

СИСТЕМА
РИМСКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

Профессора Боннскаго университета

Ю. Барона.

ПЕРЕВОДЪ

Л. Петражицкаго.

ВЫПУСКЪ ВТОРОЙ.

Книга II. Владѣніе. Книга III. Вещныя права.

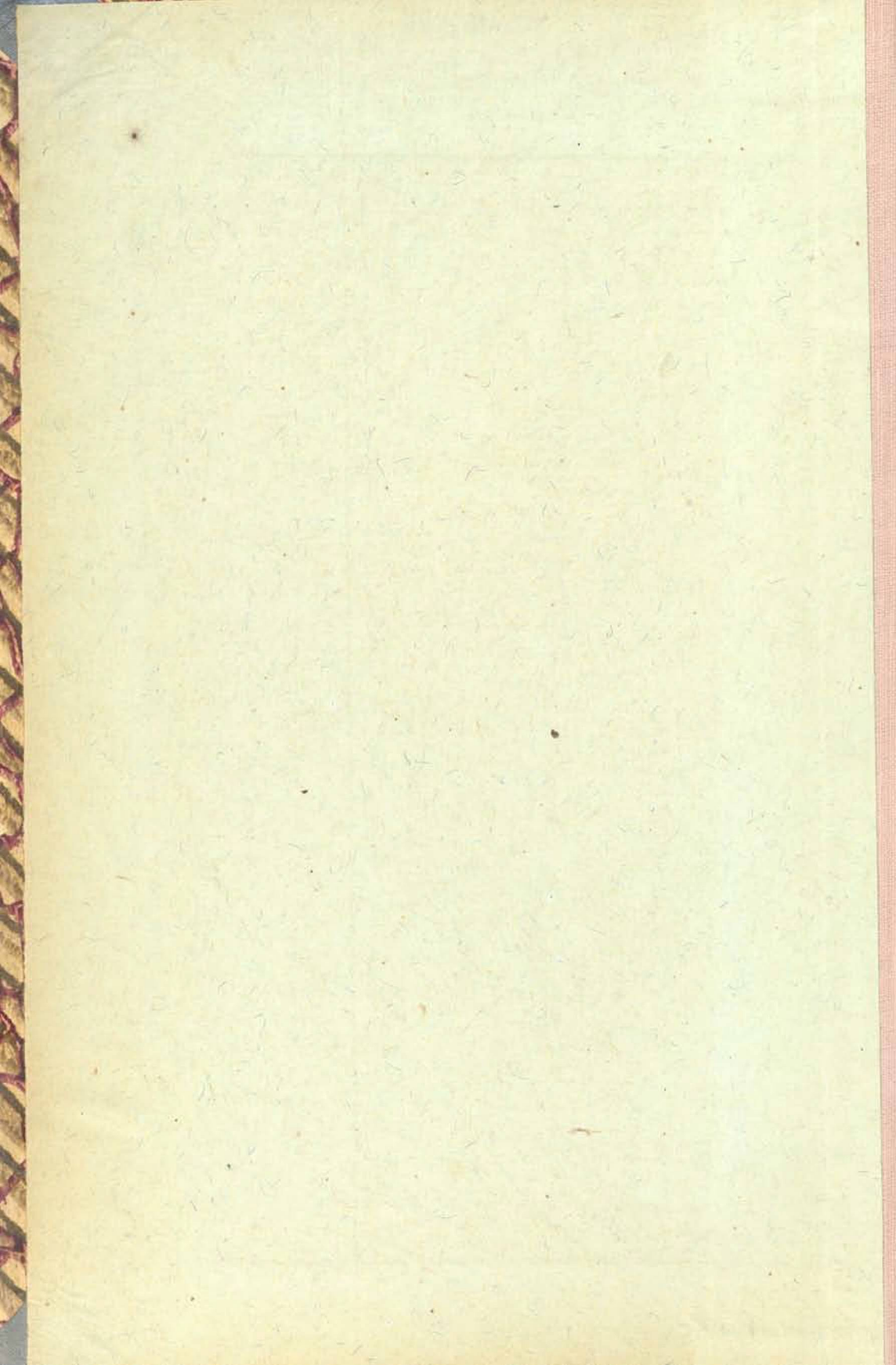
ТРЕТЬЕ ИЗДАНИЕ

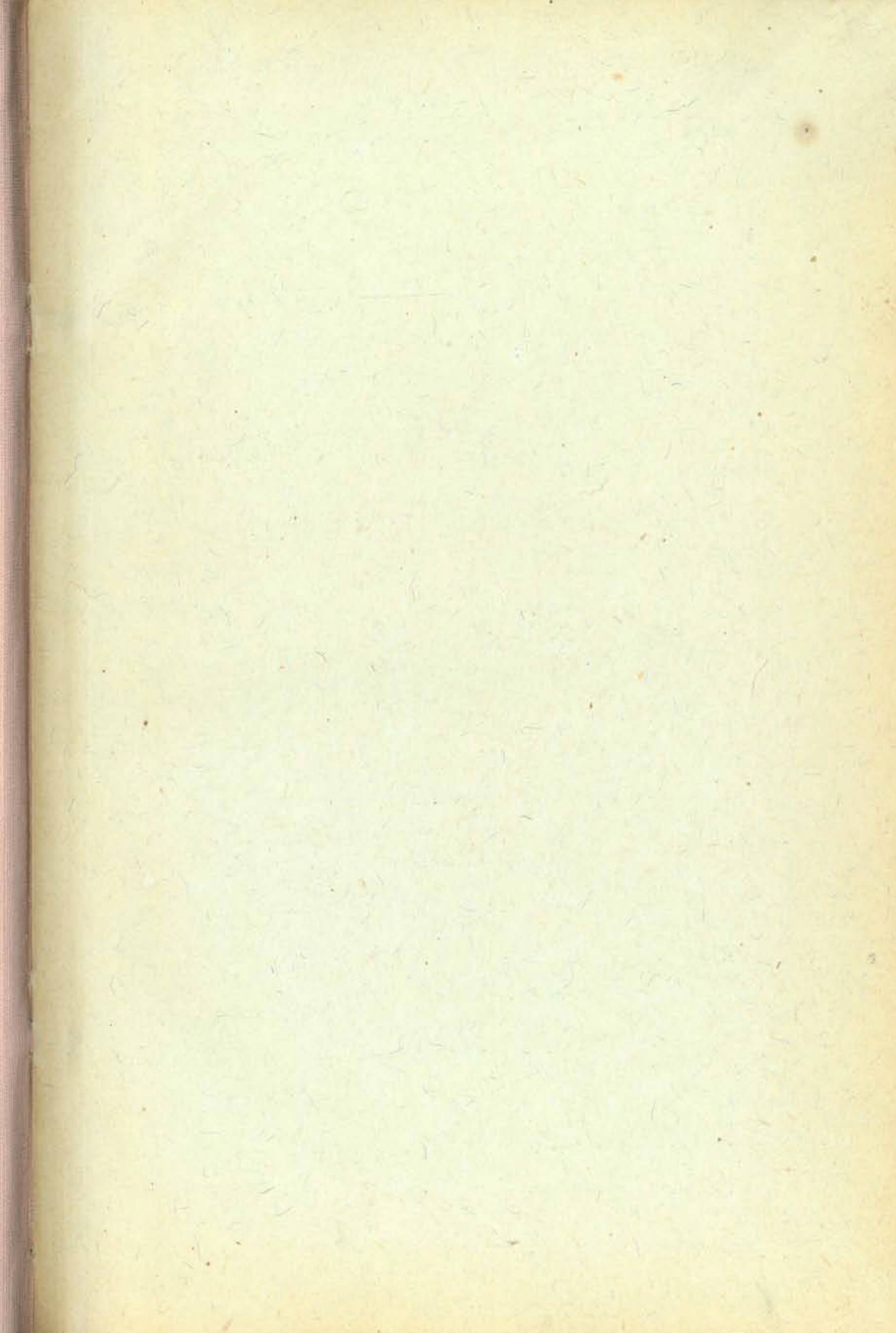
(исправленное по 9-му нѣмецкому изданію).

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Складъ изданія въ книжномъ магазинѣ Н. К. Мартынова, Невскій, 50.

1908.





СИСТЕМА
РИМСКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

Профессора Боннскаго университета

Ю. Барона.

ПЕРЕВОДЪ

Л. Петражицкаго.

ВЫПУСКЪ ВТОРОЙ.

Книга II. Владѣніе. Книга III. Вещныя права.

ТРЕТЬЕ ИЗДАНИЕ

(исправленное по 9-му нѣмецкому изданію).

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Складъ изданія въ книжномъ магазинѣ Н. К. Мартынова, Невскій, 50.

1908.

О Г Л А В Л Е Н І Е.

КНИГА ВТОРАЯ.

П р а в о в л а д ѣ н і я .

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

§§		СТР.
112.	1) Понятіе и юридическое значеніе владѣнія	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, осуществляемого черезъ представителя	18

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Защита владѣнія.

	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.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Понятіе и содержаніе собственности.

§§		СТР.
125.	I. Понятіе собственности	28
	II. Ограниченія собственности.	
	Предварительное замѣчаніе	31
126.	а. Первый классъ ограниченій собственности (такъ наз. легальные сервитуты)	31
127.	б. Второй классъ ограниченій собственности (вещныя права на чужую вещь, запрещенія отчужденія)	35

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

128.	Виды собственности	38
------	------------------------------	----

РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

129.	Объекты собственности	42
------	---------------------------------	----

РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Приобрѣтеніе собственности.

130.	I. Общій обзоръ и классификація способовъ приобрѣтенія	43
	II. Отдѣльные способы приобрѣтенія собственности.	
	А. Производные.	
131.	1) Передача (traditio)	45
132.	2) Adjudicatio	50
133.	3) Лишеніе собственности въ наказаніе	50
	В. 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 безхозяйныхъ вещей.	
137.	а. Occuratio	55
138.	б. Находка клада	57
	3) Первоначальное приобрѣтеніе вещей другихъ лицъ.	

§§		СТР.
139.	а. Соединеніе	58
	б. Приобрѣтеніе по давности.	
140.	α. Историческое введеніе	62
	β. Обыкновенная давность.	
	αα. Условія.	
	Предварительное замѣчаніе	65
141.	αα. Владѣніе	65
142.	ββ. Срокъ давности	66
143.	γγ. Titulus	67
144.	δδ. Добросовѣстность	68
145.	εε. Вещи, негодныя для давности	70
146.	bb. Перерывъ и приостановленіе давности	72
147.	γ. Чрезвычайная давность	73

РАЗДѢЛЬ ПЯТЫЙ.

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

РАЗДѢЛЬ 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 фиктивнаго собственника (Publiciana in rem actio)	83

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Сервитуты.

РАЗДѢЛЬ ПЕРВЫЙ.

Общія начала.

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

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

Отдѣльные сервитуты.

	I. Личные сервитуты.	
158.	1) Общій обзоръ	89
	2) Ususfructus (пользовладѣніе).	
159.	а. Понятіе и содержаніе	91

§§		СТР.
160.	b. Обязанности узуфруктуарія	93
161.	c. Quasiususfructus	95
162.	3) Usus (право пользования)	96
II. Вещные сервитуты.		
163.	1) Общія начала	98
164.	2) Виды вещныхъ сервитутовъ	100
	3) Отдѣльные вещные сервитуты.	
165.	a. Сельскіе сервитуты	101
166.	b. Городскіе сервитуты	103

РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

Возникновеніе сервитутовъ.

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 (залоговое) право.

РАЗДѢЛЬ ПЕРВЫЙ.

§§	<i>Общія начала.</i>	стр.
184.	А. Понятіе реального кредита и его формы въ римскомъ правѣ	131
185.	В. Понятіе и существо закладного права	134

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

Возникновеніе закладного права.

	Предварительное замѣчаніе	136
186.	I. Требованіе	136
187.	II. Предметъ закладного права	137
	III. Актъ возникновенія.	
	Предварительное замѣчаніе	140
188.	А. Частное распоряженіе	140
189.	В. Судебное распоряженіе	141
190.	С. Норма права	142

РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

Перемѣны послѣ возникновенія закладного права.

191.	А. Въ обезпечиваемомъ обязательствѣ	145
192.	В. Въ предметъ залога	146
193.	С. Въ лицѣ залогопринимателя	148

РАЗДѢЛЬ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Права залогопринимателя.

	I. Въ случаѣ залога тѣлесныхъ вещей.	
	Предварительное замѣчаніе	150
	А. 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) Прочіе иски	154
198.	В. Право продажи	155
199.	С. Право на присужденіе права собственности (ius dominii impetrandi.)	159
200.	Д. Право удержанія (ius retentionis)	160
201.	Е. Право пользованія и извлеченія плодовъ	160
202.	II. Права залогопринимателя при другихъ залогахъ	162

РАЗДѢЛЪ ПЯТЫЙ.

§§	<i>Стеченіе нѣсколькихъ залогопринимателей.</i>	СТР.
203.	А. Общій обзоръ	163
	В. 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.	Прекращеніе закладного 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.—*Bruns*, 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.—*Meischer*, 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 владѣнія.

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.—*Ihering*, der Besitzwille. 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 Савиньи называемое обыкновенно юридическимъ владѣніемъ) по общему правилу есть фактическое господство лица надъ тѣлсною вещью¹, соединенное съ волею лица имѣть вещь вполне для себя (animus possidendi, tenendi^{1a}, у византійскихъ юристовъ—*ψυχὴ δεσπόζοντος*, у новыхъ—animus domini, animus rem sibi habendi). Фактическое господство проистекаетъ изъ пространственнаго отношенія лица къ вещи, изъ отношенія близости, но такъ какъ юридическое владѣніе зиждется на элементѣ воли, то оно представляетъ не только пространственное отношеніе; поэтому, напр., предметы, упавшіе на какой либо участокъ (напр., плоды съ деревьевъ сосѣдняго участка), занесенные туда вѣтромъ, водою

¹ l. 1. pr. D. h. t. 41, 2.—^{1a} l. 1. §§ 3. 20. l. 3. §§ 1. 3. l. 8. l. 18. § 3. D. h. t. 41, 2; l. 3. C. h. t. 7, 32.

или оставленные тамъ кѣмъ 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)². Всѣмъ этимъ лицамъ не принадлежитъ юридическое владѣніе вещью, а только detentio: они держатъ вещь (детенируютъ) отъ имени юридическаго владѣльца (отдающаго вещь въ наемъ, ссуду, на храненіе, однимъ словомъ: *possiōe 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 Герингъ, по мнѣнію котораго этому возрѣнію изъ римскихъ юристовъ слѣдовалъ одинъ только Павелъ; прочіе же римскіе юристы, по мнѣнію Геринга, основывали различіе между юридическимъ владѣніемъ и держаніемъ не на моментѣ 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*

² § 5. I. de int. 4, 15.

пр. 8). Въ этомъ отношеніи безразлично, какимъ образомъ владѣлецъ приобрѣлъ владѣніе³: 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 его⁴, 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 владѣніи 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 приобретенія правъ на вещь, въ частности права собственности*, т. е. во многихъ случаяхъ, кромѣ другихъ условій, требуется еще для приобретенія права на вещь приобретеніе владѣнія или его продолженіе въ теченіе извѣстнаго срока. Сюда относятся: приобретение посредствомъ occupatio, traditio, давности (§§ 131. 137. 140); къ послѣднему способу приобретенія относится выраженіе: владѣніе годное для давности, давностное владѣніе. Во всѣхъ этихъ случаяхъ уже не безразлично, какъ приобретено владѣніе. Завладѣніе здѣсь должно произойти безпорочно⁵. Чтобы нельзя было обойти этого требованія, установлено слѣдующее правило (см. § 143 пр. 9): nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest⁶.

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

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

³ 1. 7. §§ 3. 4. D. comm. div. 10. 3; 1. 2. D. uti poss. 43, 17; 1. 3. § 5. 1. 11. D. h. t. 41, 2.—⁴ 1. 13. § 1. D. de Publ. a. 6, 2; 1. 22. § 1. D. de nox. act. 9, 4.—⁵ 1. 5. 1. 33. D. h. t. 41, 2.—⁶ 1. 2. § 1. D. pro her. 41, 5; 1. 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; государственный порядокъ гарантируетъ человѣку гражданскій миръ, которому противорѣчитъ произволь, хотя бы онъ былъ направленъ къ осуществленію права; произволь нарушаетъ общественный порядокъ и это нарушение 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 (Терингомъ): 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 говорить 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 произволь и нарушение довѣрія составляютъ не-право, лишь поскольку они нарушаютъ существующее право; слѣдовательно, защита противъ произвола и нарушения довѣрія служить доказательствомъ существованія права. Но то право, которое защищается противъ произвола и нарушения 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 нарушение содержитъ въ себѣ или можетъ содержать нарушение права, то владѣльцу дается защита для охраны фактическаго положенія*. Источники неоднократно называютъ владѣніе фактомъ⁷ и тутъ же рядомъ опредѣляютъ притязаніе владѣльца на защиту, какъ *ius possessionis*⁸; но они идутъ еще далѣе и видятъ во владѣніи присутствіе правового элемента (*possessio non tantum corporis, sed et iuris est; possessio plurimum ex iure mutuatur*)⁹; причина такого воззрѣнія заключается въ томъ, что нормы римскаго права о возможности, приобрѣтеніи и потерѣ владѣнія не вездѣ соответвуютъ 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 Савиньи «производнымъ владѣніемъ»*). Такое владѣніе приписывается:

а. Закладоприемателю. Въ источникахъ говорится, что владѣніе раздѣлено между принимающимъ закладъ и дающимъ. Послѣдній владѣть для давности, первый — во всѣхъ другихъ отношеніяхъ¹⁰. Спорно, слѣдуетъ ли признавать и ипотечнаго

⁷ 1. 1. § 3. D. h. t. 41, 2; 1. 19. D. ex qu. c. mai. 4, 6.—⁸ 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.—⁹ 1. 49. pr. § 1. D. h. t. 41, 2.—¹⁰ 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.

вѣрителя, если залогъ попадаетъ въ его руки, владѣльцемъ, или нѣтъ. Нѣкоторыя мѣста въ источникахъ¹¹ 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 источники¹² 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 давности¹³, 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 произвола¹⁴; 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^{14а}.

δ. Многіе 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 послѣднѣю производнымъ владѣльцемъ. Это воззрѣніе можетъ быть признано правильнымъ развѣ только по отношенію

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

къ прекаристу, потому что онъ владѣть лишь въ томъ случаѣ, если на это направлена воля сторонъ. Въ прочихъ случаяхъ (закладоприниматель, 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 квалификаціи владѣнія рѣшающее значеніе имѣютъ потребности гражданскаго оборота (защита противъ произвола и нарушенія довѣрія), то вполне понятно, почему залогоприниматели, 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, залогопринимателю, владѣльцу составной вещи по отношенію ко вставленной имъ чужой части¹. Господствующее мнѣніе разумѣетъ подъ *civilis possessio* владѣніе годное для давности, а подъ *naturalis possessio* — то такое владѣніе, которое не есть давностное владѣніе (значитъ interdиктное владѣніе), то простое держаніе. По другому воззрѣнію *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 воззрѣнію *civilis possessio* имѣетъ двойное значеніе: во-первыхъ,

¹ 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.

этимъ выраженіемъ означаютъ *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*²; *possessio* означаетъ также поземельную собственность³.

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 дѣти¹. б) Въ правѣ Юстиніана положеніе рабовъ осталось то же, но подвластное дитя признается способнымъ къ владѣнію по отношенію къ *bona castrensia, quasi castrensia, adventicia*², неспособнымъ по отношенію къ такъ назыв. *peculium profecticium*³. Нынѣ всѣ лица способны къ владѣнію, такъ какъ институтъ *peculium profecticium* уже не существуетъ (§ 360).

2. *Способны къ владѣнію* даже дѣти, душевно-больные, юридическія лица⁴, несмотря на то, что они сами не имѣютъ т. н.

² 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.—³ 1. 78. D. de v. s. 50, 16.

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

animus domini; а именно, они пользуются представительствомъ своихъ опекуновъ и распорядителей. Относительно дѣтей существуютъ два аномальныя положенія: а) они могутъ приобрѣтать владѣніе tutore auctore⁵, — 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 cogroge⁶.

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*¹; она можетъ находиться во владѣніи одного лица, или же нѣсколькихъ²; 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 владѣть³, потому что иначе направленіе воли было бы лишено требуемой определенности. Если никто изъ нихъ не знаетъ своей части, то вещь, строго говоря, не состоитъ ни въ чемъ владѣнія, и это слѣдствіе дѣйствительно принято источниками⁴, 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 pluriū in solidum). Послѣднее невозможно, такъ какъ владѣніе цѣлою вещью одного лица исключаетъ владѣніе другого⁵. Несмотря на это, нѣкоторые римскіе юристы видѣли такое владѣніе въ томъ случаѣ, если одно лицо потеряло владѣніе вслѣдствіе произвола другого⁶. Послѣдняго владѣльца они называли iniustus possessor, а бывшаго — iustus possessor. Это мнѣніе, несмотря

⁵ 1. 32. § 2. D. h. t. 41, 2. — ⁶ 1. 3. C. h. t. 7, 32.

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

на всю 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, чтó 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 пріобрѣтенія по давности. Для разрѣшенія этого весьма спорнаго вопроса слѣдуетъ различать два случая: если кто пріобрѣтаетъ 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 пріобрѣтетъ по давности сразу цѣлое въ срокъ, назначенный для пріобрѣтенія по давности недвижимыхъ вещей, а не отдѣльно: участокъ—въ давностный срокъ для недвижимыхъ вещей, а строеніе въ срокъ для движимыхъ⁷. Онъ владѣетъ только цѣлымъ, а не отдѣльными частями. Но, если кто, владѣя домомъ, застроитъ въ него чужіе матеріалы, которыми онъ уже началъ давностно владѣть, то его владѣніе этими матеріалами продолжается и завершается пріобрѣтеніемъ по давности въ срокъ, требуемый для пріобрѣтенія вещей движимыхъ^{7а}.—Въ случаѣ собирательныхъ вещей (стадо и т. п.) предметомъ владѣнія и пріобрѣтенія по давности является не цѣлое, а отдѣльныя вещи (овцы и т. п.)⁸.—Реальныя части простой движимой вещи (камень, бревно, § 37 sub I) не составляютъ самостоятельныхъ объектовъ владѣнія; части же недвижимыхъ вещей, напротивъ, могутъ подлежать владѣнію самостоятельно⁹; отсюда слѣдуетъ, что простую движимую вещь можно пріобрѣсть по давности только цѣликомъ сразу, а недвижимую можно пріобрѣсть и сразу, и по частямъ.

⁷ l. 23. pr. D. de usurp. 41, 3.—^{7а} l. 30. § 1. D. de usurp. 41, 3.—⁸ l. 30. § 2. D. de usurp. 41, 3.—⁹ 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 человекъ¹⁰, который, равнымъ образомъ, не можетъ быть объектомъ собственности. И подвластное дитя не можетъ быть объектомъ владѣнія для отца¹¹.

2. Вещи внѣ оборота¹²: 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)¹³; 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 Besitzschutzes. 2. Aufl. S. 160—209. 1869.—*Pininski*, 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 corpore¹.

1. Воля владѣльца вообще есть воля обладать вещью такъ, какъ ею имѣеть 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 утвер-

¹⁰ 1. 23. § 2. D. h. t. 41, 2.—¹¹ 1. 1. § 8. D. h. t. 41, 2.—¹² 1. 30. § 1. D. h. t. 41, 2; 1. 1. § 22. eod.—¹³ 1. 3. pr. D. h. t. 41, 2; 1. 4. § 27. D. de usurp. 41. 3.

¹ 1. 3. § 1. 1. 8. D. h. t. 41, 2.

ждать, что содержаніе 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 вещи²; этотъ случай новые юристы называютъ brevi manu traditio^{2a}, 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 ногами³. Напротивъ, для передачи вещи достаточно, если передающій укажетъ ее желающему прибрѣсть и предложитъ ему овладѣть ею⁴ (такъ наз. longa manu traditio); для передачи движимой вещи достаточно, если передающій оставитъ ее въ домѣ прибрѣтающаго⁵. Для передачи товаровъ, находящихся въ складѣ, достаточно, если передающій передъ этимъ складомъ передастъ прибрѣтающему ключи отъ него⁶. 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, сѣвшимъ на деревѣ, прибрѣтено лишь тогда, если онъ вогнанъ въ улей⁷. 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 по*

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

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 ея собственникъ*: *omnia ut dominum gessisse oportet*⁸; 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 подстрѣленного 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*^{8a}; а кто приставляетъ къ вещи, которою онъ желаетъ овладѣть, сторожа, тотъ беретъ ее въ свою (субъективную) *custodia*^{8b}. 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 покупатель кладетъ на купленную вещь свою мѣтку, то это не символъ, а средство для предупрежденія обмѣна⁹ (поэтому въ наложеніи мѣтки не заключается пріобрѣтенія владѣнія), или же средство для доказательства, что покупатель еще до наложенія мѣтки пріобрѣлъ владѣніе вещью¹⁰. 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 завладѣ-

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

ніе (прикосновеніе, 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 прибрѣтатели вещей въ гражданскомъ оборотѣ совершенно резонно обращаются съ ними обыкновенно различно, смотря по тому, имѣетъ ли мѣсто *occupatio* или *traditio*; но совсѣмъ 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.—*Vangerow*, § 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 представителя¹.

1. *Представительство въ волю владѣть (animus possidendi) по общему правилу не допускается*²; только въ видѣ исключенія оно допускается для тѣхъ лицъ, которыя не способны имѣть волю владѣнія (дѣти, душевно-больные, юридическія лица, см. § 114), далѣе для всѣхъ опекаемыхъ (ихъ представляетъ опекунъ)³, 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 *resilium profecticiam*⁴.

2. *Въ захватъ владѣнія представительство допускается всегда*, то есть не только для тѣхъ лицъ, которыя 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 пред-

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

ставитель достигнетъ господства надъ вещью, при чемъ не требуется, чтобы прибрѣтающій владѣніе черезъ представителя былъ увѣдомленъ о послѣдовавшемъ захватѣ: *possessio per procuratorem ignorantem quaeritur*⁵. Порученіе должно быть дано въ юридически дѣйствительной сдѣлкѣ^{5а}. 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 значенія⁶, 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^{6а}.—Обыкновенно предполагается, что представитель, захватывая владѣніе, имѣетъ волю прибрѣсть его для представляемаго (*animus alieno nomine possidendi*)⁷. 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*, владѣть отецъ или господинъ, хотя бы подвластное дитя или рабъ намѣрены были владѣть для себя, а не для него⁸. 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 источниковъ⁹, но въ другомъ мѣстѣ¹⁰ 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 за-

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

ключаетъ 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 дарить вещь другому и въ то же время нанимаетъ ее у одаряемаго, или дарить ее, удерживая за собою ѳузуфруктъ на нее)¹¹. 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 Rechtsbegründungs- und Rechtsaufhebungsact. 1876.—*Ihering*, über den Grund des Besitzschutzes. 2. Aufl. S. 209 ff. 1869.—*Knip*, 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 Павла¹ «quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est», до недавняго времени всѣ полагали, что условія продолженія владѣнія не тѣ же, что его приобрѣтенія; владѣніе продолжается, пока еще можетъ быть возстановляемо 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 воплнть невозможнымъ произвольное воздѣйствіе лица на вещь*. Но это мнѣніе ошибочно, такъ какъ положеніе Павла не повторяется ни у другихъ римскихъ юристовъ², ни въ императорскихъ законахъ и кромѣ того оно не согласно съ рѣшеніями источниковъ относительно потери владѣнія. А именно, источники рѣшаютъ, что владѣніе пастбищемъ, которое владѣ-

¹¹ 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.

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

лецъ оставляетъ въ осеннее время (saltus hiberni), не теряется³, 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 отыскивается⁴; не прекращается владѣніе убѣжавшимъ дикимъ животнымъ, пока его вторичная поимка не затруднительна⁵; не прекращается владѣніе животными, имѣющими привычку возвращаться, если они на время отлучаются⁶; продолжается владѣніе дичью въ звѣринцѣ, рыбами въ piscina, несмотря на невозможность воздѣйствовать по произволу на определенное животное вслѣдствіе обширности звѣринца или piscina⁷; не теряется: владѣніе спрятанною или зарытою вещью, вслѣдствіе того, что спрятавшій или зарывшій забылъ временно мѣсто ея нахождения⁸; владѣніе рабомъ, который начинаетъ жить, какъ свободный человѣкъ, не теряется сразу, но лишь тогда, если онъ живетъ, какъ свободный человѣкъ, *продолжительное время*⁹. Наоборотъ, можно потерять владѣніе, несмотря на возможность возстановленія непосредственнаго воздѣйствія. Напр., теряется владѣніе участкомъ: если владѣлецъ долго о немъ не заботится вслѣдствіе небрежности или отсутствія безъ вины¹⁰, если отдавшій въ аренду имѣніе послѣ смерти арендатора оставляетъ участокъ *продолжительное время* безъ надзора¹¹. Этими 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 обращаться¹²; оно *теряется (animo)*, если владѣлецъ далее не желаетъ владѣть вещью¹³, но не теряется въ томъ случаѣ,

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

если онъ сойдетъ съ ума¹⁴; владѣніе теряется (*corpore et animo*), если владѣлецъ передастъ вещь другому¹⁵ или если онъ умретъ^{15a}. — Особыя правила примѣняются въ томъ случаѣ, если владѣлецъ участка удаляется отъ него на время (владѣніе въ этомъ случаѣ называется въ источникахъ *possessio solo animo*^{15b}), 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 (*animi*), во второмъ — вслѣдствіе насилія (*vis*) лица, удержавшагося при владѣніи¹⁶. По господствующему мнѣнію, это опредѣленіе установлено лишь въ началѣ императорскаго періода, а до этого времени отсутствующій терять владѣніе съ момента захвата и могъ требовать возвращенія его посредствомъ *interdictum de clandestina possessione*¹⁷; 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 владѣетъ 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 лица¹. Теряетъ ли представляемый владѣніе и въ томъ случаѣ, если другой захватываетъ его *съ согласія* представителя (слѣдовательно, по вѣроломной передачѣ вещи представителемъ), это вопросъ спорный, но его слѣдуетъ

¹⁴ 1. 4. § 3. l. 44. § 6. D. de usurp. 41, 3. —¹⁵ 1. 3. § 9. D. h. t. 41, 2. —^{15a} 1. 23. пр. 1. 30. § 5. D. h. t. 41, 2. —^{15b} Ср. цитату прим. 16. —¹⁶ 1. 3. § 7. l. 6. § 1. l. 7. l. 25. § 2. l. 46. D. h. t. 41, 2; 1. 1. § 24. D. de vi 43, 16. —

¹⁷ Вслѣдствіе 1. 7. § 5. D. comm. div. 10, 3 (Юліана!).

¹ 1. 1. § 22. D. de vi 43, 16.

рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ²; законъ³, на основаніи котораго многіе разрѣшаютъ вопросъ отрицательно, относится не къ этому случаю (см. ниже прим. 7 и 8);

3. если представитель возымѣлъ односторонне волю владѣть для себя или третьяго лица; причемъ предполагается, что это произошло распознаваемымъ образомъ⁴. Утвержденіе многихъ юристовъ, что кромѣ этого требуется: въ случаѣ движимыхъ вещей тѣлесное воздѣйствіе представителя на вещь (*loco movere*), въ случаѣ недвижимыхъ (принимая во вниманіе правило въ § 118 пр. 16) знаніе представляемаго о перемѣнѣ воли представителя,—противорѣчитъ источникамъ⁵.

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 ума⁶; если представитель броситъ вещь, то представляемый, по рѣшенію Юстиніана⁷, тоже не теряетъ владѣнія (классическіе юристы спорили объ этомъ⁸).

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 интердикты. 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 преторскимъ эдиктомъ. И собственникъ, по-

² l. 40. § 1. l. 44. § 2. D. h. t. 41, 2; l. 33. § 4. D. de usurp. 41, 3.—³ l. 12. C. h. t. 7, 32.—⁴ l. 3. § 18. l. 47. D. h. t. 41, 2; l. 67. pr. D. de furt. 47, 2.—⁵ 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.—⁶ l. 25. § 1. D. h. t. 41, 2.—⁷ l. 12. C. h. t. 7, 32.—⁸ 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.

терпѣвшій 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-суммарнаго производства), въ которомъ порядокъ процессуальныхъ дѣйствій былъ тотъ же, что и въ обыкновенномъ процессѣ, но была облегчена виѣшняя форма и устранены нѣкоторыя формальности, требовавшія много времени и издержекъ; неопредѣленно-суммарное производство было (какъ говорится въ одномъ процессуальномъ законѣ папы Климента V—въ *Clementina Saere*) «*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 Имн. у. гр. с. §§ 814—822 создалъ новый институтъ «*einstweilige Verfügungen*» (предварительныя распоряженія) и что такъ назыв. *possessorium summarissimum* и *actio spoli* (ниже §§ 121. 123) могутъ быть осуществляемы этимъ сокращеннымъ путемъ.

