup> l. 7. § 1. D. comm. div. 10, 3. — <sup>5</sup> l. 12. pr. D. de relig. 11, 7.*

<sup>1</sup> *l. 4. § 29. D. usurp. 41, 3; cf. l. 14. pr. D. de serv. 8, 1. — <sup>2</sup> l. 10. pr. D. si s. v. 8, 5; l. 1. § 23. D. de aq. et aq. pl. 39, 3; l. 5. § 3. D. de it. 43, 19; l. 28. D. de s. p. u. 8, 2; l. 25. D. qu. s. a. 8, 6; l. 1. l. 2. C. de serv. 3, 34; l. 12. i. f. C. de l. t. pr. 7, 33. — <sup>3</sup> l. 10. pr. D. si s. v. 8, 5; l. 1. § 23. D. de aq. et aq. pl. 39, 3; l. 1. l. 2. C. de serv. 3, 34; l. 12. i. f. C. de l. t. pr. 3, 33. — <sup>4</sup> l. 10. pr. D. si s. v. 8, 5. — <sup>5</sup> c. 20. X. de praescr. 2, 26. — <sup>6</sup> l. 1. § 23. D. de aq. et aq. pl. 39, 3; l. 12. i. f. C. de l. t. pr. 7, 33.*

имѣть ли неспособность вещи къ давностному владѣнію своимъ слѣдствіемъ недопустимость пріобрѣтенія сервитута въ обыкновенный давностный срокъ десятилѣтній или двадцатилѣтній: не слѣдуетъ ли въ этомъ случаѣ примѣнять чрезвычайную тридцати- или сорокалѣтнюю давность; господствующее мнѣніе утверждаетъ и то, и другое, и оно право, потому что аналогія съ собственностью—неотразимая; рѣшеній источниковъ по этому вопросу нѣтъ.

#### 4) § 170. По закону.

*Vangerow*, § 352. — *Windscheid*, § 214. — *Brinz*, § 197.

Единственный сервитутъ, возникающій непосредственно по предписанію закона,—узифруктъ (такъ наз. *ususfructus legalis*). Сюда относятся слѣд. случаи:

1. Отецъ имѣетъ узифруктъ на *bona adventicia regularia* подвластнаго дитяти; онъ сохраняетъ его вполнѣ, если дитя умерло, оставивъ нисходящихъ наслѣдниковъ (§ 357 пр. 16); онъ сохраняетъ половину его (по римскому, но не по нынѣшнему праву), если добровольно эманципируетъ подвластное дитя (*praemium emancipationis*, § 357 прим. 17. § 360 sub 3).

2. Если мать умираетъ и ей наслѣдуютъ эманципированныя дѣти, то отецъ пріобрѣтаетъ узифруктъ на *portio virilis* наслѣдства послѣ матери<sup>1</sup>.

3. Штрафъ за разводъ, если есть дѣти, принадлежит со стороны *proprietas* дѣтямъ, со стороны узифрукта невинному супругу (§ 349).

4. *Parens binubus* теряетъ *proprietas* на *lucra nuptialia* въ пользу дѣтей отъ перваго брака, но удерживаетъ узифруктъ (§ 350).

### Раздѣлъ четвертый.

#### § 171. Прекращеніе сервитутовъ.

t. D. VII, 4: quibus modis ususfructus vel usus amittitur; VIII, 6: quemadmodum servitutes amittuntur.—*Wirth*, die libertatis usucapio. 1854.—*Vangerow*, §§ 356, 357. — *Windscheid*, §§ 215, 216. — *Brinz*, § 198.

I. Подобно всѣмъ вещнымъ правамъ сервитуты прекращаются: въ случаѣ уничтоженія служащей вещи<sup>1</sup>, личные сервитуты—такъ

<sup>1</sup>l. 3. C. de bon. mat. 6, 60.

<sup>1</sup>pr. I. de usufr. 2, 4; l. 2. D. eod. 7, 1; l. 14. pr. D. h. t. 8, 6.

же въ случаѣ существеннаго измѣненія ея, напр. если строеніе сгорѣло или разрушено<sup>2</sup>. Далѣе, въ случаѣ перехода служащей вещи въ категорію *res extra commercium*, по р. пр. также въ случаѣ оккупациі ея непріятелями. Затѣмъ,—если вещь отчуждена казною, императоромъ или его супругой въ качествѣ свободной отъ сервитута<sup>3</sup> (ср. § 131 пр. 3); если наступилъ срокъ или резолютивное условіе, подъ которымъ былъ установленъ сервитутъ; затѣмъ по началу: *resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum* (§ 128 пр. 5). Сервитуты на дикихъ животныхъ прекращаются въ случаѣ возвращенія ихъ въ прежнее состояніе естественной свободы, на прирученныхъ—въ случаѣ потери съ ихъ стороны привычки возвращаться.

II. Подобно *всѣмъ вещнымъ правамъ на чужую вещь* сервитуты прекращаются:

1. Вслѣдствіе *confusio* (которая въ случаѣ прекращенія узупрукта называется также *consolidatio*), т. е. если *сервитутное право и право собственности на служащую вещь соединяются въ одномъ лицѣ*<sup>4</sup>. Сервитутъ не возстановляется, если потомъ наступаетъ раздѣленіе<sup>5</sup>, кромѣ случая раздѣленія съ обратнымъ дѣйствіемъ<sup>6</sup>. Если субъектъ сервитута приобретаетъ только идеальную часть служащей вещи, то прекращается узупруктъ на эту часть<sup>7</sup>, прочіе сервитуты продолжаютъ существовать въ полномъ видѣ вслѣдствіе своей недѣлимости<sup>8</sup>.

2. Вслѣдствіе *отреченія управомоченнаго*. Отреченіе можетъ быть высказано въ формѣ отказа въ распоряженіи на случай смерти<sup>10</sup> (§ 439) или въ договорѣ между субъектомъ сервитута и собственникомъ служащей вещи (въ случаѣ недѣлимаго сервитута и всѣми *condomini*). Уже въ классическомъ правѣ не требовалось, чтобы договоръ былъ формальный<sup>11</sup> (*remancipatio, recessio in iure*), а достаточно было всякаго изъявленія воли<sup>12</sup>, слѣдовательно, и

<sup>2</sup> 1. 5. §§ 2. 3. 1. 10. § 5. 1. 12. 1. 23. 1. 31. D. qu. m. usufr. 7, 4; 1. 36 pr. D. usufr. 7, 1; 1. 20. § 2. D. de s. p. u. 8, 2.—<sup>3</sup> 1. 2. 1. 3. C. de quadr. pr. 7, 37; § 14. I. de usuc. 2, 6.—<sup>4</sup> 1. 15. D. qu. m. u. 7, 4; 1. 12. C. de usufr. 3, 33; 1. 4. pr. D. de serv. 8, 1; 1. 3. D. de serv. leg. 33, 3; Vat. fr. §§ 48—50. 52.—<sup>5</sup> § 3. I. de usufr. 2, 4; 1. 17. D. qu. m. us. 7, 4; 1. 1. D. qu. s. a. 8, 6.—<sup>6</sup> 1. 30. pr. D. de s. p. u. 8, 2.—<sup>7</sup> 1. 57. pr. D. de usufr. 7, 1.—<sup>8</sup> 1. 14. D. qu. m. u. a. 7, 4.—<sup>9</sup> 1. 8. § 1. D. de serv. 8, 1; 1. 30. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; 1. 27. D. de s. p. r. 8, 3.—<sup>10</sup> cf. 1. 86. § 4. D. de leg. 1 (30).—<sup>11</sup> Gai. 2, 30; Pauli sent. rec. III, 6. §§ 28. 32.—<sup>12</sup> § 3. I. de usufr. 2, 4; 1. 14. § 1. D. de serv. 8, 1; 1. 34. pr. D. de s. p. r. 8, 3.

дѣйствія, по которому можно заключить о существованіи воли (*facta concludentia*), напр., если узуфруктуарій безъ оговорки соглашается на отчужденіе служащей вещи<sup>13</sup>, если управомоченный по сервитуту соглашается на такое измѣненіе, которое дѣлаетъ невозможнымъ дальнѣйшее осуществленіе права<sup>14</sup>. Спорно, прекращается ли сервитутъ по одностороннему отреченію управомоченнаго (другими словами: прекращаетъ ли сервитутъ *derelictio*); источники неоднократно признаютъ возможной *derelictio* узуфрукта со стороны узуфруктуарія<sup>15</sup>, и нѣтъ никакого основанія не распространять этого на прочіе сервитуты; требуется, впрочемъ, соответственное заявленіе собственнику служащей вещи.

III. *Слѣдующіе способы погашенія спеціально свойственны сервитутамъ:*

1. *Гибель господствующаго субъекта.* Личные сервитуты прекращаются смертью управомоченнаго лица<sup>16</sup> (по праву до-юстиніанову также вслѣдствіе *каждой capitis deminutio*, по юстиніанову праву—вслѣдствіе *capitis deminutio maior*, по нынѣшнему праву никакая *capitis deminutio* сервитута не прекращаетъ<sup>17</sup>); если же личный сервитутъ установленъ въ пользу юридическаго лица, то онъ прекращается въ случаѣ прекращенія существованія юр. лица<sup>18</sup>, но также и истеченіемъ ста лѣтъ<sup>19</sup>. Вещные сервитуты прекращаются въ случаѣ гибели господствующаго участка<sup>20</sup>, или перехода его въ категорію *res extra commercium*.

2. *Давность.* Она имѣетъ мѣсто въ двухъ видахъ: какъ *populus* и какъ *usucapio libertatis*.

a. *Populus.* Личные и сельскіе сервитуты прекращаются вслѣдствіе непрерывнаго неосуществленія<sup>21</sup>; по праву до-юстиніанову<sup>22</sup>—въ теченіе одного года въ случаѣ движимыхъ вещей, двухъ лѣтъ въ случаѣ недвижимостей, по законамъ Юстиніана—въ теченіе десяти лѣтъ *inter praesentes*, двадцати—*inter absentes*<sup>23</sup>; если осуществленіе сервитута ограничено опредѣленнымъ временемъ года или имѣетъ мѣсто черезъ мѣсяць или черезъ годъ,

<sup>13</sup> l. 4. § 12. D. de d. m. e. 44, 4.—<sup>14</sup> l. 8. pr. D. qu. s. a. 8, 6.—<sup>15</sup> l. 64. l. 65. pr. D. de usufr. 7, 1.—<sup>16</sup> § 3. I. de usufr. 2, 4; l. 3. § 3. D. qu. m. u. 7, 4.—<sup>17</sup> § 3. I. de usufr. 2, 4; l. 16. § 2. C. eod. 3, 33.—<sup>18</sup> l. 21. D. qu. m. u. 7, 4.—<sup>19</sup> l. 56. D. de usufr. 7, 1; l. 8. D. de us. et usufr. 33, 2.—<sup>20</sup> l. 20. § 2. D. de s. p. u. 8, 2.—<sup>21</sup> § 3. I. de usufr. 2, 4; l. 25. D. qu. m. u. 7, 4; l. 6. D. de s. p. u. 8, 2.—<sup>22</sup> Pauli sent. rec. I, 17. §§ 1. 2; III, 6. § 30; l. 13. C. de serv. 3, 34.—<sup>23</sup> l. 16. § 1. C. de usufr. 3, 33; l. 13. C. de serv. 3, 34.

то по праву до-юстиніанову срокъ удваивается<sup>24</sup>, по закону Юстиніана<sup>25</sup>—всегда одинаково требуется двадцатилѣтній срокъ. При этомъ имѣетъ мѣсто и *accessio temporis*<sup>26</sup>. Добросовѣстности не требуется по римскому праву; и нормы каноническаго права о *bona fides*<sup>27</sup> (§ 89) здѣсь примѣнить нельзя, такъ какъ собственникъ служащей вещи не совершаетъ никакихъ дѣйствій.

Не подлежитъ прекращенію вслѣдствіе *onus*, по р. пр., *iter ad sepulcrum*<sup>27</sup>, по нынѣшнему праву—всякая необходимая дорога; ибо все равно таковой сервитутъ пришлось бы установить вновь (§ 126 sub. II. 2). Затѣмъ не подлежатъ прекращенію тѣ сервитуты, которые подвержены законному запрещенію отчужденія<sup>38</sup>, напр., сервитутъ, принадлежащій къ *adventicia* подвластнаго сына.

b. *Usucapio libertatis*. Для прекращенія городскихъ сервитутовъ недостаточно одного неосуществленія со стороны управомоченнаго, а требуется еще *usucapio libertatis*, т. е. *чтобы служащій участокъ во все теченіе давностнаго срока содержался въ такомъ видѣ, чтобы осуществленіе сервитута было невозможно*<sup>39</sup>; поэтому, напримѣръ, въ случаѣ *serv. tigni* не только должно быть вынута бревно, но и отверстіе должно быть заложено; въ случаѣ *serv. luminibus* недостаточно, чтобы управомоченный заложилъ окно, а требуется еще, чтобы собственникъ служащаго участка возвелъ стѣну<sup>40</sup>. Свободное отъ сервитута состояніе служащаго участка не должно быть вызвано *vi, clam, praesagio*<sup>41</sup>; здѣсь слѣдуетъ примѣнять норму каноническаго права о добросовѣстности (выше прим. 27). Въ остальномъ примѣняются начала, изложенныя sub a.

<sup>24</sup> l. 7. D. qu. s. am. 8, 6.—<sup>25</sup> l. 14. pr. C. de serv. 3, 34.—<sup>26</sup> l. 18. § 1. D. qu. s. a. 8, 6.—<sup>27</sup> c. 20. X. de praeser. 2, 26.—<sup>28</sup> l. 19. § 1. D. qu. s. a. 8, 6.—<sup>29</sup> l. 34. § 1. l. 35. D. de s. p. r. 8, 3; l. 14. pr. D. qu. s. a. 8, 6.—<sup>30</sup> l. 4. § 27. D. usurp. 41, 3.—<sup>31</sup> l. 2. D. qu. s. a. 8, 6.—<sup>32</sup> l. 20. D. qu. m. u. 7, 4.—<sup>33</sup> l. 8. § 1. l. 9. D. qu. s. a. 8, 6.—<sup>34</sup> l. 14. l. 25. D. qu. m. u. 7, 4.—<sup>35</sup> l. 5. l. 6. pr. l. 16. II. 20—24. D. qu. s. a. 8, 6.—<sup>36</sup> l. 12. § 2. l. 38. D. de usufr. 7, 1; l. 29. § 1. D. qu. m. u. 7, 4.—<sup>37</sup> l. 4. D. qu. s. a. 8, 6.—<sup>38</sup> l. 28. pr. D. de v. s. 50, 16.—<sup>39</sup> l. 6. D. de s. p. u. 8, 2; l. 32. pr. eod. l. 17. D. comm. pr. 8, 4; l. 18. § 2. D. pu. s. a. 8, 6; l. 4. § 29. D. de usurp. 41, 3.—<sup>40</sup> l. 6. D. de s. p. u. 8, 2.—<sup>41</sup> l. 32. pr. D. de s. p. u. 8, 2; l. 17. D. comm. pr. 8, 4.—<sup>42</sup> l. 13. C. de serv. 3, 34.

## РАЗДѢЛЪ ПЯТЫЙ.

## § 172. Защита сервитутовъ (confessoria in rem actio).

t. D. VII, 6: si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur; VIII, 5: si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.—*Vangerow*, §§ 353. 354.—*Windscheid*, § 217.—*Brinz*, § 200.—*Baron*, § 90.

*Сервитутъ защищается противъ всякаго нарушенія, какимъ бы образомъ оно ни совершилось, все равно, исходитъ ли оно отъ собственника служащей вещи, или отъ третьяго лица. Соотвѣтственный искъ называется confessoria in rem actio<sup>1</sup>; это—vindictio servitutis. Болѣе подробныя правила—слѣд.:*

**I. Условія иска.** Истцомъ бываетъ субъектъ сервитута<sup>2</sup>; имѣетъ ли онъ quasipossessio сервитута или не имѣетъ, безразлично<sup>3</sup>; въ области вещныхъ сервитутовъ истцомъ бываетъ собственникъ господствующаго участка<sup>4</sup>; если послѣдній состоитъ въ общей собственности, то каждый участникъ уполномоченъ самостоятельно къ предъявленію иска<sup>5</sup>. Эмфитевта, суперфициарій и залогопринима- тель также могутъ предъявить этотъ искъ (въ видѣ act. confessoria utilis) для защиты вещнаго сервитута<sup>6</sup>. Узуфруктуарій участка, которому кто либо мѣшаетъ осуществлять сервитуты, установленныя въ пользу этого участка, пользуется защитою этого иска, поскольку ему препятствуютъ осуществлять узупруктъ<sup>7</sup>.—*Отвѣтчикомъ* бываетъ всякій, кто препятствуетъ истцу осуществлять сервитутъ или стѣсняетъ его въ этомъ осуществленіи; но отвѣтчикомъ не можетъ быть то лицо, которое лишь словесно оспариваетъ существованіе сервитута (что, впрочемъ, многіе утверждаютъ)<sup>8</sup>; отвѣчаетъ также и fictus possessor<sup>9</sup> (§ 150).

**II. Доказываніе.** Истецъ долженъ доказать два обстоятельства: 1. что ему принадлежит сервитутъ<sup>10</sup>, т. е., что онъ удовле-

<sup>1</sup> l. 2. pr. D. si s. v. 8, 5—<sup>2</sup> l. 5 pr. D. si us. p. 7, 6.—<sup>3</sup> l. 5. § 6. D. si u. p. 7, 6; l. 6. § 1. D. si s. v. 8, 5.—<sup>4</sup> l. 2. § 1. D. si s. v. 8, 5.—<sup>5</sup> l. 4. § 3. D. si s. v. 8, 5.—<sup>6</sup> l. 16. D. de serv. 8, 1; l. 3. § 3. l. 9. D. de o. n. n. 39, 1; l. 1. § 9. D. de sup. 43, 18; l. 1. § 5. D. de rem. 43, 25.—<sup>7</sup> l. 1. pr. l. 5. § 1. D. si us. pet. 7, 6; l. 1. § 20. D. de o. n. n. 39, 1; иначе понималъ это Юліанъ, ср. l. 2. D. de o. n. n. 39, 1; l. 1. § 4. D. de rem. 43, 25.—<sup>8</sup> l. 5. § 1. D. si u. p. 7, 6; l. 4. § 5. l. 10. § 1. l. 14. pr. D. si s. v. 8, 5.—<sup>9</sup> l. 6. D. si us. pet. 7, 6.—<sup>10</sup> l. 10. pr. D. si s. v. 8, 5; l. 9. C. de serv. 3, 34.



творилъ всѣмъ требованіямъ пріобрѣтенія права; сюда въ случаѣ вещнаго сервитута относится еще доказательство, что истецъ — собственникъ (эмфитевта, суперфициарій, залогоприниматель, узуфруктуарій) господствующаго участка <sup>11</sup>;

2. что отвѣтчикъ нарушилъ его право или подлежитъ отвѣтственности въ качествѣ *fictus possessor*.

III. *Обязанности отвѣтчика*. Онѣ зависятъ отъ того, приписываетъ ли себѣ отвѣтчикъ право на свои дѣйствія, или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ искъ направленъ на признаніе сервитута, на устраненіе непромѣрнаго состоянія, на вознагражденіе за убытки, причиненные по винѣ отвѣтчика <sup>12</sup>, на *cautio de non amplius turbando* <sup>13</sup>, къ которой винѣ <sup>14</sup> присоединяется судебная угроза наказаніемъ; если сервитутъ во время процесса былъ погашенъ вслѣдствіе неосуществленія, то искъ направленъ на возстановленіе сервитута <sup>15</sup>. Если отвѣтчикъ не оправдываетъ своихъ дѣйствій существованіемъ права, то требованіе признанія сервитута дѣлается излишнимъ.

По общему мнѣнію, *act. confessoria* въ слѣд. случаяхъ можетъ быть предъявлена въ видѣ *act. Publiciana* (§ 155 кон.):

а. въ области *всѣхъ* сервитутовъ — тѣмъ лицомъ, которому добросовѣтный владѣлецъ вещи (или управомоченный къ предъявленію *act. Publiciana*) установилъ добросовѣстно сервитутъ на эту вещь;

б. въ области *вещныхъ* сервитутовъ — тѣмъ лицомъ, которое, хотя и не имѣетъ права собственности на господствующій участокъ, но владѣетъ имъ добросовѣстно, а также и тѣмъ лицомъ, которое, хотя и не можетъ *доказать* своего права собственности, но можетъ доказать добросовѣстное владѣніе господствующимъ участкомъ.

Это общее мнѣніе не можетъ привести въ свою пользу доказательствъ изъ источниковъ <sup>16</sup>, но оправдывается по началамъ аналогіи (§ 7).

<sup>11</sup> l. 16. D. de exc. 44, 1. — <sup>12</sup> l. 4. §§ 2. 5. l. 6. § 6. l. 8. §§ 2. 4. D. si s. v. 8, 5; l. 5. C. de serv. 3, 34. — <sup>13</sup> l. 5. § 6. D. si u. p. 7, 6; l. 7. D. si s. v. 8, 5. — <sup>14</sup> IRA. § 162. — <sup>15</sup> l. 8. § 4. D. si s. v. 8, 5. — <sup>16</sup> См. однако l. 11. § 1. D. de Publ. 6, 2 и выше § 6 текстъ къ пр. 18.

## Раздѣлъ шестой.

## Владѣніе сервитутомъ (iuris quasi possessio).

*Bruns*, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848. — *Randa*, въ книгѣ, приведенной къ § 112. §§ 24—36. — *Meischeder*, въ книгѣ, приведенной къ § 120. Стр. 371—429. 470 и сл. — *Wendt*, das Faustrecht. § 16. 1883. — *Windscheid*, § 151. — *Brinz*, § 196. — *Baron*, § 107.

## 1) § 173. Понятіе и историческое развитіе.

Выраженія: владѣніе сервитутомъ, владѣніе правомъ, iuris quasi possessio—неудачны, ибо предметомъ владѣнія является не сервитутъ, не право; вѣрнѣе было бы говорить о фактическомъ господствѣ надъ тѣлесною вещью въ *нѣкоторыхъ только отношеніяхъ*, о фактическомъ положеніи дѣла, которое, будучи признано правомъ, составило бы сервитутъ, право.

Владѣніе сервитутомъ принадлежитъ къ числу тѣхъ институтовъ, развитіе коихъ только начато римскимъ правомъ, но не доведено до конца. Римское право исходитъ изъ того воззрѣнія, что вещи могутъ подлежать фактическому господству только вполнѣ, а не въ нѣкоторыхъ только отношеніяхъ; *поэтому оно принципиально не признаетъ владѣнія сервитутомъ*<sup>1</sup> (§ 115 пр. 13). Но потребности оборота привели къ противоположному развитію права. Во первыхъ, тѣ же основанія, на которыя опирается защита владѣнія вещью, требовали, чтобы фактическое господство надъ вещью въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ было защищаемо противъ произвольныхъ нарушеній въ той же мѣрѣ, какъ и полное фактическое господство. Во вторыхъ, вслѣдствіе неудобства, непримѣнимости и недостатка способовъ приобрѣтенія iuris civilis, правомочія, обыкновенно даваемая *установленіемъ сервитута*, очень часто предоставлялись и осуществлялись *фактически* (traditio s. patientia, diuturnus usus servitutis, §§ 167. 169). Преторскій эдиктъ уже давно пытался удовлетворять требованіямъ оборота; онъ ввелъ много (но не повсюду, § 175) правовыхъ мѣръ для того, чтобы защитить фактическое господство надъ вещью въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ отъ самовольныхъ нарушеній. Вслѣдствіе этого во второмъ столѣтіи по Р. Хр. возникло въ римской

<sup>1</sup> 1. 1. § 8. D. quod. leg. 43, 3; 1. 4. § 27. D. de usurp. 41, 3; 1. 32. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; ep. 1. 3. § 2. D. a. e. v. 19. 1.

юриспруденціи понятіе владѣнія правомъ (которое получило наименованіе *possessio iuris*<sup>2</sup>, *ius possidere*<sup>3</sup>, или же *iuris quasi possessio*<sup>4</sup>, въ противоположность къ *corporis possessio*<sup>5</sup>, къ владѣнію вещами). Тогдашніе юристы кромѣ того развили нѣкоторыя понятія далѣе, въ частности понятіе прибрѣтенія владѣнія правомъ, и создали такимъ образомъ новые способы прибрѣтенія сервитутовъ (*traditio s. patientia* и *longa possessio*); но они все-таки не выработали полной, законченной теоріи владѣнія правомъ; рѣшеніе этой задачи уже выпало на долю средневѣковой и новой юриспруденціи.