I. § 120. *Interdicta retinendae possessionis.*

tt. D. XLIII, 17; C. VIII, 6: *uti possidetis*.—t. D. XLIII, 31: *de utrobi*.—*Albert*, über das interd. *uti possid.* der Römer. 1824.—*Schmidt*, Interdictenverfahren der Römer. 1853.—*H. Wüte*, 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. §§ 1—10. 13. 14. 1874.—*Meischeider*, 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. utrobi*; 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. Болѣе 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 владѣннй участкомъ (—это объясняется тѣмъ, что владѣльцу въ искѣ о собственности достается выгодная роль отвѣтчика—). Въ такомъ случаѣ разрѣшеніе спора о владѣннй 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 источники¹, былъ введенъ преторскимъ эдиктомъ *int. uti poss.*, и для той же цѣли примѣняется онъ и нынѣ. Судья опредѣляетъ только въ своемъ рѣшеніи, кто безпорочный (*pec vi pec clam pec precario ab adversario*) владѣлецъ участка во время изданія интердикта, и заставляетъ противника признать этотъ фактъ.—Итакъ, идея защитить владѣльца противъ произвола и нарушенія довѣрія первоначально никоимъ образомъ не должна была осуществляться посредствомъ *interdictum uti possidetis*. Этотъ интердиктъ (т. наз. *possessorium*), напротивъ, служилъ и теперь еще служить *приготовленіемъ къ иску о собственности* (т. н. *reitorium*) и притомъ при такихъ условіяхъ, которыя сообщаютъ ему характеръ *interdictum duplex* (§ 83); ибо *обѣ стороны утверждаютъ свое владѣніе и требуютъ признанія его со стороны противника*.—Въ этомъ случаѣ *int. uti possidetis* не подлежитъ никакой давности (ср. ниже пр. 6. 7).

Особымъ видомъ только что изложеннаго является тотъ случай, въ которомъ *int. uti possidetis* имѣетъ такъ наз. рекуператную силу. А именно, если судья, изслѣдовавъ вопросъ о владѣннй, нашелъ, что владѣлецъ приобрѣлъ свое владѣніе отъ противника порочнымъ образомъ (*vi, clam, precario ab adversario*), то онъ долженъ невладѣльцу присудить владѣніе. Это именно называется рекуператною силой интердикта *uti possidetis*; положимъ, этой силы многіе не признаютъ, и дѣйствительно она противорѣчитъ характеру *int. uti possidetis* (—онъ принадлежитъ къ интердиктамъ *retinendae possessionis*—); но источники² ясно придаютъ этому интердикту силу возстановлять владѣніе (*recuperandae poss.*); формальнымъ основаніемъ для

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

этого послужило ложное учение о *possessio duorum in solidum* (§ 115); матеріальныя основанія были двоякаго рода: во-первыхъ, часто трудно отличить *нарушеніе* владѣнія отъ его *отнятія*; во-вторыхъ, принимается во вниманіе, что здѣсь на лицо только формальная ошибка (такъ какъ невладеющій могъ бы прибѣгнуть къ *int. de vi* или *de precario*), прощенья 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 дѣйствія³. *Здѣсь искъ этотъ не имѣетъ уже характера int. duplex*^{3a}, а является *деликтнымъ искомъ*; судья присуждаетъ отвѣтника къ признанію владѣнія, къ устраненію нарушенія и къ прекращенію, подъ страхомъ наказанія⁴, дальнѣйшихъ нарушеній; если нарушеніе владѣнія причинило имущественный вредъ, то отвѣчикъ присуждается и къ вознагражденію за убытки⁵. Искъ погашается истеченіемъ *annus utilis* со времени нарушенія владѣнія⁶; но поскольку отвѣчикъ обогатился, искъ погашается лишь 30-лѣтнею давностью⁷.

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 *плеторомъ* 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;

³ l. 3. §§ 2—4. D. h. t. 43, 17; l. 8. § 5. D. si serv. 8, 5; l. 5. § 10. D. de o. n. n. 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.—^{3a} Вѣроятно, для этого существовала формула *uti possides*, cf. l. 1. § 5. D. h. t. 43, 17.—⁴ IRA. § 162.—⁵ l. 1. pr. l. 3. § 11. D. h. t. 43, 17.—⁶ l. 1. pr. D. h. t. 43, 17.—⁷ l. 4. D. de int. 43, 1.

это уже римская юриспруденція распространила интердиктъ на случай спора о владѣннн между двумя сторонами, претендующими на право собственности; для этого была создана фикція, что въ такихъ случаяхъ слѣдуетъ опасаться нарушеній владѣннн.—Это воззрѣніе находится въ противорѣчнн съ ясными положеніями источниковъ (выше прим. 1).—И между приверженцами этого мнѣнн существуетъ споръ о рекуператной силѣ интердикта.

В. *Interdictum utrubi*⁸ давался классическимъ правомъ тому изъ двухъ претендентовъ на владѣнн *движимую* вещью, который владѣлъ ею въ теченіе большей части послѣдняго года и притомъ не приобрѣлъ порочнымъ образомъ владѣнн отъ своего противника; владѣнн его *auctor* засчитывалось въ его пользу⁹. На основанн сказаннаго этотъ интердиктъ принадлежалъ не только къ *int. retinendae possessionis* (куда его относятъ источники¹⁰), ибо онъ могъ имѣть также и рекуператную силу. Во время по-классическое (спорятъ, римскою ли практикою или компиляторами) *int. utrubi* былъ подчиненъ всѣмъ правиламъ интердикта *uti possidetis*¹¹, т. е. теперешнн безпорочнн владѣлецъ движимой вещи имѣетъ интердиктъ для защиты противъ нарушеній и (въ силу своего рекуператнаго значенн) лишенн владѣнн.—Впрочемъ, защита владѣнн движимыми вещами (исключая рабовъ) не имѣетъ большого практическаго значенн.

§ 121. Дальнѣйшее развитіе въ среднн вѣка.

Vangerow, § 336.—*Windscheid*, § 159.

Для того чтобы въ случаѣ, упомянутомъ *sub I.* а въ предыдущемъ §-ѣ установить уже на время процесса о владѣнн безспорное отношенн,—владѣнн, по праву классическому, на промежуточное время продавалось съ молотка между сторонами (*fructuum licitatio*)¹. Это обыквенн было оставлено въ правѣ по-классическомъ. По италіанской практикѣ второй половины средннхъ вѣковъ, реципированной Германіей, судья послѣ предъявленн *int. uti possidetis* долженъ былъ путемъ ускореннаго разслѣдованн (*summarium, summarissimum*) установить, кто изъ спорящихъ сторонъ долженъ признаваться владѣльцемъ до рѣшенн предъявленнаго иска. Съ 18-го вѣка по суд. прак-

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

¹ Gai. 4, 166 sqq.

тикѣ *summariissimum* было отдѣлено отъ *int. uti possidetis* (такъ наз. *ordinarium*) и существовало въ качествѣ самостоятельнаго процесса: кто въ суммарномъ разслѣдованіи сумѣлъ убѣдить въ вѣроятности, правдоподобіи (*bescheiden*) 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 владѣльца¹. Будетъ ли онъ лично лишенъ владѣнія или его представитель: мнѣніе, будто *int. de vi* дается и простому держателю (*detentor*), почти всѣми оставлено.—Этотъ интердиктъ дается только владѣльцу недвижимости²; въ случаѣ владѣнія движимымъ имуществомъ слѣдуетъ примѣнять *condictio furtiva* или *int. utrobi* (въ рекуператной его формѣ).—Насиліе, противъ котораго дается *int. de vi*, есть *vis atrox*³, 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 участкомъ⁴. Насильно лишившій владѣнія обязанъ возратить владѣніе и уплатить интересъ, причемъ все равно, владѣетъ ли онъ или нѣтъ⁵:

¹ l. 1. §§ 9. 10. 23—26. D. h. t. 43, 16.—² l. 1. §§ 3—8. D. h. t. 43, 16.—³ l. 7. C. h. t. 8, 4.—⁴ l. 1. § 3. D. h. t. 43, 16.—⁵ 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.—⁶ l. 1. §§ 13. 42. l. 15. l. 16. D. h. t. 43, 16; l. 4. § 22. l. 33. § 2. D. de usurp. 41, 3.

отъ обязанности возвращенія и вознагражденія за убытки не освобождаетъ его и то обстоятельство, что онъ имѣетъ право на владѣнiе (*ius possidendi*, напр., собственность, закладное право), такъ какъ насильное лишенiе владѣнiя есть проступокъ; отсюда правило: *ex possessorium ne допускаются exceptiones petitoriae*; по юстинианову праву⁷, не освобождаетъ насильно лишившаго владѣнiя и то обстоятельство, что онъ самъ прежде потерпѣлъ то же отъ теперешняго истца; *ex правъ Юстиниана*, стало быть, *exceptio vitiosae possessionis ab adversario* ни въ какомъ случаѣ не *допускается*⁸. Такъ какъ насильное отнятiе владѣнiя (*deiectio*) есть проступокъ, то отвѣчаетъ и тотъ, кто распорядился объ этомъ или потомъ далъ свое согласiе⁹; то лицо, отъ чьего имени была произведена *deiectio*, но безъ порученiя или согласiя съ его стороны, отвѣчаетъ въ размѣрѣ обогащенiя¹⁰; но не отвѣчаетъ третье лицо, которое получаетъ владѣнiе отъ совершившаго *deiectio*¹¹. Юстинианъ постановилъ¹², что по интердикту *de vi* отвѣчаетъ и тотъ, кто занялъ участокъ въ отсутствiе владѣльца, — очевидно съ тою цѣлью, чтобы отсутствующий, который, вѣдь, по общему правилу, не потерялъ владѣнiя (§ 118 пр. 16), не былъ вынужденъ дѣлать попытки къ изгнанiю оккупанта. — Исковое требованiе обнимаетъ: возвращенiе владѣнiя недвижимостью, плоды со времени *deiectio* (*fr. percipiti* и *percipiendi*), движимыя вещи, которыя находились на участкѣ во время *deiectio* (какъ тѣ, которыя находились въ юридическомъ владѣнiи изгнаннаго, такъ и тѣ, которыя состояли въ его *detentio*) и по случаю этого дѣянiя пропали или были повреждены¹³. Если *deiectus* не можетъ привести доказательствъ относительно отдѣльныхъ пропавшихъ вещей, и поэтому оцѣнка экспертовъ не можетъ быть примѣнена, то, по закону императора Зенона¹⁴, судья долженъ сдѣлать предварительную оцѣнку, принимая во вниманiе частности даннаго случая, а *deiectus* опредѣляетъ цѣнность вещей подъ присягою (*iuramentum Zenonianum*), но не свыше размѣра суммы, опредѣленной судьей. Но это опредѣленiе отмѣнилъ имп. уставъ гр. суд., замѣнивъ его общими

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

нормами объ оцѣнкѣ подъ присягой (§ 45 текстъ между пр. 8. 9).—По истеченіи annus utilis совершившій deictio и поставленные наравнѣ съ таковымъ отвѣчаютъ только на сумму обогащенія отъ деликта¹⁵; отвѣтственность ихъ наслѣдниковъ и до истечения года ограничивается, по римскому праву, только размѣромъ обогащенія¹⁶, по суд. практикѣ—объемомъ наслѣдства (§ 81 пр. 12—14).

§ 123. Дальнѣйшее развитіе въ средніе вѣка.

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

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

II. По италіанской практикѣ, развившейся въ дополненіе къ *caput redintegrandi*³ и реципированной 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 судебнаго 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.

B. § 124. Int. de precario.

t. D. XLIII, 26: de precario; t. C. VIII, 9: de precario et Salviano interdicto.—Ср. литературу къ § 120 и *Jhering*, Grund des Besitzesschutzes. 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 возвра-

¹⁵ l. 1. pr. § 39. D. h. t. 43, 16.—¹⁶ l. 1. § 48. l. 2. l. 3. pr. l. 9. pr. D. h. t. 43, 16.

¹ c. 18. X. de rest. spol. 2, 13.—² c. 1. in VI. de rest. spol. 2, 5.—³ c. 3. C. 3. qu. 1. (т. н. Canon Redintegrandi).

щеніи вещи, развѣ что этого онъ не можетъ сдѣлать безъ *culpa lata*¹, или что вещь принадлежитъ ему на правѣ собственности²; если онъ по собственной винѣ не возвратитъ вещи, то обязанъ уплатить интересъ. Наслѣдники прекариста³ 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 давностью⁴.

Впрочемъ, *int. de precario* было впервые причислено къ владѣческимъ интердиктамъ писателями исторической школы; прежніе юристы (многіе 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*⁵: онъ отвѣчаетъ не на основаніи обязательства, а за нарушение довѣрія. Лишь классическіе юристы видятъ въ *precarium* настоящее обязательство и для его осуществленія даютъ *condictio incerti* и *actio praescriptis verbis* (§ 276 пр. 8).

¹ 1. 8. §§ 3. 6. D. h. t. 43, 26. — ² 1. 4. § 3. D. h. t. 43, 26: cf. 1. 6. § 4. eod. — ³ 1. 8. § 8. D. h. t. 43, 26. — ⁴ 1. 8. § 7. D. h. t. 43, 26. — ⁵ 1. 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.

I. § 125. Понятіе собственности.

Hartmann, Rechte an eigener Sache. S. 87 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. Первые (правомочіе отчуждать, распоряжаться субстанціею вещи и защищать себя во владѣннй вещь посредствомъ самообороны и исковъ) считали существенными правами собственности, послѣднія (права пользованія и извлеченія плодовъ, называемыя ususfructus casualis, въ противоположность самостоятельному праву usufructa, который называли ususfr. formalis, § 159)—несущественными, такъ что за отсутствіемъ первыхъ понятіе собственности прекращается, между тѣмъ какъ при неимѣннй послѣднихъ собственность продолжаетъ существовать. Въ настоящее время никто уже этого дѣленія не придерживается, такъ какъ временно каждое отдѣльное право можетъ не принадлежать собственнику, что совсѣмъ не прекращаетъ права собственности. Теперь раз-

личаютъ вмѣсто того положительную и отрицательную сторону собственности. Въ силу положительной стороны собственникъ имѣеть 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 направлѣнїяхъ оно обусловливается и ограничивается интересами собственника (§ 16); послѣднїй не можетъ запретить постройки туннеля въ глубинѣ или проведенія телеграфной проволоки на высотѣ. Сверхъ того, германское право отняло у собственности многія ископаемыя (горная регалія, ср. § 126 sub II. 3). — Въ сравненїи съ владѣнїемъ собственность есть юридическое господство надъ вещью, владѣнїе — фактическое. Владѣлецъ имѣеть *возможность*, онъ *въ состоянїи* обращаться съ вещью по произволу, собственникъ къ этому *управомоченъ*. Поэтому собственникъ имѣеть право на владѣнїе (*ius possidendi*). Неправильно поступали прежнїе юристы, опредѣлявшїе владѣнїе, какъ осуществленїе права собственности; владѣнїе является лишь условїемъ для фактическаго осуществленїя правъ собственности, ибо только тотъ собственникъ, который въ то же время владѣеть вещью, можетъ фактически пользоваться ею и распоряжаться ея субстанціей.

Впрочемъ, полное и исключительное господство надъ вещью, какъ выше замѣчено, только *по общему правилу* содержится въ собственности. Въ видѣ исключенїя отдѣльныя правомочїя могутъ отсутствовать¹. Мало того, по р. пр. ограниченїя собственности могутъ быть столь многочисленны и обширны, что право собственности въ продолженїе 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 ограниченїе современемъ перестанетъ существовать (напр., съ момента смерти узуфруктарія, или, если по смерти эмфитевты или суперфиціарія, не оставившихъ наслѣдниковъ, фискъ лишится права на bona

¹ l. 25. pr. D. de v. s. 50, 16.

vasantia по давности). Тогда первоначальная полнота и исключительность собственности восстанавливается сама собою². Именно вследствие этой возможности ограниченной некоторы́е новы́йшие юристы предлагают 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 суперфиція превращаетъ собственность въ какую то тѣнь. Поэтому римская юриспруденція поступила бы правильнѣе, если бы она обремененную эмфитевзисомъ или суперфиціемъ 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 emphyteuseos* и *superficieis*, какъ поземельнаго верховенства (рентное право), а эмфитевзиса и суперфиція какъ полусобственности (рентная собственность).

² § 4. I. de us. 2, 4; 1. 9. § 2. D. de aq. et aq. pluv. 39, 3; 1. 3. pr. C. de us. 3, 33

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.*

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

Hesse, Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn. §§ 28—44. 108—129. 2. Aufl. 1880. — *Thering*, въ книгѣ, указанной при § 125. — *Flade*, Römische 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*¹. Аналогичное правило примѣняется въ томъ случаѣ, если дерево съ одного участка возвышается надъ другимъ сельско-хозяйственнымъ участкомъ, а собственникъ дерева не обрубаеъ его сучьевъ *quindecim pedes a terra altius*². 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 служить *int. de glande legenda*³.—Подобное же дозволеніе собственникъ долженъ дать всякому, чьи вещи находятся на его участкѣ⁴, 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 сильными⁵.

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

¹ 1. 1. pr. § 6. D. de arb. caed. 43, 27.—² 1. 1. §§ 7—9. D. eod. 43, 27.—
³ 1. un. D. de glande legenda 43, 28.—⁴ 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.—⁵ 1. 8. §§ 5—7. D. si s. v. 8, 5.

4. Собственникъ долженъ терпѣть выступъ на его участокъ сосѣдней стѣны до $1/2$ фута ⁶.

5. Онъ не долженъ застраивать теченія воздуха къ току сосѣда ⁷.

6. Ограниченіе относительно стока дождевой воды ⁸ (act. aquae pluviae arcendae). Никто не долженъ самовольно измѣнять нормальнаго состоянія участка такъ, чтобы стокъ дождевой воды усилился или уменьшился ко вреду сосѣдняго земельного участка ⁹. Нормальное состояніе опредѣляется частью естественнымъ устройствомъ поверхности участка ¹⁰, частью искусственными сооруженіями (канавы, плотины), которыя произведены по распоряженію начальства ¹¹ или существуютъ съ незапамятнаго времени ¹² (§ 72 пр. 3). Самовольная перемѣна можетъ заключаться въ возведеніи ¹³, разрушеніи ¹⁴ или пренебреженіи ¹⁵ какого либо сооруженія. Въ случаѣ нарушенія этихъ началъ можно требовать возстановленія прежняго состоянія, а также, по общему правилу, и вознагражденія за вредъ съ начала процесса ¹⁶. Право требовать этого принадлежало первоначально лишь собственнику потерпѣвшаго участка во время *litis contestatio* ¹⁷, но впослѣдствіи въ этомъ отношеніи наравнѣ съ собственникомъ были поставлены субъекты сервитута и эмфитевзиса ¹⁸. 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 ¹⁹: искъ есть *act. in rem scripta* (§ 80 пр. 10). Лицо, само совершившее перемѣну, отвѣчаетъ въ полномъ объемѣ (текстъ къ пр. 16); прочіе обязанные должны только допустить возстановленіе прежняго состоянія ²⁰. По исключенію самовольныя

⁶ l. 17. pr. D. eod. 8, 5.—⁷ l. 14. § 1. C. de serv. 3, 34.—⁸ t. D. 39, 3. de aqua et aquae pluviae arcendae.—⁹ l. 1. §§ 1. 10. 13. 1. 11. § 6. D. h. t. 39, 3.—¹⁰ l. 1. §§ 1. 22. 23. l. 2. pr. D. h. t. 39, 3.—¹¹ l. 1. § 23. l. 2. pr. §§ 3. 7. l. 23. pr. D. h. t. 39, 3.—¹² l. 1. § 23. l. 2. pr. D. h. t. 39, 3; l. 2. § 8. eod.; l. 28. D. de prob. 23, 3.—¹³ l. 1. §§ 2. 6. 10. 13. l. 24. §§ 1. 2. D. h. t. 39, 3.—¹⁴ l. 1. § 22. D. h. t. 39, 3.—¹⁵ l. 2. §§ 1. 4. D. h. t. 39, 3.—¹⁶ l. 6. §§ 6—8. l. 7. l. 17. § 3. l. 22. § 1. l. 24. § 2. l. 25. § 1. D. h. t. 39, 3.—¹⁷ l. 6. § 4. l. 16. l. 4. pr. § 2. l. 12—l. 14. pr. D. h. t. 39, 3.—¹⁸ l. 22. pr. § 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.—¹⁹ ср. мѣста въ пр. 17. 18.—²⁰ l. 4. §§ 2. 3. l. 5. l. 6. § 7. l. 7. § 1. l. 11. § 2. l. 12. l. 16. D. h. t. 39, 3.

перемѣны не подвергаются обратному уничтоженію, если къ совершенію ихъ управомочивало позволеніе потерпѣвшаго²¹ или сервитутъ²², или если онѣ совершены единственно для извлеченія плодовъ (напр., проведеніе бороздъ на пашнѣ)²³.— 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 бережною полосою судоходамъ и другимъ лицамъ, насколько этого требуетъ оборотъ²⁴ (такъ наз. бичевникъ).

2. Если вода разрушитъ публичную дорогу, то собственникъ соприкасающагося участка обязанъ дать подъ публичную дорогу часть своей земли²⁵. Равнымъ образомъ сосѣдъ гробницы долженъ за вознагражденіе установить заинтересованнымъ лицамъ право проѣзда, если къ гробницѣ нельзя добраться инымъ путемъ²⁶; практика распространила это начало и на тотъ случай, если участку нѣтъ доступа къ публичной дорогѣ. Наконецъ, могутъ быть разрушены строенія для общаго блага^{26a}. Другихъ правилъ объ экспроприаціи римскаго права до насъ не дошло^{26b}. Поэтому почти во всѣхъ партикулярныхъ государствахъ въ новое время были изданы особые законы объ экспроприаціи.

3. По законамъ позднѣйшихъ императоровъ²⁷, 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.

4. Собственникъ матеріаловъ, употребленныхъ другимъ лицомъ на постройку или виноградникъ (*tignum iunctum aedibus vineaeve*), не можетъ требовать ихъ выдачи, пока другое лицо

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

не совершить ихъ *окончательнаго* (не временнаго только) отдѣленія; за то онъ можетъ требовать отъ собственника строенія или виноградника двойной цѣны матеріаловъ въ видѣ вознагражденія за убытки²⁸. Полученіе двойной цѣны не лишаетъ его тѣмъ не менѣе права виндицировать матеріалы въ случаѣ ихъ окончательнаго отдѣленія²⁹. 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 украденныхъ³⁰, то о чужихъ³¹ 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 постановленій³² о постройкѣ домовъ (высота, форма, промежуточное пространство), о неотдѣляемости украшеній дома и т. п.; они не реципированы въ Германіи, гдѣ существуетъ объ этомъ множество партикулярныхъ и даже чисто мѣстныхъ предписаній (строительные уставы).

b. § 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.

I. Вещныя права на чужую вещь. Ограниченіе собственности можетъ состоять въ томъ, что *заключающееся въ соб-*

²⁸ l. 1. D. de tigno. i. 47, 3.—²⁹ l. 7. § 10. D. de a. d. 41, 1; l. 2. D. de tigno. i. 47, 3; неправильна редакція мѣста § 29. l. de rer. div. 2, 1.—³⁰ l. 1. l. 2. D. de tigno. i. 47, 3; l. 63. D. de don. i. v. et u. 24, 1.—³¹ 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.—³² 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.

ственности 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, суперфиций*), 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 *заклѣвающееся въ собственности правомочіе отнято у собственника, но не перенесено на другою*. Это имѣетъ мѣсто въ случаяхъ законныхъ запрещеній отчужденія (напр., участка, принадлежащаго къ *dos* или *donatio propter nuptias*¹, *bona adventicia* подвластнаго дитяти², вещи, отказанной кому либо³, прежде также — вещи спорной⁴). Всякое отчужденіе, запрещенное закономъ, ничтожно⁵, состоитъ ли оно въ полномъ перенесеніи права собственности, или въ установленіи какого либо вещнаго права⁶, или въ отреченіи отъ такового, происходитъ ли оно путемъ юридической сдѣлки или путемъ упущенія, бездѣйствія (напр., допущенія, чтобы стороннее лицо пріобрѣло вещь по давности, ср. § 47 sub III)⁷. 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 притязаніе⁸, потому что *exceptio rei venditae et traditae*, которая принадлежитъ владѣльцу⁹ (§ 153 въ к.), теряетъ силу вслѣдствіе законнаго запрещенія отчужденія¹⁰: отчуждившій можетъ эксценціи противопоставить *repletio*. — Къ законнымъ

¹ t. D. 23, 5: de fundo dotali; Nov. 61.—² l. 1. 1. 2. C. de bon. mat. 6, 60; l. 4. 1. 6. § 2. 1. 8. §§ 4. 5. C. de bon. quae lib. 6, 61.—³ l. 3. §§ 2. 3. C. comm. de leg. 6, 43.—⁴ l. 2. 1. 4. C. de lit. 8, 36; теперь примѣняется § 236. Reichscivilprozessordnung.—⁵ l. 5. §§ 14. 15. D. de reb. eor. 27, 9; l. 4. 1. 8. 1. 15. 1. 16. C. de praed. 5, 71.—⁶ l. 7. C. de reb. al. 4, 51; l. 3. § 5. D. de reb. eor. 27, 9.—⁷ l. 28. D. de v. s. 50, 16.—⁸ l. 16. C. de praed. min. 5, 71; l. 4. C. de lit. 8, 36.—⁹ l. 17. D. de ev. 21, 2.—¹⁰ l. 1. § 5. D. de exc. r. vend. 21, 3; cf. l. 32. § 2. D. ad set. Vell. 16, 1.

запрещеніямъ отчужденія господствовавшее прежде мнѣніе приравнивало *судебныя* запрещенія, относя сюда признаніе расточительности и (по нынѣшнему праву, ср. § 235 пр. 1^a) открытіе конкурса; но правильнѣе видѣть здѣсь не ограниченіе собственности, а ограниченіе дѣеспособности расточителя (или общаго должника), и этимъ объяснять ничтожность совершеннаго имъ отчужденія¹¹. 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 *последнею волею наслѣдодателя*, дѣйствительно лишь въ томъ случаѣ, если оно не есть *nudum praesertum* (§ 60 пр. 14, 15), а установлено или въ интересахъ лица, къ которому относится, или въ интересахъ третьяго лица¹². 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*¹³ (§ 60).—Если неотчуждаемость вещи установлена *договоромъ*, то само отчужденіе не признается недѣйствительнымъ¹⁴, но отчуждившій обязанъ возмѣстить потерпѣвшей сторонѣ интересъ¹⁵ или вмѣсто него уплатить неустойку, если таковая была условлена¹⁶; 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 цѣнности¹⁷. Исключеніе имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если залогоприниматель условился съ залогодателемъ, чтобы онъ не отчуждалъ залога; а именно, одно мѣсто источниковъ¹⁸, по тексту Флорентинскаго списка (*nullam esse*

¹¹ l. 12. D. de usurp. 41, 3; l. 7. § 5. D. pro emt. 41, 4; l. 8. D. de poll. 50, 12.—¹² l. 114. § 14. D. de leg. 1 (30); l. 38. пр. D. de leg. 3 (32); l. 69. § 3. l. 77. § 27. D. de leg. 2 (31).—¹³ cf. l. 71. D. de cond. 35, 1.—¹⁴ l. 61. D. de pact. 2, 14.—¹⁵ 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.—¹⁶ l. 11. D. de rel. 11, 7.—¹⁷ l. 3. C. de cond. ob caus. dat. 4, 6.—¹⁸ l. 7. § 2. D. de distr. pign. 20, 5.

venditionem, ut pactioni stetur), объявляеть отчужденіе, предпринятое залогодателемъ несмотря на обѣщаніе, ничтожнымъ; положимъ, нѣкоторые юристы, полагая, что текстъ Флорентинскаго списка искаженъ, утверждаютъ на основаніи текста другихъ рукописей (nullam esse pactionem, 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 движимой 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 Pendenza der Rechte). 1888. — *Ihering*, die Consolidation der bon. fid. possessio durch die Analogie des Eigenthums въ Abh. а. d. R. R. S. 89—121. 1844. — *Brinz*, zum Recht der bonae fidei possessio. 1875. — *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)* перегиновъ, *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 происхождение дѣленія на *dominium directum* (Ober-Eigenthum) и *dom. utile* (Unter-Eigenthum). Такъ какъ эмфитевтѣ и суперфициарію (по суд. практикѣ и вассалу) принадлежать 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 эмпитевты 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 *superficius* на одну линію съ прочими *iura in re aliena* неумѣстно; но точно также неумѣстно право землевладѣльца 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 eminentius*, 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 наступить независимо отъ воли собственника, онъ ipso iure теряетъ право собственности, которое переходитъ на другое.* Такова собственность лица, передаваемаго ея другому¹ подъ отлагательнымъ условіемъ или срокомъ, а равно и лица, пріобрѣтшаго собственность подъ отмѣнительнымъ условіемъ или срокомъ². Субъектъ отмѣняемой собственности продолжаетъ быть собственникомъ до *revocatio*³, а также сохраняетъ и послѣ *revocatio* собственность на плоды

¹ l. 1. pr. l. 2. § 5. D. de don. 39, 5; l. 11. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 2. l. 29. D. de mort. c. don. 39, 6.—² 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, 54.—³ l. 66. D. de r. v. 6, 1.

и приращенія⁴, извлеченные имъ въ промежуточное время (такъ какъ они приобрѣтены на основаніи права собственности, отнятіе котораго не имѣетъ обратнаго дѣйствія); отчужденіе вещи и обремененіе ея вещными правами, совершенныя собственникомъ въ промежуточное время, съ наступленіемъ *revocatio ipso iure* лишаются впредь силы⁵ (§ 55). Отсюда поговорка новыхъ юристовъ: *resoluto iure concedentis 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 pncip*, а собственность, названную выше отмѣняемую, — *dom. revocabile ex tunc*. Теперь эти названія почти всѣми оставлены, — ибо *dom. revocabile ex pncip* есть собственность неограниченная: обязательственное отношеніе собственника на само право собственности никакого вліянія не оказываетъ. Поэтому, если собственникъ исполнилъ свое обязательственное обѣщаніе, то всѣ вещныя права, установленныя имъ до этого момента, продолжаютъ оставаться въ силѣ; даже отчужденіе вещи третьему лицу, которое собственникъ совершилъ вопреки обязательству, остается дѣйствительнымъ⁶. Управомоченный къ обратному приобрѣтенію 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, уплатить ли онъ покупную цѣну изъ имущества собственника или изъ имущества *узифруктуарія*: 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

⁴ 1. 3. § 16. 1. 16. D. de stat. lib. 40, 7; 1. 15. 1. 16. D. de stat. hom. 1, 5; 1. 2. § 1. D. de in d. add. 18, 2.—⁵ 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. 1. 4. C. de pact. int. emt. 4, 54.—⁶ 1. 21. § 1. 1. 43. § 8. D. de aed. ed. 21, 1.

condictio furtiva^{6a}. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ нерѣшительной собственности 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 отреченія⁷ (§ 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 собственность⁸ (§ 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 произошли⁹. 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 давности¹⁰; такимъ образомъ добросовѣстный владѣлецъ можетъ осуществлять *противъ всякаго худшаго владѣльца* права собственника¹¹ (§ 155); кромѣ того, онъ имѣетъ право на плоды и возможность приобрѣсть право собственности путемъ давности (§§ 134. 140).

^{6a} l. 43. § 10. D. de aed. ed. 21, 1; l. 12. § 5. i. f. l. 25. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 43. § 2. D. de a. d. 41, 1; второй случай см. въ l. 70. § 1. l. 12. § 5. D. de usufr. 7, 1.—⁷ l. 86. § 2. D. de leg. 1 (30); l. 15. D. de reb. dub. 34, 5.—⁸ l. 63. § 4. D. de a. r. d. 41, 1; l. 3. C. de i. d. i. 8, 33.—⁹ 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.—¹⁰ Gai. 4, 36.—¹¹ l. 136. D. de r. i. 50, 17.

РАЗДѢЛЬ 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. 169a.—*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*)¹, 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)², возводить постройки (хотя бы онъ этимъ лишалъ свѣта своего сосѣда)³. Собственникъ долженъ только не дѣлать этого безъ интереса для себя, а съ единственною цѣлью вредить другому (§ 75 пр. 4).

2. Реальныя части нѣкоторыхъ вещей: участковъ⁴, составныхъ вещей⁵, совокупностей вещей (въ частности стадъ)⁶ (ср. § 39). Независимо отъ права собственности на реальную часть въ случаѣ составныхъ вещей (въ частности дома, который построенъ собственникомъ участка изъ чужихъ матеріаловъ) и совокупностей 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.