Средіе вѣка продолжали развитіе; отчасти законодательство церкви и государства, отчасти обычное право распространили владѣльческую защиту сначала на *est* сервитуты, а потомъ и на много вновь возникшихъ правъ (реальныя повинности, церковныя и свѣтскія верховныя права, должности и достоинства, регалии) и даже на права брачныя и семейственныя; осталось только спорнымъ вплоть до 18-го столѣтія, можно ли ее примѣнять и къ обязательствамъ. Противъ этого чрезмѣрнаго и неоправдываемаго никакими интересами распространенія возникла въ новое время (со времени Савиньи) благотворная реакція, но прочныя начала относительно предѣловъ защиты владѣнія правомъ еще не установились; всѣ согласны только въ томъ, что владѣніе должно защищаться *въ области вѣтъхъ сервитутовъ*.

## 2) § 174. Прибрѣтеніе и потеря владѣнія сервитутомъ.

*Windscheid*, § 163.

**I. Приобрѣтеніе владѣнія сервитутомъ.** Оно заключается въ желанномъ завладѣніи.

1. *Завладѣніе.* Въ источникахъ находимъ только общее правило, что *осуществленіе сервитута есть завладѣніе имъ*<sup>1</sup>. Новая наука специализируетъ это начало, смотря по различнымъ видамъ сервитутовъ, и приходитъ къ слѣд. правиламъ. Въ области владѣнія личными сервитутами завладѣніе состоитъ въ прибрѣтеніи *detentio* вещи, въ области владѣнія положительными вещными сервитутами—смотря по содержанію сервитута—или въ совершеніи соотвѣтственнаго дѣйствія, или въ построеніи того сооруженія, къ которому управомочиваетъ дѣйствительный сервитутъ (хожденіе, черпаніе воды—построеніе крыши, балкона)<sup>2</sup>; въ области

<sup>2</sup> 1. 2. § 3. D. de prec. 43, 26.—<sup>3</sup> 1. 7. D. de it. act. 43, 19; 1. 2. D. comm. pr. 8. 4.—<sup>4</sup> 1. 23. § 2. D. ex qu. c. m. 4, 6; 1. 10. pr. D. si s. v. 8, 5; 1. 3. § 17. D. de vi 43, 16; Gai. 4. 139.—<sup>5</sup> 1. 2. § 3. D. de prec. 43, 26.

<sup>1</sup> 1. 20. D. de serv. 8, 1.—<sup>2</sup> 1. 20. pr. D. de s. p. u. 8, 2.

владѣнія отрицательными сервитутами—въ томъ, что собственникъ участка запрещаетъ другому дѣлать что либо (напр., строить выше извѣстной мѣры), и тотъ повинуется, или въ томъ, что собственникъ участка добровольно объявляетъ другому, что онъ прекратитъ извѣстныя дѣйствія.—Завладѣніе можетъ быть одностороннимъ или произойти по волѣ владѣльца вещи, на которой осуществляется сервитутъ; въ послѣднемъ случаѣ оно называется въ источникахъ *traditio s. patientia*, теперь—*quasitraditio*. Завладѣніе можно также совершить черезъ представителя, если онъ дѣйствуетъ не отъ своего имени, а отъ имени представляемаго<sup>3</sup>.

2. *Завладѣніе должно быть желаннымъ*, т. е. осуществленіе сервитута должно быть предпринято съ волею осуществлять *свое собственное* право. Этой воли нѣтъ, напримѣръ, у того, кто пользуется дорогою, полагая, что это публичная дорога<sup>4</sup>, или кто идетъ по частной дорогѣ, полагая, что собственникъ ничего не будетъ имѣть противъ этого<sup>5</sup>.

II. *Потеря владѣнія сервитутомъ*. Объ этомъ вопросѣ находимъ въ источникахъ лишь скудные намеки. По теперь господствующему мнѣнію, владѣніе сервитутомъ теряется:

1. если становится невозможнымъ совершать тѣ дѣйствія, къ которымъ управомочиваетъ дѣйствительный сервитутъ; это начало подлежитъ тѣмъ же возраженіямъ, что и господствующее правило о потерѣ владѣнія вещью (§ 118);

2. если перестала существовать владѣльческая воля; при владѣніи *serv. discontinuae* объ этомъ фактъ заключаютъ изъ того, что продолжительное время не было совершено никакихъ дѣйствій для осуществленія сервитута.

### 3) § 175. Защита владѣнія сервитутомъ.

*Pflüger*, die sog. Besitzklagen, des R. R. S. 214—298. 1890.—*Vangerow*, § 355.—*Windscheid*, § 164.—*Brinz*, § 201.

Способы, какими въ римскомъ правѣ защищается владѣлецъ сервитута, представляютъ отраженіе того постепеннаго развитія, которое испытало въ р. пр. понятіе владѣнія правомъ. Такъ, защита дается владѣльцу не въ области всѣхъ сервитутовъ, а тѣмъ,

<sup>3</sup> I. 1. §§ 7. 8. 11. I. 3. § 4. D. de it. act. 43, 19.—<sup>4</sup> I. 25. D. qu. s. a. 8, 6.—<sup>5</sup> I. 1. § 6. I. 7. D. de it. act. 43, 19.—<sup>6</sup> I. 14. pr. D. de serv. 8, 1; I. 20. pr. D. de s. p. u. 8. 2.

которые вообще пользуются защитой, она не дается въ равномъ размѣрѣ; затѣмъ иногда (см. ниже пр. 8 и 12) требуется bona fides, элементъ въ существѣ дѣла совсѣмъ чуждый защитѣ владѣнія; наконецъ, замѣчательны также и иски: преторы и юристы старались сначала примкнуть къ искамъ, существовавшимъ уже для защиты владѣнія вещью, и только тамъ, гдѣ это не удавалось, преторскій эдиктъ вводилъ новые иски; поэтому защита владѣнія сервитутомъ не основывается на единомъ общемъ принципѣ, а отличается пестротой и разнообразіемъ.—Для лучшаго обзорѣнія удобнѣе говорить отдѣльно о личныхъ, сельскихъ и городскихъ сервитутахъ.

I. Владѣльцу *личнаго сервитута* давались въ преторскомъ эдиктѣ *int. uti possidetis* и *de vi* съ соответственными измѣненіями въ формулѣ (*uti utimini fruimini, unde tu illum uti frui prohibuisti*)<sup>1</sup>, въ видѣ *utilia*. *Int. utrubi* и *de precario*<sup>2</sup> годились для защиты владѣльца личнаго сервитута и въ прежнемъ своемъ видѣ.—Это пользованіе интердиктами, уже существовавшими для защиты владѣнія вещью, было весьма умѣстно, потому что для владѣнія личнымъ сервитутомъ также необходима *detentio* вещи, какъ и для владѣнія вещью (§ 174 sub I. 1).

II. Что касается владѣнія *сельскими сервитутами*, то римское право защищало только владѣніе сервитутами воды и дороги; для этой цѣли преторскій эдиктъ ввелъ слѣдующіе иски:

1. *Inderdictum de itinere actuque privato*<sup>3</sup>. Этотъ интердиктъ дается тому, кто осуществлялъ дорожный сервитутъ (*iter, actus, via*) не менѣе 30-и дней<sup>4</sup> въ послѣднемъ году до предъявленія иска *nes vi, nes clam, nes precario ab adversario*<sup>5</sup>, а теперь встрѣчаетъ въ этомъ препятствія со стороны другого. Если онъ желаетъ поправить испортившуюся дорогу и встрѣчаетъ въ этомъ препятствія со стороны другого, то ему недостаточно доказать владѣніе (такъ какъ пользоваться возможно и плохую дорогою), а необходимо доказать и существованіе права<sup>6</sup>; этотъ споръ рѣшается особымъ процессомъ (*int. de itinere reficiendo*).

<sup>1</sup> I. 4. D. uti poss. 43, 17; I. 3. §§ 13—17. I. 9. § 1. I. 10. D. de vi 43, 16; I. 60. pr. D. de usufr. 7, 1; I. 27. D. de don. 39, 5; Vat. fr §§ 90. 91.—  
<sup>2</sup> I. 2. pr. § 3. D. de prec. 43, 26.—<sup>3</sup> t. D. 43, 19: de itinere actuque privato.—  
<sup>4</sup> I. 1. pr. § 2. D. h. t. 43, 19.—<sup>5</sup> I. 1. pr. § 12. I. 3. § 2. D. h. t. 43, 19.—  
<sup>6</sup> I. 3. §§ 11. 13. D. h. t. 43, 19.

2. *Interdictum de aqua* <sup>7</sup>. Примѣняется какъ въ томъ случаѣ, если водопроводъ служитъ интересамъ сельскаго участка, такъ и въ томъ случаѣ, если онъ предназначенъ для городского участка. Интердиктъ этотъ дается лицу, которое воспользовалось водопроводомъ по крайней мѣрѣ одинъ разъ *pec vi pec clam pec precario ab adversario* и притомъ *bona fide* <sup>8</sup>; въ случаѣ *aqua quotidiana* предполагается, что однократное пользованіе произошло въ послѣднемъ году <sup>9</sup>, въ случаѣ *aqua aestiva* — въ это или послѣднее лѣто, въ случаѣ *aqua hiberna* — въ эту или послѣднюю зиму <sup>10</sup>. Кто желаетъ поправить водопроводъ и встрѣчаетъ со стороны другого препятствія, тотъ имѣетъ особенный *int. de rivis*, для чего долженъ представить тѣ же доказательства владѣнія, что и въ случаѣ *int. de aqua* <sup>11</sup>.

3. *Int. de fonte* и *de fonte reficiendo* <sup>12</sup>. Введены для сервитута черпанія воды; подлежатъ тѣмъ же началамъ, что *int. de aqua* и *de rivis*.

III. Что касается владѣнія *городскими сервитутами*, то правила р. пр. по этому предмету спорны. По мнѣнію однихъ, владѣльческая защита примѣнялась ко *всѣмъ* городскимъ сервитутамъ; другіе держатся прямо противоположнаго взгляда; нѣкоторые же утверждаютъ существованіе владѣльческой защиты для положительныхъ городскихъ сервитутовъ, а не признаютъ таковой для отрицательныхъ. Неосновательность первой теоріи доказывается нѣсколькими мѣстами источниковъ, которые въ случаяхъ нарушенія владѣнія отрицательнымъ городскимъ сервитутомъ признаютъ допустимыми только *operis novi nunciatio* и *int. quod vi aut clam* (§§ 324. 325), а не какой либо владѣльческій интердиктъ <sup>13</sup>. Правильность третьяго мнѣнія слѣдуетъ изъ 1. 3. § 6. *D. uti poss. 43, 17*, единственнаго мѣста, которое занимается нашимъ вопросомъ *ex professo*; по этому фрагменту, владѣлецъ дома съ пристройкою, протянутою въ воздушное пространство сосѣдняго участка, получаетъ защиту противъ нарушеній посредствомъ *int. uti possidetis*. Это рѣшеніе основано на слѣдующихъ соображеніяхъ: владѣніе *положительнымъ* городскимъ сервиту-

<sup>7</sup> t. D. 43, 20: *de aqua quotidiana et aestiva*. — <sup>8</sup> l. 1. pr. §§ 10. 19. 20. D. h. t. 43, 20. — <sup>9</sup> l. 1. §§ 4. 22. D. h. t. 43, 20. — <sup>10</sup> l. 1. §§ 3. 29—37. l. 6. D. h. t. 43, 20. — <sup>11</sup> t. D. 43, 21: *de rivis*. — <sup>12</sup> t. D. 43, 22: *de fonte*. — <sup>13</sup> l. 5. § 10. D. d. o. n. n. 39, 1; l. 6. § 1. D. si s. v. 8, 5; l. 15. D. de s. p. u. 8, 2.

томъ такъ тѣсно связано съ владѣніемъ самимъ участкомъ, что нарушеніе или отнятіе владѣнія сервитутомъ всегда заключаетъ въ себѣ нарушеніе владѣнія самимъ участкомъ; поэтому владѣлецъ участка посредствомъ *int. uti poss.* достигаетъ и защиты владѣнія *положительнымъ* городскимъ сервитутомъ. — Для содержанія въ порядкѣ сооружений, необходимыхъ для осуществленія положительнаго городского сервитута, р. право даетъ владѣльческую защиту только въ одномъ единственномъ случаѣ<sup>14</sup>, а именно, кто встрѣчаетъ со стороны другого препятствіе очищать и поправлять сточные каналы, тому дается *int. de cloacis*; онъ долженъ доказать только существованіе канала.

Въ той мѣрѣ, въ какой римское право давало защиту владѣльцу сервитута, его правила продолжаютъ дѣйствовать и теперь; тамъ же, гдѣ этой защиты не давалось, теперь уже вслѣдствіе средневѣковаго развитія права (§ 173 кон.) всякому владѣльцу сервитута даются владѣльческіе иски: какъ римскіе (*int uti poss.* и *unde vi utile*), такъ и впервые возникшіе въ средніе вѣка (*act. spolii, summarissimum*).

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

### Эмфитевзисъ.

t. D. VI, 3: si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur.—t. C. IV, 66: de iure emphyteutico.—А Ууу, de originibus et natura iuris emphyteutici Romanorum. 1838.—Windscheid, § 218.—Baron, §§ 91. 92.

#### 1) § 176. Историческое введеніе.

Въ компиляціи Юстиніана выраженіе „ager emphyteuticarius“ употребляется какъ равнозначущее другому „ager vectigalis“<sup>1</sup>; но во время классическихъ юристовъ эти названія имѣли разныя значенія.

**I. Ager vectigalis.** Италійскіе города (прежде также римское государство и коллегіи жрецовъ)<sup>1а</sup> часто отдавали въ аренду свои участки (сознавая, что юридическія лица мало способны къ занятію торговлею, промыслами и сельскимъ хозяйствомъ) на весьма продолжительное время (сто лѣтъ) или и навсегда (въ наследственную аренду) съ тѣмъ, чтобы арендаторъ исправно платилъ арендную плату (*vectigal*)<sup>2</sup>. Арендаторъ, строго говоря, долженъ

<sup>14</sup> t. D. 43, 23: de cloacis.

<sup>1</sup> Rubr. t. D. 6, 3, и 1. 15. § 1. D. qui sat. cog. 2. 8.—<sup>1а</sup> Hygin. p. 116. 117. 162, 25 (ed. Lachm.).—<sup>2</sup> 1. 1. 1. 2. D. h. t. 6, 3.

былъ бы для защиты своего права отъ нарушеній со стороны третьихъ лицъ прибѣгать къ посредничеству хозяина (такъ какъ арендатору не принадлежитъ вѣчное право на вещь, а только право требованія противъ хозяина, § 292 и сл.); но такъ какъ юридическое лицо тяжелѣе и неподвижнѣе лица физическаго, то казалось удобнымъ дать такому арендатору самостоятельную защиту, безъ посредничества хозяина; для этой цѣли ему была дана (вѣроятно путемъ *responsa prudentum*, а не преторскаго эдикта, какъ обыкновенно полагають) *actio in rem (vectigalis actio* <sup>3</sup>), что превратило его право въ право вѣчное (*ius in re aliena*) <sup>4</sup>. Кромѣ того ему было приписано производное владѣніе (что многіе отрицають, несмотря на прямое указаніе въ источникахъ <sup>5</sup>). Онъ приобрѣталъ плоды уже съ момента ихъ *separatio* отъ участка <sup>6</sup>. Право его было отчуждаемо и наслѣдственно <sup>7</sup>. Нѣсколько управомоченныхъ не могли дѣлить участка по реальнымъ частямъ <sup>8</sup>. Въ годы неурожая арендаторъ могъ требовать сбавки арендной платы (§ 294 пр. 16—19) <sup>9</sup>.

II. *Ager emphyteuticarius*. Институтъ эмфитевзиса представляеть одну изъ многихъ попытокъ римскихъ государственныхъ людей создать среднее крестьянское землевладѣніе. Для этой цѣли, начиная съ третьяго вѣка по Р. Хр., неизмѣримыя пустопорожнія земли въ провинціяхъ, принадлежавшія къ коронному и императорскому частному имуществу, отдавались для обработки (отсюда (*ἐμφύτευσις*) въ наслѣдственную аренду; эта форма аренды была затѣмъ примѣнена къ участкамъ церкви, провинціальныхъ городовъ, вельможей. Права эмфитевты были совершенно аналогичны съ правами арендатора *ager vectigalis* въ Италіи: и ему принадлежало вѣчное право на чужую вещь (*ius praedii*) <sup>10</sup>; но существовали и нѣкоторыя различія: эмфитевта не пользуется въ неурожайные годы правомъ на сбавку арендной платы; право продажи эмфитевты ограничено правомъ преимущественной купли (§ 178 пр. 8). Законодательство императоровъ дѣятельно занима-

<sup>3</sup> l. 15. § 26. D. de damn. inf. 39, 2. — <sup>4</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 6, 3; l. 71. §§ 5. 6. D. de leg. 1 (30). — <sup>5</sup> l. 15. § 1. D. qui sat. cog. 2, 8. — <sup>6</sup> l. 25. § 1. D. de usur. 22, 1. — <sup>7</sup> l. 16. § 2. D. de p. a. 13, 7; l. 31. D. de pign. 20, 1; l. 71. §§ 5. 6. D. de leg. 1 (30); l. 219. D. de v. s. 50, 16; l. 10. D. fam. ere. 10, 2. — <sup>8</sup> l. 7. pr. D. comm. div. 10, 3. — <sup>9</sup> l. 15. § 4. D. loc. 19, 2. — <sup>10</sup> l. 3. § 4. D. de reb. eorum qui s. t. 27, 9; cf. l. 13. C. de praed. et al. 5, 71.



лось эмфитевзисомъ вслѣдствіе его обширнаго примѣненія и важности, и поэтому выработались нѣкоторыя нормы, которыя не примѣнялись къ *ager vectigalis* (напр. нѣкоторые новые случаи лишенія права<sup>11</sup>); но, вѣроятно, практика уничтожила эти различія путемъ распространенія новыхъ нормъ на *ager vectigalis*; отсюда становится понятнымъ, почему въ правѣ Юстиніана *ager vectigalis* прямо приравнивается къ *ager emphyteuticarius*<sup>12</sup>, хотя мы не знаемъ никакого закона, который бы совершилъ это уравненіе. — Для института, происшедшаго отъ слиянія, нынѣ почти исключительно употребляется названіе „эмфитевзисъ“. Нѣкоторые юристы сомнѣваются въ нынѣшней примѣнимости правилъ римскаго права; но неосновательно, потому что, какъ извѣстно, въ средніе вѣка церковью были установлены эмфитевзисы, которые существовали вплоть до 19 вѣка. Впрочемъ, правда, что аграрное законодательство 19-го вѣка превратило въ *большей* части германскихъ государствъ право эмфитевзиса въ полное право собственности.

Источники упоминаютъ также иногда и о домахъ, какъ о *praedia emphyteuticaria* или *vectigalia*<sup>13</sup>; это означаетъ, очевидно, здавія, при отдачѣ которыхъ въ наймы состоялось соглашеніе, чтобы къ нимъ примѣнялись нормы, дѣйствующія для *emphyteusis*, а не для *superficies* (§ 183).

## 2) § 177. Понятіе и содержаніе.

*Vangerow*, §§ 358. 359.—*Windscheid*, § 219.—*Brinz*, §§ 202. 203.

*Emphyteusis* есть вещное, наследственное и отчуждаемое, полное право пользованія и извлеченія плодовъ, установленное на чужой сельскій участокъ (по исключенію и на домъ<sup>1</sup>) за опредѣленную арендную плату и безъ всякихъ ограниченій, кромѣ лишь того, чтобы участокъ не былъ приведенъ въ худшее противъ прежняго состояніе. Эмфитевта имѣетъ полное право пользованія и извлеченія плодовъ (сюда не относится присвоеніе клада) на имѣніе и всѣ его приращенія<sup>2</sup>; онъ приобретаетъ плоды съ момента ихъ *separatio* (§ 134)<sup>3</sup>; онъ можетъ измѣнять субстанцію вещи, лишь бы это не было ея ухудшеніемъ<sup>4</sup>. Такъ какъ его право отчуждаемо и наследственно, то онъ можетъ имъ распоряжаться

<sup>11</sup> I. 2. 1. 3. C. h. t. 4. 66.—<sup>12</sup> Ср. прим. 1.—<sup>13</sup> I. 15. § 26. D. de damn. inf. 39, 2; Nov. 7. c. 3. § 2; Nov. 120. c. 1. § 2.

<sup>1</sup> См. прим. 13 къ § 176.—<sup>2</sup> § 3. I. de loc. cond. 3, 24; I. 1. § 1. D. h. t. 6, 3.—<sup>3</sup> I. 25. § 1. i. f. D. de usur. 22, 1.—<sup>4</sup> Nov. 7. c. 3. § 2; Nov. 120. c. 6.

какъ между живыми, такъ и на случай смерти<sup>5</sup>, устанавливать сервитуты<sup>6</sup> на время существованія своего права и закладныя права<sup>7</sup>; онъ не можетъ только совершить односторонней *derelictio*<sup>8</sup>. Для защиты его права противъ всякаго нарушителя, ему даются *utiliter* всѣ иски<sup>9</sup> собственника (въ частности *rei vindicatio*<sup>10</sup>, *negatoria*, *confessoria*<sup>11</sup>, *Publiciana in rem actio*<sup>12</sup>); его *utilis rei vindicatio* называется *vectigalis actio*<sup>13</sup>. По поводу этихъ *actiones utiles* въ средніе вѣка возникло ложное ученіе о *dominium utile* эмфитевты (128 sub II).—Кромѣ того между эмфитевтою и хозяиномъ участка возникаетъ взаимный *личный* искъ изъ сдѣлки, лежащей въ основаніи правоотношенія (179).

### 3) § 178. Обязанности эмфитевты.

*Vangerow*, § 359.—*Windscheid*, 220.—*Brinz*, § 204.

На эмфитевтѣ лежатъ слѣд. обязанности:

1. Онъ долженъ не приводить участка въ худшее состояніе<sup>1</sup>; въ противномъ случаѣ (по закону Юстиніана<sup>2</sup>) хозяинъ можетъ его выселить; первоначально эта норма относилась лишь къ эмфитевзисамъ, установленнымъ на церковныя участки, но практика распространила ее и на свѣтскіе эмфитевзисы.

2. Онъ долженъ нести повинности, лежащія на вещи, въ частности платить подати; въ случаѣ неплатежа податей въ продолженіе трехъ лѣтъ хозяинъ участка можетъ его выселить<sup>3</sup>.

3. Онъ долженъ вносить хозяину ежегодную плату (*canon*, *pensio*, *reditus*, *vectigal*), опредѣляемую при установленіи эмфитевзиса<sup>4</sup>. Отъ этой обязанности освобождаетъ эмфитевту, по закону имп. Зенона, только гибель всего участка, но не части его<sup>5</sup> (потому что плата является не столько вознагражденіемъ за право пользованія, сколько знакомъ признанія права собственности хо-

<sup>5</sup> § 3. I. de loc. cond. 3, 24; I. 1. pr. D. h. t. 6, 3; I. 10. D. fam. erc. 10, 2; I. 71. §§ 5. 6. D. de leg. 1 (30); I. 3. C. h. t. 4, 66; I. 1. C. de fund. patr. 11. 62. — <sup>6</sup> I. 1. D. qu. m. us. 7, 4. — <sup>7</sup> I. 16. § 2. D. de p. a. 13, 7; I. 31. D. de pign. 20, 1. — <sup>8</sup> I. 3. C. de fund. patr. 11, 62. — <sup>9</sup> I. 23. § 1. D. de aq. pluvi. 39, 3; I. 5. § 3. arb. furt. 47, 7. — <sup>10</sup> I. 1. § 1. I. 2. D. h. t. 6, 3; I. 66. pr. D. de ev. 21, 2; I. 16. D. de serv. 8, 1. — <sup>11</sup> I. 16. D. de serv. 8, 1. — <sup>12</sup> I. 12. § 2. D. de Publ. a. 6, 2. — <sup>13</sup> I. 15. § 26. D. de damn. inf. 39, 2.

<sup>1</sup> Nov. 7. c. 3. § 2; Nov. 120. c. 8. — <sup>2</sup> Nov. 120 c. 8. — <sup>3</sup> I. 2. C. h. t. 4, 66. — <sup>4</sup> I. 2. C. h. t. 4, 66. — <sup>5</sup> I. 1. C. h. t. 4, 66; § 3. I. de loc. cond. 3, 24.

зяина); поэтому плата не сбавляется также и въ случаѣ неурожая или другихъ бѣдствій; многіе юристы держатся противоположнаго взгляда вслѣдствіе того, что въ *corpus iuris* попало по недосмотру компиляторовъ соотвѣтствующее опредѣленіе, касающееся арендатора *agri vectigalis* (§ 176 пр. 9)<sup>6</sup>. Если эмпитевта не вноситъ платы за церковный участокъ въ продолженіе двухъ лѣтъ, за свѣтскій—трехъ лѣтъ, то хозяинъ можетъ его выселить<sup>7</sup>.

4. Онъ обязанъ при всякомъ отчужденіи между живыми испросить на то согласія хозяина; хозяинъ можетъ отказать въ своемъ согласіи только по уважительнымъ причинамъ (напр. вслѣдствіе ненадежности пріобрѣтателя); если таковыхъ причинъ нѣтъ, то хозяинъ обязанъ въ продолженіе двухъ мѣсяцевъ признать въ лицѣ пріобрѣтателя новаго эмпитевту; за это онъ можетъ требовать (по суд. практикѣ, отъ пріобрѣтателя) 2-хъ процентовъ покупной цѣны или суммы оцѣнки; эта плата называется теперь *laudemium*. Если отчужденіе основано на договорѣ продажи, то хозяину принадлежитъ право преимущественной купли въ продолженіе двухъ мѣсяцевъ послѣ увѣдомленія со стороны эмпитевты, т. е. онъ можетъ самъ купить эмпитевзисъ, предложивъ равныя условія. Если эмпитевта совершитъ отчужденіе, не увѣдомивъ предварительно хозяина, или не выждавъ двухъ-мѣсячнаго срока, то хозяинъ можетъ его выселить<sup>8</sup>.

Эти правила объ обязанностяхъ эмпитевты могутъ быть измѣнены особыми соглашеніями сторонъ<sup>9</sup>.

#### 4) § 179. Возникновеніе эмпитевзиса.

*Vangerow*, § 360.—*Windscheid*, § 221.—*Brinz*, § 205.

Эмпитевзисъ возникаетъ:

1. Путемъ договора съ собственникомъ; и при томъ договора достаточно (по прямому опредѣленію источниковъ<sup>1</sup>), такъ что передачи участка не требуется (что многіе утверждаютъ). Для договора требуется (по закону императоровъ Зенона и Юстиніана<sup>2</sup>) письменная форма: въ области церковныхъ эмпитевзисовъ всегда, въ области свѣтскихъ — въ томъ случаѣ, если условлены какія

<sup>6</sup> I. 15. § 4. D. loc. 19, 2.—<sup>7</sup> I. 2. C. h. t. 4, 66; Nov. 7. c. 3. § 2; Nov. 120. c. 8.—<sup>8</sup> I. 3. C. h. t. 4, 66.—<sup>9</sup> I. 1. l. 2. C. h. t. 4, 66.

<sup>1</sup> I. 1. § 1. D. h. t. 6, 3.—<sup>2</sup> I. 1. C. h. t. 4, 66; Nov. 120. c. 6. § 2.

либо отступленія отъ законныхъ правилъ; въ прочихъ случаяхъ достаточно всякаго изъявленія воли; поэтому договоръ этотъ причисляютъ къ консенсуальнымъ контрактамъ (§ 209 sub A. 4). Природа его долгое время возбуждала споры (нѣкоторые считали его договоромъ аренды, другіе—договоромъ купли<sup>3</sup>), пока императоръ Зенонъ не призналъ его *особымъ* договоромъ (*contractus emphyteuticarius*), который не подлежитъ ни правиламъ купли, ни правиламъ найма; поэтому эмфитевта не несетъ *omne periculum* (какъ покупатель), но и не свободенъ совсѣмъ отъ риска (какъ наниматель), а отвѣчаетъ за ухудшеніе или уменьшеніе участка (§ 178 sub 3).

2. Путемъ отказа, назначеннаго собственникомъ въ распоряженіи на случай смерти (что нѣкоторые оспариваютъ безъ основанія).

3. Путемъ судебнаго установленія (§ 168).

4. Спорно, можетъ ли эмфитевзисъ возникнуть по давности; источники прямо высказываютъ, что *usucapio* здѣсь не допускается<sup>4</sup>; *longi temporis praescriptio* обойдена молчаніемъ. Такъ какъ давность принадлежитъ къ *ius singulare*, то перенесеніе ея путемъ аналогіи на эмфитевзисъ для современнаго юриста недозволительно (§ 13 пр. 9).

### 5) § 180. Переносъ эмфитевзиса.

*Windscheid*, § 221.

Уже существующій эмфитевзисъ переносится:

1. Путемъ *traditio* участка со стороны эмфитевты<sup>1</sup> съ волею, чтобы получатель приобрѣлъ право эмфитевзиса; здѣсь примѣняются аналогично начала § 131.

2. Путемъ наслѣдства или отказа, оставленнаго эмфитевтою.

3. Путемъ судебнаго распоряженія; послѣднее бываетъ необходимымъ въ области процессовъ о раздѣлѣ; такъ какъ участокъ, подлежащій эмфитевзису, не можетъ быть раздѣленъ по реальнымъ частямъ безъ согласія хозяина<sup>2</sup>, то судья для раздѣла долженъ присудить весь эмфитевзисъ одному изъ участниковъ съ

<sup>3</sup> Gai. 3, 145; l. 1. C. h. t. 4, 66.—<sup>4</sup> l. 12. § 2. D. de Publ. a. 6, 2.

<sup>1</sup> cf. l. 12. § 2. D. de Publ. a. 6, 2.—<sup>2</sup> l. 7. pr. D. comm. div. 10, 3; l. 10. D. fam. ere. 10, 2; l. 15. § 26. D. de damn. inf. 39, 2.

тѣмъ, чтобы онъ уплатилъ соотвѣтственное вознагражденіе другимъ участникамъ.

4. Путемъ давности неуправомоченный можетъ приобрѣсть уже существующій эмфитевзисъ; это, конечно, первоначальный способъ приобрѣтенія, а не переносъ эмфитевзиса.

### 6) § 181. Прекращеніе эмфитевзиса.

*Vangerow*, § 361.—*Windscheid*, § 222.—*Brinz*, § 205.

Обстоятельства, изложенныя въ § 171 sub I. II., вслѣдствіе которыхъ прекращаются всѣ вещныя права и вещныя права на чужую вещь, относятся также и къ эмфитевзису. Къ нимъ присоединяются еще слѣдующія особыя основанія прекращенія эмфитевзиса:

1. Приобрѣтеніе по давности полнаго права собственности на участокъ третьимъ лицомъ;

2. Выселеніе, изгнаніе эмфитевты (такъ наз. *privatio*); условія и поводы *privatio* уже указаны въ § 178.

Многіе юристы утверждаютъ, что эмфитевзисъ прекращается также въ случаѣ смерти эмфитевты безъ наслѣдниковъ; но въ послѣднее время это справедливо было оспорено; въ этомъ случаѣ эмфитевзисъ, какъ *bonum vacans*, достается фиску; лишь въ томъ случаѣ, если казна въ продолженіе четырехъ лѣтъ не воспользуется своимъ правомъ (§ 87 пр. 16), эмфитевзисъ дѣйствительно прекращается.

### 7) § 182. Владѣніе эмфитевты.

*Vangerow*, § 200. — *Windscheid*, § 154. N. 7.—*Brinz*, § 203.

Спорно, слѣдуетъ ли приписать эмфитевтѣ первоначальное владѣніе вещью, или производное владѣніе вещью, или же владѣніе правомъ. Такъ какъ эмфитевта, очевидно, не имѣетъ такъ называемаго *animus domini*, то первое мнѣніе, безъ сомнѣнія, неосновательно. Третьяго мнѣнія нельзя принять потому, что арендаторъ *agri vectigalis* и *emphyteuticarii* въ источникахъ<sup>1</sup> прямо называется лицомъ *qui agrum possidet*. Стало бытъ, эмфитевтѣ принадлежитъ производное владѣніе участкомъ и, слѣд., всѣ иски

<sup>1</sup> l. 15. § 1. D. qui sat. cog. 2, 8.

для защиты владѣнія вещью (§ 120 и сл.); но производное владѣніе эмфитевты не препятствуетъ его хозяину продолжать давностное владѣніе участкомъ, что, вѣдь, въ равной мѣрѣ относится и къ производному владѣнію залогопринимателя и прекариста (§ 112 пр. 10. 13. § 141 пр. 3).

## ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

### § 183. Superficies.

t. D. XLIII, 18: de superficibus.—*Wächter*, das Superficiaroder Platzrecht. 1866.—*Degenkolb*, Platzrecht und Mieth. 1867.—*Vangerow*, § 362.—*Windscheid*, §§ 223. 154. N. 7.—*Brinz*, §§ 202—205.—*Baron*, § 93.

**I. Историческое сведеніе.** Нуждающемуся въ жилищѣ представляются два пути: или нанять чужой домъ (или часть его), или же нанять чужую площадь, выговоривъ себѣ вмѣстѣ съ тѣмъ право построить на площади *на свои средства* домъ; послѣднее выгодно только въ томъ случаѣ, если договоръ найма заключенъ навсегда или на весьма продолжительное время. Этотъ второй путь былъ нерѣдко избираемъ въ Римѣ по отношенію къ тѣмъ строевымъ площадямъ, которыя находились въ собственности государства; этому способствовало еще то обстоятельство, что римское государство соглашалось на полное отчужденіе (продажу) принадлежащаго ему участка только по особымъ причинамъ, а за то охотно отдавало участки за наемную плату. Городекія общины и частныя лица слѣдовали примѣру государства, а преторскій эдиктъ регулировалъ новое правоотношеніе и защищалъ строителя дома (суперфициарія) владѣльческимъ интердиктомъ (int. de superficibus) и вещнымъ искомъ<sup>1</sup>. Мотивомъ для этихъ исковъ было именно то обстоятельство, что суперфициарій построилъ зданіе изъ собственнаго матеріала, а поэтому справедливость требовала снабдить его самостоятельными средствами защиты отъ нарушеній со стороны третьихъ лицъ, чтобы ему не приходилось прибѣгать всякій разъ къ посредничеству собственника (ср. § 176 пр. 3. 4).—Въ Германіи суперфиций не особенно распространенъ (онъ очень распространенъ въ Англіи).

**II. Понятіе и содержаніе.** Легальное опредѣленіе имѣть въ

<sup>1</sup> l. 1. pr. §§ 1. 3. D. h. t. 43, 18.

виду не право суперфиція, а его *объектъ*: строеніе; оно гласитъ: *superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum*<sup>2</sup>. Суперфиціарное право слѣдуетъ опредѣлить такъ: *superficies est вещное, полное, наследственное и отчуждаемое право пользования и извлеченія плодовъ на постройку, принадлежащее навсегда или на условленное продолжительное время*<sup>3</sup> тому, кто возвел это строеніе на чужомъ участкѣ съ согласія собственника. Отъ права, которое принадлежитъ нанимателю строенія, superficies отличается тѣмъ, что первое — только обязательное право, а послѣднее — вмѣстѣ съ тѣмъ и вещное<sup>4</sup>. — Суперфиціарій имѣетъ полное право пользования и извлеченія плодовъ на строеніе и принадлежащія ему сервитуты; такъ какъ его право отчуждаемо и наследственно, то онъ можетъ распоряжаться имъ между живыми и на случай смерти, устанавливать сервитуты на время существованія своего права и закладывать его<sup>5</sup>. За то онъ обязанъ нести повинности и платить подати, а также вносить собственнику участка обѣщанную наемную плату (*solarium, pensio*)<sup>6</sup>: относительно этой платы собственникъ участка имѣетъ преимущество предъ вѣрителемъ подъ залогъ суперфиція<sup>6a</sup>; собственникъ участка въ случаѣ отчужденія суперфиція со стороны суперфиціарія не имѣетъ ни права преимущественной купли, ни притязанія на *laudemium*.

### III. Установленіе. Superficies устанавливается:

1. Путемъ договора съ собственникомъ. Договоръ этотъ обыкновенно принадлежитъ къ типу договора найма<sup>7</sup>; но возможенъ и какой либо иной договоръ, и дѣйствительно источники упоминаютъ о договорѣ купли<sup>8</sup>. *Traditio* для установленія права не требуется (спорно).

<sup>2</sup> 1. 2. D. h. t. 43, 18; cf. 1. 74. D. de r. v. 6, 1; 1. 2. § 17. D. ne quid in loc. publ. 43, 8.—<sup>3</sup> 1. 1. § 3. D. h. t. 43, 18.—<sup>4</sup> 1. 86. § 4. D. de leg. 1 (30); 1. 19. pr. D. de damn. inf. 39, 2.—<sup>5</sup> 1. 1. §§ 6. 7. 9. D. t. 43, 18; 1. 1. pr. D. qu. m. ususfr. 7, 7; 1. 10. D. fam. erc. 10, 2; 1. 86. § 4. D. de leg. 1 (30); 1. 16. § 2. D. de pign. a. 13, 7; 1. 13. § 3. D. de pign. 20. 1; 1. 15. D. qui pot. 20, 4.—<sup>6</sup> 1. 74. D. de r. v. 6, 1; 1. 15. D. qui pot. 20. 4; 1. 2. § 17. D. ne quid in loc. publ. 43, 8.—<sup>6a</sup> 1. 15. D. qui pot. 20, 4.—<sup>7</sup> 1. 1. pr. § 3. 1. 2. D. h. t. 43, 18; 1. 18. § 4. D. de damn. inf. 39, 2; 1. 3. § 7. D. uti poss. 43, 17; 1. 2. § 17. D. ne quid in loc. publ. 43, 8.—<sup>8</sup> 1. 1. § 1. D. h. t. 43, 18; напротивъ на 1. 32. D. de i. d. 23, 3 нельзя ссылаться, такъ какъ это мѣсто говоритъ о домѣ, который проданъ на сломъ.

2. Путемъ отказа, назначеннаго собственникомъ въ распоряженіи на случай смерти.

3. Путемъ судебного установленія.

Вопросъ, можетъ ли возникнуть superficies по давности, такъ же споренъ, какъ и такой же вопросъ относительно эмфитевзиса<sup>9</sup>; по указаннымъ выше основаніямъ его слѣдуетъ рѣшить въ отрицательномъ смыслѣ (§ 179 кон.).

IV. Относительно переноса и

V. относительно прекращенія дѣйствуютъ тѣ же правила, что и въ области эмфитевзиса (§§ 180. 181); только собственнику участка не принадлежит ius privationis противъ суперфициарія. Впрочемъ, господствующее мнѣніе признаетъ ius privationis по крайней мѣрѣ въ томъ случаѣ, если суперфициарій въ продолженіе двухъ лѣтъ не платитъ solagium<sup>10</sup>; но многіе отрицаютъ возможность примѣненія этого правила къ superficies—и они правы: ибо оно относится только къ кратковременнымъ отношеніямъ по найму (§ 295 пр. 6).

VI. Защита суперфициарія. Суперфициарію принадлежатъ utiliter все средства защиты<sup>11</sup> собственника (въ частности rei vindicatio, negatoria, confessoria, Publiciana in rem actio)<sup>12</sup>; вслѣдствіе этого въ средніе вѣка возникло ложное ученіе о dominium utile суперфициарія (§ 128 sub II). Кромѣ того между суперфициаріемъ и установителемъ возникаютъ личные иски, различныя смотря по основанію возникновенія суперфиция (act. locati-conducti, emti-venditi и т. д.<sup>13</sup>).

VII. Спорно владѣніе суперфициарія. По мнѣнію нѣкоторыхъ, ему принадлежитъ производное владѣніе участкомъ вмѣстѣ со строеніемъ, по мнѣнію другихъ, —первоначальное владѣніе строеніемъ, по господствующему мнѣнію, —iuris quasi possessio. Не подлежитъ сомнѣнію, что собственнику участка принадлежатъ int. uti possidetis<sup>14</sup> (этимъ опровергается первое мнѣніе); затѣмъ не подлежитъ сомнѣнію, что суперфициарію принадлежатъ int. de vi и int. de precario<sup>15</sup> (и притомъ directe, а не utiliter; этимъ опро-

<sup>9</sup> l. 12. § 3. D. de P. a. 6, 2; cf. l. 26. D. de usurp. 41, 3.—<sup>10</sup> По поводу l. 54. § 1. l. 56. D. loc. 19, 2.—<sup>11</sup> l. 3. § 3. D. de o. n. n. 39, 1; l. 13. § 8. l. 39. § 1. D. de damn. inf. 39, 2; l. 11. § 14. D. quod vi 43, 24.—<sup>12</sup> l. 1. §§ 1. 3. 6. D. h. t. 43, 18; l. 73. § 1. l. 74. l. 75. D. de r. v. 6, 1; l. 12. § 3. D. de P. a. 6, 2.—<sup>13</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 43, 18.—<sup>14</sup> l. 3. § 7. D. uti poss. 43, 17.—<sup>15</sup> l. 1. § 5. D. de vi 43, 16; l. 2. pr. § 3. D. de prec. 43, 26.



вергается третье мнѣніе, и подтверждается справедливость второго). Кромѣ *int. de vi* и *de precario* суперфициарію еще дается *int. de superficiebus*<sup>16</sup>; послѣдній интердиктъ созданъ по образцу *int. uti poss.*, стало быть, это—*int. retinendae possessionis*.

## ГЛАВА ПЯТАЯ.

### Закладное право.

*Sintenis*, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. 1836.—*Bachofen*, das Römische Pfandrecht (не окончено). 1847.—*H. Dernburg*, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen Römischen Rechts. 2 Bde. 1860. 1864.

### Раздѣлъ первый.

#### Общія начала.

#### А. § 184. Понятіе реального кредита и его формы въ римскомъ правѣ.

*Vangerow*, § 363. — *Windscheid*, § 224. N. 2. — *Brinz*, § 350. — *Baron*, §§ 95—98.

Закладное (или залоговое) право есть особый видъ реального кредита.

Существуетъ два вида кредита: личный и реальный. Кредиторъ вѣритъ, что должникъ способенъ и намѣренъ уплатить свой долгъ; если это довѣріе основывается только на мнѣніи кредитора о личности должника (его имущественномъ положеніи, дѣльности, добросовѣстности, общественномъ положеніи), то говорятъ о кредитѣ личномъ; если же для кредитора предназначены извѣстные имущественные объекты, къ которымъ онъ долженъ обратиться въ случаѣ неудовлетворенія, то кредитъ называется реальнымъ. Реальный кредитъ есть средство огражденія вѣрителя отъ риска настоящей или будущей несостоятельности должника; онъ можетъ обратиться къ заложенной вещи даже въ томъ случаѣ, если должникъ отчуждилъ ее; этимъ средствомъ не могутъ пользоваться личные кредиторы; кромѣ того они могутъ обращаться къ имуществу, отведенному для реального кредитора, только послѣ удовлетворенія послѣдняго. Въ здоровомъ и развитомъ дѣловомъ оборотѣ личный и реальный кредитъ дополняютъ другъ

<sup>16</sup> l. 1. pr. § 2. D. h. t. 43, 18.

друга, т. е. бываютъ какъ такіе случаи, когда удобно предоста-  
вить личный кредитъ, такъ и такіе, въ которыхъ болѣе удоб-  
нымъ является реальный кредитъ. Юридическія формы реального  
кредита могутъ быть различныя. Въ римскомъ правѣ (кромѣ пре-  
дiатуры, которая главнымъ образомъ примѣнялась при догово-  
рахъ между римскимъ государствомъ или общинами, съ одной  
стороны, и частными лицами, съ другой стороны) выработались  
постепенно три формы:

1. *Fiducia cum creditore*<sup>1</sup>; вѣритель получаетъ здѣсь *право собственности* на вещь съ уговоромъ (*actum fiduciae*) возвратить это право должнику по прекращеніи долга; должникъ можетъ тре-  
бовать исполненія этой обязанности посредствомъ *act. fiduciae*. Аналогичное явленіе представляетъ теперешнее *pignus irregulare*, которое устанавливается въ качествѣ должностной, арендной или процессуальной *cautio* деньгами или цѣнными бумагами (§ 76 sub 1 b); *pignus irregulare* не есть закладное право (какъ утверждаетъ гос-  
подствующее мнѣніе), а только видъ реального кредита.

2. *Pignus*<sup>2</sup>, *закладъ*; вѣритель получаетъ (*производное*) *владѣніе* вещью и защиту его посредствомъ владѣльческихъ интер-  
диктовъ, а также посредствомъ *actio hypothecaria* (которая перво-  
начально примѣнялась только къ ипотекамъ, см. ниже пр. 8); онъ обязанъ послѣ прекращенія долга возвратить вещь; для судебного осуществленія соотвѣтственнаго права должнику принадлежитъ *act. pigneraticia directa* (§ 279). Право въ случаѣ неудовлетворе-  
нія продать вещь и удовлетворить себя изъ вырученной суммы первоначально принадлежало вѣрителю только въ томъ случаѣ, если онъ выговорилъ себѣ это особымъ договоромъ<sup>3</sup> (*actum de vendendo pignore*); но къ концу 2-го вѣка по Р. Хр. этотъ уго-  
воръ сталъ подразумѣваться самъ собою, и даже тотъ договоръ, въ которомъ вѣритель отказывался отъ этого права, былъ объ-  
явленъ недействительнымъ и имѣлъ только то значеніе, что вѣритель долженъ былъ сдѣлать должнику троекратное напоми-  
наніе<sup>4</sup> (§ 198 пр. 5).

3. *Hypotheca*<sup>5</sup>, чисто договорный залогъ; въ самомъ древнемъ

<sup>1</sup> Gai 2, 59. 60; Paul. sent. rec. II, 13.—<sup>2</sup> Isid. orig. V, 25. § 22; § 7. I. de act. 4, 6.—<sup>3</sup> Gai. 2, 64; l. 73. D. de furt. 47, 2. —<sup>4</sup> l. 4. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>5</sup> l. 9. § 2. D. de pign. a. 13, 7; l. 4. D. de pign. 20, 1; § 7. l. de act. 4, 6.

случаѣ этого рода залога (состоявшемъ въ томъ, что арендаторъ *сельскаго* участка по договору устанавливалъ право залога на ввезенный имъ инвентарь хозяину участка) вѣритель (отдавшій въ аренду) получалъ право въ случаѣ неудовлетворенія захватить *самому* владѣніе инвентаремъ для обезпеченія; кромѣ того преторскій эдиктъ ввелъ (*prohibitorium*) *int. adipiscendae possessionis* (*int. Salvianum*, § 196) для защиты вѣрителя въ осуществленіи упомянутаго права <sup>6</sup>. Впослѣдствіи хозяинъ участка получилъ еще по преторскому эдикту *act. in rem Serviana*—искъ, посредствомъ котораго онъ могъ потребовать *передачи* владѣнія судебнымъ порядкомъ <sup>7</sup>, то есть онъ не былъ вынужденъ самъ предпринимать захватъ владѣнія, а могъ требовать, чтобы оно было ему передано должникомъ (или судомъ). Вскорѣ *hypotheca* была объявлена примѣнимою ко всѣмъ обязательствамъ, и здѣсь (какъ и въ случаѣ *pignus*) для судебного осуществленія права на владѣніе были введены *act. Serviana utilis, quasi Serviana, hypothecaria*, просто *Serviana* <sup>8</sup>. Относительно права продажи порядкомъ историческаго развитія тотъ же, что и въ области *pignus*.

Результатъ развитія права ко времени Юстиніана оказался слѣдующій: *fiducia* вышла изъ употребленія, такъ какъ она доставляетъ вѣрителю больше правомочій, нежели требуется для его обезпеченія; *pignus* и *hypotheca* такъ сблизились по своимъ послѣдствіямъ, что отличаются только въ одномъ: *pignus* доставляетъ вѣрителю владѣніе *тотчасъ*, *hypotheca*—лишь *впослѣдствіи*, по предъявленіи со стороны вѣрителя иска по случаю неудовлетворенія; оба института даютъ вѣрителю права продажи. Такимъ образомъ въ сущности въ правѣ Юстиніана существуетъ только одинъ институтъ съ двумя названіями: *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* <sup>9</sup>; и даже эти названія въ источникахъ часто употребляются одно вмѣсто другого.

Таково положеніе и въ нынѣшнемъ общемъ правѣ; существуетъ только одинъ институтъ: залогъ (*Pfand*), который распадается на закладъ (*Faustpfand*) и ипотеку, смотря по тому, получаетъ ли вѣритель владѣніе тотчасъ, или нѣтъ. Напротивъ, во многихъ партикулярныхъ правахъ положеніе дѣла иное; они рѣзко противопоставляютъ закладъ и ипотеку, устанавливая для нихъ существенно различныя правила, такъ что тамъ существуютъ два различныхъ института закладнаго права.

<sup>6</sup> Gai. 4, 147; § 3. I. de int. 4, 15.—<sup>7</sup> § 7. I. de act. 4, 6.—<sup>8</sup> § 7. I. cit.—<sup>9</sup> I. 5. § 1. D. de pign. 20, 1.