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

3. Интеллектуальные части ⁷. Новая терминологія констатируетъ въ этомъ случаѣ, что вещь состоитъ въ общей собственности, *condominium*, а отдѣльные управомоченные суть участники въ общей собственности, *sosobstvenniki*, *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 ⁸: отчудить ее, заложить, виндицировать, установить на нее узурфруктъ. Но *реальною* частью общей вещи или *цѣлымъ тѣломъ* ея могутъ распоряжаться только *всѣ* собственники вмѣстѣ ⁹, такъ что большинство голосовъ не имѣетъ значенія, и несогласіе одного препятствуетъ остальнымъ распорядиться общею вещью ¹⁰: *socius prohibendi ius habet*; тѣмъ не менѣе каждый изъ участниковъ въ общей собственности можетъ самъ предпринимать все, что необходимо для сохраненія общей вещи (починку ¹¹, ср. § 133 пр. 3) и что служить къ ея улучшенію ¹². 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*) ¹³.

РАЗДѢЛЬ ЧЕТВЕРТЫИ.

Приобрѣтеніе собственности.

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

I. § 130. Общій обзоръ и классификація способовъ приобрѣтенія.

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

Съ точки зрѣнія классической юриспруденціи было удобно дѣлить способы приобрѣтенія собственности на такіе, которые

⁸ 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.—⁹ l. 16. D. de r. e. 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, 20.—¹⁰ 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.—¹¹ l. 32. D. de damn. inf. 39, 2; l. 4. C. de aed. pr. 8, 10.—¹² l. 13. § 1. l. 26. D. de serv. pr. u. 8, 2.—¹³ l. 5. § 15. D. comm. 13, 6.

основываются на *ius gentium*, и такіе, которые свойственны *ius civile*¹. Уже для права Юстиніана это дѣленіе не можетъ имѣть рѣшающаго значенія, такъ какъ большей части способовъ приобрѣтенія гражданского 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 смыслъ 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 послѣднему². 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 наслѣдованія *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 наслѣдству и отказу, приобрѣтенія путемъ *impetratio dominii*, приобрѣтенія вслѣдствіе недоставленія *cautio damni infecti*. Остается изложить приобрѣтеніе по *traditio* и *adiudicatio* и приобрѣтеніе вслѣдствіе лишенія собственности въ наказаніе.

2. *Способъ приобрѣтенія называется первоначальнымъ (acquisitio originaria), если право собственности приобрѣтателя не основано на правѣ другого 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 принадлежало другому лицу, но между правомъ послѣдняго

¹ l. 1. pr. D. h. t. 41, 1; § 11. I. de rer. div. 2. 1. — ² l. 20. § 1. D. h. t. 41, 1.

и правомъ приобретателя нѣтъ связи. Такимъ образомъ первоначальные способы приобретения распадаются на два класса: 1. приобретение вновь возникающихъ и безхозяйныхъ вещей, 2. приобретение такихъ вещей, которыя уже состояли въ чьей либо собственности. Къ первому классу принадлежитъ приобретение плодовъ, вновь возникающихъ участковъ, приобретение посредствомъ переработки (specificatio), посредствомъ завладѣнія (occupatio), посредствомъ находки клада; ко второму классу—приобретение посредствомъ соединенія и посредствомъ давностнаго владѣнія.*

II. Отдѣльные способы приобретения собственности.

А. Производные.

1) § 131. Передача (traditio).

Leist, Mancipation und Eigenthumstradition. S. 199—303. 1865.—*Esner*, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und 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. domini. 1875.—*Zitelmann*, Irrthum und Rechtsgeschäft. S. 535 ff. 585 ff. 610 ff. 1879.—v. *Ihering*, gesammelte Aufsätze. Bd. 1. S. 47—121. 262—290. Bd. 2. S. 420 ff. 1881. 1882.—*Windscheid*, Actio. § 22. 1856.—*Van. gerow*, § 311.—*Windscheid*, §§ 171. 172. 174.—*Brinz*, §§ 150. 151.—*Bekker*, § 100.

Путемъ передачи (traditio, § 116) право собственности на вещь переходитъ къ приобретающему владѣніе лишь въ томъ случаѣ, если 1) передающій способенъ къ отчужденію собственности, получающій—къ ея приобретению; 2) если передающій имѣетъ волю отчуждить собственность, получающій имѣетъ волю ее приобрести.

1. Къ отчужденію собственности способенъ собственникъ¹ и залогоприниматель². 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 предоставлено

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

лишь право (погашаемое четырехлѣтнею давностью) требовать отъ отчуждившаго вознагражденія за убытки³. За исключеніемъ этого случая, для отчужденія чужой вещи требуется порученіе, уполномочіе или послѣдующее согласіе собственника⁴; если отчужденіе чужой вещи произошло безъ согласія собственника, но tradens впоследствии пріобрѣлъ 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 эксценціей (exc. doli, rei venditae et traditae, § 153)⁵.—*Къ пріобрѣтенію собственности способно* вообще всякое правоспособное лицо, но римское право установило изъ этого правила нѣсколько исключеній, которыя въ настоящее время уже не существуютъ (напр., сенаторъ не можетъ быть собственникомъ кораблей⁶, еврей или язычникъ не можетъ имѣть раба христіанина⁷); новыя исключенія введены для извѣстныхъ случаевъ новыми партикулярными законодательствами (напр., относит. иностранцевъ, прежде относит. евреевъ, относит. аптекъ).

2. *Воля перенести право собственности или пріобрѣсть 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 accipiens⁸. Далѣе нѣтъ воли перенести собственность, если tradens заблуждается въ лицѣ пріобрѣтающаго, такъ какъ онъ желаетъ перенести собственность на другое лицо, а не на то, которое получаетъ владѣніе⁹; но во многихъ случаяхъ (напр., въ случаѣ купли на наличныя деньги) эта ошибка безразлична для интересовъ передающаго (§ 16), слѣдовательно, воля су-

³ l. 2. l. 3. C. de quadr. pr. 7, 37; § 14. l. de usuc. 2, 6.—⁴ l. 9. § 4. D. h. t. 41, 1; l. 38. § 1. D. de don. i. v. et u. 24, 1.—⁵ 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, 44; l. 56. D. ad sct. Treb. 36, 1.—⁶ l. 3. D. de vac. 50, 5.—⁷ l. 1. C. ne christ. manc. 1, 10.—⁸ l. 35. D. h. t. 41, 1; l. 49. D. mand. 17, 1; l. 15. § 2. D. de contr. emt. 18, 1.—⁹ l. 18. D. de sol. 46, 3; l. 43. pr. l. 80. § 6. D. de furt. 47, 2.

ществуетъ (§ 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 передаетъ¹⁰. Эти положенія обыкновенно выражаются слѣд. образомъ: *trudentis error in dominio, in persona, in corpore преняствуетъ переходу собственности.*—Напротивъ, воля перенести или приобрести право собственности можетъ быть на лицо, хотя tradens не достигаетъ цѣли, ради которой онъ совершаетъ передачу¹¹, напр., онъ передаетъ вещь другому, ошибочно полагая, что онъ ему долженъ, съ цѣлью освободиться отъ долга; другими словами: *trudentis error in causa не преняствуетъ переходу собственности.* По правильному мнѣнью, 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 переходит на получателя въ томъ случаѣ, если tradens и accipiens по недоразумѣнью дѣйствуютъ съ *различными цѣлями* (наприм., одинъ хочетъ сдѣлать подарокъ, другой хочетъ получить заемъ). Это положеніе подтверждается однимъ мѣстомъ источниковъ (Юліаномъ¹²), но въ другомъ отрицается (Ульпіаномъ¹³); 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 конкретной цѣлью (causa traditionis¹⁴, § 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 переходит на получающаго владѣніе, а именно, если одинъ изъ супруговъ передаетъ вещь другому съ цѣлью

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

подарить ее¹⁵ (§ 347 прим. 19), и если женщина передает вещь, чтобы уплатить долгъ по *intercessio*¹⁶ (§ 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)¹⁷ или если дозволенная цѣль не достигается (выше пр. 11. 12); иными словами: *по римскому праву traditio обещается, 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 неопредѣленному¹⁸. Впрочемъ, нѣкоторые писатели видятъ въ *iactus missilium* не *traditio*, а случай *derelictio* (§ 137 sub I).—Воля перенести собственность допускаетъ добавленіе условій и сроковъ¹⁹; 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)²⁰. Часто продающій удерживаетъ за собою право собственности, несмотря на зачетъ цѣны въ долгъ до платежа послѣдней, или выговариваетъ себѣ возвратъ собственности, если цѣна не будетъ уплачена до опредѣленнаго времени; это называется *actum 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*²¹; *traditio* совсѣмъ не требуется, если вещь уже находилась въ юридическомъ владѣніи лица, приобретающаго право собственности²². Допускается также содѣйствіе представителей, такъ что представляемый приобретаетъ право собственности на вещь, которую кто нибудь принялъ въ качествѣ его

¹⁵ l. 5. § 18. l. 36. pr. D. de don. i. v. et u. 24, 1.—¹⁶ l. 32. §§ 1. 2. D. ad sc. Vell. 16, 1; l. 39. § 1. l. 40. D. de r. v. 6, 1.—¹⁷ l. 2. D. de condictione ob turpem vel iniustam causam 12, 5.—¹⁸ l. 9. § 7. D. h. t. 41, 1; l. 5. § 1. D. pro der. 41, 7.—¹⁹ l. 38. § 1. D. de poss. acq. 41, 2.—²⁰ l. 19. l. 53. D. de c. e. 18, 1; § 41. l. de r. d. 2, 1.—²¹ 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. de don. 8, 53.—²² l. 21. § 1. D. h. t. 41, 1; l. 46. D. de r. v. 6, 1.

представителя^{22a}. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ лицо, получившее вещь въ собственность на свое имя, тѣмъ не менѣе не становится собственникомъ; вмѣсто него приобретаетъ право собственности другое лицо, которое, строго говоря, имѣетъ только личное требованіе къ нему. Такъ, опекаемые и солдаты приобретаютъ право собственности на тѣ вещи, которыя ихъ опекуны и повѣренные въ дѣлахъ приобрѣли *для себя* на ихъ деньги²³; равнымъ образомъ жена приобретаетъ право собственности на вещи, которыя мужъ приобрѣлъ для себя на деньги, подаренныя ею (недѣйствительно); при этомъ предполагается, что мужъ этихъ вещей еще не отчудилъ²⁴. 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 приобретена 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 переноситъ²⁵. По закону Юстиніана²⁶ исключеніе бываетъ въ томъ случаѣ (что многіе оспариваютъ), если церковь, благотворительное учрежденіе или городъ заключаетъ договоръ, направленный на приобретеніе права собственности (купля, мѣна); въ этомъ случаѣ съ момента заключенія договора право собственности переходитъ на церковь и т. д. (такъ наз. *transitus legalis*). Многіе юристы находятъ еще второе исключеніе: если между двумя или нѣсколькими лицами состоялся договоръ объ

^{22a} 1. 13. D. h. t. 41, 1.—²³ 1. 2. D. quando ex f. 26, 9; 1. 3. C. arb. tut. 5, 51; 1. 8. C. de r. v. 3, 32.—²⁴ 1. 55. D. de don. i. v. et n. 24, 1.—²⁵ 1. 20. C. de pact. 2, 3; 1. 50. pr. D. de r. v. 6, 1; 1. 15. C. eod. 3, 32; 1. 45. D. de pact. 2, 14.—²⁶ 1. 23. § 1. C. de s. eccl. 1, 2.

общности имущества (§ 303), то съ момента perfectio договора вещи отдѣльныхъ сообщниковъ переходятъ въ общую собственность другихъ²⁷; но переходъ общей собственности основывается здѣсь на томъ, что съ договоромъ объ общности имущества связано constitutum possessorium²⁸. Германское право прибавило новыя исключенія: запись въ ипотечную книгу, коноссаментъ; они излагаются въ германскомъ частномъ правѣ.

2) § 132. Adiudicatio.

Windscheid, § 173.—*Brinz*, § 152.

Въ процессахъ о раздѣлѣ (*iudicium familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*, §§ 302. 305. 428) судья можетъ по своему усмотрѣнію или присудить общую вещь въ исключительную собственность одному изъ участниковъ (въ такомъ случаѣ онъ вмѣстѣ съ тѣмъ возлагаетъ на послѣдняго обязанность уплатить соотвѣтственное вознагражденіе прочимъ участникамъ), или, если это умѣстно, раздѣлить вещь по реальнымъ частямъ между всѣми участниками¹. Съ наступленіемъ законной силы рѣшенія (*adiudicatio*) возникаетъ право собственности на присужденную вещь (или ея реальную часть)².—Рѣшеніе иска о раздѣлѣ слѣдуетъ отличать отъ рѣшенія *rei vindicatio* въ пользу истца; первое служитъ основаніемъ возникновенія для того, кому вещь присуждена, права собственности, второе лишь дѣлаетъ право собственности истца безспорнымъ³.

3) § 133. Лишеніе собственности въ наказаніи.

Windscheid, § 174.—*Brinz*, § 152.

Въ наказаніи 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 пошлину (*cadere in commissum*¹); при извѣстныхъ условіяхъ

²⁷ l. 1. § 1. D. pro soc. 17, 2.—²⁸ l. 2. D. pro soc. 17, 2.

¹ §§ 4—6. I. 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.—² § 7. I. de off. iud. 4, 17.—³ l. 8. § 4. D. si s. v. 8; 5; l. 35. § 1. D. de r. v. 6, 1.

неплатежъ пошлины прощается²; 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 соответствующей части издержекъ на ремонтъ, затраченныхъ другимъ участникомъ; послѣдній приобретаетъ его идеальную часть собственности³.

4. Тотъ, кто по нерадѣнію оставляетъ 2 года безъ обработки податной плодоносный участокъ, теряетъ свое право собственности въ пользу лица, предпринимающаго въ это время обработку, если не возвратитъ ему затратъ⁴.

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 Köppen, der Fruchterwerb des b. f. poss. 1872.—v. Petrazzcki, 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 части¹ 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 приобретаетъ по общему правилу тотъ, кто въ моментъ separatio имѣетъ право собственности на вещь производящую². 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, узуфруктъ), тотъ

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

¹ 1. 44. D. de r. v. 6, 1. —² § 19. I. h. t. 2, 1; 1. 2. 1. 6. D. h. t. 41, 1; 1. 5. § 2. D. de r. v. 6, 1.

приобрѣтаетъ *первоначальнымъ способомъ* право собственности на плоды: эмпитевта—съ момента отдѣленія³, узуфруктуарій—съ момента односторонняго завладѣнія плодами (собранія плодовъ, perceptio fructuum)⁴.

2. Кто достигъ права пользования путемъ *обязательства*, тотъ приобрѣтаетъ право собственности на плоды взятіемъ ихъ во владѣніе *съ согласія собственника плодоносной вещи*, т. е. *производнымъ* способомъ, — по traditio⁵. Сюда относится въ частности арендаторъ.

3. Добросовѣстный владѣлецъ не имѣетъ ни вещнаго, ни обязательственнаго права на извлеченіе плодовъ, но тѣмъ не менѣе приобрѣтаетъ право собственности на плоды *первоначальнымъ* способомъ съ момента ихъ отдѣленія⁶. Юстиніанъ приводитъ какъ основаніе этого: pro cultura et cura⁷; вѣрнѣе было бы въ этомъ случаѣ указать на потребности *оборота*. Добросовѣстный владѣлецъ приобрѣтаетъ плоды даже въ томъ случаѣ, если плодоносная вещь неспособна къ давностному владѣнію⁸ (напр. res furtiva). Добросовѣстность, по мнѣнію позднѣйшихъ¹⁰ римскихъ юристовъ, должна быть на лицо въ моментъ отдѣленія плодовъ¹¹. Вообще *приобрѣтеніе плодовъ* со стороны добросовѣстнаго владѣльца по своимъ условіямъ рѣзко отличается отъ *приобрѣтенія вещи по давности* добросовѣстнымъ владѣльцемъ. — Хотя добросовѣстный владѣлецъ приобрѣтаетъ право собственности на плоды, онъ обязанъ тѣмъ не менѣе въ случаѣ виндикаціи плодоносной вещи со стороны собственника возратить вмѣстѣ съ вещью также и fructus exstantes¹² (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 гово-

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

рять, что добросовѣстный владѣлецъ *fructus interim suos facit*¹³, *fructus consumptos suos facit*¹⁴. 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 виндцировать плодоносную вещь (ср. § 128 sub V. 2). Эти возрѣнія неосновательны, такъ какъ право собственности на плоды и притомъ собственности окончательной прямо приписано добросовѣстному владѣльцу многими мѣстами источниковъ¹⁵.

в. § 135. Приобрѣтеніе вновь возникающихъ участковъ.

Marquard-Mommsen, Röm. Alterthümer. Bd. 4. S. 96 ff. 2. Aufl. 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 овладѣвающему¹; о вторыхъ существуютъ слѣд. правила:

1. Если участокъ возникаетъ вслѣдствіе постепеннаго прироста земляныхъ частицъ къ берегу (*alluvio*), то онъ принадлежитъ собственнику увеличеннаго этимъ берегового участка².

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 рѣки³. 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*)⁴;

¹³ l. 48. pr. D. h. t. 41, 1. — ¹⁴ l. 40. D. h. t. 41, 1; l. 4. § 19. D. de usurp. 41, 3. — ¹⁵ См. выше мѣста къ пр. 6. 7.

¹ § 22. I. h. t. 2, 1; l. 7. § 3. D. h. t. 41, 1. — ² § 20. I. h. t. 2, 1; l. 7. § 1. l. 56. pr. D. h. t. 41, 1. — ³ §§ 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. — ⁴ § 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 Лабеонъ: 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 воды⁵, 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, agrifinii*) 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 безхозныя⁶. 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*¹) 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 зеренъ², окрашиванія шерсти³; напротивъ, молотье хлѣба, выжимка маслинъ, винограда для полученія масла, вина, построеніе корабля или шкафа изъ многихъ кусковъ дерева, желѣза⁴ и т. п. являются случаями *specificatio*.

Кто перерабатываетъ собственный матеріалъ, тотъ, конечно,

⁵ 1. 30. § 2. D. h. t. 41, 1. — ⁶ 1. 16. D. h. t. 41, 1; 1. 1. §§ 6. 7. D. de flum. 43, 12.
¹ 1. 7. § 7. D. h. t. 41, 1. — ² 1. 7. § 7. D. h. t. 41, 1; иначе § 25. I. h. t. 2, 1. — ³ 1. 26. § 3. D. h. t. 41, 1. — ⁴ § 25. I. 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 — спецификанту; нѣкоторые юристы выставили среднее рѣшеніе⁵, которое одобрилъ и Юстиніанъ⁶. 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 видъ⁷; въ прочихъ случаяхъ право собственности на новую вещь приобретаетъ собственникъ матеріала. Теперь 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 *do 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 оккупации не придаютъ никакого значенія добросовѣстности или недобросовѣстности спецификатора, но ихъ мнѣніе прямо опровергается источниками⁸.

Теперь всѣ признають, что спецификантъ, приобретая право собственности на новую вещь, долженъ выдать свое обогащеніе прежнему собственнику; свидѣтельства источниковъ въ пользу этого нѣтъ.

2) Первоначальное приобретение безхозяйныхъ вещей.

а. § 137. Occupatio.

Wächter, das Jagdrecht und die Jagdvergehen, 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 въ томъ случаѣ, если она

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

вещь безхозяйная¹. Важнѣйшіе виды вещей безхозяйныхъ слѣдующіе:

1. Res derelictae, т. е. покинутыя, брошенныя собственникомъ²; таковыми не признаются вещи, выбрасываемыя за бортъ во время морской опасности, чтобы облегчить корабль³.

2. Дикія животныя, т. е. животныя, находящіяся въ состояніи естественной свободы (§ 38); они могутъ быть, по римскому праву, оккупиремы вездѣ и всякимъ⁴; но, кто завладѣваетъ на чужой землѣ противъ воли (несмотря на запрещеніе) собственника, тотъ совершаетъ правонарушеніе (iniuria, § 321)⁵. Прирученныя животныя могутъ подлежать завладѣнію, если теряютъ привычку возвращаться⁶; ручныя животныя ни въ какомъ случаѣ не подлежатъ завладѣнію⁷.

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 другого⁸. Это право Римляне признаютъ и за непріятелемъ противъ себя^{8a}; 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 войнѣ⁹.

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

¹ 1. 3. pr. D. h. t. 41, 1.—² § 47. I. h. t. 2, 1; l. 1. D. pro der. 41, 7; l. 43. § 5. D. de furt. 47, 2.—³ § 48. I. h. t. 2, 1; l. 9. § 8. D. h. t. 41, 1; l. 8. D. de l. Rhod. 14, 2.—⁴ §§ 12—16. I. h. t. 2, 1; l. 1. § 1. l. 6. § 6. l. 44. l. 45. D. h. t. 41, 1.—⁵ l. 3. § 1. D. h. t. 41, 1; cf. l. 13. § 7. D. de ini. 47, 10.—⁶ l. 5. § 5. D. h. t. 41, 1.—⁷ l. 5. § 6. D. h. t. 41, 1.—⁸ § 17. I. h. t. 2, 1; l. 5. § 7. l. 51. § 1. D. h. t. 41, 1.—^{8a} l. 5. §§ 1, 2. l. 12, pr. D. de capt. 49, 15.—⁹ l. 2. l. 3. l. 20. § 1. l. 28. D. de capt. 49, 15; l. 10. C. de postl. 8, 50.

4. Морскія произведенія ¹⁰.

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* ¹. Итакъ, кладъ есть давно скрытый цѣнный предметъ, хозяина котораго невозможно опредѣлить, и который вслѣдствіе этого обсуждается, какъ вещь безхозяйная. Кто ² 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 ³; напротивъ, одно мѣсто ⁴ Пандектъ приписываетъ половину клада, найденнаго въ мѣстѣ погребенія, находчику, а другую половину казнѣ. Теперь это противорѣчіе не имѣетъ значенія, такъ какъ посвященные и погребальныя мѣста состоятъ въ частной собственности (§ 46). Находчикъ, употребившій при исканіи клада колдовство или недозволенные средства, теряетъ свое право въ пользу казны ^{4a}. Окладахъ, находимыхъ въ движимыхъ вещахъ, источники ничего не говорятъ; однако слѣдуетъ предположить, что и къ нимъ аналогично примѣняются изложенныя правила (что, впрочемъ, нѣкоторые оспариваютъ).—Отъ находки клада слѣдуетъ отличать находку потерянной вещи. Находчикъ не приобретаетъ ея въ собственность ⁵ и не имѣетъ, по римскому праву, притязанія на вознагражденіе ⁶.

¹⁰ § 18. I. h. t. 2, 1; l. 3. D. de rer. div. 1, 8.

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

3) Первоначальное приобретение вещей других лиц.

а. § 139. Соединение (приращение).

Baron, Gesamtrechtsverhältnisse. § 2. 1864.—*Bechmann*, zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesamtheiten. 1867.—*Göppert*, въ цитированномъ выше къ § 37 сочиненіи.—Того-же автора, Ueber die Bedeutung von ferruminae und adplumbare in den Pandekten. 1869.—*Vangerow*, §§ 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 общою собственностью (по правиламъ о приобрѣтеніи собственности по *traditio*, § 131), при этомъ безразлично, раздѣлимо ли соединеніе, или нѣтъ¹.—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)², 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 переимѣна 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 вещей³; 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

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

если бы оно находилось въ общей собственности⁴; другими словами, здѣсь не возникаетъ между собственниками actio communi dividundo, но каждый можетъ вчинить rei vindicatio pro modo frumenti cuiusque.—Особыя правила примѣняются къ тому случаю, если кто смѣшаетъ чужія деньги со своими, такъ что ихъ нельзя отличить. Онъ пріобрѣтаетъ на нихъ право собственности⁵ (въ интересахъ гражданскаго оборота), но отвѣчаетъ въ случаѣ недобросовѣстности предъ прежнимъ собственникомъ за furtum (§ 311); въ случаѣ bona fides онъ свободенъ отъ всякой отвѣтственности^{5a} (что тоже объясняется значеніемъ денегъ для гражданскаго 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—commixtio; источники употребляютъ оба выраженія promiscue.

II. *Нераздѣльно-соединенныя вещи находятяся 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 нераздѣльно 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)⁶. 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 пустили корни въ его землю (такъ наз. plantatio,

⁴ § 28. I. h. t. 2, 1; l. 5. pr. D. de r. v. 6, 1.—⁵ l. 17. l. 78. D. de sol. 46, 3.—^{5a} Это слѣдуетъ по arg. a. contr. изъ мѣстъ, приведенныхъ въ пр. 5.—⁶ l. 7. § 2. D. h. t. 41, 1; § 21. I. h. t. 2, 1.

насаждение)⁷; далѣе онъ приобретаетъ право собственности на строеніе, которое возведено на его участкѣ изъ чужого матеріала (т. н. *inaedificatio*, застроеніе), какъ цѣлое, но не на отдѣльные куски матеріала⁸ (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 вещь⁹, а та, для которой другая предназначена¹⁰, или же та, безъ которой другая не можетъ существовать¹¹. Съ первой точки зрѣнія статуя есть главная вещь по отношенію къ приплавленной (присоединенной посредствомъ *ferguminiatio*) къ ней рукѣ или ногѣ, кубокъ—по отношенію къ присоединенной къ нему ручкѣ¹². Со второй точки зрѣнія бумага есть главная вещь по отношенію къ письму (*licet literae aureae sint*)¹³, киль—по отношенію къ дальнѣйшимъ частямъ корабля; полотно, доска—по отношенію къ краскѣ¹⁴; но въ картинѣ въ тѣсномъ смыслѣ, по рѣшенію Юстиніана¹⁵, 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 собственникамъ¹⁶. Хотя въ этихъ случаяхъ придаточная вещь и остается за прежнимъ собственникомъ, тѣмъ не менѣе тотъ, которому принад-

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

лежитъ главная вещь, становится въ то же время собственникомъ цѣлаго до прекращенія соединенія (§ 129 sub 2), въ частности онъ можетъ его виндигировать, 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 бывшій 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*¹⁷, *actio de tigno iuncto*¹⁸, *act. in factum*)¹⁹; въ первомъ же случаѣ прежній собственникъ придаточной вещи, если онъ дѣйствовалъ добросовѣстно, имѣетъ *ius retentionis* на цѣлое²⁰ (но не право иска)²¹, пока собственникъ цѣлаго не возвратитъ ему стоимости придаточной вещи. Слѣдуетъ ли ему приписать *ius retentionis* и въ случаѣ недобросовѣстности, — этотъ вопросъ источники рѣшаютъ противорѣчиво²². Господствующее мнѣніе правильно даетъ отрицательный отвѣтъ.

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

α. § 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*¹. Итакъ, *usucapio* есть *приобрѣтеніе права собственности вслѣдствіе продолжительнаго владѣнія вещью*. Основаніе института давности владѣнія (какъ и исковой давности) заключается въ стремленіи законодательства дать имущественнымъ отношеніямъ окончательную твердость². Когда вещи мѣняютъ своихъ хозяевъ (что при обширномъ оборотѣ бываетъ весьма часто), то нерѣдко случается, что не достаетъ какого либо изъ условій, предписанныхъ для приобрѣтенія права собственности, въ частности, или способъ приобрѣтенія неправиленъ (наприм., по древнему *ius civile*, если *res mancipi* приобрѣтается путемъ *traditio*³), или отчуждающему не принадлежитъ право собственности на вещь⁴, или онъ недѣеспособенъ⁵. Такіе пороки возможны при *каждомъ* приобрѣтеніи, и для ихъ избѣжанія часто необходима была бы преувеличенная осторожность, каковой нельзя требовать отъ добраго хозяина. А если приобрѣтеніе произошло безъ всякихъ пороковъ, то этой правильности по истеченіи продолжительнаго времени часто *доказать* невозможно. Отсюда происходитъ не только неудобство для всякаго приобрѣтающаго, но и *общая* ненадежность имущественныхъ отношеній, общее бѣдствіе, предотвратить которое задача законодательства.

1. Ради этой цѣли *древнее римское право* ввело институтъ *usucapio*. Законодательство XII таблиц⁶ установило правило,

¹ l. 3. D. h. t. 41, 3.—² l. 1. D. h. t. 41, 3; Cic. pro Caec. 26.—³ Gai. 2, 41.—⁴ Gai. 2, 43.—⁵ l. 2. §§ 15. 16. D. pro emt. 41, 4; fr. Vat. 1.—⁶ Cic. top. 4; pro Caecina 19; Gai. 2, 42. 54.

что недвижимыя вещи могутъ быть прибрѣтаемы истеченіемъ давности 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 вещи⁶; 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 praediaturo*)⁷, но и изъявъ нѣкоторыя вещи совсѣмъ изъ дѣйствія *usucapio* (*res furtivae*)⁸.

2. *Usucapio* не примѣнялась къ провинціальнымъ участкамъ⁹; далѣе, на нее не могли ссылаться peregrini¹⁰. 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 владѣннн слѣд. образомъ: *rei vindicatio* собственника признается погашенною давностью, и владѣльцу дается противъ этого иска *longi temporis praescriptio s. excerptio*. Впослѣдствіи¹¹ (и это подтвердилъ Юстиніанъ¹²) 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 дѣйствительнымъ¹³; *longi temporis praescriptio* допускалась и противъ иска вѣрителя подъ залогъ¹⁴;

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

⁶ l. 1. i. f. D. h. t. 41, 3. — ⁷ Gai. 2, 52—61. — ⁸ Gai. 2, 49. — ⁹ Gai. 2, 46. — ¹⁰ Gai. 2, 65. — ¹¹ Cp. l. 13. § 1. D. de iurei. 12, 2; l. 7. C. de l. t. pr. 7, 33. — ¹² l. 8. pr. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39. — ¹³ l. 44. § 5. D. h. t. 41, 3; l. 1. § 2. D. de pign. 20, 1. — ¹⁴ 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.

только для наслѣдника¹⁵ и покупщика¹⁶, которые могли засчитать себѣ время владѣнія наслѣдодателя или продавца; при *longi t. pr.* оно засчитывалось *всякому* преемнику¹⁷.

Вслѣдствіе этихъ преимуществъ, *l. t. pr.* стали примѣнять и къ движимымъ вещамъ и италійскимъ участкамъ²⁰. Само собою разумѣется, что къ этому средству прибѣгали и peregrini.

3. Юстиніанъ²¹ 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, употребляемыя въ самомъ законѣ Юстиніана и въ объясненіяхъ²² по этому поводу, находящихся въ Институціяхъ. Новые юристы называютъ этотъ новый институтъ обыкновенною давностью, *usucapio ordinaria*, *praescriptio ordinaria*.

4. Юстиніанъ²³ ввелъ въ 528 г. новый видъ приобрѣтательной давности. А именно, тѣмъ лицамъ, которыя, по прежнему

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

праву, 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 вещью, годною для давности. Всѣ эти условія въ средніе вѣка соединили въ одинъ гексаметрической стихъ: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*. Мы изложимъ ихъ въ порядкѣ, соответствующемъ ихъ значенію въ данномъ институтѣ.

αα. § 141. Владѣніе.

Vangerow, § 318.—*Windscheid*, § 175_n.—*Brinz*, § 151.

Только тотъ можетъ приобрѣсть по давности, кто въ продолженіе давностнаго срока юридически владѣть приобрѣтаемою вещью¹. Что касается такъ наз. производнаго владѣнія (§ 112), то владѣніе секвестра препятствуетъ одной изъ сторонъ² 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 владѣніе³.

¹ 1. 25. l. 13. pr. D. h. t. 41, 3.—² 1. 39. D. de a. p. 41, 2.—³ 1. 16. D. h. t. 41, 3; 1. 1. § 15. l. 36. D. de p. a. 41, 2; 1. 15. § 4. D. de prec. 43, 26.—

⁴ 1. 14. § 3. D. de div. temp. pr. 44, 3; 1. 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 случаѣ¹. Если часть давностнаго срока приобретающій и собственникъ были *praesentes*, часть—*absentes*, то 2 года отсутствія считаются за 1 годъ присутствія и наоборотъ². Срокъ есть *tempus continuum*³. Онъ начинается со дня приобретена владѣнія, но если владѣніе приобретено черезъ добровольно избраннаго представителя, то— со дня, въ который представляемый узналъ о завладѣніи со стороны представителя⁴. *possessio per procuratorem ignorantis quaeritur, usucapio vero scienti competit*. Завершается давность, по господствующему мнѣнію, съ началомъ послѣдняго дня, правильнѣе: съ его истеченіемъ⁵ (§ 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*⁶ (таковымъ не признается никогда *titulus putativus*⁷, § 143 пр. 3). Правила объ *acc. temporis* различны для частнаго преемника и для наслѣдника:

а. Отъ частнаго преемника требуется, чтобы онъ получил владѣніе непосредственно отъ своего аuctor, т. е., чтобы въ промежутокъ времени между владѣніемъ одного и владѣніемъ другого вещь не была безъ владѣльца или во владѣніи третьяго лица⁸. Кроме того требуется, чтобы аuctor и successor имѣли владѣніе, годное для давности, т. е. основанное на *titulus* и добросовѣстное¹⁰.