### В. § 185. Понятіе и существо закладного права.

*Büchel*, civilrechtliche Erörterungen. Bd. 1 Nr. 2. 2. Aufl. 1847.—*Bremer*, das Pfandrecht und die Pfandobjecte 1867.—*Exner*, Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach Röm. R. 1873.—*Vangerow*, §§ 363. 364.—*Windscheid*, § 224.—*Brinz*, § 346.

*Закладное право по общему правилу есть вещное право на чужую вещь, принадлежащее впрителю въ обезпеченіе его требованія и состоящее въ правомочіи владѣть вещью и продать ее, чтобы изъ вырученной суммы самому удовлетворить свое требованіе.*

1. *Закладное право по общему правилу есть вещное право на чужую вещь; лишь вслѣдствіе распространенія института ипотеки на всѣ предметы, могущіе быть продаваемыми, закладное право лишается въ нѣкоторыхъ случаяхъ характера вещнаго права (§ 187). Закладное право существенно отличается отъ прочихъ iura in re aliena, ибо а) правомочія субъекта сервитута, эмфитевты и суперфициарія состоятъ въ правѣ пользованія и извлеченія плодовъ, и при томъ, какъ бы они обширны ни были, никогда не имѣютъ силы прекращать право собственности; напротивъ, право залогопринимателя (называемаго часто въ источникахъ просто creditor) состоятъ въ правѣ на цѣнность вещи, осуществляя которое (путемъ продажи вещи), вѣритель лишаетъ залогодателя его права собственности. б) Правомочія субъекта сервитута, эмфитевты и суперфициарія имѣютъ длительный характеръ; право отчужденія, принадлежащее залогопринимателю, можетъ быть осуществлено только одинъ разъ. в) Будучи правами пользованія, сервитутъ, эмфитевзисъ и суперфиций обладаютъ цѣнностью сами по себѣ; напротивъ, закладное право есть только средство обезпеченія обязательства и не должно производить иныхъ послѣдствій, кромѣ лишь тѣхъ, которыя вытекаютъ изъ самого обязательства, т. е. дѣйствія въ пользу вѣрителя; поэтому оно и само не обладаетъ никакою цѣнностью, и не увеличиваетъ номинальній цѣнности обязательства (впрочемъ, залоговое право увеличиваетъ часто продажную цѣнность требованія). Вслѣдствіе этихъ отличій нѣкоторые новые юристы не признаютъ за закладнымъ правомъ характера вещнаго права и утверждаютъ, что его слѣдуетъ квалифицировать какъ требованіе (обязательственное) залогопринимателя къ залогу или къ его собственнику. Это воззрѣніе, повидимому, подтверждается терминологіею источниковъ, которые установленіе закладного права обыкновенно на-*

зываютъ *rem obligare, pignus contrahere*, прекращеніе — *pignus liberare, pignus solvere*, и которые *pignoris obligationi* противопоставляютъ *obligatio personalis* <sup>1</sup>. Но эти выраженія объясняются тѣмъ, что обязательство и закладное право преслѣдуютъ одну и ту же цѣль (дѣйствіе въ пользу вѣрителя) и что вслѣдствіе этого какъ личность должника, такъ и заложная вещь *связаны*; но связанность вещи имѣетъ необходимо иное юридическое содержаніе, нежели связанность лица. Поэтому и въ источникахъ закладное право прямо названо *ius in re aliena* <sup>2</sup>; изложенныя выше отличія закладного права отъ прочихъ *iura in re aliena* указываютъ только на особый характеръ закладного права, какъ вида вещныхъ правъ.

2. *Закладное право есть право на чужую вещь*. Ибо собственная вещь не можетъ доставить вѣрителю требуемаго обезпеченія въ исполненіи обязательства; кромѣ того собственникъ вещи не можетъ рядомъ съ правомъ собственности имѣть на нее еще и разныя ограниченныя права. Поэтому закладное право прекращается вслѣдствіе *confusio* (§ 207). Но есть нѣсколько и такихъ случаевъ, въ которыхъ закладное право на собственную вещь, хотя оно и не составляетъ никакого обезпеченія, можетъ предохранить по крайней мѣрѣ отъ убытковъ; въ этихъ случаяхъ уже римское право признаетъ закладное право на собственную вещь (§ 207 пр. 3—6). Новыя законодательства о поземельныхъ книгахъ увеличили количество такихъ случаевъ, называемыхъ ипотекою собственника. Эти законодательства идутъ еще дальше и дозволяютъ собственнику участка устанавливать на него на свое собственное имя такъ назыв. поземельные долги (*Grundschild*).

3. *Закладное право имѣетъ цѣлью обезпеченіе опредѣленной требованія*; въ этомъ состоитъ интересъ вѣрителя въ закладномъ правѣ (§ 16); поэтому закладное право относится къ требованію, какъ *придаточное право къ главному* <sup>3</sup>, оно неразрывно связано съ послѣднимъ. Изъ этого правила есть исключенія двоякаго рода: а) иногда закладное право переносится съ того требованія, которое оно обезпечиваетъ, на другое (такъ наз. ипотечное преемство, § 193); б) иногда закладное право продолжаетъ существовать, несмотря на то, что главное требованіе во всѣхъ прочихъ отношеніяхъ прекратилось (§ 207 sub. III. 2).

<sup>1</sup> 1. 11. D. quib. m. p. v. h. solv. 20, 6. — <sup>2</sup> 1. 19. pr. D. de damn. inf. 39, 2; 1. 30. D. de nox. act. 9, 4. — <sup>3</sup> 1. 43. D. de sol. 46, 3.

Гораздо дальше въ этомъ направленіи идетъ новое законодательство о поземельныхъ книгахъ, а именно оно а) требуетъ наличности обязательства только для установленія, но не для дальнѣйшаго существованія ипотеки, б) въ случаѣ такъ наз. Grundschild совсѣмъ не требуетъ наличности обязательства.

4. Закладное право доставляетъ вѣрителю право владѣнія и продажи (исключенія см. въ § 189); этимъ ограничиваются права собственника. Однако послѣдній не теряетъ при этомъ права пользованія и извлеченія плодовъ, а равно и права (полнаго или частичнаго) отчужденія залога; но такое отчужденіе не умаляетъ силы закладного права: *quia cum sua causa fundus transit* <sup>4</sup>. Только въ одномъ случаѣ отчужденіе, совершенное собственникомъ, не дѣйствительно, а именно, если заложена *спеціально движимая вещь*; по римскому праву (но не по нынѣшнему) въ этомъ даже заключалось *furtum* <sup>5</sup>, ср. § 311 пр. 7.

## Раздѣлъ второй.

### Возникновеніе закладного права.

#### *Предварительное замѣчаніе.*

Для возникновенія закладного права необходима наличность трехъ факторовъ; требованія, предмета, способнаго быть заложенымъ, акта возникновенія.

#### 1. § 186. Требованіе.

t. D. XX, 1; t. C. VIII, 14: de pignoris et hypothecis.—*Vangerow*, § 364.—*Windscheid*, § 225.—*Brinz*, § 348.

Согласно понятію закладного права, для его возникновенія необходимо существованіе требованія. Послѣднее должно принадлежать тому лицу, которое пріобрѣтаетъ закладное право <sup>1</sup> (въ противномъ случаѣ для него нѣтъ никакого интереса, §§ 16. 185 sub 3); напротивъ, залогодателемъ не долженъ быть необходимо самъ должникъ; можно установить закладное право и въ обезпеченіе чужого долга <sup>2</sup>. Объектъ требованія (деньги, прочія вещи, дѣйствія) безразличенъ <sup>3</sup>. Требованіе обыкновенно бываетъ сроч-

<sup>4</sup> 1. 18. § 2. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>5</sup> 1. 19. § 6. l. 61. § 8 l. 66. pr. D. de furt. 47, 2.

<sup>1</sup> 1. 33. D. h. t. 20, 1.—<sup>2</sup> 1. 5. § 2. D. h. t. 20, 1.—<sup>3</sup> 1. 9. § 1. D. de pign. a. 13, 7.

нымъ<sup>4</sup>, но оно можетъ быть и уже подлежащимъ исполненію. Оно можетъ быть также условнымъ<sup>5</sup> или будущимъ<sup>6</sup> (наприм., будущій заемъ, обѣщаніе возврата dos, которая еще не выплачена супругу<sup>7</sup>, обѣщаніе платить проценты, наемную плата, которую наниматель будетъ долженъ только послѣ предоставленія \*ему пользованія нанятыми вещами)<sup>8</sup>; но въ этихъ случаяхъ и само закладное право является условнымъ или будущимъ и возникаетъ только съ момента возникновенія требованія<sup>9</sup>. И *obligationes naturales* могутъ быть обеспечены залогомъ<sup>10</sup>; само закладное право въ этомъ случаѣ не лишено иска; впрочемъ, если обязательство лишено иска на основаніи *положительной* нормы права, то (какъ иску по обязательству, такъ и иску по закладному праву) противостоитъ *exceptio*<sup>11</sup> (наприм., *acti Macedoniani, rei iudicatae*); но даже и въ этихъ случаяхъ закладное право защищается искомъ, если съ установленіемъ его связано юридически дѣйствительное отреченіе отъ права на *exceptio*, напримѣръ, если тотъ, кто получилъ заемъ, будучи подвластнымъ сыномъ, устанавливаетъ вѣрителю закладное право по прекращеніи отеческой власти<sup>12</sup>.

## II. § 187. Предметъ закладного права.

t. D. XX, 3: quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt. — t. C. VIII, 16: quae res pignori obligari possunt vel non, et qualiter pignus contrahatur. — Бремеръ и Эксперъ въ сочиненіяхъ, приведенныхъ къ § 185. — *Vangerow*, §§ 366. 367. 369. 372. — *Windscheid*, § 226<sup>a</sup>—228.—230. — *Brinz*, § 347.

*Pignus* и *hypotheca* первоначально были мыслимы только на тѣлесныя вещи, такъ какъ закладное право давало вѣрителю только право владѣнія; но въ классическомъ (и теперешнемъ) правѣ, которое предоставляетъ вѣрителю болѣе важное право продажи, примѣняется правило, по которому *quod emtionem venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest*<sup>1</sup>, *все, что можно продать, можно и заложить*.

1. Чаще всего предметомъ залога бываетъ тѣлесная вещь или совокупность тѣлесныхъ вещей. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что оба вида закладного права (*pignus* и *hypotheca*) возможны

<sup>4</sup> l. 5. pr. D. h. t. 20, 1; l. 9. pr. D. qui pot. 20, 4. — <sup>5</sup> l. 5. pr. l. 13. § 5. D. h. t. 20, 1. — <sup>6</sup> l. 5. pr. D. h. t. 20, 1; l. 89. D. v. o. 45, 1. — <sup>7</sup> l. 1. pr. D. qui pot. 20, 4. — <sup>8</sup> l. 14. pr. D. h. t. 20, 1. — <sup>9</sup> l. 5. pr. l. 13. § 5. D. h. t. 20, 1. — <sup>10</sup> l. 5. pr. l. 14. § 1. D. h. t. 20, 1; l. 13. pr. D. de c. i. 12, 6. — <sup>11</sup> l. 2. D. quae res pign. 20, 3. — <sup>12</sup> l. 9. pr. D. ad. sct. Mac. 14, 6.

<sup>1</sup> l. 9. § 1. D. de pign. 20, 1.

какъ на движимыя, такъ и на недвижимыя вещи. Тѣлесная вещь можетъ быть заложена дѣеспособнымъ собственникомъ<sup>2</sup>, если она не подвержена законному запрещенію отчужденія<sup>3</sup>; равную силу, какъ воля собственника, имѣетъ въ извѣстныхъ случаяхъ распоряженіе судьи (§ 189), а равно и норма права (§ 190). Если вещь находится въ общей собственности, то каждый участникъ можетъ заложить свою часть, а всѣ вмѣстѣ цѣлую вещь<sup>4</sup>. Могутъ быть также заложены и будущія вещи<sup>5</sup> (напр., неснятые плоды), а также и вещи, которыя еще будутъ приобрѣтены<sup>6</sup> (въ частности вещи, которыя должны быть получены на основаніи обязательства); но въ этихъ случаяхъ и само закладное право признается будущимъ; поэтому оно не возникаетъ на будущія вещи, напр., въ томъ случаѣ, если собственникъ или узурфруктуарій, заложивъ неснятые плоды, еще до приобрѣтенія послѣднихъ теряетъ право собственности или узурфрукта на вещь<sup>7</sup>. Несобственникъ можетъ заложить вещь только въ случаѣ наличнаго или послѣдующаго согласія собственника<sup>8</sup>. Но если вещь заложилъ добросовѣстный владѣлецъ, то вѣритель, хотя онъ и не приобрѣтаетъ закладного права, можетъ предъявить *act. hypothecaria* въ видѣ *actio Publiciana*<sup>9</sup>, стало быть, не признавъ за нимъ правъ залогопринимателя могутъ только собственникъ и столь же хорошій добросовѣстный владѣлецъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ закладное право, установленное несобственникомъ, становится дѣйствительнымъ вполнѣ<sup>10</sup>: вѣритель, положимъ, не получаетъ названія залогопринимателя, но за то всѣ правомочія такового:

а. если залогодатель вполнѣ приобрѣтаетъ право собственности на вещь; впрочемъ, требуется, чтобы въ моментъ установленія залога или залогодатель уже имѣлъ обязательственное право требованія вещи, или вѣритель не зналъ недостатка права залогодателя<sup>11</sup>.

<sup>2</sup> l. 23. D. de prob. 22, 3; pr. § 2. I. qu. al. lic. 2, 8; l. 6. C. si al. res. 8, 16.—<sup>3</sup> l. 3. 6. C. h. t. 8, 17.—<sup>4</sup> l. 7. § 4. D. qu. m. p. 20, 6; l. 3. § 2. D. qui pot. 20, 4; l. un. C. si comm. res 8, 21.—<sup>5</sup> l. 15. pr. D. de pign. 20, 1; l. 11. § 3. D. qui pot. 20, 4.—<sup>6</sup> l. 16. § 7. D. de pign. 20, 1.—<sup>7</sup> l. 29. § 1. D. de pign. 20, 1; cf. l. 1. § 2. D. de pign. 20, 1.—<sup>8</sup> l. 16. § 1. l. 26. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 20. pr. D. de p. a 13, 7.—<sup>9</sup> l. 18. D. de pign. 20, 1; l. 14. D. qui pot. 20, 4.—<sup>10</sup> l. 22. D. de pign. 20, 1.—<sup>11</sup> l. 1. pr. D. de pign. 20, 1; l. 3. § 1. D. qui pot. 20, 4; l. 5. C. si al. res 8, 16.—<sup>12</sup> l. 9. § 3. D. qui pot. 20, 4 (Africanus).



в. если собственникъ сдѣлается наслѣдникомъ залогодателя; хотя по этому вопросу въ источникахъ существуетъ противорѣчіе<sup>13</sup>, но надо предпочесть утвердительное рѣшеніе, такъ какъ наслѣдникъ обязанъ признать правоотношенія наслѣдодателя.

2. Сервитуты признаются въ источникахъ предметомъ закладного права въ двоякомъ смыслѣ: а) сервитутъ уже *существуетъ* и *управомоченный* желаетъ его заложить; это возможно только по отношенію къ *узуфрукту*<sup>14</sup>, потому что только этотъ сервитутъ способенъ къ отчужденію (со стороны осуществленія права, § 156 sub 4); б) сервитута *еще нѣтъ*, но *собственникъ* вещи желаетъ заложить сервитутъ въ томъ смыслѣ, что онъ даетъ вѣрителю право въ случаѣ неудовлетворенія установить его (сервитутъ) за покупную цѣну третьему лицу. Источники признаютъ это допустимымъ по отношенію къ *узуфрукту*<sup>15</sup>, а также дорожнымъ и водянымъ сервитутамъ<sup>16</sup>, и недопустимымъ по отношенію къ городскимъ сервитутамъ<sup>17</sup>; какія начала примѣнять къ прочимъ сервитутамъ, объ этомъ спорятъ. Если принять во вниманіе несочувственное отношеніе римскаго права ко всякимъ ограниченіямъ собственности (§ 163), то придемъ къ заключенію, что залогъ допускается только по отношенію къ тѣмъ сервитутамъ, гдѣ онъ необходимъ для оборота, т. е. по отношенію къ *узуфрукту*, дорожнымъ и водянымъ сервитутамъ.—Впрочемъ, въ этомъ случаѣ (б) правильнѣе говорить объ ограниченномъ залогѣ *вещи*, чѣмъ о залогѣ *сервитута*.

3. Эмфитевзисъ и суперфицій могутъ быть заложены эмфитевтою и суперфиціаріемъ<sup>18</sup>. По общепринятому взгляду, собственникъ участка можетъ заложить и несуществующій эмфитевзисъ или суперфицій въ формѣ 2. б; но это слѣдуетъ отвергнуть по изложеннымъ выше основаніямъ, да и источники ничего о такомъ залогѣ не говорятъ.

4. Сама заложная вещь (или, какъ многіе неправильно утверждаютъ: само закладное право) можетъ быть заложена вѣрителемъ, какъ таковая, т. е. въ предѣлахъ предоставленныхъ ему

<sup>13</sup> Между l. 22. D. de pign. 20, 1 (Модестина) и l. 41. D. de p. a. 13, 7 (Павла).—<sup>14</sup> l. 11. § 2. l. 15. pr. D. de pign. 20, 1; l. 8. pr. D. qu. m. p. s. 20, 6.—<sup>15</sup> l. 11. § 2. l. 15. pr. D. de pign. 20, 1.—<sup>16</sup> l. 12. D. de pign. 20, 1.—<sup>17</sup> l. 11. § 3. D. de pign. 20, 1.—<sup>18</sup> l. 16. § 2. D. de p. a. 13, 7; l. 13. § 3. l. 31. D. de pign. 20, 1; l. 15. D. qui pot. 20, 4; l. 1. § 6. D. de superf. 43, 18.

правомочій<sup>19</sup>; здѣсь возникаетъ *subpignus*, второй залогъ. По вопросу, закладывается ли этимъ самымъ обязательство, обеспеченное залогомъ, ср. § 202.

5. Обязательства, поскольку они могутъ подлежать *cessiō*, могутъ быть также и объектами закладного права<sup>20</sup> (*pignus nominis*).

6. Исчисленные предметы могутъ быть заложены не только отдѣльно (спеціальныи залогъ), но и въ совокупности, обнимаемой болѣе или менѣе обширнымъ понятіемъ<sup>21</sup> (напр. стадо, инвентарь имѣнія, магазинъ). Въ частности, объектомъ закладного права можетъ быть и все имущество лица какъ наличное, такъ и будущее<sup>22</sup>; въ этомъ случаѣ возникаетъ *hypotheca generalis*<sup>23</sup>, общій залогъ; изъемяются только въ случаѣ *договорнаго* общаго залога тѣ предметы, которыхъ бы должникъ вѣроятно не заложилъ и въ случаѣ спеціальнаго залога, напр., платье, домашняя утварь<sup>24</sup>.

Такъ какъ большинство новыхъ партикулярныхъ законодательствъ по отношенію къ движимымъ вещамъ допускаютъ только закладъ, а не простую ипотеку (§ 188 *sub 1*), то отсюда слѣдуетъ, что эти законодательства не признаютъ и *hypotheca generalis*.

### III. Актъ возникновенія.

#### *Предварительное замѣчаніе.*

Актъ возникновенія можетъ быть троякаго рода: или частное распоряженіе лица, которому принадлежитъ предметъ залога (§ 188), или судебное распоряженіе (§ 189), или непосредственное предписаніе права (§ 190). Въ случаѣ возникновенія по частной волѣ говорятъ о добровольномъ залогѣ (*pignus voluntarium*), въ прочихъ случаяхъ — о принудительномъ (такъ наз. *pignus necessarium*).

#### A. § 188. Частное распоряженіе.

*Vangerow*, §§ 372. 373.—*Windscheid*, § 230.—*Brinz*, § 354.

По частному распоряженію закладное право возникаетъ:

1. Или путемъ неформальнаго вещнаго договора<sup>1</sup> (ср. § 167

<sup>19</sup> t. C. 8, 23; si pignus pignori datum sit.—<sup>20</sup> l. 7. C. de her. vel. act. v. 4, 39; l. 4. C. h. t. 8, 17.—<sup>21</sup> l. 13. pr. l. 34. pr. D. de pign. 20, 1; l. 11. § 2. D. qui pot. 20, 4.—<sup>22</sup> l. 1. pr. l. 6. l. 15. § 1. l. 34. § 2. D. de pign. 20, 1; l. 9. C. h. t. 8, 17.—<sup>23</sup> l. 9. C. h. t. 8, 17.—<sup>24</sup> ll. 6—9. pr. D. de pign. 20, 1; l. 1. C. h. t. 8, 17.

<sup>1</sup> l. 1. pr. § 1. D. de p. a. 13, 7; l. 34. § 1. D. de pign. 20, 1.

sub II. 2); новые юристы называютъ такое закладное право pignus conventionale. Если съ договоромъ соединена передача владѣнія вѣрителю, то она порождаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и обязательство, а сдѣлка называется contractus pigneraticius, закладнымъ договоромъ (§ 279), въ противномъ случаѣ новые юристы называютъ сдѣлку pactum hypothecae. Договоръ можетъ быть самостоятельнымъ или же состоять въ оговоркѣ по случаю отчужденія<sup>2</sup> (что, напр., часто бываетъ въ томъ случаѣ, если продавецъ зачитываетъ покупную цѣну въ долгъ, § 290 sub 2).

Какъ contractus pigneraticius, такъ и pactum hypothecae одинаково могутъ относиться по римскому праву къ недвижимостямъ и къ движимымъ вещамъ, такъ что движимыя вещи по р. пр. могутъ быть предметомъ не только заклада, но и чисто договорнаго залога; несомнѣнно, что послѣдній (такъ какъ онъ за отсутствіемъ внѣшнихъ признаковъ нераспознаемъ для третьихъ лицъ) весьма опасенъ для простыхъ личныхъ кредиторовъ; поэтому многія новыя партикулярныя законодательства по отношенію къ движимымъ вещамъ допускаютъ только закладъ (ср. еще § 190 princ.).

2. Или путемъ отказа въ распоряженіи на случай смерти<sup>3</sup> (§ 439); новые юристы называютъ такое закладное право pignus testamentarium.

### В. § 189. Судебное распоряженіе.

t. C. VIII, 22: si in causa iudicati pignus captum sit.—*L. Seuffert*, zur Gesch. u. Dogmatik des Deutschen Concursrechts. § 2 (das Pfandrecht zufolge der missio in bona). 1888.—*Vangerow*, § 373.—*Windscheid*, § 233.

Судья можетъ установить закладное право:

1. Подвергая залогу предметы имущества присужденнаго должника для исполненія рѣшенія (pignus in causa iudicati captum, такъ наз. pignus iudiciale)<sup>1</sup>. Уст. имп. гражд. суд. § 709 подтвердилъ по отношенію къ движимымъ вещамъ это закладное право, распространивъ его еще на движимую вещь, на которую наложенъ арестъ. Согласно цѣли, ради которой здѣсь возникаетъ залогъ, вѣритель не имѣетъ никакого права на владѣніе объектомъ залога, а только на удовлетвореніе изъ суммы, вырученной отъ продажи вещи судьбою (теперь судебнымъ приставомъ<sup>1a</sup>).

<sup>2</sup> 1. 1. § 4. 1. 2. D. de reb. eor. 27, 9.—<sup>3</sup> 1. 26. pr. D. de p. a. 13, 7.

<sup>1</sup> 1. 7. 1. 8. C. quae res pign. a. 8, 17; 1. 15. § 2. 1. 31. 1. 58. D. de re iud. 42, 1; 1. 10. D. qui pot. 20, 4; 1. 2. 1. 3. C. qui pot. 8, 18; 1. 3. § 1. D. de reb. eor. 27, 9.—<sup>1a</sup> Reichscivilprozessordnung § 716.

2. Путемъ ввода (послаіія) въ натуральное владѣніе (*missio in possessionem*<sup>2</sup>); такъ возникаетъ *pignus praetorium*, если *missio* дѣлается для обезпеченія требованія (а не осуществленія такового, напр., въ случаѣ *remedium ex l. ult. C. de ed. div. Nadr. toll.*, § 435 sub II)<sup>3</sup> и если вѣритель дѣйствительно захватываетъ *detentio*<sup>4</sup>. Сюда относятся слѣд. случаи: *missio* вѣрителей несостоятельнаго должника; она связана по р. пр. съ открытіемъ конкурса (§ 233)<sup>5</sup>, *missio* отказополучателя, если обремененный отказомъ наследникъ не даетъ *cautio legatorum servandorum* (§ 444 пр. 11)<sup>6</sup>, *missio* сосѣда во владѣніе угрожающимъ опасностью участкомъ въ случаѣ отказа дать *cautio damni infecti*<sup>7</sup> (§ 315). Согласно цѣли, ради которой дѣлается здѣсь *missio*, *missus* имѣетъ только право на защиту своего естественнаго владѣнія противъ всякаго третьяго владѣльца<sup>8</sup>, но не право продажи залога (кромѣ случая конкурса).

3. Въ источникахъ не упоминается о томъ, что судья можетъ установить закладное право въ процессѣ о раздѣлѣ, а равно и для исполненія рѣшенія, которымъ отвѣтчикъ былъ присужденъ къ установленію закладного права; но почти всѣ убѣждены въ томъ, что это теперь допустимо (ср. § 168).

### С. § 190. Норма права.

t. D. XX, 2; t. C. VIII, 14: in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. — *Wächter*, das Vorzugsrecht des Vermiethers. 1885. — *Vangerow*, §§ 374—376. — *Windscheid*, §§ 231. 232. — *Brinz*, § 354.

Закладное право, возникающее непосредственно на основаніи нормы права, опредѣляется въ источникахъ какъ такое, которое *tacite contrahitur*. Изъ этихъ словъ видно, что древнѣйшіе залоги этого рода основывались на толкованіи воли; а именно, въ нѣкоторыхъ случаяхъ (при заключеніи договора найма или аренды) залогъ извѣстныхъ предметовъ былъ въ такомъ употребленіи, что даже въ случаѣ неустановленія его предполагался, какъ самъ

<sup>2</sup> t. C. de praetor. pignore et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat 8, 22; l. 26. pr. D. de p. a. 13, 7; l. 3. § 1. D. de reb. eor. 27, 9.—<sup>3</sup> l. 3. C. de ed. div. Nadr. toll. 6, 33.—<sup>4</sup> l. 26. § 1. D. de p. a. 13, 7.—<sup>5</sup> l. 12. pr. l. 15. pr. D. de reb. auct. iud. 42, 5.—<sup>6</sup> l. 12. D. pro emt. 41, 4; l. 2. pr. D. pro her. 41, 5; l. 3. l. 6. C. ut in poss. leg. 6, 54.—<sup>7</sup> t. D. 39, 2: de damno infecto et de sgrundis et protectionibus.—<sup>8</sup> l. 2. C. de praet. pignore 8, 22; противоположное воззрѣніе древнихъ юр. см. въ l. 1. pr. l. 4. pr. §§ 2. 4. D. ne vis fiat 43, 4; l. 15. § 36. D. de damn. inf. 39, 2.

собою разумѣющійся<sup>1</sup>. Когда этимъ путемъ установилось понятіе закладного права, возникающаго безъ особаго акта установленія, то императорское законодательство послѣ-классическаго періода связало такое закладное право со многими обязательствами или изъ-за личныхъ свойствъ вѣрителя, или же изъ-за содержанія обязательства, при чемъ такія закладныя права относились ко всему (наличному и будущему) имуществу должника (*hypotheca generalis*) или къ отдѣльнымъ его предметамъ (*hypotheca specialis*). Вслѣдствіе этого возникло много закладныхъ правъ, которыя, не будучи распознаваемы по какимъ либо виѣшнимъ признакамъ для третьихъ лицъ, являются крайне опасными для простыхъ личныхъ вѣрителей; всѣ согласны въ томъ, что именно по этой причинѣ (а также и вслѣдствіе возможности устанавливать закладное право путемъ простаго *actum hypothecae*) институтъ римскаго закладного права страдаетъ важными недостатками.

Имперскій конкурсный уставъ (*Reichsconcursordnung*) предоставилъ относительно движимыхъ вещей право отдѣленія (*Absonderungsrecht*) только вѣрителямъ подъ закладъ (ср. ниже § 233) и этимъ объявилъ всякое другое закладное право на движимыя вещи не имѣющимъ значенія для конкурса; напротивъ, относительно недвижимостей конкурсный уставъ § 39 не ввелъ никакихъ перемѣнъ, а призналъ въ силѣ существующіе имперскіе и партикулярные законы.

Теперь мы перечислимъ отдѣльные случаи закладного права по закону.

1. *Hypotheca legalis generalis* принадлежитъ:

1. Казнѣ по всѣмъ требованіямъ кромѣ штрафныхъ<sup>2</sup>.
2. Монарху и его супругѣ въ томъ же объемѣ, что и казнѣ<sup>3</sup>.
3. Несовершеннолѣтнимъ, минорамъ, душевно-больнымъ на имущество опекуновъ по обязательствамъ, возникающимъ изъ опеки<sup>4</sup>.
4. Дѣтямъ на имущество отца для обезпеченія имущества, приобрѣтеннаго ими отъ матери или материнскихъ восходящихъ и находящагося въ узупфруктѣ и управленіи отца<sup>5</sup> (а также на

<sup>1</sup> l. 3. l. 4. pr. l. 5. § 2. l. 6. l. 7. pr. D. h. t. 20, 2; l. 1. pr. D. de migr. 43, 32; l. 61. § 8. D. de furt. 47, 2.—<sup>2</sup> l. 17. l. 37. D. de i. f. 49, 14; l. un. C. poen. f. 10, 7. —<sup>3</sup> l. 1. C. h. t. 8, 14; l. 1. C. si propter publ. p. 4, 46. —<sup>4</sup> l. 28. D. de i. f. 49, 14; l. 2. C. h. t. 8, 14; l. 2. l. 3. C. de priv. f. 7, 73.—<sup>5</sup> l. 46. § 3. D. de i. f. 49, 14.—<sup>6</sup> l. 4. C. in qu. c. pign. 8, 14; l. 3. C. de primipilo 12, 63.—<sup>7</sup> l. 6. § 1. D. de i. f. 49, 14.—<sup>8</sup> l. un. C. rem. al. ger. 4, 53; l. 20. C. de adm. tut. 5, 37; l. 7. §§ 5. 6. C. de cur. fur. 5, 70.—<sup>9</sup> l. 2. C. quando mul. 5, 35; l. 6. C. h. t. 8, 15; Nov. 22. c. 40. —<sup>10</sup> l. 8. § 5. C. de sec. nupt. 5, 9.

имущество *parens binubus* по поводу *lucra nuptialia*<sup>11</sup>, § 350, ср. также § 349<sup>12</sup>).

5. Женѣ на имущество мужа по поводу *dos*<sup>13</sup>, по поводу *donatio propter nuptias*<sup>14</sup> и по поводу переданнаго мужу парафернальнаго капитала<sup>15</sup>. Кромѣ жены то же закладное право принадлежит тѣмъ лицамъ, къ которымъ по прекращеніи брака *dos* достается по закону<sup>16</sup>.

6. Мужу на имущество того, кто ему обѣщаль *dos*<sup>17</sup>.

7. Церкви на имущество ея эмфитевты по поводу возможнаго ухудшенія участка<sup>18</sup>.

По суд. практикѣ церкви и города имѣютъ законную ипотеку на имущество своихъ управляющихъ по поводу обязательствъ, возникающихъ изъ управленія, а города также и на имущество городскихъ жителей въ обезпеченіе платежа городскихъ податей.

II. *Hypotheca legalis specialis*. Ее имѣютъ:

1. Отдавшій въ наймы *praedium urbanum*<sup>20</sup> на *investa et illata* нанимателя въ обезпеченіе обязательствъ, возникающихъ изъ договора найма<sup>21</sup>. Подъ *praedium urbanum* слѣдуетъ разумѣть участокъ, не предназначенный для извлеченія плодовъ: жилой домъ, магазинъ, конюшню и т. п.<sup>22</sup>; подъ *investa et illata*—все движимое имущество нанимателя, ввезенное имъ въ нанятый участокъ, не временно, а на продолжительное время<sup>23</sup>. Если наниматель совершаетъ отъ себя дальнѣйшую отдачу въ наемъ, то онъ имѣетъ закладное право на *investa et illata* второго нанимателя, а первому наемщику (хозяину) принадлежит второе закладное право на заложенные вещи<sup>24</sup>.

2. Отдавшій въ аренду *praedium rusticum*, т. е. участокъ, предназначенный для извлеченія плодовъ, имѣетъ закладное право на его плоды въ обезпеченіе обязательствъ, возникающихъ изъ договора аренды<sup>25</sup>. Закладное право не измѣняется, если арендаторъ совершитъ отъ себя дальнѣйшую отдачу въ аренду<sup>26</sup>.

<sup>11</sup> l. 6. § 2. l. 8. § 4. C. de sec. nupt. 5, 9.—<sup>12</sup> Nov. 98. c. 1.—<sup>13</sup> l. un. § 1. C. de rei ux. a. 5, 13; § 29. l. de act. 4, 6.—<sup>14</sup> l. 12. § 2. C. qui pot. 8, 19; Nov. 109. c. 1.—<sup>15</sup> l. 11. C. de pact. conv. 5. 14.—<sup>16</sup> l. un. § 1. C. de r. ux. a. 5, 13.—<sup>17</sup> l. un. § 1. C. de r. ux. a. 5, 13; § 29. l. de act. 4, 6.—<sup>18</sup> Nov. 22. c. 44. §§ 2. 3. 9.—<sup>19</sup> Nov. 7. c. 3. § 2.—<sup>20</sup> l. 3. l. 4. D. h. t. 20, 2.—<sup>21</sup> l. 2 l. 4. l. 7. D. h. t. 20, 2.—<sup>22</sup> l. 3. l. 4. § 1. D. h. t. 20, 2.—<sup>23</sup> l. 2. l. 3. l. 4. pr. l. 6. D. h. t. 20, 2; l. 4. pr. D. de pact. 2, 14.—<sup>24</sup> l. 11. § 5. D. de p. a. 13, 7; l. 5. pr. D. h. t. 20, 2.—<sup>25</sup> l. 7. pr. D. h. t. 20, 2.—<sup>26</sup> l. 24. § 1. l. 53. D. loc. 19, 2.

3. Тотъ, кто далъ въ займы деньги для возстановленія дома, имѣеть закладное право на возстановленный домъ въ обезпеченіе своего требованія по займу<sup>27</sup>.

4. Подопечный имѣеть закладное право на вещи, которыя кто либо (опекунъ или третье лицо) приобрѣлъ на его деньги, но не на его имя<sup>28</sup>; если вещи приобрѣтены опекуномъ, то опекаемый тотчасъ же можетъ считать ихъ своею собственностью (см. § 131 пр. 23).

5. Получатель сингулярнаго отказа имѣеть закладное право на вещи, полученныя обязаннымъ выдать лицомъ отъ наследодателя, въ обезпеченіе требованія отказа<sup>29</sup>; получатель универсальнаго отказа имѣеть закладное право только въ одномъ случаѣ, а именно въ случаѣ такъ наз. *fideicom. eius quod supererit*<sup>30</sup>; въ прочихъ случаяхъ онъ въ немъ не нуждается, такъ какъ по юстиніанову праву фидуціарію вообще не принадлежитъ право отчужденія (§ 456 sub 1).

## Раздѣлъ третій.

### Перемѣны послѣ возникновенія закладнаго права.

#### *Предварительное замѣчаніе.*

Послѣ возникновенія закладнаго права могутъ наступить перемѣны: въ обезпечиваемомъ обязательствѣ, въ объектѣ залога, въ лицѣ залогопринимателя; рассмотримъ ихъ подробнѣе.

#### А. § 191. Въ обезпечиваемомъ обязательствѣ.

*Vangerow*, §§ 365. 370.—*Windscheid*, § 226.

1. Если по какой либо причинѣ обязательство уменьшается, то закладное право продолжаетъ существовать для остатка безъ измѣненія<sup>1</sup>. Даже въ томъ случаѣ, если требованіе или долгъ раздѣляется на нѣсколько частей (напр., если имущество вѣрителя или должника получили нѣсколько наследниковъ), закладное право продолжаетъ существовать безъ измѣненія для каждой части обязательства<sup>2</sup>; поэтому прежде называли закладное право *недѣли-*

<sup>27</sup> I. 1. D. h. t. 20, 2.—<sup>28</sup> I. 3. pr. D. de reb. eor. 27, 9; I. 6. C. d. s. p. d. 7, 8.—<sup>29</sup> I. 1. C. comm. de leg. 6, 43.—<sup>30</sup> Nov. 108. c. 2.

<sup>1</sup> I. 6. C. de dist. p. 8, 28; I. 85. § 6. D. de v. o. 45, 1; I. 19. D. de pign. 20, 1.—<sup>2</sup> I. 8. § 2. D. de pign. a. 13, 7; I. 25. § 14. I. 29. D. fam. ere. 10, 2; I. 16. C. de distr. p. 8, 28; I. 1. C. si unus ex pl. 8, 32.

*мымъ*, — слово неподходящее, такъ какъ закладное право, несомнѣнно, можетъ существовать на идеальныя части вещи; поэтому то *pignoris causa* называется въ источникахъ<sup>3</sup> *indivisa*, а не *individua*.

2. Если обязательство увеличивается или измѣняется по содержанию (въ частности вслѣдствіе *culpa* или  *mora* должника, вслѣдствіе издержекъ, понесенныхъ залогопринимателемъ на заложенную вещь, вслѣдствіе издержекъ на взысканіе долга и продажу залога), то закладное право распространяется и на эти приращенія<sup>4</sup>. Но если возникаетъ придаточное обязательство по *особой* сдѣлкѣ (договорные проценты, неустойка), то на него закладное право распространяется только въ томъ случаѣ, если при установленіи залога воля была направлена и на его обезпеченіе; это, напримѣръ, слѣдуетъ предполагать въ томъ случаѣ, если обѣщаніе платить проценты дано одновременно или раньше акта залога; напротивъ, этого нельзя предполагать въ томъ случаѣ, если обѣщаніе послѣдовало позже<sup>5</sup>. — Закладное право не относится къ *самостоятельнымъ* требованіямъ, которыя еще (кромѣ требованія, обезпечиваемаго залогомъ) принадлежатъ залогопринимателю противъ залогодателя; но въ этомъ случаѣ залогопринимателю иногда принадлежитъ *ius retentionis* (§ 200).

### В. § 192. Въ предметъ залога.

*Vangerow*, § 370.—*Windscheid*, § 227.—*Brinz*, § 354.

1. Если вещь уменьшается, то это отзывается и на закладномъ правѣ; но если уменьшеніе произошло по винѣ залогодателя, то онъ за это отвѣчаетъ (по *contractus pigneraticius* или *lex Aquiliae*, §§ 279. 313).

2. Если вещь раздѣляется на нѣсколько частей (что въ частности имѣетъ важное значеніе въ случаѣ дробленія заложеннаго имѣнія на мелкіе участки), то каждая изъ частей остается въ залогъ за *цѣлое* обязательство.

3. Если къ заложенной вещи прибавляются новыя *части*, то онѣ также состоятъ въ залогѣ, напр., зданіе, построенное на за-

<sup>3</sup> l. 65. D. de ev. 21, 2.—<sup>4</sup> l. 8. § 5. D. de pign. a. 13, 7; l. 6. C. de pign. 8, 14.—<sup>5</sup> l. 4. C. de us. 4, 32; l. 8. § 5. D. de pign. a. 13, 7; l. 13. § 6. D. de pign. 20, 1; l. 18. l. 20. D. qui pot. 20, 4.



ложенномъ участкѣ<sup>1</sup>, *alluvio*<sup>2</sup>. (То же правило дѣйствуетъ и въ случаѣ увеличенія *правомочій* залогодателя, напр., если онъ приобрѣтаетъ вещный сервитутъ въ пользу заложенаго участка<sup>3</sup>, если прекращается обременявшій заложенную вещь *узурфруктъ*)<sup>4</sup>. Иное, противоположное правило примѣняется къ *самостоятельнымъ* вещамъ, которыя залогодатель приобрѣтаетъ на основаніи своего права собственности на заложенную вещь<sup>5</sup>, каковы, напримѣръ, кладъ, *insula in flumine nata*, *alveus relictus*: на нихъ закладное право не распространяется.—Спорно, распространяется ли закладное право на *произведенія* заложеной вещи. Въ одномъ мѣстѣ (Павла)<sup>6</sup>, которое въ сводѣ Юстиніана не вошло (стало быть, теперь не имѣетъ значенія; при чемъ оно, вѣроятно, искажено), этотъ вопросъ рѣшается отрицательно; въ самомъ сводѣ Юстиніана онъ обсуждается по началамъ молчаливаго<sup>7</sup> залога будущихъ вещей (§ 187 пр. 5. 7), т. е. произведенія подвержены залогу, если они съ момента отдѣленія попадаютъ въ собственность залогодателя, и не подвержены, если залогодатель до *separatio* отчудилъ право собственности на производящую вещь<sup>8</sup>.

4. Особаго разсмотрѣнія заслуживаетъ совокупность вещей, заложженныхъ подъ однимъ общимъ наименованіемъ. По источникамъ, въ случаѣ залога стада закладное право распространяется и на всѣхъ животныхъ, которыя прибавляются впоследствии<sup>9</sup>; съ другой стороны, въ случаѣ залога торговой лавки отдѣльные товары, отчужденные при существованіи закладнаго права, освобождаются отъ такового<sup>10</sup>. Эти рѣшенія, по правильному, впрочемъ, спорному мнѣнію, представляютъ выводы изъ предполагаемой воли при актѣ установленія залога; поэтому ихъ можно не принимать во вниманіе въ случаѣ наличности иной воли, напр., въ случаѣ залога библіотеки или картинной галлерей.

5. Въ случаѣ залога всего имущества закладное право распространяется, по рѣшенію Юстиніана<sup>11</sup>, на все настоящее (одно исключеніе см. въ § 187 прим. 24) и все будущее имущество;

<sup>1</sup> l. 29. § 2. l. 35. D. de pign. 20, 1; l. 21. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>2</sup> l. 16. pr. D. de pign. 20, 1; l. 18. § 1. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>3</sup> l. 16. D. de serv. 8, 1; l. 9. D. de o. n. n. 39, 1.—<sup>4</sup> l. 18. § 1. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>5</sup> Arg. l. 9. § 4. D. de usufr. 7, 1; l. 3. § 2. D. de aqua 43, 20.—<sup>6</sup> Sent. rec. II, 5. § 2.—<sup>7</sup> l. 3. C. ex qu. c. pign. 8, 15.—<sup>8</sup> l. 29. § 1. l. 26. § 2. D. de pign. 20, 1; l. 1. C. de partu pign. 8, 25.—<sup>9</sup> l. 13. pr. D. de pign. 20, 1.—<sup>10</sup> l. 34. pr. D. de pign. 20, 1.—<sup>11</sup> l. 9. C. quae res pign. 8, 17.

вещи, отчужденныя послѣ возникновенія закладнаго права, остаются подверженными залогу<sup>12</sup>.

### С. § 193. Въ лицѣ залогопринимателя.

*Schmid*, die Grundlehren der Cession, Bd. 1. S. 279—352. 1864.—*Vangerow*, §§ 377. 378.—*Windscheid*, §§ 233<sup>a</sup>. 233<sup>b</sup>. 247.—*Brinz*, § 352.

Перемѣна въ личности залогопринимателя происходитъ въ случаѣ преемства въ обеспеченномъ требованіи, какъ универсальнаго преемства (напр., наслѣдства), такъ и сингулярнаго (*cessio*, § 248); на новаго вѣрителя вмѣстѣ съ требованіемъ переходитъ и закладное право<sup>1</sup>.—Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ закладное право, измѣняя своей придаточной роли, переходитъ отъ одного обязательства къ другому, такъ что новый вѣритель становится преемникомъ прежняго вѣрителя только въ закладномъ правѣ и притомъ въ томъ же объемѣ, въ какомъ залогъ служилъ обеспеченіемъ требованія прежняго вѣрителя. Къ этимъ случаямъ подходитъ общепринятое названіе „ипотечное преемство“ (*successio hypothecaria*); эти случаи слѣд.:

1. При новаціи обязательства, которое обеспечено вещью, обремененною нѣсколькими закладными правами, пользующеися первенствомъ закладное право по соглашенію съ собственникомъ вещи можетъ быть перенесено на возникающее по *novatio* обязательство<sup>2</sup>. Цѣль заключается въ томъ, чтобы вѣритель не потерялъ вслѣдствіе *novatio* своего преимущества предъ послѣдующими вѣрителями подъ залогъ.

2. Давшій деньги для удовлетворенія первенствующаго залогопринимателя и выговорившій себѣ за то закладное право на объектъ залога вступаетъ въ закладное право удовлетвореннаго вѣрителя<sup>3</sup>. Также обсуждается и тотъ случай, если кто покупаетъ заложенную вещь съ тѣмъ, чтобы изъ уплаченной цѣны получилъ удовлетвореніе первенствующій залогоприниматель, и это удовлетвореніе осуществляется<sup>4</sup>; покупщику принадлежитъ въ

<sup>12</sup> l. 47. pr. D. de i. f. 49, 14; l. 8. § 5. C. de sec. nupt. 7, 9; l. 1. C. de conv. fisc. deb. 10, 2.

<sup>1</sup> l. 6. D. de her. vel act. v. 18, 4; l. 6. l. 7. C. de o. et a. 4, 10.—<sup>2</sup> l. 11. § 1. D. de pign. a. 13, 7; l. 3. pr. l. 12. § 5. i. 21. pr. D. qui pot. 20, 4.—<sup>3</sup> l. 12. § 8. D. qui pot. 20, 4; l. 3. D. quae res pign. 20, 3; l. 1. C. de his qui in prior. cred. 8, 19.—<sup>4</sup> l. 17. D. qui pot. 20, 4; l. 3. § 1. D. de distr. pign. 20, 5; l. 3. C. de his qui in prior. cred. 8, 19.

этомъ случаѣ закладное право безъ всякаго обязательства и при томъ на свою собственную вещь (§ 185 sub 2 и 3). Цѣль признанія ипотечнаго преемства заключается здѣсь въ томъ, чтобы давшій деньги получилъ преимущество удовлетвореннаго вѣрителя предъ прочими.

3. *Послѣдующій* вѣритель подъ залогъ можетъ предложить первенствующему вѣрителю платежъ по его требованію (*ius offerendi*)<sup>5</sup>; если платежъ дѣйствительно состоялся (или вмѣсто него вносъ денегъ въ судъ<sup>6</sup>, если вѣритель отказался принять предложеніе), то уплатившій вступаетъ въ закладное право удовлетвореннаго вѣрителя. Цѣль признанія въ данномъ случаѣ ипотечнаго преемства та же, что и ad 2.

Въ предыдущемъ изложеніи мы опредѣлили ипотечное преемство, какъ преемство въ существующемъ закладномъ правѣ и только въ этомъ правѣ. Но многіе юристы считаютъ аномалію, заключающуюся въ такой конструкціи, слишкомъ поразительною и пытаются предложить другія объясненія:

а. Прежде господствовала теорія, что на новаго вѣрителя переходитъ не только закладное право, но и требованіе прежняго залогопринимателя путемъ такъ наз. *cessio legis* (§ 249 sub 3); въ пользу такого воззрѣнія не говорятъ ни одно слово въ источникахъ; къ случаю 1. его примѣнить просто невозможно, поэтому большинство этотъ случай совсѣмъ исключаютъ.

б. Нѣкоторые новые писатели утверждаютъ, что ни требованіе, ни закладное право не переходятъ отъ прежняго вѣрителя на теперешняго, но что послѣдній пріобрѣтаетъ новое требованіе и *новое* закладное право, которое по закону имѣетъ равную силу, а именно, преимущество, равное тому преимуществу, которымъ пользовался первый залогоприниматель. Это мнѣніе противорѣчитъ рѣшеніямъ источниковъ<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> l. 12. §§ 6. 9. l. 16. l. 20. D. qui pot. 20, 4; l. 5. pr. D. de distr. pign. 20, 5; l. 22. C. de pign. 8, 14; l. 5. C. qui pot. 8, 18; l. 4. C. de his qui in prior. cred. 8, 19.—<sup>6</sup> l. 1. C. qui pot. 8, 18.—<sup>7</sup> l. 2. D. de distr. p. 20, 5; l. 1. C. si antiq. 8, 20.—<sup>8</sup> Sent. rec. II, 13. § 8.—<sup>9</sup> l. 7. § 3. C. de pr. XXX annor. 7, 39.—<sup>10</sup> l. 12. § 9. D. qui pot. 20, 4.—<sup>11</sup> l. 11. § 1. D. de pign. a. 13, 7; l. 7. §§ 5. 6. l. 12. D. de reb. eor. 27, 9; l. 38. pr. D. de leg. 3 (32).