б. Наслѣднику засчитывается время владѣнія наслѣдодателя, хотя бы онъ завладѣлъ вещью не тотчасъ послѣ смерти послѣдняго¹¹; предполагается только, что въ промежуточное время не завладѣло третье лицо¹². Наслѣднику засчитывается

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

даже время лежанія наслѣдства (*hereditas iacens*) и слѣдующее за симъ время до завладѣнія; поэтому наслѣдникъ можетъ приобрѣсть по давности вещь до приобрѣтенія владѣнія ею¹³.— 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*¹⁴. 2) Собственная недобросовѣстность не вредитъ наслѣднику; несмотря на свою недобросовѣстность, онъ можетъ продолжать давностное владѣніе, которое началъ наслѣдодатель¹⁵; это второе правило устраниено 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 вѣн ея, не произвела этого послѣдствія для владѣльца. Такая юридическая сдѣлка называется causa possessionis¹, titulus usucapionis², 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 дѣйствительность (такъ наз. *titulus**

¹³ 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. — ¹⁴ 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. — ¹⁵ l. 43. pr. D. h. t. 41, 3; l. 2. § 19. D. pro emt. 41, 4; § 12. l. h. t. 2, 6.

¹ l. 29. D. h. t. 41, 3. — ² 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.

putativus)³. 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, приноситъ ее давшему порученіе, (ложно) увѣряя, что онъ ее купилъ⁴; или если кто купилъ вещь у человѣка повидимому здороваго, а въ дѣйствительности душевно-больнаго⁵.—Титулы для давности такъ же разнообразны, какъ разнообразны юридическія сдѣлки, способныя вести къ приобрѣтенію собственности. Терминъ, обнимающій всѣ титулы, есть титулъ *pro suo*⁶; отдѣльные титулы называются въ источникахъ: *pro soluto*, *pro emtore*, *pro herede*, *pro donato*, *pro derelicto*, *pro legato*, *pro dote*, *pro transactione*⁷.

дд. § 144. Добросовѣстность.

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.—*Bruno*, das Wesen der bona fides. 1872.—*Idem*, zur Lehre von der bona fides bei der Verjährung въ Kleinere Schriften 2, 257—281. 1882.—*Pfersche*, privatrechtliche 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*)¹. Покупщикъ долженъ быть *bona fide* не только при полученіи владѣнія, но и при заключеніи сдѣлки². По праву каноническому и нынѣшнему только тотъ можетъ приобрѣсть по давности, кто добросовѣстенъ во *все* время теченія дав-

³ § 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.—⁴ l. 11. D. pro emt. 41, 4; l. 5. § 1. D. pro suo 41, 10.—⁵ l. 2. §§ 15. 16. D. pro emt. 41, 4; см. кроме 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.—⁶ l. 1. pr. D. pro suo 41, 10.—⁷ l. 3. § 21. D. de p. a. 41, 2; l. 46. l. 48. D. h. t. 41, 3 и tt. D. 47, 4—10; tt. C. 7, 26—29.—⁸ Gai. 2, 52—58.—⁹ l. 3. §§ 19. 20. l. 19. § 1. D. de a. p. 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.—¹⁰ l. 2. § 1. D. pro her. 41, 5; l. 33. § 1. D. h. t. 41, 3.—¹¹ l. 33. § 1. D. h. t. 41, 3.—¹² 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. c. 7, 34.—¹³ l. 3. D. pro her. 41, 5; l. 44. § 4. i. f. D. h. t. 41, 3.—¹⁴ l. 25. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 3. D. pro don. 41, 6.—¹⁵ 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.

¹ 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.—² l. 2. pr. § 13. D. pro emt. 41, 4; l. 48. D. h. t. 41, 3.

ности³ (§ 89). Обыкновенно это выражаютъ слѣд. образомъ: *po римскому праву mala fides superveniens non nocet, ne vredit, po нынѣшнему праву—vredit*. 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)⁴. Но поскольку заблужденіе въ правѣ вообще прощается (§ 10 sub 2), и здѣсь оно тоже признается извинительнымъ (что нѣкоторые оспариваютъ безъ основанія)⁵.—Въ случаѣ приобрѣтенія владѣнія черезъ представителя (§ 117) добросовѣстность требуется отъ представляемаго, если представительство относится только къ приобрѣтенію *corpus* владѣнія (*apprehensio*)⁶; если же представительство относится и къ *animus possidendi*, то добросовѣстность требуется какъ со стороны представителя, такъ и со стороны представляемаго.⁷—Подъ добросовѣстностью⁸ большинство писателей до недавняго времени разумѣли убѣжденіе владѣльца, что онъ собственникъ; но, по общепринятому теперь взгляду, вѣрно лишь то, что *usucariens* часто ищетъ такое убѣжденіе, но оно не составляетъ необходимаго условія для *usucarij*: покупатель, 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 владѣнія⁹; лицо, заключившее сдѣлку подъ условіемъ, начинающее давностное владѣніе съ момента исполненія условія и въ случаѣ незнанія объ исполненіи¹⁰. 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 вещь, не

³ с. 20. X. de praescr. 2, 26. — ⁴ l. 4. D. de i. et f. i. 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. — ⁵ l. 11. C. de i. et f. i. 1, 18. — ⁶ 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. — ⁷ l. 2. §§ 10—13. D. pro emt. 41, 4; l. 43. § 1. D. h. t. 41, 3. — ⁸ 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. — ⁹ l. 25. D. de i. v. et u. 24, 1; l. 3. D. pro don. 41, 6. — ¹⁰ l. 2. § 2. D. pro emt. 41, 4.

принадлежащую мнимому должнику¹¹.—Поэтому спорять, 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 давности¹². 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 приобретенію 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 приобретенія, вѣритъ въ существованіе мнимаго препятствія. Это правило подтверждается приведенными выше въ пр. 9. 10 рѣшеніями¹³. Правда, противъ этого говоритъ одно мѣсто источниковъ¹⁴, по которому вещь, сама по себѣ годная для давности, не можетъ быть приобретена 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).

ее. § 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.

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

I. Ради своего собственника не подлежат обыкновенной давности: 1) вещи казны¹; 2) вещи монарха²; 3) недвижимыя вещи церковей и благотворительныхъ учреждений³. Спорно, изъяты ли изъ обыкновенной давности вещи городовъ⁴ и миноровъ⁵. Правильно отрицательное рѣшеніе. Впрочемъ, споръ относительно вещей миноровъ имѣеть мало практическаго интереса, такъ какъ онѣ по большей части не подлежатъ давности уже по другимъ основаніямъ⁶.

II. Вслѣдствіе своихъ особенныхъ свойствъ не подлежатъ давности:

1. Краденныя вещи, по законамъ XII-ти таблицъ⁷ и по lex Atinia⁸; по Каролинѣ онѣ не подлежатъ и чрезвычайной давности⁹ (что многіе оспариваютъ); произведенія краденыхъ вещей также не подлежатъ давности, если *percipiens* недобросовѣстенъ¹⁰; дѣти рабовъ и приплодъ скота даже къ томъ случаю не подлежатъ давности, если они зачаты у недобросовѣстнаго владѣльца¹¹. Краденая, и поэтому неподлежащая давности, вещь перестаетъ быть таковою, если она возвращается во власть собственника¹², поэтому вещь дѣлается совѣмъ изъятою изъ дѣйствія давности, если кражу совершаетъ самъ собственникъ¹³,—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 Julia* и *Plautia*)¹⁴; очевидно, это запрещеніе относится только къ недвижимымъ вещамъ, такъ какъ движимыя подходятъ подъ запрещеніе 1. Негодность для давности прекращается, какъ при 1¹⁵.

3. Вещи, которыя были даны въ видѣ взятки чиновнику

¹ § 9. I. h. t. 2, 6; l. 9. l. 18. l. 24. § 1. D. h. t. 41, 3.—² t. C. ne rei dom. 7, 38; l. 6. C. de fund. patr. 11, 61.—³ Nov. 111. c. 1; Nov. 136. c. 6; c. 8. X. de praescr. 2, 26.—⁴ l. 15. § 27. de damn. inf. 39, 2; Pauli sent. rec. V, 2. § 4; l. 9. D. h. t. 41, 3.—⁵ 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, 35; l. 3. C. quibus non obi. l. t. pr. 7, 35; l. 5. C. in qu. c. 2, 41.—⁶ Ср. мѣста въ прим. 21. 24.—⁷ § 2. 3. I. h. t. 2, 6; Gai. 2, 45. 49.—⁸ l. 4. § 6. l. 33. pr. D. h. t. 41, 3; l. 215. D. de v. s. 50, 16.—⁹ Carolina art. 209.—¹⁰ l. 4. § 14. D. h. t. 41, 3.—¹¹ l. 48. § 5. D. de furt. 47, 2; l. 26. D. de st. hom. 1, 5; l. 12. C. de furt. 6, 2.—¹² § 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.—¹³ l. 20. § 1. D. de furt. 47, 2; l. 49. D. h. t. 41, 3.—¹⁴ Gai. 2, 45; § 2. I. de usuc. 2, 6; l. 33. § 2. D. h. t. 41, 3.—¹⁵ § 8. I. h. t. 2, 6; l. 33. § 2. D. h. t. 41, 3; l. 86. D. de furt. 47, 2.

(по 1. *Iulia repetundarum*)¹⁶; негодность для давности прекращается, какъ при 1¹⁷.

4. Недвижимыя вещи, отчужденныя недобросовѣстнымъ владѣльцемъ (по закону Юстиніана) до тѣхъ поръ, пока объ отчужденіи не узнаеть собственникъ¹⁸.

5. Межи земельныхъ участковъ¹⁹. Историч. данныя ср. § 305.

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

7. Вещи, подлежащія законному запрещенію отчужденія (§ 127)²¹⁻²⁴.

bb. § 146. Перерывъ и приостановленіе давности.

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

Выраженіе: давность прервана (*usurpatio*)¹ означаетъ, что наступило событіе, вслѣдствіе котораго прежнее владѣніе вещью лишается совершенно значенія. 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*)² 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*³, но прерывала *longi temporis praescriptio*⁴, которая первоначально была лишь исковой дав-

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

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

ностью. По недосмотру компиляторовъ эти правила безъ измѣненія попали въ сводъ Юстиніана. Изъ изложеннаго въ § 140 пр. 21 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*)⁵: 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* приравнивается судебный протестъ того собственника, который по причинамъ, коренящимся въ личности владѣльца, не можетъ противъ послѣдняго вчинить иска⁶.—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 наслѣднику, пользующемуся *beneficium*, для составленія инвентаря⁷; по каноническому праву—также и въ томъ случаѣ, если собственнику *фактически* препятствуетъ вчинить искъ занятіе страны непріателемъ⁸.

γ. § 147. Чрезвычайная давность.

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

Чрезвычайная давность¹ 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*

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

¹ l. 8. § 1. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.

владѣніе, 2. въ продолженіе срока 30-ти или 40-а лѣтъ, 3. добросовѣстное. Зато 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 опекаемыхъ².

Чрезвычайная давность ведетъ свое происхожденіе 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 *эксцетцію* 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.

РАЗДѢЛЬ 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 приобрѣтаетъ или обратно приобрѣтаетъ въ собственность другое лицо, если, напримѣръ, наступилъ срокъ или резолютивное условіе, подъ которымъ было перенесено право собственности, или, если вещь была приобрѣтена 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.

² 1. 3. § 1. 1. 7. пр. § 1. 1. 8. § 1. C. eod.

РАЗДѢЛЬ 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 себя произволъ или нарушеніе довѣрія, но и отъ всякихъ другихъ, въ чемъ бы они не выразились. Смотря 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 отчуждена¹; напротивъ, искъ фиктивнаго собственника (добросовѣстнаго владѣльца, § 128 sub VI) подлежитъ отчасти особымъ правиламъ и носить названіе *actio Publiciana*² (§ 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, невладеющій собственникъ¹; но въ Институціяхъ² при-
совокупляется, что въ одномъ исключительномъ случаѣ можетъ

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

¹ l. 23. pr. D. h. t. 6, 1; § 2. I. de act. 4, 6.—² § 2. i. f. I. de act. 4, 6.

вчинить этот искъ и владѣющій собственникъ (такъ наз. *in rem casus Institutionum*). Въ чемъ состоитъ этотъ случай, вопросъ спорный, такъ какъ Институци этого не сообщаютъ. Вѣроятно, имѣется въ виду юридическій владѣлецъ, который можетъ предъявить *rei vindicatio* противъ детентора, обладающаго вещью отъ его имени и отказывающагося выдать ее³; ср. подобный случай въ § 160 текстъ къ прим. 11.

2. Отвѣтчикомъ бываетъ тотъ, кто удерживаетъ вещь, не предоставляя ея собственнику, причѣмъ безразлично, юридическій ли владѣлецъ онъ, или детенторъ⁴. Впрочемъ, по закону Константина⁵, 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 отвѣтника, 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*⁶, что несогласно съ источниками⁷); б) тотъ, кто обращаетъ на себя искъ, ложно выдавая себя за владѣльца (*qui liti se obtulit*)⁸. Въ обоихъ случаяхъ примѣняется начало: *dolus* (или *culpa*) *est pro possessione*⁹; поэтому такого отвѣтника теперь называютъ *fictus possessor*. Предъявивъ сначала искъ противъ *fictus possessor* и получивъ цѣнность спорной вещи, собственникъ можетъ тѣмъ не менѣе потомъ вчать искъ и противъ такъ называемаго *verus possessor*, но не наоборотъ¹⁰.

2) § 151. Доказываніе.

Windscheid, § 196. — *Brinz*, § 168.

Условіямъ иска соотвѣтствуютъ и темы доказыванія. Истецъ долженъ доказать:

1. *Что онъ собственникъ*¹. Доказать это бываетъ затруднительно, если истецъ основываетъ свое право на *производномъ*

³ 1. 7. pr. D. usufr. qu. sav. 7, 9. —⁴ 1. 9. D. h. t. 6, 1. —⁵ 1. 2. C. ubi in rem actio 3, 19. —⁶ Опираясь на 1. 27. § 3. 1. 36. pr. D. h. t. 6, 1. —⁷ 1. 25. § 2. D. de her. p. 5, 3; 1. 45. D. h. t. 6, 1. —⁸ 11. 25—27. pr. D. h. t. 6, 1. —⁹ 1. 13. l. 157. § 1. D. de r. i. 50, 17. —¹⁰ 1. 7. D. h. t. 6, 1; 1. 13. § 14. D. de h. p. 5, 3; 1. 95. § 9. D. de sol. 46, 3.

¹ 1. 9. l. 23. pr. 1. 80. D. h. t. 6, 1.

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

2. *Что отвѣтчикъ имѣетъ вещь въ юридическомъ владѣніи или detentio, или что онъ подлежитъ ответственности, какъ fictus possessor*³.

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

3) § 152. Обязанности отвѣтчика.

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

*По общему правилу отвѣтчикъ обязанъ выдать истцу вещь со всюю прибылью отъ нея*¹ (*res cum omni causa*).

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

a. *dolus* или *culpa* отвѣтчика, то слѣдуетъ отличать добросовѣстнаго владѣльца отъ недобросовѣстнаго; первый отвѣчаетъ только за вину, имѣвшую мѣсто *послѣ* *litis contestatio*² (*за время до этого момента* онъ не отвѣчаетъ: *re sua abuti putat, quasi suam rem neglexit*)³, второй отвѣчаетъ за все время—какъ *до* *litis contestatio*, такъ и *послѣ* нея⁴;

b. 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 потеряла бы то же, если бы она находилась у истца. Но пра-

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

¹ 1. 13. l. 17. § 1. l. 20. D. h. t. 6, 1. — ² 1. 21. l. 33. l. 36. § 1. l. 45. l. 51. D. h. t. 6, 1. — ³ 1. 25. § 11. l. 31. § 3. D. de h. p. 5, 3. — ⁴ 11. 13—15. l. 45. D. h. t. 6, 1.

வில்нѣ утверждать, что между римскими юристами вопросъ объ отвѣтственности за случай былъ спорнымъ и что въ источни- ки попали противорѣчащія другъ другу рѣшенія⁵; заслужи- ваетъ одобренія только мнѣнiе Ульпіана⁶, по которому ни- какой отвѣтчикъ (хотя бы и недобросовѣстный) не отвѣчаетъ за случай до *litis contestatio*, и всякій отвѣтчикъ (и добро- совѣстный) отвѣчаетъ за случай послѣ *litis contestatio*, если вещь не потерпѣла бы того же *casus*, находясь у истца (§ 95 прим. 21—23). Только воръ *sempiternus* отвѣчаетъ за слу- чай, произошелъ ли онъ до *litis contestatio* или послѣ⁷ (§ 240 прим. 29).

с. По классическому праву причиной невыдачи вещи могло быть и простое неповиновеніе (*contumacia*) со стороны отвѣтчика. Дѣло въ томъ, что по тогдашнимъ правиламъ судопроизводства присужденіе отвѣтчика должно было выражаться въ денежной суммѣ⁸; но скоро поняли, что замѣна спорной вещи денежною суммою не соотвѣтствуетъ интересамъ сторонъ; поэтому въ извѣ- стныхъ 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 неповиновенія присуждался къ уплатѣ де- нежной суммы. Со времени Юстиніана⁹ присужденіе отвѣтчика направляется на самоѣ вещь, и въ томъ случаѣ, если отвѣтчикъ отказывается выдать вещь, отъ желанія истца зависитъ потре- бовать принудительнаго исполненія судебного рѣшенія или пе- ревода *condemnatio* на денежную сумму. Впрочемъ, одинъ фраг- ментъ Ульпіана¹⁰, 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 инте- ресъ (§ 243); размѣръ того и другого въ случаѣ *dolus, culpa lata* и *contumacia* отвѣтчика опредѣляется, по римскому праву, клятвеннымъ утвержденіемъ истца (*iuramentum in litem*), въ

⁵ 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.—⁶ l. 15. § 3. D. h. t. 6, 1.—⁷ l. 8. pr. l. 20. D. de cond. furt. 13, 1; l. 19. D. de vi 43, 16.—⁸ Gai. 4, 48. 52. ⁹ § 32. I. de act. 4, 6.—¹⁰ l. 68. pr. D. h. t. 6, 1.

прочихъ случаяхъ—экспертами¹¹; 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 послѣдней¹², исключая тотъ случай, если онъ уличенъ въ *dolus*¹³.

2. *Вся прибыль отъ вещи.* Если отвѣтчикъ этого не можетъ исполнить, то примѣняются тѣ же правила, какъ и относительно самой вещи. Къ прибыли причисляется¹⁴, 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; добросовѣстный¹⁵ обязанъ выдать за время, предшествовавшее *litis contestatio*, только *fructus exstantes*, за слѣдующее за симъ время, напротивъ, *всѣ* плоды (*fructus percepti et percipiendi*); недобросовѣстный¹⁶ отвѣчаетъ за *всѣ* плоды, какъ до, такъ и послѣ *litis contestatio*. Подѣ плодами, подлежащими выдачѣ, всегда разумѣется чистый доходъ; слѣдовательно, хозяйственныя издержки подлежатъ зачету¹⁷.

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 отвѣтчику¹ (кроме вора²)³. — Добросовѣстный отвѣтчикъ⁴ можетъ также требовать возмѣщенія тѣхъ издержекъ, которыя увели-

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

¹ l. 65. pr. D. h. t. 6, 1; l. 5. § 1. C. h. t. 3, 32.—² l. 13. D. de cond. furt. 13, 1; l. 1. C. de inf. exp. 8, 5.—³ ll. 1—4. l. 14. pr. D. de imp. 25, 1; l. 79. pr. D. de v. s. 50, 16.—⁴ §§ 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.

чили полезность вещи для истца (*imp. utiles*)⁵; отсюда, однако, вычитаются плоды, потребленные до *litis contestatio*⁶ (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*^{6a}. По отношенію къ *imp. voluptuariae* (т. е. тѣмъ, которыя служатъ только для удовольствія)⁷ *всякому* отвѣтчику принадлежитъ только *ius tollendi*⁸; 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 взамѣнъ соотвѣтствующее вознагражденіе⁹.—Къ числу издержекъ не принадлежитъ цѣна, уплаченная отвѣтникомъ при приобрѣтеніи вещи¹⁰.

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

а. вещное, напр., закладное право, *узурфруктъ* и т. п. По закону Юстиніана¹³ отвѣтчикъ не можетъ сослаться 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, *сеуда* и т. п. Для особенно важнаго случая этого рода источники употребляютъ специальное наименованіе: *exc. rei venditae et traditae*¹⁴. Это возраженіе имѣетъ мѣсто: если истецъ, еще не будучи собственникомъ, продалъ и передалъ вещь, а потомъ самъ приобрѣлъ право собственности¹⁵; если истецъ сдѣлался наслѣдникомъ того лица, которое продало и передало вещь, не имѣя на нее права собственности¹⁶; если истецъ продалъ и передалъ вещь подъ суспензивнымъ условіемъ, которое еще находится въ нерѣшитель-

⁵ l. 5. § 3. l. 6. l. 14. § 1. D. de imp. 25, 1; l. 79. § 1. D. de v. s. 50, 16; l. 38. D. h. t. 6, 1. — ⁶ l. 48. D. h. t. 6, 1. — ^{6a} l. 5. C. h. t. 3, 32. — ⁷ l. 7. pr. l. 14. § 2. D. de imp. 25, 1; l. 79. § 2. D. de v. s. 50, 16. — ⁸ §§ 30. 32. 33. I. 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. — ⁹ l. 37. l. 38. D. h. t. 6, 1; l. 9. D. de imp. 25, 1. — ¹⁰ l. 23. C. h. t. 3, 32; l. 2. C. de furt. 6, 2. — ¹¹ l. 6. § 8. D. de neg. gest. 3, 5; l. 11. C. eod. 2, 18. — ¹² l. 14. l. 16. C. de praed. et al. r. m. 5, 71. — ¹³ Nov. 18. c. 10. — ¹⁴ t. D. 21, 3; de exceptione rei venditae et traditae. — ¹⁵ 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. — ¹⁶ 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.

номъ состояніи¹⁷; если истецъ въ качествѣ залогопринимателя или мандатарія другого лица по незнанію продалъ и передалъ свою собственную вещь¹⁸. *Exs. rei venditae et traditae* какъ съ активной, такъ и съ пассивной стороны переходитъ къ универсальнымъ и къ сингулярнымъ преемникамъ¹⁹. Она не имѣетъ силы, если отчужденіе запрещено закономъ²⁰, напримѣръ, если супругъ отчуждаетъ *fundus dotalis*, если женщина отчуждаетъ что нибудь съ цѣлью совершить *intercessio*²¹ (§ 127 пр. 9. 10).

II. § 154. *Negatoria actio. Prohibitoria actio.*

t. D. VII, 6: si usufructus 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 prohibitoria. 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 образомъ¹, 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 иска², такъ какъ источники допускаютъ его и въ томъ случаѣ, если участникъ въ общей собственности производить постройки по собственному усмотрѣнію, или если вслѣдствіе случайныхъ обстоятельствъ стѣна дома или дерево наклоняется въ воздушное пространство сосѣдняго участка болѣе, чѣмъ по закону полагается³. 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 думаютъ), стало быть, въ

¹⁷ l. 1. § 2. D. h. t. 21, 3; cf. l. 7. i. f. D. de iure dot. 23, 3.—¹⁸ l. 10. D. de disfr. p. 20, 5; l. 49. D. mand. 17, 1.—¹⁹ 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.—²⁰ l. 1. § 5. D. h. t. 21, 3.—²¹ l. 32. § 2. D. ad set. Vell. 16, 1.

¹ l. 5. pr. D. si us. pet. 7, 6; l. 2. pr. l. 4. § 7. D. si s. v. 8, 5.—² § 2. I. de act. 4, 6; l. 5. pr. D. si us. pet. 7, 6.—³ 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.—⁴ cf. l. 5. § 6. D. si us. pet. 7, 6; l. 14. pr. D. si s. v. 8, 5.

частности не достаточно, если третье лицо угрожает на словах, что оно совершит нарушение, ибо собственник может фактически помешать исполнению угрозы. Ответчиком является лицо, совершившее нарушение права собственности.

2. *Доказывание.* Безспорно, истец должен доказать два обстоятельства: а) что он собственник вещи⁵; б) что ответчик виновен в нарушении его права собственности. Спорно, должен ли истец доказать также свободу своей собственности (т. е., что ответчику право воздействовать на его вещь не принадлежит), или, напротив, ответчик обязан доказать свое право, или, наконец, обязанность доказывать лежит то на истце, то на ответчике, смотря по владению. Места источников, касающихся этого вопроса⁶, отличаются неопределенностью и неясностью; внутренняя основа говорит в пользу второго (и господствующего) мнения, так как *actio negatoria* есть иск о собственности⁷, а из доказательства существования права собственности следует предварительно (т. е. пока не доказано противное), что истец может отклонять всякое воздействие на свою вещь со стороны третьего лица. В пользу этого говорит также то обстоятельство, что владлец чужой вещи, приписывающий себя на нее закладное право, должен это право доказать, если собственник предъявит иск о выдаче вещи⁸.

3. *Обязанности ответчика.* Он зависяет от того, приписывает ли себе ответчик право на совершаемые им действия, или нет. Если ответчик ссылается на право, то иск направлен на признание свободы собственности, устранение неправомерного состояния⁹, возмещение нанесенного вреда¹⁰, *cautio de non amplius turbando*¹¹, наряду с которой теперь приносится судебная угроза наказанием (денежным штрафом или арестом)¹². Если ответчик не оправдывает своих действий существованием права, то отпадает требование признания свободы собственности.

Actio negatoria называется так потому, что во времена формулярного процесса *intentio* формулы обыкновенно выражалась

⁵ l. 5. pr. D. si us. pet. 7, 6.—⁶ 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.—⁷ l. 5. pr. i. f. D. si us. pet. 7, 6.—⁸ l. 10. C. de pign. act. 4, 24.—⁹ l. 14. pr. D. si s. v. 8, 5; l. 8. C. de serv. 3, 34.—¹⁰ l. 5. § 6. D. si us. pet. 7, 6; l. 4. § 2. i. f. D. si s. v. 8, 5.—¹¹ l. 7. l. 12. D. si s. v. 8, 5.—¹² IRA. § 162.

отрицательно (si paret, Numerio Negidio *ius non esse eundi agendi invito Aulo Agerio...*). Но существовала также и формула съ положительной редакцией intentio (si paret, Aulo Agerio *ius esse prohibendi Numerium Negidium ire agere*)¹³; 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.—Lennel, Beitr. z. Kunde des prät. 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*¹. Въ частности:

1. Истцомъ бываетъ тотъ, кто началъ давностное владѣніе вещью, но его еще не кончили, такъ какъ вещь удерживаетъ другой. Стало быть, для иска обыкновенно требуется, чтобы истецъ имѣлъ *titulus*²; причемъ достаточно *titulus putativus*; это подтверждаютъ нѣсколько мѣстъ въ источникахъ³, и лишь

нужно завладѣнія (напр. въ случаѣ отказа), искъ признается обоснованнымъ и безъ прежняго владѣнія со стороны истца⁷.

2. Истецъ можетъ побѣдить только того, кто удерживаетъ

¹³ 1. 5. pr. D. s. ususfr. pet. 7, 6; 1. 11. D. si serv. 8, 5; 1. 28. D. com. div. 10, 3; 1. 9. § 5. D. damni inf. 39, 2.

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

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

а. противъ собственника вещи⁸: послѣднему принадлежить *exc. dominii*, которая, впрочемъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ можетъ быть обезсилена репликаціями (напр., *rei venditae et traditae*, § 153)⁹;

б. противъ другого *столь же хорошаго* добросовѣстнаго владѣльца; послѣдній пользуется такъ наз. *exc. paris bonae fidei possessionis*. Относительно вопроса, кого слѣдуетъ считать *столь же хорошимъ* добросовѣстнымъ владѣльцемъ, въ источникахъ существуетъ противорѣчіе: по мнѣнію Ульпіана¹⁰, слѣдуетъ различать, производятъ ли стороны свое владѣніе отъ одного и того же аuctor или отъ различныхъ; въ первомъ случаѣ предпочтеніе дается старшему владѣльцу, во второмъ—теперешнему; по мнѣнію Нерація¹¹, 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*¹² (§§ 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*.

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

ГЛАВА ВТОРАЯ.

СЕРВИТУТЫ.

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 время¹.—Признаки сервитута слѣд.:

1. *Сервитутъ есть вещное право*, стало быть—право на тѣлесную вещь (§ 16). Но не можетъ быть сервитута на идеальную часть тѣлесной вещи²; поэтому участникъ общей собственности самъ не можетъ ни устанавливать сервитуты на общую вещь, ни приобрѣтать таковыя въ пользу общей вещи³; поэтому, далѣе, невозможно частичное прекращеніе сервитута⁴, такъ что, даже при частичномъ непользованіи сервитутомъ, послѣдній продолжаетъ существовать въ цѣломъ видѣ⁵ (§ 171). Этимъ началамъ не подлежитъ узуфруктъ⁶; поэтому источники его называютъ дѣлимымъ, а прочіе сервитуты—недѣлимыми⁷.

¹ См. однако l. 86. § 4. D. de leg. 1 (30); l. 1. § 22. D. de aqua 39, 3.—² l. 6. § 1. D. comm. pr. 8, 4.—³ 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.—⁴ 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.—⁵ l. 5. l. 8. § 1. D. qu. s. am. 8, 6.—⁶ l. 5. D. de usufr. 7, 1; l. 14. l. 20. l. 25. D. qu. m. us. 7, 4.—⁷ 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*⁸. 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 составляютъ содержаніе сервитута, а лишь отѣсняется на второй планъ, ограничивается въ ихъ осуществленіи; поэтому, напр., тѣ плоды, которыхъ не собираетъ узурфруктуарій, 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 собственности⁹; поэтому неосновательно называли въ средніе вѣка право пользованія собственною вещью—*ususfructus causalis* (въ противоположность къ сервитуту: такъ наз. *ususfr. formalis*).

3. Сервитутъ имѣетъ цѣлью *выгуду* лица или участка; ибо всякое имущественное право предполагаетъ интересъ управомоченнаго (§ 16); въ удовлетвореніи интереса и состоитъ выгода, доставляемая сервитутомъ¹⁰. Впрочемъ, выгода можетъ выражаться не только въ денежной прибыли, но и въ увеличеніи пріятности¹¹ (напр., сервитутъ, *ne prospectui officiatur*); но свобода собственности не должна терпѣть ограниченій ради удовлетворенія простой прихоти: *ut romum decerpere liceat et ut spatium et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest*¹². Тѣмъ не менѣе при отчужденіи вещи можно удержать за собою сервитутъ ради простой прихоти, несмотря на отсутствіе интереса¹³; это объясняется обыкновенно тѣмъ, что содержаніе отчужденія вполне зависитъ отъ усмотрѣнія отчуждающаго.

4. Сервитутъ имѣетъ цѣлью *исключительную* выгуду *опредѣленнаго* лица или *опредѣленнаго* участка; поэтому его нельзя

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

отдѣлить отъ даннаго лица или участка и перенести на другое лицо или другой участокъ. Причемъ не допускается не только *полный* переносъ, но и такой, который состоитъ въ томъ, что на сервитутъ устанавливается новый сервитутъ (напр., *usus-fructus*): *servitus servitutis esse non potest*¹⁴. Далѣе, не допускается не только переносъ *права* сервитута (это могло бы удлинить время существованія сервитута), но и предоставленіе его *фактическаго осуществленія*¹⁵ (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.¹⁶; ибо узупруктуарь имѣетъ право на *всю* плоды, доставляемые вещью, такъ что означенное опасеніе здѣсь не имѣетъ почвы. Переносъ *права* сервитута признается ничтожнымъ¹⁷.

5. Субъектъ сервитута можетъ пользоваться извѣстнымъ образомъ чужою вещью (утвердительный, положительный сервитутъ) или устранять пользованіе извѣстнымъ образомъ со стороны другихъ (даже собственника, отрицательный сервитутъ)¹⁹. 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 собствен-

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

ника совершать какія либо дѣйствія (отсюда современная юридическая поговорка: *servitus in faciendo consistere non potest*)²⁰. Отсюда вытекаетъ, что обязанность поддерживать приспособленія, сдѣланныя для осуществленія сервитута, лежитъ на самомъ управомоченномъ²¹; только въ случаѣ *serv. operis ferendi* (§ 166 sub 1) собственникъ служащей постройки обязанъ въ случаѣ поврежденія привести въ порядокъ стѣну, на которую опирается господствующее строеніе²². Чѣмъ объяснить это исключеніе, вопросъ очень спорный.

2) § 157. Виды сервитутовъ.

Windscheid, § 201.

I. *Смотря по цели*, сервитуты дѣлятся на личные (въ источникахъ: *personarum s. hominum s. personales servitutes, serv. in personam constitutae*) и вещные, предіальные (въ источникахъ: *regum 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 вредить успѣху хозяйства и полному извлеченію пользы изъ отдѣльныхъ участковъ. Сосѣдніе поземельные 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 цѣнность¹; право собственности на господствующій участокъ вслѣдствіе сервитута расширяется, право же собственности на служащій участокъ ограничивается².

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

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

2. На совсѣмъ 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 самоѣ 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).

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

Отдѣльные сервитуты.

1. Личные сервитуты.

1) § 158. Общій обзоръ.