## Раздѣлъ четвертый.

## Права залогопринимателя.

## I. Въ случаѣ залога тѣлесныхъ вещей.

*Предварительное замѣчаніе.*

Для большей отчетливости изложенія необходимо рассмотреть отдѣльно права залогопринимателя въ случаѣ залога тѣлесныхъ вещей и въ остальныхъ случаяхъ. Въ случаѣ залога тѣлесныхъ вещей залогопринимателю по общему правилу принадлежатъ два права: право на владѣніе (§§ 194 и сл.) и право продажи (§ 198); иногда ему также принадлежатъ право на присужденіе собственности (§ 199), право удержанія (*ius retentionis*, § 200), право пользования и извлеченія плодовъ (§ 201).

## A. Право на владѣніе.

## 1) § 194. Общія начала.

*Windscheid*, § 234.

Вѣритель подъ закладъ, а равно и ипотечный вѣритель, который впоследствии получилъ залогъ во владѣніе, имѣютъ производное юридическое владѣніе (§ 112) и защищаются въ такомъ (въ *ius possessionis*, § 112 sub II. 1) отъ самовольныхъ нарушеній<sup>1</sup> владѣльческими интердиктами. Преторскіе залогоприниматели (§ 189) имѣютъ анологичное право на защиту своего естественнаго владѣнія (§ 76 пр. 17. 18). Но, кромѣ того, всѣ залогоприниматели (кромѣ случая *pignus in causa iudicati captum*) имѣютъ вообще право на владѣніе (*ius possidendi*, ср. § 125) и могутъ его осуществить противъ всякаго владѣльца заложенной вещи (противъ всякаго третьяго лица). Для осуществленія права на владѣніе судебнымъ порядкомъ залогопринимателю принадлежатъ два иска: *act. hypothecaria* и *int. Salvianum*.

## 2) Иски для защиты права на владѣніе.

а. § 195. *Actio hypothecaria*.

*Vangerow*, § 389.—*Windscheid*, § 235.—*Brinz*, § 351.—*Baron*, § 100.

*Act. hypothecaria* (*utilis Serviana*, *quasi Serviana*, прокто *Serviana*, также *pigneraticia in rem actio*) есть *pignoris vindica-*

<sup>1</sup> I. 1. § 9. D. de vi 43, 16; I. 6. § 4. D. de prec. 43, 26.

tio<sup>1</sup>, т. е. составлена по образцу rei vindicatio собственника. Поэтому мы опишем этот искъ въ такомъ же порядкѣ, какъ и rei vindicatio.

1. *Условія иска.* Истцомъ бываетъ вѣритель подъ залогъ вещи, которая не находится въ его владѣніи. Въ случаѣ заклада (pignus) и (сходнаго съ нимъ) закладнаго права хозяина на in-vesta et illata арендатора иску не препятствуетъ то обстоятельство, что еще не наступило время требованія по обязательству<sup>2</sup>; напротивъ, въ случаѣ ипотеки искъ можетъ быть предъявленъ только съ момента наступленія обязанности исполненія обязательства, такъ какъ лишь съ этого момента ипотечный вѣритель имѣетъ право на владѣніе (спорно).—Отвѣтчикомъ бываетъ тотъ, у кого находится заложенная вещь, при чемъ безразлично, юридическій ли владѣлецъ онъ или простой детенторъ, самъ залогодатель или стороннее лицо. Отвѣчаетъ также и такъ наз. fictus possessor<sup>3</sup> (§ 150).—Вѣритель, которому установилъ закладное право добросовѣстный владѣлецъ, можетъ предъявить аст. hypothecaria въ видѣ публиціанова иска<sup>4</sup>, стало быть, онъ побуждаетъ (какъ и самъ добросовѣстный владѣлецъ) только тѣхъ лицъ, право которыхъ на вещь хуже его права (§ 155 sub 2).

2. *Доказываніе* соотвѣтствуетъ условіямъ иска. Истецъ долженъ доказать<sup>5</sup>, а) что онъ залогоприниматель или что ему установилъ закладное право добросовѣстный владѣлецъ; б) что отвѣтчикъ обладаетъ вещью или подлежитъ отвѣтственности въ качествѣ fictus possessor; в) въ случаѣ ипотеки отвѣтчикъ еще долженъ доказать, что наступило время исполненія обязательства.

3. *Обязанности отвѣтчика* обсуждаются по тѣмъ же началамъ, которыя относятся къ rei vindicatio<sup>6</sup>; слѣдовательно, искъ направленъ на выдачу вещи со всею прибылью отъ нея. Впрочемъ, надо отмѣтить слѣд. особенности:

а. По отношенію къ самой вещи<sup>7</sup>. Въ случаѣ доведенія дѣла до condemnatio rescissoria отвѣтчикъ, если онъ не самъ залогодатель, обязанъ уплатить всю цѣнность вещи, а истецъ обязанъ излишекъ сверхъ суммы обеспеченнаго залогомъ требованія вы-

<sup>1</sup> l. 16. § 3. D. de pign. 20, 1.—<sup>2</sup> l. 14. pr. D. de pign. 20, 1.—<sup>3</sup> l. 16. § 3. D. de pign. 20, 1.—<sup>4</sup> l. 18. pr. D. de pign. 20, 1.—<sup>5</sup> l. 10. C. de pign. a. 4, 24; l. 23. D. de prob. 22, 3; l. 15. § 1. D. de pign. 20, 1.—<sup>6</sup> l. 16. § 3. l. 21. § 3. D. de pign. 20, 1.—<sup>7</sup> l. 21. § 3. D. de pign. 20, 1; l. 16. § 6. eod.

дать залогодателю; напротивъ, отвѣтчикъ-залогодатель присуждается не свыше цѣны обезпечиваемаго обязательства.

в. По отношенію къ плодамъ<sup>8</sup>. Изъ нихъ отвѣтчикъ, все равно добросовѣстный ли онъ владѣлецъ или недобросовѣстный, обязанъ выдать только fructus exstantes за время до *litis contestatio* и всѣ плоды (*fr. percepti* и *percipiendi*) за время послѣ *litis cont.*, но и тѣ и другіе—только въ томъ случаѣ, если для удовлетворенія вѣрителя недостаточно самой вещи. Многіе юристы утверждаютъ, что плоды, наличные во время *litis contestatio*, должны быть выданы только въ томъ случаѣ, если на нихъ распространяется закладное право (§ 192 пр. 7. 8); но противъ этого говорятъ и источники<sup>9</sup>, и внутреннія основанія: плоды, наличные во время *litis contestatio*, всегда раздѣляютъ судьбу производящей вещи (§ 134 пр. 12).

4. *Возраженія отвѣтчика*. Отвѣтчикъ можетъ противопоставить иску такія же возраженія, какъ и при *rei vindicatio*<sup>10</sup> (153), и кромѣ того возраженія, возникающія изъ обязательства; впрочемъ, чисто личными возраженіями можетъ воспользоваться только самъ должникъ. Слѣдующія возраженія составляютъ особенности *act. hypothecaria*:

а. *Exc. excussionis*. По одной изъ новеллъ Юстиніана<sup>11</sup>, третій владѣлецъ заложенной вещи можетъ потребовать отъ вѣрителя подѣ залогъ, чтобы онъ сначала обратился съ личнымъ искомъ противъ должника и его поручителей (если они состоятельны, и вообще возможенъ личный искъ) и лишь въ случаѣ неуспѣха обратился бы къ заложенной вещи (*exc. excussionis personalis*). Далѣе (на основаніи той же новеллы), если и должникъ, и его поручитель установили каждый закладное право, то третій владѣлецъ второго залога можетъ требовать, чтобы вѣритель обратился прежде къ первому залoгу и только если его будетъ недостаточно, то—къ второму (*exc. excussionis realis*; впрочемъ, многіе юристы неправильно называютъ этотъ случай вторымъ случаемъ *exc. excussionis personalis*). Наконецъ, по рескрипту Севера<sup>12</sup>, въ томъ случаѣ, если кто либо заложилъ тому же вѣрителю сначала нѣкоторыя вещи спеціально, а потомъ и все свое имущество

<sup>8</sup> l. 16. § 4. D. de pign. 20, 1.—<sup>9</sup> l. 16. § 4. cit.—<sup>10</sup> cf. l. 29. § 2. D. de pign. 20, 1.—<sup>11</sup> Nov. 4. c. 2.—<sup>12</sup> l. 2. C. de pign. 8, 14; cf. l. 9. C. de distr. pign. 8, 28.

(—что у римлянъ случалось очень часто <sup>12a</sup>—) и послѣ этого установилъ на нѣкоторыя вещи изъ своего имущества еще закладное право другому вѣрителю, то этотъ послѣдній можетъ требовать, чтобы первый вѣритель подъ залогъ обратился сначала къ вещамъ, заложеннымъ ему специально, и только, если ихъ не будетъ достаточно, то—къ остальнымъ вещамъ (второй случай *exc. excussionis realis*). Нѣкоторые юристы справедливо распространяютъ это опредѣленіе на *всякаго* владѣльца вещей, состоящихъ въ общемъ залогѣ; ибо при установленіи общаго залога такому вѣрителю, который уже имѣетъ специальные залого, воля сторонъ очевидно направлена на то, чтобы общее закладное право было осуществлено только въ случаѣ недостаточности залоговъ специальныхъ.

b. Возраженіе о лучшемъ или такомъ же закладномъ правѣ <sup>13</sup>.

c. Отвѣтчикъ можетъ также отклонить присужденіе, предложивъ вѣрителю платежъ по его требованію <sup>14</sup>. Если отвѣтчикъ — правомѣрный владѣлецъ заложенной вещи, то удовлетворенный истецъ, по его требованію, обязанъ уступить ему свое обязательственное право <sup>15</sup>, такъ что здѣсь возможно совпаденіе въ одномъ лицѣ права собственности и закладного права (§ 193 sub 2).

d. Возраженіе о давности; *act. hup.* противъ должника подъ залогъ и его наслѣдниковъ, а равно и противъ послѣдующихъ вѣрителей подъ залогъ погашается при жизни должника сорокалѣтнею давностью противъ прочихъ владѣльцевъ тридцатилѣтнею <sup>16</sup>.

### b. § 196. Interdictum Salvianum.

t. D. XLIII, 33: de Salviano interdicto.—t. C. VIII, 9: de precario et Salviano edicto.—Vangerow, § 390.—Windscheid, § 236.—Brinz § 351. кон.—Baron, § 100.

Положенія римскаго права относительно *interdictum Salvianum* во многихъ пунктахъ спорны. Достоверно извѣстно, что этотъ интердиктъ былъ введенъ для защиты хозяина, которому арендаторъ установилъ по договору закладное право на *investa et illata* въ обезпеченіе требованій изъ договора аренды <sup>1</sup> (§ 184); не-

<sup>12a</sup> l. 15. § 1. D. de pign. 20, 1.—<sup>13</sup> l. 12. pr. § 7. D. qui pot. 20, 4; l. 10. D. de pign. 20, 1.—<sup>14</sup> l. 12. § 1. D. qu. m. pign. 20, 6; l. 16. § 3. D. de pign. 20, 1; l. 11. § 4. D. qui pot. 20, 4.—<sup>15</sup> l. 19. D. qui pot. 20, 4.—<sup>16</sup> l. 7. pr.—§ 2. C. de pr. XXX ann. 7, 39.

<sup>1</sup> § 3. i. f. I. de int. 4, 15.

сомнѣнно также то, что истецъ долженъ былъ доказывать только фактъ установленія залога, но не былъ обязанъ доказывать право собственности арендатора на заложенные вещи<sup>2</sup>. Но спорно:

1. можно ли предъявить *int. Salv.* только противъ арендатора или также и противъ третьихъ владѣльцевъ. По этому вопросу въ источникахъ существуетъ противорѣчіе между Дигестами, съ одной стороны<sup>3</sup> (съ которыми согласны парафразы Институцій Теофила<sup>4</sup>), и Кодексомъ<sup>5</sup>, съ другой стороны,—противорѣчіе, до сихъ поръ еще не рѣшенное; вещному характеру закладного права соотвѣтствуетъ то мѣсто въ Дигестахъ, по которому этотъ интердиктъ можно предъявлять и противъ третьихъ владѣльцевъ;

2. принадлежитъ ли *int. Salv.* только хозяину арендованнаго участка, или же искъ этотъ былъ распространенъ и на другихъ залогопринимателей; изъ нѣсколькихъ мѣстъ въ источникахъ<sup>6</sup> съ большою вѣроятностью можно заключить, что распространеніе произошло;

3. представляетъ ли рѣшеніе судьи окончательное рѣшеніе о закладномъ правѣ или только временное, провизорное, такъ что для полученія окончательнаго рѣшенія допускаются другіе иски (*act. hypothecaria, rei vindicatio*). Последнее положеніе прямо подтверждается въ источникахъ<sup>7</sup>.

По *теперешней судебной практикѣ* этотъ интердиктъ принадлежитъ *всякому* залогопринимателю противъ *всякаго* владѣльца залога въ качествѣ предварительнаго юридическаго средства; истецъ долженъ доказать не наличность закладного права, а только его вѣроятность; допускаются только возраженія, не возбуждающія сомнѣнія (*exc. liquidae*). Процессъ прежде производился по правиламъ такъ наз. *unbestimmt summarischen Verfahrens* (неопредѣленно-суммарнаго производства); этого производства не знаетъ имп. уст. г. суд.; слѣдуетъ просить объ ускореніи *обыкновеннаго* производства путемъ сокращенія процессуальныхъ сроковъ (ср. § 204 имп. уст. г. с.) или требовать предварительнаго распоряженія (имп. уст. г. с. § 819).

### с. § 197. Прочіе иски.

*Vangerow*, предварительное замѣчаніе предъ § 389.

Такъ какъ залогоприниматель имѣетъ право на владѣніе и продажу вещи, то онъ заинтересованъ въ томъ, чтобы залогъ оста-

<sup>2</sup> Gai. 4, 147; § 3. I. de int. 4, 15; 1. 2. D. h. t. 43, 33.—<sup>3</sup> 1. 1. pr. § 1. D. h. t. 43, 33.—<sup>4</sup> Theoph. paraph. къ § 3. I. de int. 4, 15.—<sup>5</sup> 1. 1. C. h. t. 8, 9.—<sup>6</sup> 1. 2. § 3. D. de int. 43, 1; Paul. sent. rec. V, 6. § 16; 1. 1. C. h. t. 8, 9; 1. 3. C. de pign. 8, 14.—<sup>7</sup> 1. 2. D. h. t. 43, 33.



вался неповрежденнымъ; поэтому ему принадлежит много исковъ (utiliter), чтобы устранить совершенныя нарушенія и предупредить угрожающія: act. negatoria, confessoria<sup>1</sup>, finium regundorum<sup>2</sup>, legis Aquiliae<sup>3</sup>, furti<sup>4</sup>; кромѣ того онъ можетъ требовать cautio damni infecti<sup>5</sup>, opus novum nuntiare<sup>6</sup>, предъявить int. quod vi aut clam<sup>7</sup>.

### В. § 198. Право продажи.

t. D. XX, 5: de distractive pignorum et hypothecarum. — t. C. VIII, 27: de distractive pignorum. — v. Moreau, über Haftung wegen Eviction der verkauften Pfandsache. 1879. — Vangerow, §§ 379. 380. 383. — Windscheid, §§ 237. 238. — Brinz, § 353.

Право продажи (кромѣ случаевъ pignus praetorium, § 189) признается съ 3-го ст. по Р. X. существеннымъ правомъ залогопринимателя (184 пр. 3. 4.).

1. *Осуществленіе* права продажи зависитъ отъ усмотрѣнія залогопринимателя (къ этому его никто не можетъ принудить)<sup>1</sup>, но, съ другой стороны, онъ можетъ воспользоваться этимъ правомъ только въ томъ случаѣ:

а. если онъ не получаетъ удовлетворенія, хотя наступило время исполненія всего обязательства или его части<sup>2</sup>; если причиною неудовлетворенія была mora accipiendi со стороны вѣрителя, то послѣдній, по постановленію Гордіана<sup>3</sup>, теряетъ право продажи только въ томъ случаѣ, если должникъ внесъ предметъ долга въ судъ — положеніе, которое едва ли можно одобрить;

б. если онъ извѣстилъ должника, что намѣренъ приступить къ продажѣ вслѣдствіе неплатежа долга<sup>4</sup>; извѣщеніе должно произойти трижды, если залогоприниматель отказался отъ права продажи (недѣйствительно, см. ниже sub 4)<sup>5</sup>; извѣщенія совѣмъ не требуется, если должникъ уже присужденъ къ платежу по судебному рѣшенію<sup>6</sup>;

<sup>1</sup> l. 16. D. de serv. 8, 1.—<sup>2</sup> l. 4. § 9. D. fin. reg. 10, 1. — <sup>3</sup> l. 17. pr. l. 30. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2.—<sup>4</sup> l. 12 § 2. D. de cond. furt. 13, 1; l. 15. pr. l. 87. D. de furt. 47, 2.—<sup>5</sup> l. 11. D. damn. inf. 39, 2. — <sup>6</sup> l. 9. D. de o. n. n. 39, 1; l. un. § 5. D. de rem. 43, 25. — <sup>7</sup> l. 11. § 14. D. quod vi aut cl. 43, 24.

<sup>1</sup> l. 6. pr. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>2</sup> l. 4. D. h. t. 20, 5; l. 5. § 1. D. qu. m. pign. 20, 6.—<sup>3</sup> l. 2. C. deb. vendit. 8, 29; l. 8. C. h. t. 8, 27; прежнее право въ l. 6. § 1. D. qu. m. pign. 20, 6; l. 5. C. h. t. 8, 27.—<sup>4</sup> l. 3. § 1. C. de iure dom. imp. 8, 33. — <sup>5</sup> l. 4. D. de pign. a. 13, 7; l. 1. C. deb. vend. 8, 28. — <sup>6</sup> l. 3. § 1. C. de iure dom. imp. 8, 33.

с. если прошло два года послѣ извѣщенія или судебного рѣшенія, а вѣритель еще не удовлетворенъ <sup>7</sup>; въ случаѣ *pignus in causa iudicati captum* (§ 189) продажа можетъ быть совершена спустя два мѣсяца послѣ установленія *pignus* <sup>8</sup>;

d. если онъ первый (или единственный) залогоприниматель (§ 203 и сл.) <sup>9—10</sup>.

По мнѣнiю нѣкоторыхъ юристовъ, для осуществленiя права продажи еще необходимо, чтобы должникъ былъ *in mora* (§ 240) и чтобы долгъ былъ безспорный. Но, хотя дѣйствительно должникъ окажется въ большинствѣ случаевъ *in mora*, иногда этого можетъ и не быть, напр., если залогъ служить обезпеченiемъ для натуральнаго обязательства (§ 240 пр. 3); и источники нигдѣ не упоминаютъ о *mora* должника, какъ о необходимомъ условiи для осуществленiя права продажи. То же относится и къ *liquiditas* (безспорности) обязательства.

2. *Способъ продажи* состоитъ въ случаѣ *pignus in causa iudicati captum* въ публичномъ торгѣ, который производится подчиненнымъ чиновникомъ по распоряженiю судьи <sup>11</sup> (по имп. уст. гр. суд. § 716 и сл. судебнымъ приставомъ). Для прочихъ категорiй закладныхъ правъ римское право предписываетъ публичную продажу только на тотъ случай, если залогопринимателемъ является казна <sup>12</sup>; въ прочихъ же случаяхъ ее можетъ всегда совершить самъ залогоприниматель *privatim* <sup>13</sup>; онъ только долженъ при этомъ дѣйствовать, какъ подобаетъ честному человѣку, и стараться выручить при продажѣ возможно высокую цѣну (въ противномъ случаѣ онъ отвѣчаетъ за причиненный залогодателю вредъ) <sup>14</sup>; поэтому залогоприниматель обыкновенно публично объявляетъ о предстоящей продажѣ (*proscribere pignus*) <sup>14a</sup>.

По теперешней практикѣ продажа недвижимостей, а во многихъ случаяхъ и движимыхъ вещей, совершается въ формѣ судебного публичнаго торга или аукциона, при чемъ не ожидаютъ истеченiя двухлѣтняго срока; нѣ-

<sup>7</sup> l. 3. § 1. cit.—<sup>8</sup> l. 31. D. de re iud. 42, 1.—<sup>9</sup> l. 1. l. 5. pr. D. de dist. p. 20, 5; l. 8. C. qui pot. 8, 17; l. 12. § 9. D. qui pot. 20, 4; cf. l. 15. § 5. D. de re iud. 42, 1; l. 22. § 1. D. de i. f. 49, 14.—<sup>10</sup> l. 1. D. de distr. pign. 20, 5.—<sup>11</sup> l. 50. D. de ev. 21, 2; l. 2. C. si in e. iud. 8, 22; l. 3. C. de exc. rei iud. 7, 53.—<sup>12</sup> l. 3. C. si adv. fisc. 2, 36; l. 1. l. 2. l. 4. l. 6. C. de fide et iure hastae 10, 3; l. 16. C. de resc. vend. 4, 44.—<sup>13</sup> l. 3. § 1. C. de iure dom. imp. 8, 33.—<sup>14</sup> l. 4. l. 7. l. 9. C. h. t. 8, 27; l. 1. l. 4. C. si vend. pign. 8, 29; l. 10. D. de in diem add. 18, 2.—<sup>14a</sup> l. 15. § 32. D. de ini. 47, 10; l. 4. C. de distr. pign. 8, 27.

которыя привилегированныя учрежденія (напр., публичныя ломбарды) могутъ сами производить продажу, но не иначе, какъ съ публичнаго торга.

Въ качествѣ покупщика не могутъ выступить ни самъ залогодатель, ни залогоприниматель (черезъ подставное лицо); первый потому, что никто не можетъ купить своей собственной вещи <sup>15</sup> (§ 286 пр. 15); второй потому, что это угрожало бы интересамъ залогодателя <sup>16</sup>. Поручитель должника и его позднѣйшій вѣритель подъ залогъ, хотя и могутъ купить, но обязаны по требованію залогодателя выдать ему вещь за сумму понесенныхъ издержекъ <sup>17</sup>, ибо ихъ купля разсматривается лишь какъ осуществленіе *ius offerendi*.

3. *Послѣдствія* продажи опредѣляются тѣмъ началомъ, что залогоприниматель продаетъ залогъ не въ качествѣ представителя должника, а отъ своего имени, такъ что онъ самъ обязывается и пріобрѣтаетъ права изъ договора продажи. Согласно съ этимъ послѣдствія продажи суть слѣдующія:

а. *Для покупщика*. Онъ можетъ требовать отъ залогопринимателя выдачи вещи; впрочемъ, если послѣдній не владѣетъ залогомъ, и покупщикъ зналъ объ этомъ въ моментъ заключенія договора купли, то онъ долженъ довольствоваться уступкою ему права на владѣніе <sup>18</sup>. Вслѣдствіе передачи залога покупщикъ становится собственникомъ (если цѣна уплачена или зачтена ему въ долгъ) <sup>19</sup>; право собственности покупщика свободно отъ всѣхъ обремененій, которыя были возложены на вещь уже послѣ установленія на нее закладнаго права продавшему вѣрителю <sup>20</sup>. Залогодатель не имѣетъ права выкупа, развѣ если оно было выговорено для него залогопринимателемъ въ договорѣ съ покупщикомъ <sup>21</sup>, или если покупщикомъ является поручитель или послѣдующій залогоприниматель (выше пр. 17). — Если впослѣдствіи оказывается, что залогодатель не имѣлъ права собственности, и наступаетъ со стороны собственника *evictio* вещи, то вѣритель отвѣчаетъ предъ покупщикомъ за *evictio* въ томъ случаѣ, если онъ продалъ

<sup>15</sup> l. 39. D. de s. e. 18, 1; l. 40. pr. § 1. D. de pign. a. 13, 7. — <sup>16</sup> l. 10. C. h. t. 8, 27; Paul. sent. rec. II, 12. § 4. — <sup>17</sup> l. 1. C. de dol. m. 2, 20; l. 59. § 1. D. mand. 17, 1; l. 5. § 1. l. 6. D. h. t. 20, 5. — <sup>18</sup> l. 13. D. h. t. 20, 5. — <sup>19</sup> l. 4. D. de pign. a. 13, 7; l. 46. D. de a. r. d. 41, 1; l. 13. l. 15. l. 18. C. h. t. 8, 27. — <sup>20</sup> l. 1. C. si ant. cr. 8, 20; l. 6. l. 7. C. de o. et. a. 4, 10; l. 3. pr. D. h. t. 20, 5. — <sup>21</sup> l. 2. C. si ant. cr. 8, 20; l. 13. pr. D. de pign. a. 13, 7; l. 7. pr. § 1. D. h. t. 20, 5.