Cohnfeld, die sog. irregulären Servituten nach Römischem Recht. 1862.—*Vangerow*, §§ 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*¹ и *operae servorum vel. animalium*². 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 примѣняются³. Кромѣ того римскіе юристы спорили,

¹ t. I. 2, 5; t. D. 7, 8; de usu et habitatione.—² t. D. 7, 7; de operis servorum; l. 5. § 3. D. qu. u. c. 7, 9.—³ 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.

устанавливается ли означенными отказами *ususfructus* или же *usus*, или самостоятельный сервитутъ, занимающій между ними среднее мѣсто ⁴, 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 ⁵.— 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 арендатору участка); сюда, напр., относится право брать воду, пользоваться пастбищемъ, право переѣзда и т. п. ⁶. Прежде этихъ правъ не считали сервитутами, а видѣли въ нихъ лишь *обязательственные* правомочія; теперь господствующее мнѣніе признаетъ ихъ личными сервитутами, а именно, правами пользованія и извлеченія плодовъ *весьма ограниченного характера*; будучи сервитутами личными, они прекращаются смертью управомоченнаго (прим. 8). Общепринятое названіе для нихъ—*servitutes personales irregulares, иррегулярные сервитуты*.

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

⁴ 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.—⁵ l. 13. C. de usufr. 3, 33.—⁶ 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.—⁷ l. 15. D. qu. m. u. 7, 4; l. 5. C. de usufr. 3, 33.

управомоченнаго и поэтому, если не условленъ болѣе ранній срокъ⁷, прекращаются смертью управомоченнаго.

2) Ususfructus (пользовладѣнiе).

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. Понятiе и содержанiе.

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

Легальное опредѣленiе¹ гласить: *ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. *Узуфруктъ есть вещное, чисто личное, полное право пользования и извлеченiя плодовъ изъ чужой непо потребляемой вещи, безъ измѣненiя ея существа. Узуфруктъ есть полное право пользования и извлеченiя плодовъ. Узуфруктуарiю дозволяется во всѣхъ отношенiяхъ пользоваться вещью² и извлекать всѣ плоды какъ естественные, такъ и гражданскiе, какъ индустриальныя, такъ и чисто естественныя³. На приращенiя главной вещи, возникающiя впоследствии, 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*⁴, на дѣтей рабынь^{4а}. Узуфруктуарiй можетъ осуществленiе своего права (но не само право) предоставить другому лицу за вознагражденiе (путемъ найма, продажи) или безвозмездно (путемъ даренiя, *dotis constitutio*) навсегда или на время⁵; другое лицо въ такомъ случаѣ выступаетъ предъ третьими лицами въ качествѣ представителя узуфруктуарiя, а правомочiе осуществленiя продолжается только до тѣхъ поръ, пока не прекратится самъ узуфруктъ; стало быть, оно прекращается смертью узуфруктуарiя, но не прекращается смертью того, кому оно предоставлено субъектомъ права узуфрукта.—Узуфруктуа-*

¹ I. 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.—² Именно мѣста l. 2. D. de us. et usufr. leg. 33, 2; заключительныя слова означаютъ, что если легатарiй умретъ между *dies sedens* и *veniens* (§ 443), то легатъ переходитъ къ его наследникамъ, а не то, что легатарiй оставляетъ легатъ наследникамъ, если умретъ послѣ *dies veniens*.

³ l. 1. D. h. t. 7, 1; pr. I. h. t. 2, 4.—⁴ l. 12. § 1. l. 15. § 4. l. 23. § 1. l. 28. l. 41. pr. D. h. t. 7, 1.—^{4а} 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.—⁵ l. 9. § 4. D. h. t. 7, 1.—^{5а} l. 68. pr. D. h. t. 7, 1.—^{5б} l. 12. § 2. l. 6. D. h. t. 7, 1.

рій приобрѣтаетъ естественные плоды посредствомъ *perceptio* (§ 134 sub 1), гражданскіе—или посредствомъ *ossuratio* (добыча изъ рудниковъ, животныя въ состояніи естественной свободы), или по *traditio* (арендная и наемная плата). Если узупруктъ начинается въ срединѣ плодоваго періода, то узупруктуарій можетъ собрать тѣ естественные плоды, которые до этого времени не собраны собственникомъ⁶, юридическіе плоды обсуждаются различно, смотря по тому, составляютъ ли они вознагражденіе за извлеченіе естественныхъ плодовъ или за пользование вещью; къ первому случаю примѣняются тѣ же правила, что и къ естественнымъ плодамъ; поэтому узупруктуарію принадлежитъ вся арендная плата, если арендаторъ собираетъ плоды уже послѣ возникновенія узупрукта⁷; во второмъ случаѣ гражданскіе плоды (напр., наемная плата за раба или за жилой домъ) дѣлятся между *proprietaryus* и *usufructuarius* пропорціонально времени⁸. Аналогичныя правила примѣняются къ тому случаю, если узупруктъ прекращается въ срединѣ плодоваго періода⁹.

2. *Безъ измѣненія существа вещи.* Въ этомъ заключается двойкая граница для права узупруктуарія:

а. Онъ долженъ пользоваться вещью не по прихоти, а *boni viri arbitrato*¹⁰, и притомъ пользоваться лишь такъ, какъ бы, вѣроятно, пользовался самъ собственникъ; такъ, напр., онъ не можетъ обратить раба, посвященнаго наукамъ и искусствамъ, въ чернорабочаго¹¹; частной бани онъ не можетъ превратить въ публичную¹²; одежду онъ можетъ только въ томъ случаѣ отдавать въ наемъ, если таково было обычное прежнее ея употребленіе¹³.

б. Онъ не долженъ измѣнять формы вещи, хотя бы переѣмна заключала въ себѣ улучшеніе или увеличеніе доходности; поэтому онъ не можетъ превратить парка въ фруктовый садъ¹⁴, 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 хозяйства¹⁵; на незастроен-

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

номъ участкѣ онъ не можетъ возводить построекъ, если это не является необходимымъ для сохраненія плодовъ¹⁶; 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 доканчивать¹⁷.

Такъ какъ узупруктуарію принадлежитъ всякое пользованіе и извлеченіе плодовъ, то и того и другого лишается собственникъ (собственность тогда называется *nuda proprietas*, собственникъ есть *dominus proprietatis, proprietarius*)¹⁸; всѣ прочія правомочія, заключающіяся въ правѣ собственности, остаются за *proprietarius*¹⁹; въ частности онъ можетъ заложить или отчудить²⁰ вещь; сервитуты онъ можетъ устанавливать въ той мѣрѣ, поскольку это не вредитъ праву узупруктуарія²¹; но такого сервитута, который вредитъ праву узупруктуарія, онъ не можетъ установить, по рѣшенію источниковъ²², даже съ согласія узупруктуарія. Это положеніе еще до сихъ поръ не объяснено.

в. § 160. Обязанности узупруктуарія.

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

Узупруктуарій 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*)¹. Такъ, онъ не долженъ допускать приобрѣтенія кѣмъ либо вещи по давности²; онъ долженъ осуществлять права, принадлежащія участку, состоящему въ узупруктѣ, чтобы они не прекратились вслѣдствіе непользованія³; онъ обязанъ не запускать участковъ, въ частности поддерживать и обновлять сады и виноградники новыми насажденіями⁴; онъ долженъ кормить животныхъ на свой счетъ⁵ и поддерживать число головъ стада приплодомъ⁶; онъ долженъ совершать на свой счетъ

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

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

обыкновенный ремонтъ строеній⁷. На немъ также лежитъ обязанность платить подати и нести разныя повинности, связанныя съ вещью (поземельныя подати, гипотечные проценты, страховыя преміи⁸). По окончаніи узуфрукта онъ долженъ возратить собственнику вещь вмѣстѣ съ приращеніями⁹. Въ обезпеченіе точнаго исполненія означенныхъ обязанностей узуфруктуарій обязанъ доставить собственнику *cautio* съ поручительствомъ (*cautio usufructuaria*), что онъ будетъ пользоваться вещью, какъ *bonus paterfamilias*, а по окончаніи узуфрукта возратить ее собственнику¹⁰. Пока узуфруктуарій не дастъ этого обезпеченія, *proprietarius* 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 incerti*)¹¹. Нѣкоторые узуфруктуаріи освобождаются отъ обязанности доставлять *cautio*: 1) узуфруктуарій, который по истеченіи извѣстнаго срока пріобрѣтаетъ вещь въ собственность по отказу¹²; 2) отецъ, которому принадлежитъ узуфруктъ на *adventicia* дѣтей¹³; 3) супругъ, въ пользу котораго установленъ узуфруктъ въ качествѣ *dos*¹⁴; 4) *coniux binubus*, которому принадлежитъ узуфруктъ на имущество, переходящее въ *proprietas* дѣтей отъ перваго брака¹⁵; 5) по суд. практикѣ также то лицо, которое подарило *proprietas* на вещь, удержавъ за собою узуфруктъ. Спорно, можетъ ли *proprietarius* по договору освободить узуфруктуарія отъ *cautio*; одно мѣсто въ источникахъ¹⁶ прямо высказываетъ, что оставляющій кому либо узуфруктъ *mortis causa*, не можетъ освободить 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 узуфруктуаріемъ путемъ умышленныхъ упущеній только *cautio*, по римскому классическому праву, даетъ собственнику возможность иска¹⁷, то мы придемъ къ отрица-

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

тельному 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 minuntur. — *Held*, die Lehre vom ususfructus earum rerum quae usu consumuntur vel minuntur. 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 потребленіе; она еще менѣ мыслима по отношенію къ обязательствамъ, которыя не принадлежатъ къ числу тѣлесныхъ вещей. Но *хозяйственная мысль*, лежащая въ основаніи узуфрукта, примѣнима ко всѣмъ 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 ususfructus*), 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 всѣ предметы имущества¹. *Quasiususfructus* примѣняется въ двухъ случаяхъ:

1. *На вещи потребляемая*. *Quasiususfructuarius* приобрѣтаетъ ихъ въ собственность, но обязанъ возвратить² 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*³. Такимъ образомъ *quasiususfructus* даетъ управомоченному на время своего существованія узуфруктъ на *цѣнность* вещи (въ этомъ заключается хозяйственная аналогія),

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

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 источниковъ⁴ онъ названъ обыкновеннымъ узуфруктомъ, въ одномъ⁵—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. nominum)*. 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 cautio⁶. Если quasiususfructus на обязательство установленъ третьему лицу, то управомоченный имѣетъ право на проценты, если долгъ—процентный; кромѣ того, давъ cautio, онъ можетъ реализовать главное требованіе⁷ и осуществлять на полученный предметъ права узуфруктуарія или quasi-узуфруктуарія, смотря по свойству объекта.

Изъ изложеннаго слѣдуетъ, что можно установить узуфруктъ и на цѣлое имущество⁸; такой узуфруктъ является обыкновеннымъ или quasi-узуфруктомъ, смотря по предметамъ, входящимъ въ составъ имущества.

3) § 162. Usus (право пользованія).

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 пользованія чужою непотребляемою вещью, но безъ извлеченія плодовъ*¹. Usuarius можетъ предоставлять участіе въ пользованіи

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

¹ l. 2. pr. l. 1. § 1. D. h. t. 7, 8.

своимъ роднымъ, слугамъ, гостямъ², но не можетъ уступить осуществленія своего права другому лицу³. Тѣмъ не менѣе 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*⁴, *usus pecuniae*⁵.

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)⁶; во второмъ случаѣ узуарій можетъ ту часть дома, которая излишня для его потребностей, отдать въ наймы⁷. Какъ объяснить эти положенія? Въ прежнее время полагали, что *usus* отличается отъ *usufructus* не качественно, а количественно, то есть, что *usus* даетъ право извлекать плоды, но ограничиваетъ это право нуждами управомоченнаго. Это мнѣніе теперь всѣми отвергнуто, но относительно новаго способа объясненія 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 *usufructuarius* (§ 159 sub 2), и такъ же, какъ и послѣдній, обязанъ дать *cautio*⁸ (§ 160). Издержки на ремонтъ и повинности падаютъ на узуарія, если вещь не даетъ плодовъ собственнику, въ противномъ случаѣ—на самого собственника⁹.

² 1. 2. § 1. 1. 3. 1. 4. § 1.—1. 7. 1. 9. 1. 12. § 5. D. h. t. 7, 8.—³ 1. 11. D. h. t. 7, 8; § 1. i. f. I. h. t. 2, 5.—⁴ 1. 22. D. h. t. 7, 8.—⁵ 1. 5. § 2. 1. 10. § 1. D. de usufr. ear. rer. 7, 5.—⁶ 1. 12. pr. § 1. 1. 15. D. h. t. 7, 8; § 1. I. h. t. 2, 5.—⁷ 1. 2. § 1. 1. 4. pr. D. h. t. 7, 8.—⁸ 1. 5. § 1. 1. 11. D. usufr. qu. e. 7, 9.—⁹ 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 плодовъ¹⁰. 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 potest¹¹. 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.—*Phering*, 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 благоважно 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:

¹⁰ 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. de usufr. 7, 1; l. 5. § 2. D. usufr. qu. c. 7, 9.—¹¹ l. 14. § 1. D. h. t. 7, 8; Paul. sent. rec. III, 6. §§ 24. 25.

1. Omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent¹, 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 пользованія водою можетъ быть установленъ на живой, постоянно текущій источникъ, а не на прудъ или колодезь². Сервитутъ воды по древнему ius civile могъ быть установленъ лишь непосредственно 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)³; вслѣдствіе неправильнаго толкованія мѣстъ, излагающихъ это развитіе права, нѣкоторые юристы пришли къ неправильному заключенію, что въ классическомъ правѣ вообще требованіе perpetua causa уже не существовало.

2. Вещные сервитуты могутъ имѣть мѣсто только между сосѣдними участками⁴; но подъ сосѣдними участками слѣдуетъ разумѣть не только тѣ, которые соприкасаются непосредственно (это можетъ быть необходимо развѣ только для serv. tigni immitendi, oneris ferendi, stillicidii, fluminis и т. п.), но и тѣ участки, которые состоятъ въ такомъ взаимномъ мѣстномъ отношеніи, что одинъ участокъ можетъ быть полезнымъ для другого. Такъ, установленію сервитута дороги не препятствуетъ то обстоятельство, что участки раздѣлены публичною дорогою или даже публичною рѣкой, если есть мостъ или бродъ⁵; то же относится къ сервитутамъ воды⁶.

3. Въ видѣ вещнаго сервитута можетъ быть установлено только такое правомочіе, которое соотвѣтствуетъ *потребности* господствующаго участка⁷. Поэтому субъектъ сервитута можетъ пользоваться своимъ правомочіемъ лишь *въ размѣръ потребности господствующаго участка*. Поскольку выгоды, доставляемыя служащимъ участкомъ, не поглощаются потребностями

¹ l. 28. D. de s. p. r. u. 8, 2.—² l. 28. D. de s. p. r. u. 8, 2; l. 1. § 5. D. de aq. quot. 43, 20; l. 1. § 4. D. de font. 43, 22.—³ 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.—⁴ l. 5. § 1. D. de s. p. r. 8, 3; l. 12. D. de pign. 20, 1.—⁵ l. 1. pr. D. de s. p. u. 8, 2; l. 38. D. de s. p. r. 8, 3.—⁶ 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.—⁷ l. 5. § 1. l. 6. D. de s. p. r. 8, 3.—⁸ l. 24. D. de s. p. r. 8, 3.—⁹ l. 24. D. de s. p. r. 8, 3; l. 1. § 16. D. de aq. quot. 43, 20.

господствующаго, ихъ можетъ присваивать собственникъ служащаго участка; въ этомъ случаѣ онъ можетъ устанавливать и новыя сервитуты (того же рода или иного) третьимъ лицамъ¹⁰.

4. Управомоченный, осуществляя свое право, долженъ не только не выходить за предѣлы, положенныя самимъ сервитутомъ, но и по возможности падать собственника служащаго участка (*civiliter*)¹¹. Съ своей стороны онъ можетъ требовать, чтобы собственникъ служащаго участка дозволялъ ему дѣлать все то, что необходимо для цѣлесообразнаго осуществленія сервитута, а именно, устранивать и поддерживать необходимыя приспособленія¹².

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 зданіе. По второму мнѣнію, важно то, какой участокъ выступаетъ въ качествѣ *pr. serviens*: сельскій участокъ или зданіе. 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 зданіе. 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.

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

въ источникахъ; что же касается первыхъ трехъ, то слѣдуетъ утверждать, что спорныя названія употребляются въ источникахъ не всегда въ одномъ и томъ же смыслѣ. Во многихъ мѣстахъ ¹ рѣшающее значеніе приписывается свойствамъ господствующаго участка, въ одномъ ²—служащаго; во многихъ мѣстахъ ³ сервитуты, предназначенные для зданій, причисляются къ *serv. praed. urbanorum*, въ одномъ ⁴—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 зданія ⁵, и наоборотъ. Но, несмотря на эту неопредѣленность терминологіи, нельзя не признать, что спорнымъ выраженіямъ *по общему правилу* принадлежить то значеніе, которое имъ приписываетъ первое изъ приведенныхъ мѣній.

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.—*Vangerow*, § 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 ¹; впрочемъ, то или другое изъ этихъ правомочій при установленіи сервитута можетъ быть исключено ²;

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

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

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

¹ pr. I. de serv. 2, 3; l. 1. 1. 7. pr. 1. 12. D. h. t. 8, 3.—² l. 4. § 1. D. de serv. 8, 1.—³ pr. I. de serv. 2, 3; l. 1. pr. 1. 7. pr. 1. 12. D. h. t. 8, 3.—⁴ l. 13. D. de serv. 8, 1.—⁵ pr. I. 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.

должна быть шириною въ восемь футовъ по прямой линіи и въ шестнадцать при поворотахъ⁶; управомоченный можетъ пользоваться дорогою не только для проѣзда, но также и для *ire agere*⁷; онъ также имѣетъ право *lapidem trahere* и *hastam rectam ferre*⁸, 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 участкомъ⁹.

Приведенныя правила въ настоящее время (какъ многіе утверждаютъ) не всегда примѣнны, 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 участокъ¹⁰. Осуществленіе этого сервитута можетъ быть ограничено зимнимъ временемъ или лѣтнимъ; тогда сервитутъ называется *aqua aestiva* или *hiberna* въ отличіе отъ *aqua quotidiana*¹¹; ограниченія могутъ быть выражены также въ мѣрахъ, дняхъ, часахъ (*aqua diurna—nocturna*)¹²;

b. *aquaehaustus*, право черпать воду на чужомъ участкѣ¹³; здѣсь могутъ имѣть мѣсто тѣ же ограниченія, что и въ случаѣ *aquaeductus*¹⁴;

c. *pecoris ad aquam appulsus*, право водопоя для скота на чужомъ участкѣ¹⁵;

d. *servitus aquae educendae s. immittendae*, право отводить воду со своего участка для осушенія его на участокъ сосѣда¹⁶, сервитутъ противоположный повинности *aquaeductus*.

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

3. *Пастбищные сервитуты.* Сервитуту *pascenti s. pasculi* источники посвящаютъ мало мѣста¹⁷.

Кромѣ того упоминаются: *ius silvae caeduae*¹⁸, *cretae eximendae*, *lapidis eximendi*, *arenae fodiendae*, *calcis coquendae*¹⁹; право сохранять плоды своего участка въ строеніи сосѣда²⁰; право при эксплуатаціи каменоломни бросать камни на участокъ сосѣда²¹; право (находящееся въ связи съ *serv. pecoris ad aquam arripulsus* или *pascenti*) имѣть на сосѣдномъ участкѣ шалашъ для пастуха²²; сервитутъ, состоящій въ томъ, что сосѣдъ не можетъ добывать воды на своемъ участкѣ, чтобы этимъ не уменьшить моего запаса воды²³ (это *единственный* сельскій сервитутъ съ *отрицательнымъ* содержаніемъ).

в. § 166. Городскіе сервитуты.

t. D. VIII, 2: de servitutibus praediorum urbanorum.—Vangerow, § 342.—Windscheid, § 211_n.—Brinz, § 190.

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

a. *servitus tigni immittendi*, право впустить конецъ бревна въ стѣну сосѣда¹;

b. *servitus oneris ferendi*, право опереть зданіе или часть его на стѣну, столбъ, колонну сосѣда²; ср. выше § 156 пр. 22. 23;

c. *servitus protegendi*, право протянуть крышу (*suggrunda*) въ воздушное пространство сосѣда³;

d. *servitus proiciendi*, право устроить балконъ и т. п. надъ участкомъ сосѣда⁴.

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

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

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

¹ § 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. pr. D. si s. v. 8, 5.—² § 1. I. de serv. 2, 3; l. 33. D. h. t. 8, 2; l. 6. § 2. D. si s. v. 8, 5.—³ 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.—⁴ См. мѣста въ пр. 3.

отводить 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 трубъ⁵;

b. *serv. cloacae immittendae*, право отводить грязную воду посредствомъ канала на сосѣдній участокъ или проводить чрезъ него дальше⁶;

c. *serv. fumi immittendi*, право отводить *чрезмѣрный* дымъ изъ строенія на участокъ сосѣда (ср. § 126 пр. 5); въ этомъ же родѣ—*serv. cuniculi balnearii habendi*, сервитутъ отвода пара изъ бани⁷;

d. *serv. latrinae s. sterculinii*, право имѣть непосредственно при стѣнѣ сосѣда навозную яму и т. п.⁸.

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 мѣры⁹, 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 свѣта¹⁰;

c. *serv. ne prospectui officiat s. prospiciendi*, право требовать отъ сосѣда, чтобы онъ никакимъ образомъ не суживалъ вида¹¹;

d. *serv. luminis immittendi s. luminum*; содержаніе этого сервитута спорно; вѣроятно, право пробивать въ стѣнѣ сосѣда окна, у коихъ тотъ не долженъ отнимать свѣта¹² (ср. § 129 пр. 3).

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

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

на участокъ; 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 officiatur*; это мнѣніе выражено уже въ парафразахъ институцій Теофила¹⁶, но ему противорѣчитъ 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 отрицать¹⁷, 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*¹⁸; 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 правильнѣе оставить его нерѣшеннымъ.

РАЗДѢЛЬ ТРЕТІИ.

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 уполномоченъ собственникъ данной вещи¹, а

¹⁶ 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.—¹⁷ Paraphr. § 1. I. de serv. 2, 3.—¹⁸ Sueton. Oct. 89; Tacit. annal. 15, 43; Aurel. Vict. epit. 14, 13.—¹⁹ cf. l. 26. pr. D. de exc. r. iud. 44, 2.

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

если вещь состоитъ въ общей собственности, то всѣ *condomini* вмѣстѣ²; лишь узупфруктъ можетъ установить каждый участникъ въ общей собственности отдѣльно на свою часть³ (§ 156 sub 1). Эмфитевта и суперфициарій могутъ устанавливать сервитуты только на время существованія своихъ правъ⁴. 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 *пріобрѣтенію* личнаго сервитута управомочено всякое лицо, какъ физическое, такъ и юридическое, за исключеніемъ *hereditas iacens*⁵ (§ 389 пр. 8); къ *пріобрѣтенію* вещнаго сервитута управомоченъ собственникъ участка⁶, 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*⁷ (§ 156 sub 1).

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

1. Отказъ, назначенный въ распоряженіи на случай смерти (завѣщаніи, кодициллѣ, устномъ фидейкоммиссѣ, § 439)⁸; 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 пріобрѣсть, что онъ принимаетъ предложеніе⁹. 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 договоръ можетъ быть самостоятельнымъ или же связан-

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

нымъ съ другою юридическою сдѣлкою; послѣднее, напр., имѣетъ мѣсто въ случаѣ удержанія сервитута, т. е., если собственникъ при отчужденіи вещи удерживаетъ себѣ на нее сервитутъ (*deducere, detrahere, excipere, rescipere servitutem*)¹⁰.— 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 пріобрѣтателя; 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*¹¹ (всѣ сервитуты). Эти формы были непримѣнимы къ провинціальнымъ участкамъ, такъ какъ къ нимъ способы пріобрѣтенія *iuris civilis* совсѣмъ не относились; и вотъ, здѣсь прибѣгали къ двумъ средствамъ:

а. къ *pactiones et stipulationes*¹². *Pactio*, по непосредственному указанію источниковъ, есть неформальное установленіе сервитута¹³; *stipulatio* есть укрѣпленіе *pactio* и состоитъ въ формальномъ обязательственномъ общаніи установителя сервитута, въ которомъ онъ (обыкновенно съ неустойкою) обязуется предоставить этотъ сервитутъ¹⁴;

б. къ *traditio servitutis s. patientia*¹⁵, т. е. къ осуществленію сервитута съ (прямого или молчаливаго) согласія собственника вещи. Этотъ пріемъ 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 передачѣ¹⁶ (ср. § 173).

¹⁰ 1. 32. 1. 36. § 1. 1. 54. D. de usufr. 7, 1; 1. 34. D. de s. p. u. 8, 2; 1. 30. 1. 33. pr. D. de s. p. r. 8, 3; 1. 3. 11. 5—8. 1. 10. D. comm. pr. 8, 4.—

¹¹ Gai. 2, 28—30.—¹² Gai. 2, 31; 1. 2. §§ 5. 6. 1. 38. § 12. 1. 85. § 3. 1. 131. pr. D. de v. o. 45, 1.—¹³ Gai. 2, 31; § 4. I. de serv. 2, 3; § 1. I. de usufr. 2, 4; 1. 3. pr. 1. 25. § 7. D. de usufr. 7, 1; cf. 1. 3. C. de serv. 3, 34.—¹⁴ Ср. мѣста прим. 12.—¹⁵ 1. 1. § 2. D. de s. p. r. 8, 3.—¹⁶ 1. 20. D. de serv. 8, 1; 1. 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*)¹⁷ 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 *ractiones et stipulationes*¹⁸ и *traditio s. patientia*¹⁹.

Что же касается вышшняго права, то

a. 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.

b. *traditio s. patientia* есть не что 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 пріобрѣтенія 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 erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*) судья можетъ въ своемъ рѣшеніи установить сервитуты на вещи, подлежащія раздѣлу¹, въ цѣляхъ раздѣла²; сервитуты возникаютъ съ момента законной силы рѣшенія о раздѣлѣ. Такъ, судья можетъ одному предоставить право собственности, а другому узупфруктъ на вещь, прежде общую³; точно также, дѣля участки по реаль-

¹⁷ l. 11. § 1. D. de Publ. 6, 2; l. 1. § 2. D. de s. p. r. 8, 3.—¹⁸ § 4. l. de serv. 2, 3; § 1. l. de usufr. 2, 4; l. 3. pr. l. 25. § 7. D. de usufr. 7, 1.—

¹⁹ 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.

¹ l. 18. D. comm. div. 10, 3.—² l. 6. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 22. § 3. D. fam. erc. 10, 2.—³ l. 6. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 6. § 10. D. comm. div. 10, 3.

нымъ частямъ, онъ можетъ одной части участка предоставить вещный сервитутъ на другую⁴.

2. Судья можетъ также установить сервитутъ съ цѣлью исполненія рѣшенія, которымъ отвѣтчикъ присужденъ къ установленію какого либо сервитута, напр., права проѣзда⁵.

3) § 169. По давности.

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

Въ классическомъ и Юстиніановомъ правѣ не существуетъ *usucapio servitutium* (этотъ институтъ, какъ сообщаетъ одно мѣсто въ источникахъ, существовалъ въ древнемъ *ius civile*, но впослѣдствіи былъ отмѣненъ по *lex Scribonia* неизвѣстнаго времени¹), но признается особый способъ возникновенія сервитутовъ вслѣдствіе продолжительнаго осуществленія (*diuturnus usus, longa quasi possessio, longae possessionis praerogativa, longa consuetudo, longi temporis consuetudo*²). Этотъ институтъ не созданъ по образцу приобрѣтенія 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) *pec vi nec clam nec precario*, тотъ приобрѣтаетъ его по давности³. По римскому праву, не требуется со стороны лица осуществляющаго ни титула, ни добросовѣстности⁴ (что нѣкоторые отрицаютъ безъ всякаго основанія); по нынѣшнему праву, на основаніи упомянутого въ § 89 предписанія каноническаго права⁵ требуется добросовѣстность со стороны осуществляющаго (что нѣкоторые оспариваютъ). Нѣкоторые юристы считаютъ давность непримѣнимою къ непостояннымъ (*discontinuae*), отрицательнымъ и личнымъ сервитутамъ (что противорѣчитъ источникамъ⁶). Спорно, имѣетъ ли неспособность вещи къ давно-

⁴ *l. 7. § 1. D. comm. div. 10, 3.*—⁵ *l. 12. pr. D. de relig. 11, 7.*

¹ *l. 4. § 29. D. de usurp. 41, 3; cf. l. 14. pr. D. de serv. 8, 1.*—² *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.*—³ *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. 7, 33.*—⁴ *l. 10. pr. D. si s. v. 8, 5.*—⁵ *c. 20. X. de praescr. 2, 26.*—⁶ *l. 1. § 23. D. de aq. et aq. pl. 39, 3; l. 12. i. f. C. de l. t. pr. 7, 33.*

стному владѣнію своимъ слѣдствіемъ недопустимость пріобрѣтенія сервитута въ обыкновенный давностный срокъ десятилѣтній или двадцатилѣтній, и 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 неотразима; рѣшеній источниковъ по этому вопросу нѣтъ.

4) § 170. По закону.

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

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

1. Отецъ имѣетъ узѣфруктъ на *bona adventicia regularia* подвластнаго дитяти; онъ сохраняетъ его вполне, 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 узѣфруктъ на *portio virilis* наслѣдства послѣ матери¹.

3. Штрафъ за разводъ, если есть дѣти, принадлежитъ со стороны *proprietatis* дѣтямъ, со стороны узѣфрукта невинному супругу (§ 349).

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

РАЗДѢЛЬ 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 вещи¹, личные серви-

¹ l. 3. C. de bon. mat. 6, 60.

² pr. l. de usufr. 2, 4; l. 2. D. eod. 7, 1; l. 14. pr. D. h. t. 8, 6.

туты—также въ случаѣ существеннаго измѣненія ея, напр. если строеніе сгорѣло или разрушено². Далѣе, въ случаѣ перехода служащей вещи въ категорию *res extra commercium*, по р. пр. также въ случаѣ оккупации ея непріятелями. Затѣмъ, — если вещь отчуждена казною, императоромъ или его супругой въ качествѣ свободной отъ сервитута³ (ср. § 131 пр. 3); если наступилъ срокъ или резолютивное условіе, подъ которымъ былъ установленъ сервитутъ; затѣмъ по началу: *resoluto iure concessentis 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 узуфрукта называется также *consolidatio*), т. е. *если сервитутное право и право собственности на служащую вещь соединяются въ одномъ лицѣ*⁴. Сервитутъ не возстановляется, если потомъ наступаетъ раздѣленіе⁵, кромѣ случая раздѣленія съ обратнымъ дѣйствіемъ⁶. Если субъектъ сервитута пріобрѣтаетъ только идеальную часть служащей вещи, то прекращается узуфруктъ на эту часть⁶; прочіе сервитуты продолжаютъ существовать въ полномъ видѣ вслѣдствіе своей недѣлимости⁹.

2. Вслѣдствіе *отреченія управомоченнаго*. Отреченіе можетъ быть высказано въ формѣ отказа въ распоряженіи на случай смерти¹⁰ (§ 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 формальный¹¹ (*remancipatio*, *recessio in iure*), а достаточно было всякаго изъявленія воли¹²,

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

слѣдовательно, и дѣйствія, по которому можно заключить о существованіи воли (*facta concludentia*), напр., если узупфруктуарій безъ оговорки соглашается на отчужденіе служащей вещи¹³, если управомоченный по сервитуту соглашается на такое измѣненіе, которое дѣлаетъ невозможнымъ дальнѣйшее осуществленіе права¹⁴. Спорно, прекращается ли сервитутъ по одностороннему отреченію управомоченнаго (другими словами: прекращаетъ ли сервитутъ *derelictio*); источники неоднократно признаютъ возможной *derelictio* узупфрукта со стороны узупфруктуарія¹⁵, и нѣтъ никакого основанія не распространять этого на прочіе сервитуты; требуется, впрочемъ, соотвѣтственное заявленіе собственнику служащей вещи.

III. *Слѣдующіе способы погашенія спеціально свойственны сервитутамъ:*

1. *Гибель господствующаго субъекта.* Личные сервитуты прекращаются смертью управомоченнаго лица¹⁶ (по праву доюстиніанову также вслѣдствіе *каждой capitis deminutio*, по юстиніанову праву—вслѣдствіе *capitis deminutio maior*, по нынѣшнему праву никакая *capitis deminutio* сервитута не прекращаетъ¹⁷); если же личный сервитутъ установленъ въ пользу юридическаго лица, то онъ прекращается въ случаѣ прекращенія существованія юр. лица¹⁸, но также и истеченіемъ ста лѣтъ¹⁹. Вещные сервитуты прекращаются въ случаѣ гибели господствующаго участка²⁰ или перехода его въ категорію *res extra commercium*.