вещь *dolo* (т. е. зная, что залогодателю не принадлежит право собственности) <sup>22</sup>; далѣе—въ томъ случаѣ, если онъ скрылъ отъ покупателя, что совершаетъ продажу въ качествѣ залогопринимателя; и, наконецъ, въ томъ случаѣ, если онъ объ этомъ сообщил, но выразилъ, въ то же время, что отвѣтственность за эвикцію беретъ на себя <sup>23</sup>. Если нѣтъ на лицо ни одного изъ этихъ предположеній, то въ случаѣ эвикціи онъ не только не обязанъ ни къ чему по отношенію къ покупщику, но даже не лишается права требованія зачтенной въ долгъ цѣны <sup>24</sup>; впрочемъ, покупщикъ можетъ обратиться къ залогодателю и требовать выдачи его обогащенія (посредствомъ *condictio sine causa*) <sup>25</sup>.—Напротивъ, вѣритель всегда отвѣчаетъ покупщику за то, что соблюдены всѣ изложенныя выше 1. а.—d предписанія <sup>26</sup>.

б. *Для залогопринимателя.* Онъ можетъ требовать отъ покупщика платежа цѣны и долженъ употребить ее на свое удовлетвореніе <sup>27</sup>; поскольку удовлетвореніе дѣйствительно состоялось, должникъ становится свободнымъ <sup>28</sup>; если вырученная цѣна не покрываетъ всего требованія, то оно продолжаетъ существовать на недостающую сумму <sup>29</sup>; если же она превышаетъ сумму долга, то вѣритель обязанъ передать остатокъ (*hyperoscha*) слѣдующему вѣрителю подъ залогъ или залогодателю <sup>30</sup>.

4. *Побочныя соглашенія* при установленіи закладного права могутъ въ извѣстныхъ предѣлахъ измѣнять изложенныя выше правила; такъ, вѣритель можетъ быть освобожденъ отъ обязанности извѣщать залогодателя, соблюдать двухлѣтній срокъ и т. п. Но запрещаются такія соглашенія, которыми бы изложенныя начала были совсѣмъ лишены значенія, а именно: а) уговоръ, чтобы вѣритель подъ залогъ не имѣлъ вообще права продажи (§ 184 пр. 4); б) (со времени Константина) <sup>31</sup> уговоръ, чтобы залогъ перешелъ въ собственность вѣрителя, если не послѣдуетъ удовле-

<sup>22</sup> 1. 1. 1. 2. C. cred. ev. pign. 8, 46; 1. 11. § 16. D. de a. e. v. 19, 1; 1. 10. D. h. t. 20, 5; 1. 38. D. de ev. 21, 2.—<sup>23</sup> 1. 22. § 4. D. de pign. a. 13, 7; 1. 59. § 4. D. mand. 17, 1.—<sup>24</sup> 1. 68 pr. D. de ev. 21, 2.—<sup>25</sup> 1. 12. § 1. D. h. t. 20, 5; 1. 74. § 1. D. de ev. 21, 2.—<sup>26</sup> 1. 1. C. cr. ev. 8, 46.—<sup>27</sup> 1. 26. 1. 44. D. de sol. 46, 3; 1. 10. C. de o. et a. 4, 10.—<sup>28</sup> 1. 19. pr. D. h. t. 20, 5; 1. 35. pr. D. de pign. a. 13, 7; 1. 3. C. h. t. 8, 27.—<sup>29</sup> 1. 9. § 1. D. h. t. 20, 5; 1. 3. C. h. t. 8, 27; 1. 28. D. de r. c. 12, 1; 1. 8. C. si cert. pet. 4, 2; 1. 10. C. de o. et a. 4, 10.—<sup>30</sup> 1. 24. § 2. 1. 42. D. de pign. a. 13, 7; 1. 44. D. de sol. 46, 3; 1. 3. C. de pign. a. 8, 14.—<sup>31</sup> 1. 3. C. de pact. pign. 8, 35.

творенія (lex commissoria); это условіе заключаетъ въ себѣ безнравственное притѣсненіе залогодателя. Но вѣрителю позволяется *впослѣдствіи* получить вмѣсто платежа или купить заложенную вещь<sup>32</sup>; позволяется также купить вещь въ моментъ установленія на нее закладного права, но только съ тѣмъ условіемъ, чтобы опредѣленіе цѣны послѣдовало не сейчасъ, а *впослѣдствіи*, ко времени взысканія по обязательству<sup>33</sup>.

### С. § 199. Право на присужденіе права собственности (ius dominii impetrandi).

t. C. VIII, 33: de iure dominii impetrando. — Vangerow, § 381. — Windscheid, § 238.

Если заложенная вещь не находитъ совѣмъ покупателя или никто не даетъ сносной цѣны, то залогоприниматель можетъ требовать присужденія ея себѣ (по р. пр. надо было съ этимъ требованіемъ обращаться къ императору, теперь — къ судѣ). При этомъ слѣдуетъ отличать *pignus in causa iudicati captum* отъ прочихъ видовъ залога.

1. *Pignus in causa iudicati captum*<sup>1</sup> по требованію залогопринимателя присуждается ему *за его требованіе*, хотя бы цѣнность залога превышала или не покрывала сумму долга; присужденіе окончательно: должникъ не пользуется правомъ выкупа, вѣритель — правомъ отступленія.

Имп. уст. гражд. суд. не содержитъ упоминанія о присужденіи права собственности, поэтому нѣкоторые юристы считаютъ его отмѣненнымъ.

2. Въ области прочихъ залоговыхъ правъ<sup>2</sup> требуется еще одно обращеніе къ должнику съ требованіемъ платежа; если эта мѣра оказалась безуспѣшной, то по требованію вѣрителя ему присуждается право собственности на заложенную вещь, но лишь въ видѣ собственности нерѣшительной (§ 128 пр. 8. 9); поэтому

а. залогодателю въ продолженіе двухъ лѣтъ (до Юстиніана въ продолженіе одного года) принадлежитъ право выкупа; въ случаѣ выкупа присужденіе разсматривается, какъ вовсе несостоявшееся,

<sup>32</sup> l. 13. C. de pign. 8, 14; l. 24. pr. D. de pign. a. 13, 7; l. 12. pr. D. h. t. 20, 5. — <sup>33</sup> l. 16. § 9. D. de pign. 20, 1.

<sup>1</sup> l. 15. § 3. D. de rei iud. 42, 1; l. 3. C. de exc. rei. iud. 7, 53; l. 3. C. si in c. iud. 8, 22. — <sup>2</sup> l. 3. C. h. t. 8, 33.

поэтому, наир., вѣритель обязанъ выдать залогодателю половину найденнаго въ промежуточное время клада<sup>3</sup>;

б. вѣрителью въ продолженіе двухъ лѣтъ принадлежитъ право продажи; путемъ продажи онъ опять вступаетъ въ права залогопринимателя<sup>4</sup>, т. е. обязанъ выдать *hypotheca*, если вырученная цѣна превышаетъ сумму долга и сохраняетъ личное требованіе на недостающую сумму, если цѣна не покрываетъ всего долга.

с. Въ продолженіе этихъ двухъ лѣтъ *вѣритель* считается временно собственникомъ залога.

По истеченіи двухлѣтняго срока, если ни залогодатель не воспользовался правомъ выкупа, ни вѣритель правомъ отступленія, присужденіе становится окончательнымъ; вмѣстѣ съ тѣмъ производится *судебная оцѣнка*, смотря по результатамъ которой, вѣритель или сохраняетъ часть своего требованія, или обязуется уплатить извѣстную сумму залогодателю; если вѣритель на послѣднее несогласенъ, то ему присуждается въ собственность только часть вещи, соотвѣтствующая размѣру требованія.

#### D. § 200. Право удержанія (*ius retentionis*).

t. C. VIII, 26: *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse.* — *Schenk*, Lehre vom Retentionsrecht nach Gemeinem Recht. Стр. 241 и сл. 1837. — *Langfeld*, Lehre vom Retentionsrecht. § 13. 1886. — *Vangerow*, § 382. — *Windscheid*, § 234 пр. 1.

Если кто заложилъ вещь въ обезпеченіе своего собственнаго долга, и эта вещь находится во владѣніи вѣрителя, который имѣетъ еще другое требованіе противъ того же должника, то этотъ вѣритель (по рескрипту Гордіана)<sup>1</sup>, получивъ удовлетвореніе по обезпеченному требованію, можетъ все-таки удержать вещь по поводу второго требованія (§ 76 sub 5). Это *ius retentionis* представляетъ аномалію, потому что здѣсь нѣтъ никакой связи между вещью и вторымъ требованіемъ; оно осуществляется, какъ и нормальное *ius retentionis*, посредствомъ *exc. doli*.

#### E. § 201. Право пользованія и извлеченія плодовъ.

*Vangerow*, § 384. — *Windscheid*, § 234.

Право пользованія и извлеченія плодовъ принадлежитъ вообще залогодателю; въ случаѣ же заклада (*pignus*), гдѣ осуществленіе

<sup>3</sup> l. 63. § 4. D. de acq. r. d. 41, 1. — <sup>4</sup> l. 3. § 5. C. h. t. 8, 33.

<sup>1</sup> l. un. C. h. t. 8, 26.

этого права для него является невозможнымъ, примѣняются слѣд. начала:

а. Если закладъ допускаетъ только пользованіе, то закладоприниматель безъ дозволенія закладчика не можетъ пользоваться вещью; въ противномъ случаѣ онъ совершаетъ, по римскому праву, *furtum usus*<sup>1</sup>; по имперскому уголовному уложенію § 290, онъ виновенъ въ наказуемомъ корыстолюбіи (*strafbarer Eigennutz*).

б. Если закладъ допускаетъ извлеченіе естественныхъ или гражданскихъ плодовъ, то закладоприниматель долженъ ихъ извлекать (подобно управляющему чужой вещью), но съ тѣмъ, чтобы потомъ ихъ возвратить или зачесть ихъ цѣнность въ проценты и капиталъ<sup>2</sup>; слѣдовательно, онъ обязанъ дать отчетъ.

Но иногда закладопринимателю предоставляется *antichresis*<sup>3</sup>, т. е. закладчикъ дозволяетъ ему *вмѣсто процентовъ* извлекать плоды или пользоваться вещью (такъ наз.  *pactum antichreticum*); въ этомъ случаѣ вѣритель не обязанъ къ зачету цѣнности плодовъ въ капиталъ и къ дачѣ отчета<sup>4</sup>. *Pactum antichreticum*, по римскому праву, было недѣйствительно, если этотъ договоръ заключался съ цѣлью обойти законный максимумъ процентовъ<sup>5</sup>.

Вслѣдствіе отмѣны законной мѣры процентовъ (§ 43 sub 1) это начало римскаго права вообще устранено; одно исключеніе имѣетъ мѣсто, по имперскому закону о ростовщичествѣ (*Reichswuchergesetz*) 24-го мая 1880 г., въ томъ случаѣ, если *pactum antichreticum* заключаетъ въ себѣ поразительное нарушеніе обычной мѣры процентовъ и эксплуатацію нужды, легкомыслія или неопытности должника.

Если плодоносная вещь служитъ закладомъ, обезпечивающимъ безпроцентное требованіе, то имѣетъ мѣсто такъ наз. *antichresis tacita*; это значить, что вѣритель имѣетъ право присваивать себѣ плоды этой вещи до суммы законной мѣры процентовъ<sup>6</sup>. Нѣкоторые юристы не признаютъ этого права, но ихъ мнѣніе явно противорѣчитъ источникамъ и внутреннимъ основаніямъ (ср. § 43 кон.).

<sup>1</sup> § 6. I. de obl. ex del. 4, 1; l. 54. pr. D. de furt. 47, 2.—<sup>2</sup> ll. 1—3. l. 12. C. de pign. a. 4, 24; l. 11. C. de us. 4, 32; l. 2. C. de part. pign. 8, 24; l. 1. C. de distr. pign. 8, 27; l. 23. pr. D. de pign. 20, 1; l. 5. § 21. D. ut in poss. leg. 36, 4.—<sup>3</sup> l. 11. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 33. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>4</sup> l. 14. l. 17. C. de us. 4, 32.—<sup>5</sup> l. 26. § 1. C. de us. 4, 32.—<sup>6</sup> l. 8. D. in qu. c. pign. 20, 2.

## II. § 202. Права залогопринимателя въ случаѣ залога иныхъ предметовъ.

*Trotsche*, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. 1834. — *Sohn*, die Lehre vom Subpignus. 1864. — *Eberhard*, die Verpfändung von Forderungen. 1869. — *Bremer* и *Exner*, въ книгахъ, приведенныхъ къ § 185. — *Vangerow*, § 368. — *Windscheid*, § 239.

Начала, изложенныя въ §§ 194—201, примѣняются аналогично и къ другимъ залогамъ, поскольку не влекутъ за собою измѣненій особенныя свойства объекта закладного права. Необходимо различать слѣд. случаи:

1. Если уже *существующій* узуфруктъ или *существующій* эмфитевзисъ или суперфиціи заложены тѣмъ лицомъ, которому они принадлежатъ, то вѣритель имѣетъ право: а) на quasi iuris possessio или на юридическое владѣніе вещью<sup>1</sup>; къ извлекаемымъ имъ плодамъ примѣняются правила § 201; б) на *перенесеніе* фактическаго осуществленія заложеннаго ему права (узуфрукта) или самого права (эмфитевзиса и суперфиція) на третье лицо путемъ продажи.

2. Если собственникъ вещи заложилъ вѣрителю еще *не существующій*, а *только долженствующій* быть установленнымъ узуфруктъ, или *долженствующій* быть установленнымъ дорожный или водяной сервитутъ, то залогопринимателю принадлежитъ право: а) на quasi iuris possessio<sup>2</sup>; — въ случаѣ сервитута дороги или воды для этого требуется, чтобы ему принадлежалъ сосѣдній участокъ; б) на *установленіе* сервитута третьему лицу путемъ продажи<sup>3</sup>; — въ случаѣ сервитута дороги или воды для этого требуется, чтобы покупщику принадлежалъ сосѣдній участокъ.

3. Лицо, которому заложено требованіе, имѣетъ право: а) или продать заложенное требованіе<sup>4</sup>; покупщикъ дѣлается цессіонаріемъ (§ 249 и сл.); б) или взыскать съ должника предметъ заложеннаго требованія посредствомъ actio in personam utilis въ размѣръ своего требованія<sup>5</sup>; если при этомъ онъ получить деньги, то долженъ употребить ихъ на свое удовольствованіе, если—какой

<sup>1</sup> l. 11. § 2. l. 13. § 3. D. de pign. 20, 1.—<sup>2</sup> l. 11. § 2. l. 12. D. de pign. 20, 1.—<sup>3</sup> l. 12. D. de pign. 20, 1.—<sup>4</sup> Это слѣдуетъ изъ l. 15. § 10. D. de re iud. 42, 1. До сихъ поръ ссылались на l. 7. C. de her. vend. 4, 39, но на основаніи лучшихъ списковъ здѣсь слѣдуетъ читать: „ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emtori, sic (ut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones“.—<sup>5</sup> l. 18. pr. D. de pign. a. 13, 7; l. 20. D. de pign. 20, 1; l. 7. C. de her. vel. act. v. 4, 39; l. 4. C. quae res pign. 8, 16.



либо другой предметъ, то приобрѣтаетъ на него закладное право<sup>6</sup>.— Для успѣшнаго осуществленія этихъ правъ залогопринимателю дается правомочіе извѣстить должника своего о залогѣ<sup>7</sup> (*denuntiatio*, § 248 кон.); послѣ этого извѣщенія залогодатель, пока существуетъ закладное право, не можетъ осуществить своихъ правъ вѣрителя.

По § 15 вводнаго закона къ имп. конкурсному уставу залогоприниматель можетъ сверхъ того, въ случаѣ открытія конкурса надъ имуществомъ залогодателя, осуществить право отдѣленія въ конкурсѣ (§ 233 sub II. 3. b).

4. Залогоприниматель заложенной вещи (*subpignus*) имѣетъ, безспорно, право на владѣніе и продажу *subpignus*<sup>8</sup>, но, конечно, только тогда, если уже наступили условія осуществленія *обоимъ* закладныхъ правъ (въ частности срокъ взысканія по *обоимъ* обязательствамъ). Если залогоприниматель заложенной вещи совершитъ продажу, то прекращаются *оба* закладныя права, и онъ можетъ удержать за собою вырученную сумму, поскольку оба обязательства покрываются другъ другомъ, остатокъ же онъ долженъ выдать или первому залогодателю, или первому залогопринимателю, или имъ *обоимъ*.— Спорно, заключается ли также въ *subpignus* и закладное право на требованіе, принадлежащее первому залогопринимателю противъ перваго залогодателя, иными словами: можетъ ли залогоприниматель заложенной вещи взыскать съ перваго залогодателя предметъ заложеннаго требованія (выше 3 b), что въ частности важно для него въ томъ случаѣ, если *subpignus* недостаточно для его удовлетворенія или не находитъ покупателя. Рѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ толкованія l. 13. § 2. D. de pign. 20, 1; по правильному мнѣнію его слѣдуетъ рѣшить въ отрицательномъ смыслѣ.

## Раздѣлъ пятый.

### Стеченіе нѣсколькихъ залогопринимателей.

#### А. § 203. Общій обзоръ.

*Vangerow*, § 388.—*Windscheid*, § 240. 241.—*Brinz*, § 356.

На одну и ту же вещь можетъ существовать нѣсколько закладныхъ правъ (невозможно стеченіе нѣсколькихъ закладовъ

<sup>6</sup> l. 18. pr. D. cit. 13, 7; l. 4. C. cit. 8, 16.—<sup>7</sup> l. 4. C. quae res pign. 8, 16.—<sup>8</sup> l. 13. § 2. D. de pign. 20, 1; l. 40. § 2. D. de pign. a. 13, 7; l. 2. C. si pignus pign. 8, 23.

[pignus], но возможны одинъ закладъ и нѣсколько ипотекъ). Между залогопринимателями наступаетъ коллизія, которая можетъ быть разрѣшена троякимъ образомъ: *по началу конкуренціи, по началу предупрежденія, по началу первенства.*

**I. Начало конкуренціи примѣняется** въ томъ случаѣ, если нѣсколько лицъ сообща по одному акту приобрѣли закладное право на одну и ту же вещь, и притомъ не было условлено, что каждому вѣрителю заложена цѣлая вещь; тогда закладное право каждому изъ нихъ простирается на идеальную часть заложенной вещи, соотвѣтствующую размѣру его требованія<sup>1</sup>.

**II. Начало предупрежденія примѣняется** въ томъ случаѣ, если одно требованіе раздѣляется на нѣсколько частей<sup>2</sup> (§ 191 пр. 2), затѣмъ, если нѣсколько лицъ по различнымъ актамъ приобрѣтаютъ въ одинъ и тотъ же день закладное право на одинъ и тотъ же предметъ<sup>3</sup>, наконецъ, если это совершается по одному акту и вмѣстѣ съ тѣмъ условлено, что каждому изъ нихъ заложена цѣлая вещь<sup>4</sup>. Въ этихъ случаяхъ каждый вѣритель выступаетъ противъ третьихъ лицъ въ качествѣ единственнаго залогопринимателя, а между самими залогопринимателями примѣняется начало, что залогъ остается за тѣмъ изъ нихъ, который предупредилъ другихъ (стало быть, за тѣмъ, кто теперь владѣетъ).

**III. Начало первенства означаетъ**, что одинъ залогоприниматель (prior, potior, potentior creditor) имѣетъ преимущество предъ другимъ (inferior, posterior creditor); первенствующему залогопринимателю принадлежитъ преимущественное право на владѣніе (которое онъ можетъ осуществить противъ послѣдующаго залогопринимателя и третьихъ лицъ путемъ иска и возраженія)<sup>5</sup> и исключительное право совершить продажу<sup>6</sup> (см. § 198 sub 1. d); хотя послѣдующій залогоприниматель и имѣетъ наличное закладное право (а не условное, какъ многіе утверждаютъ безъ всякаго основанія), но право на владѣніе принадлежитъ ему только противъ третьихъ лицъ<sup>7</sup>, а осуществить права продажи онъ совсѣмъ не можетъ; его права по отношенію къ первенствующему залого-

<sup>1</sup> l. 10. i. f. l. 16. § 8. D. de pign. 20, 1; cf. l. 7. § 4. D. qu. m. pign. 20, 6; l. 20. § 1. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>2</sup> l. 1. C. si unus ex plurib. 8, 31.—<sup>3</sup> l. 16. § 8. D. de pign. 20, 1.—<sup>4</sup> l. 10. l. 16. § 8. D. de pign. 20, 1.—<sup>5</sup> l. 12. pr. D. qui pot. 20, 4.—<sup>6</sup> l. 8. C. qui pot. 8, 17; l. 1. C. cred. ev. 8, 46; l. 3. C. si antiq. 8, 19.—<sup>7</sup> l. 12. pr. § 7. D. qui pot. 20, 4.

принимателю состоятъ въ правѣ на *hypotheca*<sup>8</sup> и въ *ius offerendi*<sup>9</sup>; путемъ осуществленія послѣдняго онъ вступаетъ на мѣсто первенствующаго вѣрителя и тогда уже можетъ, соображаясь со своими интересами, совершить или отложить продажу. — *Первенство закладныхъ правъ зависитъ, по общему правилу, отъ ихъ старшинства, въ исключительныхъ случаяхъ отъ привилегіи, принадлежащей известнымъ закладнымъ правамъ, и отъ способа ихъ установленія*; эти основанія опредѣленія первенства требуютъ болѣе подробнаго изложенія (§§ 204—206), ибо первенство представляетъ самое частое отношеніе между закладными правами, начала же конкуренціи и предупрежденія примѣняются рѣдко.

### В. Въ частности объ опредѣленіи первенства.

t. D. XX, 4: qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedant.—t. C. VIII, 17: qui potiores in pignore habeantur.

#### 1) § 204. По старшинству.

*Regelsberger, zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. 1859.—Vangerow, §§ 369. 372.—Windscheid, §§ 242—244.—Brinz, § 352.*

По какимъ началамъ опредѣляется старшинство нѣсколькихъ закладныхъ правъ, вопросъ въ новѣйшее время весьма спорный. Въ источникахъ мы не находимъ никакихъ общихъ принциповъ, кромѣ многозначащихъ словъ: *sicut prior es tempore, ita potior es iure* и тому подобныхъ<sup>1</sup>; рѣшеніями частныхъ случаевъ источники тоже не изобилуютъ. Правильнымъ, повидимому, надо признать слѣд. положеніе: *старшинство закладныхъ правъ опредѣляется не по моменту ихъ возникновенія, а уже по моментамъ, въ которые было положено основаніе для ихъ возникновенія связывающимъ залогодателя образомъ*. Поэтому:

**I. Что касается требованія.** Закладное право, обеспечивающее срочное требованіе, признается наличнымъ для опредѣленія старшинства съ момента установленія<sup>2</sup>. То же относится къ закладному праву въ пользу условнаго требованія (если условіе исполнится), кромѣ того случая, когда условіе зависитъ отъ произвола лица, которое будетъ обязано<sup>3</sup>, напр., если депозита-

<sup>8</sup> l. 12. § 5. D. qui pot. 20, 4.—<sup>9</sup> l. 12. § 9. D. qui pot. 20, 4.

<sup>1</sup> l. 2. l. 4. l. 7. l. 8. C. h. t. 8, 17.—<sup>2</sup> l. 12. § 2. D. h. t. 20, 4.—<sup>3</sup> l. 9. § 1. 2. l. 11. § 1. D. h. t. 20, 4.

рію денежной суммы предоставляется пользование ею (§ 278 пр. 4), а онъ устанавливаетъ на случай пользованія закладное право. То же, наконецъ, относится и къ закладному праву въ пользу будущаго требованія, если оно только дѣйствительно будущее, т. е., если уже существуетъ извѣстная обязательная связь; поэтому, напр., закладное право, служащее обезпеченіемъ права требовать проценты, считается наличнымъ съ момента обѣщанія платить таковыя, хотя требованіе процентовъ заслуживается только послѣ и по мѣрѣ пользованія капиталомъ<sup>4</sup>; закладное право на *investa et illata* признается возникшимъ съ момента *illatio*, хотя требованіе изъ найма зависитъ отъ пользованія вещью<sup>5</sup>.