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

а. *Nonusus.* Личные и сельскіе сервитуты прекращаются вслѣдствіе непрерывнаго неосуществленія²¹; по праву доюстиніанову²²—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*²³; если осуществленіе сервитута ограничено опредѣ-

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

леннымъ временемъ года или имѣть мѣсто черезъ мѣсяць или черезъ годъ, то по праву до-юстиніанову срокъ удваивается²⁴, по закону Юстиніана²⁵—всегда одинаково требуется двадцатилѣтній срокъ. При этомъ имѣть мѣсто и *accessio temporis*²⁶. Добросовѣстности не требуется по римскому праву; и нормы каноническаго права о *bona fides*²⁷ (§ 89) здѣсь примѣнить нельзя, такъ какъ собственникъ служащей вещи не совершаетъ никакихъ дѣйствій.

Не подлежитъ прекращенію вслѣдствіе *onus*, по р. пр., *iter ad sepulcrum*³⁷, по вынѣшнему 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 отчужденія³⁸, 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*³⁹; поэтому, напримѣръ, въ случаѣ *serv. tigni* не только должно быть вынута бревно, но и отверстие должно быть заложено; въ случаѣ *serv. ne luminibus officiat* и *altius non tollendi* недостаточно, чтобы управомоченный заложилъ окно, а требуется еще, чтобы собственникъ служащаго участка возвелъ стѣну⁴⁰. Свободное отъ сервитута состояніе служащаго участка не должно быть вызвано *vi, clam, precario*⁴¹; здѣсь слѣдуетъ примѣнять норму каноническаго права о добросовѣстности (выше прим. 27). Въ остальномъ примѣняются начала, изложенныя sub a.

²⁴ l. 7. D. qu. s. am. 8, 6.—²⁵ l. 14. pr. C. de serv. 3, 34.—²⁶ l. 18. § 1. D. qu. s. a. 8, 6.—²⁷ c. 20. X. de praescr. 2, 26.—²⁸ l. 19. § 1. D. qu. s. a. 8, 6.—²⁹ l. 34. § 1. l. 35. D. de s. p. r. 8, 3; l. 14. pr. D. qu. s. a. 8, 6.—³⁰ l. 4. § 27. D. usurp. 41, 3.—³¹ l. 2. D. qu. s. a. 8, 6.—³² l. 20. D. qu. m. u. 7, 4.—³³ l. 8. § 1. l. 9. D. qu. s. a. 8, 6.—³⁴ l. 14. l. 25. D. qu. m. u. 7, 4.—³⁵ l. 5. l. 6. pr. l. 16. ll. 20—24. D. qu. s. a. 8, 6.—³⁶ l. 12. § 12. l. 38. D. de usufr. 7, 1; l. 29. § 1. D. qu. m. u. 7, 4.—³⁷ l. 4. D. qu. s. a. 8, 6.—³⁸ l. 28. pr. D. de v. s. 50, 16.—³⁹ l. 6. D. de s. p. u. 8, 2; l. 32. pr. § 1 eod. l. 17. D. comm. pr. 8, 4; l. 18. § 2. D. qu. s. a. 8, 6; l. 4. § 29. D. de usurp. 41, 3.—⁴⁰ l. 6. D. de s. p. u. 8, 2.—⁴¹ l. 32. pr. D. de s. p. u. 8, 2; l. 17. D. comm. pr. 8, 4.—⁴² 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 actio¹; это—vindicatio servitutis. Болѣе подробныя правила—слѣд.:

I. Условія иска. Истцомъ бываетъ субъектъ сервитута²; имѣетъ ли онъ quasipossessio сервитута или не имѣетъ, безразлично³; въ области вещныхъ сервитутовъ истцомъ бываетъ собственникъ господствующаго участка⁴; если послѣдній состоитъ въ общей собственности, то каждый участникъ управомоченъ самостоятельно къ предъявленію иска⁵. Эмфитевта, суперфициарій и залогоприниматель также могутъ предъявить этотъ искъ (въ видѣ act. confessoria utilis) для защиты вещнаго сервитута⁶. Узуфруктуарій участка, которому кто либо мѣшаетъ осуществлять сервитуты, установленные въ пользу этого участка, пользуется защитой этого иска, поскольку ему препятствуютъ осуществлять узуфруктъ⁷.—*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)⁸; отвѣчаетъ также и fictus possessor⁹ (§ 150).

II. Доказываніе. Истецъ долженъ доказать два обстоятельства:

1. что ему принадлежить сервитутъ¹⁰, т. е., что онъ удовле-

¹ l. 2. pr. D. si s. v. 8, 5.—² l. 5. pr. D. si us. p. 7, 6.—³ l. 5. § 6. D. si u. p. 7, 6; l. 6. § 1. D. si s. v. 8, 5.—⁴ l. 2. § 1. D. si s. v. 8, 5.—⁵ l. 4. § 3. D. si s. v. 8, 5.—⁶ 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.—⁷ 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.—⁸ l. 5. § 1. D. si u. p. 7, 6; l. 4. § 5. l. 10. § 1. l. 14. pr. D. si s. v. 8, 5.—⁹ l. 6. D. si us. pet. 7, 6.—¹⁰ 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, узурфруктуарій) господствующаго участка¹¹;

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 неправомѣрнаго состоянія, на вознагражденіе за убытки, причиненные по винѣ отвѣтчика¹², на *cautio de non amplius turbando*¹³, къ которой теперь¹⁴ присоединяется судебная угроза наказаніемъ; если сервитутъ во время процесса былъ погашенъ вслѣдствіе неосуществленія, то искъ направленъ на возстановленіе сервитута¹⁵. 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 добросовѣстный 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 источниковъ¹⁶, но оправдывается по началамъ аналогіи (§ 7).

¹¹ 1. 16. D. de exc. 44, 1.—¹² 1. 4. §§ 2. 5. 1. 6. § 6. 1. 8. §§ 2. 4. D. si s. v. 8, 5; 1. 5. C. de serv. 3, 34.—¹³ 1. 5. § 6. D. si u. p. 7, 6; 1. 7. D. si s. v. 8, 5.—¹⁴ IRA. § 162.—¹⁵ 1. 8. § 4. D. si s. v. 8, 5.—¹⁶ См. однако 1. 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.—*Meischeider*, 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.

Выраженіе: владѣніе сервитутомъ, владѣніе правомъ, *iuris quasi possessio*—неудачны, ибо предметомъ владѣнія является не сервитуть, 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 сервитуть, 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*¹ (§ 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 даваемыя *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 юриспруден-

¹ 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; ср. 1. 3. § 2. D. a. e. v. 19, 1.

ці понятіе владѣнія правомъ (которое получило наименованіе *possessio iuris*², *ius possidere*³, или же *iuris quasi possessio*⁴, въ противоположность къ *corporeis possessio*⁵, 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 средне-вѣковой и новой юриспруденціи.

Средніе вѣка продолжали развитіе; отчасти законодательство церкви и государства, отчасти обычное право распространили владѣльческую защиту сначала на *всѣ* сервитуты, а потомъ и на много вновь возникшихъ правъ (реальныя повинности, церковныя и свѣтскія верховныя права, должности и саны, 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 всѣхъ сервитутовъ*.

2) § 174. Прибрѣтеніе и потеря владѣнія сервитутомъ.

Windscheid, § 163.

I. Прибрѣтеніе владѣнія сервитутомъ. Оно заключается въ желанномъ завладѣніи.

1. *Завладѣніе.* Въ источникахъ находимъ только общее правило, что *осуществленіе сервитута есть завладѣніе имъ*¹. 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

² 1. 2. § 3. D. de prec. 43, 26.—³ 1. 7. D. de it. act. 43, 19; 1. 2. D. comm. pr. 8, 4.—⁴ 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.—⁵ 1. 2. § 3. D. de prec. 43, 26.

¹ 1. 20. D. de serv. 8, 1.

крыши, балкона)²; въ области 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 представляемаго³.

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 дорога⁴, или кто идетъ по частной дорогѣ, полагая, что собственникъ ничего не будетъ имѣть 'противъ этого'⁵.

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 фактѣ 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

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

тѣмъ, которые вообще пользуются защитою, 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 пестротою и разнообразіемъ.—Для лучшаго обозрѣнія 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*)¹, въ видѣ *utilia. Int. utrubi* и *de precario*² 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. *Interdictum de itinere actuque privato*³. Этотъ интердиктъ дается тому, кто осуществлялъ дорожный сервитутъ (*iter, actus, via*) не менѣе 30-ти дней⁴ въ послѣднемъ году до предъявленія иска *pec vi pec clam pec precario ab adversario*⁵, 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 права⁶; этотъ споръ рѣшается особымъ процессомъ (*int. de itinere reficiendo*).

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

2. *Inderdictum de aqua*⁷. Примѣняется какъ въ томъ случаѣ, если водопроводъ служить 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*⁸; въ случаѣ *aqua quotidiana* предполагается, что однократное пользованіе произошло въ послѣднемъ году⁹, въ случаѣ *aqua aestiva*—въ это или послѣднее лѣто, въ случаѣ *aqua hiberna*—въ эту или послѣднюю зиму¹⁰. 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*¹¹.

3. *Int. de fonte* и *de fonte reficiendo*¹². 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 nuntiatio* и *int. quod vi aut clam* (§§ 324. 325), а не какой либо владѣльческой интердиктъ¹³. Правильность третьяго мнѣнія слѣдуетъ изъ *l. 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 сервитутомъ такъ тѣсно связано съ вла-

⁷ *t. D. 43, 20: de aqua quotidiana et aestiva.*—⁸ *l. 1. pr. §§ 10. 19. 20. D. h. t. 43, 20.*—⁹ *l. 1. §§ 4. 22. D. h. t. 43, 20.*—¹⁰ *l. 1. §§ 3. 29—37. l. 6. D. h. t. 43, 20.*—¹¹ *t. D. 43, 21: de rivis.*—¹² *t. D. 43, 22: de fonte.*—¹³ *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.*

дѣніемъ 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 сооруженій, необходимыхъ для осуществленія положительнаго городского сервитута, *p.* право даетъ владѣльческую защиту только въ одномъ единственномъ случаѣ¹⁴, 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, summariissimum*).

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Э М Ф И Т Е В З И С Ъ.

t. D. VI, 3: si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur.—t. C. IV, 66: de iure emphyteutico.—*A. Vuy*, 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*»¹; но во время классическихъ юристовъ эти названія имѣли разныя значенія.

I. *Ager vectigalis*. Италійскіе города (прежде также римское государство и коллегіи жрецовъ)^{1a} 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 навсегда (въ наследственную аренду) съ тѣмъ, чтобы арендаторъ исправно платилъ арендную плату (*vectigal*)². Арендаторъ, строго говоря,

¹⁴ t. D. 43, 23: de cloacis.

¹ Rubr. t. D. 6, 3 и l. 15. § 1. D. qui sat. cog. 2, 8.—^{1a} *Hugon.* p. 116. 117. 162, 25 (ed. *Lachm.*).—² l. 1. l. 2. D. h. t. 6, 3.

долженъ былъ бы для защиты своего права отъ нарушеній со стороны третьихъ лицъ прибѣгать къ посредничеству хозяина (такъ какъ арендатору не принадлежитъ вещное 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 *responso prudentum*, а не преторскаго эдикта, какъ обыкновенно полагають) *actio in rem (vectigalis actio)*³, что превратило его право въ право вещное (*ius in re aliena*)⁴. Кромѣ того ему было приписано производное владѣніе (что многіе отрицають, несмотря на прямое указаніе въ источникахъ⁵). Онъ приобрѣталъ плоды уже съ момента ихъ *separatio* отъ участка⁶. Право его было отчуждаемо и наследственно⁷. Нѣсколько управомоченныхъ не могли дѣлить участка по реальнымъ частямъ⁸. Въ годы неурожая арендаторъ могъ требовать сбавки арендной платы (§ 294 пр. 16—19)⁹.

II. *Ager emphyteuticarius*. Институтъ эмфитевзиса представляетъ одну изъ многихъ попытокъ римскихъ государственныхъ людей создать среднее крестьянское землевладѣніе. Для этой цѣли, начиная съ третьяго вѣка по Р. Хр., неизмѣримыя пусто-порожнія земли въ провинціяхъ, принадлежавшія къ коронному и императорскому частному имуществу, отдавались для обработки (отсюда *ἐμφύτευσις*) въ наследственную аренду; эта форма аренды была затѣмъ примѣнена къ участкамъ церкви, провинціальнымъ городомъ, вельможей. Права эмфитевты были совершенно аналогичны съ правами арендатора *ager vectigalis* въ Италиі: и ему принадлежало вещное право на чужую вещь (*ius praedii*)¹⁰; 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 занималось эмфитевзисомъ вслѣдствіе его об-

³ l. 15. § 26. D. de damn. inf. 39, 2.—⁴ l. 1. § 1. D. h. t. 6, 3; l. 71. §§ 5. 6. D. de leg. 1. (30).—⁵ l. 15. § 1. D. qui sat. cog. 2, 8.—⁶ l. 25. § 1. D. de usur. 22, 1.—⁷ 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. erc. 10, 2.—⁸ l. 7. pr. D. comm. div. 10, 3.—⁹ l. 15. § 4. D. loc. 19, 2.—¹⁰ l. 3. § 4. D. de reb. eorum qui s. t. 27, 9; cf. l. 13. C. de praed. vel al. 5, 71.

ширнаго примѣненія и важности, и поэтому выработались нѣкоторыя нормы, которыя не примѣнялись къ *ager vectigalis* (напр. нѣкоторые новые случаи лишенія права¹¹); но, вѣроятно, *практика* уничтожила эти различія путемъ распространенія новыхъ нормъ на *ager vectigalis*; отсюда становится понятнымъ, почему въ правѣ Юстиніана *ager vectigalis* прямо приравняется къ *ager emphyteuticarius*¹², 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 несомнѣтельно, потому что, какъ извѣстно, въ средніе вѣка церковью были установлены эмфитевзисы, которые существовали вплоть до 19-го вѣка. Впрочемъ, правда, что аграрное законодательство 19-го вѣка превратило въ *большой* части германскихъ государствъ право эмфитевзиса въ полное право собственности.

Источники упоминаютъ также иногда и о зданіяхъ, какъ о *praedia emphyteuticaria* или *vestigalia*¹³; это означаетъ, очевидно, зданія, 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 зданіе¹) 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 приращенія²; онъ пріобрѣтаетъ плоды съ момента ихъ *separatio* (§ 134)³; онъ можетъ измѣнять субстанцію вещи, лишь бы это не было ея ухудшеніемъ⁴. Такъ какъ его право отчуждаемо и наследственно, то онъ можетъ имъ распоряжаться какъ между живыми, такъ и

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

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

на случай смерти⁵, устанавливать сервитуты⁶ на время существованія своего права и закладныя права⁷; онъ не можетъ только совершить односторонней *derelictio*⁸. Для защиты его права противъ всякаго нарушителя, ему даются *utiliter* всѣ иски⁹ собственника (въ частности *rei vindicatio*¹⁰, *negatoria*, *confessoria*¹¹, *Publiciana in rem actio*¹²); его *utilis rei vindicatio* называется *vectigalis actio*¹³. 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 состояніе¹; въ противномъ случаѣ (по закону Юстиніана²) хозяинъ можетъ его лишить эмфитевзиса; 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 лишить эмфитевзиса³.

3. Онъ долженъ вносить хозяину ежегодную плату (*canon*, *pensio*, *reditus*, *vectigal*), опредѣляемую при установленіи эмфитевзиса⁴. Отъ этой обязанности освобождаетъ эмфитевту, по закону имп. Зенона, только гибель всего участка, но не части его⁵ (потому что плата является не столько вознагражденіемъ за право пользованія, сколько знакомъ признанія права собственности хозяина); поэтому плата не сбавляется также и въ

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

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

случаѣ неурожая или другихъ бѣдствій; многіе юристы держатся противоположнаго взгляда вслѣдствіе того, что въ *corpus iuris* попало по недосмотру компиляторовъ соответствующее опредѣленіе, касающееся арендатора *agri vectigalis* (§ 176 пр. 9)⁶. Если эмпитевта не вноситъ платы за церковный участокъ въ продолженіе двухъ лѣтъ, за свѣтскій—трехъ лѣтъ, то хозяинъ можетъ его лишить эмпитевзиса⁷.

4. Онъ обязанъ при всякомъ отчужденіи между живыми испросить на то согласіе 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 совершить отчужденіе, не увѣдомивъ предварительно хозяина, или не выждавъ двухъ-мѣсячнаго срока, то хозяинъ можетъ его лишить эмпитевзиса⁸.

Эти правила объ обязанностяхъ эмпитевты могутъ быть измѣнены особыми соглашеніями сторонъ⁹.

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 источниковъ¹), такъ что передачи участка не требуется (что многіе утверждаютъ). Для договора требуется (по закону императоровъ Зенона и Юстиніана²) письменная форма: въ области церковныхъ эмпитевзисовъ всегда, въ области свѣтскихъ—въ томъ случаѣ, если условлены какія либо отступленія отъ законныхъ правилъ; въ

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

¹ l. 1. § 1. D. h. t. 6, 3.—² l. 1. C. h. t. 4, 66; Nov. 120. c. 6. § 2.

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 купли³), пока императоръ Зенонъ не призналъ его *особымъ* договоромъ (*contractus emphyteuticarius*), который не подлежитъ ни правиламъ купли, ни правиламъ найма; поэтому эмпитевта 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 судебного установленія (§ 168).

4. Спорно, можетъ ли эмпитевзисъ возникнуть по давности; источники прямо высказываютъ, что *usucapio* здѣсь не допускается⁴; *longi temporis praescriptio* обойдена молчаніемъ. Такъ какъ давность принадлежитъ къ *ius singulare*, то перенесеніе ея путемъ аналогіи на эмпитевзисъ для современнаго юриста недозволительно (§ 13 пр. 9).

5) § 180. Переносъ эмпитевзиса.

Windscheid, § 221.

Уже существующій эмпитевзисъ переносится:

1. Путемъ *traditio* участка со стороны эмпитевты¹ съ волею, чтобы получатель приобрѣлъ право эмпитевзиса; здѣсь примѣняются аналогично начала § 131.

2. Путемъ наслѣдства или отказа, оставленнаго эмпитевтою.

3. Путемъ судебного распоряженія; послѣднее бываетъ необходимомъ въ области процессовъ о раздѣлѣ; такъ какъ участокъ, подлежащій эмпитевзису, не можетъ быть раздѣленъ по реальнымъ частямъ безъ согласія хозяина², то судья для раздѣла долженъ присудить весь эмпитевзисъ одному изъ участниковъ съ тѣмъ, чтобы онъ уплатилъ соотвѣтственное вознагражденіе другимъ участникамъ.

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

¹ cf. l. 12. § 2. D. de Publ. a. 6, 2.—² l. 7. pr. D. comm. div. 10, 3.

4. Путем давности неуправомоченный может приобрести уже существующий эфитевзисъ; это, конечно, первоначальный способъ приобретения, а не переносъ эфитевзиса.

6) § 181. Прекращение эфитевзиса.

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 эфитевзису. Къ нимъ присоединяются еще слѣдующія особыя основанія прекращенія эфитевзиса:

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

2. Лишніе эфитевты его права (такъ наз. *privatio*); условія и поводы *privatio* уже указаны въ § 178.

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

7) § 182. Владѣніе эфитевты.

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

Спорно, слѣдуетъ ли приписать эфитевтѣ первоначальное владѣніе вещью, или производное владѣніе вещью, или же владѣніе правомъ. Такъ какъ эфитевта, 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 источникахъ¹ прямо называется лицомъ *qui agrum possidet*. Стало быть, эфитевтѣ принадлежитъ производное владѣніе участкомъ и, слѣд., всѣ иски для защиты владѣнія вещью (§ 120 и сл.); но производное владѣніе эфитевты не препятствуетъ его хозяину

¹ 1. 15. § 1. D. qui sat. cog. 2, 8.

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 Superficiar-oder Platzrecht. 1866.—*Legenkob*, Platzrecht und Miethe. 1867.—*Vangerow*, § 362.—*Windscheid*, §§ 223. 154. N. 7.—*Brinz*, §§ 202—205.—*Baron*, § 93.

I. *Историческое введене*. 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; последнее 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. Городскія 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 искомъ¹. Мотивомъ для этихъ исковъ было именно то обстоятельство, что суперфициарій построилъ зданіе изъ собственного 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 виду не право суперфиция, а его *объектъ*: зданіе; оно гласить: *superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo po-*

¹ I. 1. пр. §§ 1. 3. D. h. t. 43, 18.

sitae sunt, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum². Суперфициарное право слѣдуетъ опредѣлить такъ: superficies est вещное, полное, наследственное и отчуждаемое право пользования и извлечения плодовъ на зданіе, принадлежащее навсегда или на условленное продолжительное время³ тому, кто возвелъ это зданіе на чужомъ участкѣ съ согласія собственника. Отъ права, которое принадлежитъ нанимателю зданія, superficies отличается тѣмъ, что первое—только обязательственное право, а послѣднее—вмѣстѣ съ тѣмъ и вещное⁴.—Суперфициарій имѣетъ полное право пользования и извлечения плодовъ на зданіе и принадлежащія ему сервитуты; такъ какъ его право отчуждаемо и наследственно, то онъ можетъ распоряжаться имъ между живыми и на случай смерти, устанавливая сервитуты на время существованія своего права и закладывая его⁵. За то онъ обязанъ нести повинности и платить подати, а также вносить собственнику участка обѣщанную наемную плату (solarium, pensio)⁶: относительно этой платы собственникъ участка имѣетъ преимущество предъ вѣрителемъ подъ залогъ superficies^{6a}; собственникъ участка въ случаѣ отчужденія superficies со стороны superficiesарія 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 найма⁷; но возможенъ и какой либо иной договоръ, и дѣйствительно источники упоминаютъ о договорѣ купли⁸. Traditio для установленія права не требуется (спорно).

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

² l. 2. D. h. t. 43, 18; cf. l. 74. D. de r. v. 6, 1; l. 2. § 17. D. ne quid in loc. publ. 43, 8.—³ l. 1. § 3. D. h. t. 43, 18.—⁴ l. 86. § 4. D. de leg. 1 (30); l. 19. pr. D. de damn. inf. 39, 2.—⁵ l. 1. §§ 6. 7. 9. D. h. t. 43, 18; l. 1. pr. D. qu. m. ususfr. 7, 7; l. 10. D. fam. erc. 10, 2; l. 86. § 4. D. de leg. 1 (30); l. 16. § 2. D. de pign. a. 13, 7; l. 13. § 3. D. de pign. 20, 1; l. 15. D. qui pot. 20, 4.—⁶ l. 74. D. de r. v. 6, 1; l. 15. D. qui pot. 20, 4; l. 12. § 17. D. ne quid in loc. publ. 43, 8.—^{6a} l. 15. D. qui pot. 20, 4.—⁷ l. 1. pr. § 3. l. 2. D. h. t. 43, 18; l. 18. § 4. D. de damn. inf. 39, 2; l. 3. § 7. D. uti poss. 43, 17; l. 2. § 17. D. ne quid in loc. publ. 43, 8.—⁸ l. 1. § 1. D. h. t. 43, 18; напротивъ на l. 32. D. de i. d. 23, 3 нельзя ссылаться, такъ какъ это мѣсто говоритъ о домѣ, который проданъ на сломъ.

3. Путем судебного установления.

Вопросъ, можетъ ли возникнуть superficies по давности, такъ же споренъ, какъ и такой же вопросъ относительно эмфитевзиса⁹; 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 solarium¹⁰; 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 всѣ средства защиты¹¹ собственника (въ частности rei vindicatio, negatoria, confessoria, Publiciana in rem actio)¹²; вслѣдствіе этого въ средніе вѣка возникло ложное ученіе о dominium utile суперфициарія (§ 128 sub II). Кроме того между суперфициаріемъ и установителемъ возникаютъ личные иски, различныя смотря по основанію возникновенія superficies (act. locati-conducti, emti-venditi и т. д.¹³).

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 принадлежитъ int. uti possidetis¹⁴ (этимъ опровергается первое мнѣніе); затѣмъ не подлежитъ сомнѣнію, что суперфициарію принадлежатъ int. de vi и int. de precario¹⁵ (и притомъ directe, а не utiliter; этимъ опровергается третье мнѣніе, и подтверждается справедливость второго). Кроме int. de vi и de precario супер-

⁹ l. 12. § 3. D. de P. a. 6, 2; cf. l. 26. D. de usurp. 41, 3.—¹⁰ По поводу l. 54. § 1. l. 56. D. loc. 19, 2.—¹¹ 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.—¹² 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.—¹³ l. 1. § 1. D. h. t. 43, 18.—¹⁴ l. 3. § 7. D. uti poss. 43, 17.—¹⁵ l. 1. § 5. D. de vi 43, 16; l. 2. pr. § 3. D. de prec. 43, 26.

фиціарію еще дается *int. de superficiebus*¹⁶; послѣдній интердиктъ созданъ по образцу *int. uti poss.*, стало быть, это—*int. retinendae possessionis*.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Закладное (залоговое) право.

Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. 1836.—*Bachofen*, das Römische Pfandrecht (не окончено). 1847.—*H. Dernburg*, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des 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 вѣрить, 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 отчудилъ 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 друга, т. е. бываютъ какъ такіе случаи, когда удобно предоставить личный кредитъ, такъ и

¹⁶ l. 1. pr. § 2. D. h. t. 43, 18.

такіе, въ которыхъ болѣе удобнымъ является реальный кредитъ. Юридическія формы реального кредита могутъ быть различныя. Въ римскомъ правѣ (кромѣ предіатуры, которая главнымъ образомъ примѣнялась при договорахъ между римскимъ государствомъ или общинами, съ одной стороны, и частными лицами, съ другой стороны) выработались постепенно три формы:

1. *Fiducia cum creditore*¹; вѣритель получаетъ здѣсь *право собственности* на вещь съ уговоромъ (*actum fiduciae*) возвратить это право должнику по прекращеніи долга; должникъ можетъ требовать 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 господствующее мнѣніе), а только видъ реального кредита.

2. *Pignus*², *закладъ*; вѣритель получаетъ (*производное владѣніе*) вещь и защиту его посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ, а также посредствомъ *actio hypothecaria* (которая первоначально примѣнялась только къ ипотекаѣ, 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 неудовлетворенія продать вещь и удовлетворить себя изъ вырученной суммы первоначально принадлежало вѣрителю только въ томъ случаѣ, если онъ выговорилъ себѣ это особымъ договоромъ³ (*actum de vendendo pignore*); но къ концу 2-го вѣка по Р. Хр. этотъ уговоръ сталъ подразумѣваться самъ собою, и даже тотъ договоръ, въ которомъ вѣритель отказывался отъ этого права, былъ объявленъ недействительнымъ и имѣлъ только то значеніе, что вѣритель долженъ былъ сдѣлать должнику троекратное напоминаніе⁴ (§ 198 пр. 5).

3. *Hypotheca*⁵, чисто договорный залогъ; въ самомъ древнемъ случаѣ этого рода залога (состоявшемъ въ томъ, что арендаторъ *сельскаго* участка по договору устанавливалъ право за-

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

лога на ввезенный имъ инвентарь хозяину участка) вѣритель (отдавшій въ аренду) получалъ право въ случаѣ неудовлетворенія захватить *самому* владѣнiе инвентаремъ для обезпеченiя; кромѣ того преторскiй эдиктъ ввелъ (*prohibitorium*) *int. adipiscendae possessionis* (*int. Salvianum*, § 196) для защиты вѣрителя въ осуществленiи упомянутаго права⁶. Впослѣдствii хозяинъ участка получилъ еще по преторскому эдикту *act. in rem Serviana*—искъ, посредствомъ котораго онъ могъ потребовать *передачи* владѣнiя судебнымъ порядкомъ⁷, то есть онъ не былъ вынужденъ самъ предпринимать захватъ владѣнiя, 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 осуществленiя права на владѣнiе была введена *act. Serviana utilis, quasi Serviana hypothecaria*, просто *Serviana*⁸. Относительно права продажи порядокъ историческаго развитiя тотъ же, что и въ области *pignus*.

Результатъ развитiя права ко времени Юстинiана оказался слѣдующий: *fiducia* вышла изъ употребленiя, такъ какъ она доставляетъ вѣрителю больше правомочiй, нежели требуется для его обезпеченiя; *pignus* и *hypotheca* такъ сблизились по своимъ послѣдствiямъ, что отличаются только въ одномъ: *pignus* доставляетъ вѣрителю владѣнiе *тотчасъ*, *hypotheca*—лишь *впослѣдствii*, по предъявленiи со стороны вѣрителя иска по случаю неудовлетворенiя; оба института даютъ вѣрителю права продажи. Такимъ образомъ въ сущности въ правѣ Юстинiана существуетъ только одинъ институтъ съ двумя названiями: *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*⁹; и даже эти названiя въ источникахъ часто употребляются одно вмѣсто другого.

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

⁶ Gai. 4, 147; § 3. l. de int. 4, 15.—⁷ § 7. l. de act. 4, 6.—⁸ § 7. l. cit.—⁹ l. 5. § 1. D. de pign. 20, 1.

В. § 185. Понятие 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 притомъ, какъ бы они обширны ни были, никогда не имѣютъ силы прекращать право собственности; напротивъ, право залогопринимателя (называемаго часто въ источникахъ просто creditor) состоитъ 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*; с) будучи правами пользованія, сервитутъ, эмфитевзисъ и суперфицій 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 номинальной 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 воззрѣ-*

ние, повидимому, подтверждается терминологією источниковъ, которые установление закладного права обыкновенно называютъ *gem obligare*, *pignus contrahere*, прекращение—*pignus liberare*, *pignus solvere*, и которые *pignoris obligationi* противопоставляютъ *obligatio personalis*¹. 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 заложенная 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*²; 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 (*Grundschuld*).

3. *Закладное право имѣетъ цѣлью обезпеченіе определеннаго требованія;* въ этомъ состоитъ интересъ вѣрителя въ закладномъ правѣ (§ 16); поэтому закладное право относится къ требованію, какъ *придаточное право къ главному*³, 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 про-

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

должаетъ существовать, несмотря на то, что главное требованіе во всѣхъ прочихъ отношеніяхъ прекратилось (§ 207 sub III. 2).

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*⁴. Только въ одномъ случаѣ отчужденіе, совершенное собственникомъ, недѣйствительно, а именно, если заложена *спеціально движимая* вещь; по римскому праву (но не по нынѣшнему) въ этомъ даже заключалось *furtum*⁵, 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.

І. § 186. Требованіе.

t. D. XX, 1; t. C. VIII, 14: de pignoribus 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 право¹ (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 долга². Объектъ требованія (деньги, прочія вещи, дѣйствія) безразличенъ³. Требованіе обыкновенно

⁴ 1. 18. § 2. D. de pign. a. 13, 7. — ⁵ 1. 19. § 6. 1. 61. § 8. 1. 66. пр. D. de furt. 47, 2.

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

бываетъ срочнымъ⁴, но оно можетъ быть и уже подлежащимъ исполненію. Оно можетъ быть также условнымъ⁵ или будущимъ⁶ (наприм., будущій заемъ, обѣщаніе возврата *dos*, которая еще не выплачена супругу⁷, обѣщаніе платить проценты, наемную плату, которую наниматель будетъ долженъ только послѣ предоставленія ему пользованія нанятыми вещами)⁸; но въ этихъ случаяхъ и само закладное право является условнымъ или будущимъ и возникаетъ только съ момента возникновенія требованія⁹. И *obligationes naturales* могутъ быть обезпечены залогомъ¹⁰; 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 *exsertio*¹¹ (наприм., *acti Macedoniani, rei indicatae*); но даже и въ этихъ случаяхъ закладное право защищается искомъ, если съ установленіемъ его связано юридически дѣйствительное отреченіе отъ права на *exsertio*, напримѣръ, если тотъ, кто получилъ заемъ, будучи подвластнымъ сыномъ, устанавливаетъ вѣрителю закладное право по прекращеніи отеческой власти¹².

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*, § 226a—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 emptio nem venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest*¹, *все, что можно продать, можно и заложить*.

1. Чаще всего предметомъ залога бываетъ тѣлесная вещь или совокупность тѣлесныхъ вещей. При этомъ слѣдуетъ за-

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

¹ l. 9. § 1. D. de pign. 20, 1.

мѣтить, что оба вида закладного права (*pignus* и *hypotheca*) возможны какъ на движимыя, такъ и на недвижимыя вещи. Тѣлесная вещь можетъ быть заложена дѣеспособнымъ собственникомъ², если она не подвержена законному запрещенію отчужденія³; равную силу, какъ воля собственника, имѣть 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 вещь⁴. Могутъ быть также заложены и будущія вещи⁵ (напр., неснятые плоды), а также и вещи, которыя еще будутъ приобрѣтены⁶ (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 узуфруктуарій, заложивъ неснятые плоды, еще до приобрѣтенія послѣднихъ теряетъ право собственности или узуфрукта на вещь⁷. Несобственникъ можетъ заложить вещь только въ случаѣ наличнаго или послѣдующаго согласія собственника⁸. Но если вещь заложилъ добросовѣстный владѣлецъ, то вѣритель, хотя онъ и не приобрѣтаетъ закладного права, можетъ предъявить *act. hypothecaria* въ видѣ *actio Publiciana*⁹, 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 впоследствии; точнѣе¹⁰: вѣритель не получаетъ названія залогопринимателя, но имѣетъ всѣ правомочія такого:

а. если залогодатель впоследствии 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 залогодателя¹¹.

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

в. если собственник дѣлается наслѣдникомъ залогодателя; хотя по этому вопросу въ источникахъ существуетъ противорѣчiе¹³, но надо предпочесть утвердительное рѣшенiе, такъ какъ наслѣдникъ обязанъ признать правоотношенiя наслѣдодателя.

2. Сервитуты признаются въ источникахъ предметомъ закладнаго права въ двоякомъ смыслѣ: а) сервитутъ уже *существуетъ* и *управомоченный* желаетъ его заложить; это возможно только по отношенiю къ узурфрукту¹⁴, потому что только этотъ сервитутъ способенъ къ отчужденiю (со стороны осуществленiя права, § 156 sub 4); б) сервитута *еще нѣтъ*, но *собственникъ* вещи желаетъ заложить сервитутъ въ томъ смыслѣ, что онъ даетъ вѣрителю право въ случаѣ неудовлетворенiя установить его (сервитутъ) за покупную цѣну третьему лицу. Источники признаютъ это допустимымъ по отношенiю къ узурфрукту¹⁵, а также дорожнымъ и водянымъ сервитутамъ¹⁶, и не допустимымъ по отношенiю къ городскимъ сервитутамъ¹⁷; какiя начала примѣнять къ прочимъ сервитутамъ, объ этомъ спорятъ. Если принять во вниманiе несочувственное отношенiе римскаго права ко всякимъ ограниченiямъ собственности (§ 163), то придемъ къ заключенiю, что залогъ допускается только по отношенiю къ тѣмъ сервитутамъ, гдѣ онъ необходимъ для оборота, т. е. по отношенiю къ узурфрукту, дорожнымъ и водянымъ сервитутамъ.— Впрочемъ, въ этомъ случаѣ (б) правильнѣе говорить объ ограниченномъ залогѣ *вещи*, чѣмъ о залогѣ *сервитута*.

3. Эмфитевзисъ и суперфиций могутъ быть заложены эмфитевтою и суперфициаріемъ¹⁸. По общепринятому взгляду, собственникъ участка можетъ заложить и несуществующій эмфитевзисъ или суперфиций въ формѣ 2. б; но это слѣдуетъ отвергнуть по изложеннымъ выше основанiямъ, да и источники ничего о такомъ залогѣ не говорятъ.

4. Сама заложенная вещь (или, какъ многіе неправильно утверждаютъ: само закладное право) можетъ быть заложена вѣрителемъ, какъ таковая, т. е. въ предѣлахъ предоставленныхъ ему правомочій¹⁹; здѣсь возникаетъ *subpignus*, второй залогъ.

¹³ Между l. 22. D. de pign. 20, 1 (Модестина) и l. 41. D. de p. a. 13, 7 (Павла).—¹⁴ l. 11. § 2. l. 15. pr. D. de pign. 20, 1; l. 8. pr. D. qu. m. p. s. 20, 6.—¹⁵ l. 11. § 2. l. 15. pr. D. de pign. 20, 1.—¹⁶ l. 12. D. de pign. 20, 1.—¹⁷ l. 11. § 3. D. de pign. 20, 1.—¹⁸ 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.—¹⁹ t. C. 8, 23: si pignus pignori datum sit.

По вопросу, закладывается ли этимъ самымъ обязательство, обеспеченное залогомъ, ср. § 202.

5. Обязательства, поскольку они могутъ подлежать цессіи, могутъ быть также и объектами закладного права²⁰ (*pignus nominis*).

6. Исчисленные предметы могутъ быть заложены не только отдѣльно (спеціальнй залогъ), но и въ совокупности, обнимаемой болѣе или менѣе обширнымъ понятіемъ²¹ (напр. стадо, инвентарь имѣнія, магазинъ). Въ частности, объектомъ закладного права можетъ быть и все имущество лица какъ наличное, такъ и будущее²²; въ этомъ случаѣ возникаетъ *hypotheca generalis*²³, 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 утварь²⁴.

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*).

А. § 188. Частное распоряженіе.

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

По частному распоряженію закладное право возникаетъ:

1. Или путемъ неформальнаго вещнаго договора¹ (ср. § 167 *sub II. 2*); новые юристы называютъ такое закладное право

²⁰ l. 7. C. de her. vel act. v. 4, 39; l. 4. C. h. t. 8, 16.—²¹ l. 13. pr. l. 34. pr. D. de pign. 20, 1; l. 11. § 2. D. qui pot. 20, 4.—²² l. 1. pr. l. 6. l. 15. § 1. l. 34. § 2. D. de pign. 20, 1; l. 9. C. h. t. 8, 16.—²³ l. 9. C. h. t. 8, 16.—²⁴ ll. 6—9. pr. D. de pign. 20, 1; l. 1. C. h. t. 8, 16.

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

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 отчужденія² (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 нераспознаваемъ 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 смерти³ (§ 439); новые юристы называютъ такое закладное право *pignus testamentarium*.

В. § 189. Судебное распоряженіе.

t. C. VIII, 22: *si in causa indicati 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 indicati captum*, такъ наз. *pignus iudiciale*)¹. Ует. 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 судьей (теперь судебнымъ приставомъ^{1а}).

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

¹ I. 7. I. 8. C. quae res pign. a. 8, 16; I. 15. § 2. I. 31. I. 58. D. de re iud. 42, 1; I. 10. D. qui pot. 20, 4; I. 2. I. 3. C. qui pot. 8, 17; I. 3. § 1. D. de reb. eor. 27, 9. — ^{1а} Reichscivilprozessordnung § 716.

2. Путемъ ввода въ натуральное владѣніе (*missio in possessionem*²); такъ возникаетъ *pignus praetorium*, если *missio* дѣлается для обезпеченія требованія (а не осуществленія таковаго, напр., въ случаѣ *remedium ex l. ult. C. de ed. div. Nadr. toll.*, § 435 sub II)³, и если вѣритель дѣйствительно захватываетъ *detentio*⁴. Сюда относятся слѣд. случаи: *missio* вѣрителей несостоятельнаго должника; она связана по р. пр. съ открытіемъ конкурса (§ 232)⁵, *missio* отказополучателя, если обремененный отказомъ наслѣдникъ не даетъ *cautio legatorum servandorum* (§ 444 пр. 11)⁶, *missio* сосѣда во владѣніе угрожающимъ опасностью участкомъ въ случаѣ отказа дать *cautio damni infecti*⁷ (§ 315). Согласно цѣли, ради которой дѣлается здѣсь *missio*, *missus* имѣетъ только право на защиту своего естественнаго владѣнія противъ всякаго третьяго владѣльца⁸, 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 все 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 залого 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 предпола-

² t. C. de praetor. pignore et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat 8, 21; l. 26. пр. D. de p. a. 13, 7; l. 3. § 1. D. de reb. eor. 27, 9.—³ l. 3. C. de ed. div. Nadr. toll. 6, 33.—⁴ l. 26. § 1. D. de p. a. 13, 7.—⁵ l. 12. пр. l. 15. пр. D. de reb. auct. iud. 42, 5.—⁶ l. 12. D. pro emt. 41, 4; l. 2. пр. D. pro her. 41, 5; l. 3. l. 6. C. ut in poss. leg. 6, 54.—⁷ t. D. 39, 2: de damno infecto et de suggrundis et protectionibus.—⁸ l. 2. C. de praet. pignore 8, 21; противоположное воззрѣніе древнихъ юр. см. въ l. 1. пр. l. 4. пр. §§ 2. 4. D. ne vis fiat 43, 4; l. 15. § 36. D. de damn. inf. 39, 2.

гался, какъ самъ собою разумѣющийся¹. 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 внѣшнимъ 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.

I. *Hypotheca legalis generalis* принадлежитъ:

1. Казнѣ по всѣмъ требованіямъ кромѣ штрафныхъ².
2. Монарху и его супругѣ въ томъ же объемѣ, что и казнѣ³.
3. Несовершеннолѣтнимъ, минорамъ, душевно-больнымъ на имущество опекуновъ по обязательствамъ, возникающимъ изъ опеки⁴.

4. Дѣтямъ на имущество отца для обезпеченія имущества, пріобрѣтеннаго ими отъ матери или материнскихъ восходящихъ и находящагося въ узуфруктѣ и управленіи отца⁵ (а также

¹ 1. 3. 1. 4. pr. 1. 5. § 2. 1. 6. 1. 7. pr. D. h. t. 20, 2; 1. 1. pr. D. de migr. 33, 32; 1. 61. § 8. D. de furt. 47, 2.—² 1. 17. 1. 37. D. de i. f. 49, 14; 1. un. C. poen. f. 10, 7.—³ 1. 1. C. h. t. 8, 14; 1. 1. C. si propter publ. p. 4, 46.—⁴ 1. 28. D. de i. f. 49, 14; 1. 2. C. h. t. 8, 14; 1. 2. 1. 3. C. de priv. f. 7, 73.—⁵ 1. 46. § 3. D. de i. f. 49, 14.—⁶ 1. 4. C. in qu. c. pign. 8, 14; 1. 3. C. de primipilo 12, 63.—⁷ 1. 6. § 1. D. de i. f. 49, 14.—⁸ 1. un. C. rem. al. ger. 4, 53; 1. 20. C. de adm. tut. 5, 37; 1. 7. §§ 5. 6. C. de cur. fur. 5, 70.—⁹ 1. 2. C. quando mul. 5, 35; 1. 6. C. h. t. 8, 14; Nov. 22. c. 40.—¹⁰ 1. 8. § 5. C. de sec. nupt. 5, 9.

на имущество *parens binubus* по поводу *lucra nuptialia*¹¹, § 350, ср. также § 349¹²).

5. Женѣ на имущество мужа по поводу *dos*¹³, по поводу *donatio propter nuptias*¹⁴ и по поводу переданнаго мужу парадернальнаго капитала¹⁵. Кромѣ жены то же закладное право принадлежит тѣмъ лицамъ, къ которымъ по прекращеніи брака *dos* достается по закону¹⁶.

6. Мужу на имущество того, кто ему обѣщаль *dos*¹⁷.

7. Церкви на имущество ея эмфитевты по поводу возможнаго ухудшенія участка¹⁹.

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 обеспеченіе платежа городскихъ податей.

II. *Hypotheca legalis specialis*. Ее имѣютъ:

1. Отдавшій въ наймы *praedium urbanum*²⁰ на *investa et illata* нанимателя въ обеспеченіе обязательствъ, возникающихъ изъ договора найма²¹. Подъ *praedium urbanum* слѣдуетъ разумѣть участокъ, не предназначенный для извлеченія плодовъ: жилой домъ, магазинъ, конюшню и т. п.²²; подъ *investa et illata*—все движимое имущество нанимателя, ввезенное имъ въ нанятый участокъ, *не временно, а на продолжительное время*²³. 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 вещи²⁴.

2. Отдавшій въ аренду *praedium rusticum*, т. е. участокъ, предназначенный для извлеченія плодовъ, имѣетъ закладное право на его плоды въ обеспеченіе обязательствъ, возникающихъ изъ договора аренды²⁵. Закладное право не измѣняется, если арендаторъ совершаетъ отъ себя дальнѣйшую отдачу въ аренду²⁶.

¹¹ I. 6. § 2. I. 8. § 4. C. de sec. nupt. 5, 9.—¹² Nov. 98. c. 1.—¹³ I. un. § 1. C. de rei ux. a. 5, 13; § 29. I. de act. 4, 6.—¹⁴ I. 12. § 2. C. qui pot. 8, 17; Nov. 109. c. 1.—¹⁵ I. 11. C. de pact. con. 5, 14.—¹⁶ I. un. § 1. C. de r. ux. a. 5, 13.—¹⁷ I. un. § 1. C. de r. ux. a. 5, 13; § 29. I. de act. 4, 6.—¹⁸ Nov. 22. c. 44. §§ 2. 3. 9.—¹⁹ Nov. 7. c. 3. § 2.—²⁰ I. 3. l. 4. D. h. t. 20, 2.—²¹ I. 2. l. 4. l. 7. D. h. t. 20, 2.—²² I. 3. l. 4. § 1. D. h. t. 20, 2.—²³ I. 2. l. 3. l. 4. pr. l. 6. D. h. t. 20, 2; l. 4. pr. D. de pact. 2, 14.—²⁴ I. 11. § 5. D. de p. a. 13, 7; l. 5. pr. D. h. t. 20, 2.—²⁵ I. 7. pr. D. h. t. 20, 2.—²⁶ I. 24. § 1. l. 53. D. loc. 19, 2.

3. Тотъ, кто далъ въ займы деньги для восстановления дома, имѣеть закладное право на восстановленный домъ въ обезпеченіе своего требованія по займу²⁷.

4. Подопечный имѣеть закладное право на вещи, которыя кто либо (опекунъ или третье лицо) приобрѣлъ на его деньги, но не на его имя²⁸; 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 наслѣдодателя, въ обезпеченіе требованія отказа²⁹; получатель универсальнаго отказа имѣеть закладное право только въ одномъ случаѣ, а именно въ случаѣ такъ наз. *fideicom. eius quod supererit*³⁰; въ прочихъ случаяхъ онъ въ немъ не нуждается, такъ какъ по юстиніанову праву фидуціарію вообще не принадлежитъ право отчужденія (§ 456 sub 1).

РАЗДѢЛЬ 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 измѣненія¹. Даже въ томъ случаѣ, если требованіе или долгъ раздѣляется на нѣсколько частей (напр., если имущество вѣрителя или должника получили нѣсколько наслѣдниковъ), закладное право продолжаетъ существовать безъ измѣненія для каждой части обязательства²; поэтому прежде называли закладное право

²⁷ 1. 1. D. h. t. 20, 2.—²⁸ 1. 3. пр. D. de reb. eor. 27, 9; 1. 6. C. de s. p. d. 7, 8.—²⁹ 1. 1. C. comm. de leg. 6, 43.—³⁰ Nov. 108. c. 2.

¹ 1. 6. C. de dist. p. 8, 27; 1. 85. § 6. D. de v. o. 45, 1; 1. 19. D. de pign. 20, 1.—² 1. 8. § 2. D. de pign. a. 13, 7; 1. 25. § 14. l. 29. D. fam. erc. 10, 2; 1. 16. C. de distr. p. 8, 27; 1. 1. C. si unus ex pl. 8, 31.

недѣлимымъ,—слово неподходящее, такъ какъ закладное право, несомнѣнно, можетъ существовать на идеальныя части вещи; поэтому то *pignoris causa* называется въ источникахъ³ *indivisa*, а не *individua*.

2. Если обязательство увеличивается или измѣняется по содержанію (въ частности вслѣдствіе *supra* или *infra* должника, вслѣдствіе издержекъ, понесенныхъ залогопринимателемъ на заложенную вещь, вслѣдствіе издержекъ на взысканіе долга и продажу залога), то закладное право распространяется и на эти приращенія⁴. 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 позже⁵. — 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 предметѣ 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 заложенной имѣнія на мелкіе участки), то каждая изъ частей остается въ залогѣ за *цѣлое* обязательство.

3. Если къ заложенной вещи прибавляются новыя *части*, то онѣ также состоятъ въ залогѣ, напр., зданіе, построенное

³ l. 65. D. de ev. 21, 2. — ⁴ l. 8. § 5. D. de pign. a. 13, 7; l. 6. C. de pign. 8, 13. — ⁵ 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.

на заложенномъ участкѣ¹, *alluvio*². (То же правило дѣйствуетъ и въ случаѣ увеличенія *правомочій* залогодателя, напр., если онъ приобретаетъ вещный сервитутъ въ пользу заложенного участка³, если прекращается обременявшій заложенную вещь узуфруктъ)⁴. Иное, противоположное правило примѣняется къ *самостоятельнымъ* вещамъ, которыя залогодатель приобретаетъ на основаніи своего права собственности на заложенную вещь⁵, каковы, напримѣръ, кладъ, *insula in flumine nata*, *alveus relictus*: на нихъ закладное право не распространяется.—Спорно, распространяется ли закладное право на *произведенія* заложенной вещи. Въ одномъ мѣстѣ (Павла)⁶, 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 молчаливаго⁷ 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* отчуждилъ право собственности на производящую вещь⁸.

4. Особого разсмотрѣнія заслуживаетъ совокупность вещей, заложенныхъ подъ однимъ общимъ наименованіемъ. По источникамъ, въ случаѣ залога стада закладное право распространяется и на всѣхъ животныхъ, которыя прибавляются впоследствии⁹; съ другой стороны, въ случаѣ залога торговой лавки отдѣльные товары, отчужденные при существованіи закладного права, освобождаются отъ такового¹⁰. 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 Юстиніана¹¹, на все настоящее

¹ l. 29. § 2. l. 35. D. de pign. 20, 1; l. 21. D. de pign. a. 13, 7.—² l. 16. pr. D. de pign. 20, 1; l. 18. § 1. D. de pign. a. 13, 7.—³ l. 16. D. de serv. 8, 1; l. 9. D. de o. n. n. 39, 1.—⁴ l. 18. § 1. D. de pign. a. 13, 7.—⁵ Arg. l. 9. § 4. D. de usufr. 7, 1; l. 3. § 2. D. de aqua 43, 20.—⁶ Sent. rec. II, 5. § 2.—⁷ l. 3. C. in qu. c. pign. 8, 14.—⁸ l. 29. § 1. l. 26. § 2. D. de pign. 20, 1; l. 1. C. de partu pign. 8, 24.—⁹ l. 13. pr. D. de pign. 20, 1.—¹⁰ l. 34. pr. D. de pign. 20, 1.—¹¹ l. 9. C. quae res pign. 8, 16.

(одно исключеніе см. въ § 187 прим. 24) и все будущее имущество; вещи, отчужденныя послѣ возникновенія закладнаго права, остаются подверженными залогу¹².

С. § 193. Въ лицѣ залогопринимателя.

Schmid, die Grundlehren der Cession. Bd. 1. S. 279—352. 1864.—*Vangerow*, §§ 377. 378.—*Windscheid*, §§ 233^a. 233^b. 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 переходить и закладное право¹.—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 новации обязательства, которое обеспечено вещью, обремененною нѣсколькими закладными правами, пользующея первенствомъ закладное право по соглашенію съ собственникомъ вещи можетъ быть перенесено на возникающее по *novatio* обязательство². 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 вѣрителя³. Такъ же обсуждается и тотъ случай, если кто покупаетъ заложенную вещь съ тѣмъ, чтобы изъ уплаченной цѣны получилъ удовлетвореніе первенствующій залогоприниматель, и это удовлетвореніе осуществляется⁴; покупщику при-

¹² 1. 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.

¹ 1. 6. D. de her. vel act. v. 18, 4; l. 6. l. 7. D. de o. et. a. 4, 10.—² l. 11. § 1. D. de pign. a. 13, 7; l. 3. pr. l. 12. § 5. l. 21. pr. D. qui pot. 20, 4.—

³ 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, 18.—⁴ 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, 18.

надлежитъ въ 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*)⁵; если платежъ дѣйствительно состоялся (или вмѣсто него внось денегъ въ судъ⁶, 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 говоритъ 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 источниковъ¹¹.

⁵ 1. 12. §§ 6. 9. 1. 16. 1. 20. D. qui pot. 20, 4; 1. 5. pr. D. de distr. pign. 20, 5; 1. 22. C. de pign. 8, 13; 1. 5. C. qui pot. 8, 17; 1. 4. C. de his qui in prior. cred. 8, 18.—⁶ 1. 1. C. qui pot. 8, 17.—⁷ 1. 2. D. de distr. p. 20, 5; 1. 1. C. si antiq. 8, 19.—⁸ Sent. rec. II, 13. § 8.—⁹ 1. 7. § 3. C. de pr. XXX annor. 7, 39.—¹⁰ 1. 12. § 9. D. qui pot. 20, 4.—¹¹ 1. 11. § 1. D. de pign. a. 13, 7; 1. 7. §§ 5. 6. 1. 12. D. de reb. eor. 27, 9; 1. 38. pr. D. de leg. 3 (32).

РАЗДѢЛЬ 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 принадлежать два права: право на владѣніе (§§ 194 и сл.) и право продажи (§ 198); иногда ему также принадлежать право на присужденіе собственности (§ 199), право удержанія (*ius retentionis*, § 200), право пользованія 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 нарушеній¹ владѣльческими интердиктами. Преторскіе залогоприниматели (§ 189) имѣютъ аналогичное 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 заложеной вещи (противъ всякаго третьяго лица). Для осуществленія права на владѣніе судебнымъ порядкомъ залогопринимателю принадлежать два иска: *act. hypothecaria* и *int. Salvianum*.

2) Иски для защиты права на владѣніе.

a. § 195. *Actio hypothecaria*.

Vangerow, § 389.—*Windscheid*, § 235.—*Brinz*, § 351.—*Baron*, § 100.

Act. hypothecaria (*utilis Serviana, quasi Serviana*, просто *Serviana*, также *pigneraticia in rem actio*) есть *pignoris vindica-*

¹ I. 1. § 9. D. de vi 43, 16; I. 6. § 4. D. de prec. 43, 26.

tio¹, 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 investa et illata арендатора иску не препятствуетъ то обстоятельство, что еще не наступило время требованія по обязательству²; напротивъ, въ случаѣ ипотеки искъ можетъ быть предъявленъ только съ момента наступленія времени 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 possessor³ (§ 150).—Вѣритель, которому установилъ закладное право добросовѣстный владѣлецъ, можетъ предъявить аст. hypothecaria въ видѣ публицианова иска⁴, стало быть, онъ побѣждаетъ (какъ и самъ добросовѣстный владѣлецъ) только тѣхъ лицъ, право которыхъ на вещь хуже его права (§ 155 sub 2).

2. *Доказываніе* соответствуетъ условіямъ иска. Истецъ долженъ доказать⁵: а) что онъ залогоприниматель или что ему установилъ закладное право добросовѣстный владѣлецъ; б) что отвѣтчикъ обладаетъ вещью или подлежить 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 vindicatio⁶; слѣдовательно, искъ направленъ на выдачу вещи со всею прибылью отъ нея. Впрочемъ, надо отмѣтить слѣд. особенности:

а. По отношенію къ самой вещи⁷. Въ случаѣ доведенія дѣла до condemnatio rescuiparia отвѣтчикъ, если онъ не самъ залогодатель, обязанъ уплатить всю цѣнность вещи, а истецъ обязанъ излишекъ сверхъ суммы обеспеченнаго залогомъ требованія вы-

¹ l. 16. § 3. D. de pign. 20, 1.—² l. 14. pr. D. de pign. 20, 1.—³ l. 16. § 3. D. de pign. 20, 1.—⁴ l. 18. pr. D. de pign. 20, 1.—⁵ l. 10. C. de pign. a. 4, 24; l. 23. D. de prob. 22, 3; l. 15. § 1. D. de pign. 20, 1.—⁶ l. 16. § 3. l. 21. § 3. D. de pign. 20, 1.—⁷ 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 плодамъ⁸. 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 источники⁹, 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*¹⁰ (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 Юстиніана¹¹, третій владѣлецъ заложенной вещи можетъ потребовать отъ вѣрителя подъ 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 залогу 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 Севера¹², въ томъ случаѣ, если кто либо заложилъ тому же вѣрителю сначала нѣкоторыя вещи специально, а потомъ и все свое имущество (—что у римлянъ случалось очень

⁸ l. 16. § 4. D. de pign. 20, 1.—⁹ l. 16. § 4. cit.—¹⁰ cf. l. 29. § 2. D. de pign. 20, 1.—¹¹ Nov. 4. c. 2.—¹² l. 2. C. de pign. 8, 13; cf. l. 9. C. de distr. pign. 8, 27.

часто^{12a}—) 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 *ex. excussionis realis*). Нѣкоторые юристы справедливо распространяютъ это положеніе на *всякаго* владѣльца вещей, состоящихъ въ общемъ залогѣ; ибо при установленіи общаго залога такому вѣрителю, который уже имѣетъ специальные залоговѣ, 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 правѣ¹³.

c. Отвѣтчикъ можетъ также отклонить присужденіе, предложивъ вѣрителю платежъ по его требованію¹⁴. Если отвѣтчикъ — правомѣрный владѣлецъ заложенной вещи, то удовлетворенный истецъ, по его требованію, обязанъ уступить ему свое обязательственное право¹⁵, такъ что здѣсь возможно совпаденіе въ одномъ лицѣ права собственности и закладного права (§ 193 sub 2).

b. Возраженіе о давности; *act. hyp.* противъ должника подъ залогъ и его наслѣдниковъ, а равно и противъ послѣдующихъ вѣрителей подъ залогъ погашается при жизни должника сокращенною давностью, противъ прочихъ владѣльцевъ тридцатилѣтнею¹⁶.

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 аренды¹ (§ 184); несомнѣнно также то, что истецъ долженъ былъ доказывать

^{12a} l. 15. § 1. D. de pign. 20, 1.—¹³ l. 12. pr. § 7. D. qui pot. 20, 4; l. 10. D. de pign. 20, 1.—¹⁴ 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.—¹⁵ l. 19. D. qui pot. 20, 4.—¹⁶ l. 7. pr.—§ 2. C. de pr. XXX ann. 7, 39.

¹ § 3. i. f. I. de int. 4, 15.

только фактъ установленія залога, но не былъ обязанъ доказывать право собственности арендатора на заложенные вещи². 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 стороны³ (съ которыми согласны парафразы Институцій Теофила⁴), и Кодексомъ⁵, 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 источникахъ⁶ 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 источникахъ⁷.

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

² *Gai.* 4, 147; § 3. *I. de int.* 4, 15; 1. 2. *D. h. t.* 43, 33.—³ 1. 1. *pr.* § 1. *D. h. t.* 43, 33.—⁴ *Theoph. paraph.* къ § 3. *I. de int.* 4, 15.—⁵ 1. 1. *C. h. t.* 8, 9.—⁶ 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, 13.—⁷ 1. 2. *D. h. t.* 43, 33.

оставался неповрежденнымъ; поэтому ему принадлежит много исковъ (utiliter), чтобы устранить совершенныя нарушенія и предупредить угрожающія: act. negatoria, confessoria¹, finium regundorum², legis Aquiliae³, furti⁴; кромѣ того онъ можетъ требовать cautio damni infecti⁵, opus novum nuntiare⁶, предъявить int. quod vi aut clam⁷.

В. § 198. Право продажи.

t. D. XX, 5: de distractione pignorum et hypothecarum.—t. C. VIII, 27: de distractione 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)¹, 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 части²; если причиною неудовлетворенія была mora accipiendi со стороны вѣрителя, то послѣдній, по постановленію Гордіана³, 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 долга⁴; извѣщеніе должно произойти трижды, если залогоприниматель отказался отъ права продажи (недѣйствительно, см. ниже sub 4)⁵; извѣщенія совѣмъ не требуется, если должникъ уже присужденъ къ платежу по судебному рѣшенію⁶;

¹ l. 16. D. de serv. 8, 1.—² l. 4. § 9. D. fin. reg. 10, 1.—³ l. 17. pr. l. 30. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2.—⁴ l. 12. § 2. D. de cond. furt. 13, 1; l. 15. pr. l. 87. D. de furt. 47, 2.—⁵ l. 11. D. damn. inf. 39, 2.—⁶ l. 9. D. de o. n. n. 39, 1; l. un. § 5. D. de rem. 43, 25.—⁷ l. 11. § 14. D. quod vi aut cl. 43, 24.

¹ l. 6. pr. D. de pign. a. 13, 7.—² l. 4. D. h. t. 20, 5; l. 5. § 1. D. qu. m. pign. 20, 6.—³ l. 2. C. deb. vendit. 8, 28; 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.—⁴ l. 3. § 1. C. de iure dom. imp. 8, 33.—⁵ l. 4. D. de pign. a. 13, 7; l. 1. C. deb. vend. 8, 28.—⁶ l. 3. § 1. C. de iure dom. imp. 8, 33.

с. если прошло два года послѣ извѣщенія или судебного рѣшенія, а вѣритель еще не удовлетворенъ⁷; въ случаѣ *pignus in causa iudicati captum* (§ 189) продажа можетъ быть совершена спустя два мѣсяца послѣ установленія *pignus*⁸;

d. если онъ первый (или единственный) залогоприниматель (§ 203 и сл.)^{9—10}.

По мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, для осуществленія права продажи еще необходимо, чтобы должникъ былъ *in poena* (§ 240) и чтобы долгъ былъ безспорный. Но, хотя дѣйствительно должникъ окажется въ большинствѣ случаевъ *in poena*, иногда этого можетъ и не быть, напр., если залогъ служитъ обезпеченіемъ для натурального обязательства (§ 240 пр. 3); и источники нигдѣ не упоминаютъ о *poena* должника, какъ о необходимомъ условіи для осуществленія 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 распоряженію судьи¹¹ (по имп. уст. гр. суд. § 716 и сл. судебнымъ приставомъ). Для прочихъ категорій закладныхъ правъ римское право предписываетъ публичную продажу только на тотъ случай, если залогопринимателемъ является казна¹²; въ прочихъ же случаяхъ ее можетъ всегда совершить самъ залогоприниматель *privatim*¹³; онъ только долженъ при этомъ дѣйствовать, какъ подобаешь честному человѣку, и стараться выручить при продажѣ возможно высокую цѣну (въ противномъ случаѣ онъ отвѣчаетъ за причиненный залогодателю вредъ)¹⁴; поэтому залогоприниматель обыкновенно публично объявляетъ о предстоящей продажѣ (*proscribere pignus*)^{14a}.

По теперешней практикѣ продажа недвижимостей, а во многихъ случаяхъ и движимыхъ вещей, совершается въ формѣ судебного публичнаго торга или аукціона, при чемъ не ожидаютъ истеченія двухлѣтняго срока; нѣкоторыя

⁷ l. 3. § 1. cit.—⁸ l. 31. D. de re iud. 42, 1.—⁹ 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.—¹⁰ l. 1. D. de distr. pign. 20, 5.—¹¹ l. 50. D. de ev. 21, 2; l. 2. C. si in c. iud. 8, 22; l. 3. C. de exc. rei iud. 7, 53.—¹² 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.—¹³ l. 3. § 1. C. de iure dom. imp. 8, 33.—¹⁴ 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.—^{14a} l. 15. § 32. D. de ini. 47, 10; l. 4. C. de distr. pign. 8, 27.

привилегированныя учреждения (напр., публичные ломбарды) могут 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 вещи¹⁵ (§ 286 пр. 15); второй потому, что это угрожало бы интересамъ залогодателя¹⁶. Поручитель должника и его позднѣйшій вѣритель подѣ залогъ, хотя и могутъ купить, но обязаны по требованію залогодателя выдать ему вещь за сумму понесенныхъ издержекъ¹⁷, пбо 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 приобрѣтаетъ 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 владѣеть залогомъ, и покупщикъ зналъ объ этомъ въ моментъ заключенія договора купли, то онъ долженъ довольствоваться уступкою ему права на владѣніе¹⁸. Вслѣдствіе передачи залога покупщикъ становится собственникомъ (если цѣна уплачена или зачтена ему въ долгъ)¹⁹; право собственности покупщика свободно отъ всѣхъ обремененій, которыя были возложены на вещь уже послѣ установленія на нее закладнаго права продавшему вѣрителю²⁰. Залогодатель не имѣетъ права выкупа, развѣ если оно было выговорено для него залогопринимателемъ въ договорѣ съ покупщикомъ²¹, 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 предѣ покупщикомъ за *evictio*

¹⁵ l. 39. D. de c. e. 18, 1; l. 40. pr. § 1. D. de pign. a. 13, 7.—¹⁶ l. 10. C. h. t. 8, 27; Paul. sent. rec. II. 12. § 4.—¹⁷ 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.—¹⁸ l. 13. D. h. t. 20, 5.—¹⁹ 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.—²⁰ l. 1. C. si ant. cr. 8, 19; l. 6. l. 7. C. de o. et a. 4, 10; l. 3. pr. D. h. t. 20, 5.—²¹ l. 2. C. si ant. cr. 8, 19; l. 13. pr. D. de pign. a. 13, 7; l. 7. pr. § 1. D. h. t. 20, 5.

въ томъ случаѣ, если онъ продалъ вещь *dolo* (т. е. зная, что залогодателю не принадлежитъ право собственности)²²; далѣе— въ томъ случаѣ, если онъ скрылъ отъ покупщика, что совершаетъ продажу въ качествѣ залогопринимателя; и, наконецъ, въ томъ случаѣ, если онъ объ этомъ сообщилъ, но выразилъ въ то же время, что отвѣтственность за эвикцію беретъ на себя²³. 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 цѣны²⁴; впрочемъ, покупщикъ можетъ обратиться къ залогодателю и требовать выдачи его обогащенія (посредствомъ *condictio sine causa*)²⁵. — Напротивъ, вѣритель всегда отвѣчаетъ покупщику за то, что соблюдены всѣ изложенныя выше 1. а.—d. предписанія²⁶.