II. *Что касается предмета залога.* Если опредѣленіе предмета залога производится дѣйствіемъ, зависящимъ отъ произвола залогодателя, то закладное право признается возникшимъ съ момента совершенія этого дѣйствія; поэтому, напр., закладное право хозяина на *investa et illata* нанимателя признается возникшимъ лишь съ момента *illatio*<sup>7</sup>. Но если опредѣленіе предмета не зависитъ отъ воли залогодателя, то закладное право признается наличнымъ для опредѣленія старшинства съ момента своего установленія, хотя бы предметъ еще не принадлежалъ залогодателю; это бываетъ, напр., въ случаѣ залога будущихъ вещей (предполагается, что онѣ потомъ попадаютъ въ собственность залогодателя), въ случаѣ залога чужихъ вещей (предполагается, что залогодатель пріобрѣтаетъ ихъ со временемъ въ собственность<sup>8</sup> или что собственникъ даетъ согласіе на залогъ)<sup>9</sup> и т. д.<sup>10</sup>

III. *Что касается акта установленія закладного права.* Если послѣдній состоитъ въ договорѣ, то закладное право признается возникшимъ для опредѣленія старшинства со дня его заключенія, хотя бы къ установленію залога былъ прибавленъ срокъ (*dies ex quo*) или суспензивное условіе<sup>12</sup>; исключеніе имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если условіе зависитъ отъ произвола залогодателя<sup>13</sup>. Если актъ установленія состоитъ въ отказѣ, то закладное право признается наличнымъ со дня смерти наследодателя, а не

<sup>4</sup> l. 18. D. h. t. 20, 4.—<sup>5</sup> l. 9. pr. l. 11. § 2. D. h. t. 20, 4.—<sup>6</sup> l. 1. pr. D. h. t. 20, 4.—<sup>6a</sup> cf. l. 1. pr. D. h. t. 20, 4.—<sup>7</sup> l. 11. § 2. D. h. t. 20, 4.—<sup>8</sup> l. 9. § 3. D. h. t. 20, 4; cf. l. 7. pr. C. h. t. 8, 17; l. 6. § 2. C. de sec. nupt. 5, 9.—<sup>9</sup> l. 16. § 1. D. de pign. 20, 1.—<sup>10</sup> l. 21. pr. D. h. t. 20, 4.—<sup>11</sup> l. 7. § 1. D. h. t. 20, 4.—<sup>12</sup> l. 12. § 2. D. h. t. 20, 4.—<sup>13</sup> l. 9. § 1. l. 11. § 1. D. h. t. 20, 4.

со дня приобрѣтенія наслѣдства со стороны наслѣдника, какъ многіе думаютъ. — *Pignus in causa iudicati captum* существуетъ съ момента установленія<sup>14</sup>; *pignus praetorium*—съ момента завладѣнія<sup>15</sup>; но если нѣсколько лицъ получили *missio in possessionem* на одномъ и томъ же основаніи, то начало существованія ихъ закладныхъ правъ относится къ одному моменту, хотя бы они достигли владѣнія и одновременно<sup>16</sup>; закладное право, установленное судьей въ процессѣ о раздѣлѣ, существуетъ съ момента рѣшенія.—Законное закладное право признается наличнымъ съ момента наличности обезпечиваемаго обязательства и предмета, подверженнаго по закону закладному праву, конечно, поскольку это необходимо по I и II.

Какъ уже замѣчено въ началѣ §, эти вопросы очень спорны, главные же отступающія мнѣнія состоятъ въ слѣд.:

1. Старшинство закладныхъ правъ опредѣляется по моменту ихъ дѣйствительнаго возникновенія, т. е. по моменту совпаденія обязательства, предмета залога и акта установленія закладного права; но въ извѣстныхъ случаяхъ происходитъ обратное распространеніе закладного права, въ частности въ случаѣ залога въ пользу условнаго обязательства послѣ исполненія условія, залога будущихъ вещей, если послѣднія попадаютъ затѣмъ въ собственность залогодателя, въ случаѣ условнаго установленія закладного права послѣ исполненія условія. Это мнѣніе и съ изреченіями источниковъ несогласно, и не соотвѣтствуетъ требованіямъ гражданскаго оборота.

2. Вторая теорія отступаетъ отъ вышеизложенныхъ началъ главнымъ образомъ относительно требованія. По этой теоріи, закладное право можетъ существовать помимо всякаго требованія, стало быть, и *до* возникновенія требованія; хотя еще нѣтъ на лицо никакого требованія, но отъ воли устанавливающаго зависитъ, должно ли начаться закладное право тотчасъ или съ момента возникновенія требованія; въ сомнительныхъ случаяхъ римскіе юристы старались отыскать предполагаемую волю установившаго. Это возрѣніе несогласно съ источниками; римское право иногда

<sup>14</sup> I. 10. D. h. t. 20, 4.—<sup>15</sup> I. 26. § 1. D. de pign. a. 13, 7; I. 3. C. ut in poss. leg. 6, 54; I. 2. C. h. t. 8, 17.—<sup>16</sup> I. 12. pr. D. de reb. auct. i. 42, 5; I. 5. §§ 2. 3. D. ut. in poss. leg. 36, 4; I. 15. §§ 15. 18. D. de damno inf. 39, 2.—<sup>17</sup> I. 6. § 4. C. de bon. quae lib. 6, 61.—<sup>18</sup> I. 6. § 2. C. de sec. nupt. 5, 9.

допускаетъ *продолженіе существующаго* закладнаго права (§ 207 sub III. 2), несмотря на прекращеніе требованія, но никогда не допускаетъ *возникновенія* его безъ всякаго требованія. Кроме того источники не даютъ никакого повода думать, что относящіяся сюда рѣшенія римскихъ юристовъ<sup>19</sup> содержатъ простое толкованіе воли залогодателя.

## 2) § 205. По привилегіи (привилегированныя закладныя права).

*Vangerow*, §§ 385. 386.—*Windscheid*, § 246.—*Brinz*, § 352.

Нѣкоторыя закладныя права, *хотя бы и младшія*, пользуются первенствомъ предъ старшими; они называются привилегированными закладными правами.

1. Закладное право фиска по поводу недоимокъ въ платежѣ налоговъ и податей<sup>1</sup> имѣетъ первенство предъ всѣми другими закладными правами.

2. Закладное право жены по поводу *dos*; изъ наслѣдниковъ привилегія принадлежитъ только ея нисходящимъ<sup>2</sup>.

3. Закладное право по поводу *in rem versio*<sup>3</sup>, т. е. то закладное право, которое по договору или другимъ основаніямъ принадлежитъ вѣрителю въ обезпеченіе его требованія по поводу сохраненія, возстановленія или приобрѣтенія заложеной вещи.

Въ случаѣ стеченія нѣсколькихъ привилегированныхъ закладныхъ правъ они выступаютъ въ слѣд. порядкѣ:

а. закладное право казны по поводу податей и налоговъ<sup>5</sup>;

б. теперь несуществующій случай *in rem versio*: закладное право того лица, которое дало займы деньги для приобрѣтенія *militia* (продажной должности) и при этомъ выговорило себѣ право преимуществва въ письменномъ актѣ, скрѣпленномъ подписью свидѣтелей<sup>6</sup>;

в. прочія закладныя права по ихъ старшинству (§§ 203—204). Между нѣсколькими закладными правами по поводу *in rem versio* рѣшаетъ не старшинство, а размѣръ участія, которое принялъ каждый залогоприниматель въ сохраненіи и поддержаніи вещи<sup>7</sup>.

<sup>19</sup> См. выше мѣста, приведенныя sub I.

<sup>1</sup> l. 1. C. si propter publ. pens. 4, 46; противоположное мнѣніе опирается на l. 28. D. de i. f. 49, 14. и l. 2. C. de priv. f. 7. 73.—<sup>2</sup> l. 21. pr. D. h. t. 20, 4.—<sup>3</sup> l. 12 pr. § 1. C. h. t. 8, 17; § 29. I. de act. 4, 6; Nov. 91. c. 1; Nov. 97. c. 2.—<sup>4</sup> l. 5. l. 6. l. 7. pr. D. h. t. 20, 4; l. 3. § 1. eod.; l. 7. C. h. t. 8, 17; Nov. 97. c. 3.—<sup>5</sup> l. 1. C. si propter publ. pens. 4, 46.—<sup>6</sup> Nov. 97. c. 4; cf. Nov. 53. c. 5.—<sup>7</sup> cf. l. 7. pr. D. h. t. 20, 4.—<sup>8</sup> См. мѣста въ прим. 1—6.

**3) § 206. По формѣ установленія (публичныя закладныя права).**

*Vangerow*, § 387.—*Windscheid*, §§ 245. 229.—*Brinz*, § 352.

**I. Законъ императора Льва.** По закону имп. Льва 469 г. по Р. Хр. <sup>1</sup> (имѣющему цѣлью предупредить обманы въ дѣлахъ о старшинствѣ закладныхъ правъ), то закладное право, которое установлено въ письменномъ публичномъ (судебномъ или нотариальномъ) актѣ или частномъ, но подписанномъ тремя безупречными свидѣтелями (такъ наз. *pignus publicum* и *quasi publicum*), имѣетъ первенство предъ закладнымъ правомъ, установленнымъ въ простомъ частномъ актѣ (такъ наз. *pignus privatum*).

**II. Спорные вопросы.** Неосторожная редакція закона Льва повела къ возникновенію нѣсколькихъ спорныхъ вопросовъ:

1. Имѣютъ ли *pignora publica* и *quasi publica* также первенство предъ тѣми закладными правами, которыя были установлены безъ всякихъ письменныхъ актовъ и которыя, слѣдовательно, доказываются посредствомъ свидѣтельскихъ показаній или присяги? Законъ о таковыхъ не говоритъ; поэтому господствующее мнѣніе рѣшаетъ вопросъ отрицательно. Но если принять въ соображеніе, что въ греческомъ правѣ, а слѣд. и въ восточно-римской имперіи, на доказываніе посредствомъ свидѣтельскихъ показаній смотрѣли весьма недоувѣрчиво (вслѣдствіе подкуиности свидѣтелей и недостоувѣрности ихъ показаній), и что свидѣтельскія показанія нѣсколькими спеціальными законами <sup>2</sup> были поставлены ниже письменныхъ доказательствъ, то яридемъ къ заключенію, что по духу закона Льва *pignora publica* и *quasi publica* должны быть предпочитаемы закладнымъ правамъ, доказываемымъ свидѣтельскими показаніями. Сказанное о свидѣтельскихъ показаніяхъ несомнѣнно относится и къ присягѣ.

2. Имѣютъ ли *pignora publica* и *quasi publica* также первенство предъ привилегированными закладными правами, если послѣднія установлены не въ публичномъ письменномъ актѣ? Господствующее мнѣніе съ полнымъ основаніемъ рѣшаетъ этотъ вопросъ отрицательно, ибо привилегія привилегированныхъ закладныхъ правъ именно въ томъ и состоитъ, что имъ оказывается преимущество, несмотря на то, что они моложе. Но изъ нѣсколькихъ привилегированныхъ закладныхъ правъ предпочитается то, которое установлено въ письменной формѣ у судьи, нотариуса или съ участіемъ трехъ безупречныхъ свидѣтелей.

3. Имѣютъ ли *pignora publica* и *quasi publica* также первенство предъ законными закладными правами, если послѣднія не доказываются письменными актами, совершенными у судьи, нотариуса или съ участіемъ свидѣтелей? О законныхъ закладныхъ правахъ законъ имп. Льва также не упоминаетъ и именно потому, что они вообще основываются не на частныхъ

<sup>1</sup> l. 11. C. qui pot. in pign. 8, 17. — <sup>2</sup> l. 1. l. 2. C. de test. 4, 20; l. 18. in initio C. eod. 4, 20; Nov. 97. c. 4.

актахъ, а слѣдовательно и не представляютъ никакой прямой противоположности къ *pignora publica* и *quasi publica*. Отсюда вытекаетъ, что, хотя ни они сами, ни относящееся къ нимъ требованіе не доказываются посредствомъ письменныхъ публичныхъ или приравненныхъ къ нимъ частныхъ актовъ, тѣмъ не менѣе они не уступаютъ *pignora publica* и *quasi publica*.

Въ совсѣмъ иномъ смыслѣ многія нѣмецкія партикулярныя законодательства требуютъ публичности закладныхъ правъ; эта публичность состоитъ въ томъ, что закладныя права на недвижимыя имущества возникаютъ только путемъ внесенія ихъ въ такъ наз. поземельныя книги; между записанными ипотеками вопросъ о первенствѣ рѣшается исключительно по моменту записи. Эта система значительно лучше началъ римскаго права, потому что она сообщаетъ публичность не только установленію закладныхъ правъ, но и самимъ закладнымъ правамъ; она, навѣрно, вытѣснить соотвѣтственныя правила римскаго права и тамъ, гдѣ они еще теперь господствуютъ.

## Раздѣлъ шестой.

### § 207. Прекращеніе закладного права.

t. D. XX, 6: quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. — *G. Buchka*, die Hypothek des Eigenthümers. 1875. — *Hartmann*, Rechte an eigener Sache. Стр. 39 сл. 1877. — *Kuhlmann*, die Hypothek des Eigenthümers. 1881. — *Vangerow*, § 392. — *Windscheid*, §§ 225. 248. 249. — *Brinz*, § 355.

I. Изложенныя въ § 171. I. обстоятельства, влекущія за собою прекращеніе всѣхъ вещныхъ правъ, имѣютъ то же значеніе и въ области закладного права <sup>1</sup>.

II. То же относится и къ тѣмъ обстоятельствамъ (изложеннымъ въ § 171. II), которыя влекутъ за собою прекращеніе всѣхъ вещныхъ правъ на чужую вещь: къ *confusio* и къ отреченію; но здѣсь слѣдуетъ еще добавить:

1. *Confusio* <sup>2</sup>. Уже въ § 185 мы имѣли случай замѣтить, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ закладное право не прекращается по *confusio*: а) первенствующій залогоприниматель, не зная о своемъ закладномъ правѣ, пріобрѣтаетъ залогъ въ собственность (таково содержаніе знаменитой *lex Latinus Largus*) <sup>3</sup>; б) первенствующій

<sup>1</sup> cf. l. 3. l. 6. pr. l. 8. pr. D. h. t. 20, 6; l. 18. § 3. D. d. pign. a. 13. 7. — <sup>2</sup> l. 20. § 3. l. 29. D. de pign. a. 13, 7; l. 30. § 1. i. f. D. de exc. r. i. 44, 2. — <sup>3</sup> l. 30. § 1. D. de exc. r. i. 44, 2.



залогоприниматель принимает заложенную вещь вмѣсто платежа (in solutum) или покупает ее у собственника, чтобы этимъ путемъ получить удовлетвореніе по требованію <sup>4</sup>; с) собственникъ заложенной вещи уплачиваетъ долгъ первенствующему залогопринимателю, требующему отъ него выдачи залога, и взамѣнъ этого получаетъ путемъ цессіи какъ само требованіе, такъ и закладное право <sup>5</sup> (§ 195 пр. 15); d) наконецъ, сюда можно также причислить упомянутый выше (§ 193 пр. 4) случай, если кто покупаетъ заложенную вещь съ тѣмъ, чтобы изъ уплаченной цѣны получилъ удовлетвореніе первенствующій залогоприниматель, и это удовлетвореніе осуществляется <sup>6</sup>. Во всѣхъ этихъ случаяхъ закладное право не доставляетъ вѣрителю никакого обезпеченія его требованія, но предохраняетъ его по крайней мѣрѣ отъ убытковъ, оттѣненія притязанія послѣдующаго залогопринимателя; послѣдній долженъ довольствоваться только правомъ на *hypotheca* и *ius offerendi*. *Формальнымъ* приемомъ, путемъ котораго римскіе юристы ввели эти исключенія, послужило утвержденіе, что залогоприниматель можетъ предъявить закладной искъ, пока онъ не получилъ удовлетворенія, а *confusio* не есть удовлетвореніе: *actio pignoratitia competit, verum enim est, et pignori datum et satisfactum non esse* <sup>7</sup>; эту дедукцію нетрудно опровергнуть: неправда, что закладное право и закладной искъ всегда продолжаютъ существовать до удовлетворенія вѣрителя; дѣйствительнымъ основаніемъ, оправдывающимъ эти исключенія, слѣдуетъ признать справедливость.

2. *Отреченіе* (*remissio pignoris*). Оно можетъ быть заявлено какъ путемъ договора между живыми, такъ и путемъ распоряженія <sup>8</sup> на случай смерти; достаточно и молчаливаго договора; молчаливое отреченіе имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если залогоприниматель возвращаетъ безъ оговорки самъ залогъ или закладные документы <sup>9</sup>, если онъ безъ оговорки <sup>10</sup> соглашается на отчужденіе <sup>11</sup> или дальнѣйшій залогъ заложенной вещи <sup>12</sup>, иног-

<sup>4</sup> l. 1. C. si ant. cred. и 8, 19.—<sup>5</sup> l. 19. D. qui pot. 20, 4.—<sup>6</sup> l. 17. D. qui pot. 20, 4; l. 3. C. de his qui in prior. 8, 18; l. 3. § 1. D. de distr. p. 20, 5.—<sup>7</sup> l. 30. § 1. D. de exc. r. i. 44, 2.—<sup>8</sup> l. 9. § 3. D. de pign. a. 13, 7; l. 8. § 1. sqq. D. h. t. 20, 6.—<sup>9</sup> l. 7. l. 9. C. de rem. p. 8, 25; l. 3. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>10</sup> l. 4. § 1. D. h. t. 20, 6;—<sup>11</sup> l. 4. § 1. l. 8. §§ 6—15. D. h. t. 20, 6; l. 158. D. de r. i. 50, 17; l. 2. l. 11. C. de rem. p. 8, 25.—<sup>12</sup> Правило см. въ l. 8. § 15. D. h. t. 20, 6.

да <sup>13</sup> даже въ томъ случаѣ, если онъ не возражаетъ противъ отчужденія заложеной вещи собственникомъ (напр., собственникъ предъ отчужденіемъ приглашаетъ путемъ публичнаго объявленія всѣхъ вѣрителей явиться со своими требованіями, послѣдніе же не являются, несмотря на то, что они не находятся въ отсутствіи) <sup>14</sup>.

III. Слѣдующія основанія прекращенія спеціально свойственны *закладному праву*:

1 *Погасительная давность*. Давность закладного *иска* слѣдуетъ принципиально отличать отъ давности, погашающей закладное *право*; первая лишаетъ залогопринимателя только *иска*, такъ что, если онъ и безъ *иска* достигнетъ владѣнія залогомъ, то онъ можетъ осуществить свои права залогопринимателя; вторая лишаетъ его всякаго *права*, такъ что, если ему удастся достигнуть владѣнія вещью, то онъ обязанъ выдать ее управомоченному. До Юстиніана существовала только давность закладного *иска*: владѣлецъ залога могъ иску залогопринимателя противопоставить *praescriptio longi temporis* (§ 140 прим. 14); для этого требовалось, чтобы его владѣніе (безъ различія движимыхъ и недвижимыхъ вещей) продолжалось десять лѣтъ *inter praesentes*, двадцать *inter absentes*, чтобы онъ дѣйствовалъ *bona fide* (т. е. не зналъ о существованіи закладного права) и чтобы у него былъ титулъ на владѣніе (эвентуально собственность) <sup>15</sup>. Если у владѣльца недоставало добросовѣстности или титула, то допускалась только *praescriptio triginta vel quadraginta annorum* <sup>16</sup>, — *quadraginta annorum* для залогодателя (и его наслѣдниковъ) и для послѣдующаго залогопринимателя при жизни должника, *triginta annorum* — въ прочихъ случаяхъ. Юстиніанъ на мѣсто давности закладного *иска* ввелъ для извѣстныхъ случаевъ давность, погашающую само закладное право, а именно онъ постановилъ <sup>17</sup>, что, если владѣлецъ былъ *in bona fide*, и вещь по истеченіи давностнаго срока попала въ руки залогопринимателя, то послѣдній обязанъ выдать ее управомоченному. Это значительно сузило область примѣненія давности закладного *иска*.

<sup>13</sup> I. 9. § 1. l. 12. pr. D. h. t. 20, 6; l. 12. § 4. D. qui pot. 20, 4. — <sup>14</sup> l. 6. C. de rem. p. 8, 25; l. 1. l. 8. eod. — <sup>15</sup> l. 5. § 1. l. 12. D. de div. t. pr. 44, 3; l. 7. l. 14. C. de o. et a. 4, 10; l. 19. C. de ev. 8, 44; l. 1. l. 2. C. si abv. cred. praescr. opp. 7, 36. — <sup>16</sup> l. 3. l. 7. C. de praescr. XXX vel. XXXX ann. 7, 39. — <sup>17</sup> l. 8. pr. § 1. C. de praescr. XXX vel. XXXX ann. 7, 39.

Такъ какъ каноническое право для погашенія иска, направленнаго на специальную вещь, требуетъ добросовѣстности со стороны владѣльца (§ 89), то теперь уже нѣтъ случаевъ давности закладнаго *иска*, а существуетъ только давность закладнаго *права*.

2. *Прекращеніе требованія*, безразлично, происходитъ ли оно *ipso iure* или *ope exceptionis*<sup>18</sup>, прекращаетъ закладное право<sup>19</sup>; при этомъ предполагается, что прекратилось все требованіе (а не часть его) и притомъ исполнѣ (а не такъ, напримѣръ, что еще остается *obligatio naturalis*)<sup>20</sup>; впрочемъ, въ случаѣ неправильнаго оправдательнаго суд. рѣшенія закладное право все таки прекращается, хотя и остается *obligatio naturalis*<sup>21</sup> (§ 97). Но уже мы замѣтили въ § 185, что иногда закладное право продолжаетъ существовать, хотя требованіе исполнѣ прекратилось; положимъ, въ одномъ мѣстѣ источниковъ про этотъ случай сказано: *remanet propter pignus naturalis obligatio*<sup>22</sup>, но это только указываетъ на то, что вѣритель въ случаѣ продажи залога не можетъ удержать за собою *больше* суммы бывшаго требованія. Формальный приемъ, посредствомъ котораго римскіе юристы ввели относящіяся сюда исключенія, состоялъ и тутъ въ утвержденіи, что залогоприниматель можетъ предъявить закладной искъ, пока онъ не получилъ удовлетворенія, а въ этихъ исключительныхъ случаяхъ удовлетворенія нѣтъ<sup>23</sup> (выше пр. 7). Уже выше sub II. 1 мы замѣтили, что эта дедукція неправильна, но правильнаго руководящаго принципа отыскать не удалось. Случаи эти слѣд.: а) требованіе погашено давностью<sup>24</sup>; б) требованіе прекратилось по *confusio*; здѣсь упоминаются два различныхъ случая: одинъ случай, въ которомъ *confusio* матеріально уничтожается съ обратной силою (залогоприниматель назначается наслѣдникомъ со стороны должника и вмѣстѣ съ тѣмъ обременяется универсальнымъ фидеикоммиссомъ)<sup>25</sup>, и другой случай, въ которомъ требованіе остается прекращеннымъ по *confusio* (наслѣдникомъ поручителя, который установилъ вѣрителю закладное право въ обезпеченіе своего долга изъ поручительства, дѣлается главный должникъ)<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> l. 5. pr. l. 13. D. h. t. 20, 6.—<sup>19</sup> l. 43. D. de sol. 46, 3; l. 6. pr. D. h. t. 20, 6; l. 11. §§ 1. 5. D. de pign. a. 13, 7; l. 3. C. de luit. p. 8, 30.—<sup>20</sup> l. 14. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 2. C. de luit. p. 8, 30.—<sup>21</sup> l. 13. D. h. t. 20, 6.—<sup>22</sup> l. 59. pr. D. ad sct. Treb. 36, 1.—<sup>23</sup> l. 59. pr. D. ad sct. Treb. 36, 1.—<sup>24</sup> l. 3. l. 7. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>25</sup> l. 59. pr. D. ad sct. Treb. 36, 1.—<sup>26</sup> l. 38. § 5. D. de sol. 46, 3.

3. *Продажа залога*, произведенная единственнымъ или первенствующимъ залогопринимателемъ, прекращаетъ закладное право продавца или всѣ закладныя права<sup>27</sup>, если она совершена надлежащимъ образомъ. Продажа, совершенная послѣдующимъ залогопринимателемъ, недѣйствительна (§ 198). Продажа, совершенная залогодателемъ, если въ ней не заключается *furtum* (§ 185 пр. 5), дѣйствительна, но она не влечетъ за собою прекращенія закладного права: *res transit cum sua causa*<sup>28</sup>, кромѣ того случая (по закону Юстиніана)<sup>29</sup>, если лицо, принявшее наслѣдство *cum beneficio inventarii*, продаетъ заложенныя вещи изъ наслѣдственной массы для удовлетворенія вѣрителей и отказополучателей (§ 427 пр. 14).

---

<sup>27</sup> l. 6. C. qui pot. 8, 17; l. 1. C. si ant. cred. 8, 19; l. 6. l. 7. C. de o. et a. 4, 10.—<sup>28</sup> l. 10. C. de rem. p. 8, 25.—<sup>29</sup> l. 22. § 8. C. de iure del. 6, 30.