б. *Для залогопринимателя.* Онъ можетъ требовать отъ покупщика платежа цѣны и долженъ употребить ее на свое удовлетвореніе²⁷; поскольку удовлетвореніе дѣйствительно состоялось, должникъ становится свободнымъ²⁸; если вырученная цѣна не покрываетъ всего требованія, то оно продолжаетъ существовать на недостающую сумму²⁹; если же она превышаетъ сумму долга, то вѣритель обязанъ передать остатокъ (*hyperocha*) слѣдующему вѣрителю подъ залогъ или залогодателю³⁰.

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)³¹ уговоръ, чтобы залогъ перешелъ въ собственность вѣрителя, если не по-

²² 1. 1. 1. 2. C. cred. ev. pign. 8, 45; 1. 11. § 16. D. de a. e. v. 19, 1; 1. 10. D. h. t. 20, 5; 1. 38. D. de ev. 21, 2.—²³ 1. 22. § 4. D. de pign. a. 13, 7; 1. 59. § 4. D. mand. 17, 1.—²⁴ 1. 68. пр. D. de ev. 21, 2.—²⁵ 1. 12. § 1. D. h. t. 20, 5; 1. 74. § 1. D. de ev. 21, 2.—²⁶ 1. 1. C. cr. ev. 8, 45.—²⁷ 1. 26. 1. 44. D. de sol. 46, 3; 1. 10. C. de o. et a. 4, 10.—²⁸ 1. 19. пр. D. h. t. 20, 5; 1. 35. пр. D. de pign. a. 13, 7; 1. 3. C. h. t. 8, 27.—²⁹ 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.—³⁰ 1. 24. § 2. 1. 42. D. de pign. a. 13, 7; 1. 44. D. de sol. 46, 3; 1. 3. C. de pign. 8, 13.—³¹ 1. 3. C. de pact. pign. 8, 34.

слѣдуетъ удовлетворенія (*lex commissoria*); это условіе заключаетъ въ себѣ безнравственное притѣсненіе залогодателя. Но вѣрителю позволяется *впослѣдствіи* получить вмѣсто платежа или купить заложленную вещь ³²; 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 ³³.

С. § 199. Право на присужденіе права собственности (*ius dominii impetrandi*).

t. C. VIII, 33: de iure dominii impetrando. — *Vangerow*, § 381. — *Windscheid*, § 238.

Если заложная вещь не находитъ совсѣмъ покупателя или никто не даетъ приемлемой 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* ¹ по требованію залогопринимателя присуждается ему *за его требованіе*, хотя бы цѣнность залога превышала или не покрывала сумму долга; присужденіе окончательное: 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 ² требуется еще одно обращеніе къ должнику съ требованіемъ платежа; если эта мѣра оказалась безуспѣшной, то по требованію вѣрителя ему присуждается право собственности на заложленную 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 не-

³² l. 13. C. de pign. 8, 13; l. 24. pr. D. de pign. a. 13, 7; l. 12. pr. D. h. t. 20, 5.—³³ l. 16. § 9. D. de pign. 20, 1.

¹ l. 15. § 3. D. de re iud. 42, 1; l. 3. C. de exc. rei iud. 7, 53; l. 3. C. si in. c. iud. 8, 22.—² l. 3. C. h. t. 8, 33.

состоявшееся, поэтому, напр., вѣритель обязанъ выдать залогодателю половину найденнаго въ промежуточное времяклада³;

в. вѣрителью въ продолженіе двухъ лѣтъ принадлежитъ право продажи; путемъ продажи онъ опять вступаетъ въ права залогопринимателя⁴, 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 собственногонаго долга, и эта вещь находится во владѣннн вѣрителя, который имѣетъ еще другое требованіе противъ того же должника, то этотъ вѣритель (по рескрипту Гордіана)¹, получивъ удовлетвореніе по обезпеченному требованію, можетъ все-таки удержать вещь по поводу втораго 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 *ex. 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 осуще-

³ l. 63. § 4. D. de acq. r. d. 41, 1.—⁴ l. 3. § 5. C. h. t. 8, 33.

¹ l. un. C. h. t. 8, 26.

ствление этого права для него является невозможнымъ, примѣняются слѣд. начала:

а. Если закладъ допускаетъ только пользованіе, то закладоприематель безъ дозволенія закладчика не можетъ пользоваться вещью; въ противномъ случаѣ онъ совершаетъ, по римскому праву, *furtum usus*¹; по имперскому уголовному уложенію § 290, онъ виновенъ въ наказуемомъ корыстолюбіи (*strafbarer Eigennutz*).

б. Если закладъ допускаетъ извлеченіе естественныхъ или гражданскихъ плодовъ, то закладоприематель долженъ ихъ извлекать (подобно управляющему чужой вещью), но съ тѣмъ, чтобы потомъ ихъ возратить или зачесть ихъ цѣнность въ проценты и капиталъ²; слѣдовательно, онъ обязанъ дать отчетъ.

Но иногда закладоприемателю предоставляется *antichresis*³, 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 отчета⁴. *Pactum antichreticum*, по римскому праву, было недѣйствительно, если этотъ договоръ заключался съ цѣлью обойти законный максимумъ процентовъ⁵.

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, обеспечивающимъ безпроцентное требованіе, то имѣетъ мѣсто такъ наз. *antichresis tacita*; это значитъ, что вѣритель имѣетъ право присваивать себѣ плоды этой вещи до суммы законной мѣры процентовъ⁶. Нѣкоторые юристы не признаютъ этого права, но ихъ мнѣніе явно противорѣчитъ источникамъ и внутреннимъ основаніямъ (ср. § 43 кон.).

¹ § 6. I. de obl. ex del. 4, 1; l. 54. pr. D. de furt. 47, 2.—² 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.—³ l. 11. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 33. D. de pign. a. 13, 7.—⁴ l. 14. l. 17. C. de us. 4, 32.—⁵ l. 26. § 1. C. de us. 4, 32.—⁶ l. 8. D. in qu. c. pign. 20, 2.

II. § 202. Права залогопринимателя въ случаѣ залога иныхъ предметовъ.

Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. 1834.—*Sohm*, die Lehre vom Subpignus. 1864.—*Eberhard*, die Verpfändung von Forderungen. 1869.—*Bremer* и *Esner*, 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 суперficiй заложены тѣмъ лицомъ, которому они принадлежать, то вѣритель имѣетъ право: а) на *quasi iuris possessio* или на юридическое владѣнiе вещью¹; къ извлекаемымъ имъ плодамъ примѣняются правила § 201; б) на *перенесенiе* фактическаго осуществленiя заложеннаго ему права (узуфрукта) или самого права (эмфитевзиса и суперficiя) на третье лицо путемъ продажи.

2. Если собственникъ вещи заложилъ вѣрителю еще *не существующій*, а только имѣющій быть установленнымъ узуфруктъ, или имѣющій быть установленнымъ дорожный или водяной сервитутъ, то залогопринимателю принадлежитъ право: а) на *quasi iuris possessio*²;—въ случаѣ сервитута дороги или воды для этого требуется, чтобы ему принадлежалъ сосѣднiй участокъ; б) на *установленiе* сервитута третьему лицу путемъ продажи³;—въ случаѣ сервитута дороги или воды для этого требуется, чтобы покупщику принадлежалъ сосѣднiй участокъ.

3. Лицо, которому заложено требованiе, имѣетъ право: а) или продать заложенное требованiе⁴; покупщикъ дѣлается цесiонарiемъ (§ 249 и сл.); б) или взыскать съ должника предметъ заложеннаго требованiя посредствомъ *actio in personam utilis* въ размѣрѣ своего требованiя⁵; если при этомъ онъ получить деньги, то долженъ употребить ихъ на свое удовлетворенiе,

¹ l. 11. § 2. l. 13. § 3. D. de pign. 20, 1.—² l. 11. § 2. l. 12. D. de pign. 20, 1.—³ l. 12. D. de pign. 20, 1.—⁴ 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 основанiи лучшихъ списковъ здѣсь слѣдуетъ читать: „ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emtori, sic (ut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones“.—⁵ 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.

если — какой либо другой предметъ, то пріобрѣтаетъ на него закладное право⁶.—Для успѣшнаго осуществленія этихъ правъ залогопринимателю дается правомочіе извѣстить должника своего должника о залогѣ⁷ (*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*⁸, но, конечно, только тогда, если уже наступили условія осуществленія *обоихъ* 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 заложенного 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

⁶ l. 18. D. cit. 13, 7; l. 4. C. cit. 8, 16. — ⁷ l. 4. C. quae res pign. 8, 16. — ⁸ 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 каждаго изъ нихъ простирается на идеальную часть заложенной вещи, соответствующую размѣру его требованія¹.

II. *Начало предупрежденія примѣняется* въ томъ случаѣ, если одно требованіе раздѣляется на нѣсколько частей² (§ 191 пр. 2), затѣмъ, если нѣсколько лицъ по различнымъ актамъ приобретаютъ въ одинъ и тотъ же день закладное право на одинъ и тотъ же предметъ³, наконецъ, если это совершается по одному акту и вмѣстѣ съ тѣмъ условлено, что каждому изъ нихъ заложена *цѣлая* вещь⁴. 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 владѣеть).

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)⁵ и исключительное право совершить продажу⁶ (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 лицъ⁷, а осуществить право продажи онъ совсѣмъ не можетъ; его права по отношенію къ первенствующему залогопринимателю состоятъ въ правѣ на

¹ 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.—² l. 1. C. si unus ex plurib. 8, 31.—³ l. 16. § 8. D. de pign. 20, 1.—⁴ l. 10. l. 16. § 8. D. de pign. 20, 1.—⁵ l. 12. pr. D. qui pot. 20, 4.—⁶ l. 8. C. qui pot. 8, 17; l. 1. C. cred. ev. 8, 45; l. 3. C. si antiq. 8, 19.—⁷ l. 12. pr. § 7. D. qui pot. 20, 4.

hypogocha⁸ и въ ius offerendi⁹; 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 многозначущихъ словъ: sicut prior es tempore, ita potior es iure и тому подобныхъ¹; 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 установленія². То же относится къ закладному праву въ пользу условнаго требованія (если условіе исполнится), кромѣ того случая, когда условіе зависитъ отъ произвола лица, которое будетъ обязано³, напр., если депозитарію денежной суммы предоставляется пользованіе ею

⁸ l. 12. § 5. D. qui pot. 20, 4.—⁹ l. 12. § 9. D. qui pot. 20, 4.

¹ l. 2. l. 4. l. 7. l. 8. C. h. t. 8, 17.—² l. 12. § 2. D. h. t. 20, 4.—³ l. 9. §§ 1. 2. l. 11. § 1. D. h. t. 20, 4.

(§ 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 капиталомъ⁴; закладное право на *investa et illata* признается возникшимъ съ момента *illatio*, хотя требованіе изъ найма зависитъ отъ пользованія вещью⁵.

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*⁷. 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 собственность⁸ или что собственникъ даетъ согласіе на залогъ)⁹ и т. д.¹⁰.

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 условіе¹²; исключеніе имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если условіе зависитъ отъ произвола залогодателя¹³. Если актъ установленія состоитъ въ отказѣ, то закладное право признается наличнымъ со дня смерти наследода-

⁴ l. 18. D. h. t. 20, 4.—⁵ l. 9. pr. l. 11. § 2. D. h. t. 20, 4.—⁶ l. 1. pr. D. h. t. 20, 4.—^{6a} cf. l. 1. pr. D. h. t. 20, 4.—⁷ l. 11. § 2. D. h. t. 20, 4.—⁸ 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.—⁹ l. 16. § 1. D. de pign. 20, 1.—¹⁰ l. 21. pr. D. h. t. 20, 4.—¹¹ l. 7. § 1. D. h. t. 20, 4.—¹² l. 12. § 2. D. h. t. 20, 4.—¹³ l. 9. § 1. l. 11. § 1. D. h. t. 20, 4.

теля, а не со дня приобрѣтенія наслѣдства со стороны наслѣдника, какъ многіе думаютъ.— *Pignus in causa iudicati captum* существуетъ съ момента установленія¹⁴; *pignus praetorium* — съ момента завладѣнія¹⁵; 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 неодновременно¹⁶; 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, главныя 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 соответствуетъ 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 воззрѣніе несогласно съ источниками;

¹⁴ 1. 10. D. h. t. 20, 4.—¹⁵ 1. 26. § 1. D. de pign. a. 13, 7; 1. 3. C. ut in poss. leg. 6, 54; 1. 2. C. h. t. 8, 17.—¹⁶ 1. 12. pr. D. de reb. auct. i. 42, 5; 1. 5. §§ 2. 3. D. ut in poss. leg. 36, 4; 1. 15. §§ 15. 18. D. de damno inf. 39, 2.—¹⁷ 1. 6. § 4. C. de bon. quae lib. 6, 61.—¹⁸ 1. 6. § 2. C. de sec. nupt. 5, 9.

римское право иногда допускает *продолженіе существующаго* закладнаго права (§ 207 sub III. 2), несмотря на прекращеніе требованія, но никогда не допускает *возникновенія* его безъ всякаго требованія. Кромѣ того источники не дають никакого повода думать, что относящіяся сюда рѣшенія римскихъ юристовъ¹⁹ содержать 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 податей¹ имѣетъ первенство предъ всѣми другими закладными правами.

2. Закладное право жены по поводу *dos*; изъ наслѣдниковъ привилегія принадлежитъ только ея нисходящимъ³.

3. Закладное право по поводу *in rem versio*⁴, т. е. то закладное право, которое по договору или другимъ основаніямъ принадлежитъ вѣрителю въ обезпеченіе его требованія по поводу сохраненія, возстановленія или приобрѣтенія заложенной вещи.

Въ случаѣ стеченія нѣсколькихъ привилегированныхъ закладныхъ правъ они выступаютъ въ слѣд. порядкѣ:

a. закладное право казны по поводу податей и налоговъ⁵;

b. теперь несуществующій случай *in rem versio*: закладное право того лица, которое дало взаймы деньги для приобрѣтенія *militia* (продажной должности) и при этомъ выговорило себѣ право преимущества въ письменномъ актѣ, скрѣпленномъ подписью свидѣтелей⁶;

c. 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 вещи⁷.

¹⁹ См. выше мѣста, приведенныя sub I.

¹ 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.—² l. 21. pr. D. h. t. 20, 4.—³ l. 12. pr. § 1. C. h. t. 8, 17; § 29. I. de act. 4, 6; Nov. 91. c. 1; Nov. 97. c. 2.—⁴ 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.—⁵ l. 1. C. si propter publ. pens. 4, 46.—⁶ Nov. 97. c. 4; cf. Nov. 53. c. 5.—⁷ cf. l. 7. pr. D. h. t. 20, 4.—⁷ 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. ¹ (имѣющему цѣлю предупредить обманы въ дѣлахъ о старшинствѣ закладныхъ правъ), то закладное право, которое установлено въ письменномъ публичномъ (судебномъ или нотаріальномъ) 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 редакция закона Льва повела къ возникновенію нѣсколькихъ спорныхъ вопросовъ:

1. Имѣютъ ли *pignus 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 недовѣрчиво (вслѣдствіе подкупности свидѣтелей и недостоверности ихъ показаній), и что свидѣтельскія показанія нѣсколькими спеціальными законами ² были поставлены ниже письменныхъ доказательствъ, то придемъ къ заключенію, что по духу закона Льва *pignus publica* и *quasi publica* должны быть предпочитаемы закладнымъ правамъ, доказываемымъ свидѣтельскими показаніями. Сказанное о свидѣтельскихъ показаніяхъ несомнѣнно относится и къ присягѣ.

2. Имѣютъ ли *pignus 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, нотаріуса или съ участіемъ трехъ безупречныхъ свидѣтелей.

3. Имѣютъ ли *pignus publica* и *quasi publica* также первенство предъ законными закладными правами, если послѣднія не доказываются письменными актами, совершенными у судьи, нотаріуса или съ участіемъ свидѣтелей? О законныхъ закладныхъ правахъ законъ имп. Льва также не упоминаетъ и

¹ l. 11. C. qui pot. in pign. 8, 17.—² l. 1. l. 2. C. de test. 4, 20; l. 18 n initio C. eod. 4, 20; Nov. 97. c. 4.

именно потому, что они вообще основываются не на частных актах, а следовательно и не представляют никакой прямой противоположности къ *pignora publica* и *quasi publica*. Отсюда вытекает, 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 совѣмъ 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, вытѣснитъ соотвѣтственныя правила римскаго права и тамъ, гдѣ они еще теперь господствуютъ.

РАЗДѢЛЬ 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 права¹.

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*². 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*)³; б) первен-

¹ cf. l. 3. l. 6. pr. l. 8. pr. D. h. t. 20, 6; l. 18. § 3. D. d. pign. a. 13, 7.—² l. 20. § 3. l. 29. D. de pign. a. 13, 7; l. 30. § 1. i. f. D. de exc. r. i. 44, 2.—³ l. 30. § 1. D. de exc. r. i. 44, 2.

ствующій залогоприниматель принимает заложенную вещь вмѣсто платежа (*in solutum*) или покупает ее у собственника, чтобы этимъ путемъ получить удовлетвореніе по требованію ⁴; 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 ⁵ (§ 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 ⁶. Во всѣхъ этихъ случаяхъ закладное право не доставляетъ вѣрителю никакого обезпеченія его требованія, но предохраняетъ его по крайней мѣрѣ отъ убытковъ, отгѣсняя притязанія послѣдующаго залогопринимателя; послѣдній долженъ довольствоваться только правомъ на *hypotheca* и *ius offerendi*. *Формальнымъ* пріемомъ, 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* ⁷; 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 ⁸ на случай смерти; достаточно и молчаливаго договора; молчаливое отреченіе имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если залогоприниматель возвращаетъ безъ оговорки самъ залогъ или закладные документы ⁹, если онъ безъ оговорки ¹⁰ соглашается на отчужденіе ¹¹ или дальнѣйшій залогъ заложенной вещи ¹²,

⁴ I. 1. C. si ant. cred. 8, 19.—⁵ I. 19. D. qui pot. 20, 4.—⁶ I. 17. D. qui pot. 20, 4; I. 3. C. de his qui in prior. 8, 18; I. 3. § 1. D. de distr. p. 20, 5.—⁷ I. 30. § 1. D. de exc. r. i. 44, 2.—⁸ I. 9. § 3. D. de pign. a. 13, 7; I. 8. § 1. sqq. D. h. t. 20, 6.—⁹ I. 7. I. 9. C. de rem. p. 8, 25; I. 3. D. de pign. a. 13, 7.—¹⁰ I. 4. § 1. D. h. t. 20, 6.—¹¹ I. 4. § 1. I. 8. §§ 6—15. D. h. t. 20, 6; I. 158. D. de r. i. 50, 17; I. 2. I. 11. C. de rem. p. 8, 25.—¹² Правило см. въ I. 8. § 15. D. h. t. 20, 6.

иногда¹³ даже въ томъ случаѣ, если онъ не возражаетъ противъ отчужденія заложенной 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)¹⁴.

III. Слѣдующія основанія прекращенія специально свойственны *закладному праву*:

1. *Погадительная 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 зная о существованіи закладного права) и чтобы у него былъ титулъ на владѣніе (эвентуально собственность)¹⁵. Если у владѣльца недоставало добросовѣстности или титула, то допускалась только *praescriptio triginta vel quadraginta annorum*¹⁶, — *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 постановилъ¹⁷, 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 сдузило область примѣненія давности закладного *иска*.

¹³ I. 9. § 1. I. 12. pr. D. h. t. 20, 6; I. 12. § 4. D. qui pot. 20, 4.—¹⁴ I. 6. C. de rem. p. 8, 25; I. 1. I. 8. eod.—¹⁵ I. 5. § 1. I. 12. D. de div. t. pr. 44. 3; I. 7. I. 14. C. de o. et a. 4, 10; I. 19. C. de ev. 8, 44; I. 1. I. 2. C. si adv. cred. praescr. opp. 7, 36.—¹⁶ I. 3. I. 7. C. de praescr. XXX vel. XXXX ann. 7, 39.—¹⁷ I. 8. pr. § 1. C. de praescr. XXX vel. XXXX ann. 7, 39.

Такъ какъ каноническое право для погашенія иска, направленного на специальную вещь, требуетъ добросовѣстности со стороны владѣльца (§ 89), то теперь уже нѣтъ случаевъ давности закладного иска, а существуетъ только давность закладного права.

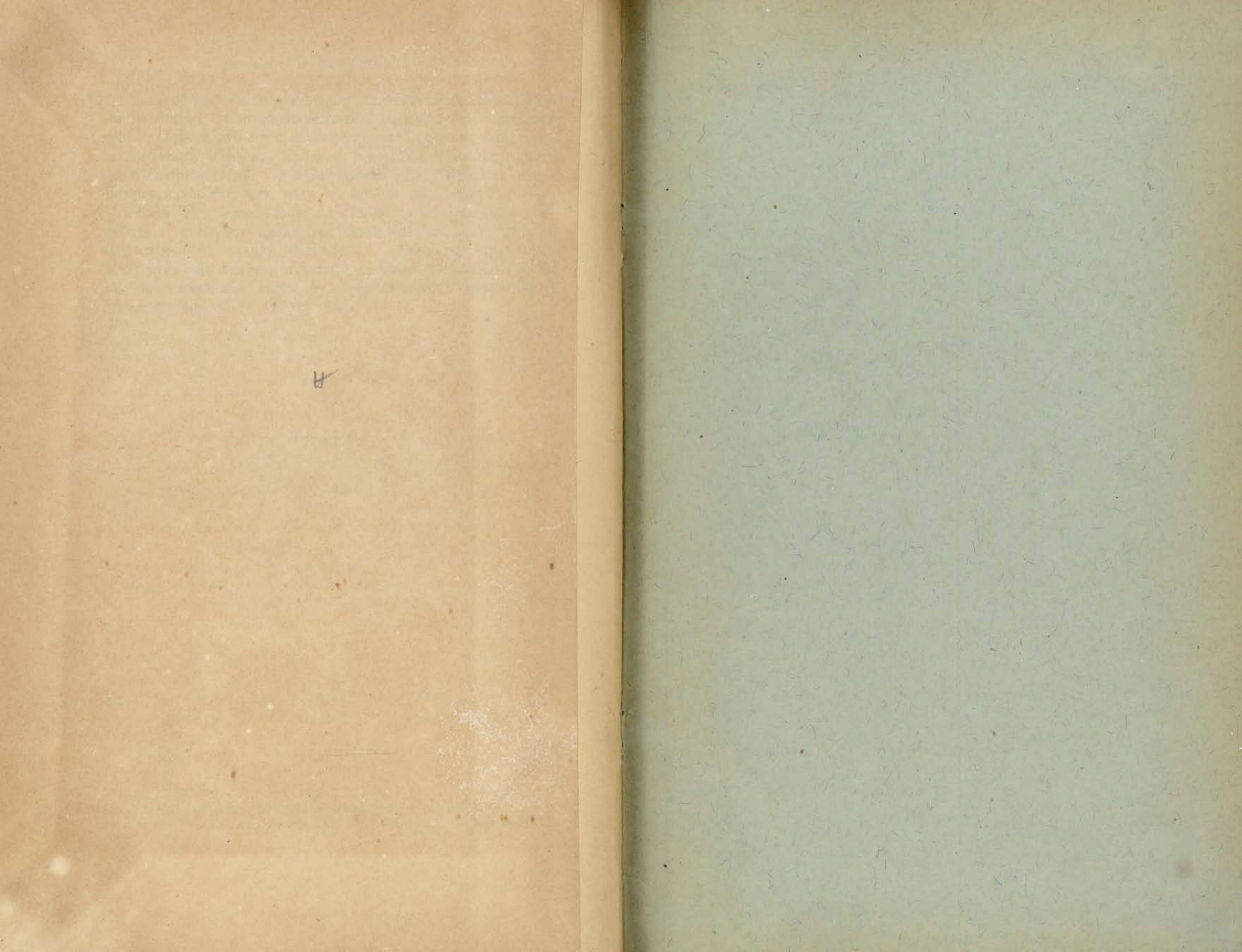
2. Прекращеніе требованія, безразлично, происходитъ ли оно *ipso iure* или *ore exceptionis*¹⁸, прекращаетъ закладное право¹⁹; при этомъ предполагается, что прекратилось все требованіе (а не часть его) и притомъ вполне (а не такъ, напримеръ, что еще остается *obligatio naturalis*)²⁰; впрочемъ, въ случаѣ неправильнаго оправдательнаго суд. рѣшенія закладное право все таки прекращается, хотя и остается *obligatio naturalis*²¹ (§ 97). Но уже мы замѣтили въ § 185, что иногда закладное право продолжаетъ существовать, хотя требованіе вполне прекратилось; положимъ, въ одномъ мѣстѣ источниковъ про этотъ случай сказано: *remanet propter pignus naturalis obligatio*²², 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 нѣтъ²³ (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 давностью²⁴; б) требованіе прекратилось по *confusio*; здѣсь упоминаются два различныхъ случая: одинъ случай, въ которомъ *confusio* матеріально уничтожается съ обратною силою (залогоприниматель назначается наслѣдникомъ со стороны должника и вмѣстѣ съ тѣмъ обременяется универсальнымъ фидеикоммиссомъ)²⁵, 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)²⁶.

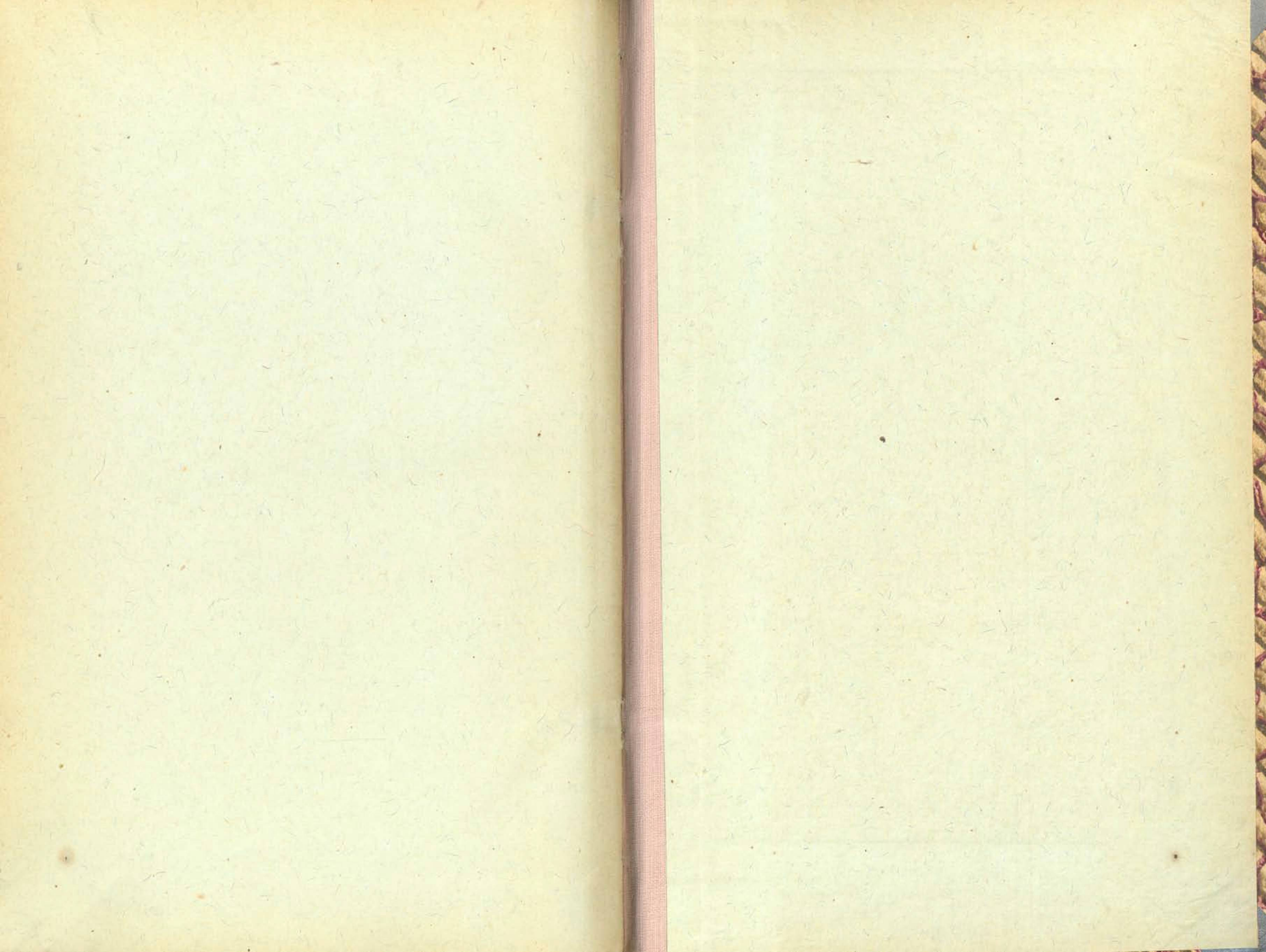
¹⁸ l. 5. pr. l. 13. D. h. t. 20, 6.—¹⁹ l. 43. D. de sol. 46, 3; l. 6. pr. D. h. t. 20, 6; l. 11. §§ 1. 5. D. de pign. a. 13, 7; l. 3. C. de luit. p. 8, 30.—²⁰ l. 14. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 2. C. de luit. p. 8, 30.—²¹ l. 13. D. h. t. 20, 6.—²² l. 59. pr. D. ad sct. Treb. 36, 1.—²³ l. 59. pr. D. ad sct. Treb. 36, 1.—²⁴ l. 3. l. 7. C. de praescr. XXX vel. XXXXann. 7, 39.—²⁵ l. 59. pr. D. ad sct. Treb. 36, 1.—²⁶ l. 38. § 5. D. de sol. 46, 3.

3. *Продажа залога*, произведенная единственнымъ или первенствующимъ залогопринимателемъ, прекращаетъ закладное право продавца или всѣ закладныя права²⁷, 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*²⁸, кромѣ того случая (по закону Юстиніана)²⁹, если лицо, принявшее наслѣдство *cum beneficio inventarii*, продаетъ заложенные вещи изъ наслѣдственной массы для удовлетворенія вѣрителей и отказополучателей (§ 427 пр. 14).



²⁷ 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.—²⁸ l. 10. C. de rem. p. 8, 25.—²⁹ l. 22. § 8. C. de iure del. 6, 30.





ДРУГІЕ ТРУДЫ ПЕРЕВОДЧИКА:

- Баронъ, Система римскаго гражданскаго права.** Перевелъ съ послѣдняго пѣмецкаго изданія Л. Петражицкій.
- Выпускъ первый:* Книга I. Общая часть. 1888 г. (Второе исправленное изданіе 1898 г.).—1 р. 60 к.
- Выпускъ третій:* Книга IV. Обязательственное право. 1888 г. (2-е изд. 1899 г.).—1 р. 50 к.
- Выпускъ четвертый:* Книга V. Семейственное право. Книга VI. Наслѣдственное право. Предметный указатель. 1889 г. (Второе исправленное изданіе 1908 г.).—1 р. 50 к.
- Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten. Drei civilrechtliche Abhandlungen von Leo v. Petrážycki.** 1892.
- Die Lehre vom Einkommen.** Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Von Leo v. Petrážycki. I. Band. Grundbegriffe. 1893.
- II. Band. Einkommensersatz. 1. Theil: Grundlegung (S. 1—120). 2. Theil: Zinsen (S. 123—330). 3. Theil: Arbeitseinkommen, Honorar, Unternehmergewinn (S. 333—433). Anhang: Entwurf (II), Civilpolitik und politische Oekonomie (S. 437—628). 1895.
- Bona fides въ гражд. правѣ.** Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы съ точекъ зрѣнія догмы и политики гражданскаго права. 2-е изданіе 1903 года.—2 р. 75 к.
- Акціонерная компанія.** Акціонерныя злоупотребленія и роль акціонерныхъ компаній въ народномъ хозяйствѣ. По поводу предстоящей реформы акціонернаго права. Экономическое изслѣдованіе. 1898 г. (Изданіе распродано).
- Aktienwesen und Spekulation.** Eine ökonomische und rechtspsychologische Untersuchung. Von L. v. Petrážycki. Aus dem Russischen ins Deutsche übertragen unter Redaktion und mit einem Vorwort des Verfassers. 1906.
- Очерки философіи права.** Выпускъ первый. 1900 г. (Изданіе распродано).
- О мотивахъ человѣческихъ поступковъ,** въ особенности объ этическихъ мотивахъ и ихъ разновидностяхъ. 1904 г. (Изданіе распродано).
- Ueber die Motive des Handelns und über das Wesen der Moral und des Rechts.** Von L. v. Petrážycki. Aus dem russischen ins Deutsche übertragen von P. Balson. 1907.
- Введеніе въ изученіе права и нравственности.** Эмоціональная психологія. (2-е изданіе 1907 г.).—2 р.
- Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности.** Т. I. 1907.—2 р. Т. II. 1907.—2 р.
- Университетъ и наука.** Опытъ теоріи и техники университетскаго дѣла и научнаго самообразованія. Т. I. Теоретическія основы. 1907.—2 р. 25 к. Т. II. Практическіе выводы. Приложение: О высшихъ спеціальныхъ учебн. заведеніяхъ. 1907.—2 р. 25 к.